

## مسئولیت بین‌المللی اشتقاقی ناشی از کمک یا مساعدت با تأکید بر قضیه کاربرد مهمات خوشه‌ای در یمن

ستار عزیزی\* - سیامک کریمی\*\*

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۸/۲۴ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۱۱/۲۱)

### چکیده

مداخله نظامی ائتلاف عربی به رهبری عربستان سعودی در بحران یمن (۲۰۱۵) از زوایای مختلف در نظام حقوق بین‌الملل قابل بررسی است. یکی از این زوایا، قواعد ثانویه حقوق بین‌الملل است که نقض قواعد اولیه حقوق بین‌الملل را تعیین و آثار و پیامدهای آن را مشخص می‌کند. اصولاً هر دولتی، مسئول فعل متخلفانه‌ای است که خود مرتکب آن شده اما ضروریات و اقتضائات دیگری همچون حاکمیت قانون و جبران خسارت طرف زیان‌دیده ایجاب می‌کند تا در برخی وضعیت‌ها، دولتی در قبال فعل متخلفانه دولتی دیگر، واجد مسئولیت باشد. یکی از این وضعیت‌ها، مسئولیت اشتقاقی ناشی از کمک یا مساعدت در ارتکاب تخلف بین‌المللی از جانب دولتی دیگر است. کاربرد مهمات خوشه‌ای از سوی دولت عربستان علیه مواضعی در یمن و چگونگی تسلیح این دولت به این مهمات توسط دولت/ دولت‌های ثالث، در پرتو مسئولیت بین‌المللی اشتقاقی قابل بررسی است. این نوشتار تلاش می‌کند با استفاده از مبانی این نوع از مسئولیت، مشخص کند که آیا دولت/دولت‌های ثالثی که عربستان را به سلاح‌های خوشه‌ای مجهز کرده‌اند بابت عمل این دولت در کاربرد سلاح‌های خوشه‌ای مسئولیت دارند یا خیر.

**واژگان کلیدی:** مسئولیت بین‌المللی اشتقاقی، معاونت، سلاح‌های خوشه‌ای، حقوق بشردوستانه، توزیع مسئولیت

## مقدمه

«نقض تک‌بُعدی تعهدات بین‌المللی، دیگر ویژگی غالب حقوق مسئولیت بین‌المللی نیست. نقض تعهدات بین‌المللی به نحو فزاینده‌ای با همیاری چند دولت انجام می‌شود که ترتیبات و برنامه‌های پیچیده و غیر شفاف را به اجرا درمی‌آورند.» (Lanovoy, 2014: 134) یکی از جدی‌ترین نقض تعهدات بین‌المللی چندجانبه، نقض مقررات مربوط به منع کاربرد سلاح‌های ممنوعه در مخاصمات مسلحانه است. در سراسر تاریخ، همواره نگرانی‌هایی درباره سلاح‌های مشروع قابل استفاده در جنگ‌ها وجود داشته است. همین نگرانی‌ها به تدریج به حذف سلاح‌هایی انجامید که استفاده از آن، کمتر در پرتو ضرورت‌های نظامی قابل توجیه بود. (Rappert & Moyes, 2009: 238) می‌توان بمب‌های خوشه‌ای را از جمله همین سلاح‌ها برشمرد که ذاتاً قادر نیست میان اهداف نظامی و غیرنظامی تفکیک گذارد. (MacLeod, Rogers, 2000:85)

بمب‌های خوشه‌ای، از هزاران ریز مهمات پر شده است و فیوزی در آن قرار دارد که پس از برخورد به هدف، به کارافتاده و باعث می‌شود تا این ریز مهمات تا شعاع‌های متفاوتی پرتاب شود. (Borrie & Cave, 2006: 5) در بسیاری از موارد نیز فیوز عمل نکرده و بمب خوشه‌ای همچون مین در منطقه می‌ماند. (Borrie, 2009: 9) نخستین سابقه کاربرد بمب‌های خوشه‌ای، به جنگ داخلی اسپانیا در سال ۱۹۳۷ می‌رسد. (Nystuen & casset-Maslen, 2010: 4) در طی جنگ جهانی دوم نیز هر دو دسته دولت‌های «محور» و «متفق» از این بمب‌ها استفاده کردند. (Nystuen & casset-Maslen, 2010: 4) پس از جنگ جهانی دوم نیز از بمب‌های خوشه‌ای در ۳۳ کشور استفاده شد. (ممتاز و شایگان، ۱۳۹۳: ۱۲۶). آخرین مورد استفاده از مهمات خوشه‌ای در یمن ثبت شده است. طبق گزارش سازمان دیده‌بان حقوق بشر، ائتلاف دولت‌های عربی به رهبری عربستان در جنگ یمن که از اوایل ۲۰۱۵ آغاز شده است، با استفاده از مهمات خوشه‌ای که ایالات متحده در اختیارشان قرار داده است، مواضع حوثی‌ها را در استان صعده بمباران کردند که در اثر این حملات، ده‌ها غیرنظامی کشته شدند.<sup>۱</sup> بنا به گزارش این نهاد حقوق بشری، عکس‌ها، ویدئوها و دیگر مدارک نشان می‌دهد که عربستان سعودی در حملات اواسط ماه آوریل، بمب‌های خوشه‌ای را توسط جنگنده‌هایش شلیک کرده است (ممتاز و شایگان، ۱۳۹۳: ۱۲۶). این عکس‌ها و مدارک، دیده‌بان حقوق بشر را مطمئن کرده که بمب‌های خوشه‌ای استفاده شده، ساخت شرکت امریکایی تکسترون<sup>۲</sup> است (ممتاز و شایگان، ۱۳۹۳: ۱۲۶). در اوت ۲۰۱۳، ایالات متحده طی قراردادی با دولت عربستان سعودی متعهد شد مهمات خوشه‌ای

1. Human Rights Watch: 3 may 2015, "Yemen: Saudi-Led Airstrikes Used Cluster Munition.

2. Textron Systems Corporation.

ساخت شرکت تکسترون را در اختیار دولت سعودی گذارد.<sup>۱</sup>

در حوزه مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها این اصل بنیادی این حوزه است که هر دولتی بابت فعل متخلفانه‌ای که به آن دولت قابل انتساب است، مسئولیت دارد. (Crawford, 2013: 395)

به این ترتیب، دولت عربستان سعودی بابت نقض مقررات حقوق بشر دوستانه مبنی بر منع کاربرد سلاح‌های ممنوعه که قادر به تفکیک میان اهداف نظامی و غیرنظامی نیست، مسئولیت بین‌المللی دارد.<sup>۲</sup> از سوی دیگر، ماده اول مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو، دولت‌های عضو را متعهد به «اجرا» و «تضمین اجرای» مقررات این کنوانسیون‌ها از جمله منع استفاده از سلاح‌های ممنوعه کرده است. قاعده ۱۴۴ حقوق بشر دوستانه عرفی مورد شناسایی کمیته بین‌المللی صلیب سرخ نیز دولت‌ها را مکلف کرده تا نه تنها دولت دیگری را به نقض قواعد حقوق بشر دوستانه ترغیب نکنند بلکه «اثرگذاری خود را تا ممکن‌ترین درجه به کارگیرند تا نقض حقوق بشر دوستانه بین‌المللی را متوقف کنند». (Henckaerts & Doswald-Beck, 2005: 509) در نتیجه، انتقال سلاح ممنوعه می‌تواند مصداق ترغیب به نقض حقوق بشر دوستانه بوده و موجب «مسئولیت اصلی و مستقیم»<sup>۳</sup> دولت متخلف (در اینجا امریکا) شود؛ اما آیا به‌راستی زنجیره مسئولیت بین‌المللی در این خصوص، به مسئولیت مستقیم ختم می‌شود و نمی‌توان از مبانی دیگری برای مسئولیت دولت‌های مذکور سخن گفت؟ این نوشتار تلاش می‌کند تا با بهره‌گیری از مفهوم «مسئولیت بین‌المللی اشتقاقی»<sup>۴</sup> و یکی از مصادیق آن، یعنی مسئولیت ناشی از «کمک یا مساعدت»<sup>۵</sup> به این پرسش پاسخ دهد. مسئولیت اشتقاقی ناشی از کمک یا مساعدت، مهم‌ترین و فراگیرترین شکل مسئولیت اشتقاقی به حساب می‌آید. (Aust, 2011, 192-193) از سوی دیگر، با توجه به اینکه نوع همکاری ایالات متحده با دولت عربستان (فروش مهمات خوشه‌ای) با الگوی کمک یا مساعدت منطبق است، این نوشتار می‌کوشد تا احراز و اثبات مسئولیت اشتقاقی دولت ارسال‌کننده مهمات خوشه‌ای را در پرتو اصول و قواعد مسئولیت بین‌المللی ناشی از کمک یا مساعدت بررسی کند. به این ترتیب، در بخش اول، عناصر سه‌گانه تحقق مسئولیت ناشی از کمک یا مساعدت بررسی شده و هریک با اقدامات دولت ارسال‌کننده مهمات خوشه‌ای مقایسه شده است. در همین بخش است

1. The Guardian: 26 March 2015, "Saudi Arabia Launches Yemen Air Strikes as Alliance Builds Against Houthi Rebels.

۲. برای موارد دیگر نقض مقررات حقوق بین‌الملل در قضیه یمن، ن.ک: کریمی، سیامک. «آیا حمله ائتلاف عربی به یمن قانونی است؟» در:

[http://www.internationallaw.ir/index.php?option=com\\_content&view=article&id=399:2015-04-07-19-17-59&catid=100:2013-01-20-14-28-52&Itemid=560,۹۴/۶/۱۹](http://www.internationallaw.ir/index.php?option=com_content&view=article&id=399:2015-04-07-19-17-59&catid=100:2013-01-20-14-28-52&Itemid=560,۹۴/۶/۱۹).

3 Original and Diresct Responsibility.

4 Derived International Responsibility.

5 Aid or Assistance.

که به این پرسش پاسخ داده شده که آیا عدم جلوگیری دولت امریکا از فروش تسلیحات شیمیایی توسط اتباعش (شرکت تکسترون و دیگر شرکت‌های خصوصی) «کمک یا مساعدت» به حساب می‌آید؟ به عبارت دیگر، آیا کمک یا مساعدت به شکل «ترک فعل» محقق می‌شود یا خیر؟ در بخش دوم نیز مختصراً توزیع مسئولیت در وضعیت ناشی از کمک یا مساعدت به‌طور کلی بررسی شده است.

### ۱. مسئولیت اشتقاقی دولت ارسال‌کننده مهمات خوشه‌ای در پرتو ماده ۱۶ پیش‌نویس مسئولیت

اگرچه دیوان در پرونده «اجرای کنوانسیون منع و مجازات جرم نسل‌کشی» با ادعای کمک یا مساعدت یک دولت به موجودیتی غیردولتی روبه‌رو بود اما دلیلی نیافت تا از اعمال ماده ۱۶ «پیش‌نویس مواد درباره مسئولیت دولت‌ها در قبال اعمال متخلفانه بین‌المللی»، مصوب سال ۲۰۰۱ کمیسیون حقوق بین‌الملل (زین پس پیش‌نویس مسئولیت) و عناصر آن که مربوط به مسئولیت بین‌المللی ناشی از کمک یا مساعدت یک دولت به دولتی دیگر است خودداری کند، به این دلیل که تا جایی که به کمک یا مساعدت مربوط می‌شود، عناصر موجود در ماده ۱۶ پیش‌نویس مسئولیت، بازتاب قواعد عرفی در زمینه چنین مسئولیتی است.<sup>۱</sup>

ماده ۱۶ پیش‌نویس مقرر می‌کند:

«دولتی که در ارتکاب یک تخلف بین‌المللی توسط دولت دیگر، به آن دولت، کمک یا مساعدت کرده باشد، بابت چنین کمک یا مساعدتی مسئولیت دارد اگر: الف) چنین کمک یا مساعدتی با آگاهی از شرایط آن تخلف بین‌المللی انجام شده باشد و ب) ارتکاب آن عمل از سوی خود آن دولت نیز تخلف بین‌المللی محسوب شود».

بنابراین نیاز است تا مشخص شود که:

الف) رکن مادی: منظور از کمک یا مساعدت چیست؟ (آیا فعل یا احیاناً ترک فعل‌های دولت ارسال‌کننده مهمات خوشه‌ای، کمک یا مساعدت به حساب می‌آید؟)

ب) رکن ذهنی: حدود آگاهی از ارتکاب تخلف بین‌المللی کدام است؟ (آیا دولت‌های ثالث می‌بایست دقیقاً می‌دانستند که قصد عربستان، استفاده از مهمات خوشه‌ای در جنگ یمین است؟)

ج) رکن قانونی: الزام هر دو کشور (مساعدت‌کننده و مباشر فعل) به تعهد نقض شده، چگونه درباره ماده ۱۶ اجرا می‌شود؟ (آیا دولت‌های ثالث و مشارکت‌کننده، متعهد به منع استفاده از

1 ICJ, Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) Judgment of 26 February 2007, para. 420.

سلاح‌های خوشه‌ای هستند؟)

### ۱-۱. رکن مادی: تعریف کمک یا مساعدت

اولین پرسشی که در راه اعمال ماده ۱۶ وجود دارد، تمیز رکن مادی آن، یعنی تعریف کمک یا مساعدت است. کمیسیون، هیچ‌یک از این دو مفهوم را تعریف نکرده است. ناگفته پیداست، برخلاف مباشرت در فعل متخلفانه بین‌المللی که مستلزم دخالت و ارتکاب مستقیم فعل متخلفانه است، در معاونت به شکل کمک یا مساعدت، دولت متخلف، صرفاً نقش پشتیبانی دارد. (ILC Yearbook 1978/II (1): 60) به‌طور کلی، هر عملی که وقوع تخلف بین‌المللی را تسهیل کند، ممکن است کمک یا مساعدت به حساب آید. (Jackson, 2015:124) باید توجه داشت که «هیچ‌گونه محدودیتی در شکل کمک یا همراهی وجود ندارد» (Crawford, 2013: 402) و در نتیجه هر کمک یا مساعدتی با جمیع شرایط دیگر ممکن است رکن مادی ماده ۱۶ باشد. کمک یا مساعدت از طریق تأمین تسلیحات، جنگنده‌های نظامی، تجهیزات راداری و جز این‌ها (Brownlie, 1983: 191) یا حتی به شکل «حقوقی» یا «سیاسی» امکان‌پذیر است (Lanovoy, 2014: 144) از جمله آنکه دولت مساعدت‌کننده با استفاده از نفوذ بین‌المللی‌اش، چتر حمایتی برای وقوع تخلف از سوی دولت مباشر فراهم کند. (Aust, 2010: 198)

رکن مادی «کمک یا مساعدت» در پیش‌نویس ۱۹۷۸ و ۱۹۹۷، با معیارهای عموماً بالاتر و سخت‌تری تعریف شده بود چرا که بنا به این پیش‌نویس‌ها، کمک یا مساعدت باید نقشی «ماهوی»<sup>۱</sup> در وقوع تخلف بازی می‌کرد.<sup>۲</sup> اما از آنجا که ممکن بود این معیار با مباحث موجود در ماده ۶۰ کنوانسیون حقوق معاهدات راجع به نقض ماهوی معاهدات خلط شود، انتقادهایی از عبارت‌پردازی مواد ۲۵ و ۲۷ پیش‌نویس‌های سابق به عمل آمد و در نتیجه این معیار حذف شد. (Crawford, 2013, 402) پس از آن، کمیسیون، معیار «تسهیل‌کننده» را به جای معیار «ماهوی» نشانده. (ARSIWA Commentary (2001), Article 16: para.5) به نظر می‌رسد، تسهیل وقوع تخلف در ذات کمک یا مساعدت مستتر است (Aust, 2011: 195) و نیازی نبود تا کمیسیون متذکر آن شود. همان‌گونه که نیکولای اوشاکوف<sup>۳</sup> یکی از اعضای وقت کمیسیون در مباحث راجع به ماده ۲۵ پیش‌نویس سال ۱۹۷۸ گفته بود: «همکاری<sup>۴</sup> باید مستقیم باشد. [البته] نه بیش از اندازه؛ چون همکاری را به مشارکت در جرم تبدیل می‌کند. از سوی دیگر، اگر معاونت،

1. Materially.

2. ILC Yearbook, 1978(II/I): 99; ARSIWA Commentary(1997), Article 27: para.17.

3. Nikolai Ushakov.

۴. در گزارش نخست آگو، مفهوم مسئولیت اشتقاقی به صورت «همکاری» (Participation) مطرح شده بود.

غیرمستقیم باشد ممکن است عملاً هیچ گونه کمکی انجام نگیرد.<sup>۱</sup>

در مورد کاربرد مهمات خوشه‌ای در یمن باید متذکر شد که دولت عربستان، فاقد فناوری تولید مهمات خوشه‌ای است. (Monitor Mines Action Canada, 2009: 236) اگرچه این کشور در سال ۱۹۹۱ نیز در جریان «عملیات طوفان صحرا» با کمک دولت ایالات متحده، علیه واحدهای نظامی عراقی، از مهمات خوشه‌ای استفاده کرد (Monitor Mines Action Canada, 2009: 235) اما قوای نظامی این کشور در زمینه مهمات خوشه‌ای کاملاً متکی به دولت‌های غربی به ویژه ایالات متحده و بریتانیا بوده است. (Monitor Mines Action Canada, 2009: 235) بنابراین واضح است که کمک یا مساعدت دولت امریکا از طریق انتقال مهمات خوشه‌ای در قالب قرارداد سال ۲۰۱۳، هم‌زمان نقش «تسهیل کننده» و «قابل توجه» در کاربرد این مهمات علیه مواضعی در یمن توسط دولت سعودی داشته و در نتیجه رکن مادی محقق است.

از سوی دیگر، در همین قسمت، مجالی پیش می‌آید تا به این پرسش پاسخ داده شود که آیا کمک یا مساعدت در ارتکاب تخلف بین‌المللی صرفاً از طریق انجام فعل مثبت انجام می‌شود یا ترک فعل نیز می‌تواند موجب رکن مادی کمک یا مساعدت باشد؟ پاسخ به این سؤال از این جهت ضروری است که دولت عربستان، مهمات خوشه‌ای خود را صرفاً از دولت‌های غربی دریافت نکرده بلکه شرکت‌های خصوصی به ویژه شرکت تکسترون نیز مهمات مذکور را در اختیار عربستان گذاشته‌اند. چنانچه کمک یا مساعدت از طریق ترک فعل نیز شدنی باشد، ممکن است چشم‌پوشی دولت امریکا و دیگر دولت‌های غربی درباره این انتقال مهمات خوشه‌ای نیز کمک یا مساعدت به حساب آید.

ترک فعل به عنوان رکن مادی کمک یا مساعدت، محل مناقشات نظری مختلفی بوده است. این یک قاعده کلی در حقوق مسئولیت بین‌المللی است که اقدام متناسب به یک دولت، فقط آن اقداماتی است که از سوی نهادهای حکومتی آن دولت یا افرادی که تحت راهنمایی، کنترل یا فرمان آن نهادها عمل می‌کنند انجام شده باشد (ARSIWA Commentary, 2001, Chapter II, para.2) و در نتیجه مسئولیتی بابت فعل اشخاص خصوصی بر عهده دولت‌ها نیست. دیوان بین‌المللی دادگستری نیز در پرونده «اجرای کنوانسیون منع و مجازات نسل‌کشی» اعلام می‌دارد: «معاونت (در ارتکاب عمل متخلفانه بین‌المللی) همواره مستلزم آن است که برخی اقدامات مثبت برای ارائه کمک یا مساعدت به مرتکب نسل‌کشی انجام شده باشد... به بیان دیگر... همکاری از فعل ناشی می‌شود».<sup>۲</sup> از سوی دیگر گفته شده است «بر اساس اصولی که از ماده ۱۶ پیش‌نویس مسئولیت

1. ILC Yearbook 1978(II/II): p 239.

2. ICJ, Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) Judgment of 26 February 2007, para.423.

برداشت می‌شود، کمک باید به شکل فعل مثبت باشد یعنی ترغیب فعالانه یا ترک فعل صرف برای اثبات مسئولیت دولت همکاری‌کننده کافی نیست». (Crawford, 2013: 405) اما اگر چنین برداشتی پذیرفته شود، قطعاً چنین تفسیری در تضاد با ماده ۲ پیش‌نویس مسئولیت خواهد بود که اقدام متخلفانه را ناشی از فعل یا ترک فعل می‌داند. (Lanovoy, 2014: 145) به عبارت دیگر، مبنای تخلف بین‌المللی در پیش‌نویس مسئولیت، مبتنی بر فعل و ترک فعل است و به تعبیر کمیسیون «از لحاظ اصول، هیچ تفاوتی بین این دو وجود ندارد». (ARSIWA Commentary, 2001, Article 2, para.4) با توجه به تصریح ماده ۲ و نبود قرینه‌ای در ماده ۱۶ مبنی بر انحراف از اطلاق موجود در ماده ۲ پیش‌نویس مسئولیت باید پذیرفت که ترک فعل نیز می‌تواند موجب رکن مادی کمک یا مساعدت باشد. (Lanovoy, 2014: 145) از سوی دیگر، عملاً می‌توان وضعیت‌هایی را تصور کرد که در آن کمک یا همراهی از طریق ترک فعل محقق می‌شود. مثلاً هنگامی که یک دولت از حریم هوایی دولت دیگر برای حمله به دولت ثالثی استفاده می‌کند و دولت سرزمینی، اعتراضی در قبال چنین عملی نشان نمی‌هد، بدون تردید آنچه در این مثال باعث کمک یا مساعدت به فعل متخلفانه شده است، ترک فعل دولت سرزمینی است. (Notle & Aust, 2009: 10) به هر حال، هرگونه اعلام نظر در این خصوص باید با بررسی ویژگی‌های خاص هر مورد انجام پذیرد. (Aust, 2011: 230)

در قضیه حاضر می‌توان گفت عدم ممانعت دولت‌هایی همچون آمریکا از اقدام اشخاص حقیقی یا حقوقی متبوع آن‌ها در تسلیح دولت سعودی به مهمات خوشه‌ای، رکن مادی کمک یا مساعدت است.

#### ۲-۱. رکن ذهنی: حدود آگاهی از ارتکاب تخلف بین‌المللی

ماده ۱۶(ب) با تقریر آنکه کمک یا مساعدت باید با «آگاهی از شرایط تخلف بین‌المللی» ارائه شده باشد، متذکر رکن ذهنی مندرج در مسئولیت ناشی از کمک یا مساعدت شده است. این رکن، چالش‌برانگیزترین رکن ماده ۱۶ است که ابهامات بسیاری درباره‌اش وجود دارد. نخست آنکه کمیسیون در تدوین پیش‌نویس مسئولیت تلاش کرد از گرایش‌های کلاسیک که تا حدودی متضمن عنصر «قصد» در تحقق مسئولیت بین‌المللی بود فاصله بگیرد و به مسئولیت عینی نزدیک شود. (Pellet, 2010: 5-6) به همین دلیل بود که کمیسیون در متن پیش‌نویس مسئولیت، صراحتاً یادآور شد که «به‌طور قطع و یقین، عنصر تقصیر در احراز تخلف نقشی ندارد... فقط عمل دولت، فارغ از هرگونه قصد و نیتی واجد اهمیت است». (ARSIWA Commentary, 2001, ) (Para.10) اما وقتی نوبت به نگارش ماده ۱۶ رسید، همه این تلاش‌ها رنگ باخت و کمیسیون از الگوی نخست‌اش فاصله گرفت.

مسئله بعدی، «میزان» دخالت عنصر «ذهنی» در تحقق این نوع از مسئولیت است. از یک سو کمیسیون مشخص نکرده که «آگاهی از شرایط تخلف بین‌المللی» دقیقاً به چه معناست؟ آیا برای تحقق مسئولیت، دولت مساعدت‌کننده باید آگاه باشد از این که قرار است «دقیقاً» چه تخلفی رخ دهد یا صرف اطلاع از وقوع تخلف، کفایت می‌کند؟ از سوی دیگر، «دومین محدودیت در اجرای ماده ۱۶ که در متن ماده وجود ندارد اما در شرح و تفسیر این ماده دیده می‌شود»، ضرورت وجود «قصد»<sup>۱</sup> وقوع تخلف از جانب دولت مساعدت‌کننده است. (Crawford, 2013: 406) به عبارت دیگر، دولت مساعدت‌کننده، نه تنها باید از وقوع تخلف بین‌المللی آگاه باشد بلکه خود نیز باید به قصد وقوع آن تخلف، مساعدت را انجام داده باشد. (Nolte & Aust, 2009: 14)

تفسیرهای گوناگون و متضادی از میزان دخالت عنصر ذهنی در تحقق چنین مسئولیتی وجود دارد. حتی خود اعضای کمیسیون نیز در این باره وحدت نظر نداشتند و کاملاً به دو دسته تقسیم شده بودند. (Aust, 2011: 233) یک دسته اعتقاد داشت که دخالت عنصر قصد، مسئولیت ناشی از کمک یا مساعدت را از حیث انتفاع می‌اندازد چرا که وقتی دولتی، دولت دیگری را در وقوع تخلف مساعدت می‌دهد، تمام مساعی‌اش را به کار می‌گیرد تا ردپایی از خود به جا نگذارد. (ILC Year book, 1978(II/I): 236) نیکولای اوشاکف که سرسختانه از این دیدگاه حمایت می‌کرد، اعتقاد داشت که دولت‌ها تصمیمات‌شان را عامدانه اتخاذ می‌کنند. به زبان دیگر، «قصد» در «سازوکار» تصمیم‌گیری مستتر است و در نتیجه نیازی به تصریح مجدد عنصر قصد در متن ماده نیست. (ILC Year book, 1978(II/I): 236) پل روتر<sup>۲</sup> در صف اول جناح روبه‌رو قرار داشت که بر این اعتقاد بود که هیچ دلیلی وجود ندارد که عامل «قصد» در متن ماده نباشد، چرا که نبود این عنصر، دولت‌ها را گرفتار مسئولیت‌های ناروا خواهد کرد. (Aust, 2011: 233)

از سوی دیگر، مواضع دولت‌ها در این زمینه یکسان نیست. در پاسخ به کمیسیون، چهل دولت نظراتشان را درباره ماده ۱۶ ارائه کردند. (Lanovoy, 2014: 140) ایالات متحده اعتقاد داشت که این ماده باید صراحتاً متضمن عنصر «قصد» باشد. (ILC Yearbook, 1998(II/I): 129) اما هلند پیگیر آستانه کمتری بود و آگاهی «ضمنی یا حکمی»<sup>۳</sup> (بداند یا می‌بایست می‌دانست) را نیز کافی می‌دانست. (ILC Yearbook, 2001(II/I): 52) آلمان به کلی مخالف با چنین ایده‌ای بود. (ILC Yearbook, 2001(II/I): 52) دانمارک به نمایندگی از کشورهای نوردیک (فنلاند، ایسلند، نروژ، سوئد و دانمارک) «آگاهی از شرایط تخلف بین‌المللی» را پر از ابهام می‌دانست. (ILC Yearbook, 1998(II/I): 126) کره جنوبی و تا اندازه‌ای بریتانیا نیز موضع مشابهی داشتند.

1. Intent.
2. Paul Reuter.
3. Constructive.



دکترین حقوقی نیز در این باره به شدت دچار تشتت است. بررسی نگارندگان در میان نظرات عمده علمای برجسته حقوق بین‌الملل<sup>۱</sup> در این زمینه نشان می‌دهد که جیمز کرافورد<sup>۲</sup> از یک سو و الکساندر ارکلهشویلی<sup>۳</sup> و تا اندازه‌ای هلموت فیلیپ آوست<sup>۴</sup> از سوی دیگر، دو سر طیفی قرار دارند که به ترتیب، به دخالت بالاترین و پایین‌ترین حد عنصر قصد در اثبات مسئولیت ناشی از کمک یا مساعدت معتقدند. کرافورد، مصراً اعتقاد دارد وقتی کمیسیون در بند پنجم شرح و تفسیر ماده ۱۶ یادآور شده است که کمک یا مساعدت باید با این نظر داده شده باشد که تسهیل‌کننده ارتکاب تخلف بوده و در عمل نیز همین نتیجه عاید شود (Crawford, 2013: 406) یا آنجا که کمیسیون در بند چهارم شرح و تفسیر همان ماده متذکر می‌شود که اگر دولت کمک یا مساعدت‌کننده از شرایطی که قرار است کمک یا مساعدت آن دولت به کار گرفته شود، آگاه نباشد، هیچ‌گونه مسئولیتی متوجه آن نخواهد بود، (Crawford, 2013: 408) پس در نتیجه، عنصر ذهنی موجود در ماده ۱۶ باید به گونه‌ای تفسیر شود که متضمن بالاترین آستانه برای احراز مسئولیت دولت کمک یا مساعدت‌کننده باشد به نحوی که آن دولت نه تنها دقیقاً از چگونگی وقوع تخلف آگاه باشد بلکه همچنین، کمک یا مساعدت برای وقوع تخلف را نیز قصد کرده باشد. (Crawford, 2013: 405-410) بنابراین از منظر چنین دیدگاهی باید دو معیار «آگاهی» از چگونگی وقوع فعل متخلفانه و «قصد» وقوع فعل متخلفانه از سوی دولت مساعدت‌کننده محقق شود تا مسئولیت آن محرز شود. چنانچه قرار بر اعمال معیار مدنظر کرافورد باشد دولت‌هایی که مهمات خوشه‌ای را برای عربستان ارسال کرده‌اند، تنها هنگامی مسئولیت دارند که نه تنها آگاهی داشتند که عربستان قصد به کارگیری این مهمات را علیه مواضعی در یمن دارد بلکه خود نیز به همین قصد، آن سلاح‌ها را در اختیار عربستان گذاشته باشند.

اکثریت قضات دیوان در پرونده «اجرای کنوانسیون منع و مجازات نسل‌کشی» نیز به چنین معیار با آستانه بالا اعتقاد داشتند چرا که این قضات از جمله به این دلیل، معاونت صربستان در ارتکاب نسل‌کشی را رد کردند<sup>۵</sup> که باور داشتند شرط تحقق معاونت، «آگاهی کامل»<sup>۶</sup> از وقوع

۱. از جمله، ن.ک:

- Auy, 2011: 230-249; Brownlie, 1983: 189-192; Crawford, 2013: 405-410; Dominice, 2010: 286; Fry, J D. (2007) Coercion, Causation and the Fictional Elements of Indirect State Responsibility, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol 40 (3), at 615, 618; Graefrath, 1996: 373-380; Orakhelashvili, 2010: 651-653; Quigly, 1986: 101-112.

2. James Crawford.

3. Alexander Orakhelashvili.

4. Helmut Philip Aust.

5. ICJ, Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) Judgment of 26 February 2007, Operative Clause, para.4.

6. Full Awareness.

فعل متخلفانه است.<sup>۱</sup> مضاف بر این، یافته‌های دیوان، حکایت از این داشت که اگر قرار باشد ارگان یک دولت در وقوع فعل نسل‌کشی، کمک یا همراهی کرده باشد، باید «حداقل» فعل «آگاهانه‌ای» از آن ارگان سر بزنند.<sup>۲</sup> اگرچه در رأی دیوان، دو معیار «آگاهی» و «قصد» به کار نرفته است، طبیعی است هنگامی که دیوان از واژه «حداقل»<sup>۳</sup> استفاده کرده است باید پذیرفت که از منظر قضات دیوان، عنصر ذهنی «متضمن معیارهایی بیش از آگاهی صرف از وقوع فعل متخلفانه است». (Nolte & Aust, 2009: 14)

اورکلش ویلی، دخالت عنصر قصد را تا اندازه‌ای که مدنظر کرافورد و دیوان بین‌المللی دادگستری است، مسبب آن می‌داند که ضمن کاسته شدن از گستره مسئولیت ناشی از کمک یا مساعدت، اصولاً چنین مسئولیتی نیز «ناکارآمد» شود. (Orakhelashvili, 2010: 648) به اعتقاد وی، همین که دولت مساعدت‌کننده از ارتکاب تخلف آگاه باشد برای تحقق مسئولیت چنین دولتی کافی است. (Orakhelashvili, 2010: 647) از سوی دیگر گفته شده که اثبات قصد یک دولت برای وقوع فعل متخلفانه از سوی دولت دیگر بسیار مشکل است چرا که در صورت وجود چنین قصدی، دولت مساعدت‌کننده تلاش خواهد کرد تا کمک و مساعدت را پنهان کرده یا نشانه‌های وجود آن را منحرف کند. (Quigly, 1986: 111) ضمن آنکه ممکن است دولت کمک یا مساعدت‌کننده، مایل به وقوع فعل متخلفانه‌ای نبوده است اما مطلع بوده که از مساعدت‌هایش برای وقوع فعل متخلفانه استفاده خواهد شد. (Quigly, 1986: 111)

کفایت عامل «آگاهی» چه به صورت صریح و چه به صورت حکمی و عدم ضرورت وجود عامل «قصد»، هم در رویه قضایی و هم در رویه دولت‌ها، حمایت‌هایی را کسب کرده است. دادگاه اروپایی حقوق بشر در پرونده شکایت «المصری علیه مقدونیه» می‌بایست تصمیم می‌گرفت که آیا مقامات دولت مقدونیه با بازداشت و سپس استرداد خالد المصری به مأموران سیا در انتقال و بازداشت غیرقانونی وی در افغانستان کمک یا مساعدت داشته‌اند؟ دادگاه اعلام کرد: «مقامات مقدونیه نه فقط تعهدات ایجابی‌شان مبنی بر حفاظت از خواهان در برابر بازداشت‌های مغایر با ماده ۵ کنوانسیون [اروپایی حقوق بشر] را رعایت نکرده‌اند بلکه با وجود این حقیقت که از خطر انتقال خواهان به افغانستان آگاه بوده یا می‌بایست آگاه می‌بودند،<sup>۴</sup> از

1. ICJ, Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) Judgment of 26 February 2007, para.423.

2. ICJ, Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) Judgment of 26 February 2007, para.421.

3. At the Least.

۴. تأکید از نویسندگان است.

طریق تحویل خواهان به [مأموران] سیا، بازداشت بعدی وی را در افغانستان، فعالانه تسهیل کرده‌اند.<sup>۱</sup> این رأی دادگاه نشان می‌دهد که نیاز نیست دولت مساعدت‌کننده دقیقاً از وقوع فعل متخلفانه‌ای که قرار است رخ بدهد، آگاهی داشته باشد بلکه اطلاع از وقوع فعل متخلفانه حتی به صورت حکمی نیز کفایت می‌کند. ضمن اینکه طبیعی است وقتی آگاهی حکمی برای تحقق مسئولیت کافی باشد، خودبه‌خود ضرورت عنصر قصد نیز زائل می‌شود.

در ماه‌های نخست جنگ داخلی سوریه نیز برخی کشورهای اروپایی، محموله‌های سلاح از روسیه به مقصد دمشق را به این دلیل متوقف کردند که مدعی بودند با توجه به اوضاع سوریه، حتی اگر روسیه دقیقاً از به‌کارگیری این سلاح‌ها در سرکوب مردم اطلاع نداشته، می‌بایست از این موضوع آگاه می‌بود.<sup>۲</sup>

با وجود همه اینها باید توجه داشت در جهان امروز که دولت‌ها به شدت به یکدیگر وابسته شده‌اند، کاستن از آستانه مورد نیاز برای تحقق مسئولیت ناشی از کمک یا مساعدت، دولت‌ها را به نحوی غیرموجه در معرض تحقق چنین مسئولیتی قرار می‌دهد. (Graefrath, 1996: 376) بیشتر منابع و تجهیزاتی که دولت‌ها منتقل می‌کنند عمدتاً کاربردهای دوگانه دارد یعنی می‌توان از آن استفاده‌های مشروع و نامشروع کرد. در چنین فضایی، تفسیر موسع از عناصر ماده ۱۶ پیش‌نویس مسئولیت، دولت‌ها را در معرض سیل اتهامات مختلف قرار می‌دهد. (Graefrath, 1996: 377) پس این ویژگی رژیم دولت‌محور حقوق بین‌الملل است که اجرای معیارهایی با آستانه بالا را ایجاب می‌کند. (Crawford, 2013: 408) از سوی دیگر، کنارهم قراردادن عناصر «آگاهی» و «قصد» و ارائه تفسیری به شدت مضیق از آن‌ها باعث می‌شود تا مفهوم مسئولیت ناشی از کمک یا مساعدت از هرگونه «معنای عملی» تهی شده و صرفاً به یک بحث نظری بدل شود. (Quigly, 1986: 112; Orakhelashvili, 2010, 648) ضمن آنکه در موارد تردید، باید از چارچوب اصلی کار کمیسیون بر موضوع مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها که مبتنی بر عینی بودن مسئولیت و فاصله‌گیری از عنصر قصد و اراده است کمک گرفت. (Lanovoy, 2014: 151-152) به این ترتیب، باید جانب تفسیرهای افراطی از رکن ذهنی را رها کرد و قرائت دولت‌ها را از این رکن پذیرفت.

حملات دولت سعودی به یمن از روز ۲۶ مارس آغاز شد.<sup>۳</sup> طبیعی است احتمال استفاده از مهماتی که پس از این تاریخ یا روزهای منتهی به آن در اختیار مقامات عربستان قرار گرفته در بحران

1. ECtHR, *El-Masri v Macedonia*, 13 December 2012, para. 239.

2. *The Guardian*, 19 June 2012, Russian Arms Shipment Bound for Syria Foiled by Britain's Insurers.

3. *The Guardian*: 26 March 2015, "Saudi Arabia Launches Yemen Air Strikes as Alliance Builds Against Houthi Rebels."

یمن به شدت بالا بود. اما دقیقاً مشخص نیست که مهمات خوشه‌ای چه زمانی به عربستان منتقل شده است. دیده‌بان حقوق بشر نیز از تاریخ دقیق انتقال این مهمات، اظهار بی‌اطلاعی کرده است.<sup>۱</sup> بررسی نگارندگان نیز جهت حصول به اطلاعاتی موثق در این زمینه بی‌نتیجه بود. تنها، بخش «قراردادها» در تارنمای وزارت دفاع امریکا، به تاریخ ۲۰ اوت ۲۰۱۳ اشاره‌ای گذرا به انعقاد قرارداد ساخت و تحویل فیوزهای بمب خوشه‌ای در سال ۲۰۱۳ دارد. طبق این اطلاعات، مقرر شده است که این فیوزها تا پایان سال ۲۰۱۵ تحویل داده شود.<sup>۲</sup> اگر این فیوزها در ماه‌های قبل از حمله دولت‌های ائتلاف عربی به یمن، به مقامات سعودی منتقل شده باشد، رکن ذهنی مسئولیت اشتقاقی ناشی از کمک یا مساعدت متزلزل خواهد شد. در آن فاصله زمانی، اوضاع یمن، متفاوت از امروز و با توجه به وجود حکومتی نزدیک به ریاض و غرب در صنعا بسیار بعید بود که برنامه‌ای برای استفاده از این سلاح‌ها در حمله به یمن قابل‌رهگیری باشد. اما اگر این مهمات خوشه‌ای به‌ویژه پس از حمله ائتلاف عربی به یمن به عربستان منتقل شده باشد، دست کم می‌توان این موضوع را مصداق کفایت «آگاهی حکمی در شرایط خاص یا آشکارا وخیم» دانست.

۱-۳. رکن قانونی: التزام هر دو کشور (مساعدت‌کننده و مباشر فعل) به تعهد نقض شده بند (ب) ماده ۱۶ پیش‌نویس مسئولیت، احراز مسئولیت بین‌المللی دولت کمک یا مساعدت‌کننده را مشروط به آن می‌داند که عمل انجام شده، هم‌زمان نقض تعهدات دولت مباشر و مساعدت‌کننده باشد، «چرا که یک دولت نمی‌تواند کاری را که خود نباید مرتکب شود توسط دولت دیگری انجام دهد. از سوی دیگر، هیچ دولتی در قبال دولت ثالث بابت تعهدات دولت دیگر ملزم نیست».<sup>۳</sup> اساساً تا سال ۱۹۸۱ که دولت سوئد متذکر ضرورت تعارض عمل انجام شده با تعهد دولت مساعدت‌کننده شد، این موضوع مورد توجه هیچ دولت دیگری نبود. ( Lanovoy, 2014: 140; ILC Yearbook, 1981(II/I): 77 دولت سوئد با مثالی فرضی، همگان را متوجه ضرورت تغییر در ماده ۲۵ پیش‌نویس سال ۱۹۷۸ کرد: «اگر دولت (الف) با دولت (ب) معاهده‌ای منعقد کند که حجم نیروی دریایی‌شان را از مقداری خاص افزایش ندهند، حال چنانچه دولت (ج) تعدادی کشتی به دولت (الف) بفروشد، مرتکب نقض تعهد بین‌المللی شده است؟». ( ILC Yearbook, 1981 (II/I): 77) باوجود این، تلاش‌های دولت سوئد به ثمر نشست تا آنکه جیمز کرافورد به‌عنوان آخرین گزارشگر ویژه کمیسیون موفق شد اعضای کمیسیون را متقاعد کند که دولت مساعدت‌کننده باید

1: Human Rights Watch: 3 may 2015, "Yemen: Saudi-Led Airstrikes Used Cluster Munitions.

2. US Defence Ministry: <http://www.defense.gov/contracts/contract.aspx?contractid=5116>. (Last seen: 20 Oct. 2015)

3 ILC, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Act with Commentaries, 2001, Article 16, para . 6.

هم‌زمان به تعهدی که نقض می‌شود ملزم باشد. (Lanovoy, 2014: 157) وی استدلال کرد که بقای ماده ۲۷ سابق، با اصل نسبی بودن تعهدات، طبق مواد ۳۴ و ۳۵ کنوانسیون حقوق معاهدات در تعارض قرار می‌گیرد (Crawford, 2013: 409) چرا که اصولاً طبق ماده ۲ پیش‌نویس، مسئولیت بین‌المللی زمانی برقرار می‌شود که از یک دولت، فعل یا ترک فعلی سرزند که مغایر با تعهداتش باشد. درحالی که عدم وجود بند (ب) ماده ۱۶ باعث می‌شود تا یک دولت به قاعده‌ای که به آن متعهد نبوده است ملزم باشد. (Dominice, 2010: 286) این استدلال‌ها از انتقاد مصون نمانده است چرا که «تفاوتی مفهومی میان اصل نسبی بودن معاهدات مندرج در مواد ۳۴ و ۳۵ کنوانسیون وین و قواعد مسئولیت وجود دارد. اولی مربوط به تعهد دولت به یک قاعده است، درحالی که دومی به‌طور ویژه در ساختار مسئولیت درباره نقض همان قاعده توسط دولت دیگر مطرح می‌شود». (Orakhelashvili, 2010: 652) چنین تفاوت‌هایی اجازه نمی‌دهد تا احکام و آثار یک مفهوم، بی‌محاسبه نسبت به دیگری اجرا شود. (Aust, 2011: 257) وانگهی درست است که به زبان کمیسیون حقوق بین‌الملل، «یک دولت آزاد است تا مغایر با تعهدات دولت دیگر اقدام کند» ( ARSIWA, Commentary, 2001: Article 16, para. 6) اما این بدان معنا نیست که این آزادی عمل تا آنجا گسترش پیدا می‌کند که بتواند موجب نقض تعهد بین‌المللی دولت دیگر شود. (Orakhelashvili, 2010: 652) چنین اثری نه تنها حاکمیت قانون در حقوق و روابط بین‌الملل را که در منطق مسئولیت ناشی از کمک یا مساعدت نهفته است، سست می‌کند، بلکه عملاً مغایر با اصل حسن‌نیت است که کشورها را از ترغیب یکدیگر به نقض تعهداتشان منع کرده است. (Lanovoy, 2014: 156) وانگهی چنین معیاری، بازگشت به دوجانبه‌گرایی در حقوق مسئولیت بین‌المللی است، درحالی که مسئولیت اشتقاقی نوعاً مفهومی است که ورای دوجانبه‌گرایی قرار دارد. (Lanovoy, 2014: 140) مضاف بر این، بند (ب) ماده ۱۶، جانب دولت زیان‌دیده را رها می‌کند و به سوی دولت مساعدت‌کننده تخلف بین‌المللی می‌چرخد (Aust, 2011: 254) درحالی که یکی از علت‌های رویش مسئولیت اشتقاقی در حقوق بین‌الملل، جبران منافع دولت زیان‌دیده در یک وضعیت استثنایی است. (Tunkin, 1974: 402)

حال باید به‌صورت خاص به این پرسش پاسخ داد که آیا دولت مباشر و دولت مساعدت‌کننده، به منع استفاده از مهمات خوشه‌ای متعهد بوده‌اند؟ همان‌گونه که ملاحظه شد، هیچ‌یک از دولت‌های عربستان و آمریکا، به تنها سند بین‌المللی که صراحتاً استفاده از مهمات خوشه‌ای را منع کرده است، یعنی «کنوانسیون مهمات خوشه‌ای» نپیوسته‌اند.<sup>۱</sup> باوجود این، می‌توان

۱. اگر دولت بریتانیا نیز داخل در دسته دولت‌های مورد نظر باشد، باید گفت که این دولت رسماً در تاریخ ۴ مه ۲۰۱۰ به کنوانسیون مهمات خوشه‌ای پیوسته است.

کاربرد مهمات خوشه‌ای را نخست در پرتو اصول حقوق بشردوستانه حاکم بر هدایت مخاصمات مسلحانه و شیوه‌های نبرد و سپس رویکرد دولت‌ها و رویه قضایی بین‌المللی نسبت به آن را جستجو کرد تا به نتیجه‌ای مشخص رسید.

#### الف. کاربرد مهمات خوشه‌ای در پرتو اصول حقوق بشردوستانه

طبق بند اول ماده ۳۵ پروتکل اول الحاقی به کنوانسیون‌های ژنو، طرفین درگیر در مخاصمات مسلحانه، در انتخاب ابزارهای نبرد، آزاد نبوده و تابع اصول و قواعد محدودکننده‌ای هستند. می‌توان این اصول و قواعد را چنین برشمرد: اصل تفکیک، قاعده تناسب، قاعده احتیاط و شرط مارتنز.

#### ۱) اصل تفکیک

طبق ماده ۴۸ پروتکل اول الحاقی، متخاصمان باید میان اهداف نظامی و غیرنظامی تفکیک قائل شده و حملات خود را متوجه اهداف نظامی کنند. این اصل، صرفاً به مخاصمات بین‌المللی محدود نیست بلکه شامل مخاصمات داخلی نیز می‌شود (ممتاز و رنجبریان، ۱۳۸۷: ۱۴۹-۱۵۱). کمیته بین‌المللی صلیب سرخ، تفکیک میان رزمندگان و غیررزمندگان و همچنین اهداف نظامی و غیرنظامی را به‌عنوان قواعد اول و هفتم عرفی حاکم بر همه مخاصمات مسلحانه شناسایی کرده است. (Henckaerts & Doswald-Beck, 2005: 3-25) دیوان بین‌المللی دادگستری نیز در پرونده «مشروعیت کاربرد سلاح‌های هسته‌ای» بیان داشت، اصل تفکیک، «اصل اساسی» حقوق بین‌الملل بشردوستانه و یکی از اصول تخطی‌ناپذیر حقوق بین‌الملل عرفی است.<sup>۱</sup> مجموعاً امروزه گفته می‌شود که این اصل به درجه قاعده آمره حقوق بین‌الملل رسیده است (تاورنیه، ۱۳۹۲: ۱۶۴؛ ضیائی بیگدلی، ۱۳۹۲: ۱۰۲). استفاده از بمب‌های خوشه‌ای می‌تواند معضلات بشردوستانه جدی از منظر اصل تفکیک پدید آورد. «توانایی ایجاد تلفات غیرنظامی اتفاقی از سوی این سلاح به‌مراتب بیشتر از هر نوع سلاح مشابهی است چرا که این سلاح در هر حمله، مناطق گسترده‌تری را پوشش می‌دهد.» (ICRC, 2001: 36) مضاف بر این، کمیسیون فرعی ممانعت از تبعیض و حمایت از اقلیت‌های ملل متحد در سال ۱۹۹۶ به‌صورت مطلق اعلام کرد که استفاده از سلاح‌های خوشه‌ای به دلیل عدم رعایت اصل تفکیک، مطابق با حقوق بشر و حقوق بشردوستانه نیست.<sup>۲</sup> همچنین این کمیسیون فرعی، سلاح‌های خوشه‌ای را در کنار سلاح‌های هسته‌ای، شیمیایی و... گذاشته بود که

1. ICJ, Advisory Opinion: Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, 8 July 1996, paras. 78-79.

2. UN Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, RES 1996/16, 29 August 1996, Preamble.

قدرت تفکیک میان نظامیان و غیرنظامیان را ندارند.<sup>۱</sup> باید توجه داشت که مهمات خوشه‌ای، صرفاً و قطعاً اهداف نظامی را هدف نمی‌گیرد. مضاف بر این، ریزمهمات آن بدون کنترل به اطراف پرتاب می‌شود. (Human Rights Watch, 2009: 12) حتی اگر بمب‌های خوشه‌ای قادر به تفکیک میان اهداف نظامی و غیرنظامی باشد، مهمات عمل‌نکرده آن دیگر نمی‌تواند تفکیکی میان این دو قائل شود. (Human Rights Watch, 2009: 12) به همین دلیل، «سلاح‌های خوشه‌ای، مشمول منع کلی استفاده از سلاح‌هایی است که آثاری بدون تفکیک از خود به جا می‌گذارد». (MacLeod & Rogers, 2000: 85)

## ۲) قاعده تناسب

قاعده تناسب به این معناست که «حمله نباید موجب آسیب‌رساندن به افراد و اموال غیرنظامی در حدی گردد که در مقایسه با امتیاز نظامی مورد انتظار، بیش از اندازه باشد» (ممتاز و شایگان، ۱۳۹۳: ۹۲). بنابراین، قاعده تناسب، در کنار اصل تفکیک، سطح دیگری برای حمایت از غیرنظامیان پدید می‌آورد به این معنا که متخاصمان نه تنها نباید اموال و اهداف غیرنظامی را هدف بگیرند بلکه در حمله به اهداف نظامی نیز نباید به گونه‌ای عمل کنند که خسارات جزیی به غیرنظامیان در مقایسه با دستاوردهای نظامی بیش از اندازه باشد. (Wiebe, 2008: 902) در خصوص مهمات خوشه‌ای، نخست، عدم دقت و پراکندگی گسترده ریزمهمات آن در هنگام حمله، به‌ویژه به اهدافی نزدیک به مراکز غیرنظامی می‌تواند قاعده تناسب را تحت شعاع قرار دهد. (Breitegger, 2012: 66) دوم، با نظر به اینکه بسیاری از مهمات کوچک کارگذاری شده در مهمات خوشه‌ای پس از اصابت به هدف، عمل‌نکرده می‌ماند و در نتیجه مناطق گسترده‌ای را تا مدت‌ها آلوده نگه می‌دارد (Borrie & Cave, 2006: 6) به‌صورت بالقوه می‌تواند افراد غیرنظامی بسیاری را تا سال‌ها پس از اتمام مخاصمات در معرض نابودی یا آسیب قرار دهد. (Breitegger, 2012: 66) برای نمونه، در پایان سال ۲۰۱۱، از مجموع بیش از ۱۹ هزار تلفات ناشی از کاربرد مهمات خوشه‌ای در سراسر جهان، بیش از ۱۵ هزار نفر از آن‌ها در اثر مهمات عمل‌نکرده، جان خود را از دست دادند. (Landmine and Cluster Munition Monitor, 2012: 52-54) بیش از ۱۴ هزار نفر از این افراد در کشورهایی جان خود را از دست دادند که دست کم یک دهه پیش، در آن مخاصمات در جریان بود. (Landmine and Cluster Munition Monitor, 2012: 52-54) آمار تکان‌دهنده دیگری که نقض قاعده تناسب را در اثر کاربرد سلاح‌های خوشه‌ای نمایش می‌دهد، این حقیقت است که در سال ۲۰۱۱، تلفات غیرنظامیان، ناشی از کاربرد سلاح‌های مذکور به ۹۴

1. Ibid, Para 1.

درصد می‌رسد. این در حالی است که تنها ۳ درصد از رزمندگان، هدف مهمات خوشه‌ای بودند. (Landmine and Cluster Munition Monitor, 2012: 52-54)

### ۳) قاعده احتیاط

بنا به قاعده احتیاط، متخاصمان نمی‌توانند بدون محدودیت به اهداف نظامی حمله کنند. طبق ماده ۵۷ پروتکل اول الحاقی، متخاصمان باید احتیاط‌های لازم را به کار گیرند تا مبادا حملات آن‌ها خسارات قابل توجهی به جمعیت یا اهداف غیرنظامی وارد کند. کمیته بین‌المللی صلیب سرخ، این قاعده را به‌عنوان قاعده شماره ۱۵ در مجموع قواعد عرفی حقوق بشردوستانه لحاظ کرده است. (Henckaerts & Doswald-Beck, 2005: 51) ضرورت‌های ناشی از اجرای قاعده احتیاط، بار دیگر فرصتی پدید می‌آورد تا به ویژگی‌های ذاتی مهمات خوشه‌ای رجعت شود. شدت پراکندگی ریزمهمات موجود در بمب خوشه‌ای و ریزمهمات عمل‌نکرده، منطقیاً خسارات قابل توجهی برای جمعیت غیرنظامی پدید خواهد آورد. (Rappert & Moyes, 2009: 239) در نتیجه، اجرای قاعده احتیاط نیز زمینه دیگری برای منع کاربرد مهمات خوشه‌ای به شمار می‌آید.

### ۴) شرط مارتنز

شرط مارتنز در صدد بیان این مفهوم به غایت مهم است که در مخاصمات مسلحانه، «هر آنچه صریحاً به موجب حقوق بین‌الملل بشردوستانه، اعم از معاهده‌ای و عرفی، منع نشده است» مجاز شمرده نمی‌شود (ممتاز، شایگان، ۱۳۹۳: ۱۰۴). دیوان نیز در رأی مشورتی مشروعیت کاربرد سلاح‌های هسته‌ای اعلام می‌کند که ماده (۲) پروتکل اول الحاقی، قرائت مدرن از شرط مارتنز است.<sup>۱</sup> طبق این ماده: «غیرنظامیان و رزمندگان در مواردی که تحت شمول این پروتکل یا سایر موافقت‌نامه‌های بین‌المللی نباشند، همچنان تحت حمایت و اقتدار اصول حقوق بین‌الملل که از... اصول انسانیت و وجدان عمومی ناشی می‌شود، خواهند بود». همان‌گونه که مشخص است، شرط مارتنز، برخلاف اصل تفکیک و قواعد تناسب و احتیاط، صرفاً به غیرنظامیان محدود نیست و چتر حمایتی آن متوجه نظامیان نیز می‌شود. به این ترتیب، شرط مارتنز، فضایی پدید می‌آورد تا نظامیان نیز مصون از حمله خوشه‌ای دانسته شوند. اصل دیگری از حقوق بشردوستانه حاکم بر شیوه‌های نبرد که صرفاً نظامیان را دربرمی‌گیرد، «منع ایجاد رنج زائد یا غیرضرور»<sup>۲</sup> است. کمیته بین‌المللی صلیب سرخ نیز این اصل را در قاعده شماره ۷۰

1 . ICJ, Advisory Opinion: Legality of the..., para 78.

2 Superfluous or Unnecessary Injury.



به‌عنوان یکی از قواعد عرفی حقوق بشردوستانه به رسمیت شناخته است. (Henckaerts & Doswald-Beck, 2005: 237) ویژگی ذاتی مربوط به مهمات خوشه‌ای باعث می‌شود تا با برخورد ده‌ها ریزمهمات به پیکر رزمنده، وی را در معرض وضعیت وخیمی قرار دهد. شاید به همین دلیل باشد که دولت یوگسلاوی سابق در پرونده «مشروعیت توسل به زور»، یکی از موارد نقض تعهدات ادعایی ۱۰ دولت عضو ناتو را استفاده از سلاح‌هایی همچون سلاح خوشه‌ای دانسته بود که ایجاد رنج غیرضروری می‌کند.<sup>۱</sup>

### ب. رویکرد دولت‌ها و رویه قضایی نسبت به کاربرد مهمات خوشه‌ای

با وجود آنکه کاربرد مهمات خوشه‌ای متضمن نقض برخی از اصول بنیادین حقوق بشردوستانه حاکم بر هدایت مخاصمات مسلحانه است، برای حصول به ارزیابی دقیق‌تر، به‌جاست که رویه دولتی و قضایی بین‌المللی نیز بررسی شود:

#### ۱) رویه دولتی

۱۰۸ دولت، کنوانسیون مهمات خوشه‌ای را امضا کرده و ۹۱ دولت، عضو آن به حساب می‌آیند. (UN, Treaty Series, Vol 2688: 39) دولت‌هایی همچون امریکا، روسیه، چین، پاکستان و... که سازنده و صادرکننده اصلی این سلاح‌ها به شمار می‌روند، به این کنوانسیون نپیوسته‌اند. در این میان، ایالات متحده، سیاست ویژه‌ای را اعمال می‌کند. در دستورالعمل<sup>۲</sup> وزارت دفاع این کشور به تاریخ ۱۹ مه ۲۰۱۱ با موضوع «اصول حاکم بر فروش مهمات خوشه‌ای» چنین مقرر شده است: «...هیچ‌گونه مجوز صادرات مهمات خوشه‌ای صادر نخواهد شد... مگر آنکه: ۱- ریزمهمات خوشه‌ای پس از استفاده، بیش از یک درصد مهمات عمل‌نکرده... نداشته باشد؛ و ۲- توافقنامه فروش... مشخص کند که از مهمات خوشه‌ای صرفاً علیه اهداف نظامی استفاده خواهد شد و در جایی که اطلاع وجود دارد که غیرنظامیان وجود دارند یا آنکه عادتاً محل سکونت آنهاست، به کار نخواهد رفت».<sup>۳</sup> این دستورالعمل به‌خوبی نشان می‌دهد که حتی دولتی همچون ایالات متحده که به نظام معاهده‌ای ممنوعیت مهمات خوشه‌ای نپیوسته، نگرانی موجود بر سر استفاده از این مهمات را درک می‌کند. (Nystuen & Casey-Maslen, 2010: 13) باوجود این، دستورالعمل مذکور نمی‌تواند رکن قانونی احتمالی مبنی بر مسئولیت اشتقاقی ناشی از کمک یا مساعدت دولت امریکا را متزلزل کند، چرا که همان‌گونه که فوقاً مشخص شد، مهمات خوشه‌ای

1. ICJ, application Instituting Proceeding by Yugoslavia, Legality of Use of Force, 29 April 1999, Claim.

2 Memorandum.

3. Department of Defense, US, DSCA Policy 11-33 [SAMM E-Change 151], 19 May 2011.

به خودی خود<sup>۱</sup> موجب نقض اصل تفکیک می‌شود و در نتیجه، تغییر در شیوه استفاده از آن، متضمن حصول به نتیجه‌ای متفاوت نخواهد بود.

در چند دهه اخیر، دولت‌ها همواره نگران کاربرد مهمات خوشه‌ای بوده‌اند. در سال ۱۹۷۴ در جریان برگزاری «کنفرانس دیپلماتیک درباره تأکید مجدد و توسعه حقوق بشردوستانه بین‌المللی قابل اجرا در مخاصمات مسلحانه»<sup>۲</sup>، ۱۳ دولت<sup>۳</sup> اعلام ممنوعیت بمب‌های خوشه‌ای را پیشنهاد دادند. (ICRC, 2001: 34) علاوه بر این، برخی در حاشیه مذاکرات مربوط به خلع سلاح تلاش می‌کردند تا به مهمات خوشه‌ای نیز پرداخته شود اما این اقدامات تا سال ۲۰۰۸ و امضای کنوانسیون مهمات خوشه‌ای، توفیقی نداشت. (Nystuen, 2010: 13) دو سال پیش از مذاکرات منتهی به این کنوانسیون، ۲۵ دولت<sup>۴</sup> با صدور اعلامیه‌ای خواستار حصول توافقی درباره اعلام ممنوعیت جهانی در استفاده از مهمات خوشه‌ای شدند.<sup>۵</sup> آن‌ها در این بیانیه متذکر شده بودند که مهمات خوشه‌ای، «خطراتی جدی از منظر بشردوستانه به همراه دارد چرا که برای نمونه این مهمات، غیردقیق و نامطمئن هستند».<sup>۶</sup>

## ۲) رویه قضایی

دادگاه‌ها و کمیسیون‌های قضایی بین‌المللی تا کنون سه نوبت با موضوع کاربرد مهمات خوشه‌ای روبه‌رو بوده‌اند. کمیسیون دعاوی اریتره-اتیوپی یک نوبت و دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق در دو نوبت این موضوع را بررسی کرده‌اند که هر یک به اختصار بررسی می‌شود.

### الف) کمیسیون دعاوی اریتره-اتیوپی

پس از دو سال نبرد خون‌بار میان نیروهای اریتره و اتیوپی، دو طرف در سال ۲۰۰۰ با انعقاد قراردادی، کمیسیون دعاوی اریتره-اتیوپی را ایجاد کردند که وظیفه داشت طبق قواعد مرتبط حقوق بین‌الملل به موارد نقض حقوق بین‌الملل در جریان درگیری میان دو کشور رسیدگی

1. Per se.

2. Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable to Armed Conflicts.

۳. این ۱۳ دولت عبارت بودند از: الجزایر، اتریش، مصر، لبنان، مالی، موریتانی، مکزیک، نروژ، سودان، سوئد، سوئیس، ونزوئلا و یوگسلاوی.

۴. دولت‌های صادرکننده اعلامیه چنین بودند: اتریش، بلژیک، بوسنی و هرزگوین، واتیکان، کرواسی، کاستاریکا، جمهوری چک، دانمارک، آلمان، مجارستان، ایرلند، لیختن‌اشتاین، لیتوانی، لوکزامبورگ، مالت، مکزیک، زلاندنو، نروژ، پرو، پرتغال، صربستان، اسلواکی، اسلوانی، سوئد و سوئیس.

5. UN Doc, CCW/CONF.III/WP.18, 20 November 2006.

6. Ibid. para b.

کند. (Gray, 2006: 700) یکی از پرونده‌های مطرح در این کمیسیون، حمله خوشه‌ای جنگنده‌های اریتره به فرودگاه مکه‌له<sup>۱</sup> و مدرسه آیدر<sup>۲</sup> بود. اتیوپی اعتقاد داشت که یکی از حملات، مستقیماً مدرسه را هدف گرفته است اما اریتره در مقابل، چنین ادعایی را رد می‌کرد.<sup>۳</sup> کمیسیون در رأی نهایی خود اعلام کرد که حمله سوم خوشه‌ای به مدرسه که هدفی غیرنظامی است آسیب رسانده اما اریتره را از اتهام برنامه‌ریزی عامدانه در جهت اجرای این حمله مبرا دانست.<sup>۴</sup> کمیسیون سپس اریتره را بابت عدم اجرای قاعده احتیاط، مسئول شناخت چرا که به این موضوع به قدر کفایت توجه نکرده بود که مدرسه آیدر در نزدیکی فرودگاه مکه‌له واقع شده بود.<sup>۵</sup> بنابراین کمیسیون با عدم اشاره به اصل تفکیک به این نتیجه می‌رسد که کاربرد مهمات خوشه‌ای به خودی خود نمی‌تواند ممنوع باشد بلکه آنچه در این مورد خاص، مسئولیت دولت اریتره را پدید آورده، عدم رعایت قاعده احتیاط بوده است. اما کمیسیون در صدور این رأی به ویژگی‌های ذاتی مهمات خوشه‌ای بی‌اعتنا بود. درحالی که کمیسیون بر این موضوع صحه گذاشته بود که ریزمهمات موجود در مهماتی که اریتره استفاده کرده، در هر سه حمله تا ۴ کیلومتر به اطراف پرتاب شده، اما از اجرای قاعده تفکیک طفره رفت (Wiebe, 2008: 908) چرا که در همان یک کیلومتری مرکز حملات، روستاهایی وجود داشت. (Breitegger, 2012: 84) وانگهی در جنگ داخلی سودان در سال ۱۹۹۵ نیز دقیقاً از همان مدل بمب‌های خوشه‌ای استفاده شده بود که ارتش اریتره آن را علیه اتیوپی به کار گرفته بود و مهمات عمل‌نکرده این بمب‌ها، خسارات فراوانی به غیرنظامیان سودانی وارد کرد. (Breitegger, 2012: 84) در نتیجه، به‌کارگیری این مهمات، نقض اصل تفکیک است. از سوی دیگر، حتی اگر اریتره همه احتیاط‌های معقول را برای عدم ورود خسارت قابل توجه به غیرنظامیان به کار می‌بست، صرف ایجاد رنج غیرضرور بمب‌های خوشه‌ای برای رزمندگان، این کشور را از استفاده از بمب‌ها ممنوع می‌کرد. (Breitegger, 2012: 140)

#### ب) دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق

دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق، با دو پرونده در خصوص کاربرد مهمات خوشه‌ای روبه‌رو بود. در پرونده نخست، میلان مارتیچ<sup>۶</sup> رئیس‌جمهوری خودخوانده صربستان

1. Mekele.

2. Ayder.

3. Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Partial Award, Central Front, Ethiopia's Claim 2, 28 April 2004, paras 104-106.

4. Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Partial Award, Central Front, Ethiopia's Claim 2, 28 April 2004, paras 108.

5. Ibid, paras 110.

6. Milan Martić.

کراچینا،<sup>۱</sup> در سال ۱۹۹۵ دستور داد تا زاگرب، مرکز کرواسی با راکت‌های خوشه‌ای هدف قرار گیرد. (Raccuia, 2011: 482) دادگاه پس از طی مراحل رسیدگی، مارتیچ را به جنایت جنگی محکوم کرد.<sup>۲</sup> متهم اعتقاد داشت که این حملات، به مراکز نظامی از جمله وزارت دفاع کرواسی انجام شده است.<sup>۳</sup> شعبه ضمن آنکه پذیرفت محل‌های مورد ادعای متهم هدف قرار گرفته است<sup>۴</sup> اعلام کرد نوع بمب‌های استفاده‌شده (راکت‌های ارکان)<sup>۵</sup> نسبتی با محدودیت حمله به مراکز نظامی ندارد. به همین دلیل، شعبه به سراغ ویژگی‌های نظامی این راکت‌ها رفت و با توجه به ریزمهمات استفاده‌شده، میزان تلفات غیرنظامیان و... این بمب‌ها را سلاح‌هایی ندانست که قادر به تفکیک میان اهداف نظامی و غیرنظامی باشد.<sup>۶</sup>

در پرونده دوم، دادگاه با ادعای کاربرد مهمات خوشه‌ای توسط نیروهای ناتو در جریان حمله به صربستان روبه‌رو بود. پس از حملات نیروهای ناتو به صربستان، گزارش‌های بسیاری از نقض قواعد حقوق بشردوستانه از جمله کاربرد سلاح‌های خوشه‌ای توسط این نیروها به دادستان دیوان ارجاع شده بود. (Voon, 2001: 1086) دادستان نیز برای ارزیابی صحت این گزارش‌ها در ۱۴ مه ۱۹۹۹ کمیته‌ای را با نام کمیته بازنگری ویژه<sup>۷</sup> ایجاد کرد تا در این زمینه به وی مشورت دهد. (Benvenuti, 2001: 504) این کمیته در ژوئن ۲۰۰۰ گزارش نهایی خود را منتشر کرد که در بخشی از آن که مربوط به اتهام کاربرد مهمات خوشه‌ای توسط نیروهای ناتو بود عنوان کرد: «هیچ مقررره معاهده‌ای مشخصی وجود ندارد که استفاده از سلاح‌های خوشه‌ای را ممنوع یا محدود کند. البته بمب‌های خوشه‌ای باید مطابق با اصول عمومی قابل اجرا درباره کاربرد همه سلاح‌ها استفاده شود... قابل ذکر است که کاربرد بمب‌های خوشه‌ای یکی از مجموعه موارد مطروح ... در تصمیم شعبه اول در پرونده مارتیچ بود. در این تصمیم، شعبه اعلام کرد که هیچ مقررات رسمی ممنوع‌کننده کاربرد بمب‌های خوشه‌ای وجود ندارد (بند ۱۸ رأی) اما قابل ملاحظه است که کاربرد راکت ارکان با سرچنگی خوشه‌ای در آن مورد خاص، نشان‌دهنده قصد متهم مبنی بر حمله عامدانه به جمعیت غیرنظامی بود زیرا راکت در منطقه‌ای فرود آمده بود که هیچ هدف نظامی نزدیک آن وجود نداشت... هیچ نشانه‌ای وجود ندارد که بمب‌های خوشه‌ای که ناتو استفاده کرده به روشی مشابه به کار گرفته شده باشند؛ [پس]... نباید تحقیق درباره کاربرد بمب‌های خوشه‌ای را ناتو آغاز کند».<sup>۸</sup>

1. Krajina.

2. ICTY, Prosecutor v Marti , Case No. IT-95-11-T, June 12, 2007: para 480.

3. Ibid. para 481.

4. Ibid. para 461.

5. Orkan.

6. ICTY, Prosecutor v Marti , Case No. IT-95-11-T, June 12, 2007: para 462-463.

7. Special Review Committee.

8. ICTY, Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia, 8 June 2000, para

اگرچه نظر کمیته ویژه برای دادستان الزام‌آور نبود، وی ترجیح داد نیروهای ناتو را تحت تعقیب قرار ندهد. (Benvenuti, 2001: 504) در این خصوص نیز نه تنها کمیته ویژه و بالتبع دادستان به ویژگی‌های ماهوی مهمات خوشه‌ای بی‌توجه بودند بلکه یافته‌های کمیته ویژه، عموماً از ادله و واقعیت‌های موجود منحرف شده بود. (Benvenuti, 2001: 508) از جمله آنکه دو مجموعه از حملات خوشه‌ای ناتو به بیمارستان و فروشگاه‌های در شهر نیس صربستان انجام شده بود. (Breitegger, 2012: 107) همچنین در نیمی از ۳۱ هزار پرتابه و موشکی که ناتو علیه صربستان به کار برده بود، از سر جنگی خوشه‌ای استفاده شده بود (Benvenuti, 2001: 513) یا آنکه جنگنده‌های ناتو برای آنکه از پدافند زمینی صرب‌ها در امان باشند، بمب‌های خود، از جمله بمب‌های خوشه‌ای را در فاصله ۱۵ هزار پایی از سطح زمین، یعنی فاصله‌ای که امکان تمیز میان اهداف نظامی و غیرنظامی وجود نداشت، رها می‌کردند. (Voon, 2001: 1098)

همان‌گونه که فوقاً ملاحظه شد، در حالی که اصول بنیادین حقوق بشردوستانه در کنار رویه اکثر دولت‌ها، رأی به ممنوعیت مطلق کاربرد مهمات خوشه‌ای می‌دهد، رویه قضایی بین‌المللی در آرایایی که محل نقد نیز واقع شده است، کاربرد این سلاح‌ها را به خودی خود، تخلف بین‌المللی نمی‌داند. این در حالی است که ویژگی‌های ذاتی مهمات خوشه‌ای که آن را از دیگر سلاح‌ها ممتاز می‌کند منجر به نقض اصول حقوق بشردوستانه می‌شود؛ بنابراین، فروش این مهمات، رکن قانونی مسئولیت ناشی از کمک یا مساعدت است.

۲. توزیع مسئولیت میان دولت‌ها در مسئولیت اشتقاقی ناشی از کمک یا مساعدت

پس از احراز مسئولیت اشتقاقی دولت/دولت‌های مساعدت‌کننده در کاربرد مهمات خوشه‌ای از سوی عربستان، باید به سراغ این مسئله رفت که مسئولیت این دولت‌ها تا چه اندازه است؟ آیا آن‌ها به اندازه مساعدتی که انجام داده‌اند، مسئولیت دارند یا آنکه این مسئولیت تمام فعل متخلفانه‌ای را که به عربستان منتسب است شامل می‌شود؟ حقیقت آن است که توزیع مسئولیت در وضعیت‌های ناشی از معاونت، از جمله حوزه‌های پیچیده حقوق مسئولیت بین‌المللی به شمار می‌رود. (Stern, 2010: 570) این پیچیدگی، محصول دشواری‌های عملی درباره انتساب فعل متخلفانه است (Lanovoy, 2014, 144) یعنی ابتدا باید مشخص کرد که کمک یا مساعدت تا چه اندازه در وقوع فعل نهایی دخالت داشته تا بتوان مسئولیت دولت مساعدت‌کننده را تعیین کرد. (Stern, 2010: 570) به‌هرحال، چون در مسئولیت اشتقاقی اصولاً فعل متخلفانه، قابل انتساب به دولت مساعدت‌کننده نیست، این دولت نباید مسئولیت کل عمل متخلفانه را به دوش بکشد.

(Dominice, 2010: 289) ماده ۱۶ پیش نویس مسئولیت نیز دقیقاً واجد همین معناست که دولت کمک یا مساعدت کننده، «بابت کمک یا مساعدت ... مسئولیت دارد». پس مسلم است که دولت مساعدت کننده در قبال کل عمل متخلفانه بین المللی دولت مساعدت شونده مسئول نیست و فقط بابت عمل خود یا همان مساعدت به دولت دیگر جهت ارتکاب عمل متخلفانه مسئولیت دارد و مسئولیت فعل متخلفانه بر عهده دولت مرتکب است. (Shiner & Williams, 2008: 219) بنابراین دولت/دولت‌هایی که با فروش مهمات خوشه‌ای به عربستان سعودی، این دولت را در استفاده از این سلاح‌ها کمک کرده‌اند، بابت عمل قابل انتساب به این دولت پاسخگو نیستند. لازم به ذکر است اگر کمک یا مساعدت ارائه شده، شرط لازم برای ارتکاب اقدام متخلفانه بین المللی باشد، می‌توان دولت مساعدت کننده را نیز به اندازه دولت مباشر مسئول دانست. در آن صورت، مسئولیت بین دولت مباشر و دولت کمک کننده تقسیم خواهد شد. (Shiner & Williams, 2008: 219). کمیسیون نیز در شرح و تفسیر ماده ۱۶ پیش نویس مسئولیت، از مواردی صحبت می‌کند که ممکن است کمک یا مساعدت انجام شده به حدی برای وقوع فعل متخلفانه حیاتی باشد که نتوان بین کمک یا مساعدت ارائه شده و تخلف انجام شده تفاوت گذاشت. (ARSIWA Commentary, 2001: Article 16, para 10). بعید به نظر می‌رسد چنین وضعیتی بر مورد مساعدت به عربستان حاکم باشد. هرچند این دولت فاقد فناوری لازم برای ساخت مهمات خوشه‌ای بوده (Mines Action Canada, 2011:302) درمقابل، از بازار نسبتاً متنوعی برای تأمین بمب‌های خوشه‌ای برخوردار است. (Mines Action Canada, 2011: 303)

### نتیجه

با پدیداری مسئولیت بین المللی اشتقاقی که حاصل ترویج رهیافت چندجانبه گرایی در حوزه مسئولیت است، وضعیت‌هایی ایجاد شده که یک دولت، بابت فعل متخلفانه دولت دیگری مسئولیت پیدا می‌کند. یکی از مصادیق مسئولیت اشتقاقی، مسئولیت ناشی از کمک یا مساعدت یک دولت در فعل متخلفانه دولت دیگر است. در رویه بین المللی، موارد مختلفی از این نوع مسئولیت وجود دارد. آخرین مورد از تحقق این نوع مسئولیت را باید کمک یا مساعدت دولت‌های ثالث به ویژه ایالات متحده امریکا به دولت عربستان سعودی در به کارگیری مهمات خوشه‌ای علیه مواضعی در یمن دانست. این دولت‌ها با فروش مهمات خوشه‌ای به عربستان، وقوع فعل توسل به مهمات خوشه‌ای را از سوی این دولت تسهیل کرده‌اند و در نتیجه می‌توان گفت رکن مادی مسئولیت اشتقاقی ناشی از کمک یا مساعدت در این مورد بخصوص محقق شده است.

رکن ذهنی نیز رکن دومی است که برای احراز این نوع مسئولیت ضروری است. چنانچه دولتی از وقوع فعل متخلفانه از سوی دولت دیگری آگاهی داشته باشد یا آنکه در وضعیت‌هایی خاص می‌بایست آگاهی می‌داشت و باوجود این آگاهی، به دولتی در راستای وقوع فعل متخلفانه کمک یا مساعدت کند، رکن ذهنی محقق است. دقیقاً مشخص نیست که دولت‌های ثالث به‌ویژه امریکا چه زمانی مهمات خوشه‌ای را به دولت عربستان منتقل کرده‌اند. احراز مسئولیت اشتقاقی این دولت‌ها، دقیقاً موکول به آگاهی از این زمان است چرا که اگر فرضاً این مهمات در تاریخی بسیار عقب‌تر از بحران اخیر یمن به عربستان منتقل شده باشد غیرمنطقی خواهد بود که گفته شود دولت امریکا یا دیگر دولت‌های ثالث با علم به توسل به مهمات خوشه‌ای از سوی عربستان علیه مواضعی در یمن، این مهمات را به حاکمان سعودی فروخته‌اند. برعکس، اگر اندک‌زمانی پیش از وقوع بحران یمن، مهمات خوشه‌ای منتقل شده باشد، مسئولیت امریکا در مساعدت به ارتکاب عمل متخلفانه دولت عربستان محقق شده است چه آنکه وقتی دولتی آماده مشارکت در یک مخاصمه مسلحانه می‌شود، از تمامی زرادخانه‌اش بهره خواهد برد. در این فرض باید گفت که رکن معنوی مسئولیت اشتقاقی ناشی از کمک یا مساعدت برای استفاده از مهمات خوشه‌ای توسط عربستان محرز است.

تحقق رکن مادی و ذهنی برای تحقق مسئولیت مذکور کفایت نمی‌کند بلکه همان‌طور که ماده ۱۶ پیش‌نویس مسئولیت متذکر شده است، فعل متخلفانه باید هم‌زمان، نقض تعهدات دولت مباشر و دولت کمک یا مساعدت‌کننده باشد. از این مؤلفه می‌توان به رکن قانونی یاد کرد. اگرچه کنوانسیون مهمات خوشه‌ای، صراحتاً کاربرد این نوع از سلاح‌ها را ممنوع کرده است، دولت امریکا و دولت عربستان، هیچ‌یک عضو این کنوانسیون نیستند. باوجود این، اصول بنیادین حقوق بشردوستانه حاکم بر هدایت مخاصمات مسلحانه و استفاده از شیوه‌های نبرد همچون اصل تفکیک، قاعده تناسب، قاعده احتیاط، اصل منع ایجاد رنج زائد یا غیرضرور، در مغایرت با کاربرد این نوع از سلاح‌ها هستند چرا که دو ویژگی ذاتی مهمات خوشه‌ای یعنی پخش ریزمهمات آن در مناطقی گسترده و باقی‌ماندن مهمات عمل‌نکرده در منطقه جنگی، هیچ‌گونه تناسبی با اصول مذکور حقوق بشردوستانه ندارد. در نتیجه می‌توان گفت - با فرض انتقال مهمات خوشه‌ای پس از بحران یمن - مسئولیت اشتقاقی ناشی از کمک یا مساعدت دولت امریکا و دیگر دولت‌های ثالث در مورد کاربرد مهمات خوشه‌ای از سوی دولت عربستان علیه مواضعی در یمن محرز است.

## منابع

### الف) فارسی

#### کتاب

- ضیائی بیگدلی، محمدرضا. (۱۳۹۲). *حقوق بین الملل بشردوستانه*، تهران: انتشارات کتابخانه گنج دانش.
- ممتاز، جمشید و رنجبریان، امیرحسین. (۱۳۸۷). *حقوق بین الملل بشردوستانه: مشخصات مسلحانه داخلی*، تهران: نشر میزان.
- ممتاز، جمشید و شایگان، فریده. (۱۳۹۲). *حقوق بین الملل بشردوستانه در برابر چالش های مشخصات مسلحانه عصر حاضر*، تهران: شهر دانش.

#### مقاله

- تاورنیه، پل. (۱۳۹۲). «اصل تفکیک و کاربرد تسلیحات»، *عسگری، پوریا و هنکرتز، ژان ماری، مجموعه مقالات همایش حقوق بین المللی بشردوستانه عرفی*، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.

### ب) انگلیسی

#### Books

- Aust, Helmut Philipp, (2011), *Complicity and the Law of State Responsibility*, New York, Cambridge University Press.
- Borrie, John, (2009), *Unacceptable Harm: A History of How the Treaty to Ban Cluster Munitions was Won*, New York and Geneva, United Nations Institute for Disarmament Research.
- Breitegger, Alexander, (2012), *Cluster Munitions and International Law: Disarmament With a Human Face?*, New York, Routledge.
- Brownlie, Ian, (1983), *System of the Law of Nations: State Responsibility*, Part 1. Oxford, Clarendon Press.
- Crawford, James, (2013), *State Responsibility: General Part*, New York, Cambridge University Press.
- Henckaerts, Jean-Marie & Doswald-Beck, Louise. (2005), *Customary International Humanitarian Law, Vol I: Rules*, New York, Cambridge University Press.



- International Committee of the Red Cross (ICRC), (2001), *Explosive Remnants of War: Cluster Bombs and Landmines in Kosovo*, Geneva, International Committee of the Red Cross.

- Jackson, Miles, (2015), *Complicity in International Law*, New York, Oxford University Press.

- Monitor Mines Action Canada, (2009), *Banning Cluster Munitions: Government Policy and Practice*, Ottawa, Monitor Mines Action Canada.

- Monitor Mines Action Canada, (2011), *Cluster Munitions Monitor 2011*, Ottawa, Monitor Mines Action Canada.

- Nystuen, Gro & Casey-Maslen, Stuart, (2010), *The Convention on Cluster Munitions: A Commentary*, New York, Oxford University Press.

- Tunkin, Grigorii Ivanovich, (1974), *Theory on International Law*, US, Harvard University Press.

#### **Articles**

- Benvenuti, Paolo, (2001), "The ICTY Prosecutor and the Review of the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia", *EJIL*, Vol 12, No 3.

- Borrie, John & Cave, Rosy, (2006), "The Humanitarian Effects of Cluster Munitions: Why Should We Worry?", *Disarmament Forum*, Vol 4.

- Dominice, Christian, (2010), "Attribution of Conduct to Multiple States and Implication of a State in the Act of another State", in Crawford, James; Pellet, Alain; Olleson, Simon, *The Law of International Responsibility*, New York, Cambridge University Press.

- Graefrath, Bernhard, (1996), "Complicity in the Law of International Responsibility", *Revue belge de droit international*, Vol. 29.

- Gray, Christine, (2006), "The Eritrea/Ethiopia Claims Commission Oversteps Its Boundaries: A Partial Award?", *EJIL*, Vol. 17, No. 4.

- Lanovoy, Vladyslav, (2014), "Complicity in an Internationally Wrongful Act". in Nollkaemper, Andre; Plakokefalos, Ilias, *Principles of Shared Responsibility in International Law: An Appraisal of the State of the Art*, UK, Cambridge University Press.

- MacLeod, I.J & A.P.V. Rogers, (2007), "The Use of White Phosphorus and Law of War", in *Yearbook of International Humanitarian Law*, Hague, ASSER Press.

- Nolte, Georg; Aust & Helmut Philipp, (2009), "Equivocal Helpers-Complicit States Mixes Messages and International Law", *ICLQ*, Vol. 58, No 3.

-Orakhelashvili, Alexander, (2010), "Division of Reparation between Responsible Entities", in Crawford, James; Pellet, Alain; Olleson, Simon, *The Law of International Responsibility*, New York, Cambridge University Press.

-Palchetti, Paolo, (2009), "State Responsibility in Genocide", in Gaeta, Paolo, *The UN Genocide Convention: A Commentary*, New York, Oxford University Press.

- Pellet, Alain, (2010), "Definition of Responsibility in International Law", in Crawford, James; Pellet, Alain; Olleson, Simon, *The Law of International Responsibility*, New York, Cambridge University Press.

- Quigley, John, (1986), "Complicity in International Law: a New Direction in the Law of State Responsibility", *BYIL*, Vol 57 No 1).

- Raccuia, Daniel Joseph, (2011), "The Convention on Cluster Munitions: An Incomplete Solution to the Cluster Munition Problem", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol 44.

- Rappert, Brian & Moyes, Richard, (2009), "The Prohibition of Cluster Munitions: Setting International Precedents for Defining Inhumanity", *The Nonproliferation Review*, Vol 16, No 2.

- Stern, Brigitte, (2010), "The Obligation to Make Reparation", in Crawford, James; Pellet, Alain; Olleson, Simon, *The Law of International Responsibility*, New York, Cambridge University Press.

- Voon, Tania, (2001), "Pointing the Finger: Civilian Casualties of NATO Bombing in the Kosovo Conflict", *American University International Law Review*, Vol 16, No 4.

- Wiebe, Virgil, (2008), "For Whom the Little Bells Toll: Recent Judgments by International Tribunals on the Legality of Cluster Munitions", *Pepperdine Law Review*, Vol. 35, No 4.

#### منابع اینترنتی

-Human Rights Watch, (2009), *A Dying Practice: Use of Cluster Munitions by Russia and Georgia in August 2008*, available at: [http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/georgia0409webwcover\\_0.pdf](http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/georgia0409webwcover_0.pdf). (Last Seen: 20 oct. 2015).

- Landmine and Cluster Munition Monitor, (2012), *Cluster Munitions Monitor 2012*, available at: <http://www.the-monitor.org/cmm/2012>. (Last seen: 20 Oct.2015)