

اصل تناسب در مخاصمات مسلحانه

در پرتو اسناد و رویه محاکم کیفری بین‌المللی*

- ولی‌اله نوری^۱
- سیدقاسم زمانی^۲
- مسعود راعی^۳
- محسن عبداللهی^۴

چکیده

حقوق بشردوستانه بین‌المللی به دنبال انسانی کردن وجهه جنگ‌ها و مخاصمات مسلحانه می‌باشد و در این راستا علاوه بر اینکه هدف قرار دادن غیر نظامیان به طور مستقیم ممنوع شده است، خسارات اتفاقی که در اثر حمله، به اموال و اهداف غیر نظامی وارد می‌شود نیز نباید در قیاس با مزیت نظامی حاصل از حمله بیش از حد باشد که این امر به عنوان اصل تناسب در حقوق بشردوستانه شناخته می‌شود. حال مسئله اصلی این است که آیا نقض این اصل را می‌توان جرم‌انگاری

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۱۲/۱۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۲/۲۱.

۱. گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد نجف‌آباد (valiollah.n@gmail.com).

۲. گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد نجف‌آباد (نویسنده مسئول) (drghzamani@gmail.com).

۳. گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد نجف‌آباد (masoudraei@yahoo.com).

۴. دانشیار دانشگاه شهید بهشتی (abdollahi75@hotmail.com).

و محاکمه کیفری کرد یا خیر؟ با توجه به اسناد و رویه محاکم کیفری بین‌المللی به ویژه دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق و دیوان بین‌المللی کیفری، نقض اصل تناسب در زمان مخاصمات مسلحانه یکی از مصادیق جنایات جنگی محسوب شده و این محاکم صلاحیت رسیدگی به این جنایت را دارا می‌باشند.

واژگان کلیدی: اصل تناسب، مخاصمات مسلحانه، دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق، دیوان بین‌المللی کیفری، پروتکل الحاقی اول ۱۹۷۷.

مقدمه

حقوق بشردوستانه بین‌المللی، مجموعه‌ای از مقررات است که برای تنظیم رفتار دولت‌ها و طرفین مخاصمه در زمان مخاصمات مسلحانه و به منظور حمایت از غیرنظامیان و کاهش خسارات غیر نظامی وضع شده است. این مقررات که به عنوان حقوق مخاصمات مسلحانه نیز شناخته می‌شود، قواعد و مقرراتی است که فارغ از اینکه شروع جنگ توسط کدام دولت یا گروه، و مشروع یا غیر مشروع بوده است، باید در زمان مخاصمات مسلحانه رعایت گردد.

حقوق بشردوستانه علاوه بر محدود کردن رفتار طرفین مخاصمه در عرصه مخاصمه، مسئولیت دولت‌ها را هم به خاطر شیوه رفتارشان در مخاصمه تعیین می‌کند، اما به مسئولیت جزایی فرماندهان نظامی به دلیل رفتارهای غیر قانونی آن‌ها نمی‌پردازد. از سوی دیگر نیز حقوق بین‌الملل کیفری به جرایم بین‌المللی و مسئولیت جزایی اشخاص حقیقی در سطح بین‌المللی و تعقیب، محاکمه و مجازات مجرمان بین‌المللی می‌پردازد و حداقل چهار دسته جرایم عمده در آن به رسمیت شناخته شده است که عبارت‌اند از: نسل‌زدایی، جنایت علیه بشریت، تجاوز و جنایات جنگی (برای مطالعه درباره جنایات بین‌المللی ر.ک: نوری، ۱۳۹۰).

همان گونه که بیان گردید حقوق بشردوستانه بین‌المللی، مقررات قابل اعمال در زمان مخاصمات مسلحانه را بیان می‌کند و هدف ابتدایی و اصلی از وضع این مقررات، اعمال آن‌ها در یک دادگاه بین‌المللی نیست. به عبارت دیگر، این قواعد را نباید معادل و مشابه یک قانون جامع جزایی داخلی دانست (Fenrick, 1997: 26) و از سوی دیگر، در حقوق بین‌الملل کیفری نیز که به تبیین جرایم و جنایات بین‌المللی می‌پردازد، یکی از جرایم مشمول این مقررات، جنایات جنگی است؛ یعنی جنایات و جرایمی که در

زمان مخاصمات مسلحانه رخ می‌دهد. بنابراین نقض مقررات بشردوستانه می‌تواند جنایت جنگی قلمداد گردد و مورد تعقیب و محاکمه کیفری قرار بگیرد. به عبارت دیگر، نقض این مقررات، پل ارتباطی میان حقوق بشردوستانه بین‌المللی و حقوق بین‌الملل کیفری محسوب می‌شود. دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق^۱ در پرونده تادیچ^۲ دو عنصر را برای احراز جنایات جنگی لازم می‌داند: ۱. نقض شدید و جدی یکی از مقررات حقوق بین‌الملل معاهداتی و یا عرفی؛ ۲. این رفتار و نقض مقررات، مستوجب مسئولیت کیفری بین‌المللی باشد (ICTY, 1997: Para. 94).

با توجه به این نظر دادگاه یوگسلاوی نیز می‌توان به ارتباط میان این دو شاخه از حقوق بین‌الملل اشاره کرد. حقوق بشردوستانه، مقرراتی اولیه و ابتدایی است که به تعیین و توصیف رفتارهای ممنوع در زمان مخاصمات مسلحانه می‌پردازد و حقوق بین‌الملل کیفری، مقرراتی ثانویه است که به مسئولیت جزایی ناشی از نقض مقررات اولیه می‌پردازد.

بنابراین -در حیطه جنایات جنگی- رفتاری که به موجب مقررات اولیه ممنوع نشده باشد، نمی‌تواند منجر به جنایت جنگی گردد و همچنین هر اقدام و رفتار ممنوع به موجب مقررات اولیه نیز الزاماً منجر به جنایت جنگی نخواهد شد (Bothe, 2002: 387). به عبارت دیگر، تعریف و تبیین مصادیق جنایات جنگی، مستلزم رجوع به اسناد مرتبط با مخاصمات مسلحانه و حقوق بشردوستانه بین‌المللی می‌باشد و در پرتو این مقررات می‌توان تعیین نمود که چه رفتارهایی -اعم از فعل و ترک فعل- اگر در زمان مخاصمات مسلحانه انجام شود، منجر به احراز و اثبات جنایات جنگی خواهد شد. در نتیجه می‌توان بیان کرد که مفهوم جنایات جنگی مفهومی پویاست و در اثر توسعه مقررات ابتدایی مرتبط با مخاصمات مسلحانه، این مفهوم نیز الزاماً دستخوش تغییر خواهد شد. نکته مهم دیگری که در مورد ارتباط حقوق بشردوستانه و حقوق بین‌الملل کیفری مطرح می‌شود، عبارت است از اینکه حقوق کیفری و آرای محاکم کیفری بین‌المللی در توسعه و شفاف‌سازی مقررات حقوق بشردوستانه نقش دارند. یکی از اندیشمندان

1. International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY).

2. Tadic Case.

حقوقی، این مسئله را بدین صورت توصیف می‌کند:

آرای محاکم کیفری اختصاصی^۱ بر استخوان‌های برهنهٔ مقررات معاهداتی و بر اسکلت مفاهیم حقوقی، ماهیچه و گوشت رویانیده است^۲ (Fenrick, 1998: 197).

بر اساس مطالب پیش گفته، میان حقوق بشردوستانهٔ بین‌المللی و حقوق بین‌الملل کیفری، ارتباط و تأثیر متقابل وجود دارد و نقض حقوق بشردوستانه می‌تواند منجر به جرایم و جنایات جنگی گردد (برای مطالعهٔ بیشتر دربارهٔ ارتباط حقوق بشردوستانهٔ بین‌المللی و حقوق کیفری بین‌المللی، رک: کاظمی ابدی، ۱۳۹۵). یکی از مصادیق مهم مقررات و اصول حقوق بشردوستانه، اصل تناسب در زمان حمله می‌باشد. اصل تناسب^۳ یکی از اصول مهم و بنیادین حقوق بشردوستانهٔ بین‌المللی محسوب می‌شود؛ اصلی که ظاهراً روشن و مشخص است، ولی در عمل احراز آن دشواری‌های بسیاری را به همراه دارد. مقصود از اصل تناسب، سازش دادن امتیازات عملی ناشی از یک حمله با ضرورت‌های نظامی است (ممتاز و شایگان، ۱۳۹۳: ۹۲). کنوانسیون‌های لاهه ۱۹۰۷ و ژنو ۱۹۴۹ اشاره‌ای به مفهوم اصل تناسب ندارند. این اصل برای اولین بار در مواد ۵۱ (بند ۵، قسمت ب) و ۵۷ (بند ۲، قسمت ج) پروتکل الحاقی اول، مورد اشاره قرار گرفت. مادهٔ ۵۷ فرماندهان نظامی را موظف می‌داند که:

از اقدام به حمله‌ای که احتمال دارد منجر به تلفات، آسیب یا خسارت اتفاقی به جمعیت یا اهداف غیر نظامی یا مجموعه‌ای از این موارد گردد و این خسارات فراتر از مزیت نظامی مستقیم و عینی مورد انتظار از حمله باشد، خودداری نمایند (Additional Protocol I, Art. 57(2)(a)(iii), 1977).

مقصود از مزیت نظامی، امتیازات و منافع است که در اثر حمله و عملیات نظامی حاصل می‌شود. به عبارت دیگر می‌توان بیان کرد که مزیت نظامی، چرایی انجام حمله را مشخص می‌کند؛ بدین معنا که مزیت و منافع حاصل از حمله است که طراحان و

1. Ad Hoc.

2. Judgments of the ad hoc tribunals have added 'flesh to the bare bones of treaty provisions or to skeletal legal concepts' of IHL.

3. Proportionality.

مجریان حمله را به انجام یا عدم انجام حمله ترغیب می‌کند و مقصود از عبارت مزیت نظامی مستقیم و عینی، مزیتی اساسی و نسبتاً قابل تحصیل می‌باشد و مزیت‌های غیر قابل تحصیل یا مزیت‌هایی که حصول آن‌ها در بلندمدت امکان‌پذیر است، مشمول این تعریف تلقی نمی‌گردد (Sandoz et al., 1987: 684). همچنین در تفسیر دستورالعمل هاروارد درباره جنگ‌های هوایی و موشکی بیان شده است که مزیت نظامی مزبور باید مستقیم، عینی و ملموس باشد و این مزیت نمی‌تواند صرفاً مبتنی بر تخمین یا امید و آرزو باشد (The Program on Humanitarian Policy..., 2010: 92). این مزیت نظامی، امتیاز مورد انتظار از حمله به طور کلی است، نه مزیت حاصل از اجزای خاص حمله (Henckaerts & Doswald-Beck, 2009: 49). ماده ۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری نیز به همین امر اشاره می‌کند (The Program on Humanitarian Policy..., 2010: 92). البته باید توجه داشت که این امر نباید موجب تفسیر بسیار موسعی درباره مزیت نظامی گردد؛ زیرا در این صورت تا زمانی که جنگ پایان نیافته است نمی‌توان اصل تناسب را اعمال یا ارزیابی نمود (Byron, 2010: 193). بنابراین در احراز مزیت نظامی نمی‌توان مزیت حاصل از هر اقدام نظامی را ملاک قرار داد و همچنین کلی بودن مزیت نظامی هم به معنای امتیازات و منافع حاصل از یک جنگ و مخاصمه مسلحانه در کلیت آن نیست.

در طرف مقابل برای احراز اصل تناسب باید خسارات جنبی و اتفاقی ناشی از حمله را نیز مد نظر قرار داد؛ یعنی مواردی که افراد و اموال غیر نظامی مستقیماً هدف حمله قرار نگرفته‌اند و به عبارت دیگر اصل تفکیک رعایت شده است، اما با وجود این، باز هم در اثر حمله به یک هدف نظامی مشروع، به طور اتفاقی و جنبی خساراتی به اهداف و افراد غیر نظامی وارد می‌شود. در مجموع اصل تناسب بدین معناست که خسارات غیر نظامی اتفاقی و جنبی ناشی از حمله نباید در قیاس با مزیت نظامی حاصل از آن، نامتناسب و بیش از حد باشد.

در مورد حدود و قلمرو این اصل و همچنین قابلیت اعمال آن در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی، مباحث مختلفی قابل طرح است، لیکن مسئله اصلی مطرح در این نوشتار آن است که آیا نقض اصل تناسب در مخاصمات مسلحانه را می‌توان

به عنوان یکی از مصادیق جنایات جنگی جرم‌انگاری و محاکمه کیفری کرد؟ البته بررسی امکان جرم‌انگاری نقض این اصل در مخاصمات مسلحانه، در پرتو صلاحیت و اسناد و رویه محاکم کیفری بین‌المللی امکان‌پذیر است.

به همین منظور و برای پرداختن به این مسئله در این نوشتار، ابتدا به امکان جرم‌انگاری نقض اصل تناسب پرداخته خواهد شد و سپس اسناد و رسیدگی‌های دو دادگاه مهم از محاکم کیفری بین‌المللی که اصل تناسب در آن‌ها مطرح گردیده است، یعنی دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق و دیوان بین‌المللی کیفری مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۱. جرم‌انگاری نقض اصل تناسب

مواد ۵۱ و ۵۷ پروتکل الحاقی اول ۱۹۷۷ در ارتباط با حمایت از غیر نظامیان و رعایت اقدامات احتیاطی در زمان حمله به منظور محدود کردن و کاهش خسارات غیر نظامی ناشی از مخاصمات مسلحانه وضع شده و به دنبال ایجاد چارچوبی کیفری برای رسیدگی به نقض این مقررات نبوده‌اند. کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ و پروتکل الحاقی اول هیچ کدام حملات نامتناسب و نقض اصل تناسب را جرم‌انگاری نکرده‌اند. تعریف ارائه‌شده از اصل تناسب در پروتکل اول نیز به تشریح و تبیین جزئیات مربوط به جرم حمله نامتناسب و عناصر آن نپرداخته و عنصر معنوی لازم برای تحقق این جرم را هم تعیین نکرده است. به عبارت دیگر، مقصود اصلی این مقرره، جرم‌انگاری حملات نامتناسب و تعیین مجازات کیفری برای مرتکبان آن نبوده است. سیاق عبارات پروتکل الحاقی اول در خصوص اصل تناسب در مجموع به جای تعیین ممنوعیت جزایی برای افراد، در صدد تبیین تعهد حقوقی دولت‌ها در این زمینه بوده است.

در اغلب موارد، تعیین متناسب یا نامتناسب بودن حمله دشوار و پیچیده است و به همین خاطر نمی‌توان به سادگی آن را جرم‌انگاری نمود. در موارد تردید نسبت به جرم بودن یا نبودن یک اقدام هم باید به اقتضای اصل برائت اقدام کرد و آن رفتار را جرم ندانست. مقررات مندرج در پروتکل الحاقی اول، الزاماتی را برای دولت‌ها وضع نمود، اما اجرای این مقررات توسط محاکم کیفری در خود پروتکل پیش‌بینی نشد. برخی در

این رابطه بیان کرده‌اند که پروتکل صرفاً اعمال و رفتارهای خاصی را ممنوع کرده و اجرا و ضمانت اجرای این ممنوعیت‌ها را بر عهده دولت‌های عضو قرار داده است. بنابراین حداقل در ظاهر، پروتکل احراز و احتمالاً مجازات هر گونه حمله نامتناسب را وظیفه دولت‌ها دانسته است که این امر هم لزوماً از طریق اعمال مجازات‌های جزایی نخواهد بود (Fellmeth, 2012: 146).

به اعتقاد این افراد، دیدگاه مزبور با هدف حقوق بشردوستانه هم سازگاری بیشتری دارد و به غیر از مواردی که خسارات جنبی و اتفاقی ناشی از حمله به طور آشکارا نسبت به مزیت نظامی مستقیم و عینی حاصل از آن فراتر و بیش از حد باشد، تعقیب و محاکمه جزایی راهکار مناسبی نخواهد بود. در این موارد، پرداخت خسارت توسط دولت به قربانیان حملات نامتناسب و یا خانواده آنان کافی و مناسب خواهد بود (Murphy & Hampton, 1988: 398؛ درباره ارتباط مسئولیت کیفری افراد و مسئولیت دولت‌ها، ر.ک: زمانی، ۱۳۹۵: ش ۲۷/۵۱-۲۹). در مقابل باید گفت که مقرر نشدن عناصر جرایم در پروتکل و پیش‌بینی نشدن اجرای آن توسط محاکم کیفری، دلیلی بر عدم امکان رسیدگی کیفری بین‌المللی به این موارد محسوب نمی‌گردد؛ زیرا این پروتکل و دیگر اسناد مشابه آن فقط در مقام وضع و تبیین مقررات حاکم بر زمان مخاصمات مسلحانه و الزامات و وظایف طرفین مخاصمه بوده و در مقام تبیین مسئولیت جزایی ناشی از نقض این مقررات نبوده است.

همچنین باید توجه داشت که بند ۳ ماده ۸۵ پروتکل الحاقی اول، مواردی را به عنوان نقض شدید مقررات بشردوستانه قلمداد کرده است:

علاوه بر موارد نقض شدید که در ماده ۱۱ تعریف شده است، اعمال و اقدامات زیر نیز زمانی که عامدانه در تخطی از مقررات این پروتکل انجام گردد و منجر به مرگ یا آسیب جدی به بدن یا سلامت افراد گردد، نقض شدید این پروتکل قلمداد خواهد شد:

الف) هدف حمله قرار دادن سکنه یا افراد غیر نظامی؛

ب) حمله کورکورانه‌ای که به افراد یا اموال غیر نظامی آسیب بزند با علم به اینکه چنین حمله‌ای موجب خسارات بیش از حد جانی، جراحت غیر نظامیان و یا آسیب به اموال غیر نظامی آن گونه که در بند (۲) الف) (سه) ماده ۵۷ تعریف شده است می‌گردد؛

ج) حمله نسبت به بناها و تأسیسات دارای مواد و نیروهای خطرناک با علم به اینکه این حمله موجب خسارات بیش از حد جانی، جراحت غیر نظامیان و یا آسیب به اموال غیر نظامی آن گونه که در بند (۲)(الف)(سه) ماده ۵۷ تعریف شده است، می‌گردد.

با توجه به این موارد می‌توان بیان کرد که پروتکل الحاقی اول تا حدودی نسبت به جرم‌انگاری نقض اصل تناسب و اقدام به حمله نامتناسب به طور ضمنی توجه داشته است، اما با وجود این، در خصوص جرم‌انگاری، محاکمه و مجازات نقض این تعهدات باید به طور خاص به اسناد حقوق بین‌الملل کیفری و به ویژه اسناد مؤسس محاکم کیفری بین‌المللی رجوع کرد. در این اسناد معمولاً نقض مقررات معاهداتی و عرفی حقوق بشردوستانه به عنوان جنایات جنگی جرم‌انگاری شده و در صلاحیت محاکم کیفری بین‌المللی قرار گرفته است.

ماده ۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری صراحتاً حملات نامتناسب را جرم‌انگاری نموده است. ولی اساسنامه دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق تصریحی در این مورد ندارد، هرچند ماده ۳ اساسنامه این دادگاه که به برخی مصادیق نقض مقررات معاهداتی یا عرفی بشردوستانه به عنوان جنایت جنگی اشاره کرده است، این موارد را حصری ندانسته و در نتیجه می‌توان نقض دیگر مقررات مرتبط را هم به موجب اساسنامه دیوان جرم قلمداد کرد. در ادامه این نوشتار، به تفصیل به جرم‌انگاری حملات نامتناسب در اسناد و رویه دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی و همچنین دیوان بین‌المللی کیفری پرداخته خواهد شد.

۱-۱. عنصر روانی جرم حمله نامتناسب

در جرم حمله نامتناسب نیز همانند دیگر جرایم علاوه بر عنصر مادی و قانونی باید عنصر روانی جرم نیز اثبات گردد. برای اثبات عنصر روانی این جرم، باید اثبات شود که حمله به صورت ارادی و عامدانه و با علم و اطلاع از شرایط و اوضاع و احوالی که منجر به نامتناسب و بیش از حد بودن خسارات جنبی می‌گردد، انجام شده است (Solis, 2016: 327). دادگاه کیفری یوگسلاوی سابق نیز در پرونده گالیچ

به همین شرایط برای اثبات عنصر روانی جرم حمله نامتناسب اشاره کرده است (ICTY, 2003: Para. 59). بدین ترتیب هم اراده و عمد در انجام حمله باید وجود داشته باشد و هم اینکه مرتکب باید آگاهی داشته باشد که حمله منجر به خسارات جنبی و اتفاقی بیش از حد و نامتناسب خواهد شد.

در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی نیز در گزارش مربوط به عناصر جرایم، به عناصر جرم حمله نامتناسب اشاره شده است که عنصر اراده و عمد در انجام حمله از صدر ماده ۸ اساسنامه و از بند اول عناصر جرم حمله نامتناسب، که بیان می‌کند مرتکب اقدام به حمله کرده باشد، قابل استنباط است. بند ۵ این عناصر جرم نیز اشاره می‌کند که مرتکب باید از وجود یک مخاصمه مسلحانه آگاهی داشته باشد. نهایتاً بند سوم عناصر جرم حمله نامتناسب قید کرده است که مرتکب، از بیش از حد و نامتناسب بودن خسارات جنبی نسبت به اهداف غیر نظامی در قیاس با مزیت نظامی حاصل از حمله آگاهی و اطلاع داشته باشد. در نتیجه مطابق اسناد و رویه کیفری بین‌المللی، برای اثبات جرم حمله نامتناسب به عنوان یک جنایت بین‌المللی، علاوه بر عنصر مادی این جرم، هر دو شرط قصد و اراده در انجام حمله و اطلاع از شرایط و اوضاع و احوالی که منجر به نامتناسب بودن حمله می‌گردد، نیز باید احراز گردد (برای مطالعه درباره شرایط و اوضاع و احوالی که می‌تواند منجر به متناسب یا نامتناسب بودن حمله شود، ر.ک: Clarke, 2012: 73-123; Sloane, 2015: 299-343).

۲. اصل تناسب در رسیدگی‌های دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق

اساسنامه دادگاه یوگسلاوی در مواد ۲ و ۳ خود به مصادیق جنایات جنگی پرداخته است.^۱

۱. ماده ۲- نقض‌های فاحش مقررات کنوانسیون‌های ۱۹۴۹ ژنو: این دادگاه بین‌المللی اختیار دارد اشخاصی را که دست به ارتکاب نقض‌های فاحش مفاد کنوانسیون‌های ۱۹۴۹ ژنو زده یا دستور ارتکاب آن را داده باشند، تحت تعقیب قرار دهد؛ نقش‌های مذکور عبارت‌اند از هر کدام از اعمال مشروحه زیر که علیه اشخاص یا اموال مورد حمایت مقررات کنوانسیون‌های ژنو ارتکاب یابد.
- ماده ۳- تخلف از مقررات و عرف‌های جنگ: این دادگاه بین‌المللی اختیار خواهد داشت اشخاصی را که از مقررات یا عرف‌های جنگ تخلف ورزیده باشند، مورد تعقیب قرار دهد. تخلفات مزبور شامل موارد زیر می‌باشد اما محدود به آن‌ها نیست.

ماده ۲ اساسنامه به نقض شدید کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ اشاره کرده و به دلیل اینکه اصل تناسب در کنوانسیون‌های مزبور مقرر نگردیده است، در نتیجه نقض این اصل به موجب ماده ۲ اساسنامه در صلاحیت دادگاه قرار نمی‌گیرد.

ماده ۳ اساسنامه نیز مصادیقی غیر حصری از نقض مقررات عرفی بشردوستانه را در زمره جنایات جنگی قابل محاکمه توسط دادگاه برشمرده است. دبیرکل سازمان ملل متحد در گزارشی در سال ۱۹۹۳ بیان کرده است که مقصود ماده ۳ نقض هنجارهایی است که در زمان مخاصمات یوگسلاوی سابق بدون هیچ گونه تردیدی در زمره مقررات عرفی بین‌المللی قلمداد می‌گردیده‌اند. دبیرکل سازمان ملل متحد پروتکل الحاقی اول را مشمول این مسئله ندانسته و به اعتقاد وی این پروتکل در زمان مخاصمات یوگسلاوی از ماهیت عرفی برخوردار نبوده است و در نتیجه توسط دادگاه قابل اعمال نخواهد بود (United Nations Secretary-General, 1993: Para. 34).

در ارتباط با ماهیت عرفی اصل تناسب در زمان مخاصمات یوگسلاوی، با توجه به اسناد بین‌المللی و رویه دولت‌های مختلف در دوران قبل از وقوع درگیری‌های یوگسلاوی در سال ۱۹۹۳ که به اصل تناسب اشاره کرده و آن را پذیرفته‌اند، می‌توان ادعا کرد که این اصل در زمان بروز این جنایات جنگی در یوگسلاوی یک قاعده عرفی بین‌المللی نیز محسوب می‌شده است.^۱

همچنین برخی معتقدند که اصل تناسب، ماهیت عرفی بین‌المللی داشته و بعداً در قالب پروتکل الحاقی اول وارد شده است.^۲ البته این دیدگاه چندان مورد پذیرش قرار نگرفته است؛ چرا که ماهیت عرفی این اصل تا چندین سال پس از تصریح به آن در پروتکل الحاقی اول ۱۹۷۷ نیز همچنان مورد تردید بوده و نسبت بدان اختلاف نظر وجود داشت، اما می‌توان پذیرفت که در زمان بروز مخاصمات مسلحانه در یوگسلاوی،

۱. برای مشاهده این رویه‌ها، ر.ک:

<https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cha_chapter4_rule14_SectionA>.

۲. برخی بیان کرده‌اند که پروتکل اول صرفاً تأیید و تدوین قواعد عرفی برخی مقررات جنگ از جمله اصل تناسب بوده است و این اصل سابقه‌ای طولانی داشته و قبل از تدوین در معاهدات، به صورت عرفی وجود داشته است (Newton & May, 2014: 91; Trumbull IV, 2015: 549).

اصل تناسب ماهیت عرفی داشته است.

شعبه تجدیدنظر دادگاه کیفری یوگسلاوی در پرونده تادیچ در تفسیر عبارت «نقض مقررات و عرف‌های جنگی» که در صدر ماده ۳ اساسنامه قید گردیده است، این عبارت را شامل هر گونه نقض جدی مقررات بشردوستانه دانسته که در زمان وقوع مخاصمه نسبت به طرفین لازم‌الاجرا بوده است و در نتیجه صلاحیت دادگاه، شامل پروتکل الحاقی اول نیز خواهد بود^۱ و دادگاه می‌تواند نسبت به حملات نامتناسب رخ داده در جریان این مخاصمه رسیدگی نماید (ICTY, 1995: Para. 143). نهایتاً با توجه به مطالب و استدلال‌های مطرح شده، می‌توان پذیرفت که دادگاه یوگسلاوی نسبت به رسیدگی به جنایت جنگی اقدام به حملات نامتناسب دارای صلاحیت می‌باشد. رویه و آرای متعدد این دادگاه که به اصل تناسب اشاره کرده‌اند نیز گواه و دلیلی بر این امر محسوب می‌شود.

دادگاه کیفری یوگسلاوی در چند پرونده به اصل تناسب اشاره کرده است. یکی از این موارد، پرونده کاپرسکیچ^۲ دربارهٔ حمله به یک روستاست. شعبه بدوی دادگاه بیان می‌کند که خسارات اتفاقی غیر نظامی نباید در قیاس با مزیت نظامی مستقیم حاصل از حمله نامتناسب باشد (ICTY, *Prosecutor v. Zoran Kupreskic et al.*, 2000: Para. 524). همچنین در پرونده گالیچ، شعبه بدوی در مورد جرایم نیروهای صرب در تصرف سارایوو^۳ چنین مقرر کرده است:

اعمال اصل تفکیک مستلزم آن است که طراحان و مجریان حمله، تمام اقدامات و احتیاطات لازم را به کار ببرند تا مطمئن شوند که هدف مزبور غیر نظامی نیست. زمانی که ماهیت نظامی هدف تأیید شد، فرماندهان نظامی باید خسارات جنبی ناشی از حمله را نسبت به غیر نظامیان و اهداف و اموال غیر نظامی مدنظر قرار دهند و در صورتی که این خسارات در قیاس با مزیت نظامی مستقیم و عینی حاصل از حمله،

۱. دولت یوگسلاوی در زمان وقوع مخاصمات، عضو پروتکل الحاقی اول بوده است، هرچند این عضویت پس از اضمحلال این کشور به هیچ یک از دولت‌های جانشین منتقل نشد (برای آگاهی بیشتر، ر.ک:

<<https://www.icrc.org/eng/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/overview-geneva-conventions.htm>>).

2. Kupreskic Case.

3. Sarajevo.

بیش از حد و نامتناسب باشد، حمله مزبور نباید انجام شود. تعهد اساسی و بنیادین منع حمله به اهداف و افراد غیر نظامی باید در لحاظ کردن تناسب در حمله هم مد نظر قرار گیرد. در تعیین متناسب بودن حمله باید بررسی کرد که اگر یک فرد مطلع و آگاه متعارف، در شرایطی مشابه حمله کننده قرار می گرفت، با به کارگیری داده‌های موجود به نحو متعارف، آیا خسارات جنبی ناشی از حمله را نامتناسب می دانست یا نه؟ (ICTY, 2003: Para. 58).

در کیفرخواست پرونده مارتیچ^۱ در سال ۱۹۹۶ نیز دادگاه ضمن اشاره به قسمت ب بند ۵ ماده ۵۷ پروتکل الحاقی اول بیان می کند که حتی در مواردی که حمله مستقیماً متوجه یک هدف نظامی مشروع است، باز هم نباید منجر به خسارات غیر نظامی نامتناسب گردد (ICTY, 1996: Para. 18). دادگاه در رأی سال ۲۰۰۷ خود در این پرونده چنین بیان کرد:

ممنوعیت مربوط به هدف قرار دادن جمعیت غیر نظامی، امکان ایراد خسارات غیر نظامی اتفاقی در حمله را استثنا نمی سازد. با این حال، خسارات مزبور نباید نسبت به مزیت نظامی حاصل از حمله نامتناسب باشد. همچنین حملات کورکورانه‌ای که اهداف و افراد نظامی و غیر نظامی را هم زمان و بدون تفکیک و تمایز هدف قرار می دهد نیز باید به عنوان حمله مستقیم علیه غیر نظامیان توصیف گردد (ICTY, 2007: Para. 69).

در موارد یادشده، دادگاه صرفاً به اصل تناسب اشاراتی داشته است، اما در مقام تطبیق این اصل با وقایع رخ داده در عرصه نبرد، و جرم‌انگاری آن به صورت یک جنایت مستقل نبوده است. البته همین اشاره به اصل تناسب نیز خود دلیلی بر امکان اعمال صلاحیت دادگاه نسبت به اصل تناسب محسوب می شود.

در برخی پرونده‌ها نیز دادگاه کیفری یوگسلاوی به انطباق اصل تناسب با واقعیات و جنایات رخ داده در عرصه مخاصمه پرداخته است. در پرونده بلاسکیچ^۲ وی دستور استفاده از سلاح‌های سنگین را برای تصرف یک روستای دارای سکته غیر نظامی صادر کرده بود. شعبه بدوی معتقد بود که این اقدام، متناسب با ضرورت نظامی نبوده

1. Martić Case.

2. Blaskić Case.

و خسارات جنبی ناشی از این اقدام بیش از حد و نامتناسب بوده است
(ICTY, *Prosecutor v. Blaškić*, 2000: Para. 651).

در بخشی از رأی پرونده گالیچ نیز دادگاه به همین امر پرداخته است. یک مسابقه فوتبال تفریحی که در یک محیط محصور بین ساختمان‌های اطراف آن برگزار می‌شد، هدف حمله قرار گرفته بود. برخی نظامیان بوسنیایی نیز در این مسابقه شرکت داشتند و حدود ۲۰۰ نفر اعم از نظامی و غیر نظامی هم این مسابقه را تماشا می‌کردند. شعبه بدوی مقرر کرد که هرچند نظامیان صرب از حضور سربازان دشمن در این تجمع مطلع بوده و قصد هدف قرار دادن آن‌ها را داشته‌اند، اما این حمله غیر قانونی محسوب می‌شود؛ چرا که به رغم اینکه تعداد نظامیان حاضر در این محل قابل توجه بوده است اما به دلیل حضور شماری از غیر نظامیان از جمله کودکان در محل مسابقه، این امر قابل پیش‌بینی بود که حمله به این محل سبب ایراد تلفات و آسیب‌های غیر نظامی بیش از حد و نامتناسب در قیاس با مزیت نظامی مستقیم و ملموس حاصل از حمله خواهد شد (ICTY, 2003: Para. 387).

البته این اقدام را باید حمله‌ای کورکورانه دانست، نه یک حمله نامتناسب؛ زیرا حمله‌کنندگان قادر به تمایز بین نظامیان و غیر نظامیان نبوده‌اند و نظامیان صرب با علم به حضور غیر نظامیان در کنار نظامیان در این محل اقدام به حمله کرده‌اند، در صورتی که امکان تفکیک بین نظامیان و غیر نظامیان وجود نداشته و در چنین حمله‌ای نمی‌توان فقط نظامیان را هدف قرار داد و در نتیجه این حمله به خاطر کورکورانه بودن باید لغو می‌گردید.

پرونده دیگری که می‌توان بدان اشاره کرد، پرونده گتوینا^۱ می‌باشد. وی و دو نفر از همدستانش متهم به ارتکاب جرایمی همچون رفتارهای بی‌رحمانه و ظالمانه و حملات غیر قانونی علیه غیر نظامیان در جریان یک عملیات نظامی در سال ۱۹۹۵ بودند. در این پرونده، دادگاه قاعده‌ای را با عنوان قاعده ۲۰۰ متر مطرح کرد که بر اساس آن، اگر گلوله توپ در شعاع ۲۰۰ متری هدف اصابت کرده باشد،

1. Gotovina.

فرض می‌شود که گلوله به هدف اصابت کرده است، اما اگر گلوله در شعاعی خارج از ۲۰۰ متری هدف اصابت کند، فرض می‌شود که گلوله به غیر از اهداف نظامی یعنی به اهداف غیر نظامی اصابت کرده است. دادگاه از این قاعده برای ارزیابی اینکه آیا حملات علیه اهداف نظامی بوده یا نه، استفاده کرده است (ICTY, 2011: Para. 1898).

این نظر دادگاه مورد انتقادات زیادی قرار گرفت، مبنی بر اینکه پذیرش این نظر منجر به افزایش خطر حملات نسبت به غیر نظامیان خواهد شد (برای ملاحظه انتقادات مطرح‌شده رک: Huffman, 2012; Blank, 2012; ICTY, 2012). به رغم انتقادات مطرح‌شده و فارغ از صحیح یا غلط بودن آن‌ها، نکته مهمی که درباره این رأی وجود دارد این است که بر خلاف دیگر پرونده‌های اشاره‌شده، در این پرونده دادگاه به جای توجه به قصد متهم برای هدف قرار دادن غیر نظامیان، تأثیر احتمالی گلوله‌ها و راکت‌های جنگی نسبت به اهداف غیر نظامی را مدنظر قرار داده است. به عبارت دیگر، دادگاه در این پرونده اصل تناسب را به صورت مستقل و مجزای از اصل تفکیک مورد توجه قرار داده است، در حالی که در دیگر پرونده‌ها، به اصل تناسب عموماً به صورت زیرمجموعه و جزئی از اصل تفکیک پرداخته شده است.

همچنین در پرونده کرديچ و سرکز^۱ در سال ۲۰۰۴، شعبه تجدیدنظر دادگاه بیان می‌کند که به رغم رعایت اصل تفکیک و انجام حمله نسبت به اهداف نظامی و رزمندگان، این حمله ممکن است منجر به خسارات جنبی غیر نظامی گردد. به موجب حقوق عرفی بشردوستانه بین‌المللی این خسارات غیر قانونی نیستند مگر اینکه نامتناسب باشند (ICTY, 2004: Para. 52).

میلوسویچ^۲ نیز در دادگاه یوگسلاوی به انجام حملات غیر قانونی علیه غیر نظامیان متهم گردیده بود. در کیفرخواست اصلاحی ۱۸ دسامبر ۲۰۰۶، اقدامات وی به عنوان حمله نامتناسب توصیف گردید:

از ۱۰ آگوست ۱۹۹۴ تا ۲۱ دسامبر ۱۹۹۵، میلوسویچ به عنوان فرمانده نیروهای صرب

1. Kordić & Čerkez.

2. Dragomir Milošević.

با انجام مجموعه‌ای از اقدامات و عملیات‌های نظامی، مناطقی غیر نظامی در ساریوو را هدف حمله قرار داده است که در قیاس با مزیت نظامی حاصل از این حملات، خساراتی بیش از حد و نامتناسب به غیر نظامیان وارد شده است (ICTY, 2006: Paras. 24-25).

همان گونه که مطرح گردید، دادگاه کیفری یوگسلاوی در پرونده‌های متعددی به تعریف یا تطبیق اصل تناسب با وقایع رخ داده در جریان مخاصمات مسلحانه پرداخته است. این مسئله علاوه بر تأیید ماهیت عرفی اصل تناسب، بر اهمیت و جایگاه این اصل در مخاصمات مسلحانه نیز تأکید دارد. البته دادگاه چندان به صراحت به اعمال اصل تناسب نپرداخته و عموماً ذیل اصل تفکیک، تناسب را هم مورد توجه قرار داده است. این دو اصل با وجود ارتباط زیادی که با یکدیگر داشته و مکمل هم هستند، لیکن باید به صورت مجزا و مستقل مورد بررسی قرار گیرند و نمی‌توان تناسب را زیرمجموعه اصل تفکیک دانست؛ زیرا اصل تناسب خساراتی را پوشش می‌دهد که از حیطه حمایتی اصل تفکیک خارج است.

با توجه به پیچیدگی‌های احراز اصل تناسب در زمان حمله و ارزیابی آن پس از حمله و همچنین انتزاعی و ذهنی بودن آن، رسیدگی به این اصل در محاکم کیفری امری بسیار دشوار و پیچیده محسوب می‌شود؛ به ویژه برای دادگاه کیفری یوگسلاوی که اولین دادگاه بین‌المللی است که به اعمال این اصل پرداخته است.

۳. اصل تناسب و صلاحیت دیوان بین‌المللی کیفری

اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، مصادیق جنایات جنگی را به عنوان یکی از جرایم مشمول صلاحیت خود به طور مفصل بیان کرده است. در ماده ۸(۲)(ب)(۴) اساسنامه، نقض اصل تناسب صراحتاً جرم‌انگاری شده است:

اقدام عمدی به حمله با علم به اینکه چنین حمله‌ای به طور اتفاقی منجر به تلفات جانی یا آسیب و صدمه به غیر نظامیان یا خسارت به اهداف غیر نظامی و یا آسیب گسترده، درازمدت و شدید نسبت به محیط زیست خواهد شد و این خسارات به طور آشکار در قیاس با مزیت نظامی کلی مستقیم و عینی حاصل از حمله، فراتر و بیش از حد خواهد بود.

کمیسیون مقدماتی دیوان بین‌المللی کیفری در گزارش مربوط به عناصر جرایم، عناصر جرم نقض اصل تناسب را بدین صورت تعریف کرده است:

ماده ۸(ب)(۲)(۴):

جنایت جنگی مرگ، آسیب یا خسارت اتفاقی بیش از حد و نامتناسب:
(عناصر):

۱. مرتکب اقدام به یک حمله کرده باشد.
۲. حمله به طور اتفاقی منجر به مرگ یا آسیب به غیر نظامیان یا خسارت به اموال غیر نظامی یا خسارت گسترده، درازمدت و شدید نسبت به محیط زیست طبیعی شده و چنین مرگ، آسیب یا خساراتی، آشکارا در قیاس با مزیت نظامی کلی مستقیم و عینی مورد انتظار از حمله، بیش از حد و نامتناسب باشد.
۳. مرتکب می‌دانسته که حمله به طور اتفاقی موجب مرگ یا آسیب به غیر نظامیان یا خسارت به اموال غیر نظامی یا ایراد خسارت درازمدت و شدید به محیط زیست طبیعی می‌شود و این مرگ، آسیب یا خسارت، آشکارا نسبت به مزیت نظامی کلی مستقیم و عینی مورد انتظار از حمله، بیش از حد خواهد بود.
۴. رفتار مزبور در سیاق و مرتبط با یک مخاصمه مسلحانه بین‌المللی رخ داده باشد.
۵. مرتکب از اوضاع و احوال واقعی که وجود یک مخاصمه مسلحانه را محرز و مسلم کرده است، آگاهی داشته است (Dörmann, 2003: Art. 8(2)(b)(iv)).

ماده ۸(ب)(۲)(۴) اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری را می‌توان ترکیبی از قسمت‌های ب و ج بند ۳ ماده ۸۵ پروتکل الحاقی اول دانست؛^۱ با این تفاوت که خسارات محیط زیستی را هم بدان افزوده است. البته در پروتکل الحاقی اول، حمایت

۱. ماده ۸۵(۳):

- (ب) حمله کورکورانه‌ای که به افراد یا اموال غیر نظامی آسیب بزند با علم به اینکه چنین حمله‌ای موجب خسارات بیش از حد جانی، جراحت غیر نظامیان و یا آسیب به اموال غیر نظامی آن گونه که در بند (۲)(الف)(سه) ماده ۵۷ تعریف شده است می‌گردد.
- (ج) حمله نسبت به بناها و تأسیسات دارای مواد و نیروهای خطرناک با علم به اینکه این حمله موجب خسارات بیش از حد جانی، جراحت غیر نظامیان و یا آسیب به اموال غیر نظامی آن گونه که در بند (۲)(الف)(سه) ماده ۵۷ تعریف شده است، می‌گردد.

از محیط زیست^۱ نیز پیش‌بینی شده است، اما ماده ۸۵ پروتکل در خصوص نقض‌های شدید بدن اشاره نکرده است.

نقض اصل تناسب در اساسنامه دیوان فقط در ارتباط با مخاصمات مسلحانه بین‌المللی جرم‌انگاری شده و مقررۀ مشابهی نسبت به مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی در اساسنامه وجود ندارد، هرچند در طرح پیش‌نویس کمیسیون مقدماتی چنین مقرره‌ای وجود داشت که به دلیل مخالفت دولت‌ها، این مقررۀ از متن نهایی حذف گردید (United Nations Diplomatic Conference..., 1998: 24).

در خصوص مخاصمات مسلحانه بین‌المللی نیز طرح پیش‌نویس، سه پیشنهاد را در این زمینه مطرح کرده بود. اولین پیشنهاد ممنوعیت این حملات در مواردی بود که ضرورت نظامی چنین حمله‌ای را توجیه نمی‌کرد. پیشنهاد بعدی عبارت بود از خساراتی که در قیاس با مزیت نظامی مستقیم و عینی حاصل از حمله، فراتر و بیش از حد باشد. آخرین پیشنهاد هم ممنوعیت مطلق و بدون استثنای چنین حملاتی بود (Ibid.: 15-16). نهایتاً پیشنهاد دوم با افزودن کلمۀ آشکار بودن^۲ به عنوان قیدی برای بیش از حد بودن خسارات اتفاقی و قید کلی بودن^۳ برای مزیت نظامی حاصل از حمله، مورد پذیرش قرار گرفت. البته کمیته بین‌المللی صلیب سرخ معتقد است که این دو اصطلاح آشکارا و کلی بودن که در ماده ۸ اساسنامه دیوان قید شده است، تغییری در مقررات حقوق بشر دوستانه موجود ایجاد نکرده و به طور خاص، واژه کلی بودن حشو به نظر می‌رسد (برای بررسی دیدگاه‌های کمیته بین‌المللی صلیب سرخ در این باره ر.ک: United Nations Diplomatic Conference..., 2002: 30-31).

ماده ۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری در خصوص اصل تناسب به طور کلی برگرفته از مفاد مواد ۵۱ و ۵۷ پروتکل الحاقی اول ۱۹۷۷ می‌باشد. البته چند تفاوت میان

۱. ماده ۵۵. حفاظت از محیط زیست طبیعی:

۱. در هنگام جنگ باید از محیط زیست طبیعی در برابر خسارات گسترده، درازمدت و شدید محافظت شود. این حفاظت شامل ممنوعیت استفاده از روش‌ها یا ابزار جنگی می‌شود که هدف از آن ایراد چنین خساراتی به محیط زیست طبیعی بوده یا احتمال ایراد چنین خسارتی می‌رود و در نتیجه به سلامتی یا بقای مردم لطمه بزنند.

۲. حمله به محیط زیست طبیعی به عنوان اقدام تلافی‌جویانه ممنوع است.

2. Clearly.

3. Overall.

مقررات پروتکل اول و اساسنامه دیوان در مورد اصل تناسب وجود دارد. اولین تفاوت به قید کلی بودن مربوط می‌شود که به مزیت نظامی مستقیم و عینی حاصل از حمله افزوده شده است. هرچند این قید بدین معنا نیست که می‌توان مزیت نظامی غیر مستقیم حاصل از حمله را مدنظر قرار داد، اما صفت کلی بودن می‌تواند تا حدودی قلمرو مزیت نظامی را توسعه بخشد و طیف گسترده‌تری از مزیت‌های نظامی را مشمول این عنوان قرار دهد (Cassese, 2002: 399). به بیانی دیگر، این قید بدین معناست که باید امتیازات و منافع حاصل از یک حمله را به طور کلی مدنظر قرار داد، نه صرف اقدامات جزئی که در راستای یک حمله و عملیات نظامی انجام می‌شود.

در ماده ۵۷ پروتکل الحاقی اول، چنین قیدی وجود ندارد، لیکن برخی از کشورها در هنگام امضای پروتکل قید کردند که از دیدگاه آن‌ها مزیت نظامی کلی مدنظر است و نباید مزیت نظامی حاصل از اجزای یک حمله را به طور مستقل و جداگانه ملاک قرار داد. بنابراین در پروتکل الحاقی اول، هم مزیت نظامی کلی مدنظر است^۱ و در نتیجه، اساسنامه دیوان در این زمینه صرفاً حقوق موجود را بیان کرده و تغییر یا توسعه‌ای در آن ایجاد نکرده است.

تفاوت دوم، اضافه شدن قید «آشکارا» برای بیش از حد و نامتناسب بودن خسارات جنبی و اتفاقی در ماده ۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری می‌باشد که این اصطلاح در پروتکل الحاقی اول قید نگردیده است. مقصود از درج این قید، محدود کردن صلاحیت دیوان به مواردی است که نامتناسب بودن حمله، آشکار و کاملاً مشخص باشد (Von Hebel & Robinson, 1999: 110-111). این امر مسلماً آستانه صلاحیت دیوان را نسبت به حملات نامتناسب بالا خواهد برد. سومین تفاوت مربوط به صدر ماده ۸ است که به طور کلی در مورد جرایم جنگی مشمول این ماده بیان می‌کند:

دیوان نسبت به جرایم جنگی صلاحیت دارد؛ به ویژه هنگامی که این جرایم در قالب یک برنامه یا سیاست صورت پذیرفته و یا به عنوان جزء یا بخشی از یک طرح گسترده، ارتکاب چنین جرایمی رخ داده باشد.

۱. این دیدگاه در حق شرط و اعلامیه تفسیری برخی کشورها نسبت به مفهوم حمله مطرح گردیده است (برای بررسی این حق شرط‌ها ر.ک: Gaudreau, 2003: 143-184).

این امر که نسبت به جرم حملات نامتناسب به عنوان یکی از جرایم جنگی مشمول ماده ۸ نیز صدق می‌کند، می‌تواند آستانه اعمال صلاحیت دیوان نسبت به این جرم را بالاتر ببرد؛ یعنی در کنار قید آشکارا نامتناسب بودن خسارات ناشی از حمله، این قید هم به طور مضاعف سبب می‌شود که دیوان بتواند به جرایم محدودتری در این زمینه رسیدگی کند. صدر ماده ۸ به گونه‌ای تنظیم شده که میان دیدگاه ایالات متحده آمریکا و دیدگاه اکثریت کشورهای شرکت‌کننده در کنفرانس تدوین اساسنامه دیوان مصالحه دهد. عبارت ارتکاب جرم در قالب یک سیاست و یا به عنوان بخشی از یک طرح گسترده، نتیجه دیدگاه ایالات متحده بود که تلاش داشت صلاحیت دیوان را در این زمینه محدودتر سازد. اضافه شدن اصطلاح «به طور خاص و به ویژه» در صدر ماده نیز ماحصل دیدگاه اکثریت کشورها بود که محدودیت وارد شده توسط ایالات متحده را نسبت به صلاحیت دیوان قبول نداشتند (Cryer, 2005: 268).

با افزوده شدن قید «به طور خاص» در صدر ماده ۸ باید گفت که الزام مطرح شده در صدر ماده، یک الزام مطلق قلمداد نمی‌شود؛ زیرا این امر مغایر حقوق بشردوستانه بین‌المللی موجود بوده و دیوان را موظف می‌کند که عنصر اضافه‌ای را در این زمینه اثبات نماید، در حالی که چنین الزامی در حقوق بشردوستانه بین‌المللی وجود ندارد (Ibid.: 268). همچنین اصل تناسب امروزه به یک قاعده عرفی بین‌المللی تبدیل شده و در این قاعده عرفی چنین الزامی مطرح نیست. بنابراین عبارت صدر ماده ۸ را صرفاً می‌توان تأکیدی بر قطعی بودن جنایاتی دانست که از چنین ویژگی برخوردارند، ولی به معنای عدم جرم‌انگاری سایر موارد نمی‌باشد.

تفاوت چهارم میان مواد ۵۱ و ۵۷ پروتکل الحاقی اول با ماده ۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری در خصوص اصل تناسب، اضافه شدن عبارت خسارات گسترده، طولانی‌مدت و شدید نسبت به محیط زیست طبیعی در اساسنامه دیوان می‌باشد. ماده ۵۲ پروتکل اول، اهداف غیر نظامی را به عنوان اهدافی تعریف می‌کند که به واسطه موقعیت، ماهیت، هدف و یا کاربردشان، تأثیر و مداخله‌ای در اهداف نظامی نداشته و تخریب کلی یا جزئی، تصرف و یا پاک‌سازی آن‌ها با توجه به اوضاع و احوال زمان مخاصمه، یک مزیت قطعی تلقی نگردد.

با توجه به این تعریف، محیط زیست طبیعی را می‌توان به عنوان یک هدف غیرنظامی و مشمول حمایت ماده ۵۷ پروتکل در مورد اصل تناسب دانست. با وجود این، در مواردی ممکن است که با توجه به استقرار اهداف نظامی در میان محیط زیست طبیعی یا در مجاورت آن و یا به اقتضای ضرورت نظامی بتوان محیط زیست را هدف حمله قرار داد. البته ضرورت نظامی در این موارد نمی‌تواند ایراد خسارات شدید و طولانی مدت علیه محیط زیست را توجیه نماید و در کل باید محیط زیست را به عنوان یک هدف غیر نظامی تلقی نمود (Henckaerts, 2005: 191).

به همین دلیل، منع ماده ۵۷ پروتکل الحاقی اول نسبت به انجام حملات نامتناسب علیه اهداف غیر نظامی را باید شامل خسارات بیش از حد نسبت به محیط زیست طبیعی نیز دانست. همچنین در ماده ۵۵ پروتکل نیز دولت‌های متخاصم مکلف شده‌اند که به منظور حفاظت از محیط زیست طبیعی، در برابر خسارات بلندمدت، شدید و گسترده، تدابیر احتیاطی لازم را اتخاذ نمایند. در نتیجه، ماده ۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری صرفاً به تصریح مقررات موجود در این زمینه پرداخته است و البته این تصریح می‌تواند در تأمین حمایت و حفاظت بیشتر نسبت به محیط زیست طبیعی مؤثر و مفید باشد و مانع از استدلال دولت‌ها در نظامی و مشروع تلقی کردن محیط زیست به عنوان یک هدف جنگی گردد؛ چرا که ماده ۸ اساسنامه در کنار اهداف غیر نظامی صراحتاً به محیط زیست طبیعی نیز اشاره کرده است. به عبارت دیگر می‌توان بیان کرد که اساسنامه دیوان نسبت به حملات نامتناسبی که منجر به خسارات شدید، گسترده و طولانی مدت علیه محیط زیست می‌گردد، منعی مطلق وضع نموده است.

آخرین نکته‌ای که در ارتباط با صلاحیت دیوان در رسیدگی به حملات نامتناسب می‌توان بیان کرد، عبارت «حمله به گونه‌ای باشد که منجر خواهد شد»^۱ در متن ماده ۸ است. ماده ۸ از عبارت «منجر شدن به خسارت» استفاده نکرده است، بلکه انتظار داشتن و پیش‌بینی کردن ایراد خسارت توسط طرف حمله‌کننده را مد نظر قرار داده است و نتیجه حاصل از عملیات نظامی را لحاظ نکرده است. درج این عبارت به خاطر

1. The attack was such that it would cause.

دیدگاه اکثریت اعضای کمیسیون مقدماتی بوده است، مبنی بر اینکه جرم‌انگاری حملات نامتناسب مستلزم تحقق نتیجه خاصی در اثر حمله نیست (Dörmann, 2003: 162).

بنابراین اگر حمله‌ای انجام شود که انتظار می‌رود منجر به خسارات بیش از حد و نامتناسب شود، اما به هر دلیلی مانند عمل نکردن مهمات، در عمل منجر به چنین خساراتی نشود، این مورد باز هم مطابق ماده ۸ اساسنامه دیوان به خاطر نقض اصل تناسب جرم بوده و توسط دیوان قابل محاکمه است؛ زیرا همان گونه که بیان شد، نتیجه حاصله ملاک نبوده و پیش‌بینی و انتظار ایراد و ایجاد خسارات نامتناسب کفایت می‌کند. طراحان و مجریان حمله باید از اقدام به چنین حمله‌ای خودداری کرده و آن را لغو یا تعلیق نمایند. شعبه مقدماتی دیوان بین‌المللی کیفری در پرونده کاتانگا^۱ بیان می‌کند که در ماده ۸(۲)(ب)(۱) اساسنامه دیوان در خصوص اصل تفکیک، که در آن صرف اعمال و اقدامات انجام‌شده برای تحقق جرم کفایت می‌کند، نیازی به تحقق نتایج واقعی و ارزیابی نتایج نقض اصل تفکیک در حمله نبوده و همچنین مستلزم آگاهی مرتکب از آثار حمله نمی‌باشد لیکن در ارتباط با اصل تناسب، آگاهی حمله‌کنندگان از خسارات جنبی نامتناسبی که در صورت انجام حمله ایجاد خواهد شد، عنصر عینی لازم برای جرم تلقی می‌گردد و نتیجه واقعی حاصل از حمله، ملاک جرم‌انگاری محسوب نمی‌شود (ICC, 2008: 88, Para. 274).

همان گونه که ملاحظه می‌شود، هرچند دیوان بین‌المللی کیفری هنوز رویه چندانی ندارد، اما علاوه بر ماده ۸ اساسنامه، در رویه موجود دیوان نیز به اصل تناسب پرداخته شده است و همچنین دیوان در کنار عنصر مادی جرم، نقض اصل تناسب در زمان مخاصمات مسلحانه را نیز به دقت عنصر روانی این جرم مد نظر قرار داده است و بیان می‌کند که در اطلاع و آگاهی از شرایطی که منجر به نامتناسب بودن حمله می‌گردد - به عنوان بخشی از عنصر روانی این جرم - صرف آگاهی داشتن از چنین شرایطی که منجر به نامتناسب بودن حمله خواهد شد، کفایت می‌کند و تحقق نتیجه و خسارات نامتناسب، شرط احراز و تحقق این جرم محسوب نمی‌گردد.

1. Katanga.

نتیجه گیری

اصل تناسب یکی از اصول مهم و بنیادین حقوق بشردوستانه بین‌المللی محسوب می‌شود که در اسناد مختلف مرتبط با مخاصمات مسلحانه مورد اشاره قرار گرفته است و همان گونه که نقض اصول و قواعدی همچون تفکیک و منع حملات کورکورانه در حقوق کیفری بین‌المللی به عنوان جنایت جنگی مورد محاکمه قرار می‌گیرد، نقض اصل تناسب در حمله - و اقدام به حمله نامتناسبی که سبب ورود خسارات جنبی و اتفاقی بیش از حد نسبت به اهداف غیر نظامی در قیاس با مزیت نظامی حاصل از حمله گردد- نیز به عنوان یکی از مصادیق جنایات جنگی محسوب شده و قابل تعقیب و محاکمه توسط محاکم کیفری بین‌المللی می‌باشد. اسناد، آرا و رسیدگی‌های محاکم کیفری بین‌المللی و به ویژه دادگاه کیفری یوگسلاوی سابق و دیوان بین‌المللی کیفری نسبت به موارد نقض اصل تناسب نیز گواهی بر این مدعاست. این اصل امروزه به رغم ابهامات و دشواری‌هایی که ارزیابی و احراز آن و همچنین رسیدگی کیفری به موارد نقض آن وجود دارد، تبدیل به اصلی مهم و بنیادین در حقوق بشردوستانه بین‌المللی شده و اقدام به انجام حملات نامتناسب، قابل تعقیب، محاکمه و مجازات توسط محاکم کیفری بین‌المللی می‌باشد.

البته با توجه به نوپا بودن این محاکم، همچنان اختلاف نظرهای گسترده‌ای نسبت به صلاحیت و رسیدگی به موارد نقض آن وجود دارد. همچنین در برخی آرای این محاکم، اصل تناسب به عنوان زیرمجموعه اصل تفکیک مورد رسیدگی قرار گرفته است، اما در برخی دیگر از موارد، این اصل به درستی به عنوان یک مفهوم و اصل مستقل مورد توجه و رسیدگی قرار گرفته است. نهایتاً باید توجه داشت که رسیدگی به موارد نقض اصل تناسب نیز همانند نقض دیگر مقررات حقوق بشردوستانه، آن چنان که لازم و شایسته است، تحت پیگرد و محاکمه قرار ننگرفته است و همچنان خلأهایی در این زمینه وجود دارد. لیکن همین میزان از توسعه در مقررات، اسناد و رویه‌های کیفری بین‌المللی در خصوص جرم‌انگاری حملات نامتناسب نیز نویدبخش ارتقای جایگاه این اصل در آینده بوده و در نتیجه حمایت هر چه بیشتری را نسبت به افراد و اهداف غیر نظامی در جریان مخاصمات مسلحانه می‌تواند فراهم نماید.

کتاب‌شناسی

۱. زمانی، سیدقاسم، «واگرایی و همگرایی "مسئولیت کیفری فردی" و "مسئولیت بین‌المللی دولت": تأملی در اوراق پرونده جنگ شیمیایی عراق علیه ایران»، پژوهش حقوق عمومی، شماره ۵۱، تابستان ۱۳۹۵ ش.
۲. کاظمی ابدی، علیرضا، تأثیر آرای محاکم بین‌المللی کیفری بر شناسایی و توسعه عرف بشردوستانه بین‌المللی، رساله دکتری دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۵ ش.
۳. ممتاز، جمشید و فریده شایگان، حقوق بین‌الملل بشردوستانه در برابر چالش‌های مخصصات مسلحانه عصر حاضر، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۳ ش.
۴. نوری، ولی‌الله، تحول مفهوم حقوق و مسئولیت‌های اشخاص حقیقی در حقوق بین‌الملل در پرتو نظام بین‌المللی حقوق بشر، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۰ ش.
5. *Additional Protocol I*, Art. 57(2)(a)(iii), 1977, at: <<https://www.icrc.org/ihl/INTRO/470>>.
6. Blank, Laurie R., "Operational Law Experts Roundtable on the Gotovina Judgment: Military Operations, Battlefield Reality and the Judgment's Impact on Effective Implementation and Enforcement of International Humanitarian Law", *Emory International Humanitarian Law Clinic report*, 26 January 2012.
7. Bothe, Michael, "War Crimes", in: Cassese Antonio et al. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Oxford Scholarly Authorities on International Law [OSAIL], 2002.
8. Byron, Christine, "International Humanitarian Law and Bombing Campaigns: Legitimate Military Objectives and Excessive Collateral Damage", *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 13, 2010.
9. Cassese, Antonio et al. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Oxford Scholarly Authorities on International Law [OSAIL], 2002.
10. Clarke, Ben, "Proportionality in Armed Conflicts: A Principle in Need of Clarification?", *International Humanitarian Legal Studies*, Vol. 3(1), 2012.
11. Cryer, Robert, *Prosecuting International Crimes: Selectivity and the International Criminal Law Regime*, Cambridge University Press, 2005.
12. Dörmann Knut, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, 2003.
13. Fellmeth, Aaron, "The Proportionality Principle in Operation: Methodological Limitations of Empirical Research and the Need for Transparency", *Israel Law Review*, Vol. 45(1), 2012.
14. Fenrick, William J., "International Humanitarian Law and Criminal Trials", *Transnational Law and Contemporary Problems*, Vol. 7(1), 1997.
15. Fenrick, William J., "The Development of the Law of Armed Conflict through the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", *Journal of Armed Conflict Law*, Vol. 3(2), 1998.

16. Gaudreau, Julie, "The Reservations to the Protocols Additional to the Geneva Conventions for the Protection of War Victims", *International Review of the Red Cross*, Vol. 84, No. 849, 2003.
17. Henckaerts, Jean-Marie H. & Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Vol. I: Rules, International Committee of Red Cross, Cambridge University Press, 2009.
18. Henckaerts, Jean-Marie, "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*, Vol. 87, No. 857, 2005.
19. Huffman, Walter B., "Margin of Error: Potential Pitfalls of the Ruling in The Prosecutor v. Ante Gotovina", *Military Law Review*, Vol. 211, 2012.
20. ICC, *Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui*, Case No. ICC-01/04-01/07, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Confirmation of Charges, 30 September 2008.
21. ICTY, *Prosecutor v. Gotovina, Čermak & Markač*, Case No. IT-06-90-A, Appeals Chamber Judgment, 16 November 2012.
22. ICTY, *Prosecutor v. Dragomir Milošević*, Case No. IT-98-2911-P, Prosecution's Submission of Amended Indictment Pursuant to Rule 50 and Trial Chamber's Decision, 12 December 2006.
23. ICTY, *Prosecutor v. Galic*, Case No. IT-98-29-T, Trial Chamber Judgement, 5 December 2003.
24. ICTY, *Prosecutor v. Gotovina, Čermak & Markač*, Case No. IT-06-90-T, Trial Chamber I Judgment, 15 April 2011.
25. ICTY, *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, Case No. IT-95-14/2, 17 December 2004.
26. ICTY, *Prosecutor v. Martić*, Case No. IT-95-11-R61, 8 March 1996.
27. ICTY, *Prosecutor v. Martić*, Case No. IT-95-11-T, Trial Chamber Judgment, 12 June 2007.
28. ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1, Trial Chamber Judgment, 7 May 1997.
29. ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Trial Chamber II Judgment, 2 October 1995 (Tadić Jurisdiction Decision).
30. ICTY, *Prosecutor v. Zoran Kupreskic et al.*, Case No. IT-95-16-T, Trial Chamber Judgment, 14 January 2000.
31. ICTY, *The Prosecutor v. Blaškić*, Case No. IT-95-14-T, Trial Chamber Judgement, 3 May 2000.
32. Murphy, Jeffrie G. & Jean Hampton, *Forgiveness and Mercy*, Cambridge University

- Press, 1988.
33. Newton, Michael & Larry May, *Proportionality in International Law*, Oxford University Press, 2014.
 34. Sandoz, Yves & Christophe Swinarski & Bruno Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Geneva, ICRC and Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1987.
 35. Sloane, Robert D., "Puzzles of Proportion and the 'Reasonable Military Commander': Reflections on the Law, Ethics, and Geopolitics of Proportionality", *Harvard National Security Journal*, Vol. 6(2), 2015.
 36. Solis, Gary D., *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*, Cambridge University Press, 2016.
 37. The Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, *HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*, 2010, at: <<http://www.ihlresearch.org/amw/manual/>>.
 38. Trumbull IV, Charles P., "Re-Thinking the Principle of Proportionality Outside of Hot Battlefields", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 55, No. 3, 2015.
 39. United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, "UN Doc. A/CONF.183/INF/10, Information Conveyed by New Zealand (13 July 1998), International Committee of the Red Cross: Statement of 8 July 1998 Relating to the Bureau Discussion Paper in Document A/CONF.183/C.1/L.53", *Documents of the Committee of the Whole*, Extract from: *Official Records*, Vol. III (Reports and Other Documents), Rome, Italy (15 June - 17 July 1998), United Nations, New York, 2002.
 40. United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, *Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, A/CONF.183/2, 14 April 1998, at: <<http://legal.un.org/icc/docs.htm>>.
 41. United Nations Secretary-General, *Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808*, S/25704, 3 May 1993.
 42. Von Hebel, Herman & Darryl Robinson, "Crimes Within the Jurisdiction of the Court", in: Roy S. Lee, *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute*, The Hague, Kluwer Law International, 1999.