

Basics of Crimes Against Children from the Perspective of International Courts and Islamic Jurisprudence

ARTICLE INFO

Article Type
Research Article

Authors

Samira Mosala¹
Seyyed Bagher Mir Abbasi^{2*}
Mostafa Taghizadeh Ansari³

How to cite this article

Samira Mosala, Seyyed Bagher Mir Abbasi, Mostafa Taghizadeh Ansari, Basics of Crimes Against Children from the Perspective of International Courts and Islamic Jurisprudence, *Journal of Quran and Medicine*. 2023; 7(4): 90-103.

1. PhD student, Department of Public International Law, United Arab Emirates Branch, Islamic Azad University, Dubai, United Arab Emirates.

2. Visiting Professor, Department of Law, United Arab Emirates Branch, Islamic Azad University, Dubai, United Arab Emirates (Corresponding Author).

3. Assistant Professor, Department of Law, North Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

* Correspondence:

Address:
Phone:
Email: mazaheri711@yahoo.com

Article History

Received: 2022/10/15
Accepted: 2023/01/15

ABSTRACT

All human beings from every nation and tribe, race and religion, religion and belief agree that one of the most central individual and social actions is the education and guidance of children for the future. An action that is considered a necessary and undeniable condition for the growth and development of human society. The issue of armed hostilities in the current era is one of the most important issues in the international and domestic arena. The world witnesses international and internal wars every day. Prevention of these conflicts depends on the development of democracy and respect for human rights and the rule of law in various dimensions. It is. In the meantime, children are not the cause of provoking wars, but as history shows, they always suffer the most injuries due to wars in various ways. One of the acute international problems of children is the issue of systematic violence against children in armed conflicts, which is carried out brutally with the aim of ethnic cleansing. The meaning of judicial procedure in the absolute sense is the totality of the opinions of the courts and in the special sense the same method of the courts or a group of them regarding a certain legal issue and its repetition in such a way that it can be said that the same method will be adopted in case of facing a similar case. In other words, judicial procedure can be called the custom of courts. Undoubtedly, the international community's decisive and conscientious approach can have a positive effect in preventing the commission of these inhuman acts. The main focus of this research is on examining the issue of crimes against children and adolescents in specific international courts. The legal status of children and teenagers is under the supervision of law enforcers due to its special importance. Children have become the unwanted symbols of armed conflicts and extreme violence, and this study states that the International Criminal Court has not been able to provide the necessary protection for children at the international level.

Keywords: International Criminal Courts, Statute of the International Court, Crime against Children, Procedure of Criminal Courts

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۷/۲۳

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۰/۲۵

*نویسنده مسئول: s.b.mirabasi2020@gmail.com

مقدمه

واقعیت آنست که تشکیل دیوان بین المللی کیفری با این نگرانی دولت ها همراه بود که آیا حاکمیت ملی آنها نقض خواهد شد؟ و آیا دادگاهی بین المللی جایگزین دادگاه های کیفری ملی که نشانه اقتدار دولت در تئوری های کلاسیک حاکمیت ملی^۱ بود، خواهد شد؟ (۱)

اساسنامه رم، دو پاسخ برای این نگرانی در نظر گرفت. نخست آن که صلاحیت موضوعی (ذاتی) دیوان را به چهار عنوان مجرمانه محدود نمود. عناوینی که مورد اتفاق جامعه بین المللی بود و همه معتقد بودند این جرائم، سنگین ترین جنایاتی است که ارزش های مشترک بشری را نقض کرده و امنیت بین المللی را به خطر می اندازد. این چهار عنوان عبارت بودند از نسل کشی، جنایات جنگی، جنایات علیه بشریت (جنایات ضدانسانی) و جنایت تجاوز که البته مورد اخیر هنوز به دلیل عدم توافق دولت های عضو بر سر تعریف و حدود آن، در صلاحیت دیوان نیست. پاسخ دوم به این نگرانی در نظر گرفتن اصل «صلاحیت تکمیلی» بود. در یک جمله صلاحیت تکمیلی دیوان یعنی دیوان بین المللی تنها در مواردی صلاحیت رسیدگی خواهد داشت که دولت های صالح برای رسیدگی، و محاکم ملی «نخواهند یا نتوانند» به آن موضوع رسیدگی نمایند و خطر «بی کیفری» همچنان ادامه داشته باشد؛ زیرا مهمترین هدف از تاسیس دیوان را باید «مبارزه با بی کیفری» در مهمترین جنایات بین المللی بدانیم.^(۲)

رویه قضایی^۲ به شکل کلی تصمیم مکرر قضایی گفته می شود. رویه قضایی به لحاظ معنوی یا الزام قانونی مبنای حکم مرجع قضایی است رویه قضایی جزو منابع حقوق در اکثر نظام های حقوقی است، ولی نقش آن در نظام حقوقی کامن لا پررنگ تر است. در سلسله مراتب منابع حقوق پس از قانون و عرف، سومین منبع رویه قضایی است. بدیهی است هر قانونگذاری در پیش بینی تمامی روابط افراد جامعه ناتوان است بنابراین نمی توان در قوانین جامعه کلیه راه حل های قانونی را ملاحظه نمود. دادرسان از طریق انطباق قواعد موجود با واقعیت های خارجی این نقیصه را مرتفع می نمایند.^(۳) منظور از رویه قضایی در معنی مطلق مجموع آراء، دادگاه ها و در معنی خاص روش یکسان دادگاه ها یا دسته ای از آنها در مورد مسئله حقوقی معین و تکرار آن به صورتی می باشد که بتوان گفت در صورت مواجه شدن با مورد مشابه همان روش اتخاذ خواهد می شود. به عبارتی رویه قضایی را می توان عرف دادگاه ها نامید.

سمیرا مصلی^۱

دانشجوی دکتری، گروه حقوق بین الملل عمومی، واحد امارات متحده عربی، دانشگاه آزاد اسلامی، دبی، امارات متحده عربی.

سیدباقر میرعباسی^{۲*}

استاد مدعو، گروه حقوق، واحد امارات متحده عربی، دانشگاه آزاد اسلامی، دبی، امارات متحده عربی. (نویسنده مسئول)

مصطفی تقی زاده انصاری^۳

استادیار، گروه حقوق، واحد تهران شمال، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

چکیده

تمام انسان ها از هر قوم و قبیله، نژاد و مذهب، دین و عقیده اتفاق نظر دارند که یکی از محوری ترین اعمال فردی و اجتماعی، تربیت و هدایت درست کودکان برای آینده میباشد. اقدامی که شرط ضروری و انکار ناپذیر رشد و ترقی جامعه انسانی تلقی می شود. موضوع خصومت های مسلحانه در عصر حاضر یکی از موضوعات مهم در عرصه بین المللی و داخلی است. جهان هر روزه شاهد جنگ های بین المللی و داخلی می باشد. پیش گیری از این مخاصمات در گرو توسعه مردم سالاری و رعایت حقوق بشر و حکومت قانون در ابعاد گوناگون آن است. در این میان کودکان عامل برانگیختن جنگ ها نیستند ولی همواره به گواه تاریخ بیشترین صدمات را در اثر جنگ ها به صورت گوناگون متحمل شده و می شوند. از مشکلات حاد بین المللی کودکان مسئله تجاوز نظام یافته علیه کودکان در مناقشات مسلحانه است که با هدف پاکسازی قومی و... به طور وحشیانه صورت می پذیرد. منظور از رویه قضایی در معنی مطلق مجموع آراء، دادگاه ها و در معنی خاص روش یکسان دادگاه ها یا دسته ای از آنها در مورد مسئله حقوقی معین و تکرار آن به صورتی می باشد که بتوان گفت در صورت مواجه شدن با مورد مشابه همان روش اتخاذ خواهد می شود. به عبارتی رویه قضایی را می توان عرف دادگاه ها نامید. مسلماً برخورد قاطع و جدی جامعه بین المللی می تواند تأثیر مطلوبی در جلوگیری از ارتکاب به این اعمال غیرانسانی داشته باشد. تمرکز اصلی این پژوهش بر بررسی مسئله جنایت علیه کودکان و نوجوانان در دادگاه های بین المللی خاص است. وضعیت حقوقی کودکان و نوجوانان به دلیل اهمیت ویژه ای که دارد تحت نظارت مجریان قانون، قرار می گیرد. کودکان به نمادهای ناخواسته درگیری های مسلحانه و خشونت شدید تبدیل شده اند و این پژوهش بیان می دارد، دیوان بین المللی کیفری خاص تاکنون نتوانسته حمایت های بایسته و شایسته لازم را از کودکان در سطح بین المللی بنماید.

واژگان کلیدی: محاکم کیفری بین المللی، اساسنامه دیوان بین المللی، جنایت علیه کودکان، رویه محاکم کیفری

^۱ judgmental procedure

^۱ Sovereignty

الاجراست. در تبیین بحث چگونگی تکوین و تأثیر رویه قضایی در دو نظام حقوقی کامن لا و رومی ژرمنی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

گفتار اول: کشورهای کامن لا

در کشورهای کامن لا، نظیر انگلیس، رویه قضایی نقش مهمی در ایجاد حقوق داشته و دارد. در انگلیس پایه و اساس رأی دادگاه، آرای صادره در دعاوی پیشین بوده و رویه قضایی منبع دست اول حقوق است. روش کار دادگاه‌های انگلیس بر پایه تبعیت محاکم پایین‌تر از آرای محاکم بالاتر استوار گشته است.

در صورتی که رأی قبلی وجود نداشته باشد، قاضی به کمک عرف، راه حل قضیه را پیدا خواهد کرد. این رأی خود در آینده برای محاکم، منبع حقوق می‌شود. در این کشورها، قوه قضائیه نقش قوه مقننه را ایفا می‌کند و قانون به دست قضات ساخته می‌شود.^۲

نقش رویه قضایی در انگلستان نه فقط اجرای قواعد حقوقی، بلکه استخراج و تعیین قواعد حقوقی نیز بوده است. یعنی قضات ابتدا از عرف یا از آرای صادره قبلی (سوابق قضایی) قاعده استخراج می‌کنند، سپس آن قاعده را بر موضوع دعوا اعمال می‌نمایند (۶). در حقوق کامن لا گفته می‌شود: وقتی که اختیار مطلق تفسیر هرگونه قانون مکتوب و شفاهی به قاضی داده شده او اختیار دارد بگوید حقوق چیست، عملاً قاضی قانونگذار حقیقی است (۷).

در انگلستان، از دیرباز در رسیدگی‌های قضایی دو نظم متفاوت تحت عنوان «کامن لا» و «انصاف» شکل گرفته است این نظام دوگانه قضایی خصیصه انحصاری کشورهای انگلوساکسون است (۸) البته امروزه دادگاه‌های کامن لا و انصاف هر دو تابع قاعده و ملتزم به آرای صادره قبلی هستند. بنابراین، در وضعیت کنونی انصاف نهادی همانند کامن لا بوده و خود منبع حقوق است (۹).

گفتار دوم: کشورهای رومی ژرمنی

در کشورهای رومی ژرمنی مانند فرانسه که قانون نوشته دارند، قاضی عامل ایجاد قاعده حقوقی نیست، بلکه مأمور اجرای قاعده حقوقی است که قبلاً توسط قانونگذار وضع شده است. در فرانسه موتسکیو اولین حقوقدانی بود که اطاعت محض قاضی از متن قانون را به عنوان یک اصل ضروری اعلام کرد (۱۰).

به عقیده حقوقدانان معاصر فرانسوی، قواعد ناشی از رویه قضایی گرچه همانند قانون الزام آور هستند، ولی قدرت الزام آور این قواعد ذاتی نیست، بلکه اعتبار رویه قضایی ناشی از یک متن قانونی است.

در فرانسه دیوان عالی کشور تضمین‌کننده وحدت حقوق است، ولی این وظیفه را از طریق فرجام خواهی محقق می‌سازد. در نظام حقوقی فرانسه رأی یک دادگاه حتی رأی دیوان عالی کشور برای سایر محاکم الزام آور نیست. قضات از صدور حکم به صورت قاعده کلی ممنوع هستند حقوقدانان فرانسوی رویه قضایی را در قیاس با قانون عرف، منبع حقوق به شمار نمی‌آورند.

با آنکه دادرسی ملزم به تبعیت از نظری که در مورد خاص قبلاً اتخاذ کرده نمی‌باشد، مع هذا بدیهی است به علل روانی و اجتماعی از نظر مزبور در دادرسی‌های مشابه و بعدی پیروی می‌نماید. هم‌چنین است در مورد تبعیت از نظر دادگاه‌های عالی؛ لذا می‌توان گفت که عنصر اصلی رویه قضایی رای موردی دادگاه‌ها می‌باشد و ایجاد آن را می‌توان ناشی از عوامل روانی و اجتماعی و عوامل مربوط به طبقه‌بندی و درجات دادگاه‌ها دانست.

گرچه گروهی بر این عقیده‌اند که چون قوه قضائیه نباید در ایجاد قاعده حقوقی که در صلاحیت و از وظایف خاص قوه مقننه است دخالت کند و اعتبار آراء دادگاه‌ها را نسبی می‌دانند؛ لذا رویه قضایی نمی‌تواند جزء منابع حقوق به صورت مستقیم فهرست شود، لیکن باید توجه نمود پذیرفته شدن رویه در عرف و بسیاری موارد آراء و هم‌چنین آراء وحدت رویه قضایی صادره از دیوان عالی کشور (که برای سایر دادگاه‌ها رعایت آن الزامی است) در واقع به اعتباری می‌تواند به عنوان قاعده حقوقی تلقی شود.

دخالت رویه قضایی در ایجاد قاعده حقوقی غالباً در موارد نقض یا سکوت یا اجمال یا بالاخره تناقض در قانون می‌باشد و نهایتاً باید پذیرفت که رویه قضایی جانی در سلسله مراتب منابع حقوق دارد. در ادبیات حقوق ایران عبارت «رویه قضایی» به دو معنا به کار می‌رود؛ یکی در معنای خاص که منظور آرای وحدت رویه دیوان عالی کشور است و دیگری در معنای عام که منظور تصمیمات قضایی مکرر است.

مبحث اول: رویه قضایی به معنای عام

در برخی از نظام‌های حقوقی، مانند کامن لا، آرای محاکم منبع درجه اول حقوق است. در برخی از نظام‌های حقوقی، مانند نظام رومی ژرمنی، آرای محاکم منبع اصلی حقوق محسوب نمی‌شود. در نظام حقوقی ایران آرای محاکم به دو دسته «آرای عادی» و «آرای وحدت رویه» تقسیم می‌شوند.

آرای دسته اول در هیچ سطحی الزام آور نیستند، ولی آرای دسته دوم در موارد مشابه همانند قانون الزام آور محسوب میشوند. به تعبیر «ماکس وبر»، از چهره‌های ماندگار جامعه‌شناسی حقوقی، اقدام دادگاه‌ها در صدور آرای عادی، «حقوق یابی» و در صدور آرای وحدت رویه، «حقوق سازی» نامیده می‌شود.

در شیوه اول، قاعده حقوقی کشف و در شیوه دوم، قاعده حقوقی ساخته می‌شود (۴) چنانکه گفته شد،

آرای صادره از محاکم در مقام رسیدگی به دعوی مطرحه، «رویه» در دو نظام بزرگ حقوقی، یعنی کامن لا و رومی ژرمنی، رویه قضایی» به معنای عام نامیده می‌شود (۵) رویه قضایی به معنای خاص به مفهومی که در نظام حقوقی ایران مصطلح است، وجود ندارد. در انگلستان آرای عادی محاکم عالی برای محاکم مادن لازم

^۲ Judge made law.

عادت می شود همین عادت عامل اصلی تشکیل رویه قضایی است. واقعیت این است که رویه قضایی به معنای عام منبع حقوق محسوب نمی شود، خواه عامل اصلی تشکیل آن «وجود آرای متعدد درباره یک موضوع» و خواه «عادت دادگاه ها» باشد. «کثرت» و «عادت» فقط برای توجیه الزام آوری رویه قضایی مؤثر است. صدور تعداد کثیری از آرای مشابه اماره بر این است که این راه حل معین در دادگاه ها به صورت عادت در آمده و در آینده قابل تکرار است.

بنابراین، می توان گفت عنصر اصلی رویه قضایی رأی دادگاه است. با تکرار راه حل های مشابه در دادگاه ها، «رأی» به رویه تبدیل و به اعتبار آن افزوده می شود. رویه قضایی «زنجیره پیوسته ای از آرای مشابه» است که توسط محاکم مختلف تکرار می شود.

برخی نویسندگان فرانسوی عادت دادگاه ها را نوعی «عرف خاص» محسوب کرده اند. ولی باید گفت رویه قضایی با عرف تفاوت دارد. تفاوت رویه قضایی با عرف این است که در عرف هر دو عنصر مادی و معنوی وجود دارد، ولی در رویه قضایی عنصر مادی، یعنی دوام و استمرار، وجود دارد، ولی عنصر معنوی، یعنی اعتقاد به الزام آوری این رأی، برای همگان وجود ندارد. دادگاه ها می دانند که رویه های شکل گرفته برای آنها الزام آور نیست، ولی با این حال قضات به طور اختیاری از این رویه ها پیروی می کنند. بنابراین، در نظام حقوقی ایران رأی دادگاه منبع حقوق نیست.

قاضی در مقام قضاوت وظیفه دارد که قوانین موضوعه موجود را شخصاً تفسیر و اجرا کند. قاضی در استدلال خود باید قیاسی بسازد که کبرای آن قاعده مندرج در قانون باشد. البته در صورت سکوت یا ابهام قانون، قاضی موظف است راه حلی برای دعوی مطروحه پیدا کند. لیکن راه حل قاضی در این گونه موارد کشف معنای قانون محسوب می شود، نه خلق قاعده حقوقی جدید. قواعد حقوقی مواد خامی هستند که قاضی از آنها «رأی» می سازد. به تعبیر برخی از اندیشمندان، قاضی زرگر ماهری است که با تراش دادن ماده خام شاهکار می آفریند. (۱۴). «رأی دادگاه» اعمال حاکمیت در مقام رفع اختلاف است نه در مقام وضع قاعده. تصمیم قاضی منحصر و محدود به موضوع و طرفین همان دعواست و برای سایر افراد و قضات سایر دادگاه ها الزامی ایجاد نمی کند. حتی خود قاضی ملزم به رعایت رأی خود در آینده نیست. بنابراین، در نظام حقوقی ایران آرای غیر وحدت رویه فقط کاشف معنای قانون موجود هستند و منبع حقوق محسوب نمی شوند. دلایل این مطلب به شرح ذیل است: الف) اگر رأی دادگاه منبع حقوق باشد، باید مانند قانون برای سایر محاکم الزام آور باشد. طبق اصل تفکیک قوا، قانونگذاری

به عقیده این حقوقدانان رویه قضایی را نمی توان در شمار منابع رسمی ایجاد قاعده حقوقی دانست. حتی در برخی موارد که دادگاه ها در آرای خود به آرای محاکم قبلی استناد کرده و پایه رأی خود را رویه قضایی موجود ذکر کرده باشند، دیوان عالی کشور رأی صادره را به دلیل استناد به رویه قضایی نقض نموده است (۱۱) حقوقدانان فرانسوی عقیده دارند که در خصوص ایجاد و اجرای قاعده حقوقی دو نوع صلاحیت وجود دارد: صلاحیت نوع اول صلاحیت ایجاد و خلق قاعده حقوقی و صلاحیت نوع دوم صلاحیت تفسیر و اجرای قاعده حقوقی^۴ است. به عقیده این حقوقدانان، کسی که صلاحیت نوع اول را اعمال می کند، سخن و تصمیم او منبع حقوق است، ولی کسی که صلاحیت نوع دوم را اعمال می کند، سخن و تصمیم او منبع حقوق نیست^۵ بنابراین، دادگاه ها که فقط صلاحیت تفسیر و اجرای قانون را دارند، محصول کارشان منبع حقوق محسوب نمی شود. البته در نظام حقوقی فرانسه، رویه قضایی همواره نقش منبع تکمیلی حقوق را ایفا نموده و در غیاب قانون مؤثر بوده است. (۱۲)

حقوقدانان فرانسوی رویه قضایی به معنای آرای محاکم عادی را منبعی خام و فاقد صلاحیت برای منبع حقوق می دانند، ولی رویه قضایی به معنای آرای صادره از دیوان عالی کشور را که از پختگی و صلابت برخوردارند، برای منبع حقوق بودن مناسب می بینند).

مبحث دوم: نظام حقوقی ایران

گفتار اول: سازمان قضایی

نظام قضایی ما دو درجه ای و بر پایه اصل «سلسله مراتب قضایی» استوار گشته است. لیکن، با وجود این سلسله مراتب، آرای صادره از دادگاه های بالاتر برای دادگاه های پایین تر در دعوای مشابه الزام آور نیست. هیچ دادگاهی ملزم به تبعیت از آرای دادگاههای هم عرض یا بالاتر از خود نیست. بنابراین، دادگاه بدوی ملزم نیست رأی خود را مطابق آرای صادره از محکمه تجدید نظر صادر کند. آرای شعب دیوان عالی کشور نیز برای دادگاه های پایین تر الزام آور نیست. (۱۳)

گفتار دوم: شکل گیری رویه قضایی به معنای عام

اساس و پایه رویه قضایی رأی دادگاه است. تصمیم ارادی یک مقام رسمی به نام قاضی که بر طبق تشریفات مقرر در قانون در مقام رسیدگی به یک دعوا و اختلاف معین صادر می شود، رأی نام دارد. پرسشی که مطرح است، اینکه چگونه رأی دادگاه به رویه تبدیل می شود؟ در پاسخ باید گفت؛ آرای محاکم به دو صورت به «رویه قضایی» تبدیل می شوند.

تحلیل نخست این است که کثرت آرا عامل اصلی تشکیل رویه قضایی است. تحلیل دوم این است که چون رأی دادگاه تبدیل به

^۴ Gerard Cornu, *Vocabulaire juridique*, p. 85:

"L'autorité est un nom parfois donné à la jurisprudence et à la doctrine par opposition aux véritables sources de droit (loi et coutume)

^۴ Les sources de droit.

^۵ L'Autorité

در انحصار قوه مقننه است. تنها مرجعی که می تواند به نام اراده عمومی، قانون وضع کند، قوه مقننه است. وضع قاعده حقوقی عام فقط در صلاحیت قوه مقننه است که از نمایندگان منتخب مردم تشکیل می شود و هیچ مقامی نمی تواند جایگزین آن شود. قوه مقننه نمی تواند اختیار ایجاد قاعده حقوقی را به قضات تفویض نماید؛

(ب) در نظام حقوقی ما رویه قضایی فرع بر قانون و نقش قضات محدود به اجرای قانون است. قضات ملزم به تبعیت از قوانین موجود هستند و حق وضع قاعده ندارند. بر اساس اصل ۱۶۶ قانون اساسی، «احکام دادگاه ها باید مستدل و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن حکم صادر شده است».

همچنین بر اساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی، «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد». لذا تا زمانی که درباره قضیه مورد رسیدگی حکم قانونی وجود داشته باشد، قاضی موظف است طبق قانون موجود رأی دهد. ساختار رأی به نحوی است که باید منطبق با قوانین موجود باشد. آنچه موقعیت رویه قضایی به عنوان منبع حقوق را تضعیف میکند، وابستگی آن به قانون است. به گفته برخی حقوقدانان در نظام حقوقی ایران، قاضی مأمور اجرای قانون و نگهدار آن بوده، موظف است که از حریم آن دفاع کند.

(ج) قانون اساسی به قضات فقط اجازه تفسیر قانون را داده است. اختیار تفسیر قانون به معنای اختیار خلق قاعده حقوقی جدید نیست. تفسیر قضات باید بر اساس مضمون و روح قوانین موجود استوار باشد. (د) یکی از ویژگی های قاعده حقوقی کلی بودن آن است، ولی رأی دادگاه فاقد این ویژگی می باشد. به همین دلیل است که در قوانین ما قضات از وضع قاعده کلی منع شده اند.^۷ حتی در جایی که قانون ساکت است، قاضی نمی تواند قاعده وضع کند، بلکه باید در هر دعوا به طور خاص رأی صادر کند. قاضی بازگوکننده حقوق است نه ایجادکننده حقوق (۱۵) ویژگی های قاعده حقوقی الزام آور بودن آن برای همگان است. در نظام حقوقی ما، اصل بر این است که رأی یک دادگاه برای سایر محاکم الزامی ایجاد نمی کند. توجه به این نکته لازم است. که در نظام حقوقی ایران سالانه چندین میلیون رأی از محاکم قضایی و شبه قضایی صادر می شود. اگر همه این آرا منبع حقوق و برای محاکم مختلف الزام آور باشد، چه آشفتگی عظیمی بر جامعه حکمفرما خواهد شد؛

(و) یکی از ویژگی های قاعده حقوقی داشتن ضمانت اجراست. رأی دادگاه فاقد ضمانت اجرای تخلف از آن است.

گفتار سوم: رویه قضایی به معنای خاص

بنداول: مفهوم رویه قضایی به معنی خاص

در قانون اساسی ما، قضات حتی در صورت سکوت و نقص و اجمال و تعارض قوانین ملزم به رسیدگی به دعوا هستند. اصل ۱۶۷ قانون اساسی مقرر می دارد: «...قاضی نمی تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد». خودداری از رسیدگی به دعوا، استنکاف از احقاق حق محسوب می شود و مجازات دارد. نتیجه منطقی الزام قاضی به رسیدگی حتی در موارد سکوت و نقص و اجمال قانون این است که قاضی در این گونه موارد مجاز باشد عیب قانون را مرتفع سازد. راه حلی را که هر دادگاه در مقام رسیدگی به دعاوی مشابه ارائه می کند، بر اثر تکرار مداوم برای آن دادگاه به رویه تبدیل می شود. ممکن است سایر دادگاه ها نیز از همان راه حل پیروی کنند، در این صورت این راه حل تبدیل به رویه ای می شود که بسیاری از محاکم به آن عمل می کنند. هر چه تعداد دادگاه هایی که یک راه حل را اعمال می کنند بیشتر باشد، آن رویه فراگیرتر و قوی تر به نظر می رسد و بر اعتبار معنوی آن اضافه می شود. بنابراین، منظور از رویه، راه حلی است که اغلب دادگاه ها در حل و فصل دعاوی در پیش می گیرند. در واژه «رویه» مفهوم تکرار نهفته است. بدین ترتیب، یک راه حل قضایی زمانی به «رویه» تبدیل می شود که مدت ها و بارها توسط دادگاه های مختلف تکرار شده باشد. به تعبیر دیگر، تکوین رویه قضایی امری تدریجی است و با صدور یک رأی قابل ایجاد نیست.^۸ محاکم مختلف در مقام تفسیر و اجرای قوانین، ممکن است از یک قانون استنباط های متفاوت داشته باشند و آرای متناقضی صادر کنند و در نتیجه رویه های متفاوتی پدید آید. تعدد رویه های دادگاه ها تداعی کننده بی عدالتی است. عدالت اقتضا می کند که میان رویه های متکثر سازش و آشتی برقرار گردد. در نظام حقوقی ایران «هیئت عمومی دیوان عالی کشور»^۹، مأموریت یافته است که میان رویه های متعارض وحدت ایجاد کند. هیئت عمومی نظر خود درباره دو رأی متعارض را به صورت یک تصمیم رسمی اعلام می کند. تصمیم هیئت عمومی دیوان عالی کشور به انتخاب یکی از دو رأی متعارض «رأی وحدت رویه» نامیده می شود.

بند دوم: منبع حقوق بودن آرای وحدت رویه

پرسش اساسی این است که آیا رویه قضایی به معنای اخص منبع حقوق است؟ در پاسخ باید گفت که در نظام حقوقی ایران رویه قضایی به معنای اخص منبع ایجاد حقوق نیست. زیرا قاضی طبق قانون اساسی ما حق ایجاد قاعده حقوقی را ندارد. ولی آرای وحدت رویه منبع تکمیلی حقوق محسوب می شوند. حقوق

^۸ No single decision makes law

^۹ Assemblée plenièrè

^۷ ماده ۴ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱ مقرر می دارد: «دادگاه

ها مکلفاند در مورد هر دعوا به طور خاص تعیین تکلیف نمایند و نباید به صورت عام و کلی حکم صادر کنند».

کنفرانس های بین المللی و انعقاد معاهدات چندجانبه، به تدریج منبع حقوق معاهداتی رشد و افزایش پیدا کرد (۱۸).

در سوی دیگر، منابع کمکی حقوق بین الملل یعنی رویه قضایی و آموزه های برجسته ترین صاحب نظران حقوق بین الملل کشورهای مختلف جهان، همانطور که از ظاهر آنها برمی آید، به خودی خود اعتبار ندارند و اعتبار آنها ثانوی است؛ به این معنی که ماده قاعده دستوری در این منابع پیدا نمی شود.

فایده منابع کمکی تنها در این است که به کمک آنها می توان حد و حدود و محتوای دقیق آن قواعدی را که در سایر منابع صوری یعنی معاهده و عرف (منابع اصلی) و اصول کلی حقوقی (منبع فرعی) وجود دارد، معین کرد. در این میان، تصمیمات قضایی دادگاه های بین المللی همواره منبع فرعی حقوق به شمار آمده اند.

احکام این دادگاه ها برای دولت هایی جز طرف های دادرسی الزام آور نیستند، ولی برجستگی آنها به اندازه ی بالاست که بسیاری از آراء، بازتاب حقوق بین الملل محسوب می شوند.

این امر در رابطه با قواعد حقوق بین الملل عرفی نمایان تر است و احکام دادگاه ها یا وجود یک قاعده خاص و محتوای آن را تأیید می کنند یا بر رویه آتی دولت ها و سازمان های بین المللی تأثیر می گذارند به نحوی که به یک قاعده بدل میگردد. همان گونه که پروفیسور کارول ولفک^{۱۱} در کتاب مشهور خود، عرف در حقوق بین الملل کنونی^{۱۱} بیان می دارد: «سهم غیررسمی آنها در توسعه حقوق بین الملل عرفی بی گمان چشم گیر است».

حقوق بین الملل عرفی، برای دادگاه های کیفری بین المللی موقتی یعنی دادگاه کیفری بین المللی برای یوگسلاوی سابق و دادگاه کیفری بین المللی برای رواندا منبع حقوقی واجد اهمیتی بود. هر دو دادگاه در حقوق بین الملل عرفی، مبناهایی برای صلاحیت و مجازات پیدا کردند. از سوی دیگر، رویه قضایی ارزشمند این دو دادگاه که از آنها به نام دادگاه های نسل دوم یاد می شود، در تعیین حدود و ثغور قواعد عرفی مرتبط با صالحیت آنها و بافت جنایات ارتكابی در یوگسلاوی و رواندا نقش قابل توجهی داشته است.

گفتار اول عملکرد دادگاه های کیفری خاص

هدف اصلی از تأسیس دادگاه های کیفری بین المللی از این قرار بوده است: «رسیدگی به جرائمی که ذاتاً واجد ماهیتی داخلی نیستند. این جرائم، جرم هایی هستند که عملاً ماهیتی جهانی دارند،

در حقوق بین الملل به صورت قطعی به عنوان نقض های شدید حقوق بین الملل بشردوستانه به رسمیت شناخته شده اند و مرزهای منافع یک دولت واحد را در می نوردند ... از این رو، نمی توان با دادگاهی بین المللی که به درستی تأسیس شده و از جانب جامعه بین المللی به این جرائم رسیدگی می کند، به مخالفت برخاست»

به علاوه به عنوان مثال، مسئله مهمی که توسط دادگاه کیفری بین المللی برای رواندا مورد شناسایی قرار گرفت این است که تعیین این

دانان کشور ما تکمیلی بودن رأی وحدت رویه را پذیرفته اند. (۱۶)

یعنی مفاد این آرا در صورتی که قانونی بر خلاف آن موجود نباشد، برای همه دادگاه ها الزام آور تلقی می شود. رأی وحدت رویه همانند قانون برای همه دادگاه ها لازم الاتباع است. در امور کیفری، آرای وحدت رویه فقط بیان قصد مقنن است و نمی تواند قاعده حقوقی ایجاد کند. (۱۷)

حقوق دانان در نظام حقوقی ایران با تأکید بر این جنبه رویه قضایی می گویند: «در مواردی که دیوان کشور می تواند برخلاف اصل کلی، آرای نوعی صادر کند و سایر محاکم را ناگزیر از رعایت آن سازد، رویه قضایی در ردیف منابع رسمی حقوق قرار می گیرد». رویه قضایی زمانی منبع حقوق محسوب می شود که قوانین درباره قضیه مطروحه ساکت، ناقص یا مجمل بوده یا با قوانین دیگر در تعارض باشد. در این صورت قضات با مراجعه به منابع دیگر مانند عرف، رویه قضایی، دکترین و اصول حقوقی و با اجتهاد و تفسیر خود به صدور رأی مبادرت می ورزند. البته در چنین وضعی قضات اقدام به خلق قاعده حقوقی در سطحی بسیار نازل می کنند. بنابراین، رویه قضایی با ارائه تفسیری سازنده از قوانین می تواند در رفع نقص از این منبع حقوق نقش مهمی ایفا نماید.

مبحث سوم: مراد از رویه محاکم کیفری بین المللی خاص

جامعه بین المللی امروز، به علت فقدان تمرکز و عدم بهره مندی از قوه قانونگذاری، اصولاً جامعه ای غیرنهادین تلقی می شود که در چهارچوب آن، حقوق بین الملل مشتمل بر قواعد و مقرراتی است که تابعان نظام بین الملل، خود آن را ایجاد کرده و به آن گردن می نهند.

در این عرصه، قواعد عرفی به خاطر داشتن ویژگی هایی چون پویایی و انطباق پذیری سریع با تحولات روز، دارا بودن قابلیت جایگزینی و این که شکل گیری، تحول و تکامل آنها تابع کنش و واکنش تابعان اصلی روابط بین الملل می باشد- صرف نظراً ز هر گونه نیاز به وجود قدرت عالی یا تشریفات خاص- از منزلتی متمایز و چشم گیرتر برخوردارند.

به طور کلی، عرف ابتدایی ترین و اصیل ترین منبع حقوق است. در جامعه داخلی کشورها، از مدت ها پیش، با پیدایش دولت ها و به وجود آمدن سازمان های قانونگذاری، از اهمیت و وسعت عرف کاسته شده و در مقابل دامنه قوانین گسترش یافته است. ولی در جامعه بین المللی که هنوز از نظر سازمان و تشکیلات حقوقی، ترقی کافی نیافته، عرف اهمیت خود را حفظ نموده و امروزه بخش چشم گیری از حقوق بین الملل را قواعد عرفی تشکیل می دهند.

تا اوایل سده نوزدهم میلادی، عرف تقریباً منبع انحصاری حقوق بین الملل به شمار می آمد، ولی از آن زمان، با تشکیل کنگره ها و

^{۱۱} Custom in Present International Law

^{۱۱} Karol Wolfke

با وجود این، از نظر شکلی و آئین دادرسی، دادگاه های کیفری بین المللی قواعد مشخصی برای پیشبرد کار خود نداشتند و از این رو، برویه های ملی تکیه کردند. برای نمونه، دادگاه کیفری بین المللی برای یوگسلاوی سابق، هنگام ارزیابی اظهارات یکی از شهود راجع به تجاوز جنسی، نتیجه گرفت که «هیچ مبنایی برای نیل به این نتیجه گیری که لزوم ادای شهادت بخشی از حقوق بین الملل عرفی است و باید از سوی این دادگاه بین المللی [به مثابه یک الزام] مطالبه شود، وجود ندارد».

دادگاه پس از مقایسه رویه و قوانین مربوط به آئین دادرسی محاکم ملی که اجازت سنجش آزادانه ادله را به قضات می دهند، به این نتایج دست یافت. این مورد یکی از مثال هایی است که نشان می دهد چگونه قواعدی که به صورتی گسترده توسط نظام های قضایی ملی شناسایی شده اند، به منظور پیگرد متهمان در سطح بین المللی به کار رفته اند. بایستی یاد کرد که دادگاه ها کوشیده اند به اصل قانونی بودن جرائم و مجازات ها پایبند باشند تا افراد تنها به خاطر جرائمی که در زمان ارتکاب به عنوان جرم شناسایی شده بودند، مجازات گردند.

این امر در قضیه دلایچ چنین خلاصه شد: «اکثریت اعضای شعبه استیناف تصدیق می نمایند که ممکن است در دامنه عرفی «رژیم نقض های فاحش» تغییری در این مسیر در حال وقوع باشد. به علاوه، شعبه دادرسی بر این باور است که باید احتمال توسعه مقررات کنوانسیون های ژنو از سال ۱۹۴۹ به این سو توسط حقوق عرفی برای تعمیم نظام «نقض های فاحش» به مخاصمات مسلحانه داخلی را در نظر داشت تغییر ذریبند مورد شناسایی قرار گرفت، ولی نه در روز دادرسی، بلکه در روز ارتکاب جرم. آراء فوق نتیجه چیزی است که قاضی مرون آن را با عنوان «آمیزه ای» از دو رویکرد توصیف می کند: «محافظة کاری روش شناختی»^{۱۱} و «محافظة کاری برآیند. طبق نظری، این آمیزه «استفاده انحصاری از شیوه های مسلم و سنتی برای شناسایی قواعد عرفی مجری و اعمال اصل بنیادین تفسیر به نفع متهم در زمان وجود تردید است».

پس از مباحثات بسیار، هر دو دادگاه به این نتیجه رسیدند که هیچ سلسله مراتب از قبل ایجاد شده ای میان جرائم وجود ندارد و کلیه جرائمی که تحت صلاحیت آنها مورد رسیدگی قرار می گیرند، نقض های شدید حقوق بین الملل بشردوستانه هستند.

الف: عملکرد نظام قضایی داخلی در رسیدگی به جنایات بین المللی یکی از مهمترین دلایل روی آوری به دادگاه های مختلط، ضعف یا ناتوانی نظام قضایی کشورهای محل وقوع جنایات بین المللی در تعقیب و مجازات جنایتکاران است.

ضعف و نقصان دسنگاه قضایی ملی برای رسیدگی به جنایاتی که در نتیجه جنگ و درگیری های داخلی ارتکاب یافته اند، امری بدیهی

که برخی مقررات حقوق بشردوستانه بخشی از حقوق بین الملل عرفی می باشند کافی نیست، بلکه باید مشخص شود مقررات مربوطه برای افراد الزام آور هستند. بنابراین، دوشادوش مقررات اساسنامه ها که مسئولیت کیفری فردی را مقرر می دارند: «باید نشان داد فردی که مرتکب نقض شدید این قواعد عرفی می گردد، به واسطه عرف، متحمل مسئولیت کیفری فردی می شود. در غیر این صورت، ممکن است استدلال شود که این اسناد تنها قواعد قابل اعمال بر دولت ها و طرف های مخاصمه را بیان می کنند و جرائمی را ایجاد نمی نمایند که افراد به خاطر آنها محاکمه گردند».

بند اول: عملکرد دادگاه های کیفری خاص از بُعد داخلی

تا زمان تأسیس دادگاه های کیفری بین المللی برای یوگسلاوی سابق و رواندا، برداشت عمومی این بود که دولت ها خود چنین جرائمی را طبق قوانین داخلی مجازات می کنند و از این رو، مرتکبان باید از این احتمال آگاه باشند.

همچنین خلأهای فراوانی توسط رویه قضایی پس از جنگ دوم جهانی به جای مانده بود. بهترین گزینه دادگاه های کیفری بین المللی برای ایفای کار ویژه خویش، بر کردن این خلأها از طریق عرفی اعلام کردن پاره ای قواعد حتی بدون کنکاش بیشتر می نمود که ناپختگی آن به اثبات رسیده بود.

افزون بر این، دادگاه ها هنگام پیگرد مقامات رسمی متهم به ارتکاب جرم، به قواعد عرفی روی آوردند این چهارچوب، دادگاه های مزبور قاعد ای که مصونیت شغلی مقامات دولتی مرتکب جرائم شدید بین المللی را ملغی میسازد را تصدیق کردند. دادگاه کیفری بین المللی برای یوگسلاوی سابق، در پرونده «فوروند زیجا» نتیجه گرفت که افراد، حتی اگر رئیس حکومت یا وزیر دولتی باشند، شخصاً مسئولیت دارند.

و قاعده مشابهی صراحتاً در ماده (۲) ۷ اساسنامه این دادگاه و نیز ماده (۲) ۶ اساسنامه دادگاه کیفری بین المللی برای رواندا نیز درج شده است (۱۹). مضاف بر این، دادگاه کیفری بین المللی برای یوگسلاوی سابق در قضیه بلاسکیچ^{۱۲} تصریح کرد که «قاعده کلی مورد بحث قاعده ای مسلم از حقوق بین الملل بود و بر برابری حاکمیتی دولت ها (برابرها بر یکدیگر حاکمیت و سلطه ای ندارند)^{۱۳} استوار است. استثنائات انگشت شماری که در این زمینه وجود دارند، ناشی از پیامد خاص قاعده مزبور هستند... این استثنائات از قواعدی از حقوق بین الملل کیفری نشأت میگیرند که جنایات جنگی، جنایات علیه بشریت و نسل زدایی را منع می کنند. به موجب این قواعد، افراد مسئول برای ارتکاب چنین جنایاتی، حتی اگر هنگام عمل در ظرفیت رسمی خویش مرتکب این جنایات شده باشند، نمی توانند به مصونیت در مقابل صلاحیت ملی یا بین المللی استناد کنند»

^{۱۱} Methodological conservatism

^{۱۲} Blaškić

^{۱۳} Par in parem non habet imperium

منازعات خونین در انتخابات به عنوان رئیس جمهور سیرائون پیروز شده بود، طی نامه ای خطاب به دبیرکل و شورای امنیت درخواست تأسیس یک دادگاه بین المللی برای سیرائون و یا تعمیم صلاحیت دادگاه رواندا به جنایات واقع در سیرائون را مطرح کرد تا بدین وسیله شورشیان به خاطر به راه انداختن جنگ داخلی در این کشور و ارتکاب جنایات متعدد علیه مردم و نیروهای حافظ صلح سازمان ملل متحد محاکمه شوند.

در تیمور شرقی نیز، نظام قضایی داخلی به طور کامل به دلیل عقب نشینی نیروهای اندونزی نابود شد. همچنین در کوزوو هیأت مأموریت سازمان ملل متد با استناد بدین نکته که نظام قضایی کوزوو از توان و سازاکارهای لازم برای تعقیب و مجازات مرتکبان جنایات برخوردار نیست،

تصمیم گرفت تا با ایجاد نوع جدیدی از دادگاه مختلط در کوزوو، محاکمه جنایتکاران را به این دادگاه واگذار کند. حتی در رواندا نیز، «به این دلیل که نظام قضایی داخلی پس از جنگ سال ۱۹۹۴ ویران شده در نتیجه آن، منابع انسانی، فیزیکی و مالی برای مقابله با تعداد زیادی از متهمان کافی نبود»، شورای امنیت اقدام به تأسیس دادگاه کیفری بین المللی اختصاصی کرد.

ج: مصونیت سران دولت ها در دادگاه های ملی
تمایل فراوان حقوق بین الملل معاصر بر حمایت بیش از پیش از حقوق بشر و حرکت در جهت مبارزه گسترده با بی کیفرمانی و مجازات جنایتکاران بین المللی، نویدبخش این امر است که دوران نقض های شدید و نظام مند حقوق بشر و بشردوستانه از سوی مقامات عالی-رتبه دولتی و سران حکومت ها رو به زوال می باشد.

فعالیت ارکان مختلف سازمان ملل متحد در جهت نفی مصونیت و بی کیفرمانی از یک طرف و تصویب اسناد بین المللی و منطقه ای متعدد که به دنبال نادیده گرفتن مصونیت کیفری مقامات عالیرتبه ای است که مرتکب البته برخی جنایات بین المللی شده اند.

از سوی دیگر، اهمیت این موضوع را نشان می دهد. مصونیت قضایی بدین معنا نیست که اشخاص دارنده آن به سبب اعمالی که انجام می دهند، مسئول شناخته نمی شوند بلکه صرفاً به معنای «عدم امکان اعمال صلاحیت قضایی دادگاه-های داخلی بر سران دولت های خارجی» می باشد. چه آنکه مصونیت اصولاً زمانی مطرح می شود که سران یک دولت بدون رضایت دولت متبوع آنها در محاکم دولت یا دولت های دیگر تحت تعقیب قضایی قرار می گیرند (۲۰). ولیکن همین که بپذیریم امروزه این مسأله یک اصل مسلم در حقوق بین الملل است که به موجب آن، دولت-ها ملزمند در موارد معینی به مصونیت سران دولتها احترام بگذارند و از اعمال اقدامات حقوقی و قضایی علیه آنها، حتی در مواردی که در خاکشان اقامت ندارند، خودداری نمایند، نتیجه ای جز این نخواهد داشت که یک

است. بنابراین، در چنین وضعیتی مداخله یک نهاد بین المللی، مثل سازمان ملل متحد برای تعقیب و مجازات مرتکبان جنایات بین المللی توجیه پذیر است.

صلاحیت تکمیلی دیوان کیفری بین المللی نیز بر همین مبنا استوار است؛ توضیح اینکه اساسنامه دیوان کیفری بین المللی در مواد ۱ و ۱۷، با پیش بینی اصل صلاحیت تکمیلی، دادگاه های ملی را برای تعقیب و محاکمه مرتکبان جنایات بین المللی نسبت به دادگاه های بین المللی مقدم دانسته است و از این رو در صورت شروع به رسیدگی در دادگاه ملی و وجود سایر شرایط دادگاه های بین المللی حق مداخله ندارند.

به عبارت دیگر، به موجب ماده ۱۷ اساسنامه، در مواردی که موضوع توسط دولت صلاحیتدار تحت تحقیق یا تعقیب بوده [بند a) یا آن دولت قبلاً در مورد آن موضوع تحقیق کرده و تصمیم به عدم پیگرد گرفته باشد] (بند b) ۱)، دیوان کیفری بین المللی موضوع را غیر قابل پذیرش خواهد دانست.

بنابراین، دادگاه زمانی می تواند اعمال صلاحیت کند که دولت صلاحیت دار، قادر به رسیدگی نباشد یا تمایل به چنین کاری نداشته باشد.

منظور از عدم توانایی دولت رسیدگی کننده به موجب بند ۳ ماده ۱۷ اساسنامه، فروپاشی کامل یا قابل ملاحظه نظام قضایی ملی یادر دسترس نبودن آن است به طوری که دولت مذکور توان دستگیری متهم یا جمع آوری ادله و به طور کلی انجام دادرسی کیفری را ندارد. بدین ترتیب، هرگاه دستگاه قضایی کشور محل ارتکاب جنایت، به دلایلی مثل جنگ و درگیری، دچار فروپاشی و ناتوانی شده باشد و یا قدرت، امکانات و توان مالی برای تعقیب و مجازات مرتکبان را نداشته باشد

ب: عدم تمایل نظام قضایی داخلی به رسیدگی منصفانه به جنایات بین المللی

تشکیل دادگاه کیفری مختلط با همکاری یک نهاد بین المللی، از جمله سازمان ملل متحد به ویژه در مواردی که دیوان کیفری بین المللی صلاحیت رسیدگی به جنایات مذکور را ندارد، راه حل مناسبی برای جلوگیری از بی کیفری جنایتکاران خواهد بود، وضعیت سیرائون، تیمور شرقی و کوزوو نمونه های بارز فروپاشی و ناتوانی دستگاه قضایی ملی در تعقیب، دستگیری، محاکمه و اجرای مجازات جنایتکاران به علت جنگ داخلی هستند.

توصیف غفو بین الملل در یکی از گزارش های خود در مورد ناتوانی دادگاه های محلی در سیرائون به وضوح نماینده تمامی دیدگاه های ناظر بر فروپاشی دستگاه قضایی ملی پس از وقوع جنگ و درگیری داخلی است.

در بخشی از این گزارش آمده است: «در نتیجه درگیری داخلی در سیرائون نظام های قضایی و حقوقی تقریباً فرو ریخته اند و نهادهای اداری دادگستری، چه مدنی و چه جنایی به سختی کارآمد هستند». همین امر باعث شد تا احمد تجان کاباه که پس از یک دهه

مصونیت سران در محاکم بین المللی و محاکم ملی کشورها دو مقوله کاملاً متفاوت هستند که باز تفاوت در مبنای آنها باعث می شود که هر دو به یک نحو مورد قضاوت قرار نگیرند

د: وجود موانع قانونی برای رسیدگی به جنایات بین المللی گرچه همان طور که گفته شد، طبق اصل صلاحیت تکمیلی در حقوق کیفری بین المللی، تعقیب و محاکمه مرتکبان جرایم بین المللی در دادگاه های داخلی دولت صلاحیت دار مقدم بر دادگاه های بین المللی است، لیکن مداخله مراجع داخلی مستلزم وجود بسترها و شرایط متعدّد مادی، حقوقی، سیاسی و اجتماعی است. یکی از مهم ترین پیش شرطها و زمینه های لازم برای مداخله مراجع داخلی، پیش بینی و شناسایی جنایات بین المللی (نسل کشی، جنایات علیه بشریت و جنایت جنگی) در قوانین ماهوی و اعطای صلاحیت رسیدگی به این جنایات به دادگاه های داخلی در قوانین شکلی کشور مربوط است.

دادگاه های کشور محل ارتکاب جنایت به طور کلی برای تعقیب و محاکمه مجرمان با دو راهکار مواجه اند؛ راهکار نخست، تعقیب و محاکمه مرتکبان بر اساس عناوین مجرمانه داخلی از قبیل قتل، ایراد ضرب و جرح، تجاوز جنسی، غارت و ... است. راهکار دوم، تعقیب و محاکمه آنان بر اساس عناوین مجرمانه بین المللی مثل نسل کشی، جنایات علیه بشریت و جنایت جنگی جنایت علیه کودکان است. بدین سان، با توجه به اینکه تعقیب و مجازات منصفانه و عادلانه مرتکبان جرایم بین المللی مطابق راهکار نخست امکان پذیر نیست، از این رو هرگاه در نظام تقنینی دولت مذکور، عناوین مجرمانه بین المللی (با همان عناصر مادی و معنوی مذکور در حقوق کیفری بین المللی) پیش بینی نشده باشد یا در قوانین مربوط به دادرسی کیفری آن، صلاحیت رسیدگی به این جرایم به دادگاه های داخلی اعطاء نشده باشد، در صورت عدم صلاحیت دیوان کیفری بین المللی، یکی از بهترین راهکارهای تعقیب و محاکمه مجرمان، تشکیل یک دادگاه مختلط (که به دلیل ماهیت ترکیبی و مختلط آن، امکان استفاده از قوانین و مقررات بین المللی نیز در آنها وجود دارد) خواهد بود. (۲۲)

یکی دیگر از دلایل تأسیس دادگاه های کیفری مختلط در دو دهه اخیر، عدم تمایل دستگاه قضایی کشور محل ارتکاب جنایت به تعقیب و مجازات مرتکبان جنایات بین المللی و یا تردید در استقلال و بی طرفی دستگاه قضایی مذکور در رسیدگی به جنایات به جهت موانع قانونی است.

در واقع، گاه ممکن است نظام قضایی کشور محل ارتکاب جنایت دچار فروپاشی نشده و توانایی تعقیب و محاکمه جنایتکاران را داشته باشد، لیکن به دلایلی مثل وابستگی مرتکبان و عاملان جنایات به حکومت تمایلی به رسیدگی نداشته یا در صورت رسیدگی

رئیس دولت هیچگاه به خاطر جرایم ارتكابی خود مورد محاکمه قرار نخواهد گرفت.

به همین دلیل نیز اجرای عدالت با لغو اینگونه مصونیت ها گره می خورد. مصونیت سران دولت ها دارای ابعاد مختلفی است؛ مصونیت شغلی و شخصی آنها مبنای متفاوتی با یکدیگر دارند و بالتبع، احکام متفاوتی نیز بر آنها جریان می یابد. نوع اول، مصونیت شغلی یا ماهوی است که ناظر به فعالیت های انجام شده بوسیله مأمور دولت در جهت اجرای وظایف رسمی اش می باشد. وقتی مأمور دولت سمت خود را از دست دهد به خاطر انجام این اعمال محاکمه نمی شود، بدین جهت که این اعمال را در راستای اجرای وظایف رسمی اش انجام داده و در واقع در چارچوب صلاحیت رسمی خود عمل کرده است. به علاوه این مصونیت ها نسبت به هر دولت خارجی قابل استناد هستند، یعنی اثر «عام الشمول»^{۱۵} دارند.

این نوع مصونیت کلیه اعمال مأمور دولت را اعم از اعمال رسمی^{۱۶} و عملی^{۱۷} شامل میشود و هر مسئولیت قانونی مربوط به عمل مزبور، متعلق به دولت است. به عبارت دقیق تر، اعمال کارگزار دولت، عمل خود دولت تلقی می شود و لذا مصونیت خود دولت به کارگزار آن نیز تسری می یابد.

اما نوع دوم، مصونیت شخصی میباشد که کلیه اعمال خصوصی، عمومی و موارد صلاحیت کیفری را شامل می شود. این مصونیت منضم به خود شخص است و هرگونه اعمال صلاحیت خارجی صرفنظر از عمل مورد بحث، ناقض این مصونیت است. این نوع مصونیت، مأمور دولت را قادر به ایفای وظایف رسمی اش در قلمرو دولت خارجی می نماید و همه اعمال انجام شده بوسیله مأمور دولت را اعم از اینکه در طی دوران تصدی سمت یا پیش از تصدی سمت، خواه در داخل یا خارج از قلمرو دولت خارجی مربوط انجام داده باشد، در بر می گیرد و تعرض ناپذیری کاملی را تضمین می کند.

این نوع مصونیت برخلاف مصونیت شغلی، محدود به دوران تصدی سمت رسمی است و بعد از اینکه شخص سمت خود را از دست می دهد، این مصونیت نیز از بین می رود و همیشه ارزش عام الشمول ندارد.

هدف از این مصونیت این است که کارگزار دولت صرفاً در دوره تصدی خود به دلیل تحت تعقیب واقع شدن از انجام وظایف خود بازماند و می توان آن را عامل به تأخیر افتادن رسیدگی به اقدامات سران دولت ها دانست. البته مصونیت شخصی تنها به طبقه خاصی از اشخاص ایفا کننده وظایف دولت در خارج اعطا می شود، از جمله رئیس دولت که مهمترین مقام برای تضمین ثبات داخلی و اعتبار روابط با کشور خارجی است (۲۱). از طرف دیگر،

^{۱۵} De facto

^{۱۵} Erga omnes.

^{۱۶} De jure

گفتار اول: تأسیس دادگاه کیفری خاص بر مبنای معاهده (مبنای معاهداتی)

رایج‌ترین شیوه و مبنای حقوقی تأسیس دادگاه‌های کیفری مختلط، انعقاد معاهده میان دولت محل وقوع جنایت و سازمان ملل متحد است. بر اساس این شیوه، با درخواست دولت محل ارتکاب جنایت از سازمان ملل متحد مبنی بر تشکیل یک دادگاه کیفری برای رسیدگی به جنایات ارتكابی در این کشور، مذاکرات بین طرفین آغاز می‌شود و پس از حصول توافق و انعقاد معاهده، دادگاه مختلط تأسیس می‌شود. دادگاه‌های سیرالئون، کامبوج و لبنان محاکم مختلطی هستند که مطابق این شیوه تشکیل شده‌اند. دادگاه‌های مختلطی که به موجب انعقاد معاهده بین دولت محل ارتکاب جنایت و سازمان ملل تأسیس می‌شوند، دارای مبنای معاهداتی هستند، زیرا به استناد معاهدهٔ وین ۱۹۸۶، حقوق معاهدات میان دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی دارای مبنای معاهداتی است. تأسیس دادگاه‌های کیفری مختلط به این شیوه، به خودی خود نوآوری مهمی در حقوق بین‌الملل محسوب می‌شود که پیش از این سابقه نداشته است. البته دیوان کیفری بین‌المللی نیز بر اساس معاهده ایجاد شده است، لیکن تفاوت آن با دادگاه‌های مختلط پیش‌گفته آن است که دیوان بر اساس معاهداتی چندجانبه بین دولت‌های مختلف جهان دایر گردیده و حاصل توافق جمعی جامعهٔ بین‌المللی است. در خصوص مبنای حقوقی تأسیس دادگاه ویژه سیرالئون باید به این نکته توجه داشت که هرچند شورای امنیت با صدور قطعنامهٔ شمارهٔ ۱۳۱۵ در سال ۲۰۰۰ نقش مهم در ایجاد این دادگاه داشته است، اما این قطعنامه بر اساس فصل هفتم منشور ملل متحد صادر نشده بود. در این مورد شورا فقط به عنوان یکی از ارکان سازمان ملل به ارائهٔ طرح و پیشنهاد تأسیس یک دادگاه مختلط بر مبنای معاهدهای دوجانبه میان سازمان ملل و دولت مذکور و نظارت بر جریان مذاکرات میان طرفین در فرایند ایجاد دادگاه اقدام کرد. دبیرکل نیز در گزارش خود به شورای امنیت، با اشاره به نقش و جایگاه سازمان ملل در جریان دادرسی‌ها، به تشریح مبنا و ماهیت حقوقی این دادگاه و نیز تفاوت آن با دادگاه‌های کیفری بین‌المللی سابق، یعنی دادگاه یوگوسلاوی سابق و دادگاه رواندا، پرداخت و در این زمینه ابراز داشت: «این دادگاه با ترکیب ویژه و مبتنی بر معاهده، بر مبنای صلاحیت مختلط ملی و بین‌المللی تأسیس شده و در نتیجه ملزم به

تبعیت از قوانین و سیستم قضایی سیرالئون نیست»^{۲۰} در واقع، از موضع‌گیری‌های شورای امنیت، دبیرکل و خود دادگاه ویژه سیرالئون چنین برمی‌آید که این دادگاه یک نهاد منحصر به فرد و یک رکن قضایی تأسیس شده بر مبنای معاهده است که برای نخستین بار در ۱۶ ژانویه ۲۰۰۲ بر اساس معاهده‌ای میان سازمان ملل و یکی از اعضای آن، یعنی دولت سیرالئون تأسیس شده

استقلال و بی‌طرفی خود را در اختیار نداشته باشد. به دیگر سخن، با توجه به اینکه در اغلب موارد، عاملان اصلی جنایات بین‌المللی دولت‌مردان هستند،

از این رو دادگاه‌های داخلی به دلیل وابستگی به حکومت، تمایل و قدرت چندانی برای تعقیب و محاکمهٔ این افراد ندارند و یا حتی در صورت تعقیب و محاکمه، شائبهٔ عدم استقلال و بی‌طرفی در رسیدگی آنها بسیار زیاد است. در نتیجه، چنین محاکمه‌ای چیزی جز یک محاکمهٔ نمایشی و صوری نخواهد بود.

بند دوم: عملکرد دادگاه‌های کیفری خاص از بُعد بین‌المللی در خصوص دلایل تأسیس دادگاه‌های کیفری خاص از بعد بین‌المللی باید گفت که «اصل صلاحیت سرزمینی یا درون مرزی»^{۱۸} از مهم‌ترین و قدیمی‌ترین اصول پذیرفته‌شده در حقوق کیفری در همهٔ نظام‌های حقوقی است. مطابق با این اصل، مقررات حقوق کیفری به دلیل ارتباط تنگاتنگ و مستقیمی که با مفهوم اقتدار و حاکمیت ملی دارند، تنها در محدودهٔ مرزهای یک کشور و نسبت به جرایم و اعمالی که در این محدوده ارتکاب می‌یابند، اعمال می‌شوند (۲۳) این نوع صلاحیت، عام و دربرگیرندهٔ تمامی جرایم، اعم از مهم و کم‌اهمیت است و شامل همهٔ اشخاص، اعم از تبعه و بیگانه می‌شود. از این رو، دادگاه‌های داخلی دولت محل ارتکاب جرم، بر اساس اصل صلاحیت سرزمینی، صلاحیت رسیدگی به جرایم ارتکاب‌یافته در قلمرو آن را دارند. از طرف دیگر، طبق اصل «صلاحیت تکمیلی»^{۱۹} در حقوق کیفری بین‌المللی نیز، تعقیب و محاکمهٔ مرتکبان جرایم بین‌المللی در دادگاه‌های ملی مقدم بر دادگاه‌های بین‌المللی است و در صورت شروع به رسیدگی در دادگاه ملی و وجود سایر شرایط، دادگاه‌های بین‌المللی حق مداخله ندارند.

با وجود این، مداخلهٔ مراجع داخلی کشور محل ارتکاب جرم، به عنوان کشور صلاحیت‌دار، مستلزم وجود بسترها و شرایط متعدّد مادی، تقنینی، حقوقی، سیاسی و اجتماعی است. اما گاه ممکن است به دلیل وجود برخی موانع و مشکلات داخلی، امکان تعقیب و محاکمهٔ مرتکبان جنایات بین‌المللی در دستگاه قضایی کشور محل ارتکاب جنایت فراهم نباشد. در چنین وضعیتی، با دخالت نهادهای بین‌المللی و در رأس آن سازمان ملل متحد و ارکان مختلف آن، دادگاه کیفری مختلط با همکاری دولت مربوطه تشکیل می‌شود.

مبحث چهارم: دادگاه‌های کیفری خاص

این شیوه از تأسیس دادگاه‌های کیفری مختلط خود به دو بخش تقسیم می‌شود؛ شیوهٔ رایج، تأسیس این دادگاه‌ها بر مبنای معاهدهٔ منعقدشده بین دولت محل ارتکاب جنایت و سازمان ملل و شیوهٔ دیگر، تأسیس دادگاه‌های مذکور بر مبنای معاهدهٔ منعقدشده بین دولت مذکور و سایر سازمان‌های بین‌المللی یا منطقه‌ای است.

^{۲۰} U.N. Doc. S/RES/2000/1315

^{۱۸} Territorial Principle

^{۱۹} Complementary Jurisdiction

و الگوی مناسبی برای سایر دادگاه‌های مختلط هم‌عصر خود محسوب می‌شود.

در جهت تأسیس شعب فوق‌العاده کامبوج نیز، اسناد حقوقی متعددی از جمله قطعنامه‌های مجمع عمومی و کمیسیون حقوق بشر ملل متحد با موضوع درخواست تأسیس دادگاه، قطعنامه مجمع عمومی در خصوص تصویب توافق‌نامه و نیز توافق‌نامه بین‌المللی دولت کامبوج با سازمان ملل متحد نقش داشته‌اند. با وجود این، باید توجه داشت که قانون داخلی کامبوج در مورد تأسیس دادگاه مذکور، دو سال قبل از انعقاد توافق‌نامه دولت کامبوج با سازمان ملل متحد، یعنی در سال ۲۰۰۱، لازم‌الاجراء شد.

و در توافق‌نامه مزبور نیز ذکر شد که تعقیب جنایتکاران به موجب نظام حقوقی کامبوج انجام خواهد شد. هدف اولیه کامبوج از انعقاد این توافق‌نامه، صرفاً تنظیم نحوه همکاری میان سازمان ملل متحد و دولت کامبوج بود.

در فوریه ۲۰۰۲، سازمان ملل متحد به این دلیل که دادگاه کامبوج استقلال و بی‌طرفی لازم برای همکاری ملل متحد در این خصوص را تضمین نمی‌کند، مذاکرات را ترک کرد. سرانجام با فشارهای مجمع عمومی، مذاکرات از سر گرفته شد و توافق‌نامه‌ای که تضمینات بین‌المللی بیشتری در برداشت، در ژوئن ۲۰۰۳ به امضا رسید. سپس این توافق‌نامه مطابق حقوق داخلی به تصویب کامبوج رسید و قانون داخلی قبلی در این خصوص، بر اساس توافق‌نامه مذکور اصلاح شد. بنابراین، تأثیر حقوق بین‌الملل بر حقوق داخلی کامبوج (که ابتدا موضع سختگیرانه‌ای نسبت به حقوق و حاکمیت ملی خود داشت) به موجب انعقاد این معاهده کاملاً مشهود است. بدین ترتیب، با مقایسه مبنای حقوقی تأسیس دو دادگاه سیرالئون و کامبوج، می‌توان نتیجه گرفت که اگرچه هر دو دادگاه بر مبنای معاهده دوجانبه بین دولت محل ارتکاب جرم و سازمان ملل متحد تأسیس شده‌اند و در این زمینه هم قوانین بین‌المللی و هم قوانین داخلی این دولت‌ها نقش داشته‌اند، اما جنبه بین‌المللی دادگاه سیرالئون نسبت به دادگاه کامبوج غالب‌تر است.

آخرین دادگاهی که بر اساس توافق‌نامه بین دولت محل ارتکاب جنایت و سازمان ملل متحد تشکیل شد، دادگاه ویژه لبنان بود. در خصوص این دادگاه، ابتدا شورای امنیت بر اساس فصل هفتم منشور ملل متحد، با صدور قطعنامه ۱۷۵۷ در ۳۰ می ۲۰۰۷، از دبیرکل خواست تا موافقت‌نامه‌ای را با دولت لبنان برای ایجاد یک دادگاه مختلط منعقد کند. پیش‌نویس موافقت‌نامه سازمان ملل متحد و دولت لبنان و اساسنامه دادگاه ویژه لبنان به ضمیمه گزارش دبیرکل به شورای امنیت ارائه گردید و این شورا اساسنامه مذکور را که از ۱۰ ژانویه ۲۰۰۷ لازم‌الاجراء شده است، تصویب کرد.

علی‌رغم حصول توافق بین طرفین و نیز تصویب اساسنامه دادگاه ویژه، تأسیس این دادگاه در حقوق داخلی لبنان با موانع و مشکلاتی مواجه بود. از جمله این موانع امتناع رئیس‌جمهور وقت لبنان از امضای توافق‌نامه و نیز امتناع پارلمان این کشور از تصویب آن بود.

با وجود این، شورای امنیت با استفاده از اختیارات و قدرت خود و نیز به استناد موافقت‌نامه منعقدشده بین دولت لبنان و سازمان ملل متحد اقدام به تشکیل دادگاه ویژه نمود.

بنابراین، باید گفت که مبنای حقوقی تأسیس دادگاه ویژه لبنان نیز، مانند دو دادگاه پیش‌گفته، معاهداتی است. با این تفاوت که نقش شورای امنیت در تشکیل دادگاه لبنان بسیار پررنگ‌تر است، زیرا همان‌طور که گفته شد، حتی خود شورا استدلال کرده بود که قطعنامه‌ای که در زمینه تأسیس دادگاه مذکور صادر کرده است، در چارچوب فصل هفتم منشور ملل متحد قرار می‌گیرد. از این رو، برخی از نویسندگان مبنای حقوقی تأسیس این دادگاه را هم بر اساس موافقت‌نامه بین دولت لبنان و سازمان ملل متحد و هم بر اساس قطعنامه شورای امنیت دانسته‌اند.

بند اول: انعقاد معاهده بین دولت محل ارتکاب جنایت و سایر نهادهای بین‌المللی و منطقه‌ای

برای تأسیس دادگاه کیفری مختلط لزوماً نیازی به همکاری سازمان ملل متحد و ارکان مختلف آن نیست و چنین دادگاهی ممکن است حاصل توافق بین دولت محل ارتکاب جنایت و یک سازمان منطقه‌ای، مثل «اتحادیه آفریقایی» یا «اتحادیه کشورهای عرب» و یا یک سازمان بین‌المللی غیر از سازمان ملل متحد باشد. مانند شعب ویژه سنگال که از طریق انعقاد موافقت‌نامه میان دولت سنگال و اتحادیه آفریقایی تأسیس شد. در واقع، تنها دادگاه مختلطی که بر این مبنای تأسیس شده است، شعب فوق‌العاده سنگال است. در این راستا، اتحادیه آفریقایی و دولت سنگال در ۲۲ اوت ۲۰۱۲ در داکار، پایتخت سنگال، موافقت‌نامه‌ای به منظور تأسیس شعب فوق‌العاده سنگال امضاء کردند.

دیباچه موافقت‌نامه مزبور مستقیماً بر اسنادی چون کنوانسیون ضد شکنجه ۱۹۸۴ و تصمیماتی چون رای دیوان دادگستری جامعه اقتصادی دول آفریقایی غربی (۲۰۱۰) و رای دیوان بین‌المللی دادگستری در دعوی بلژیک علیه سنگال (۲۰۱۲) تأکید دارد.

این موافقت‌نامه از جهات گوناگون قابل تأمل است، زیرا علی‌رغم اینکه ماده یک اساسنامه شعب فوق‌العاده سنگال، موضوع اساسنامه را اجرای تصمیم اتحادیه آفریقایی می‌داند، باید متذکر شد که این سند به نحوی در راستای اجرای مفاد رای دیوان بین‌المللی دادگستری قابل ارزیابی است. در هر صورت، اتحادیه آفریقایی در هفتمین اجلاس عادی خود در بانجول در سال ۲۰۰۶ به سنگال مأموریت داد تا به نام آفریقا، حسین حبری را توسط مرجع صالح با رعایت تضمینات دادرسی عادلانه مورد تعقیب و مجازات قرار دهد.

سرانجام این مأموریت با انعقاد موافقت‌نامه ۲۰۱۲ محقق شد. اساسنامه شعب فوق‌العاده سنگال ضمیمه این موافقت‌نامه و جزء لاینفک آن محسوب می‌شود. از این رو، موافقت‌نامه ۲۰۱۲ مبنای حقوقی تأسیس شعب فوق‌العاده سنگال محسوب می‌شود (۲۴).

افزون بر این، تلاش‌هایی نیز برای تأسیس یک دادگاه کیفری مختلط با همکاری اتحادیه کشورهای عرب و دولت سوریه برای رسیدگی

شرایط او چاره ندارد که موقتاً از تعقیب این اتهامات لوبانگو صرف نظر کند.

در این راستا: سازمان های حقوق بشری مدعی بودند که بیش از یک سوم کودک سربازان، یعنی ۱۲۵۰۰ نفر از ۳۰۰۰۰ نفر در جمهوری دموکراتیک کنگو از دختران بوده اند که در طول درگیری به طور سازمان یافته قربانی خشونت های جنسی قرار گرفته اند.

فعالان حقوق زنان در عرصه بین الملل با اشاره به دلایل مؤید ربودن دختران نوجوان زیر ۱۲ سال و سپس تجاوز به آنها از سوی لوبانگو و نیروهای تحت امر وی تقاضا کرده بودند که دادستان در این زمینه تحقیقات بیشتری را انجام دهد. آنها متعقد بودند که دادستان بخاطر فقدان سیاست کارآمد در حوزه تحقیقات جرایم جنسی نتوانسته از عهده کار برآید و به ناچار صورت مسأله را پاک کرده است.

این در حالی بود که اتهام استفاده از کودک سربازان زیر ۱۵ سال در مخاصمات مسلحانه با اتهام مطرح نشده خشونت جنسی در کیفرخواست ارتباط مستقیم داشت و چه بسا اینکه استفاده از کودک سربازان دختر در مخاصمات مسلحانه فقط محدود به «سوءاستفاده جنسی از آنها» توسط سربازان بوده باشد. اما دادستان به جای اصلاح کیفرخواست، صرفاً تظاهر می کرد که تمام جوانب اتهامات از جمله خشونت جنسی علیه کودک سربازان دختر را در نظر گرفته است.

گفتار دوم محاکم خاص کیفری

بنداول دادگاه یوگوسلاوی

دادگاه یوگوسلاوی، اولین مرجعی بود که در توسعه صلاحیت رسیدگی به جرایم جنسی در حقوق بین الملل کیفری نقش مؤثری ایفاء کرد دادگاه یوگسلاوی، ۱۶۲ مورد کیفرخواست صادر کرد که ۵۸ مورد آن به جرایم جنسی محکوم شدند قضات این دادگاه، جرم تجاوز جنسی را در پرونده سلیبیسی^{۲۵}

به عنوان جرم علیه بشریت معرفی و متهمان آن را به اتهام برده گیری جنسی برشمرده اند. بردگی جنسی بدون اینکه تعریفی از آن ارائه شده باشد

، بعدها به موجب شق ۶ بند ۱ ماده ۷ اساسنامه دیوان کیفری به عنوان جنایت علیه بشریت ذکر شد. برخی از حقوقدانان مصادیق بردگی جنسی را شامل؛ خرید، فروش،

به جنایات شنیع بین المللی که در سالهای اخیر در این کشور ارتکاب یافته، صورت گرفته است. اما تاکنون چنین دادگاهی تشکیل نشده است.

مبحث پنجم رویه محاکم خاص در جرایم علیه کودکان

گفتار اول محاکم خاص (پرونده توماس لوبانگو)

وضعیت حقوقی نوجوانان به دلیل اهمیت ویژه ای که دارد تحت نظارت مجریان قانون، دادگاه های اطفال و دستگاه های اصلاح و تربیت که در مجموع نظام دادرسی نوجوانان را تشکیل می دهند، قرار می گیرد. کودکان به نمادهای ناخواسته درگیری های مسلحانه و خشونت شدید تبدیل شده اند.^{۲۱} در سطح دیوان کیفری بین المللی پرونده توماس لوبانگو دیالو . اولین پرونده دارای اتهامات جنسی علیه کودک سربازان دختر است.

در این پرونده ادعا شده بود که لوبانگو بنیانگذار و فرمانده اتحادیه میهن پرستان کنگویی^{۲۲} و فرمانده ارشد شاخه نظامی آن^{۲۳}، متهم به جرایم جنسی^{۲۴} علیه کودک سربازان دختر است .

از این رو، قضات در طول ۲۲۰ جلسه تحقیقات به جرایم جنسی ادعایی لوبانگو به استماع شهادت ۳۶ شاهد علیه وی پرداختند . پس از آن اظهارات پایانی دادستان دیوان.

نمایندگان حقوقی قربانیان و متهم استماع و ختم دادرسی اعلام گردید. شعبه بدوی لوبانگو را مجرم شناخت و او را به اتهام جرایم ثبت نام، سربازگیری و استفاده از کودک سربازان در مخاصمات مسلحانه به مجازات محکوم کرد.

این در حالی بود که دادستان قبل از این با طرح برخی از ابعاد جرایم جنسی صورت گرفته علیه کودک سربازان دختر، ادعا کرده بود که در پرونده لوبانگو «جرایم جنسی صورت گرفته علیه کودک سربازان دختر نادیده گرفته نمی شوند». لیکن با گذشت زمان، اختلافات میان مستندات دادستان و اتهامات مورد بحث نشان داد که دادستان به وعده های خود پایبند نیست. در چنین وضعیتی که حتی متهم در مواجهه با اظهارات شهود، دلائلی را در ارتباط با جرائمی در دیوان مطرح می کرد که مرتبط با جرایم جنسی وی بود و حداقل ۱۵ تن از ۲۵ تن شهود دادستان بر وقوع جرایم جنسی علیه لوبانگو شهادت داده بودند، دادستان استدلال می کرد شهود ، تمایل چندانی به ادای شهادت برای اثبات جرایم جنسی لوبانگو ندارند و لذا تحت این

^{۲۲} UPC

^{۲۳} FPLC

^{۲۴} gender-based crime

^{۲۵} Celebic

^{۲۱} Diane Marie Amann. The policy on children of the ICC office of the prosecutor: Toward greater accountability for crimes against and affecting children. International review of the red cross (2020).101(911),537-549

کرایه دادن، معاوضه و اعمال مشابه به منظور وادار کردن به اعمال جنسی محکوم کردند.

بند دوم رواندا

دادگاه رواندا نیز رویه دادگاه یوگسلاوی را در مبارزه با جرایم جنسی مستند کار خود قرار داد تا جایی که این اقدام او حقوق بین الملل کیفری در این عرصه را به نحو بی نظیری توسعه داد. در همین دوران سایه قضاوت دادگاه رواندا بر جرم جنسی به عنوان جرم بینالمللی در پرونده آکایسو^{۲۶} با موفقیت مواجه شد. دادگاه در این رأی، بخشی از پرونده تاریخی جرایم جنسی را که از دادگاه یوگسلاوی شروع شده بود، در دستور کار خود قرار داد. قضات دادگاه در این پرونده برای مبارزه با جرایم جنسی از هیچ تلاشی کوتاهی نکردند.

در کیفرخواست اصلی به اتهام جرایم جنسی اشاره نشده بود و تحلیل دادگاه این بود که ریشه این مسأله در تمایل دادستان به حذف اتهام جرم جنسی در عوض قبولی اتهامات دیگر از سوی متهم بوده است. ولی قضات به این رفتار دادستان واکنش نشان دادند. آنها چند اصلاحیه را برای اضافه کردن اتهامات جنسی به کیفرخواست از دادستان تقاضا کردند. قضات دادگاه در این پرونده، جرایم جنسی را به عنوان مولفه ژنوساید و تجاوز را به عنوان نوعی شکنجه معرفی کردند.

بند سوم سیرالئون

دادگاه سیرالئون نیز در این مسیر رویه قضایی درخشانی در شناسایی و تعریف جرم علیه بشریت ازدواج اجباری از خود برجای گذاشت، اگرچه به دلیل برخی از فشارهای خارجی مجبور شد که به بهانه آیین دادرسی، کلیه دلایل جرایم جنسی را در یکی از پرونده ها مستثنی از رسیدگی اعلام کند با این همه، جرایم جنسی در دادگاه سیرالئون به عنوان جرایم جنگی، جرایم علیه بشریت و عنصر شاکله جرم ژنوساید معرفی شدند.

نتیجه گیری

ایجاد دیوان بین المللی کیفری، بخشی از تلاش های گسترده جامعه بین المللی برای مبارزه با بی کیفری در قبال ارتکاب جنایات بین المللی است. دیوان در درجه اول، یک مرجع رسیدگی به مسئولیت کیفری فردی قلمداد می شود، ولی همچنین نقش مهمی در مرحله اجرا و توسعه حقوق بشر دارد. دیوان در پرتو اساسنامه خود از طریق جلب توجه جهانیان به شدیدترین جنایات بین المللی که عمدتاً جنبه حقوق بشری دارند، یک نهاد شبه حقوق بشری جلوه می کند که از سازوکارهای کیفری برای رعایت و تضمین حقوق

بشر استفاده می کند. با این حساب، تأسیس دیوان می تواند نویدبخش حرکتی بزرگ در حمایت کیفری از حقوق بشر باشد. از زمان محاکمات نورنبرگ تا تصویب اساس نامه دیوان کیفری بین المللی دایمی یکی از ایرادات مهمی که به عمل می آمد مسأله فقدان منابع قانونی جهت صدور رأی و تعیین کیفر بر ای مجرمان بین المللی بوده است. متهمان و وکلای مدافع آنان بارها در بیانات خود این ایراد را متذکر شده و عنوان نموده اند. تصویب اساس نامه دیوان کیفری بین المللی و مشخص کردن منابع مورد استناد این دیوان تحت عنوان حقوق قابل اجرا و تعیین ماهیت و سلسله مراتب آن ها پیش رفت قابل توجهی محسوب می گردد. برای نخستین بار در تاریخ عدالت کیفری بین المللی این امکان فراهم شده است که قربانیان در مراحل دادرسی مشارکت داشته باشند و علاوه بر بهره مندی از نماینده قانونی و مشاور در تمام روند دادرسی، امکان ادعای درخواست غرامت و همچنین تأسیس صندوق اعتباری مالی به نفع قربانیان از جمله دستاوردهای این سند بین المللی محسوب می شود. این پژوهش به بررسی این تحول و نوآوری دیوان پرداخته و مزایا و کاستی های حقوق و نقش قربانیان و ساز و کارهای حمایت از آنان رو مورد نقد و بررسی قرار می دهد. رسیدگی به جنایات بین المللی و به ویژه جنایت علیه کودکان و مصادیق و عناصر خاص جرائم همچون عنصر مادی و عنصر قانونی از جمله بزه دیدگی کودک، نسل کشی فرهنگی کودکان، جرائم جنگی (کودک سربازی) و مصادیق آن، جرائم جنسی علیه کودکان که هدف این تحقیق می باشد عملاً دیده شده در وجه همت شایسته و بایسته دیوان بین المللی کیفری قرارنگرفته است و رسیدگی به جنایات بین المللی نیازمند حمایت از فرآیند دادرسی کیفری در این دادگاه است. چنین حمایتی هنگامی تأمین می شود که اخلاطگران در مسیر اجرای عدالت کیفری بین المللی مجازات شوند. نتیجه آنکه، دیوان بین المللی کیفری تاکنون نتوانسته حمایت های لازم را از کودکان در سطح بین المللی بنماید

References

- Schabas. William A. An Introduction to the International Criminal Court (6th Edition) Middlesex University, London. July 2020
- Shabth, William Anthony, (2004). "Introduction to the International Criminal Court", translated by Seyyed Baqer Mirabbasi and Hamid Elhoui Nazari, Tehran, Jangal.
- Jafari Langroudi. Mohammad Jafar (1376). "General Encyclopaedia of Law (Al Faraq) Ganj Danesh 1386

^{۲۶} Akayesu

International Law Series, Vol. 62, Netherlands: Brill

15. De Bertodano, Sylvia (2007), "Where There Are More Acceptable Alternatives to the Iraqi High Tribunal?" JICJ, No. 9.

16. Moderation, Mohammad. (1379). "Validity and importance of judicial procedure." Navid Publishing House, 2019. Shiraz

17. Ardabili, Mohammad Ali, (1386). "International Criminal Law", Nahrmizan, Tehran, third edition, spring, 1386

18. Dhul-Ain, Parvez, (2008) "Fundamentals of Public International Law", 6th edition, Tehran, Printing and Publishing Center of the Ministry of Foreign Affairs.

19. Kolb, Robert, 2003, "Selected Problems in the Theory of Customary International Law", Netherlands International Law Review, Vol. 50, Issue 2.

20. Abdullahi, Mohsen. (1387). "Criminal immunity of heads of state in international law: from absolute immunity to Omar al-Bashir's arrest warrant". Iranian Yearbook of International Law and Adaptation No. 4.

21. Kasseh, Antonio, (1387). "International Criminal Law", first edition, Tehran, Jangal Publications.

22. Moazzami, Shahla. Namamian, Paiman. (2013). "The third generation of international criminal courts; Achievements, norms and challenges". Criminal law research, third year, eleventh issue, summer, 2014, pp. 113-146

23. Mirmohammad Sadeghi, Hossein, (1388). "International Criminal Court", 4th edition, Tehran, Dadstar Publications.

Ramezani Qavamabadi, Mohammad Hossein (1393), Justice, year 78, number 86

4. Alizadeh, Abdulreza (2013) "Social-legal and epistemological analysis of judicial procedure" Journal of Private Law. Volume 11, Number 1 - Serial Number 1, Spring and Summer 2013, pp. 135-170

5. Martin, G. (2006). Understanding terrorism: Challenges, perspectives, and issues. Sage Publications, Inc.

6. R. Higonnet, Etelle (2005), Restructuring Hybrid Courts: Local Empowerment and National Criminal Justice, Reform Ariz.J.Intl & Comp.L, No. 23

7. Benzing, Markus & Bergsmo, Morten (2013), Some Tentative Remarks on the Relationship between Internationalized Criminal Jurisdictions and the International Criminal Court in Romano, Nollkaemper & Kleffner (eds)

8. Rene David (1368) "Contemporary major legal systems". Translated by Mohammad Ashuri. University Publishing Center (1395).

9. Wolfke, Karol, (1994), 1st published, Custom in Present International Law, Netherlands: Springer.

10. Montesquieu (1349). "Ruh al-Quwanin" translated by Ali Akbar Mehtadi. 6th edition, published by Amir Kabir, Tehran.

11. Askin, K. D. (2005). Gender Crimes Jurisprudence in the ICTR: Positive Developments. Journal of International Criminal Justice, 3 (4), 1007-1018

12. Meron Theodor, 2005, "Revival of Customary Humanitarian Law", American Journal of International Law, Vol. 99, Issue 4.

13. Eslami Panah, Ali. (1397) "Judicial Procedure as a Source of Law" Journal: Legal Research. Winter 1397 - Number 84 - pp. 243 to 266

14. Schlütter, Birgit, 2010, Theory and the Practice of the International Court of Justice and the International ad hoc Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia, Developments in