

حقوق بین‌الملل و حمایت از رزمنده غیرقانونی

مهناز اخوان خرازیان*

دیباچه

در یازدهم سپتامبر سال ۲۰۰۱، حمله‌ای علیه برج‌های دوقلوی مرکز دادوستد جهانی صورت گرفت که به مثابه نبرد با ملت آمریکا تلقی شد. گروهی از بنیادگرایان اسلامی تحت عنوان گروه «القاعده» عملیاتی انتحاری را ترتیب دادند که طی آن حدود ۳۰۰۰ نفر جان باختند. از آن‌جا که مرکز اصلی هدایت عملیات و تعداد قابل توجهی از اعضا و میزان معتابهی از تسهیلات گروه در کشور افغانستان قرار داشت، از حکومت طالبان -که حدود ۹۰٪ سرزمین افغانستان تحت کنترل دوفاکتوی آنها بود- خواسته شد که به تلاش‌های بین‌المللی برای دستگیر کردن اعضای القاعده و از بین بردن شبکه‌های ارتباطی، تسهیلات و امکانات این گروه کمک کند. با رد درخواست ایالات متحده و

* مهناز اخوان خرازیان پژوهشگر حقوق بین‌الملل است.

فصلنامه مطالعات بین‌المللی (ISJ)، سال پنجم، شماره ۲، پاییز ۱۳۸۷، صص ۱۵۴-۱۰۵.

متحدانش از سوی حکومت طالبان، نیروی ائتلاف حمله وسیعی علیه افغانستان برنامه‌ریزی و اجرا کرد که طی آن شمار زیادی از اعضای گروه القاعده و سربازان طالبان کشته شده و تعدادی هم به اسارت درآمدند و سرزمین افغانستان توسط نیروهای ائتلاف اشغال شد.^(۱) پس از ۱۱ سپتامبر، دولت پرزیدنت بوش مدعی شد که حق دارد اعضای القاعده یا طالبان یا سایر کسانی که متهم به طرح تهدیداتی علیه امنیت ملی ایالات متحده هستند را بدون محاکمه و به مدت نامعلومی بازداشت کند، خواه این افراد در افغانستان دستگیر شده باشند یا در کشوری دیگر، یا در ایالات متحده نگهداری شوند یا در گوانتانامو یا افغانستان یا هر محل دیگر؛ تنها توجیه ایالات متحده این بود که آنها «رزمنده دشمن» بودند.^(۲)

براساس این وضعیت که دولت ایالات متحده برای این دسته از زندانیان در نظر گرفت، اعلام نمود که این افراد اسیر جنگی (Prisoner of war) محسوب نشده و محق به دریافت حمایت‌های برخاسته از این وضعیت نیستند. پرزیدنت بوش اظهار داشت که جنگ با تروریسم، جنگی مطابق با معیارهای کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو نیست، زیرا طرف متخاصم در این جا یک گروه تروریستی است، نه یک دولت عضو کنوانسیون‌ها، و بنابراین کسانی که تحت این عنوان (رزمنده دشمن) بازداشت می‌شوند، در کمیسیون‌های نظامی - و نه در محاکمی که مجرمان عادی در آن محاکمه می‌شوند - محاکمه خواهند شد.^(۳) لکن اوضاع چندان هم بر وفق مراد دولت ایالات متحده نبود. در کنار اعتراض نهادهای منطقه‌ای و بین‌المللی، دیوان عالی خود ایالات متحده نیز مشروعیت محاکمه در کمیسیون‌های نظامی را زیر سؤال برد. دیوان اعلام کرد که ایجاد چنین کمیسیون‌هایی با قواعدی که حاکم بر عملکرد آن است، نقض قوانین داخلی ایالات متحده تلقی می‌شود. دیوان ماده سئ مشترک در کنوانسیون‌های ژنو را از جمله مواردی دانست که باید عملکرد محاکم نظامی در خصوص محاکمه رزمندگان براساس ضوابط آن انجام شود و حمایت‌های مندرج در این ماده در جریان محاکمات اعمال گردد.^(۴) بدین ترتیب به نظر می‌رسید که دولت پرزیدنت بوش مجبور خواهد بود

اقدامات خود را با رأی دیوان عالی همسو و هماهنگ کند. پس از مدت کوتاهی، دولت اعلام کرد که قصد دارد مجوز ایجاد کمیسیون‌های نظامی را از کنگره بگیرد تا بدین ترتیب مانع قانونی بر سر راه تشکیل کمیسیون‌ها را از بین ببرد. تلاش‌های دولت^(۵) منجر به تصویب «قانون ۲۰۰۶ کمیسیون‌های نظامی» در ۲۲ سپتامبر ۲۰۰۶ در کنگره شد که در ۱۷ اکتبر به امضای پرزیدنت بوش رسید. از جمله مشخصات این قانون عبارت است از:

۱. اختیار رئیس جمهور در تشکیل کمیسیون‌های نظامی برای محاکمه برخی جرائم رزمندگان غیرقانونی؛

۲. محو و انکار حق توسل به قرار احضار زندانی (Habeas Corpus) برای رزمنده بیگانه دشمن که توسط نیروهای ایالات متحده زندانی شده؛

۳. محدود کردن توان افراد برای استناد به کنوانسیون‌های ژنو به عنوان منابع حقوق؛

۴. تخصیص اختیار تفسیر امرانه کنوانسیون‌های ژنو به قوه مجریه.

مشخصه بارز این قانون، نقض یکی از اصول مسلم حقوق، یعنی «عطف به ماسبق نشدن قوانین» است.^(۶) در توجیه این قانون، پرزیدنت بوش می‌گوید: «قواعد محاکمه رزمندگان دشمن در زمان درگیری باید با قواعد محاکمه جنایتکاران معمولی یا اعضای نیروی نظامی خود ما تفاوت داشته باشد.»^(۷) ولی دولت و کنگره ایالات متحده با پیشنهاد و تصویب این قانون در جهت نقض قواعد مسلم حقوق بشردوستانه بین‌المللی و حقوق بین‌المللی حقوق بشر حرکت کرده‌اند. ابهامات در مورد تعریف درگیری مسلحانه و اطلاق این عنوان به جنگ با تروریسم، به معنای خلأ حقوقی در جریان چنین جنگی و در اعمال حمایت‌های حقوق بشردوستانه نیست، اگرچه حقوق عرفی نتوانسته همپای تحولات بین‌المللی در این زمینه خود را متحول سازد. با این حال، فراموش نکنیم که حقوق بشردوستانه در خصوص علل شروع جنگ و مشروعیت ادعاهای طرفین درگیر، بیطرفانه عمل می‌کند. به عبارت دیگر اطلاق قواعد حقوق بشردوستانه با مشروعیت یا وضعیت حقوقی طرف‌های درگیر مرتبط نیست؛ قواعد

حقوق بشردوستانه فقط با حمایت از افراد -از هر مسلک، قومیت، نژاد، عقیده، رنگ، جنس...- و اهداف سروکار دارد. به هر حال، این نکته از صحبت‌های خود پرزیدنت بوش برمی‌آید که در هر حال جنگی وجود دارد: «بسیاری از رزمندگان دشمن در عراق یا افغانستان نگهداری می‌شود و پرسنل نظامی ما از آنها بازجویی می‌کنند. بسیاری، بعد از بازپرسی آزاد می‌شوند یا به مقامات دولت متبوعشان تحویل داده می‌شوند... بقیه در نزدیکی صحنه نبرد، در زندانی‌های ایالات متحده می‌مانند تا مطمئن شویم که به جنگ بازنمی‌گردند.»^(۸) و در جای دیگر می‌گوید: «ما طبق قوانین جنگ، حق دستگیری و بازداشت این دشمنان و جلوگیری از پیوستن مجددشان به صحنه نبرد را داریم و این حق همان تکلیف و تعهدی است که در برابر مردم آمریکا بر عهده ما گذاشته شده است.»^(۹) به نظر پرزیدنت بوش در این چنین جنگی قواعد حقوق بشردوستانه فقط سربازان ایالات متحده را در کنف حمایتش قرار می‌دهد و بنابراین، این سؤال مطرح می‌شود که آیا کسانی که در گوانتانامو یا عراق یا افغانستان، در بازداشت نیروهای ایالات متحده به سر می‌برند و تحت عنوان «رزمنده بیگانه دشمن» طبقه‌بندی می‌شوند، از حمایت حقوق بین‌الملل بی‌بهره‌اند؟^(۱۰)

در این نوشتار ما در پی آن نیستیم که حقوق ناظر بر وضعیت همه کسانی که در جریان مبارزه با تروریسم در اختیار نیروهای ایالات متحده یا هر کشور دیگری قرار می‌گیرند و بازداشت می‌شوند، را بررسی کنیم. هدف ما تنها بررسی حقوق ناظر بر وضعیت آن دسته از زندانیانی است که در حقوق بین‌الملل تحت عنوان «رزمنده غیرقانونی» (Unlawful Combatant) یا «رزمنده بدون مصونیت» (Unprivileged Combatant) طبقه‌بندی می‌شوند -صرف‌نظر از اینکه دولت ایالات متحده چه عنوانی به آنها اطلاق می‌کند. در بخش اول این مقاله وضعیت رزمنده غیرقانونی تعریف شده در مورد مرجع ذیصلاح در ارائه چنین تعریفی توضیحاتی ارائه می‌گردد. در بخش دوم، محور بحث حقوق ناظر بر رزمندگان غیرقانونی است که شامل حقوق ماهوی و حقوق شکلی یا رویه‌ای می‌شود. آنچه که در تشخیص قواعد حقوقی قابل اعمال در مورد

رزمنده غیرقانونی همچون راهنمای ما عمل می‌کند، این اصل کلی است که در مواردی که تحت پوشش مقررات مدون قرار نمی‌گیرد، مردم و رزمندگان در حمایت اصول حقوق بین‌الملل - که برخاسته از عرف‌های تثبیت‌شده بین ملل متمدن، قوانین انسانیت و الزامات وجدان عمومی است - باقی می‌مانند.^(۱۱)

بخش یکم: چه کسی رزمنده غیرقانونی تلقی می‌شود؟

طبق حقوق درگیری‌های مسلحانه بین‌المللی، رزمنده کسی است که جزو نیروهای مسلح اطراف متخاصم باشد یا به هر نحوی در درگیری‌های مسلحانه نقش فعالی ایفا کند. هدف از تفکیک رزمنده و غیررزمنده، حمایت از غیرنظامیان و هدایت درگیری به نحوی است که فقط بین رزمندگان طرف‌های متخاصم جریان داشته باشد و کمترین خسارت و آسیب را به غیرنظامیان وارد کند. با این حال، خود نهاد رزمندگی نیز مرزها و حدود و دودهای خود را دارد. به عبارت دیگر، رزمندگی یا وضعیت یک رزمنده، یا مشروع و قانونی است که بر این اساس حمایت‌های خاصی را دریافت می‌کند، و یا نامشروع و غیرقانونی است که در آن صورت از برخی از حمایت‌های مذکور بی‌بهره خواهد ماند.

علت تفکیک بین رزمنده قانونی و رزمنده غیرقانونی آن است که دولت‌ها همواره نگرانی‌هایی امنیتی داشته‌اند که گمان می‌کنند حمایت حقوق بین‌الملل از رزمندگان غیرقانونی - چریک‌ها، شبه نظامیان، نهضت‌های مقاومت و... - می‌تواند این نگرانی‌ها را تشدید کند.^(۱۲) از جمله مزایایی که برای رزمنده قانونی تعریف شده، عدم امکان بازجویی از او در طی مدت اسارت و بازداشت و نیز بازگرداندن او بلافاصله بعد از پایان درگیری‌هاست. و این همان علتی بود که به‌عنوان مثال دولت پرزیدنت بوش را بر آن داشت تا از شناسایی اعضای طالبان و القاعده، تحت عنوان رزمنده قانونی خودداری کند. علاوه بر این، در فرض شناسایی وضعیت این افراد تحت عنوان رزمنده قانونی، دولت ایالات متحده مجبور بود از توسل به کمیسیون‌های نظامی برای محاکمه

این افراد، چشم‌پوشی کند.^(۱۳)

«اسیر جنگی» یا «Prisoner of War» (POW) وضعیتی است که طبق کنوانسیون سوم ژنو^(۱۴) حمایت‌های خاصی به آن تعلق می‌گیرد. اسیر جنگی در میدان جنگ غیرقابل تعرض است (البته به محض آنکه سلاح به زمین می‌گذارد و به اسارت درمی‌آید)؛ او را باید در بازداشتگاه‌هایی با شرایط مناسب نگهداری کرد؛ اسیر جنگی را نمی‌توان مورد بازپرسی قرار داد و محاکمه کرد، مگر در مورد ارتکاب جنایات بین‌المللی؛ بلافاصله بعد از پایان درگیری‌ها اسیر جنگی باید به وطنش بازگردانده شود. هدف حقوق بشردوستانه در طول تاریخ تحولش، آن بوده که شرایط آستانه برای اطلاق وضعیت اسیر جنگی را کاهش دهد و این هدف به بهترین نحوی در پروتکل اول الحاقی به کنوانسیون‌های ژنو محقق شده است.^(۱۵)

۱-۱. غیرنظامی (Civilian) کیست؟

غیرنظامی کسی است که به یکی از دسته‌بندی‌های مذکور در قسمت ۱ و ۲ و ۳ و ۶ از بند الف ماده چهار کنوانسیون سوم ژنو و ماده ۴۳ پروتکل یکم الحاقی تعلق نداشته باشد.^(۱۶) طبق قواعد کلی حقوق بشردوستانه بین‌المللی و کنوانسیون چهارم ژنو و پروتکل یکم الحاقی، غیرنظامی از حمایت‌های کلی در برابر خطرات برخاسته از عملیات نظامی برخوردار است.^(۱۷) البته افراد غیرنظامی اجازه مشارکت فعالانه در درگیری را ندارند، در غیر این صورت وضعیت غیرنظامی و حمایت‌های مربوط به آن را از دست می‌دهند.^(۱۸) به عبارت دیگر، فرد نمی‌تواند هم سلاح به دست بگیرد و هم از همه حمایت‌های مربوط به غیرنظامیان منتفع شود. این قاعده کلی که فرد نمی‌تواند همزمان هم رزمنده باشد و هم غیرنظامی، و یا به‌طور متناوب یا مکرر وضعیتش را از یکی به دیگری تغییر دهد، قاعده‌ای بود که ابتدا در حقوق دریاها ظهور یافت و سپس حقوق ناظر بر جنگ زمینی هم آن را پذیرفت.^(۱۹) براساس ماده چهار کنوانسیون چهارم ژنو، برای اطلاق وضعیت غیرنظامی به یک فرد، شروط زیر لازم است:

۱. فرد خود را در دست قدرت اشغالگر یا یک طرف درگیری بیابد؛
۲. دولت متبوع فرد، کنوانسیون را تصویب و به آن پیوسته باشد؛
۳. فرد تبعه دولت بیطرف یا دولت هم‌پیمان و متحد دولتی که فرد در دست آن قرار دارد، نباشد - البته به شرطی که روابط دیپلماتیک عادی بین دولت متخاصم و این دولت‌ها برقرار باشد.^(۲۰)

مطالعه ماده ۵ همان کنوانسیون موارد دیگری به شروط فوق می‌افزاید، بدین ترتیب که افرادی از حمایت «کامل» کنوانسیون چهارم ژنو برخوردار می‌شوند که اعمال خصمانه‌ای در سرزمین یک دولت طرف درگیر و علیه امنیت آن انجام نداده یا به‌عنوان جاسوس، خرابکار یا متهم به انجام اعمال خصمانه علیه دولت اشغالگر در سرزمین تحت اشغال دستگیر نشده باشند.^(۲۱) البته در مورد کسانی که در خصوص غیرنظامی بودن آنها تردید وجود دارد، فرض بر غیرنظامی بودن فرد گذاشته می‌شود.^(۲۲)

۲-۱. رزمنده قانونی کیست؟

رزمنده قانونی کسی است که یکی از طرف‌های درگیر مجوز شرکت در درگیری مسلحانه را به او داده است و براین اساس، وی محق به دریافت حمایت‌هایی است که برخاسته از مشروعیت مشارکتش در مخاصمات می‌باشد. این حمایت‌ها و مزایا عبارت است از مجوز کشتن یا زخمی کردن رزمندگان دشمن، تخریب اهداف نظامی دشمن، ایراد تلفات اتفاقی به غیرنظامیان دشمن، مصونیت از محاکمه به‌خاطر اعمال خصمانه‌ای که جنایت محسوب نشود، دریافت حداقل حمایت‌ها و مزایای ناظر بر وضعیت اسیر جنگی، و بازگشت به وطن بلافاصله بعد از پایان درگیری.^(۲۳) کنوانسیون‌های ۱۸۹۹ و ۱۹۰۷ لاهه در کنار اعضای نیروهای مسلح، شبه نظامیان را نیز تحت شرایط زیر رزمنده قانونی تلقی کرده است:

۱. فرد تحت فرمان یک فرمانده مسئول باشد؛
۲. نشانه ثابتی برای متمایز کردن خود از غیرنظامیان داشته باشد؛

۳. اسلحه‌اش را آشکارا حمل کند؛

۴. قوانین و عرف‌های جنگ را رعایت کند.^(۲۴)

نکته اساسی آن است که قصد رزمنده گمراه کردن دشمن نباشد؛ یک رزمنده قانونی باید از ایجاد برداشت و تصور اشتباه (False impression) خودداری کند.^(۲۵) در زمان تدوین کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو در سال ۱۹۴۹، همان شروط مندرج در کنوانسیون‌های لاهه برای نیروهای شبه نظامی، چریک‌ها و جنبش‌های مقاومت تکرار شد، اما دو شرط هم در شاپوی قسمت دوم بند الف ماده ۴ کنوانسیون سوم گنجانده شد: سازمان‌یافتگی گروهی که این نیروها عضویت آن را دارند، و متعلق بودنشان به یک طرف درگیری.^(۲۶)

برخی معتقدند که از شش شرط فوق‌الذکر، سه شرط سازمان‌یافتگی گروه، تعلق به یک طرف درگیری، و تحت امر فرماندهی مسئول بودن، در مورد کل گروه باید صدق کند، و سه شرط دیگر هم مورد کل گروه و هم در مورد تک تک اعضا. به عبارت دیگر اگر اکثریت گروه یکی از شروط دسته دوم را به‌طور مستمر رعایت کنند، عضوی که این شروط را نقض کرده، باز هم رزمنده قانونی محسوب می‌شود. برعکس، اگر اکثریت گروه این شروط را رعایت نکنند، در مورد عضوی که شروط مذکور را رعایت کرده، حمایت‌های کنوانسیون اعمال می‌شود. اما فرمانده فزیک معتقد است در این مورد، تک تک اعضا نیز شرایط برخورداری از حمایت‌های برخاسته از وضعیت رزمنده قانونی و اسیر جنگی را از دست می‌دهند.^(۲۷) باید اذعان داشت که اساس عملیات جنبش‌های مقاومت و چریک‌ها - همان‌طور که از نامشان هم این‌گونه در ذهن تداعی می‌شود - پنهان‌کاری است. به‌عنوان مثال، در سرزمینی که تحت اشغال است، بعید به نظر می‌رسد که این نیروها امکان حمل آشکار اسلحه یا استفاده از نشانه‌ای متمایزکننده و قابل تشخیص از دور را داشته باشند، زیرا این طرز عمل برایشان مثل خودکشی خواهد بود. از طرف دیگر، مطالعه‌ای دقیق از مواد ۴، ۵، و ۸۵ کنوانسیون سوم ما را به این نتیجه نزدیک می‌کند که حتی نقض قوانین و عرف‌های جنگ به‌طور مکرر و مداوم

هم مانع از برخورداری فرد از حمایت‌های برخاسته از وضعیت اسیر جنگی نخواهد شد.^(۳۸) شاید به دلیل همین واقعیات است که در پروتکل اول الحاقی شرایط آستانه برای اطلاق وضعیت رزمنده قانونی و اسیر جنگی و حمایت‌های ناشی از آن کمتر شده است.^(۳۹)

در ماده ۴۴ پروتکل یکم الحاقی، تنها موردی که مانع از اطلاق وضعیت اسیر جنگی است، عدم اجرای تعهد مربوط به حمل آشکار اسلحه تحت ضوابط جمله دوم بند سوم این ماده است؛ با این حال در پروتکل با لحنی آمرانه قید شده که در همه زمینه‌ها چنین فردی باید از همان حمایت‌های اسیر جنگی در کنوانسیون سوم و پروتکل اول برخوردار شود.^(۴۰) متأسفانه نمی‌توان گفت که این ماده از موقعیت عرفی برخوردار است. بنابراین در مواردی نظیر آنچه در افغانستان اتفاق افتاد، فقط کنوانسیون‌های ژنو قابل اعمال است، زیرا ایالات متحده هنوز به پروتکل یکم الحاقی نپیوسته است.

۳-۱. رزمنده غیرقانونی کیست؟

رزمنده غیرقانونی یا بدون مصونیت، کسی است که مجوز مشارکت مستقیم و فعالانه در درگیری‌ها را ندارد و بنابراین از حقوق و مصونیت‌های برخاسته از وضعیت رزمنده قانونی و به تبع آن اسیر جنگی، محروم می‌باشد. این افراد شامل نیروهای نامنظم و جنگجویان نیمه‌وقت، از جمله چریک‌ها، پارتیزان‌ها و اعضای نیروهای مقاومت، که شرایط مذکور برای رزمنده قانونی را ندارند یا رعایت نمی‌کنند، می‌شود. اعضای غیرنظامی نیروهای مسلح که در درگیری‌ها فعالانه مشارکت می‌کنند نیز مشمول این عنوان خواهند بود.^(۴۱) به‌طور خلاصه، رزمنده غیرقانونی کسی است که:

۱. مجوز شرکت در مخاصمات را ندارد، با این حال مستقیماً و یا فعالانه در مخاصمات شرکت می‌کند؛

۲. مصونیت ناظر بر وضعیت غیرنظامی از حمله مستقیم را از دست می‌دهد؛

۳. از آنجا که شرایط کنوانسیون سوم و پروتکل اول الحاقی را رعایت نکرده، مصونیت‌ها و حقوق اسیر جنگی به او اطلاق نمی‌شود، از جمله به‌خاطر اعمال خصمانه‌ای که نقض حقوق بشردوستانه نیست، هم می‌توان او را محاکمه کرد.^(۳۲)

لازم به ذکر است که در حقوق درگیری‌های مسلحانه بین‌المللی از همان ابتدا دسته‌ای از افراد تحت عنوان مقاومت خودجوش یا «Levee en Masse» قرار گرفتند که اگرچه شرایط ۶گانه مربوط به رزمندۀ قانونی را رعایت نکرده باشند، لکن تحت عنوان رزمندۀ قانونی و در صورت اسارت، اسیر جنگی قرار می‌گیرند، زیرا این افراد فرصت کافی برای سازماندهی خود تحت شرایط ماده ۴ کنوانسیون سوم، ماده یک کنوانسیون‌های لاهه و ماده ۴۳ و ۴۴ پروتکل اول الحاقی را نداشته‌اند.^(۳۳)

اگرچه غیرقانونی بودن وضعیت رزمندگی این افراد لزوماً به معنای نقض قوانین و عرف‌های جنگ نیست، لکن آن سپری که حقوق بشردوستانه برای رزمندۀ قانونی فراهم می‌کند که مانع از محاکمه اعمال خصمانه اوست، در خصوص رزمندۀ غیرقانونی محو می‌شود. در خصوص جنگ افغانستان موضع رسمی دولت ایالات متحده بر این اساس بود که اگرچه کنوانسیون سوم در درگیری مذکور قابل اعمال است، لکن نه اعضای طالبان و نه اعضای القاعده رزمندۀ قانونی تلقی نمی‌شوند که در حین اسارت وضعیت اسیر جنگی را داشته باشند. عمده دلیلی که عنوان می‌شد این بود که نخست اعضای طالبان خود را به‌طور مؤثری از جمعیت غیرنظامی تفکیک نمی‌کرده‌اند و عملیاتشان نیز مطابق با حقوق بشردوستانه هدایت نمی‌شد؛ دوم، اعضای القاعده اتباع دولت عضو کنوانسیون که در حال جنگ با ایالات متحده باشد، نبودند، بلکه عضو یک گروه تروریستی بودند که به کنوانسیون نپیوسته بود. بنابراین، هیچ‌یک از این افراد اسیر جنگی تلقی نمی‌شدند.^(۳۴) در مقابل این مسأله عنوان می‌شود که نه تنها طالبان سلاح خود را آشکارا حمل می‌کردند، بلکه از عمامه‌ها و دستارهای سیاه‌رنگی استفاده می‌نمودند که از دستمال‌ها و سربندهای سفید و متمایز اعضای اتحاد شمال متفاوت بود.^(۳۵) به‌علاوه نیروی مسلح طالبان، نیروی مسلح حکومتی بود که کنترل دوفاکتوی

۹۰٪ سرزمین افغانستان را در دست داشت، در حالیکه شروط مذکور در کنوانسیون‌های لاهه و ژنو شروطی است که برای نیروهای نامنظم در نظر گرفته شده است. با لحاظ کردن منطق حمایتی کنوانسیون‌های ژنو، به نظر می‌رسد که بررسی رعایت شروط مذکور از سوی نیروی طالبان برای اطلاق وضعیت اسیر جنگی مطابق با روح و هدف کنوانسیون باشد.^(۳۶) در خصوص اعضای القاعده ذکر یک نکته ضروری است و آن اینکه این افراد از سوی یک دولت طرف درگیر (طالبان) و در یک درگیری که خصلت بین‌المللی داشته، می‌جنگیده‌اند. برخی از آنها همزمان و علناً عضو نیروی مسلح طالبان هم بوده‌اند و بقیه به‌طور مستقل در گروه‌هایی در کنار طالبان در درگیری شرکت داشته‌اند.

برخلاف وضعیت غیرنظامی، در مورد رزمنده نامنظم نه ضابطه تابعیت در کنوانسیون سوم و پروتکل اول ذکر شده و نه ضابطه اعلام وفاداری^(۳۷) و به‌خاطر داشته باشیم که حقوق بشردوستانه درصدد حمایت براساس واقعیت‌ها و روابط عینی است. در وضعیت درگیری در افغانستان، آنچه اهمیت دارد این مسأله است که پیروزی طالبان برای نیروهای القاعده از اهمیتی حیاتی برخوردار بوده، بنابراین نیروهای القاعده در کنار طالبان و در راستای حمایت از آن در درگیری شرکت داشته‌اند. همین دلیل کافی است که ما آنها را نیرویی نامنظم متعلق به یک طرف درگیر بدانیم که البته در عرصه جنگ در افغانستان ضابطه استفاده از یک نشانه ثابت برای متمایز کردن خود از غیرنظامیان را رعایت نمی‌کردند. با این حال، ما می‌توانیم از این واقعیت چشم‌پوشیم که در بسیاری از درگیری‌هایی که در سرزمین‌های اشغال‌شده یا اشغال‌نشده در زمان جنگ‌های بین‌المللی رخ داده، نیروهای مقاومت مثلاً در فرانسه، الجزایر، یا اراضی اشغالی فلسطین از ۱۹۶۷ به بعد، خود را غیرنظامیان متمایز نکرده‌اند یا سلاح خود را آشکارا حمل نموده‌اند؟

اگرچه از سال ۲۰۰۱ تاکنون تلاش‌های زیادی در سطح بین‌المللی صورت گرفت تا آستانه اعمال وضعیت رزمنده قانونی و اسیر جنگی پایین بیاید و حمایت‌های حقوق

بشردوستانه در این مورد در وسیع‌ترین حد ممکن قرار اعمال شود، لکن در سپتامبر ۲۰۰۶، کنگره ایالات متحده قانونی به تصویب رساند که آستانه مذکور را بسیار بالا می‌برد و به نوعی اعلام جنگ با حقوق بشردوستانه شبیه است. در قانون مذکور، زبان کنوانسیون‌های ژنو برگزیده شده، لکن به صورت انتخابی عبارات و مواردی از آن حذف شده است. به‌عنوان مثال، افرادی که در جنبش خودجوش شرکت می‌کنند از دامنه تعریف رزمنده قانونی حذف شده‌اند؛ عبارت «یا یک مقام» (Or an authority) در بند سوم ماده ۴، حذف گشته است؛ هر کسی که در مخاصماتی علیه ایالات متحده و هم‌پیمانانش درگیر است و عمداً و عملاً به مخاصمه مذکور کمک می‌کند - از جمله «همه» اعضای القاعده و طالبان - و رزمنده قانونی دشمن محسوب نمی‌شود، رزمنده بیگانه دشمن تلقی شده است.^(۳۸) به نظر می‌رسد نوعی دور باطل در این قانون برقرار است: هر کسی رزمنده قانونی محسوب نشود و اعمال خصمانه‌ای علیه ایالات متحده و متحدانش در یک درگیری مرتکب شود، رزمنده غیرقانونی تلقی می‌شود؛ اما ایالات متحده تعریف کنوانسیون سوم را از رزمنده قانونی نپذیرفته است، به‌خصوص که در محاکمه رزمنده دشمن در کمیسیون‌های مورد نظر کنوانسیون‌های چهارگانه قابلیت مورد استناد قرار گرفتن به‌عنوان منبع حقوق را از دست داده است.^(۳۹) از آنجا که کنوانسیون‌های ژنو در سطحی وسیع پذیرفته و مورد تصویب دولت‌ها - از جمله ایالات متحده - قرار گرفته است، و اکنون جزو حقوق بین‌الملل عرفی تلقی می‌شود، محتمل است که تصویب چنین قانونی در ایالات متحده حتی منجر به مسئولیت بین‌المللی برای دولت ایالات متحده شود.^(۴۰) در هر حال این قانون تأثیری در تعهدات ناشی از کنوانسیون‌های ژنو ندارد، زیرا تعهدات مذکور از نوع تعهدات مربوط به حمایت از انسان است و توسل به رویه مخالف قادر به ایجاد عرف مغایر با این تعهدات نمی‌باشد. از جمله این تعهدات، آن است که در صورت وجود تردید در مورد وضعیت یک رزمنده، تنها نهادی که می‌تواند قانونی بودن یا نبودن این وضعیت را تعیین کند، یک محکمه صالح است، و قوه مجریه نمی‌تواند در تشخیص این امر خودسرانه عمل کند.

۴-۱. چه مرجعی صلاحیت تشخیص قانونی بودن وضعیت یک رزمنده را دارد؟

پاراگراف دوم ماده ۵ کنوانسیون سوم ژنو، وضعیتی را پیش‌بینی می‌کند که در مورد وضعیت یک رزمنده تردیدهایی وجود داشته باشد. این ماده مقرر کرده که در چنین شرایطی محکمه‌ای صالح (Competent tribunal) باید در مورد وضعیت این رزمنده بررسی‌های لازم را به عمل آورده تصمیم بگیرد.^(۴۱) همین مقررات با جملاتی مشابه در بند ۱ ماده ۴۵ پروتکل اول الحاقی به کنوانسیون‌های ژنو نیز تکرار شده است.^(۴۲)

به‌رغم وجود مقررات واضح و صریح کنوانسیون سوم و پروتکل یکم، دولت پرزیدنت بوش در جریان جنگ در افغانستان موضع دیگری اختیار کرد. در نوامبر ۲۰۰۱، پرزیدنت بوش اعلام وضعیت اضطراری کرد و در حکم مربوطه مقرر داشت که با بیگانگان دشمن (enemy aliens) رفتاری انسانی و غیر تبعیض‌آمیز خواهد شد.^(۴۳) در مرحله بعد دولت ایالات متحده اعلام کرد که حق دارد افرادی را زندانی کند، فقط براین اساس که قوه مجریه آنها را تحت عنوان رزمنده دشمن شناسایی کرده است و قوه قضائیه باید از دخالت در این امر خودداری کرده در برابر عملکرد دولت سر تسلیم فرود آورد.^(۴۴) پس از تشکیل کمیسیون‌های نظامی برای محاکمه این افراد از سوی رئیس‌جمهور و صدور آراء دیوان عالی کشور مبنی بر غیرقانونی بودن کمیسیون‌های نظامی،^(۴۵) قوه مجریه در صدد برآمد قانونی را در کنگره به تصویب برساند که به تشکیل این کمیسیون‌ها جنبه قانونی داده و اختیارات لازم را برای تشکیل آن به رئیس‌جمهور اعطا کند. قانون پیشنهادی در ۲۲ سپتامبر ۲۰۰۶ تصویب شد و در ۱۷ اکتبر به امضای رئیس‌جمهور رسید.^(۴۶) رئیس‌جمهور در مشروعیت توسل به این کمیسیون‌ها اظهار داشته که: «کمیسیون‌های نظامی از پرزیدنت جورج واشنگتن گرفته تا فرانکلین روزولت برای محاکمه جنایتکاران جنگی مورد استفاده قرار گرفته، زیرا قواعد حاکم بر محاکمه رزمندگان دشمن در زمان درگیری باید متفاوت از قواعد محاکمه جنایتکاران معمولی یا اعضای نیروی نظامی خود ما باشد.»^(۴۷)

با این همه، مطالعه کارهای مقدماتی کنوانسیون‌های ژنو^(۴۸)، مواضع مراجع

بین‌المللی^(۴۹) و حتی خود سناتورهای کنگره ایالات متحده^(۵۰)، نشان‌دهنده آن است که کمیسیون‌های نظامی که مظهر اراده قوه مجریه‌اند، نه یک محکمه صالح (به آنگونه که مدنظر ماده پنج کنوانسیون سوم و ماده ۴۵ پروتکل اول می‌باشد) جامع آن تضمینات قضایی که در یک محکمه صالح اعمال می‌شود و از بخش سوم کنوانسیون سوم ژنو و ماده ۳ مشترک (Common Article 3) قابل استنتاج است، نیستند و بنابراین مشروعیت لازم را ندارند. ساختارها و رویه‌های این کمیسیون‌ها طبق گفته خود دیوان عالی ایالات متحده، ناقض مقررات و ضوابط کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو نیز هست. این دیوان اضافه می‌کند که قوه مجریه در زمان محاکمه چنین افرادی باید به حاکمیت قانون احترام بگذارد.^(۵۱) به عبارت دیگر این قوه مجریه است که در برابر صلاحیت محاکم باید سر فرود آورد. حتی در قضیه «Ex Parte Quirin»^(۵۲) دادگاه ایالات متحده اظهار داشت که توسط به کمیسیون‌های نظامی تا جایی مجاز است که مطابق با حقوق جنگ باشد، و این در حالی است که رأی مذکور هفت سال قبل از تصویب کنوانسیون‌های ژنو صادر شده و بنابراین محاکمه توسط این کمیسیون‌ها دیگر مطابق با استانداردهای عرفی و معاهده‌ای حقوق بشردوستانه بین‌المللی تلقی نمی‌شود. خلاصه آن که مرجع صاحب صلاحیت برای تشخیص قانونی بودن یا نبودن وضعیت یک رزمنده یک «محکمه صالح» است که تضمینات ماده ۳ مشترک، بخش سوم کنوانسیون سوم ژنو و ماده ۷۵ پروتکل اول در آن رعایت شود. در بخش بعد، بررسی دقیق‌تری در مورد مشخصات محاکمه عادلانه و تضمینات قضایی قابل اعمال به عمل می‌آوریم.

بخش دوم: رزمنده غیرقانونی از چه حقوقی برخوردار است؟

در همان گام نخستین تدوین مقررات حقوق جنگ، یک اصل بنیادین و مهم از سوی دولت‌ها مورد تأیید و تصدیق قرار گرفت که تا به امروز نیز اعتبار خود را حفظ کرده و بلکه روزبه‌روز بر اعتبار آن افزوده شده است. این اصل تحت عنوان «بند مارتنز» در کنوانسیون‌های لاهه گنجانده شد و در اسناد بعدی نیز جایگاه خود را حفظ کرد. طبق

این بند، هر شخص انسان که در بستر یک درگیری از حمایت معاهدات و توافقات بین‌المللی بی‌بهره می‌ماند، همچنان تحت حمایت اصول حقوق ملل -برخاسته از عرف‌های تثبیت‌شده میان مردمان متمدن، قوانین انسانیت و اوامر وجدان عمومی - باقی خواهد ماند.^(۵۳) بدین ترتیب، افرادی که تحت عنوان رزمنده غیرقانونی طبقه‌بندی می‌شوند، در مرحله اول تحت پوشش حمایتی بند مارتنز قرار می‌گیرند، اگرچه خواهیم دید که کنوانسیون‌های سوم و چهارم ژنو و پروتکل اول الحاقی نیز چتر حمایتی خود را از این افراد دریغ ننموده است.^(۵۴)

در مقطع زمانی کنونی، تردیدی در خصوص تعهد طرف‌های درگیر به رفتاری انسانی با سلاح به زمین گذاشته‌ها (hors de combat) وجود ندارد. همانطور که دیدبان حقوق بشر متذکر شده، «اصل رفتار انسانی بدون هیچ قید و شرطی، از جمله ضرورت نظامی [...]، در مورد همه زندانیان [درگیری‌های مسلحانه] بدون توجه به وضعیتشان اعمال می‌شود.»^(۵۵) حتی خود مقامات ایالات متحده از همان ابتدای درگیری در افغانستان (فوریه ۲۰۰۲) و مطرح شدن مسأله اسراء، به این نکته اشاره کردند که اگرچه اعضای طالبان و القاعده را اسیر جنگی تلقی نمی‌کند، «معهدا با همه پرسنل به اسارت گرفته شده طالبان و القاعده رفتاری انسانی مطابق اصول کلی کنوانسیون [سوم] خواهد شد.»^(۵۶) این اصل رفتار انسانی شامل ممنوعیت تبعیض نیز می‌شود که هم در ماده ۲ میثاق حقوق مدنی و سیاسی (که ایالات متحده در ژوئن ۱۹۹۲ آن را تصویب کرده)، و هم در ماده ۳ مشترک، و ماده یک کنوانسیون محو همه اشکال تبعیض نژادی آمده است و به‌عنوان یکی از اصول کلی حقوق بین‌المللی معاصر پذیرفته شده است.^(۵۷)

در کنار اصول کلی ناظر بر وضعیت کسانی که در عرصه نبرد به اسارت درآمده ولی مشمول تعریف اسیر جنگی نمی‌شوند، حقوق بشر و حقوق بشردوستانه نیز این افراد را از دایره حمایت‌های خود کنار نمی‌گذارد. در مقدمه قطعنامه ۱۳۷۳ شورای امنیت، که موضوع آن اتخاذ همه ابزارهای لازم برای مبارزه با تروریسم بود، این نکته قید شد که مبارزه با تروریسم باید مطابق با منشور ملل متحد پیش برود.^(۵۸) در قطعنامه

۵۷/۲۱۹ مجمع عمومی و قطعنامه ۱۴۵۶ شورای امنیت نیز از دولت‌ها خواسته شده که تضمین کنند ابزارهای اتخاذی علیه تروریسم با سایر تعهداتشان براساس حقوق بین‌الملل، به خصوص حقوق بین‌المللی حقوق بشر و حقوق بشردوستانه و حقوق پناهندگان مطابقت داشته باشد.^(۵۹) دبیر کل، کمیسر عالی حقوق بشر و کمیسیون حقوق بشر (شورای حقوق بشر کنونی) نیز از همهٔ مکانیسم‌ها و رویه‌های حقوق بشری ملل متحد خواسته‌اند که در بستر اقدامات اتخاذی علیه تروریسم «مسألهٔ حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی را بررسی کنند».^(۶۰) همانطور که مشاهده می‌شود، تلاش نظام ملل متحد بر تبیین این امر بديهی قرار گرفته که اعمال آن دسته از قواعد حقوق بین‌الملل که هدف اساسی‌اش حمایت از انسان است، تحت هیچ شرایطی متوقف یا معلق نشده یا محدود نمی‌گردد.

۱-۲. حقوق بنیادین بشر

تا مدت‌ها بعد از تصویب دو پیمان‌نامه بین‌المللی حقوق بشر به نظر می‌رسید که حقوق بین‌المللی حقوق بشر مختص زمان صلح است و در زمان درگیری مسلحانه، فقط حقوق بشردوستانه قابل اعمال می‌باشد. گزارشات دبیر کل سازمان ملل به دنبال صدور اعلامیه کنفرانس بین‌المللی حقوق بشر در تهران، و سپس قطعنامه‌های شورای امنیت در این زمینه راهگشای اعمال قواعد حقوق بشری در جریان درگیری‌های مسلحانه بود.^(۶۱) به‌ویژه در زمانی که مخاصمات به طول می‌انجامد و یا اشغال یک کشور یا یک سرزمین برای مدتی نامعلوم ادامه می‌یابد،^(۶۲) اهمیت حمایت مؤثر از حقوق بنیادین افراد، به خصوص زندانیان، نمایان می‌گردد، زیرا در این موارد، مکانیسم‌های نظارتی حقوق بشر - و نه حقوق بشردوستانه - است که می‌تواند حمایت مؤثرتر و جامع‌تری از قربانیان به‌عمل آورد. کمیته حقوق بشر سازمان ملل بر این نکته تأکید داشته که در درگیری‌های مسلحانه نیز قواعد میثاق قابل اعمال است، با این تفاوت که در خصوص برخی حقوق مندرج در آن، قواعد خاص‌تر حقوق بشردوستانه این حقوق را تفسیر می‌کند. به عبارت

دیگر، این دو مجموعه، حقوقی تکمیلی است، نه کاملاً جدا از هم.^(۶۳)

قابلیت اعمال قواعد حقوق بشری در جریان درگیری‌های مسلحانه به تأیید دیوان بین‌المللی دادگستری نیز رسیده است.^(۶۴) بنابراین در جریان درگیری‌های مسلحانه، حقوق اساسی افراد نه تنها از طریق مکانیسم‌های حقوق بشر دوستانه، بلکه از طریق و مجرای حقوق بین‌الملل حقوق بشر نیز حفظ می‌گردد و هرجا به نظر رسید حمایت‌های حقوق بشر دوستانه کافی نیست، چنین افرادی «حداقل از حمایت‌های غیرقابل تعلیق حقوق بشر برخوردار خواهند بود.»^(۶۵) از جمله مواردی که در خصوص رویه دولت ایالات متحده در مورد کسانی که در صحنه نبرد افغانستان یا عراق به اسارت گرفته شده و در گوانتانامو، عراق یا افغانستان نگهداری می‌شدند، مطرح شد، این بود که دولت ایالات متحده نه تنها با اعمال حقوق بشر در جریان درگیری‌ها مخالفت می‌کرد، بلکه به این نکته هم اشاره داشت که زندانیان گوانتانامو، افغانستان یا عراق، اگرچه تحت صلاحیت ایالات متحده، ولی خارج از حوزه سرزمینی‌اش نگهداری می‌شوند و بنابراین، قواعد حقوق بشر، از جمله میثاق حقوق مدنی و سیاسی در مورد آنها اعمال نمی‌شود.^(۶۶)

کمیته حقوق بشر می‌گوید چنین استدلالی مغایر با رویه خود کمیته و تفاسیر آن می‌باشد.^(۶۷) ماده ۲ پیمان‌نامه می‌گوید دول عضو باید پیمان‌نامه مذکور را در مورد همه کسانی که در سرزمینشان، و، تحت صلاحیتشان قرار دارند، اجرا کنند.^(۶۸) کمیته حقوق بشر در تفسیر این ماده می‌گوید هرکسی که تحت اختیار یا کنترل مؤثر دولت قرار دارد - حتی اگر در سرزمین آن دولت عضو هم واقع نشده باشد - باید مشمول قواعد و حقوق مندرج در پیمان‌نامه بشود.^(۶۹) همانطور که دیوان بین‌المللی دادگستری نیز اظهار داشته، قواعد حقوق بشری در خصوص اقداماتی که یک دولت در اعمال صلاحیت خود در خارج از سرزمینش به عمل آورده نیز اطلاق می‌شود.^(۷۰) رویه کمیسیون حقوق بشر آمریکایی نیز صلاحیت دولت را نه براساس تابعیت فرد قربانی یا عامل، یا حضور یک یا هر دوی آنها در یک حوزه جغرافیایی خاص، بلکه بر مبنای «اعمال واقعی اقتدار

و کنترل» در مورد قربانی بررسی کرده است.^(۳۱) در قضیه «Goard»، کمیسیون آمریکایی این امر را روشن کرد که در برخی موارد قواعد بنیادین اعلامیه آمریکایی حقوق بشر بررسی دقیقی از عملکرد فراسرزمینی یک دولت را ایجاب می‌کند.^(۳۲) در قضیه «Saldias de Lopez» نیز کمیته حقوق بشر، اروگوئه را برای رفتار کارگزارانش در خارج از خاک اروگوئه و در خاک بیگانه مسئول تلقی کرد.^(۳۳) بنابراین، الزامات حقوق بشری نه در زمان جنگ، و نه خارج از مرزهای جغرافیایی قابلیت اعمالش را از دست نخواهد داد، زیرا «حقوق یک فرد فقط در انسانیتش نهفته است و انسانیت او چنین حقوقی را ذاتی او می‌کند.»^(۳۴) در نتیجه افرادی که تحت عنوان رزمنده غیرقانونی قرار می‌گیرند، از حمایت‌های کنوانسیون‌های حقوق بشری و میثاقین در صورت لازم‌الرعايه بودن- و نیز حقوق بشر عرفی برخوردار می‌شوند. تعلیق مواد پیمان‌نامه حقوق مدنی و سیاسی نیز براساس ماده ۴، با توجه به شرایطی که در این ماده آمده و تحولات مربوط به آن صورت می‌گیرد،^(۳۵) ولی در هر حال هسته‌ای از حقوق بنیادین وجود دارد که تحت هیچ شرایطی قابل تعلیق نیست و از جمله شامل حق حیات، برخورداری از رفتار انسانی، ممنوعیت شکنجه و محاکمه عادلانه می‌شود.^(۳۶)

۲-۲. حقوق بشردوستانه بین‌المللی

همانطور که قبلاً هم اشاره شد، حقوق خاص درگیری‌های مسلحانه (Lex Specialis)، یا حقوق بشردوستانه بین‌المللی قواعدی است که برای وضعیت‌های درگیری و مخاصمه تدوین و اعمال می‌شود. در حقوق بشردوستانه، وضعیت رزمنده قانونی قبل و بعد از به زمین گذاشتن سلاح و تسلیم شدن، مشخص است:

- حق دارد رزمنده دشمن یا سایر اهداف نظامی را هدف قرار دهد؛
- خود او نیز قبل از به زمین گذاشتن سلاح هدف مشروع تلقی می‌شود؛
- به محض اینکه سلاح خود را به زمین گذاشت دیگر نمی‌توان او را هدف حمله

قرار داد؛

- در طول مدت اسارت باید از رفتاری انسانی و حداقل‌های لازم برای زندگی در بازداشتگاه‌ها برخوردار شود؛

- از اسیر جنگی نمی‌توان بازجویی کرد؛

- به محض پایان درگیری باید او را به وطنش بازگرداند.

کدام‌یک از موارد فوق در مورد رزمنده غیرقانونی نیز قابل اعمال است؟ مسلماً آنچه یک طرف درگیر را وامی‌دارد که رزمنده غیرقانونی را از برخی حقوق و مزایای رزمنده قانونی محروم کند دلایل امنیتی است. قرائت ماده ۵ کنوانسیون چهارم ژنو و ماده ۴۵ پروتکل یکم ما را در این خصوص مطمئن می‌کند. بنابراین یک طرف درگیری تا آنجا حق دارد رزمنده غیرقانونی را از حقوق رزمنده قانونی محروم کند که امنیتش «هیچ دسته‌ای از زندانیان را بدون حمایت رها نکرده است.»^(۷۷) این امر شامل وضعیت‌های درگیری مرتبط با اقدامات تروریستی یا ضد تروریستی نیز می‌شود.

کمیسیون حقوق بشر آمریکایی در گزارش خود در مورد تروریسم مواردی را در نظر می‌گیرد که اقدامات تروریستی یا ضدتروریستی با یک درگیری مسلحانه مرتبط باشد. در آن صورت، طبق نظر کمیسیون، «خشونت تروریستی ارتكابی نیز تحت نظام حقوق بشردوستانه بین‌المللی قرار می‌گیرد.» کمیسیون اضافه می‌کند که اطلاق قواعد حقوق بشردوستانه بین‌المللی فقط براساس ماهیت بین‌المللی یا غیربین‌المللی درگیری متفاوت خواهد بود.^(۷۸) با این وضعیت باید دید در نظام حقوق بشردوستانه، رزمنده غیرقانونی چه حمایت‌هایی دریافت می‌کند؛ در صورت اسارت چنین فردی اسیر جنگی تلقی می‌شود یا غیرنظامی؟ آیا می‌توان وضعیتی را متصور بود که فردی نه اسیر جنگی تلقی شود و نه غیرنظامی؟ در مواردی که احتمالاً قابلیت اعمال نظام کنوانسیون‌های ژنو با تردیدهایی روبروست، حقوق بشردوستانه عرفی چه حمایت‌هایی به عمل می‌آورد؟

۱-۲-۲. اعمال مقررات کنوانسیون سوم ژنو در مورد رزمنده غیرقانونی

به محض اینکه یک فرد در جریان یک درگیری مسلحانه بین‌المللی به دست نیروهای

دشمن افتاد، بلافاصله نظام حمایتی کنوانسیون ژنو در مورد اسرای جنگ یا کنوانسیون سوم در خصوص او به مرحله اجرا درمی‌آید. به عبارت دیگر، اصل بر اعمال کنوانسیون سوم است و برای اثبات نقض آن باید طبق رویه‌های مقرر، بررسی‌های لازم به عمل آمده و در یک مرجع قضایی تصمیم گرفته شود. پاراگراف دوم ماده ۵ کنوانسیون سوم می‌گوید از ابتدای اسارت تا زمانی که یک «محکمه صالح» به این امر رسیدگی کند، فردی که در مورد وضعیت او تردید وجود دارد، تحت پوشش کنوانسیون سوم باقی می‌ماند.^(۷۹) بند یک ماده ۴۵ پروتکل یکم الحاقی نیز دقیقاً همین موضع را اتخاذ می‌کند: اعمال کنوانسیون سوم و مقررات مربوطه پروتکل اول تا زمان صدور رأی یک «محکمه صالح».^(۸۰) از زمان تصویب کنوانسیون سوم ژنو در سال ۱۹۵۵ از سوی ایالات متحده، معنای این عبارات زیر سؤال نرفته است. تفسیر دستورالعمل نظامی ایالات متحده برای جنگ‌های زمینی از ماده ۵ کنوانسیون سوم می‌گوید: «مقررات مذکور در مورد هر کسی که به نظر محق به برخورداری از وضعیت اسیر جنگی نیست و عمل خصمانه‌ای انجام داد یا در اعمال خصومت‌بار به نیروهای مسلح [یک کشور علیه نیروهای ایالات متحده] کمک کرده، و کسی که اعلام کرده محق به رفتاری است که با اسیران جنگی می‌شود، یا کسی که به هر صورت در مورد وضعیت او به طریق مشابهی تردیدهایی وجود دارد، اعمال می‌شود».^(۸۱)

اگر «محکمه صالح» حکمی صادر کند مبنی بر اینکه فرد مورد نظر رزمنده قانونی نیست، در آن صورت آیا کنوانسیون سوم ژنو و حمایت‌های برخاسته از آن همچنان در مورد او اعمال می‌شود؟ حقوقدانانی نظیر جنکیس، گلدمن و تیمور، معتقدند که چنین فردی تحت حمایت کنوانسیون سوم ژنو و مواد مرتبط پروتکل اول الحاقی (در مورد حمایت از اسیر جنگی) باقی می‌ماند.^(۸۲) کارهای مقدماتی کنوانسیون‌های ژنو و متن این کنوانسیون‌ها مؤید این نتیجه‌گیری است که حقوق ژنو از رزمنده غیرقانونی حمایت می‌کند و این حمایت بسیار شبیه و نزدیک به حمایت‌های اسیر جنگی است.^(۸۳) مواد ۸ تا ۱۱، ۱۳، ۴۹ تا ۵۷، ۹۹ تا ۱۰۸ و ۱۲۹ تا ۱۳۱ در مورد ارتباط با نهاد یا دولت حامی،

نظارت مستمر، رفتار انسانی و ممنوعیت اقدامات تلافی‌جویانه، ممنوعیت بردگی و کار بدون مزد، حقوق دادرسی منصفانه، آزادی و بازگشت به وطن در پایان مخصصات فعال، متوقف کردن سوء رفتار کارگزاران دولت بازداشت‌کننده و در صورت لزوم تحقیق، محاکمه و مجازات کسانی که در مورد اسرا مرتکب نقض فاحش شده‌اند، از جمله مواردی است که در خصوص رزمنده غیرقانونی که به اسارت درآمده، لازم‌الاجرا است. زیرا این موارد، یا از جمله قواعدی است که در حقوق بشردوستانه برای همه زندانیان عرصه نبرد لازم‌الاجرا است، یا از آن مواردی که در کنوانسیون چهارم ژنو در خصوص حمایت از غیرنظامیان، و در حقوق بین‌المللی حقوق بشر، برای همه افراد جزو حقوق غیرقابل تعلیق شناسایی شده است.^(۸۴)

۲-۲-۲. اعمال مقررات کنوانسیون چهارم در مورد رزمنده غیرقانونی

طبق تفسیر کمیته بین‌المللی صلیب سرخ در مورد کنوانسیون چهارم ژنو، «هر فردی که به دست دشمن می‌افتد، باید در چارچوب حقوق بین‌الملل از وضعیتی برخوردار باشد: یا اسیر جنگی باشد که بدین ترتیب تحت پوشش کنوانسیون سوم ژنو قرار می‌گیرد؛ یا غیرنظامی باشد که تحت پوشش کنوانسیون چهارم ژنو است، یا پرسنل پزشکی نیروهای مسلح که تحت پوشش کنوانسیون اول قرار می‌گیرد. هیچ وضعیتی بینابینی وجود ندارد؛ هیچ فردی که به دست دشمن می‌افتد نمی‌تواند خارج از حوزه حقوق باشد.»^(۸۵) تعریف ماده ۴ کنوانسیون چهارم، تعریف جامعی است و کنوانسیون در مورد ارائه این تعریف با قاطعیت عمل کرده است: «هر کس به دست یک طرف درگیری می‌افتد که تبعه‌اش نیست، شخص تحت حمایت (Protected Person) محسوب می‌شود.»^(۸۶) صرف مشارکت غیرقانونی در درگیری به معنای محرومیت از حقوق نیست. تاریخچه تدوین کنوانسیون چهارم نشان می‌دهد که تنظیم‌کنندگان متن بر این باور بوده‌اند که این کنوانسیون رزمندگان غیرقانونی را نیز پوشش می‌دهد.^(۸۷) تنها محدودیت‌های در نظر گرفته‌شده عبارت است از:

۱. فرد دستگیرشده تبعه دولت غیرعضو در کنوانسیون نباشد؛

۲. فرد دستگیر شده تبعه دولت بازداشت‌کننده نباشد؛

۳. فرد دستگیر شده تبعه دولت هم‌پیمان با دولت بازداشت‌کننده یا دولت بی‌طرفی

که روابط عادی دیپلماتیک با دولت بازداشت‌کننده دارد، نباشد.^(۸۸)

رویه قضایی دادگاه یوگسلاوی سابق، رویه خود دولت‌های ایالات متحده، بریتانیا و... و دکتترین حقوقی اعمال کنوانسیون چهارم ژنو در مورد رزمندگان غیرقانونی را تأیید می‌کند.^(۸۹) البته شرایط خاصی هم وجود دارد که به دولت بازداشت‌کننده اجازه می‌دهد برخی از مقررات کنوانسیون چهارم را اجرا نکند؛ تنها توجیه معقول و قابل قبول برای عدول از برخی مقررات کنوانسیون، ملاحظات امنیتی دولت بازداشت‌کننده است که در سرزمین‌های اشغالی بسیار محدودتر از سرزمین خود دولت بازداشت‌کننده عمل می‌کند.^(۹۰) در هر حال در سرزمین خود دولت بازداشت‌کننده نیز مواد ۲۷، ۳۷، ۷۱، ۷۶ و ۱۲۶ که مربوط به رفتار انسانی و محاکمه منصفانه و قانونی است، به‌عنوان حداقل حمایت‌های قابل اعمال، با توجیه الزامات امنیتی لغوشدنی نیست.^(۹۱) دیوان یوگسلاوی سابق در راستای اعمال کنوانسیون چهارم در مورد رزمندگان غیرقانونی می‌گوید: «اگر فردی تحت عنوان اسیر جنگی [طبقه‌بندی نشده و در نتیجه] محق به حمایت‌های کنوانسیون سوم ژنو نباشد،... ضرورتاً در حوزه اطلاق قواعد کنوانسیون چهارم ژنو قرار می‌گیرد، به شرط آنکه الزامات ماده ۴ آن کنوانسیون رعایت شده باشد.»^(۹۲) مطالعه ماده ۴۵ پروتکل اول (که به اجماع دولت‌ها آن را تصویب کردند)^(۹۳) نیز ما را به این نتیجه می‌رساند که ملاحظات امنیتی فقط در مقطع کوتاهی ممکن است قابلیت توجیه تخطی دولت مورد نظر را از برخی مواد کنوانسیون داشته باشد. همانطور که دیوان یوگسلاوی نیز اظهار داشته، شرط تحقق آستانه اعمال حمایت‌های کنوانسیون چهارم، شرط تابعیت است.

لازم به ذکر است که در مواردی از جمله وضعیت برخی اعضای القاعده که اتباع دولی هستند که با ایالات متحده روابط دیپلماتیک عادی دارند، یا اتباع خود ایالات متحده یا متحدان نظامی‌اش هستند - آستانه مذکور در ماده ۴ کنوانسیون چهارم متحقق

نمی‌شود. بند سوم ماده ۵ کنوانسیون چهارم مقرر می‌دارد که با چنین افرادی باید طبق اصول انسانیت رفتار شده و اگر محاکمه شدند، از حقوق مربوط به محاکمه منصفانه و قانونی طبق کنوانسیون چهارم محروم نشوند.^(۹۴) بند سوم ماده ۴۵ پروتکل یک الحاقی نیز چنین فردی را محق به برخورداری از حمایت‌های ماده ۷۵ پروتکل یک می‌داند.^(۹۵) به‌طور کلی، آن دسته از رزمندگان غیرقانونی که از رفتار مطلوب‌تری برخوردار نمی‌شوند، تحت پوشش اصول و مقررات کلی حقوق بشردوستانه عرفی، از جمله ماده ۳ مشترک و ماده ۷۵ پروتکل اول قرار گرفته از حمایت‌های ارائه‌شده بهره‌مند می‌شوند.

۳-۲-۲. اعمال حقوق بشردوستانه عرفی

در سال ۱۹۸۶، دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه نیکاراگوئه فرصتی پیدا کرد تا موقعیت ماده ۳ مشترک را در نظام حقوق بشردوستانه تبیین کند. دیوان ماده ۳ مشترک را «حداقل قواعد قابل اعمال در بستر درگیری‌های مسلحانه بین‌المللی و غیربین‌المللی» دانست.^(۹۶) رویه قضایی متعاقب محاکم بین‌المللی و داخلی این یافته دیوان را تأیید می‌کند.^(۹۷) دیوان عالی ایالات متحده در قضیه همدان ماده ۳ مشترک را قاعده‌ای می‌داند که در جنگ با یک گروه تروریستی قابل اعمال است و نتیجه می‌گیرد که مقررات این ماده در جنگی که در افغانستان بین ایالات متحده و یک گروه تروریستی (القاعده) جریان داشته، لازم‌الاجرا بوده است^(۹۸)، و این یک نقطه عطف به حساب می‌آید^(۹۹)، که کمیته حقوق بشر هم آن را تأیید کرده است.^(۱۰۰) حقوق‌دانانی که قبل از تصویب پروتکل یکم الحاقی در مورد حمایت از رزمندگان غیرقانونی در حقوق بشردوستانه اظهار نظر کرده‌اند، به این نکته اذعان داشته‌اند که حداقلی از ضمانت‌های بشردوستانه در مورد همه کسانی که تحت این عنوان طبقه‌بندی می‌شوند، قابل اعمال است که از ماده ۳ مشترک، بند سوم ماده ۵ کنوانسیون چهارم ژنو و بند مارتنز استخراج می‌شود.^(۱۰۱) پس از تصویب پروتکل اول الحاقی، اتفاق نظری پدیدار شد در این خصوص که ماده ۷۵ پروتکل اول بیان حقوق عرفی است. این ماده شامل مهم‌ترین و اساسی‌ترین حمایت‌ها و ضمانت‌ها از جمله ضمانت‌های قضایی است که ترویج و اشاعه حقوق بشردوستانه و

اصول بنیادین آن را تسهیل می‌کند. حتی ایالات متحده هم عرفی بودن مندرجات ماده ۷۵ پروتکل اول را پذیرفته است.^(۱۰۲)

بند سوم ماده ۴۵ پروتکل یکم مقرر می‌دارد در هر مورد که یک زندانی از رفتار مساعدتری طبق کنوانسیون چهارم برخوردار نشد و کنوانسیون سوم نیز در مورد او قابل اعمال نبود، فرد مذکور از حمایت‌های ماده ۷۵ برخوردار خواهد شد.^(۱۰۳) این وضعیت در مورد آن دسته از اعضای القاعده که تبعه ایالات متحده یا متحدین آن یا دول بی طرف بودند و در صحنه جنگ در افغانستان دستگیر شده بودند، مصداق پیدا می‌کند. حتی در اوضاعی که کنوانسیون چهارم قابل اعمال است، یا در شرایطی که به دلایل امنیتی دولت بازداشت‌کننده طبق ماده ۵ کنوانسیون چهارم اعمال برخی قواعد کنوانسیون را معلق کند، ماده ۷۵ پروتکل اول به حسب مورد حمایت‌های کنوانسیون ژنوا را تکمیل یا این تعلیق‌ها را به جز در مورد جاسوسان ختشی و بی‌اثر می‌سازد.^(۱۰۴)

۲-۳. ضمانت‌های قضایی در بستر درگیری‌های مسلحانه بین‌المللی

در جریان مخاصمات مسلحانه بین‌المللی، وضعیت‌های مختلفی هست که ممکن است منجر به حضور یک زندانی یا اسیر در محاکم دولت بازداشت‌کننده بشود: ممکن است فردی که در صحنه نبرد یا در ارتباط با آن، یا در سرزمین‌های اشغالی دستگیر شده، از حمایت‌های برخاسته از کنوانسیون سوم محروم شناخته شده و یک رزمنده غیرقانونی معرفی شود، در حالیکه خودش با دولت متبوعش یا طرفی که آن فرد به آن متعلق است، ادعا کنند که وی محق به وضعیت اسیر جنگی می‌باشد. در این صورت مشروعیت ادعای دولت بازداشت‌کننده باید در یک محکمه صالح بررسی شود؛ یا اینکه فردی که دستگیر شده، رزمنده قانونی تلقی شود، اما متهم به ارتکاب جنایات جنگی باشد و دولت بازداشت‌کننده تصمیم به محاکمه او بگیرد؛ و یا فرد بازداشت‌شده رزمنده غیرقانونی باشد و برای انجام اعمال خصمانه علیه دولت بازداشت‌کننده - که نقض حقوق بشردوستانه نیست - یا برای جنایات جنگی محاکمه شود. در هر سه مورد، فرد

در یک محکمه محاکمه می‌شود. مورد نخست تحت عنوان قرار احضار زندانی یا (habeas corpus) در حقوق بشر معرفی شده و ضمانت‌های مربوط به حفظ آزادی و امنیت فردی را مطرح می‌کند و در فروض دوم و سوم، مسأله دادرسی منصفانه و محاکمه عادلانه مطرح است که هریک را جداگانه مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۱-۳-۲. بررسی مشروعیت اقدام حکومت در جهت انکار وضعیت «اسیر جنگی»

یک اسیر جنگی در طول مدت اسارت از بازجویی و محاکمه برای اعمال خصمانه‌ای که حقوق بشردوستانه مجاز دانسته، مصون است و به محض پایان درگیری‌ها، دولت بازداشت‌کننده وظیفه دارد او را به وطنش بازگرداند. اما این مسأله در مورد افرادی که دولت بازداشت‌کننده شرکت آنها را درگیری مجاز تلقی نکرده و بنابراین آنها را اسیر جنگی نمی‌شناسد، متفاوت است. نخست اینکه دولت مذکور می‌تواند برای همان اعمال خصمانه مجاز این فرد را محاکمه کند، دوم، می‌تواند ادعا کند که بعد از پایان درگیری هم از آزاد کردن این فرد امتناع خواهد ورزید. براین اساس حقی که در حقوق بشر به آن قرار احضار زندانی می‌گویند و هدف آن حفظ آزادی و امنیت فردی است، در جریان درگیری‌ها و در خصوص رزمنده غیرقانونی دو کاربرد پیدا می‌کند: نخست در صورت انکار وضعیت اسیر جنگی برای فرد زندانی از سوی حکومت، یک محکمه صالح طبق بند ۱ و ۲ ماده ۴۵ پروتکل یک و پاراگراف دوم ماده ۵ کنوانسیون سوم به این مسأله رسیدگی خواهد کرد؛ دوم، در صورت پایان نیافتن بازداشت یک رزمنده غیرقانونی در پایان درگیری، یک محکمه صالح می‌تواند به این مسأله رسیدگی کند که آیا ادامه بازداشت فرد، نقض تعهدات بین‌المللی دولت تلقی می‌شود و آیا ادامه بازداشت مشروعیت دارد یا خیر.

ماده پنج کنوانسیون سوم، این نکته را عنوان نموده که گاه قانونی بودن وضعیت یک رزمنده محل تردید است؛ در این صورت از ارتش و نه قوه مجریه، بلکه یک محکمه صالح در خصوص این فرد و امکان برخورداریش از وضعیت اسیر جنگی تصمیم خواهد گرفت. در مواردی مثل مورد زندانیان گوانتانامو که امکان اعمال

کنوانسیون سوم ژنو رد شده، عملکرد پاراگراف دوم ماده ۵ کنوانسیون از مجرای ماده ۹ (بند چهارم) میثاق حقوق مدنی و سیاسی ادامه پیدا می‌کند.^(۱۰۵) اگرچه ماده ۹ جزو مواد غیرقابل تعلیق در ماده ۴ ذکر نشده، لکن اتفاق نظری بین مراجع بین‌المللی حقوق بشری وجود دارد مبنی بر اینکه حق آزادی از توقیف یا بازداشت خودسرانه، مندرج در ماده ۹ و ضمانت‌های قضایی ماده ۱۴ میثاق حقوق مدنی و سیاسی تحت هیچ شرایطی قابل تعلیق نیست و در درگیری‌های مسلحانه نیز عملکرد خود را حفظ می‌کند.^(۱۰۶) در فاصله سال‌های ۲۰۰۲ تا ۲۰۰۶، طیفی از آراء در مورد مشروعیت توسل زندانیان گوانتانامو به حق قرار احضار زندانی با هدف تعیین وضعیت رزمنده‌گی و در نتیجه اسارت این زندانیان، از سوی محاکم ایالات متحده صادر شد. اگرچه در برخی آراء اولیه توان محاکم برای رسیدگی به دعوی مربوط به مشروعیت بازداشت زندانیان غیرتبعه ایالات متحده زیر سؤال رفته یا رد شد، لکن به تدریج رویه قضایی در جهت تأیید اختیار دستگاه قضایی برای بررسی اینگونه دعوی حرکت کرد.^(۱۰۷)

در رأی «Rasul v. Bush» دیوان عالی ایالات متحده با بررسی رویه قبلی ایالات متحده در جنگ کره و جنگ خلیج فارس و ویتنام، به این نتیجه رسید که دولت ایالات متحده برخلاف رویه قبلی‌اش، و الزامات صریح کنوانسیون سوم ژنو، و نیز برخلاف قوانین خود، امکان توسل به حمایت‌های کنوانسیون سوم ژنو را از سوی زندانیان انکار کرده و برخلاف نیم قرن رویه مستمر نظامی، مانع دسترسی آنها به رسیدگی قضایی در یک محکمه صالح در مورد اطلاق وضعیت اسیر جنگی طبق ماده ۵ کنوانسیون سوم ژنو، شده است.^(۱۰۸) دیوان عالی با استناد به پیمان‌نامه حقوق مدنی و سیاسی تصدیق می‌کند که حقوق بین‌الملل این فرصت را برای زندانیان فراهم کرده که در مورد قانونی بودن بازداشتشان طرح دعوی کنند؛ این اصل در سنت حقوقی انگلو-آمریکن در حدود ۸۰۰ سال جایگاهی محوری داشته و توسط طیف وسیعی از اسناد، احکام، تفاسیر حقوقی بین‌المللی و رویه دولتی حمایت شده است.^(۱۰۹) در مورد بازداشت‌های نظامی هم حقوق بشردوستانه صراحتاً امکان بررسی مشروعیت بازداشت نظامی را فراهم کرده

و این امر از طریق مکانیسم ماده ۵ کنوانسیون سوم انجام می‌پذیرد.^(۱۱۰)

بسیاری از مراجع بین‌المللی نیز در جریان درگیری در افغانستان و قبل و بعد از موضع‌گیری محاکم ایالات متحده، بر این امر صحه گذارده‌اند که رعایت حق «توسل به قرار احضار زندانی» در جریان درگیری‌های مسلحانه چه از طریق ماده ۵ کنوانسیون سوم زنو، چه از طریق بند یکم و دوم ماده ۴۵ پروتکل یک، چه براساس حقوق بشردوستانه عرفی، و چه براساس حقوق بین‌المللی حقوق بشر، جزو تعهدات بین‌المللی دولت‌هاست.^(۱۱۱) باید به‌خاطر داشت که ماده ۳ مشترک یکی از معیارهای صحت احکام صادره از سوی یک محکمه را در زمان جنگ رعایت آن دسته از ضمانت‌های قضایی دانسته که از سوی مردمان متمدن اجتناب‌ناپذیر و ضروری تلقی می‌شود. موضع‌گیری خود کمیته حقوق بشر در خصوص حق فرد در مورد بررسی مشروعیت بازداشتش از سوی یک محکمه صالح که در بند ۴ ماده ۹ پیمان‌نامه حقوق مدنی و سیاسی آمده و اعلام آن به‌عنوان یک قاعده آمره، و نیز تأیید موضع کمیته از سوی مراجع مختلف بین‌المللی و منطقه‌ای نشان می‌دهد که در این برهه زمانی این حق جزو همان ضمانت‌های قضایی است که منظور نظر ماده ۳ مشترک است.^(۱۱۲)

مسئله دیگری که در مورد زندانیان گوانتانامو مطرح شد این بود که در زمان درگیری‌های مسلحانه طولانی مدت یا اشغال به مدت نامعلوم، گاه ضمانت‌های حقوق بشردوستانه و حمایت‌های برخاسته از آن کارایی خود را از دست می‌دهد. در این صورت، آیا بازداشت افراد به مدت نامحدود می‌تواند ادامه یابد؟ به‌علاوه آیا دولت می‌تواند با استناد به غیرقانونی بودن وضعیت رزمنده، مانع از بازگشت او به وطن در پایان مداخلات شود؟ در بند سوم ماده ۷۵- که در بخش‌های قبلی عرفی بودن آن و قابلیت اعمالش در همه درگیری‌های مسلحانه بین‌المللی بررسی و تأیید شد- آمده که افرادی که برای اعمالی مرتبط با یک درگیری مسلحانه دستگیر می‌شوند، به محض آن‌که اوضاع و احوال دیگر توقیف یا بازداشت یا حبس فرد را توجیه نکنند، باید آزاد شوند.^(۱۱۳) این امر به نوعی مورد تأیید محاکم خود ایالات متحده قرار گرفت و دادگاه

اعلام کرد که این طرز عمل دولت ایالات متحده با تعهدات برخاسته از کنوانسیون سوم ژنو و پیمان‌نامه حقوق مدنی و سیاسی مغایرت دارد.^(۱۱۴) کمیسیون آمریکایی حقوق بشر می‌گوید در چنین مواردی که فردی برای مدت طولانی بازداشت می‌شود، ضمانت‌های قضایی برخاسته از حقوق بشر از جمله «قرار احضار زندانی» و «دسترسی سریع و آسان به محکمه» یا «amparo»، «ضرورتاً» جانشین حقوق بشردوستانه می‌شوند تا در صورت لزوم از حقوق بنیادین این زندانیان محافظت به عمل آورند.^(۱۱۵)

۲-۳-۲. محاکمه عادلانه و ضمانت‌های قضایی

صدور حکم رئیس جمهور ایالات متحده و متعاقب آن، تشکیل کمیسیون‌های نظامی برای محاکمه زندانیان گوانتانامو، انتقاداتی را در این خصوص مطرح کرد. عمده نگرانی‌ها در مورد ویژگی استثنایی کمیسیون‌های نظامی و نیز عدم رعایت دقیق دادرسی عادلانه در طول محاکماتی بود که توسط این کمیسیون‌ها صورت می‌گرفت. صلاحیت، استقلال و بی‌طرفی، مطابقت با استانداردهای بین‌المللی، تعصب اعضای هیأت‌های این کمیسیون‌ها، امکانات نامناسب برای ترجمه و مشکلات ساختاری، از جمله نگرانی‌هایی بود که مطرح می‌شد.^(۱۱۶) به‌طور خلاصه، دو مسأله متمایز، ولی مرتبط به هم در خصوص عملکرد کمیسیون‌ها مطرح بود: خصوصیات محکمه صالح، و آیین دادرسی این محکمه. رویه قضایی دیوان عالی ایالات متحده در نیمه دوم قرن بیستم هم مؤید این مطلب است که برخی حقوق از آنچنان اهمیت بنیادینی برخوردار است و آنچنان جایگاه عمیقی در مفهوم «آزادی قانونمند» (Ordered liberty) دارد که هم محاکم فدرال و هم محاکم ایالات باید مطابق با آن عمل کنند.^(۱۱۷) ولی این حقوق که زندانی را حمایت می‌کند چیست؟

ماده ۵ کنوانسیون سوم ژنو، و بند اول و دوم ماده ۴۵ پروتکل یک الحاقی، که در صورت وجود تردید در مورد وضعیت قانونی یک رزمنده مقرر می‌دارد که باید به این موضوع رسیدگی قضایی شود، فقط عنوان می‌کند که وضعیت چنین رزمنده‌ای باید در یک «محکمه صالح» (Competent tribunal) مشخص شود. مشخصات محکمه صالح از

دید کنوانسیون سوم یا پروتکل یک چیست؟ ماده ۷۵ پروتکل یک می‌گوید احکام صادره که در خصوص افرادی که برای ارتکاب به جرائم کیفری مربوط به درگیری مسلحانه محاکمه شده‌اند، صادر شده، باید از سوی یک دادگاه بی‌طرف که براساس قانون ایجادشده و آیین دادرسی‌اش مطابق با موارد مذکور در بند ۴ این ماده است، صادر شده باشد.^(۱۱۸) ماده ۵ کنوانسیون چهارم نیز در محاکمه مربوط به جرائم کسانی که عمل خصمانه‌ای علیه یک دولت انجام داده یا به جرم خرابکاری یا جاسوسی دستگیر شده‌اند، رعایت حقوق مربوط به محاکمه منصفانه و قانونمند که توسط خود کنوانسیون مقرر داشته شده را الزامی تلقی کرده است.^(۱۱۹)

در نگاه نخست، چنین به نظر می‌رسد که مشخصات یک محکمه صالح در مورد تعیین قانونی بودن وضعیت یک رزمنده و نیز جزئیات آیین دادرسی آن می‌تواند ساده‌تر بوده و نسبت به محاکمه جرائم کیفری مرتبط با درگیری از اهمیت کمتری برخوردار باشد. ولی بررسی ماده ۳ مشترک (Common Article 3) در تصحیح چنین اشتباهی به ما کمک می‌کند. در ماده ۳ مشترک برای محاکمه یک سلاح به زمین گذاشته تحت هر شرایطی و براساس طرح هرگونه دعوایی مشخصاتی ذکر شده:

۱. دادگاهی که محاکمه در پیشگاه آن صورت می‌گیرد، باید براساس قانون ایجاد شده باشد؛

۲. این دادگاه باید جامع همه تضمینات قضایی باشد که ملل متمدن آن را غیرقابل اجتناب و ضروری تلقی می‌کنند؛^(۱۲۰)

همانطور که قبلاً هم اشاره کردیم، آنچه که ملل متمدن ضروری و اجتناب‌ناپذیر تلقی می‌کنند، تضمیناتی است که در ماده ۹ و ۱۴ میثاق حقوق مدنی و سیاسی انعکاس می‌یابد.^(۱۲۱) کمیته حقوق بشر در بررسی گزارش ایالات متحده و در ارتباط با ماده ۱۴، استقلال محاکمی که کار بررسی مشروعیت بازداشت زندانیان گوانتانامو را برعهده داشتند، جزو معیارهایی دانسته که برای تشخیص عادلانه بودن محاکمات در محاکم ویژه بررسی وضعیت رزمنده (Combatant Status Review Tribunals) و هیأت‌های

بازنگری اداری (Administrative Review Boards) ضرورت دارد.^(۱۲۲) کمیسیون حقوق بشر (شورای حقوق بشر کنونی) و کمیسیون آمریکایی حقوق بشر نیز به حق محاکمه شدن در پیشگاه محکمه‌ای صالح، مستقل و بی‌طرف، به‌عنوان یکی از اصول بنیادین محاکمه عادلانه اشاره کرده‌اند.^(۱۲۳) آیا کمیسیون‌های نظامی که جزو محاکم نظامی قانونی ایالات متحده نبودند و برای محاکمه اعضای القاعده و طالبان تشکیل شد، خصوصیات مذکور را دارا بود؟

در قضیه «Ocalan»، دیوان اروپایی حقوق بشر با محاکمه رئیس یکی از گروه‌های مخالف که مدت‌ها در یک درگیری مسلحانه علیه دولت ترکیه شرکت داشت، روبرو بود که توسط قضات نظامی صورت گرفته بود و نهایتاً علیه متهم حکم اعدام صادر شده بود. دیوان علاوه بر اینکه نظامی بودن قضات را یکی از عوامل ایجاد شبهه در مورد صالح بودن، بی‌طرف بودن و مستقل بودن محکمه قلمداد کرد، مسائل دیگری را نیز مدنظر قرار داد: اینکه مسأله مطروحه برای ترکیه مسأله امنیت ملی بوده و اینکه متهم از اهمیت خاصی برای گروه‌های درگیر با حکومت برخوردار بوده است. به عبارت دیگر دیوان بستر سیاسی-امنیتی محاکمه مذکور را عاملی جهت تضعیف قانونمندی این محاکمه دانسته، که همراه با وصف نظامی قضات منجر به یک محاکمه ناعادلانه و غیرمنصفانه شده است.^(۱۲۴) از مطالعه این رأی دیوان اروپایی حقوق بشر، در کنار بررسی ماده ۱۴ میثاق حقوق مدنی و سیاسی و نظرات کمیته حقوق بشر^(۱۲۵)، گزارش‌های کمیسیون حقوق بشر، کمیسیون آمریکایی حقوق بشر و رویه دیوان اروپایی حقوق بشر^(۱۲۶)، و نیز بند ۴ از ماده ۷۵ پروتکل یک الحاقی، چهار ویژگی برای یک محاکمه صالح می‌توان استخراج کرد:

۱. قانونی باشد و خصلت ویژه، موقت یا استثنایی نداشته باشد؛
۲. صالح باشد و صلاحیت رسیدگی داشته باشد؛
۳. بی‌طرفی را در جریان رسیدگی به دعوی رعایت کند؛
۴. مستقل از قوه مجریه و ارتش عمل کند.

دیوان عالی ایالات متحده در این خصوص می‌گوید کمیسیون‌های نظامی علاوه بر نقض قواعد دادرسی منصفانه، اصل قانونی بودن را نقض کرده‌اند. دیوان در قضیه همدان با استناد به عبارت «دادگاه تأسیس شده براساس قانون» در ماده ۳ مشترک اظهار می‌دارد که این عبارت، آن دسته از محاکم نظامی معمولی را دربر می‌گیرد که «طبق قوانین و رویه‌های لازم‌الاجرا در یک کشور ایجاد و سازماندهی شده باشد»^(۱۲۷) دیوان از قوه مجریه می‌خواهد که با احترام گذاشتن به حکومت قانون، به رعایت اصل استقلال محاکم کمک کند.^(۱۲۸) در قضیه همدان، دیوان موارد دیگری را نیز به‌عنوان موارد نقض قواعد محاکمه عادلانه در عملکرد کمیسیون‌ها معرفی می‌کند: محاکمه غیرترافی، عدم دسترسی متهم یا وکیل مدنی‌اش به ادله‌ای که محرمانه تلقی شود، پذیرش هرگونه ادله‌ای که رئیس جلسه آن را دارای ارزش اثباتی تلقی کند، و برخی موارد دیگر؛ به عبارت دیگر، کمیسیون‌های نظامی قادر به اعمال قواعد آیین دادرسی منصفانه نیستند.^(۱۲۹)

در محاکماتی که مربوط به رزمنده غیرقانونی است، همچون سایر محاکمات، ضمانت‌های محاکمه عادلانه لازم‌الرعایه است. از آنجا که برای جنایتکاران جنگی متهم به نقض‌های فاحش کنوانسیون سوم نیز طبق مواد ۸۸-۸۲ کنوانسیون، حق برخورداری از حمایت‌های دادرسی منصفانه شناسایی شده^(۱۳۰)، معقول نیست که در مورد رزمنده غیرقانونی چنین ضمانت‌ها و حمایت‌هایی را غیرقابل اعمال بدانیم. بند ۴ ماده ۷۵ پروتکل اول الحاقی، نتیجه‌گیری ما را تأیید می‌کند. این بند تکرار اصول اساسی و بنیادین محاکمه عادلانه و دادرسی منصفانه است که در ماده ۱۴ میثاق نیز مورد تأیید قرار گرفته است و ماده ۵ کنوانسیون چهارم نیز به آن اشاره دارد:^(۱۳۱)

۱. مطلع ساختن متهم از جزئیات جرمی که به او نسبت داده شده در اسرع وقت و فراهم کردن همه ابزارها و حقوق لازم برای دفاع قبل از محاکمه و در خلال آن؛
۲. هیچ کس متهم به یک جرم نمی‌شود مگر براساس اصل مسئولیت کیفری فردی؛
۳. عطف به ماسبق نشدن قوانین؛

۴. اصل برائت؛
 ۵. محاکمه با حضور متهم؛
 ۶. هیچ کس را نباید مجبور به ادای شهادت علیه خودش یا اعتراف به گناهش کرد؛
 ۷. حق متهم برای پرسش از شهود له و برله؛
 ۸. اعتبار حکم مختومه؛
 ۹. اعلام حکم در ملاً عام؛
 ۱۰. مطلع کردن متهم در مورد طرق احقاق حق قضایی یا سایر طرق احقاق حق و محدودیت‌های زمانی برای توسل به آنها.^(۱۳۲)
- گنجاندن ضمانت‌های قضایی و قواعد آیین دادرسی عادلانه در اساسنامه‌های محاکم کیفری مربوط به محاکمه جنایتکاران جنگی و سایر جنایتکاران متهم به جنایات بین‌المللی، مثل دیوان کیفری بین‌المللی، دادگاه یوگسلاوی سابق، دادگاه رواندا، دادگاه ویژه سیرالئون و غیره نشان می‌دهد که در مورد حیاتی بودن قواعد محاکمه عادلانه و دادرسی منصفانه و ضروری بودن آن اجماعی گسترده وجود دارد.^(۱۳۳) در این نکته نیز اتفاق نظر وجود دارد که ماده ۳ مشترک متضمن بخش معتناهی از قواعد دادرسی منصفانه است که در ماده ۱۴ میثاق حقوق مدنی و سیاسی، گنجانده شده و تحت هر شرایطی جنگ یا صلح- و در خصوص هر فردی جنایتکار معمولی، عامل جنایات بین‌المللی، یا رزمنده غیرقانونی- لازم‌الاجرا است.^(۱۳۴)

دستاورد

در حقوق بین‌الملل قواعدی وجود دارد که در مورد هر وضعیت درگیری اعمال می‌شود: نباید به غیرنظامی حمله کرد، نباید اصل تفکیک را به مخاطره انداخت، با اسیر جنگی و مجروحین باید رفتاری انسانی داشت، نباید باعث ایراد رنج بیهوده شد و...؛ به‌طور کلی می‌توان این بایدها و نبایدها را در چهار اصل کلی خلاصه کرد: تفکیک،

تناسب، ضرورت و انسانیت. این مسأله که آیا یک رزمنده برای شرکت در مخاصمات مجوز دارد یا نه، به عبارت دیگر اینکه شرکت او در مخاصمه مشروعیت دارد یا نه، مسأله‌ای است که در ذیل اصل تفکیک می‌توان به آن رسیدگی کرد. اما تعیین پاسخ پرسش‌های فوق در چارچوب حقوق بشردوستانه با مشروعیت اقدام در جهت آغاز یک درگیری مسلحانه مرتبط نیست. در این مقطع زمانی، این امر کاملاً پذیرفته شده که حقوق ناظر بر درگیری‌های مسلحانه از حقوق توسل به زور مجزاست. بنابراین تعیین اطراف درگیری تنها دامنه قواعد قابل اعمال را «تا حدی» تغییر می‌دهد، ولی در اصل اعمال حقوق بشردوستانه تغییری حاصل نمی‌شود.

اما در مورد یک رزمنده‌ای که به‌عنوان تروریست شناخته می‌شود و در یک درگیری مسلحانه علیه گروه تروریستی که او به آن متعلق است، به اسارت گرفته می‌شود، نه تنها مسائل حقوقی از جمله ماهیت درگیری و به تبع آن ماهیت حقوق قابل اعمال و نیز تعیین قانونی یا غیرقانونی بودن وضعیت رزمندگی او مطرح است، مسائل دیگری نیز از جمله مسائل سیاسی-امنیتی مطرح می‌شود که می‌تواند بر دامنه و ماهیت قواعد قابل اعمال تأثیرگذار باشد. با این حال حقوق بشردوستانه تا حد امکان خلأ حمایتی را پر کرده است. چند نهاد حمایت‌کننده در زمان درگیری‌های بین‌المللی وجود دارد که طبق حقوق بشردوستانه عرفی تحت هر شرایطی قابل اعمال است:

۱. اصل رفتار انسانی که با حمایت‌های مقرر در بندهای مارتنز تکمیل می‌شود؛

۲. ماده ۳ مشترک در کنوانسیون‌های ژنو (Common Article 3) که در هر وضعیت

درگیری مسلحانه قابل اعمال است؛

۳. ماده ۷۵ پروتکل یک الحاقی به کنوانسیون‌های ژنو، که بسط حمایت‌های ماده ۳

مشترک (Common Article 3) تلقی شده و از همان ابتدای تدوین پروتکل یک جزو

حقوق بین‌الملل عرفی قلمداد شد.

یک رزمنده غیرقانونی نظیر یک عضو القاعده در درگیری مسلحانه در افغانستان

باید از حمایت‌های مذکور برخوردار شود. در عین حال کنوانسیون‌های ژنو و پروتکل

یک الحاقی نیز حداکثر حمایت ممکن را برای چنین فردی فراهم می‌کنند:
 - به محض دستگیری یک فرد در درگیری مسلحانه بین‌المللی، وی باید اسیر جنگی تلقی شود؛

- اگر حکومت مدعی شد که او یک رزمنده غیرقانونی است و خود فرد یا آن طرف درگیری که وی متعلق به آن است، مدعی شدند که وی یک رزمنده قانونی است، تا زمان تشکیل یک محکمه صالح برای رسیدگی به این موضوع باز هم وی از حمایت کنوانسیون سوم و پروتکل یک برخوردار است؛

- اگر محکمه صالح ادعای حکومت را تأیید کرد، این فرد دیگر رزمنده قانونی تلقی نمی‌شود، بلکه طبق کنوانسیون چهارم، وی غیرنظامی تلقی شده از حمایت کنوانسیون چهارم ژنو و پروتکل اول الحاقی برخوردار است و فقط می‌توان او را برای اعمال خصمانه‌اش مجازات کرد؛

- اگر ضابطه تابعیت مقرر در کنوانسیون چهارم ژنو متحقق نشود، حمایت‌های برخاسته از ماده ۳ مشترک (Common Article 3)، ماده ۵ کنوانسیون چهارم ژنو و ماده ۷۵ پروتکل اول الحاقی در مورد این فرد باید اعمال شود.

در هر حال هیچ فردی خارج از حیطه اعمال قواعد حقوقی قرار ندارد و هیچ فردی را در جریان یک درگیری نمی‌توان محروم از هرگونه حمایت حقوقی تصور کرد. در کنار این نظام حمایتی گسترده، قواعد حقوق بشر نیز کماکان در خلال درگیری‌های مسلحانه قابلیت اعمال خود را حفظ می‌کند. این قواعد خصوصاً قواعد بنیادین حقوق بشر، نه تنها کارکرد حقوق بشردوستانه را تقویت می‌کند، بلکه زمانی که به علت تداوم درگیری برای مدتی طولانی یا وجود تردیدهایی در مورد ماهیت درگیری، یا به هر علت دیگری، عملکرد حقوق بشردوستانه تضعیف می‌شود، این نظام را تکمیل می‌نماید. اگرچه همواره حقوق بین‌الملل از سیاست بین‌الملل تأثیر پذیرفته است، و اگرچه در بسیاری مواقع این قدرت سیاسی بوده که عرف را تثبیت کرده، لکن در مواردی نیز سیاست از حقوق متأثر شده است. همچون سال‌های دهه ۱۹۷۰ و اوایل دهه ۱۹۸۰،

مبحث رزمنده غیرقانونی مجدداً در حقوق بشردوستانه مطرح شده است. آنچه که در زمان تدوین معاهدات حقوق بشردوستانه منجر به محروم شدن رزمنده غیرقانونی از برخی حمایت‌ها، چه در کنوانسیون‌های ژنو و چه در پروتکل اول الحاقی شد، عمدتاً ملاحظات امنیتی بوده است. به همین دلیل است که رزمنده غیرقانونی حتی به‌خاطر اعمال خصمانه قانونی‌اش طبق حقوق بشردوستانه نیز ممکن است محاکمه شود. اما هیچ دلیل دیگری وجود ندارد که بر آن اساس وی را محروم از هرگونه حمایت حقوقی بدانیم.

بدین ترتیب، با توجه به نادیده گرفتن نظرات مراجع بین‌المللی و احکام صادره از محاکم خود ایالات متحده، در خصوص عملکرد این دولت در ارتباط با زندانیان گوانتانامو و سایر زندانیان تحت کنترل و صلاحیت ایالات متحده در عراق و افغانستان و در خود این کشور، و نیز با توجه به تصویب قانون کمیسیون‌های نظامی، که تخطی از نظام "آمره" حمایتی مبتنی بر کنوانسیون‌های ژنو و اصول و قواعد بنیادین حقوق بشر، از جمله ماده ۹ و ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، تلقی می‌شود، می‌توان برای دولت ایالات متحده مسئولیت بین‌المللی در نظر گرفت. از آنجا که تعهدات برخاسته از حقوق بشردوستانه و حقوق بشر، تعهدات دولت در برابر فرد است، نمی‌توان رویه مستمر دولتی در خصوص نقض قواعد این دو مجموعه را مبین یک قاعده عرفی جدید یا آغاز روند تشکیل یک قاعده عرفی دانست، زیرا حقوق بین‌المللی حقوق بشر و حقوق بشردوستانه دربردارنده حقوقی است که در ذات فرد نهفته است و هیچ توجیهی از جمله ملاحظات امنیتی، نمی‌تواند فردی را در وضعیت «بی حقوقی» یا «خلاً حقوقی» قرار دهد. ❖

پی‌نوشتها:

1. George H. Aldrich, “The Taliban, Al Qaeda, and The Determination of Illegal Combatants”, 96 *AJIL*, 2002, p. 202; Yoram Dinstein, “The Conduct of Hostilities Under the Law of International Armed Conflict”, Cambridge University Press (2001), p. 48.

2. Jordan J. Paust, “Judicial Power to Determine the Status and Rights of Persons Detained Without Trial”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 44, No. 2, Spring 2003, www.pegc.us/archive/Journals/paust_Harvard_ILJ_2003.pdf

قوه مجریه عنوان بیگانه دشمن یا رزمنده غیرقانونی و رزمنده دشمن را به غیرآمریکائی‌های تبعه کشورهای دشمن، اتباع کشورهای دوست و خود آمریکایی‌ها اطلاق کرده است و اعلام نموده اثرات ناشی از اطلاق این عنوان به آن دسته از افراد قابل بازنگری قضایی نیست. با این حال خود قوه مجریه برای دفاع از این عنوان‌گذاری به نظرات محاکمی که درگیر امر بازنگری قضایی بوده‌اند، استناد کرده است. ن. ک. به:

Diane Marie Amann, “Guantanamo”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 42, p. 286; “Situation of Detainees at Guantanamo Bay”, Commission on Human Rights, 15 Feb. 2006, E/CN. 4/2006/120, para. 5 (here in after “Report on Situation of Detainees”);

برای بررسی و طبقه‌بندی دقیقی از زندانیان گوانتانامو نیز ن. ک. به:

Denbeaux and Denbeaux et al., “Report on Guantanamo Detainees: A Profile of 517 Detainees Through Analysis of Department of Defence Data”, http://law.shu.edu/news/guantanamo_report_final_2_08_06.pdf

3. Fact Sheet, White House Press Office, Feb. 7, 2002 (herein after White House Fact Sheet), www.whitehouse.gov/news/release/2002/02/20022027.

4. “Hamdan v. Rumsfeld”, No. 05_184, 29 June 2006, http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/printer_friendly.pl?page=us/000/05_184.html (here in after

“Hamdan Case”), 126 S.Ct. Ct. 2749 (2006).

ن. ک. به تفسیر روزنامه واشنگتن پست از رای همدان:

Charles Lane, “High Court Rejects Detainee Tribunals”, 30 June 2006, WashingtonPost, <www.washingtonpost.com/wp_dyn/content/article/2006/06/29/AR2006062900928_html>.

۵. نگاه کنید به:

Joint Doctrine for Detainee Operations”, Final Coordination, 23 March 2005.

۶. ن. ک. به:

“Military Commission Act of 2006”, Wikipedia, http://en.wikipedia.org/wiki/Military_Commissions_Act_of_2006 (here in after “Wikipedia on Military Commission Act of 2006”);

John Cerone, “The Military Commission Act of 2006: Examining The Relation Ship between the International Law of Armed Conflict and U.S. Law, 13 Nov. 2006, *ASIL*, Vol. 10, Issue 30, www.asil.org/insights/2006/11/insights061114.html; Public Law 109-366, 120 Stat. 2600 (Oct.17, 2006), (here in after “Military Commission Act of 2006”).

7. “President Discusses Creation of Military Commission to Try Suspected Terrorists”, www.whitehouse.gov/news/releases/2006/09/20060906-3.html (here in after Presidential Discussion on Military Commission).

8. *Ibid.*

9. *Ibid.*

10. “Threats and Responses: The Detainees; Some Guantanamo Prisoners will be Freed”, Rumsfeld Says, (23 October 2006), *New York Times*, p. 14; “Consideration of Reports Under Article 40 of the Covenant: Second and Third Periodic Reports of The United States of America”, H.R.Comm. , 87th Sess. , 18 July 2006, CCPR/C/USA/3, CCPR/C/USA/Q/3 , HRI/CORE/USA/2005.

11. Hague Convention No. IV of 18 October 1907, Respecting The Laws and Customs of War on Land, 36 Stat. 2227, T.S. 539, and Annex there to, Embodying the Regulations Respecting the Laws & Customs of War on Land, 36 Stat. 2295

(here in after Hague Convention 1907), Preamble.

۱۲. برای توضیح در مورد وضعیت رزمندگان چریک و جنبش‌های مقاومت، ن. ک. به:

Jan Klabbers, “Rebel with a Cause? Terrorists and Humanitarian Law”, 14 *EJIL*, No. 2, pp. 299-312.

13. Derek Jinks. “The Declining Significance of POW Status”, Chicago Public Law and Legal Theory, Working Paper No. 65, June 2004, www.law.uchicago.edu/academics/publiclaw/index.html.

14. Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War, 12 August 1949 (here in after “Third Geneva Convention”), Art. 4 & other Articles.

15. Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, 8 June 1977 (here in after “Additional Protocol I”), Art. 44.

16. Third Geneva Convention, Art. 4; Additional Protocol I, Articles 43, 50.

17. Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, 12 August 1949 (here in after “Fourth Geneva Convention”), Art. 4; Additional Protocol I, Part IV;

Knut Dormann, “The legal Situation of Unlawful/Unprivileged Combatants”, 85 *IRRC*, no. 849, www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/5LPGBV/&File/irrc_849_Dorman.pdf

۱۸. برای تعریف آنچه مشارکت فعال محسوب می‌شود، ن. ک. به:

Yoram Dinstein, *Supra* note 1, pp. 27-28

19. Paris Declaration Respecting Maritime Law, 1856, *Laws of Armed Conflicts* 787-788, Cited in: Y. Dinstein, *Ibid.*, p. 28;

U. Scheuner, “Privateering”, 3 *EPIL* 1120, 1120 1, Cited in: *Ibid.*

20. Fourth Geneva Convention, Art. 4.

21. *Ibid.*, Art. 5.

22. Additional Protocol I, Art. 50(1).

23. *Ibid.* Art 43; Third Geneva Convention, Art. 4; Hague Convention 1907, *Supra* note 11, Art. 1;

U.S. Department of War, Instructions For the Government of the Armies of the

U.S. in the Field, General order No. 100 (1863), reprinted in: D. Schindler & J. Toman (eds.), *The Laws of Armed Conflicts*, p.3, Art. 56-57; Solf, *The Status of Combatant in Non-Int'l Armed Conflicts Under Domestic Law & Transnational Practice*, 33 AM.U.L.Rev., 1983, p. 59;

Robert Goldman & B.D.Tittemore, "Unprivileged Combatants and The Hostilities in Afghanistan: Their Status and Rights Under Int'l Humanitarian and Human Rights Law", ASIL Task Force on Terrorism, www.asil.org/taskforce/goldman.pdf; Knut Dormann, Supra note 17; "Report on Terrorism and Human Rights", Inter-American Commission of Human Rights, OEA/Ser.L/V/II.116, 22 October 2002 (here in after "Report on Terrorism and Human Rights"), www.cidh.org/Terrorism/Eng/toc.htm. paras. 67-68, 70.

24. Hague Convention 1907, Art. 1; 3,

نیز، ن. ک. به:

G.I.A.D. Draper, "The Status of Combatants and the Question of Guerilla Warfare", 45 B.Y.I.L., 1971, p. 186; J. Pictet (ed.), "ICRC Commentary on the Third Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War, 1960, p. 63.

25. Yorman Dinstein, Supra note 1, p. 37-39.

26. Third Geneva Convention, Art. 4.

27. Lecture Delivered by W.J. Fenrick on Combatant and Prisoner of War Status at New York University Law School International Committee of Red Cross & American Red Cross Seminar on International Humanitarian Law (July 1988), Cited in: Goldman & Tittemore, Supra note 23;

G. Aldrich, "Guerrilla Combatants and Prisoners of War Status", 31 Am.U.L. Rev., 1982, pp. 871-872; Rosas, "The Legal Status of Prisoners of War: A Study in International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflict, 1977, p. 334.

28. Robert K. Goldman & B.D. Tittemore, Supra note 23; Baxter, "So Called Unprivileged Belligerency: Spies, Guerrillas and Saboteur", 28 *BYIL*, 1951, pp. 327-328;

G.I.A.D. Draper, "The Present Law as to Combatancy, in: "Reflections on Law and Armed Conflicts: The Selected Works on the Laws of War By the Late Colonel

G.I.A.D. Draper”, OBE 197 (Myers & Mc Coubrey as eds.) 1998;

گلدمن و تیتمور می‌گویند رویه دولتی از جمله سوئیس و ایالات متحده، این نکته را تأیید می‌کند؛ ن. ک. به:

R.K. Goldman & B.D. Tittmore, Ibid.

29. Additional Protocol I, Art. 44(3).

30. *Ibid.*, Art. 44(2), (3), (4).

۳۱. در این زمینه نگاه کنید به ماده ۱۳ کنوانسیون لاهه:

Hague Convention 1907, Art. 13;

نیز ن. ک. به:

Report on Terrorism and Human Rights, *Supra* note 23, para. 69;

Yorman Dinstein, *Supra* note 1, pp. 46-47; G.B. Roberts, “The New Rules for Waging War: The Case Against Ratification of Additional Protocol I”, 26 *V.J.I.L.*, 1985-86, p. 129; Robert. K. Goldman, “The Legal Status of Iraqi and Foreign Combatants Captured by Coalition Armed Forces, Crimes of War Project, 7 April 2003, www.crimesofwar.org/special/Iraq/news-iraq4.html; ICRC Commentary to Geneva Convention III, Art. 4, www.icrc.org/ihl.nsf/WebPrint/375-590007-COM?OpenDocument.

32. R.K. Goldman and B.D. Tittmore, *Supra* note 23.

33. Hague Convention 1907, Art. 1; Additional Protocol I, Art. 43-44.

34. White House Fact Sheet, *Supra* note 3; G.H. Aldrich, *Supra* note 1, p. 204; Joseph Bialke, “Al-Qaeda & Taliban Unlawful Combatant Detainees, Unlawful Belligerency, and The Int’l Laws of Armed Conflict”, *Air Force Law Review*, Spring 2004, http://findarticles.com/p/articles/mi_m6007/is_55/ai_n8585592/print.

35. R.K. Goldman & B.D. Tittmore, *Supra* note 23.

۳۶. البته رویه‌های مخالف این هم وجود دارد. به‌عنوان مثال در سال ۱۹۶۸ در قضیه محمدعلی، دادگاه مالزی اعلام داشت که صرف تعلق به نیروهای مسلح منظم برای اطلاق وضعیت اسیر جنگی کافی نیست. اعضای نیروهای مسلح هم باید شرایط مقرر را رعایت کنند، حتی اگر صراحتاً در کنوانسیون‌های ژنو و لاهه به چنین مسأله‌ای اشاره نشده باشد. ن. ک. به:

Mohamed Ali et al. V. Public Prosecutor, 1968 [1969], AC 430, 449-451, Cited in: Y. Dinstein, *Supra* note 1, p. 36.

37. Third Geneva Convention, Art. 4; Additional Protocol I, Art. 43-44.
38. “Military Commission Act of 2006”, Supra note 6; “Wikipedia on Military Commission Act of 2006”, Supra note 6; Denbeaux & Denbeaux et al., Supra note 2.
39. “Military Commission Act of 2006”, *Ibid*.
۴۰. «حقوق بشردوستانه و مسئولیت بین‌المللی فردی»، جزوه کلاسی، استاد محترم دکتر رنجبریان، ۱۳۸۵/۸/۸.
41. Third Geneva Convention, Art. 5.
42. Additional Protocol I, Art. 45 (1, 2).
43. U.S. Presidential Military Order- Detention, Treatment and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism, 66 Fed. Reg. 57, 833, 57, 833-834, 13 Nov. 2001.
44. J.J. Paust, Supra note 2; D.M. Amann, Supra note 2, p. 286.
45. “Hamdan Case”, Supra note 4.
46. “Wikipedia on Military Commission Act of 2006”, Supra note 6.
47. Presidential Discussion on Military Commission, Supra note 7.
48. ICRC Commentary to Geneva Convention III, Supra note 31, Art. 5.
49. Castillo Petruzzi, Merits, Judgment, Inter-American Court of Human Rights (Ser.C) no.52 (1999), www.Corteidh.or.cr/seriecing/index_serie_c_ing.html;
- Loayza Tamayo, Merits, Judgment, Inter-American Court of Human Rights (Ser.C) no. 33 91997), www.corteidh.or.crseriecing/index_serie_c_ing.html’
- “Report on Terrorism and Human Rights”, Supra note 23, para. 18.
- 50.
- http://en.wikipedia.org/wiki/Military_Commission_Act_of_2006;<http://web.amnesty.org/web/web.nsf/print/2640A176AFADEB8A8025720A0058EB79>;<http://hrw.org/english/docs/2006/01/26/usdom14266.htm>;<http://hrw.org/english/docs/2006/09/22/usint14253.htm>;
51. “Hamdan Case”, Supra note 4.
52. *Ex parte Quirin*, 317 U.S. 1 (1942)
53. Hague Convention 1907, Preamble; “Precautionary Measures in Guantanamo Bay, Cuba, Inter- American Commission on Human

Rights, 13 March 2002,

<www.law.wits.ac.za/humanrts/iachr/guantanamoasures2002.html>;

٥٤. به عنوان مثال، نگاه کنید به پاراگراف دوم ماده ٥ کنوانسیون سوم،

Third Geneva Convention, Art. 5;

و کنوانسیون چهارم، ماده ٥،

Fourth Geneva Convention, Art. 5;

و پروتکل یک الحاقی،

Additional Protocol I, Art. 45.

55. Letter to Secretary Rumsfeld on the “Join Doctrine for Detainee Operations”, Human Rights Watch, <http://hrw.org/english/docs/2005/04/07/usdom10439-txt.htm>.

56. G.H. Aldrich, Supra note 1, p. 203; Steven R. Ratner, “Rethinking the Geneva Conventions: Codifying the Unconventional”, Crimes of War Project, 30 Jan. 2003, www.crimesofwar.org/print/expert/gc-ratner-print.html.

57. “Report on Terrorism & Human Rights”, Supra note 23, para. 28; General Comment No. 31, Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, 26 May 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13; Goldman & Tittmore, Supra note 23.

58. S/Res/1373

59. S/Res/1456 (annex), 20 Jan. 2003; A/Res/57/219, 18 Dec. 2002;

Statement Delivered by the Secretary-General at the Special Meeting of the Counter-Terrorism Committee with Regional Organizations, New York, 6 March 2003, www.un.org/apps/sg/sgstats.asp?nid=275; Speech Delivered by the UN High Commissioner for Human Rights at the Biennial Conference of the Int’l Comm’n of Jurists (Berlin, 27 Aug. 2004), www.unhchr.ch/hurricane/hurricane.nsf/NewsRoom?OpenFrameSet; Commission On Human Rights Resolution 2003/68; Commission On Human Rights Resolution 2004/87;

Commission On Human Rights Resolution 2005/80; Report of Working Group on Arbitrary Detention, Commission on Human Rights, 60th Sess., E/CN.4/2004/3, 15 December 2003, paras. 50-54.

60. Statemen Delivered by the Secretary- General, Ibid.; Speech Delivered by the UN High Commissioner for Human Rights, Ibid.; E/CN.4/ 2004/3, Ibid.

۶۱. ن. ک. به: مهناز اخوان، «نظام بین‌المللی حقوق بشر و درگیری‌های مسلحانه غیربین‌المللی»، در مجموعه مقالات همایش نهضت بین‌المللی صلیب سرخ و هلال احمر و حقوق بشردوستانه، تهران: انتشارات کلام شیدا، (۱۳۸۳)، ص ص ۲۴۹-۲۴۸.

62. “Report on Terrorism and Human Rights”, Supra note 23, para. 28.

63. General Comment No.31 Supra note 57.

64. ICJ Reports, Advisory Opinion, 8 July 1996, p. 240, para. 25;

ICJ Reports, Advisory Opinion, 9 July 2004, para. 106.

Precautionary Measures, Supra note 53; “Report on Situation of Detainees”, Supra note 2, para. 15-16;

۶۵. در قضیه «رسول در برابر بوش»، دیوان عالی ایالات متحده با تأیید موضع کمیسیون آمریکایی حقوق بشر در خصوص برخورداری افراد تحت هر شرایط و در هر اوضاع و احوالی از حمایت حقوق مبتنی بر حقوق بشر بنیادین و غیرقابل تعلیقش، اعلام می‌کند که «هر اصل دیگری غیر از این منجر به بی‌کیفری برای نقض‌های فاحش حقوق بشر شده و براساس یقین به بی‌کیفری خود، حتی ممکن است چنین نقض‌هایی را تشویق کند. ن. ک. به:

Rasul V.Bush, 14 Jan. 2004. Nos. 03-334 & 03-343.

با این حال همانطور که دیوان نیز در قضیه دیوار حائل و سلاح‌های هسته‌ای گفته عملکرد پیمان‌نامه‌ها از مجرای ماده ۴ آن ادامه می‌یابد: برای بررسی حقوق قابل تعلیق و غیرقابل تعلیق در جریان درگیری‌های مسلحانه، ن. ک. به: مهناز اخوان، همان.

66. Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 40 of the Covenant: Advanced Unedited Version U.S.A, Concluding Observation”, Human Rights Committee, 28 July 2006, CCPR/C/USA/Q/3/CRP.4, para. 10.

67. Ibid.

68. Int’l Covenant on Civil & Political Rights, (here in after ICCPR), Art. 2.

69. General Comment No. 31, Supra note 57; “Report on Situation of Detainees”, Supra note 2, paras. 10-11.

70. ICJ Reports, Advisory Opinion, 9 July 2004, para. 111.

71. Precautionary Measures, Supra note 53;

نیز ن. ک. به:

Coard v. United States, Case 10.951, Inter- American Commission on Human Rights, 1283, OEA/Ser.L/V/II. 106, doc. 6 rev., (1999) (here in after “Coard Case”), www.cnddhh.org.pe/Mirror/Cases/us_109-99.html.

72. “Coard Case”, *Ibid.*, para. 37.

73. Saldias de Lopez v. Uruguay”, U.N.G.A.O.R., Human Rights Committee, Annex XIX, UN Doc. A/36/40/ (1984), paras. 12.3, 13, 14.

74. “Coard Case”, Supra note 71.

۷۵. مهناز اخوان، همان، ص ص. ۲۶۴-۲۵۷.

۷۶. همان.

77. “Letter to Secretary Rumsfeld”, Supra note 55.

78. “Report on Terrorism & Human Rights”, Supra note 23, para. 73.

79. Third Geneva Convention, Art. 5.

80. Additional Protocol I, Art. 45(1).

81. U.S. Department of the Army, The Law of Land Warfare: United States Army Field Manual, FM 1956, para. 71 (b).

82. D. Jinks, Supra note 13; R.K. Goldman & B.D. Tittmore, Supra note 23; G.H. Aldrich, Supra note 1, p. 204.

83. D. Jinks, *Ibid.*

84. Third Geneva Convention, Art.s 8-11, 13, 49-57, 99-108, 129-131;

نیز ن. ک. به استدلال پاست:

J.J. Paust, Supra note 2.

85. “Letter to Secretary Rumsfeld”, Supra note 55.

86. Knut Dormann, Supra note 17.

87. *Ibid.*

88. Fourth Geneva Convention, Art. 4.

89. K. Ipsen, in: D. Fleck (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford University Press, 1995, p. 301; H. Mc Coubrey, *Int'l Humanitarian Law: Modern Developments in the Limitation of Warfare*, Dartmouth, Alder Shot, 2nd edn, 1998, p. 137;

E. David, *Principes de droit des Conflits arme's*, Bruylant, Brussels, 2nd edn, 1999, p. 397; G.I.A.D. Draper, *Supra* note 24, p. 197; F. Kalshoven, "The Position of Guerrilla Fighters Under the Law of War", *Revue de droit penal militaire et de droit de la Guerre*, 1972, p. 71; D. Jinks, *Supra* note 13; Knut Dormann, *Supra* note 17; R.R. Baxter, *Supra* note 28, pp. 328, 343; R.R. Baxter, "The Duties of Combatants and the Conduct of hostilities (Law of the Hague)", in: Henry Dunant Institute and UNESCO (ed.), *The Hague: Int'l Dimensions of Humanitarian Law*, Martinus Nijhoff, 1988, pp. 105 et seq.; U.S. Military Manual, *Supra* note 81, para. 73;

Prosecutor v. Delalic, Case No. IT-96-21-T, *Trial Judgment*, 16 Nov. 1998, para. 271; G.H. Aldrich, *Supra* note 1; British Military Manual, Part III: The Law of Land Warfare, Art. 94 (1958); Michael Bothe et al., *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, 1982, pp. 261-263;

البته دیدگاه‌های مخالفی هم وجود دارد مانند موارد زیر، ولی این افراد استدلال خاصی برای عدم اطلاق کنوانسیون چهارم ژنو به رزمنده غیرقانونی مطرح نکرده‌اند:

I. Detter. *The Law of War*, Cambridge University Press, 2000, p. 136;
Greenwood, "International Law and the "War Against Terrorism"", *Int'l Affairs*, 2002, p. 316; R.K. Goldman and B.D. Tittmore, *Supra* note 23.

90. Fourth Geneva Convention, Art. 5.
91. *Ibid.*, Art.s 27, 37, 71, 76, 126.
92. Prosecutor v. Delalic, *Supra* note 89.
93. Knut Dormann, *Supra* note 17.
94. Fourth Geneva Convention, Art. 5.
95. Additional Protocol I, Art. 45 (3).
96. ICJ Reports, 1986, p. 14, para. 114.
97. Prosecutor v. Delalic, *Supra* note 89, para. 150, 143; Prosecutor v. Tadic, Case No. IT-94-1-I, 2 Oct. 1995, para. 87; Prosecutor v. Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T, 2 Sep. 1998, para. 601;

Abella v. Argentina, Case 11.137, Inter-American Commission on Human Rights, Report No. 55/97, OEA/Wer. L/V/II. 98, doc. 6 rev., 1997, paras. 155-156; “Report on Terrorism and Human Rights”, Supra note 23, paras. 77-78
98. “Hamdan Case”, Supra note 4.

۹۹. ن. ک. به:

لین از قول پروفیسور گلنن (Glennon) نقل می‌کند که: «به نظر می‌رسد دیوان می‌خواهد بگوید که جنگ با تروریسم حداقل از برخی جهات باید با رعایت ماده ۳ مشترک پیش برده شود. این [حکم دیوان] گام مهمی به حساب می‌آید.»

100. CCPR/C/USA/Q/3/CRP.4, para. 5

101. G. Schwarzenberger, Int'l Law as Applied by Int'l Courts and Tribunals, Vol. II, Stevens, London, 1968, pp. 115 et Seq.;

E.Rosen blad, “Guerrilla Warfare and Int'l Law”, *Revue de droit penal militaire et de droit de la Guerre*, 1973, p. 98.

Knut Dormann, Supra note 17.

102. R.K. Goldman & B.D. Tittmore, Supra note 23; Knut Dormann, Ibid; G.H. Aldrich, Supra note 1, p. 893; “Reports on Terrorism & Human Rights”, Supra note 23, paras. 74-76; “Work shop on Customary Int'l Law and the 1977 Protocols Additional to the 1949 Geneva Conventions”, *The American University Journal of Int'l Law and Policy*, Vol. 2, No. 2 (Fall 1987), pp. 419-431, quoted in “Report on Situation of Detainees”, Supra note 2, paras. 8-10.

103. Additional Protocol I, Art. 45(3).

104. *Ibid.*, Art. 46.

105. ICCPR, Art. 9; “Report on Situation of Detainees”, Supra note 2, para. 24; Commentary on the Two 1977 Additional Protocols, Supra note 89;

Y.Sandoz, Ch.Swinarski, & B.Zimmermann (ed.s), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, ICRC, Geneva: Martinus Nijhoff, 1987, No. 1761;

J.J. Paust, Supra note 2;

106. Human Rights Committee, General Comments 24, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6 (1994), para. 16; Human Rights Committee, General

Comment No. 29, 31 Aug. 2001, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, para. 11,16;

Concluding Observations of the Human Rights Committee: Israel, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.93 (1998), para. 21;

Inter- American Commission on Human Rights, Advisory Opinion No. OC-8/87, Judicial Guarantees in States of Emergency, (Ser. A) No. 9 (October 6, 1987);

Inter- American Commission on Human Rights, Advisory Opinion No. OC-8/87, (Ser.A) No. 8 (Jan. 30. 1987), paras. 35, 38, 41, 42, 48;

Al-Nashif v. Bulgaria, App. No. 50963/94, Eur. Ct.H.R. (20 June 2002);

Aksoy v. Turkey, 23 Err. H.R. Rep. 553, 558-590 (1997);

Ocalan v. Turkey, App. No. 46221/99, Eur. Ct. H. R.;

Winter werp v. the Netherlands, App. No. 0006301/73, Ser. A no. 33, Eur. Ct. H.R. (24 October 1979); U.S. v. Noriega, 808 F. Supp., p. 796;

Precautionary Measures, Supra note 53;

Brogan v. U.K., 145 Eur. Ct. H.R. (Ser. A) 11, 33-34 (1988)

“Coard Case”, Supra note 71;

J.J. Paust, Supra note 2; J.J. Paust et al., Int'l Law and Litigation on the U.S., 2000, pp. 49-53, Cited in J.J. Paust, Supra note 2;

۱۰۷. در قضیه عباسی، دادگاه انگلستان اعلام کرد که ایالات متحده به‌طور خودسرانه و در مغایرت آشکار با اصول بنیادین عمل کرده، زیرا افراد بیگانه را بازداشت و در سرزمینی نگه داشته که بر آن کنترل کامل و انحصاری اعمال می‌کرده، لکن هیچ فرصتی برای طرح دعوی علیه مشروعیت بازداشت در برابر محاکم و دادگاه‌ها در اختیار این افراد قرار نداده است. دادگاه به میثاق حقوق مدنی و سیاسی استناد کرد و عنوان داشت که هر کسی بوسیله دستگیر یا زندانی شدن از آزادی‌اش محروم شده باید حق داشته باشد که در محضر یک دادگاه دعوایی اقامه کند که براساس آن دادگاه بدون تأخیر مشروعیت و قانونی بودن بازداشت او را تعیین کرده در صورتی که بازداشتش قانونی نبود، حکم آزادی او را صادر کند. دادگاه اظهار داشت این قاعده ریشه در یک سنت مهم حقوقی دارد که در ایالات متحده و انگلستان مشترک است و آن این قاعده است که هیچ عضو قوه مجریه نمی‌تواند در آزادی مردم مداخله کند، مگر آنکه بتواند از مشروعیت عملش در پیشگاه قانون حمایت کند. ن. ک. به:

Abbasi, [2002] EWCA Civ 1598, paras. 64-66, U.K. Sup. Ct. Judicature, (C. A. November 6, 2002), www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2002/1598.gtml;

نیز ن. ک. به: رویه قضایی محاکم ایالات متحده که کم‌کم در طول سال‌های ۲۰۰۶-۲۰۰۱ به نحوی جهت‌گرفت که تأیید می‌کرد محاکم و دستگاه قضایی ایالات متحده امکان و اختیار بازنگری قضایی در مشروعیت بازداشت زندانیان گوانتانامو را طبق قانون اساسی، و قوانین داخلی و حقوق بشر دارا هستند.

Rasul v. Bush (Rasul II, 124 S. Ct. 534 (2003); Al-Odah v. U.S., 124 S. Ct. 534 (2003); Gherebi II, 2003 WL 22971053;

Hamdi II, 296 F. 3d; Padilla I, 233 F. Supp. 2nd,

Hamdi III, 243 F. Supp. 2d; hamdi IV, 316 F. 3d;

Padilla II, 243 F. Supp. 2d; Padilla IV, 2003 WL 22965085 (2d Cir. Dec 18, 2003); Al-Marri v. Bush, 274 F. Supp. 2d 1003 (D.D.I II.2003), appeal docketed, No. 03-3674 (7th Cir. Oct. 9, 2003); all cited in: D.M. Amann, *Supra* note 2, pp. 278-285; “Hamdan Case”, *Supra* note 4; “Rasul Case”, *Supra* note 65.

108. “Rasul Case”, *Supra* note 65.

109. *Ibid.*

110. *Ibid.*

111. “Report on Terrorism and Human Rights”, *Supra* note 23, para. 137-138, 146; Report of Working Group on Arbitrary Detention, Civil & Political Rights, Including the Question of Forture & Detention, UN Commission on Human Rights, 59th Sess., Provisional Agenda Item 11(a), UN Doc. E/CN.4/2003/8 (2002), paras. 61-64;

Working Group on Arbitrary Detention, Opinion No. 5/2003 (United States of America), para. 8 (May 8, 2003); E/CN.4/2004/3, 15 Dec. 2003, paras. 62-63; “Report on Situation of Detainees”, *Supra* note 2; CCPR/C/USA/Q/3/DRP.4, *Supra* note 66; J.J. Paust, *Supra* note 2.

112. See: *Supra* note 106, 107, 111.

113. Additional Protocol I. Art. 75.

114. Gherebi Case, 2003, *Supra* note 107.

115. “Report on Terrorism and Human Rights”, *Supra* note 23, para. 146; E/CN.4/2004/3, para. 60; CCPR/C/USA/Q/3/CRP.4, para. 12; Human Rights Committee General Comment 29, *Supra* note 106, para. 16; E/CN.4/Sub.2/1982/15,

27 July 1982, para. 45;

Int'l Commission of Jurists, *States of Emergency: Their Impact on Human Rights* (Geneva, 1983), at 461-463, No.s 21-24, 26, 29, 34, 36; R.K. Goldman and B.D. Tittmore, *Supra* note 23;

116. "U.S.: Makeshift Process of Military Commissions Imperils Justice", *Human Rights Watch*, 27 Aug. 2004; "U.S.: Guantanamo Tribunal Lacks Basic Knowledge of Law", *HRW*, 6 Nov. 2004.

117. *Coolidge v. New Hampshire*, 403 U.S. 443 (1971); *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949); *Waller v. Georgia*, 467 U.S. 39 (1984); *Klopfer v. North Carolina*, 386 U.S. 213 (1967); *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966);

Malloy v. Hogan, 378 U.S. 1 (1964); *Map v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961); *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319 (1976); *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); All Cited in: D.M. Amann, *Supra* note 2, pp. 290-292.

118. Additional Protocol I, Art. 75(4).

119. Fourth Geneva Convention, Art. 5.

120. Common Art. 3, Fourth Geneva Convention, Art. 3(1) (d).

121. ICCPR, Art.s 9, 14.

122. CCPR/C/USA/Q/3/CRP.4, *Supra* note 66, para. 18.

123. "Report on Situation of Detainees", *Supra* note 2, paras. 30-33; "Report on Terrorism and Human Rights", *Supra* note 23, para. 17.

124. "Ocalan Case", *Supra* note 106, paras. 114-121;

کمیسیون آفریقایی حقوق بشر و مردم مشروعیت محاکم نظامی را به‌طور کل رد نکرده، ولی آن را مشروط به رعایت همه استانداردهای حقوق بشری دانسته است و خصوصاً به بی‌طرف بودن نهاد قضاوت‌کننده اشاره کرده است. ن. ک. به:

Communication 218/98, *Civil Liberties Organisation, Legal Defence Centre, Legal Defence and Assistance Project v. Nigeria*, 29th Sess., *Afr. Comm'n Hum. & P. Rts.* (May 2001), <www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/218-98.htm>, paras. 24-26, 44;

125. General Comments No.s 29,31, *Supra* notes 57, 106.

126. *Supra* notes 48, 49;

نیز ن. ک. به:

“Reports on Terrorism and Human Rights”, Supra note 23, para. 17; “Hamdan Case”, Supra note 4.

127. “Hamdan Case”, Ibid.

128. Ibid.

129. Ibid.; E/CN.4/2004/3, para. 67.

130. Third Geneva Convention, Arts. 82-88.

131. ICCPR, Art. 14; Fourth Geneva Convention, Art. 5; Additional Protocol I, Art. 75(4).

132. Knut Dormann, Supra note 17; Goldman and B.D. Tittmore, Supra note 23;

نیز ن. ک. به:

CCPR/C/USA/Q/3/CRP.4, Supra note 66, paras. 11-12, 18;

Communication 218/98, Supra note 124; Human Rights Committee, General Comment No. 13, 21st Sess., 1984 para.4; UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.1, 1994, at 14;

U.S. Presidential Military Order, Supra note 43; “Report on Situation of Detainees”, Supra note 2, paras. 19-20; “Report on Terrorism and Human Rights”, Supra note 23, paras. 16-20; “Ocalan Case”, Supra note 106, paras. 114-121.

133. Rome Statute of the International Criminal Court, U.N. Coc. A/CONF. 183/9, Art. 20, Part 3, Arts. 22-33, Art. 55, 65-67, 69, 83-85; Statute of the Int'l Tribunal for the Former Yugoslavia, 25 May 1993, Arts. 10, 21; Statute to the Tribunal for Rwanda, Arts. 9, 20; The Statute of the Iraqi Special Tribunal, 10 Dec. 2003, Arts. 20. 21.

134. “Report on Terrorism and Human Rights”, Supra note 23, para. 16-20, 77, 78, 137-138; “Hamdan Case”, Supra note 4; Derek Jinks, Supra note 13.