

قاعده عرفی مصونیت سران دولتها: ارزیابی ماده ۲۷ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی در پرتو قضیه سودان

مهدی عبدالمالکی^{۱*}، مسعود راعی دهقی^۲، امیر محمودی^۳، علیرضا آرش‌پور^۴

چکیده

ماده ۲۷ اساسنامه رم مصونیت سران دولتها را رافع مسئولیت کیفری آنها در خصوص جنایات تحت صلاحیت دیوان نمی‌داند. این امر در خصوص دولت‌های عضو اساسنامه کاملاً صادق است؛ چه آنکه آنان با پذیرش عضویت در دیوان تلویحاً از مصونیت سران دولت خود در صورت ارتکاب جنایات تحت صلاحیت دیوان اعراض کرده‌اند. مشکل جایی است که براساس ارجاع شورای امنیت وضعیت یک کشور غیرعضو به دیوان ارجاع شود. در این صورت برخی از اصول حقوق بین‌الملل مانند تحمیل تعهد به «دولت‌های ثالث» و قاعده عرفی «مصونیت سران دولتها» در برابر «امکان رسیدگی به جنایات بین‌المللی» قرار می‌گیرند و این چالش را ایجاد می‌کنند که چگونه باید مقررات ماده ۲۷ اساسنامه را در خصوص چنین دولت‌هایی اعمال کرد؟ البته دیوان در این زمینه در اساسنامه با ماده‌ای دیگر (بند ۱ ماده ۹۸) روبه‌روست که صریحاً جلب رضایت دولت برای محاکمه رئیس آن دولت را مقرر می‌کند. واقعیت آن است که ماده ۲۷ را باید در پرتو سایر مقررات حقوق بین‌الملل بررسی کرد، به‌نحوی که در نتیجه این تطبیق می‌توان گفت که دیوان نمی‌تواند به جنایات رؤسای دولت‌های غیرعضو - حتی با ارجاع شورای امنیت - رسیدگی کند، مگر آنکه بند ۱ ماده ۹۸ را اعمال کند.

کلیدواژگان

دیوان کیفری بین‌المللی، شورای امنیت ملل متحد، دولت‌های غیر عضو، ماده ۲۷ اساسنامه، مصونیت سران دولتها.

۱. دکترای حقوق بین‌الملل، پژوهش‌گر و مدرس دانشگاه (نویسنده مسئول). Email: MAbdulmaleki@gmail.com.
 ۲. دانشیار گروه حقوق بین‌الملل، واحد نجف‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران. Email: masoudraei@yahoo.com
 ۳. گروه حقوق، واحد کرج، دانشگاه آزاد اسلامی، کرج، ایران. Email: amirmahmoody@gmail.com
 ۴. استادیار گروه حقوق، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران. Email: a_arashpour@yahoo.com
- تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۰۸/۲۱، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۱۰/۱۳

مقدمه

مهم‌ترین جنایتکاران بین‌المللی افرادی هستند که مصونیت دارند، زیرا این افراد مستظهر به قدرتی هستند که از آنها پشتیبانی و حمایت می‌کند یا آنکه خود صاحب قدرت‌اند. بنابراین ارتکاب جنایت توسط افراد دارای مصونیت اگر نگوییم آسان است، چندان دشوار نیز نخواهد بود، زیرا قدرت، ثروت و نیروی نظامی امکان ارتکاب چنین جنایاتی را بدون ایجاد هر گونه پاسخگویی و مسئولیتی توسط آنها فراهم می‌کند. با پایان جنگ جهانی دوم، اساسنامه دادگاه نورنبرگ با بیان اینکه «جرائم علیه حقوق بین‌الملل به وسیله افراد، و نه موجودیت‌های انتزاعی ارتکاب می‌یابد و تنها با مجازات افرادی که مرتکب چنین جرائمی شده‌اند مقررات حقوق بین‌الملل قابل اجرا می‌باشد»^۱، گام مثبتی برای تبدیل مصونیت به مسئولیت برداشت. این قدم مثبت توسط دادگاه‌های کیفری بین‌المللی دیگر از جمله یوگسلاوی و رواندا هم برداشته شد. ماده ۲۷ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی نیز یکی از آخرین اقدامات برای حذف این مانع در برابر مسئولیت کیفری مقامات رسمی مرتکب جنایات بین‌المللی بود. این گام فی‌نفسه بسیار ارزشمند و شگفت‌انگیز است، اما پیچیدگی و چالش آن از جایی آغاز می‌شود که بدانیم ماده ۲۷ صرفاً ناظر و حاکم بر دولت‌های عضو اساسنامه است نه دولت‌های غیرعضو، حتی اگر ارجاع از سوی شورای امنیت بوده باشد. رویه دیوان حاکی از آن است که ماده ۲۷ را به تمامی دول عضو و غیرعضو تسری داده است. با وجود این لازم است موضوع مصونیت مستندتر و البته جزئی‌تر و با تکیه بر حکومت قانون بررسی شود، زیرا دیوان کیفری بین‌المللی باید با اتکا به حکومت قانون به مبارزه با بی‌کیفری گام بگذارد و هر گونه مبارزه‌ای و به هر شکل از دیوان پذیرفته نیست، حتی اگر به دنبال هدفی متعالی مانند محو بی‌کیفری و اجرای عدالت باشد. این پژوهش با اتکا به اصول حقوق بین‌الملل از جمله قاعده عرفی مصونیت سران دولت‌ها در پی اثبات این فرضیه است که برای اجرای عدالت نمی‌توان اصول مسلم حقوق بین‌الملل و مقررات اساسنامه دیوان را نادیده انگاشت. با این فرض ابتدا ابعاد ماده ۲۷ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی بررسی خواهد شد و در ادامه با تکیه بر وضعیت سودان، موضع دیوان در قبال وضعیت ارجاعی از سوی شورای امنیت با استناد به مواد اساسنامه مورد نقد قرار خواهد گرفت.

شرح ماده ۲۷ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی

ماده ۲۷ اساسنامه رم دارای دو بند است؛ در بند اول با توجه به اینکه افراد انسانی در خلق فجایع نقش دارند، همه اشخاص را بدون هیچ‌گونه تبعیضی مشمول اجرای اساسنامه می‌داند. بند ۲ نیز

1. Charter Of The International Military Tribunal (Imt), Art 7.

وجود حتی مصونیت‌های داخلی را رادع اعمال صلاحیت دیوان نمی‌داند. این ماده از مهم‌ترین مواد اساسنامه دیوان است. ماده‌ای که نقشی مستقیم و البته بسیار تأثیرگذار در محو بی‌کیفری به‌عنوان عاملی که مانع اساسی برای دستیابی به عدالت کیفری بین‌المللی است، دارد. این ماده، به‌عنوان «کتاب قانون»^۱، دیوان را ملزم می‌کند فارغ از هر گونه تبعیضی به جنایات بین‌المللی تحت صلاحیت دیوان رسیدگی کند و مرتکب را با هر سمت رسمی که دارد، به کیفر برساند. ماده ۲۷ را نمی‌توان اولین واکنش جامعه جهانی به مصونیت مقامات رسمی دانست، زیرا در اساسنامه دادگاه نورنبرگ این موضوع در ماده ۷ مورد توجه قرار گرفت.^۲ «موقعیت رسمی متهمان اعم از رئیس دولت یا مقامات مسئول در بخش‌های دولت به‌عنوان مفر آنها از مسئولیت یا تخفیف مجازات تلقی نخواهد شد»^۳. همچنین ماده ۶ اساسنامه دادگاه توکیو، بند ۲ ماده اساسنامه دادگاه بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق، بند ۲ ماده ۶ اساسنامه دادگاه بین‌المللی برای روندا، بند ۲ ماده ۶ اساسنامه دادگاه ویژه سیرالئون نیز چنین مقرره‌ای در خصوص مقامات رسمی داشته‌اند. بند ۱ ماده ۲۷ نیز مفهوم کلی مشابهی را فرمول‌بندی کرده، با وجود این، عبارت‌پردازی آن بدیع و جالب توجه است (Schabas, 2010: 448).

بند ۱ ماده ۲۷ اساسنامه

می‌توان گفت ماده ۲۷ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی به‌نوعی، ماده اجرایی بندهای ۴ و ۵ دیباچه آن محسوب می‌شود. براساس بند ۴ دیباچه کشورهای عضو تأکید می‌کنند که نباید شدیدترین جنایاتی که موجب نگرانی جامعه بین‌المللی است، بدون مجازات بمانند و تکملاً این بند نیز پاراگراف ۵ دیباچه است که براساس آن، اعضا مصمم‌اند که بی‌کیفرمانی مرتکبان چنین جنایاتی را پایان دهند. بر این اساس برخی معتقدند «تا آنجا که به مصونیت‌های مبتنی بر حقوق بین‌الملل مربوط می‌شود، بند ۱ ماده ۲۷ از حقوق عرفی بین‌المللی جدا نیست. این بند، قاعده عرفی را بازگو می‌کند که براساس هدف ایجاد مسئولیت کیفری، ادعای اقدام در یک مقام رسمی فاقد ارزش و وجهت است... بند ۱ ماده ۲۷ اصلی را بیان می‌کند که به موجب آن حتی کسانی که از موقعیت رسمی خویش و قدرت ناشی از آن سوءاستفاده می‌کنند، نمی‌توانند از آن موقعیت برای کسب مصونیت از جرائم ارتکاب‌یافته در حال اجرای کارکردهای عمومی بهره‌مند شوند»

1. Dworkin, 1986: 11-12.

2. Agreement For The Prosecution And Punishment Of The Major War Criminals Of The European Axis, And Charter Of The International Military Tribunal, 82 U.N.T.S. 280, Entered Into Force Aug. 8, 1945. Available At: <https://www1.umn.edu/humanrts/instree/1945a.htm>

۳. همچنین ر.ک

Cassese, Antonio, "Affirmation of The Principles of International Law Recognized by the Charter of the Nürnberg Tribunal", United Nations Audiovisual Library of International Law, 2009. p3

(Gaeta, 2002: 990). بنابراین دیوان بدون پذیرش مصونیت افراد و با توجه به اصول مقرر در اساسنامه به دنبال آن است که هم بی‌کیفری را پایان دهد و هم با ایفای نقش اربعی از ارتکاب چنین جنایاتی در آینده توسط مقامات رسمی پیشگیری کند. با وجود این همان‌گونه که در بخش‌های آتی گفته خواهد شد، مقررۀ بند ۱ ماده ۲۷ یک قاعدۀ عرفی بین‌المللی نیست، بلکه صرفاً اعلام رضایت دولت‌های عضو اساسنامه به اعراض از مصونیت مقامات رسمی خویش است.

بند ۲ ماده ۲۷ و وضعیت دولت‌های غیرعضو اساسنامه

بند ۲ ماده ۲۷ اگرچه ظاهری شفاف دارد، در حقیقت از مواردی است که می‌تواند چالش‌برانگیز باشد. براساس این بند «مصونیت‌ها یا قواعد شکلی ویژه‌ای که به موجب حقوق داخلی یا حقوق بین‌الملل در مورد مقامات رسمی اجرا می‌شوند، موجب نمی‌گردند که دیوان نتواند صلاحیتش را نسبت به آن اشخاص اعمال نماید». این بند در خصوص دولت‌های عضو دیوان و سران آن دولت‌ها احتمالاً مشکلی ایجاد نخواهد کرد، زیرا آنها صریحاً با عضویت در اساسنامه مصونیت مقامات خود را سلب کرده‌اند (Jyrkkio, 2011: 46)، اما در خصوص دولت‌های غیرعضو دیوان^۱ می‌تواند چالشی حقوقی ایجاد کند؛ چالشی که محکی برای دیوان در خصوص اقدام براساس حکومت قانون، پایبندی به آن خواهد بود.

برخی معتقدند دیوان از سه طریق می‌تواند اتباع دولت‌های غیرعضو را تحت تعقیب قرار دهد؛ نخست: با ارجاع شورای امنیت؛ دوم حضور تبعۀ دولت غیرعضو در خاک یک دولت عضو و سوم با اعلام رضایت دولت غیرعضو اساسنامه (Akande, 2003: 618-6190).^۲ با این فرض در صورتی که وضعیتی مربوط به یک دولت غیرعضو براساس شکل نخست به دیوان ارجاع شود، اولین موضوع چالش‌برانگیز، مصونیت مقامات رسمی آن دولت خواهد بود. برای مثال زمانی که شورای امنیت وضعیت سودان به‌عنوان یک دولت غیرعضو اساسنامه را به دادستان ارجاع کرد، این چالش می‌توانست ایجاد شود، اما در قرار بازداشت صادره برای البشیر رئیس دولت سودان^۳،

۱. برای اطلاعات بیشتر در خصوص صلاحیت دیوان بر اتباع دولت‌های غیر عضو ر.ک:

Morris, Madeline, The Jurisdiction of the International Criminal Court over Nationals of Non-Party States, ILSA Journal of International & Comparative Law, Vol. 6, 2000,

۲. برای دیدن نظری که معتقد است دیوان می‌تواند صلاحیت خود را در مورد اتباع دولت‌های غیرعضو اعمال نماید، فارغ از اینکه به چه طریقی از طرق مقرر در ماده ۱۳ به دیوان ارجاع شده باشد ر.ک:

Jacobs Dov, 2015: 29.

۳. در زمان نگارش این مقاله و پذیرش آن (۱۳۹۵/۱۰/۱۳)، عمر البشیر رئیس‌جمهور سودان بود، اما در تاریخ ۱۳۹۸/۱/۲۲ (۲۰۱۹/۰۴/۱۱) به حکومت ۳۰ ساله وی بر سودان پایان داده شد و دولت او ساقط گردید. با وجود این تنها سه روز بعد از سقوط البشیر، شورای نظامی انتقالی سودان اعلام کرد عمر البشیر را در اختیار دیوان کیفری بین‌المللی قرار نخواهد داد و محاکم سودان او را محاکمه خواهند کرد.

هیچ اشاره‌ای به ماده ۲۷ اساسنامه نشد و این ایرادی است که می‌توان به این تصمیم گرفت، زیرا باید این موضوع حل‌وفصل می‌شد که چگونه می‌توان تعهدی را برخلاف اصول مسلم حقوق بین‌الملل بر یک دولت غیرعضو تحمیل کرد؟ شاید در صدور قرار جلب عمر البشیر «به واقع شعبه مزبور، ماده ۲۷ را آنچنان صریح و شفاف یافته است که حتی به‌هنگام صدور قرار جلب بالاترین مقام رسمی یک کشور، خود را بی‌نیاز از استناد به آن ماده یافته است» (زمانی، ۱۳۸۷: ۲۸). حتی اگر این‌گونه هم باشد، باز نافی ضرورت طرح موضوع از سوی شعبه مقدماتی نبود، زیرا این اتفاق سال‌ها بعد و در سال ۲۰۱۴ و بعد از چند بار درخواست دیوان از کشورها برای تحویل البشیر به دیوان رخ داد و شعبه مقدماتی دیوان رأی صادر کرد که مجبور به تحلیل این ماده در مقابل استدلال‌های جمهوری دموکراتیک کنگو شد.^۱

سودان یک کشور غیرعضو اساسنامه است و علی‌الاصول تابع مقررات آن نیز نخواهد بود. با وجود این، همان‌گونه که گفته شد، شورای امنیت در سال ۲۰۰۵ با احراز آنکه ادامه وضعیت دارفور می‌تواند صلح و امنیت بین‌المللی را نقض کند، قضیه دارفور را به دادستان ارجاع کرد.^۲ این قضیه اولین فرصت را برای دیوان فراهم ساخت تا بتواند یکی از مهم‌ترین مواد اساسنامه را عملیاتی و حدود آن را تفسیر کند. بنابراین دیوان کیفری بین‌المللی در زمینه همکاری دولت‌ها برای اجرای قرارهای بازداشت صادره یا تحویل متهمانی که در سرزمین آنها حضور دارند یا رسیدگی به وضعیت دولت‌های غیرعضو با چالشی به نام مصونیت منبعت از حقوق بین‌الملل عرفی مواجه است^۳ (Williams & Sherif, 2009: 74) و دیوان باید این اصل حقوقی را در قالب مواد اساسنامه تفسیر و اجرایی کند. برای دریافت نظر دیوان رجوع به رأی سال ۲۰۱۴ شعبه مقدماتی^۴ رسیدگی‌کننده به موضوع اجرای قرار بازداشت عمر البشیر رئیس‌جمهور سودان برای ارتکاب جنایات بین‌المللی در دارفور می‌تواند بسیار مؤثر افتد.

ارجاع قضیه سودان به دیوان کیفری بین‌المللی

شورای امنیت در سال ۲۰۰۵ قضیه دارفور را به موجب بند ۲ ماده ۱۳ به دادستان دیوان ارجاع نکرد و در ادامه به صدر قرار بازداشت البشیر منجر شد.^۵ قراری که با وجود درخواست‌های مکرر

1. ICC-02/05-01/09 , 9 April 2014 , Situation In Darfur, Sudan, The Prosecutor V. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Pre-Trial Chamber II

2. S/Res/1593, Security Council, 5158th Meeting On 31 March 2005

۳. همچنین ر.ک:

Akande Dapo, 'International Law Immunities And The International Criminal Court', (2004) 98 Ajil, 407- 409

4. Icc-02/05-01/09 , 9 April 2014 ,Ibid

۵. برای اطلاعات بیشتر ر.ک: زمانی، ۱۳۸۷: ۴۹-۱۳؛ همچنین ر.ک:

Jyrkkio Terhi, Immunities Of Heads Of State In The International Criminal Court Particularly In The Case Against Omar Al Bashir, University Of Helsinki - Faculty Of Law, November 1, 2011, P 1-4 -

دیوان تاکنون اجرایی نشده و علت آن نیز عدم همکاری دولت‌ها و البته استدلال‌های حقوقی آنها بوده است. برای مثال دیوان در سال‌های ۲۰۰۹ و ۲۰۱۰ از همه کشورهای عضو اساسنامه خواست تا برای بازداشت و تحویل البشیر اقدام کنند، اما این امر با مقاومت سیاسی و حقوقی برخی آنها روبه‌رو شد و این بیانگر آن است که ماده ۲۷ اساسنامه موضوعی جدی و محل اختلاف است.

تحلیل رأی ۲۰۱۴ دیوان کیفری بین‌المللی: دومین قرار بازداشت عمر البشیر

شعبه ۲ مقدماتی دیوان در الزام دولت جمهوری دموکراتیک کنگو، از اعضای اساسنامه دیوان، استدلال‌های جالبی را در پاسخ به این دولت مبنی بر بقای مصونیت البشیر مطرح می‌کند که در نهایت به مواد ۲۵ و ۱۰۳ منشور ملل متحد منتهی می‌گردد.

نکته اول: صلاحیت حل اختلاف در مورد وظایف قضایی دیوان با خود دیوان است. بر این اساس، بند ۱ ماده ۱۱۹ اساسنامه مقرر می‌دارد: «هر گونه اختلاف مربوط به کارکردهای قضایی دیوان با تصمیم دیوان برطرف خواهد شد». شعبه مقدماتی در این قضیه ابتدا خود را تنها مرجع قادر به اظهار نظر در خصوص بقا یا سلب مصونیت می‌داند و معتقد است: «کنگو این امر را نادیده می‌گیرد که دیوان تنها مرجعی است که می‌تواند تصمیم بگیرد که آیا مصونیت‌های ملحق به البشیر به‌عنوان رئیس دولت در این پرونده خاص قابل اعمال است یا خیر؟»^۲ چالش اصلی این قضیه موضوع بقای مصونیت البشیر، تعارض بین تعهد بین‌المللی دولت کنگو بر اساس تعهد ایجادشده توسط اتحادیه آفریقا و تعهد ناشی از بند ۲ ماده ۲۷ اساسنامه و تعهدات ناشی از قطعنامه‌های شورای امنیت است.^۳ اتحادیه آفریقا در ۱۲ اکتبر ۲۰۱۳ در جلسه‌ای که به منظور تنظیم روابط با دیوان برگزار شد مقرر داشت: «به‌منظور پاسداری از نظم، ثبات و یکپارچگی دولت‌های عضو، هیچ اتهامی نزد هیچ دیوان یا دادگاه بین‌المللی علیه فردی که به‌عنوان رئیس دولت اتحادیه آفریقا خدمت می‌کند مطرح نخواهد شد یا ادامه پیدا نخواهد کرد یا هیچ‌کس در زمان تصدی مقام رسمی موضوع چنین اقدامی قرار نخواهد گرفت».^۴ این امر تعهدی را ایجاد کرد که بر اساس آن در صورت حضور البشیر در کنگو، آن کشور ملزم به اجرای بازداشت و تحویل وی به دیوان نیست. کنگو در استدلال خود نزد شعبه مقدماتی بر این نظر بود که «البشیر از مصونیت‌های معینی به‌دلیل موقعیتی که به‌عنوان رئیس دولت دارد، برخوردار

Electronic Copy Available At: [Http://Ssrn.Com/Abstract=2043536](http://Ssrn.Com/Abstract=2043536)

1. Pre-Trial Chamber I, "Warrant Of Arrest For Omar Hassan Ahmad Al Bashir", 4 March 2009, Icc-02/05-01/09-1; "Second Warrant Of Arrest For Omar Hassan Ahmad Al Bashir", 9 April 2014, Icc-02/05-01/09-95.
2. Icc-02/05-01/09, 9 April 2014, Ibid, Para 16
3. برای دیدن موضوع مشروعیت قطعنامه‌های شورای امنیت ر.ک: موسوی، بهار ۱۳۹۱: ش ۳۶.
4. Extraordinary Session Of The Assembly Of The African Union 12 October 2013 Addis Ababa, Ethiopia Ext/Assembly/Au/Dec.1-2(Oct.2013) Ext/Assembly/Au/Decl.1-4(Oct.2013), Para 10 (I)

است. اگرچه ماده ۲۷ این مصونیت‌ها را غیرمؤثر اعلام می‌کند، اما به نظر کنگو آنها معتبرند، زیرا البشیر رئیس یک دولت عضو اتحادیه آفریقا و این اتحادیه در ۱۲ اکتبر ۲۰۱۳ تصمیم گرفته است که رئیس دولت نباید در زمان حضور در این پست نزد هیچ دادگاه بین‌المللی حاضر شود. در پرتو تصمیم اتحادیه آفریقا درخواست دیوان برای بازداشت و تحویل البشیر مغایر با تعهدات آنها در خصوص مصونیت‌های ملحق به او به‌عنوان یک رئیس دولت است.^۱

نکته دوم: شعبه مقدماتی دیوان کیفری بین‌المللی معتقد است جایگاه رئیس دولت به‌واسطه مصونیت شخصی از صلاحیت قضایی و تعرض نزد دادگاه‌های ملی دولت‌های خارجی محل اختلاف نیست و این قاعده‌ای به موجب حقوق بین‌الملل است و این جایگاه حتی هنگامی که رئیس دولتی متهم به ارتکاب یک یا چند جنایت تحت صلاحیت دیوان باشد نیز قابل ایراد نیست.^۲ شعبه در ادامه دلیل وجود چنین مصونیت‌های شخصی به موجب حقوق بین‌الملل را اجرای مؤثر کارکردهای جایگاه رئیس دولت می‌داند که می‌تواند انجام وظایف او را تضمین کند و این نظری است که مورد حمایت دیوان بین‌المللی دادگستری نیز است.^۳

نکته سوم: گزارشگر کمیسیون حقوق بین‌الملل در موضوع مصونیت وارد حوزه دیوان کیفری بین‌المللی نمی‌شود و این امر را مستثنا بر موضوع گزارش می‌داند. «در مورد استثنای مصونیت نزد دادگاه‌های کیفری بین‌المللی از حوزه مواد پیش‌نویس، گزارشگر قبلی توجه را به این امر - به‌عنوان اولین ضابطه - معطوف کرد که صلاحیت ملی و بین‌المللی ماهیتاً متفاوت‌اند. به نظر گزارشگر کمیسیون دلیل کاملاً مهم دیگری نیز وجود دارد: مصونیت نزد دیوان‌های بین‌المللی کیفری به‌صورت ویژه به‌واسطه اسناد بین‌المللی که کارکرد دادگاه‌های کیفری بین‌المللی را ایجاد و تنظیم کرده‌اند، قاعده‌مند شده است. بنابراین ضرورتی وجود ندارد که کمیسیون به موضوعی که قبلاً به‌قدر کافی واضح و تعیین حدود شده است، بازگردد.»^۴ بر این اساس شعبه مقدماتی این امر را به معنای تأیید قاعده‌ای کلی در خصوص مصونیت می‌داند که می‌تواند استثنائاتی بر آن وارد شود. یکی از این استثنائات بند ۲ ماده ۲۷ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی است که براساس آن وجود مصونیت‌های شخصی که به موجب حقوق بین‌الملل عموماً ملحق به مقام رسمی شخص است، مانع از اعمال صلاحیت دیوان بر چنین اشخاصی نخواهد شد.^۵ با وجود حال این نظر شعبه را نباید قاعده حقوق بین‌الملل دانست، زیرا این امر در نهایت تنها محدود به دولت‌های عضو اساسنامه است.

1. Icc-02/05-01/09 , 9 April 2014 , Ibid, Para 19

۲. در این زمینه و عدم سلب مصونیت به‌علت تغییر ماهیت جرم ر.ک:

Dissenting Opinion Of Judge Van Den Wyngaert.

3. ICJ, "Arrest Warrant Of 11 April 2000 (Democratic Republic Of The Congo V. Belgium)", Judgment, 14 February 2002, Paras 53-59.

4. A/Cn.4/661, International Law Commission Sixty-Fifth Session Geneva ,Ibid , P 27

5. Icc-02/05-01/09 , 9 April 2014 , Ibid, Para 25

نکته چهارم: موضوع اعتبار یک معاهده برای دولت‌های غیرعضو آن و به عبارت بهتر «دولت‌های ثالث» است. دولت ثالث براساس قسمت «ح» بند ۱ ماده ۲ کنوانسیون حقوق معاهدات به دولتی اطلاق می‌شود که طرف معاهده نیست. از آنجا که مصونیت یک قاعده حقوق بین‌الملل عرفی است، آیا اساسنامه می‌تواند تعهداتی خلاف آن بر دولت‌هایی که عضو اساسنامه نیستند، تحمیل کند. شعبه مقدماتی نیز در رأی سال ۲۰۱۴ در خصوص کنگو این سؤال را مطرح می‌کند که تا چه اندازه ماده ۲۷ شامل دولت‌های غیرعضو اساسنامه می‌شود؟ و آیا این ماده فقط دولت‌های عضو اساسنامه را در برمی‌گیرد؟^۱ شعبه مقدماتی خود این سؤال را چنین پاسخ می‌دهد: «با توجه به اینکه اساسنامه یک معاهده چندجانبه تحت قواعد کنوانسیون وین در خصوص حقوق معاهدات است، نمی‌تواند تعهداتی بر دولت‌های ثالث بدون رضایت آنها تحمیل نماید. بنابراین استثنای بر اعمال صلاحیت دیوان مقرر در بند ۲ ماده ۲۷ اساسنامه، در اصل، باید شامل دولت‌های عضوی گردد که آن را پذیرفته‌اند».^۲

در اینجا دو اصل نسبی بودن معاهدات و اصل رضایی بودن ورود به سازمان‌های بین‌المللی باید مدنظر قرار گیرد. از آنجا که سودان عضو اساسنامه نیست، حتی اگر در تدوین آن نیز نقش داشته، اما چون بدان ملتزم نشده است، نسبت به اساسنامه عضو ثالث محسوب می‌شود^۳ و اقدام شورای امنیت برای تحمیل مقررات اساسنامه دیوان به آن کشور خود چالشی اساسی است که باید بادقت بدان نگرسته شود. شعبه مقدماتی نیز این امر را می‌پذیرد، اما دلیل دیگری را برای عدم بقای مصونیت و تعهد دولت ثالث، در اینجا سودان، اقامه می‌کند. «هنگام اعمال صلاحیت توسط دیوان برای تعقیب رئیس دولت غیرعضو، مسئله مصونیت شخصی می‌تواند معتبر باقی بماند. راه حل ارائه شده برای حل چنین تعارضی را باید در بند ۱ ماده ۹۸ اساسنامه یافت. این ماده راهنمای دیوان برای تضمین همکاری دولت ثالث به منظور ابطال یا اعراض از مصونیت رئیس دولت خویش است. روش مقرر در بند ۱ ماده ۹۸ از اقدام مغایر با تعهدات بین‌المللی دولت مورد درخواست جلوگیری می‌کند».^۴

این بند ماده ۹۸ کاملاً مؤید اصل نسبی بودن معاهده است و هیچ برداشتی از آن برای اعراض به محض درخواست همکاری نمی‌توان کرد، مگر آنکه دیوان همکاری دولت ثالث را برای رفع مصونیت جلب کرده باشد. بند ۱ ماده ۹۸ مقرر می‌کند: «دیوان نمی‌تواند نوعی از همکاری

1. Ibid, Para 26

2. Ibid

همچنین ر.ک:

Scharf Michael P., The Icc's Jurisdiction Over The Nationals Of Non-Party States: A Critique Of The U.S. Position, Law And Contemporary Problems [Vol. 64: No. 1, Winter 2001, P 98

۳. برای اطلاعات بیشتر ر.ک: فلسفی، ۱۳۹۳: ۳۷۹.

4. Icc-02/05-01/09, 9 April 2014, Ibid, Para 27

برای اطلاعات بیشتر در خصوص ارتباط مواد ۲۷ و ۹۸ ر.ک: Akande, 2009: 337p

را درخواست نماید که دولت مورد درخواست مجبور شود برخلاف تعهداتی عمل نماید که به موجب حقوق بین‌الملل در مسئله مصونیت دولت‌ها یا مصونیت سیاسی شخص یا اموال دولت ثالث به عهده دارد، مگر اینکه قبلاً همکاری آن دولت ثالث را به منظور سلب مصونیت جلب کرده باشد.^۱ در خصوص تحویل فرد به دیوان، ماده ۱۹۵ آیین دادرسی دیوان نیز درخواست تحویل شخص بدون رضایت دولت فرستنده را مطابق ماده ۹۸ بند ۲ ممنوع می‌کند.^۲

استدلال شعبه مقدماتی دیوان با استناد به قسمت اخیر بند ۱ ماده ۹۸ در نوع خود بسیار جالب توجه است. شعبه برای استدلال و ارائه دلیل پا را از اساسنامه فراتر می‌نهد و به قطعنامه ۱۵۹۳ شورای امنیت متوسل می‌شود. شعبه معتقد است که تعارضی بین تعهدات بین‌المللی کنگو و تعهدات اساسنامه‌ای آن وجود ندارد^۳، بنابراین « تصور می‌کند که چنین مغایرتی در این پرونده ایجاد نمی‌شود. این امر بیشتر به خاطر صدور قطعنامه ۱۵۹۳ (۲۰۰۵) شورای امنیت است که براساس آن دولت سودان به صورت کامل در این زمینه همکاری خواهد نمود و هر گونه مساعدت مورد نیازی را با دیوان و دادستان متعاقب این قطعنامه به عمل خواهد آورد. از آنجایی که مصونیت اعطایی به البشیر یک مانع شکلی برای تعقیب نزد دیوان است، همکاری ترسیم‌شده در قطعنامه مذکور به معنای حذف هر گونه مانعی برای رسیدگی نزد دیوان است از جمله رفع مصونیت‌ها. هر تفسیر دیگری، تصمیم شورا برای الزام سودان به همکاری کامل و ارائه هر گونه مساعدت لازم به دیوان را بی‌معنی خواهد کرد. بر این اساس همکاری دولت ثالث برای ابطال مصونیت، مانند الزام قسمت آخر بند ۱ ماده ۹۸، قبلاً به واسطه بند ۲ قطعنامه ۱۵۹۳ شورا تضمین گردیده است. براساس آن بند شورا تلویحاً مصونیت اعطاشده به البشیر را ابطال کرده است. نتیجتاً هیچ مانعی در سطح عمودی بین کنگو و سودان در خصوص اجرای درخواست‌های ۲۰۰۹ و ۲۰۱۰ وجود ندارد»^۴.

۱. «در خصوص سایر درخواست‌های همکاری سوای از بازداشت، بند ۱ ماده ۹۸ نیز ماده‌ای مرتبط است...»
Ciampi Annalisa, Other Forms of Cooperation, in: The Rome Statute of the International Criminal Court, Edited By: Antonio Cassese, Paola Gaeta, John R.W.D.Jones, Oxford Scholarly Authorities on International Law [OSAIL], Published in print: 25 July 2002, p 1736

۲. Rules Of Procedure And Evidence, 3-10 September 2002

۳. دولت آفریقای جنوبی نیز از بازداشت البشیر خودداری کرد که این امر نیز موضوع رأی دیوان شد. دیوان در رأی ۸ دسامبر ۲۰۱۶ با طرح مقدماتی رسیدگی به موضع آفریقای جنوبی در خصوص عدم اجابت تصمیم دیوان برای دستگیری عمر البشیر را به ۷ آوریل ۲۰۱۷ موکول کرد.

در این رأی دیوان دو پرسش را مطرح می‌کند: ۱. آیا آفریقای جنوبی در اجرای تعهداتش به موجب اساسنامه برای دستگیری و تحویل البشیر به دیوان قصور کرده است یا خیر؟ ۲. آیا اوضاع و احوال به گونه‌ای است که عدم اجابت درخواست دیوان توسط آفریقای جنوبی به مجمع کشورهای عضو یا شورای امنیت ارجاع شود؟
ICC-02/05-01/09, Pre-Trial Chamber II, Situation In Darfur, Sudan The Prosecutor V. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision Convening A Public Hearing For The Purposes Of A Determination Under Article 87(7) Of The Statute With Respect To The Republic Of South Africa, Para 15

4. ICC-02/05-01/09, 9 April 2014, Ibid, Para 29

واقعیت آن است که نمی‌توان به این استدلال دیوان چندان در راستای حکومت قانون نگریست، زیرا بند ۱ ماده ۹۸ صریحاً رضایت دولت ثالث را مبنای آغاز رسیدگی و اعمال صلاحیت دیوان می‌داند و رضایت دولت ثالث نیز به معنای اعراض از مصونیت است. همچنین بند ۲ قطعنامه شورای امنیت تنها موضوع همکاری کامل سودان و دولت‌های عضو را مطرح می‌کند و هیچ نشانه روشنی مبنی بر ابطال یا سلب مصونیت ارائه نمی‌کند. براساس این پاراگراف شورا «تصمیم می‌گیرد که دولت سودان و همه طرف‌های درگیر در دارفور با دیوان همکاری و آن را مساعدت کنند. با شناسایی عدم الزام دولت‌های غیرعضو به اساسنامه دیوان، می‌خواهد که همه دولت‌ها و سازمان‌های منطقه‌ای و غیر منطقه‌ای همکاری لازم را معمول کنند»^۱. همان‌گونه که ملاحظه می‌شود نه اساسنامه و نه قطعنامه، صریحاً اثر ارجاع یک قضیه از سوی شورای امنیت را بر مصونیت رئیس یک دولت غیرعضو مشخص نمی‌کنند (Williams And Sherif, 2009: 79-80). همان‌گونه که در بندهای پیشین گفته شد، اتحادیه آفریقا دولت‌های عضو را ملزم به حفظ مصونیت رؤسای دولت‌های عضو کرده و خواستار آن شده است که از تحویل افراد از جمله البشیر به دادگاه‌های کیفری بین‌المللی خودداری ورزند. از طرف دیگر، شورای امنیت در قطعنامه ۱۵۹۳ از دولت سودان می‌خواهد که همکاری کامل را به عمل آورد. تعهد دولت سودان به عدم اعراض از مصونیت و تعهد او به موجب قطعنامه فصل هفتم تعارضی است تعیین‌کننده، که دیوان می‌توانست این تعارض را یک بار برای همیشه حل کند. این امر نه تنها محقق نشد، بلکه در خصوص تعهد دولت‌های دیگر عضو مانند کنگو به بازداشت و تحویل البشیر و تعهد آنها براساس قواعد اتحادیه آفریقا نیز ابهاماتی وجود دارد. شعبه مقدماتی معتقد است «...کنگو از این الزام تعهدآور دفاع می‌کند که فرد خدمت‌کننده به‌عنوان رئیس دولت در خلال تصدی این مقام، ملزم به حضور نزد دیوان بین‌المللی یا دادگاه نیست. با این حال تعهدات متعارضی که کنگو ادعا می‌کند تنها بین اتحادیه آفریقا و دیوان نیست بلکه تعارض واقعی بین تصمیم اتحادیه آفریقا مبنی بر حفظ مصونیت البشیر و قطعنامه ۱۵۹۳ شورا است که چنین مصونیتی را به‌منظور تعقیب نزد دیوان سلب می‌کند. در این پرونده تعارض با اشاره به مواد ۲۵ و ۱۰۳ منشور حل می‌شود. در رأی مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه نامیبیا آمده است: «هنگامی که شورای امنیت تصمیمی را به موجب ماده ۲۵ مطابق منشور اتخاذ می‌کند آن تصمیم برای دولت‌های عضو الزامی است. هر اقدام دیگری این نهاد مهم را از کارکردها و اختیارات اساسی‌اش به موجب منشور محروم خواهد کرد»^۲.

1. S/Res/1593, Adopted By The Security Council At Its 5158th Meeting, On 31 March 2005

2. Icc-02/05-01/09 , 9 April 2014 ,Ibid, Para 30

همچنین برای دیدن نظرهای کشورهای مالای ر.ک:

Report of the Registrar with the observations from Malawi, including two confidential annexes, referred to in ICC-02/05-01/09-139, 12-12-2011, para. 8.

«به‌علاوه مطابق ماده ۱۰۳ منشور، هنگام تعارض بین تعهدات اعضای ملل متحد به موجب منشور حاضر و تعهدات آنها به موجب سایر موافقت‌نامه‌های بین‌المللی تعهدات آنها به موجب منشور مرجح خواهد بود. با توجه به اینکه شورا براساس فصل هفتم تلویحاً مصونیت‌های البشیر را به موجب قطعنامه ۱۵۹۳ سلب کرده است کنگو نمی‌توانست به تصمیم دیگری از جمله اتحادیه آفریقا متوسل شود.»^۱ شعبه برای اثبات تعهد دولت سودان و کنگو به تحویل البشیر به الزام آور بودن قطعنامه شورای امنیت متوسل می‌شود و در این میان مواد ۲۵ و ۱۰۳ منشور ملل متحد پایه استدلال دیوان قرار می‌گیرد. بر این اساس نگاهی به فحواي ماده ۱۰۳ خالی از فایده نخواهد بود.

تحلیل ماده ۱۰۳ منشور ملل متحد: جایگاه قاعده عرفی

سؤال آن است که براساس ماده ۱۰۳ منشور جایگاه تعهدات دولت‌ها در مقابل تعهدات ناشی از منشور از جمله قطعنامه‌های شورای امنیت کجاست؟ آیا اصولاً قطعنامه‌های صادره براساس منشور جزئی از تعهدات دولت‌ها تلقی می‌شوند؟ به‌زعم برخی اندیشمندان ماده ۱۰۳ شامل تعهدات به موجب منشور ملل متحد است و اینکه قطعنامه‌های شورای امنیت یک تعهد به موجب منشور باشند محل تأمل است، زیرا قطعنامه بخشی از منشور نیست (Corten And Klein, 2011: 781). با وجود این برخی نیز اعتقاد دارند (Bernhardt, 1995: 1120):

«سخن ماده ۱۰۳ این نیست که تنها باید منشور غالب باشد اما بیشتر به تعهدات به موجب منشور اولویت می‌دهد. واضح است که این فرمول همه تعهداتی را که فوراً و مستقیماً از منشور نشأت می‌گیرند در برمی‌گیرد از قبیل تعهد به حل‌وفصل اختلافات تنها از طریق ابزارهای مسالمت‌آمیز و نه توسل به زور. ... از آنجایی که اعضای ملل متحد به موجب ماده ۲۵ ملزم به پذیرش و اجرای تصمیمات شورای امنیت براساس منشور حاضرند آنها همچنین مطابق ماده ۱۰۳ باید اولویت را به این تعهدات بر سایر تعهدات بدهند. این موضوع در قطعنامه ۶۷۰ (۱۹۹۰) شورای امنیت در ارتباط با بحران عراق و کویت نمایان شد. در این قطعنامه شورا «مقررات ماده ۱۰۳ منشور» را یادآوری می‌کند و تصمیم می‌گیرد که همه دولت‌ها باید هر نوع حقوق یا تعهدات تأییدشده یا تحمیل‌شده به‌وسیله هر نوع توافق‌نامه بین‌المللی را کنار بگذارند و تصمیمات بعدی شورای امنیت را مورد توجه قرار دهند».

با وجود این باید گفت درست است که قطعنامه شورای امنیت «می‌تواند تعهد برآمده از منشور باشد، زیرا الزام آن از ماده ۲۵ منشور ناشی می‌شود، با وجود این حتی اگر ماده ۱۰۳ به‌صورت موسع تفسیر گردد که دربردارنده اولویت نه‌تنها منشور باشد، بلکه قطعنامه‌های

1. Ibid, Para 31

الزام آور تصویب شده براساس آن را نیز در برگیرد، تأثیرش همچنان محدود خواهد بود. تعهد به اجرای قطعنامه‌های شورای امنیت خود مشروط به مطابقت تصمیمات شورا با اصول منشور است. بنابراین ماده ۱۰۳ نمی‌تواند به‌گونه‌ای تفسیر شود که اختیار وسیع و برتری گسترده‌ای را به ملل متحد بدهد که در تعارض با خود منشور باشد. عبارت ماده ۲۵ تأکید می‌کند که قدرت شورا برای تصویب تصمیمات الزام‌آور یک قدرت نمایندگی بوده و منوط به شرطی است که قطعنامه‌ها منطبق با منشور باشند» (Corten And Klein, 2011: 781) بر این اساس ذکر دو نکته ضروری می‌نماید:

الف) ملل متحد برای تحقق هدف اولیه حفظ صلح و امنیت به موجب بند ۱ ماده ۱ منشور باید مطابق با «اصول حقوق بین‌الملل و عدالت» رفتار کند. تلفیق این اصل با اصل مقرر در ماده ۳۴ کنوانسیون وین در خصوص «عدم تسری تعهدات یک معاهده به دولت ثالث» این نتیجه را به دنبال خواهد داشت که شورای امنیت نمی‌تواند در وضع قطعنامه‌های خود این اصول را نقض کند یا آنها را نادیده انگارد. کما اینکه شورا در زمان ارجاع وضعیت دارفور به سودان در پاراگراف ۲ قطعنامه ۱۵۹۳ به صراحت به شناسایی عدم تعهد دولت ثالث اشاره می‌کند و این مطلقاً به معنای آن است که یک دولت غیرعضو اساسنامه به هیچ‌وجه نمی‌تواند متعهد به دستگیری یا تعقیب باشد (Jyrkkio, 2011: 44). دیگر آنکه عدالت در اینجا تنها و به صرف محاکمه البشیر نیست، بلکه عدالتی، بلکه عدالت است که مطابق اصول حقوقی باشد. گفته شد که اصل عدم تعهد دولت ثالث به معاهده یک اصل ناشی از اصل برابری و حاکمیت برابر کشورهای است. حال آیا شورای امنیت و اصولاً ملل متحد می‌تواند دولتی را به قبول تعهدات معاهده‌ای که نسبت به آن ثالث محسوب می‌شود ملزم کند؟ با توجه به بند ۱ ماده ۲ منشور بعید است بتوان چنین برداشتی از صلاحیت‌های ملل متحد کرد که بتواند به بهانه حفظ صلح و امنیت بین‌المللی همه اصول و قواعد حقوق بین‌الملل را نادیده بگیرد.

ب) براساس نص ماده ۱۰۳ منشور این ماده شامل تعهدات قراردادی دولت‌های عضو می‌گردد و از آنجا که مصونیت رئیس دولت یک قاعده عرفی است، سؤال آن است که آیا این ماده بر حقوق بین‌الملل عرفی نیز حاکم است؟ همان‌گونه که دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه نیکاراگوئه بیان داشت، اگر مقررات معاهده و مقررات یک عرف مفهوم مشابهی داشته باشند، آنها وجود مستقل و جداگانه‌ای خواهند داشت. بنابراین ماده ۱۰۳ نمی‌تواند ارجحیتی بر قاعده واحد در دو منبع متفاوت حقوق بین‌الملل داشته باشد، مگر آنکه آن [قاعده] قابلیت و توانایی ارجحیت بر هر دو منبع مربوط را داشته باشد. ماده ۱۰۳ تنها به قواعد قراردادی و تعهدات معاهده‌ای دولت‌های عضو منشور اشاره می‌کند و این بدان معناست که تعهدات عرفی را در بر نمی‌گیرد.^۲ اما برخی

۱. برای اطلاعات بیشتر ر.ک: حبیبی مجنده، عبدالمالکی و موسوی انزهایی، ۱۳۹۱، ج ۷: ۱۸-۱۶.

۲. برای مشاهده تفکیک بین قواعد عرفی از قواعد معاهده‌ای ر.ک:

معتقدند درست است که سخنی از برتری تعهدات منشور بر تعهدات عرفی به میان نیامده است، اما باید قائل به این امر بود که تعهدات ناشی از منشور بر تعهدات عرفی نیز برتری دارند، زیرا «در غیر این صورت محدودیت‌های وارده بر عملکرد شورای امنیت بیش‌ازحد خواهند شد» (بیگزاده ابراهیم؛ ۱۳۸۹: ۳۲۲). بر این اساس تصمیمات شورای امنیت بر حقوق بین‌الملل عرفی نیز ارجح خواهد بود (Corten & Klein, 2011: 761) و می‌تواند اجرای یک قاعده عرفی را معلق کند (عزیزی، ۱۳۹۲: ۱۱۰). اما شاید بتوان گفت همان‌گونه که از متن و عبارات ماده ۱۰۳ برمی‌آید، این ارجحیت تنها بر قواعد قراردادی است و نه بر کل حقوق بین‌الملل. بنابراین قواعد معاهده‌ای که دربردارنده حقوق عرفی‌اند، مصون از تأثیر ماده ۱۰۳ خواهند بود.

با این کلیات مشخص است که قاعده عرفی مصونیت رئیس دولت نمی‌تواند با استناد به ماده ۱۰۳ نقض شود. بر مبنای همین استدلال برخی معتقدند «شعبه مقدماتی دقیقاً مشخص نمی‌کند که قطعنامه ۱۵۹۳ چگونه سودان را به اساسنامه رم ملزم و مصونیت البشیر را سلب می‌کند. سه امکان وجود دارد. نخست، اعطای نمایندگی اختیارات فصل هفتم شورای امنیت به دیوان که براساس آن دیوان بتواند سودان را مجبور به همکاری کند. دوم، الزام سودان به اساسنامه رم و بند ۲ ماده ۲۷ از طریق یک قطعنامه فصل هفتمی شورای امنیت و سوم، سلب مصونیت از طریق اقدام مستقیم خود شورای امنیت است. دو استدلال آخر به ماده ۱۰۳ منشور منوط است، بنابراین با یکدیگر بررسی می‌شوند. مسئله مشترک با هر سه این استدلالات آن است که نه فصل هفت منشور و نه ماده ۱۰۳ منشور به شورای امنیت اجازه نمی‌دهند صلاحیت دیوان را گسترش دهد. دیوان قادر به اعمال هیچ اختیار فصل هفتمی نیست، زیرا دیوان بخشی از ملل متحد نیست و شورا خودش نیز اختیار اصلاح قواعد حقوق بین‌الملل عمومی را به‌منظور سلب مصونیت البشیر ندارد. آن قواعد - که در خود منشور وجود دارد- قواعد حقوق عرفی مصونیت‌های اشاره‌شده در فوق و حقوق معاهدات به‌شدت اختیارات شورا را در این قضیه محدود می‌کنند» (Kiyani, 2013: 474-475).

اقدام شورای امنیت به هر نحو برای ارجاع یک قضیه به دادستان دیوان در خصوص دولت‌های غیرعضو این سؤال اساسی را در پی خواهد داشت که آیا شورا می‌تواند صلاحیت دیوان را گسترش دهد؟ پاسخ به این پرسش نمی‌تواند مثبت باشد، زیرا حتی خود دیوان هم نمی‌تواند صلاحیتش را به‌نحوی تفسیر کند که حاکی از گسترش دامنه اختیارات آن باشد. با این استدلال شاید این پرسش فرا روی قرار گیرد که جایگاه صلاحیت ضمنی یا خزنده سازمان‌های بین‌المللی که مؤید گسترش صلاحیت آنهاست کجاست؟ «در سازمان‌های بین‌المللی دکتترین اختیارات ضمنی به معنای آن است که سازمان علاوه بر اختیارات صریحاً

معین شده در سند مؤسس، دارای اختیاراتی است که برای اجرای وظایف یا تحقق اهداف وی، یا برای انجام وظایف یا اجرای اختیاراتی که صراحتاً بدان اعطا شده، ضروری یا اساسی می‌باشد» (زمانی، ۱۳۸۸: ۵۵). این گزاره کاملاً صحیح است، اما نقیض آن این است «در جایی که دولت‌های عضو اختیارات معینی را از سازمان دریغ دارند، یا هنگامی که سند مؤسس در مورد آنچه سازمان می‌تواند انجام دهد روشن و صریح است محملی برای ضمنی تلقی کردن اختیارات وجود ندارد» (زمانی، ۱۳۸۸: ۵۷). در اینجا آنچه صریحاً در اساسنامه قید شده، بند ۱ ماده ۹۸ است که اجازه انجام اقدامی مغایر آن را به دیوان نمی‌دهد.^۱

موضوع دیگر آن است که در خصوص شورای امنیت نیز نباید عبارت «بر طبق اصول عدالت و حقوق بین‌الملل» مقرر در بند ۱ ماده ۱ منشور ملل متحد را نادیده گرفت. عبارت «بر طبق اصول عدالت و حقوق بین‌الملل» به چه معناست که اگر ملل متحد بخواهد خیر مشترک صلح و امنیت را تحصیل کند، باید با ابزارهایی مطابق با این دو اصل اقدام کند؟ واژگان عدالت و حقوق بین‌الملل در بند ۱ مثل آنچه در دیباچه ذکر شده، نه تنها به معاهدات، حقوق عرفی و اصول کلی حقوقی اشاره می‌کند، بلکه با حقوق طبیعی نیز برقرار پیوند می‌کند (زیما و همکاران، ۱۳۹۴: ۱۵۷) بنابراین باید پذیرفت شورا و دیوان در موضوع اعمال صلاحیت ضمنی برای گسترش دامنه اختیارات خود در چارچوب قیودی از جمله صراحت اساسنامه و اصول حقوق بین‌الملل و عدالت قرار دارند. نکته اساسی دیگر آن است که آیا با ورود شورا ضرورت جلب رضایت مندرج در ماده ۹۸ منتفی می‌شود و دیوان به صرف ارجاع شورا باید به قضیه رسیدگی کند؟ آیا با این استدلال می‌توان بین بند ۱ ماده ۹۸ و ورود شورا اتفاق به وجود آورد؟ واقعیت آن است که اگر موضوع نادیده گرفتن یک قاعده حقوق بین‌الملل، در اینجا مصونیت سران دولت‌ها، همانند موضوع یک موافقت‌نامه دوجانبه بین دو کشور در نظر گرفته شود، می‌توان قائل به آن بود که قطعنامه‌های شورا می‌توانند چنین کارکردی داشته باشند.^۲

نکته دیگر استدلال شعبه مقدماتی در رأی کنگو معتقد است:^۳

«در این زمینه شعبه می‌خواهد تأکید نماید که، برخلاف دادگاه‌های داخلی، دیوان ابزار اجرایی مستقیمی مانند نیروی پلیس در اختیار ندارد. از آنجا که دیوان اساساً مبتنی بر همکاری دولت‌هاست، بدون آن نمی‌تواند مأموریت خویش را اجرا نماید. هنگامی که شورا، مطابق فصل هفتم منشور، وضعیتی را به دیوان به‌عنوان تهدید صلح و امنیت بین‌المللی ارجاع می‌دهد،

۱. نمونه این امر را می‌توان در ماده ۹۰ بند ۴ و قسمت اول بند ۷ اساسنامه دیوان نیز مشاهده کرد که براساس آن در صورت وجود تعهد بین‌المللی برای استرداد متهم بین دو کشور، اولویت با کشور درخواست‌کننده خواهد بود و نه دیوان.

۲. برای اطلاعات بیشتر در خصوص اولویت قطعنامه‌های شورای امنیت ر.ک: عزیزی، ۱۳۹۲: ۱۰۷-۱۰۳.

3. ICC-02/05-01/09 , 9 April 2014 , Ibid, Para 33

انتظار می‌رود که اگر قصور آشکاری از طرف دولت‌های عضو اساسنامه یا سودان برای همکاری در اجرای مأموریت محوله به دیوان وجود دارد، شورا با اتخاذ اقدامات مناسب به آن پاسخ دهد. در غیر این صورت اگر اقدامی از سوی شورا برای پیگیری به عمل نیاید، هیچ ارجاعی از طرف شورا به دیوان به موجب فصل ۷ منشور هرگز به هدف نهایی یعنی پایان بخشیدن به مصونیت نخواهد رسید. بنابراین هر گونه ارجاعی بیهوده و عبث خواهد بود.^۱ این استدلال شعبه مقدماتی به شدت شورای امنیت محور است. گویی موجودیت دیوان را منوط به شورای امنیت می‌داند، در حالی که شورای امنیت تنها یکی از طرق اعمال صلاحیت دیوان است و نه بیشتر.^۲

نتیجه گیری

در جمع‌بندی موضوع مصونیت افراد و بند ۲ ماده ۲۷ و بند ۱ ماده ۹۸ اساسنامه باید تأکید کرد که دولت‌های عضو اساسنامه با عضویت خود، به صورت تلویحی از مصونیت سران دولت‌های خود در صورت ارتکاب جنایات تحت صلاحیت دیوان اعراض کرده‌اند و این منافاتی با قواعد حقوق بین‌المللی عرفی در این زمینه ندارد. همان‌گونه که دیوان بین‌المللی دادگستری نیز در رأی کنگو علیه بلژیک اعلام کرد، دولت می‌تواند از تبعه خویش سلب مصونیت کند.^۳ اما این امر در خصوص کشور غیرعضو اساسنامه دیوان کاملاً متفاوت است، زیرا آنها از مصونیت تبعه خویش اعراض نکرده‌اند و در صورت طرح چنین موضوعی دیوان باید این سلب مصونیت را احراز کند. بنابراین مطابق ماده ۳۵ کنوانسیون حقوق معاهدات اولاً، مقررات معاهده در صورتی برای دولت ثالث ایجاد تعهد می‌کند که طرف‌های آن معاهده توافق کنند که از طریق این مقررات آن تعهد را ایجاد کنند و ثانیاً، آن دولت ثالث نیز به صورت مکتوب آن تعهد را بپذیرد و این ماده دقیقاً نص و فحوای بند ۱ ماده ۹۸ است که در آنجا نیز استقرار تعهد برای دولت ثالث منوط به رضایت اوست. برخلاف بیشتر تفاسیر صورت‌گرفته از اساسنامه، می‌توان گفت که البشیر تحت حمایت قواعد حاکم بر مصونیت باقی می‌ماند و دیوان تنها از سه طریق می‌تواند صلاحیت خود را بر او اعمال کند؛ نخست، دولت سودان خود از البشیر سلب صلاحیت کند و براساس ارجاع قضیه از سوی شورا امنیت به دادستان، بلافاصله از مصونیت مقامات متهم‌شده اعراض کند که این امر

۱. همچنین ر.ک:

Verduzco Deborah Ruiz, The Relationship Between The Icc And The United Nations Security Council, In: The Law And Practice Of The International Criminal Court, Edited By Carsten Stahn, Oxford University Press, 2015, p 44

۲. ر.ک:

Köchler, Hans, Global Justice or Global Revenge? The ICC and the Politicization of International Criminal Justice, International Progress Organization online papers, 2009, p1

3. International Court Of Justice, Democratic Republic Of The Congo V. Belgium, Ibid, Para 61

مشارکت دیوان برای جلب همکاری سودان را می‌طلبد و نه تحمیل تعهد به آن دولت را، دوم آنکه شورای امنیت بتواند قواعد حقوق بین‌الملل عرفی معاهدات و مصونیت را ابطال کند. به عبارت دیگر قائل به این باشیم که شورای امنیت می‌تواند یک قاعده عرفی بین‌المللی - در اینجا مصونیت سران دولت‌ها - را در خصوص دولتی که غیرعضو اساسنامه است و از مصونیت نیز نه صریحاً و نه تلویحاً اعراض نکرده، نادیده بگیرد و آن دولت را از قواعد حاکم بر مصونیت مستثنا کند. سوم آنکه قانون مصونیت استثنایی را ارائه کند که حمایت از البشیر را بی‌اعتبار سازد^۱ که این دو راه اخیر بسیار مناقشه‌برانگیزند، البته شورای امنیت و شعبه مقدماتی نیز مطابق استدلال‌های ارائه‌شده، ظاهراً راه حل دوم را برگزیده‌اند (Kiyani, 2013: 467) که با دلایل ارائه‌شده، این استدلال فاقد وجهت حقوقی است، زیرا هیچ‌یک از قواعد حقوق بین‌الملل و مقررات منشور ملل متحد مؤید این نیست که شورای امنیت می‌تواند چنین اقدامی را حتی با توسل به مواد ۲۵ و ۱۰۳ منشور انجام دهد. بنابراین تنها راه برای اعمال صلاحیت از سوی دیوان در خصوص دولت‌های غیر عضو همان راه حل اول خواهد بود.

نکته دیگر آن است که در مقابل مصونیت کیفری سران دولت‌ها، قاعده عرفی دیگری شکل گرفته باشد مبنی بر اینکه که سران دولت‌ها در صورت ارتکاب جنایات بین‌المللی فاقد مصونیت می‌شوند و بدین لحاظ می‌توان آنها را بدون مانع شکلی مصونیت، نزد دیوان کیفری بین‌المللی و بدون ضرورت سلب مصونیت، محاکمه کرد. اگر با توجه به ماده ۷ منشور دادگاه نورنبرگ، ماده ۶ منشور دادگاه توکیو، بند ۲ ماده ۲ اساسنامه دادگاه یوگسلاوی سابق، بند ۲ ماده ۶ اساسنامه دادگاه رندا، بند ۲ ماده ۶ اساسنامه دادگاه ویژه سیرالئون و ماده ۲۷ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی پذیرفته شود که در سطح بین‌المللی عرفی دال بر سلب مصونیت در نزد دادگاه‌های بین‌المللی و برای ارتکاب جنایات بین‌المللی شکل گرفته است، مطابق ماده ۳۸ کنوانسیون وین ۱۹۶۹ می‌توان گفت که دول ثالث حتی بدون اعلام رضایت نیز ملزم به همکاری با دیوان کیفری بین‌المللی برای تحویل رئیس دولت خود هستند. همان‌گونه که گفته شد، مصونیت سران دولت‌ها قطعاً یک قاعده عرفی است و پیش‌نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل نیز دلالت بر این موضوع دارد. با وجود اسناد بین‌المللی متعدد مبنی بر عدم پذیرش مصونیت به‌عنوان دلیل ارتکاب جنایت، اما نمی‌توان گفت این امر به قاعده عرفی تبدیل شده است و دولت‌های ثالث نیز ملزم به اجرای آن‌اند، زیرا وجود قسمت اخیر بندهای ۱ و ۲ ماده ۹۸ نشان از آن دارد که عرفی ایجاد نشده است، در غیر این صورت ضرورتی به جلب رضایت دولت ثالث برای اعراض از مصونیت مرتکب و تحویل او به دیوان وجود نداشت. دیگر آنکه اتحادیه آفریقا نیز با علم به این موضوع اقدام به تصویب عدم تحویل رؤسای دولت‌ها به دادگاه‌های کیفری بین‌المللی کرده است که این نیز خود می‌تواند نوعی اعتراض تلقی شود.

1. Ibid

منابع

۱. فارسی

الف) کتاب‌ها

۱. بیگزاده، ابراهیم (۱۳۸۹). *حقوق سازمان‌های بین‌المللی*، تهران: مجد.
۲. زمانی، سید قاسم (۱۳۸۸). *حقوق سازمان‌های بین‌المللی شخصیت، مسئولیت، مصونیت*، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی.
۳. فلسفی، هدایت‌الله (۱۳۸۳). *حقوق بین‌الملل معاهدات*، تهران: فرهنگ نشر نو.
۴. موسوی، برونو و همکاران (۱۳۹۴). *شرح منشور سازمان ملل متحد*، ترجمه زیر نظر هیبت‌الله نژندی‌منش، تهران: خرسندی.

ب) مقالات

۵. حبیبی مجنده، محمد؛ عبدالمالکی، مهدی؛ موسوی انزهایی، سیده زهرا (بهار و تابستان ۱۳۹۱). «تحریم‌های اقتصادی و نقض حق بر آموزش»، *مجله حقوق بشر مرکز مطالعات حقوق بشر دانشگاه مفید*، ج ۷، ش ۱۳ پیاپی.
۶. زمانی، قاسم (۱۳۸۷). «دیوان بین‌المللی کیفری و صدور قرار جلب عمر البشیر»، *مجله پژوهش‌های حقوقی*، ش ۱۴.
۷. عزیزی، ستار (زمستان ۱۳۹۲). «جایگاه ماده ۱۰۳ منشور ملل متحد در حقوق بین‌الملل عام»، *فقه و حقوق اسلامی*، دوره ۴، ش ۷.
۸. موسوی سید فضل‌الله؛ چهل تنی، سید مهدی؛ موسوی، سید مهدی (بهار ۱۳۹۱). «بررسی و تحلیل رأی قضیه «کادی علیه شورای اتحادیه اروپایی»، *فصلنامه پژوهش حقوق سال چهاردهم*، ش ۳۶.

۲. انگلیسی

A) books

9. Bernhardt, Rudolf (1995). *Art 103 in: The Charter of the United Nations A Commentary*, Edited by Bruno Simma, Oxford University Press.
10. Cassese, Antonio (2009). *Affirmation of The Principles of International Law Recognized by the Charter of the Nürnberg Tribunal*, United Nations Audiovisual Library of International Law.
11. Ciampi Annalisa, Published in print: (25 July 2002), Other Forms of Cooperation, in: *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Edited

By: Antonio Cassese, Paola Gaeta, John R.W.D.Jones, Oxford Scholarly Authorities on International Law.

12. Corten, Olivier and Klein, Pierre, (2011). *The Vienna Convention on the Law of Treaties A Commentary*, Oxford University Press, Vol I.
13. Dworkin, Ronald, (1986). *Law's Empire*, Harvard University Press
14. Gaeta, Paola, (Published in print: 25 July 2002). Official Capacity and Immunities, in: *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Edited By: Antonio Cassese, Paola Gaeta, John R.W.D.Jones, Oxford Scholarly Authorities on International Law.
15. Jacobs Dov, (2015). The Frog that Wanted to Be an Ox The ICC's Approach to Immunities and Cooperation, in: *The Law And Practice Of The International Criminal Court*, Edited By Carsten Stahn, Oxford University Press.
16. Schabas, William A., (2010). *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford Commentaries on International Law

B) Articles

17. Akande, Dapo, (2003). "The Jurisdiction of the International Criminal Court over Nationals of Non-Parties: legal basis and limits", *journal of international criminal justice 1*.
18. Akande, Dapo, (2004). "International Law Immunities and the International Criminal Court" , *The American Journal of International Law*, 407-433.
19. Akande, Dapo, (2009). "The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al Bashir's Immunities", *Journal of International Criminal Justice 7*.
20. Jyrkkiö, Terhi, (2011). "Immunities of Heads of State in the International Criminal Court - Particularly in the Case against Omar Al Bashir", *University of Helsinki - Faculty of Law*.
21. Kiyani, Asad G. , (2013). "Al-Bashir & the ICC: The Problem of Head of State Immunity", *Chinese Journal of International Law 12 (3): 467-508*.
22. Köchler, Hans, (2009). "Global Justice or Global Revenge? The ICC and the Politicization of International Criminal Justice", *International Progress Organization online papers*.
23. Morris, Madeline, (2000). "The Jurisdiction of the International Criminal Court over Nationals of Non-Party States", *ILSA Journal of International & Comparative Law, Vol. 6*.
24. Scharf Michael P., (Winter 2001). "The ICC's Jurisdiction Over The Nationals Of Non-Party States: A Critique Of The U.S. Position", *Law And Contemporary Problems*[Vol. 64: No. 1
25. Williams, Sarah And Sherif, Lena, (2009). "The Arrest Warrant For President Al-Bashir: Immunities Of Incumbent Heads Of State And The International criminal Court", *Journal Of Conflict & Security Law, Vol. 14 No. 1*.

C) Document:

26. A/Cn.4/661, International Law Commission Sixty-Fifth Session Geneva, 6 May-7 June And 8 July-9 August 2013 Second Report On The Immunity Of State Officials From Foreign Criminal Jurisdiction By Concepción Escobar Hernández, Special Rapporteur.
27. Agreement For The Prosecution And Punishment Of The Major War Criminals Of The European Axis, And Charter Of The International Military Tribunal, 82 U.N.T.S. 280, Entered Into Force Aug.8, 1945. Charter Of The International Military Tribunal Of Tokyo.
28. Charter Of The International Military Tribunal(Imt).
29. Extraordinary Session Of The Assembly Of The African Union 12 October 2013 Addis Ababa, Ethiopia Ext/Assembly/Au/Dec.1-2 (Oct.2013) Ext/Assembly/Au/Decl.1-4.
30. Rules Of Procedure And Evidence, 3-10 September 2002.
31. S/Res/1593, Adopted By The Security Council At Its 5158th Meeting, On 31 March 2005.
32. The Declaration On The Strengthening Of International Security, Ga Res 2734 (Xxv), Un Doc A/Res/25/2734 (16 December 1970).

D) Judgment

33. International Court Of Justice, “Arrest Warrant Of 11 April 2000 (Democratic Republic Of The Congo V. Belgium)”, Judgment, 14 February 2002, Paras 53-59.
34. ICC-02/05-01/09 , 9 April 2014 , Situation In Darfur, Sudan, The Prosecutor V. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Pre-Trial Chamber II.
35. Icc-02/05-01/09, “Warrant Of Arrest For Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, 4 March 2009, Pre-Trial Chamber I.
36. Icc-02/05-01/09 , “Second Warrant Of Arrest For Omar Hassan Ahmad Al Bashir”.