

اساس نامه دیوان بین المللی کیفری و موافقت نامه های دوجانبه مورد درخواست ایالات متحد امریکا بر اساس بند ۲ ماده ۹۸*

تألیف: گروهی از نویسندگان**

ترجمه: علی صابری تولایی و سید حمید شاهچراغ***

چکیده:

دولت امریکا با بهره‌گیری از متن ماده (۲) ۹۸ اساس نامه دیوان بین المللی کیفری در صدد انعقاد موافقت نامه های دوجانبه در خصوص عدم استرداد اتباع یا اشخاص تحت حاکمیت خود بوده است که به موافقت نامه ماده (۲) ۹۸ مشهور اند. بحث در اینجا است که آیا این قراردادها با اساس نامه دیوان مطابقت دارند یا خیر. سیاق ماده (۲) ۹۸ اساس نامه به دولت عضو اجازه انعقاد موافقت نامه ای را نمی دهد که استرداد فردی به کشور ثالث را پیش بینی می کند. همچنین، موضوع و هدف اساس نامه دولت عضو را از انعقاد موافقت نامه ای که هدف یا نتیجه آن بی کیفری باشد، باز می دارد. بنابراین، کشور امضا کننده باید از انعقاد موافقت نامه دوجانبه ای که ممکن است با اساس نامه و ماده ۹۸ آن مغایر باشد، خودداری کند.

واژگان کلیدی:

اساس نامه دیوان بین المللی کیفری (اساس نامه رُم)، موافقت نامه های دوجانبه عدم استرداد، درخواست تحویل، دولت مورد درخواست، دولت فرستنده.

* In the Matter of the Statute of the Intenational Criminal Court and in the Matter of Bilateral Agreements Sought by the United States under Article 98(2) of the Statute, 5 June 2003.
iccnow.org/documents/SandsCrawfordBIA14June03.pdf

** این مقاله کار مشترک چند تن از استادان حقوق بین المللی و وکلای دادگستری انگلستان، از جمله: جیمز کراوورد (James Crawford)، فیلیپ ساندز (Philippe Sands) و رالف وایلد (Ralph Wilde) است. [مترجمان]

*** علی صابری تولایی، دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه علوم اسلامی رضوی مشهد. سید حمید شاهچراغ، کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم شناسی از دانشگاه شهید بهشتی - تهران. این ترجمه توسط آقای دکتر مهرداد رایجیان اصلی ویرایش شده است.

مقدمه مترجمان

اعضای هر معاهده یا قرارداد، چه ملی و چه بین‌المللی، باید به مفاد آن پای‌بند بوده و زمینه اجرای آن را فراهم کنند. این مسأله در باره اساس‌نامه دیوان بین‌المللی کیفری نیز درست است. بخش نهم این اساس‌نامه (شامل ۱۶ ماده)، الزامات و اختیارات دولت‌های عضو را برای همکاری با دیوان مشخص می‌کند. از جمله این الزامات است الزام دولت‌های عضو به اجابت درخواست‌های دیوان در خصوص تسلیم و بازداشت ماده (۱) ۸۹ این الزام به موجب ماده ۹۸ اساس‌نامه به استثنائاتی (در و بند) مقید شده است. ماده (۱) ۹۸ به مصونیت دولت‌ها و مصونیت سیاسی (افراد یا اموال) مربوط می‌شود که محل اختلافی درباره آن نیست. اما به موجب ماده (۲) ۹۸: «دیوان نمی‌تواند تسلیمی را درخواست کند که دولت مورد درخواست مجبور شود بر خلاف تعهداتی عمل کند که به موجب معاهدات بین‌المللی، رضایت دولت فرستنده برای تحویل تبعه مربوط به دیوان شرط شده است، مگر اینکه دیوان قبلاً رضایت دولت فرستنده را کسب کرده باشد».

از یک سو دولت امریکا با بهره‌گیری از متن این ماده در صدد انعقاد موافقت‌نامه‌های دو جانبه عدم استرداد در خصوص اتباع یا اشخاص تحت حاکمیت خود بوده است که به موافقت‌نامه ماده (۲) ۹۸ مشهور اند. هدف این موافقت‌نامه‌ها آن است که این اشخاص در صورت ارتکاب جنایات در صلاحیت دیوان بین‌المللی کیفری، به منظور تحویل به دیوان هرگز بدون رضایت دولت امریکا به این دیوان یا کشور یا واحد سیاسی دیگری، تحویل داده نشوند. از سوی دیگر، با توجه به انتقاد سازمان‌ها و مجامع بین‌المللی و حقوق بشری (از جمله دیده‌بان حقوق بشر و شورای اتحادیه اروپا) از این موافقت‌نامه‌ها، امریکا و دولت‌های طرف قرارداد سعی در مخفی نگاه داشتن آمار این گونه موافقت‌نامه‌ها داشته‌اند. این مقاله به نقد و بررسی انطباق و یا عدم انطباق این قراردادها با اساس‌نامه دیوان بین‌المللی کیفری می‌پردازد.

۱. کمیته حقوق دانان فعال در زمینه حقوق بشر و بنیاد پزشکی حمایت از بزه دیدگان شکنجه، از مادر خواست کرده اند تا در مورد انطباق پذیری ماده (۲) ۹۸ اساس نامه دیوان بین المللی کیفری (اساس نامه رُم - ۱۹۹۸) با برخی از موافقت نامه هایی که امریکا با دولت های امضا کننده یا عضو اساس نامه منعقد کرده و یا پیشنهاد انعقاد آنها را داده است، به آن کمیته و بنیاد مشاوره بدهیم. ما این توافق ها را «موافقت نامه های دو جانبه عدم استرداد» (به اختصار، موافقت نامه های دو جانبه) نامیده ایم. در این خصوص به ویژه سؤالات زیر از ما پرسیده شد:

۱. آیا انعقاد موافقت نامه های دو جانبه ای، که امریکا خواستار انعقاد آنهاست، با تعهدات دولت های عضو اساس نامه منطبق است؟ و بر چه مبنائی می توان این موافقت نامه ها را غیر منطبق دانست؟

۲. آیا انعقاد چنین موافقت نامه هایی با تعهدات امضا کنندگان اساس نامه منطبق است؟ و بر چه مبنائی می توان این موافقت نامه ها را غیر منطبق دانست؟

۳. چگونه تعیین می شود که آیا اساس نامه باید شرایط چنین موافقت نامه هایی را رعایت کند؟

۲. در پاسخ به این سؤالات، نظر مشورتی خود را به سه بخش تقسیم می کنیم. بخش اول، بستر تاریخی این موافقت نامه ها را توصیف می کند؛ بخش دوم به موضوعات حقوقی اصلی در معرض خطر می پردازد؛ بخش سوم، نتیجه گیری های مادر مورد این سه سؤال را در بردارد.

۳. به طور خلاصه و به دلایلی که خواهد آمد، نتیجه گیری های ما چنین است: ماده (۲) ۹۸ پیش بینی می کند که دولت های عضو تحت شرایطی می توانند چنین موافقت نامه هایی را منعقد سازند؛

– ماده (۲) ۹۸، به دولت عضو اجازه نمی دهد که قراردادی را منعقد یا اجرا کند، که استرداد شخصی را به دولت ثالث مقرر می دارد که در واقع او را نمی توان

فرد «فرستاده شده» از سوی دولت عضو تلقی کرد.

– انعقاد یک موافقت‌نامه دوجانبه یا اجرای آن از سوی دولت عضو، در صورتی که هدف یا نتیجه آن بی‌کیفر ماندن کسی باشد که قطعاً مظنون به ارتکاب یکی از جنایاتی است که در صلاحیت دیوان است، با موضوع و هدف اساس نامه منافات دارد؛

ملاحظات مشابه نیز در مورد دولت امضا کننده مطرح خواهند شد، تا آن‌جا که موافقت‌نامه دوجانبه، برخلاف ماده ۱۸ کنوانسیون وین درباره حقوق معاهدات، ممکن است هدف و مقصود اساس نامه را بی‌اثر سازد.

مطابق ماده ۱۱۹ اساس نامه، انطباق موافقت‌نامه دوجانبه با اساس نامه موضوعی است که یا توسط دیوان (ضمن درخواست انتقال)، یا به وسیله مجمع دولت‌های عضو عنوان خواهد شد. همچنین این مطلب می‌تواند در صلاحیت دیوان بین‌المللی دادگستری باشد.

بخش اول: موافقت‌نامه‌های دو جانبه عدم تحویل (استرداد)

۴. اساس نامه رم در ۱۷ ژوئیه ۱۹۹۸ امضا و در اول ژوئیه ۲۰۰۲ لازم‌الاجرا شد. تاکنون، ۱۳۹ کشور آن را امضا کرده و ۹۰ کشور اساس نامه را به تصویب رسانده‌اند.^۱ به موجب ماده ۱۱، صلاحیت زمانی دیوان از تاریخ لازم‌الاجرا شدن اساس نامه، آغاز می‌شود. مقر دیوان در شهر لاهه هلند خواهد بود. در فوریه ۲۰۰۳ نیز هجده قاضی آن انتخاب شدند؛ دادستان نیز در ۱۶ ژوئن سوگند یاد کرد و انتظار می‌رفت که دیوان در سال ۲۰۰۳، شروع به کار کند.

۵. در ۳۱ سپتامبر ۲۰۰۰، امریکا اساس نامه را امضا کرد. با وجود این، دولت امریکا در

1. <http://untreaty.un.org/ENGLISH/bible/englishinternetbible/partI/chapterXVIII/treaty10.asp>
(Visited 3 June 2003).

نامه‌ای که در ۶ مه ۲۰۰۳ به دبیر کل سازمان ملل فرستاد، قصد خود مبنی بر عدم تصویب اساس نامه را اعلام کرد. می‌توان گفت که امریکا با اعلام قصد خود مبنی بر عدم عضویت در اساس نامه، هیچ تعهدی به خودداری از اقدامات مغایر با اساس نامه، در راستای قاعده مندرج در ماده ۱۸ کنوانسیون ۱۹۶۹ ژنو، ندارد.

۶. افزون بر این، امریکا در زمینه لازم‌الاجرا شدن اساس نامه اقداماتی را برای ممانعت از اعمال صلاحیت دیوان براتباع (به ویژه دیپلمات‌ها و پرسنل نظامی) امریکایی انجام داده است؛ از جمله، از قطعنامه ۱۴۲۲ شورای امنیت که به اتفاق آرا و به موجب فصل هفتم از منشور ملل متحد در ۱۲ ژوئیه ۲۰۰۲ تصویب شد، حمایت کرد. مطابق این قطعنامه، که ظاهراً به موجب ماده ۱۶ از اساس نامه اجرا می‌شود، شورا درخواست می‌کند که دیوان تعقیب یا تحقیق در مورد «مأموران یا پرسنل کنونی یا سابق» تابع دولت‌های غیر عضو اساس نامه را برای مدت زمان دوازده ماهه تجدیدپذیری از اول ژوئیه ۲۰۰۲ (یعنی، تاریخ لازم‌الاجرا شدن اساس نامه) آغاز نکند. مقررات مربوط این قطعنامه مقرر می‌دارند که «شورای امنیت:

۱. در راستای ماده ۱۶ اساس نامه درخواست می‌کند که اگر موردی مطرح شود که شامل دخالت مأموران یا پرسنل کنونی یا سابق دولت غیر عضو در اساس نامه در قبال فعل‌ها یا ترک فعل‌های مربوط به اقدامات رسمی یا مقرر به وسیله سازمان ملل باشد، دیوان نباید تا دوازده ماه از اول ژوئیه ۲۰۰۲ تحقیق و تعقیبی در مورد چنین پرونده‌ای را آغاز کند، مگر اینکه شورای امنیت به گونه‌ای دیگر تصمیم بگیرد؛

۲. تمایل خود را مبنی بر تجدید درخواست پاراگراف یک تحت همان شرایط در اول ژوئیه هر سال، در صورت لزوم برای دوره زمانی بیش از دوازده ماهه ابراز می‌کند؛

۳. تصمیم می‌گیرد که دولت‌های عضو نباید هیچ اقدام مغایر با پاراگراف یک

و تعهدات بین‌المللی خود انجام دهند...»؛

در ادامه به شرایط و آثار این قطعنامه پرداخته خواهد شد.

۷. ایالات متحد آمریکا نیز شمار زیادی موافقت‌نامه‌های دو جانبه را به دولت‌های امضاکننده و غیر امضاکننده اساس نامه پیشنهاد کرده است، که هدف آنها عبارت است از انتقال مأموران، کارکنان (طرف‌های قرارداد) یا پرسنل نظامی یا اتباع کنونی یا سابق دولت آمریکا، به هر شکلی، بدون رضایت ایالات متحد آمریکا، به دیوان یا دولت یا شخص ثالث، و به این منظور که متعاقباً به دیوان تحویل داده شود. قلمرو و چهارچوب این موافقت‌نامه‌ها از جهت افراد زیر شمول آن، وسیع‌تر از قطعنامه ۱۴۲۲ شورای امنیت در نظر گرفته می‌شود. همچنین این موافقت‌نامه‌ها، مقرر می‌دارند که اگر دولت چنین اشخاصی را به کشور ثالثی بفرستد، نمی‌تواند بدون اجازه ایالات متحد آمریکا با تحویل آنها به دیوان توسط کشور ثالث موافقت‌کند. دولت‌های غیر امضاکننده اساس نامه نیز بر اساس تعهدات بین‌المللی خود متعهد اند که از همکاری آگاهانه با تحویل چنین افرادی به دادگاه بدون رضایت ایالات متحد آمریکا بپرهیزند. برخی از این موافقت‌نامه‌ها صرفاً نسبت به پرسنل امریکایی اعمال می‌شوند و سایر آنها متقابل یا دو جانبه اند.

۸. نمونه استانداری از این موافقت‌نامه‌ها از تاریخ ژوئیه ۲۰۰۲، در پیوست آمده است. این نمونه موافقت‌نامه (که برای شناسایی و ارجاع عیناً با پاراگراف‌های شماره‌گذاری شده می‌آید) به شرح زیر مقرر می‌دارد:

الف - با یادآوری اهمیت اجرای عدالت در مورد مرتکبان نسل‌زدایی، جنایات علیه بشریت و جنایات جنگی؛

ب - با یادآوری این مسأله که اساس نامه دیوان بین‌المللی کیفری که در ۱۷ ژوئیه ۱۹۹۸ در شهر رم به وسیله کنفرانس دیپلماتیک نمایندگان تام‌الاختیار ملل متحد برای تأسیس یک دیوان بین‌المللی کیفری تصویب شد، به منظور تکمیل

صلاحیت دادگاه‌های کیفری ملی و نه جایگزین شدن به جای آنها در نظر گرفته شده است؛

ج - با توجه به اینکه دولت امریکا قصد خود مبنی بر تحقیق و تعقیب در مورد اعمال مورد ادعای ارتكابی توسط مأموران، کارکنان، پرسنل نظامی یا دیگر اتباع خود را ابراز کرده است؛

د - و با یادآوری ماده ۹۸ اساس نامه رم،

ه - بدین وسیله بر موارد زیر توافق می‌شود:

۱. در چهارچوب اهداف این موافقت‌نامه، « اشخاص » عبارت اند از مأموران، کارمندان (از جمله، طرف‌های قرارداد) یا پرسنل نظامی یا اتباع هر یک از طرف‌ها.
۲. اشخاص هر یک از طرف‌ها که در قلمرو کشور دیگر حضور دارند، بدون رضایت صریح طرف دیگر نباید:

۱-۲ - به هیچ نحوی و به هر منظوری به دیوان بین‌المللی کیفری تسلیم یا منتقل شوند.

۲-۲ - به منظور تحویل یا تسلیم به دیوان به هیچ نحوی به هیچ شخص دیگر تسلیم یا به کشور ثالثی منتقل یا اخراج شوند.

۳. هرگاه ایالات متحد امریکا شخصی از طرف دیگر را به کشور ثالثی مسترد یا تسلیم کرده یا به نحو دیگری تحویل دهد، ایالات متحد امریکا با تسلیم و تحویل آن شخص به دیوان، بدون رضایت صریح دولت X، موافقت نخواهد کرد. [این پاراگراف صرفاً در موافقت‌نامه‌های متقابل درج می‌شود.]

۴. هرگاه که دولت X شخصی از ایالات متحد امریکا را به کشور ثالثی مسترد یا تسلیم کند یا به نحو دیگری تحویل دهد، دولت X نباید با تحویل و تسلیم این شخص به دیوان توسط کشور ثالث، بدون رضایت صریح ایالات متحد امریکا، موافقت کند.

۵. این موافقت‌نامه بر مبنای یک یادداشت تفاهم مبنی بر اینکه هر یک از طرف‌ها شرایط قانونی لازم در حقوق داخلی خود برای اجرای این قرارداد را انجام داده‌اند، اجرا خواهد شد و تا یک سال پس از آن که هر یک از طرف‌ها، تمایل خود را مبنی بر پایان دادن به آن به طرف دیگر اعلام کند، لازم‌الاجرا خواهد بود. مقررات موافقت‌نامه در قبال هر عملی که قبل از تاریخ واقعی ختم قرارداد اتفاق بیفتد یا هر ادعایی که در این زمان مطرح می‌شود، اعمال می‌شود.

۹. علاوه بر این، پاراگراف زیر در قراردادهایی که برای دولت‌هایی که عضو اساس‌نامه نبوده‌اند یا آن را امضا نکرده‌اند، درج نمی‌شود (یا نباید درج شود):
 «و - هر یک از طرف‌ها با توجه به تعهدات بین‌المللی موافقت می‌کنند که از تسهیل، تجویز یا همکاری با اقدام‌های هر طرف یا کشور ثالثی برای ترتیب اثر دادن به استرداد، تسلیم یا تحویل شخصی از کشور دیگر به دیوان بین‌المللی کیفری بپرهیزند».

۱۰. ایالات متحده آمریکا بر این عقیده است که این موافقت‌نامه‌ها «به‌صراحت به موجب ماده (۲) ۹۸ اساس‌نامه پیش‌بینی شده‌اند^۲. ماده (۲) ۹۸ مقرر می‌دارد:
 «دیوان نمی‌تواند درخواستی برای تسلیم متهم مطرح سازد که دولت مورد درخواست را مجبور کند بر خلاف تعهدات بین‌المللی عمل کند که به موجب آن، رضایت دولت فرستنده برای تسلیم فردی از آن دولت به دیوان را ایجاد کند، مگر آنکه دیوان ابتدا همکاری دولت فرستنده را برای رضایت دادن به تسلیم جلب کرده باشد».

۱۱. ما در یافتیم که حداقل ۲۵ موافقت‌نامه توسط ایالات متحده آمریکا امضا شده است که برخی از آنها با اعضای اساس‌نامه و برخی با امضاکنندگانی بوده که هنوز به اساس‌نامه ملحق نشده‌اند، و برخی نیز با دولت‌های غیر عضو امضا شده است

۲. اظهارات آقای نگر و پوتنه، نماینده دائم ایالات متحده آمریکا در سازمان ملل، ۱۲ ژوئن ۲۰۰۲.

این موافقت‌نامه‌ها نیازمند تصویب هر دو طرف اند.

۱۲. ما دریافتیم که نهادهای مختلف اتحادیه اروپا (از جمله: مرکز خدمات حقوقی کمیسیون، پارلمان و شورای [اتحادیه اروپا])، در مورد موضوعات حقوقی ناشی از موافقت‌نامه‌های دوجانبه تصمیماتی گرفته یا اظهارنظرهایی کرده اند. خاطرنشان می‌کنیم که در ۱۲ سپتامبر ۲۰۰۲، پارلمان اروپا قطعنامه‌ای را تصویب کرد که در برخی ابعاد، از موافقت‌نامه‌های دوجانبه انتقاد می‌کند.

دیباچه این قطعنامه از جمله اعلام می‌کند که این موافقت‌نامه‌ها موجب سوء استفاده از پاراگراف D ماده ۹۸ هستند، و فشار ایالات متحد امریکا بر دولت‌های دیگر برای امضای چنین موافقت‌نامه‌هایی «نباید به ثمر بنشیند» (پاراگراف D). پاراگراف ۳ قطعنامه مقرر می‌دارد: «پارلمان به‌طور قطع معتقد است که دولت‌های عضو و امضاکنندگان آن، طبق حقوق بین‌المللی متعهدند که از بی‌اثر ساختن موضوع و هدف اساس نامه بپرهیزند، که بر این اساس، چنان‌که در مقدمه آمده است، شدیدترین جنایات مایه نگرانی کل جامعه بین‌المللی نباید بدون مجازات بماند، و اینکه دولت‌های عضو مطابق ماده ۹۶ اساس نامه، متعهد به همکاری با دیوان هستند، که آنها را از اجرای موافقت‌نامه‌های اعطای مصونیت باز می‌دارد؛ موافقت‌نامه‌هایی که برخی از شهروندان را از صلاحیت دادگاه‌های بین‌المللی کیفری یا ملی محفوظ می‌دارند و بدین‌سان اثربخشی کامل دیوان بین‌المللی کیفری را تضعیف کرده و نقش آن را به‌منزله مرجع دارای صلاحیت تکمیلی نسبت به صلاحیت‌های ملی متزلزل می‌کنند و امنیت جمعی جهانی را به خطر می‌اندازند».

۱۳. شورای اتحادیه اروپا، موضع مشترکی را در جهت حمایت قوی از دیوان پذیرفت که البته در ۱۱ ژوئن ۲۰۰۲ اصلاح و بازبینی شد. در ۳۰ سپتامبر ۲۰۰۲، شورا به نتایجی در مورد این دیوان رسید که پیوستی از مجموعه «اصول راهنما» درباره

ترتیباتی را شامل می‌شد که بین دولت‌های عضو اساس نامه و ایالات متحد آمریکا به منظور تحویل افراد به این دیوان منعقد شده بودند. به موجب این اصول راهنما ترتیب اثر دادن به موافقت‌نامه‌های دوجانبه پیشنهادی که در حال حاضر تنظیم شده‌اند:

«با توجه به مفاد اساس نامه، با تعهدات دولت عضو دادگاه مغایر بوده و ممکن است با دیگر موافقت‌نامه‌های بین‌المللی که اعضای دیوان طرف آن هستند نیز مغایر باشد.»

۱۴. با وجود این، اصول راهنمای شورا پیش‌بینی می‌کند که ترتیب اثر دادن به موافقت‌نامه‌های دوجانبه اعضای اتحادیه اروپا تحت شرایط خاصی ممکن است. به‌ویژه، آن موافقت‌نامه «باید شامل مقررات قابل اعمال مناسبی باشد که تضمین کند مرتکبان جنایات مشمول صلاحیت دیوان از مصونیت بهره‌مند نمی‌شوند. این مقررات باید تحقیقات مناسب، و در صورت وجود ادله کافی، تعقیب مناسب را به وسیله دادگاه‌های ملی نسبت به اشخاص مورد درخواست تضمین کنند... و فقط باید در مورد کسانی باشند که اتباع دولت عضو دیوان نیستند. همچنین باید فقط افرادی را شامل شوند که به دلیل اعزام از سوی دولت فرستنده، در قلمرو دولت مورد درخواست حضور دارند.» (مقایسه کنید با بند ۲ ماده ۹۸ اساس نامه رم)

۱۵. این اصول راهنما می‌افزایند: «تسلیم مندرج در ماده ۹۸ اساس نامه نمی‌تواند شامل انتقال مندرج در پاراگراف ۳ ماده ۸۹ اساس نامه باشد. ترتیبات می‌تواند در مورد یک قید الحاقی یا خاتمه‌دهنده باشد که دوره اجرای آن را محدود کند.»

بخش دوم: موضع دولت‌های عضو اساس نامه در خصوص

موافقت‌نامه‌های منطبق با ماده (۲) ۹۸

۱۶. به منظور تحلیل این موضوع لازم است بین موضع دولت‌های عضو اساس نامه،

دولت های امضاکننده ای که هنوز اساس نامه را تصویب نکرده اند و دولت هایی که اصلاً عضو اساس نامه نیستند، تمایز بگذاریم. در رابطه با قواعد ناظر بر رابطه بین معاهدات (چنان که در مواد (۴) ۳۰ و ۴۱ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات مقرر شده) این موضوع ممکن است مهم باشد، خواه موافقت نامه دوجانبه قبل از عضویت دولت دیگر به اساس نامه منعقد شده باشد یا پس از آن. به منظور سهولت در کار، ما اصولاً به موضع دولت هایی می پردازیم که عضو اساس نامه بوده و دولت هایی که با شرایط پیش گفته از سوی ایالات متحد امریکا به انعقاد یک موافقت نامه دوجانبه فراخوانده شده اند. همچنین، فرض می کنیم که دولت عضو مربوط حق شرطی بر دیگر کنوانسیون های بین المللی یعنی کنوانسیون نسل کشی، کنوانسیون ۱۹۴۹ ژنو و دو پروتکل ۱۹۷۷ که جنایات مشمول صلاحیت دیوان را تعریف می کنند نگذاشته است؛ و نیز فرض می کنیم که دولت مربوطه عضو بند اختیاری اساس نامه دیوان بین المللی کیفری است.

الف. سیاق ماده ۹۸:

۱۷. ماده ۹۸ یکی از ۱۶ ماده بخش ۹ اساس نامه است که به همکاری بین المللی و معاضدت قضائی مربوط است. به موجب این بخش، دولت های عضو اساس نامه تعهدی کلی برای «همکاری کامل با دیوان در انجام تعقیب و تحقیق در باره جنایات جرائم مشمول صلاحیت دیوان دارند» (ماده ۸۶)، و دیوان اختیار دارد که از دولت های عضو درخواست همکاری کند (الف) (۱) ۸۷. همچنین، دیوان می تواند از هر دولت غیر عضو اساس نامه درخواست کند تا به دیوان کمک کند (۵) ۸۷. به موجب ماده (۷) ۸۷، هرگاه دولت عضو به درخواست همکاری اعتنا نکند (ذیل ماده (۱) ۸۷) به گونه ای که مغایر با مقررات اساس نامه باشد، دیوان «می تواند خود در این زمینه تصمیم گیری کند و موضوع را به مجمع دولت های عضو ارجاع دهد یا در مواردی که توسط شورای امنیت به دیوان ارجاع شده است، موضوع را به

شورای امنیت بفرستد.»

۱۸. ماده ۸۹ (در مورد تحویل اشخاص به دادگاه) این اختیار را به دیوان می دهد که درخواست بازداشت و تحویل شخص را به هر دولتی که آن شخص ممکن است در قلمرو آن یافت شود، بفرستد و بتواند از آن دولت همکاری برای بازداشت و تحویل چنین شخصی را درخواست کند (ماده (۱) ۸۹). در چنین شرایطی، ماده (۱) ۸۹ پیش بینی می کند:

« دولت های عضو، باید مطابق مقررات این بخش و رویه حقوق داخلی خود، از درخواست های بازداشت و تحویل پیروی کنند.»

۱۹. ماده ۹۵ مقرر می دارد که اگر مطابق مواد ۱۸ یا ۱۹ اساس نامه ایراد قابلیت پذیرش مطرح شود، دولت مورد درخواست می تواند اجرای درخواست ذیل بخش ۹ اساس نامه را تا زمان تصمیم گیری دیوان به تعویق بیندازد.^۲ ماده ۹۷ مقرر می دارد، دولتی که درخواست ذیل بخش ۹ را دریافت می کند، در مورد چیزی که آن را مسأله ای می داند که ممکن است از اجرای درخواست جلوگیری کند، باید بدون تأخیر و به منظور حل مسأله با دادگاه مشورت کند.»

۲۰. ماده ۹۸ زیر عنوان « همکاری به منظور پایان دادن به مصونیت و رضایت به تحویل» چنین مقرر می دارد:

« ۱- دیوان نمی تواند اقدام به درخواستی برای تحویل یا همکاری کند که دولت مورد درخواست را ناگزیر سازد بر خلاف تعهدات بین المللی اش در مورد مصونیت دولتی یا مصونیت سیاسی (دیپلماتیک) اشخاص یا اموال دولت ثالث

۳. ماده ۱۸ به وضعیتی توجه می کند که یکی از دولت ها به دیوان خبر می دهد که در حال تحقیق درباره اعمال مجرمانه اتباع یا سایر اشخاص مقیم در قلمرو صلاحیت خود در مورد جنایات مندرج در ماده ۵ اساس نامه یا اعمال مرتبط با اطلاعات ارائه شده در اعلامیه های خطاب به آن دولت است یا چنین تحقیقی را انجام داده است. ماده ۱۹ دادگاه را ملزم می کند که خود را در مورد صلاحیتش در هر موردی که نزد او مطرح می شود، متقاعد سازد.

عمل کند. مگر اینکه قبلاً همکاری آن دولت ثالث را به منظور حذف مصونیت جلب کرده باشد.

۲- دیوان نمی‌تواند اقدام به درخواستی برای تحویل کند که دولت مورد درخواست را ناگزیر سازد برخلاف تعهدات مبتنی بر توافق‌های بین‌المللی‌ای عمل کند که به موجب آنها رضایت دولت فرستنده برای تحویل شخصی از آن دولت به دیوان شرط شده است، مگر اینکه دیوان ابتداء رضایت دولت فرستنده را برای دادن رضایت به تحویل گرفته باشد.»

ب. ماده ۹۸: دو نکته مقدماتی

۲۱. دو نکته مقدماتی را می‌توان درباره ماده (۲) ۹۸ مطرح کرد. نخست، یادآوری این نکته ضروری است که ماده (۲) ۹۸ به جز دیوان، تعهدی را بر دولت‌های عضو اساس نامه یا سایر دولت‌ها تحمیل نمی‌کند. این ماده در واقع، دیوان را در برخی شرایط، از اقدام به درخواستی از یک دولت وفق ماده (۱) ۸۹ به منظور تحویل شخص باز می‌دارد. بند ۲ ماده ۹۸ به طور مستقیم، هیچ حق یا تکلیفی را بر دولت‌های عضو اساس نامه تحمیل نمی‌کند. بر این اساس این ماده دولت عضو را از اجرای توافقی که اثر آن، خودداری از رسیدگی به درخواست دیوان وفق ماده (۱) ۹۸ است، منع نمی‌کند؛ بلکه برای ایجاد شرایطی به کار می‌رود که بر پایه دیوان بتواند اقدام به درخواست کند.

از سوی دیگر، این ماده فرض می‌کند در پرونده‌هایی که دیوان بتواند به طور مناسبی درخواستی را مطرح کند، هر یک از دولت‌های عضو اساس نامه متعهد است که به این درخواست ترتیب اثر بدهد. به طور خلاصه، ماده (۲) ۹۸ قلمرو واقعی عمل‌کرد را مشخص کرده و بدین نحو، دایره آنچه را برای دولت عضو مجاز است، محدود می‌کند.

۲۲. بنا بر این موضوع مورد توجه عبارت است از قلمرویی که دولت عضو با اجرای

یک موافقت نامه دوجانبه، از اقدام به درخواستِ وفق ماده (۱) ۸۹ جلوگیری می‌کند. به بیان دیگر، می‌توان پرسید که آیا دولت عضو می‌تواند آزادانه محدوده اختیارات دیوان را از رهگذر موافقت نامه‌ای با یک دولت غیر عضو تعیین کند یا آیا ماده (۲) ۹۸ برای محدود کردن حق دولت عضو برای رد درخواستِ وفق ماده (۱) ۸۹ از دیوان عمل می‌کند؟

۲۳. نکته مقدماتی دوم چنین است. اثر ترکیبی ماده (۲) ۹۸ و دیگر مقررات اساس نامه درباره تعهد دولت‌ها به رعایت درخواست‌های دیوان تنها زمانی مؤثر است که دیوان متعاقب اختیارِ منطبق با ماده (۱) ۸۹ اقدام به یک درخواست خاص کند. در شرایط خاص، این مسأله متکی است به یک موافقت نامه دوجانبه مغایر عدم تحویل برای رد درخواستِ منطبق با ماده (۱) ۸۹ از دیوان که دولت عضو را به نقض تعهدهایش در برابر دیوان و در برابر دیگر دولت‌های عضو اساس نامه وادارد. به بیان دیگر، حتی اگر دولت عضوی بتواند اقدام به اجرای یک موافقت نامه دوجانبه عدم تحویل کند، نمی‌تواند انتظار داشته باشد که شایسته اتکا به چنین موافقت نامه‌ای در برابر دیوان باشد (با توجه به تعهدهایش در برابر دیوان) مگر اینکه موضوع کاملاً در قلمرو ماده (۲) ۹۸ قرار بگیرد. نهایت اینکه تعیین این مسأله که آیا دولت مربوط می‌تواند اقدام به درخواستِ منطبق با ماده (۱) ۸۹ در آن شرایط کند یا نه، بر عهده دیوان است.^۴

۴. از این جهت، این مسأله برای دولت‌ها غیر عادی نیست که موضوع تعهدهای بالقوه متعارض قرار گیرند؛ به ویژه زمانی که این تعهدها از معاهدات مختلف ناشی شده باشند. ممکن است گفته شود که عضویت در یک معاهده دوجانبه عدم تحویل، اگر از محدوده موافقت نامه‌های منطبق با ماده (۲) ۹۸ فراتر رود، می‌تواند قصد نقض تعهدات مربوط به اساس نامه را ایجاد کند و چنین قصدی غیر قانونی است. این استدلال، هر اندازه که ارزش داشته باشد، بر این پیش فرض استوار است که در مورد درخواست خاصی که در تعارض با تعهدات یک دولت عضو به موجب یک موافقت نامه منطبق با ماده ۹۸ است، (در شرایطی که خارج از محدوده ماده (۲) ۹۸ قرار می‌گیرد) دولت مربوط، تعهدات منطبق با موافقت نامه ماده ۹۸ را ناگزیر فراتر از تعهدات منطبق با اساس نامه برمی‌گزیند. به نظر ما، این مسأله قابل بحث است که آیا قصد نقض یک تعهد موجود می‌تواند از صرف وجود یک موافقت نامه لاحق که متضمن تعهدات بالقوه متعارض است، استنباط شود، در حالی که هیچ کدام از تعهدات (به دلیل شرط درخواست دیوان برای اعمال آنها) هنوز اجرا نشده اند؟

ج. قلمرو ماده (۲) ۹۸ اساس نامه

۲۴. قلمرو واقعی اختیارات دیوان برای درخواست تحویل، با وجود یک موافقت نامه دو جانبه عدم تحویل، به تفسیر مناسبی با توجه به موضوع و هدف اساس نامه و ماده ۹۸ آن وابسته است. از این جهت، اصل بنیادینی در حقوق بین المللی وجود دارد که بسیار دارای اهمیت است: دولت های عضو اساس نامه نسبت به هم متعهد اند که به گونه ای عمل نکنند که موضوع و هدف معاهده را از اعتبار انداخته یا روح معاهده را از بین ببرند. بنگرید به: پرونده مربوط به فعالیت های نظامی و شبه نظامی (نیکاراگوئه علیه ایالات متحد امریکا) گزارش های دیوان بین المللی دادگستری، ۱۹۸۶، ۱۴، در ۱۳۸ (پاراگراف های ۶-۲۷۵).

۲۵. بنا بر این لازم است که موضوع و هدف اساس نامه روشن شود. قواعد حاکم بر تفسیر معاهده در مواد ۳۱ و ۳۲ کنوانسیون ۱۹۶۹ وین در مورد حقوق معاهدات، منعکس شده اند و هم اکنون این قواعد در سطحی گسترده حقوق بین المللی عرفی را بازتاب می دهند. اساس نامه و مقررات ماده (۲) ۹۸ مطابق معنای متعارف (در بافت و در پرتو موضوع و هدف آن معاهده تفسیر می شوند. (ماده ۳۱ کنوانسیون^۵). در مواردی که ابهام وجود دارد غیر منطقی و نامعقول است، مراجعه به مذاکرات مقدماتی و اوضاع و احوال انعقاد معاهده ممکن است گریز ناپذیر

۵. ماده ۳۱ (قواعد کلی تفسیر) مقرر می دارد:

«۱- معاهده با حسن نیت و منطبق با معنای متعارف در خصوص بافت آن و در پرتو موضوع و هدف آن تفسیر می شود.

۲- بافت به منظور تفسیر معاهده باید علاوه بر متن شامل دیباچه پیوست ها باشد:

الف. هر توافقی در مورد معاهده که میان همه اعضا در ارتباط با انعقاد آن ایجاد شده باشد،

ب. هر سندی که توسط یک یا چند عضو در ارتباط با انعقاد معاهده تنظیم شده و توسط سایر اعضا به عنوان یک سند مرتبط با معاهده پذیرفته شده است.

۳- در کنار بافت معاهده موارد زیر نیز باید در نظر گرفته شوند:

الف. هر توافق لاحق میان اعضا در خصوص تفسیر معاهده یا اعمال مقررات آن؛

باشد. (ماده ۳۲ کنوانسیون^۴).

۲۶. به نظر ما، موضوع و هدف اساس نامه عبارت است از ایجاد ترتیباتی مؤثر برای جلوگیری از بی‌کیفر ماندن جنایات مشمول صلاحیت دیوان (نسل‌زدایی، جنایات جنگی و جنایات علیه بشریت). دیوان بدین منظور تأسیس شده است که اشخاص مشمول صلاحیت یک دولت عضو اساس نامه و مظنون به ارتکاب چنین جنایاتی، مورد تحقیق مناسب قرار گرفته و در صورت وجود پرونده‌ای کافی تعقیب شده و در صورت تقصیر، به موقع طبق مقررات در برابر جرم‌های ارتکابی‌شان مجازات شوند. اگر فرایندهای نظام عدالت کیفری ملی برای تضمین تحقیق، تعقیب و مجازات کافی باشند، باید از آنها استفاده کرد: این همان مفهوم اصل تکمیلی بودن صلاحیت دیوان است که در دیباچه و مواد او ۱۷ اساس نامه به آن تصریح شده است. اما اگر خطر مهمی مبنی بر فرار مظنون از تحقیق و تعقیب وجود داشته باشد دیوان در اصل، برای پر کردن این خلأ در نظر گرفته شده است. بنا بر این هدف اصلی تعقیب بین‌المللی از این حیث نیست بلکه جلوگیری از بی‌کیفر ماندن است.

۲۷. تأسیس دیوان، پاسخی است به این نگرانی که به جز استثنائات محدود، اجرای حقوق بین‌المللی کیفری به اعمال داخلی آن توسط دولت‌ها بستگی

ب. هر نوع رویه بعدی در اجرای معاهده که توافقی را میان اعضا در مورد تفسیر آن معاهده ایجاد می‌کند؛

ج. هر قاعده مربوط به حقوق بین‌المللی که در روابط میان آن اعضا قابل اعمال است؛

۴. معنای خاصی از یک اصطلاح به دست خواهد آمد اگر ثابت شود که منظور اعضا چنین بوده است؛»

۶. ماده ۳۲ (ابزارهای مکمل تفسیر) مقرر می‌دارد که:

«به منظور تأیید معنای مستنبط از اعمال ماده ۳۱، یا به منظور یافتن معنا، مراجعه به ابزارهای مکمل (از جمله، مذاکرات مقدماتی معاهده و شرایط انعقاد آن) ممکن است گریزناپذیر بشود، چنانچه تفسیر، مطابق ماده ۳۱:

الف. آن معنا را مبهم یا دوپهلوی بسازد؛ یا

ب. منجر به نتیجه‌ای شود که آشکارا مبهم یا نامعقول است.»

دارد^۷ و دولت‌ها بارها عدم تمایل یا توانایی خود را برای اجرای قانون نشان داده بودند. دیوان با توجه به این کمبودها تأسیس شده است. این هدف و منظور، در دیباچه اساس نامه و به ویژه در پاراگراف‌های مقدماتی چهارم، پنجم و ششم آن منعکس شده است.

«با تأکید بر اینکه شدیدترین جنایات‌های مایه نگرانی کل جامعه بین‌المللی نباید بدون کیفر بمانند و اینکه با اتخاذ تدابیری در سطح ملی و با ارتقای همکاری بین‌المللی باید تعقیب این جنایات را به طور مؤثری تضمین کرد، مصمم به پایان دادن به بی‌کیفری مرتکبان این جنایات و بدین سان کمک به پیش‌گیری از رخداد آنها، با یادآوری این مسأله که وظیفه هر دولت است که صلاحیت کیفری خود را بر کسانی که در برابر جنایات بین‌المللی مسؤول اند، اعمال کند...»

۲۸. با توجه به آنچه گفته شده، تأکید می‌کنیم که هدف و منظور جلوگیری از بی‌کیفری، به طور تنگاتنگی با اصل تکمیلی بودن صلاحیت دیوان مرتبط است. که بر پایه آن، دیوان فقط زمانی می‌تواند صلاحیت خود را اعمال کند که نظام‌های عدالت کیفری ملی، نخواهند یا واقعاً نتوانند خود چنین کنند (ماده ۱۷) و به عبارت آنچه در دیباچه آمده است: «دیوان بین‌المللی کیفری که به موجب این اساس نامه تأسیس می‌شود، تکمیل‌کننده صلاحیت‌های کیفری ملی است.»

۲۹. همچنان که ماده ۱ اساس نامه مقرر می‌دارد، «صلاحیت دیوان نسبت به صلاحیت‌های کیفری ملی، تکمیلی است.» اساس نامه فرض می‌کند که بهتر است تحقیق و تعقیب ابتدا در سطح ملی و مطابق نظام حقوقی داخلی دولت عضو انجام شود. تأسیس دیوان بر این اصل بنیادی مبتنی است که دولت‌ها در اولین

۷. این استثنائات به ترتیبات ایجاد شده توسط دادگاه بین‌المللی یوگوسلاوی سابق و دادگاه بین‌المللی کیفری در رواندا مربوط می‌شوند که از نظر قلمرو مکانی و زمانی محدود اند. در کنار این دادگاه‌های بین‌المللی، هم اکنون در سیرالئون و تیمور شرقی دو نهاد قضائی مختلط وجود دارند که هم دارای رکن ملی و هم بین‌المللی هستند و قرار است که نهادی دیگر از این نوع نیز در کامبوج تأسیس شود.

فرصت، صلاحیت کیفری خود را اعمال می‌کنند. این مسأله، در ماده (۱) ۱۷ اساس نامه منعکس شده است که عدم قابلیت پذیرش پرونده نزد دادگاه را در مواردی مقرر می‌کند که:

«الف - آن مورد توسط دولتی که صلاحیت دارد، در دست تحقیق یا تعقیب باشد، مگر آنکه آن دولت واقعاً مایل یا قادر به انجام تحقیق یا تعقیب نباشد؛
ب - در خصوص آن مورد قبلاً توسط دولتی صالح تحقیق شده و آن دولت تصمیم به عدم پی‌گرد شخص مورد نظر گرفته باشد، مگر آنکه تصمیم ناشی از عدم تمایل یا عدم توانایی واقعی آن دولت بر پی‌گرد باشد.»

۳۰. دیوان تنها مطابق این اصول صلاحیت خواهد داشت، یا زمانی که شخص قبلاً برای رفتار مورد نظر محاکمه نشده باشد (ماده (c) (۱) (۱۷)). به نظر ما، در شرایط مندرج در ماده (b) (a) (۱) ۱۷ به طور ضمنی، این مسأله نهفته است که اساس نامه بر دولت‌های عضو تعهدی کلی تحمیل می‌کند که درباره درخواست‌های مورد ادعاهای مربوط به جنایات به رسمیت شناخته شده در اساس نامه تحقیق کرده و اگر پرونده‌ای مطرح شد، تضمین کنند که اشخاص مرتبط با پرونده از تعقیب نخواهند گریخت. به نظر ما، این تعهد کلی، از همه مواد اساس نامه فهمیده می‌شود.^۸

۳۱. دست‌یابی به موضوع و هدف اساس نامه به دو عامل بستگی دارد. نخست، تعداد دولت‌هایی که عضو اساس نامه می‌شوند و دوم، میزان ایفای تعهد دولت‌ها بر اساس اساس نامه، به ویژه در ارتباط با همکاری با دادگاه به موجب بخش ۹، از جمله ماده (۱) ۸۹.

۸. این مسأله چندان حیرت‌آور نیست زیرا چنین تعهدی جزء جدائی‌ناپذیر کنوانسیون‌های مهمی است که اساس نامه برای تضمین کارایی و اثربخشی آن در نظر گرفته شده است. برای مثال، به موجب ماده ۱ کنوانسیون ۱۹۴۸ نسل‌زدایی، دولت‌های عضو مکلف به «پیش‌گیری از ارتکاب نسل‌زدایی و مجازات» مرتکبان این جنایت‌اند.

د. موضوع و هدف اساس نامه و دیگر تعهدات بین‌المللی

۳۲. جلوگیری از بی‌کیفری، به عنوان موضوع و هدف اساس نامه، هماهنگ با تعهداتی است که از حقوق بین‌المللی عام و معاهدات خاص ناشی شده‌اند. در واقع، تعهد به تحقیق و، در صورت جواز، تعقیب جرائم مشمول صلاحیت دیوان نیز از حقوق بین‌المللی عام و معاهدات خاص ناشی شده است. دیپاچه اساس نامه تأکید می‌کند که: «اعمال صلاحیت کیفری بر مرتکبان جرم بین‌المللی وظیفه هر یک از دولت‌هاست.»

تعهد به تحقیق و، در صورت جواز، تعقیب که، از معاهدات متعددی ناشی می‌شود، تعهدات افزونی را بر دولت‌های عضوی که به مقررات آنها پای‌بند اند، تحمیل می‌کند. برای مثال، به موجب ماده ۶ کنوانسیون ۱۹۴۸ نسل‌زدایی:

«متهمان به نسل‌زدایی یا اعمال دیگر مذکور [در این کنوانسیون] باید توسط دادگاه‌های صالح دولتی که عمل در قلمرو آن ارتکاب یافته است، یا به وسیله یک دادگاه بین‌المللی کیفری محاکمه شوند که بتواند در قبال دولت‌های عضوی که صلاحیت آن را پذیرفته‌اند، اعمال صلاحیت کند.»

کنوانسیون ۱۹۴۹ ژنو درباره حمایت از غیرنظامیان، از این هم فراتر رفته است. این کنوانسیون دولت‌های عضو را متعهد کرده است که: «قوانین لازم را برای اعمال ضمانت اجراهای مؤثر کیفری در قبال ارتکاب یا دستور به ارتکاب... نقض‌های جدی... این کنوانسیون» تصویب کنند.^۱

این کنوانسیون تعهد فراتر ایجابی دیگری را بر اعضا تحمیل می‌کند که: «متهمان به ارتکاب یا دستور به ارتکاب چنین نقض‌های جدی را بیابند، و آنها را بدون توجه به تابعیتشان در دادگاه آن کشور حاضر کنند. همچنین، آن دولت می‌تواند، در صورت لزوم، این اشخاص را مطابق مقررات خود به دولت

مربوط دیگری تسلیم کند، مشروط بر اینکه این دولت پرونده محکمه‌پسندی را مطرح کرده باشد.^{۱۰}

الزام‌های مشابهی در دیگر کنوانسیون‌های بین‌المللی که بعداً تصویب شده‌اند، به چشم می‌خورند. کنوانسیون ۱۹۷۳ آپارتاید، مقرر می‌دارد: شخص متهم به جرم آپارتاید می‌تواند «به وسیله دادگاه‌های صالح دولت عضو کنوانسیون که ممکن است صلاحیت شخصی بر متهم داشته باشند»، محاکمه شود و دولت‌های عضو را به «تصویب تدابیر قانونی، قضائی و اجرایی برای تعقیب، به محاکمه کشاندن و مجازات هماهنگ با صلاحیت‌شان بر متهمان یا مرتکبان اعمال تعیین شده ملزم می‌کند... خواه این اشخاص در قلمرو دولتی که این اعمال در قلمرو آن ارتکاب یافته است، ساکن بوده یا تبعه آن دولت باشند».^{۱۱}

کنوانسیون ۱۹۸۴ شکنجه، دولت‌های عضو را در مواردی که شکنجه در قلمروشان ارتکاب یافته باشد یا مرتکب مورد ادعا یا بزه‌دیده یکی از اتباعشان باشد، در صورت لزوم، ملزم به اعمال صلاحیت نسبت به این جرم می‌کند.^{۱۲} همچنین، این کنوانسیون دولت‌های عضو را «در مواردی که مرتکب مورد ادعا در قلمرو صلاحیت آن دولت حضور دارد و هنوز آن دولت، وی را مسترد نکرده است»، ملزم به اعمال صلاحیت نسبت به جرائم کنوانسیون می‌کند.^{۱۳} در رابطه با هر کدام از این موارد، اعضا هم باید این اشخاص را تعقیب یا مسترد کنند.^{۱۴} مفهوم این الزام‌ها و الزام‌های مشابه دیگر، در ادامه خواهد آمد.

۱۰. ماده ۱۴۶.

۱۱. مواد ۴ و ۵ (b). دادگاه‌های بین‌المللی کیفری نیز ممکن است اعمال صلاحیت کنند.

۱۲. ماده (۱) ۵.

۱۳. ماده (۲) ۵.

۱۴. ماده (۱) ۷.

۵. ماده ۹۸ به عنوان محدودیتی بر موضوع و هدف اساس نامه رم:

۳۳. با وجود این، بر موضوع و هدف کلی اساس نامه، محدودیت‌هایی وارد شده، که دولت‌های عضو نیز آن را پذیرفته‌اند. ماده ۹۸ دو دسته تعهد را به رسمیت می‌شناسد که قانوناً می‌توانند دولت عضو را از پذیرفتن درخواست تحویل شخص به دیوان باز دارند: مصونیت دولتی و دیپلماتیک (به موجب ماده (۱) ۹۸)، و دسته خاصی از موافقت‌نامه‌های بین‌المللی (به موجب ماده (۱) ۹۸). بنا بر این، اساس نامه بر اساس ضوابط خود، امکان تحقق کامل سیاست جلوگیری از مصونیت را با تضمین تحقیق یا تعقیب اشخاص در قلمرو دولت عضو محدود کرده است. از این رو، موضوع و هدف کلی اساس نامه (حذف مصونیت) به وسیله ماده ۹۸ که با عبارات صریح، تحقیق یا تعقیب فرد بازگردانده شده به «دولت فرستنده» را ایجاب نمی‌کند، تعدیل می‌شود. از این جهت، اساس نامه می‌تواند در تعارض با پیش‌نویس خود در کمیسیون حقوق بین‌المللی در سال ۱۹۹۴ باشد که چنین موردی را ایجاب می‌کرد.^{۱۵}

۳۴. تصمیم اتخاذ شده در کنفرانس رم برای به رسمیت شناختن این مسأله بود که برخی از تعهدات با روی‌کرد کلی به تضمین تبعیت از فرایند عدالت کیفری (جلوگیری از مصونیت) ناسازگار است و از این رو، موضوع و هدف کلی اساس نامه را تعدیل می‌کند. بر خلاف دیدگاه‌های دیگر، موضوع و هدف اساس نامه را نمی‌توان جلوگیری از هرگونه بی‌کیفری با تضمین تبعیت از یک فرایند عدالت کیفری در هر پرونده در نظر گرفت، بلکه با توجه به دو شرط منعکس شده در ماده ۹۸، این یکی از تضمین‌های اساسی است.

۳۵. بنا بر این در تفسیر معنا و مفهوم ماده (۲) ۹۸ با توجه به موضوع و هدف معاهده ضروری است که تعادل ایجاد شده به وسیله اساس نامه در نظر گرفته

۱۵. ر. ک: مواد ۵۳ و ۵۴ از پیش‌نویس کمیسیون حقوق بین‌المللی در: کتاب سال ۱۹۹۴ کمیسیون (ILCYbk 1994).

شده و محدودیت‌ها با توجه به شرایط و بسترشان به طور مناسبی تفسیر شوند. ما معتقدیم که روی‌کرد مناسبی که باید اتخاذ شود، تفسیر تعادل ایجاد شده به وسیله اساس نامه با توجه به ارتقای دو هدف معارض است: تعهد اعضا به تضمین تحقیق یا تعقیب، از یک سو، و رعایت تعهدات خاص بین‌المللی، از سوی دیگر. مسأله‌ای که مطرح می‌شود، این است که در رابطه با ماده (۲) ۸، کدام تعهدات بین‌المللی و با چه شرایطی باید رعایت شوند؟ ابتدا به سؤال اول پاسخ می‌دهیم.

سؤال اول: آیا انعقاد یک موافقت‌نامه دوجانبه با تعهدات دولت‌های عضو اساس نامه ناسازگار است؟ بر چه مبنایی می‌توان چنین موافقت‌نامه‌هایی را سازگار دانست؟

۳۶. چنان‌که قبلاً اشاره شد، تعهد دولت‌های عضو به موجب ماده (۱) ۸۹ عبارت است از اجابت درخواست انتقال شخص به دیوان در شرایطی که درخواست دیوان به طور معتبر ارائه شده باشد. این مسأله بستگی دارد به آنکه آیا درخواست انتقال، مغایر با شرایط یک موافقت‌نامه بین‌المللی مشمول ماده (۲) ۹۸ است یا خیر؟ بنا بر این، تحلیل ما معطوف به این مسأله است که آیا موافقت‌نامه‌ای که ایالات متحد آمریکا در صدد انعقاد آن است، در قلمرو موافقت‌نامه‌های پیش‌بینی شده در ماده (۲) ۹۸ قرار می‌گیرد یا خیر؟

۳۷. سه دلیل مهم برای مغایرت اساس نامه با موافقت‌نامه‌هایی که ایالات متحد آمریکا در صدد انعقاد آن است، ارائه شده است.

۱. ماده (۲) ۹۸، فقط موافقت‌نامه‌هایی را پوشش می‌دهد که همزمان با امضای اساس نامه موجود بوده‌اند و نیز موافقت‌نامه‌های دیگری را در بر می‌گیرد که با همان الگوی موافقت‌نامه‌های مذکور، امضا شده‌اند. در نتیجه موافقت‌نامه‌های ایالات متحد آمریکا از شمول این موافقت‌نامه‌ها خارج‌اند.

۲. ماده (۲) ۹۸ نسبت به موافقت‌نامه‌های ایالات متحد آمریکا دسته محدودتری از موافقت‌نامه‌ها را از جهت موضوع مضمون پوشش می‌دهد.

۳. ماده (۲) ۹۸ فقط موافقت‌نامه‌هایی را شامل می‌شود که تضمین کافی برای تحقیق یا تعقیب می‌دهند. در حالی که موافقت‌نامه‌های ایالات متحد آمریکا چنین نیستند.

در ادامه به هریک از این دلایل می‌پردازیم.

الف. ماده (۲) ۹۸ فقط موافقت‌نامه‌های از پیش موجود را پوشش می‌دهد. ۳۸. برخی از مفسران تأکید کرده‌اند که ماده (۲) ۹۸، به موافقت‌نامه‌هایی محدود است که در زمان امضا یا تصویب داخلی اساس نامه موجود اند. اما برای این ادعا دلیل مزیدی از مشروح مذاکرات اساس نامه ارائه نکرده‌اند.^{۱۶} مشکل بتوان از این نتیجه‌گیری که معنای متعارف عبارت «تعهدات منطبق با موافقت‌نامه‌های بین‌المللی» در ماده (۲) ۹۸ به موافقت‌نامه‌های بین‌المللی موجود محدود نمی‌شود. این ماده با روی‌کردی که جای دیگر در بخش ۹ اساس نامه آمده مغایر

16. K. Prost and A. Schlunk, Art. 98, in O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observers' Notes, Article by Article*, at 1131 at 1131.

(همه دولت‌های شرکت‌کننده در مذاکرات رم نگران تعارض [احتمالی اساس نامه رم] با تعهدات بین‌المللی موجود بودند. لذا مقررات متعددی در بخش ۹ وجود دارد؛ از جمله مقررات مذکور در مواد ۹۰، پارگراف ۹ ماده ۹۳، و ماده ۹۸ که به این نگرانی توجه می‌کند.) همچنین ر. ک:

Hans-Peter Kaul and Claus Kress, *Jurisdiction and Cooperation in the Statute of the International Criminal Court: Principles and Compromises*, (1999) 2 Y.B.Int'l Hum.L. 143, 165; Christopher Keith Hall, 'The First Five Sessions of the UN Preparatory

Commission for the International Criminal Court,' (2000) 94 *AJIL*. 773, 786n.36.

است که واژه تعدیل‌کننده «موجود» را در ماده (۶) ۹۰^{۱۷} و ماده (۳) ۹۳^{۱۸} در برمی‌گیرد. در مقابل این وضعیت، این ادعا که موافقت‌نامه‌های دوجانبه به موافقت‌نامه‌های موجود محدود اند، قابل قبول نیست.

ب. ماده (۲) ۹۸ از لحاظ موضوع، دسته محدودتری از موافقت‌نامه‌ها را پوشش می‌دهد.

۱۴۰. نگاه دیگر به ماده (۲) ۹۸ این است که این ماده فقط دو دسته موافقت‌نامه‌ها را اجازه می‌دهد. دسته اول در زمینه همکاری بین‌المللی کیفری، به یکی از مسائل برخاسته از این واقعیت توجه می‌کند که بسیاری از معاهدات دوجانبه، استرداد مجدد را منع می‌کنند. این دسته، موافقت‌نامه‌هایی را شامل می‌شوند که برای انتقال شخصی به دولت دیگر منعقد شده‌اند و دارای قیدی هستند که شخص مربوطه، پس از تحقق هدف انتقال اولیه، باید به کشور اصلی (نه به دولت یا واحد ثالث)، بازگردانده شود، مگر آنکه رضایت به انتقال به جایی دیگر، از دولت اصلی کسب شده باشد. روشن است که درخواست انتقال توسط دیوان در صورت فقدان رضایت دولت اصلی ممکن است با یک معاهده دوجانبه استرداد از این نوع مغایر باشد.

گروه دوم، دسته‌ای کلی از موافقت‌نامه‌های مربوط به وضعیت نیروها^{۱۹} است که در رابطه با حضور نیروهای نظامی و پرسنل مربوطه در دولت خارجی است.

۱۷. «در مواردی که پاراگراف ۴ اعمال می‌شود جز مواردی که دولت مورد درخواست تحت یک تعهد بین‌المللی موجود مبنی بر استرداد شخص قرار دارد....» (تاکید از نویسندگان است.)

۱۸. «هرگاه اعمال اقدام معاضدتی خاصی که در درخواست ارائه شده وفق پاراگراف ۱، قید شده است در دولت مورد درخواست بر اساس یکی از اصول بنیادین حقوقی موجود ممنوع می‌باشد....» (تاکید [بر کلمه موجود] اضافه شده است.)

۱۹. شماره ۳۹ در متن اصلی از قلم افتاده است.

۴۱. آیا ماده (۲) ۹۸ به این دو نوع موافقت‌نامه محدود است؟ از جهت موضوع موافقت‌نامه‌ها، ماده (۲) ۹۸ فقط به موافقت‌نامه‌هایی اشاره دارد که «به موجب آنها رضایت دولت فرستنده برای تحویل شخص به دیوان الزامی است.» معنای معمول این شیوه بیان به دو نوع موافقت‌نامه مذکور محدود نمی‌شود. بر پایه یک رویکرد معنای معمول، به نظر می‌رسد که ماده (۲) ۹۸ هر موافقت‌نامه‌ای را که متضمن چنین تعهدی باشد، پوشش می‌دهد. هیچ قرینه‌ای در مورد ماده (۲) ۹۸ برای تأیید محدودتر خواندن آن وجود ندارد و به نظر نمی‌رسد که چیزی در «مذاکرات مقدماتی»^{۲۱} وجود داشته باشد که این محدود خواندن را تأیید کند.

۴۲. این استدلال که ماده (۲) ۹۸ به این دو دسته موافقت‌نامه محدود است، به نظر می‌رسد به تفسیریه پراست^{۲۲} و اشلانک^{۲۳} در پرونده تریفتی‌یر^{۲۴} متکی است. اما در آن تفسیریه هیچ قرینه‌ای برای تأیید این نظر به چشم نمی‌خورد. از تفسیریه مذکور بر نمی‌آید که دو دسته موافقت‌نامه مذکور به منزله موافقت‌نامه‌های جامع و فراگیر در نظر گرفته شده باشند. این تفسیریه هیچ اشاره‌ای به متن یا مشروح مذاکرات نکرده است. در واقع، اشاره به اصطلاح «دولت فرستنده» در ماده (۲) ۹۸ بیانگر این است که نخستین دسته موافقت‌نامه‌های به رسمیت شناخته شده در تریفتی‌یر نمی‌تواند مشمول ماده (۲) ۹۸ باشد.^{۲۵}

۴۳. با وجود این، با استفاده از اصطلاح «دولت فرستنده» دامنه نیل به موافقت‌نامه محدود می‌شود. ولی، این به چه معناست؟ معنای معمول حاکی از آن است که حضور یک شخص در قلمرو دولت مورد درخواست باید در پی عمل دولت

21. Travaux preparatoires

22. Prost

23. Schlunk

24. Trifftierer

25. Prost & Schlunk, above note 16, at 1133.

فرستنده باشد. (برای مثال، با فرستادن یک دیپلمات یا عضوی از ارتش به دنبال یک موافقت‌نامه وضعیت نیروها). براین اساس، کافی نیست که چنین شخصی تبعه دولت مربوط باشد. مطابق معنای معمول، یک توریست یا پیمانکار، «شخص اعزامی» محسوب نمی‌شوند، درست مثل یک وزیر امور خارجه سابق که به طور شخصی (یعنی بدون ارتباط با سمت رسمی سابقش) به یکی از دولت‌های عضو سفر می‌کند. به اعتقاد ما، عامل مهمی که پیوند ارتباط با دولت ثالث را ایجاد می‌کند، وضعیت فرد یا فعالیتی که انجام می‌دهد، نیست، بلکه اوضاع و احوالی است که حضور وی را در دولت مورد درخواست توجیه می‌کند. چنین پیوندی در مورد کسی متصور است که از یک وضعیت معینی برخوردار بوده و فعالیت خاصی را انجام می‌دهد؛ مانند کارگزاران دولت ثالث (مثل وزیر یا سفیر یا سربازی که با رضایت دولت ثالث برای انجام کار رسمی مربوط به دولت فرستنده، در قلمرو دولت مورد درخواست حضور می‌یابد).

۴۴. از این جهت، باید خاطر نشان کرد که موافقت‌نامه‌های امریکا افراد متعهد به کسب رضایت را چنین تعریف می‌کنند: «مأموران دولتی، مستخدمان (از جمله، پیمانکاران)، پرسنل نظامی یا اتباع سابق یا کنونی یکی از طرف‌های عضو».

به اعتقاد ما، این تعریف دسته بسیار وسیع‌تری از افراد را نسبت به کسانی که به درستی می‌توان آنها را «اعزامی» از سوی یک دولت محسوب کرد، دربر می‌گیرد. «مستخدمان» می‌توانند کسانی باشند که از نظر محلی شاغل اند؛ «مأموران دولتی سابق» و «اتباع» می‌توانند در دولت مورد درخواست ساکن باشند یا به طور غیررسمی (مثلاً برای انجام تجارت یا به عنوان توریست) از آن کشور دیدن کنند. بدین ترتیب، موافقت‌نامه‌هایی که ایالات متحد امریکا در صد انعقاد آن است، خارج از قلمرو موافقت‌نامه‌های پیش‌بینی شده در ماده (۲) ۹۸ است. ماروی کرد اتخاذ شده در رهنمودهای اتحادیه اروپا را می‌پذیریم که در کنار سایر

موارد که مقرر می‌دارد که هر راه‌حلی در مورد موافقت‌نامه‌های منعقدۀ توسط ایالات متحد آمریکا ... « فقط باید اشخاص حاضر در قلمرو دولت مورد درخواست، را شامل شود، زیرا آنها توسط یک دولت فرستنده اعزام شده‌اند. » ۴۵. به‌طور خلاصه، ما در زبان، بافت و پیشینه ماده (۲) ۹۸ چیزی نیافتیم که اعمال آن را، از جهت موضوع، به انواع خاصی از موافقت‌نامه‌ها محدود کند. بدین منظور، محدودیت تحمیل شده به‌وسیله این ماده، به رابطه بین شخص مربوطه و «دولت فرستنده»، مربوط می‌شود. شخصی که در قلمرو دولت مورد درخواست حاضر است، باید با دولت «فرستنده» پیوندی فراتر از تابعیت صرف داشته باشد و حضور وی باید معلول فعل مثبت دولت مذکور باشد.

ج. ماده (۲) ۹۸ فقط موافقت‌نامه‌هایی را پوشش می‌دهد که شامل تضمین تحقیق و در صورت جواز، تعقیب باشند ۴۶. ادعای سوم چنین فرض می‌کند که ماده (۲) ۹۸ فقط موافقت‌نامه‌هایی را پوشش می‌دهد که تضمینی را برای تحقیق و در صورت جواز، تعقیب فراهم کرده باشند؛ در حالی که موافقت‌نامه‌های ایالات متحد آمریکا به این حد نمی‌رسند. خاطر نشان می‌کنیم که رهنمودهای راهنمای شورای اتحادیه اروپا نیز مقرر می‌دارد که هر موافقت‌نامه‌ای که توسط یکی از دولت‌های عضو اتحادیه اروپا با ایالات متحد آمریکا منعقد می‌شود، باید شامل تضمین تحقیق یا تعقیب باشد. در اینجا به مناسبت می‌توان موافقت‌نامه‌های «موجود» و موافقت‌نامه‌های جدید را از هم تفکیک کرد.

۴۷. در مورد موافقت‌نامه‌های موجود، روشن است که در ماده (۲) ۹۸ مطلبی به چشم نمی‌خورد که صریحاً اعضای اساس نامه را به امتناع از ترتیب اثر دادن به این معاهدات، در صورتی که متضمن تحقیق یا تعقیب نباشند، وادارد. به نظر ما، چنین شرطی در ماده (۲) ۹۸ به چشم نمی‌خورد، هر چند در این ماده قیدی وجود

ندارد که حق دولت عضو اساس نامه را برای کوشش به مذاکره مجدد در مورد موافقت نامه‌های موجود به منظور اثر دادن به چنین شرطی محدود کند. ماده (۴) ۳۰ کنوانسیون ۱۹۶۹ وین در مورد حقوق معاهدات، بر این موضوع حاکم است که مقرر می‌دارد:

«وقتی اعضای معاهده لاحق (یعنی اساس نامه رَم) همه اعضای معاهده سابق نباشند... چنان‌که، بین یکی از دولت‌های عضو هر دو معاهده و دولتی که فقط عضو یکی از معاهدات است، معاهده‌ای که هر دو عضو آن هستند، حاکم بر حقوق و تعهدهای متقابل آنهاست.»

۴۸. به نظر ما، در مورد موافقت نامه‌هایی که یک دولت پس از پیوستن به اساس نامه منعقد کرده است (زین پس « موافقت نامه‌های جدید»، که تمدید موافقت نامه‌هایی را که در اصل قبل از اساس نامه منعقد شده، پوشش می‌دهند)، وضعیت متفاوت است. با پیوستن یک دولت به اساس نامه، آن دولت ملزم به اتخاذ اقدامات لازم برای ایفای تعهداتش به موجب اساس نامه، از جمله تعهد به عدم بی‌اثر ساختن موضوع و هدف اساس نامه، می‌شود. بنا بر دلایل فوق موضوع و هدف اساس نامه شامل الزام به ممانعت از بی‌کیفری، تضمین «تعقیب مؤثر» شدیدترین جنایات (دیباچه اساس نامه) و تحقیق یا تعقیب همه مواردی است که موضوعات تحت صلاحیت دیوان را شامل می‌شوند (ماده (۱) ۱۷). بنا بر این، دولت عضوی که به موافقت نامه جدیدی ملحق می‌شود که اثر آن، مصون ساختن اشخاص مشمول صلاحیت دیوان از تعقیب در سطح داخلی و بین‌المللی است، مغایر با تعهد به عدم بی‌اثر ساختن موضوع و هدف اساس نامه است. به نظر ما، این مسأله با آن دسته تعهدات دولت‌های عضو، هم در قبال سایر اعضا و هم در قبال دیوان، سازگار نیست. همچنین، این مسأله ممکن است با وظیفه کلی مبتنی بر حقوق بین‌المللی و برخی از معاهدات

خاص در خصوص تحقیق و، در صورت وجود جواز، تعقیب جرائم بین‌المللی مغایر باشد.

۴۹. موضوع و هدف اساس نامه دلالت می‌کنند که هرگاه شخص متهم به ارتکاب یکی از جنایات اساس نامه، در قلمرو یکی از دولت‌های عضو اساس نامه باشد، نباید به دولت ثالث منتقل شود، مگر اینکه تضمین شود که این شخص مطابق صلاحیت کیفری دولت ثالث، مورد تعقیب و تحقیق قرار می‌گیرد. اگر دولت عضو در چنین شرایطی بنا به دلیلی معتقد به عدم تمایل یا توانایی واقعی دولت ثالث برای تحقیق و تعقیب باشد، نباید شخص مربوطه را به دولت ثالث منتقل کرد. ۵۰. بنا بر این، هر موافقت‌نامه جدید باید متضمن بند صریحی برای تضمین این مسأله باشد که دولت (اعزام‌کننده)، متهم را مورد تحقیق و، در صورت وجود جواز، مورد تعقیب مؤثر قرار خواهد داد. به علاوه، هر موافقت‌نامه جدید باید بندی برای انتقال مجدد هر متهمی که در کشور ثالث مورد تعقیب و تحقیق مناسب قرار نگرفته است، به کشور بازگرداننده باشد.

۵۱. در صورتی که موافقت‌نامه جدید چنین بندی نداشته باشد و یا شخصی که به «دولت فرستنده» منتقل شده است، مورد تحقیق یا تعقیب قرار نگرفته باشد، ظاهر عبارات ماده (۴) ۳۰ کنوانسیون ۱۹۶۹ وین پیش‌بینی می‌کند که موافقت‌نامه جدید بر حقوق و تعهدات متقابل طرف‌ها حاکم خواهد بود. با وجود این، ماده (۵) ۳۰ مقرر می‌دارد که به هیچ مسؤولیتی که ممکن است در قبال انعقاد یا اعمال معاهده‌ای ایجاد شود که مفاد آن مغایر با تعهدات دولت مسؤول است، لطمه نمی‌زند». بنا بر این، دولت عضو اساس نامه ممکن است در برابر انعقاد یا اعمال یک موافقت‌نامه جدید که مغایر با تعهداتش به موجب اساس نامه (به‌ویژه ماده (۱) ۸۹ آن) است، مسؤولیت بین‌المللی پیدا کند.

نتیجه‌گیری

۵۲. در نتیجه، نظر ما این است که سیاق ماده (۲) ۹۸ اساس نامه به دولت عضو اجازه انعقاد موافقت‌نامه‌ای را نمی‌دهد که استرداد فردی به کشور ثالث منعقد را پیش‌بینی می‌کند؛ شخصی که در واقع نمی‌توان او را «فرستاده شده» از سوی آن دولت تلقی کرد. همچنین به نظر ما، موضوع و هدف اساس نامه دولت عضورا از انعقاد موافقت‌نامه‌ای که هدف یا نتیجه آن تحقق بی‌کیفری باشد، باز می‌دارد. سؤال دوم: آیا انعقاد موافقت‌نامه دوجانبه با تعهدات امضاکنندگان اساس نامه

سازگار است؟ بر چه اساسی می‌توان چنین موافقت‌نامه‌ای را ناسازگار دانست؟

۵۳. تعهدات دولت امضاکننده اساس نامه، تحت حاکمیت ماده ۱۸ کنوانسیون ۱۹۶۹ وین در مورد حقوق معاهدات است. این ماده مقرر می‌دارد:

«هر دولتی زمانی متعهد به خودداری از اعمالی است که به بی‌اثر ساختن موضوع و هدف معاهده می‌انجامد که:

الف - معاهده‌ای را امضا کرده یا اسنادی را برای ایجاد یک معاهده مورد امضا، قبول، تصویب یا مبادله کرده باشد، مگر اینکه بخواهد قصد صریح خود را مبنی بر اینکه عضو آن معاهده نخواهد شد، ابراز کند...».

۵۴. تقریباً هیچ رویه و منبع قضائی در مورد اعمال ماده ۱۸ کنوانسیون وین وجود ندارد. همچنین این تردید وجود دارد که آیا این ماده منعکس‌کننده یک قاعده حقوق بین‌المللی عرفی و میزان تعهد دولت‌هاست^{۲۶}. این موضع چنین خلاصه شده است:

«تعهد موجود در ماده ۱۸ صرفاً «خودداری» (یک اصطلاح نسبتاً ضعیف) از اعمالی است که موضوع و هدف معاهده را «بی‌اثر» (یک اصطلاح قوی) می‌کند. بنا بر این دولت امضاکننده نباید کاری انجام دهد که بر توانایی اش به رعایت کامل

۲۶. برای مثال ر.ک.: T. Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (2000), 94.

معاهده‌ای که قبلاً لازم‌الاجرا شده است، اثر بگذارد. در نتیجه، دولت امضاکننده نباید از همه اعمالی که پس از لازم‌الاجرا شدن معاهده ممنوع می‌شوند، پرهیز کند. اما آن دولت نباید عملی انجام دهد که هدف اصلی اساس نامه را بی‌اثر سازد (نه صرفاً ممکن باشد بی‌اثر سازد). بدین ترتیب، اگر تعهدات معاهده بر اساس وضع موجود در زمان امضا استوار شده باشد، انجام کاری قبل از لازم‌الاجرا شدن که وضع موجود را به گونه‌ای تغییر دهد که دولت را از اجرای معاهده باز دارد، نقض این ماده خواهد بود.^{۲۷}»

۵۵. سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا انعقاد یک موافقت‌نامه دوجانبه به وسیله یکی از امضاکنندگان اساس نامه، آن کشور را از ایفای تعهداتش به دیوان و دیگر اعضای اساس نامه باز می‌دارد؟ به نظر می‌رسد که پاسخ، مثبت باشد هم در ارتباط با آن دسته اشخاصی که موافقت‌نامه دوجانبه متوجه آنهاست و هم در ارتباط با موضوع و هدف جلوگیری از بی‌کیفری. نظر مطلوب این است که کشور امضاکننده باید از انعقاد موافقت‌نامه دوجانبه‌ای که ممکن است با اساس نامه و ماده ۹۸ آن مغایر باشد، خودداری کند.^{۲۸}

سؤال سوم: چگونه تعیین خواهد شد که آیا دیوان باید شرایط موافقت‌نامه‌های دوجانبه را رعایت کند یا خیر؟
۵۷. پاسخ این سؤال به شرایطی بستگی دارد که در آن، اختلاف نظری درباره انعقاد یا اعمال یک موافقت‌نامه مطرح می‌شود.

۵۸. اگر موضوع در زمینه انتقال شخص به دیوان (به موجب ماده (۱) ۸۹) مطرح شود، به نظر می‌رسد تصمیم‌گیری در این خصوص که شرایط موافقت‌نامه با

۲۷. همان.

۲۸. برای مثال، ر.ک:

Megalidis v Turkey, Turkish-Greek Mixed Arbitral Tribunal, 26 July 1928, 4 ILR 395.

۲۹. شماره ۵۶ در متن اصلی از قلم افتاده است.

اساس نامه سازگار است یا خیر، با دیوان است. زیرا اصولاً حق دیوان به طرح درخواستی مطابق با ماده (۱) ۸۹ باید توسط خود دیوان رسیدگی شود. کار دادگاه با درخواستی از سوی دادستان (شعبه مقدماتی) مبنی بر مجوز بازداشت یا احضار به موجب ماده ۵۸ اساس نامه و به ویژه ماده (۵) ۵۸ شروع می‌شود. «بر اساس مجوز بازداشت، دیوان می‌تواند بازداشت موقت یا بازداشت و تسلیم فرد را به موجب بخش ۹ درخواست کند» با فرض اینکه مجوز بازداشتی صادر شده است، به نظر می‌رسد که طرح پیش‌بینی شده در بخش ۹ اساس نامه به ترتیب زیر اعمال می‌شود:

۱. مطابق ماده (۱) ۸۹ اساس نامه، دیوان درخواست بازداشت و تسلیم شخص حاضر در قلمرو دولت عضو را به آن دولت، ارسال می‌کند.
۲. اگر دولت عضو طرف درخواست، آن درخواست را مرتبط با یکی از اشخاص مشمول موافقت‌نامه‌ای بداند که ممکن است از اجرای درخواست جلوگیری یا ممانعت کند. مطابق ماده ۹۷ اساس نامه، باید (بدون تأخیر) با دیوان برای حل مسأله مشورت کند.
۳. مشاوره‌های ماده ۹۷ بین دولت عضو و دیوان خواهد بود.
۴. در این مورد که آیا با نظر دولت عضو طرف درخواست موافق است یا نه، اظهار نظر خواهد کرد؛ اگر موافق باشد، مطابق قسمت اول ماده (۲) ۹۸، اقدام به درخواست نمی‌کند؛ اما اگر موافق نباشد، مطابق ماده (۱) ۸۹ اقدام به درخواست منطبق با ماده (۱) ۸۹ می‌کند.
۵. اگر دیوان اقدام به درخواست کند و دولت عضو طرف درخواست از اجابت درخواست امتناع کند، به گونه‌ای که مانع اعمال وظایف و اختیارات دیوان مطابق اساس نامه شود، دیوان در مورد موضوع تصمیم‌گیری می‌کند. (ماده (۷) ۸۷)
۶. تصمیم دیوان تعیین‌کننده است. (بنگرید به: ماده (۱) ۱۱۹ که چنان‌که ماده ۱۱۹

مقرر می‌کند هر اختلاف مربوط به وظایف قضائی دیوان باید با تصمیم او حل شود.
۷. همچنین دیوان می‌تواند موضوع را به مجمع دولت‌های عضو ارجاع دهد
(ماده (۷) (۸۷))

۸. مجمع دولت‌های عضو می‌تواند مسأله عدم همکاری را بررسی کند. (ماده
(F) (۲) (۱۱۲)).

۵۹. بدین ترتیب، اختیار با دیوان است که تصمیم بگیرد آیا دولت عضو ملزم به تسلیم
شخص موضوع درخواست ماده (۱) ۸۹ هست یا خیر؟ بنا بر این، این موضوع در
مرحله‌ای مطرح می‌شود که دیوان درخواستی را در نظر داشته باشد. بعید است که
دیوان بخواهد به طور انتزاعی تصمیم بگیرد، یعنی زمانی که یک دولت عضو به جای
آنکه در صد اعمال یک موافقت‌نامه دو جانبه باشد، آن را انجام داده باشد. همچنین
بعید است که دیوان بدون آنکه نخست هر موضوعی را که ممکن است در ارتباط با
یک موافقت‌نامه پیش آید، بررسی کند، اقدام به طرح درخواستی کند. در
تصمیم‌گیری در خصوص اقدام یا عدم اقدام به طرح درخواست (که دیوان می‌تواند
متعاقب درخواست از دادستان به موجب ماده (۳) ۱۹ تصمیمی اتخاذ کند)، دیوان
باید تشخیص دهد شخصی که به طور بالقوه موضوع درخواست تسلیم است، آیا در
شمول موافقت‌نامه‌ای قرار می‌گیرد که در نتیجه آن، دولت مورد درخواست مجاز به
امتناع از تسلیم باشد یا خیر؟ در صورت مثبت بودن پاسخ، آیا مبنای دیگری به جز
ماده (۲) ۹۸ برای امتناع از اقدام به موجب ماده (۱) ۸۹ وجود دارد؟ (برای مثال آیا هیچ
یک از ابعاد آن موافقت‌نامه با ممانعت از انتقال خود به خود سازگار اند؟ مثلاً به این
دلیل که موافقت‌نامه‌ی مربوط، دسته وسیع تری از افراد را نسبت به کسانی که توسط
دولت ثالث فرستاده شده اند، پوشش دهد).

۶۰. همچنین، بر این امکان خاطر نشان می‌کنیم که انطباق یک موافقت‌نامه
دو جانبه با اساس نامه، به احتمال زیاد، می‌تواند از مسیر دیگری مورد توجه قرار

گیرد. ماده ۱۹۱ از اساس نامه مقرر می‌دارد:

«۱- هر اختلافی میان دو دولت عضو یا بیشتر در مورد وظایف قضائی دیوان به تصمیم دیوان حل خواهد شد. ۲- هر اختلافی در مورد تفسیر یا اعمال این اساس نامه که ظرف سه ماه از شروع آن حل نشود، به مجمع دولت‌های عضو ارجاع خواهد شد. مجمع می‌تواند خود درصدد حل اختلاف برآید یا توصیه‌هایی در مورد راه حل‌های دیگر حل اختلاف، از جمله ارجاع به دیوان بین‌المللی دادگستری، در انطباق با اساس نامه آن دیوان، ارائه کند.»

۶۱. بدین منظور، «اختلاف» به معنای منظور در ماده ۱۱۹ به این مسأله مرتبط است که آیا موافقت‌نامه دوجانبه جلوی درخواست بالقوه از سوی دیوان را می‌گیرد؟ «وظیفه قضائی» دیوان در این مورد طرح درخواست است. همچنان که قبلاً اشاره شد، اثر این ماده آن است که هرگونه اختلاف در مورد اجرای این وظیفه (خواه در زمان طرح درخواست توسط دیوان در نظر گرفته شده باشد یا پس از چنین درخواستی انجام شده باشد باید توسط خود دادگاه رسیدگی شود. با وجود این، ماده (۲) ۱۱۹ به اختلافات راجع به تفسیر یا اعمال اساس نامه مربوط است، به جز اختلاف‌هایی که به وظایف قضائی دیوان مربوط می‌شوند که بین دو یا چند دولت عضو ایجاد می‌شوند. بدین منظور، چنین اختلافی به این موضوع مربوط نمی‌شود که آیا دیوان ملزم به رعایت این موافقت‌نامه‌ها بوده یا نه، بلکه مسأله اساسی این است که آیا انجام (یا شاید حفظ) چنین موافقت‌نامه‌ای از سوی یکی از دولت‌های عضو با اساس نامه مغایر است یا خیر؟ در اینجا، اختلاف به مجمع دولت‌های عضو ارجاع می‌شود که ممکن است درصدد حل آن برآیند. (مثلاً با تصویب قطعنامه‌ای که آمرانه ماده (۲) ۹۸ را تفسیر کند. بنگرید به (a) (۷) ماده ۱۱۲). در عوض، مجمع می‌تواند راه حل‌های دیگری را برای حل اختلاف توصیه کند، از جمله ارجاع موضوع به دیوان بین‌المللی دادگستری. مجمع برای درخواست نظر مشورتی از دیوان دادگستری اجازه نیافته است.