

Customary International Law: The Source of Substantive Rules in the Framework of the International Criminal Court

Homayoun Habibi*¹ Saleheh Ramezani²

1. Associate Professor, Department of International Law, Faculty of Law and Political Sciences, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran.

*. **Corresponding Author:** Email: h_habibi@atu.ac.ir

2. Ph.D. Student in Public International Law, Faculty of Law and Political Sciences, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran.

Email: saleheh.ramezani@gmail.com



S.D.I.L.
The SD Institute of Law
Research & Study



Publisher:

Shahr-e- Danesh
Research And Study
Institute of Law

Article Type:

Original Research

DOI:

10.22034/JCLC.2022.321050.1619

Received:

17 February 2021

Accepted:

6 June 2021

Published:

22 August 2022



ABSTRACT

Contrary to the Statutes of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda, which specify only the jurisdiction of those tribunals and the Applicable Law should be sought elsewhere, Article 21 of the Rome Statute sets out the applicable law by the International Criminal Court (ICC). A noteworthy point in Article 21 is that there is no explicit reference to Customary International Law as a legal source applicable by the International Criminal Court, then some consider this silence to be an end to the role of Custom as a legal source in the ICC's setting and International Criminal Law in general.

On the other hand, some still believe that the ICC can invoke Customary International Law as a substantive source of law. This article,

Copyright & Creative Commons:

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



www.SID.ir

after referring to other procedures of the International Criminal Tribunals and expressing opposing and agreeing views in International Criminal Law, finally shows that in special cases, invoking custom is the only way to exercise criminal jurisdiction over certain crimes and establish Individual Criminal Responsibility within the framework of the Statute of the International Criminal Court.

Keywords: Customary International Law, International Criminal Court, International Criminal Law, Legal Source, Individual Criminal Responsibility.

Excerpted from the dissertation entitled "Customs in International Criminal Law", Allameh Tabataba'i University, Faculty of Law and Political Sciences

Funding: The author(s) received no financial support (funding, grants, and sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

Author Contributions:

Homayoun Habibi: Conceptualization, Methodology, Software, Validation, Formal analysis, Investigation, Resources, Data Curation, Writing - Review & Editing, Supervision, Project administration.

Saleh Ramezani: Conceptualization, Methodology, Software, Formal analysis, Investigation, Resources, Writing - Original Draft.

Competing interests: The authors declare that they have no competing interests.

Citation:

Habibi, Homayoun and Saleh Ramezani "Customary International Law: The Source of Substantive Rules in the Framework of the International Criminal Court" *Journal of Criminal Law and Criminology* 10, no. 19 (August 22, 2022): 7-36.

Extended Abstract

The issue of legal resources of the Criminal Law is significant not only in the domestic tribunals and proceedings but also in the International Criminal Tribunals and Courts. In International Criminal Law, which deals with criminal prosecution and punishment of individuals, the identification of applicable legal resources for acts committed and the realization of Individual Criminal Responsibility is one of the key and primary issues that despite the establishment of the International Criminal Court (ICC) and its Statute and the Elements of Crimes document should still be considered.

Contrary to the Statutes of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda, which specify only the jurisdiction of those tribunals and the Applicable Law should be sought elsewhere, Article 21 of the Rome Statute sets out the Applicable Law in the framework of the International Criminal Court. A noteworthy point in Article 21 is that there is no explicit reference to Customary International Law as a legal source applicable by the International Criminal Court. Then some consider this silence to be an end to the role of Custom as a legal source in the ICC's setting and International Criminal Law in general.

On the other hand, some still believe that the International Criminal Court can invoke Customary International Law as a substantive source of law. Despite the ratification of the Rome Statute and the existence of an international document to determine the limits and powers of the International Criminal Court, situations may be referred to that body that are not under its jurisdiction at the time of its occurrence. In such cases where the Statute as an international treaty is not applicable to those situations, the legal source of the International Criminal Court will be Customary Law as an unwritten source. Notwithstanding, some taking into account the previous International Criminal Tribunals and Courts and their experiences and the conditions that must be observed based on the Principle of Legality, consider the formation of the International Criminal Court as the end point of citing Custom as a legal source in International Criminal Law in general.

According to the nature of International Criminal Law and its involvement in International Crimes and Individual Criminal Responsibility, the rules whose violation leads to the criminal responsibility of the perpetrator should be clear and transparent. But this does not mean that violating customary international rules does not lead to criminal responsibility.

The role of Custom in the Rome Statute is secondary and only in

cases where the International Criminal Court is unable to identify the necessary applicable rules at the time of the commitment of the alleged acts by referring to the Statute or the Elements of Crimes document. Notwithstanding, the Court still would be able to identify the International Customary Law. Contrary to the position of lawyers opposed to the role of Custom in International Criminal Law, this source has a dual function within the framework of the International Criminal Court; It is both a legal source for establishing the Individual Criminal Responsibility and a tool for interpreting the Rome Statute.

In exceptional cases and when the jurisdiction of the Court should be applied retroactively, substantive criminal provisions of the Rome Statute will not be able to be applied to those situations. So Customary International Law shall be considered the substantive and primary legal source in the framework of the Court.

The only noteworthy point in this regard is that the Court must pay more attention to the identification and observance of the customary rules that must be in force at the time of committing the alleged actions. So it would not be accused of forming law and legislating through Custom like its predecessors.

Then, the main question of this article is whether it is possible to invoke the Custom as a legal source to exercise criminal jurisdiction over certain crimes and establish Individual Criminal Responsibility within the framework of the International Criminal Court or not? In this article, after reviewing the procedures of the International Criminal Tribunals and Courts in resorting to the Custom as a legal source, then examining the views of opponents and proponents of citing Custom to establish the Individual Criminal Responsibility, then the Rome Statute and procedure of the International Criminal Court have been examined to answer this question.

حقوق بین‌الملل عرفی: منبع قواعد ماهوی در چهارچوب دیوان کیفری بین‌المللی

همايون حبيبي*^۱ صالحه رضاني^۲

۱. دانشیار، گروه حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران.

*: نویسنده مسؤؤل: Email: h_habibi@atu.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران.

Email: saleh.ramezani@gmail.com

چکیده:

برخلاف اساسنامه‌های دادگاه‌های کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق و رواندا که تنها دامنه صلاحیت آن دادگاه‌ها را مشخص کرده و حقوق قابل اعمال توسط مراجع رسیدگی‌کننده باید در جای دیگری جست‌وجو می‌شد، اساسنامه رم ذیل ماده ۲۱ به بیان حقوق قابل اعمال توسط دیوان کیفری بین‌المللی پرداخته است. نکته قابل توجه در این ماده آن است که هیچ اشاره صریحی به حقوق بین‌الملل عرفی به‌عنوان منبع حقوقی قابل اعمال توسط دیوان کیفری بین‌المللی نشده و برخی این سکوت را قرینه‌ای بر پایان نقش عرف به‌عنوان منبع حقوقی در فضای دیوان و به‌طور کلی حقوق بین‌الملل کیفری دانسته‌اند. درحالی که در نقطه مقابل، عده‌ای همچنان قائل بر امکان استناد دیوان به حقوق بین‌الملل عرفی در قالب یک منبع حقوقی ماهوی می‌باشند. این نوشتار بعد از اشاره به رویه‌های دیگر دادگاه‌های کیفری بین‌المللی و بیان دیدگاه‌های مخالف و موافق توسل به عرف بین‌المللی در حقوق بین‌الملل کیفری، درنهایت

کپی‌رایت و مجوز دسترسی آزاد:



کپی‌رایت مقاله در مجله پژوهش‌های حقوقی نزد نویسنده (ها) حفظ می‌شود. کلیه مقالاتی که در مجله پژوهش‌های حقوقی منتشر می‌شوند با دسترسی آزاد هستند. مقالات تحت شرایط مجوز 4.0 Creative Commons Attribution Non-Commercial License منتشر می‌شوند که اجازه استفاده، توزیع و تولید مثل در هر رسانه‌ای را می‌دهد، به شرط آنکه به مقاله استناد شود. جهت اطلاعات بیشتر می‌توانید به صفحه سیاست‌های دسترسی آزاد نشریه مراجعه کنید.



پژوهشکده حقوق



دانشگاه تهران

دانشگاه تهران

نوع مقاله:

پژوهشی

DOI:

10.22034/JLC.2022.321050.1619

تاریخ دریافت:

۲۸ بهمن ۱۴۰۰

تاریخ پذیرش:

۱۶ خرداد ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۳۱ مرداد ۱۴۰۱



www.SID.ir

نشان می‌دهد که در مواردی خاص استناد به عرف تنها راه اعمال صلاحیت کیفری نسبت به برخی جنایات و احراز مسؤلیت کیفری بین‌المللی فردی در چهارچوب اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی است.

کلیدواژه‌ها:

حقوق بین‌الملل عرفی، دیوان کیفری بین‌المللی، حقوق بین‌الملل کیفری، منبع حقوقی، مسؤلیت کیفری فردی.

برگرفته از رساله با عنوان «عرف در حقوق بین‌الملل کیفری»، دانشگاه علامه طباطبائی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی

حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

مشارکت نویسندگان:

همایون حبیبی: مفهوم‌سازی، روش‌شناسی، استفاده از نرم‌افزار، اعتبار سنجی، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، نظارت بر داده‌ها، نوشتن - بررسی و ویرایش، نظارت، مدیریت پروژه.

صالحه رضانی: مفهوم‌سازی، روش‌شناسی، استفاده از نرم‌افزار، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، نوشتن - پیش‌نویس اصلی.

تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

استناددهی:

حبیبی، همایون و صالحه رضانی «حقوق بین‌الملل عرفی: منبع قواعد ماهوی در چهارچوب دیوان کیفری بین‌المللی». مجله پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی ۱۰، ش. ۱۹ (۳۱ مرداد، ۱۴۰۰): ۷-۳۶٪

مقدمه

با تأسیس دادگاه‌های بین‌المللی نورنبرگ و توکیو و سپس، دادگاه‌های کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق و رواندا، آنها باید حقوقی را اعمال می‌کردند که مقدم بر تأسیسشان نقض شده بود. از این رو، به خاطر فقدان حقوق بین‌الملل معاهده‌ای قابل اجرا در پرونده‌های نورنبرگ و توکیو و به دلیل وضعیت حقوق معاهده‌ای نامشخص در قضایای یوگسلاوی سابق، محاکمات کیفری متهمان تنها با اتکا بر منبع حقوق بین‌الملل عرفی ممکن شد. برای مثال، بعد از تصویب قطعنامه ۸۰۸ مصوب ۱۹۹۳ شورای امنیت در خصوص تأسیس دادگاه بین‌المللی برای رسیدگی به جرایم ارتكابی در یوگسلاوی سابق، دبیرکل سازمان ملل متحد در گزارش خود پیرامون بند ۲ همان قطعنامه بر این نکته تأکید کرد که دادگاه باید قواعدی را اجرا کند که بدون شک بخشی از حقوق عرفی هستند. این مهم باعث شد تا برخی حقوق دانان و صاحب‌نظران با استناد به اصل قانونی بودن جرم و مجازات مشروعیت دادرسی‌های آن محاکم را زیر سؤال ببرند. به‌زعم آنان تعاریف جنایات بر اساس حقوق بین‌الملل عرفی غیرصریح و مبهم بوده و این ابهام با اصل قانونی بودن که بیانگر لزوم وضوح و صراحت قاعده حقوقی است، در تعارض آشکار است.^۱ این دسته از حقوق دانان معتقدند اگرچه عملکرد قضایی از زمان محاکم نورنبرگ تاکنون نشان داده که جنایات بین‌المللی به‌طور کلی می‌توانند از طریق توسل به حقوق بین‌الملل عرفی شناسایی شوند، در دوران حاضر به موازات تقویت جایگاه اصل قانونی بودن در حقوق بین‌الملل کیفری و به‌ویژه با تأسیس دیوان کیفری بین‌المللی و عدم درج «عرف بین‌المللی» به‌عنوان منبع حقوقی قابل اعمال توسط آن مرجع ذیل ماده ۲۱ اساسنامه رم، دیگر امکان احراز مسؤلیت کیفری فردی بر مبنای حقوق عرفی وجود ندارد.^۲

در مقابل، از نظر برخی دیگر اساساً دلیلی مبنی بر عدم امکان استناد به حقوق بین‌الملل عرفی به‌عنوان مبنایی جهت احراز مسؤلیت کیفری فردی وجود ندارد. چراکه علاوه بر اتکای همیشگی دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق بر حقوق بین‌الملل عرفی در دادرسی‌های خود، عدم تصریح اساسنامه رم به آن منبع به معنای پایان نقش عرف به‌عنوان منبع حقوقی در چهارچوب دیوان کیفری بین‌المللی نیست. این عده ضمن انتقاد از تأثیرپذیری مذاکره‌کنندگان کنفرانس رم از اصل قانونی بودن در حقوق داخلی و اکراه آنها از ذکر صریح «حقوق بین‌الملل عرفی» به‌عنوان منبع، که به ابهام در ماده ۲۱ منتج شده است، معتقدند حتی در وضعیت فعلی نیز این ماده مانع استناد به عرف در دعاوی مطروحه نزد آن دیوان به‌شمار نمی‌آید.

این مقاله پس از مرور نحوه توسل به عرف در دادگاه‌های کیفری ویژه (بند ۱) و اشاره به دیگر

1. ILC, Yearbook of the International Law Commission, Vol. I: Summary Records of the Meetings of the 40th Session 9 May-29 July 1988, at 70, para. 58.

2. Abdul Koroma, "Foreword," in *Customary International Humanitarian Law*, Vol. I: Rules, Ed. Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), xiii; Dov Jacobs, "Positivism and International Criminal Law: The Principle of Legality as a Rule of Conflict of Theories," in *International Legal Positivism in a Post-Modern World*, Ed. Jörg Kammerhofer and Jean D'Aspremont. (Cambridge: Cambridge University Press, 2014), 631.

کاربردهای عرف در این گونه دادگاه‌ها (بند ۲)، ضمن بررسی نظرات مخالفین و موافقین استناد به عرف جهت احراز مسؤولیت کیفری فردی (بند ۳)، در نهایت اساسنامه و رویه دیوان کیفری بین‌المللی را برای پاسخ به این مسأله مورد مذاقه قرار داده است (بند ۴).

۱- سابقه پذیرش مسؤولیت کیفری فردی ناشی از نقض قواعد عرفی نزد دادگاه‌های کیفری موردی سابق

به‌طور کلی برای ایجاد مسؤولیت کیفری فردی، ابتدا باید قواعد و مقرراتی وجود داشته باشند که نقض آنها موجب تحقق مسؤولیت گردد. بدین خاطر است که طبق ماده ۲۲ اساسنامه رم، «هیچ‌کس به‌موجب این اساسنامه، مسؤولیت کیفری نخواهد داشت مگر اینکه عمل وی در زمان وقوع، منطبق با یکی از جنایاتی باشد که در صلاحیت دیوان است.»^۳ با طرح این پرسش که آیا دادگاه‌ها و دیوان‌های کیفری بین‌المللی به‌طور کلی و دیوان کیفری بین‌المللی به‌طور خاص می‌توانند با استناد به نقض قواعد بین‌المللی عرفی مسؤولیت کیفری فردی را احراز نمایند، مسأله اساسی این است که آیا نقض قواعد عرفی می‌تواند منجر به تحقق مسؤولیت کیفری مرتکب گردد یا خیر. در ادامه پاسخ این سؤال ابتدا از منظر دادگاه‌های کیفری بین‌المللی شامل دادگاه نظامی نورنبرگ و دادگاه‌های کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق و رواندا مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۱- حقوق بین‌الملل عرفی در دادگاه بین‌المللی نظامی نورنبرگ

محاکمه جنایتکاران جنگی بزرگ در دادگاه نورنبرگ اولین فرصت اعمال مستقیم حقوق بین‌الملل کیفری توسط دادگاهی بین‌المللی بود. البته این امر چندان هم بی‌سابقه نبود؛ زیرا همان‌طوری که جنایات جنگی و تجاوز پیش‌تر از اواسط قرن بیستم ارتکاب یافته بودند، رسیدگی‌های قضایی در مورد جنایات جنگی از مدت‌ها قبل نیز انجام می‌شدند. با وجود این، تأسیس دادگاه نورنبرگ نقطه‌ای مرکزی در شکل دادن به مسؤولیت کیفری فردی ناشی از ارتکاب جنایات بین‌المللی و تعریف محدوده چنین جنایاتی بود.^۴ بنابراین، مسؤولیت کیفری فردی در حقوق بین‌الملل به‌طور کلی برای اولین بار در دادرسی‌های نورنبرگ صورت خارجی به خود گرفت.

دادگاه نورنبرگ با استناد به ماده ۶ (ب) منشور خود که امکان تعقیب فهرستی نامحدود از «نقض‌های حقوق یا عرف‌های جنگی» را به آن نهاد اعطا نموده، تعقیب کیفری بین‌المللی مجرمان را بر اساس عرف انجام داد. از نظر آن دادگاه، حقوق جنگ نه تنها از طریق معاهدات، بلکه از عملکردهای دولتی و عرف‌هایی که به تدریج مورد شناسایی جامعه جهانی واقع شده و نیز اصول

۳. برای مطالعه بیشتر در خصوص اصول انتساب مسؤولیت کیفری فردی در چهارچوب اساسنامه رم نک: زهرا کسمتی، «اصول انتساب مسؤولیت کیفری فردی در چهارچوب اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری»، (رساله دکترا، تهران: دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۸۷).

4. Noora Arajärvi, *The Changing Nature of Customary International Law: Methods of Interpreting the Concept of Custom in International Criminal Tribunals* (New York: Routledge, 2014), 38.

کلی عدالت قابل استنباط است. چنین حقوقی پویا بوده و می‌تواند هم‌زمان با تغییر فضای بین‌المللی خود را با نیازهای جهانی منطبق نماید.^۵ برای مثال، دادگاه نورنبرگ در ارتباط با جنایات جنگی به صراحت پذیرفت که کنوانسیون چهارم لاهه در خصوص حقوق و عرف‌های جنگ زمینی ۱۹۰۷^۶ بیانگر وجود حقوق بین‌الملل عرفی بوده و می‌تواند به‌طور مستقیم مسؤولیت کیفری فردی را ایجاد نماید.^۷ در خصوص جنایات علیه صلح، دادگاه بیان داشت که ممنوعیت برپا کردن جنگ تجاوز کارانه در قالب قاعده‌ای عرفی از قبل توسعه یافته، زیرا این قاعده پیش‌تر در پیمان ۱۹۲۸ پاریس (پیمان بریان - کلگ) تدوین شده است.^۸ دادگاه با استناد به اندک اسناد مرتبط با نقض‌های صلح که به استثنای کنوانسیون چهارم فوق‌الذکر از نظر حقوقی الزام‌آور نبودند و بدون توجه به اینکه «آیا و تا چه حدی جنگ تجاوز کارانه قبل از اجرای توافق لندن یک جنایت بوده»، ممنوعیت چنین جنگی را طبق عرف بین‌المللی مورد شناسایی قرار داد.^۹

دادگاه صرفاً با بیان اینکه «تا جایی که اعمال غیرانسانی مندرج در کیفرخواست، و ارتکاب یافته بعد از شروع جنگ، جنایات جنگی را ایجاد نکرده‌اند، همگی آنها در راستای انجام جنگی تجاوز کارانه، یا در ارتباط با آن، ارتکاب یافته، و از این طریق جنایات علیه بشریت را ایجاد کرده‌اند»، جنایات علیه بشریت را به جنایات جنگی و جنایت تجاوز مرتبط ساخته و از این طریق، آنها را ذیل حقوق بین‌الملل عرفی قرار داد.^{۱۰} برخی با انتقاد از روش جست‌وجوی حقوق بین‌الملل عرفی در نورنبرگ اظهار داشتند که حقوق اعمالی در این دادگاه، به‌جای اینکه بیانگر حقوق بین‌الملل عرفی آن‌گونه که هست^{۱۱} باشد، به‌طور گسترده بیانی از حقوق آن‌گونه که باید باشد^{۱۲} بوده است. با این حال، صرف‌نظر از انتقادهای صورت گرفته، محاکمات نورنبرگ هسته مرکزی تکامل حقوق بین‌الملل کیفری مدرن به‌شمار می‌روند؛ زیرا بعد از تدوین اصول آن در اسناد حقوقی متعدد، آرای قضایی داخلی و بین‌المللی و نیز بیانی‌ها و گزارش‌های دولت‌ها و دیگر تابعان مطابق با آن اسناد صادر شده و با پیوند میان عملکرد واقعی دولتی و اعتقاد حقوقی، اصول آن دادرسی‌ها به تدریج به‌عنوان قواعد حقوق بین‌الملل عرفی رشد کرده‌اند.^{۱۳}

5. International Military Tribunal (Nuremberg), "France et al. v. Göring et al.," *The American Journal of International Law* 41 (1947), 219.

6. Hague Convention IV Respecting the Laws and Customs of War on Land, 18 October 1907.

7. IMT: Nuremberg Judgment, Part 22, 22 August to 1 October 1946, 53, 79 and 148.

8. *Ibid.*, 51.

9. IMT: Nuremberg Judgment, 106.

عملکرد دادگاه در توجه به آن اسناد به‌عنوان شواهدی دال بر وجود حقوق بین‌الملل عرفی مورد انتقاد واقع شده است. چراکه به‌زعم برخی، در رأی صادره مبنای دقیقی که بیانگر وجود هر دو عناصر عملکرد دولت و اعتقاد حقوقی باشد ارائه نشده است.

George Schwarzenberger, "The Judgment of Nuremberg," *Tutlane Law Review* ۳۴۷-۳۴۵: (۱۹۴۷) ۲۱.

10. IMT: Nuremberg Judgment, 80.

۱۱. *lex lata* (حقوق موجود = حقوق آن‌گونه که هست)

۱۲. *lex ferenda* (حقوق مطلوب = حقوق آن‌گونه که باید باشد)

13. Arajärvi, *op.cit.*, 41-42.

۱-۲- حقوق بین‌الملل کیفری عرفی از دادگاه نورنبرگ تا دادگاه‌های کیفری بین‌المللی ویژه

علی‌رغم عدم تصریح اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق به حقوق قابل اعمال توسط این نهاد، پیش‌نویسان آن به‌منظور جلوگیری از نقض اصل قانونی بودن، صلاحیت دادگاه را محدود به جنایات مبتنی بر حقوق بین‌الملل عرفی نمودند.^{۱۴} از سوی دیگر، ماده ۳ اساسنامه همانند ماده ۶ (ب) منشور نورنبرگ با اشاره به «حقوق یا عرف‌های جنگی» زمینه اعمال گسترده این حقوق و عرف‌ها را فراهم نمود؛ به‌گونه‌ای که قضات از همان روزهای ابتدایی فعالیت دادگاه، به‌منظور توجیه مفهوم موسع اعطایی به ماده ۳ اساسنامه - که از آن با عنوان «قاعده چتر»^{۱۵} یاد شده - به حقوق عرفی استناد کرده و هرگونه نقض جدی قاعده‌ای از حقوق بین‌الملل بشردوستانه عرفی را متضمن مسؤولیت کیفری فردی مرتکب دانستند.

شعبه تجدیدنظر این دادگاه در پرونده تادیچ^{۱۶} به هنگام بررسی درخواست تجدیدنظر نسبت به صلاحیت^{۱۷} در عمل، سعی نمود قاعده‌ای عرفی را احراز کند که نقض‌های شدید در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی را به‌عنوان جنایات جنگی جرم‌انگاری می‌نماید.^{۱۸} از نظر شعبه بر اساس ماده ۳ اساسنامه دادگاه، جنایات می‌توانند به خاطر «تمامی» نقض‌های حقوق یا عرف‌های جنگی تحت تعقیب قرار گیرند.^{۱۹} بدین ترتیب، «فقدان مقررات معاهده‌ای که به‌صراحت مسؤولیت کیفری را شناسایی می‌کنند [...] نباید به‌گونه‌ای تفسیر شود که به معنای فقدان چنین مسؤولیت کیفری فردی باشد.»^{۲۰} در ادامه شعبه سعی نمود با ارزیابی شواهد موجود، «شناسایی آشکار و صریح هنجار [و] عملکرد دولتی را که بیانگر قصد جرم‌انگاری هنجار است [...]» نشان دهد.^{۲۱} بنابراین، مرجع تجدیدنظر با توسعه حقوق قابل اعمال در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی، نقض‌های ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های ژنو، پروتکل الحاقی دوم ۱۹۷۷ و قواعد حقوق لاهه که در حقوق عرفی توسعه یافته‌اند را نیز موجب تحقق مسؤولیت کیفری فردی دانست. بعدها همان شعبه با اشاره به اینکه قاعده نقض شده حقوق بین‌الملل بشردوستانه باید در ماهیت عرفی باشد، اعلام کرد اگر قاعده نقض شده معاهده‌ای باشد، باید: «۱- در زمان ارتکاب جنایت ادعایی به‌طور مسلم بر طرفین الزام‌آور بوده و هنجارهای تخطی‌ناپذیر حقوق بین‌الملل را نادیده نگیرد؛ ۲- و نقض جدی آن قاعده باید،

14. ICTY, "The Prosecutor v. Tadić", Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case No. (IT-94-1-AR72), 2 October 1995, para. 94 (hereafter Tadić Jurisdiction Appeal).

15. umbrella rule

ICTY, "The Prosecutor v. Furundžija", Trial Chamber, Judgment, Case No. (IT-95-17/1), 10 December 1998, para. 133.

16. Tadić

17. Tadić Interlocutory Appeal on Jurisdiction

18. Tadić Jurisdiction Appeal, paras. 97-137.

19. Ibid., para. 87.

20. Ibid., para. 128.

21. Ibid., paras. 128-134.

طبق حقوق عرفی یا معاهده‌ای، دربردارندهٔ مسؤلیت کیفری فردی شخص ناقص قاعده باشد.^{۲۲} خلاصه اینکه شعبه در عمل حقوق بین‌الملل کیفری عرفی را حقوقی قابل اعمال برای دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق دانست که بعدها در پرونده‌های دیگر آن دادگاه نیز مورد تبعیت واقع شد.^{۲۳} برای مثال، در پرونده پرلیچ، متهم با استناد به آرای شعبه‌های فوق‌العاده در دادگاه‌های کامبوج^{۲۴} و دیوان کیفری بین‌المللی وجود مفهوم فعالیت مجرمانه مشترک^{۲۵} در حقوق بین‌الملل عرفی را رد نمود،^{۲۶} اما شعبه رسیدگی‌کننده ضمن انکار استدلال وی نتیجه گرفت که وضعیت عرفی مسؤلیت ناشی از فعالیت مجرمانه مشترک در رأی تجدیدنظر تادیب تصدیق شده است.^{۲۷} در نتیجه، این اندیشه که قواعد عرفی هم از منابع حقوق بین‌الملل کیفری بوده و می‌توانند متضمن مسؤلیت کیفری فردی باشند، در پرونده‌های دیگر آن دادگاه تقویت گردید.^{۲۸}

همچنین، رویه قضایی دیگر دادگاه‌های بین‌المللی و مختلط هم از قابلیت استناد به حقوق بین‌الملل کیفری عرفی حمایت کرده‌اند؛^{۲۹} اگرچه در اساسنامه‌های آنها به‌طور مستقیم و به‌صراحت ذکری از قواعد عرفی به میان نیامده است.^{۳۰} توضیح آنکه، علاوه بر استفاده از حقوق عرفی در بررسی

22. Ibid., paras. 94 and 143.

23. ICTY, "The Prosecutor v. Prlić et al.", Trial Chamber, Judgement, Case No. (IT-04-74-T), 29 May 2013, para. 142 (hereafter Prlić Trial Judgement); ICTY, "The Prosecutor v. Perišić", Trial Chamber, Judgement, Case No. (IT-04-81-T), 6 September 2011, para. 75; ICTY, "The Prosecutor v. Krajišnik", Trial Chamber, Judgement, Case No. (IT-00-39-T), 27 September 2006, para. 842; ICTY, "The Prosecutor v. Orić", Trial Chamber, Judgment, Case No. (IT-03-68-T), 30 June 2006, para. 257; ICTY, "The Prosecutor v. Halilović", Trial Chamber, Judgement, Case No. (IT-01-48-T), 16 November 2005, para. 30 (hereafter Halilović Trial Judgement); ICTY, "The Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura", Trial Chamber, Judgement, Case No. (IT-01-47-T), 15 March 2006, para. 17; ICTY, "The Prosecutor v. Limaj et al.", Trial Chamber, Judgment, Case No. (IT-03-66-T), 30 November 2005, para. 175; ICTY, "The Prosecutor v. Blagojević et al.", Trial Chamber, Judgement, Case No. (IT-02-60-T), 17 January 2005, para. 537.

24. Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (ECCC)

25. Joint Criminal Enterprise (JCE)

26. Prlić Trial Judgement, paras. 206-207.

27. Ibid., para. 210.

28. ICTY, "The Prosecutor v. Delalić et al.", Appeals Chamber, Judgment, Case No. (IT-96-21-A), 20 February 2001, paras. 64-72; ICTY, "The Prosecutor v. Šainović et al.", Appeals Chamber, Judgement, Case No. (IT-05-87/1-A), 23 January 2014, paras. 1626-1650; Kunarac Appeal Judgment, paras. 98-101.

29. ICTY, "The Prosecutor v. Šainović et al.", Appeals Chamber, Judgment on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997, Case No. (IT-95-14-AR108bis), 29 October 1997, para. 64; ICTR, "The Prosecutor v. Barayagwiza", Appeals Chamber, Decision on Prosecutor's Request for Review or Reconsideration, Case No. (ICTR-97-19-AR72), 31 March 2000, para. 40; ICTR, "The Prosecutor v. Kajelijeli", Appeals Chamber, Judgment, Case No. (ICTR-98-44A-A), 23 May 2005, para. 209; ICTR, "The Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana", Trial Chamber, Judgment, Case No. (ICTR-95-1-T), 21 May 1999, paras. 87-190; ICTY, "The Prosecutor v. Erdemović", Appeals Chamber, Judgment, Case No. (IT-96-22-A), 7 October 1997, para. 44.

30. International Military Tribunal (Nuremberg), op.cit, 219.

چالش مربوط به صلاحیت دیوان ویژه سیرالئون،^{۳۱} در پرونده ناهیمانا نزد دادگاه کیفری بین‌المللی رواندا نیز متهم با استناد به ماده ۷۷ اساسنامه رم که حداکثر مجازات حبس را ۳۰ سال قرار داده، نسبت به مجازات ۳۵ سال حبس خود تقاضای تجدیدنظر نمود.^{۳۲} شعبه تجدیدنظر ضمن ردّ این استدلال اظهار داشت که نه تنها دادگاه رواندا ملزم به رعایت مقررات اساسنامه رم ۱۹۹۸ نبوده، بلکه تجدیدنظرخواه نتوانسته نشان دهد که در سال ۱۹۹۴ ماده ۷۷ استنادی به‌عنوان یک قاعده عرفی لازم‌الاجرا بوده است.^{۳۳} بدین ترتیب، دادگاه‌های کیفری بین‌المللی از عرف هم به هنگام دفاع از وجود یک قاعده و هم در ردّ موجودیت قاعده ادعایی بهره برده‌اند.^{۳۴}

۱-۳- شناسایی قواعد بین‌المللی عرفی توسط دادگاه‌های کیفری بین‌المللی

رویه قضایی دادگاه‌های کیفری بین‌المللی بیانگر آن است که این دادگاه‌ها به‌منظور تشخیص و شناسایی قواعد بین‌المللی عرفی از رویکردهای متعددی بهره برده‌اند. هرچند، رویکرد غالب استفاده از روش کلاسیک و تشخیص حقوق بین‌الملل عرفی از طریق احراز تحقق دو عنصر سازنده یعنی عملکرد دولت و اعتقاد حقوقی بوده است.^{۳۵} برای مثال، شعبه تجدیدنظر دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق در پرونده هادزیه‌سنویچ^{۳۶} در تصمیم در خصوص تجدیدنظر موقت راجع به صلاحیت نسبت به مسؤولیت مافوق^{۳۷} با تبعیت از این روش اظهار داشت برای اینکه اصلی به‌عنوان بخشی از حقوق بین‌الملل عرفی تلقی گردد، آن اصل می‌بایست توسط عملکرد دولت به همراه اعتقاد حقوقی مورد حمایت قرار گرفته باشد.^{۳۸} همان دادگاه در پرونده تادیچ نیز به هنگام بررسی مسؤولیت کیفری فردی ناشی از ارتکاب جنایات جنگی در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی طبق حقوق بین‌الملل عرفی به این رویکرد توجه کرد.^{۳۹} از نظر شعبه «اعلامیه‌های رسمی دولت‌ها، دستورالعمل‌های نظامی

31. Ibid., 79; UNSC Resolution 1315 (14 August 2000) UN Doc. S/RES/1315.

32. ICTR, "The Prosecutor v. Nahimana et al.", Appeals Chamber, Judgment, Case No. (ICTR-99-52-A), 28 November 2007, para. 1061.

33. Ibid., paras. 1067-1068.

34. Yudan Tan, "The Identification of Customary Rules in International Criminal Law," *Utrecht Journal of International and European Law* 34 (2018): 95.

35. Hadžihasanović and Kubura Trial Judgment, para. 254; ICTY, "The Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura", Appeals Chamber, Judgment, Case No. (IT-01-47-A), 22 April 2008, para. 12; Furundžija Appeal Judgment, Declaration of Judge Patrick Robinson, para. 281; ECCC, "Decision on Co-Prosecutors' Request to Exclude Armed Conflict Nexus Requirement from the Definition of Crimes Against Humanity", Trial Chamber, Case No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, 26 October 2011, para. 12 (footnote 40); SCSL, "The Prosecutor v. Sam Hinga Norman", Appeals Chamber, Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment), Case No. (SCSL-2004-14-AR72(E)), 31 May 2004, para. 17.

36. Hadžihasanović

37. Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility

38. ICTY, "The Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura", Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, Appeals Chamber, Judgment, Case No. (IT-01-47-AR72), 16 July 2003, para. 12.

39. Tadić Jurisdiction Appeal, paras. 128-134.

و تصمیمات قضایی» به‌عنوان شواهدی از عملکرد دولت و قطعنامه‌های ۷۹۳ (۱۹۹۲) و ۸۱۴ (۱۹۹۳) شورای امنیت در قالب عنصر اعتقاد حقوقی عناصر سازنده عرف بین‌المللی هستند.^{۴۰} از این رو، نقض‌های جدی حقوق بین‌الملل بشردوستانه در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی نیز جنایات جنگی بوده و دادگاه‌ها با استناد به اصل صلاحیت جهانی قادر به تعقیب و پیگرد این جنایات هستند. دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق در برخی پرونده‌ها بدون توجه به عملکرد دولتی واقعی و صرف تکیه بر وجود عنصر اعتقاد حقوقی قوی به جست‌وجوی حقوق بین‌الملل عرفی پرداخته و در نهایت قائل به تبلور قاعده عرفی شده است. در پرونده کوپرشکیچ^{۴۱} به‌هنگام بررسی ماهیت قاعده‌ای عرفی مبنی بر ممنوعیت اقدامات تلافی‌جویانه علیه غیرنظامیان قبل از پیش‌نویسی مواد ۵۱ و ۵۲ پروتکل اول ۱۹۷۷، «اقتضائات انسانی و الزامات وجدان عمومی» مورد توجه قرار گرفتند. دادگاه با غیرممکن دانستن ایجاد عملکرد دولتی دائمی و گسترده در خصوص ممنوعیت اقدامات تلافی‌جویانه علیه غیرنظامیان، قطعنامه ۲۶۷۵ مجمع عمومی سازمان ملل متحد و تصویب گسترده پروتکل اول ۱۹۷۷ و یادداشت ۷ می ۱۹۸۳ کمیته بین‌المللی صلیب سرخ^{۴۲} را به‌عنوان شواهدی از عنصر اعتقاد حقوقی دانسته و با تأکید صرف بر این عنصر به ممنوعیت اقدامات تلافی‌جویانه علیه غیرنظامیان طبق حقوق بین‌الملل عرفی اشاره نمود.^{۴۳}

رویه قضایی دادگاه‌های کیفری بین‌المللی مبین آن است که این دادگاه‌ها در مواردی به‌منظور ارزیابی قواعد عرفی جدید و در نظر گرفتن قاعده‌ای از حقوق بین‌الملل کیفری عرفی، به رویه قضایی نهادهای دیگر نظیر دادگاه‌های بین‌المللی نظامی نورنبرگ و توکیو استناد کرده‌اند. در این روش، دادگاه‌های کیفری بین‌المللی رویه قضایی از پیش موجود را انعکاسی از حقوق بین‌الملل کیفری عرفی دانسته و بدون جست‌وجوی عناصر دوگانه کلاسیک عرف بین‌المللی، رویه قضایی را بیانگر وجود حقوق بین‌الملل عرفی دانسته‌اند.^{۴۴} در پرونده داچ هنگامی که شعبه‌های دیوان عالی شعبه‌های فوق‌العاده در دادگاه‌های کامبوج می‌بایست تشخیص می‌داد که آیا در حقوق بین‌الملل تجمیع محکومیت‌ها امکان‌پذیر است یا خیر، این نهاد با رجوع به رویه قضایی دادگاه‌های کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق و رواندا، دیوان ویژه سیرائون و دیوان کیفری بین‌المللی تجمیع محکومیت‌ها را به نفع عدالت دانسته و آن را نوعی پاسخ‌گویی کیفری فرد از نظر بین‌المللی قلمداد نمود.^{۴۵}

شعبه تجدیدنظر تادیج در بررسی این امر که آیا جنایات علیه بشریت می‌توانند با انگیزه‌هایی

40. Ibid., paras. 87-136.

41. Kupreškić

42. Memorandum from the International Committee of the Red Cross to the States Parties to the Geneva Conventions of August 12, 1949 concerning the Conflict between Islamic Republic of Iran and Republic of Iraq, Geneva, 7 May 1983.

43. ICTY, "The Prosecutor v. Kupreškić", 14 January 2000, Case No. (IT-95-16-T), Trial Chamber, Judgment, Case No. (IT-95-16-T), 14 January 2000, paras. 532-533.

44. Ibid, para. 605; ICTY, "The Prosecutor v. Tadić", Trial Chamber, Judgment, Case No. (IT-94-1-I), 7 May 1997, para. 674.

45. ECCC, Supreme Court Chamber, Judgment, Case No. (001/18-07-2007/ECCC/SC), 3 February 2012, paras. 291-300.

کاملاً شخصی ارتکاب یابند، ارزیابی خود را به‌طور انحصاری بر رویه قضایی محاکمات بعد از جنگ جهانی دوم قرار داد. دادگاه با در نظر گرفتن رویه قضایی و «روح قواعد بین‌المللی حاکم بر جنایات علیه بشریت» و بدون اشاره به عملکرد دولت یا اعتقاد حقوقی اذعان نمود که بر اساس حقوق بین‌الملل عرفی، جنایات علیه بشریت می‌توانند با انگیزه‌های صرفاً شخصی نیز ارتکاب یابند.^{۴۶}

۲- کاربرد عرف در جرم‌انگاری جنایات بین‌المللی و تفسیر مقررات کیفری بین‌المللی

علی‌رغم انتقادهای و مخالفت‌های بسیار در استفاده از عرف بین‌المللی در حقوق بین‌الملل کیفری، تاریخچه این حوزه بیانگر استفاده‌های متعدد از این منبع در موارد مختلف می‌باشد. به‌طوری‌که از این منبع نه تنها به‌منظور جرم‌انگاری جنایات بین‌المللی، بلکه جهت تفسیر مقررات کیفری بین‌المللی نیز به کرات استفاده شده است. شعبه تجدیدنظر دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق در پرونده تادیچ در احراز قاعده‌ای عرفی که نقض‌های شدید در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی را به‌عنوان جنایات جنگی جرم‌انگاری کرده، با این استدلال که به موجب ماده ۳ اساسنامه این دادگاه جنایات می‌توانند به خاطر تمام نقض‌های حقوقی یا عرف‌های جنگی تحت تعقیب قرار گیرند، صرف فقدان مقررات معاهده‌ای صریح حاوی مسؤلیت کیفری را به معنای فقدان مسؤلیت ندانست.^{۴۷} شعبه با ارزیابی شواهد موجود درصدد شناسایی هنجار و عملکردی دولتی برآمد که متضمن جرم‌انگاری نقض‌های شدید در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی به‌عنوان جنایات جنگی باشد.^{۴۸} در نهایت، با به‌کارگیری عرف و با گسترش دامنه حقوق قابل اعمال در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی، نقض‌های ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های ژنو، پروتکل الحاقی دوم ۱۹۷۷ و قواعد حقوق لاهه توسعه‌یافته در حقوق عرفی مصادیقی از جنایات جنگی تلقی گردیدند.

در پرونده نورمن^{۴۹} مطرحه نزد دیوان ویژه سیرالئون، متهم به اتهام سربازگیری کودکان و به موجب ماده ۴ (پ) اساسنامه این دیوان تحت تعقیب قرار گرفت. در پاسخ به دفاع متهم مبنی بر اینکه اتهام وارده برخلاف اصل قانونی بودن بوده و جنایت مزبور اصلاً جنبه عرفی ندارد، شعبه تجدیدنظر با تکیه بر مقررات اساسنامه رم و کنوانسیون حقوق کودک اظهار داشت که طبق حقوق عرفی چنین جنایتی موجودیت یافته است.^{۵۰} به‌زعم شعبه با توجه به عملکرد دولتی مندرج در قانون داخلی و پذیرش گسترده هنجارهای معاهده‌ای که سربازگیری کودکان را ممنوع می‌نمایند (نظیر کنوانسیون حقوق کودک و پروتکل الحاقی دوم (۱۹۷۷)، ممنوعیت مزبور پیش از نوامبر ۱۹۹۶ به‌عنوان حقوق

46. ICTY, "The Prosecutor v. Tadić", Appeals Chamber, Judgment, Case No. (IT-94-1-A), 15 July 1999, para. 271.

47. Ibid., para. 128.

48. Ibid., paras. 128-134.

49. Norman

50. Child Recruitment Decision, Dissenting Opinion of Justice Robertson; Alexander Zahar and Göran Sluiter, *Criminal Law: A Critical Introduction* (Oxford: Oxford University Press, 2008), 87-88.

عرفی وجود داشته است.^{۵۱}

علاوه بر کاربرد عرف در جرم‌انگاری عمل ارتكابی، از آن منبع در مواردی به‌عنوان ابزار تفسیر نیز استفاده شده است. شعب مختلف دادگاه کیفری بین‌المللی رواندا به خاطر تفاوت در نسخه‌های انگلیسی و فرانسوی اساسنامه در مواردی با یکدیگر اختلاف‌نظرهایی داشتند. برای مثال، در نسخه فرانسوی اساسنامه واژه «ترور»^{۵۲} به‌عنوان جنایتی علیه بشریت توصیف شده، درحالی‌که در ترجمه انگلیسی واژه «قتل»^{۵۳} به‌کاررفته است. از نظر دادگاه در واژه نخست، شکل خاصی از قتل که قصد قبلی و عمد را لازم می‌داند مدنظر بوده و این اصطلاح از واژه انگلیسی که می‌تواند کشتارهای عمدی و غیرعمدی را دربرگیرد، دقیق‌تر است.^{۵۴} پیرو این توضیح، شعبه آکایسو^{۵۵} قائل بر این شد که حتماً اشتباهی در ترجمه صورت گرفته و سپس بدون اشاره به شواهد بیشتر بیان نمود که بر اساس حقوق بین‌الملل عرفی عمل «قتل» نه «ترور» می‌تواند منجر به تحقق جنایت علیه بشریت گردد.^{۵۶}

همین دادگاه در پرونده کاییشما و روزیندانا^{۵۷} برای اولین بار ماهیت عرفی شرط «گسترده و سیستماتیک» بودن جنایات علیه بشریت را بررسی نمود. دادگاه با استناد به پیش‌نویس مجموعه قواعد جنایات کمیسیون حقوق بین‌الملل که جنایات علیه بشریت را اعمالی غیرانسانی می‌داند «که توسط یک دولت یا هر سازمان یا گروهی تحریک یا هدایت شده‌اند»^{۵۸}، اظهار نمود که بر اساس حقوق بین‌الملل عرفی این‌گونه جنایات می‌بایست متعاقب یک فعالیت یا سیاست دولتی ارتکاب یافته باشند.^{۵۹} بدین ترتیب، از نظر شعبه بر اساس حقوق بین‌الملل عرفی شرط حمله گسترده یا سیستماتیک عنصری از جنایات علیه بشریت بوده^{۶۰} و این یافته بعدها توسط دیگر شعب دادگاه مزبور نیز مورد تبعیت قرار گرفت.^{۶۱}

۳- دیدگاه‌های مخالف و موافق استناد به عرف به‌عنوان منبع حقوقی

برخی با اشاره به دلایل و محدوده استفاده دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق از حقوق

۵۱. ماده ۴ (ث) پروتکل الحاقی دوم و ماده ۳۸ (۳) کنوانسیون حقوق کودک ۱۹۸۹.

52. Assasinat

53. Murder

54. ICTR, "The Prosecutor v. Semanza", Trial Chamber, Judgement, Case No. (ICTR-97-20-T), 15 May 2003, para. 337 (hereafter Semanza Trial Judgment).

55. Akayesu

56. ICTR, "The Prosecutor v. Akayesu", Trial Chamber, Judgement, Case No. (ICTR-96-4-T), 2 September 1998, para. 588.

57. Kayishema and Ruzindana

58. Article 18 of ILC Draft Code of Crimes against Peace and Security of Mankind (1996).

59. ICTR, "The Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana", Trial Chamber, Judgment, Case No. (ICTR-95-1-T), 21 May 1999, para. 125.

60. Semanza Trial Judgment, para. 328.

61. ICTR, "The Prosecutor v. Rutaganda", Trial Chamber, Judgment, Case No. (ICTR-96-3-T), 6 December 1999, paras. 68; ICTR, "The Prosecutor v. Musema", Trial Chamber, Judgment, Case No. (ICTR-96-13), 27 January 2000, para. 203.

بین‌الملل عرفی و روش‌های ابتکاری آن در شناسایی حقوق بین‌الملل عرفی و توجه به ساختار معاهده‌محور دیوان کیفری بین‌المللی و ابتنای آن بر رضایت دولت‌ها، بیان داشته‌اند که فعالیت دیوان ب‌بیشتر مبتنی بر هنجارها و قواعد نوشته بوده و در چهارچوب آن امکان استفاده از حقوق بین‌الملل عرفی جز برای تفسیر وجود ندارد. طبق این دیدگاه، با توجه به اینکه صلاحیت دیوان از نظر جغرافیایی محدود نبوده و توانایی رسیدگی به جنایات ارتكابی فارغ از محدودیت سرزمینی و تابعیت را دارد، در چهارچوب این نهاد دیگر امکان تحقق مسؤولیت کیفری فردی در پی نقض حقوق بین‌الملل عرفی وجود ندارد. زیرا دولت‌ها با تأسیس این دیوان به‌نوعی اعلام نمودند که دیگر تمایلی به حقوق بین‌الملل عرفی و قانونگذاری قضایی از طریق توسل به آن منبع ندارند.^{۶۲} بنابراین، در فضای دیوان حقوق بین‌الملل عرفی نه در قالب یک منبع حقوقی ماهوی بلکه به‌عنوان ابزاری جهت تفسیر قابل اعمال است.^{۶۳}

دلیل دیگر در ردّ امکان استناد دیوان کیفری بین‌المللی به عرف به‌عنوان منبع قواعد ماهوی آن است که با عنایت به عبارت «جنایت داخل در صلاحیت دیوان» مندرج در ماده ۲۲(۱) اساسنامه رم،^{۶۴} دیوان از تعقیب جنایاتی که صرفاً مبتنی بر حقوق عرفی بوده و در اساسنامه تعریف نشده‌اند، بازداشته شده است.^{۶۵} به‌عبارت‌دیگر، در صورتی که جنایتی در اساسنامه رم تنظیم و مقرر نشده باشد، به‌موجب آن مقرر قضات دیوان نمی‌توانند با استناد به اینکه عمل مزبور طبق حقوق بین‌الملل عرفی یا معاهده قابل اعمال دیگر یا اصول کلی حقوقی جرم‌انگاری شده، صلاحیت آن مرجع را گسترش دهند. به‌علاوه، عبارت «بر اساس این اساسنامه» مندرج در ماده ۲۵(۲) بیانگر آن است که امکان احراز مسؤولیت کیفری با استناد به حقوق عرفی فراتر از محدوده مقرر در اساسنامه رم وجود ندارد.^{۶۶} بنابراین، نیازی نیست تا دیوان پیش از اعمال صلاحیت نسبت به موضوع، به بررسی این امر بپردازد که آیا اتهامات وارده علیه متهم در زمان ارتكاب بر اساس حقوق بین‌الملل عرفی به‌عنوان جنایتی

62. Larissa van den Herik, "The Decline of Customary International Law as a Source of International Criminal Law," in *Custom's Future: International Law in a Changing World*, ed. Curtis A. Bradley (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), 239.

63. *Ibid.*, 240.

۶۴ براساس این مقرر «هیچ‌کس به‌موجب این اساسنامه مسؤولیت کیفری نخواهد داشت مگر اینکه عمل وی، در زمان ارتكاب، منطبق با یکی از جنایاتی باشد که داخل در صلاحیت دیوان است.»

65. William A. Schabas, *International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute* (Oxford: Oxford University Press, 2010), 543; Gilbert Bitti, "Article 21 of the Statute of the International Criminal Court and the Treatment of Sources of Law in the Jurisprudence of the ICC" in *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Ed. Carsten Stahn and Göran Sluiter. (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009), 295-296.

۶۶ بند ۲ ماده ۲۵ اساسنامه رم مقرر می‌دارد که «هرکس مرتکب جنایت داخل در صلاحیت دیوان شود به طور فردی مسؤول بوده و مطابق این اساسنامه مجازات خواهد شد.»

ICC, "The Prosecutor v. Ngudjolo", Trial Chamber II, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute - Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert, Case No. (ICC-01/04-02/12-4), 18 December 2012, para. 9.

بین‌المللی شناخته شده‌اند یا خیر.^{۶۷} به طوری که اساسنامه رم ضمن توجه به اهمیت و سودمندی حقوق بین‌الملل کیفری عرفی، در مورد اعمال صلاحیت دیوان، رژیم مبتنی بر معاهده - منبع نوشته - ایجاد کرده و در قیاس با دیگر دادگاه‌های کیفری بین‌المللی، حقوق عرفی نزد دیوان اهمیت کمتری دارد.^{۶۸}

ایراد وارد بر این برداشت آن است که دو ماده ۲۲(۱) و ۲۵(۲) در حقیقت به صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی نه حقوق قابل اعمال توسط آن اشاره دارند. باید توجه کرد که در اساسنامه رم دو دسته قواعد متمایز وجود دارد؛ دسته نخست صلاحیت دیوان و دسته دوم حقوق ماهوی قابل اعمال توسط آن را بیان کرده‌اند که با بررسی قواعد دسته‌ی اخیر می‌توان پاسخ درست پرسش اصلی نوشتار حاضر را مشخص نمود.

در طول کنفرانس رم، با شدت یافتن اهمیت توجه به اصل قانونی بودن در حقوق بین‌الملل و تمایل دولت‌های مذاکره‌کننده به ایجاد دیوانی که صلاحیت رسیدگی آن به دقت تعیین و محدود به موارد مقرر در سند تأسیسی آن شده، ماده ۵ اساسنامه صلاحیت موضوعی دیوان را به جنایات ژنوسید، تجاوز، جنایات جنگی و جنایات علیه بشریت محدود و در ادامه مواد ۶ الی ۸ جنایات را تعریف نمودند. به علاوه، ماده ۲۲ با عنوان اصل قانونی بودن جرم دیگری را وضع کرده که در تشخیص صلاحیت دیوان آنها هم باید مدنظر قرار گیرند. بدین ترتیب، صرف‌نظر از اینکه در چهارچوب دیوان توسل به قیاس امکان‌پذیر نبوده و به هنگام تعریف جرم اصل تفسیر مضیق باید اعمال گردد، طبق قسمت اخیر ماده ۲۲ مقررات مندرج در این ماده مانع از آن نیست که عملی از نظر حقوق بین‌الملل و مستقل از اساسنامه جرم باشد. بنابراین برای اینکه جرمی تحت صلاحیت دیوان قرار گیرد باید در اساسنامه تعریف و تبیین شود. همچنین، ماده ۱۰ با این عبارت‌پردازی که «هیچ‌یک از مواد این فصل از اساسنامه به هیچ‌وجه نباید به نحوی تفسیر شود که قواعد موجود یا در حال شکل‌گیری حقوق بین‌الملل را که برای مقاصد دیگری غیر از این اساسنامه مطمح نظر است، محدود کند یا به آن لطمه بزند»، بیانگر آن است که اگر خارج از چهارچوب دیوان جنایتی به‌موجب عرف مؤخر از جمله مصادیق یکی از جنایات بین‌المللی - برای مثال جنایات جنگی - قرار گیرد، دیوان نمی‌تواند به آن رسیدگی نماید مگر اینکه به‌موجب توافق بعدی دولت‌های عضو و از طریق اصلاح اساسنامه، صلاحیت دیوان نسبت به آن جنایت هم تسری یابد.

از سوی دیگر، ماده ۲۱ اساسنامه رم با عنوان «حقوق قابل اعمال»^{۶۹}، در نظامی سلسله‌مراتبی دیوان را در ابتدا ملزم به توجه به اساسنامه و قواعد دادرسی و ادله و سند عناصر جنایات و سپس، به شرط تحقق شرایطی خاص، قادر به رجوع به معاهدات، اصول و قواعد حقوق بین‌الملل و درنهایت

67. Bruce Broomhall, "Article 22," in Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Ed. Otto Triffterer, Second Edition (Munich, Oxford, Baden-Baden: C.H.Beck, Harf, Nomos, 2008), 723.

68. Tan, op. cit., 96.

69. Applicable Law

اصول کلی حقوقی کرده است.^{۷۰} این در حالی است که برخلاف اساسنامه‌های دادگاه‌های کیفری بین‌المللی ویژه که صرفاً بیانگر صلاحیت‌های این دادگاه‌ها بوده و قضات آنها به‌منظور تشخیص محدوده صلاحیت رسیدگی باید به حقوق بین‌الملل عرفی رجوع می‌کردند، دیوان کیفری بین‌المللی به‌منظور تشخیص حقوق کیفری ماهوی قابل‌اعمال نسبت به موضوع تحت رسیدگی خود باید ماده ۲۱ را در نظر گیرد. توضیح آنکه، دیوان بعد از احراز صلاحیت خود نسبت به رسیدگی بر اساس مواد ۶ تا ۸ اساسنامه، در گام دوم باید به بررسی این امر بپردازد که متهم به‌واسطه نقض چه قواعد و مقرراتی باید از نظر کیفری مسؤولیت داشته باشد. در این خصوص، ماده ۲۱ بیانگر قواعد و مقرراتی است که نقض آنها می‌تواند موجب تحقق مسؤولیت کیفری مرتکب گردد. بنابراین، در ساختار دیوان برای شناسایی و تشخیص قواعد لازم‌الاجرا به هنگام انجام عمل ارتكابی متهم و در نهایت احراز مسؤولیت کیفری فردی، باید ماده ۲۱ اساسنامه را مدنظر قرار داد. بدین منظور دیوان در وهله نخست، به اساسنامه، سند عناصر جنایات و قواعد دادرسی و ادله رجوع نموده و در صورتی که با مذاقه در آنها نتواند مجرمانه بودن عملی را تشخیص دهد، به‌منظور رفع خلأهای حقوقی به منابع مذکور ذیل حقوق ب و پ از بند ۱ همان ماده توجه خواهد کرد.^{۷۱}

۴- مسؤولیت کیفری فردی ناشی از نقض قواعد عرفی در دیوان کیفری بین‌المللی

در پی انتقادات گسترده از عملکردهای دادگاه‌های کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق و رواندا در اثبات عرف بین‌المللی و تحقق دیگر عوامل، در طول کنفرانس رم مذاکره‌کنندگان مجاب شدند تا نقش حقوق بین‌الملل عرفی در چهارچوب دیوان کیفری بین‌المللی را بررسی نمایند. در جریان کنفرانس، دولت‌ها از یک سو، آرای مترقیانه صادره توسط دادگاه‌های کیفری بین‌المللی ویژه، برای مثال در نظر گرفتن جنایات جنگی در مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی و جنایات جنسی را معتبر دانسته و آنها را در متن اساسنامه رم تدوین کردند؛ اما از سوی دیگر، برخی آرا همچون تصمیمات مربوط به فعالیت مجرمانه مشترک و فقدان عنصر سیاست برای ارتكاب جنایات علیه بشریت را رد نمودند.^{۷۲} به‌علاوه، این امکان فراهم شد تا حقوق بین‌الملل کیفری به‌جای اینکه بیشتر مکانیسمی

۷۰. بند ۱ ماده ۲۱ مقرر می‌دارد: «دیوان باید اعمال نماید: الف- در وهله نخست، این اساسنامه، «عناصر جنایات» و «آیین دادرسی و ادله» مربوط به آن؛ ب- در مرحله دوم، برحسب اقتضا، معاهدات قابل‌اعمال و اصول و قواعد حقوق بین‌الملل، از جمله اصول مسلم حقوق بین‌الملل مخاصمه مسلحانه؛ پ- در صورت عدم موفقیت، اصول کلی حقوقی که توسط دیوان از حقوق داخلی سیستم‌های حقوقی جهان استخراج شده‌اند از جمله، در صورت اقتضا، حقوق داخلی دولت‌هایی که به‌طور معمول نسبت به آن جنایات اعمال صلاحیت می‌کنند، مشروط بر آنکه چنین اصولی با این اساسنامه و با حقوق بین‌الملل و هنجارها و ضوابط به‌طور بین‌المللی شناخته‌شده مغایر نباشند.»

۷۱. «معاهدات قابل‌اعمال و اصول و قواعد حقوق بین‌الملل، از جمله اصول مسلم حقوق بین‌الملل مخاصمه مسلحانه» موضوع ماده ۲۱(ب) و «اصول کلی حقوقی» مستخرج از «حقوق داخلی سیستم‌های حقوقی جهان» موضوع ماده ۲۱(پ).

۷۲. برای آگاهی بیشتر از بحث‌ها نک:—

برای تحقق صلح و امنیت باشد، تبدیل به حوزه‌ای حقوقی گردد. بدین ترتیب، زمان رهایی از شورای امنیت و لزوم وجود اراده آن جهت رسیدگی به جنایات بین‌المللی ارتكابی فرا رسیده و زمینه لازم برای تغییر شکل حقوق بین‌الملل کیفری و ابتنای آن بر رضایت دولت‌ها ایجاد شد.^{۷۳}

فرآیند پیش‌نویسی اساسنامه رم نشان می‌دهد که پیش‌نویسان به درج جنایات طبق حقوق بین‌الملل عرفی در آن سند توجه کرده‌اند. در ابتدا، برخی نمایندگان در خصوص آرای دادگاه‌های کیفری بین‌المللی صادره بر اساس حقوق عرفی ابراز نگرانی نموده،^{۷۴} لیکن نظرات مخالفی هم در راستای حمایت از آن آرا مطرح شدند.^{۷۵} همان‌گونه که ماده ۲۰ پیش‌نویس ۱۹۹۴ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی نشان می‌دهد، کمیسیون حقوق بین‌الملل با بیان اینکه «دسته‌ای از جنایات جنگی در حقوق بین‌الملل عرفی وجود دارد»، در ابتدا درصدد تفکیک جنایات معاهده‌ای از جنایات ناقص قواعد عرفی برآمد.^{۷۶} درنهایت، پیش‌نویسان معاهده‌ای را تصویب کردند که جنایات خطیر را تدوین و جنایات معاهده‌ای را از شمول اساسنامه خارج کرده است.^{۷۷} از این رو، دیوان کیفری بین‌المللی باید تنها نسبت به جنایات خطیری که به‌صراحت و به‌تفصیل طبق این معاهده بیان شده‌اند، اعمال صلاحیت نماید. حال از آنجایی که جنایات تحت صلاحیت دیوان مبتنی بر معاهده هستند، این سؤال مطرح می‌شود که آیا در چهارچوب اساسنامه رم، قواعد کیفری بین‌المللی عرفی می‌توانند به‌عنوان منبع حقوقی در نظر گرفته شوند؟ به بیان دیگر، آیا حقوق بین‌الملل عرفی در این دیوان هم به ایفای نقش پرداخته و می‌تواند مبنای تحقق مسؤولیت کیفری فردی مرتکب قلمداد گردد؟

با عنایت به نکات پیش‌گفته، جهت تشخیص توانایی دیوان کیفری بین‌المللی در رجوع به عرف بین‌المللی جهت احراز مسؤولیت کیفری فردی باید ماده ۲۱ اساسنامه رم با موضوع حقوق قابل‌اعمال توسط آن نهاد را مورد توجه و بررسی قرار داد.

Darryl Robinson, "Defining 'Crimes Against Humanity' at the Rome Conference," *The American Journal of International Law* 93 (1999).

۷۳. درخصوص نظریه رهایی حقوق بین‌الملل کیفری از شورای امنیت به منبع زیر نک: Frédéric Mégret, "A Special Tribunal for Lebanon: The UN Security Council and the Emancipation of International Criminal Justice," *Leiden Journal of International Law* 21 (2008): 485-512.

۷۴. نمایندگان کشورهای انگلستان، تونس، سریلانکا، کشورهای نوردیک و مالتا. UNGA, "Topical Summary of the Discussion Held in the Sixth Committee of the General Assembly during Its 47th Session", UN Doc. A/CN.4/446, 25 January 1992, paras. 54, 63-65; ILC, "Observations of Governments on the Report of the Working Group on a Draft Statute for an International Criminal Court", UN Doc. A/CN.4/458 and Add. 1-8, 1994, Vol. II (1), 22-96.

۷۵. نمایندگان کشورهای ایالات متحده آمریکا، نیوزیلند، ژاپن، مجارستان، آلمان، قبرس و سوئیس. Ibidem.

۷۶. ILC, "Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-Sixth Session, 2 May - 22 July 1994, Official Records of the General Assembly, Forty-Ninth Session, Supplement No. 10", UN Doc. A/49/10 (1994), Yearbook of the International Law Commission 1994, Vol. II, para. 10, 39.

۷۷. بندهای پ و ث از پیش‌نویس ۱۹۹۴ کمیسیون حقوق بین‌الملل Ibid., 38.

۴-۱- «اصول و قواعد حقوق بین‌الملل» مندرج در ماده ۲۱ اساسنامه رم

بر اساس ماده ۲۱، دیوان به‌منظور اعمال حقوق قابل اجرا باید این موارد را به‌کار گیرد: «الف- در وهله نخست، این اساسنامه، «عناصر جنایات» و «آیین دادرسی و ادله» مربوط به آن؛ ب- در مرحله دوم، برحسب اقتضا، معاهدات قابل اعمال و اصول و قواعد حقوق بین‌الملل، از جمله اصول مسلم حقوق بین‌الملل مخاصمه مسلحانه؛ پ- در صورت عدم موفقیت، اصول کلی حقوقی که توسط دیوان از حقوق داخلی سیستم‌های حقوقی جهان استخراج شده‌اند. ...» همان‌گونه که ظاهر ماده نشان می‌دهد ذیل آن هیچ اشاره صریحی به عرف بین‌المللی به‌عنوان حقوق قابل اعمال نشده است. بنابراین، علی‌الظاهر در چهارچوب دیوان، احراز مسؤلیت کیفری فردی بر اساس حقوق بین‌الملل عرفی ممکن نیست.

با توجه به ابهام عبارت «اصول و قواعد حقوق بین‌الملل» مندرج در شق ب از بند ۱ همان ماده، صاحب‌نظران دست به تفسیر آن زده و برخی با تفکیک «اصول ... حقوق بین‌الملل» از «قواعد حقوق بین‌الملل»، عبارت نخست را به معنای اصول کلی حقوقی شناخته‌شده توسط ملل متمدن - آن‌گونه که در ماده ۳۸(۱)(پ) اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری آمده (برای مثال، قاعده اعتبار امر مختومه^{۷۸}) - و منظور از عبارت دوم را قواعد بین‌المللی عرفی دانسته‌اند.^{۷۹} این دیدگاه قائل بر این است که در ماده ۲۱ اساسنامه به دو نوع اصول کلی اشاره شده است: ۱- «اصول حقوق بین‌الملل» در معنای ماده ۲۱(۱)(ب) و ۲- «اصول کلی حقوقی منتج از حقوق ملل» در معنای ماده ۲۱(۱)(پ). بدین ترتیب، منظور از اصول حقوق بین‌الملل، «اصول کلی حقوقی شناخته‌شده توسط ملل متمدن» در معنای ماده ۳۸(۱) اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری بوده، درحالی‌که منظور از نوع دوم اصول کلی در چهارچوب حقوق کیفری تطبیقی می‌باشد؛ چراکه اگر منظور از «اصول کلی» در معنای شق

78. Res Judicata

79. Antonio Cassese and Paola Gaeta, *Cassese's International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2013), Third Edition, 9-13; Schabas, *International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, 383-385; Neha Jain, "Judicial Lawmaking and General Principles of Law in International Criminal Law," *Harvard International Law Journal* 57 (2016): 130-131; Kai Ambos, "Current Issues in International Criminal Law," *Criminal Law Forum* 14 (2004): 244; Vladimir-Djuro Degan, "On the Sources of International Criminal Law," *Chinese Journal of International Law* 4 (2005): 52; Mirjam Škrk, "The Notion of Sources of International Criminal Law," in *Contemporary Developments in International Law: Essays in Honour of Budislav Vukas*, Ed. Rüdiger Wolfrum, Maja Seršić and Trpimir M. Šošić. (Leiden: Brill Nijhoff, 2015), 901; Joe Verhoeven, "Article 21 of the Rome Statute and the Ambiguities of Applicable Law," *Netherlands Yearbook of International Law* 33 (2002): 9; Margaret McAuliffe DeGuzman, "Article 21: Applicable law," in *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Ed. Otto Triffterer and Kai Ambos, Third Edition (Munich, Oxford, Baden-Baden: C.H.Beck, Harf, Nomos, 2016), 939; Pellet, op. cit., 1072; Bitti, op. cit., 295-296.

برای آگاهی از برداشتی دیگر مبنی بر اینکه منظور از «اصول و قواعد حقوق بین‌الملل»، اصول کلی حقوقی موجود در حقوق بین‌الملل عام و حقوق بین‌الملل کیفری هستند، نک:

حسین آقایی جنت‌مکان، «مفهوم حقوق قابل‌اجرا در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی»، مجله مطالعات حقوقی ۲ (۱۳۹۰) ۴۴.

پ همان اصول موردنظر ماده ۳۸ بود، ذکر مجدد آنها در شق ب غیرمنطقی به نظر می‌رسید.^{۸۰} در نقطه مقابل، برخی ماده ۲۱(۱)(ب) را به نوعی تداعی‌گر ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری - که بدون رعایت سلسله‌مراتب کنوانسیون، عرف و اصول کلی حقوقی را در زمره منابع اصلی حقوق بین‌الملل قرار داده - دانسته و مجموع عبارت «اصول و قواعد حقوق بین‌الملل» را به معنای حقوق بین‌الملل عرفی قلمداد کرده‌اند.^{۸۱} نکته قابل توجه آنکه پیش‌نویس اساسنامه کمیسیون حقوق بین‌الملل ۱۹۹۴ نیز این برداشت را تصدیق می‌کند. برخلاف دیدگاه قبلی، در متن پیش‌نویس هیچ ارجاع خاصی به اصول کلی حقوقی شناخته‌شده نگردیده و گرچه منظور از عبارت «اصول و قواعد حقوق بین‌الملل» در آن، در ابتدا هم حقوق بین‌الملل عرفی و هم اصول کلی حقوقی بود، اما بعد از مذاکرات شق ب به شکل حاضر باقی مانده و قسمت پ دستخوش تغییر گردید و درنهایت، اصول کلی حقوقی تنها در مرتبه سوم و ذیل ماده ۲۱(۱)(پ) در نظر گرفته شدند.^{۸۲}

علی‌رغم تفاسیر متفاوت در مورد عبارت «اصول و قواعد حقوق بین‌الملل» می‌توان اظهار داشت که ماده ۲۱ اساسنامه به‌طور غیرمستقیم به حقوق بین‌الملل عرفی به‌عنوان یکی از منابع حقوقی قابل اعمال توسط دیوان اشاره کرده است. شاید دلیل پیش‌نویس‌ان اساسنامه در اتخاذ عبارتی غیرصریح به‌جای ارجاع مستقیم به حقوق عرفی، عدم دقت کافی آن منبع در چهارچوب حقوق کیفری^{۸۳} یا تأثیر چشمگیر حقوق دانان کیفری در جریان کنفرانس رم و نگرانی آنها از نقض اصل قانونی بودن جرم و مجازات بوده است.^{۸۴} با این حال، علی‌رغم عدم تصریح ماده ۲۱ به عرف، با عنایت به عبارت‌های «در مرحله دوم»، «در صورت اقتضا» و «اصول و قواعد حقوق بین‌الملل»، حقوق بین‌الملل عرفی در قیاس با قواعد نوشته لازم‌الاجرا در وهله نخست، یعنی اساسنامه رم و قواعد آیین دادرسی و ادله اثبات جرم، منبعی ظاهری و ثانویه به‌شمار می‌رود.^{۸۵} به بیان دیگر، در چهارچوب دیوان حقوق

80. Schabas, op. cit., 391.

81. Alain Pellet, "Applicable Law," in *The Rome Statute for an International Criminal Court: A Commentary*, Ed. Antonio Cassese, Paola Gaeta and John R.W. D. Jones. Vol. 2, (Oxford: Oxford University Press, 2017), 1072 footnote 123; Joseph Powderly, "The Rome Statute and the Attempted Corseting of the Interpretative Judicial Function: Reflections on Sources of Law and Interpretative Technique," in *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Ed. Carsten Stahn (Oxford: Oxford University Press, 2015), 478; Volker Nerlich, "The Status of ICTY and ICTR Precedent in Proceedings before the ICC," in *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009), 313; Dapo Akande, "Sources of International Criminal Law," in *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Ed. Antonio Cassese (Oxford University Press, 2009), 49-52; Fabián O. Raimondo, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2018), 150; Gerhard Werle, *Principles of International Criminal Law*, (The Hague: TMC Asser Press, 2005), marginal note 181; Verhoeven, op. cit., 9; McAuliffe DeGuzman, op. cit., 942;

82. Gudrun Hochmayr, "Applicable Law in Practice and Theory: Interpreting Article 21 of the ICC Statute," *Journal of International Criminal Justice* 12 (2014): 669.

83. Leila Nadya Sadat, *The International Criminal Court and the Transformation of International Law: Justice for the New Millennium* (Transnational Publications, 2002), 384.

84. Pellet, op. cit., 1070.

85. Powderly, op. cit., 453.

بین‌الملل عرفی می‌تواند به‌عنوان منبعی ثانویه و هم‌تراز با معاهدات توسط دیوان به‌کار برده شود. بدین خاطر شعبه مقدماتی دیوان در پرونده کاتانگا و چویی اظهار داشت: «از آنجایی که اساسنامه رم به‌صراحت این نوع خاص از مسوولیت [مشارکت در جرم از طریق شخص دیگر (مشارکت غیرمستقیم در جرم)] را مقرر می‌نماید، این مسأله که آیا حقوق عرفی «ارتکاب مشترک از طریق شخص دیگر» را تأیید یا رد می‌کند ارتباطی به این دیوان ندارد.»^{۸۶} به‌عبارت‌دیگر، همان‌طوری که دیوان در رویه قضایی خود نشان داده، حقوق بین‌الملل عرفی به‌عنوان منبع حقوقی ثانویه و تنها با رعایت شرایط مذکور در ماده ۲۱ اساسنامه می‌تواند مورد استناد آن نهاد قرار گیرد.

۲-۴- عطف به‌ماسبق شدن صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی

در چهارچوب اساسنامه رم مواردی پیش‌بینی شده‌اند که در آنها دیوان کیفری بین‌المللی می‌تواند برخلاف قاعده کلی - صلاحیت دیوان در زمان ارتکاب اعمال ادعایی (ماده ۱۱(۱) اساسنامه) - نسبت به موضوعی رسیدگی نماید که در زمان ارتکاب اعمال ادعایی فاقد صلاحیت بوده است. در این‌گونه موارد دیوان با عطف به‌ماسبق نمودن صلاحیت خود نسبت به موضوع ارجاعی رسیدگی خواهد کرد. فرض نخست زمانی محقق می‌شود که بر اساس قسمت اخیر ماده ۱۱(۲) دولت غیرعضو اساسنامه با صدور اعلامیه‌ای اعمال صلاحیت معطوف به‌ماسبق دیوان نسبت به جنایتی خاص را می‌پذیرد.^{۸۷} مورد دوم زمانی است که شورای امنیت با استناد به ماده ۱۳(ب) جنایات ادعایی ارتکابی در دولت غیرعضو اساسنامه را به دادستان دیوان ارجاع می‌دهد.^{۸۸} فرض سوم موردی است که دولتی برای ۷ سال خود را از صلاحیت دیوان نسبت به جنایات جنگی مستثنی کرده اما با صدور اعلامیه از این

86. ICC, "The Prosecutor v. Katanga and Chui", Pre-Trial Chamber I, Decision on the Confirmation of Charges, Case No. (ICC-01/04-01/07-717), 30 September 2008, paras. 506-508.

۸۷. ماده ۱۲(۳) اساسنامه رم این اجازه را به دولت‌ها می‌دهد تا صلاحیت دیوان را نسبت به جنایاتی که پیش‌تر ارتکاب یافته‌اند بپذیرند. برای مثال، دولت اوکراین از طریق صدور اعلامیه‌های ۲۰۱۴ و ۲۰۱۵ صلاحیت دیوان نسبت به جنایات ادعایی ارتکابی از نوامبر ۲۰۱۳ به بعد را پذیرفته و وضعیت‌های فلسطین و ساحل عاج نیز به همین صورت هستند.

۸۸. براساس ماده ۱۳(ب) اساسنامه «شورای امنیت وضعیتی را که به‌نظر می‌رسد در آن یک یا چند جنایت ارتکاب یافته است، به‌موجب فصل هفتم منشور ملل متحد به دادستان ارجاع نماید.» ارجاع وضعیت‌های دارفور و لیبی توسط شورای امنیت مصادیق مناسبی از این اختیار می‌باشند.

UNSC Res 1593 (31 March 2005) UN Doc. S/RES/1593; UNSC Res 1970 (26 February 2011) UN Doc. S/RES/1970.

با ارجاع وضعیتی از یک دولت غیرعضو اساسنامه رم از سوی شورای امنیت به دیوان کیفری بین‌المللی، دیوان به‌نوعی دارای صلاحیت خاص نسبت به وضعیت مزبور شده و به‌عنوان «دادگاهی ویژه» بر اساس فصل هفتم منشور سازمان ملل متحد عمل می‌کند. بدین‌خاطر، دیوان همانند دادگاه‌های کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق و رواندا به‌عنوان نهادی قضایی که به‌طور خاص برای رسیدگی به وضعیتی خاص تأسیس شده‌است، رسیدگی خود را انجام می‌دهد. Rogier Bartels, "Legitimacy and ICC Jurisdiction Following Security Council Referrals: Conduct on the Territory of Non-Party States and the Legality Principle," in *The Legitimacy of International Criminal Tribunals*, Ed. Nobuo Hayashi and Cecilia M. Bailliet. (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), 143.

استثنا صرف نظر و اعمال صلاحیت دیوان به‌طور معطوف به ماسبق را می‌پذیرد.^{۸۹} بنابراین، بر اساس قسمت اخیر ماده ۱۱(۲)، مواد ۱۳(ب) و ۲۴(۱)^{۹۰} دیوان می‌تواند نسبت به وضعیت‌هایی که بعد از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه اما قبل از تصویب آن سند توسط یک دولت یا صدور اعلامیه پذیرش صلاحیت توسط یک دولت اتفاق افتاده‌اند، با عطف به ماسبق نمودن اساسنامه صلاحیت خود را نسبت به آن موارد اعمال نماید.

در مواردی این‌چنینی دولت درگیر به هنگام ارتکاب جنایت ادعایی عضو اساسنامه نبوده یا مرتکب تبعه دولت غیرعضو بوده و اقدامات مجرمانه را در سرزمین دولتی غیرعضو مرتکب شده و بدین خاطر در زمان ارتکاب تحت حاکمیت هیچ کدام از مقررات اساسنامه نبوده است. بنابراین، مقررات کیفری ماهوی اساسنامه اعمال ارتكابی را، حداقل تا زمانی که موضوع توسط شورای امنیت به دیوان ارجاع نشده یا صلاحیت آن مرجع توسط دولت مربوطه پذیرفته نشده، ممنوع نکرده‌اند؛ چراکه اساسنامه به‌عنوان یک معاهده تنها نسبت به دولت‌های عضو اثر الزام‌آور داشته و دولت‌های ثالث و افراد تحت صلاحیت کیفری آنها ملزم به رعایت آن نبوده‌اند.

حال این سؤال مطرح می‌شود که آیا اصلاً افراد به‌طور مستقیم ملزم به رعایت اساسنامه رم به‌عنوان معاهده‌ای بین‌المللی هستند؟ در صورت مثبت بودن پاسخ، در مواردی که دیوان صلاحیت خود را به‌طور معطوف به ماسبق اعمال می‌نماید، می‌تواند اساسنامه را به‌عنوان حقوق کیفری ماهوی به‌طور مستقیم نسبت به موضوع اعمال کند. در این صورت، مقررات اساسنامه صرف نظر از اینکه انعکاسی از عرف هستند یا خیر، می‌توانند تمامی افراد در سراسر جهان را ملتزم نمایند. اما ایراد قابل طرح علیه این ادعا نادیده گرفتن حاکمیت دولت‌های غیرعضو اساسنامه و همچنین نقض اصل قانونی بودن نسبت به افراد می‌باشد. به‌علاوه، در این‌گونه موارد نه‌تنها اساسنامه صرفاً حدود صلاحیت دیوان را تعیین نموده، بلکه افراد به‌طور مستقیم مورد خطاب آن قرار نگرفته‌اند. از سوی دیگر، مقررات ناظر بر تعریف جنایات بین‌المللی تنها در چهارچوب این سند قابل اجرا بوده و حقوق ماهوی قابل اعمال نسبت به این‌گونه موارد باید در منبع حقوقی دیگری جست‌وجو گردد. به‌طوری‌که به‌منظور تعقیب افراد به خاطر اقدامات ارتكابی پیش از ارجاع یا پذیرش صلاحیت دیوان، منبع دیگری از حقوق ماهوی که در زمان ارتكاب قابل اعمال بوده و آن اعمال را ممنوع کرده باشد مورد نیاز است. این منبع حقوقی همان حقوق بین‌الملل عرفی است که افراد به هنگام ارتكاب اعمال ادعایی ملزم به رعایت آن بوده‌اند و با التزام دیوان به رسیدگی در محدوده آن، نه‌تنها مشکل نقض اصل قانونی بودن بروز نخواهد یافت، بلکه با تجاوز دیوان از حقوق عرفی متهم می‌تواند مدعی نقض اصل قانونی بودن توسط آن نهاد گردد.^{۹۱} به‌علاوه، تمامی مجازات از جمله حبس ابد نیز به‌موجب حقوق بین‌الملل

89. Kenneth S. Gallant, "The Principle of Legality" in *International and Comparative Criminal Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), 338.

۹۰. بند ۱ ماده ۲۴ اساسنامه بیان می‌دارد که «هیچ‌کس به‌موجب این اساسنامه نسبت به عملی که قبل از لازم‌الاجرا شدن آن مرتکب شده‌است، مسؤولیت کیفری نخواهد داشت.»

91. Marko Milanović, "Is the Rome Statute Binding on Individuals? (And Why We Should Care)," *Journal of International Criminal Justice* 9 (2011): 51; Marko Milanović, "Aggression and Legality:→

عرفی برای تمامی جنایات حقوق بین‌الملل بشردوستانه عرفی قابل اعمال بوده و از این طریق، مشکل قانونی بودن مجازات هم مطرح نخواهد شد.^{۹۲} پس، «تنها مبنای مشروع برای ایجاد مسؤولیت کیفری فردی [در دیوان کیفری بین‌المللی] - در صورت فقدان ممنوعیت‌های کیفری داخلی مرتبط در زمان ارتکاب رفتار ادعایی - احتمالاً حقوق بین‌الملل عرفی خواهد بود.»^{۹۳}

بنابراین، در صورت اعمال معطوف به ماسبق صلاحیت دیوان، حقوق عرفی به عنوان منبعی حقوقی موضوعیت یافته و افراد به جای اساسنامه ملزم به رعایت قواعد بین‌المللی عرفی بوده و با احراز نقض آنها، مسؤولیت کیفری خواهند داشت. در این گونه وضعیت‌ها با توجه به اینکه اساسنامه رم همانند اساسنامه‌های دیگر دادگاه‌های کیفری بین‌المللی از نظر ماهوی تنها محدوده صلاحیت دیوان را تعیین کرده، دیوان کیفری بین‌المللی همچون دادگاه‌های کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق و رواندا باید مشخص نماید که آیا جنایت مندرج در اساسنامه بازتابی از حقوق عرفی موجود در زمان ارتکاب اعمال ادعایی بوده یا خیر.^{۹۴} در این صورت اساسنامه نمی‌تواند فراتر از حقوق عرفی رفته و متهم با طرح این پرسش که آیا اتهامات وارده علیه وی در حقوق عرفی مبنایی دارند یا خیر، می‌تواند دیوان را به چالش بکشد.

نتیجه‌گیری

مسأله منابع حقوقی کیفری نه تنها در دادگاه‌های داخلی بلکه در دادگاه‌های کیفری بین‌المللی نیز حائز اهمیت است. در حقوق بین‌الملل کیفری که بحث تعقیب کیفری و مجازات افراد مطرح است، تشخیص منابع حقوقی قابل اعمال نسبت به اقدامات ارتكابی و احراز مسؤولیت کیفری فردی از مباحث کلیدی و اولیه است که به رغم تأسیس دیوان کیفری بین‌المللی و وجود اساسنامه و مقررات نوشته لازم‌الاجرا در چهارچوب آن مرجع، همچنان باید مورد توجه قرار گیرد. زیرا علی‌رغم تصویب اساسنامه رم و وجود سندی بین‌المللی جهت تعیین حدود و اختیارات دیوان کیفری بین‌المللی، وضعیت‌هایی ممکن است به آن نهاد ارجاع شوند که در زمان وقوع تحت صلاحیت آن نبوده‌اند. در چنین مواردی که اساسنامه به عنوان معاهده‌ای بین‌المللی قابلیت اعمال نسبت به آن وضعیت‌ها را ندارد، منبع حقوقی دیوان حقوق عرفی، به عنوان یک منبع نانوشته، خواهد بود. این در حالی است که برخی با در نظر گرفتن دادگاه‌های کیفری بین‌المللی پیشین و تجارب حاصل از آنها و نیز لزوم توجه

Custom in Kampala,” *Journal of International Criminal Justice* 10 (2011): 165; Antonio Cassese, “When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case,” *European Journal of International Law* 13 (2002): 875; Gallant, op. cit., 339; → Dapo Akande, “Customary International Law and the Addition of New War Crimes to the Statute of the ICC” (2018) *Ejil: Talk!* at 4, <https://www.ejiltalk.org/customary-international-law-and-the-addition-of-new-war-crimes-to-the-statute-of-the-icc>

92. Gallant, op. cit., 339.

93. Broomhall, “Article 22,” 720.

94. Tan, op.cit., 97.

به اصل قانونی بودن جرم و مجازات، شکل‌گیری دیوان کیفری بین‌المللی را نقطه پایان استفاده از عرف در حقوق بین‌الملل کیفری دانسته‌اند.

ماهیت حقوق بین‌الملل کیفری و سروکار داشتن آن با جنایات بین‌المللی و احراز مسؤولیت کیفری فردی ایجاب می‌نماید تا قواعدی که نقض آنها منجر به تحقق مسؤولیت مرتکب می‌گردد مشخص و شفاف باشند. لیکن این به معنای آن نیست که نقض قواعد بین‌المللی عرفی منجر به مسؤولیت کیفری نمی‌شود. برخلاف موضع حقوق‌دانان مخالف نقش عرف در حقوق بین‌الملل کیفری، این منبع در چهارچوب دیوان کیفری بین‌المللی کارکردی دوسویه دارد؛ به طوری که هم یک منبع حقوقی جهت احراز مسؤولیت کیفری فردی و هم ابزاری برای تفسیر اساسنامه رم به‌شمار می‌آید. اگرچه نقش عرف در اساسنامه رم علی‌الاصول ثانویه است و تنها در مواردی که دیوان با رجوع به متن اساسنامه یا سند عناصر جنایات قادر به شناسایی قواعد لازم‌الاجرا در زمان ارتکاب عمل ادعایی مورد بحث نباشد، امکان احراز حقوق بین‌الملل عرفی مرتبط را می‌یابد؛ لیکن در موارد استثنایی و هنگامی که صلاحیت دیوان باید به‌طور معطوف به ماسبق اعمال گردد، به دلیل عدم قابلیت اجرای مقررات کیفری ماهوی اساسنامه نسبت به آن وضعیت‌ها، حقوق بین‌الملل عرفی به‌عنوان منبع حقوقی ماهوی و اولیه مدّ نظر دیوان قرار می‌گیرد. تنها نکته قابل توجه در این خصوص آنکه دیوان باید با دقت نظر بیشتری به احراز قواعد عرفی لازم‌الاجرا در زمان ارتکاب اعمال ادعایی بپردازد تا همچون اسلاف خود متهم به قانونگذاری قضایی از طریق توسل به عرف نگردد.

فهرست منابع

- آقایی جنت‌مکان، حسین. «مفهوم حقوق قابل اجرا در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی». *مجله مطالعات حقوقی* ۲ (۱۳۹۰): ۳۵-۶۷.
- کسمتی، زهرا. «اصول انتساب مسؤلیت کیفری فردی در چهارچوب اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی». رساله دکترا، تهران: دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۸۷.
- Akande, Dapo. "Customary International Law and the Addition of New War Crimes to the Statute of the ICC" (2018) *Ejil: Talk!*, <https://www.ejiltalk.org/customary-international-law-and-the-addition-of-new-war-crimes-to-the-statute-of-the-icc>
- Akande, Dapo. "Sources of International Criminal Law." in *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Edited by Antonio Cassese, 49-52. Oxford University Press, 2009.
- Ambos, Kai. "Current Issues in International Criminal Law." *Criminal Law Forum* 14 (2004): 225-260.
- Arajärvi, Noora. *The Changing Nature of Customary International Law: Methods of Interpreting the Concept of Custom in International Criminal Tribunals*. New York: Routledge, 2014.
- Bartels, Rogier. "Legitimacy and ICC Jurisdiction Following Security Council Referrals: Conduct on the Territory of Non-Party States and the Legality Principle." in *The Legitimacy of International Criminal Tribunals*, Edited by Nobuo Hayashi and Cecilia M. Bailliet, 141-178. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- Bitti, Gilbert. "Article 21 of the Statute of the International Criminal Court and the Treatment of Sources of Law in the Jurisprudence of the ICC." in *The Emerging Practice of the International Criminal Court*. Edited by Carsten Stahn and Göran Sluiter, 281-304. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009,
- Broomhall, Bruce. "Article 22, Nullum Crimen Sine Lege." in *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Edited by Otto Triffterer Second Edition, 713-729. Munich, Oxford, Baden-Baden: C.H.Beck, Harf, Nomos, 2008.
- Cassese, Antonio and Paola Gaeta. *Cassese's International Criminal Law*. Edited by Antonio Cassese, Paola Gaeta, Laurel Baig, Mary Fan, Christopher Gosnell and Alex Whiting, 3rd Ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Cassese, Antonio. "When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case." *European Journal of International Law* 13 (2002): 853-875.
- Degan, Vladimir-Djuro. "On the Sources of International Criminal Law." *Chinese Journal of International Law* 4 (2005): 45-83.

- ECCC, "Decision on Co-Prosecutors' Request to Exclude Armed Conflict Nexus Requirement from the Definition of Crimes Against Humanity", Trial Chamber, Case No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, 26 October 2011.
- ECCC, Supreme Court Chamber, Judgment, Case No. (001/18-07-2007/ECCC/SC), 3 February 2012.
- Gallant, Kenneth S. *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- Hochmayr, Gudrun. "Applicable Law in Practice and Theory: Interpreting Article 21 of the ICC Statute." *Journal of International Criminal Justice* 12 (2014): 655-679.
- ICC, "The Prosecutor v. Katanga and Chui", Pre-Trial Chamber I, Decision on the Confirmation of Charges, Case No. (ICC-01/04-01/07-717), 30 September 2008.
- ICC, "The Prosecutor v. Lubanga Dyilo", Judgment on the Prosecutor's Application for Extraordinary Review of the Pre-Trial Chamber I's 31 Mar. 2006 Decision Denying Leave to Appeal, Situation in the Democratic Republic of the Congo, Case No. (ICC-01/04-168), 13 July 2006.
- ICC, "The Prosecutor v. Ngudjolo", Trial Chamber II, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute - Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert, Case No. (ICC-01/04-02/12-4), 18 December 2012.
- ICTR, "The Prosecutor v. Akayesu", Trial Chamber, Judgement, Case No. (ICTR-96-4-T), 2 September 1998.
- ICTR, "The Prosecutor v. Barayagwiza", Appeals Chamber, Decision on Prosecutor's Request for Review or Reconsideration, Case No. (ICTR-97-19-AR72), 31 March 2000.
- ICTR, "The Prosecutor v. Kajelijeli", Appeals Chamber, Judgment, Case No. (ICTR-98-44A-A), 23 May 2005.
- ICTR, "The Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana", Trial Chamber, Judgment, Case No. (ICTR-95-1-T), 21 May 1999.
- ICTR, "The Prosecutor v. Rutaganda, Trial Chamber, Judgment, Case No. (ICTR-96-3-T), 6 December 1999.
- ICTR, "The Prosecutor v. Musema, Trial Chamber, Judgment, Case No. (ICTR-96-13), 27 January 2000.
- ICTR, "The Prosecutor v. Nahimana et al.", Appeals Chamber, Judgment, Case No. (ICTR-99-52-A), 28 November 2007.
- ICTR, "The Prosecutor v. Semanza", Trial Chamber, Judgement, Case No. (ICTR-97-20-T), 15 May 2003.
- ICTY, "The Prosecutor v. Blagojević et al.", Trial Chamber, Judgement, Case No. (IT-02-60-T), 17 January 2005.
- ICTY, "The Prosecutor v. Erdemović", Appeals Chamber, Judgment, Case No. (IT-96-22-A), 7 October 1997.

- ICTY, "The Prosecutor v. Furundžija", Trial Chamber, Judgment, Case No. (IT-95-17/1), 10 December 1998.
- ICTY, "The Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura", Appeals Chamber, Judgment, Case No. (IT-01-47-A), 22 April 2008.
- ICTY, "The Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura", Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, Appeals Chamber, Judgment, Case No. (IT-01-47-AR72), 16 July 2003.
- ICTY, "The Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura", Trial Chamber, Judgement, Case No. (IT-01-47-T), 15 March 2006.
- ICTY, "The Prosecutor v. Halilović", Trial Chamber, Judgement, Case No. (IT-01-48-T), 16 November 2005.
- ICTY, "The Prosecutor v. Krajišnik", Trial Chamber, Judgement, Case No. (IT-00-39-T), 27 September 2006.
- ICTY, "The Prosecutor v. Kunarac et al.", Case No. (IT-96-23/1-A), Appeals Chamber Judgment, 12 June 2002.
- ICTY, "The Prosecutor v. Kupreškić", 14 January 2000, Case No. (IT-95-16-T), Trial Chamber, Judgment, Case No. (IT-95-16-T), 14 January 2000.
- ICTY, "The Prosecutor v. Limaj et al.", Trial Chamber, Judgment, Case No. (IT-03-66-T), 30 November 2005.
- ICTY, "The Prosecutor v. Orić", Trial Chamber, Judgment, Case No. (IT-03-68-T), 30 June 2006.
- ICTY, "The Prosecutor v. Perišić", Trial Chamber, Judgement, Case No. (IT-04-81-T), 6 September 2011.
- ICTY, "The Prosecutor v. Prlić et al.", Trial Chamber, Judgement, Case No. (IT-04-74-T), 29 May 2013.
- ICTY, "The Prosecutor v. Šainović et al.", Appeals Chamber, Judgement, Case No. (IT-05-87/1-A), 23 January 2014.
- ICTY, "The Prosecutor v. Šainović et al.", Appeals Chamber, Judgment on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997, Case No. (IT-95-14-AR108bis), 29 October 1997.
- ICTY, "The Prosecutor v. Strugar", Trial Chamber, Judgment, Case No. (IT-01-42-T), 31 January 2005.
- ICTY, "The Prosecutor v. Tadić", Appeals Chamber, Judgment, Case No. (IT-94-1-A), 15 July 1999.
- ICTY, "The Prosecutor v. Tadić", Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case No. (IT-94-1-AR72), 2 October 1995.
- ICTY, "The Prosecutor v. Tadić", Trial Chamber, Judgment, Case No. (IT-94-1-I), 7 May 1997.

- ICTY, “The Prosecutor v. Delalić et al.”, Appeals Chamber, Judgment, Case No. (IT-96-21-A), 20 February 2001.
- ILC, “Observations of Governments on the Report of the Working Group on a Draft Statute for an International Criminal Court”, UN Doc. A/CN.4/458 and Add. 1-8, 1994, Vol. II.
- ILC, “Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-Sixth Session, 2 May - 22 July 1994, Official Records of the General Assembly, Forty-Ninth Session, Supplement No. 10”, UN Doc. A/49/10 (1994), Yearbook of the International Law Commission 1994, Vol. II.
- ILC, Yearbook of the International Law Commission, Vol. I: Summary Records of the Meetings of the 40th Session 9 May-29 July 1988.
- International Military Tribunal (Nuremberg), *The American Journal of International Law* 41. Cambridge University Press, 1947.
- Jacobs, Dov. “Positivism and International Criminal Law: The Principle of Legality as a Rule of Conflict of Theories.” in *International Legal Positivism in a Post-Modern World*, Edited by Jörg Kammerhofer and Jean D’Aspremont (Cambridge: Cambridge University Press, 2014), 451-474.
- Jain, Neha. “Judicial Lawmaking and General Principles of Law in International Criminal Law.” *Harvard International Law Journal* 57 (2016): 111-150.
- Koroma, Abdul. “Foreword” in Customary International Humanitarian Law, Vol. I: Rules, Edited by Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- McAuliffe DeGuzman, Margaret. “Article 21: Applicable law.” in *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Edited by Otto Triffterer and Kai Ambos, 3rd Ed., 933-949. Munich, Oxford, Baden-Baden: C.H.Beck, Harf, Nomos, 2016.
- Mégret, Frédéric. “A Special Tribunal for Lebanon: The UN Security Council and the Emancipation of International Criminal Justice.” *Leiden Journal of International Law* 21 (2008): 485-512.
- Milanović, Marko. “Aggression and Legality: Custom in Kampala.” *Journal of International Criminal Justice* 10 (2011): 1-24.
- Milanović, Marko. “Is the Rome Statute Binding on Individuals? (And Why We Should Care).” *Journal of International Criminal Justice* 9 (2011): 25-51.
- Nerlich, Volker. “The Status of ICTY and ICTR Precedent in Proceedings before the ICC.” in *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, 305-325. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- Pellet, Alain. “Applicable Law.” in *The Rome Statute for an International Criminal Court: A Commentary*, Edited by Antonio Cassese, Paola Gaeta and John R.W. D. Jones Vol. 2, 1052-1084. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- Powderly, Joseph. “The Rome Statute and the Attempted Corseting of the Interpretative

Judicial Function: Reflections on Sources of Law and Interpretative Technique.” in *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Edited by Carsten Stahn, 444-498. Oxford: Oxford University Press, 2015.

- Raimondo, Fabián. O. *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2018.

- Robinson, Darryl. “Defining ‘Crimes Against Humanity’ at the Rome Conference.” *The American Journal of International Law* 93 (1999): 43-57.

- Sadat, Leila Nadya. *The International Criminal Court and the Transformation of International Law: Justice for the New Millennium*. Transnational Publications, 2002.

- Schabas, William A. “Customary Law or ‘Judge-Made’ Law: Judicial Creativity at the UN Criminal Tribunals.” in *The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko*, Edited by José Doria, Hans-Peter Gasser and M. Cherif Bassiouni, 77-101. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

- Schabas, William A. *International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

- Schwarzenberger, George. “The Judgment of Nuremberg.” *Tutlane Law Review* 21(1947): 329-361.

- SCSL, “The Prosecutor v. Sam Hinga Norman”, Appeals Chamber, Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction, Case No. (SCSL-2004-14-AR72(E), 31 May 2004.

- Škrk, Mirjam. “The Notion of Sources of International Criminal Law.” in *Contemporary Developments in International Law: Essays in Honour of Budislav Vukas*, Edited by Rüdiger Wolfrum, Maja Seršić and Trpimir M. Šošić, 879-905. Leiden: Brill Nijhoff, 2015.

- Tan, Yudan. “The Identification of Customary Rules in International Criminal Law.” *Utrecht Journal of International and European Law* 34 (2018): 92-110.

- UNGA, “Topical Summary of the Discussion Held in the Sixth Committee of the General Assembly during Its 47th Session”, UN Doc. A/CN.4/446, 25 January 1992.

- Van den Herik, Larissa. “The Decline of Customary International Law as a Source of International Criminal Law.” in *Custom’s Future: International Law in a Changing World*, Edited by Curtis A. Bradley, 230-252. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

- Verhoeven, Joe. “Article 21 of the Rome Statute and the Ambiguities of Applicable Law.” *Netherlands Yearbook of International Law* 33 (2002): 3-22.

- Werle, Gerhard. *Principles of International Criminal Law*. The Hague: TMC Asser Press, 2005.

- Zahar, Alexander and Göran Sluiter. *Criminal Law: A Critical Introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2008.