

کاوشی در رویه قضایی استراسبورگ: بازتاب مسئولیت دولت در نقض تعهدات مثبت*

** بندیتو کانفورتی

*** ترجمه: امیر مقامی

دیوان اروپایی حقوق بشر (دیوان)، اغلب مفهوم تعهد مثبت را به معنای تعهد دولت به حمایت از یک شخص در برابر نقض های حقوق بشر توسط افراد یا دیگر موجودیتهای به کار برده است. چنانچه اصطلاح شناسی (*terminology*) کمیسیون حقوق بین الملل تصویب شود، تعهدات مثبت ممکن است با عنوان تعهد به پیشگیری نیز نامیده شوند. به تعبیر کمیسیون، تعهد به پیشگیری «دولتها را ملزم می سازد کلیه اقدامات معقول یا لازم را برای پیشگیری از یک رویداد در نظر گیرند»^۱

دیوان در برخی قضایا، یک تعهد مثبت را از مواد کنوانسیون اروپایی حقوق بشر (کنوانسیون) استنباط نموده است که تنها در لفافه شرایط یک تکلیف منفی قرار گرفته است. در این زمینه برای مثال در مورد ماده ۳ در خصوص منع شکنجه یا رفتار تحقیر کننده، یا ماده ۸ در مورد عدم مداخله در زندگی خصوصی و خانوادگی قضایایی قابل طرح است. در برخی پرونده های دیگر، دولت مربوطه توسط کنوانسیون صراحتاً هم مکلف به خودداری از مداخله مستقیم در یک حق بشری شده است و هم متعهد به جلوگیری از مداخله دیگران در آن حق. بهترین مثال یک تعهد صریح به پیشگیری در پاراگراف یک جزء اول ماده ۲، مطرح شده است که مطابق آن «هرکس حق حیات دارد که باید مورد حمایت قانون قرار گیرد...»

این مقاله به خصوص بر رویه قضایی دیوان در خصوص ماده ۲ متمرکز شده است، زیرا این ماده جالب ترین نمونه آراء در موضوع تعهدات مثبت را برانگیخته است.^۲ به دیگر موارد مرتبط با کنوانسیون نیز ارجاعاتی شده

* این مقاله ترجمه ایست از:

Benedetto Conforti, "Exploring the Strasbourg Case-Law: Reflections on State Responsibility for the Breach of Positive Obligations", in: Malgosia Fitzmaurice and Dan Sarooshi (Eds), Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions, OXFORD AND PORTLAND OREGON, 2004.

** استاد حقوق بین الملل، دانشگاه ناپل و قاضی سابق دیوان اروپایی حقوق بشر.

*** دانشجوی دکتری حقوق بین الملل، دانشگاه تهران.

¹ International Law Commission (the 'ILC'), 53rd session, 2001, Doc A/56/10, Draft Articles on State Responsibility, Commentary to Art 14, para 3. See also The Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session which contains draft articles on responsibility of States for internationally wrongful act, Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth Session, Supplement No10 and corrigendum (A/56/10 and Corr 1) and the Resolution adopted by the General Assembly, A/RES/56/83 taking note of the articles.

^۲ آراء و تصمیمات قابل دسترسی بر اساس تاریخ و نام طرفین به آسانی روی پایگاه اینترنتی دیوان قابل مشاهده است:

است. علاوه بر این نتیجه حاصله در مورد ماده ۲، با تغییرات لازم در خصوص دیگر بخشهای مشابه کنوانسیون نیز قابل اعمال است. همچنین رویه کمیسیون سابق اروپائی حقوق بشر (کمیسیون) نیز مورد توجه قرار خواهد گرفت.

هدف نهائی این مقاله آن است که به نظریه مسئولیت دولت ناشی از اعمال متخلفانه بین المللی کمک نماید به خصوص تاجائی که به نقش اصل علیت مرتبط است.

۱ - رویه قضائی دیوان

دیوان، تعهدات مثبت را ذیل ماده ۲ طی عبارات و گزاره های زیر تعریف نموده است:

- جزء اول، پاراگراف یک ماده ۲، مقرر مینماید که دولت نه تنها متعهد به اجتناب از سلب حیات عمدی و غیر قانونی است بلکه باید اقدامات مناسبی را جهت حراست از زندگی کسانی که در قلمرو صلاحیتش هستند اتخاذ نماید.^۳

- این ماده شامل تکلیفی اولیه بر عهده دولت، جهت تأمین حق حیات با درج مقرراتی در حقوق کیفری که مورد حمایت نظام اجرای قانون بوده و با هدف بازداشتن از اعمال مجرمانه علیه اشخاص، در راستای پیشگیری، متوقف کردن و مجازات نقض چنین مقرراتی می باشد.^۴

- برای مطرح شدن یک تعهد مثبت، باید اثبات شود... که مقامات در هنگام وجود یک خطر واقعی و فوری نسبت به حیات شخص معین به وسیله اعمال مجرمانه یک شخص ثالث، از آن خطر آگاه بوده اند یا باید آگاه می بودند اما از انجام اقداماتی که در قلمرو اختیارشان بوده و به طور معقول میتوانسته خطر را از بین ببرد، خودداری نموده اند.^۵

در میان موارد فوق، حکم دوم بدیهی است. چنانچه قانون کیفری مربوطه وجود نداشته باشد یا حتی ناکافی باشد، هیچکس از ارتکاب اقدامی که نقض ماده ۲ محسوب میشود، بازداشته نخواهد شد. مشابه همین را میتوان در مورد ماده ۳ و تا حدودی در مورد حمایت از زندگی خصوصی و خانوادگی مندرج در ماده ۸ بیان کرد.

تا جائی که به ماده ۲ مربوط است، قضیه مشخصی که در آن قانونگذاری وجود نداشته باشد یا ناکافی باشد، مطرح نیست. شاید تنها پرونده ای که بتوان بیان نمود، قضیه کیلیچ علیه ترکیه باشد.^۶ در آن قضیه دیوان چنین رأی داد که زندگی برادر شاکی-روزنامه نگاری که در بخش جنوب شرقی ترکیه برای یک روزنامه منتشر کننده نظرات کردها کار می کرد و در مسیر خانه تا محل کار با شلیک گلوله کشته شد- به طور مناسب مورد حمایت نبوده است. دیوان در این رأی خود این مسأله را لحاظ نمود که کاستی های بی شمار و

. www.echr.coe.int/eng/tudgments.htm

³ See, among others, the following judgments: *LCB v UK*, 9 June 1998, para 36; *Osman v UK*, 26 Oct 1998, para 115; *Kiliç v Turkey*, 28 March 2000, para 62; *Keenan v UK*, 3 April 2001, para 88; *Mastromatteo v Italy*, 24 Oct 2002, para 67. See also the decision as to the admissibility^o 33747/96 of *Bromiley v UK*, 23 Nov 1999

⁴ *Keenan case, ibid.*

⁵ *Ibid*, para 89, quoting *Osman v UK*, above n 3, para 116.

⁶ See above n 3.

به خصوص فقدان تعقیب جدی پس از ادعای قتل توسط طرفداران PKK در جنوب شرقی ترکیه (که اغلب نیز چنین اتفاقی روی داده است)، کارآمدی حمایت حقوق کیفری را در این منطقه از بین برده است.^۷ این بخش رأی می تواند چنین تفسیر شود که مقررات حقوق کیفری ترکیه نمی توانسته مردم را از ارتکاب چنین قتل هائی در منطقه جنوب شرقی کشور، بر حذر دارد.^۸ در مقابل، در خصوص ناکافی و نارسا بودن قانون کیفری که منجر به اعلام نقض ماده ۳ گردید، قضیه الف علیه بریتانیا، مثال روشنی است.^۹ در این پرونده از دیوان خواسته شد به علت عدم حمایت از کودک نسبت به بدرفتاری ناپدری اش، اعلام نماید ماده ۳ در بخشی از کشور، نقض شده است. دیوان پس از اینکه رأی داد بدرفتاری، مرحله و درجه ای از ممنوعیت مورد اشاره در ماده ۳ است (در این مورد، کودک به شدت کتک خورده بود)، به این نکته اشاره می کند که مطابق حقوق انگلیس، «تنبیه معقول» توسط والدین، دفاعی در برابر اتهام کودک آزاری است. همچنین به این نکته توجه شد که در رسیدگی دادگاه ملی، هیأت منصفه ناپدری را تبرئه نموده بود و حتی حکومت «پذیرفته است که حقوق انگلیس در حال حاضر نمیتواند حمایت کافی از کودکان را فراهم نماید و باید اصلاح شود.» در نتیجه دیوان چنین رأی داد که تعهد مثبت مورد نظر ماده ۳ نقض شده است.^{۱۰}

شبهه این قضیه، در دعوی X و Y علیه هلند^{۱۱} به دلیل فقدان قانون کیفری مرتبط، نقض یک تعهد مثبت دولت براساس ماده ۸ مطرح شد و خانم Y، یک دختر ۱۶ ساله عقب مانده ذهنی، ادعا نمود که مورد تجاوز قرار گرفته اما به علت شرایط روحی قادر نبوده شخصا شکایت نماید. پدرش از طرف او نزد ایستگاه محلی پلیس برای آغاز فرایند کیفری طرح شکایت نمود. با توجه به این که قانون مجازات هلند در زمان حادثه، نمایندگی حقوقی بزه دیده را برای اعلام شکایت در صورتی که بزه دیده بیش از ۱۶ سال داشته باشد یا چنانچه تحت قیمومت باشد، اجازه نمی داد، فرایند رسیدگی متوقف شد و ادامه نیافت. دیوان اروپائی حقوق بشر در این مورد اعلام نمود که احترام به زندگی خصوصی در چنین موردی، تنها به وسیله مقررات حقوق کیفری تضمین می شود زیرا این گونه مقررات «تحدیر مؤثری که در این حوزه ضروری و ناگزیر است» را فراهم می نماید. بدین ترتیب دیوان نتیجه گرفت که تعهد مثبت کشور به حمایت از زندگی خصوصی شاکی دوم، نقض شده است.^{۱۲}

بر اساس گزاره سوم فوق الاشاره، معیار «قابل پیش بینی بودن حادثه» و معیار «معقول بودن» اقدامات پیشگیرانه برای بررسی نقض ماده ۲ توسط دیوان اعمال شده اند. اگر مقامات دولتی نسبت به وجود خطری برای زندگی یک شخص «آگاه باشند یا بایسته باشد که آگاه باشند» ولی در انجام اقداماتی که «به نحو معقول» می تواند از وقوع حادثه ای مرگ آور پیشگیری کند، قصور ورزند، آن دولت مسئول (نقض ماده ۲) خواهد بود.

⁷ Ibid, paras 71–75.

^۸ به عنوان دومین بحث، دیوان مقرر داشت که ترکیه علیرغم درخواست قربانی از انجام اقدامات پیشگیرانه فردی قصور ورزیده است. (Ibid, §§65-68) این بخش از تصمیم با سومین گزاره دیوان در این متن تناسب دارد.

^۹ A v UK, Judgment of 23 Sep 1998.

^{۱۰} Ibid, paras 9–24.

^{۱۱} X and Y v The Netherlands, Judgment of 26 March 1965.

^{۱۲} Ibid, paras 23-30

از دیوان خواسته شده بود نقض ماده ۳ را نیز اعلام نماید. به نظر نویسنده، این دقیقاً یک مورد نقض تعهد به حمایت از شخص در برابر رفتار رذیلانه یا غیر انسانی علیه اشخاص دیگر است. در مقابل، دیوان قضیه را در چارچوب ماده ۸ بررسی نمود و نتیجتاً به بررسی اعمال ماده ۳ نپرداخت. (Ibid, paras 23-30)

دیوان هر دو معیار را در فرصتهای مناسب به کار بسته است. به این ترتیب تا جایی که نگارنده مطلع است فقط یکی از دو معیار به دلیل فقدان اقدامات لازم برای اجتناب از خطر قابل پیش بینی، به این نتیجه منجر می شود که ماده ۲ نقض شده است. این استنباط قبلا در رأی قضیه کیلیچ علیه ترکیه درباره قتل یک روزنامه نگار در بخش جنوب شرقی ترکیه نشان داده شد. علاوه بر این، دیوان بیان داشت که ترکیه اقدامات پیشگیرانه و مناسب حمایتی را علی رغم درخواستهای مکرر بزه دیده اتخاذ ننموده است. به نظر دیوان، این واقعه به این علت که وضعیت در منطقه جنوب شرقی که نیروهای امنیتی در آنجا متهم به تمام انواع اقدامات غیر قانونی از جمله حذف متهمان به هواداری از PKK بودند، قابل پیش بینی بود.^{۱۳}

پرونده های دیگری درخصوص دیگر تعهدات به پیشگیری به ویژه تعهد به پیشگیری از شکنجه یا رفتارهای غیر انسانی یا ترذیلی (ماده ۳) یا مداخله در زندگی خصوصی اشخاص (ماده ۸) قابل اشاره نیست.

گاهی دیوان برای تبیین و تشریح معیار «قابل پیش بینی بودن»، معیار علیت (رابطه بیست) را به کار بسته است. در راستای اعمال ماده ۲، دیوان تلاش نموده معلوم نماید که آیا یک رابطه علیت میان حادثه ترک فعل - یعنی میان مرگ یک شخص یا صدمه شدید تهدید کننده حیات او از یک سو و عدم انجام اقدامات پیشگیرانه از طرف دولت - میتواند اثبات شود یا خیر؟ قضیه LCB علیه بریتانیا^{۱۴} نمونه ای از این دیدگاه است.

در این قضیه، شاکی مدعی شد که سرطان خون وی در دوران کودکی به دو علت پیشرفت نموده: اول به دلیل این که پدرش در معرض پرتوهای رادیوئی قرار داشته است زیرا پدر او در زمان آزمایش هسته ای، به عنوان تعمیرکار در جزایر کریسمس مستقر بوده، دوم به این دلیل که مقامات بریتانیا از هشدار دادن به والدینش نسبت به خطرات احتمالی بر سلامت فرزندان آینده آنها قصور ورزیده اند. دیوان اعلام نمود که:

«با بررسی ادله کارشناسی ارائه شده، دیوان متقاعد نشده است که رابطه

سببیتی در معرض پرتو رادیوئی قرار داشتن پدر و سرطان خون فرزندی که

نطفه اش منعقد شده وجود دارد... بنابراین دیوان به طور معقول نمیتواند

حکم نماید که مقامات بریتانیا میتوانند اند یا باید بر مبنای چنین رابطه

اثبات نشده ای، درخصوص این شکایت اقدامی اتخاذ می نمودند.»^{۱۵}

ارجاع آشکار دیگری را می توان در رویه حقوقی کمیسیون سابق مشاهده نمود. در قضیه توگار علیه ایتالیا، کمیسیون درخواست یک تبعه عراقی را که پس از جنگ اول خلیج فارس، هنگام پاک کردن میدان مین، روی مین رفته بود را تصدیق نکرد. شاکی که بر اثر انفجار مین جراحات سختی متحمل شده و یک پایش قطع شده بود، ادعا نمود از آنجا که ایتالیا دولتی بوده که فروش مین ها به عراق را بدون اتخاذ هیچگونه کنترل یا نظام موثر اجازه انتقال سلاح، اجازه داده است - فروشنده نیز به قاچاق غیر قانونی سلاح به عراق محکوم شده بود- در نتیجه این دولت از انجام اقدامات پیشگیرانه در برابر خطر استفاده «غیر تبعیض آمیز» چنین سلاح هائی قصور ورزیده است. کمیسیون مقرر نمود که:

«در قضیه حاضر... جراحات شاکی نمیتواند به عنوان پیامد مستقیم قصور

مقامات ایتالیائی در قانونگذاری درخصوص انتقال سلاح ها ارزیابی شود.

لذا هیچ رابطه بلا فصلی میان صرف تامین سلاح (حتی اگر به طور

مناسبی قاعده مند نشده باشد) و استفاده «تبعیض آمیز» احتمالی از آن در

¹³ *Kiliç v Turkey*, above n 3, paras 65-68.

¹⁴ See above n 3.

¹⁵ Decision N° 22869 of 18 Oct 1995, DR, vol 83A, p 29.

یک کشور ثالث، وجود ندارد و عمل اخیر سبب مستقیم و قطعی حادثه
پیش آمده برای شاکی نیست.^{۱۶}

با اندکی تأمل، قضیه ماستروماتئو علیه ایتالیا^{۱۷} نیز می تواند در همین راستا ارزیابی شود. در این قضیه، یک پدر، مقامات ایتالیائی را به نقض ماده ۲ در رابطه با قتل پسرش در جریان سرقت از بانک توسط سه مجرم، متهم نمود. مجرمان، هنگام ترک بانک با خودروئی روبرو شدند که پسر شاکی می راند. آنها تلاش کردند کنترل خودرو را در دست بگیرند اما به نظر می رسد که پسر شاکی سعی نموده فرار کند که در نتیجه اصابت گلوله، کشته شد. در زمان وقوع این جرائم به دو نفر از این مجرمان مرخصی از زندان به عنوان بخشی از یک نظام «نیمه مراقبتی» اعطا شده بود و نفر سوم اگر چه محکومیت های متعددی بابت سرقت مسلحانه داشت اما در آن زمان زندانی نبود. طبق شکوائیه، مقامات دولتی (یعنی قاضی اعطا کننده مرخصی از زندان و نظام نیمه مراقبتی) باید پیش بینی می کردند که اتفاق مرگ آوری میتواند روی دهد و آنها از اتخاذ اقدامات معقول در دسترس برای پیشگیری از این وقایع قصور کرده اند. دیوان صراحتاً معیار «قابلیت پیش بینی» را اعمال نمود و در نتیجه تخلفی احراز نشد.^{۱۸} ضمناً به این موضوع توجه شد که مرگ دردناک پسر شاکی «نتیجه تسلسل تصادفی وقایعی بوده که در قضیه حاضر روی داده است»؛ تسلسلی که مقامات قادر به پیش بینی آنها نبودند.^{۱۹}

در نتیجه می توان گفت که دیوان و کمیسیون پیشین در رویه خود، عناصر مفهوم تعهد مثبت یا آنچه می توان تعهد به پیشگیری نیز نامید را تنظیم و تدوین نموده اند. البته این جزئیات در عمل اهمیت زیادی ندارند. چراکه نقض کنوانسیون در بسیاری از قضایای دیگر نیز اعلام شده است. اگر آن نقض نتیجه فقدان یا نارسایی قوانین باشد، تعیین نقض یک تعهد به پیشگیری آسان است. به عبارت دیگر مقررات کیفری، افراد را از رفتاری که کنوانسیون محکوم کرده است، برحذر می دارند. در مقابل، هنگامی که نقض، منحصراً نتیجه غفلت مقامات در حمایت از یک شخص در برابر عمل غیرقانونی شخص دیگر باشد، حکم به نقض تعهد از سوی دولت مشکل است. دیوان در چنین پرونده هایی فقط در صورتی که «قابل پیش بینی بودن» حادثه غیرقانونی و «معقول بودن» اقدامات پیشگیرانه بتواند اثبات شود؛ نسبت به مسئولیت دولت متقاعد می شود. علاوه بر این، ضروری است که یک رابطه سببیت میان رفتار مقامات و حادثه مزبور وجود داشته باشد.

نقش «علیت» باید در ارزیابی نقض یک تعهد مثبت مورد تأکید قرار گیرد؛ زیرا از دیدگاه نویسنده این مسأله سازترین عنصر تحت بررسی در این مقاله است. نتیجه ای که از رویه قضایی استراسبورگ می توان استنباط نمود این است که در صورت فقدان رابطه سببیت میان رفتار دولت و حادثه، نقضی اثبات نمی شود. همین استدلال در پرونده هایی نیز به کار می رود که حادثه، «پیامد بلافصل» رفتار دولت نیست؛ یعنی جایی که ترک فعل (قصور) دولت در زنجیره اوضاع و احوال گوناگون که به فعل متخلفانه نهایی منتج می شود، بسیار جزئی و بعید است. البته جزئی و بعید بودن (که در این مقاله در معنای تحت اللفظی به مثابه چیزی است ارجاع شده به آنچه در زمان یا فضا، دور است) تنها با در نظر گرفتن اوضاع و احوال واقعی هر قضیه و به صورت تجربی می تواند ارزیابی شود. در مرور رویه دیوان، کاملاً غیرممکن و حتی غیرضروری است که در همه مباحث نظری و فلسفی و رموز فنی دکترین سببیت در حقوق کیفری و مدنی وارد شویم؛ از جمله دیدگاه

¹⁶ Decision N° 22869 of 18 Oct 1995, DR, vol 83A, p 29.

¹⁷ See above n 3.

¹⁸ *Ibid*, paras 74–79.

¹⁹ *Ibid*, Para 76.

های بی شماری که به تفصیل این مسأله که آیا ترک فعل می تواند سبب باشد یا خیر، را شرح داده اند.^{۲۰} به عبارت ساده، از نظر نویسنده علیت آنچنان که در رویه قضایی دیوان در خصوص تعهد به پیشگیری ظهور یافته است، مستقیماً با «قابل پیش بینی بودن» فعل غیرقانونی مرتبط است. معیار قابل پیش بینی بودن حادثه، یعنی انجام کاری با آگاهی از حوادث متعاقب آن (ex post)، یعنی حتی اگر حادثه قابل پیش گویی باشد و حتی پس از روی دادن فعل غیرقانونی، برای تعیین جایگاه آن عمل در میان سلسله حوادث هنوز مجال بحث باقی است. در سه قضیه گزارش شده در بندهای پیشین، به نظر می رسد که حادثه فی نفسه قابل پیش گویی بوده و دلیل این که دیوان به عدم نقض کنوانسیون حکم کرده است؛ فقط فقدان مطلق رابطه سببیت میان ترک فعل و آن حادثه بوده است.

۲ - رویه دیوان و نظریه مسئولیت دولت

در این بخش به نتایج رویه قضایی دیوان در خصوص نظریه مسئولیت دولت برای اعمال متخلفانه بین المللی پرداخته خواهد شد. نگاهی به اثر کمیسیون حقوق بین الملل در این موضوع نشان می دهد که چنین ارجاعی به رویه دیوان هرچند کاملاً مرتبط به رابطه علیت میان ترک فعل و رویداد منجر به وقوع تخلف بین المللی نباشد؛ می تواند مشمول تفسیر ماده ۲۳ پیش نویس قبلی مواد پیشنهادی ارائه شده توسط روبرتو آگو ایتالیایی در خصوص مسئولیت دولت قرار گیرد.^{۲۱} تمام ماده ۲۳ صراحتاً به نقض یک تعهد به پیشگیری از یک واقعه احتمالی اختصاص یافته بود و شاید یکی از دلایل تأکید جدی بر این که «باید میان رویداد واقعه و رفتار اتخاذ شده به وسیله کارگزاران دولت یک رابطه سببیت قطعی (البته به صورت غیرمستقیم) وجود داشته باشد»^{۲۲} همین ماده است. قاعده مندرج در ماده ۲۳ در مواد ارائه شده توسط گزارشگر ویژه کمیسیون جیمز کرافورد حذف شد،^{۲۳} همانگونه ارجاع به رابطه علیت نیز حذف گردید. ارجاع به علیت را اینک می توان در ماده ۳۱ و تفسیر آن درباره جبران خسارت مشاهده نمود؛ جایی که تعهد به جبران خسارت هنگامی ایجاد می شود که خسارت «ناشی» از یک عمل متخلفانه دولت باشد. واضح است که نسبت به آنچه پیشتر اشاره شد این جنبه ای متفاوت از سببیت است. جنبه قبلی، آنچنان که به وسیله مراجع قضایی بین المللی از جمله دیوان اروپایی حقوق بشر^{۲۴} اعمال شده و عمیقاً در دکترین حقوقی^{۲۵} مورد بحث قرار گرفته است، با جنبه ای مشابه

²⁰ On the subject, see A Honoré, 'Causation and Remoteness of Damage', in A Tunc (ed), *International Encyclopedia of Comparative Law*, XI, 1, Ch VII (Tübingen, 1971), paras 13, 44.

²¹ *Yearbook of the ILC*, 1978, II, 2, p 81.

²² *Ibid*, p 83.

²³ See above n 1.

²⁴ برای بررسی رویه قضایی دیوان در این موضوع بنگرید به:

P Kempees, *A Systematic Guide to the Case-Law of the ECHR* (4 vols), (The Hague, 1996-2000), sub Art 50.

البته آراء مربوط به رابطه تسبیب، آنهایی هستند که خسارات نقدی برای لطمات وارده بر اثر نقض کنوانسیون را روا داشته اند و یا رد کرده اند. طبیعتاً دیوان برای خسارات ماهیتاً غیرمادی، جایی که مسأله رابطه سببیت مطرح نمی شود نیز وجهی را به عنوان غرامت تعیین می کند.^{۲۵} به ویژه در کتابی از بالکر-استرن که اندکی قدیمی است اما هنوز مورد تقلید قرار می گیرد، این موضوع به خوبی بحث شده است:

B Bollecker-Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, (Paris, 1973), p 179.

درباره جبران خسارت ناشی از نقض کنوانسیون بنگرید به:

M Enrich Mas, 'Right to compensation under Article 50', in R St J MacDonald, F Matscher and H Petzold, (eds) *The European System for the Protection of Human Rights*, (Dordrecht, 1993), p 784.

در حقوق مسئولیت مدنی در نظام های حقوقی ملی مشابهت دارد. در مقابل، آن جنبه ای که در این مقاله بررسی گردید، مربوط به ساختار خود عمل متخلفانه بین المللی است که مشابه جنبه موازی آن در حقوق کیفری ملی است.

به نظر می رسد دلیل حذف ماده ۲۳ پیشین و نیز هرگونه ارجاع به رابطه علیت و بسیاری از قواعدی که در پیش نویس قبلی آمده بود این است که اعضای کنونی کمیسیون معتقدند چنین قواعدی مربوط به مسئولیت دولت نیستند؛ یعنی جزء قواعد ثانویه نیستند بلکه در قلمرو قواعد اولیه قرار می گیرند.^{۲۶} نگارنده نیز به پیچیدگی فراوان پذیرش تمایز میان قواعد اولیه و ثانویه اذعان دارد اما متأسفانه حذف چنین موضوع مهمی فراتر از موضوع مطالعه اخیر است.^{۲۷} تنها کافی است تأکید نماییم که آن چه در این مقاله مطرح شد، نشان می دهد مسأله رابطه علیت - شبیه مسأله موازی در حقوق کیفری - یکی از عناصر فعل متخلفانه بین المللی است. در این زمینه به نظر می رسد مناسب باشد نظر دیگر نویسنده ایتالیایی، مرحوم پروفیسور رولاندو کوآدری ذکر شود که با آنچه آگو «عنصر ذهنی فعل متخلفانه بین المللی» می خواند یعنی انتساب رفتار متخلفانه به دولت بر اساس حقوق بین الملل، کاملاً مخالف بود.^{۲۸} دیدگاه متضاد وی این بود که فقط در نظر گرفتن عنصر علیت، جهت اثبات مسئولیت دولت برای فعل ها یا ترک فعل های مغایر حقوق بین الملل به جا و کافی است.^{۲۹} بدون شک این نظر، اغراق آمیز است. شاید بهترین نتیجه گیری در نظر گرفتن حد وسط است؛ یعنی رابطه علیت می تواند به عنوان یک شرط عنصر ذهنی لحاظ شود و شرط دیگر مطابق نظر آگو عبارتست از فعل یا ترک فعل ارتكابی توسط کارگزار یا رکن دولت. به عبارت دیگر آنچنان که در ملاحظات کلی ماده ۴ فصل دوم مواد راجع به مسئولیت دولت آمده است، فعل یک رکن دولت به عنوان فعل آن دولت محسوب می شود، هنگامی که

«آن رکن، کارکرد تقنینی، اجرائی، قضائی یا کارکرد دیگری را اعمال
میکنند، چه در مقام سازمان آن دولت باشد و چه به عنوان رکن حکومت
مرکزی یا واحد سرزمینی آن دولت توصیف شود.»^{۳۰}

همچنین ضروری است یک رابطه قطعی (آنچنان که توضیح داده شد) میان آن رفتار و واقعه غیر قانونی وجود داشته باشد.

²⁶ Cf J Crawford, 'Revising the Draft Articles on State responsibility', 10 *Journal of European Law* (1999), p 441.

²⁷ مراجعه شود به ملاحظات نگارنده در:

International Law and the Role of Domestic legal Systems (English version of the General Course on public international law delivered at the Hague Academy in 1988) (Dordrecht, 1993), p 171.

²⁸ این عنصر ذهنی، به نوعی در پیش نویس جدید حقوق بین الملل حفظ شده است. (رک: بند الف ماده ۲)

²⁹ R Quadri, *Cours général de droit international public*, in *Recueil des Cours*, vol 111 (The Hague, 1964), p 457.

³⁰ مواد راجع به مسئولیت دولت: بنگرید به پاورقی شماره ۱.