

شرط مارتنس در حقوق کیفری بین‌المللی؛ ماهیت و کارکردهای تفسیری*

- پریسا دهقانی^۱
- محمدحسین رمضانی قوام‌آبادی^۲
- محمدرضا علی‌پور^۳

چکیده

در نخستین کنفرانس صلح ۱۸۹۹ لاهه، فردریش ون مارتنس، نماینده دولت روسیه بیان داشت تا آن زمان که مجموعه قواعد منظم جنگ تدوین شود، دولت‌های متعاقد موافقت می‌نمایند در مواردی که تحت شمول مقررات مصوب قرار نمی‌گیرد، جمعیت‌های غیر نظامی و متخاصمان همچنان تحت حمایت

* تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۱/۲ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۲/۲۸.

۱. دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل عمومی، گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران (dehghani.parisa902@gmail.com).
۲. دانشیار گروه حقوق بین‌الملل، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول) (h_ramazani@sbu.ac.ir).
۳. استادیار گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران (m_alipour@srbiau.ac.ir).

اصول حقوق ملل منبعت از عرف تثبیت شده میان ملل متمدن، اصول بشریت و ندای وجدان عمومی قرار خواهند گرفت. این اظهار که در ادبیات حقوق بین‌الملل به شرط مارتنس مشهور شد، در حقوق کیفری بین‌المللی اثرات عینی به همراه داشته است. محاکم کیفری بین‌المللی به مناسبت‌های مختلف، به شرط مارتنس متوسل شده‌اند. با تحلیل آرا و نظرات محاکم کیفری بین‌المللی می‌توان اظهار داشت که شرط مارتنس در حقوق بین‌الملل به طور کلی و حقوق کیفری بین‌المللی به طور خاص، از ظرفیت‌ها و کارکردهای متفاوتی برخوردار است. تفکیک میان این نقش‌ها چندان کار ساده‌ای نیست. اینکه آیا استناد به شرط مارتنس، در راستای نقش پُر کردن خلأهاست و یا تفسیر یک قاعده مبهم و یا صرفاً نقش تقویت استدلال حقوقی دادگاه را ایفا می‌کند، چندان متفن و بدون مناقشه نیست؛ چرا که نوع نگرش به شرط مارتنس، تعیین‌کننده شناسایی اثر آن در حقوق کیفری بین‌المللی است. مقاله حاضر با تتبع در رویه قضایی بین‌المللی به این نتیجه می‌رسد که نقش تفسیری و رفع ابهام و اجمال قواعد حقوقی، جلوه ویژه‌ای در استناد محاکم بین‌المللی کیفری به شرط مارتنس داشته است. این قابلیت‌ها و ظرفیت‌های متنوع شرط مارتنس باعث می‌شوند که جامعه بشری برای رسیدن به وضعیت مطلوب و گذار از وضع موجود، دائماً و بر حسب نیاز، از قبض و بسط‌های آن بهره‌گیرند. بر این پایه، شاهد کارکردهای عینی متنوعی از شرط مارتنس در حقوق کیفری بین‌المللی بوده و هستیم و این روند در آینده نیز ادامه خواهد داشت.

واژگان کلیدی: شرط مارتنس، حقوق کیفری بین‌المللی، منبع، تفسیر، مفهوم مخالف، راهنمای هرمنوتیک.

مقدمه

از آنجا که قانون‌گذاری برای هر وضعیت اجتماعی قابل‌تصور، امری دشوار است، قاضی و حقوق‌دان در تلاش خود برای تشخیص قاعده حقوقی قابل‌اعمال، گاه با نقص، اجمال و سکوت قانون روبه‌رو می‌شود و این امر به طور کلی در مورد همه حوزه‌های حقوق بین‌الملل و به طور خاص، حوزه حقوق کیفری بین‌المللی صدق می‌نماید (پیری و دیگران، ۱۴۰۰: ۱۴۴). در چنین وضعی که همواره بر نظام حقوق کیفری بین‌المللی حاکم بوده، توسل به اصول و قواعدی را ایجاب می‌نماید. از این رو، سؤالی

که مطرح می‌شود این است که آیا می‌توان پذیرفت که یکی از راهکارهای مناسب برای رفع ابهامات قواعد حقوقی در حقوق کیفری بین‌المللی، شرط مارتنس خواهد بود؟ شرط مارتنس برای نخستین بار به پیشنهاد فردریش وان مارتنس، به عنوان یک شرط مازاد و احتیاطی جهت تدارک قواعد بشردوستانه برای حل اختلاف بین اعضای کنفرانس‌های صلح لاهه در خصوص جایگاه جنبش‌های مقاومت در سرزمین‌های اشغالی و در راستای علاج عدم کلیت قواعد حقوقی و استقرار اصولی ناظر بر مقوله‌های پیش‌بینی نشده در عرصه حقوق بشردوستانه مطرح گردید؛ مبنی بر اینکه تا آن زمان که مجموعه قواعد منظم جنگ تدوین شود، دولت‌های متعاقد مناسب می‌دانند اعلام کنند که در موارد غیر مصرح در مقررات تدوین شده و مورد قبول دولت‌ها، جمعیت‌های غیر نظامی و متخاصمان همچنان تحت حمایت اصول حقوق ملل، به همان صورت که از رسوم جاری میان ملت‌های متمدن، قوانین بشریت و ندای وجدان عمومی برمی‌آید، قرار خواهند گرفت (Laws and Customs of War on Land (Hague IV), 1899, 1907).

مسئلاً در حقوق کیفری بین‌المللی که به مثابه نظام‌های حقوقی داخلی مدرن، از وفور قواعد در تنظیم رخداد‌های حادث و نوظهور برخوردار نیست، توسل به شرط مارتنس از اهمیت بیشتری برخوردار است. در این میان، شرط مارتنس در قامت اصل کلی راهنما می‌تواند همچون ابزاری، ما را در راستای شناسایی اصول متناسب با حقوق بین‌الملل و وسیله‌ای برای تفسیر قواعد موجود و شاخص‌گزینش قاعده مناسب از میان قواعد مختلف قابل اعمال با غایت بشریت در خصوص موضوع مورد اختلاف یاری رساند. در قضیه تنگه کورفو و نیکاراگوئه، همین کارکرد مفهوم بشریت مستقر در شرط مارتنس به دوران صلح هم گسترش پیدا کرد (ICJ, 1949: 22; ICJ, 1986: 113-4). علاوه بر این، شرط مارتنس می‌تواند با پیوند هنجارها و اصول حقوق موضوعه به حقوق طبیعی، تأثیر چشمگیری بر توسعه و یکپارچه‌سازی حقوق کیفری بین‌المللی داشته باشد.

حقوق داخلی مبتنی بر فرهنگ‌های یکپارچه داخلی و حقوق بین‌الملل بر اساس تعامل ملل با کمترین سطح اشتراک فرهنگی در جهان است. لاجرم در انتقال از حقوق داخلی به حقوق بین‌الملل، بسیاری از ابعاد حقوق داخلی تحت تأثیر قرار گرفته و

جامعه جهانی با رویکرد برابری حقوق انسان‌ها و برابری حقوقی حاکمیت دولت‌ها، زمینه‌ساز رویکردهای مشترک بین ملت‌ها می‌شود. در چنین بستری، هم ظرفیت‌های مفهومی شرط مارتنس و هم کارکردهای مؤثر آن در جامعه بین‌الملل خودنمایی می‌کند. شناخت این ظرفیت‌ها و تقویت کارکردهای آن قطعاً بر انسجام هر چه بیشتر جامعه جهانی و عادلانه‌تر شدن آن خواهد افزود. همین آثار مثبت است که ضرورت ادراک درست شرط مارتنس را در حقوق کیفری بین‌المللی دوچندان می‌کند.

۱. ماهیت شرط مارتنس در حقوق کیفری بین‌المللی

نوع نگرش به شرط مارتنس برای هر پژوهشگر حقوق بین‌الملل، امری پیشینی است تا بتواند دامنه اثرگذاری این مفهوم و ظرفیت‌های بالقوه آن را در تفسیر و توسعه حقوق کیفری بین‌المللی ادراک نماید یا خود از بررسی آن در مقام تفسیر و توسعه حقوق کیفری بین‌المللی بهره گیرد. بر همین اساس، هر چه اطلاعات و فهم از ابعاد مختلف مفهومی - نظری شرط مارتنس عمق بیشتری پیدا کند، در تحلیل و تفسیر حقوق کیفری بین‌المللی در پرتو این شرط، به یافته‌های جدیدی می‌توان رسید. بررسی ادبیات حقوقی نشان می‌دهد که دیدگاه‌ها در خصوص ماهیت شرط مارتنس به طور اجتناب‌ناپذیری مورد اختلاف است. تقریباً چند گرایش و تفسیر متفاوت قابل تشخیص است: در مضیق‌ترین نگاه، شرط مارتنس به ما یادآوری می‌کند که حقوق بین‌الملل عرفی بعد از پذیرش و تصویب یک معاهده و قواعد مندرج در آن، همچنان قابلیت اعمال خواهد داشت. دولت‌های قدرتمند معمولاً با ارائه تفسیر مضیق، آن را کم‌اهمیت و حتی زائد جلوه می‌دهند. چنین تفسیری حاکی از آن است که شرط مارتنس به سادگی تصدیق می‌کند که امضاکنندگان معاهداتی که شرط مارتنس در آن ظاهر شده است، تحت حکومت قواعد بین‌المللی عرفی قرار دارند. در واقع، دیدگاه مضیق معتقد است که شرط مارتنس صرفاً ایجاد انگیزه و منبع الهام در توسعه حقوق بین‌الملل بوده است و به بیانی دقیق‌تر، در روند ایجاد هنجار تأثیر داشته است (Cassese, 2008: 40). تفاسیر موسع حاکی از آن است که این شرط به خودی خود می‌تواند منبع مستقل حقوق باشد. از این منظر، شرط مارتنس تأثیر مهمی بر منابع حقوق بین‌الملل داشته است و حداقل در حوزه

حقوق بین الملل بشردوستانه، این منابع را گسترش داده و حتی دو منبع جدید و مستقل ایجاد کرده است؛ یعنی قوانین بشریت و ندای وجدان عمومی. تفسیر موسع تر این است که همان گونه که برخی معاهدات بین المللی در ارتباط با قواعد حاکم بر مخاصمات مسلحانه، هرگز کامل نشده اند، شرط مارتنس تصریح می نماید که آنچه صریحاً توسط یک معاهده ممنوع نشده باشد، فی نفسه مجاز نخواهد بود. اما موسع ترین تفسیر این است که رفتار در مخاصمات مسلحانه، تنها به وسیله معاهدات و عرف مورد قضاوت قرار نمی گیرد؛ بلکه همچنین به وسیله اصول حقوق بین الملل مندرج در شرط مارتنس نیز مورد قضاوت قرار خواهد گرفت. برخی از دکتربین ها همچنین از تفسیر میانی حمایت کرده اند که بر اساس آن، شرط مارتنس به عنوان یک راهنما در تفسیر معاهدات موجود عمل می کند. در این دیدگاه، شرط مارتنس ابزاری تفسیری برای اصول و قواعد بین المللی به شمار می رود. به عقیده آن ها، شرط مارتنس به این معناست که اصول حقوقی باید در چارچوب اصول بشریت و ندای وجدان عمومی تفسیر شوند.

۱-۱. تفسیر موسع؛ شرط مارتنس به مثابه منبع

یکی از تفاسیر موسع در خصوص ماهیت شرط مارتنس، نقش آن به عنوان یکی از قواعد حقوق بین الملل بشردوستانه است؛ بدین معنا که اعمال دولت ها که منجر به نقض اصول بشریت یا ندای وجدان عمومی شود، نقض شرط مارتنس به حساب می آید و در نتیجه ممنوع است. این موضع دولت استرالیا بود^۱ که در لایحه تقدیمی خود به دیوان بیان داشت:

«این واقعیت که یک رفتار خاص تحت پوشش معاهدات بین المللی قرار نگیرد، به خودی خود این نتیجه را نمی دهد که چنین رفتاری با اصول کلی حقوق بین الملل بشردوستانه سازگار است» (Australian Statement, 1996: 699).

تفسیر موسع تر این است که شرط مارتنس، دو منبع جدید حقوق بین الملل ایجاد کرده است. از این رو، اصول بشریت و ندای وجدان عمومی، منابع مستقل حقوق بین الملل به شمار می روند (Strebel, 1982: 252). در چارچوب این تفسیر، طرفین

1. ICJ, Verbatim Records, CR/95/22, 30 October 1995.

مخاصمه در یک درگیری مسلحانه نه تنها به قواعد عرفی و معاهده‌ای ملزم هستند، بلکه همچنین به اصول بشریت و ندای وجدان عمومی نیز متعهدند (Ticehurst, 1997: 126). در دیدگاه موسع که حامیان آن، نهادهای مردم‌نهاد به شمار می‌روند، دولت‌ها نیازی به انعقاد یک معاهده بین‌المللی چندجانبه ندارند تا باطل‌کننده سلاح‌هایی باشد که ناقض اصول بشریت یا ندای وجدان عمومی‌اند. بنابراین دیدگاه موسع، در حال حاضر بزرگ‌ترین تهدید برای ممنوعیت سلاح‌های خاص (ریات‌ها) به شمار می‌رود و طبیعتاً این تفسیری است که با از دست دادن بشریت به وجود می‌آید.

به زعم قاضی شهاب‌الدین و کانکادو ترینداد، شرط مارتنس چیزی فراتر از یک تعهد اخلاقی یا علقه‌ای بین عرف یا معاهدات یا حداقل منبعی برای ایجاد عرف است. این شرط، مرجعیت قضایی الزام‌آور برای رفتار با اصول بشریت و ندای وجدان عمومی به عنوان منابع حقوق بین‌الملل بشردوستانه فراهم می‌کند (Shahabuddeen, 1996: 408; Trindade, 2006: 477). این همان چیزی بود که دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه تنگه کورفو^۱ تصدیق کرد که تعهدات بین‌المللی آلبانی بر ملاحظات ابتدایی بشریت مبتنی است (ICJ, 1949: 22). اظهار مشابهی در قضیه نیکاراگوئه^۲ در مورد تعهدات بشردوستانه ایالات متحده بیان شد (ICJ, 1996: 215, 218). این شرط تثبیت‌کننده این امر است که ندای وجدان عمومی و بشریت فی‌نفسه منبع

۱. این قضیه به اختلاف بین انگلستان و آلبانی مربوط بود. بعد از تصادم و انفجار دو اژدرافکن انگلیسی با مین در دریای سرزمینی آلبانی در تنگه کورفو، انگلستان تنگه را مین‌روبی کرد. این امر به زعم دولت آلبانی، نقض حاکمیت سرزمینی آن را به همراه داشت. انگلستان معتقد بود که آلبانی در قبال انفجار مسئولیت بین‌المللی دارد. تنش شدیدی بین دو کشور ایجاد شد. نهایتاً انگلستان دعوی را به دیوان بین‌المللی دادگستری ارجاع داد. دیوان در سال ۱۹۴۹ رأی ماهیتی در خصوص این دعوی را صادر نمود. دیوان ضمن قبول قصور دولت آلبانی، آن کشور را مسئول انفجارها شناخت و همچنین اظهار داشت که انگلستان با مین‌روبی تنگه کورفو، به حاکمیت آلبانی تجاوز کرده است (ICJ, 1949).

۲. نیکاراگوئه در ۹ آوریل ۱۹۸۴، دادخواستی علیه ایالات متحده تسلیم دیوان کرد، مبنی بر اینکه آمریکا از نیروهای نظامی علیه نیکاراگوئه استفاده کرده و در امور داخلی آن کشور دخالت می‌کند. در این شکایت تصریح شد که آمریکا با تسلیح و کمک به گروه‌های شورشی محلی (کنترها)، به حقوق بین‌الملل و تمامیت ارضی نیکاراگوئه تجاوز کرده است و برای خساراتی که وارد کرده، باید غرامت بپردازد. در رأی که دیوان در ۲۶ ژوئن ۱۹۸۶ در ماهیت دعوی صادر کرد، در اغلب موارد، حق به نیکاراگوئه داده شد (ICJ, 1996).

قانونی برای غیر قانونی اعلام کردن ابزارها و روش‌های غیر انسانی است که به نظم کشیده نشده‌اند و بر همه دولت‌ها الزام‌آور هستند (Pustogarov, 1999: 132). مسلماً شرط مارتنس باید به عنوان کانالی در نظر گرفته شود که ملاحظات ابتدایی بشریت در سرتاسر حوزه حقوق بین‌الملل جریان داشته باشد و از اجرای اعمال غیر انسانی که تحت پوشش حقوق (عرفی یا معاهده‌ای) قرار نگرفته باشند، جلوگیری نماید (Schmitt, 2010: 800). بر این اساس، ضروری نیست که وجود مستقل چنین اصولی از حقوق بین‌الملل را جای دیگر بیابیم. منبع این اصول در خود شرط نهفته است. کمیته بین‌المللی صلیب سرخ با حمایت از موسع‌ترین دیدگاه اظهار داشت:

«سلاحی که تحت پوشش قوانین موجود حقوق بین‌الملل بشردوستانه قرار نگیرد، اگر فی‌نفسه با اصول بشریت یا ندای وجدان عمومی مغایرت داشته باشد، مخالف و نقیض شرط مارتنس در نظر گرفته می‌شود» (ICRC, 2006: 945).

مرجع اولیه برای تفسیر موسع را در دادگاه نظامی ایالات متحده در نورمبرگ در قضیه ایالات متحده علیه کراپ و دیگران ۱۹۴۸، می‌توان یافت. دادگاه مقررات مرتبط با کنوانسیون‌های لاهه را مورد بحث قرار داد و دریافت که این مقررات برای آلمان الزام‌آور هستند؛ نه تنها به عنوان یک معاهده بلکه همچنین به عنوان قواعد عرفی (United States v. Alfred Krupp et al., 1948: 1338). سپس اظهار داشت:

«مقدمه کنوانسیون‌های ۱۸۹۹ و ۱۹۰۷ لاهه^۱ حاوی مطالبی بسیار بیشتر از اعلام محض یک قاعده است. پیشگفتار حاوی یک شرط کلی است که عرف متداول بین ملل متمدن، اصول انسانیت و ندای وجدان عمومی را به معیاری حقوقی تبدیل می‌کند که هر گاه مقررات ویژه کنوانسیون یا آیین‌نامه‌های پیوستی آن، موضوع خاصی را که در جنگ یا ملازم با جنگ پیش می‌آید، پیش‌بینی نکرده باشد، می‌توان از این معیار استفاده نمود» (Ibid.: 1341).

دیگر قضایا از جمله قضیه آلتستوتر، این ایده را حتی در چارچوب حقوق کیفری بین‌المللی تأکید کردند. در این قضیه، شرط مارتنس به عنوان یک مأخذ اضافی برای این طرح پیشنهادی به کار رفت که اخراج اهالی سرزمین‌های اشغالی به موجب حقوق

1. Laws and Customs of War on Land (Hague IV), 1899, 1907.

عرفی جنگ منع شده و جرم محسوب می‌شود (Justice case, 1947: 58). دادگاه نورمبرگ در شرایطی به شرط مارتنس استناد نمود که متهمان ادعا می‌کردند که منشور نورمبرگ که توسط دادگاه اجرا می‌شود، به منزله قانون کیفری عطف به ماسبق‌کننده است. متهمان، اخراج سکنهٔ سرزمین‌های اشغالی را جنایت نمی‌دانستند؛ برای اینکه از نظر آن‌ها در زمان ارتکاب این عمل، قانونی بر ممنوعیت آن وجود نداشت. ولی استدلال دیوان این بود که این عمل توسط حقوق عرفی جنگ منع شده و جنایت تلقی می‌گردد.

آرای تعداد دیگری از محاکمات جرایم جنگی نازی‌ها در ارتباط با دفاع عطف به ماسبق شدن قوانین، حمایت‌های بیشتری برای تفسیر موسع فراهم می‌کند. این امر به‌طور خاص در مورد قضیه KW صادق است. در این قضیه، متهم KW، یک افسر آلمانی است که به اتهام زخمی کردن شدید ۱۴ غیر نظامی، به نقض مقررات و عرف‌های جنگی متهم شده بود. در واقع وی به تعدادی از غیر نظامیان بازداشت‌شده که علیه نیروهای اشغالگر آلمانی دست به مبارزه زده بودند، صدمات جدی وارد کرده بود. دادگاه به ماده ۴۶ مقررات کنوانسیون چهارم لاهه در مورد قوانین و عرف‌های جنگ زمینی نیز اشاره نمود که تکلیف و وظیفهٔ احترام به حیات اشخاص را بر قدرت اشغالگر تحمیل می‌نماید. با این حال، دادگاه خاطرنشان کرد که هیچ مقرره قانونی وجود ندارد که صراحتاً اعمال خشونت‌آمیز یا بدرفتاری علیه ساکنان سرزمین‌های اشغالی را ممنوع کرده باشد؛ در نتیجه، مسئولیت کیفری فردی برای چنین اعمالی وجود ندارد. بدین ترتیب دادگاه به شرط مارتنس اشاره کرد. قضات دادگاه اظهار داشتند:

«بر اساس شرط مارتنس، باید اصول کلی تر حقوق بین‌الملل برگرفته از قوانین بشریت و ندای وجدان عمومی را به عنوان دلیلی بر غیر قانونی بودن رفتار بی‌رحمانه با غیر نظامیان اعمال نمایند. دادگاه اظهار داشت که حقوق جنگ ناقص مانده است و این دقیقاً یکی از مواردی است که در شرط مارتنس پیش‌بینی شده است تا مبنای قانونی اصولی برای محکومیت کیفری فراهم کند» (KW, 1950: 562-568).

مخالفان تفسیر گسترده، رد یا تعدیل کردن این قضیهٔ خاص را دشوار می‌دانند؛ زیرا دلیل دیگری برای محکومیت متهم که در زمان ارتکاب اعمال خشونت‌آمیز وی وجود داشت، موجود نبود. از این رو، شاید این قضیه روشن‌ترین نمونهٔ تصمیم قضایی است

که تفسیری از استانداردهای شرط مارتنس به عنوان هنجارهای مستقل حقوق بین‌الملل بشردوستانه به دست می‌دهد.

در قضیه *Kononov v. Latvia*، دادگاه اذعان داشت که شرط مارتنس، اصول حقوق بین‌الملل را بیان می‌کند که بر اساس آن، ملاحظات بشریت به خودی خود می‌تواند مستقیماً الزام حقوقی مستقلی برای حکومت بر رفتار و امور دولتی اعمال نماید (ECtHR, 2010). این تفسیر، اصول بشریت را به عنوان هنجارهای کلی مستقل قلمداد می‌نماید که قادر به رفع خلأهای موجود در معاهدات خاص است. این وضعیت حتی در مواردی نیز صدق می‌کند که هیچ قاعده مرتبطی صریحاً مقرر نشده باشد. دادگاه اظهار داشت که اصول غیر قابل نقض از جمله شرط مارتنس، هنجارهای حقوقی در بردارند که باید توسط دادگاه‌ها علیه رفتارهای ناقض حقوق جنگ اعمال شوند. رویه قضایی بیشتر در حمایت از تفسیر موسع را می‌توان در شعبه بدوی دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق در قضیه *مارتیچ* یافت (Martić Case, 1996).

حتی با صرف نظر از دلالت‌های روشن قضایای فوق، استدلال‌های تحلیلی قانع‌کننده دیگری وجود دارد که از تفسیر گسترده حمایت می‌کند. نخست، این تنها تعبیر منطقی است که باعث می‌شود شرط مارتنس از ابتدا ضروری تلقی شود. به عبارت دیگر، تنها یک تفسیر گسترده با تاریخ قانونی شرط مارتنس کاملاً سازگار است. این استدلال توسط قاضی شهاب‌الدین در نظر مشورتی سلاح‌های هسته‌ای مورد تأیید قرار گرفت. وی در حمایت از تفسیر گسترده خاطر نشان می‌کند که در کنفرانس صلح ۱۸۹۹ لاهه، نماینده بلژیک، برنارت، با برخی از مقررات در پیش‌نویس از جمله در کنوانسیون نهایی مخالفت نمود. تنها زمانی که اعلامیه شرط مارتنس بدون مخالفت توسط کنفرانس پذیرفته شد، این نماینده توانست به نفع مقررات مورد اختلاف رأی دهد (Howard & Andreopoulos & Shulman, 1994: 122).

علاوه بر این، تنها یک تفسیر گسترده باعث می‌شود که تعدادی از آرای پسامخاصه در دادگاه‌های جنایات جنگی نازی‌ها که شرط مارتنس را به عنوان قواعد ضروری و مستقیم مورد شناسایی قرار داده بودند، معنا و مفهوم داشته باشند. پس از بررسی طیف وسیعی از چنین تصمیماتی، لرد رایت این اقدامات را به عنوان مبنایی قانونی برای مقررات

دقیق‌تر لاهه، که مجموعه‌ای از جنایات جنگی را تصریح کرده بود، قلمداد نمود:
 «اثر حاکم بر شرط مارتنس این است که این شرط با چند کلمه که در واقع بیانگر
 اصول حقوق جنگ و در واقع همه حقوق است، روح و حیات تازه‌ای به حقوق جنگ
 بخشیده است؛ زیرا هدف حقوق (در همه زمان‌ها) تضمین هر چه بیشتر حاکمیت
 قانون و عدالت و بشریت در روابط متقابل انسان‌هاست» (Lord Wright, XIII).

۲-۱. تفسیر مضیق؛ شرط مارتنس به مثابه راهنمای تفسیر

در هنگام تقدیم لویح در نظر مشورتی سلاح‌های هسته‌ای، روسیه برای حفظ دیدگاه و جهت‌گیری کلی خود برای کم‌اهمیت جلوه‌دادن قواعد عرفی حقوق بین‌الملل در مقابل قواعد حقوق معاهدات، تفسیری مضیق از شرط مارتنس ارائه می‌دهد. این اعلامیه بیان می‌دارد که بهتر است شرط مارتنس با توجه به بافت و ساختار تاریخی اصلی آن، به عنوان چیزی نه بیشتر از یک تدبیر جایگزین موقت درک شود. از این رو، تدوین کامل قوانین جنگ در کنوانسیون‌های ژنو و پروتکل‌های الحاقی باعث شده که این معیار زائد و مازاد بر احتیاج باشد (Ticehurst, 1997: 127).

یک شیوه محدود تفسیر، گستره شرط مارتنس را به معاهده خاص (یا معاهدات پس از ۱۸۹۹) که بخشی از آن را تشکیل داده است، محدود می‌کند. از این رو، شرط مارتنس فقط برای امضاکنندگان آن معاهدات قابل اعمال است. به این ترتیب، نقش آن در اینجا بیشتر محدود است به جلوگیری از تفاسیر قهقرایی^۱ از مواردی که مقررات لاهه به اندازه کافی به نظم درنیاورده یا از جهات دیگر پیش‌بینی نشده است (Bourbonnière, 2004: 43). در این تفسیر، فرض بر این است که فقدان مقررات در رویه دولت‌ها حتی در مواردی که مغایر با این اهداف اساسی است، جواز قانونی ضمنی به حساب می‌آید (Abi-Saab, 1984: 265). با توجه به تدوین گسترده قوانین و مقررات حقوق جنگ، حامیان تفسیر مضیق بر این امر تأکید می‌کنند که حداکثر تنها یک نقش بسیار محدود وجود دارد که شرط مارتنس می‌تواند بازی کند، و این به نوبه خود به این امر بستگی دارد که چگونه خلأها در این قواعد شناسایی و ارزیابی می‌شوند (Salter, 2012: 409).

1. Regressive.

به زعم کاسسه، با استدلال از راه مفهوم مخالف^۱ از آنجا که برخی موضوعات توسط کنوانسیون لاهه به نظم کشیده نشده است، در نتیجه متخاصمان آزادند آن گونه که می‌خواهند رفتار کنند و از این رو، محدودیت‌های احتمالی ناشی از سایر قواعد بین‌المللی (چه عرفی و چه معاهده‌ای) را نادیده بگیرند. شرط مارتنس تنها برای جلوگیری از چنین استنتاج خطرناکی وجود دارد (Cassese, 2000: 189). در این تفسیر مضیق، شرط مارتنس چیزی فراتر از یک اصل یا فراقاعده تفسیری نیست؛ قاعده‌ای که امکان توسل به اصل لوتوس را رد می‌کند.

دیدگاه مضیق حاکی از این نیست که اصول بشریت یا ندای وجدان عمومی، منبع مستقل حقوق بین‌الملل قلمداد می‌شوند (Ticehurst, 1997: 126). در چارچوب این تفسیر، دولت‌ها به تنهایی از این اختیار برخوردارند که قبل از ایجاد و ساخت یک سلاح، چه با انعقاد معاهدات و چه با استقرار قواعد عرفی، آن را غیر قانونی اعلام نمایند. بنابراین تحت این دیدگاه، شرط مارتنس به تنهایی نمی‌تواند باعث ممنوعیت یک رفتار یا سلاح خاص باشد. تئودور مرون تأیید می‌کند که شرط مارتنس به ما اجازه نمی‌دهد تا قلعه‌هایی از شن ساخته شود. به جز در وضعیت‌های حاد، اشاره به اصول بشریت و ندای وجدان عمومی، به تنهایی ابزارها یا سلاح‌های جنگی به ویژه در موارد مناقشه‌آمیز را غیر قانونی نمی‌کند. وی نتیجه می‌گیرد که دولت‌ها هنوز آماده نیستند تا اصول گسترده بشریت و ندای وجدان عمومی را به قواعد الزام‌آور انتقال دهند (Meron, 2006: 28).

کاسسه معتقد است:

«مطمناً شرط مارتنس، تولد دو منبع مستقل حقوق بین‌الملل متمایز از عرف را در پی نداشته است. به عبارت دیگر، در هیچ یک از موارد، قوانین بشریت و ندای وجدان عمومی به عنوان یک قاعده جدید و مستقل شناخته نشده‌اند. به گفته کاسسه، هیچ دادگاه ملی یا بین‌المللی بر اساس این تصور عمل نکرده است که علاوه بر معاهده و عرف، دو منبع حقوقی اضافی در جامعه بین‌المللی وجود داشته است. دادگاه‌ها چه به صراحت و چه به طور ضمنی به بشریت اشاره کرده‌اند، صرفاً برای بیان این تصور که در تفسیر قواعد بین‌المللی نباید به مقتضیات بشریت کور بود» (Cassese, 2006: 61).

1. A contrario argument.

در عوض می‌توان اظهار داشت که این شرط به عنوان یک بیان کلی برای اصول بشردوستانه و همچنین راهنمایی برای فهم و تفسیر مناسب قواعد موجود حقوق بین‌الملل عمل کرده است.

آنتونیو کاسسه، در دفاع از رویکرد راهنمای تفسیری بودن شرط مارتنس، شاید قوی‌ترین استدلال را در برابر تفسیر موسع مطرح می‌نماید. او اظهار می‌دارد که بسیاری از مواردی که به نظر می‌رسد از شرط مارتنس به عنوان یک هنجار حقوقی مستقل حمایت می‌نماید، در واقع اظهارات جنبی^۱ است و از این رو، از نیرو و الزام سابقه قضایی برخوردار نیست. علاوه بر این، نتایج تفسیر موسع اقدامات، بیش از حد نامعین است که بتواند به عنوان یک هنجار مستقل عمل کند. کسانی که از این تفسیر حمایت می‌کنند، باید توضیح دهند که چگونه این شرط در واقع بخشی از حقوق بین‌الملل عرفی شده است، و پیامدهای ماهیت ظاهراً عرفی آن به ویژه اثرات حقوقی خاص آن در چارچوب تعهدات وارد بر کشورها که از شرط مارتنس منتج می‌شود، را ارزیابی نمایند (Id., 2006: 206).

برخی اظهار می‌دارند که ذکر شرط مارتنس در مقدمه برخی اسناد، نشان از استقرار یک قاعده به خودی خود نیست. پروفیسور گرین‌وود معتقد است:

«شرط مارتنس تنها به ما یادآوری می‌نماید که قواعد بین‌المللی عرفی حتی پس از پذیرش برخی هنجارهای معاهده‌ای، همچنان به کار برده می‌شوند. جدای از آن، عناصر شرط مارتنس به عنوان مثال، ندای وجدان عمومی به عنوان مبنایی برای یک قاعده حقوقی مجزا، بسیار مبهم هستند» (Greenwood, 2001: 539).

یک رویکرد مضیق از این نوع می‌تواند به دنبال تأویل تفسیر خود بر مبنای متن اصلی تاریخی شرط مارتنس و مبنای منطقی همراه با آن باشد. به زعم گرین‌وود، شرط مارتنس تنها در مقدمه کنوانسیون‌های صلح لاهه ۱۸۹۹ و ۱۹۰۷ و نه در متن اصلی به کار رفته است. مقدمه‌ها تنها قبل از هنجارهای کنوانسیون‌های لاهه قرار گرفته‌اند و به خودی خود هنجارهای متمایز و مستقیماً قابل اعمالی را ایجاد نمی‌کنند (Id., 1995: 29).

1. Obiter dictum.

در یک خوانش تحت‌اللفظی، به نظر می‌رسد این متن از تفسیری حمایت کند که بر جایگاه آن به عنوان یک هنجار حقوقی منفی تأکید دارد؛ یعنی هنجاری که تنها در مواردی وارد بازی می‌شود که به نظر می‌رسد خلئی در قواعد جنگ وجود دارد. بر مبنای این تفسیر، شرط مارتنس تنها ابزاری کنترل‌کننده است تا به دولت‌ها یادآوری کند که حتی اگر هیچ تعهد صریحی در ارتباط با فناوری‌های کشتار جمعی نظامی جدید و غیر قابل پیش‌بینی وجود نداشته باشد، همچنان تعهدات و تکالیف حقوقی بین‌المللی می‌تواند وجود داشته باشد که احتمالاً با مجازات‌های کیفری مورد حمایت قرار می‌گیرد. از این رو، شرط مارتنس مانع از این نتیجه‌گیری می‌شود که در فقدان هنجارهای بین‌المللی صریح، استفاده از ابزارها و روش‌های جنگی مجاز است (Henderson, 2009: 40).

تأیید بیشتر تفسیر مضیق را می‌توان منتج از نگرانی‌های پوزیتیویستی برای بهینه‌سازی قطعیت حقوقی^۱ و دکترین تعیین حقوقی^۲ دانست و از این طریق، دامنه اصول کلی، به‌ویژه آن‌هایی که جنبه‌ها یا/و دلالت‌های ضمنی اخلاقی و حقوق طبیعی، را کاهش دهد. از طرف دیگر، نگرش پوزیتیویستی موضع منفی نسبت به همه مقولات اخلاقی و گسترده‌تر تعریف‌شده از جمله بشریت و ندای وجدان عمومی را تشویق می‌کند (Pustogarov, 1999: 132). از این دیدگاه پوزیتیویستی که پیوسته تثبیت‌کننده رؤیاهای علم حقوق است، معانی چنین مقولاتی علی‌الظاهر از یک تفسیر ذهنی به دیگری متفاوت است. اگر این مقوله‌های بسیار گسترده، بدون بررسی مؤثر صلاح‌دید ذهنی، به‌عنوان قانون شناسایی شوند، از این رو تصمیم‌گیری قضایی خودسرانه، به نوبه خود مغایر با اصل قانونمندی است. این عدم محدودیت ظاهراً مغایر با منطق نظام حقوق مدرن قاعده‌محور است که در آن قاعده حقوقی قابل اعمال مطابق با معنای عینی و مفروض آن (بر خلاف ذهنیت تصمیم‌گیرندگان) به درستی نتایج قضایای خاص را مشخص و معین می‌کند.

1. Legal certainty.
2. Doctrinal 'determinacy'.

۳-۱. تفسیر میانه؛ شرط مارتنس به مثابه منبع کمکی

دیدگاه میانه شرط مارتنس، اصول بشریت و ندای وجدان عمومی را به عنوان منابع مکمل حقوق بین‌الملل شناسایی می‌نماید. در چارچوب این دیدگاه، دو عنصر شرط مارتنس یعنی اصول بشریت و ندای وجدان عمومی به طور مستقل منبع حقوقی قابل اعمال نیستند، آن گونه که قواعد عرفی یا معاهده‌ای هستند (Evans, 2013: 724).

با تکیه بر این تفسیر، شرط مارتنس می‌تواند مؤثر بر این دیدگاه باشد که رفتار یا سلاحي که هنوز ایجاد نشده است، ممنوع است؛ اما شرط مارتنس به تنهایی برای این ممنوعیت کافی نخواهد بود. بنابراین مطابق این برداشت، اصول بشریت یا ندای وجدان عمومی باید جایگاه یک مقرر معاهده‌ای یا قاعده عرفی حقوق بین‌الملل را به دست آورد.

اکثریت قریب به اتفاق مواردی که شرط مارتنس را تفسیر نموده‌اند، از آن به شکلی تکمیلی استفاده کرده‌اند. بنابراین شرط مارتنس برای پیشبرد این ایده که اصول بشریت و ندای وجدان عمومی، منابع تکمیلی حقوق بین‌الملل به شمار می‌روند، مورد استفاده قرار گرفته است. در چنین وضعیتی، تصمیمات بر مبنای دیگری گرفته شده بود و توسل به شرط مارتنس تنها نقش کمکی داشت (Cassese, 2000: 202). این استفاده‌های تکمیلی از شرط مارتنس در درجه اول در واکنش به درخواست‌های بشردوستانه صورت می‌گیرد، نه در حمایت از این ایده که اصول بشریت و ندای وجدان عمومی، منبع کاملاً مستقل حقوق بین‌الملل به شمار می‌روند. بر این اساس، یک تفسیر منصفانه این است که شرط مارتنس یک مبنا و چارچوب قانونی برای تفسیر قواعد حقوق بین‌الملل فراهم می‌نماید تا اینکه یک قاعده ایجاد نماید. یعنی دادگاه‌ها می‌توانند و باید از اصول بشریت و ندای وجدان عمومی به عنوان یک راهنما برای ارزیابی موضوع و مسئله‌ای که در محضر آن‌ها مطرح شده است، استفاده نمایند (Ibid.: 208).

۲. کارکردهای شرط مارتنس در حقوق کیفری بین‌المللی

شرط مارتنس آن گونه که در طول تاریخ حقوق بشردوستانه فهم شده و به حقوق کیفری بین‌المللی راه یافته است، پیوندی جدی با مفاهیم کلیدی دیگر مورد کاربرد در

عرصه دانش حقوق بین‌الملل دارد. بدین صورت که گاه فهم و کاربرد شرط مارتنس در جهت رسیدن به عدالت مطرح می‌شود، گاه برای رفع ابهام و اجمال در قواعد مورد استفاده قرار می‌گیرد، گاه به عنوان ابزاری در جهت رفع خلأ و نواقص قانون به کار می‌آید، گاه نقش کاشفیت دارد به معنای دخالت در ابداع قواعد نوین و گاه به منزله ابزاری فرعی برای تعیین قواعد حقوقی.

۱-۲. کارکرد تفسیری اصول و قواعد

از مهم‌ترین کارکردهای حقوقی که به حق می‌توان به شرط مارتنس نسبت داد، ویژگی و رویکرد تفسیری آن است. شرط مارتنس می‌تواند در سطح تفسیری و به عنوان یک راهنمای اساسی در تفسیر قواعد معاهده‌ای و عرفی بین‌المللی عمل کند. هدف این شرط، تقویت مطالبات بشریت و وجدان عمومی است، بنابراین باید در تفسیر این اصول یا قواعد مورد توجه قرار گیرد. در صورت شک و تردید در ارتباط با تفسیر اصول و قواعد حقوق کیفری بین‌المللی و بشردوستانه، اصول و قواعد حقوق کیفری بین‌المللی باید به شکلی مطابق با معیارهای بشریت و ندای وجدان عمومی تفسیر شوند. برای جلوگیری از تفاسیر خودسرانه، معیارهای بشریت باید از استانداردهای بین‌المللی حقوق بشر استنباط شوند و ندای وجدان عمومی را باید با در نظر گرفتن قطعنامه‌ها و سایر اقدامات معتبر نهادهای بین‌المللی معین و روشن ساخت. از این رو، به کارگیری شرط مارتنس در تفسیر، در حقوق کیفری بین‌المللی، حکایت از کارایی این شرط در روزآمد و کارآمد کردن این نظام حقوقی دارد و در نهایت، به کارگیری عملی آن در حقوق کیفری بین‌المللی، حکایت از کارگشایی تفسیری شرط مارتنس در ساحت توسعه قلمرو هنجاری در پاسخگویی به سؤالات غیر منصوص دارد (دهقانی و دیگران: ۱۴۰۰: ۲۲۸).

با استفاده از نظریه تفسیر تکاملی، شرط مارتنس را می‌توان عامل تفسیر تلقی نمود. شرط مارتنس به کمک توان تفسیری که به حقوق بین‌الملل ارائه می‌کند، قادر است تا رویکرد تفسیری واحدی را به منظور نیل به اهداف حقوق بین‌الملل فراهم آورد. کمیسیون حقوق بین‌الملل نیز آنجا که می‌گوید: «هنجارهای امری حقوق بین‌الملل عام متضمن اصول تفسیری قدرتمندی هستند که همه یا بیشتر تعارضات موجود را حل

خواهد نمود» (ILC, 2006)، به شرط مارتنس نیز از همین دید می‌توان نگریست. به واقع، شرط مارتنس به مثابه اصول عالی تفسیر محتوایی، رفتار تابعان بین‌المللی را در اعمال و تفسیر حقوق بین‌الملل، به سوی اهداف حقوق بین‌الملل سوق می‌دهد. بنابراین می‌توان آن‌ها را مظهر تحقق تفسیری اتویایی از حقوق بین‌الملل دانست که به روشی همچون قانون اساسی در حقوق بین‌الملل وارد شده و عمل می‌کنند و سایر هنجارهای حقوق بین‌الملل را در مسیری مشخص و واحد هدایت می‌نمایند.

همان گونه که هربرت هارت گفته است:

«حقوق یک سیستم زبانی است و به همین ترتیب، دارای بافت باز است که معرف عجز قانون‌گذار برای توصیف یک رفتار خاص ممنوع شده در کلیت و تمامیت آن است» (Hart, 1994: 127).

هارت معتقد است که ایجاد هنجارهای قانونی، چیزی بیش از ویژگی کلی زبان بشر نیست و عدم قطعیت در مرز، قیمتی است که باید برای استفاده از اصطلاحات طبقه‌بندی‌شده کلی به هر شکلی از ارتباطات مربوط به امور واقعی پرداخت شود. قواعد پیچیده، فضای لازم برای قضاوت فراهم می‌کند که اگر یک عمل خاص تحت قاعده‌ای که از نظر زبانی تدوین شده است، قرار نگیرد، تصمیم‌گیری نمایند. از این رو، تصمیم‌گیرندگان دائماً در معرض موقعیت‌های سخت قرار می‌گیرند، مبنی بر اینکه کدام یک از تفاسیر ممکن برای بررسی قاعده مورد نظر، قابل قبول و مناسب است (Ibid.: 127-128). بر این اساس، بخشی از ادبیات بشردوستانه حاکی از آن است که شرط مارتنس یکی از جهت‌گیری‌های هرمنوتیکی ممکن است که در اختیار مرجع تصمیم‌گیری قرار دارد. این مکتب فکری تصریح می‌کند که شرط مارتنس، چیزی بیش از راهنمای قضاوت برای تفسیر حقوق بشردوستانه نیست. مطابق این نظریه، در صورت تردید یا ابهام در حین اعمال یا تفسیر اصول و قواعد بشردوستانه، گزینه‌ای باید انتخاب شود که بیشترین خواسته‌ها و مطالبات بشریت را تقویت می‌نماید. به همین ترتیب، این دیدگاه از شرط مارتنس را می‌توان برای رد استدلال‌های مخالف به کار برد که به دولت‌ها آزادی اختیار می‌دهد که در سکوت کنوانسیون‌های بشردوستانه، آن گونه که می‌خواهند عمل کنند (Cassese, 2000: 189).

کاربرد این ارزیابی از شرط مارتنس را می‌توان در تفسیر خاص دیوان کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق از اصل تناسب یافت. مطابق قرائت معمولی از این اصل، متخاصمان می‌توانند حملات خود را علیه اهداف نظامی مشروع انجام دهند؛ حتی اگر این حملات به صورت جنبی، غیر نظامیان یا اهداف غیر نظامی را به خطر اندازد. با این حال، اگر تلفات و خسارت‌های اتفاقی غیر نظامیان و اهداف غیر نظامی در رابطه با مزیت نظامی مستقیم بیش از حد باشد، عملیات غیر قانونی خواهد بود.^۱ اهمیت این اصل انکارناپذیر است (Quéguiner, 2006: 793). از این رو با توجه به اهمیت آن، نقض آن طبق اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی منجر به جنایت جنگی می‌شود.^۲ در همین راستا، انجام عملیات‌های نظامی نیاز به مراقبت مداوم برای جلوگیری یا به حداقل رساندن آسیب به جمعیت غیر نظامی یا اهداف غیر نظامی دارد. متخاصمان برای دستیابی به این هدف باید تمامی اقدامات احتیاط‌آمیز را انجام دهند.^۳

در قضیه کوپراسکیچ، دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق فراتر رفت و اذعان داشت:

«حملات مکرر با مشروعیت مورد تردید، با توجه به آسیب‌هایی اتفاقی که به جمعیت غیر نظامی وارد می‌کند، حاکی از آن است که کل عملیات نظامی، مخالف اصل تناسب است».

از این رو، دادگاه به جای ارزیابی حقوقی خاص حملات، به ارزیابی جامع عملیات نظامی به عنوان یک کل پرداخت، که بر مبنای آن، هر حمله باید به طور مستقل توسط مرجع قضایی صالح مورد ارزیابی قرار گیرد (Prosecutor v. Kupreškić, 2000: para. 526). در واقع، این الگوی رفتاری نظامی که ممکن است حیات و اموال غیر نظامیان را به خطر بیندازد، بر خلاف خواسته‌های بشریت است. لذا دادگاه روشن کرد که چنین تفسیری از اصل تناسب، مطالبه مستقیم بشر است که توسط شرط مارتنس فراهم شده است؛ زیرا حملاتی که بیش از حد، غیر نظامیان و اموال غیر نظامی را به خطر اندازد،

1. First Additional Protocol, 1977, arts. 51(5)(b) and 57(2)(b).
2. Rome Statute of the International Criminal Court, 1998, art. 8(2)(b)(iv).
3. First Additional Protocol, art. 57(2)(a,b,c).

بر خلاف ملاحظات ابتدایی بشریت است و بنابراین از لحاظ قانونی غیر قابل تحمل است (Prosecutor v. Kupreškić, 2000: para. 526). در این قضیه همچنین به طور ضمنی، شرط مارتنس تعقیب کیفری اشخاصی را که مرتکب اعمالی مغایر با قواعد به رسمیت شناخته شده توسط وجدان عمومی شده‌اند، مجاز می‌شمارد؛ به ویژه جایی که این امر، نقش حمایتی و هدف حقوق بین‌الملل بشردوستانه برای ترغیب روش انسانی حتی در طول مخاصمات مسلحانه را توسعه می‌دهد (Ibid.: paras. 52136).

مطابق رویکردی که شرط مارتنس را به عنوان یک راهنمای هرمنوتیکی برای تفسیر قواعد بشردوستانه تعریف می‌کند، امکان اعمال ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو^۱ در هر مخاصمه مسلحانه‌ای، چه بین‌المللی و چه غیر بین‌المللی، فراهم می‌شود. در قضیه سلیچ، دادگاه تأکید کرد: غیر قابل انکار است که ماده ۳ مشترک، منعکس‌کننده اصول بنیادین بشردوستانه، حداقل هسته اصلی قوانین ضروری و لازم‌الاجرا را تشکیل می‌دهد. هدف این اصول، احترام به شأن و منزلت انسانی است که در طول قرن‌ها جنگ، توسعه یافته و قبل از تصویب کنوانسیون‌های ژنو، به حقوق عرفی تبدیل شده بودند؛ زیرا آن‌ها منعکس‌کننده شناخته‌ترین اصول بشردوستانه جهانی به شمار می‌روند. این اصول در ماده ۳ مشترک تدوین شده‌اند تا حداقل هسته قابل اعمال در مخاصمات داخلی را بنیان نهند، اما آن‌چنان بنیادی هستند که هم در مخاصمات مسلحانه داخلی و هم بین‌المللی قابل اعمال هستند (Čelebići Case, 2001: para. 143). بنابراین، ملاحظات ابتدایی بشریت، از استفاده دولت‌ها از وسایل و روش‌های جنگی ممنوع در

۱. به موجب این ماده، چنانچه منازعه مسلحانه جنبه بین‌المللی نداشته باشد و در خاک یکی از دولت معظم متعاهد روی دهد، هر یک از متخاصمان مکلف‌اند که لااقل مقررات زیر را رعایت کنند: ۱- با کسانی که مستقیماً در جنگ شرکت ندارند، به همراه افراد نیروهای مسلحی که اسلحه به زمین گذاشته باشند یا کسانی که به علت بیماری یا زخم یا اسارت یا هر علت دیگری، قادر به جنگ نباشند، باید در همه احوال بدون هیچ گونه تبعیضی که ناشی از نژاد، رنگ، عقیده، جنس، نسب یا هر علت مشابه آن باشد، با اصول انسانیت رفتار شود. اعمال زیر در مورد اشخاص مذکور در هر زمان و هر مکان ممنوع است و خواهد بود: الف) لطمه به حیات یا تمامیت جسمانی از جمله قتل به تمام اشکال آن، زخم زدن، رفتار بی‌رحمانه، شکنجه و آزار؛ ب) اخذ گروگان؛ ج) لطمه به حیثیت اشخاص از جمله تحقیر و تخفیف؛ د) محکومیت و اعدام بدون حکم دادگاهی که صحیحاً تشکیل شده و جامع تضمینات قضایی که ملل متمدن ضروری می‌دانند، باشد....

مخاصمات مسلحانه بين کشورها در وضعیت‌هایی که آن‌ها سعی می‌کنند شورشیان را در قلمرو خود سرکوب کنند، جلوگیری می‌نماید. آنچه غیر انسانی است و در نتیجه در مخاصمات مسلحانه بین‌المللی ممنوع است، نمی‌تواند در شورش‌ها و ناآرامی‌های داخلی انسانی و قابل قبول باشد (Prosecutor v. Tadić, 1999: para. 119). دلیل این امر آن است که مقررات ماده ۳ مشترک و اسناد حقوق بشری، یک هسته مشترک از استانداردهای بنیادین ارائه می‌کنند که در همه زمان‌ها و در همه شرایط و بر همه طرفین قابل اجراست و هیچ تخطی از آن‌ها مجاز نیست (Prosecutor v. Sefer Halilović, 2005: para. 24). اعمال ماده ۳ مشترک در هر مخاصمه مسلحانه‌ای، بازتابی مستقیم از ملاحظات ابتدایی بشریت است که در کل نظام هنجاری بین‌المللی رخنه کرده است (Čelebići Case, 2001: paras. 140, 150; Prosecutor v. Tadić, 1999: paras. 102, 137). لذا دادگاه یوگسلاوی سابق چنین نتیجه می‌گیرد:

«شرط مارتنس منعی است که پیشرفت ماده ۳ را قانوناً امکان‌پذیر ساخته است، از آنجا که تضمین‌کننده حداقلی از کرامت انسانی در مخاصمات مسلحانه است که نمی‌تواند توسط متخاصمان مورد تخطی قرار گیرد» (Čelebići Case, 2001: para. 187).

دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه نیکاراگوئه با اظهارات مشابهی بیان داشت که ماده ۳ مشترک، حداقل معیارهای قابل اعمالی است که منعکس‌کننده ملاحظات ابتدایی بشریت است که دیوان در قضیه تنگه کورفو بیان داشته است (ICJ, 1986: para. 218). مسلماً شرط مارتنس را می‌توان به عنوان راهنما و کمک به تفسیر قواعد بشردوستانه در جهت بالا بردن نقش حمایتی آن به کار برد. این ویژگی شرط مارتنس، منعکس‌کننده اصل تفسیر و تطبیق قانون^۱ است که یک اصل کلی حقوقی است که می‌تواند در رویه قضایی بین‌المللی،^۲ قوانین داخلی برخی کشورها^۳

1. The pro homine principle.
2. Case of the Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay, IACtHR, Judgment of 29 March 2006, para. 140; Case of the “Mapiripán Massacre” v. Colombia, IACtHR, Judgment of 15 September 2005, para. 106; IACtHR, Advisory Opinion OC-13/93 of 16 July 1993, paras. 50, 54.

۳. پرو، اکوادور، جمهوری دومینیکن، مکزیک، ونزوئلا، بولیوی، برزیل.

و معاهدات مختلف^۱ یافت شود. کارکرد اصل تفسیر و تطبیق قانون این است که تعیین کند در میان چندین تفسیر ممکن برای یک قاعده مشابه، تفسیری که موجب بالا بردن و تقویت بیشتر حمایت از انسان شود، غالب خواهد بود. به همین ترتیب، هنگامی که قاضی یا دادرس با یک یا چند هنجار حقوقی متناقض روبه‌رو می‌شود، قاعده‌ای باید انتخاب شود که حمایت از انسان‌ها را بهتر تأمین کند. بنابراین در چارچوب این اصل متعارف تفسیری، تفسیر یا قاعده غالب همیشه آن چیزی خواهد بود که در اعمال حقوق بشر، کمتر مزاحمت ایجاد نماید (Trindade, 1987: 113). هدف اصلی چنین اصلی آن است که از استناد دولت‌ها به یک هنجار خاص با هدف محدود کردن اثرات دیگر قواعدی که حمایت مطلوب‌تری از انسان‌ها ارائه می‌دهد، جلوگیری نماید (La Tablada, 1997: 164). از این رو با توجه به اینکه معاهدات حقوق بشری دارای یک هدف ذاتاً بشردوستانه است (Orakhelashvili, 2003: 535)، در صورت شک، ابهام باید به نفع حقوق قربانیان تفسیر شود (IAComHR, 1999: para. 146). به بیانی دیگر، در صورت شک، قواعد حقوق بین‌الملل بشردوستانه باید به شکلی مطابق با معیارهای بشریت و ندای وجدان عمومی تفسیر شوند (Cassese, 2000: 187).

برای حمایت از این دیدگاه می‌توان به قضیه KW استناد نمود. این قضیه حداقل از دو جنبه قابل توجه است؛ نخست اینکه نشان می‌دهد که شرط مارتنس در جایگاه تفسیری از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. در واقع در این قضیه، شرط مارتنس به عنوان راهنمای تفسیری برای ایجاد تفسیر گسترده از مقررات لاهه به کار گرفته شد. دوم اینکه این امر دالّ بر شیوه‌های مناسب در ایجاد اصول یا قواعد عرفی حقوق بین‌الملل

1. First additional protocol, art. 75(8); American Convention on Human Rights, 1969, art. 29.b; International Covenant on Civil and Political Rights, 1966, art. 5.2; International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 1966, art. 5(2); European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1950, art. 60; European Social Charter, 1961, art. 32; Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 1979, art. 23; Convention against Discrimination in Education, 1960, art. 10; Convention on the Rights of the Child, 1989, art. 41; Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 1987, arts. 1(2) e 16.

بشردوستانه است (Ibid.: 207).

تفسیر شرط مارتنس با تأکید بر رویکرد راهنمای قضایی، دادگاه‌ها را قادر می‌سازد زمانی که با تفاسیر متعارض مواجه می‌شوند، قانونمندی حملات نظامی بر غیر نظامیان را با روشی مضیق تفسیر کنند؛ به ویژه جایی که یک تفسیر جایگزین موجه‌تر، پیامدهای غیر انسانی داشته باشد.

کاسسه معتقد است که دادگاه‌ها برای محدود کردن آزادی عمل جنگجویان در مخاصمات، نادیده نگرفتن مقتضیات بشریت در تفسیر قواعد بین‌المللی و تأکید بر این که شرط مارتنس روح حاکم بر شکل‌گیری اکثر قواعد حقوق بین‌الملل بشردوستانه عرفی یا معاهده‌ای را بیان می‌کند، به «بشریت» استناد کرده‌اند. بنابراین شرط مارتنس به طور ضمنی یا صریح به عنوان نوعی دستورالعمل کلی در ارتباط با تفسیر برخی قواعد بین‌المللی یا به عنوان ابزاری برای درک بهتر هسته اصلی حقوق بشردوستانه مدرن مورد استفاده قرار گرفته است (Ibid.: 208). در واقع، اگرچه شرط مارتنس در ابتدا به عنوان یک شگرد دیپلماتیک برای غلبه بر مشکلات سیاسی عمل می‌کرد، اما ثابت شد که ابزار ارزشمندی در تفسیر حقوق بین‌الملل بشردوستانه به حساب می‌آید و تأثیر انکارناپذیری نه تنها بر غیر نظامیان و کسانی که در مخاصمات دخیل هستند، بلکه همچنین بر سیاستمداران و عموم مردم دارد.

شواهد و مستندات قابل توجهی در رویه قضایی وجود دارد که اگر به روشی خاص تفسیر شود، از رویکرد راهنمای قضایی تفسیری شرط مارتنس حمایت می‌نماید. قاضی تتودور مرون، رئیس پیشین دیوان کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق اذعان داشت:

«هنجارها و اصول بشردوستانه مندرج در شرط مارتنس، در توسعه قضایی حقوق بین‌الملل بشردوستانه، جایگاه و نقطه مرکزی را به دست آورده است» (Sarkin, 2007: 154).

در چارچوب اصلاح حقوق، این مهم است؛ زیرا اگر قضات رویه دولت را به عنوان عامل تعیین‌کننده تفسیر نمایند، مطمئناً این می‌تواند به شیوه‌ای کاملاً محافظه‌کارانه عمل کند؛ به گونه‌ای که ضرورت برای حقوق بین‌الملل بشردوستانه را زیر سوال می‌برد.

در خوانش ما، شرط مارتنس گونه‌ای تفسیر قضایی را اجازه می‌دهد که جایگزین

این سناریوی فریبنده می‌شود؛ برای مثال، رأی کوپراسکیچ به روشنی شرط مارتنس را به عنوان یک راهنما و کمک تفسیری تصدیق نمود. این شرط به گسترش تدریجی حقوق بین‌الملل بشریت کمک کرده است تا جایی که این امر دیگر به الگوهای متعارف رویه دولت‌ها وابسته نباشد. در واقع، قضیه کوپراسکیچ بر اهمیت ملاحظات ابتدایی بشریت برای تفسیر و اعمال مجدد قضایی قواعد حقوق بین‌الملل بشردوستانه، به شیوه‌ای که در عمل نوعی اصلاح قانونی حتی قانون‌سازی محسوب می‌شود، تأکید مجدد داشت (Prosecutor v. Kupreškić, 2000: para. 527).

در خصوص قاعده عرفی ممنوعیت انتقام‌جویی علیه غیر نظامیان، شعبه تجدیدنظر دادگاه یوگسلاوی سابق در قضیه تادیچ اظهار داشت:

«در نتیجه شرط مارتنس در شکل‌گیری قاعده عرفی، اعتقاد حقوقی ناشی از ضرورت‌ها (به عنوان عنصر معنوی عرف) ممکن است نقش بسیار بیشتری از رویه دولت (به عنوان عنصر مادی عرف) ایفا نماید. در پرتو شیوه‌ای که دولت‌ها و دادگاه‌ها آن را اجرا می‌کنند، این شرط به وضوح نشان می‌دهد که اصول حقوق بین‌الملل بشردوستانه ممکن است از طریق یک فرایند عرفی تحت مطالبات بشریت یا ندای وجدان عمومی ظهور کند؛ حتی جایی که رویه دولت کم یا متناقض باشد. عنصر دیگر، در قالب اعتقاد حقوقی منتج از ضرورت‌ها، که در نتیجه متقضیات بشریت یا وجدان عمومی متبلور می‌شود، می‌تواند به عنوان عنصر تعیین‌کننده قلمداد شود که نویددهنده ظهور یک قاعده کلی حقوق بشردوستانه باشد» (Prosecutor v. Tadić, 1995: para. 527).

دادگاه همچنین در ادامه بیان داشت که این یک رویکرد جدید به حقوق بین‌الملل عرفی را بنیان می‌نهد که از تحول کلی حقوق بشردوستانه یعنی از انسانی شدن مشخصات مسلحانه ناشی شده است (Ibid.).

شرط مارتنس به عنوان یک راهنمای تفسیری، حمایت‌های بیشتری از مقدمه اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی دریافت کرده است. این امر به طور خاص به تعهد عرفی موضوعه دولت‌ها برای تعقیب نسل‌کشی، جنایات علیه بشریت و جنایت جنگی اشاره دارد؛ حتی در مواردی که این اعمال، خارج از صلاحیت دیوان بین‌المللی کیفری قرار بگیرند (6, 4, Preamble: paras. 4, 6, Rome Statute, 1998). جای بحث دارد که با وجود ابهام واژگان، این گزاره اعمال شرط مارتنس را در خصوص طیف گسترده‌ای از جرایم

که دولت‌ها قانوناً متعهد به تعقیب قانونی هستند، تأکید می‌کند. حامیان رویکرد راهنمای تفسیری^۱ همچنین می‌توانند به این نکته توجه کنند که چگونه شرط مارتنس بر جرم‌انگاری اعمال نسل‌کشی به عنوانی اعمالی که ناقض اصول بشریت است، تأثیر داشته است (پیری و دهقانی، در دست چاپ). این امر به این دلیل رخ داده است که اصول و قواعد حقوقی مرتبط با حمایت از غیر نظامیان، همان‌گونه که در قضیه کوپراسکیچ نشان داده شده است، در چارچوب اصول مندرج در شرط مارتنس یعنی اصول بشریت و ندای وجدان عمومی به لحاظ حقوقی تفسیر و اعمال شود. این امر می‌تواند به شکلی اتفاق افتد که انسجام بهینه بین پیامدهای عینی آن‌ها برای واقعیت‌های قضیه مورد بحث و عملی‌ترین تفسیر از هر چیزی که با اصول وسیع‌تر بشریت و وجدان عمومی سازگار باشد، را برقرار کند.

۲-۲. کارکرد رفع ابهام و اجمال قواعد

رویکرد گسترده‌تر و مطمئن‌تر قانع‌کننده‌تر، شرط مارتنس را به عنوان یک راهنمای قضایی قلمداد می‌کند. این یک معاضدت برای قضاتی به شمار می‌رود که به دنبال حل اختلافات بین دو تفسیر ممکن یک وضعیت و/یا یک قاعده حقوقی مبهم، دوپهلوی یا غیر دقیق هستند که در مورد دامنه و اعمال آن قاعده به وضعیت جدید تردید وجود دارد (Salter, 2012: 413)؛ برای مثال در محاکمات نورمبرگ، دادگاه اظهار داشت:

«اگر با دو تفسیر مواجه شود که یکی در پیروی از اصول بشریت و استانداردهای اخلاقی و دیگر مخالف این اصول باشد، پس ما باید به تفسیر اول اولویت دهیم»^۲. (US v. Altstoetter, 1951: 954)

در صورت بروز مشکلاتی از قبیل سوابق مبهم و متعارض، شرط مارتنس به قضات این اجازه را می‌دهد تا تفسیری از واقعه و قاعده انتخاب کنند که به بهترین وجه به استانداردهای تأییدشده توسط این معیار، ترتیب اثر می‌دهد. این امر به این دلیل است

1. Cf. Salter & Eastwood, 2011.

2. See also: 'The Attitude of States Toward the Development of Humanitarian Law' in A Cassese (Ed.), Proceedings of the 1976 and 1977 Conferences (IRRC 1980) 221, 257.

که چنین انتخابی به احتمال زیاد به نحو مطلوبی با روح کلی چنین قواعدی از جمله مبنای منطقی و خط‌مشی بشردوستانه اساسی سازگار باشد؛ جایی که دیگر معیارهای حقوقی از جمله اعلامیه‌های حقوق بشر، بیشتر معنا و مفهوم اصول بشریت را روشن می‌نمایند. از این رو قضات می‌توانند اعمال شرط مارتنس به عنوان یک راهنمای تفسیری را همچنین بر مبنای این اعلامیه‌ها ترسیم کنند تا از تفاسیر مخالف جلوگیری شود.

شرط مارتنس وجود و اعمال حقوق بین‌الملل عرفی را که صراحتاً در کنوانسیون‌های بین‌المللی مورد تصریح قرار نگرفته باشد، روشن و تصدیق می‌نماید (Hansen, 2007: 19). در عمل، این تفسیر از شرط مارتنس بیشتر مورد قبول واقع شده است؛ زیرا هیچ وقت نه محاکم داخلی و نه محاکم بین‌المللی، دامنه این الزامات را به عنوان منبع مستقل حقوق نادیده نگرفته‌اند (Wexler, 2006: 483).

شرط مارتنس نمونه‌ای از یک اصل است که می‌تواند محتوای قواعد حقوق بین‌الملل بشردوستانه را روشن نماید، زمانی که معاهدات و حقوق بین‌الملل عرفی، تعاریف و صراحت کافی ارائه نمی‌نماید (Arajärvi, 2014: 2). مفاهیم مندرج در شرط مارتنس و به ویژه اصل بشریت در قالب اصلی راهنما و به عنوان ابزاری مفید برای تفسیر و اعمال مقررات معاهده‌ای مبهم، آن گونه که در قضیه کوپراسکیچ بیان شده است، فراهم نموده است. در این قضیه، رئیس دیوان کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق اظهار داشت:

«شرط مارتنس باید به شیوه‌ای قضایی تفسیر شود و در درجه اول به عنوان یک اصل تفسیری قضایی به کار برده شود. با این حال، این شرط، حداقل با رجوع به اصول بشریت و ندای وجدان عمومی در هر زمانی، یک قاعده حقوق بین‌الملل بشردوستانه که به قدر کفایت دقیق یا معین نیست، مقرر می‌نماید. در این موارد، دامنه و هدف قاعده باید با استناد به آن اصول و الزامات تعریف شود» (Prosecutor v. Kupreškić et al., 2000: para. 525).

۲-۳. کارکرد استنباط قاعده از طریق فرایند تفسیر

نه کنوانسیون‌های ۱۹۴۹ ژنو و نه پروتکل‌های الحاقی ۱۹۷۷ منجر به تدوین کامل

مسائل حل نشده، خلأها و هنجارها نشده‌اند؛ مواردی که نیازمند تفاسیر قضایی در پرتو وضعیت‌ها و شرایط جدید هستند. همه قوانین به جدیدترین کاربردها و تصمیمات قضایی معتبر که اساساً به اقدامات بعدی شناخت قضایی که نمی‌توان از پیش کاملاً آن‌ها را پیش‌بینی کرد، وابسته هستند. از این رو، در وضعیت‌های خلأ و ابهام در قواعد موجود، محاکم و دادگاه‌های کیفری بین‌المللی با استفاده از تفسیر هدفمند یا غایت‌شناسانه، به وضع قاعده برای رفع شکاف‌ها پرداخته‌اند. دادگاه کیفری یوگسلاوی سابق، تصمیمات بحث‌انگیزش را با استناد به هدف توسعه حمایت از حقوق بشردوستانه به حوزه‌هایی توجیه کرده است که قبلاً تحت تأثیر قواعد بشردوستانه قرار نگرفته‌اند. انسانی‌سازی حقوق بشردوستانه، بحثی است به نفع گسترش حمایت از حقوق بشردوستانه به حوزه‌هایی که پیش از این، متأثر از حقوق بشردوستانه نبوده‌اند. با معنای حقیقی و روح شرط مارتنس می‌توان اظهار داشت که حقوق بین‌الملل بشردوستانه باید پیوسته و سازگار با اصول بشریت که مستلزم اصولی است که به حقوق جنگ، چهره‌ای انسانی‌تر بخشیده است، از جمله محافظت از نه تنها غیر رزمندگان بلکه همچنین رزمندگان و ایده‌هایی از قبیل ندای وجدان عمومی، تفسیر شود. رویکرد شعبه تجدیدنظر دادگاه یوگسلاوی سابق در قضیه تادیچ در تعریف اشخاص مورد حمایت قابل توجه است. دادگاه با تکیه بر ماده ۴ کنوانسیون چهارم ژنو، با هدف حمایت از غیر نظامیان، حمایت از حقوق بشردوستانه را گسترش می‌دهد (Prosecutor v. Tadić, 1999: para. 168). همچنین با تکیه دادگاه در قضیه تادیچ بر ملاحظات ابتدایی بشریت و عقل سلیم، می‌توان اظهار داشت که دادگاه گاهی اوقات بیشتر به حقوق مطلوب و آرمانی پرداخته تا به آنچه حقوق موضوعه مقرر کرده است و در واقع با توسعه حمایت از قواعد بشردوستانه، قانون‌گذاری قضایی کرده است.

دادگاه یوگسلاوی سابق در قضیه الکسووسکی اظهار داشت:

«عطف به ماسبق نشدن قواعد کیفری، مانع از این نمی‌شود که دادگاه‌ها به بازتعریف و تصحیح قواعد موجود از طریق فرایند تفسیر و پالایش به عنوان عناصر یک جرم خاص بپردازند» (Prosecutor v. Aleksovski, 2001: para. 127).

در واقع، نمونه‌هایی از قانون‌گذاری مانند جرم‌انگاری جرائم جنسی و گسترش و

توسعه حمایت از قواعد بشردوستانه می‌تواند دستاوردهای مهم اخلاقی و حقوقی قلمداد شود. در واقع تفسیر هدفمند و تعریف مجدد جرایم با اتکا بر شرط مارتنس، راهی برای گسترش و توسعه حمایت از قواعد بشردوستانه است.

قانون‌گذاری در خصوص انتقام‌جویی در قضیه کوپرسکیچ به شکلی ابتکاری صورت گرفت؛ زیرا دادگاه یوگسلاوی سابق به مطالبات بشریت و ندای وجدان عمومی مندرج در شرط مارتنس به عنوان مبنایی برای تکمیل مقتضیات عرف استناد می‌نماید. در بررسی مسئله قانونی بودن انتقام‌جویی علیه غیر نظامیان، شعبه بدوی بررسی کرد که آیا کشورهایی که عضو پروتکل اول الحاقی به کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو در ارتباط با حمایت از قربانیان مخاصمات مسلحانه بین‌المللی^۱ نیستند، ملزم به قواعد مربوط به انتقام‌جویی هستند. شعبه بدوی دادگاه تصدیق کرد که رویه دولت از این‌گزاره حمایت نمی‌کند که عرف در خصوص این موضوع تحول یافته است؛ اما با این حال دریافت که در این زمینه مقتضیات بشریت یا وجدان عمومی به نفع آن سنگینی می‌کند. لذا می‌توان استنتاج کرد که اعتقاد حقوقی ناشی از ضرورت‌ها برای استقرار و ایجاد قاعده عرفی کافی است. پس از در نظر گرفتن شرط مارتنس، دادگاه اظهار داشت: اصول حقوق بین‌الملل بشردوستانه ممکن است از طریق یک فرایند عرفی تحت فشار مقتضیات بشریت یا ندای وجدان عمومی ظهور کند؛ حتی در مواردی که رویه دولت اندک یا متناقض است. اعتقاد حقوقی ناشی از ضرورت‌ها، به عنوان نتیجه‌ای از ضرورت‌های بشریت یا وجدان عمومی متبلور شده است و ممکن است به عنوان یک عامل تعیین‌کننده‌ای باشد که منادی ظهور یک قاعده کلی یا یک اصل حقوق بشری است (Prosecutor v. Kupreškić, 2000: para. 527). در نهایت، دادگاه به این نتیجه رسید که:

«انتقام‌جویی علیه غیر نظامیان یک وسیله ذاتاً بی‌رحمانه برای جلب پیروی از قواعد بین‌المللی است. لذا یک قاعده عرفی حقوق بین‌المللی پدید آمده، که همه انتقام‌جویی‌ها علیه غیر نظامیان را ممنوع می‌کند» (Ibid.: paras. 527, 528).

1. First Additional Protocol to the Geneva Conventions of 12 August 1949, Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, 8 June 1977.

می‌بخشد (ICJ, Verbatim 1995: 78).

در نبود جنگ، قاعده مفروض در کشورهای دارای شهروندان آزاد، قانونی است که آزادی افراد را به دست می‌دهد: در واقع، هر آنچه ممنوع نشده، مجاز است. در واقع، این اصل توسط بسیاری مورد توجه قرار گرفته است. نقطه مرکزی تصمیم دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری در قضیه مشهور لوتوس بود:

«خارج از ممنوعیت‌های مصرح در حقوق بین‌الملل، دولت‌ها آن گونه که اراده می‌کنند، از آزادی عمل برخوردارند» (von Bogdandy & Rau: 2006).

با وجود این، در زمان جنگ، چنین آزادی عملی همیشه مطلوب نیست؛ چه در سطح مبارزان انسانی و چه در سطح دولت‌ها یا سازمان‌های غیر دولتی که جنگ را هدایت می‌کنند. شرط مارتنس این فرض را در امور مدنی (غیر نظامی) زمان صلح معکوس می‌کند تا منعکس‌کننده وضعیت خاص رفتار نظامی در زمان جنگ باشد. این شرط این دیدگاه را رد می‌کند که چون یک عمل، رویه یا تاکتیک خاص ممنوع نشده، بنابراین مجاز است. در واقع، شرط مارتنس مانع از این فرض است که هر چیزی که صریحاً توسط معاهدات ممنوع نشده باشد، مجاز است.

اساساً شرط مارتنس نشان می‌دهد که (حقوق بین‌الملل بشردوستانه) از هر گونه ادعای پوزیتیویستی مبنی بر اینکه هر آنچه در حقوق بین‌الملل ممنوع نباشد، مجاز است، مستثنا می‌باشد (Cerone, 2008: 192). درست برعکس، این به ما یادآوری می‌کند که توجیه جامع رفتار غیر انسانی ناممکن است و بنابراین یک قاعده کلی باید اعمال شود تا قساوت ابتکاری بشری را که در مخاصمات مسلحانه رخ می‌دهد، محدود کند. حتی اگر هیچ مقرره خاصی نتواند از گروه خاصی از جنگجویان یا غیر نظامیان بی‌گناه محافظت کند، شرط مارتنس به همه یادآوری می‌کند که این گروه‌ها تحت حمایت اصول حقوق بین‌الملل، اصول بشریت و ندای وجدان عمومی باقی می‌مانند. در تفسیر پروتکل الحاقی اول به کنوانسیون‌های ژنو، کمیته بین‌المللی صلیب سرخ چنین استدلال می‌نماید:

«هیچ یک از مقررات حقوق بین‌الملل که تدوین شده باشند، نمی‌تواند کامل تلقی شوند. شرط مارتنس نیز از این امر مستثنا نیست» (ICRC, Commentary of 1987: 39).

نتیجه‌گیری

این بررسی مختصر نشان داد که شرط مارتنس نه تنها در حوزه تصمیم‌گیری محاکم کیفری بین‌المللی، بلکه همچنین در تدوین و توسعه حقوق کیفری بین‌المللی نقش اصلی را ایفا می‌نماید. علی‌رغم اینکه شرط مارتنس در کنفرانس‌های صلح لاهه اساساً به عنوان یک ترفند دیپلماتیک برای رفع بن‌بست در مذاکرات بین دولت‌های کوچک و قدرت‌های بزرگ تصور شد، این شرط می‌تواند تأثیرات حقوقی چند برابر داشته باشد؛ نخست اینکه شرط مارتنس می‌تواند در سطح تفسیری عمل کند، و در صورت شک، اصول و قواعد حقوق کیفری بین‌المللی باید به شکلی مطابق با معیارهای بشریت و ندای وجدان عمومی تفسیر شوند. دوم اینکه شرط مارتنس نمی‌تواند تنها به عنوان یک تعهد اخلاقی دیده شود، بلکه فراتر از آن همچنین به عنوان یک عنصر حقوقی که تصدیق‌کننده استقلال و ماهیت الزام‌آور اصول بشریت و ندای وجدان عمومی به عنوان منبع در نظام موجود حقوق بین‌الملل است، عمل می‌کند. البته از دو منبعی که می‌توان از شرط مارتنس، یعنی اصل بشریت و ندای وجدان عمومی استنتاج نمود، اولی دارای بیشترین ظرفیت در عصر حاضر است. در نهایت، شرط مارتنس به سادگی و به نحو مطلوبی، در توسعه، تحول و ساخت مفهومی اصول و قواعد حقوق کیفری بین‌المللی تأثیر مستقیم گذاشته است. پیامدهای شناسایی مظاهر شرط مارتنس به عنوان قواعد الزام‌آور می‌تواند عصر جدیدی را برای توسعه حقوق کیفری بین‌المللی به طور کلی رقم زند، و در این صورت، اراده دولت‌ها به تنهایی دیگر تنها نیروی خلاق مقررات قانوناً الزام‌آور حقوق بین‌الملل نخواهد بود.

آنچه از تعابیر متفاوت شرط مارتنس می‌توان استخراج کرد این است که رویکرد تفسیر مضیق (شرط مارتنس به مثابه راهنمای تفسیر)، از برخی ایرادات و نقطه ضعف‌های مهم منتج از زمینه ظهور آن و همچنین اعمال پسا‌مخاصمه آن به ویژه در رویه دادگاه‌های نورمبرگ رنج می‌برد. تحولات در رویه قضایی به شرط مارتنس، جلوه بسیار گسترده‌تری از آن چیزی که تفسیر مضیق پیش‌بینی می‌کند، می‌دهد. بنابراین هنگام تصمیم‌گیری در مورد معنا، دامنه و هدف آن، لازم است که قضات معانی کل مسیر (از جمله تأیید

مجدد در اسناد، آرا و نظرات محاکم بین‌المللی) را از ۱۸۹۹ تا به امروز مورد توجه قرار دهند.

حامیان دیدگاه مضیق بر موضع بیش از حد پوزیتیویستی خود نسبت به حقوق بین‌الملل با تعصب ذاتی حتی علیه اصول مندرج در معاهدات (اصول معاهده‌محور) تکیه می‌کنند. در مقایسه با رویکرد تفسیر مضیق، رویکرد راهنمای تفسیری/قضایی (شرط مارتنس به مثابه منابع کمکی)، پیشرفت قابل توجهی را نشان می‌دهد. این رویکرد بهتر می‌تواند رویه قضایی قرن ۲۱ را در بر گیرد. در واقع می‌توان به تعدادی از تصمیمات کلیدی حقوق بشر دوستانه اشاره کرد که این رویکرد بسیار دقیق اگر نگوئیم کاملاً دقیق را تصدیق و تأیید می‌نماید. از سوی دیگر، حداقل قضایای دیگری نیز وجود دارند که با این رویکرد قابل توضیح نیستند؛ به ویژه در مواردی که قضات با شرط مارتنس به عنوان یک هنجار حقوقی اساسی در نوع خود و برخوردار از وضعیت حقوقی مستقل رفتار کرده‌اند. در واقع، حتی همان گونه که طرفداران رویکرد راهنمای تفسیری اذعان می‌دارند، در قضایای جرایم جنگی نازی‌ها، در فقد مقررات حقوقی قابل اعمال برای تعقیب قانونی سوءاستفاده از غیر نظامیان به وسیله اشغالگران نظامی ارتش آلمان، قضات شرط مارتنس را به عنوان یک هنجار حقوقی مستقیم به کار برده‌اند. علاوه بر این، هم واژگان شرط مارتنس و هم بافت تاریخی که موجب شکل‌گیری اولیه آن شده، دلایل بیشتری برای پذیرش این گزاره که عناصر و مؤلفه‌های آن به بهترین وجه به عنوان هنجارهای حقوقی واقعی، اساسی و بدون تکیه‌گاه شناخته می‌شود، ارائه می‌نماید. با این حال، ارزش و اعتبار دو مؤلفه شرط مارتنس، تنها در سیاق اعمال قضایی آینده مشخص می‌شود.

کتاب‌شناسی

۱. پیری، حیدر، سیدمحمد قاری سیدفاطمی، و سیدهادی محمودی، «کاربست استدلال قیاسی در نظام حقوق کیفری بین‌المللی؛ نبایدها، بایدها و شایدها»، *فصلنامه پژوهش حقوق کیفری*، سال نهم، شماره ۳۵، تابستان ۱۴۰۰ ش.
۲. پیری، حیدر، و پریسا دهقانی، «نقش شرط مارتنس در تدوین و جرم‌انگاری جرایم بین‌المللی»، *مجله مطالعات حقوقی*، در دست چاپ.
۳. دهقانی، پریسا، محمدحسین رمضانی قوام‌آبادی، و محمدرضا علی‌پور، «مدخل‌های ورود و کارکردهای شرط مارتنس در حقوق کیفری بین‌المللی»، *فصلنامه پژوهش حقوق کیفری*، سال نهم، شماره ۳۵، تابستان ۱۴۰۰ ش.

Books & Articles

4. Abi-Saab, Georges, "The Specificities of Humanitarian Law", in: Christophe Swinarski (Ed.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, Martinus Nijhoff, ICRC 1984.
5. Arajärvi, Noora, *The Changing Nature of Customary International Law: Methods of Interpreting the Concept of Custom in International Criminal Tribunals*, London, Routledge, 2014.
6. Bourbonnière, Michel, "Law of armed conflict (LOAC) and the neutralisation of satellites or ius in bello satellites", *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 9(1), 2004.
7. Cassese, Antonio, *The Human Dimension of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
8. Id., "The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky?", *European Journal of International Law*, Vol. 11(1), 2000.
9. Cerone, John, "The Jurisprudential Contributions of the ICTR to the Legal Definition of Crimes against Humanity—the Evolution of the Nexus Requirement", *New England Journal of International and Comparative Law*, Vol. 14(2), 2008.
10. Evans, Tyler D., "At War with the Robots: Autonomous Weapon Systems and the Martens Clause", *Hofstra Law Review*, Vol. 41(3), 2013.
11. Greenwood, Christopher J., "Belligerent Reprisals in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", in: Horst Fischer & Claus Kreß & Sascha Rolf Lüder (Eds.), *International and National Prosecution of Crimes under International Law: Current Developments*, Berlin Verlag Arno Spitz, Springer 2001.
12. Id., "Historical Development and Legal Basis", in: Dieter Fleck (Ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, OUP, 1995.
13. Hansen, Michelle A., "Preventing the Emasculation of Warfare: Halting the Expansion of Human Rights Law into Armed Conflict", *Military Law Review*, Vol. 194(1), Winter 2007.

14. Hart, Herbert Lionel Adolphus, *The Concept of Law*, New York, Oxford University Press, 1994.
15. Henderson, Ian, *The Contemporary Law of Targeting: Military Objectives, Proportionality and Precautions in Attack under Additional Protocol I (International Humanitarian Law Series)*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
16. Howard, Michael & George J. Andreopoulos & Mark R. Shulman, *The Laws of War, Constraints on Warfare in the Western World*, Yale University Press, 1994.
17. Klabbers, Jan, "The EJIL Foreword: The Transformation of International Organizations Law", *The European Journal of International Law*, Vol. 26(1), 2015.
18. Meron, Theodor, *The Humanization of International Law*, The Hague Academy of International Law, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.
19. Orakhelashvili, Alexander, "Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights", *European Journal of International Law*, Vol. 14(3), 2003.
20. Pustogarov, Vladimir Vasilievich, "The Martens Clause in International Law", *Journal of the History of International Law*, Vol. 1, 1999.
21. Quéguiner, Jean-François, "Precautions under the law governing the conduct of hostilities", *International Review of the Red Cross*, Vol. 88(864), December 2006.
22. Salter, Michael, "Reinterpreting Competing Interpretations of the Scope and Potential of the Martens Clause", *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 17(3), 2012.
23. Salter, Michael & Maggi Eastwood, "Post-war Developments of the Martens Clause: The Codification of 'Crimes Against Humanity' Applicable to Acts of Genocide", *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, Vol. 2, 2011.
24. Sarkin, Jeremy, "The Historical Origins, Convergence and Interrelationship of International Human Rights Law, International Humanitarian Law, International Criminal Law and Public International Law and Their Application Since the Nineteenth Century", *Human Rights & International Legal Discourse*, Vol. 1, 2008.
25. Schmitt, Michael N., "Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law: Preserving the Delicate Balance", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 50(4), 2010.
26. Strebhel, Helmut, "Martens Clause", in: Rudolf Bernhardt (Ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 3, New York, Elsevier, 1982.
27. Ticehurst, Rupert, "The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict", *International Review of the Red Cross*, No. 317, 1997.
28. Trindade, Antônio Augusto Cançado, *Co-Existence and Co-Ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1987.

29. von Bogdandy, Armin & Markus Rau, "The Lotus", in: *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2006.
30. Wexler, Lesley M., "Limiting the Precautionary Principle: Weapons Regulation in the Face of Scientific Uncertainty", *UC (University of California) Davis Law Review*, Vol. 39(2), 2006.

Documents & Cases

31. Australian Statement – ICJ – Requests for Advisory Opinions on the Legality of Nuclear Weapons, reprinted in Aust YB Int'l L 685, 1996.
32. Control Council No.10 Trials, 954, 979 (US v. Altstoetter), 1951.
33. Corfu Channel (United Kingdom v. Albania), ICJ Reports, 1949.
34. ICJ Reports, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 1996.
35. International Committee of the Red Cross (ICRC), Commentary of 1987, General principles and scope of application.
36. International Law Commission (ILC), *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 2006.
37. International Committee of the Red Cross (ICRC), "A Guide to the Legal Review of New Weapons, Means and Methods of Warfare: Measures to Implement Article 36 of Additional Protocol I of 1977", *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, 2006.
38. Laws and Customs of War on Land (Hague IV), 1899, 1907.
39. Martić Case (Rule 61 of the ICTY's Rules of Procedure and Evidence) ICTY-95-11-PT.
40. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States), ICJ Reports, 1986.
41. Prosecutor v. Delalić et al. ("Čelebići Case"), Appeals Chamber, Case No. IT-96-21-A, 20 February 2001.
42. Prosecutor v. Kupreškić et al. (Judgment) ICTY 95-16-T, 14 January 2000.
43. Prosecutor v. Tadić (Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction) ICTY-94-1-AR72, 2 October 1995.
44. Prosecutor v. Duško Tadić, Decision on the Defence Motion on Jurisdiction, Trial Chamber, Case No. IT-94-1-T, 10 August 1995 & IT-94-1-A, 15 July 1999.
45. Prosecutor v. Sefer Halilović, Trial Chamber I, Section A, Case No. IT-01-48-T, 16 November 2005.
46. Rome Statute of the International Criminal Court, UN Doc. A/CONF.183/9, 17 July 1998.

47. Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, Vol. 9, Part II, 1338.
48. United States v. Alfred Krupp et al., 15 Ann. Dig. 620, 622 (U.S. Mil. Trib. 1948).
49. USA v. Altstoetter et al. (Justice case) 6 Law Reports of Trials of War Criminals (UN War Crimes Commission, 1948) (U.S. Mil. Trib. 1947).
50. Prosecutor v. Kupreškić, Judgment, No. IT-95-16-T, 14 January 2000.
51. Conseil de Guerre de Bruxelles, KW (Judgement of 8 February 1950) 30 Revue de droit penal et de criminology, 1949-1950.
52. ICJ, Verbatim Records, CR/95/22, 30 October 1995.
53. ICJ, Verbatim Records, 15 November 1995, CR/95/34.
54. Prosecutor v. Aleksovski, IT-95-14, 30.5.2001.
55. Kononov v. Latvia App no. 36376/04, ECtHR, 17 May 2010.
56. First Additional Protocol to the Geneva Conventions of 12 August 1949, Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, 8 June 1977.