

## «تحول» در شناسایی عرف یا «اختراع» عرف؟ (توسل به موارد غیر قطعی عرفی در حقوق بین الملل کیفری)

دکتر علیرضا باقری ایبانه\*

چکیده:

روش سنتی برای شناسایی عرف بین المللی مراجعه به «رویه دولت‌ها»<sup>۱</sup> به طور عام، در کنار «اعتقاد به الزامی بودن قاعده حقوقی»<sup>۲</sup> بوده است. امروزه دادگاه‌ها کمتر خود را مأخوذ به احراز کامل رویه دولت‌ها («رویه کلامی»، «رفتار فیزیکی عام دولت‌ها» و در پاره‌ای موارد «استتکاف دولت‌ها») برای تشخیص عرف بین المللی می‌دانند. این مسئله از نظر موافقین بیانگر وقوع «تحولی» مثبت در شناسایی قواعد عرفی بین المللی است ولی مخالفین، این رویکرد را به نوعی «اختراع»<sup>۳</sup> قواعد عرفی توسط دادگاه می‌دانند. در واقع واژه «اختراع» به نوعی دربردارنده مفهوم غیرقانونی بودن عمل است، چراکه دادگاه‌های بین المللی در معنای عام و دادرسین در معنای خاص اساساً چنین حق مصرّحی را ندارند.

در حقوق کیفری بین المللی نیز در موارد زیر اعمال روش سنتی شناسایی عرف با تردید مواجه است:

۱- در مقام تأسیس دادگاه‌های بین المللی کیفری، مثل ایجاد دادگاه بین المللی کیفری یوگسلاوی سابق با تصمیم شورای امنیت به واسطه فصل هفتم منشور ملل متحد؛

۲- در مقام صدور رأی توسط دادگاه‌های کیفری بین المللی، به این معنا که دادرسان نیز به تعبیری می‌توانند با استفاده از شرط مارتنس، توسل به قواعد حقوق بشر، استناد به تصمیمات مراجع اداری یا سیاسی بین المللی و ... در غیاب «رویه دولت‌ها»، به شناسایی عرف بین المللی مبادرت کنند.

در این نوشتار جایگاه این تحولات به خصوص در مورد دیوان بین المللی کیفری یوگسلاوی سابق مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

مجله پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، شماره ۱۴، نیمسال دوم ۱۳۹۸  
صفحه ۱۳۸-۱۰۳، تاریخ ویرایش: ۱۳۹۷/۰۷/۱۴، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۱۰/۰۲

\* استادیار حقوق بین الملل عمومی، دانشگاه پیام‌نور، ایران Email: alirezabagheri2255@yahoo.com

1. State Practice
2. Opinio Juris
3. Invention

## کلیدواژه‌ها:

عرف بین‌المللی، رویه دولت‌ها، اختراع قواعد عرفی، تحوّل.

## مقدمه

در ابتدا ضروری است تا به‌نوعی یک تفکیک اجمالی میان مفهوم «شناسایی عرف» از مفاهیم «عرف» و «رویه قضایی» صورت پذیرد. در این راستا در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری عرف به‌عنوان یک منبع حقوق بین‌الملل و رویه قضایی نیز به‌عنوان منبع فرعی برای شناسایی قواعد حقوق بین‌الملل برشمرده شده است؛ اما شناسایی عرف توسط یک محکمه بین‌المللی موضوعی است که با این دو متفاوت است و شناسایی عرف در هنگام رسیدگی و در عمل ممکن است به‌وجود آید. به‌طور سنتی نقش محاکم بین‌المللی ایجاد عرف نیست بلکه شناسایی عرف‌های موجود از «رویه دولت‌ها» و درج آنها در رأی است که خود این مسئله می‌تواند به‌عنوان رویه قضایی، به‌عنوان منبع حقوقی مستقلی موردتوجه قرار گیرد. موضوع دیگری که قابل توجه است آن است که چه تفاوت مفهومی میان دو عبارت «اختراع» عرف بین‌المللی توسط دادگاه بین‌المللی و «تحوّل در شناسایی» عرف بین‌المللی توسط دادگاه کیفری بین‌المللی وجود دارد.

به‌طور سنتی عرف بین‌المللی از طریق مراجعه به «رویه دولت‌ها» (رویه کلامی و فیزیکی عام دولت‌ها و درمواردی استتکاف دولت‌ها) به‌عنوان عنصر مادی در کنار «اعتقاد به الزامی بودن قاعده حقوقی» به‌عنوان عنصر معنوی شناسایی می‌شد.

ولی در اواخر قرن بیستم و اوایل قرن بیست و یکم تأکید دادگاه‌های بین‌المللی بر احراز رویه عملی دولت‌ها در شناسایی عرف بین‌المللی کم‌رنگ شده است و حداقل دادگاه‌ها در احراز عرف بین‌المللی مسئله رویه کلامی و فیزیکی عام دولت‌ها و درمواردی استتکاف دولت‌ها به‌طور عام را به‌صورت کامل و صددرصدی سرلوحه کار خود قرار نمی‌دهند. در مقام بیان این موضوع باید عنوان شود که در قضایای فلات قاره دریای شمال مطروح نزد دیوان بین‌المللی دادگستری، دو معیار برای شناسایی عرف بین‌المللی مطرح شد: اول احراز «رویه دولت‌ها» و دوم اعتقاد به الزامی بودن قاعده حقوقی؛ اما بعدها و به‌خصوص در قضیه «گابچیکوف - ناگی ماروس»، موضوع رعایت روش سنتی فوق که در آن توجه به «رویه دولت‌ها» به‌طور عام و با بررسی عملی رویه کلامی، فیزیکی عام دولت‌ها و در پاره‌ای موارد استتکاف دولت‌ها در هنگام شناسایی عرف موردتأکید بود تا حدودی متروک شد. در این راستا

عده‌ای از حقوق دانان در انتقاد به این رفتار دیوان بین‌المللی دادگستری چنین عنوان داشتند که دیوان به «اختراع قواعد عرفی» مبادرت کرده است. عده‌ای نیز این موضوع را در راستای «تحولات» ضروری در حقوق بین‌الملل ارزیابی کردند و آن را قدر نهادند.

در این راستا اولاً ضروری است تا عنوان شود که اساساً روش سنتی شناسایی عرف بین‌المللی به چه چیز اطلاق می‌شود و چگونه وارد ادبیات حقوقی بین‌المللی شده است تا بتوان در مرحله بعد درخصوص تغییرات در این شیوه اظهارنظر کرد. تنها با تعریف روش سنتی شناسایی عرف و بررسی تغییرات حادث شده در مراحل بعدی می‌توان اظهارنظر کرد که آیا این تغییرات از یک سو در چهارچوب مفهوم «اختراع عرف توسط دادگاه» قرار می‌گیرد یا از سوی دیگر در چهارچوب مفهوم «تحول در شناسایی عرف بین‌المللی توسط دادگاه».

باتوجه به اینکه این موضوع در قضایای فلات قاره دریای شمال از سوی دیوان بین‌المللی دادگستری مطرح شده است، مسئله لزوم رعایت این شیوه از سوی دادگاه کیفری بین‌المللی مسئله دیگری است که باید به آن پرداخته شود. در این راستا در این قسمت به بررسی مبانی روش سنتی شناسایی عرف بین‌المللی و رعایت احتمالی این شیوه توسط محاکم کیفری بین‌المللی (در این نوشتار دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق) نیز پرداخته می‌شود.

در قسمت بعد روش جدید شناسایی عرف و تغییرات شیوه شناسایی عرف در آرای دیوان دادگستری بین‌المللی معرفی می‌شود. در این راستا ضروری است بررسی شود که تغییرات احتمالی بعدی در شناسایی عرف بین‌المللی که زمره اعمال آن در رأی خلیج ماین و رأی گابچیکوف - ناگی ماروس دیده می‌شود تا چه حد قابل استناد در حقوق جزای بین‌الملل و دادگاه‌های کیفری بین‌المللی است و دادگاه بین‌المللی یوگسلاوی سابق چقدر مأخوذ به این روش بوده است.

سپس در مرحله بعدی باید دستمایه‌های حقوقی قضات در دادگاه بین‌المللی یوگسلاوی سابق جهت شناسایی عرف بدون بررسی صددرصدی رویه دولت‌ها (رویه کلامی و فیزیکی عام دولت‌ها و درموردی استتکاف دولت‌ها) که فاکتور اساسی در شناسایی عرف در شیوه سنتی است، مورد توجه قرار گیرد. در این راستا در دیوان بین‌المللی یوگسلاوی سابق دادرس با تکیه بر مصادیقی مثل شرط مارتنس، قواعد حقوق بشر و ... بدون احراز کامل رویه دولت‌ها به طور عام، پاره‌ای از قواعد را عرفی قلمداد می‌کند.

در قسمت آخر نیز ارتباط احتمالی مفاهیم «تحول» در شناسایی عرف بین‌المللی از یک سو و «اختراع» عرف بین‌المللی در حقوق بین‌الملل کیفری از سوی دیگر، با اصل قانونی

بودن جرم مورد توجه قرار می‌گیرد.

در قسمت نتیجه‌گیری هم بررسی می‌شود آیا اعمال صورت‌گرفته توسط دادگاه‌های بین‌المللی کیفری (به‌خصوص یوگسلاوی سابق) در عدم‌احراز قطعی «رویه دولت‌ها» در هنگام شناسایی عرف بین‌المللی، منجر به خروج دادگاه کیفری از صلاحیت‌های موضوعی‌اش می‌شود که این مسئله در نگاه بدبینانه مخالفان به‌نوعی اختراع عرف بین‌المللی توسط دادرس تلقی می‌شود (چراکه با توجه به فقدان چنین اختیاری برای دادرس، استفاده از این عبارت یادآور خروج موضوعی دادرس از صلاحیت‌هایش است؛ اما از نظر موافقان، دادگاه کیفری بین‌المللی با اتخاذ چنین شیوه‌ای نه تنها از صلاحیت‌هایش خارج نشده، بلکه در چهارچوب صلاحیت‌هایش در راستای شناسایی عرف به شیوه‌ای متحول شده قدم برداشته است. از نظر موافقان می‌توان گفت که این امر در راستای نیازهای روز جامعه جهانی بوده و با شیوه‌ای نوین صورت پذیرفته است.

توضیح آنکه در این نوشتار تأکید اصلی بر آرای صادره توسط دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق است.

مسئله اینجاست که آیا این موضوع تحولی صحیح در حقوق بین‌الملل محسوب می‌شود یا اینکه دادگاه‌ها به‌نوعی از صلاحیت اصلی خود خارج شده‌اند و با عدم رعایت روش سنتی احراز عرف بین‌المللی با تکیه بر شناسایی عرف از رویه عملی دولت‌ها، وارد وادی شناسایی غیر صحیح عرف بین‌المللی شده‌اند که می‌تواند منجر به اطلاق عنوان «اختراع عرف» از سوی منتقدین بر آن گردد. لذا برای تبیین بهتر موضوع ضروری است تا روش سنتی شناسایی عرف بین‌المللی مورد بررسی قرار گیرد:

## ۱- روش سنتی شناسایی عرف

روش سنتی شناسایی عرف بین‌المللی برای اولین بار در قضایای فلات قاره دریای شمال توسط دیوان بین‌المللی دادگستری مطرح شده است:

### ۱-۱- روش سنتی شناسایی عرف بین‌المللی در دیوان بین‌المللی دادگستری

در قضایای فلات قاره دریای شمال، در راستای اعمال زیر بند «ب» از بند ۱ ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری در خصوص تحدید فلات قاره آلمان، دانمارک و هلند برای شناسایی عرف بین‌المللی دو معیار عنوان گردید:

الف - «رویه دولت‌ها» به‌عنوان عنصر مادی شکل‌گیری عرف؛

ب - اعتقاد به الزامی بودن قاعده حقوقی درخصوص پذیرش آن قاعده به عنوان عنصر معنوی شکل‌گیری عرف.<sup>۴</sup>

البته با توجه به اینکه پاره‌ای از عرف‌ها منطقه‌ای است عبارت عام بودن رویه کشورها مطرح نشده است ولی بدیهی است در مورد جرایم کیفری بین‌المللی علی‌القاعده رویه عام کشورها مدنظر است. در این راستا رویه دولت‌ها دایر بر رویه کلامی، فیزیکی عام دولت‌ها و در پاره‌ای موارد استتکاف دولت‌ها می‌باشد<sup>۵</sup> که به طور معمول از رفتارهای بین‌المللی آنها قابل استخراج است.

#### ۱-۲- اهمیت فلسفی و عملی رهیافت سنتی شناسایی عرف بین‌المللی

رهیافت فوق مبتنی بر «اثبات‌گرایی حقوقی»<sup>۶</sup> است. اثبات‌گرایی حقوقی شاخه‌ای از «اثبات‌گرایی منطقی»<sup>۷</sup> است. در اثبات‌گرایی «منطقی» برای شناسایی یک واقعیت باید از پدیده‌های قابل اثبات استفاده شود. در اثبات‌گرایی حقوقی نیز که در حقوق بین‌الملل کاربرد زیادی دارد، شناسایی یک گزاره حقوقی تنها با مراجعه به «اراده دولت‌ها» به عنوان یک موضوع اثبات‌پذیر امکان‌پذیر است. در واقع در روش سنتی شناسایی عرف اراده دولت‌ها باید از رویه عملی صریح یا ضمنی آنها استخراج گردد که این روش به شدت در دکتترین نیز مورد توجه قرار گرفته است.

در روش سنتی شناسایی عرف عملاً قضات محدود به شناسایی عرف بین‌المللی از طریق مراجعه به «رویه دولت‌ها» با پیدا کردن مصادیق قطعی آن در رویه کلامی و فیزیکی عام دولت‌ها و در پاره‌ای موارد خاص استتکاف دولت‌ها به طور عام هستند. لذا با تکیه بر این روش احراز مصادیق عرف بین‌المللی بسیار محدود و مشکل بوده و دست دادرس‌ها در شناسایی تا حدود زیادی بسته است.<sup>۸</sup> لذا در روش سنتی به طور دقیق و قطعی عرف بین‌المللی مورد شناسایی قرار می‌گیرد.

۴. موسی‌زاده، *بایسته‌های حقوق بین‌الملل عمومی*، ۱۱۶-۱۱۸.

۵. زرشنان، «مفهوم و ماهیت عنصر مادی در فرایند شکل‌گیری قواعد حقوق بین‌الملل عرفی»، ۷۷.

6. Legal Positivism

7. Logical Positivism

8. Arajärva, *The Changing Nature of Customary International Law, Methods of Interpreting the Concept of Custom in International Criminal Tribunal*, 57.

### ۱-۳- عناصر تشکیل‌دهنده «رویه کشور»

برای شناسایی عرف بین‌المللی ابتدا باید رویه کشور به صورت زیر احراز شود و سپس عمومیت این رویه در سطح بین‌المللی مورد بررسی قرار گیرد. باتوجه به گزارش گزارشگر ویژه کمیسیون حقوق بین‌الملل در سال ۲۰۱۴<sup>۹</sup> و نظرات انجمن حقوق بین‌الملل در سال ۲۰۰۰<sup>۱۰</sup> در خصوص شناسایی رویه دولت‌ها باید بر اساس الگوهای زیر عمل شود:<sup>۱۱</sup>

الف - رفتار اشخاص و شرکت‌ها به عنوان رویه دولت‌ها محسوب نمی‌شود مگر آنکه از طرف کشور انجام شده باشد یا توسط کشور پذیرفته شده باشد؛

ب - رفتار اجرائی، قانونگذاری و قضایی یک کشور بسته به شرایط می‌تواند رویه کشور قلمداد شود؛

ج - آرای محاکم بین‌المللی بیانگر رویه قضایی است نه رویه دولت‌ها و به هیچ وجه نمی‌توان از آرای محاکم بین‌المللی در شناسایی رویه دولت‌ها استفاده کرد که البته در این خصوص نظر مخالف هم وجود دارد برای مثال کمیسیون حقوق بین‌الملل آرای دیوان بین‌المللی دادگستری را در ایجاد عرف بین‌المللی دخیل می‌داند؛

د - اعمال سازمان‌های بین‌المللی در چهارچوب وظایفشان و در چهارچوب صلاحیت‌های اساسنامه‌ای به نوعی رویه دولت‌ها می‌باشد مگر آنکه مصدق‌ی به عنوان صلاحیت مصرح مطرح نباشد و به اتفاق آرا نیز در سازمان تصویب نشود و آن رفتار سازمان مورد اعتراض بعضی از اعضاء یا غیراعضاء قرار گیرد؛

ه - اعمال نظامی سری و دستورالعمل‌های داخلی نظامی نمی‌تواند رویه کشور محسوب شود.

حال باید مشخص شود که آیا رهیافت سنتی مورد نظر دیوان بین‌المللی دادگستری بر محاکم کیفری بین‌المللی از جمله دیوان بین‌المللی یوگسلاوی سابق لازم‌الاتباع است و آیا سلسله‌مراتبی نیز میان این دو محکمه وجود دارد؟

9. Second Report on Identification of Customary International Law by Michael Wood, Special Rapporteur A/CN.4/672.

10. Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, The International Law Association, Final Report of 69th Conference, London, 2000.

11. Rocha Ferreria, *Formation and Evidence of Customary International Law*, 182-201.

#### ۴-۱- بررسی جایگاه و ارزش حقوقی رهیافت شناسایی عرف بین‌المللی مندرج در آرای قضایای فلات قاره دریای شمال (رهیافت سنتی)

اولین مسئله‌ای که مطرح می‌شود آن است که آیا رهیافت موردنظر دیوان بین‌المللی دادگستری در تصمیمات آن نهاد درخصوص قضایای فلات قاره دریای شمال درخصوص ضرورت احراز «رویه دولت‌ها در هنگام شناسایی عرف بین‌المللی»، خود به‌نوعی در مقام بیان وجود نوعی عرف بین‌المللی در این رابطه توسط دیوان است یا تنها یک رویه قضایی است. به‌عبارت‌دیگر آیا خود این رهیافت مبتنی بر عرف بین‌المللی است یا خیر؟ باتوجه‌به نظرات گزارشگر کمیسیون حقوق بین‌الملل و دکتترین حقوقی مثل نظرات انجمن حقوق بین‌الملل که در بالا هم به آن اشاره شد به‌نظر می‌رسد احراز دو عنصر «رویه دولت‌ها» و «اعتقاد حقوقی» توسط دیوان درجهت شناسایی عرف بین‌المللی بوده است و اصالتی فراتر از یک رویه قضایی دارد. اهمیت این موضوع از آن جهت است که عرف بین‌المللی یک منبع اصلی در حقوق بین‌الملل عمومی است و به قول برانلی عرف بخشی از حقوق بین‌الملل نیست بلکه خود حقوق بین‌الملل است<sup>۱۲</sup>، حال آنکه رویه قضایی یک منبع فرعی شناخته می‌شود و نسبت به عرف بین‌المللی اهمیت به‌مراتب کمتری در بیان قواعد حقوقی دارد.

#### ۵-۱- بررسی لزوم اعمال عرف‌های شناسایی‌شده توسط دیوان بین‌المللی دادگستری در آرای محاکم کیفری بین‌المللی علی‌الخصوص دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق<sup>۱۳</sup>

شاید بشود از یک‌سو عنوان کرد آرای دیوان بین‌المللی دادگستری و صلاحیت این دیوان در صدور چنین آرای بیانیگر اولویت نظریات و تفاسیر این دیوان بر سایر محاکم کیفری بین‌المللی به‌خصوص دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق است. درواقع چون دیوان بین‌المللی دادگستری به‌عنوان یکی از ارکان اصلی سازمان ملل متحد است لذا تصمیمات آن بر یک دادگاه‌های کیفری تأسیس‌شده توسط همین سازمان مثل دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق ارجحیت و برتری دارد.

ولی این استدلال در دادگاه بین‌المللی یوگسلاوی سابق موردقبول واقع نشد. شعبه

12. Brownlie, *The Rule of Law in International Affairs*, 18.

۱۳. باقری ایبانه، «انسجام حقوقی در حقوق کیفری بین‌المللی»، ۱۵۵-۱۵۴.

تجدیدنظر دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق در رأی «تادیچ»<sup>۱۴</sup> عنوان می‌دارد: حقوق بین‌الملل به جهت فقدان ساختار مرکزگرا، دارای یک نظام حقوقی منسجم نیست که تقسیم کار بین محاکم داشته باشد ... در حقوق بین‌الملل هر مرجع یک سیستم خودمحمور است (مگر آنکه خلاف آن مقرر شده باشد).<sup>۱۵</sup>

در سال ۲۰۰۱ در پرونده دلایچ<sup>۱۶</sup>، دادگاه بین‌المللی یوگسلاوی سابق این موضوع را مجدداً مورد تأیید قرار می‌دهد:

«این دادگاه یک ساختار حقوق بین‌المللی خودمختار است و اگرچه دیوان بین‌المللی دادگستری، رکن قضایی اصلی در چهارچوب سازمان ملل است که این دیوان به آن تعلق دارد، هیچ رابطه سلسله‌مراتبی بین دو مرجع وجود ندارد.»<sup>۱۷</sup>

تفاوت عملی در شناسایی عرف درخصوص یک مفهوم واحد را نیز می‌توان به‌طور عینی در آرای دو مرجع مشاهده کرد. در قضیه نیکاراگوئه دیوان بین‌المللی دادگستری دارا بودن «کنترل مؤثر»<sup>۱۸</sup> یک کشور بر نیروهای شبه‌نظامی در کشور دیگر را منجر به بین‌المللی شدن یک مخاصمه داخلی می‌داند حال آنکه دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق داشتن «کنترل کلی»<sup>۱۹</sup> یک کشور بر نیروهای شبه‌نظامی در کشور دیگر را برای بین‌المللی شدن مخاصمه کافی ارزیابی می‌کند.

با ملاحظه این اظهارنظرات در آرای مختلف دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق مشخص می‌شود تعهدی حقوقی در چهارچوب منشور ملل متحد دایر بر لازم‌الاتباع بودن تفاسیر یا شناسایی عرف صادره از دیوان بین‌المللی دادگستری برای دادگاه کیفری بین‌المللی به‌طور عام و دادگاه بین‌المللی یوگسلاوی سابق به‌طور خاص وجود ندارد. لذا رعایت تمام و کمال شیوه سنتی شناسایی عرف که در آرای مربوط به قضایای فلات قاره دریای شمال در دیوان بین‌المللی دادگستری مطرح شده برای دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی الزامی

۱۴. تادیچ در ۱۷ اکتبر ۲۰۰۳ به‌علت ارتکاب جنایات جنگی از سوی دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق به هشت سال زندان محکوم شد.

15. ICTY, Prosecutor Vs Tadic, IT94-1, October 1995, para 11

۱۶. دلایچ فرماندهی و کنترل زندان Celebici را برعهده داشت که به‌جهت احتمال تأثیرگذاری بر وقایع اتفاق افتاده در آن زندان تحت تعقیب دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق قرار گرفت که در ۲۰ فوریه ۲۰۰۱ تبرئه شد.

17. ICTY, Prosecutor v. Delalić and Others, IT-96-21-T., 16 November 1998, para 24.

18. ICJ, Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, (Nicaragua v. U.S.) para 404-407.

19. ICTY, Prosecutor v. Tadić, Case No. IT-94-1-A, July 1999, para 64.



نیست؛ اما با این حال رعایت این روش شناسایی عرف در پاره‌ای آزادی این دادگاه کیفری مشاهده می‌شود و دادگاه کیفری یوگسلاوی سابق از روش سنتی مراجعه به رفتار فیزیکی و کلامی دولت‌ها در احراز رویه دولت‌ها در هنگام شناسایی عرف استفاده کرده است که این عمل دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی به‌نوعی بیانگر اصالت این شیوه در شناسایی عرف بین‌المللی است.

#### ۱-۶- توسل به رهیافت سنتی برای شناسایی عرف در دیوان بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق

اولین نمونه استفاده از روش سنتی در پرونده اردموویچ<sup>۲۰</sup> مشاهده شد. این سرباز در دفاعیات خود به مقوله «اکراه» در برابر اتهام جنایت علیه بشریت استناد می‌کرد. شعبه اولیه رسیدگی‌کننده، موضوع «دفاع مبتنی بر اکراه» را در چهارچوب عرف بین‌المللی شناخته بود؛ اما در شعبه تجدیدنظر دادرس و هراه<sup>۲۱</sup> و مکدونالد<sup>۲۲</sup> در نظریه‌ای مشترک بررسی همه‌جانبه‌ای انجام دادند که آیا می‌توان به‌موجب حقوق بین‌الملل عرفی، اکراه را در مباحث مرتبط با جنایات علیه بشریت به‌منزله دفاع محسوب داشت؟ این دو دادرس به نظریات قضات مشاور در پرونده استالاگ و هوزلر اشاره کردند که در هر دو پرونده، اکراه به‌عنوان دفاع در خصوص جنایات علیه بشریت شناخته نشده بود و فقط در یک رأی تحت عنوان اینساتز گوپناین موضوع تأیید شده بود. سپس گزارش کمیسیون حقوق بین‌الملل در سال ۱۹۹۶ در خصوص اینکه آیا اکراه دفاعی کامل در حقوق بین‌الملل محسوب می‌شود را مورد بررسی قرار دادند. این نظر کمیسیون در شعبه اولیه مبنای عرفی دانستن دفاع مبتنی بر اکراه قرار گرفته بود، شعبه تجدیدنظر برعکس شعبه اولیه صادرکننده رأی اعلام کرد که در این خصوص نظریات مختلفی می‌تواند مطرح گردد و نظر گزارشگر کمیسیون را مبین رویه دولت‌ها قلمداد نکرد در هنگام نتیجه‌گیری نیز این دو دادرس اعلام داشتند که هیچ‌کدام از این مستندات نمی‌تواند به‌عنوان رویه دولت‌ها در نظر گرفته شود و اعلام می‌دارند که مدارک کافی برای احراز «رویه

۲۰. Erdemovic توسط دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق به‌علت ارتکاب جنایت علیه بشریت به ده سال زندان محکوم شد، ولی به‌جهت نحوه ارائه دفاعیه دایر بر انجام اعمال مجرمانه به‌جهت وجود اکراه ناشی از تهدید شدن جان، در محکومیتش تغییر ایجاد شد و محکومیتش به پنج سال کاهش یافت. وی به‌عنوان شاهد در محاکمات میلوسویچ هم شرکت کرد.

21. Vohrah  
22. Macdonald

دولت‌ها» از یک‌سو و «اعتقاد به الزامی بودن رویه دولت‌ها» از سوی دیگر، برای شناسایی «دفاع مبتنی بر اکراه» در چهارچوب عرف بین‌المللی وجود ندارد.<sup>۲۳</sup>

در پرونده‌ای دیگر تحت عنوان پرونده کرسٹیچ بحث جرم‌انگاری مفهوم «ژنوسید اجتماعی و فرهنگی» مطرح بود که دادگاه کیفری یوگسلاوی سابق اعلام کرد مدارک کافی برای جرم دانستن «ژنوسید اجتماعی - فرهنگی» در رویه عملی دولت‌ها مشاهده نمی‌شود، فلذا بررسی سایر اسناد و پرونده‌های قضایی برای شناسایی عرف را مردود اعلام کرد.<sup>۲۴</sup> جالب اینجاست که بعضی آرای بین‌المللی و درموارد خاص در دکتترین، رویه قضایی دادگاه‌های داخلی به‌نوعی رویه دولت قلمداد شده است برای مثال در قضیه‌های یروودیا، نوت‌بام و لوتوس چنین استدلالاتی مشاهده می‌شود.<sup>۲۵</sup>

در پرونده هادزی هسنویچ<sup>۲۶</sup> توسل به مفهوم «دستور نظامی» به‌عنوان دفاع حقوقی مطرح شده بود و لذا دادگاه بین‌المللی یوگسلاوی سابق جایگاه آن در حقوق بین‌الملل عرفی را مورد بررسی قرار داد. شعبه اولیه صادرکننده رأی به بررسی قوانین ملی دولت‌ها، اسناد کمیته بین‌المللی صلیب سرخ و پرونده‌های قضایی اشاره داشت؛ اما شعبه تجدیدنظر صراحتاً عنوان می‌دارد که جهت شناسایی قاعده عرفی بین‌المللی باید مطابق آرای قضایای فلات قاره دریای شمال عمل شود و به عبارتی «رویه دولت‌ها» و «اعتقاد به الزامی بودن عمل»<sup>۲۷</sup> در نظر دولت‌ها» مورد توجه قرار گیرد.<sup>۲۸</sup> در این رأی همچنین آمده است:

«[برای شناسایی عرف] وجود رویه مداوم و کافی دولت‌ها (عنصر مادی) و متقاعد بودن دولت‌ها به اینکه به اعمال تدوین‌نشده ملزم هستند (عنصر معنوی) ضروری است.»

## ۲- روش جدید شناسایی عرف

در این روش محاکم بین‌المللی بدون احراز قطعی «رویه عام دولت‌ها» مبادرت به شناسایی

23. ICTY, Prosecutor v. Erdemović, IT-96-22-A, Appeals Chamber, October 1997, para 10.

24. ICTY, Prosecutor v. Krstić, 2001. Para 580.

۲۵. ستار عزیز، علی مختاری مطلق، «عناصر قواعد عرفی در پرتو گزارش سال ۲۰۱۴ گزارشگر ویژه کمیسیون حقوق بین‌الملل ۲۰۱۴»، ۱۶۷

26. Hadžihasanović

هادزی هسنویچ به‌جهت عدم‌ممانعت از قتل اسرای جنگی که می‌توانست به‌واسطه اقتدار ناشی از فرماندهی وی تحقق یابد، توسط دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق به سه سال و نیم حبس محکوم شد.

27. Opinio Juris

28. Greenwood, "Command Responsibility and the Hadžihasanović Decision," 598-605.

عرف بین‌المللی می‌نمایند.

## ۲-۱- موضع عدم‌سخت‌گیری در احراز قطعی رویه کشورها در آرای دیوان بین‌المللی دادگستری

دیوان بین‌المللی دادگستری در پرونده خلیج ماین به‌گونه‌ای رویه کشورها را احراز می‌کند که به‌زعم عده‌ای احراز «رویه کشورها» مردد است. دیوان در این رأی به‌جای آنکه به احراز عملی «رویه دولت‌ها» به‌طور عام و عملی بپردازد و آن را به‌عنوان یکی از دو عنصر اساسی شناسایی عرف بین‌الملل دستمایه قرار دهد به کنفرانس سوم ملل متحد درخصوص حقوق دریاهای اشاره می‌کند. مسئله وقتی جالب‌تر می‌شود که این سند هنوز لازم‌الاجرا نشده بود و درحال حاضر هم دولت‌های زیادی از جمله آمریکا عضو آن نیستند. در آن زمان تنها سیزده کشور مراحل تصویب سند را انجام داده بودند و برای لازم‌الاجرا شدن شصت تصویب‌نامه ضروری بود. این رویه درخصوص تحدید حدود دریایی، در پرونده فلات قاره میان لیبی و مالت<sup>۲۹</sup> تکرار شد. دیوان برای تحدید حدود فلات قاره به کنوانسیون فلات قاره<sup>۳۰</sup> استناد کرد. همین مسئله درخصوص رأی پرونده دریایی میان دانمارک و نروژ<sup>۳۱</sup> و پرونده نیکاراگوئه علیه آمریکا و در پرونده گابچی‌کوف - ناگی ماروس هم تکرار شد. در رأی اخیر دیوان به «گزارشات» کمیسیون حقوق بین‌الملل اشاره کرد و اعلام داشت جانشینی دولت‌ها تأثیری بر ماهیت قراردادهای سرزمینی ندارد. باید در نظر داشت که کنوانسیون «جانشینی دولت‌ها در معاهدات» که از آن گزارشات استخراج شده هنوز نیز مقبولیت جهانی خاصی ندارد و تنها تا سال ۲۰۱۵ حدود بیست کشور آن را تصویب کرده بودند. درواقع دیوان به نحوه استخراج راهکارهای توصیه‌شده در گزارشات کمیسیون حقوق بین‌الملل توجهی نکرد و مشخص نکرد گزارشات کمیسیون تا چه حد مبتنی بر رویه دولت‌هاست، به‌خصوص آنکه به‌نظر می‌رسد کمیسیون حقوق بین‌الملل در هنگام تدوین این کنوانسیون درصد ارائه راه‌حل برای موضوع جانشینی در معاهدات بوده و نه تدوین قواعد عام حقوق بین‌الملل عرفی. باین حال در نظر دیوان صرف اشاره کمیسیون حقوق بین‌الملل به عرفی بودن موضوع کافی قلمداد شد. مسئله هنگامی جالب‌تر می‌شود که وظیفه کمیسیون حقوق بین‌الملل تنها پیدا کردن عرف بین‌المللی

29. ICJ, Continental Shelf case, Libya Vs Malta, 1985, para 48.

30. Convention on Continental Shelf, April 29. 1958, United Nations Treaty Series, 311.

31. ICJ, Maritime Delimitation in the Area between Greenland & Jan Mayen (Denmark Vs Norway), 1998, para 38.

برای تدوین کنوانسیون‌هاست و نه چیزی بیش از آن. به‌علاوه نظرات گزارشگر و حتی مصوبات سالیانه نیز به‌کرات تغییر می‌یابد و یا حتی در خود جلسات کمیسیون کنار گذاشته می‌شود و کنوانسیون‌های تدوین‌شده نیز چه‌بسا با نظرات گزارشگرها متفاوت باشد. با این تفاسیر به‌نظر می‌رسد در این آرای دیوان، تکیه بر رویه عملی دولت‌ها به‌واسطه تکیه بر مصادیق موردتردید به طرز محسوسی کاهش یافته است.

## ۲-۲- لزوم توجه به تفاوت جایگاه عرف در محاکم بین‌المللی و دادگاه‌های کیفری

### بین‌المللی

عدم‌توجه به رویه دولت‌ها در محاکم کیفری بین‌المللی اثری خطیرتر و متفاوت از عدم‌توجه به رویه دولت‌ها در سایر محاکم بین‌المللی دارد چراکه ممکن است منجر به عدم‌رعایت اصل قانونی بودن جرم و مجازات از یک‌سو پیش‌بینی‌پذیر بودن عنوان مجرمانه برای عدم‌ارتکاب آن رفتار برای اشخاص از سوی دیگر باشد. لذا رویه کشورها باید به‌طور قطعی و عام موردبررسی قرار گیرد.

تفاوت دیگری که در کاربرد عرف در دیوان بین‌المللی دادگستری و محاکم کیفری بین‌المللی قابل‌مشاهده است آن است که عرف در حقوق بین‌الملل بیشتر مبتنی بر حقوق مثبت و پوزیتیویستی است، حال آنکه در حقوق کیفری بین‌المللی بیشتر مبتنی بر حقوق طبیعی است. این موضوع را می‌توان در مصادیق زیر مشاهده کرد:

الف) در سال ۱۹۱۹ به‌موجب ماده ۲۲۷ معاهده ورسای مقرر شد دولت‌های متفق، گیوم دوم، امپراتور آلمان را برای «جنایات بزرگ ارتكابی علیه اخلاق بین‌المللی و اقتدار مقدس قراردادهای بین‌المللی» مورد‌محاکمه قرار دهند.<sup>۳۲</sup> استفاده از واژه اخلاق می‌تواند نشان‌دهنده تفاوت میان حقوق کیفری بین‌المللی و حقوق بین‌الملل عمومی در منشأ باشد.

ب) در دیوان بین‌المللی نورمبرگ (نسل اول دادگاه کیفری بین‌المللی) برای محاکمه مرتکبین جنایات بین‌المللی توسط آلمان بحث عدالت مطرح گردید هرچند که عده‌ای از حقوق‌دانان عدالت مطرح‌شده در این دیوان را عدالت فاتح<sup>۳۳</sup> نام نهادند، ولی در‌هرحال عرف بین‌المللی در راستای ایجاد عدالت به‌عنوان مهم‌ترین مبنای جرم‌انگاری در نظر گرفته شد.<sup>۳۴</sup>

۳۲. مومنی، حقوق بین‌المللی کیفری، ۱۸۴.

33. Victors Justice

34. Sellars, "Imperfect Justice at Nuremberg and Tokyo," 1085-1102.

در این راستا کنوانسیون ۱۹۰۷ صرف‌نظر از ماهیت معاهده‌ای، به‌عنوان عرف بین‌المللی درخصوص قواعد جنگ در خشکی نیز شناخته شد و پیمان بریان کلوگ نیز همین ماهیت را درخصوص جنایت علیه صلح ایفاء کرد. جالب آنکه بعضی بیانیه‌های متفقین نیز دربردارنده رویه دولت‌ها شناخته شد و سازمان ملل هم دو قطعنامه در سال ۱۹۴۶ در بیان قواعد عرفی قابل‌اعمال در این دیوان صادر کرد ولی مشخص است عرف بین‌المللی کاملاً منطبق با مفهوم ضرورت وجود رویه دولت‌ها لحاظ نشد برای مثال استناد به بیانیه‌های دولت‌های فاتح از یک‌سو بدون بررسی رویه عملی خود آلمان و ارزش قطعنامه‌های مجمع عمومی در سال ۱۹۴۶ در بیان قواعد عرفی بین‌المللی با این پیش‌فرض که خود آلمان در سال ۱۹۷۳ عضو این سازمان شد، جای بحث جدی دارد.

باتوجه‌به رویه جرم‌انگاری در این دادگاه به‌عنوان اولین دادگاه کیفری بین‌المللی و ماهیت حقوق بین‌الملل کیفری به‌نظر می‌رسد علی‌رغم آنکه به‌نظر می‌رسد باید سختگیری بیشتری در شناسایی عرف بین‌المللی حداقل از منظر جرم‌انگاری صورت می‌پذیرفت، ولی در عمل کمتر روشی پوزیتیویستی با ابتدای صرف بر رویه دولت‌ها به‌خصوص در زمان نگارش اساسنامه در نظر گرفته شد و دست قضاات نیز برای شناسایی جرایم در چهارچوب مفاهیم عرفی باز گذاشته شد. از باب اصل قانونی بودن جرم و مجازات، در آن زمان بحثی تحت عنوان مشابهت پایه‌ای نظام حقوق بین‌الملل کیفری با نظام کامن‌لا مطرح شد که قضاات می‌توانند با استخراج عرف به صدور حکم بپردازند و رویه دادگاه‌های کیفری هم تأییدکننده عرف قلمداد می‌شود و این موضوع که در دادگاه‌های مبتنی بر شیوه رومی - ژرمنی تنها از طریق اعمال قانون مصرح به محاکمه و مجازات مجرمین مبادرت شود تا حدودی کنار گذاشته شد. ولی مشکل اساسی آنجا بود که در نظام کامن‌لا عرف کیفری به‌صورت کاملاً مستقر وجود داشت و رویه قضایی هم به‌عنوان ابزار کمکی قوی به کمک دادرسی می‌آمد و درک رفتار مجرمانه در آن نظام حقوقی کاملاً میسر و قابل‌پیش‌بینی بود ولی این شرایط برای دادگاه کیفری نورمبرگ صدق نمی‌کرد، چون اولین دادگاه کیفری در نوع خود بود. هرچند این موضوع تاحدودی از لحاظ پایه‌ای چالش‌برانگیز است اما از آن جهت که اصل قانونی بودن جرم و مجازات را تا حد قابل‌پیش‌بینی بودن یک جرم در یک نظام حقوقی بدون ضرورت درج کامل موضوع جرم در قانون مثبت‌تقلیل می‌دهد قابل‌تأمل است، هرچند که قابل‌انتقاد است. این موضوع مبتنی بر تفوق دکترین عدالت بر دکترین قانونی بودن است که در حقوق بین‌الملل کیفری حداقل در دادگاه بین‌المللی کیفری نورمبرگ به‌کار گرفته شد.

اما در خصوص دادگاه کیفری یوگسلاوی سابق که موضوع خاص بحث فعلی است می‌توان نمونه چنین رهیافتی در حوزه جرم‌انگاری را در صدر ماده ۳ و بند ۹ ماده ۵ اساسنامه دادگاه بین‌المللی یوگسلاوی سابق مشاهده کرد. برای مثال در بند ۹ ماده ۵ اساسنامه ضمن برشمردن پاره‌ای از جرایم از عبارت «سایر اعمال غیرانسانی با خصوصیت مشابه» استفاده شده که جرم‌انگاری به این شیوه، به همراه اختیار دادرس در شناسایی عرف زمینه‌ساز عدم‌مراجعه مستقیم به رویه دولت‌ها در حوزه ممنوعیت عمل و جرم‌انگاری می‌شود. باتوجه‌به اینکه در بحث اخیر آرای دادگاه بین‌المللی یوگسلاوی سابق موردنظر است اما صرفاً جهت یادآوری عنوان می‌شود که مبنای کاربرد عرف در دیوان بین‌المللی کیفری مبتنی بر معاهده‌ای عام و اساسنامه‌ای با قابلیت الحاق دولت‌هاست. درواقع نسل چهارم دادگاه‌های کیفری تا حدودی به شیوه رومی - ژرمنی نزدیک شده و کاربرد عرف محدود شده است ولی به‌جهت آنکه بحث اخیر بیشتر در خصوص آرای دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق (نسل دوم) است به آن پرداخته نمی‌شود.

مسائل فوق‌الذکر در خصوص کاربرد بحث عرف در هنگام تشکیل محاکم و تدوین اساسنامه بود. ولی در خصوص دادگاه بین‌المللی یوگسلاوی سابق با مراجعه به آرای این محکمه مشخص می‌شود بحث کاربرد عرف بین‌المللی و عدم‌احراز قطعی رویه دولت‌ها ابعاد جدیدی پیدا کرد و حتی دست قضاات را در شناسایی سلیقه‌ای عرف باز کرد. برای مثال در قضیه تادیج دادگاه بین‌المللی یوگسلاوی سابق به‌طور رسمی اعلام می‌دارد که حقوق بین‌الملل عرفی بر منازعات مسلحانه داخلی نیز حاکم است. آنتونیو کاسسه این موضوع را متدیک می‌داند نه مدرکی چراکه بنا به گفته وی این دادگاه قواعد اعمال‌شده در منازعات داخلی را از رفتار عملی دولت‌ها در جنگ‌های داخلی اخذ می‌کند نه رفتار دولت‌های بزرگ و قدرتمند. درواقع اساساً جنگ‌های داخلی در کشورهای ضعیف رخ می‌دهد. در همین خصوص دوپوئی بیان می‌دارد اساساً مشکل است که بتوان در خصوص جنگ‌های داخلی رویه گسترده کشورها را استخراج کرد.

### ۳- دستمایه‌های قضاات دادگاه بین‌المللی یوگسلاوی سابق برای یافتن عرف بین‌المللی بدون احراز قطعی «رویه عام دولت‌ها»

قطعنامه ۸۰۸ شورای امنیت با عرفی دانستن کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو که یوگسلاوی عضو آنها نبود و کنوانسیون‌های لاهه ۱۸۹۹ و ۱۹۰۷ مبنایی برای تدوین اساسنامه این دیوان

در چهارچوب فصل هفتم منشور ایجاد کرد و اعمالی را در چهارچوب عرف بین‌المللی جرم‌انگاری کرد. ولی ضابطه‌ای دقیق برای شناسایی عرف در اساسنامه دیده نمی‌شود. در این راستا دادگاه بین‌المللی یوگسلاوی سابق در موارد متعدد به شناسایی عرف بین‌المللی پرداخته که این امر بدون مراجعه به «رویه عام دولت‌ها» صورت پذیرفته و این امر بر مبنای پایه‌های زیر صورت گرفته است:

۱- شرط مارتنس؛ ۲- معاهدات بین‌المللی غیرفراگیر؛ ۳- انتخاب گزینشی قانونگذاری ملی سایر دولت‌ها؛ ۴- نوع خاص جرم‌انگاری در دیوان بین‌المللی کیفری یوگسلاوی و امکان تعریف جرم از میان رویه‌های متعارض دولت‌ها؛ ۵- کاربرد حقوق بشر و گستره کلی مفاهیم آن؛ ۶- شناسایی عرف از کتب حقوقی و فرهنگ حقوق چاپ‌شده در یک کشور خاص؛ ۷- ارجاع به رویه شورشیان نه دولت‌ها؛ ۸- حفظ صلح و امنیت بین‌المللی و قطعنامه‌های شورای امنیت.

در این قسمت تلاش می‌شود تا هریک از این روش‌ها به‌طور مختصر توضیح داده شده و یک رویه درباره هر روش مطرح شود.

### ۳-۱- شرط مارتنس

مکتب حقوق طبیعی که مبنای آن اخلاق و فطرت انسانی است در مسائل مرتبط با حقوق بشردوستانه و حقوق بین‌الملل کیفری می‌تواند وسیله‌ای کمکی در راه شناختن عرف توسط دادرس محسوب شود. در این حالت دادرس ممکن است بر مبنای صرف «اعتقاد به الزامی بودن عملی در نظر دولت‌ها» و بدون در نظر گرفتن رویه دولت‌ها با تکیه بر فطرت جمعی انسان‌ها مبادرت به شناسایی عرف کند. این امر که امروزه بسیار رایج شده در گذشته نوعی بدعت تلقی می‌شد. نمونه قراردادی یا معاهده‌ای این نوع تلقی، در شرط مارتنس مندرج در کنوانسیون ۱۸۹۹ لاهه و کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو مشاهده می‌شود که از آن به‌عنوان مبنای معاهده‌ای شناخت عرف بدون مراجعه به رویه دولت‌ها یاد می‌شود و مبنای این شرط با تکیه بر نیت‌خوانی دولت‌هاست به‌نوعی که علی‌القاعده رفتار دولت‌ها باید مبتنی بر وجدان عمومی می‌باشد و اصل آن است چون پاره‌ای اعمال فطرتاً ناصواب تلقی می‌گردند خودبه‌خود مبنایی در رویه انسانی و در نتیجه رویه کشوری دارند و دیگر احراز رویه دولت‌ها ضروری نیست.

شرط مارتنس که از آن به‌عنوان ماده مرتبط با «وجدان عمومی» نیز یاد می‌شود بیان

می‌دارد که:

«در موارد پیش‌بینی‌نشده در این مقررات ...، ساکنان مناطق درگیر در جنگ و متخاصمان مشمول حمایت مذکور در اصول حقوق ملت‌ها هستند که برگرفته از رویه مورد تأیید ملل متمدن و حقوق انسانی مشتمل بر وجدان عمومی می‌باشد.»<sup>۳۵</sup>

این اصل همان‌طور که از منطوق آن مشخص است، بیان می‌دارد در صورتی که در حقوق مخاصمات معاهده‌ای در خصوص مسئله‌ای خاص وجود نداشت، باید به رویه دولت‌ها از یک‌سو و وجدان عمومی از سوی دیگر مراجعه کرد. حال مسئله‌ای که قابل طرح است آن است که آیا با تکیه بر شرط مارتنس که خود نیز علاوه بر وجدان عمومی، تأکید بر رعایت رویه دولت‌ها هم کرده است می‌توان عرف بین‌المللی را بدون بررسی رویه دولت‌ها و صرفاً با بررسی نیت آنها<sup>۳۶</sup> اعلام کرد؟

این موضوع در پرونده کوپرسکیچ توسط دادگاه بین‌المللی یوگسلاوی سابق مورد بررسی قرار گرفت. در این پرونده شش نفر بدون آنکه درگیر عملیات نظامی باشند به روستایی هجوم برده و عده‌ای را کشتند و اماکن مذهبی و مسکونی را تخریب کردند. در ابتدا دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق شرط مارتنس را عرفی اعلام کرد که حتی دولت‌های غیرعضو در کنوانسیون چهارگانه ژنو یا کنوانسیون لاهه هم ملزم به رعایت آن هستند؛ اما در مقام اینکه آیا شرط مارتنس که خود حالا عرفی تلقی می‌شود می‌تواند منجر به شناسایی عرف از نیت دولت‌ها بدون وجود رویه عملی دولت‌ها شود، دادگاه نظر داد که:

«در مصادیقی خاص در شناسایی عرف بین‌المللی مراجعه به نیت دولت‌ها دایر بر اعتقاد به الزامی بودن عمل در نظر آنها، اهمیت بیشتری بر در نظر گرفتن رویه دولت‌ها دارد.»<sup>۳۷</sup>

این استدلال در کنار عرفی دانستن شرط مارتنس، مؤید این نظر است که اخلاق و وجدان عمومی در شناسایی نظر کشورها توسط یک دادرس بین‌المللی مؤثر است و ممکن است با این شیوه عرف‌هایی استخراج شود که عملاً در رویه کشورها صراحتاً مشهود نباشد. این مسئله یکی از تغییرات اساسی در شناسایی عرف بدون توجه به روش سنتی است.

۳۵. آنتونی، قواعد کاربردی حقوق مخاصمات مسلحانه، ۲۶۸.

36. Opinio Juris

37. ICTY, Prosecutor Vs Kuperskic, Trial Chamber, 2000, para 525.



## ۳-۲- معاهدات بین‌المللی غیرجهانی

معاهدات خود در زمره منابع حقوق بین‌الملل شناخته می‌شوند ولی مسئله اینجاست که اگر کشوری عضو معاهده‌ای نباشد می‌توان خود آن معاهده را به‌عنوان منبع عرف بین‌المللی شناخت و کشور غیرعضو را متعهد دانست و دیگر رویه دولت‌ها را برای شناسایی عرف لحاظ نکرد و حتی عدم‌عضویت را به‌مثابه تأییدی بر عرفی بودن معاهده دانست؟

اساسنامه دادگاه بین‌المللی یوگسلاوی سابق با استناد نقض به کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو که به‌عنوان بیان حقوق عرفی بین‌المللی نیز مطرح شده است، شکل گرفت و در نتیجه یکی از صلاحیت‌های اساسی دیوان نقض کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو است، حال آنکه یوگسلاوی عضو این کنوانسیون نبود. شورای امنیت در قطعنامه ۸۰۸ این کنوانسیون را بیان‌کننده قواعد عرفی بین‌المللی درخصوص حقوق بشردوستانه بین‌المللی دانست. لذا دادگاه بین‌المللی یوگسلاوی سابق هم مستقیم بر اساس نظر شورای امنیت عمل کرد و ارجاعات فراوانی به کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو دارد.

اما مسئله وقتی جالب‌تر می‌شود که دادگاه در شناسایی عرف فقط به قطعنامه شورای امنیت بسنده نمی‌کند و عدم‌عضویت یوگسلاوی در کنوانسیون‌های چهارگانه را به‌جای آنکه در راستای تضعیف اعمال قواعد به اصطلاح عرفی کنوانسیون بداند، به‌نوعی در راستای تقویت عرفی بودن معاهده ارزیابی می‌کند. برای مثال در پرونده کوپرسکیچ در هنگام بررسی لزوم رعایت اصل تناسب و دقت مقتضی در حمله به مناطق، به ماده ۵۷ و ۵۸ پروتکل اول الحاقی ۱۹۷۷ اشاره می‌کند و بیان می‌دارد:

«این مقررات امروزه به‌عنوان بخشی از حقوق بین‌الملل عرفی درآمده نه به‌خاطر اینکه این قواعد بیان‌کننده هنجارهای کلی قبلی است بلکه به این علت که هیچ اعتراضی توسط دولت‌ها به آن نشده است حتی از سوی آنهایی که به آن نپیوسته‌اند.» همان‌طور که اشاره شد پروتکل‌های الحاقی هم توسط یوگسلاوی تصویب نشده بود.

هرچند ترک فعل یا استنکاف دولت‌ها در انجام عمل خاصی درمواقع خاصی می‌تواند بیانگر رویه دولت‌ها باشد (مثلاً عدم‌اعتراض به خطوط مرزی)، ولی به‌نظر می‌رسد استدلال دادگاه حداقل درمورد اخیر نقض اراده‌گرایی در حقوق بین‌الملل در معنای عام و حقوق معاهدات در معنای خاص است. به عبارتی کشوری وقتی عضو معاهده‌ای نمی‌شود، لزومی به انکار مواد آن ندارد. از این روش که توسط دادگاه بین‌المللی یوگسلاوی سابق استفاده شده تحت عنوان «احراز نیت دولت‌ها در قبول قاعده عرفی در فقدان وجود رویه به‌صورت

منفی»<sup>۳۸</sup> یاد می‌شود.

دادگاه در جای دیگری در مقام بیان عمل متقابل علیه شهروندان در پرونده کوپرسکیچ، با استناد به مواد ۵۱ و ۵۲ پروتکل اول ۱۹۷۷ الحاقی به کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو عنوان می‌دارد:

«این مواد اعلام حقوق عرفی نیست، بلکه آنها مستقیماً [به‌واسطه انعقاد معاهده‌ای بین‌المللی] وارد حقوق بین‌الملل عرفی شده است.»

این امر به این معناست که عرف بین‌المللی در مورد موضوعی خاص قبلاً وجود نداشته و با تدوین و تصویب یک معاهده غیرجهانی که پاره‌ای از دولت‌ها به آن نپیوسته‌اند، درباره آن موضوع خاص تأسیس شده است. عدم پیوستن کشور (در اینجا یوگسلاوی) هم تأثیری بر عدم پذیرش آن عرف خلق‌الساعه ندارد. همان‌طور که از اصول عرف بین‌المللی و شکل‌گیری عرف مشخص است، پذیرش صریح یا ضمنی دولت‌ها در شکل‌گیری رویه دولت‌ها نقش اساسی دارد که این استدلال دادگاه به‌طور کلی نافی چنین مسئله‌ای می‌باشد.

### ۳-۳- گزینش اختیاری قانونگذاری ملی سایر دولت‌ها

در مواردی دادگاه بین‌المللی یوگسلاوی سابق به قوانین ملی بعضی کشورها به‌طور گزینشی در جهت یافتن عرف بین‌المللی مراجعه کرده است. هرچند قوانین دولت‌ها اعم از قانون اساسی، قوانین عادی و حتی متن پیش‌نویس‌های قوانین یکی از مهم‌ترین جنبه‌های «رویه دولت‌ها» است<sup>۳۹</sup>، اما احراز رویه بین‌المللی کشورها در خصوص مسئله‌ای خاص از رویه عملی داخلی یک یا چند کشور خاص می‌تواند بحث‌برانگیز باشد.

دادگاه بین‌المللی یوگسلاوی سابق در پرونده کوپرسکیچ<sup>۴۰</sup> در هنگام تبیین جرم اذیت و آزار<sup>۴۱</sup> به‌طور خاص اشاره به قوانین داخلی دو کشور کانادا و فرانسه نموده است.<sup>۴۲</sup> هرچند که دادگاه انحصاراً این دو قانون را مبنای شناسایی عرف قرار نداده است و اشاره‌ای به سایر روش‌های شناسایی رویه کشورها از جمله رویه قضایی و بین‌المللی و معاهدات بین‌المللی هم داشته است ولی خود همین موضوع هم می‌تواند منجر به بروز شبهاتی گردد.

38. Negative Opinio Juris

۳۹. عزیز، مختاری مطلق، پیشین، ۱۶۶.

۴۰. کوپرسکیچ در خصوص قتل عام اتفاق افتاده در دره Valsva متهم شد که در ۲۳ اکتبر ۲۰۰۱ تیرته شد.

41. Persecution

42. ICTY, Prosecutor v. Kupreškić, Appeals Chamber, 2001.

در پرونده تادیچ نیز اشاره‌ای به قانون اجرایی رفتار نیروهای مسلح نیجریه داشته است.<sup>۴۳</sup> گزینش و استناد به قانون داخلی یک یا چند کشور خاص و قرار دادن آنها در کنار معاهدات چندجانبه غیرجهانی یا استناد به رویه قضایی بین‌المللی در کنار آنها، منجر به صدور حکم بر پایه‌های نه‌چندان قوی توسط دادگاه بین‌المللی یوگسلاوی سابق شده است که این مسئله در دادگاه‌های تجدیدنظر یوگسلاوی مورد توجه قرار گرفت. برای مثال در قضیه کوپرسکیچ که در بالا به آن اشاره شد شعبه تجدیدنظر هرچند مستقیماً به نحوه ارجاع گزینشی به قوانین داخلی سایر کشورها اشاره‌ای نکرد ولی نظریات دادگاه بدوی را در خصوص نحوه تعریف جرم آزار و اذیت و شیوه استدلال دادگاه بدوی در شناسایی عرف نپذیرفت.<sup>۴۴</sup>

۳-۴- نوع خاص جرم‌انگاری در دیوان بین‌المللی کیفری یوگسلاوی و امکان تعریف جرم از میان رویه‌های متعارض جنایات مشمول صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی دادگستری در قالب عناوین زیر گنجانده شده است:

الف) نقض فاحش کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹ (ماده ۲ اساسنامه)؛

ب) نقض قوانین و عرف‌های جنگی (ماده ۳ اساسنامه)؛

ج) نسل‌زدایی (ماده ۴ اساسنامه)؛

د) جنایت علیه بشریت (ماده ۵ اساسنامه).

الف) از آنجاکه که نقض کنوانسیون ژنو مستقیماً با استناد به مفاد معاهده قابل بررسی است (بجز در موارد استناد به شرط مارتنس) لذا در این قسمت بحث شناسایی عرف بین‌المللی توسط دادرس چندان موضوعیت پیدا نمی‌کند، هرچند که همان‌طور که اشاره شد شورای امنیت این کنوانسیون را به‌رغم عدم عضویت یوگسلاوی در آن جزو حقوق عرفی بشردوستانه درجهت بیان ضرورت تأسیس دادگاه قلمداد کرد؛

ب) اما در خصوص ماده ۳ اساسنامه دیوان، دادرس اختیارات ویژه‌ای دارد و آن در شناسایی جرایمی است که عرفی هستند و عنوان آنها صراحتاً در اساسنامه احصاء نشده است: «دیوان صلاحیت تعقیب اشخاصی که از حقوق و عرف جنگی تخطی کرده‌اند را دارد. این تخطی‌ها شامل موارد زیر است ... (ذکر پاره‌ای مصادیق در متن ماده) اما به آنها «محدود»

43. ICTY, Prosecutor Vs Tadic, 1995, para 105-109.

44. ICTY, Prosecutor Vs Kuperskic, Trial Chamber, Jan 2000.

نمی‌شود ...»

به نظر می‌رسد شیوه نگارش ماده ۳ اساسنامه در بیان قواعد کیفری مؤید آن است که در حقوق بین‌الملل عرفی هیچ فهرست الزام‌آور و قاطعی از جرایم جنگی موجود نیست.<sup>۴۵</sup> در مورد نسل‌زدایی هم یوگسلاوی عضو کنوانسیون ژنوسید نبود با این حال شورای امنیت در قطعنامه ۸۰۸<sup>۴۶</sup> این کنوانسیون را در چهارچوب قواعد آمره<sup>۴۷</sup> قرار داد. در پرونده کرسٹیچ این مسئله مورد بررسی قرار گرفت و دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق اعلام کرد اعمال کنوانسیون مذکور مستقیماً و به صورت آمره اعمال می‌شود.<sup>۴۸</sup> هرچند که کنوانسیون ژنوسید به جهت دارا بودن مبنای عمیق در حقوق بشردوستانه دارای ماهیت آمره است اما رأی دیوان از جهت آنکه کنوانسیون را مستقیماً با استناد به قطعنامه شورای امنیت و بدون احراز رویه عملی دولت‌ها آمره ارزیابی می‌کند، جای توجه دارد.

در بند ۹ ماده ۵ اساسنامه دیوان نیز در مقام بیان جرایم علیه بشریت پس از برشمردن پاره‌ای از جرایم به‌طور خاص، عنوان «سایر اعمال غیرانسانی» نیز جرم‌نگاری شده است که زمینه را برای جرم‌نگاری رفتارهای مختلف بر پایه عرف باز گذاشته است و در واقع زمینه اعمال نظر و قیاس را برای دادرسی ایجاد کرده است تا رفتارهایی را که در خصوص جرم بودن آنها رویه قطعی دولت‌ها قابل احراز نیست با قیاس و توسل به یک یا دو رویه بین‌المللی جرم قلمداد کند. این امر معمولاً با ارائه تفاسیر شخصی از کنوانسیون‌های حقوق بشری صورت می‌پذیرد.

برای مثال در این راستا سه پرونده آکایسو، دلایچ و کوناراک قابل ذکر است که در هر سه پرونده تلاش شده بر مبنای حقوق بین‌الملل تعریفی از شکنجه به دست آید. در پرونده آکایسو<sup>۴۹</sup> چنین عنوان می‌شود که در حقوق بین‌الملل عرفی، تعریفی از جرم شکنجه وجود ندارد لذا دادگاه بین‌المللی رواندا برای تعریف جرم شکنجه، به کنوانسیون منع

۴۵. مومنی، حقوق بین‌المللی کیفری، پیشین، ۲۰۰.

46. S/RES/808, 22 February 1993.

47. Jus Cogans

۴۸. Prosecutor vs kristic, para 541. به نقل از مومنی، حقوق بین‌الملل کیفری، ۲۰۱.

۴۹. اکایسو (Akayesu) یک شهردار در بخش Taba در رواندا بود. وی به‌عنوان یک شهردار نیروهای پلیس و ژاندارم در حوزه مورد بحث را در اختیار داشت. در طی ژنوسید اتفاق افتاده در اواسط سال ۱۹۹۴ وی به‌عنوان فرمانده پلیس نه تنها از قتل و خشونت علیه توتسی‌ها در حوزه جغرافیایی تحت امر خود ممانعت نکرد، بلکه شخصاً بر این مسائل نظارت و دخالت داشت. وی توسط دیوان بین‌المللی کیفری رواندا در تاریخ ۱۷ سپتامبر ۱۹۹۸ به حبس ابد محکوم شد.

شکنجه ارجاع می‌دهد و اعلام می‌دارد تعریف شکنجه که در این کنوانسیون صورت گرفته برای شناسایی جرم شکنجه ساری و جاری است و به‌علاوه این تعریف بیانگر عرف بین‌المللی نیز می‌باشد.<sup>۵۰</sup> در پرونده دلالیچ دادگاه جهت شناسایی تعریف شکنجه مبتنی بر عرف بین‌المللی به کنوانسیون‌های جهانی حقوق بشری و کنوانسیون‌های قاره‌های مختلف مراجعه کرد، مثل اعلامیه حقوق بشر، کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر و کنوانسیون حقوق انسانی و مردمی آفریقا.<sup>۵۱</sup>

در پرونده دلالیچ در راستای حفظ منافع متهم حوزه تعریفی از شکنجه در چهارچوب اسناد حقوق بشری مختلف صورت گرفته و آن تعریف‌ها به‌عنوان تعریف عرفی شکنجه در نظر گرفته شده است که حوزه‌ای محدودتر از کنوانسیون منع شکنجه است.<sup>۵۲</sup>

در پرونده کوناراک<sup>۵۳</sup> برای کشف معنای شکنجه در حقوق بین‌الملل عرفی به اسناد حقوق بشری، رویه دولت‌ها و پرونده‌های قضایی اشاره می‌شود. در عین حال اشاره می‌شود کنوانسیون منع شکنجه نمی‌تواند در مفهوم عرف بین‌المللی در هنگام تعریف جرم شکنجه استفاده شود چراکه این کنوانسیون بین دولت‌ها انعقاد یافته و مبنای آن مسئولیت بین‌المللی دولت‌هاست نه مسئولیت کیفری افراد.

هرچند در همه این آراء در مقام شناسایی رویه دولت‌ها در هنگام شناسایی عرف بین‌المللی به‌نوعی از مراجعه به کنوانسیون‌ها (به‌خصوص کنوانسیون‌های حقوق بشری) سخن به‌میان آمده است ولی به‌طور روشن مشاهده می‌شود، مصادیقی که به‌عنوان رویه دولت‌ها عنوان می‌شود با اتکاء به تفاسیر شخصی استخراج شده و رویه دولت‌ها در آن خصوص مردد است که ضروری می‌سازد تا موضوع کاربرد حقوق بشر در شناسایی عرف بین‌المللی مورد بررسی قرار گیرد.

### ۳-۵- کاربرد حقوق بشر و گستره کلی مفاهیم آن

در قضیه بلاسکیچ<sup>۵۴</sup> شعبه دوم تجدیدنظر در مقام اعمال بند ۹ ماده ۵ اساسنامه در تعریف

50. ICTR, Prosecutor vs Akayesu, 1998.

51. African Charter on Human and People Rights.

52. ICTY, Prosecutor vs Delalic, 1998, para 452-459.

۵۳. کوناراک (Kunarac) یک صرب بود که به‌جهت وقوع زنی به‌عنف، برده‌داری و شکنجه در زندان Foca به‌جهت داشتن فرماندهی و ارتباط داشتن با مقامات ارشد نظامی از یک سو و دخالت در وقوع گسترده این اعمال، توسط دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق در ۱۲ ژوئن ۲۰۰۲ به ۲۸ سال زندان محکوم شد. ۵۴. بلاسکیچ به‌جهت وقایع اتفاق افتاده در دره Lasva علیه بوسنیایی‌ها به‌عنوان فرمانده و آمر شناخته شد که

جرم اذیت و آزار به مواد ۲ و ۳ کنوانسیون حقوق بشر اروپایی و میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی برای جرم‌انگاری و تعریف جرم اذیت و آزار استناد کرد و علاوه بر ماهیت معاهده‌ای که برای میثاق قائل شد آن را مبین عرف بین‌المللی نیز دانست؛ اما استناد به قواعد عام و کلی حقوق بشر در جرم‌انگاری مصداقی که در اساسنامه به‌طور صریح از آن یاد نشده با توجه به عام و کلی بودن میثاق بین‌المللی مدنی و سیاسی می‌تواند بحث‌برانگیز باشد (هرچند که دیوان برای عرفی دانستن موضع جرم در حقوق بین‌الملل عرفی استنادات دیگری هم داشت). شاید بتوان گفت اسنادی مثل میثاق مدنی و سیاسی تعهدات کشور را بیان می‌نمایند نه مسئولیت اشخاص را و به عبارتی عرفی بودن آنها را نمی‌توان با توجه به عام بودن آنها، برای تعریف یک جرم و جرم‌انگاری در حقوق بین‌الملل کیفری بدون مراجعه مستقیم به رویه دولت‌ها در نظر گرفت.

از سوی دیگر در مقام اعمال قواعد حقوق بشر باید گفت معمولاً قضات در هنگام کشف عرف‌های بین‌المللی که مستقیماً از رویه عام دولت‌ها استخراج نمی‌شود نیم‌نگاهی به حقوق بشر نیز دارند. برای مثال آنتونیو کاسسه در این خصوص اظهار می‌دارد: «ضروری است که ارزش‌های بین‌المللی مبتنی بر کرامت انسانی حاکم بر قواعد ملی باشد و تعادل خود را با حقوق بین‌الملل نیز در چهارچوب پیش‌بینی‌پذیر کردن [یک جرم از یک سو] و قابل دسترسی کردن [یک جرم در مقررات بین‌المللی از سوی دیگر] در حقوق کیفری بروز دهد.»<sup>۵۵</sup> معنای دقیق این عبارت آن است که حقوق بشر در موارد ابهام به شناسایی کمک عرف می‌کند. در واقع اصل پیش‌بینی‌پذیر بودن قوانین توسط متهم در این‌گونه مسائل با توسل به حقوق بشر توجیه‌پذیر می‌شود و متهم در این‌گونه موارد نمی‌تواند با توجه به حاکم بودن قواعد حقوق بشر در اصل قانونی بودن جرم منتسب شده به وی، تردید وارد نماید. این نوع استدلال بیانگر رویه‌ای است که تا حدودی چالش‌برانگیز به نظر می‌رسد و شاید احراز قطعی رویه دولت‌ها در احراز عرف را تضعیف کند.

در ابتدا به ۴۵ سال زندان محکوم شد ولی بعدها این محکومیت به نه سال تقلیل یافت. عمده اتهامات وی

نقض گسترده کنوانسیون‌های ژنو، عدم رعایت عرف جنگی، جنایت علیه بشریت و جنایت جنگی بود.

55. Cassese, "Balancing the Prosecution against Crimes against Humanity and Non-Retroactive Criminal Law." *The Kolk and Kislyiy v. Estonia Case before the ECHR*, 416-417.

### ۳-۶- شناسایی عرف از کتب حقوقی و فرهنگ حقوق چاپ شده در یک کشور خاص

در قضیه کرسیتیج<sup>۵۶</sup> در چهارچوب تعریف جرم ریشه کنی<sup>۵۷</sup> دادگاه بین‌المللی یوگسلاوی سابق به دو فرهنگ تعریف اصطلاحات حقوقی<sup>۵۸</sup> مراجعه می‌کند. این استناد در راستای شناسایی عرف بین‌المللی بوده است و نمی‌توان آن را مراجعه به دکتترین دانست. چراکه به نظر می‌رسد در حقوق بین‌الملل کیفری نمی‌توان جرمی که صراحتاً در اسانامه دادگاه بین‌المللی تعریف نشده و درمورد خاص دادگاه بین‌المللی یوگسلاوی سابق مشمول جرایم عرفی مندرج در بند ۹ ماده ۵ اسانامه دیوان یا صدر ماده ۳ است را برمبنای دکتترین انجام داد. به عبارت دیگر درخصوص شناسایی جرایم غیراحصاء شده مندرج در این دو ماده حتماً باید تعریف جرم مورد نظر قاضی از عرف بین‌المللی استخراج شود. لذا این رویه دادگاه در عدم مراجعه به رویه دولت‌ها هنگام تعریف یک جرم عرفی بسیار چالش برانگیز است و قطعاً نمی‌تواند از لحاظ متدیک در چهارچوب روش‌های سنتی شناسایی عرف برمبنای رویه دولت‌ها باشد.

### ۳-۷- ارجاع به رویه شورشیان نه دولت‌ها

همان‌طور که اشاره شد رویه دولت‌ها در شناسایی عرف بین‌المللی قابل لحاظ است اما دادگاه بین‌المللی یوگسلاوی سابق در پاره‌ای موارد، رویه شورشیان را در جنگ‌های داخلی ملاک شناسایی عرف قرار داده است. در پرونده تادیچ دادگاه بین‌المللی یوگسلاوی سابق هنگام بحث درخصوص ماهیت و دامنه شمول حمایت از غیرنظامیان به اعلامیه ارتش آزاد خلق چین در هنگام جنگ‌های داخلی این کشور به رهبری مائو تسه تونگ اشاره کرد.<sup>۵۹</sup> البته با توجه به پیروزی بعدی این گروه در چین و احراز حاکمیت بعدی آنها شاید بتوان رفتار این شورشیان را نیز در چهارچوب رویه دولت‌ها دانست ولی باین حال ارجاعی هم در این رأی به اظهارات شورشیان السالوادور شده است.

56. ICTY, Prosecutor Vs Kristic, 2001, para 496

کریستیج یک فرمانده ارشد ارتش صرب بود که توسط دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق به جهت ارتکاب ژنوسید به ۳۵ سال زندان محکوم شد.

57. Extermination

58. Nouveau Petit Robert & Oxford English Dictionary.

59. Corey, "The Fine Line between Policy & Customs, Prosecutor Vs Tadic & the Customary International Law & Internal Conflicts," 164.

### ۳-۸- تأسیس دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی با اعلام عرفی بودن پاره‌ای مصادیق توسط شورای امنیت

تأسیس یک دادگاه بین‌المللی توسط شورای امنیت و عرفی دانستن یا امره دانستن پاره‌ای قواعد و درج آنها در اساسنامه دیوان زمینه‌ساز بروز مشکلی است که آیا دادگاه بین‌المللی کیفری باید کلیه مصادیقی که عرفی تلقی شده را بدون احراز رویه دولت‌ها بپذیرد. برای مثال دادگاه در صورت وجود اختلاف، عرف را بر مبنای قطعنامه بپذیرد یا رویه فرضاً متعارض دولت‌ها؟ آیا اساساً این صلاحیت برای شورای امنیت وجود دارد تا به شناسایی عرف بر مبنای فصل هفتم بپردازد و بر مبنای شناسایی خود از قواعد عرفی دادگاهی تأسیس کند و آن مصادیق را که بعضاً دارای ابهام هستند در اساسنامه دیوان بگنجانند. مسئله وقتی بغرنج‌تر می‌شود که به این نکته توجه شود که اساساً شورای امنیت نهادی سیاسی است نه قضایی و فقط پانزده عضو دارد. در پرونده تادیچ اعتراضی به دادگاه مبنی بر خروج شورای امنیت از صلاحیت خود در تأسیس دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی به دادگاه ارائه شد اما دادگاه اعلام کرد موارد ذکر شده در ماده ۴۱ در خصوص اقدامات شورا در چهارچوب حفظ صلح و امنیت بین‌المللی منشور ملل متحد جنبه توصیفی و تمثیلی دارد و مانع سایر اقدامات شورا نمی‌شود.

در قطعنامه ۸۰۸ (به‌عنوان قطعنامه تأسیس دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق)، ارجاع به قواعد حقوق بشردوستانه‌ای شده است که در بسیاری از آنها قابلیت طرح تردیدهایی مختلف در خصوص عرفی بودن آنها وجود دارد. نکته اساسی آن است که اگر شورای امنیت قواعدی را عرفی اعلام کند و آنها را مبنای جرم‌انگاری قرار دهد، در صورتی که دادرسی قاعده‌ای را در محاکم جزایی بین‌المللی مخالف نظر شورای امنیت با تکیه بر رویه کشورها عرفی نداند، موضوع چگونه خواهد بود. به عبارت دیگر باتوجه به اینکه دادرسی مطابق اساسنامه‌ای فعالیت می‌کند که پاره‌ای جرایم در آن بر مبنای عرف بین‌المللی به تشخیص شورای امنیت مبتنی بر فصل هفتم منشور گنجانده شده، عمل دادرسی در تأیید آن اساسنامه و عمل بر مبنای آن بدون اظهار در خصوص جایگاه آن در «رویه دولت‌ها» به نوعی تضعیف شیوه سنتی شناسایی عرف نیست؟ این امر در پرونده تادیچ بی‌جواب مانده که استناد یک مرجع سیاسی (مثل شورای امنیت) به امره بودن قواعدی که به‌زعم آن شورا عرفی است در هنگامی که احتمال عدم احراز کامل «رویه دولت‌ها» در شکل‌گیری همان عرف‌ها توسط دادگاه‌های کیفری بین‌المللی وجود داشته باشد چگونه خواهد بود. در مورد یوگسلاوی سابق



هم لازم به ذکر است که یوگسلاوی عضو کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو نبود ولی شورای امنیت این کنوانسیون‌ها را به موجب فصل هفتم منشور ملل متحد جزو قواعد عرفی بین‌المللی اعلام کرد و مبنای جرم‌انگاری در اساسنامه دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق قرار داد.

این تردیدها هرچند در فرایند فعالیت دیوان بین‌المللی کیفری یوگسلاوی خللی وارد نکرد ولی منجر به آن شد که نسل دوم دادگاه‌های کیفری بین‌المللی در حقوق بین‌الملل چندان گسترش نیابد و به دو مورد یوگسلاوی و رواندا محدود شود.

#### ۴- روش‌های جدید شناسایی عرف بین‌المللی و اصل قانونی بودن جرم

اصل قانونی بودن جرم از اصول اولیه قواعد مبتنی بر حقوق بشر است که علی‌القاعده باید در محاکمات کیفری مورد استفاده قرار گیرد. در حقوق بین‌الملل کیفری این قاعده ممکن است علاوه بر مفاد حقوق بین‌الملل بشر، از مصادیق «اصول کلی حقوقی مورد قبول ملل متمدن» نیز قلمداد شود که مفهوم اخیر خود به عنوان منبع فرعی حقوق بین‌الملل مطرح می‌باشد. اصل قانونی بودن جرم دو شاخصه مهم دارد که اصولاً با لحاظ این دو مفهوم ضرورت واقعی برای درج عنوان جرم در متن مکتوب قانون وجود ندارد، کما اینکه در حقوق کامن‌لا جرم بدون مراجعه مستقیم به قانون مکتوب بر اساس رویه قضایی و عرف بلندمدت حاکم بر جامعه و محاکم انگلیس شناخته می‌شود. دو شاخصه مهم فوق‌الذکر یکی مشخص و مسجل بودن مفهوم جرم از لحاظ نظام حقوقی است و دیگری قابل‌پیش‌بینی بودن مفهوم عکس‌العمل اجتماعی در نتیجه «توسل به عمل مجرمانه» توسط مرتکب.

در حقوق بین‌الملل کیفری به عنوان شاخه‌ای خاص از حقوق بین‌الملل عمومی که علی‌القاعده از نظام داخلی مجزاست به تبع نوع نگاه حقوق دانان به مفهوم اصل قانونی بودن جرم، رویکردهای مختلفی دیده می‌شود:

الف - عده‌ای در حقوق بین‌الملل کیفری اعمال اصل قانونی بودن در خصوص جنایات بین‌المللی را لازم نمی‌دانستند. برای مثال قضاات دادگاه نورمبرگ اعمال اصل موصوف را منصرف از جنایات بین‌المللی می‌دانستند؛<sup>۶۰</sup>

60. Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Nuremberg, Official Text in the English Language, Published at Nuremberg, Germany, 1947, vol. 1, 219

به نقل از مهدی مومنی، «اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها در دادرسی‌های کیفری بین‌المللی»، مجله حقوقی بین‌المللی ۵۵ (پاییز ۱۳۹۵)، ۱۶۰.

ب - عده‌ای کنوانسیون‌های حقوق بشردوستانه را زمینه‌ساز جرم‌انگاری در حقوق بین‌الملل کیفری می‌دانند. این نظریه خالی از اشکال نیست چراکه کنوانسیون‌های بین‌المللی بیانگر تعهدات دولت‌ها در قبال رعایت حقوق بشردوستانه بین‌المللی است نه تعیین‌کننده مسئولیت کیفری اشخاص. رعایت اصل قانونی بودن جرم با توجه به عدم تصریح تحقق جرم بین‌المللی در مفهوم فردی در معاهدات حقوق بشردوستانه مثل کنوانسیون ۱۹۰۷ و ۱۸۹۹ لایه مسئله‌ای قابل نقد است. لازم به ذکر است که یکی از مستندات دادگاه‌های نسل اول کیفری بین‌المللی مثل دادگاه‌های کیفری نورمبرگ و توکیو این دو کنوانسیون بوده است؛

ج - عده‌ای به ضرورت وجودی دادگاهی بین‌المللی در خصوص جرایم بین‌المللی اشاره کرده‌اند که جرایم به صورت تعریف‌شده و بر مبنای معاهده (اساسنامه سازمان) مشخص شود، مثل دیوان بین‌المللی کیفری. با این حال مسئله‌ای که در این دیوان قابل توجه است آن است که به موجب بند ۳ ماده ۲۲ دیوان بین‌المللی کیفری، جرایم بین‌المللی خارج از اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری به طور جداگانه و خارج از صلاحیت دیوان به رسمیت شناخته شده‌اند که این جرایم مبتنی بر عرف هستند؛

د - عده‌ای تنها عرف بین‌المللی را منشأ اولیه جرم‌انگاری می‌دانند و در این خصوص به سازکار نظام کامن‌لا اشاره می‌کنند. بدیهی است که حداقل در دادگاه‌های کیفری بین‌المللی نسل اول، فقدان دادگاه‌های بین‌المللی قبلی مبین نبود عرف جدی در خصوص وجود مفهوم جرم و مجازات بین‌المللی قبلی برای مرتکبان جنایات بین‌المللی بر مبنای خاص حقوق بین‌الملل بوده است. این امر مبین آن است که رویه یا عرفی بین‌المللی در خصوص جرم‌انگاری جرایم بین‌المللی بر مبنای حقوق بین‌الملل عمومی در محاکم نسل اول کیفری بین‌المللی، حداقل در چهارچوب نظریات نزدیک به جرم‌انگاری در نظام کامن‌لا به چشم نمی‌خورد. توضیح آنکه نظام کامن‌لا در چهارچوب اعمال عرف و رویه قضایی در جرم‌انگاری حدود هشتصد سال سابقه شناسایی عرف و رویه‌سازی قضایی دارد.

در نسل دوم دادگاه‌های بین‌المللی که به تجویز شورای امنیت بر مبنای فصل هفتم ایجاد شد ایراداتی بر نحوه تشکیل دادگاه‌های کیفری وارد آمد، توضیح آنکه تشکیل این دادگاه‌ها مبتنی بر تصمیمات شورای امنیت بوده است و عده‌ای آن را به منزله خروج شورای امنیت از صلاحیت‌های سیاسی - اجرایی آن شورا دانسته‌اند<sup>۶۱</sup> (توضیح آنکه شورای امنیت رکنی

سیاسی است که در حوزه حفظ صلح و امنیت بین‌المللی فعالیت می‌کند و مفهوم قضایی ندارد.) این مسئله می‌تواند در مواردی شائبه عدم رعایت اصل قانونی بودن جرم را به ذهن متبادر کند. با این حال بسیاری از حقوق‌دانان رفتار شورای امنیت را در خصوص تشکیل دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق صریحاً یا ضمناً به‌عنوان راهکاری برای تقویت حقوق بشر و حقوق بشردوستانه بین‌المللی تأیید می‌کنند.<sup>۶۲</sup>

به‌علاوه در مسائل مبتنی بر نحوه شناسایی عرف و تأثیر آن بر جرم‌انگاری و تعریف جرم نیز ایراداتی قابل طرح است که در اینجا انطباق دو مفهوم «تحول در شناسایی عرف» از یکسو و «اختراع» عرف در مقام شناسایی عرف که موضوعات بحث اخیر هستند با اصل قانونی بودن جرم مورد بررسی قرار می‌گیرد:

#### ۴-۱- انطباق نسبی «تحول در شناسایی عرف بین‌المللی» و «اصل قانونی بودن جرم» در حقوق بین‌الملل کیفری

در حقوق بین‌الملل اصلی وجود دارد که حقوق بین‌الملل همواره در حال تکامل و تحول می‌باشد لذا مفهوماً نباید سازکار این نظام به‌گونه‌ای ارزیابی شود که قابلیت تطبیق با مسائل جدید را نداشته باشد. به‌علاوه علی‌الاصول این ضرورت در خصوص مسائل مبتنی بر حقوق بین‌الملل بشر و حقوق بشردوستانه بین‌المللی به طریق اولی قابل طرح است. در تأیید این نظر می‌توان گفت که در عمل نیز اتفاقات و مسائل مطرح‌شده در حقوق بین‌الملل بعد از جنگ جهانی دوم به سمت ایجاد و تفسیر قواعد حقوق بین‌الملل در چهارچوب مفاهیم حقوق بشری بوده است.

بر مبنای این نظریه با شکل‌گیری مفاهیم جدید حقوق بشری که مورد توجه جامعه بین‌المللی است، می‌توان از معاهدات به‌عنوان سازکار و از دادگاه‌های بین‌المللی به‌عنوان ابزار گسترش این نوع مفاهیم استفاده کرد. لذا مبتنی بر این نظر می‌توان از دادگاه‌های حقوق بشر و دادگاه‌های کیفری بین‌المللی نیز در این راستا استفاده کرد. از این رو اعمال این دادگاه‌ها را که در بسیاری موارد تلاش دارند تا اعمال و تصمیمات خود را به‌گونه‌ای ابراز دارند که ضعف‌های ساختاری، ابزاری و مفهومی موجود در حقوق بین‌الملل را به سمت تکامل و ارتقاء سوق دهند، توجیه می‌کند.

۶۲ ممتاز، «تدوین و توسعه حقوق بین‌الملل کیفری»، ۱۶۱.

از آنجا که این نظریه ذاتاً درصدد حل تعارضات مفهومی میان مفاهیم حقوقی موجود در راستای تکامل حقوق بین‌الملل است، لذا بر مبنای آن ذاتاً باید به سمت ایجاد سنخیت میان رویه‌های جدید در شناسایی عرف بین‌المللی از یک سو و اصل قانونی بودن جرم (که خود مبتنی بر حقوق بشر است) برآییم.

به نظر می‌رسد برای ایجاد سنخیت در تحول در شناسایی عرف مبتنی بر رویه‌های جدید از یک سو و اصل قانونی بودن جرم، باید به نوعی هدفمند سه شاخص زیر در نظام حقوقی در کنار هم و در یک راستا تحلیل شوند:

الف - توانایی مرتکب دایر بر شناسایی رفتار جنایتکارانه خود مبتنی بر نظام حقوقی در اینجا حقوق بین‌الملل (در راستای رعایت اصل قانونی بودن جرم)؛

ب - وجود مبنایی مشخص و غیرقابل تردید برای درک مفهومی جنایت بین‌المللی (در راستای اصل قانونی بودن جرم)؛

ج - وجود انگیزه کافی برای تکامل ساختار مقابله با مفاهیم ناهنجار (در اینجا انواع جنایات بین‌المللی) مبتنی بر حقوق بین‌الملل حتی با وجود فقدان رویه عملی کشورها (در راستای ایجاد تکامل در نظام حقوق بین‌الملل بشر).

با در کنار هم قرار دادن این سه شاخص معلوم می‌شود برای تحقق مفهوم «تحول» در شناسایی عرف باید اصول اولیه محاکمات عادلانه بین‌المللی (که اصل قانونی بودن جرم یکی از آنهاست) در کنار التزام مفهومی به تکامل قواعد بین‌المللی مورد توجه قرار گیرد. در این راستا در چهارچوب هم‌راستا کردن دو مفهوم تکامل حقوق و اصل قانونی بودن جرم شاید بتوان چنین استدلال کرد که شناخت عمل جنایتکارانه در نظام حقوق بین‌الملل حتی بدون مراجعه مستقیم به رویه کشورها ممکن است و به عبارتی درک مفهومی مصادیق جنایت بین‌المللی ارتباط مستقیمی با رویه دولت‌ها ندارد. برای مثال همان‌طور که اشاره شد یکی از مصادیق عدم توسل مستقیم محاکم به رویه کشورها استناد به شرط مارتنس است که بر مبنای این شرط «وجدان بشری» منبع شناسایی ناهنجاری‌های بین‌المللی تلقی می‌شود به خصوص ناهنجاری‌هایی که در چهارچوب مفهومی جنایات بین‌المللی به خصوص جنایات جنگی متحقق می‌گردد. به عبارت دیگر با این استدلال و با مستمسک قرار دادن شرط مارتنس، اصالتاً خود عرف بین‌المللی در چهارچوب وجدان عام بشری قرار می‌گیرد که مأخوذ از رفتار ابنا‌ی بشر است که با این متد استدلالی به نوعی عرفی‌ترین مقوله قابل شناخت تلقی می‌گردد و در نهایت عنوان می‌گردد که وجدان بشری خود منبع عرف بین‌المللی است و اعم بر تشخیص

رویه کشورهاست.

با این حال این گونه استدلال‌ها تا حدودی هم قابل انتقاد است چراکه اگر تا حدودی از مفاهیم مرتبط با مکاتب حقوق طبیعی خارج شده و بر پایه مکاتب مبتنی بر اثبات‌گرایی حقوقی اظهار نظر شود، موضوع بسیار متفاوت خواهد بود. توضیح آنکه در مکاتب مبتنی بر اثبات‌گرایی مسائل ماهوی و شکلی دایر بر شناخت گزاره‌های حقوقی به‌خصوص در مسائل مرتبط با احراز جرم و جرم‌انگاری، بر پایه شیوه‌های حقوقی اثبات‌پذیر و محدود<sup>۶۳</sup> صورت می‌پذیرد و به عبارتی در این مکتب موضوع اثبات‌پذیری و عینی بودن گزاره حقوقی بسیار مهم تلقی می‌شود. لذا بر مبنای مکتب‌های اثبات‌گرا برخورد قضایی احتمالی با متهم باید بر مبنای مسائل قطعی، اثبات‌پذیر و منجز صورت پذیرد و نباید بر پایه‌های مردد صورت گیرد به‌خصوص آنکه اعمال حقوق کیفری مبتنی بر مسئولیت کیفری فردی اشخاص است و با ضمانت‌اجرای مجازات صورت می‌پذیرد. در این راستا مسئله دیگری نیز قابل توجه است. در حقوق کیفری در مواردی که تردید در وجود قاعده‌ای به ضرر متهم وجود دارد، موضوع مورد نظر باید به نفع متهم مورد توجه قرار گیرد فلذا موارد مردد علی‌القاعده به نفع متهم باید تفسیر شود. لذا بر مبنای مفاهیم اثبات‌گرایی نمی‌توان مفهوم «تحول» در شناسایی عرف بین‌المللی را بر تافت چراکه استدلال‌های مدعیان تحقق «تحول» در شناسایی عرف بین‌المللی نمی‌تواند معنای مسجلی از جرم به‌خصوص در مقام جرم‌انگاری یا تعریف جرم به دست دهد و این امر قطعاً رأی دادگاه‌ها را که در شناسایی عرف از روش‌های غیر سنتی استفاده می‌کنند، تحت الشعاع قرار می‌دهد.

در استدلال دیگری در مقام توجیه مشروعیت رویه‌های جدید شناسایی جدید عرف و تحقق مفهوم «تحول» در شناسایی چنین عنوان می‌شود که «تحول» در شناسایی عرف به این جهت قابل دفاع است که روش‌های جدید در شناسایی عرف بین‌المللی می‌تواند مبتنی بر رویه‌های قضایی بین‌المللی قبلی باشد، چراکه رویه قضایی خود به‌عنوان یک منبع فرعی در استخراج قواعد حقوقی است و توسل به این رویه‌ها به‌نوعی اثبات‌کننده مشروعیت نسبی توسل به روش‌های جدید در شناسایی عرف است. در مقام موضع‌گیری به استدلال باید عنوان شود که این استدلال نمی‌تواند توجیه‌کننده اصل قانونی بودن جرم در محاکمات کیفری تلقی شود که با ابتناء بر اعمال شیوه‌های جدید شناسایی عرف بین‌المللی صورت

63. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals," 593.

می‌پذیرد. این نظریه به این جهت با اصل قانونی بودن جرم منافات دارد که آرای دادگاه‌هایی که درخصوص مسئله‌ای برای اولین بار به شناسایی عرف مبتنی بر روش غیرسنجی اقدام می‌کنند از نظر مبنایی می‌تواند بسیار ضعیف باشد و در نتیجه مقبولیت رأی و پذیرش رعایت عدالت را چه نزد حقوق دانان و چه نزد متهم بسیار مردد نماید. به علاوه انطباق آرای دادگاه‌هایی که به رویه‌های قبلی استناد می‌کنند نیز می‌تواند با اصل قانونی بودن جرم قابل تردید باشد، چراکه بر مبنای اصل نسبی بودن محاکمات بین‌المللی (که از اصول اولیه محاکمات بین‌المللی است و درخصوص دولت‌ها به طور قطع قابل استناد است)، به نظر می‌رسد متهم هم وقتی به عنوان یکی از تابعان<sup>۶۴</sup> حقوق بین‌الملل در حقوق بین‌الملل کیفری مورد محاکمه قرار گیرد بتواند به این اصل استناد کند. در واقع در این راستا متهم می‌تواند به احراز رویه‌های قضایی قبلی مبتنی بر شناسایی عرف‌های غیرقطعی اعتراض داشته باشد<sup>۶۵</sup> که به نظر می‌رسد این ایراد نیز می‌تواند تا حدود زیادی صحیح قلمداد شود. بالاخره آنکه توسل به این تفسیر از مفهوم «تحول» در شناسایی عرف بین‌المللی اساساً معیارهای اساسی جهت محدود کردن دادرس در شناسایی عرف بین‌المللی را مخدوش می‌سازد و منجر به اتخاذ عرف بین‌المللی از رویه‌های قضایی قبلی مردد می‌شود که هم از لحاظ متدیک این شیوه قابل قبول نیست و هم خود به نوعی اصل قانونی بودن جرم را متأثر می‌سازد.

این انتقادات زمینه‌ساز طرح نظریه‌ای دیگر توسط حقوق دانان درخصوص عدم مشروعیت توسل به روش‌های جدید شناسایی عرف توسط محاکم بین‌المللی است که از آن به عنوان «اختراع عرف» توسط دادگاه یاد می‌شود که رویه‌های جدید را غیرمعتبر دانسته و تقابل مفهومی این نظر با اصل قانونی بودن جرم محرز است.

#### ۴-۲- اختراع عرف و تقابل مفهومی این عبارت با اصل قانونی بودن جرم

همان‌طور که اشاره شد اختراع عرف عبارتی است که در بردارنده مفهوم مردود دانستن رویه‌های جدید دادگاه‌های بین‌المللی درخصوص شناسایی عرف است چراکه در اساسنامه هیچ سازمان یا نهاد بین‌المللی وظیفه اختراع عرف در نظر گرفته نشده است. در این خصوص

۶۴. تابعان اصلی حقوق بین‌الملل دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی هستند که در حقوق بین‌الملل کیفری

اشخاص نیز به طور خاص در مقام محاکمه می‌توانند تابع حقوق بین‌الملل تلقی شوند.

۶۵. توضیح آنکه رویه قضایی به جهت آنکه منبعی فرعی در حقوق بین‌الملل است نمی‌تواند جایگزین عرف بین‌المللی در جرم‌انگاری و تعریف جرم باشد.

باید گفت عرف بین‌المللی مفهومی است که از قبل وجود دارد و سازمان‌ها و نهادهای بین‌المللی تنها مأخوذ به آن هستند. استفاده از عبارت اختراع عرف توسط دادگاه‌های بین‌المللی نیز عکس‌العمل منفی بعضی حقوق‌دانان است که در مقام مواجهه با دست باز دادرسان عنوان شده است. این عکس‌العمل می‌تواند در چهارچوب وجود قطعی دکترین مخالف با رویه‌های جدید دادگاه‌های کیفری بین‌المللی مورد توجه قرار گیرد. به عبارتی این دکترین می‌تواند بیانگر رد رویه‌های قضایی جدید باشد که تا حدودی مبین تعارض مفهومی دو منبع از حقوق بین‌الملل است چراکه رویه قضایی و دکترین هردو از منابع فرعی حقوق بین‌الملل هستند و برتری ساختاری بر یکدیگر ندارند.

بر مبنای «اختراع عرف» توسل به شیوه‌های غیرستتی شناسایی به‌خصوص دادگاه‌های بین‌المللی کیفری که برای اولین بار در این وادی وارد شده‌اند، به‌نوعی تداعی‌کننده این مفهوم است که دادرسان یا دادگاه مسئله‌ای را در تعریف جرم یا جرم‌انگاری مبتنی بر عرف بین‌المللی دانسته که وجود آن با تردید اساسی مواجه است. سؤال اساسی اینجاست که آیا تصورات قضایی می‌تواند مبین عرف واقعی بین‌المللی باشد و به عبارتی آیا متد یا رویکرد جدید و خاص دادرسان وجود عرف بین‌المللی را تضمین می‌کند؟ که مشخصاً با این نوع استدلال پاسخ منفی محرز است.

قبول مفهوم اختراع عرف مبین آن است که رویه دادگاه در اتخاذ شیوه‌های جدید شناسایی عرف هیچ نوع سختیتی با اصل قانونی بودن جرم دربر ندارد و به‌هیچ‌وجه قابل‌توجیه نیست. در واقع با طرح این مفهوم مشخص است که حقوق‌دان دیگر نباید به‌دنبال انتقاد «توجه به حقوق متهم دایر بر تفسیر موارد مردد به نفع متهم باشد» (موضوعی که در بحث انتقاد به مفهوم «تحول» در شناسایی عرف بین‌المللی مطرح می‌شود)، بلکه باید پا را فراتر نهد و چنین عنوان دارد که همانا رویه‌های جدید دایر بر شناسایی عرف منجر به «خروج» دادگاه از صلاحیت موضوعی خود می‌شود. این «خروج موضوعی از صلاحیت»، مبتنی بر این مفهوم است که علی‌القاعده دادگاه نمی‌تواند هم در مقام ایجاد قاعده حقوقی (جرم‌انگاری یا تعریف جرم بین‌المللی) قرار گیرد و هم در مقام قضایی باشد که در خصوص قاعده‌ای که خود ایجاد کرده است، حکم دهد. این رویکرد مسلماً با پارادایم فعلی حاکم بر مفاهیم حقوقی در سطح جهانی مغایر است چراکه ایجاد قاعده و صدور حکم بر مبنای آن توسط دادگاه به‌هیچ‌وجه قابل‌قبول نیست که با عنوان شدن مفهوم «اختراع» عرف توسط دادگاه، عملاً این اتفاق حادث می‌شود.

در نتیجه باید گفت با توسل به نظریه «اختراع» عملاً روش‌های جدید شناسایی عرف منجر به خروج دادگاه از صلاحیت‌های اولیه و رعایت اصول منصفانه دادرسی‌های کیفری می‌باشد که مسلم است با داشتن این نگاه به روش‌های جدید شناسایی عرف بین‌المللی، اساساً نمی‌توان هیچ حقی برای دادگاه در خصوص استفاده از این شیوه‌ها را به رسمیت شناخت. مخالفین رویه‌های جدید شناسایی عرف، در مقام تکمیل استدلال‌های خود چنین عنوان می‌دارند که دادرسی باید در هنگام رسیدگی از منابع شناخته شده حقوقی استفاده کند که همانا معاهدات، عرف، رویه قضایی و دکترین هستند. چون در این چهارچوب «اختراع عرف» مفهوماً ارتباط با هیچ‌یک از منابع اصلی حقوق ندارد مخالفان رویه‌های جدید با این استدلال که قاضی اساساً نمی‌تواند عرف ایجاد کند و به علاوه عرف بین‌المللی جلوه‌ای از عملکرد حاکمیت‌هاست که در عرصه داخلی منجر به تقنین و در عرصه بین‌المللی منجر به شکل‌گیری عرف می‌شود، عملکرد جدید دادگاه‌ها بدون احراز رویه دولت‌ها (که بیانگر اراده آنهاست) را غیرحقوقی و غیرقابل دفاع می‌دانند. لازم به ذکر است که در این خصوص ژان بدن<sup>۶۶</sup> قوه مقننه را سرچشمه تجلی حاکمیت دولت‌ها می‌داند<sup>۶۷</sup> که در نظام بین‌المللی می‌توان مفهوم «تقنین» را به منزله شکل‌گیری قاعده مبتنی بر عرف بین‌المللی با شناسایی شاخصه اراده دولت‌ها، بر پایه رویه دولت‌ها دانست. مسلم است با ابتناء بر این مفاهیم حکم دادگاه بدون استناد به منابع معتبر حقوقی فاقد وجاهت خواهد بود که این امر در حقوق به طور عام و در حقوق بین‌الملل کیفری به طور خاص با توجه به اصل قانونی بودن جرم منافات دارد، چراکه اصل قانونی بودن جرم به طور مشخص اشاره به وجود قاعده برای جرم دانستن یک رفتار در نظام حقوقی دارد. به عبارت دیگر حقوق دان باید برای جرم دانستن یک عمل مأخوذ به منابع حقوقی یک نظام حقوقی باشد (مقصود از منابع حقوقی، صورت‌های ایجاد قواعد حقوقی است)<sup>۶۸</sup> و اختراع عرف به هیچ وجه نمی‌تواند به عنوان یک منبع حقوقی (در مفهوم صورت ایجاد قاعده حقوقی) در نظر گرفته شود.

## نتیجه

رهیافت سنتی برای شناسایی عرف بین‌المللی در گذشته مبتنی بر «رویه دولت‌ها» و «اعتقاد

66. Jean Bodin

۶۷ طباطبایی، «نظریه تفکیک قوا و سازمان‌دهی قدرت سیاسی نزد دولت»، ۱۷.

۶۸ کاتوزیان، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، ۱۱۹.



به الزامی بودن یک عمل در نظر دولت‌ها» بود و رویه کشورها به صورت سخت‌گیرانه با احراز اعمال مادی و فیزیکی قطعی کشورها صورت می‌گرفت؛ اما به تدریج دادگاه‌ها به نوعی به عدم احراز کامل «رویه دولت‌ها» مبادرت کردند. این موضوع موقعیتی را برای اعمال سلیقه قضات بین‌المللی ایجاد کرده که به زعم عده‌ای منجر به خروج دادگاه از صلاحیت‌هایش است و به نوعی «اختراع» قواعد عرفی بین‌المللی توسط دادگاه در حین رسیدگی به دعوی است. اما در عین حال حقوق‌دانانی معتقد هستند این رفتار دادگاه‌های بین‌المللی و علی‌الخصوص دادگاه کیفری یوگسلاوی سابق تحولی در شناسایی عرف است که کاملاً حساب شده و منطقی است. در این راستا با توجه به لزوم برخورد با پاره‌ای اعمال در حقوق کیفری بین‌المللی و توجه به کرامت انسان‌ها در همه مواقع ضروری نیست تا برای هر مسئله عرفی، رویه کامل تمام دولت‌ها مورد بررسی قرار گیرد و لذا می‌توان رویه عام دولت‌ها را به طرز ساده‌تری احراز کرد.

در این خصوص عده‌ای پا را فراتر نهاده‌اند و معتقدند در شرایط کنونی می‌توان عرف را فقط با توسل به نیت‌خوانی دولت‌ها و از طریق احراز عنصر معنوی، شناسایی کرد ولی به نظر می‌رسد این تلقی صحیح نباشد. در واقع این افراد به نوعی عنصر معنوی عرف بین‌المللی (Opino Juris) را مهم‌تر از عنصر مادی (بررسی رفتار کلامی و فیزیکی کشور) می‌دانند. این نظر به این جهت صحیح نیست که حذف عنصر مادی در هنگام شناسایی عرف اساساً عملی نیست و به علاوه در استدلالات دادگاه‌ها هم معمولاً مصادیقی در جهت انتساب به دولت‌ها مطرح می‌شود هر چند که قطعیت آنها با اتخاذ شیوه سنتی شناسایی عرف مردد است.

کاملاً مشخص است که این نحوه برخورد با عرف بین‌المللی در دادگاه‌های کیفری بین‌المللی دی‌الکتیکی بین اراده‌گرایی در حقوق بین‌الملل از یک سو و حقوق فطری بشری از سوی دیگر ایجاد می‌کند. این امر به معنای فراتر رفتن از روش‌های سنتی شناسایی عرف است. به این معنا که حقوق بشر و تألمات انسانی ناشی از اعمال غیرانسانی به دادرس فشار می‌آورد تا با دستمایه قرار دادن مصادیقی که قطعی، عملی، کامل و عام بودن آنها از لحاظ رویه دولت‌ها تا حدودی مردد است، زمینه محکومیت و جرم‌انگاری در خصوص اشخاص نقض‌کننده کرامات انسانی در عرصه گسترده ایجاد کند. اهمیت این مسئله در آن است که حقوق بین‌المللی سنتی مبتنی بر پوزیتیویسم حقوقی در مفهوم عام و اراده‌گرایی دولت‌ها در مفهوم خاص، تاب چنین مسئله‌ای را ندارد. این مسئله خود می‌تواند آثار مثبت و منفی متعددی داشته باشد.

در این راستا به نظر نمی‌رسد بتوان دادگاه‌های کیفری بین‌المللی را با عنوان «اختراع عرف بین‌المللی» در هنگام عدم احراز کامل فاکتور «رویه دولت‌ها» در هنگام شناسایی عرف بین‌المللی مورد سرزنش قرار داد، چراکه در مجموع نگاهی هدفمند دایر بر ارتقای کرامات انسانی در پشت آن نهفته است و شاید بتوان گفت که در عمل اطلاق عبارت «تحول در شناسایی عرف بین‌المللی» در محاکم بین‌المللی در حوزه مورد بحث صحیح‌تر باشد. اما به هر حال شاید بتوان گفت به جهت وجود ابهامات نسبی در تأسیس و جرم‌انگاری<sup>۶۹</sup> از یک سو و نحوه شناسایی عرف بین‌المللی حداقل در دادگاه‌های کیفری نسل دوم و اینکه حداقل به زعم پاره‌ای حقوق دانان برخورد با متهمان در مواردی با تکیه بر مصادیق مردد عرفی شکل گرفته است؛ نسل دوم دادگاه‌های کیفری بین‌المللی تنها به دو مورد یوگسلاوی و رواندا محدود ماند.

69. Jeffrey, "The Two Wrongs Do Make a Right: The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia was Established Illegally - But it was the Right Thing to Do ... So Who Cares," 418-419.

## فهرست منابع

## الف. منابع فارسی

- آنتونی، راجرز، پل مالرب. قواعد کاربردی حقوق مخاصمات مسلحانه. ترجمه کمیته ملی حقوق بشردوستانه. تهران: انتشارات امیرکبیر، ۱۳۸۲.
- باقری ایبانه علیرضا. «انسجام حقوقی در حقوق کیفری بین‌المللی». پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی ۹ (۱۳۹۶): ۱۴۵-۱۶۹.
- حسینی نژاد، حسینقلی. حقوق کیفری بین‌المللی. چاپ اول. تهران: نشر جنگل، ۱۳۷۳.
- زرنشان، شهرام. «مفهوم و ماهیت عنصر مادی در فرایند شکل‌گیری قواعد حقوق بین‌الملل عرفی». پژوهش‌های حقوق تطبیقی (۱۳۹۳): ۷۷-۱۰۰.
- طباطبایی سید محمد. «نظریه تفکیک قوا و سازمان‌دهی قدرت سیاسی نزد دولت». فصلنامه دولت‌پژوهی ۱۲ (۱۳۹۶): ۱-۳۵.
- عزیزی، ستار، علی مختاری مطلق. «عناصر قواعد عرفی در پرتو گزارش سال ۲۰۱۴ گزارشگر ویژه کمیسیون حقوق بین‌الملل ۲۰۱۴». پژوهش‌های روابط بین‌الملل ۱۸ (۱۳۹۴): ۱۸۲-۱۳۷.
- کاتوزیان ناصر. مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران. تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳.
- ممتاز، جمشید. «تدوین و توسعه حقوق بین‌الملل کیفری». مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی ۱۵ (۱۳۷۳): ۱۶۶-۱۴۳.
- موسی‌زاده، رضا. بایسته‌های حقوق بین‌الملل عمومی. چاپ بیستم. تهران: انتشارات میزان، بهار ۱۳۹۱.
- مومنی، مهدی. «اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها در دادرسی‌های کیفری بین‌المللی». مجله حقوقی بین‌المللی ۵۵ (۱۳۹۵): ۱۸۴-۱۵۹.
- مومنی، مهدی. حقوق بین‌المللی کیفری. چاپ اول. تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۳.

## ب. منابع خارجی

- Arajärvi, Noora. *The Changing Nature of Customary International Law, Methods of Interpreting the Concept of Custom in International Criminal Tribunals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- Arajärvi, Noora. "The Role of the International Criminal Judge in the Formation of Customary International Law." *European Journal of Legal Studies* (2007), Accessed August 16, 2018. <http://ssrn.com/abstract=1599668>.
- Brownlie, Ian. *The Rule of Law in International Affairs*. The Hague: Martinus Nijhoff Publisher, 1998.
- Cassese, Antonio. "Balancing the Prosecution against Crimes against Humanity and Non-Retroactive Criminal Law the Kolk and Kislyiy v. Estonia Case before the ECHR." *Journal of International Criminal Justice* 4 (2006): 410-418.
- Corey, Ian. "The Fine Line between Policy & Customs, Prosecutor Vs Tadic & the

Customary International Law & Internal Conflicts.” *Military Law Review* 166 (2000): 145-158.

Ferreria Rocha, Andre, Carvalho Cristeli, Fernanda Machry and Pedro Rigon. “Formation and Evidence of Customary International Law,” *UFRGSM Model United Nations Journal* 1 (2013): 182-201.

Greenwood, Christopher. “Command Responsibility and the Hadžihasanović Decision.” *Journal of International Criminal Justice* 2 (2004): 598-605.

Hart H.L.A. “Positivism and the Separation of Law and Morals.” *Harvard Law Review* 71 (1958): 593-629.

Jeffrey, Davis. “The Two Wrongs Do Make a Right: The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia was Established Illegally - But it was the Right Thing to do ... So Who Cares.” *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 28 (2002): 396-420.

Sellars Kirsten. “Imperfect Justice at Nuremberg and Tokyo.” *The European Journal of International Law* (2011): 1085-1102.

Shahabuudin, Mohamad. “Does the Principle of Legality Stand in the Way of Progressive Development of Law?.” *Journal of International Criminal Justice* (2004): 1007-1017.

Talmon, Stephan. “Determining Customary International Law: The ICJ s Methodology between Induction, Deduction and Assertion.” *The European Journal of International Law* 26 (2015): 418-444.