

Scope of the Jurisdiction of the International Criminal Court over War Crimes Committed in non-International Armed Conflicts

Mohammad Hossein Ramezani Ghavam Abadi¹

Iman Montazeri Ghahjavarestani²

Hamzeh Pirnia³

Punishment of perpetrators of war crimes in armed conflicts was one of the long-standing ambitions of the international community, which was partially achieved by the establishment of the International Criminal Court. The Court's jurisdiction to prosecute war crimes committed in non-international armed conflict is subject to the establishment of armed conflict. Given that the Statute does not define the term non-international armed conflict, in this article we intend to use the applicable law of the Court to define this concept. The statute is inspired by humanitarian law and humanitarian law generally requires two conditions for the application of humanitarian law to non-international armed conflicts: organization of armed group and intensity of violence. What creates ambiguity in the statute is the term protracted armed conflict in paragraph(f) of Article 8(2) of the Statute. The existence of this phrase in the Statute in the first place raises the doubt that the Statute, in addition to the existing threshold in common Article 3 and the Additional Protocol II, has created a new threshold for non-international armed conflict. In this article, we also try to prove that by examining the history of drafting articles related to war crimes, the practice of the court and the doctrine that threshold of application of the regulations of war crimes is the same according to the statute and to enforce its rules, the Court considers the lower threshold, which is the intensity of violence and the organization of armed groups, and the protracted armed conflict is one of the criteria for determining the intensity of violence.

Key Words: International Criminal Court, Non-International Armed Conflict, War Crimes, Common Article 3, Protracted Armed Conflict

¹ Associate Prof, Department of Environmental Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran. h_ramezani@sbu.ac.ir

² MA. in International Law, Department of International Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran (Corresponding Author). iman.montazeri.im@gmail.com

³ MA. in Environmental Law, Department Environmental Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran. Hpirnia94@gmail.com

مسلحانه غیر بین‌المللی

محمد حسین رضوانی قوام‌آبادی^۱

ایمان منتظری قهجاورستانی^۲

حمزه پیرنیا^۳

چکیده

مجازات عاملان جنایات جنگی در مخاصمات مسلحانه یکی از آرزوهای دیرین جامعه بین‌المللی بود که با تصویب اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری این امر تا حدودی به تحقق پیوست. صلاحیت دیوان برای پیگیری جنایات جنگی ارتکاب یافته در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی منوط احراز مخاصمه مسلحانه است. با توجه به این موضوع که اساسنامه دیوان تعریفی از عبارت مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی ارائه نکرده است، در این مقاله قصد داریم با توسل به حقوق قابل اجرا برای دیوان به تعریف این مفهوم بپردازیم. حقوق بین‌الملل بشردوستانه، که اساسنامه دیوان برای جرم‌انگاری جنایات جنگی از آن الهام گرفته است، به صورت کلی برای وجود مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی وجود دو شرط یعنی شدت خشونت و سازمان‌یافتگی گروه‌های مسلح را برای لازم‌الاجرا شدن مقررات حقوق بشردوستانه در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی را لازم می‌داند. آنچه در اساسنامه دیوان ابهام ایجاد می‌کند، عبارت مخاصمه مسلحانه طولانی‌مدت در بند (و) ماده (۲) ۸ اساسنامه است. وجود این عبارت در اساسنامه در وهله نخست این تردید را ایجاد می‌کند که اساسنامه علاوه بر آستانه موجود در ماده ۳ مشترک و پروتکل الحاقی دوم، یک آستانه جدید برای مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی ایجاد کرده است. در این مقاله با توسل به رویه دیوان، تاریخچه پیش‌نویس مواد مربوط به جنایات جنگی و عقاید علمای حقوق به اثبات این امر می‌پردازیم که آستانه اجرایی شدن مقررات جنایات جنگی مطابق با اساسنامه دیوان یکسان است و دیوان برای اجرایی شدن مقررات خود، آستانه پایین که همان شدت خشونت و سازمان‌یافتگی گروه‌های مسلح است را در نظر گرفته و شرط طولانی بودن مخاصمه یکی از معیارهای تشخیص شدت خشونت است.

کلیدواژه:

دیوان بین‌المللی کیفری، مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی، جنایات جنگی، ماده ۳ مشترک، عنصر

طولانی‌مدت

^۱ دانشیار، گروه حقوق محیط زیست، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران. رایانامه: h_ramezani@sbu.ac.ir

^۲ دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل، گروه حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)،

رایانامه: iman.montazeri.im@gmail.com

^۳ دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق محیط زیست، گروه حقوق محیط زیست، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران، رایانه:

hpirmia94@gmail.com

مقدمه

وارد نمودن مقرراتی مربوط به جنایات جنگی ارتکاب یافته در "مخاصمه مسلحانه فاقد جنبه بین‌المللی" در اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری یکی از مجادله انگیزترین مباحث در طول کنفرانس دیپلماتیک رم بود. بسیاری از کشورها به دو دلیل عمده علاقه‌مند بودند که جنایات جنگی ارتکاب یافته در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی وارد اساسنامه دیوان شود. اول به این دلیل که اکثراً در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی است که سیستم عدالت کیفری داخلی به صورت کافی قادر به پاسخ‌گویی به نقض قواعد حقوق بشردوستانه قابل اجرا در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی نیست. دوماً شکست در وارد نمودن جنایات جنگی ارتکاب یافته در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی در اساسنامه، دیوان را در تعقیب و رسیدگی به آنچه اکنون رایج‌ترین نقض حقوق بین‌الملل بشردوستانه محسوب می‌شود، ناتوان می‌ساخت. برخی دیگر از کشورها بیان نمودند که در صورت وارد نمودن جنایات جنگی ارتکاب یافته در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی در اساسنامه، نسبت به این ماده حق شرط وارد می‌نمایند. به نظر برخی از کشورها این مقررات هنوز ماهیت عرفی کسب نکرده‌اند در حالی که برخی دیگر کشورها نگران این موضوع بودند که چنین امری ممکن است منجر به دخالت در امور داخلی کشورها گردد. برخی کشورها نیز بر این عقیده بودند که این امر محدود به جرم‌انگاری مقررات ماده ۳ مشترک باشد و نه پروتکل الحاقی دوم به کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو.^۱

در نهایت کشورهایی که حامی وارد نمودن جنایات جنگی ارتکاب یافته در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی در اساسنامه بودند پیروز شدند. بنابراین ماده ۸ اساسنامه دیوان بیان می‌دارد که:

"۱. دیوان نسبت به جرائم جنگی صلاحیت دارد به ویژه هنگامی که این جرائم در قالب یک برنامه یا یک سیاست صورت پذیرفته یا جزئی از یک زنجیره جرائم مشابه باشد که در سطح گسترده ارتکاب یافته است.

۲. منظور از جرائم جنگی در این اساسنامه موارد زیر است:

(ج) در هنگام وقوع مخاصمه مسلحانه فاقد جنبه بین‌المللی، نقض فاحش ماده ۳ مشترک به کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو یعنی ..

...

(ه) دیگر نقض‌های فاحش قوانین و عرف‌های قابل اجرا در مخاصمات مسلحانه فاقد جنبه بین‌المللی در چارچوب تعیین شده در حقوق بین‌الملل، یعنی ..."

جنایات جنگی تصریح شده در بند (ج) ماده (۲) ۸ اساسنامه برگرفته از ماده ۳ مشترک به کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو^۲ و برخی از ۱۵ جنایات جنگی تصریح شده در بند (ه) ماده (۲) ۸ بر گفته از پروتکل الحاقی دوم به

^۱ Moir. L, Particular Issues Regarding War Crimes in Internal Armed Conflicts in The Legal Regime of the International Criminal Court, VOLUME 19, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 611.

^۲ Dormann. K, "War Crime under the Rome Statue of International Criminal Court, with special Focus on the negotiations on the Element of Crimes", Max Plank Yearbook of United Nation Law, Volume. 7, 2003, p. 344.

^۳ Common Article 3 (CA3).

کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو^۱ و دیگر جنایات جنگی ذکر شده در بند (ه) ماده (۲) ۸ نوآوری اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری محسوب می‌شود که در پروتکل الحاقی دوم وجود ندارد.^۲ جنایات جنگی به موجب بندهای (ج) و (ه) ماده (۲) ۸ اساسنامه مشمول محدودیت‌های مصرح در بندهای (د) و (و) ماده (۲) ۸ اساسنامه قرار می‌گیرند که این مواد خود عناصر جرم تلقی نمی‌گردند. در این دو بند از ماده (۲) ۸ اساسنامه تأکید شده است که بند (د) و (و) ماده (۲) ۸ اساسنامه محدودیت‌هایی را بر صلاحیت دیوان ایجاد می‌کند و آن توصیف وضعیت‌های آشوب داخلی است که تحت پوشش اساسنامه قرار نمی‌گیرد. برخی از هیئت‌های نمایندگی شرکت کننده در جلسه تدوین این ماده، تمایل بسیاری داشتند تا از این امر اطمینان حاصل کنند که تا زمانی که آستانه مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی آن‌گونه که در این مقررات تصریح شده، حاصل نشود دیوان صلاحیت رسیدگی به رفتاری که در داخل یک کشور وارد شده و ممکن است در زمره جنایات جنگی قرار گیرد را نداشته باشد.^۳ لذا قبل از بررسی بیشتر در مورد آستانه اجرایی شدن مقررات اساسنامه بجاست متن این مواد را از نظر بگذرانیم. بند (د) از قسمت دوم ماده ۸ اساسنامه تصریح می‌کند که بند (ج) ماده (۲) ۸:

"بر مخاصمات مسلحانه فاقد جنبه بین‌المللی اجرا می‌شود و بنابراین شامل حالت‌های آشوب‌ها و تنش‌های داخلی همچون شورش‌ها و اعمال خشونت‌آمیز منفرد یا پراکنده یا اعمال مشابه دیگر نمی‌شود."

از طرف دیگر بند (و) ماده (۲) ۸ اساسنامه بیان می‌دارد که بند (ه) ماده (۲) ۸:

"بر مخاصمات مسلحانه فاقد جنبه بین‌المللی اجرا می‌شود و بنابراین شامل حالت‌های آشوب‌ها و تنش‌های داخلی همچون شورش‌ها و اعمال خشونت‌آمیز منفرد یا پراکنده یا اعمال مشابه دیگر نمی‌شود. مقررات این بند در مورد مخاصمات مسلحانه‌ای قابل اجرا است که در قلمرو یک کشور اتفاق می‌افتد زمانی که مخاصمه مسلحانه طولانی مدت میان نیروهای حکومت و گروه‌های مسلح سازمان‌یافته یا میان چنین گروه‌هایی وجود دارد."

یکی از عناصر لازم برای اثبات نقض فاحش ماده ۳ مشترک (بند (ج) ماده (۲) ۸) یا دیگر نقض‌های فاحش قوانین و عرف‌های قابل اجرا در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی (بند (ه) ماده (۲) ۸)، وجود یک مخاصمه مسلحانه است. به عبارت دیگر برای آن‌که دیوان بتواند جنایات جنگی تحت صلاحیت دیوان را تحت محاکمه قرار دهد، ابتدا لازم است وجود مخاصمه مسلحانه را اثبات کند.^۴ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری در بند (ج) و (ه) ماده (۲) ۸ عبارت "مخاصمات مسلحانه فاقد جنبه بین‌المللی" را تعریف نکرده است، عبارتی که ابتدا در ماده ۳ مشترک به کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو پدیدار شد. در این مقاله قصد داریم با تعریف عبارت "مخاصمات مسلحانه فاقد جنبه بین‌المللی"، به تعیین آستانه اجرایی شدن مقررات اساسنامه پردازیم. در ادامه ضمن توضیحی

^۱ Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 June 1977.

^۲ ممتاز. جمشید، رنجریان. امیرحسین، حقوق بین‌الملل بشردوستانه مخاصمات مسلحانه داخلی، چاپ چهارم، انتشارات نشر میزان، ۱۳۹۳، ص ۲۴۴-۲۵۲.

^۳ کمیته ملی حقوق بشردوستانه ایران، عناصر جنایات جنگی در اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، چاپ دوم، انتشارات مجد، ۱۳۹۷، ص ۵۲۹-۵۳۰.

^۴ نژندی‌منش. هیبت‌الله، حقوق بین‌الملل کیفری در رویه قضایی، چاپ اول، انتشارات خرسندی، ۱۳۹۴، ص ۴۰.

مختصری از تاریخچه پیش‌نویس و تدوین مقررات جنایات جنگی قابل اجرا در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی در اساسنامه، در قسمت دوم به با توجه به عوامل به کار رفته در محاکم بین‌المللی کیفری ویژه، به تعریف عبارت مخاصمات مسلحانه فاقد جنبه بین‌المللی می‌پردازیم. در قسمت سوم به بررسی این موضوع می‌پردازیم که آیا آستانه اجرایی شدن مقررات بند (ه) ماده (۲) و بند (ج) ماده (۲) یکسان است یا این امر که، به واسطه شرط مخاصمه مسلحانه طولانی‌مدت مندرج در بند (و) ماده (۲) آستانه بالاتر و جدیدتری برای اجرایی شدن بند (ه) ماده (۲) ایجاد شده است.

۱. تاریخچه پیش‌نویس جنایات جنگی ارتکاب یافته در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی

مذاکرات نمایندگان در کنفرانس رم^۱ بر وارد کردن مقرراتی مربوط به وضعیت مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی تا حدودی شبیه به مذاکرات مربوط به تدوین مقررات مربوط به مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی در کنفرانس دیپلماتیک ۱۹۴۹ ژنو مربوط به کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو و مذاکرات مربوط به تدوین پروتکل‌های الحاقی ۱۹۷۷ بود. با این حال نتیجه این مذاکرات به طور مشخص متفاوت بود. قابلیت اجرایی شدن اساسنامه بر مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی تا حدودی وسیع‌تر از آنچه بود که در کنوانسیون‌های چهارگانه و پروتکل الحاقی دوم در نظر گرفته شده بود.

کمیته مقدماتی برای تأسیس دیوان بین‌المللی کیفری^۲ بعد از تکمیل کار خود بر "یک متنی که به صورت وسیعی قابل قبول برای تدوین یک معاهده بین‌المللی به منظور تأسیس یک دیوان بین‌المللی کیفری باشد"^۳ پیش‌نویس اساسنامه را در گزارش ۱۵ آوریل ۱۹۹۸ خود به منظور بررسی نمایندگان تام‌الاختیار کشورها در کنفرانس رم ارائه نمود.^۴ قسمت (ج) و (د) ماده ۵ پیش‌نویس اساسنامه شامل مقرراتی مربوط به مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی بود. جرائم مندرج در قسمت (ج) از ماده ۳ مشترک گرفته شده بود در حالی که بسیاری از جرائم مندرج در قسمت (د) شبیه به مقررات پروتکل الحاقی دوم بود. مقدمه هر دو قسمت بیان می‌داشت که این مقررات در مخاصمات مسلحانه فاقد جنبه بین‌المللی به کار می‌روند و در نتیجه به صراحت آشوب و اختلال داخلی را از قلمرو اجرایی شدن این ماده جدا می‌کرد.

نمایندگان تا زمان درخواست رئیس کمیته همگانی به صورت رسمی بحثی در مورد آستانه اجرایی شدن مقررات مربوط به مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی انجام ندادند. تا آن زمان، مقدمه قسمت مربوط به مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی حاوی آستانه اجرایی شدن یکسانی برای مقررات مربوط به مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی بود. این مقدمه بیان می‌نمود که "قسمت (ج) و (د) این ماده بر مخاصمات مسلحانه فاقد جنبه بین‌المللی

۱. در مورد تاریخچه جرم‌انگاری جنایات جنگی ارتکاب یافته در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی قبل از تأسیس دیوان بین‌المللی کیفری نگاه کنید به: ممتاز و رنجریان، پیشین، ص ۲۳۷-۲۵۵.

۲. Preparatory Committee on the Establishment of the International Criminal Court.

۳. A widely acceptable consolidated text of a convention for an international criminal court.

۴. Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Draft Statute & Draft Final Act; A/CONF.183/2.

اجرا می‌شود و بنابراین بر وضعیت‌های آشوب و اختلال داخلی مانند شورش‌ها، اعمال خشونت‌آمیز منفرد و پراکنده یا اعمال مشابه دیگر اجرا نمی‌شود.^۱ این آستانه اجرایی متحد برای مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی با مذاکرات بعدی که توسط کمیته انجام گرفت،^۲ تغییر کرد. این تغییر انجام گرفته توسط کمیته به صورت ضمنی دو نوع مخاصمه مسلحانه را معرفی می‌کرد که توسط آن یک آستانه جدید برای قسمت (د) ماده ۵ معرفی می‌کرد. با توجه به اینکه این پیشنهاد کمیته سازشی میان عقاید مختلف نمایندگان بود، قبل از بررسی پیشنهاد کمیته بهتر است که به بررسی عقاید هیئت‌های نمایندگی در کنفرانس رم بپردازیم.

وارد نمودن مقرراتی مربوط به مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی در اساسنامه دیوان به دلایل زیادی مورد حمایت بسیاری از کشورها قرار گرفت. با توجه به این‌که امروزه اکثر مخاصماتی که ما شاهد آن هستیم، مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی است،^۳ برخی کشورها استدلال کردند که استثنا نمودن این مخاصمات از صلاحیت دیوان، یک خلأ غیر قابل قبول برای حمایت‌های ایجاد شده توسط دیوان ایجاد می‌کند.^۴ مقررات حقوق بین‌الملل مربوط به مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی از زمان تدوین کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو و پروتکل الحاقی دوم آشکارا توسعه یافته است. نماینده آمریکا با توجه به این امر بیان نمود که "از آنجا که مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی شایع‌ترین و بی‌رحمانه‌ترین مخاصمات در حال وقوع در حال حاضر است، برای دیوان ضروری است که نسبت به این مخاصمات صلاحیت داشته باشد. این حوزه از حقوق بین‌الملل به خوبی گسترش و توسعه یافته و باید در اساسنامه دیوان وارد گردد."^۵ نماینده سیرالئون نیز با اشاره به وضعیت کشور خود بیان نمود که "کشور سیرالئون شدیداً حامی وارد نمودن قسمت (ج) و (د) در اساسنامه است زیرا از آنجایی که همه به خوبی می‌دانند کشور او درگیر یک مخاصمه داخلی است که در آن جنایات جدی ارتکاب یافته است که دیوان باید صلاحیت رسیدگی به این جنایات را داشته باشد."^۶ مخالفت‌های ابراز شده در کنفرانس رم تا حدودی شبیه مخالفت‌های بیان شده در کنفرانس دیپلماتیک ژنو در سال‌های ۱۹۴۵ و ۱۹۷۷ بود. این اعتراض‌ها شامل نگرانی از مداخله در امور داخلی کشورها و اینکه دیوان چگونه می‌خواهد به تعیین وضعیت بپردازد، بود.^۷ بعلاوه استدلال شد که وارد نمودن جنایات مربوط به مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی در اساسنامه در تضاد با اصل صلاحیت تکمیلی دیوان است.^۸ با توجه به مخالفت‌های بیان شده در کنفرانس رم به زودی آشکار شد که برای به دست آوردن یک موافقت کلی نیاز به یک سازش است. در حالی که برخی کشورها مانند چین، هند، اندونزی، پاکستان و ترکیه مخالف قسمت (ج) و (د) ماده ۵ طرح پیش‌نویس بودند، بسیاری از نمایندگان بیان نمودند که در صورتی که شرایط اجرایی شدن این

^۱ A/CONF.183/C.1/L.53, 6 July 1998.

^۲ Bureau

^۳ A/CONF.183/C.1/L.59, 10 July 1998.

^۴ Bellal, A, The War Report Armed Conflicts, Geneva, Geneva Academy, 2017.

^۵ A/ CONF.183/SR.25, para. 19, The delegation of New Zealand

^۶ A/CONF.183/SR.6, para. 100, the delegation of the United States.

^۷ A/CONF.183/SR.25, para. 55, the delegation of the Sierra Leone.

^۸ A/CONF.183/C.1/SR.27, para. 5, the delegation of the Algeria.

^۹ A/CONF.183/C.1/SR.35, para. 44, the delegation of the Sri Lankan.

مواد محدود شود حاضر به سازش و پذیرش این ماده هستند. همان‌گونه که قبلاً بیان نمودیم تنها ماده‌ای که بیانگر آستانه مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی بود، مقدمه قسمت (ج) و (د) ماده ۵ بود که بیان می‌نمود که این ماده بر مخاصمات مسلحانه فاقد جنبه بین‌المللی اجرا می‌شود و بنابراین بر وضعیت‌های آشوب و اختلال داخلی مانند شورش‌ها، اعمال خشونت‌آمیز منفرد و پراکنده یا اعمال مشابه دیگر اجرا نمی‌شود. بنابراین هیچ تفکیکی میان نقض ماده ۳ مشترک و نقض دیگر قوانین و عرف‌های قابل اجرا در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی نبود و در نتیجه تفکیکی میان قلمرو اجرایی این مواد نیز وجود نداشت. با این حال، برخی نمایندگان این عقیده را داشتند که باید آستانه جدایی برای اجرایی شدن دیگر نقض‌های شدید قوانین و عرف‌های جنگی قابل اجرا در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی وجود داشته باشد. برخی از کشورها مانند مصر، بحرین و اردن بیان نمودند که برای این قواعد باید آستانه‌ای شبیه به ماده یک پروتکل الحاقی دوم در نظر گرفته شود.^۱ در نتیجه آستانه پاراگراف اول از ماده یک پروتکل الحاقی دوم در پیشنهاد کمیته وارد شد با این نتیجه که مقررات مربوط به نقض جدی دیگر قوانین و عرف‌های قابل اجرا در مخاصمات مسلحانه فاقد جنبه بین‌المللی در "مخاصمات مسلحانه‌ای اجرا می‌شود که داخل در قلمرو سرزمینی یکی از اعضای معظم متعاهد میان نیروهای مسلح آن کشور و نیروهای مسلح مخالف یا دیگر گروه‌های مسلح سازمان‌یافته تحت فرماندهی مسئول رخ می‌دهد که آن‌چنان کنترلی بر بخشی از قلمرو کشور مذکور دارند که آن‌ها را به انجام عملیات نظامی هماهنگ و پایدار می‌سازد".^۲ این پیشنهاد به نوبه خود منجر به مخالفت برخی کشورها مانند نیوزیلند شد زیرا عقیده داشتند که چنین آستانه بالایی مخاصمات مسلحانه میان دو یا چند گروه مسلح و مخاصمات مسلحانه که در آن گروه‌های مسلح قادر به کنترل قلمرو نیستند را از صلاحیت دیوان مستثنا می‌کند.^۳ در حالی که برخی از کشورها مانند چین و پرتغال از این آستانه جدید استقبال کردند هنوز برخی از کشورها مانند لیبی مخالف وارد نمودن هر قاعده‌ای مربوط به مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی در اساسنامه بودند. نماینده سیرالئون مخالف این آستانه جدید بود و پیشنهاد نمود که این آستانه بدین صورت اصلاح شود: "این ماده در مورد مخاصمات مسلحانه‌ای قابل اجرا است که در قلمرو یک کشور اتفاق می‌افتد زمانی که مخاصمه مسلحانه طولانی‌مدت میان نیروهای حکومت و گروه‌های مسلح سازمان‌یافته یا میان چنین گروه‌هایی وجود دارد".^۴ این پیشنهاد حمایت بسیاری از کشورها را جلب کرده و در نهایت به همین صورت وارد اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری شد. حال قبل از بررسی این موضوع که آیا پیشنهاد ارائه شده توسط سیرالئون آستانه جدیدی برای بند (ه) ماده ۸(۲) ایجاد کرده یا خیر، ابتدا به تعریف مخاصمه مسلحانه فاقد جنبه بین‌المللی و آستانه مورد نیاز برای اجرایی شدن مقررات آن مطابق با بند (ج) ماده ۸(۲) می‌پردازیم.

^۱ A/CONF.183/C.1/SR.5, para. 115, the delegation of the Bahrain.

^۲ A/CONF.183/C.1/L.59 (10 July 1998).

^۳ A/CONF.183/C.1/SR.33, para. 14, the delegation of the European Union and its Member States.

^۴ A/CONF.183/C.1/SR.35, para. 8, Sierra Leone.

^۵ A/CONF.183/C.1/SR.35, para. 23 (Uganda); A/CONF.183/C.1/SR.35, para. 80 (Solomon Islands); A/CONF.183/C.1/SR.36, para. 30 (Slovenia); A/CONF.183/C.1/SR.36, para. 42 (Bosnia and Herzegovina).

۲. تعریف مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی مطابق با ماده (ج) ۸(۲) اساسنامه دیوان

بند (ج) ماده ۸(۲) بدون ارائه تعریفی به سادگی به عبارت "مخاصمه مسلحانه فاقد جنبه بین‌المللی" اشاره می‌کند. تنها راهنمایی که توسط اساسنامه به آن اشاره شده است بند (د) ماده ۸(۲) است که این ماده قلمرو مادی اجرای بند (ج) ماده ۸(۲) را مشخص می‌کند. بند (د) ماده ۸(۲) بیان می‌کند که بند (ج) "بر مخاصمات مسلحانه فاقد جنبه بین‌المللی اجرا می‌شود و بنابراین شامل حالت‌های آشوب‌ها و تنش‌های داخلی همچون شورش‌ها و اعمال خشونت‌آمیز منفرد یا پراکنده یا اعمال مشابه دیگر نمی‌شود". به نظر می‌رسد که این ماده یک امر بدیهی و زائد را بیان نموده است زیرا مخاصمه مسلحانه، وضعیت‌های آشوب و اختلال داخلی را از تعریف و قلمرو خود مستثنا می‌سازد.^۱ در واقع به نظر می‌رسد که خود بند (ج) ماده ۸(۲) این امر را پذیرفته است زیرا بیان می‌کند که بند (ج) ماده ۸(۲) "بر مخاصمات مسلحانه فاقد جنبه بین‌المللی اجرا می‌شود" و بنابراین بر وضعیت‌های آشوب و اختلال داخلی قابل اجرا نیست. به عبارت دیگر، این گونه ادعا شده است که مفهوم ذاتی مخاصمه مسلحانه به خودی خود کافی است تا وضعیت‌های مندرج در قسمت دوم بند (د) ماده ۸(۲) را از قلمرو اجرای ماده ۸ حذف کند.^۲ این امر در قضیه آکایسو بدین گونه توسط دادگاه رواندا تأیید شد که خود عبارت مخاصمه مسلحانه پیشنهاد عملیات خصمانه میان نیروهای مسلح می‌دهد و در نتیجه این امر منجر به حذف آشوب و اختلال داخلی از قلمرو مخاصمه مسلحانه می‌شود.^۳ با این حال برخی از هیئت‌های نمایندگی شرکت‌کننده در جلسه تدوین این ماده، تمایل بسیاری داشتند تا از این امر اطمینان حاصل نمایند تا زمانی که آستانه مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی آن‌گونه که در این ماده تصریح شده، حاصل نشود دیوان صلاحیت رسیدگی به رفتاری که داخل در یک کشور واقع شده و ممکن است در زمره جنایات جنگی قرار گیرد را نداشته باشد. از این رو این بند به این ماده اضافه شد.^۴

حال سؤالی که مطرح می‌شود این است که صرف‌نظر از وضعیت‌های آشوب و اختلال داخلی، مخاصمه مسلحانه فاقد جنبه بین‌المللی چیست؟ در اینجا ذکر این نکته حائز اهمیت است که مطابق با ماده ۲۱ اساسنامه، حقوق قابل اجرا در وهله اول برای دیوان، اساسنامه، عناصر جرائم و آیین دادرسی و ادله است. شعبه تجدیدنظر دیوان در قضیه لوبانگا حکم نمود که در صورت وجود خلأ در اساسنامه، دیوان می‌تواند به دیگر منابع ذکر شده در بندهای (ب) و (ج) ماده ۲۱ رجوع کند.^۵ از آنجایی که بند (ج) ماده ۸(۲) به ماده ۳ مشترک اشاره کرده است، و همچنین مطابق با این عقیده که کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو مطابق با بند (ب) ماده ۲۱ یکی از معاهده‌های قابل

^۱ Zimmermann. Andreas; Robin Geis., "War Crimes Committed in an Armed Conflict Not of an International Character", in O Triffterer (ed.), the Rome Statute of the International Criminal Court: Commentary, Third Edition, 2015, P. 546, para. 873.

^۲ Sivakumaran. S, Identifying an armed conflict not of an international character in The Emerging Practice of the International Criminal Court, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 365.

^۳ ICTR, Prosecutor v. Akayesu, -96-4-T, Judgment, Trial Chamber, 2 September 1998, para. 620.

^۴ Dörmann .K, Elements of War Crimes under the Rome Statute, Cambridge, Cambridge University Press. 2003, p. 382.

^۵ Judgment on the Appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court Pursuant to Art 19 (2) (a) of the Statute of 3 October 2006, Lubanga, Situation in the Democratic Republic of the Congo, ICC-01/04-01/06-772, AC, ICC, 14 December 2006, para. 34.

اجرا برای دیوان است،^۱ ضروری است که با تفسیر ماده ۳ مشترک به تعیین و تعریف مخاصمه مسلحانه فاقد جنبه بین‌المللی مطابق با بند (ج) ماده ۸(۲) برسیم.^۲ کمیته بین‌المللی صلیب سرخ در تفسیر خود بر ماده ۳ مشترک برخی از معیارها را به منظور تعریف و تعیین مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی ارائه داده است از جمله اینکه مخاصمه مسلحانه مورد اشاره ماده ۳ مشترک مخاصمه مسلحانه‌ای است که نیروهای مسلح هر طرف در یک عملیات خصمانه شرکت می‌کنند یا به صورت خلاصه مخاصمه مسلحانه‌ای که در بسیاری از جهات شبیه مخاصمه مسلحانه بین‌المللی است با این تفاوت که در قلمرو یک کشور اتفاق می‌افتد^۳ که این معیارها در رویه دادگاه بین‌المللی کیفری برای رواندا مورد استفاده قرار گرفته است.^۴ همچنین کمیته بیان می‌دارد که عبارت مخاصمه مسلحانه معیارهای مادی را معرفی می‌کند یعنی وجود عملیات خصمانه آشکار میان نیروهای مسلح با میزان سازمان‌یافتگی کم یا زیاد نسبت به یکدیگر. این معیار نیز در رویه کمیسیون آمریکایی حقوق بشر مورد استفاده قرار گرفته است.^۵

از دیگر راه‌های تعریف و تعیین مخاصمه مسلحانه رجوع به حقوق بین‌الملل عرفی است. بهترین تعریف ارائه شده از مفهوم مخاصمه مسلحانه توسط دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق در قضیه تادیچ ارائه شده است. شعبه تجدیدنظر دادگاه بین‌المللی کیفری در قضیه تادیچ مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی را این‌گونه تعریف نمود: «مخاصمه مسلحانه زمانی وجود دارد که ... خشونت مسلحانه طولانی‌مدت میان ارگان‌های دولت و گروه‌های مسلح سازمان‌یافته یا میان این گروه‌ها داخل یک کشور رخ دهد.»^۶ این تعریف بعداً توسط کارشناسان مستقل و گزارشگران ویژه کمیسیون حقوق بشر سازمان ملل^۷ و کمیسیون‌های تحقیق سازمان ملل مورد استفاده قرار گرفت.^۸ با بررسی دقیق تعریف‌های ارائه شده در بالا،^۹ عنصر مشترک را می‌توان برای تعیین مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی استخراج کرد: (۱) وجود میزانی از سازمان‌یافتگی برای طرفین مخاصمه و (۲) میزان مشخصی از خشونت. در واقع در رویه دادگاه یوگسلاوی این دو معیار به صورت گسترده مورد استفاده قرار گرفتند. به عنوان مثال زمانی که شعبه بدوی دادگاه در قضیه تادیچ درصدد به کار بردن تعریف شعبه تجدیدنظر دادگاه برآمد بیان داشت که معیار به کار گرفته شده توسط شعبه تجدیدنظر به منظور وجود مخاصمه مسلحانه بر دو معیار تمرکز

^۱ Bitti. G, Article 21 and the Hierarchy of Sources of Law before the ICC, in Stahn. S, The Law and Practice of the International Criminal Court, Oxford University Press, 2015, pp. 425-430.

^۲ Kress.C, "The 1999 Crisis in East Timor and the Threshold of the Law on War Crimes", Criminal Law Forum, 409, (December 2002), p. 415.

^۳ Pictet. J, The Geneva convention of 12 August 1949, Commentary: IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Person in Time of War, Geneva, ICRC, 1958, p. 36.

^۴ ICTR. Prosecutor v Kamuhanda, ICTR-95-54A-T, (22 January 2004), para.722.

^۵ The Inter-American Commission on Human Rights, Juan Carlos Abella (Argentina), Report No 55/97, Case No 11.137 (Argentina), 18 November 1997, para. 152.

^۶ ICTY, Prosecutor v Tadić, IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, para 70.

^۷ Report on the situation of human rights in Somalia, prepared by the Independent Expert of the Commission on Human Rights, Ms. Mona Rishmawi, pursuant to Commission resolution 1996/57 of 19 April 1996, E/CN.4/1997/88, para. 54 (3 March 1997).

^۸ Report of the Commission of Inquiry on Lebanon pursuant to Human Rights Council resolution S-2/1, A/HRC/3/2, para. 51 (23 November 2006).

دارد: شدت خشونت و سازمان‌یافتگی طرفین مخاصمه.^۱ این دو معیار مکرراً توسط دادگاه کیفری رواندا و دادگاه ویژه سیرالئون مورد استفاده قرار گرفته است.^۲

اگرچه این دو معیار کمک کننده هستند ولی از جهات بسیاری مورد سؤال قرار گرفته‌اند به عنوان مثال از جهت مقدار مورد نیاز خشونت و معیار واقعی سازمان‌یافتگی برای طرفین. اگرچه این دو معیار، حقایق و وقایعی هستند که باید در هر قضیه به صورت جداگانه مورد بررسی قرار گیرند؛ با این حال رویه قضایی و دکترین راهکارهایی برای شناسایی آن‌ها ارائه داده‌اند.

^۱ ICTY, Prosecutor v Tadić, Case No. IT-94-1-T, Opinion and Judgment, 7 May 1997, para. 562.

^۲ ICTR, Prosecutor v Jean-Paul Akayesu, op. cit., paras 620, 625.

^۳ SCSL, Prosecutor v Brima, Kamara and Kanu, SCSL-04-16-T, Judgment, 20 June 2007, para. 244

^۴ ICTY, Prosecutor v Limaj, Bala and Musliu, Case No IT-03-66-T, Judgment, 30 November 2005, para. 90.

۲-۱. سازمان‌یافتگی طرفین

میزان مشخصی از سازمان‌یافتگی برای گروه‌های مسلح که در حال مبارزه در برابر نیروهای حکومت هستند، مدت‌زمانی طولانی است که یک شرط برای وجود مخاصمه مسلحانه در نظر گرفته شده است.^۱ در رابطه با نیرو-های دولتی درگیر در مخاصمه، فرض می‌شود که این نیروها این شرط را دارا هستند مگر اینکه دولت در وضعیت فروپاشی باشد که باید وضعیت سازمان‌یافتگی این نیروها را نیز مورد ارزیابی قرار داد. درجه سازمان‌یافتگی که برای گروه‌های مسلح مورد نیاز است دارای ابهام است ولی آستانه‌ای که برای سازمان‌یافتگی گروه‌های مسلح مورد نیاز است نباید کاملاً شبیه نیروهای مسلح دولت باشد بلکه حداقلی از سازمان‌یافتگی برای گروه‌های مسلح کافی است. برای مثال در قضیه آکایسو، دادگاه رواندا اشاره می‌کند که گروه‌های مسلح باید به میزان کم یا زیاد سازمان‌یافته باشند^۲ درحالی که در قضیه لیماج دادگاه رواندا معتقد بود که میزانی از سازمان‌یافتگی، برای طرفین مخاصمه کافی است.^۳ نویسندگان حقوقی نیز برای سازمان‌یافتگی طرفین، حداقل سازمان‌یافتگی^۴ یا مقدار کم از سازمان‌یافتگی^۵ را لازم و کافی می‌دانند. آنچه تعیین‌کننده و مهم است این است که گروه‌های مسلح تا میزانی سازمان‌یافته باشند که قادر به انجام عملیات نظامی و اجرای حداقل مقررات حقوق بشر دوستانه باشند.^۶

به صورت کلی باید سؤال کرد که آیا می‌توان گروه‌های مسلح را شبیه به نیروهای نظامی در نظر گرفت یا خیر.^۷ با این حال، معیارهای خاص که می‌توان توسط آن به تعیین میزان مشخص سازمان‌یافتگی رسید را می‌توان مشخص نمود. این معیارها شامل وجود ساختار فرماندهی مسئول،^۸ وجود مقررات داخلی^۹ و نظم و انضباط داخلی است.^{۱۰} همچنین وجود مرکز فرماندهی،^{۱۱} تعیین مناطق انجام عملیات،^{۱۲} لباس یکنواخت،^{۱۳} تدارک، حمل‌ونقل و پخش مهمات،^{۱۴} هماهنگی عملیات^{۱۵} و استخدام افراد جدید^{۱۶} نیز می‌تواند در تعیین سازمان‌یافتگی گروه‌های

^۱ Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949, Vol. II-B (1949) 325 (USSR).

^۲ ICTR, Prosecutor v Jean-Paul Akayesu, op. cit., Para. 620.

^۳ ICTR, Prosecutor v Limaj, Bala and Musliu op. cit., para. 89.

^۴ Draper, G, 'The Geneva Conventions of 1949', (1965-I) 114 Rec des Cours 63, 89-90.

^۵ Schindler, D. "The Different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and Protocols", in Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Vol. 163, 1979, 147.

^۶ Ibid.

^۷ ICTR, Prosecutor v Jean-Paul Akayesu, op. cit., Para. 621.

^۸ ICTR, Prosecutor v Slobodan Milošević, Case No IT-02-54-T, Decision on Motion for Judgement of Acquittal, 16 June 2004, para. 23.

^۹ ICTR, Prosecutor v Limaj, Bala and Musliu, op. cit., para. 110.

^{۱۰} Rowe. R, War Crimes' in D. McGoldrick, P. Rowe and E. Donnelly eds, The Permanent International Criminal Court: Legal and Policy Issues, Oxford, Hart Publishing, 2004, p. 229.

^{۱۱} ICTR, Prosecutor v Slobodan Milošević, op. cit., para. 23.

^{۱۲} ICTR, Prosecutor v Limaj, Bala and Musliu, op. cit., para. 95.

^{۱۳} ICTR, Prosecutor v Limaj, Bala and Musliu. op. cit., para. 123.

^{۱۴} Ibid, para. 124.

^{۱۵} Ibid, para. 108.

^{۱۶} Ibid, para. 118.

مسلح مورد استفاده قرار گیرد. در داخل گروه، وظیفه و مسئولیت مجزا برای نهادهای مختلف^۱ و وسایل ارتباطی ویژه برای ارتباط با آنها^۲ ممکن است معیاری برای سازمان‌یافتگی گروه‌های مسلح باشد. خارج از محدوده گروه نیز عواملی مانند انجام مذاکرات با شخص ثالث^۳ و مجوز ایست بازرسی^۴ ممکن است عوامل تعیین کننده سازمان‌یافتگی گروه‌های مسلح باشد. توجه به این نکته ضروری است که این عوامل صرفاً راهنما هستند و عدم وجود آنها دلیلی بر عدم سازمان‌یافتگی گروه‌های مسلح نیست بلکه باید این عوامل را در هر قضیه با توجه به حقایق و وقایع آن قضیه مورد بررسی قرار داد.^۵

۲-۲. شدت خشونت

دومین معیار که به صورت ذاتی در مفهوم مخاصمه مسلحانه نهفته است، شدت خشونت است. در مورد این معیار نیز به مانند معیار سازمان‌یافتگی نباید اغراق کرد. عبارت واقعی به کار گرفته شده در تعریف تادیج "خشونت مسلحانه طولانی مدت" بود، این عبارت پیشنهاد می‌دهد که خشونت باید برای مدت‌زمانی ادامه داشته باشد. بنابراین شعبه تجدیدنظر در قضیه تادیج بیان داشت که: مبارزه میان نهادهای مختلف در یوگسلاوی سابق در سال ۱۹۹۱ آغاز شد، در بهار ۱۹۹۲ زمانی که جرائم ادعایی ارتکاب یافت ادامه داد شد و تا این روز ادامه داشت.^۶ از این زمان، به نظر می‌رسد که عنصر خشونت یا آستانه خشونت حذف شده است. با این حال اگر طولانی بودن خشونت یکی از معیارهای وجود مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی باشد، این مسئله که خشونت مسلحانه باید تا چه مدت زمانی ادامه داشته باشد تا مقررات حقوق بین‌الملل بشردوستانه اجرایی شود باید حل شود. به نوبه خود این امر ممکن است منجر به ابهاماتی در مورد اینکه کدام عملیات به خصوص در آغاز خشونت تحت پوشش حقوق بشردوستانه قرار می‌گیرد، و همچنین در رابطه با جرم بودن اعمال ارتکاب یافته در مراحل اولیه خشونت مشکل ساز است.^۷ به منظور جبران این حذف و وارد کردن مفهوم مقدار خشونت، عبارت مقیاس وسیع به این شرط افزوده شد که خشونت باید طولانی مدت باشد: باید خشونت طولانی مدت و در مقیاس وسیع میان نیروهای مسلح کشورهای مختلف و میان نیروهای حکومت و گروه‌های مسلح وجود داشته باشد.^۸ در طول زمان، ایده کلی خشونت جایگزین این شرط که خشونت باید طولانی مدت باشد شده است.^۹

^۱ Ibid, paras. 100-101.

^۲ Ibid, para. 103.

^۳ Ibid, paras. 125-129.

^۴ Ibid, para. 145.

^۵ Vite´. S, "Typology of Armed Conflicts in International Humanitarian Law: Legal Concepts and Actual Situations", (International Review of the Red Cross), vol. 91, No. 873, march 2009, pp. 76-77.2009

^۶ ICTY, Prosecutor v Tadić, Case No. IT-94-1-AR72, op, cit., para. 70.

^۷ Spadaro, A, International Humanitarian Law in the Jurisprudence of International Criminal Tribunal and Courts, in Djukic. D, The Companion to International Humanitarian Law, Brill Nijhoff, 2018, p. 140.

^۸ ICTY, Prosecutor v Kordić and Čerkez, Case No IT-95-14/2-A, Judgement, 17 December 2004, para. 341.

^۹ Sivakumaran. op, cit., p. 369.

به مانند معیار سازمان‌یافتگی، می‌توانیم از عواملی که به تعیین شدت خشونت کمک می‌کند، استفاده کنیم. این عوامل شامل تعداد مبارزه‌ها و سطح، شدت و مدت خشونت،^۱ شایع شدن خشونت در قلمرو،^۲ خسارات ایجاد شده،^۳ جابه‌جایی افراد و توزیع اسلحه میان آن‌ها،^۴ سلاح‌های بکار گرفته شده توسط طرفین،^۵ هدف خشونت،^۶ موافقت‌نامه آتش‌بس^۷ و دخالت شخص ثالث چه شورای امنیت یا هر نهاد خارجی دیگر^۸ است. نشانه مهم استفاده از نیروهای نظامی توسط حکومت است. بنابراین خشونت معیار وسیع‌تری نسبت به معیار طولانی‌مدت است.^۹ توجه به این نکته ضروری است که این عوامل صرفاً راهنما هستند و عدم وجود آن‌ها دلیلی بر اینکه مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی وجود ندارد، نیست.^{۱۰} وجود این دو معیار (شدت خشونت و سازمان‌یافتگی) را نمی‌توان در شرایط انتزاعی توصیف نمود بلکه وجود آن‌ها را باید به صورت موردی و با داده‌های هر وضعیت به صورت جداگانه مورد ارزیابی قرار داد.^{۱۱}

۳-۲. رویه دیوان بین‌المللی کیفری در قضیه ناتاگاندا

همان‌گونه که بررسی کردیم برای وجود مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی، وجود دو شرط یعنی شدت خشونت و میزانی از سازمان‌یافتگی برای گروه‌های مسلح لازم است. حال این موضوع را بررسی می‌کنیم که دیوان بین‌المللی کیفری در رویه خود چگونه این دو شرط را تعیین می‌کند. دیوان بین‌المللی کیفری در رأی اخیر خود آقای ناتاگاندا را به اتهام ارتکاب جنایت جنگی و جنایت علیه بشریت به ۳۰ سال حبس محکوم نمود.^{۱۲} از مصادیق جنایات جنگی ارتکاب یافته توسط ناتاگاندا می‌توان به قتل اشاره کرد که در پاراگراف اول بند (ج) ماده ۸(۲) اساسنامه دیوان جرم‌انگاری شده است.

شعبه بدوی دیوان ابتدا بیان می‌کند که مطابق با بند (ج) ماده ۸(۲) اساسنامه آقای ناتاگاندا متهم به ارتکاب جنایت جنگی شده است. دیوان برای اثبات جنایت جنگی ابتدا باید اثبات کند که آیا عمل مورد ادعا در چارچوب یا در ارتباط با یک مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی ارتکاب یافته است یا خیر.^{۱۳} از این رو دیوان باید ابتدا به

^۱ ICTR, Prosecutor v Limaj, Bala and Musliu, op, cit., paras. 135-167.

^۲ ICTR, Prosecutor v Slobodan Milošević, op, cit., para. 29.

^۳ ICTY, Prosecutor v Tadić, Case No. IT-94-1-AR72, op, cit., paras. 565-566.

^۴ ICTR, Prosecutor v Limaj, Bala and Musliu op, cit., paras. 135-167.

^۵ ICTR, Prosecutor v Limaj, Bala and Musliu, op, cit., paras. 135-167.

^۶ Inter-American Commission on Human Rights, op, cit., para. 154-156.

^۷ ICTY, Prosecutor v Kordić and Čerkez, op, cit., paras. 347-339.

^۸ ICTY, Prosecutor v Tadić, Case No. IT-94-1-AR72, op, cit., paras. 567.

^۹ Sivakumaran. , op, cit., p. 370.

^{۱۰} Vite´. , op, cit., pp. 76-77.2009

^{۱۱} Pejic. Jelena, "The Protective Scope of Common Article 3: More Than Meets the Eye", International Review of the Red Cross, vol. 93, march 2011, No 881. p. 192.

^{۱۲} ICC, Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Trial Chamber VI, No: ICC-01/04-02/06. 8 July 2019.

^{۱۳} Ibid, para. 698.

بررسی این موضوع پردازد که آیا در زمان وقوع افعال مورد ادعا مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی وجود داشته است یا خیر.

شعبه بدوی دیوان بیان می‌کند که اگرچه بندهای (ج) و (ه) ماده (۲) ۸ رهنمودهایی در مورد مفهوم مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی ارائه می‌دهند ولی چارچوب حقوقی دیوان تعریفی از عبارت "مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی" ارائه نکرده است. با این حال دیوان با توجه به عبارت "چارچوب تعیین شده در حقوق بین‌الملل مخاصمات مسلحانه" که در بند (و) ماده (۲) ۸ اساسنامه و عناصر جرائم دیوان به کار رفته است، تعریف ارائه شده از مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی توسط دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق یعنی "خشونت مسلحانه طولانی‌مدت میان ارگان‌های دولت و گروه‌های مسلح سازمان‌یافته یا میان این گروه‌ها داخل قلمرو یک کشور" را به عنوان تعریف معتبر از مخاصمه مسلحانه غیر می‌پذیرد.^۱ شعبه بیان می‌کند که وجود مخاصمه مسلحانه باید بر مبنای اوضاع و احوال متداول در زمان مربوطه تعیین شود و وجود مخاصمه مسلحانه منوط به دیدگاه ذهنی طرفین مخاصمه نیست.^۲ سپس شعبه بیان می‌کند که به منظور تفکیک آشوب و اختلالات داخلی مانند شورش، اعمال خشونت‌آمیز منفرد و پراکنده یا سایر اعمال مشابه از مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی، مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی باید شامل (۱) درگیری حداقل دو گروه مسلح سازمان‌یافته باشد و (۲) خشونت مسلحانه از شدت مشخصی برخوردار باشد.^۳

از آنجا که آقای ناتاگاندا عضو گروه اتحادیه میهنی کنگو/ نیروهای میهنی برای آزادی کنگو^۴ بوده است، ابتدا دیوان باید اثبات کند که آیا این گروه را می‌توان یک گروه مسلح سازمان‌یافته تلقی کرد یا خیر. شعبه بدوی دیوان برای اثبات سازمان‌یافتگی یک گروه مسلح باید ویژگی‌های آن گروه را بررسی کند. شعبه بدوی معیارها و عواملی که با کمک آن می‌توان سازمان‌یافتگی یک گروه را تعیین کرد شامل این موارد می‌داند: (۱) وجود ساختار فرماندهی، صدور دستورات نظامی، وجود مقر فرماندهی و استفاده از سخنگوی رسمی (۲) توانایی نظامی گروه مسلح که می‌توان با عواملی مانند کنترل قلمرو، انجام عملیات نظامی در مقیاس گسترده یا هماهنگ و تعریف استراتژی نظامی اثبات کرد (۳) توانایی لجستیکی گروه که می‌توان با استخدام و آموزش افراد جدید، انتقال سربازان به مناطق عملیاتی و تأمین تجهیزات نظامی اثبات کرد (۴) وجود سیستم نظم و انضباط داخلی و توانایی اجرای حقوق بشردوستانه و (۵) توانایی گروه برای نشان دادن اراده واحد (صحبت کردن با یک صدای واحد) که می‌توان با توانایی رهبر گروه برای انجام مذاکرات سیاسی یا انعقاد موافقت‌نامه از طرف اعضای خود ثابت کرد. همچنین شعبه بدوی بیان می‌کند که این عوامل و شاخص‌ها هر کدام به تنهایی تعیین‌کننده نیستند بلکه در صورت وجود برخی از آنها ممکن است یک گروه سازمان‌یافته تلقی شود.^۵

^۱ Ibid, para. 701.

^۲ Ibid, para. 702.

^۳ Ibid, para. 703.

^۴ Union des Patriotes Congolais/Forces Patriotiques pour la Libération du Congo (UPC/FPLC).

^۵ Ibid, para. 704.

حال که شعبه بدوی معیارهای سازمان‌یافتگی برای یک گروه مسلح را مثال زد باید این مورد را بررسی کند که آیا گروه مسلح اتحادیه میهنی کنگو سازمان‌یافته است یا خیر. شعبه بدوی در ادامه بعضی از ویژگی‌های این گروه را که نشان دهنده سازمان‌یافتگی این گروه است را مثال می‌زند. شعبه بدوی بیان می‌کند که اتحادیه میهنی کنگو در بونیا دارای مقر فرماندهی و یک ساختار نظامی رسمی که شامل افراد با وظایف مشخص بوده و حداقل از سال ۲۰۰۲ اتحادیه میهنی کنگو افراد جدید در مناطق مختلف ایتوری استخدام نموده و آن‌ها را در اردوگاهی آموزشی مختلف آموزش نظامی داده است. همچنین اتحادیه میهنی کنگو سلاح‌های سنگین به مانند توپ و مهمات در اختیار داشته که آن‌ها را در مناطق عملیاتی مختلف مستقر نموده و افراد را برای استفاده از آن‌ها آموزش می‌دهد است.^۱ شعبه بدوی همچنین بیان می‌کند که اتحادیه میهنی کنگو در سطح خارجی نیز به عنوان یک نیروی مسلح به خوبی ساختار یافته فعالیت می‌کرده است. آقای لوبانگا به عنوان رئیس اتحادیه میهنی کنگو به صورت منظم دستوراتی در مورد انتصابات و سایر امور مربوط به ساختار داخلی گروه صادر می‌کرده و حتی اتحادیه میهنی کنگو در مورد بهره‌برداری از منابع طبیعی در مناطق تحت کنترل خود با شرکت‌های خصوصی موافقت‌نامه امضا کرده است.^۲

در نهایت شعبه بدوی دیوان بر اساس موارد فوق نتیجه می‌گیرد که در زمان موردنظر اتحادیه میهنی کنگو یک گروه مسلح سازمان‌یافته محسوب می‌شده است.^۳

مطابق با نظر شعبه بدوی دومین شرط وجود مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی، شدت خشونت است. شعبه بدوی معیارهایی که با کمک آن می‌توان شدت خشونت را تعیین نمود شامل این موارد می‌داند: (۱) جدیت و تکرار حملات در درگیری‌های مسلحانه (۲) گسترش درگیری در قلمرو و توانایی گروه به کنترل قلمرو (۳) تعیین این موضوع که آیا دستور آتش‌بس صادر شده یا توافق شده است (۴) نوع و تعداد نیروهای مسلح به کار گرفته شده (۵) نوع سلاح‌های مورد استفاده (۶) تعیین این مورد که آیا وضعیت موردنظر توجه شورای امنیت را جلب کرده یا منجر به دخالت سایر سازمان‌های بین‌المللی شده است یا خیر (۷) آیا طرفین خود را ملزم به حقوق بشردوستانه می‌دانند یا خیر و (۸) تأثیر خشونت بر غیرنظامیان.^۴

شعبه بدوی در ادامه ضمن ارزیابی خشونت در ایتوری به بررسی این موضوع می‌پردازد که آیا خشونت به کار رفته به آستانه موردنیاز برای وجود مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی رسیده است یا خیر. شعبه بدوی ضمن بررسی زمان آغاز و میزان خشونت به کار رفته در ایتوری بیان می‌کند که اتحادیه میهنی کنگو بخش مهمی از قلمرو ایتوری را در کنترل خود داشته و با توجه به این موضوع دیوان نتیجه می‌گیرد که اگرچه در برهه‌ای از زمان درگیری مستقیم میان طرفین وجود نداشته، کنترل قلمرو توسط یک گروه نشان‌دهنده این امر است که حکومت کنگو در آن زمان قادر به بازپس‌گیری قلمرو تحت کنترل اتحادیه میهنی کنگو نبوده و این امر نشان می‌دهد که

^۱ Ibid, para. 705-708.

^۲ Ibid, para. 709.

^۳ Ibid, para. 710.

^۴ Ibid, para. 716.

شرط شدت خشونت تحقق یافته است.^۱ همچنین شعبه بدوی تأثیر مخاصمه بر غیرنظامیان که منجر به فرار و ترک منازل خود شده‌اند و همچنین توجه جامعه بین‌المللی به خصوص شورای امنیت و اتحادیه اروپا بر وضعیت ایتوری و مشارکت در انجام مذاکرات صلح و تعیین نیروهای حافظ صلح را معیار مناسب برای تحقق شدت خشونت در ایتوری می‌داند.^۲

در نهایت شعبه بدوی بر اساس موارد فوق نتیجه می‌گیرد که معیار شدت خشونت در ایتوری تحقق یافته و اتحادیه میهنی کنگو در زمان مورد نظر، درگیر یک مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی بوده است.^۳ حال که به خوبی آستانه اجرایی شدن بند (ج) ماده (۲) اساسنامه را مورد بررسی قرار دادیم به بررسی این موضوع می‌پردازیم که آیا آستانه اجرایی شدن بند (ه) ماده (۲) اساسنامه متفاوت از بند (ج) ماده (۲) است یا این ماده نیز آستانه اجرایی یکسانی با ماده (ج) (۲) دارد.

^۱ Ibid, para. 717-721.

^۲ Ibid, para. 722-723.

^۳ Ibid, para. 725.

۳. آستانه اجرایی شدن جنایات جنگی مندرج در بند (ه) ماده (۲) اساسنامه دیوان

اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری جنایات جنگی ارتکاب یافته در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی را به دو فهرست تقسیم می‌کند. مطابق با متن اساسنامه دیوان، اولین فهرست یعنی بند (ج) ماده (۲) بر تمامی مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی قابل اجرا است در صورتی که فهرست دوم یعنی بند (ه) ماده (۲) زمانی اجرا می‌شود که یک "مخاصمه مسلحانه طولانی‌مدت" میان نیروهای حکومت و گروه‌های مسلح سازمان‌یافته یا میان این گروه‌ها وجود داشته باشد. برخی پیشنهاد دادند که بند (و) ماده (۲) که آستانه اجرایی شدن بند (ه) ماده (۲) را مشخص می‌کند، آستانه اجرایی شدن جدیدی را برای قواعد قابل اجرا در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی علاوه بر آستانه اجرایی شدن ماده ۳ مشترک و پروتکل الحاقی دوم ایجاد کرده است. این پیشنهاد مبتنی بر این دلیل است که بند (و) ماده (۲) بیان می‌کند که بند (ه) ماده (۲) که مربوط به دیگر نقض‌های شدید قوانین و عرف‌های جنگی قابل اجرا در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی است، زمانی اجرا می‌شود که "مخاصمه مسلحانه طولانی‌مدت" میان نیروهای حکومت و گروه‌های مسلح سازمان‌یافته یا میان این گروه‌ها وجود داشته باشد. بدین دلیل برخی پیشنهاد کرده‌اند که این آستانه، آستانه میانه‌ای بین ماده ۳ مشترک و پروتکل الحاقی دوم است. همچنین مطابق با قواعد عادی مربوط به تفسیر معاهده یک نفر ممکن است به این نتیجه برسد که دو آستانه اجرایی متفاوت برای جنایات جنگی ارتکاب یافته در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی مطابق با اساسنامه دیوان وجود دارد.^۱ در این قسمت با توسل به رویه دیوان و نظر علمای حقوق بشردوستانه و حقوق بین‌الملل کیفری به بررسی این موضوع می‌پردازیم که آیا بند (و) ماده (۲) یک نوع جدید از مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی که قبلاً وجود نداشته را ایجاد کرده یا این ماده یک تفسیر از حقوق از قبل موجود است و هر دو فهرست مربوط به مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی آستانه اجرایی شدن یکسانی را دارا هستند؟

در میان علمای حقوق اختلاف نظر بسیاری وجود دارد که آیا بند (و) ماده (۲) اساسنامه با اشاره به "مخاصمه مسلحانه طولانی‌مدت" آستانه بالاتری نسبت به بند (د) ماده (۲) ایجاد کرده است و یا اینکه یک تعریف واحد از مفهوم مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی مطابق با اساسنامه دیوان وجود دارد؟ در میان علمای حقوق نظر غالب نویسندگان این است که این دو ماده آستانه اجرایی شدن یکسانی دارند و تفکیک میان بندهای (و) و (د) پاراگراف دوم از ماده ۸ اساسنامه صرفاً نتیجه امتیازات سیاسی است که در مرحله تدوین پیش‌نویس اساسنامه میان نمایندگان کشورها ردوبدل شده است. پروفیسور مارکو ساسولی ابتدا با بیان اینکه خود دیوان آستانه یکسانی را برای این دو ماده در نظر گرفته بیان می‌کند که این یک تفسیر صحیح از دیوان است زیرا از آنجایی که مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی به ناچار داخل قلمرو یک کشور اتفاق می‌افتند، این مخاصمات مسلحانه باید همیشه به میزان کافی طولانی‌مدت باشند تا شرایط خاص اجرایی شدن مقررات حقوق بشردوستانه در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی یعنی شدت خشونت و سازمان‌یافتگی گروه‌های مسلح فراهم شود.^۲ همچنین پروفیسور داپو

^۱ Condorelli, L, War Crimes and Internal Conflicts in the Statute of the International Criminal Court' in M. Politi and G. Nesi (eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court: A challenge to impunity, Routledge; 1 edition, 2001, p. 112-113.

^۲ Sassoli, M, International Humanitarian Law Rules, Controversies and Solutions to Problems Arising in Warfare", Edward Elgar Publishing, 2019, p. 184.

آکاندی استدلال می‌کند که عبارت "طولانی‌مدت" در بند (و) ماده (۲) ۸ از تعریف مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی توسط دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی در قضیه تادیچ گرفته شده است که در این قضیه دادگاه قصد داشت انواع مخاصمه مسلحانه که تحت قلمرو ماده ۳ مشترک قرار می‌گیرند را مشخص کند. در حالی که این عقیده صحیح است که برخی بر طولانی‌مدت بودن مخاصمه تأکید دارند و ادعا می‌کنند که مخاصمه مسلحانه باید طولانی‌مدت باشد، رویه دادگاه یوگسلاوی نشان می‌دهد که عنصر طولانی‌مدت یکی از عناصری است که باید در هنگام اجرای ماده ۳ مشترک به آن توجه نمود و این عنصر معیاری برای شناسایی و تشخیص شدت خشونت است. بنابراین بهتر است عبارت "طولانی‌مدت" در بند (و) ماده (۲) ۸ اساسنامه را به عنوان عنصری برای تعیین شدت خشونت مخاصمه مسلحانه تفسیر کرد.^۲ همچنین برخی از نویسندگان نیز به منظور اثبات وجود آستانه واحد برای جنایات جنگی ارتکاب یافته در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی، به مذاکرات و کارهای مقدماتی مربوط به پیش‌نویس ماده ۸ اساسنامه استناد می‌کنند. همان‌گونه که دیدیم، پیشنهاد نماینده سیرالئون واکنشی بود به پیش‌نویس ارائه شده توسط کمیته که در آن کمیته قصد داشت آستانه موجود در ماده یک پروتکل الحاقی دوم را وارد اساسنامه کند نه این‌که آستانه جدیدی را ایجاد کند. از این رو پیشنهاد سیرالئون درصدد کاهش یا کم کردن آستانه موجود در پیشنهاد کمیته بود نه اینکه آستانه جدیدی برای اجرایی شدن مقررات مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی فراتر از بند (ج) ماده (۲) ۸ ایجاد کند.^۳ همچنین پروفیسور تئودور مرون با توجه به کارهای مقدماتی تهیه ماده ۸ اساسنامه بیان می‌کند که: "اشاره به مخاصمه مسلحانه طولانی‌مدت به منظور راضی ساختن آن دسته از نمایندگان مطرح شد که خواهان وارد کردن آستانه اجرایی بالا مندرج در پروتکل الحاقی دوم در اساسنامه دیوان بودند. باید توجه نمود که این عبارت شبیه به عبارات به کار رفته در تعریف مندرج در قضیه تادیچ توسط دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق است. از این رو باید با تلاش برای تفسیر عبارت مخاصمه مسلحانه طولانی‌مدت به عنوان ایجاد یک آستانه جدید مخالفت کرد".

روش دیگر برای اثبات این موضوع که بند (ج) و (ه) ماده (۲) ۸ برای اجرایی شدن مقررات خود آستانه یکسانی دارند، رجوع به حقوق عرفی بشردوستانه است. می‌توان استدلال نمود که شناسایی جرائم مندرج در این مواد به عنوان قاعده عرفی که در تمامی مخاصمات مسلحانه قابل اجرا است، این تفسیر که بند (و) ماده (۲) ۸ آستانه جدیدی برای مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی ایجاد کرده است را غیر ضروری می‌سازد. با توجه به این موضوع که مقدمه بند (ه) ماده (۲) ۸ بیان می‌کند که تمامی جرائم مندرج در این ماده "در چهارچوب شناخته‌شده حقوق بین‌الملل قرار دارند"، این تفسیر که بند (و) ماده (۲) ۸ خارج از این چهارچوب قرار دارد، به نظر می‌رسد غیر معقول است. مطابق با نظر فلیپ کریس رئیس کمیته همگانی در کنفرانس رم، در کنفرانس این توافق کلی وجود داشت که تعریف جرائم در اساسنامه رم منعکس کننده حقوق عرفی است نه ایجاد کننده یک قانون جدید.^۳ در حالی که در مورد برخی از جرائم مندرج در ماده ۸ شک وجود دارد که به قاعده عرفی تبدیل شده‌اند یا خیر،

^۱ Akande. Dapo, Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts in International Law and the Classification of Conflicts, Edited by Elizabet Wilmshurst, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 56.

^۲ Meron. T, "Crimes under the Jurisdiction of the International Criminal Court", in Herman A.M. von Hebel et. al., Reflections, p. 54.

^۳ Dörmann. K, Elements of War Crimes under the Rome Statute, op, cit., p. xiii.

واضح است که جرائم مربوط به مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی همگی ماهیت عرفی کسب کرده‌اند.^۱ مطالعه کمیته بین‌المللی صلیب سرخ در مورد حقوق عرفی بشردوستانه^۲ دلیلی بر عرفی بودن جرائم مندرج در بندهای (ج) و (ه) ماده ۸(۲) است. این مطالعه به تعریف و بررسی قواعد عرفی بشردوستانه قابل اجرا در مخاصمات مسلحانه بین‌المللی و مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی می‌پردازد. مطابق با این مطالعه از ۱۶۱ قاعده عرفی بشردوستانه ۱۴۱ قاعده آن در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی اجرا می‌شود که جرائم مندرج در بندهای (ج) و (ه) ماده ۸(۲) اساسنامه دیوان نیز جز قواعد عرفی بشردوستانه است. مطالعه کمیته بین‌المللی صلیب سرخ در مورد حقوق عرفی بشردوستانه با توجه به رویه کشورها به اثبات عرفی بودن این جرائم می‌پردازد. در این مطالعه تفکیکی میان انواع مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی و یا آستانه مختلف برای اجرایی شدن مقررات حقوق بشردوستانه در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی وجود ندارد. با توجه به این‌که مطالعه کمیته بین‌المللی صلیب سرخ تفکیکی میان آستانه مختلف برای اجرایی شدن مقررات حقوق بشردوستانه در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی ایجاد نمی‌کند و جرائم مندرج در بندهای (ج) و (ه) ماده ۸(۲) به صورت یکسان در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی به کار می‌روند، واضح است که تفسیر آستانه جدید برای بند (و) ماده ۸(۲) قلمرو اجرای بند (ه) ماده ۸(۲) را بر خلاف حقوق عرفی بشردوستانه محدود می‌کند. اگر بند (و) ماده ۸(۲) را به عنوان یک آستانه جدید در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی تفسیر کنیم، این تفسیر به صورت واضح قابلیت اجرایی شدن جرائم مندرج در بند (ه) ماده ۸(۲) را به وضعیت‌های محدود منحصر می‌کند. در نتیجه به منظور قرار دادن جرائم مندرج در بند (ه) ماده ۸(۲) "در چهارچوب شناخته‌شده حقوق بین‌الملل"، به نظر منطقی است که آستانه اجرایی شدن یکسانی را برای بندهای (ج) و (ه) ماده ۸(۲) در نظر بگیریم.^۴ باید توجه نمود که این امر یعنی عرفی بودن جرائم مندرج در بند (ه) ماده ۸(۲)، از طرف دیگر به دیوان کمک می‌کند که اصل قانونی بودن جرائم و مجازات را نقض نکند. بسیاری از جرائم مندرج در بند (ه) ماده ۸(۲) از پروتکل الحاقی دوم گرفته شده است. در حالی که بند (ه) ماده ۸(۲) اساسنامه برای اجرایی شدن مقررات خود آستانه پایینی را در نظر گرفته است، برای اجرایی شدن مقررات پروتکل الحاقی دوم لازم است که مخاصمه مسلحانه "داخل در قلمرو سرزمینی یکی از اعضای معظم متعاقد میان نیروهای مسلح آن کشور و نیروهای مسلح مخالف یا دیگر گروه‌های مسلح سازمان‌یافته تحت فرماندهی مسئول رخ می‌دهد که آن‌چنان کنترلی بر بخشی از قلمرو کشور مذکور دارند که آن‌ها را به انجام عملیات نظامی هماهنگ و پایدار و اجرای این پروتکل قادر می‌سازد"^۵ در نتیجه ممکن است که در یک وضعیت

۱ Cryer. R, Prosecuting International Crimes: Selectivity and the International Criminal Law Regime, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp, 281-283.

۲ Henckaerts. Jean-Marie; Doswald-Beck. Louise, Customary International Humanitarian Law, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, vol, 1-2.

۳ Henckaerts. J, " Study on customary international humanitarian law: A contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict", (International Review of the Red Cross), Volume 87, Number 857, March 2005. pp. 188-193.

۴ Cullen. A, The Concept of Non-International Armed Conflicts in International Humanitarian Law, Cambridge University Press, 2010, p. 184.

۵ Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 June 1977, Article 1.

خاص که در آن شرایط اجرایی شدن مقررات پروتکل الحاقی دوم وجود ندارد، تعهدات آن پروتکل به موجب بند (ه) ماده (۲) اساسنامه برای طرفین لازم‌الاجرا و طرفین ملزم به رعایت و اجرای آن باشند که در صورت عدم اجرای آن ممکن است توسط دیوان مورد تعقیب و محاکمه قرار گیرند. به منظور اجتناب از این وضعیت دشوار که به موجب آن، پروتکل الحاقی دوم در یک مخاصمه خاص اجرا نمی‌شود ولی بند (ه) ماده (۲) اساسنامه اجرا می‌شود، تمامی جنایات مندرج در بند (ه) ماده (۲) اساسنامه به موجب حقوق بین‌الملل عرفی برای طرفین لازم‌الاجرا است نه پروتکل الحاقی دوم.^۲ در همین رابطه، کمیته بین‌المللی صلیب سرخ در کنفرانس رم بیان نمود که "توجه به این امر ضروری است که تمامی جرائم مندرج در بند (ه) ماده (۲) مبنای قانونی خود را از حقوق بین‌الملل عرفی کسب می‌کنند نه پروتکل الحاقی دوم"^۳.

رویه دیوان اگرچه تا حدودی در این مورد مبهم است ولی می‌توان نتیجه گرفت که دیوان عبارت "طولانی بودن" را به عنوان معیاری برای تشخیص شدت خشونت مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی بکار برده است و نه ایجاد کننده آستانه جدید و متمایز برای مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی.^۴ شعبه پیش دادرسی دیوان در سال ۲۰۰۹ در قضیه بمبا ابتدا این احتمال را بیان نمود که "عبارت‌بندی بند (و) ماده (۲) اساسنامه با بند (د) ماده (۲) اساسنامه متفاوت است و بند (و) ماده (۲) مستلزم وجود مخاصمه مسلحانه طولانی مدت است و بنابراین ممکن است این ماده آستانه بالاتر یا اضافی‌تری را نسبت به بند (د) ماده (۲) نیاز داشته باشد زیرا این ماده حاوی چنین شرطی نیست. می‌توان این استدلال را مطرح نمود که آیا این شرط در مورد بند (د) ماده (۲) نیز به کار می‌رود یا خیر. با این حال فارغ از محتمل بودن چنین رویکرد تفسیری، شعبه لازم نمی‌داند که به بررسی این موضوع بپردازد، زیرا مدت‌زمان موردنظر تقریباً ۵ ماه را پوشش می‌دهد و بنابراین باید در هر صورت این مخاصمه "طولانی مدت" در نظر گرفته شود".^۵ همان‌گونه که مشخص است شعبه پیش دادرسی دیوان پاسخ مشخص به این سؤال که آیا ماده بند (و) ماده (۲) آستانه جدیدی برای مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی ایجاد کرده است یا خیر، نمی‌دهد زیرا به نظر شعبه پیش دادرسی حتی اگر این امر را در نظر بگیریم که بند (و) ماده (۲) آستانه بالاتری نسبت به بند (د) ماده (۲) دارد، در هر صورت با توجه به مدت‌زمان مخاصمه، شرط اجرایی شدن بند (ه) ماده (۲) نیز وجود دارد و نیازی نیست که شعبه به بررسی مفصل این موضوع بپردازد. شعبه بدوی دیوان نیز در سال ۲۰۱۶ در همین قضیه اعلام نمود که "با توجه به اینکه هر دو بند (ج) و (ه) ماده (۲) اساسنامه در این قضیه مبنای اتهام متهم است، تفکیک احتمالی تنها در صورتی اهمیت دارد که شعبه بدوی به این نتیجه برسد که مخاصمه مربوطه "طولانی مدت" نیست و بنابراین شعبه با توجه به مدت‌زمان مخاصمه تشخیص می‌دهد که لازم

^۱ Sivakumaran. op. cit., p. 377.

^۲ A/CONF.183/INF/11.

^۳ Klamberg. M, Commentary on the Law of the International Criminal Court, Torkel Opsahl Academic EPublisher Brussels, 2017, p. 107.

^۴ ICC, Pre-trial Chamber II Situation in the Central African Republic in the case of Prosecutor v. Jean-pierre Bemba Gombo, No. ICC-01/05-01/08, 15 June 2009, para. 235.

نیست که در این مرحله به بررسی بیشتر این موضوع پردازد.^۱ شعبه بدوی دیوان نیز به مانند شعبه پیش دادرسی پاسخ روشنی به سؤال مربوطه نمی‌دهد، با این حال دو پاراگراف در رأی وجود دارد که با تفسیر آنها می‌توان به این نتیجه رسید که شعبه بدوی، آستانه واحدی را برای مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی در نظر گرفته است. شعبه بدوی در رابطه با شرط حضور گروه‌های مسلح در مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی بیان می‌کند که "با اینکه اشاره به طرفین مخالف مخاصمه به صورت صریح در بند (و) ماده ۸(۲) بیان شده نه در بند (د) ماده ۸(۲) این عنصر خاص یعنی وجود گروه‌های مسلح سازمان‌یافته در مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی، یک اصل تثبیت شده حقوق مخاصمات مسلحانه است و بنابراین نسبت به بند (ج) ماده ۸(۲) نیز به کار می‌رود".^۲ شعبه بدوی همچنان بیان می‌کند که "مفهوم "طولانی‌مدت" تا کنون در رویه دیوان تعریف نشده است ولی این مفهوم عموماً توسط دیوان هنگام تعیین و ارزیابی شدت مخاصمه مورد بررسی قرار گرفته است. هنگام تعیین اینکه آیا مخاصمه مسلحانه فاقد جنبه بین‌المللی طولانی‌مدت است یا خیر، شعبه‌های مختلف دیوان به مدت‌زمان مخاصمه به عنوان معیار مناسب برای ارزیابی شدت خشونت تأکید دارند".^۳ همان‌گونه که مشخص است شعبه بدوی دیوان برای تعیین اینکه آیا مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی وجود دارد یا خیر، وجود دو شرط یعنی سازمان‌یافتگی برای گروه‌های مسلح و شدت خشونت را لازم می‌داند و شعبه بدوی معیار "طولانی‌مدت" را معیاری برای تعیین و ارزیابی وجود شدت خشونت می‌داند نه اینکه این معیار ایجاد‌کننده یک آستانه جدید برای مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی است.

نتیجه‌گیری

امروزه اکثر مخاصماتی که ما شاهد آن هستیم، مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی است. این نوع مخاصمات با طبیعت خشونت‌آمیز و خون‌باری که داشته و دارند، در کشتار و نابودی گاه گوی سبقت را از مخاصمات مسلحانه بین‌المللی نیز ربوده‌اند و فجایع بشری متأثرکننده و کم‌سابقه‌ای را رقم زده‌اند و در آن جنایاتی ارتکاب می‌یابد که روح هر انسانی را آزار می‌دهد. مجازات عاملان این جنایات و پایان بخشیدن به مصونیت این افراد یکی از آرزوهای دیرین جامعه بین‌المللی بوده است. با توجه به اینکه در کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو و پروتکل الحاقی دوم، که مقررات مربوط به مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی در این اسناد جای دارد، مقرراتی در مورد نقض شدید این قواعد وجود ندارد، تا سال‌ها عقیده علمای حقوق و کشورها این بود که عاملان جنایات جنگی در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی، مسئولیت کیفری بین‌المللی فردی ندارند و مصون از پیگیری و مجازات بین‌المللی هستند. از طرف دیگر ارتکاب فجیع‌ترین جنایات در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی در دهه ۹۰ میلادی، شورای امنیت سازمان ملل را بر آن داشت که برای مجازات عاملان این جنایات، محاکم ویژه کیفری بین‌المللی تأسیس کند. هر چند در اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق جنایات جنگی ارتکاب

^۱ ICC, Trial Chamber III, Situation in the Central African Republic in the case of Prosecutor v. Jean-pierre Bemba Gombo, No. ICC-01/05-01/08, 21 March 2016, para. 138.

^۲ Ibid, para. 132.

^۳ Ibid. para. 139.

یافته در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی جرم‌انگاری نشده بود، با این حال این دادگاه در رویه خود مسئولیت کیفری فردی برای عاملان این جنایات را یک قاعده مسلم حقوقی دانست که این امر موجب شد که مجازات و محاکمه عاملان جنایات جنگی به صورت مستقیم وارد اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری رواندا شود. اگر چه این دادگاه‌ها تحول عمیقی در حقوق بین‌الملل کیفری و حقوق مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی ایجاد کردند، ولی آن‌ها دادگاه‌های ویژه‌ای بودند که صلاحیت آن‌ها محدود به یک زمان و مکان خاص بود و صلاحیت بین‌المللی نداشتند. سرانجام پس از سال‌ها انتظار در سال ۲۰۰۲ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری به اجرا درآمد. یکی از مباحث مهم در پیش‌نویس اساسنامه دیوان، جرم‌انگاری جنایات جنگی ارتکاب یافته در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی بود. با توجه به اینکه مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی داخل قلمرو یک کشور ارتکاب می‌یابد، و کشورها آن را یک امر داخلی می‌دانند که در صلاحیت ملی آن‌ها قرار دارد، کشورهای بسیاری با وارد نمودن مقررات این مخاصمات در اساسنامه مخالف بودند. با این حال سرانجام با سازش‌هایی که میان نمایندگان انجام گرفت، جنایات جنگی ارتکاب یافته در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی جرم‌انگاری شد و در صورتی که شرایط اساسنامه برای محاکمه و مجازات عاملان جنایات جنگی وجود داشته باشد، دیوان صلاحیت رسیدگی به این جنایات را دارد. یکی از شرایط مجازات و محاکمه عاملان این جنایات جنگی مطابق با اساسنامه، مشخص نمودن آستانه اجرایی شدن مقررات مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی مطابق با اساسنامه است. در اساسنامه دیوان ۲ بند از ماده (۲) ۸ که مربوط به جنایات جنگی است، اختصاص به صلاحیت دیوان برای رسیدگی به جنایات جنگی در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی دارد. در حالی که بند (ج) ماده (۲) ۸ اساسنامه مربوط به جرم‌انگاری ماده ۳ مشترک است، بند (و) ماده (۲) ۸ مربوط به جرم‌انگاری قسمتی از مقررات پروتکل الحاقی دوم و حقوق عرفی بشردوستانه است. در نگاه اول به نظر می‌رسد هر یک از این مواد برای اجرایی شدن مقررات خود در دو بند جداگانه، آستانه اجرایی شدن مجزایی را برای خود در نظر گرفته‌اند. تفسیر مضیق از این مواد این امر را پیشنهاد می‌دهد که این دو بند از ماده (۲) ۸ آستانه اجرایی شدن متفاوتی دارند و آستانه اجرایی شدن بند (ه) ماده (۲) ۸ فراتر از بند (ج) ماده (۲) ۸ است. بر خلاف این تفسیر، عقیده علمای حقوق و رویه دیوان مبتنی بر این امر است که میان این دو بند هیچ تفاوتی وجود ندارد و اگر بتوان یک وضعیت را با توجه به شدت خشونت و سازمان‌یافتگی طرفین، مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی دانست، ارتکاب تمامی اعمال مندرج در این مواد جنایت جنگی محسوب می‌شود و مرتکبان آن قابل محاکمه و مجازات هستند. همچنین با توجه به اینکه یکی از اهداف تأسیس دیوان بین‌المللی کیفری، مجازات عاملان جنایت جنگی و پایان بخشیدن به مصونیت این افراد بوده است، لذا این نتیجه‌گیری منطقی به نظر می‌رسد که آستانه اجرایی شدن مقررات مربوط به جنایات جنگی ارتکاب یافته در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی تا جایی که ممکن است پایین باشد که محاکمه و مجازات این عاملان را آسان سازد.

منابع

الف) منابع فارسی

۱) کتب

- ۱) کمیته ملی حقوق بشردوستانه ایران، عناصر جنایات جنگی در اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، چاپ دوم، انتشارات مجد، ۱۳۹۷.
- ۲) ممتاز. جمشید، رنجبریان. امیرحسین، حقوق بین‌الملل بشردوستانه مخاصمات مسلحانه داخلی، چاپ چهارم، انتشارات نشر میزان، ۱۳۹۳.
- ۳) نژندی‌منش. هیبت‌الله، حقوق بین‌الملل کیفری در رویه قضایی، چاپ اول، انتشارات خرسندی، ۱۳۹۴.

ب) منابع غیرفارسی

1) Books

- 4) Akande. Dapo, *Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts in International Law and the Classification of Conflicts*, Edited by Elizabeth Wilmshurst, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- 5) Bellal, A, *The War Report Armed Conflicts*, Geneva, Geneva Academy, 2017.
- 6) Cryer. R, *Prosecuting International Crimes: Selectivity and the International Criminal Law Regime*. Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- 7) Cullen. A, *The Concept of Non-International Armed Conflicts in International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, 2010.
- 8) Dörmann .K, *Elements of War Crimes under the Rome Statute*, Cambridge, Cambridge University Press. 2003.
- 9) Henckaerts. Jean-Marie; Doswald-Beck. Louise, *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, vol, 1-2.
- 10) Klamberg. M, *Commentary on the Law of the International Criminal Court*, Torkel Opsahl Academic EPublisher Brussels, 2017.
- 11) Pictet. J, *The Geneva convention of 12 August 1949, Commentary: IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Person in Time of War*, Geneva, ICRC, 1958.
- 12) Sassoli. M, *International Humanitarian Law Rules, Controversies and Solutions to Problems Arising in Warfare*", Edward Elgar Publishing, 2019.

2) Articles

- 13) Bitti. G, *Article 21 and the Hierarchy of Sources of Law before the ICC*, in Stahn. S, *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford University Press, 2015, pp. 425-430
- 14) Condorelli. L, *War Crimes and Internal Conflicts in the Statute of the International Criminal Court* in M. Politi and G. Nesi (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A challenge to impunity*, Routledge; 1 edition, 2001.

15) Dormann. K, "War Crime under the Rome Statue of International Criminal Court, with special Focus on the negotiations on the Element of Crimes", *Max Plank Yearbook of United Nation Law*, Volume. 7, 2003.

16) Draper, G, 'The Geneva Conventions of 1949', (1965-I) 114 Rec des Cours 63, 89-90

17) Henckaerts. J, " Study on customary international humanitarian law: A contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict", (*International Review of the Red Cross*), Volume 87, Number 857, March 2005.

18) Kress.C, "The 1999 Crisis in East Timor and the Threshold of the Law on War Crimes", *Criminal Law Forum*, 409, December 2002.

19) Meron. T, "Crimes under the Jurisdiction of the International Criminal Court", in Herman A.M. von Hebel *et. al ., Refl ections*.

20) Moir. L, *Particular Issues Regarding War Crimes in Internal Armed Conflicts in The Legal Regime of the International Criminal Court*, VOLUME 19, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

21) Pejic. Jelena, "The Protective Scope of Common Article 3: More Than Meets the Eye", *International Review of the Red Cross*, vol. 93, march 2011, No 881.

22) Rowe. R, *War Crimes' in D. McGoldrick, P. Rowe and E. Donnelly eds, The Permanent International Criminal Court: Legal and Policy Issues*, Oxford, Hart Publishing, 2004.

23) Schindler, D. "The Different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and Protocols", *in Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 163, 1979.

24) Sivakumaran. S, *Identifying an armed conflict not of an international character in The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

25) Spadaro, A, *International Humanitarian Law in the Jurisprudence of International Criminal Tribunal and Courts*, in Djukic. D, *The Companion to International Humanitarian Law*, Brill Nijhoff, 2018.

26) Vite´. S, "Typology of Armed Conflicts in International Humanitarian Law: Legal Concepts and Actual Situations", (*International Review of the Red Cross*), vol. 91, No. 873.

27) Zimmermann. Andreas; Robin Geis., "*War Crimes Committed in an Armed Conflict Not of an International Character*", in O Triffterer (ed.), *the Rome Statute of the International Criminal Court: Commentary*, Third Edition, 2015.

Cases and materials

28) Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949, Vol. II-B (1949) 325 (USSR).

29) ICC, Pre-trial Chamber II Situation in the Central African Republic in the case of Prosecutor v. Jean-pierre Bemba Gombo, No. ICC-01/05-01/08, 15 June 2009.

30) ICC, Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Trial Chamber VI, No: ICC-01/04-02/06. 8 July 2019.

31) ICC, Trial Chamber III, Situation in the Central African Republic in the case of Prosecutor v. Jean-pierre Bemba Gombo, No. ICC-01/05-01/08, 21 March 2016.

32) ICTR, Prosecutor v Jean-Paul Akayesu, Case No ICTR-96-4-T, Judgment, 2 September 1998.

33) ICTR, Prosecutor v Limaj, Bala and Musliu, Case No IT-03-66-T, Judgment, 30 November 2005.

34) ICTR, Prosecutor v Slobodan Milošević, Case No IT-02-54-T, Decision on Motion for Judgement of Acquittal, 16 June 2004.

35) ICTR. Prosecutor v Kamuhanda, ICTR-95-54A-T, 22 January 2004.

36) ICTY, Prosecutor v Kordić and Čerkez, Case No IT-95-14/2-A, Judgement, 17 December 2004.

37) ICTY, Prosecutor v Tadić, Case No. IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995.

38) ICTY, Prosecutor v Tadić, Case No. IT-94-1-T, Opinion and Judgment, 7 May 1997.

39) The Inter-American Commission on Human Rights, Juan Carlos Abella (Argentina), Report No 55/97, Case No 11.137 (Argentina), 18 November 1997.

40) Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 June 1977.

41) Report of the Commission of Inquiry on Lebanon pursuant to Human Rights Council Resolution S-2/1, A/HRC/3/2, 23 November 2006.

42) Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Draft Statute & Draft Final Act; A/CONF.183/2.

43) Report on the situation of human rights in Somalia, prepared by the Independent Expert of the Commission on Human Rights, Ms. Mona Rishmawi, pursuant to Commission resolution 1996/57 of 19 April 1996, E/CN.4/1997/88.

44) SCSL, Prosecutor v Brima, Kamara and Kanu, SCSL-04-16-T, Judgment, 20 June 2007.