

جنایات جنگی در منازعه‌های داخلی و بین‌المللی

مبانی و مصادیق تمایز

سیدمهدی سیدزاده ثانی ۱
زهرا فرهادی آلاشتی ۲

چکیده

جنایات جنگی در دو بستر منازعات بین‌المللی و داخلی رخ می‌دهند، اما علی‌رغم تشابه در ماهیت، برخی جنایات جنگی صرفاً در منازعات بین‌المللی جرم‌انگاری شده و ارتکاب آن‌ها در منازعات داخلی، جنایت جنگی محسوب نمی‌شود. در این مقاله با بررسی و تطبیق اسناد بین‌المللی از جمله اساسنامه رم، لیست جرایمی که صرفاً در جنایات بین‌المللی جرم‌انگاری شده احصا و تبیین شده است. برخی از جنایات جنگی صرفاً بین‌المللی عبارتند از: اجبار به خدمت به دشمن، تبعید یا انتقال یا حبس غیرقانونی، حمله به غیرنظامیان، ایراد صدمه به محیط زیست، حمله به مناطق بی‌دفاع، کشتن فرد ناتوان، بهره‌گیری نادرست از نشان‌ها، اعلان لغو حقوق اتباع طرف مخاصمه، سپر انسانی کردن غیرنظامیان، گرسنگی دادن و استفاده از برخی سلاح‌های نامتعارف. مبانی تمایز میان جنایات جنگی در منازعات بین‌المللی و داخلی از طریق بررسی روند مذاکرات، گرایش‌های سیاسی دولت‌ها و مشروح مذاکرات نشست رم مورد بحث قرار گرفت. به‌موجب بررسی به‌عمل آمده مهم‌ترین علت تمایز جنایات جنگی داخلی و بین‌المللی، تأثیرپذیری اساسنامه رم از کنوانسیون‌های چهارگانه ۱۹۴۹ ژنو و نگاه سیاسی و حاکمیتی دولت‌ها برای محدود کردن صلاحیت دیوان بوده است.

واژگان کلیدی: دیوان کیفری بین‌المللی، جنایات جنگی، مخاصمات مسلحانه بین‌المللی، مخاصمات مسلحانه داخلی، حقوق بشر دوستانه.

۱. استادیار حقوق دانشگاه فردوسی مشهد (نویسنده مسئول): seidzadeh@um.ac.ir

۲. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه فردوسی مشهد

مقدمه

پیشینه تاریخی جرایم جنگی و اهمیت حفظ صلح و ثبات جامعه جهانی سبب گردیده است که در عرصه حقوق بین‌الملل جرایم جنگی نقض مقررات حقوق بشردوستانه بین‌المللی^۱ به‌شمار آید. این جرایم قدمتی طولانی‌تر از سایر جرایم بین‌المللی دارد، از این‌رو حقوق بین‌الملل عرفی مقدم بر حقوق بین‌الملل معاهداتی اعمال ارتكابی در حین مخاصمات مسلحانه را جرم‌انگاری نموده است. اما، ورود این دسته از جرایم به عرصه حقوق بین‌الملل معاهداتی، از طریق مواد ۲۲۸ تا ۲۳۰ معاهده ۱۹۰۷ لاهه بوده است.

در جریان کنفرانس دیپلماتیک رم در سال ۱۹۹۸ مذاکرات متعددی پیرامون جرایم جنگی و صلاحیت «دیوان کیفری بین‌المللی»^۲ در مورد این جرایم صورت گرفت، که در نهایت منجر به تصویب ماده هشت اساسنامه دیوان گردید. با گذشت شانزده سال از تصویب اساسنامه دیوان، هم‌چنان نقدهایی بر آن وارد است، مانند تمایز قابل‌گردیدن ماده هشت اساسنامه بین جرایم جنگی ارتكاب یافته در مخاصمات مسلحانه داخلی و بین‌المللی. اعمالی هم‌چون سپر انسانی قرار دادن غیرنظامیان، حمله یا بمباران مناطق بی‌دفاع و ... به شدت روح بشری را آزرده ساخته و نمی‌توان مبنایی منطقی برای توجیه این تمایزات یافت. در همان سال تصویب اساسنامه دیوان، کمیته حقوق‌دانان حقوق بشر به صراحت اعلام نمود: «پذیرفتنی نیست که معتقد باشیم عاملان جنایات مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی به این علت که قربانیان آن‌ها دارای تابعیت مشابه‌شان هستند، نباید تحت عدالت بین‌المللی قرار گیرند» (Moir, 2002, P. 165).

سال‌ها قبل از تصویب اساسنامه دیوان، نهادها و مراجع بین‌المللی متعددی، خواستار احترام به حقوق بشردوستانه بین‌المللی، فارغ از نوع درگیری‌ها شده بودند. به‌عنوان نمونه، مجمع عمومی سازمان ملل متحد قطعنامه ۲۴۴۴ را تحت عنوان «احترام به حقوق انسانی در مخاصمات مسلحانه» صادر نمود و خواستار اقداماتی برای اجرای هر چه بهتر قواعد و عرف‌های حاکم بر حقوق بشردوستانه بین‌المللی و نیز افزودن کنوانسیون‌های بیشتری درباره این موضوع برای تأمین هر چه بهتر حقوق مذکور در همه مخاصمات گردید و حمایت هر چه بیشتر از غیرنظامیان، رزمندگان و زندانیان و نیز منع استفاده از روش‌ها و ابزارهای جنگی خاص را خواستار شد. دکترین حقوق بین‌الملل هم پیوسته دغدغه حمایت از قربانیان جنگ، فارغ از نوع مخاصمات را داشت. به‌عنوان نمونه، «ژان پیکته» مسؤول تدوین کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو و نایب

^۱International humanitarian law(IHL).

^۲عبارت «دیوان کیفری بین‌المللی» در ادامه این نوشتار با عنوان اختصاری «دیوان» مورد اشاره قرار می‌گیرد.

رئیس کمیته بین‌المللی صلیب سرخ، به چنین دوگانه‌انگاری اعتراض نموده و حقوق بشردوستانه را حقی برای همه انسان‌ها می‌داند.

با پیش‌روی قرارداد پیشنهادی تدوین حقوق بشردوستانه بین‌المللی و آراء و نظریه‌های متعدد دکترین حقوقی، این پرسش مطرح می‌گردد که به چه علت اساسنامه دیوان که از تجربه‌های سه نسل دادگاه‌های کیفری پیشین برخوردار بوده و با آرمان زدودن هرگونه بی‌کیفرمانی جنایتکاران بین‌المللی تشکیل گردیده، نتوانسته است عدالت کیفری وعده داده شده را به ارمان بیاورد. در نوشتار پیش‌رو، به دنبال شناسایی دامنه این تمایز از یک سو و یافتن پاسخی به چرایی مذکور از سوی دیگر هستیم. برای درک هر چه بهتر اهمیت وضع تمایزهای مذکور، نخست جرایمی که صرفاً در مخاصمات مسلحانه بین‌المللی جرم‌انگاری گردیده‌اند^۱، بازخوانی می‌شود. در گفتار دوم به کنفرانس دیپلماتیک رم رجوع خواهیم نمود برای بررسی این ایده که آیا عدم درج مقررات واحد برای جنایات جنگی، صرفاً توجیهی حقوقی داشته است یا استانداردهای متعددی برای وضع این تمایزات تعریف گردیده بود؟

۱- جنایات جنگی خاص منازعات بین‌المللی

اصل جرم‌انگاری تمایز جنایات جنگی مسأله‌ای نیست که به تازگی کشف شده باشد، و همان‌گونه که در مقدمه اشاره شد، از همان بدو تصویب اساسنامه مورد انتقاد قرار گرفت. اما با مرور منابع فارسی و لاتین می‌توان دریافت که تاکنون کمتر کسی اقدام به بررسی فهرست عناوین جنایات جنگی (که صرفاً در منازعات بین‌المللی جرم‌انگاری شده و در منازعات داخلی جرم محسوب نمی‌شوند) کرده است. همان‌گونه که در این گفتار نیز خواهد آمد برخی از جرایم صرفاً قابلیت تحقق در مخاصمات مسلحانه بین‌المللی را داشته و درج آن‌ها در مخاصمات داخلی ممکن نیست؛ اما، شمار زیادی از جرایم جنگی مذکور در اساسنامه دیوان، جرایمی هستند که واجد ویژگی منحصر به فردی نبوده و قابلیت تحقق در همه مخاصمات را خواهند داشت. از این رو، آشنایی با این جرایم و اهمیت آن‌ها، منجر به درک بهتر مبانی تمایزات خواهد گردید. در این گفتار به بررسی جرایم مورد اختلاف پرداخته و پس از آشنایی با آن‌ها، در گفتار دوم به پاسخ‌گویی چرایی عدم درج این موارد در مخاصمات داخلی خواهیم پرداخت.

^۱ منظور آن دسته از جرایمی‌اند که واجد ویژگی خاصی نبوده و این قابلیت را دارند که در مخاصمات مسلحانه داخلی نیز ذکر گردند.

الف- ممنوعیت اجبار به خدمت در نیروهای دشمن: برای وقوع این جرم مرتکب باید شخص یا اشخاصی را به وسیله عمل، تهدید و یا به هر نحو دیگر به شرکت در عملیات نظامی علیه کشور یا نیروهای خودی یا خدمت به نیروهای دشمن مجبور نماید. احتمال وقوع چنین جرمی در خلال نبردهایی بسیار است که نیروهای رزمنده متعلق به گروه‌های نژادی و قومی متنوعی هستند؛ چراکه در چنین مواردی اجبار به خدمت برای نیروهای دشمن نوعی سرافکنندگی و روی برتافتن از ایدئولوژی‌های حاکم بر گروه قومی یا نژادی فرد رزمنده، تلقی می‌گردد.^{۱،۲}

ذکر عبارت کلی هرگونه خدمت دیگر^۳ باعث ایجاد ابهام و عدم تشخیص دامنه خدمت می‌گردد. بنابراین بهتر بود مانند موارد دیگری از این قبیل که در سند عناصر با درج پاورقی، نمونه ذکر شده است، تهیه‌کنندگان سند عناصر در پاورقی و ذیل عناصر این جرم برخی از مصادیق آن‌را، مشخص می‌نمودند. برای درک این عبارت می‌توان به مذاکرات کنفرانس دیپلماتیک رم رجوع کرد. کشورهای مذاکره‌کننده خواهان این بودند که این جرم فقط «محدود به اجبار اشخاص تحت حمایت برای اقدام علیه افراد کشور یا نیروهای خودشان نشود بلکه علیه سایر کشورها یا نیروهای هم‌پیمان و متحد با آن کشورها یا نیروها نیز اعمال گردد» (Triffterer, 2008, p. 314). به همین دلیل در متن نهایی اساسنامه عبارت کلی هرگونه خدمت دیگر درج گردید.

ب- تبعید یا انتقال یا حبس غیرقانونی: سند عناصر تعریفی از جرم مذکور ارائه نداده است.^۵ اما با رجوع به آراء دادگاه‌های کیفری پیشین می‌توان منظور تدوین‌کنندگان اساسنامه را دریافت. دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق در پرونده «رادیسلاف کریستیک»^۱ مقرر می‌دارد که در حقوق بین‌الملل

^۱ مواد ۱۳۰ تا ۱۴۷ کنوانسیون سوم ژنو و نیز ماده ۲۳ مقررات ۱۹۰۷ لاهه به این جرم می‌پردازند. با بررسی موارد برشمرده شده در سند عناصر برای این جرم به نظر می‌رسد که تهیه‌کنندگان اساسنامه «تصمیم گرفتند که عبارات مقررات نقض‌های فاحش ژنو و ماده ۲۳ مقررات ۱۹۰۷ لاهه را با یکدیگر ادغام نمایند» (Dorman & others, 2003: 97). البته باید مد نظر داشت که «ساختار مقررات لاهه از برخی جهات وسیع‌تر و از جهات دیگر مضیق‌تر» (Triffterer, 2008: 314) از مقررات کنوانسیون‌های ژنو است.

^۲ اجبار اتباع یک دولت به خدمت در نیروهای دشمن در ماده ۵۲ مقررات ۱۹۰۷ لاهه و نیز در مواد ۴۹ تا ۵۷ کنوانسیون سوم ژنو و نیز مواد ۹۵ و ۵۱، ۴۰ کنوانسیون چهارم ژنو منع گردیده است. البته لازم به ذکر است که اصطلاح «عملیات جنگی» که در مقررات لاهه ذکر گردیده بود، جایگزین اصطلاح «عملیات نظامی» (قسمت دوم ماده ۵۲ کنوانسیون چهارم ژنو) شده است.

^۳ Otherwise serve.

^۴ Unlawful deportation or transfer or unlawful confinement

^۵ اجزاء تشکیل‌دهنده این جرم برگرفته از عبارات مواد ۱۴۷ و ۴۹ کنوانسیون چهارم ژنو است.

^۶ عنوان مذکور در ادامه این نوشتار با علامت اختصاری «ICTY» مورد اشاره قرار خواهد گرفت.

ارائه‌شده از اهداف غیرنظامی در اساسنامه، مستلزم دور بوده و هیچ معیاری برای شناسایی اهداف مذکور ارائه نگردیده است^۱، در حالی که شایسته بود در سند عناصر جرایم و یا مانند بندهایی که در ذیل ماده هفت برای تعریف برخی از مواد آورده شده بود، شاخص‌هایی برای تمیز اهداف غیرنظامی از اهداف نظامی ارائه شود. با توجه به فقدان تعریفی واضح از اهداف نظامی در اساسنامه باید به بند دوم ماده ۵۲ پروتکل الحاقی اول رجوع کرد. بر اساس این بند، حمله‌ها منحصراً باید به هدف‌های نظامی محصور گردد. تا آن‌جا که به اموال مربوط می‌شود هدف‌های نظامی به اموالی محدود می‌شود که به الحاق ماهیت محل، هدف، یا کاربرد آن‌ها سهم مؤثری در عملیات نظامی داشته و تخریب کلی یا جزئی، تصرف یا از کار انداختن آن‌ها در شرایط زمانی موجود، یک مزیت نظامی معین محسوب گردد.

بنابراین باید به دو شاخصی که برای تشخیص اهداف نظامی وجود دارد، توجه داشت. «اول، سهم و تأثیر اهداف نظامی و دوم، مزیت نظامی که حاصل می‌شود» (Cassese, 2002, p. 397). همچنین در مواردی که ممکن است تردید حاصل شود که آیا اهداف مدّ نظر نظامی هستند یا خیر، براساس قسمت دوم ماده ۵۲ پروتکل الحاقی اول باید فرض شود که هدف نظامی نیست.

ث- خسارت گسترده بلندمدت و شدید به محیط زیست: طرفین درگیری مخاصمه‌های مسلحانه بین‌المللی از مبادرت به هرگونه حمله‌ای که منجر به خسارت شدید، گسترده و بلندمدت به محیط زیست گردد و این خسارت به‌وضوح شدیدتر از مجموع مزایای نظامی محسوس و مستقیم پیش‌بینی شده برای آن حمله باشد، منع گردیده‌اند.^۲ لیکن آن‌چه تجمیع شرایط وقوع این جرم را دشوار می‌نماید، منع موضوع این بند است که مطلق نبوده و از چند جهت تخصیص خورده است؛ نخست، برای ارتکاب این جرم صرف حمله عامدانه کفایت نمی‌نماید، بلکه علاوه بر عمد، علم مرتکب نیز برای ایجاد ضرر و خسارت به اجزا عنصر مادی این بند ضروری است، دوم، خسارت مذکور باید برای مرتکب قابل پیش‌بینی باشد، بنابراین هرگاه وی عامداً و عالماً مبادرت به حمله نماید، اما هیچ‌گاه نتایج حاصله از حمله برای وی قابل پیش‌بینی نباشد، مشمول حکم مندرج در این ماده قرار نخواهد گرفت و در واقع قید مذکور می‌تواند مفری برای

را به‌عنوان یکی از قواعد حقوق بین‌الملل عرفی شناخته است» (Henckaerts & Doswald-Beck, 2009:26). اساسنامه دیوان کیفری

بین‌المللی این جرم را از قسمت اول ماده ۵۲ پروتکل الحاقی اول کنوانسیون ژنو گرفته است.

^۱ بر اساس تعریف مندرج در سند عناصر جرایم، اهداف غیر نظامی اهدافی اند «که نظامی نیستند».

^۲ جرم مذکور در حقیقت تلفیقی از مقررات مندرج در بند ۳ ماده ۳۵، جز (ب) بند ۵ ماده ۵۱، بند ۱ ماده ۵۵، شق سوم جزء (الف) بند ۲ ماده ۵۷ و نیز بند ۳ ماده ۸۵ پروتکل الحاقی اول ژنو است.

مرتکبین این جرم باشد، سوم، چنانچه ضرورت نظامی ایجاب نماید و خسارت مذکور آشکارا نسبت به مجموع فایده نظامی ملموس و مستقیم مورد انتظار از آن حمله نظامی افراطی نباشد، می‌توان اعمال ارتكابی در ماده را مرتکب شد. به عبارت دیگر مزیت نظامی که در مقابل تلفات حاصله افراطی نباشد، می‌تواند توجیه‌گر خسارت به محیط زیستی باشد که گونه‌های نادر و در حال انقراض حیات وحش را در خود جای داده است.

اساسنامه با تأکید بر این که تلفات حاصله آشکارا *افراطی*^۱ نباشند به لزوم رعایت اصل تناسب اشاره می‌نماید. بنابراین هرگاه خسارات و تلفات حاصله از حمله‌ها، بیشتر از مجموع فایده نظامی مورد انتظار باشد، با اصل تناسب سازگاری نداشته و مشمول حمایت این ماده قرار نخواهد گرفت؛ زیرا در این حالت منجر به نقض انسانیت می‌شود که یکی از اصول حقوق بشردوستانه بین‌المللی است. البته این به معنی عدم ورود هیچ‌گونه تلفاتی به غیرنظامیان نیست؛ زیرا همان‌طور که این ماده بیان کرده است، حتی ممکن است به علت به‌دست آوردن فایده نظامی تلفات جانی هم در حین مخاصمات وارد گردد؛ چراکه «حقوق جنگ محصول تلفیقی از ضرورت نظامی و ملاحظات انسانی است، نقض قواعد جزئی آن در اغلب موارد نقض گسترده حقوق بشردوستانه بین‌المللی محسوب نمی‌گردد» (Provost, 2004, p. 198). جرم مذکور مطلق بوده و حتی اگر «به‌خاطر نقص سیستم تسلیحاتی، هدف مورد نظر مورد اصابت قرار نگرفته باشد» (Henckaerts & others, 2009, p. 596).

ج- حمله یا بمباران مناطق بی‌دفاع: برای وقوع این جرم مرتکب یا مرتکبان باید یک یا چند شهر، روستا، اماکن مسکونی یا ساختمان‌هایی را مورد حمله یا بمباران قرار دهند که اهداف نظامی نبوده و بدون مقاومت برای اشغال مهیا هستند.^۲ برخی انتقادات اساسی به جرم محدودبودن حمله و یا بمباران مناطق مورد حمایت، شده است. برای نمونه راه‌های ارتباطی و پل‌ها که کاربرد نظامی نداشته، مورد حمایت این ماده

^۱ Excessive.

^۲ سند عناصر جرایم این ماده را از مقررات لاهه و پروتکل الحاقی اول به کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو برگرفته است. بند اول مذکور در سند عناصر این جرم که از مورد حمله قرار دادن روستاها، اماکن مسکونی یا ساختمان‌ها سخن می‌گوید، از ماده ۲۵ مقررات ۱۹۰۷ لاهه و بند دوم آن که از اشغال بدون مقاومت این مناطق بحث می‌کند، از قسمت د بند (۳) ماده ۸۵ پروتکل الحاقی اول ژنو گرفته شده است. اماکن مورد حمایت این ماده، شباهت بسیار زیادی به بند سوم از ماده ۳ اساسنامه ICTY دارد که صلاحیت این محکمه برای تحت پیگرد قرار دادن افرادی را برمی‌شمارد که حقوق و عرف‌های حاکم بر جنگ را نقض می‌کنند. به موجب این بند: «حمله یا بمباران به هر وسیله‌ای به شهرها، روستاها، منازل یا ساختمان‌های بی‌دفاع» ممنوع اعلام شده است.

قرار نمی‌گیرند. هم‌چنین ضروری است که «منطقه دفاعی اعلام شده داخل و یا نزدیک محل درگیری باشد، و برای اشغال مهیا باشد. منطقه‌ای که بی‌دفاع اعلام شده است نمی‌تواند در منطقه داخلی کشور - دور از منطقه درگیری - باشد؛ به این دلیل ساده که آن منطقه هنوز در چنگ نیروهای دشمن قرار نگرفته است» (Dinstein, 2004, p. 101).

چ - **کشتن یا زخمی کردن شخص ناتوان:** براساس سند عناصر جرایم مرتکب باید شخص یا اشخاصی را زخمی نموده و یا کشته باشد که ناتوان از حمله بوده‌اند.^۱ سند عناصر، برخلاف اساسنامه از واژه «شخص»^۲ به جای «رزمنده»^۳ استفاده نموده است. بنابراین گستره جرم مذکور بسیار وسیع خواهد بود؛ چراکه «فقط منحصر به غیر نظامیانی که درگیر مخاصمات بودند و از میدان رزم خارج شدند یا اعضای نیروهای مسلح که از لحاظ فنی رزمنده نیستند، نمی‌شود؛ بلکه حتی کسانی را که به دست نیروهای دشمن نیز افتادند شامل می‌شود» (Triffterer, 2008, p. 346).

ح - **استفاده ناشایست از نشان‌ها:** هرگاه شخصی از پرچم آتش‌بس، پرچم، نشان یا لباس دشمن یا سازمان ملل متحد و یا علائم ممیزه کنوانسیون‌های ژنو به طریقی که براساس حقوق بین‌المللی مخاصمه‌های مسلحانه غیرمجاز بوده، استفاده نماید و عملش منجر به مرگ یا صدمه جدی به اشخاص شود، مرتکب جرم استفاده ناشایست از نشان‌ها شده است.^۴ بر اساس سند عناصر جرایم این جرم مقید است و عمل مرتکب باید منجر به مرگ یا صدمه شدید به اشخاص گردد. بنابراین صرف استفاده ناشایست از این نشان‌ها جرم جنگی قلمداد نمی‌گردد. ایراد وارده به قید مذکور این است که گاه نیروهای طرف مقابل به ماهیت خائنانه استفاده از نشان‌ها پی‌برده و فریب دشمن را نخورده، بنابراین مرگ یا صدمه شدید نیز

^۱ اساسنامه جرم مذکور را از قسمت سوم ماده ۲۳ مقررات ۱۹۰۷ لاهه الهام گرفته است. با این تفاوت که آن‌را به صورت مطلق پذیرفته و تغییری جزئی در آن اعمال داشته است. بدین صورت که به جای استفاده از واژه **دشمن (Enemy)** که در مقررات لاهه به کار می‌رفت، از واژه **رزمنده (Combatant)** استفاده نموده است. پاراگراف دوم ماده ۴۱ پروتکل الحاقی اول ژنو معنی عبارت «شخصی که از میدان رزم خارج شده است» را بیان می‌دارد.

^۲ Person

^۳ Combatant

^۴ عمده قواعد مندرج در این بند از ماده ۲۳ مقررات ۱۹۰۷ لاهه گرفته شده است، لیکن اساسنامه فقط محدود به مقررات این ماده نبوده و حیطه مذکور را گسترش داده است، علاوه بر موارد بر شمرده شده در مقررات لاهه، اساسنامه استفاده از پرچم یا لباس‌های یکنواخت سازمان ملل متحد را نیز به موارد قبلی افزوده است. هم‌چنین در حالی که مقررات لاهه استفاده ناشایست از **علامات (Emblems)** را جرم‌انگاری نموده، اساسنامه از واژه **نشان‌ها (Badges)** استفاده کرده است.

اتفاق نخواهد افتاد و طبق سند عناصر جرایم چنین جرمی واقع نخواهد شد، اما رفتار ریاکارانه دشمن در این موارد باعث سلب اعتماد نیروهای مقابل به نشان‌های ممیزه خواهد شد و علایم مذکور فایده و کاربرد خود را در بسیاری از مواقع از دست خواهند داد و نشان‌های نهادهای بین‌المللی هم چون سازمان ملل مورد تمسخر دشمن قرار خواهد گرفت. محاکم کیفری مختلفی، استفاده ناشایست از علایم و نشان‌های ممیزه در طول مخاصمات مسلحانه را محکوم نموده‌اند. به‌عنوان مثال می‌توان به پرونده «**هاینز هاگندورف**»^۱ اشاره نمود؛ سربازی آلمانی که توسط دادگاه نظامی دولتی آمریکا محکوم به استفاده ناشایست از علائم صلیب سرخ در منطقه‌ی جنگی شد؛ زیرا، «او از درون آمبولانسی که علامت صلیب سرخ داشت، شلیک می‌نمود» (Trial of Heinz Hagendorf, 1946).

خ- **جابه‌جایی توسط نیروی اشغال‌گر**: بر اساس سند عناصر جرایم مرتکب باید به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم بخشی از جمعیت خود را به سرزمین اشغال‌شده منتقل کرده (لازم است اصطلاح جابه‌جایی مطابق با مقررات حقوق بین‌الملل بشردوستانه تفسیر شود). و یا تمام یا بخشی از جمعیت سرزمین اشغال‌شده را در داخل یا خارج از سرزمین، اخراج یا جابه‌جا کرده باشد.^۲ منظور از انتقال غیرمستقیم این است که صرف اجبار مادی و فیزیکی برای انتقال جمعیت غیرنظامی نیروی اشغال‌گر به سرزمین اشغالی نیاز نیست، بلکه صرف «عمل تحریک‌آمیز یا ایجاد تسهیلات نیز ممکن است تحت شمول این جرم جنگی قرار گیرد» (Dormann & others, 2003, p. 211). دول عربی در طول مذاکرات خواستار این بودند که نه تنها اقدام دولت اشغال‌گر در انتقال سازمان یافته جمعیت غیرنظامی به نواحی اشغالی منع شود، بلکه حتی اگر «گام‌های مؤثری در جهت منع جمعیت خود از چنین انتقالی برداشتنند» (S. Lee, 1999, p. 113) نیز شامل گردد. از اینرو تصمیم بر این قرار گرفت که واژه **مخیر مستقیم**^۳ نیز در متن نهایی اساسنامه گنجانیده شود.^۴

^۱ Heinz Hagendorf.

^۲ نحوه جرم‌انگاری اساسنامه دیوان برای این بند همانند قسمت الف از بند چهارم ماده ۸۵ پروتکل الحاقی اول ژنو است، با این تفاوت که مقررات مندرج در این ماده را به‌طور مطلق نپذیرفته و تغییراتی را در آن ایجاد نموده است.

^۳ Indirecte

^۴ دستورالعمل‌های نظامی کشورهای مختلف نیز این عمل را منع کرده است. به‌عنوان مثال دستورالعمل نظامی انگلستان مقرر می‌دارد: «اشغال‌کننده مجاز به اخراج یا انتقال جمعیت غیرنظامی اش به کشور اشغالی نمی‌باشد» (The Uk military Manual, 1958).

د- اعلان لغو، تعلیق یا غیر قابل قبول بودن حقوق و دعاوی اتباع طرف مخاصمه در دادگاه^۱: یکی از حقوق قانونی مورد پذیرش تمام نظام‌های حقوقی رسیدگی به دعاوی شهروندان در مراجع قضایی صالح است و شرایط جنگی نیز نباید آنان را از حقشان محروم نماید. لغو، تعلیق و یا انقضای پذیرش حقوق یا اعمال مشخصی در یک دادگاه علیه اتباع دشمن باید توسط مقام صالح ذی‌ربط صورت گرفته و وی در سلب این حقوق مؤثر بوده باشد. اساسنامه و به‌دنبال آن سند عناصر دیوان به‌طور مطلق به منع رسیدگی به حقوق و دعاوی اتباع طرف مخاصمه پرداخته و ذکر از «قلمرو طرفین درگیری» به میان نیآورده است. به عبارت دیگر آیا اتباع طرف مخاصمه فقط در قلمرو طرفین درگیری به حقوق و دعاوی‌شان رسیدگی نمی‌شود و یا این که به طور مطلق و در هر کجا که باشند و به صرف احراز این که «اتباع» طرفین درگیر هستند - فارغ از این که در قلمرو درگیری باشند یا خیر - به دعاوی‌شان رسیدگی نمی‌شود؟ کنوانسیون لاهه نیز که منشأ وضع این ماده است، در این باره سکوت اختیار کرده است. شاید بتوان در پاسخ به این ابهام گفت با توجه به این که عمل مذکور جرمی جنگی است، بالطبع باید در قلمرو طرفین درگیری و در حین جنگ باشد تا مشمول حکم مندرج در ماده ۸ گردد. ابهام دیگر موجود در این ماده، موضوع منع آن است. استفاده اساسنامه از واژگان «حقوق و دعاوی»^۲ موجب تبادل این سؤال به ذهن می‌شود که آیا منظور اساسنامه دعاوی خصوصی و تجاری است و یا این که امور کیفری را نیز دربر می‌گیرد؟ ظاهر عبارت حقوق و دعاوی نظر اول را تقویت می‌کند، اما با توجه به اهمیت بیشتر حقوق کیفری در صیانت از اصول انسانی، اگر تدوین‌کنندگان اساسنامه، دعاوی خصوصی و تجاری را در این بند گنجانیده باشند، به طریق اولی، این بند امور کیفری را نیز دربر می‌گیرد.

ذ- سپر انسانی واقع‌شدن غیرنظامیان یا دیگر اشخاص تحت حمایت: در طول تاریخ استفاده از جمعیت غیرنظامی برای دفاع از تأسیسات و نیروهای نظامی به کرات رخ داده است. بر طبق اساسنامه دیوان، مرتکب باید محل اقامت یک یا چند غیرنظامی یا سایر اشخاص مورد حمایت حقوق بین‌الملل مخاصمات مسلحانه را تغییر داده یا به نحو دیگری از محل اقامت آن‌ها بهره‌برداری کرده باشد و قصد حفاظت از اهداف نظامی در برابر حمله یا بهره‌گیری از این امر در عملیات نظامی خود یا ایجاد مانع با آن در برابر

^۱ این مقررہ کاملاً برگرفته از بند (ح) ماده ۲۳ مقررات لاهه است، اگر چه پروتکل اول کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو در بند ۴ ماده ۸۵ (در قسمت ح) مقرراتی شبیه به این ماده را وضع نموده است.

^۲ Rights and actions

عملیات نظامی دشمن را داشته باشد. در واقع دشمن با استفاده از سپر انسانی درصدد جلوگیری از شکست در نبرد است؛ چراکه، در برخی از موارد حضور غیرنظامیان طرف مقابل را از حمله منصرف می‌نماید.^۱

سپر انسانی قراردادن غیرنظامیان می‌تواند به صورت اختیاری و یا اجباری باشد. در مورد حمایت از غیرنظامیانی که اجباراً وادار به مصون‌نگاه داشتن عملیات و یا مناطق و نقاط غیرنظامی شده‌اند، تردیدی وجود ندارد. اما، سؤال این جاست که هرگاه غیرنظامیان بنا به خواسته و میل خود و بدون هیچ‌گونه تهدید و یا اجبار دولت سپر شوند، آیا مقررات حقوق بشر دوستانه بین‌المللی و بالاخص اساسنامه دیوان از آنان حمایت به عمل می‌آورد یا خیر؟ در این حیطه، دو دسته نظر عمده وجود دارد. عده‌ای قائل به این هستند که به علت اعمال ارادی آن‌ها برای سپرشدن در مقابل حمله‌های دشمن، حمایت مندرج در اساسنامه را از دست می‌دهند؛ زیرا اساسنامه از افراد بی‌دفاع حمایت می‌کند. لیکن دسته‌ای دیگر بیان می‌کنند که حتی فعل ارادی این افراد، مانع مصونیت آنها نخواهد شد؛ چراکه یکی از اصول بنیادین حقوق مخاصمات مسلحانه، اصل تناسب حملات ارتكابی است. در حالی که حمله به جمعیت غیرنظامی هر چند که با آزادی و اختیار دست به سپر شدن بزنند، مغایر با این اصل است. بنابراین اگر چه آن‌ها روند جنگ را مختل می‌نمایند، اما این عمل آنان، توجیه‌کننده حمله‌های دشمن نخواهد بود. بنابراین می‌توان «آن‌ها را تحت قانون داخلی به‌خاطر برهم زدن عملیات جنگی تحت تعقیب قرار داد نه به‌علت جرایم جنگی» (Engeland, 2011, p. 112). در طول جنگ عراق فدائیان شبه‌نظامی عراق از حضور غیرنظامیان و اماکن غیرنظامی هم‌چون مدارس و اماکن فرهنگی برای جلوگیری از حمله‌های نیروهای طرف مقابل استفاده می‌نمودند: «تکنیک معمول آن‌ها این بود که هنگامی که هواپیماهای دشمن ظاهر می‌شد، نزدیک وسایل نقلیه می‌شدند» (Schmitt, 2012, p. 125). همچنین در طول جنگ ویتنام نیز «نیروهای دولتی کامبوج هنگامی که به موضع ویتنامیان می‌رسیدند، از غیرنظامیان بومی ویتنامی به‌عنوان سپر انسانی استفاده می‌کردند» (Bailliet, 2009, p. 105).

ر- گرسنگی دادن به غیرنظامیان به‌عنوان یک روش جنگی: هرگاه مرتکب، غیرنظامیان را از موادی که حیاتشان وابسته به آن است محروم نماید و یا قصد گرسنه‌نگه‌داشتن آنان را به‌عنوان روشی جنگی داشته

^۱ این ماده ترکیبی از مواد ۲۳ کنوانسیون سوم ژنو، ۲۸ کنوانسیون چهارم ژنو و بند ۷ ماده ۵۱ پروتکل الحاقی اول است.

باشد، مرتکب جرم گرسنگی دادن شده است.^۱ کمیته بین‌المللی صلیب سرخ در تفسیری که برای تبیین مواد پروتکل الحاقی اول ارائه نمود، در ذیل این ماده بیان داشت که «گرسنگی دادن با همان مفهوم معمولی‌اش تعریف می‌شود (گرسنگی دادن توسط هر کسی فهمیده می‌شود)» (Schmitt & others, 2010, p. 417). با توجه به نظر کمیته مذکور می‌توان استنباط نمود که این جرم فقط شامل گرسنگی دادن می‌شود. اما در طول مذاکرات رم گفت‌وگوهای بسیاری در باب شمول این بند صورت پذیرفت و در نهایت اجماع بر این قرار گرفت که از واژه «محروم‌نمودن»^۲ استفاده نمایند. مذاکره‌کنندگان بر این عقیده بودند که محروم‌نمودن فقط شامل «مواد غذایی و نوشیدنی نمی‌شود، بلکه به‌عنوان نمونه محروم‌نمودن از امکانات پزشکی یا پتو را نیز شامل می‌گردد» (Dormann & others, 2003, p. 363). برای توجیه نظر خود نیز این‌گونه استدلال کردند که عبارت «موادی که برای بقایشان ضروری است» حیطه وسیعی را دربرمی‌گیرد و مفهوم محروم کردن را می‌رساند.

قربانیان این جرم غیرنظامیان هستند. بنابراین هرگاه نیروهای دشمن مزارع و باغ‌هایی را که منبع تغذیه نیروهای طرف مقابل بودند از بین ببرند، مرتکب این جرم نخواهند شد. اما هرگاه اعمال مذکور را در همان منطقه با هدف از بین بردن غیرنظامیان ساکن در آن انجام دهند، محکوم به ارتکاب این جرم خواهند شد. عمل مذکور می‌تواند در صورت داشتن سایر شرایط جنایت علیه بشریت مصداق «نابودسازی»^۳، «آپارتاید»^۴ و «اعمال غیرانسانی دیگر با خصوصیات مشابه که عمداً موجب رنج عظیم یا صدمه شدید به جسم یا سلامت روحی جسمی می‌شود»^۵ نیز گردد. دستورالعمل‌های نظامی متعددی نیز گرسنگی دادن را ممنوع اعلام کرده‌اند؛ به‌عنوان نمونه استرالیا، بلژیک و آلمان. در برخی موارد نیز دول مختلف

^۱ در طول تاریخ گرسنگی دادن به غیرنظامیان به منظور تسریع و پیشبرد اهداف نبرد، در طول مداخلات مسلحانه چه بین‌المللی و چه غیر بین‌المللی اعمال می‌گشت و حتی نمود قانونی نیز پیدا کرده بود. قانون «لایبر» در ماده ۱۷ مقرر می‌داشت: «گرسنگی دادن دشمن، چه مسلح و چه غیر مسلح، به منظور تسریع در انقیاد او، امری قانونی است» (Liber code, 24 April 1863, art1). اما پس از جنگ جهانی اول این عمل به‌عنوان یک اسلوب جنگی منع گردید. اساسنامه دیوان نیز به تبعیت از ماده ۵۴ پروتکل الحاقی اول ژنو، گرسنگی دادن به غیرنظامیان، به‌عنوان یک اسلوب جنگی را ممنوع و جرم‌انگاری نمود. بند ۲ ماده ۵۴ همین پروتکل نیز گرسنگی نگه‌داشتن از طریق محروم کردن غیرنظامیان را از موادی که برای بقایشان ضروری است ممنوع نموده و به شرح آن پرداخته است.

^۲ Deprivation

^۳ Extermination

^۴ The crime of apartheid

^۵ Other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering or serious injury to body or to mental or physical health.

موافقت‌نامه‌هایی دوجانبه یا چندجانبه را منعقد نموده و اعمال گرسنگی و محروم نمودن عمدی از مواد لازم برای زندگی در حین مخاصمات مسلحانه را منع کرده‌اند. به‌عنوان نمونه می‌توان به موافقت‌نامه‌ای که در همین زمینه بین دولت سودان و ارتش آزادی‌خواه مردم سودان در سال ۲۰۰۲ منعقد شد، اشاره نمود. در قسمتی از متن این موافقت‌نامه آمده است: «از مورد هدف قرار دادن یا حمله عامدانه به سلامتی و غذا و مراکز توزیع یا عملیات امدادی، یا اهداف و امکانات ضروری برای حیات جمعیت غیرنظامی و طبیعت غیرنظامی اجتناب نمایند» (Sivakumaran, 2012, p. 424).

ز- سلاح‌هایی که بنا به ماهیت‌شان آسیب بیش از حد وارد می‌کنند:^۱ استفاده از روش‌های جنگی که باعث ورود آسیب بیش از اندازه و یا درد و رنج غیرضروری می‌شوند طبق حقوق بین‌الملل عرفی ممنوع می‌باشد. لیکن هنوز در میان اعضای جامعه جهانی برای منع استفاده از سلاح‌های شیمیایی، بیولوژیک و هسته‌ای اتفاق نظر وجود ندارد و در نتیجه اساسنامه بدون اشاره به این نوع از جنگ‌افزارها از عبارات کلی استفاده نموده و جرم‌انگاری آن را منوط به ضمیمه الحاقی به اساسنامه کرده است. طبق اساسنامه دیوان سلاح‌های مذکور باید موضوع منع جامع^۲ باشند. چنین منعی می‌تواند «در حقوق بین‌الملل عرفی به‌عنوان شهادی در نظرات حقوق‌دانان و اعمال دولت‌ها و یا در حقوق بین‌الملل معاهداتی وجود داشته باشد مخصوصاً در جایی که معاهده‌ای به‌صورت گسترده تصویب شده است و استفاده از سلاح‌های خاصی را ممنوع می‌کند» (Triffterer, 2008, p. 424).

ژ- صدور احکام و اجرای مجازات‌های اعدام بدون رعایت تضمینات قضایی: رعایت اصول دادرسی و حق محاکمه منصفانه فارغ از این که زمان صلح و یا جنگ باشد، یکی از حقوق غیر قابل اجتناب افراد است و چه بسا اهمیت آن در زمان جنگ بیشتر نیز می‌گردد. اساسنامه دیوان، عدم رعایت تضمینات ضروری قضایی را شرط وقوع این جرم دانسته است. اما دو ایراد عمده به آن وارد است؛ اول این که، در سند عناصر جرایم به شرح تضمینات مذکور نپرداخته بلکه صرفاً معیاری کلی ارائه نموده و مقرر داشته تضمیناتی باید اعمال گردند که جامع کلیه تضمینات قضایی ضروری باشند. بنابراین به نظر می‌رسد که در

^۱ قسمت دوم ماده ۳۵ پروتکل الحاقی اول ژنو، استفاده از سلاح‌ها، پرتابه‌ها، مواد و روش‌های جنگی را که بنا به ماهیت‌شان آسیب بیش از حد یا رنج غیر ضروری ایجاد می‌کنند را ممنوع اعلام کرده است. ماده ۴۸ و بندهای چهار و پنج ماده ۵۱ همین پروتکل نیز اعلام می‌دارند که طرفین درگیری باید به موجب حقوق مخاصمات مسلحانه جمعیت غیر نظامی را از رزمندگان و از طرف دیگر اهداف غیر نظامی را از اهداف نظامی تمیز دهند.

^۲ Comprehensive prohibition.

این موارد قاضی رسیدگی‌کننده به پرونده باید به بررسی نظام‌های حقوقی مختلف پرداخته و آن دسته از تضمیناتی را که در اکثر نظام‌ها بر آن تأکید شده است برگزیند. در این راستا می‌توان به تضمین‌های برشمرده شده در دیوان اروپایی و آمریکایی حقوق بشر اشاره نمود. دوم آن‌که، اساسنامه دیوان نقض هر نوع تضمین قضایی را نپذیرفته بلکه عدم رعایت آن دسته از تضمینات قضایی را که ضروری هستند ممنوع اعلام کرده است. بنابراین قاضی پس از شناسایی تضمین‌های مشترک در نظام‌های حقوقی مختلف باید به بررسی این نکته بپردازد که آیا جز تضمین‌های اساسی هستند یا خیر. بند دوم از ماده ۶ پروتکل الحاقی ژنو به شرح برخی از تضمین‌های ضروری برای رسیدگی منصفانه پرداخته است. اساسنامه دیوان اعلان لغو، تعلیق یا غیرقابل قبول بودن حقوق و دعاوی اتباع طرف خصمه در دادگاه در حین محاصره‌های مسلحانه بین‌المللی را ممنوع اعلام نموده است. حمایت از اتباع طرف خصمه در حین محاصرات مسلحانه بین‌المللی گستره وسیع‌تری را نسبت به محاصره‌های داخلی در بر می‌گیرد و این تمایز قابل توجیه نیست.

۲- مبانی تمایز میان جنایات جنگی در منازعه‌های بین‌المللی و داخلی

قبل از تصویب اساسنامه دیوان نیز، منابع عرفی و معاهده‌های حقوق جنگ موجود بوده و هر یک از آن‌ها، با تمایز قابل‌گردیدن میان ماهیت ملی و یا فراملی جرایم، سعی داشته‌اند شرایط حاکم بر این محاصرات را ساماندهی کنند. انتظار بر این بود که مذاکره‌کنندگان، با استفاده از تجربیات منابع پیشین حقوق جنگ، خلأ بنیادین حاکم بر جرم‌انگاری این جرایم را مرتفع نموده و بر تمایزات میان جنایات دارای ماهیت یکسان خاتمه داده و از تمام طرفین درگیر در جنگ، فارغ از نوع محاصرات حمایتی یکسان به عمل آورند. هدف اصلی این بخش، یافتن چرایی عدم وجود چنین تمایزی در اساسنامه دیوان است. در قسمت اول، به منابع حقوق بین‌الملل و بالاخص حقوق بین‌الملل منازعات مسلحانه - که مبنای هر یک از مقررات جنگی بوده - رجوع نموده و سهم هر یک از این منابع را در شکل‌گیری اساسنامه فعلی، بررسی خواهیم نمود. در قسمت دوم، به آن سوی معاهدات بین‌المللی رجوع خواهیم نمود و با توجه به قرائن و شواهد حاکم بر فرآیند تصویب اساسنامه، به این موضوع خواهیم پرداخت که آیا نگرش‌های سیاسی و منافع مذاکره‌کنندگان کنفرانس رم، تأثیری در عدم یکسان‌سازی مقررات جنگی داشته است یا خیر؟

الف- تأثیرپذیری اساسنامه رم از کنوانسیون‌های چهارگانه ۱۹۴۹ ژنو و پروتکل‌های الحاقی آن

با توجه به شباهت بسیار زیاد جرایم جنگی مذکور در اساسنامه دیوان با مقررات کنوانسیون‌های ژنو و پروتکل‌های الحاقی آن و مقیدبودن مذاکره‌کنندگان به مبانی جرم‌انگاری این کنوانسیون‌ها، این اندیشه

قوت می‌گیرد که آنان در بسیاری از موارد در پی شباهت جرایم موجود در اساسنامه دیوان با مقررات پیشین بوده و این شباهت تا جایی گسترش می‌یابد که بعضاً بر استفاده از همان واژگان مندرج در کنوانسیون‌ها اجماع نموده و حتی مواردی که از واژگان دیگری استفاده کرده، سعی بر این بوده تا از آستانه مقررات ژنو فاصله نگیرند و این پافشاری در موارد متعددی موجب عدم توجه به مقتضیات گسترش تدریجی حقوق بشردوستانه بین‌المللی گردیده است. از این رو به نظر برخی «تأسف‌بار است که اساسنامه دیوان تنها به بعضی از کنوانسیون‌های خاص اشاره کرده است، چون این موضوع موجب تداعی این امر به ذهن می‌شود که اعمال زیر جرم محسوب می‌شوند، زیرا کنوانسیون‌هایی از این نوع وجود دارند» (نوری، ۱۳۸۳، ص ۱۵۲).

نمونه بارز این امر را می‌توان در پای‌بند بودن مذاکره‌کنندگان به مبانی جرم‌انگاری محسوس نمودن غیرقانونی اشخاص تحت حمایت مشاهده نمود. در جریان مذاکرات دیپلماتیک رم، مذاکره‌کنندگان در مورد شمول این که آیا باید فرد در محل معینی^۱ محسوس شود، پیشنهادهای را مطرح نمودند. یک دسته از مذاکره‌کنندگان صرف توقیف و یا محروم نمودن شخص از آزادی را کافی دانسته و قائل به نگهداری فرد در محل خاص و معینی نبودند، اما به نظر عده‌ای دیگر از مذاکره‌کنندگان «باید چنین شخصی را در مکان محصور زنده‌مانی نماید. سند عناصر نظر اخیر را پذیرفت که مضمیق تریبیده و متناقض با کنوانسیون ژنو نمی‌باشد» (Dormann & others, 2003, p. 112).

به عبارت دیگر اگر چه نمی‌توان گفت در همه موارد، اما در اکثر موارد، مذاکره‌کنندگان سعی در تصویب اساسنامه‌ای در چهارچوب مقررات ژنو داشتند و شاید بتوان یکی از علل عمده آن را پذیرفتن کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو توسط بیشتر حاکمیت‌ها دانست. کمیته بین‌المللی صلیب سرخ در متن پیش‌نویسی که به‌عنوان یکی از متون پیشنهادی برای تصویب جرایم جنگی در اساسنامه دیوان تنظیم نموده بود، بیان می‌کند که «کنوانسیون‌های ژنو در زمره معاهدات با مقبولیت فراوان قرار داشته و توسط صدو هشتاد و هشت دولت به رسمیت شناخته شده است» (ICRC, 1997). از این رو، مبنای بسیاری از مقررات مندرج در مخاصمات مسلحانه داخلی در اساسنامه دیوان را، ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه ۱۹۴۹ ژنو قرار داده و در توضیح این جرایم به کنوانسیون‌های مذکور اشاره می‌نماید.

^۱Certain Place

با وجود مبنای اصلی قرارداد مقررات ژنو توسط کمیته بین‌المللی صلیب سرخ، این نهاد یادآوری می‌نماید که مبانی حقوقی بسیاری از جرایمی که در این قسمت جرم‌انگاری نموده، در حقوق بین‌الملل یافت شده و فقط محدود به کنوانسیون‌های ژنو و پروتکل الحاقی دوم آن نیست. این گفته صلیب سرخ صحیح به نظر می‌رسد؛ چراکه جرایم جنگی برشمرده شده در حین مخاصمات داخلی، از حقوق بشردوستانه بین‌الملل عرفی (به‌عنوان مثال قاعده ۵۰^۱ و یا قاعده ۱۳۶^۲)، اساسنامه ICTY (به‌عنوان مثال بخش ۴ و ۵ ماده ۳)^۳، بندهای ۲ و ۳ ماده ۳۸ کنوانسیون حقوق کودک مصوب نوامبر ۱۹۹۸^۴، اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی برای رواندا (به‌عنوان نمونه بندهای ۳ و ۴ ماده ۴)^۵ و چند منبع دیگر الهام گرفته است. اما با مطالعه تطبیقی جرایم جنگی مذکور در اساسنامه دیوان و مقررات ژنو، می‌توان دریافت که مبنای اصلی جرم‌انگاری این موارد، ماده سه مشترک کنوانسیون‌های ژنو و پروتکل دوم الحاقی آن بوده است. به‌گونه‌ای که از بین جرایم بیست و پنج‌گانه برشمرده شده در مخاصمات مسلحانه داخلی، تنها دو جرم کشتن یا زخمی کردن خائنانه رزمنده دشمن در ماده ۳ مشترک و پروتکل الحاقی دوم جرم‌انگاری نشده است. البته شاین یادآوری است که دو جرم مذکور فقط در قاعده ۶۵ مطالعه حقوق بشردوستانه بین‌المللی عرفی^۶ ریشه دارد و در هیچ یک از کنوانسیون‌ها و اساسنامه‌های سابق‌الذکر نیز وجود ندارد. از این رو به نظر می‌رسد که «دلیل اصلی این تمایز این است که در مورد اول (جنایات جنگی بین‌المللی) مجموعه‌ای از مقررات لازم در ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های ژنو، از قبل موجود بوده و نظر بر این بوده که این مقررات به صورت حقوق بین‌الملل عرفی درآمده است» (کسسه، ۱۳۸۷، ص ۷۲).

^۱ «تصرف یا انهدام اموال طرف درگیری ممنوع است، مگر آن که ضرورت قطعی نظامی آن را ایجاب نماید.»

^۲ «کودکان نباید به خدمت در نیروها یا گروه‌های مسلح احضار شوند.»

^۳ «۴- شکنجه، تخریب یا آسیب وحشیانه بر ضد ساختمان‌هایی که برای امور مذهبی، خیریه، آموزشی، هنری و علمی، ابنیه تاریخی و آثار هنری و علمی اختصاص یافته‌اند.»

۵- غارت اموال عمومی یا خصوصی»

^۴ «... ۲. کشورهای طرف کنوانسیون هر گونه اقدام عملی را جهت تضمین این که افراد کمتر از ۱۵ سال در مخاصمات مستقیماً شرکت نکنند، معمول خواهند داشت.»

۳. کشورهای طرف کنوانسیون از استخدام افراد کمتر از ۱۵ سال در نیروهای مسلح خود خودداری خواهند کرد. این کشورها برای استخدام افرادی که بالای ۱۵ سال و زیر ۱۸ سال سن دارند، اولویت را به بزرگترها خواهند داد.»

^۵... ۳ - گروه‌انگیزی

۶... - غارت

^۶ Customary international humanitarian law study.(CIHL study)

هدف از بیان گفته‌های فوق‌الذکر، نگاهی به واقعیات آن روزهای مذاکرات دیپلماتیک رم است. در روند تدوین اساسنامه، پیرامون اصل ماهیت جرم‌انگاری جرایم جنگی در مخاصمات مسلحانه داخلی اتفاق نظر وجود نداشت. برخی از کشورها مانند پاکستان، هند، اندونزی، چین، روسیه و ترکیه با اصل جرم‌انگاری جرایم جنگی در مخاصمات مسلحانه داخلی مخالف بودند. هم‌چنین دسته‌ای دیگر علاوه بر این که درصدد عدم درج جرایم جنگی داخلی در اساسنامه و یا در صورت برشمرده شدن، اندک بودن تعداد این جرایم بودند، هم‌چنین بر آن بودند تا حیطه تعریف جرایم جنگی داخلی را نیز محدود نمایند تا دیوان صلاحیت رسیدگی به بسیاری از مخاصمات داخلی را نداشته باشد. در چنین مواقعی کمیته بین‌المللی صلیب سرخ مقاومت کرده و بیان می‌نمود که حیطه جدیدی را به مقررات پیش‌گفته اضافه ننموده است، بلکه «صلاحیت دیوان برای قلمرو جنایات جنگی داخلی، ناشی از ماده یک پروتکل الحاقی دوم ژنو است»^۱ (A/CONF.183/INF/11).

نهادهای بین‌المللی غیردولتی که در رأس آن‌ها کمیته بین‌المللی صلیب سرخ قرار داشت، در برابر خواست چنین حاکمیت‌هایی مقاومت نموده و در نهایت نیز موفق به رسمیت‌شناخته شدن جرایم جنگی داخلی در زمره جرایم تحت صلاحیت دیوان شدند. اما تلاش نهادهای مذکور منجر به رسمیت‌شناخته شدن آنچه اکثریت کشورها در مورد آن‌ها اتفاق نظر داشتند - یعنی ماده ۳ مشترک کنوانسیون ژنو - گردید. از طرف دیگر اساسنامه دیوان، با جرم‌انگاری موارد برشمرده شده در پروتکل الحاقی دوم ژنو، نقش به‌سزایی

^۱ در نتیجه مذاکرات پیرامون قلمرو صلاحیت دیوان برای رسیدگی به جرایم جنگی داخلی، اجماع بر آن قرار گرفت که چنانچه منازعات مسلحانه طولانی مدت میان نیروهای حکومتی و گروه‌های مسلح سازمان‌یافته و یا درگیری‌های میان خود این گروه‌ها رخ دهد، دیوان در صورت تجمع سایر شرایط صالح به رسیدگی باشد. و صلاحیت دیوان شامل وضعیت‌های آشوب و تنش‌های داخلی همچون شورش‌ها و اعمال خشونت‌آمیز منفرد یا پراکنده یا اعمال مشابه دیگر نخواهد شد. بنابراین اساسنامه دیوان قلمرو مخاصمات داخلی را گسترش نداده و به ماده یک پروتکل الحاقی دوم ژنو وفادار مانده است. براساس این ماده: «۱- این پروتکل که در راستای توسعه و تکمیل ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های ۱۲ اوت ۱۹۴۹ ژنو است، بدون تغییر و اصلاح شرایط کاربردی موجود باید نسبت به تمامی مخاصمات مسلحانه‌ای اعمال گردد که مشمول ماده ۱ از پروتکل الحاقی به کنوانسیون‌های ژنو ۱۲ آگوست ۱۹۴۹ مربوط به حمایت از قربانیان مخاصمات مسلحانه بین‌المللی (پروتکل اول) نمی‌گردد و در حوزه سرزمینی یکی از اعضای معظم این قرارداد و بین نیروهای مسلح آن کشور و قوای مسلح مخالف یا دیگر گروه‌های سازمان‌یافته مسلح و تحت یک فرمانده مسئول رخ دهد که آن‌چنان کنترلی بر بخشی از سرزمین کشور مذکور دارند که آن‌ها را قادر می‌سازد که عملیات نظامی را برای اجرای این پروتکل به صورت مجتمع و کنترل‌شده انجام دهند.

۲- این پروتکل نباید درخصوص موقعیت‌های آشوب و بحران داخلی همانند شورش‌ها، اعمال تعرض‌آمیز انفرادی و پراکنده و دیگر اعمالی با ماهیت مشابه که در حد مخاصمات مسلحانه نمی‌باشد، اعمال گردد».

در فراگیر نمودن این پروتکل داشت؛ چراکه این پروتکل مورد تصویب تمام کشورهای ملحق‌شده به کنوانسیون‌های ژنو قرار نگرفت.

اما نباید این موضوع مهم را از نظر دور داشت که ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو، حداقل وظایف دولت‌ها در حین مخاصمات مسلحانه داخلی را جرم‌انگاری می‌نماید و پروتکل دوم الحاقی نیز بنابر صراحتش، در صورت لزوم مکمل آن است. از این رو آنچه در این ماده و پروتکل الحاقی دوم ذکر شده است تمام نیاز جامعه جهانی بین‌المللی را پوشش نمی‌دهد و انتظار می‌رفت اساسنامه دیوان، بعد از دو منبع پیشین معاهداتی حقوق بشردوستانه بین‌المللی (مقررات لاهه و کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو)، گام‌هایی فراتر از کنوانسیون‌ها و پروتکل‌های الحاقی ژنو بر دارد.

بنا به اذعان خود مذاکره‌کنندگان، تنها برخی از نقض‌های فاحش حقوق بشردوستانه بین‌المللی در اساسنامه به‌عنوان جرم جنگی به رسمیت شناخته شده‌اند. بنابراین نمی‌توان تصور نمود که گرسنگی دادن غیرنظامیان، حمله یا بمباران مناطق بی‌دفاع، کشتن یا زخمی نمودن رزمنده ناتوان و سپر انسانی واقع‌شدن غیرنظامیان یا دیگر اشخاص تحت حمایت و جرایمی از این دست که در مخاصمات داخلی پیش‌بینی نشده‌اند، نقض‌های فاحش نباشند و همان‌طور که مذاکره‌کنندگان نیز اذعان داشتند «عدم ذکر مقرره‌ای خاص در صلاحیت دیوان، به هیچ‌وجه به معنی این نیست که آن مقرره منعکس‌کننده نقض‌های فاحش حقوق بین‌الملل عرفی نمی‌باشد» (A/CONF.183/INF/10). یکی از علل عدم ذکر برخی از قواعد حمایتی در مخاصمات داخلی، ضرورت دستیابی به توافق بر سر فاحش‌ترین نقض‌های حقوق بشردوستانه بین‌المللی و زمان کم مذاکره‌کنندگان برای حصول چنین اجماعی بود. از این رو آنان آنچه را که ماده سه مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو و نیز پروتکل دوم الحاقی آن به‌عنوان نقض‌های فاحش برشمرده و اکثر حاکمیت‌ها بر آن اجماع داشتند، به رسمیت شناخته‌اند. یکی دیگر از متون پیشنهادی برای اساسنامه دیوان کیفی بین‌المللی، متن پیشنهادی کمیته حقوق بین‌الملل بوده است. کمیته مذکور بعد از ذکر مقررات پیشنهادی، منشأ جرم‌انگاری‌هایش را نیز بیان کرده است. این کمیته صراحتاً مواردی از کنوانسیون‌ها و پروتکل‌های الحاقی ژنو را ذکر نموده که برای جرم‌انگاری جرایم جنگی استفاده کرده، و به همین دلیل است که می‌توان ردپای مقررات ژنو را در اکثر موارد برشمرده شده به‌عنوان جرم جنگی در متن پیشنهادی این کمیته یافت.

هدف از بیان مطالب پیشین این است که چه کمیته بین‌المللی صلیب سرخ، چه مذاکره‌کنندگان کشورها و چه کمیته حقوق بین‌الملل، در اکثر قریب به اتفاق موارد آنچه را که در کنوانسیون‌های ژنو

به‌عنوان جرم جنگی قید گردیده، در متن‌های پیشنهادیشان ذکر کرده و اکثریت قریب به اتفاق کشورها آن دسته از جرایمی را که به‌عنوان نقض‌های فاحش می‌شناختند، جرم‌انگاری نموده بودند. از این‌رو آنچه را که ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه ۱۹۴۹ ژنو به‌عنوان جرایم جنگی ارتكابی در حین مخاصمات مسلحانه داخلی مقرر گرداند، به‌عنوان جرم جنگی شناختند و از پذیرفتن مواردی خارج از جرایم مذکور در کنوانسیون‌ها جلوگیری نمودند. از این‌رو مقررات مندرج در ماده ۸ اساسنامه «به‌عنوان انعکاس موضع حقوق بین‌المللی عرفی نسبت به تخلفات حقوق جنگ تلقی می‌گردد» (شریعت باقری، ۱۳۸۶، ص ۱۲۸).

استدلال‌های متعددی برای عدم پذیرش موارد خارج از کنوانسیون‌های ژنو مطرح می‌گردید. یکی از شایع‌ترین این استدلال‌ها، فاحش نبودن سایر نقض‌ها بود. به‌نظر مذاکره‌کنندگان صرف نقض حقوق بشردوستانه بین‌المللی موجب به‌رسمیت شناخته شدن یک جرم در حین مخاصمات داخلی نمی‌شد، بلکه نقض مذکور باید «فاحش» نیز باشد؛ از طرف دیگر، نقض‌های فاحش در کنوانسیون‌های ژنو معین گردیده‌اند. یکی دیگر از استدلال‌هایی که مذاکره‌کنندگان برای مشروع‌نمودن عدم جرم‌انگاری‌های بسیاری از جرایم مورد اختلاف مطرح می‌نمودند، موضع حقوق بین‌الملل عرفی و رویه حاکمیت‌ها بود. به نظر این گروه صرف این که جرمی در اساسنامه دیوان گنجانیده نشده است به معنی عدم پیگیری آن در دیوان نیست؛ چراکه یکی از منابع مسلم حقوق، عرف است و به شرط پذیرش آن جرم در عرف جامعه بین‌المللی، کنوانسیون‌ها و یا اسناد مربوطه، دیوان صلاحیت رسیدگی به آن جرم را خواهند داشت.

با توجه به عدم جرم‌انگاری بسیاری از موارد (که در حقوق عرفی بشردوستانه بین‌المللی و بر طبق اصول و قواعد بین‌المللی مخاصمات در منازعات مسلحانه چه داخلی و چه بین‌المللی جرم می‌باشند)، در حال حاضر، دیوان کیفری بین‌المللی باید بر اساس حکم مندرج در ماده ۲۱ اساسنامه (مربوط به حقوق قابل اعمال)، رسیدگی نماید؛ چراکه بر اساس این ماده، بعد از اساسنامه، عناصر اختصاصی جرایم و قواعد دادرسی و ادله مربوطه به جرایم، معاهدات قابل اجرا و اصول و قواعد حقوق بین‌الملل (از جمله اصول مسلم حقوق بین‌الملل منازعات مسلحانه) و در صورت فقدان این موارد، اصول عمومی حقوقی که توسط دیوان از قوانین ملی نظام‌های حقوق جهان استخراج شده باشد (از جمله حسب مورد، قوانین ملی دولت‌هایی که معمولاً بر آن جنایت اعمال صلاحیت می‌کنند)، تصمیم‌گیری نماید، مشروط بر آن که اصول مذکور مغایر با این اساسنامه و حقوق بین‌الملل و هنجارها و معیارهای شناخته‌شده بین‌الملل نباشد. به همین علت است که شاید بتوان یکی از علل عمده وضع این ماده را، عدم جرم‌انگاری جرایم جنگی چه داخلی و چه بین‌المللی دانست؛ زیرا، اگرچه که در طول مذاکرات دیپلماتیک رم، در مورد جرم‌انگاری

موارد جدید در مخاصمات داخلی بحث‌های چندانی صورت نگرفت، اما در هر مورد که کشورها با وارد نمودن جرم جدیدی به حیطه جرایم مذکور در پیش‌نویس‌ها مخالفت می‌نمودند، به اصول حقوق بشردوستانه بین‌المللی تأکید کرده و بیان می‌داشتند در صورت مخالفت جرم مذکور با اصول بشردوستانه بین‌المللی جایی برای نگران‌بودن برای عدم قید آن جرم در اساسنامه وجود ندارد.

ب- نگاه سیاسی و حاکمیتی دولت‌ها

در جریان مذاکرات دیپلماتیک رم دغدغه برخی از حاکمیت‌ها برای محدودبودن صلاحیت دیوان به‌وضوح قابل مشاهده بود. آنان از رسیدگی به جرایم جنگی رخ داده در قلمروی حاکمیت‌شان در محکمه‌ای بین‌المللی ابراز ناخرسندی نموده و آنرا مغایر استقلال خود بر می‌شمردند.^۱ از این‌رو بسیاری از آن‌ها از هیچ مخالفتی برای عدم درج چنین مقرراتی دریغ نکرده و مقاومت بسیاری می‌نمودند. کمیته بین‌المللی صلیب سرخ برای رفع نگرانی حاکمیت‌ها و صحنه گذاشتن بر این که همچنان آن‌ها اولین مرجع رسیدگی به این جنایات هستند، اصل صلاحیت تکمیلی دیوان را پیشنهاد نمود. در واقع، یکی از علل وضع این اصل در اساسنامه دیوان همین دغدغه‌ها بود. صلیب سرخ همواره تأکید می‌نمود که «صلاحیت تکمیلی بین‌دولت‌ها و دیوان کیفری بین‌المللی وجود دارد، بنابراین زمانی که کشورها به جرایم رسیدگی نمایند، دیوان به وظیفه‌اش عمل خواهد کرد» (A/CONF.183/INF/10). از این‌رو جایی برای نگرانی وجود ندارد. چنانچه قوانین داخلی خود را هم‌سو با مقررات اساسنامه دیوان نمایند نیازی به رسیدگی دیوان نخواهد بود. اما این هماهنگ‌سازی به آسانی ممکن نیست و نیازمند اصلاح و تغییر قوانین معارض با اساسنامه می‌باشد، در حالیکه ممکن است مقررات پیشنهادی مغایر با منافع کشور پذیرنده سند دیوان باشد. از این‌رو حاکمیت‌ها سعی می‌نمودند تا جایی که امکان دارد مفاد اساسنامه دیوان مطابق با منافع‌شان باشد. چنین نگرشی در طول تمام مذاکراتی که برای تصویب متن‌های پیشنهادی اساسنامه صورت می‌گرفت، مشاهده

^۱ این عدم تمایل اختصاص به مذاکرات دیپلماتیک رم نداشته و در معاهدات پیشین نیز سابقه دارد. تا قبل از معاهدات ۱۹۴۹ ژنو، معاهدات رسمی حقوق بشردوستانه بین‌المللی فقط حقوق مخاصمات مسلحانه بین دولت‌ها را پیش‌بینی کرده و معاهده‌ای بین‌المللی در رابطه با جنایات ارتكابی در جنگ‌های داخلی وجود نمی‌داشت. از این‌رو هنگامی که پس از وقوع جنگ جهانی دوم، صلیب سرخ خواستار به‌رسمیت شناخته‌شدن جنایات جنگی داخلی در کنوانسیون‌های ژنو گردید، با مقاومت برخی از حاکمیت‌ها و عدم تمایل آن‌ها برای جرم‌انگاری این دسته از جرایم مواجه گردید، لیکن در نهایت ماده سه مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو را به تصویب رسانید.

می‌شود. دسته‌ای از دولت‌ها از جرم‌انگاری برخی جرایم در اساسنامه دیوان جلوگیری می‌نمودند.^۱ به‌عنوان مثال برخی از قدرت‌های بزرگ، در مواقعی که ماده یا بندی با منافع آن‌ها مغایرت داشت مخالفت شدید نموده و در مابقی موارد، همگام با سایر مذاکره‌کنندگان پیش می‌رفتند. آمریکا از جمله دولت‌هایی بود که حتی سعی می‌نمود قلمرو مقررات پیشنهادی کنوانسیون‌های ژنو برای اساسنامه را در مواردی که مخالف با مصالح خود می‌بود محدود نماید. یکی از موارد مغایرت مقررات پیشنهادی برای جرایم جنگی، جرم «خسارت گسترده درازمدت و شدید به محیط زیست» بود. جرم مذکور که از پروتکل الحاقی اول ژنو اخذ شد، مغایر با منافع سربازان آمریکایی بود. از این رو مذاکره‌کنندگان این کشور سعی می‌نمودند شرایط ارتکاب جرم مذکور را سخت‌تر نمایند. آنان پیشنهاد نمودند کلمات «آشکارا» و «مجموع» را به مقررات پروتکل الحاقی مذکور اضافه نمایند و بدین ترتیب مفردی را برای نظامیان، به‌خصوص سربازان خودشان فراهم نمایند تا دامنه تشخیص‌شان برای این جرم گسترده‌تر گردد؛ این در حالی بود که صلیب سرخ با افزودن کلمه «مجموع» مخالفت می‌ورزید و در نهایت مذاکره‌کنندگان کنفرانس رم پیشنهاد ایالات متحده را پذیرفتند.

از طرف دیگر دولت‌ها از جرم‌انگاری اعمالی که بقا و مشروعیت حاکمیت‌شان را تهدید می‌کند و عموماً مربوط به مخاصمات داخلی است، جلوگیری می‌نمایند و سکوت آن‌ها به‌عنوان یکی از اصلی‌ترین نهادهای شرکت‌کننده در مذاکرات در مورد این جرایم، حاکی از هراس آن‌ها از به‌خطر افتادن تداوم قدرتشان است. بنابراین بسیاری از اعمالی که مغایر اصول حقوق بشر است و بالتبع جنگ، قلمرویی نیز در حقوق بشردوستانه می‌یابند، جرم‌انگاری نشدند. به‌عنوان نمونه «اعلان لغو، تعلیق یا غیرقابل قبول بودن حقوق و دعاوی اتباع طرف مخاصمه در دادگاه» تنها در مخاصمات مسلحانه بین‌المللی جرم‌انگاری شده

^۱ به‌عنوان نمونه یکی از موارد مخالفت دولت‌ها با پیش‌بینی جرایم جنگی به علت حفظ منافعشان، مخالفت صریح و آشکار مذاکره‌کنندگان اسرائیل با وجود جرم «انتقال مستقیم یا غیرمستقیم بخش‌هایی از جمعیت غیرنظامی نیروی اشغالگر به سرزمین اشغالی» می‌بود. آنان بیان می‌کردند که اگر چنین عملی جرم‌انگاری شود، بر ضد اساسنامه رأی خواهند داد. تا آن زمان این جرم با تغییرات اندکی در ماده ۸۵ پروتکل الحاقی اول به کنوانسیون ژنو، در مورد مخاصمات بین‌المللی به رسمیت شناخته شده بود. متن مقدماتی اساسنامه دیوان نیز این جرم را در مخاصمات مسلحانه بین‌المللی پیش‌بینی کرده بود. با این وجود مذاکره‌کنندگان اسرائیل اذعان می‌داشتند که «این جرم قبلاً در حقوق بین‌الملل عرفی وجود نمی‌داشت و به علت ضرورت سیاسی در اساسنامه گنجانیده شده است» (A. Schabas/ 2009/124). جرم‌انگاری این عمل در اساسنامه دیوان مغایر سیاست‌های اسرائیل می‌بود، بنابراین خواهان باقی ماندن این جرم در زمره منابع عرفی حقوق کیفری بین‌المللی بوده و پیوستن آن به حقوق بین‌الملل معاهداتی باعث تحدید سیاست‌های وی می‌شد.

است. مذاکره‌کنندگان پیرامون وقوع این جرم در مخاصمات داخلی صحبتی به میان نیاوردند و با سکوتشان از مشکلات احتمالی وضع چنین مقرره‌ای برای حاکمیتشان جلوگیری نمودند. در حالی که عدم پیش‌بینی چنین مقرره‌ای برای مخاصمات داخلی می‌تواند در مقام عمل، مشکلات عدیده‌ای را برای اتباع دولت‌ها به وجود آورد. بنابراین چنانچه نبرد مسلحانه‌ای میان نیروهای دولتی و نهضت آزادی‌بخش در حال وقوع باشد و اعضای نهضت آزادی‌بخش، حق قانونی‌شان را (مبنی بر رسیدگی به دعاوی سابق بر شروع نبرد و حتی دعاوی‌ای که در حین نبرد در مراجع صالح ذیربط اقامه نموده بودند به علت دستور حکومت مبنی بر عدم رسیدگی و عدم حق اقامه دعوی این افراد) از دست می‌دهند. تنها یک مورد مبنی بر حق رسیدگی منصفانه که جامع تضمینات ضروری برای صدور احکام و اجرای مجازات اعدام در حین مخاصمات مسلحانه داخلی پیش‌بینی گردیده است که حیطة آن نسبت به مقرره فوق‌الذکر بسیار محدود است و فقط موارد صدور احکام و اجرای مجازات اعدام را در بر می‌گیرد و شامل دعاوی حقوقی و شکایات کیفری نمی‌گردد. ICTY در رأی صادره در پرونده تادیچ از دوگانگی مذکور در حقوق بشردوستانه بین‌المللی و نیز اندیشه صرف حمایت از حاکمیت‌ها انتقاد نموده و خواهان به‌رسمیت شناخته شدن حقوق اتباع دول، فارغ از نوع مخاصمات شده است. به موجب قسمتی از این رأی: به چه دلیل از غیرنظامیان در مقابل خشونت دشمن حمایت می‌کنیم یا تجاوز، شکنجه، تخریب عمدی بیمارستان‌ها، کلیساها، موزه‌ها و یا اموال خصوصی را ممنوع می‌کنیم و نیز زمانی که دو کشور درگیر جنگ هستند تسلیحاتی را که رنج غیرلازم ایجاد می‌کنند، ممنوع می‌کنیم و هنوز از این که ممنوعیت‌های مشابهی را تصویب کنیم و یا چنین حمایتی را زمانی که درگیری مسلحانه‌ای فقط در داخل قلمرو یک کشور اتفاق افتاده است فراهم کنیم، اجتناب می‌کنیم؟ اگر چه، در ضمن این که حقوق بین‌الملل موظف است از منافع مشروع کشورها حراست نماید، باید به تدریج به سمت حمایت از افراد روی آورد، طبیعی است که این دوگانگی مذکور باید به تدریج اعتبار خودش را از دست بدهد (Tadic, 1995, part 97).

نگاه‌های سیاسی حاکم بر اساسنامه همواره وجود داشته و خواهد داشت. اما نباید از این مسأله نیز غافل شد که افکار عمومی جامعه جهانی نقش بسزایی در فشار وارد آوردن به منظور تغییر این نگرش‌ها دارد. تأثیر افکار عمومی بر نگاه‌های سیاسی و بعضاً مغرضانه حاکم بر اساسنامه به‌خصوص در مورد جنایات جنگی بر کسی پوشیده نیست. یکی از مهم‌ترین آثار این جریان فشار را می‌توان در جرم‌انگاری مجدد موارد سه‌گانه مذکور در بندهای (۱۷)(۱۸) و (۱۹) قسمت (ب) از ماده ۸ اساسنامه دانست. تا قبل از کنفرانس بازنگری کامپالا «به کاربران سم یا سلاح‌های سمی»، «استفاده از گازهای خفه‌کننده سمی یا سایر

گازها و تمام سیالات، مواد یا ابزارهای مشابه»، «استفاده از گلوله‌هایی که به آسانی در بدن منبسط می‌شوند، (گلوله‌های دارای پوسته سخت که تمام هسته را نمی‌پوشاند یا آن‌که شکاف‌هایی روی آن ایجاد شده است)» تنها در مخاصمات بین‌المللی جرم‌انگاری شده بود و مرتکبان جنایات جنگی داخلی به‌راحتی از راه گریز مذکور در اساسنامه استفاده کرده و براساس مقررات مذکور در اساسنامه مسئولیتی نداشتند.

اما با توجه به جنگ‌های داخلی بسیاری که پدیده شایع قرن ما هستند و استفاده طرفین درگیری از تسلیحات مذکور، جامعه جهانی خواستار عدم تمایز بین سلاح‌های مورد استفاده در مخاصمات، فارغ از داخلی یا بین‌المللی، گردید و در نهایت خواست جامعه جهانی، نه به‌صورت کامل، بلکه به شکل محدودی پذیرفته گردید. در جریان کنفرانس بازنگری کامپالا که در تاریخ ۳۱ مه تا ۱۱ ژوئن در شهر کامپالا برگزار گردید، موادی از اساسنامه اصلاح گردید که شاید بتوان یکی از مهم‌ترین این اصلاحات را به بازنگری‌های انجام‌شده در ماده ۸ اساسنامه دیوان دانست. به موجب آن، موارد سه‌گانه برشمرده شده جزء «دیگر نقض‌های فاحش قوانین و عرف‌های قابل اجرا در منازعات مسلحانه غیر بین‌المللی، در چهارچوب تعیین‌شده در حقوق بین‌الملل» به حساب می‌آیند (C.N.533.2010. Treaties-6). اما نباید از این موضوع نیز غافل شد که همچنان جرم «به کار بردن سلاح‌ها، پرتابه‌ها و موارد و روش‌های جنگی که دارای خاصیت آسیب‌رسانی بیش از حد یا موجب رنج غیر لازم می‌شوند یا آن‌که ذاتاً مغایر با حقوق بین‌الملل منازعات مسلحانه هستند»، در مخاصمات مسلحانه داخلی به رسمیت شناخته نشده است.

بنابراین اگرچه طبق حقوق بین‌الملل عرفی استفاده از روش‌های جنگی که باعث ورود آسیب بیش از اندازه و یا درد و رنج غیرضروری می‌شوند ممنوع می‌باشد، اما هنوز در میان سران جامعه جهانی برای منع استفاده از سلاح‌های شیمیایی، بیولوژیک، هسته‌ای، سلاح‌های لیزری کورکننده و سلاح ضد شخصی اتفاق نظر وجود ندارد و شاید بتوان یکی از علل عمده این خلاء را استفاده قدرت‌های جهانی از سلاح‌های مذکور دانست. در حین مذاکرات کنفرانس دیپلماتیک رم برخی از کشورها خواهان جرم‌انگاری سلاح‌های مذکور، بالاخص سلاح‌های هسته‌ای بودند. به‌عنوان نمونه مذاکره‌کنندگان اکراین خواهان جرم‌انگاری سلاح‌های هسته‌ای، شیمیایی و باکتریایی به علت صدمات بیش از حد و رنج غیرضروری این سلاح‌ها و عدم تمایز آثار این سلاح‌ها بین نظامیان و جمعیت غیرنظامی بود. به عقیده مذاکره‌کنندگان اکراینی، «چنین تصمیمی منجر به شکل‌گیری قاعده‌ای جدید در حقوق بین‌الملل نخواهد گردید، بلکه تأیید و تصدیق از سوی کشورهای عضو برای وجود چنین قاعده‌ای در حقوق بین‌الملل برای اساسنامه‌ای که در آینده تشکیل می‌شود، خواهد بود» (A/CONF.183/C.1/L.33). مذاکره‌کنندگان عراق نیز خواهان

برشمردن «سلاح‌هایی که حاوی اورانیوم غنی‌شده^۱ می‌باشند» بودند (A/CONF.183/C.1/L26). لیکن در نهایت مذاکره‌کنندگان بر سر جرم‌انگاری سلاح‌های مذکور به توافق نرسیدند و جرم‌انگاری استفاده از این تسلیحات را مشروط به منع جامع آن‌ها و نیز بازنگری در متن اساسنامه در کنفرانس بازنگری نمودند. کنفرانس بازنگری کاملاً نیز موفق به جرم‌انگاری استفاده از تسلیحات مذکور نگردیده است.

شایان ذکر است که اندیشه‌های سیاسی حاکم بر اساسنامه محدود به حقوق جنگ نیست، بلکه راه‌های گریز موجود در اساسنامه برای سایر جنایتکاران نیز باز می‌باشد. برخوردهای دوگانه اساسنامه برای یافتن مقبولیتی جهانی، در برخی از موارد از طریق واگذاری امتیازات سیاسی به کشورهای عضو بوده و برخلاف آرمان‌های برشمرده شده در مقدمه اساسنامه، در عمل، جنایتکاران قادر به گریز از عدالت هستند (به‌عنوان نمونه ماده ۹۸ اساسنامه‌ی دیوان)^۲. نمونه بارز این نگاه‌های سیاسی در زمینه حقوق جنگ را می‌توان در ماده ۱۲۴ اساسنامه مشاهده نمود. بر اساس این ماده «دولت‌ها می‌توانند برای هفت سال صلاحیت دیوان را برای جنایات جنگی که توسط اتباعشان یا در سرزمینشان ارتکاب یافته است نپذیرند.» ماده مذکور موجب تبادر این اندیشه می‌شود که عدم شباهت جرم‌انگاری موارد مذکور در مخاصمات مسلحانه داخلی و بین‌المللی در اساسنامه دیوان ناشی از تسامح و غیرمغرضانه نبوده است، بلکه رویه کلی جرم‌انگاری جنایات جنگی متفاوت از سه دسته دیگر جرایم تحت صلاحیت دیوان می‌باشد. از این رو یکی از مشکلات اساسی برای جرم‌انگاری جرایم جنگی داخلی، ضابطه‌مند و قاعده‌مند نمودن این جرایم می‌باشد و علل اصلی آن را باید در واقعیات جهان پیرامون مان جستجو نمود و عالم انتزاعی حقوق به تنهایی توانایی ضابطه‌مند نمودن آن را ندارد.

نتیجه‌گیری

ریشه تمایزات بی‌شمار بین جرایم جنگی داخلی و بین‌المللی را می‌توان در سیر گسترش تدریجی حقوق بشر دوستانه بین‌المللی یافت که در کنوانسیون‌های ۱۹۴۹ ژنو و پروتکل‌های الحاقی ۱۹۷۷ آن به اوج خود رسید. پنجاه مقرر در ماده هشت اساسنامه دیوان، هفتادویک جرم جنگی را تشکیل می‌دهند. از میان جرایم مذکور تقریباً دوسوم مقررات پیش‌بینی شده، جرایم جنگی بین‌المللی و یک‌سوم باقی‌مانده

^۱ Depleted uranium.

^۲ ماده ۹۸ اساسنامه دیوان نمونه بارز دیگر پیش‌بینی مقررات جانبدارانه به‌منظور جلب رضایت حاکمیت‌ها است.

مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی هستند. شاید بتوان یکی از علل این تمایزات را در نگاه سنتی حقوق بین‌الملل یافت. از دیرباز وظیفه حقوق بین‌الملل حمایت از منافع حاکمیت‌ها در مقابل یکدیگر بوده و هر گونه تعدی و تجاوز به قلمرو کشورها را محکوم می‌نمود. گذار از اندیشه حمایت صرف از کشورها، به اندیشه حمایت از اتباع نیازمند تغییر نگرش حاکمیت‌ها و جلب توجه آنان به فلسفه حقوق بشردوستانه بین‌المللی است. در جریان مذاکرات دیپلماتیک رم، نظرات متعددی پیرامون جنایات جنگی مطرح گردید. عمده نظرات مذاکره‌کنندگان پیرامون تعیین محدوده مقررات پیشین بود. توسعه صلاحیت دیوان به جرایم جدید، گاه مورد مخالفت مذاکره‌کنندگان قرار گرفت که نمونه بارز آن‌را می‌توان در جرم‌انگاری سلاح‌های هسته‌ای مشاهده نمود. توسعه صلاحیت دیوان به معنی اختیار بیشتر این مرجع برای رسیدگی به جرایمی که در قلمرو حاکمیت کشورها رخ می‌داد، بود. در حالی که حاکمیت‌ها تمایل چندانی برای رسیدگی به جرایم نظامیان‌شان در مرجعی بین‌المللی نداشتند، به همین دلیل اصل صلاحیت تکمیلی دیوان پیش‌بینی گردید تا بتواند تعدیل‌کننده آراء مذاکره‌کنندگان برای پیش‌بینی جنایات جنگی در مخاصمات داخلی باشد.

از طرف دیگر، مبنای اصلی جرم‌انگاری‌های اساسنامه را می‌توان در متون پیشنهادی مشاهده نمود که توسط نهادهای بین‌المللی غیردولتی و نمایندگان کشورها ارائه می‌شد. جرایم پیشنهادی، در مقررات لاهه و بالاخص کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو و پروتکل‌های الحاقی آن ریشه داشتند. از این‌رو در پذیرش این دسته از مقررات مخالفت چندانی وجود نمی‌داشت. اما مذاکره‌کنندگان نتوانستند بر حذف تمایزات میان جنایات جنگی داخلی و بین‌المللی اجماع نمایند. در نتیجه دیوان کیفری بین‌المللی علی‌رغم توانایی‌ها و موفقیت‌های بسیارش نتوانسته است نوید بخش عدالت کیفری جهانگیر برای محاکمه جنایتکاران جنگی، فارغ از مرزهای سیاسی باشد. تغییر قسمت‌هایی از اساسنامه دیوان در کنفرانس کامپالا، نویدبخش امکان تحقق عملی اصلاح مقررات اساسنامه است. اما، برگزاری این کنفرانس پس از سپری‌شدن بیش از یک دهه از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه دیوان، مبین این نکته مهم است که هر چه موضوعات مورد بحث اختلاف‌انگیزتر باشند، هرگونه درخواست اصلاح باید با موقعیت‌سنجی بیشتری انجام گیرد؛ چراکه، اگر صرف درخواست از سوی برخی از کشورها برای ایجاد تغییر در اساسنامه دیوان کفایت می‌نمود، می‌بایست شاهد درخواست‌های پراکنده بی‌شماری به منظور اصلاح ماده ۸ بودیم و این مشکل بسیار زودتر از این‌ها مرتفع می‌گردید.

علت اصلی عدم درخواست رفع تمایزات میان جنایات جنگی داخلی و بین‌المللی را می‌توان در نگاه‌های سیاسی و عدم اراده‌ی جدی حاکمیت‌ها دانست. همان‌گونه که اکثریت مذاکره‌کنندگان کنفرانس دیپلماتیک رم، خواهان عدم یکسان‌سازی جرایم جنگی داخلی و بین‌المللی بودند، این نگرش همچنان در این مرحله نیز وجود داشته و آنان همچنان خواهان حفظ چنین تمایزی هستند. علت چنین ادعایی عدم درخواست حاکمیت‌ها و عدم حصول حداکثر آرا مورد نیاز برای رفع تمایزات است؛ چراکه به موجب بند سوم ماده ۱۲۱ اساسنامه دیوان: تصویب هر اصلاحیه در جلسه مجمع دولت‌های عضو یا در کنفرانس بازنگاری در صورت عدم حصول اجماع، مستلزم رأی اکثریت دو سوم دولت‌های عضو خواهد بود. همان‌گونه که مشاهده می‌گردد شرط هرگونه توافق برای اصلاح مقرره‌ای از مقررات اساسنامه، حصول اجماع تمام اعضا و در صورت عدم حصول چنین اجماعی، رأی دو سوم آن‌ها است. از این‌رو، هرگونه اقدام برای درخواست رفع تمایزات میان مقررات جنگی منوط به حصول این توافق است. به نظر نگارندگان، شرط اولیه هرگونه توافق حقوقی پیرامون این قضیه، رسیدن به اجماع سیاسی و احساس نیاز جامعه جهانی برای رفع این تمایزات بوده و تا زمانی که صرف جرم‌انگاری جرایم جنگی داخلی در اساسنامه دیوان مفید شمرده شود، نمی‌توان انتظار چنین تغییری را داشت. یکی از بهترین و مؤثرترین راه کارهای رفع چنین تبعیضی، فعالیت‌های متمرکز و برنامه‌ریزی شده جامعه مدنی و فشار افکار عمومی بر حاکمیت‌های متبوع‌شان است؛ یعنی، تا زمانی که ملاحظات سیاسی تأثیر سوء خود را بر عدم رفع تمایزات نداشته باشند، صرف فعالیت کارشناسی برای رفع این تمایزات کفایت نکرده و مؤثر نخواهند بود.

منابع

الف) کتب و مقالات

- شریعت باقری، م. (۱۳۸۶). حقوق کیفری بین‌المللی. (چاپ چهارم). تهران: جنگل.
- کسسه، آ. (۱۳۸۷). حقوق کیفری بین‌المللی (ترجمه حسین پیران، اردشیر امیرارجمند و زهرا موسوی). تهران: جنگل.
- نوری، ح. (۱۳۸۳). تأملی بر چند منبع قراردادی در حقوق مخاصمات غیربین‌المللی، الهیات و حقوق، صص ۱۳۵-۱۵۶.

- Sanger, A. (2010). *Year book of international humanitarian law, The contemporary law of blockade and the gaza freedom flotilla*, volume 13, springer.
- Engeland, A. (2011). *Civillion or Combatant? A challenge for the 24st century*, oxford university press.
- Cassese, A. (2002). *The rome statute of the international criminal court: a commentary*, Volume I, Oxford university press, first published.
- Bailliet, C. (2009). *Security: A multidisciplinary normative approach*, Martlnus nijhoff Publisher.

- Henckaerts, JM & Doswald-Beck, L.(2009). *Customary international humanitarian law*, vol 1: Rules, Cambridge University press.
- Dormann, k. & Doswald-Beck, L. & Kolb, R.(2003). *Element of war crimes under the Rome statute of the international criminal court: sources and commentary*, Cambridge university press, first published.
- Moir, L.(2002). *The law of internal armed conflict*, Cambridge university press, first published.
- Schmitt, M.(2012). *Essays on Law and war at the fault lines*, springer.
- Triffterer, O.(2008). *Commentary on the rome statute of the international criminal court: Observers' Notes*, Article by Article, C.H.Beck.Hart.Nomos, second edition.
- Provost, R.(2004). *International humanitarian rights and humanitarian law*, Cambridge university press.
- Lee, R.(1999). *The international criminal court, the making of the Rome statute, issues. negotiations. results*, Kluwer Law International.
- Sivakumaran, S.(2012). *The law of non-international armed conflict*, oxford university press, first edition.
- Schabas, W.(2004). *An introduction to the international criminal court*, Cambridge university press, third edition.
- Dinstein, Y.(2004). *The conduct of hostilities under the law of international armed conflict*, Cambridge university press, first published.

(ب) کنوانسیون‌ها و اسناد بین‌المللی:

- Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law applicable in Armed Conflicts, Draft protocol additional to the Geneva conventions of august 12, 1949, and relating to the protection of victims of international armed conflicts.
- Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law applicable in Armed Conflicts, Draft protocol additional to the Geneva conventions of august 12, 1949, and relating to the protection of victims of non-international armed conflicts.
- Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law applicable in Armed Conflicts, Geneva Convention for the amelioration of the condition of the wounded and sick in armed forces in the field of 12 august 1949.
- Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law applicable in Armed Conflicts, Geneva Convention for the amelioration of the condition of wounded, sick and shipwrecked members of armed forces at sea of 12 august 1949.
- Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law applicable in Armed Conflicts, Geneva Convention related to the treatment of prisoners of war of 12 august 1949.
- Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law applicable in Armed Conflicts, Geneva Convention related to the protection of civilian persons in time of war of 12 august 1949.
- Instructions for the government of armies of the united states in the field(liber code).24 April 1863.

- International Peace Conference 1907, Convention concerning the laws and customs of war on land(Hague IV), 18 October 1907.
- The Uk military Manual, 1958.
- UN General Assembly, Convention on the Rights of the Child, 20 November 1989, United Nations, Treaty Series, vol. 1577, p. 3, available at:
<http://www.refworld.org/docid/3ae6b38f0.html> [accessed 21 May 2015].
- UN General Assembly, Rome Statute of the International Criminal Court(last amended 2010),17 July 1998, ISBN No. 92-9227-227-6, available at:
<http://www.refworld.org/docid/3ae6b3a84.html> [accessed 21 May 2015].
- UN Security Council, Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia(as amended on 17 May 2002), 25 May 1993, available at:
<http://www.refworld.org/docid/3dda28414.html> [accessed 21 May 2015].
- UN Security Council, Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda(as last amended on 13 October 2006), 8 November 1994, available at:
<http://www.refworld.org/docid/3ae6b3952c.html> [accessed 21 May 2015].
- UN Security Council, Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, September 2009.
- United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Rome, 15 June - 17 July 1998, Official Records, Reports and other documents, A/CONF.183/13(Vol.HI).