

بررسی مفهوم جنایت تجاوز ارضی با تأکید بر قطعنامه‌ی مصوب کنفرانس بازنگری کامپالا

رضا موسی‌زاده¹

حسین فروغی‌نیا²

(تاریخ دریافت: 1392/01/25 - تاریخ تصویب: 1392/05/28)

چکیده

با وجود تأسیس دیوان کیفری بین‌المللی و لازم‌الاجرا شدن اساسنامه‌ی آن، هنوز برخی از حوزه‌های عملیاتی این دیوان در حاله‌ای از ابهام قرار دارد؛ یکی از مسائل عمده در مورد صلاحیت موضوعی دیوان مزبور بر جنایت تجاوز ارضی است که به دلایل مختلفی صلاحیت بالفعل دیوان بر این جنایت هنوز به نحو کاملی میسر نشده است؛ در عین حال، در کنفرانس رم توافق شد که تعریف، عناصر آن و شروط اعمال صلاحیت دیوان بر این جنایت در کنفرانس بازنگری مشخص شود. در کنفرانس بازنگری کامپالا (2010) نیز اعمال صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی بر این جنایت، اعمال صلاحیت واقعی دیوان، به تصمیم دولت‌های عضو بعد از اول ژانویه‌ی 2017 موکول گردیده است. مشکل عمده در زمینه‌ی اعمال صلاحیت دیوان بر این جنایت علاوه بر تعریف و عناصر متشکله‌ی آن، چگونگی تنظیم رابطه و عملکرد دیوان کیفری بین‌المللی و شورای امنیت در مورد احراز وقوع عمل تجاوز کارانه‌ی ارتكابی و دیگر اختیاراتی است که مطابق با اساسنامه‌ی دیوان به شورای امنیت واگذار شده است.

واژگان کلیدی: دیوان کیفری بین‌المللی، کنفرانس بازنگری کامپالا، شورای امنیت، جنایت تجاوز، احراز عمل تجاوز کارانه، صلاحیت، قطعنامه‌ی تعریف تجاوز.

1- نویسنده‌ی مسئول - دانشیار گروه حقوق بین‌الملل، دانشکده‌ی روابط بین‌الملل وزارت امور خارجه.

Email: rmousazadeh@yahoo.com

2- دکتری حقوق بین‌الملل، دانشگاه پیام نور، تهران مرکز.

مقدمه

تردیدی نیست که پیش‌گیری از گسترش نقض فاحش حقوق بشردوستانه‌ی بین‌المللی و اجتناب از ارتکاب جنایت نسل‌کشی، جنایات علیه بشریت، و جنایت جنگی و تجاوز، آن گونه که قرن بیستم شاهد آن بود، مستلزم احترام به حقوق بشردوستانه‌ی بین‌المللی و پایان دادن به بی‌کیفری است. در این زمینه اجرای عدالت کیفری می‌تواند متمدنانه‌ترین پاسخ به چنین جنایاتی باشد. البته تفکر استقرار یک نظام عدالت کیفری بین‌المللی طی سده‌های گذشته نیز وجود داشت که سرانجام در سال 1945 دولت‌های فاتح با ایجاد دادگاه‌های نورنبرگ، توکیو و قانون شماره‌ی 10 شورای کنترل متفقین درصدد مجازات مرتکبان نقض صلح بین‌المللی در طی جنگ جهانی دوم بر آمدند. و در نهایت اوایل دهه‌ی 1990 با استقرار دو دادگاه ویژه‌ی بین‌المللی از طریق قطعنامه‌های شورای امنیت (ر.ک: کریانک ساک و کیتی شیایزری، 1383، صص 53-52) و با عزم بسیاری از دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی در راستای نهادینه کردن حاکمیت قانون و اجرای قواعد حقوق بین‌الملل یک مرکز مستقل کیفری بین‌المللی در سطح جهان در مبارزه با جنایات بین‌المللی شکل گرفت (Cassese, 2011, p. 271-272). در کنفرانس رم نیز سرانجام پس از مباحثات فراوان، اساسنامه‌ی دیوان کیفری بین‌المللی (موسوم به اساسنامه‌ی رم) به عنوان اولین سند دیوان دائمی بین‌المللی با ماهیت کیفری، در تاریخ 17 ژوئیه‌ی 1998 به تأیید نمایندگان 120 دولت رسید که از اول ژوئیه‌ی 2002 لازم‌الاجرا گردیده است. در این میان، به لحاظ صلاحیت موضوعی، بر اساس اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها که در تمام نظام‌های حقوقی دنیا به رسمیت شناخته شده است، صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی صرفاً شامل جنایات مهم بین‌المللی مورد قبول در حقوق بین‌الملل عرفی است و ماده‌ی 5 (بند 1) اساسنامه‌ی دیوان مقرر داشته است: «صلاحیت دیوان منحصر است به مهم‌ترین جنایاتی که مایه‌ی نگرانی جامعه بین‌المللی است». دیوان به موجب این اساسنامه نسبت به جنایات زیر صلاحیت رسیدگی دارد: الف - جنایت نسل‌زدایی ب - جنایت ضد بشریت ج - جنایات جنگی د - جنایت تجاوز.

اما هنگام مذاکرات رم در خصوص تصویب اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، در مورد تعریف جنایت تجاوز ارضی و شروط اعمال صلاحیت دیوان نسبت به آن اختلاف بسیاری وجود داشت؛ به طوری که تا واپسین روزهای کنفرانس رم که به تصویب اساسنامه‌ی دیوان منجر شد تعریف جنایت تجاوز ارضی (از این پس جنایت تجاوز) و شرایط اعمال صلاحیت دیوان نسبت به آن مشخص نشد. رئیس اجلاس نهایی کنفرانس رم، تنها راه حل را در این دید که اعلام حل و فصل اختلافات راجع به این موضوع را به وقت دیگری موکول نماید.

آنچه بیش از هر چیز برای کارآمدی دیوان کیفری بین‌المللی ضرورت داشت، تدوین اساسنامه‌ی این دیوان به صورتی بود که اولاً: شامل تعریف، عنصر قانونی، مادی و معنوی در مورد خطرناک‌ترین جنایات مورد اهتمام جامعه بشری باشد، ثانیاً این اساسنامه با تمامی مندرجات آن، که انعکاسی از حقوق بین‌الملل عرفی عام به صورت تکامل یافته در مورد جنایات بین‌المللی است، باید برای اکثریت دولت‌های جهان الزام آور می‌بود تا قابلیت اجرایی داشته باشد. این امر مستلزم توافق دولت‌های شرکت کننده در کنفرانس رم در خصوص متن اساسنامه، تعاریف و عناصر ماهوی و شکلی مندرج در آن بود (شایگان فرد، 1387، ص 256).

نمایندگان دولت‌ها در کنفرانس رم توانستند در خصوص درج جنایت نسل‌زدایی، جنایات علیه بشریت و جنایت جنگی در اساسنامه‌ی دیوان به توافق برسند، لیکن در مورد جنایت تجاوز، آن هم به منظور درج آن در عهدنامه‌ای که آنان را ملزم به مقررات آن نماید، تنها نتیجه‌ی حاصله پذیرش صلاحیت مشروط دیوان در مورد این جنایت بود. اختلاف نظر دولت‌ها در خصوص تعریف عمل تجاوزکارانه، مربوط به قلمرو آن بود. برخی دولت‌ها دامنه‌ی شمول تعریف عمل تجاوزکارانه‌ی مندرج در قطعنامه‌ی 3314 مجمع عمومی را خیلی موسع دانسته و در مورد ارتباط آن با جنایت تجاوز خواستار درج تعریفی مضیق و محدودتر در اساسنامه‌ی دیوان بودند، ولی شمار بیشتری تعریف مزبور را

جامع و مانع دانسته و خواستار انعکاس همان موارد مقرر شده به عنوان مصادیق جنایت تجاوز در اساسنامه بودند.

اما مشکل عمده دیگری که موضوع تعریف را تحت الشعاع قرار می‌داد، شرایط اعمال صلاحیت دیوان بر جنایت تجاوز بود، زیرا که اعمال این صلاحیت منوط به احراز قبلی ارتکاب عمل تجاوزکارانه‌ی ارتكابی است و احراز وقوع عمل تجاوزکارانه نیز مطابق ماده‌ی 39 منشور سازمان ملل متحد، به شورای امنیت سپرده شده است (در ماده‌ی 39 منشور سازمان ملل متحد مقرر شده است که شورای امنیت وجود هرگونه تهدید بر ضد صلح، نقض صلح، یا عمل تجاوز را احراز و توصیه‌هایی خواهد نمود یا تصمیم خواهد گرفت که برای حفظ یا اعاده‌ی صلح و امنیت بین‌المللی چه اقداماتی بر طبق مواد 41 و 42 باید اتخاذ گردد). اکثریت دولت‌ها به ویژه دولت‌هایی که جزو اعضای دائمی شورای امنیت نبودند، این امر را کافی نمی‌دانستند، چرا که سابقه‌ی شورای امنیت نشان می‌داد که شورای مذکور با توجه به وقوع برخی اعمال تجاوزکارانه‌ی ارضی در اقصی و نقاط جهان به ندرت مبادرت به احراز وقوع عمل تجاوزکارانه نموده است، لذا اکثر دولت‌ها صلاحیت این شورا را در این رابطه انحصاری ندانسته و معتقد بودند صلاحیت احراز وقوع عمل تجاوزکارانه می‌تواند به دیوان کیفری بین‌المللی، یا مجمع عمومی و یا دیوان بین‌المللی دادگستری واگذار شود و حتی برخی از نمایندگان دولت‌ها در جلسات گروه کاری ویژه تعریف تجاوز (The Special Working Group on the Crime of Aggression (SWGCA)) معتقد بودند قبل از این که وضعیت مربوط به جنایت تجاوز در دیوان کیفری بین‌المللی نزد دادستان مورد رسیدگی قرار گیرد، بخش مقدماتی دیوان کیفری بین‌المللی می‌تواند در صورت امتناع یا ناتوانی شورای امنیت طی موعده زمانی خاصی به احراز وقوع عمل تجاوزکارانه ارتكابی بپردازد. چرا که شورای امنیت را نهادی سیاسی می‌دانستند که نباید مانع از روند جریان یک تعقیب قضایی گردد و حال آن که این شورا با عدم احراز وقوع عمل تجاوزکارانه و با کارشکنی در این رابطه قادر به متوقف نمودن رسیدگی به جنایت تجاوز در دیوان خواهد بود (Niels, 2007, p. 880).

در نهایت نتیجه این شد که مطابق ماده‌ی 5 (1) (د) اساسنامه، دیوان مزبور در خصوص جنایت تجاوز صلاحیت داشته باشد؛ اما در بند 2 ماده‌ی 5 اساسنامه مقرر شد که دیوان زمانی بر این جنایت اعمال صلاحیت می‌کند که مطابق مواد 121 و 123 اساسنامه، مقررات مربوط به تعریف تجاوز و شرایط اعمال صلاحیت دیوان نسبت به آن تصویب شده باشد. بدین ترتیب، وظیفه تعریف جنایت تجاوز، عناصر آن و شرایط اعمال صلاحیت دیوان نسبت به این جنایت، به کنفرانس بازنگری محول شد که هفت سال بعد از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه تشکیل می‌شود.

نخستین کنفرانس بازنگری از تاریخ 31 می تا 11 ژوئن 2010 در شهر کامپالا در دولت اوگاندا تشکیل شد که ضمن تعریف جنایت تجاوز و تعیین عناصر آن، شروط اعمال صلاحیت دیوان را نیز مشخص ساخته است. با وجود این، اجرای اصلاحات به عمل آمده در خصوص جنایت تجاوز در اساسنامه‌ی رم به سال 2017 موکول شده است.

طبق قطعنامه‌ی مصوب اجلاس بازنگری کامپالا، اعمال صلاحیت بالفعل دیوان کیفری بین‌المللی در خصوص جنایت تجاوز به اتخاذ تصمیم و موافقت اکثریت دولت‌های عضو، به همان نصابی که برای تصویب اصلاحیه‌های اساسنامه‌ی رم لازم است، موکول شد، تصمیمی که باید پس از یکم ژانویه‌ی سال 2017 میلادی اتخاذ شود.

اما آن چه که مهم است این که از یک سو، وقوع موارد نقض تمامیت سرزمینی و تجاوز ارضی که بر طبق حقوق بین‌الملل عرفی و بر اساس منشور سازمان ملل متحد و نیز بر پایه‌ی قطعنامه‌ی مصوب کنفرانس بازنگری اساسنامه‌ی دیوان کیفری بین‌المللی به عنوان جنایت تجاوز محسوب می‌شود و از سوی دیگر، ززمه‌ی نوید بخش مقابله با بی‌کیفری که در جهان طنین انداز شده، ضرورت تحقیق، تعقیب و محاکمه‌ی ناقضان حقوق سرزمینی دولت‌های دیگر را ایجاب می‌نماید.

در این جستار با توجه به توضیحات فوق می‌توان این سوال را مطرح نمود که: آیا تعریف مندرج در قطعنامه‌ی مصوب کنفرانس بازنگری کامپالا و شروط اعمال صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی بر جنایت تجاوز پاسخگوی تحولات حقوق کیفری بین‌المللی

می‌باشد؟ و نیز برای تصدیق مسئولیت کیفری فردی در خصوص این جنایت کافی است؟ مقاله‌ی حاضر در پی کالبد شکافی مشکلات حقوقی و سیاسی پیش رو در خصوص اعمال صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی در مورد جنایت تجاوز است. در این میان، برای فهم مفهوم جنایت تجاوز و وضعیت اعمال صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی بر آن، قطعنامه‌ی مصوب کنفرانس بازنگری کامپالا مورد بررسی و تحلیل قرار گرفته است.

1- تعریف جنایت تجاوز و مصادیق آن در قطعنامه‌ی مصوب کامپالا

قطعنامه‌ی مصوب کنفرانس بازنگری کامپالا (RC/RES.6) در خصوص تجاوز، دارای دو بخش عمده است که تحت عنوان ماده‌ی 8 مکرر (تعریف جنایت تجاوز) و ماده‌ی 15 مکرر (نحوه‌ی اعمال صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی) تنظیم شده است. در جریان کنفرانس بازنگری یک ماده (3) 15 مکرر نیز در خصوص اعمال صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی نسبت به جنایت تجاوز در موارد ارجاع پرونده از سوی شورای امنیت به تصویب رسید و طبق قطعنامه‌ی مصوب اجلاس بازنگری کامپالا، اعمال صلاحیت بالفعل دیوان در خصوص جنایت تجاوز به اتخاذ تصمیم و موافقت اکثریت دولت‌های عضو، به همان نصابی که برای تصویب اصلاحیه‌های اساسنامه رم لازم است، موکول شده است؛ تصمیمی که باید پس از یکم ژانویه سال 2017 میلادی اتخاذ شود (پورخاقان، 1389، ص 532). قطعنامه‌ای که در کنفرانس بازنگری و در یازدهمین نشست مقدماتی مورد پذیرش عام نمایندگان دولت‌های عضو قرار گرفت، محتوای مفاد آن، مسائل مختلفی را مطرح می‌نماید، در پاسخ به تحولات حقوق بین‌الملل و نیز حقوق کیفری بین‌المللی، قسمت‌هایی از مقررات قطعنامه، خصوصاً تعریف جنایت تجاوز و عمل تجاوزکارانه انعکاسی از اشکال سنتی روابط بین دولت‌ها است، یا در زمینه‌ی نحوه‌ی اعمال صلاحیت دیوان، بسیاری از دولت‌ها نسبت به نقش شورای امنیت در احراز وقوع عمل تجاوزکارانه و احتمال به بن بست رسیدن فرآیند رسیدگی کیفری دیوان و غیره، نگرانی‌هایی را ابراز داشته‌اند.

1-1- ماده‌ی 8 مکرر مندرج در ضمیمه‌ی اول قطعنامه

در کنفرانس بازنگری کامپالا راجع به تعریف جنایت تجاوز و مصادیق آن توافق‌هایی صورت گرفت که نسبت به مسئله‌ی نحوه‌ی اعمال صلاحیت که در ماده 15 مکرر (15Bis) و ماده‌ی 15 مکرر مکرر (15Ter) قطعنامه آمده است با چالش‌های کمتری مواجه بوده است. در مورد تعریف تجاوز در کنفرانس کامپالا این نکته قابل ذکر است که این تعریف ارتباط نزدیکی با شرایط اعمال صلاحیت دیوان بر این جنایت دارد، به طوری که می‌توان گفت تعریف تجاوز و شرایط اعمال صلاحیت دیوان بر آن ذاتاً با هم پیوند دارند. از یک سو، با توجه به تعاریف متعددی که قبل از کنفرانس کامپالا از تجاوز به عمل آمده بود. این نکته به دست می‌آید که در همه‌ی تعاریفی که قبل از این از تجاوز شده بود در دو ویژگی با جنایت تجاوز اتفاق نظر وجود داشت: اول این که جنایت تجاوز جنایت رهبران است. دوم این که باید نیروی نظامی یا حمله‌ی نظامی مورد بحث در خصوص تجاوز آشکارا مغایر یا ناقض مقررات منشور سازمان ملل متحد باشد. از طرف دیگر، عناصری که در مورد آن‌ها اختلاف وجود داشت عبارت بودند از:

- هدف حمله‌ی مسلحانه چه باید باشد؟ تمامیت سرزمینی، سیاسی، حاکمیتی، اقتصادی و...؟ یقیناً هیچ تجاوزی بدون نقض تمامیت سرزمینی دولت مورد حمله نمی‌تواند وجود داشته باشد.
- رفتار مادی مرتکب تجاوز نیز مورد بحث بود که با عبارات طراحی، تدارک، آغاز و اجرا کردن راجع به حمله‌ی مسلحانه ذکر شده بود.
- سومین عنصر مورد اختلاف در خصوص چگونگی تعریف اقدام دولت (نه فرد) بوده است که آیا باید هر اقدام توسط به زور را دربر گیرد یا صرفاً جنگ تجاوزکارانه را؟
- چهارمین عنصر مورد اختلاف در خصوص کیفیت، کمیت، ابعاد و اهمیت، گستره، شدت نیروی نظامی و حمله‌ی مسلحانه بود (آل کجیاف و اختری، 1390، ص 244).

با توجه به این مشکلات حقوقی مفهومی، به نظر می‌رسد جوهره‌ی این جنایت یک حمله‌ی مسلحانه‌ی تجاوزکارانه ارتكابی توسط یک دولت نسبت به تمامیت سرزمینی دولت دیگر است.

لازم به ذکر است که مسائل مربوط به اقدامات تجاوزکارانه از جنگ جهانی اول تا کنفرانس بازنگری کامپالا در معاهداتی از جمله معاهده‌ی ورسای، میثاق جامعه‌ی ملل، معاهده‌ی بریان کلوگ، منشور نورنبرگ و توکیو و قطعنامه‌ی 3314 مجمع عمومی سازمان ملل متحد مقرر شده بود. در گروه کاری ویژه در خصوص بررسی پیش نویس مربوط به جنایت تجاوز نیز عمل تجاوزکارانه از جنایت تجاوز تفکیک شده بود. منشأ این تفکیک به طرح کمیسیون حقوق بین الملل در مورد تعریف تجاوز که به قطعنامه‌ی 3314 منجر شد، بر می‌گردد. اختلاف نظر در گروه کاری ویژه بر روی این مسئله بود که عده‌ای معتقد بودند که مبنای تعریف تجاوز باید قطعنامه‌ی 3314 مجمع عمومی باشد. در حالی که عده‌ای دیگر این را مبنا نمی‌دانستند. در نهایت قطعنامه‌ی 3314 مبنا قرار گرفت. البته در خصوص چگونگی ارجاع به قطعنامه‌ی 3314 اختلاف نظر وجود داشت و سرانجام ارجاع به شیوه‌ی مستقیم و با اشاره به مواد 1 و 2 قطعنامه مورد پذیرش قرار گرفت. در خصوص این که آیا هر عمل تجاوزکارانه ای ضرورتاً منجر به جنایت تجاوز می‌شود این پاسخ داده شد که عمل تجاوزکارانه ای ضرورتاً منجر به جنایت تجاوز می‌شود که دارای چنان ماهیت، شدت و گستردگی باشد که منجر به نقض آشکار منشور سازمان ملل متحد گردد.

در عین حال، تعریف عمل تجاوزکارانه که در ماده 8 مکرر بیان شده است نیز مشابه تعریف مقرر در قطعنامه تعریف تجاوز مجمع عمومی سال 1974 (XIX) است. در قطعنامه‌ی پایانی کنفرانس کامپالا، دولت‌های عضو دیوان با اضافه کردن ماده‌ی 8 مکرر به اساسنامه، آن را به تعریف جنایت تجاوز اختصاص داده‌اند. قطعنامه‌ی مصوب مجمع دولت‌های عضو، همانند قطعنامه‌ی تعریف تجاوز مجمع عمومی سازمان ملل متحد، تعریف مرکب از تجاوز ارائه می‌دهد؛ یعنی تعریف کلی از تجاوز به همراه فهرستی از

اقدامات ممنوع را شامل می‌شود در قسمت دوم بند 2 ماده‌ی 8 مکرر نیز به صورت تمثیلی اقدامات تجاوزکارانه ذکر شده است. می‌توان گفت که تعریف ماده‌ی 8 مکرر قطعنامه‌ی کامپالا برگرفته از چهار منبع ذیل است: ماده‌ی 6 منشور نورنبرگ، بند یک ماده‌ی 5 منشور توکیو، ماده‌ی 2 و 31 منشور سازمان ملل متحد، به علاوه بخش عمده‌ی آن نیز برگرفته از قطعنامه‌ی 3314 مجمع عمومی سازمان ملل متحد می‌باشد. دلیل این امر نیز این بود که مجمع دولت‌های عضو خواسته از اختلافات پیرامون تعریف تجاوز دوری شود و حقوق بین‌الملل عرفی را نهادینه نماید هر چند دارای برخی ابهامات است که نیاز به کندوکاو بیشتری دارد.

2-1- تعریف جنایت تجاوز مطابق ماده‌ی 8 مکرر

در ماده‌ی 8 مکرر (بند اول) قطعنامه، در مورد تعریف جنایت تجاوز مقرر شده است که:

«با هدف این اساسنامه، «جنایت تجاوز» یعنی طراحی، تدارک، آغاز یا اجرای عمل تجاوزکارانه توسط هر فردی در هر موقعیتی که قادر به کنترل یا هدایت اقدام سیاسی یا نظامی یک دولت باشد و به دلیل ماهیت، شدت و گستردگی، مصداق آشکاری از نقض منشور سازمان ملل متحد باشد».

تعریف فوق برخی مسائل بحث برانگیز را مطرح می‌نماید. در تعریف جنایت تجاوز، خصوصاً در مورد مشارکت افراد با توجه به ماده‌ی 25 اساسنامه‌ی دیوان، مفهوم مشارکت فعال باعث نادیده گرفتن افراد تاثیرگذار و حتی بوروکرات‌ها در دولت‌هایی می‌شود که دارای سیستم تصمیم‌گیری بوروکراتیک هستند (Schuster, 2003, p. 21).

بنابراین، علاوه بر افراد رده بالای حکومتی، بسیاری از افراد در سطوح متفاوت و نیز برخی از نهادها و مؤسسات درگیر در تصمیم‌گیری‌های سیاسی و اقتصادی را نیز می‌توان در نظر داشت. البته شناسایی همه‌ی این افراد و نهادها و رسیدگی به جنایت همه‌ی افراد

درگیر در قضیه با توجه به ماهیت سیاسی جنایت تجاوز و مواضع سرسختانه‌ی برخی از دولت‌ها در تحویل افراد متهم به جنایت مزبور به سادگی امکان‌پذیر نخواهد بود.

هم‌چنین در تعریف مزبور، چهار نوع از اشکال مشارکت: طراحی، تدارک، آغاز و اجرای عمل تجاوزکارانه آمده است. سه اقدام اول مطابق متن ماده‌ی 6 (الف) منشور نورنبرگ می‌باشد و صرفاً «اجرای عمل تجاوزکارانه» در متن ماده‌ی 8 مکرر جایگزین عبارت «مبادرت به جنگ» شده است که در منشور دادگاه نظامی بین‌المللی مقرر شده بود. رفتارهای کیفری مطرح شده فوق به سادگی قابل شناسایی نیست و می‌تواند رشته‌ی وسیعی از فعالیت‌های اقتصادی یا سیاسی را در برگیرد در بسیاری از دولت‌ها، فعالیت‌های غیر قانونی حکومتی به صورت فعال توسط افراد رده بالای حکومتی انجام نمی‌شود، در برخی از موارد، افراد رده‌ی پایین، یا حتی گروه‌های غیر دولتی معمولاً در این رابطه بیشترین نقش را ایفا می‌نمایند، برای نمونه، بسیاری از اقدامات می‌تواند به عنوان عمل تجاوزکارانه تلقی گردد که به وسیله‌ی افراد ارشد انجام نمی‌گیرد یا در برخی از موقعیت‌های جنگی، افراد رده بالای بخش حکومت، بخش‌های خصوصی یا گروه‌های مسلح غیر رسمی را برای اعمال تجاوزکارانه به کار می‌گیرند. علاوه بر این، جنایت تجاوز مطابق با این تعریف تنها توسط رهبران سیاسی و نظامی می‌تواند ارتکاب یابد (شخصی که در موقعیت اعمال کنترل موثر اقدامات سیاسی و نظامی دولتی قرار دارد) و بدین ترتیب، این جنایت را در زمره‌ی «جنایت رهبران» قرار داده است. از این جهت، جنایت تجاوز متفاوت از سایر جنایات تحت صلاحیت اساسنامه‌ی رم می‌باشد؛ چرا که جنایات جنگی، جنایت علیه بشریت و نسل‌کشی این محدودیت را در رابطه‌ی با مرتکبان جنایات تحت صلاحیت دیوان ندارد (کی ارسلان، 1390، ص 50). البته هر عمل تجاوزکارانه‌ای منجر به جنایت تجاوز نمی‌شود، بلکه باید به منزله نقض آشکار منشور سازمان ملل متحد باشد و اعمالی که در قالب دفاع مشروع و با مجوز شورای امنیت انجام می‌شود توسط دیوان قابل پی‌گیری نیستند، اگر عمل مزبور توسط شورای امنیت اجازه داده شود یا بر اساس ماده 51 منشور سازمان ملل متحد مجاز باشد، می‌تواند به منزله‌ی اقدامات مشروع تلقی

شود. در عین حال، بر مبنای تعریف مقرر شده در قطعنامه‌ی مصوب دو شرط «نقض منشور» و «نقض آشکار» باید صورت گیرد تا بتوان آن را اقدام تجاوزکارانه تلقی نمود. سوالی که مطرح می‌شود این است که کدام یک از اعمال تجاوزکارانه نقض منشور سازمان ملل متحد است؟ (Glennon, 2010, pp. 98-100).

افزون بر این، شرط دیگر مقرر در بند یک ماده‌ی 8 مکرر آن است که عمل تجاوزکارانه همان گونه که در بند 2 تعریف می‌شود می‌بایست با توجه به ماهیت، شدت و گستردگی اش نقض آشکار منشور سازمان ملل متحد را تشکیل بدهد. این آستانه‌ی کاربرد نیروی مسلح، نه در منشور و نه در قطعنامه‌ی تعریف تجاوز میان دولت‌ها قید نگردیده است. این رویه، مشابه شیوه‌هایی است که دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه‌ی نیکاراگوئه و هم چنین در قضیه‌ی سکوه‌های نفتی به کار گرفت. دیوان در آن قضایا تصریح نمود که: جهت کاربرد نیروهای نظامی به عنوان دفاع مشروع می‌بایست حتماً سطح معینی از حمله‌ی مسلحانه وجود داشته باشد. چنین شیوه‌ای را دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه‌ی فعالیت‌های مسلحانه در کنگو (جمهوری دموکراتیک کنگو علیه اوگاندا) نیز به کار برد. (در قضیه‌ی مربوط به فعالیت‌های مسلحانه در کنگو (جمهوری دموکراتیک کنگو علیه اوگاندا) دیوان از مداخلات نظامی بحث می‌کند: «چنین وسعت و مدت زمانی منتج به آن می‌شود که دیوان تصمیم بگیرد نقض شدید ممنوعیت کاربرد زور مندرج در بند 4 ماده 2 منشور محقق شده است»).

3-1- مصادیق جنایت تجاوز مطابق ماده‌ی 8 مکرر

در مورد تعریف عمل تجاوزکارانه در ماده 8 مکرر (بند دوم) مقرر شده است که: «در راستای بند 1 «عمل تجاوزکارانه» به معنای استفاده از نیروی مسلح توسط یک دولت بر علیه حق حاکمیت، تمامیت ارضی یا استقلال سیاسی دولت دیگر یا هر شکل دیگری که با منشور سازمان ملل متحد ناسازگار باشد. هر یک از اعمال زیر، صرفنظر از اعلام جنگ، مطابق با قطعنامه‌ی 3314 مجمع عمومی سازمان ملل متحد مورخ 14 دسامبر 1974، نوعی عمل تجاوزکارانه محسوب می‌شود».

قسمت اول بند دوم ماده‌ی 8 مکرر که استفاده از نیروی مسلح را به هر طریقی مغایر با منشور سازمان ملل متحد برای تحقق جنایت تجاوز کافی دانسته، اعتبار بخشیدن به منشور است. همین طور این قید هرگونه حمله و تهاجم را که در جهت دفاع مشروع از خود صورت می‌گیرد از شمول تجاوز مستثنا می‌سازد. ماده‌ی 8 مکرر هم چنین قید «صرف نظر از اعلان جنگ» را از منشور توکیو اقتباس کرده تا بهانه از کسانی که ممکن است بدون اعلان رسمی جنگ دست به اقدامات تجاوزکارانه موضوع آن ماده بزنند، گرفته شود.

قسمت دوم بند دوم ماده‌ی 8 مکرر نیز به صورت تمثیلی اقدامات تجاوزکارانه را برمی‌شمرد که عبارت است از: «هرگونه حمله، تهاجم، اشغال نظامی (هرچند موقت)، یا انضمام سرزمین یک دولت به دولت دیگر با استفاده از زور، بمباران یک دولت توسط دولت دیگر، محاصره‌ی بنادر، حمله‌ی زمینی، دریایی، یا هوایی، اجازته‌ی از یک دولت برای استفاده از خاک آن دولت توسط دولت دیگر برای حمله به یک دولت ثالث، و اعزام دسته‌ها، گروه‌ها، نیروهای شبه نظامی یا مزدوران مسلح (توسط یا از جانب یک دولت) به منظور انجام عملیات مسلحانه علیه دولت دیگری با چنان شدتی که در زمره‌ی اعمال مذکور در بالا باشد، یا درگیر شدن جدی آن دولت در این اقدامات» (آقایی جنت مکان، 1390، ص 170). بند 3 از عناصر جنایت موضوع ماده‌ی 8 مکرر نیز در تبیین تجاوز مقرر می‌دارد: «عمل تجاوزکارانه از طریق استفاده از نیروی مسلح توسط یک دولت علیه حاکمیت، تمامیت ارضی یا استقلال سیاسی دولت دیگر، یا به هر وسیله‌ی دیگر مغایر با منشور سازمان ملل متحد ارتکاب یابد». بند نخست از مقدمه‌ی عناصر جنایت تجاوز (ضمیمه‌ی دوم) نیز بیان می‌دارد: «تفاهم بر آن است که هر کدام از اعمال مذکور در بند 2 ماده‌ی 8 مکرر به عنوان یک عمل تجاوزکارانه شناخته می‌شود» (همان، ص 171). مقرر فوق مشابه تعریف به کار رفته در ماده‌ی اول قطعنامه‌ی تعریف تجاوز مجمع عمومی است. به گونه‌ی ای که در کنفرانس بازنگری در خصوص تعریف عمل تجاوزکارانه موافقت شد که قطعنامه‌ی 3314 مجمع عمومی سازمان ملل متحد مصوب 14 دسامبر 1974 مبنا قرار گیرد. البته سیاق این تعریف توسط بسیاری از مفسران مورد انتقاد قرار گرفته

است. در این جا نقش بازیگران غیر دولتی در ارتکاب عمل تجاوزکارانه نادیده گرفته شده است که هم اکنون نقش مهمی را در زمینه‌ی ارتکاب اعمال تجاوزکارانه در سطح بین‌المللی یا به صورت مستقل یا با هدایت برخی از حکومت‌ها ایفا می‌نمایند، برای نمونه گروه‌های فراملی یا داخلی؛ مانند گروه‌هایی که در جنگ داخلی سیرالئون و جنگ‌های یوگسلاوی مشارکت داشتند، بازیگران اصلی مخاصمات بودند که دولتی نبودند و در قلمرو این تعریف قرار نمی‌گیرند. هم چنین تعریف مزبور اعمال سازمان‌های بین‌المللی را در بر نمی‌گیرد. همان طور که ملاحظه می‌شود مشکل ایجاد تعریفی است که بتواند در موقعیت‌های گسترده به کار رود. تعریف باید به اندازه‌ی کافی دقیق باشد تا افراد بدانند که چه اعمالی ممنوع است و باید به اندازه کافی عمومیت داشته باشد تا اعمال متنوع گسترده‌ای که ممکن است در آینده رخ دهد و تاکنون محکوم نشده است را دربرگیرد. هم چنین تعریف باید نقض ممنوعیت استفاده از زور مندرج در ماده 2 (بند 4) منشور سازمان ملل متحد را که به عنوان جنایت تجاوز است، شامل شود (در بند 4 ماده 2 منشور سازمان ملل متحد مقرر شده است: کلیه ی اعضا در روابط بین‌المللی خود از تهدید به زور یا استفاده از آن بر ضد تمامیت ارضی یا استقلال سیاسی هر دولتی، یا از هر روش دیگر که با مقاصد ملل متحد مبیانت داشته باشد خودداری خواهند کرد). بدین ترتیب، تعریف مزبور روابط بین دولت‌ها را در زمینه‌ی ارتکاب اعمال تجاوزکارانه منعکس می‌نماید که با تحولات کنونی حقوق بین‌الملل سازگاری چندانی ندارد. البته این نکته را بایستی در نظر داشت که تعریف مطرح شده در قطعنامه‌ی 3314 مجمع عمومی می‌تواند به عنوان ابزاری مهم جهت احراز وقوع اعمال تجاوزکارانه مورد استفاده‌ی شورای امنیت یا ارگان‌های دیگر قرار گیرد در ماده‌ی 4 قطعنامه‌ی مزبور نیز علاوه بر ذکر برخی اقدامات تجاوزکارانه به صورت غیر حصری مقرر در ماده 3، شورای امنیت می‌تواند برخی از اعمال تجاوزکارانه را که در فهرست قطعنامه‌ی تعریف تجاوز مجمع عمومی نیامده است به عنوان اقدام تجاوزکارانه مورد شناسایی قرار دهد، با توجه به این که در بند 2 ماده‌ی 8 مکرر به صراحت مقرر گردیده است که قطعنامه‌ی

3314 به عنوان منبع احراز اقدام تجاوز کارانه تلقی می‌گردد و با توجه به غیر حصری بودن اقدامات تجاوز کارانه (طبق ماده‌ی 4 قطعنامه‌ی 3314) می‌توان گفت که این موضوع به لحاظ حقوق کیفری ایراد دارد، چرا که با اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها مغایرت دارد و حداقل این که در حقوق داخلی می‌بایست فهرست اعمال قابل مجازات به وضوح، احصا و تعریف شود تا جایی برای تفسیر قاضی باز نگذارد، اما مسئله‌ای که وجود دارد این است که بحث قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها هنوز در حقوق بین‌الملل به مانند حقوق داخلی نهادینه نشده است. (کی ارسلان، پیشین، ص 52). علاوه بر این، در خصوص احراز اقدامات تجاوز کارانه توسط شورای امنیت در بسیاری از موارد، شورا به دلیل ملاحظات سیاسی و فضای حاکم بر روابط بین‌الملل از شناسایی اعمال تجاوز کارانه خودداری نموده، و حتی آن‌ها را نقض صلح یا تهدید صلح به شمار آورده است. از طرف دیگر، قطعنامه‌ی تعریف تجاوز مجمع عمومی نیز بیشتر جنبه‌ی رهنمود و توصیه برای شورا داشته و کمتر مورد استفاده قرار گرفته است.

بنابراین تعریف عمل تجاوز کارانه به کار رفته در قطعنامه‌ی کامپالا به عقیده برخی از صاحب نظران، مدل وستفالیایی دولت-ملت‌ها را به تصویر می‌کشد که با واقعیت‌های کنونی در روابط بین‌الملل سازگاری چندانی ندارد (Crow and Misik, 2010, p. 47). (اختیارات و مسئولیت‌های شورای امنیت در بند دوم و ماده‌ی 4 قطعنامه‌ی تعریف تجاوز مجمع عمومی (1974) مورد اشاره قرار گرفته است. ماده‌ی 4 قطعنامه‌ی مزبور که پیوند نزدیکی با بند دوم مقدمه دارد، حاکی است: اقدامات بر شمرده‌ی شده بالا دربرگیرنده‌ی همه‌ی موارد نیست و شورای امنیت می‌تواند اقدامات دیگری را احراز کند که طبق مفاد منشور، تجاوز به شمار می‌رود). از این رو، همان ایراداتی که به تعریف جنایت تجاوز در قطعنامه‌ی 3314 سازمان ملل متحد وارد بود در این جا نیز وجود دارد؛ از جمله تکرار مطالبی در تعریف که ضرورت نداشته است. تعریف مندرج در بند 2 ماده 8 مکرر عنصر غیرقانونی بودن را در بر ندارد و بنابراین، هرگونه اقدام نظامی در مقام دفاع مشروع نیز می‌تواند مشمول این تعریف قرار گیرد. به علاوه، در تعریف تنها به کارگیری نیروهای مسلح اشاره شده و بنابراین، شامل سایر اشکال تجاوز نمی‌گردد. برخی که می‌خواستند جرم انگاری تجاوز را به اعمال تجاوز کارانه از سوی هویت‌های غیر دولتی

(نظیر گروه‌های مسلح شورشی، سازمان یافته، جنبش‌های آزادی بخش و نظایر آن) علیه یک دولت توسعه دهند این امکان را نیافتند. هم چنین نسبت به مصادیق جدید تجاوز هیچ پیش بینی خاصی به عمل نیامده است؛ مثل انجام حملات سایبری به تاسیسات یک دولت به منظور ناکارآمد کردن بخش‌های نظامی یا اقتصادی یک دولت که البته موضوع حملات سایبری می‌بایست در معاهده‌ی بین‌المللی دیگری جرم انگاری گردد تا به عنوان یکی از مصادیق حمله‌ی مسلحانه یا تجاوز قلمداد شود. بدین ترتیب فهرست اقدامات تجاوزکارانه عیناً از قطعنامه‌ی 3314 مجمع عمومی گرفته شده و وظیفه‌ی تفسیر آن‌ها به عهده‌ی دادگاه محول گردیده تا مشخص کند که آیا عبارت بند 2 ماده‌ی 8 مکرر جایی برای توسعه‌ی تجاوز به سایر اعمال تجاوزکارانه باقی می‌گذارد یا خیر؟

بدین ترتیب، استثناء نمودن بازیگرانی چون سازمان‌های تروریستی، گروه‌های انقلابی یا شاخه‌های جدایی طلب رقیب با تعریف مقرر در قطعنامه منطبق نیست و این امر با هدف تأسیس دیوان کیفری بین‌المللی نیز متناقض است که بایستی به محاکمه‌ی مرتکبان چنین جنایاتی پردازد بنابراین نقش فزاینده‌ی بازیگران غیر دولتی در قلمرو صلح و امنیت بین‌المللی در ارتباط با چالش‌های معاصر حقوق بین‌الملل کیفری از دید مجمع دولت‌های عضو دیوان پنهان مانده است (Anderson, 2010, p. 421). به طور کلی تعریف به کار رفته در قطعنامه‌ی کامپالا هر چند هنوز نشانه‌هایی از مدرنیته را دارد، اما هنوز هم چنان محافظه کارانه است؛ زیرا این تعریف هر چند مسئولیت کیفری فردی را از مفهوم سنتی «جنگ تجاوزکارانه» به «اعمال تجاوزکارانه» مذکور در ماده‌ی 8 مکرر توسعه می‌دهد، اما مفهوم تجاوز هنوز به خشونت بین دولت‌ها اختصاص دارد.

1- عناصر جنایت تجاوز مربوط به ماده‌ی 8 مکرر

جنایت تجاوز به عنوان یک جنایت بین‌المللی واجد عناصر سه گانه‌ی قانونی، مادی و روانی است. عنصر قانونی جنایت تجاوز ماده‌ی 8 مکرر به همراه عناصر جنایات موضوع

ماده‌ی فوق است که بر همین اساس در ادامه به اختصار به تحلیل دو عنصر مادی و روانی جنایت تجاوز پرداخته می‌شود.

1-1- عنصر مادی

بند یک ماده‌ی 8 مکرر اساسنامه در تبیین عنصر مادی مقرر می‌دارد: «جنایت تجاوز یعنی هرگونه طراحی، تدارک، آغاز یا اجرای یک عمل تجاوزکارانه». بند 1 عناصر جنایات در ضمیمه‌ی دوم از اصلاحات ماده‌ی 8 نیز مقرر می‌دارد: «مرتکب یک عمل تجاوزکارانه را طراحی، تدارک، آغاز یا اجرا کرده باشد». اعمال تجاوزکارانه نیز اعمالی هستند که در قسمت دوم بند 2 ماده‌ی 8 به روش تمثیلی احصا شده‌اند (Kreb, 2010, p. 1191). بنابراین، به نظر می‌رسد عنصر مادی جنایت تجاوز عبارت است از: طراحی، تدارک، آغاز یا اجرای یکی از اقدامات دارای کیفیات تجاوزکارانه‌ی مذکور در قسمت دوم ماده‌ی 8 مکرر. ماده‌ی مزبور هفت مورد را بیان کرده است که اقدامات دارای کیفیت تجاوزکارانه هستند. در ماده‌ی فوق، شروع به اجرای هر یک از اقدامات دارای کیفیات تجاوزکارانه نیز برای تحقق جنایت تجاوز کافی دانسته شده است. از این رو، هرکس با انجام یکی از شیوه‌های چهارگانه برای تحقق اقدامات دارای کیفیات تجاوزکارانه تلاش کند «متجاوز» شناخته می‌شود. شیوه‌های چهارگانه‌ی فوق دقیقاً از منشور دادگاه نورنبرگ و توکیو اقتباس شده‌اند؛ زیرا جنایات علیه صلح نیز از طریق «طراحی، تدارک، آغاز یا به اجرا درآوردن» تحقق می‌یافتند. البته در اسناد بالا، «مشارکت در طرح یا تبانی برای ارتکاب این جنایت» نیز می‌توانست به تحقق جنایات علیه صلح منجر شود که در قطعنامه‌ی مصوب کامپالا پیش‌بینی نشده است.

هنگام مذاکرات رم، در مورد این که آیا امکان شروع به جنایت تجاوز وجود دارد یا خیر، تردید وجود داشت؛ اما ماده‌ی 8 شروع به اقدام تجاوزکارانه را نیز پذیرفته است. تمام مصادیق مذکور در بند یک و دو ماده‌ی 8 مکرر از نوع فعل مادی مثبت هستند؛ اما برخی نویسندگان حقوق کیفری بین‌المللی بر این عقیده هستند که ارتکاب جنایت

تجاوز از طریق ترک فعل نیز امکان پذیر است (کریانک ساک و شیایزری، 1383، ص 324). دیوان نظامی امریکا در پرونده‌ی فرماندهی عالی هم چنین تأیید کرد که در برخی اوضاع و احوال، ترک فعل یا عدم اقدام نیز ممکن است همانند «مشارکت فعال» موجبات مسئولیت کیفری اشخاص را فراهم سازد (آقایی جنت مکان، 1386، ص 25). رأی دیوان در این زمینه چنین بوده است: «چنان چه... بعد از آن که طراحی، سیاست آغاز و اجرای جنگ تجاوزکارانه شکل می‌گرفت و تدوین گردید، متهم می‌دانسته که تجاوزات و جنگ‌های برپا شده، تجاوزکارانه و غیر قانونی بوده... چنان چه وی در سطحی از تصمیم‌سازی سیاسی قرار داشته که بتواند مانع از ادامه‌ی چنین برنامه یا سیاستی شود و از انجام چنین کاری خودداری ورزد، مسئولیت کیفری خواهد داشت» (شیایزری، پیشین، ص 325).

1-2- عنصر روانی

عنصر روانی لازم برای جنایت تجاوز، عبارت از قصد به همراه علم. این همان چیزی است که ماده‌ی 30 اساسنامه‌ی دیوان کیفری بین‌المللی نیز بر آن تأکید دارد. ماده‌ی 30 به جز در موارد استثنایی، قصد و علم را همراه با عنصر مادی جنایات بین‌المللی ضروری می‌داند. بنابراین، برای ارتکاب جنایت تجاوز و اقدامات تجاوزکارانه وجود قصد و عمد به همراه آگاهی از این اعمال ضروری است. بند 4 از عناصر جنایت تجاوز از ضمیمه‌ی دوم اصلاحات عناصر جنایات ماده‌ی 8 مکرر به وجود آگاهی از اقدامات تجاوزکارانه اشاره کرده، مقرر می‌دارد: «مرتکب از شرایط و اوضاع و احوال واقعی که مغایرت چنین استفاده‌ای، از یک نیروی مسلح را با منشور سازمان ملل متحد مسلم می‌دارد، آگاهی داشته باشد». البته بند 2 مقدم عناصر جنایت تجاوز موضوع ماده‌ی 8 مکرر، ارزیابی قانونی را ضروری ندانسته و مقرر می‌دارد: «لازم نیست ثابت شود که مرتکب راجع به این که آیا استفاده از نیروی مسلح با منشور سازمان ملل متحد مغایر بوده یا خیر، ارزیابی قانونی داشته است». بند 4 نیز اضافه می‌کند: «لازم نیست ثابت شود که مرتکب یک ارزیابی قانونی راجع به ماهیت نقض «آشکار» از منشور سازمان ملل متحد داشته است». رویه‌ی قضایی بین‌المللی نیز علم و آگاهی را به عنوان

اجزای عنصر روانی جنایت تجاوز مورد تأیید قرار داده است (همان). برای نمونه، دادگاه نظامی ایالات متحده در پرونده‌ی فرماندهی عالی و نیز دادگاه توکیو در پرونده‌ی هاشیموتو وجود قصد و آگاهی نسبت به اعمال انجام شده را مورد تأیید قرار داده اند. بند 6 عناصر جنایات مندرج در ماده‌ی 8 مکرر مقرر می‌دارد که: مرتکب نیز از اوضاع و احوال واقعی که چنین نقض آشکار (Manifest) منشور سازمان ملل متحد را مسلم می‌دارد آگاهی داشته باشد. بند 3 از مقدمه‌ی عناصر جنایات ماده 8 مکرر نیز اضافه کرده است که: اصطلاح «آشکار» یک ضابطه‌ی عینی است.

برخی حقوقدانان برجسته‌ی بین‌المللی عقیده دارند که جنایت تجاوز، علاوه بر قصد عام، نیازمند قصد خاص است؛ یعنی قصد گرفتن سرزمین یا مزایای اقتصادی و یا دخالت در امور داخلی دولت مورد تجاوز (کاسسه، 1387، ص 140). به نظر می‌رسد این مطلب، عقیده‌ی درستی نباشد؛ زیرا صرف نظر از مواردی که مشروع است نظیر دفاع مشروع یا اقدام بر اساس اجازه‌ی شورای امنیت. در سایر موارد، به محض وقوع تجاوز، جنایت محقق است و نیازی به قصد خاص نیست.

3-2- ویژگی جنایت تجاوز و مرتکبان آن

قطعنامه‌ی کنفرانس بازنگری، علاوه بر تعیین عناصر جنایت تجاوز، دو مسئله‌ی دیگر را نیز مورد توجه قرار می‌دهد: اول، معیارهایی برای تشخیص و احراز جنایت تجاوز مقرر می‌دارد و دوم، معیارهایی برای شناسایی مرتکبان جنایت تجاوز مشخص می‌سازد. در تعیین معیارهای تشخیص تجاوز بند 5 از عناصر جنایات ماده‌ی 8 مقرر داشته است: «عمل تجاوز کارانه به لحاظ ماهیت، شدت و گستردگی اش، یک نقض آشکار منشور سازمان ملل متحد به شمار می‌رود». ظاهراً بنا به پیشنهاد ایالات متحده امریکا بندهای 6 و 7 تحت عنوان «سایر تفاهم‌ها» نیز به ضمیمه‌ی سوم قطعنامه اضافه شده که به خوبی ویژگی‌های جنایت تجاوز را تبیین می‌کند. بند 6 مقرر می‌دارد: «تفاهم بر آن است که جنایت تجاوز شدیدترین و خطرناک‌ترین نوع استفاده‌ی غیرقانونی از زور است و برای تعیین این که آیا جنایت تجاوز واقع شده یا خیر، لازم

است کلیه‌ی اوضاع و احوال خاص هر پرونده، از جمله وخامت اعمال مورد نظر و نتایج آن‌ها، مطابق با منشور سازمان ملل متحد ارزیابی شود». بند 7 نیز مقرر می‌دارد: «تفاهم بر آن است که در احراز این که آیا عمل تجاوز کارانه نقض آشکار منشور سازمان ملل متحد به شمار می‌رود یا خیر، سه ویژگی ماهیت، شدت و گستردگی آن باید برای توجیه‌ی تشخیص «آشکار» کافی به نظر رسد. از طرف دیگر، قطعنامه‌ی مزبور مقرر داشته است که هیچ یک از این ویژگی‌ها، به تنهایی برای توجیه‌ی ضابطه‌ی «آشکارا» به اندازه‌ی کافی مهم به نظر نمی‌رسد» (آقای جنت مکان، پیشین، ص 174).

در خصوص این که جنایت تجاوز به عنوان جنایت رهبران شناخته می‌شود؛ بدین معنا است که مرتکبان این جنایت باید نسبت به تصمیم سازی‌های منتهی به جنایت تجاوز و نیز زیردستان خود که در عملیات تجاوز کارانه مشارکت می‌کنند، کنترل یا رهبری موثر داشته باشند. به عبارت دیگر، اشخاصی که به اتهام جنایت تجاوز تحت تعقیب قرار می‌گیرند، رهبران و مقامات سیاسی، نظامی و حتی اقتصادی می‌باشند. از همان ابتدای مذاکرات کنفرانس بازنگری در کامپالا، یک اجماع جدی شکل گرفت که جنایت تجاوز یک جنایت مطلق رهبریت است. ریشه‌ی این مفهوم به محاکمات نورنبرگ و توکیو برمی‌گردد که جنایت تجاوز را از سایر جنایات بین‌المللی متمایز می‌سازد. رویه‌ی قضایی دادگاه‌های مزبور به جای اتکا بر سمت و رتبه‌ی اشخاص در دولت‌های متبوع خود، عمدتاً بر قدرت و توانایی فرد در شکل‌دهی و سازماندهی برنامه‌های دولت خود تأکید داشتند (شیایزی، پیشین، ص 326 به بعد). هم چنین ماده 2 قانون شماره‌ی 10 شورای کنترل (آلمان) مقرر می‌داشت: «برای این که فردی مرتکب جنایت تجاوز کارانه شناخته شود باید «یک سمت عالی سیاسی، دولتی یا لشکری (نظیر ژنرال ستاد) در آلمان یا یکی از (دولت‌های) متحدین، هم پیمانان یا توابع آن دولت داشته یا دارای سمت عالی در حیات مالی، صنعتی یا اقتصادی یکی از این دولت‌ها باشد». حقوق بین‌الملل کسانی را که به اقتضای قدرت واقعی خود، خط مشی دولت شان را تهیه کرده، شکل داده و تغییر می‌دهند یا دولت متبوع خود را به طرف یا در یک جنگ تجاوز کارانه هدایت می‌کنند، محکوم می‌کند. کمیسیون حقوق بین‌الملل در توضیح ماده‌ی 16 پیش نویس قانون جنایات علیه صلح و

امنیت بشری 1996 تأکید می‌کند که مرتکبان عمل تجاوزکارانه کسانی هستند که «قدرت یا توانایی لازم برای این که در یک موقعیت احتمالی، نقش قاطعی در ارتکاب تجاوز بازی کنند» را دارند. آن‌ها شامل اعضای حکومت و اشخاص دارای مناصب عالی در ارتش، مراکز دیپلماتیک، احزاب سیاسی و صنایع هستند (همان، ص 303 به بعد).

البته می‌توان اظهار داشت که صرف داشتن سمت رسمی برای متهم ساختن شخص به جنایت تجاوز کافی نیست، بلکه علاوه بر آن شخص باید عملاً در وضعیتی باشد که بتواند کنترل مؤثر بر زیردستان خود داشته باشد. این مسئله بارها در دیوان‌های بین‌المللی اختصاصی نیز مطرح شده است. برای مثال، شعبه‌ی بدوی دیوان یوگسلاوی سابق در یکی از آرای خود (ICTY, Celebici, Judgment, para.378) مقرر داشته است: «عاملی که می‌توان بر اساس آن مقامات مافوق را مسئول شناخت، داشتن یا نداشتن قدرت کنترل واقعی (عملی) نسبت به اعمال زیردستان است» (آقای جنت مکان، پیشین، ص 64).

در کمیسیون مقدماتی برای تاسیس دیوان کیفری بین‌المللی نیز این مسئله که جنایت تجاوز توسط رهبران سیاسی یا نظامی ارتکاب می‌یابد، مورد حمایت قرار گرفت. همان‌گونه که پیش‌بینی می‌شد در کنفرانس بازنگری بند 3 به ماده‌ی 25 اساسنامه تحت عنوان «مسئولیت کیفری فردی» اضافه گردید که ویژگی‌های مرتکبان جنایت تجاوز را مشخص می‌سازد. بند 3 مکرر ماده‌ی 25 مقرر می‌دارد: «در رابطه با جنایت تجاوز، مقررات این ماده تنها نسبت به اشخاصی اجرا می‌شود که در مقامی هستند که به نحو مؤثری کنترل یا هدایت خود را نسبت به اقدام نظامی یا سیاسی دولت اعمال خواهند کرد». بند 2 از عناصر جنایات ماده‌ی 8 مکرر نیز در توضیح بند فوق مقرر می‌دارد: «مرتکب شخصی است در موقعیتی که کنترل یا هدایت خود را به طور مؤثر بر عمل سیاسی یا نظامی دولتی که جنایت تجاوز را مرتکب شده اعمال کرده است». مفهوم مخالف ماده‌ی 25 (3) مکرر این است که یک سرباز عادی که در سلسله‌ی مراتب دولت متجاوز خدمت می‌کند نمی‌تواند مطابق با ماده‌ی مذکور به عنوان شریک یا معاون جنایت شناخته شود (ماده 25 اساسنامه‌ی دیوان کیفری بین‌المللی شیوه‌های مشارکت در جنایات بین‌المللی را مشخص ساخته است. در رابطه‌ی با جنایت تجاوز، بیش از یک نفر می‌تواند در وضعیتی باشد که این معیارها را برآورده سازد).

1- شرایط اعمال صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی بر جنایت تجاوز در ماده‌ی 15 مکرر و ماده 15 مکرر مکرر

با آن که قبل از شروع کنفرانس بازنگری در خصوص تعریف جنایت تجاوز توافق کلی صورت گرفته بود، ولی یکی از مشکل‌ترین مسائل که عبارت بود از شرایط اعمال صلاحیت دیوان نسبت به جنایت تجاوز، حل نشده باقی مانده بود (Kreb, Op.Cit, p. 1179). در این خصوص جلسه ده بار به حالت تعلیق درآمد. سرانجام در 12 ژوئن 2010 در مورد شرایط اعمال صلاحیت دیوان در مورد جنایت تجاوز توافق به عمل آمد. در خصوص نیاز به قبول صلاحیت دیوان نسبت به دولت متجاوز دو نظر وجود داشت: نظر اول این بود که نیازی به قبول صلاحیت دیوان نیست. مطابق این نظر پذیرش دولت متجاوز یا قربانی برای صلاحیت کافی است. این نظر با ماده‌ی 121 (5) اساسنامه منطبق است و این امر در راستای مقابله با بی‌کیفری است. نظر دوم مبنی بر این بود که صلاحیت دیوان باید از سوی دولت متجاوز پذیرفته شده باشد، تنها استثناء در این رابطه ارجاع شورای امنیت بود، چرا که تجاوز متفاوت از سایر جنایات نیست. این نظر منطبق با حقوق معاهدات و موافق با اصل نسبی بودن معاهدات است. نظر اول از سوی دولت‌های جهان سوم و نظر دوم از سوی اعضای دائم شورای امنیت مورد تأکید قرار گرفت. به طور کلی، بحث‌های بسیار جدی و پر مناقشه‌ای در کنفرانس بازنگری پیرامون شروط اعمال صلاحیت دیوان صورت گرفت؛ به ویژه در مورد نقش شورای امنیت در تشخیص و احراز وقوع تجاوز اختلاف نظر جدی به چشم می‌خورد (شیابزوری، پیشین، ص 320). دو دیدگاه در این زمینه وجود داشت: اعضای دائم شورای امنیت معتقد بودند که تنها شورای امنیت بتواند پرونده را به دیوان کیفری بین‌المللی ارجاع دهد و در مقابل، دولت‌های دیگر به دنبال این بودند که بخش مقدماتی دیوان کیفری بین‌المللی نیز بتواند در صورت درخواست دادستان یا ارجاع یک دولت عضو، اجازه‌ی انجام تحقیقات را در پرونده بدهد. توافقی که در نهایت صورت گرفت ترکیبی از هر دو شیوه است: «ارجاع یک دولت عضو یا شروع به تحقیقات راساً توسط دادستان دیوان و ارجاع شورای امنیت» (Kreb, Op.Cit, p.1188).

به نظر می‌رسد پذیرش این شیوه رسیدگی یکی از موفقیت‌های بزرگ دیوان بوده است؛ زیرا دیوان توانسته استقلال خود در مقابل شورای امنیت را حفظ کند. هم چنین شورای امنیت از دایره‌ی اختیارات انحصاری خود فاصله گرفته و بخشی از اختیارات این نهاد در تشخیص و احراز وقوع تجاوز که به طور سنتی و در اسناد بین‌المللی مختلف منحصرأً به عهده‌ی شورا گذاشته شده بود، کاسته شده است.

1-1- اعمال صلاحیت دیوان در اثر ارجاع وضعیت توسط یک دولت عضو یا به ابتکار دادستان

در متن قطعنامه و در ماده‌ی 15 مکرر، شرایطی جهت اعمال صلاحیت دیوان بر جنایت تجاوز مطرح شده است که در مقایسه با دیگر جنایت تحت صلاحیت دیوان مندرج در ماده‌ی 5 اساسنامه، مفاد مزبور رژیم صلاحیتی متفاوتی، خصوصاً در مورد شروع تحقیق و رسیدگی به جنایت تجاوز توسط دادستان ایجاد نموده است.

در بند 1 ماده‌ی 15 مکرر در مورد ارجاع وضعیت توسط یک دولت عضو یا دادستان دیوان مقرر شده است که:

«دیوان می‌تواند از صلاحیت خود برای رسیدگی به جنایت تجاوز مطابق با بندهای (الف) و (ب) ماده‌ی 13 با رعایت مفاد این ماده استفاده کند».

ماده 13 اساسنامه در مورد شروع به تعقیب و تحقیق وضعیتی را که به نظر می‌رسد یک یا چند جنایت بین‌المللی ارتکاب یافته است، سه فرض «ارجاع توسط دولت‌های عضو»، «ارجاع توسط شورای امنیت» و «ابتکار دادستان» را در نظر گرفته است (صابر، 1388، ص 176). با توجه به بند فوق و ارتباط آن با پاراگراف الف و ج ماده‌ی 13 اساسنامه، این بند از یک طرف توصیف‌کننده‌ی ارجاع وضعیت از طرف یک دولت عضو است که به دادستان اجازه اقدام و تحقیق را با توجه به تقاضای دولت مربوطه می‌دهد و از طرف دیگر، پاراگراف ج اساسنامه نیز حکایت از اقدام دادستان دیوان در این زمینه دارد که در این جا، دادستان بایستی مسائل مربوط به قابلیت پذیرش را که در ماده‌ی 17 اساسنامه آمده است در نظر بگیرد و در نهایت مجوز

تحقیق را از بخش مقدماتی بگیرد. هم چنین طبق ماده 15 اساسنامه، دادستان می‌تواند رأساً بر اساس اطلاعاتی که در مورد جنایات مشمول صلاحیت دیوان به دست می‌آورد، تحقیقات خود را آغاز نماید. با توجه به مقررات اساسنامه (از جمله ماده 53)، ملاحظه می‌شود که دادستان موظف است پس از بررسی و ارزیابی اطلاعاتی که در دسترس وی قرار می‌گیرد، شروع به تحقیق اولیه نماید، مگر این که تشخیص دهد که مطابق اساسنامه دلایل قانع کننده برای اقدام وجود ندارد (بند سوم ماده 13) (همان، ص 179). به هر حال برای اقدام بر طبق بند الف و ج ماده 13 اساسنامه عضویت دولت محل وقوع جنایت در اساسنامه‌ی دیوان یا دولت متبوع متهم پیش شرط اعمال صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی محسوب می‌شود، کما این که از میان چهار وضعیتی که هم اکنون در دستور کار دیوان قرار دارد (وضعیت‌های جمهوری دموکراتیک کنگو، اوگاندا، آفریقای مرکزی و دارفور سودان)، غیر از وضعیت دارفور، الباقی توسط دولت‌های عضو ارجاع شده‌اند. در 29 فوریه‌ی 2004 اعلام گردید که رئیس‌جمهور اوگاندا وضعیت مربوط به «ارتش مقاومت اشراف» را به دادستانی ارجاع داده است. در دسامبر 2004 نیز درخواستی از سوی رئیس‌جمهور آفریقای مرکزی به دیوان ارائه و از دادستان خواسته شد، جنایات ارتكابی از اول جولای 2002 در هر بخش از قلمرو این دولت را که در صلاحیت دیوان است مورد بررسی قرار دهد. در 19 آوریل 2004 اعلام شد که رئیس‌جمهوری دموکراتیک کنگو نیز وضعیت جنایات ارتكابی در کشورش را به دیوان کیفری بین‌المللی ارجاع داده است (جانی‌پور و خانعلی‌پور و اجارگاه، 1389، ص 4). البته شورای امنیت در تاریخ 27 فوریه 2011 (8 اسفند 1389) نیز وضعیت لیبی، اعمال خشونت گسترده علیه اتباع لیبی و نقض فاحش حقوق بشر، را به دادستان دیوان کیفری ارجاع نمود (موسی‌زاده و امینیان، 1390، ص 85). بدین ترتیب، با توجه به فروض الف و ج ماده 13 اساسنامه، دیوان در صورتی می‌تواند صلاحیت خود را بر جنایت تجاوز اعمال نماید که حداقل یکی از دولت‌هایی که در قلمرو آن، فعل یا ترک فعل مورد نظر روی داده باشد یا در صورتی که آن جنایت در کشتی یا در هواپیما ارتکاب یافته، دولتی که آن کشتی یا هواپیما در آن به ثبت رسیده است و یا دولتی

که شخص مورد تحقیق یا تعقیب، تبعه آن است، عضو اساسنامه‌ی دیوان باشد یا صلاحیت دیوان را بر طبق بند 3 ماده 12 اساسنامه پذیرفته باشد.

الف- عدم صلاحیت دیوان نسبت به دولت‌های عضوی که نسبت به پذیرش صلاحیت دیوان انصراف دادند

در مورد انصراف دولت‌های عضو از صلاحیت دیوان نیز در بند 4 ماده 15 مکرر مقرر شده است که:

«دیوان ممکن است، مطابق با ماده‌ی 12، از صلاحیت خود برای رسیدگی به جنایت تجاوز ناشی از اقدام تجاوزکارانه ارتكابی توسط یک دولت عضو استفاده کند مگر این که دولت عضو قبل از آن با ثبت نظر خود در دفتر ثبت (دبیرخانه‌ی دیوان)، اعلام کرده باشد که چنین صلاحیتی را نمی‌پذیرد. پس گرفتن چنین نظری در هر زمانی ممکن است و دولت عضو سه سال برای این کار وقت دارد».

طبق مفاد فوق افراد متبوع دولتی که اعلامیه‌ی انصراف داده است از رسیدگی و تعقیب در زمینه جنایات تجاوز ارتكابی در مقابل دولت دیگر معاف می‌شوند. به نحوی که مقرر مزبور از دولتی که عضو اساسنامه است و مورد تعدی قرار گرفته، حمایت چندانی به عمل نمی‌آورد (Stahn, 2010, p. 878). البته در صورتی که قضیه‌ی مربوطه از جانب شورای امنیت به دیوان ارجاع گردد باعث گسترش صلاحیت دیوان به این دولت‌ها می‌شود (Ibid).

به موجب ماده‌ی 127 اساسنامه (بند یک) هر دولت عضو می‌تواند با اعلام کتبی به دبیر کل از اساسنامه کناره‌گیری نماید. با توجه به ماهیت معاهده‌ای بودن دیوان، این حق مطابق و هم جهت با مقررات پیش‌بینی شده در حقوق معاهدات به شرح کنوانسیون وین می‌باشد. به موجب ماده فوق‌الذکر کناره‌گیری یک سال پس از تاریخ دریافت اعلامیه نافذ خواهد بود، مگر این که در اعلامیه تاریخ دیرتری معین شده باشد. علاوه بر این، به موجب بند 2 همان ماده هیچ دولتی به دلیل کناره‌گیری از اساسنامه، نسبت به تعهدات ناشی از زمان عضویت در آن از جمله تعهدات مالی که به عهده داشته است، معاف نخواهد بود. این مسئله نیز کاملاً مطابق با

بند(ب) از قسمت یک ماده 70 کنوانسیون وین در رابطه با حقوق معاهدات است (طهماسبی، 1386، صص 33-34) (ماده‌ی 70 کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات در زمینه‌ی آثار فسخ یک معاهده مقرر می‌دارد: 1- جز در مواردی که معاهده ترتیب دیگری را مقرر نماید یا طرف‌های معاهده به نحو دیگری توافق کنند فسخ یک معاهده به موجب مقررات آن یا طبق عهدنامه‌ی حاضر: الف) طرف‌های معاهده را از ادامه‌ی اجرای آن معاف می‌نماید، ب) اثری بر حقوق، تکالیف یا وضعیت حقوقی طرف‌های معاهده که به دلیل اجرای معاهده و قبل از فسخ آن ایجاد شده باشد نخواهد داشت. 2- وقتی که دولتی معاهده چند جانبه‌ای را رد می‌کند یا خروج خود را از آن اعلام می‌دارد بند 1 در روابط بین آن دولت و هر یک از طرف‌های دیگر معاهده از تاریخ نفوذ آن رد یا خروج، مجری خواهد بود).

اما در خصوص صلاحیت دیوان و وضعیت کناره‌گیری، چند حالت قابل تصور است. یکی از این حالت‌ها مربوط به جنایات تجاوزکارانه‌ای است که در زمان عضویت دولت و قبل از نافذ شدن کناره‌گیری، تحقیق یا تعقیب نسبت به آن‌ها شروع شده است. در مورد این مسئله بخش آخر بند (2) ماده 127 حکم روشنی دارد. به موجب آن کناره‌گیری به هیچ وجه آسیبی به ادامه بر رسیدگی موضوع که پیش از نافذ شدن کناره‌گیری توسط دیوان تحت بررسی بوده است، نخواهد رساند؛ لذا دیوان به رسیدگی خود ادامه می‌دهد. ابهامی که پاسخ آن در ماده‌ی 127 و سایر مقررات اساسنامه به طور روشن بیان نشده است، این است که آیا وقتی که در حین کناره‌گیری جنایات تجاوزکارانه‌ای در حال ارتکاب هستند و در رابطه‌ی با آن‌ها هیچ‌گونه رسیدگی آغاز نشده است اتباع آن دولت مصون از هرگونه تعقیب از سوی دیوان می‌باشند؟ در پاسخ به این سوال گفته شده است که ماده 70 کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات در این وضعیت حاکم است و به استناد آن دیوان حق آغاز رسیدگی بعد از کناره‌گیری را دارد. با این حال، کناره‌گیری تأثیری در اعمال صلاحیت دیوان به موجب ارجاع شورای امنیت یا پذیرش موردی دیوان توسط کشور مورد نظر ندارد؛ یعنی محدودیت اعمال دیوان تنها مربوط به اعمال صلاحیت به اعتبار عضویت دولت است (همان، ص 35).

با این حال، طبق مقرره‌ی فوق، بسیاری از دولت‌های عضو که از نیروی نظامی به نحو گسترده، جهت ارتکاب اعمال تجاوزکارانه استفاده می‌نمایند با دادن اعلامیه‌ی انصراف می‌توانند از تعقیب و رسیدگی اعمال تجاوزکارانه به وسیله افراد متبوع شان یا در سرزمین

آن‌ها نزد دیوان خارج شوند. البته این نکته را بایستی در نظر داشت که شورای امنیت این اختیار را دارد که وضعیتی حاوی عمل تجاوزکارانه را بدون توجه به عضویت یا عدم عضویت دولت‌ها نزد دیوان ارجاع نماید. چنین مقرره‌ای می‌تواند باعث خنثی نمودن اثر اعلامیه‌ی انصرافی شود، هر چند بسیاری از اعمال تجاوزکارانه‌ی ارتكابی توسط دولت‌های عضو شورای امنیت با برخی از متحدان آنان صورت می‌گیرد و احتمال کمتری وجود دارد که اعضای شورای امنیت در معرض ارتكاب جنایت تجاوز قرار داشته باشند و وضعیت مربوطه را به دیوان ارجاع نمایند.

3-3- اعمال صلاحیت دیوان نسبت به دولت‌های غیر عضو

در ارتباط با دولت‌های غیر عضو اساسنامه‌ی دیوان در بند 5 قطعنامه مقرر شده است که: «در مورد دولتی که عضو این اساسنامه نیست، دیوان از صلاحیت خود برای رسیدگی به جنایت تجاوزی که توسط اتباع آن دولت یا در قلمرو آن دولت صورت گرفته باشد استفاده نخواهد کرد».

محدوده‌ی صلاحیت دیوان و چگونگی مطرح شدن پرونده‌ها در آن از جمله موضوعات بحث برانگیز در کنفرانس رم بود. برخی از دولت‌ها خواهان پذیرش اصل صلاحیت جهانی برای دیوان بودند. هر چند به اعتقاد برخی دیوان باید بر اساس نمایندگی از سوی دولت‌های عضو عمل نماید. البته موضع گروه نخست در رابطه با ارجاع وضعیت خاص به شورای امنیت به نوعی پذیرفته شده است. در حال حاضر دیوان تنها صلاحیت بین‌المللی را به نمایندگی از دولت‌های عضو اعمال می‌کند. هر چند به نظر می‌رسد اعمال صلاحیت جهانی با توجه به اختیارات محوله به شورای امنیت، قابل پذیرش خواهد بود. در نهایت محدوده‌ی صلاحیت دیوان در حیطه‌ی مواد 12 و 13 اساسنامه خلاصه شد. بدین ترتیب، وقتی افراد متبوع دولت غیر عضو در سرزمین یک دولت عضو، مرتکب جرم نسل‌کشی، جنایات ضد بشری یا جنایت جنگی شوند، تحت صلاحیت دیوان قرار می‌گیرند (اصل صلاحیت سرزمینی) و دیوان در این زمینه حق اعمال صلاحیت را دارد (جانی‌پور و همکاران، پیشین، ص 5). در عین حال، در ارتباط با

جنایت تجاوز در ماده‌ی 15 مکرر (بند 4) صریحاً اعمال صلاحیت دیوان بر دولت‌های غیر عضو را که به وسیله‌ی افراد متبوع ای دولت یا در سرزمین دولت‌های مزبور صورت می‌گیرد رد می‌نماید (Clark, 2009, p. 1107). پیامد مقرردهی فوق اعطای امتیاز به برخی از قدرت‌های نظامی و سیاسی است که از اعضای دیوان محسوب نمی‌شوند، به طور مثال، در این زمینه می‌توان به ایالات متحده‌ی آمریکا اشاره کرد که عضو اساسنامه‌ی دیوان نیست و افراد متبوع این دولت از تعقیب دیوان مصون خواهند بود. چرا که دادستان نمی‌تواند بر مبنای مقرردهی فوق، افراد متبوع دولت مزبور را مورد تعقیب و رسیدگی قرار دهد. اگر چه دولت‌های عضو نیز می‌توانند با دادن اعلامیه‌ی انصراف از صلاحیت دیوان خارج شوند و افراد متبوع‌شان را از اعمال صلاحیت دیوان معاف نمایند. بدین ترتیب، در این جا مقرردهی مزبور، منجر به عدم صلاحیت دیوان در مورد نیروهای مسلح افراد متبوع دولت‌های غیر عضو و دولت‌هایی می‌شود که اعلامیه‌ی انصرافی داده‌اند (Crooker, 2010, p. 513). با این وجود، سوای ارجاع وضعیتی از طرف شورای امنیت که دولت‌های غیر عضو را بالقوه در معرض اعمال صلاحیت دیوان قرار می‌دهد. صلاحیت موردی دیوان نیز وضعیتی است که تمام دولت‌های غیر عضو به موجب آن در معرض اعمال صلاحیت احتمالی دیوان هستند. منظور از صلاحیت موردی حقی است که به موجب بند (3) ماده‌ی 12 اساسنامه برای دولت‌های غیر عضو تعریف و تبیین شده است که البته ناظر به جنایات موردی و خاص است. از طرفی با توجه به این که به موجب ماده 29 اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، جنایات تحت صلاحیت دیوان مشمول مرور زمان نمی‌شوند؛ لذا در هر زمان افراد مرتکب این جنایات در معرض خطر اعمال صلاحیت دیوان هستند و پایانی برای این خطر بالقوه وجود ندارد. علاوه بر این، به موجب اصل نسبی بودن معاهدات، معاهده تنها نسبت به دولت‌های متعاقد لازم‌الاجرا است. دولت‌های ثالث علی‌الاصول تعهدی نسبت به اجرای معاهده منعقد بین سایر دولت‌ها ندارند، لیکن با توجه به مقرردهی اساسنامه ملاحظه می‌شود که از اصل عدم تاثیر معاهده نسبت به دولت‌های ثالث تا حدودی در اساسنامه دیوان به نفع صلاحیت دیوان عدول شده است (پورخاقان، پیشین، ص 540). (ماده‌ی 34 کنوانسیون وین

در فصل چهارم و در خصوص معاهدات و کشورهای ثالث مقرر می‌دارد: یک معاهده بدون رضایت وی تعهدات یا حقوقی ایجاد نمی‌کند).

اما مسئله این است که در صورت ارجاع وضعیت دولت‌های غیر عضو از طرف شورای امنیت به دیوان کیفری بین‌المللی با مصونیت سران دولت‌ها چگونه باید برخورد کرد؟ عقیده برخی بر این است که دولت‌ها به واسطه‌ی عضویت شان در سازمان ملل متحد و تعهداتشان بر طبق منشور برای انجام حتمی قطعنامه‌های شورای امنیت در واقع به زوال مصونیت شان از طریق قطعنامه‌های صادر شده از طریق این شورا رضایت داده اند (جانی پور و خانعلی پور واجارگاه، پیشین، ص 11).

شورای امنیت طبق مواد 25 و 103 منشور سازمان ملل متحد می‌تواند از طریق به کار انداختن اختیاراتش بر اساس فصل هفتم منشور، تعهدات و حقوقی که دولت‌ها نسبت به یک معاهده‌ی خاص دارند را نادیده بگیرد. البته ماده 103 منشور به صراحت نمی‌گوید، تصمیماتی که شورای امنیت بر اساس فصل هفتم منشور بگیرد بر هر معاهده‌ی متعارض ارجحیت دارد، اما تعهدی که دولت‌ها طبق ماده‌ی 25 منشور دارند، یک تعهد بر اساس منشور سازمان ملل متحد و در طول ماده‌ی 103 می‌باشد. از این رو اعضای سازمان ملل متحد بر اساس ماده‌ی 103 متعهد می‌شوند، تعهداتی که از قطعنامه‌های شورا بر اساس فصل هفتم ناشی می‌شود را بر هر تعهد دیگری مقدم بدانند. در نتیجه با لحاظ ماده‌ی 103 منشور سازمان ملل متحد تصمیمات اتخاذ شده طبق فصل منشور، برتر از تعهدات دولت‌های عضو سازمان ملل متحد است.

با این وجود، برخورد شورا با دیوان قابل تأمل است. قطعنامه‌ی 1422 بر اساس فصل هفتم منشور سازمان ملل به تصویب رسیده است. ولی بند یک آن شباهتی به تصمیم‌های الزام آور ندارد، چرا که می‌گوید: «از دیوان تقاضا می‌شود»

(Resolution 1422, Adopted by SC at its 4572th Meeting, on 12 July 2002, Index: S/RES/1422(2002)).

البته این رویکرد به وسیله دو تحلیل قابل بررسی است. تحلیل اول این است که دیوان کیفری بین‌المللی بر اساس ماده 4 اساسنامه خود شخصیت حقوقی مستقل دارد و بنابراین همانند قطعنامه‌های شورای امنیت خطاب به دولت‌های عضو سازمان ملل متحد، دیوان را ملزم

نمی‌کند. تحلیل دوم آن است که قصد شورای امنیت از به کار بردن کلمه‌ی «تقاضا» اجرای صریح ماده‌ی 16 اساسنامه‌ی رم است. زیرا در آن جا بیان شده که «از دیوان تقاضا می‌کند». در واقع ماده‌ی 16 اساسنامه‌ی رم در پی اثبات این قضیه است که دیوان به وسیله‌ی ساختار حقوقی خودش ملزم به تعویق انجام تحقیقات یا تعقیب در حالتی خاص می‌گردد و شورای امنیت صرفاً تقاضاکننده‌ی اجرای این ماده است نه ملزم‌کننده (کارستن، 1384، ص 227). هر دو دیدگاه بر استقلال دیوان تأکید دارد. همان طور که در ارتباط با قضیه‌ی دارفور، شعبه‌ی اول مقدماتی دیوان متذکر شده که با توجه به رویه‌ی قضایی آن، بر اساس منابع حقوق ارجاع شده در ماده‌ی 21 اساسنامه‌ی رم حکم داده است (Sherif, 2009, p. 82).

4-3- نقش شورای امنیت در ارتباط با ارجاع وضعیت از طرف دولت عضو یا به ابتکار دادستان دیوان

در مورد نقش شورای امنیت در خصوص ارجاع وضعیت از طرف دولت عضو یا به ابتکار دادستان دیوان در بند 6 قطعنامه مقرر شده است که:

«هر جا که دادستان به این نتیجه برسد که مبنای معقولی (Reasonable Basis) برای اقدام به تحقیق در مورد جنایت تجاوز وجود دارد، در ابتدا مشخص خواهد کرد که آیا شورای امنیت ارتکاب عمل تجاوزکارانه توسط دولت مذکور را تأیید کرده است. دادستان دبیرکل سازمان ملل متحد را در جریان موقعیتی که در دیوان در دست بررسی است، از جمله اطلاعات و اسناد مربوطه، قرار خواهد داد».

در این جا مشخص نشده که صرف شناسایی عمل تجاوزکارانه از سوی شورای امنیت، برای شروع به تحقیقات از سوی دادستان کافی است یا علاوه بر آن، ارجاع پرونده به دیوان در قالب قطعنامه نیز ضرورت دارد. چنان چه در طول شش ماه بعد از تاریخ اطلاع، چنین شناسایی صورت نگرفته باشد، دادستان می‌تواند تحقیقات خود نسبت به جنایت تجاوز را آغاز کند، مشروط بر آن که بخش مقدماتی، مطابق با آیین دادرسی مذکور در ماده‌ی 15، شروع به انجام تحقیقات در رابطه با جنایت تجاوز را اجازه دهد و شورای امنیت مطابق با ماده‌ی 16 اساسنامه

به نحو دیگری تصمیم نگیرد. اختیارات شورای امنیت به موجب ماده‌ی 16 اساسنامه در کنفرانس بازنگری مورد تأیید مجدد قرار گرفته است؛ بدین نحو که شورای امنیت می‌تواند با صدور قطعنامه‌ی ای به موجب ماده‌ی 16 اساسنامه، مانع از رسیدگی به جنایت تجاوز از سوی دیوان شود (قسمت آخر بند 8 ماده‌ی 15 مکرر). چنین درخواستی می‌تواند هر 12 ماه یک بار تمدید شود (آقای جنت مکان، 1388، ص 67).

بنابراین، مسئله‌ی تشخیص وقوع عمل تجاوزکارانه به عهده‌ی دیوان قرار گرفته است و در نتیجه دیوان مسئولیت ارزیابی قانونی بودن رفتار دولت به موجب حقوق بین الملل را برعهده دارد. البته دیوان در سایر جنایات، نظیر جنایت علیه بشریت «سیاست دولت» (ماده‌ی 7 (2) اساسنامه) و در جنایات جنگی «برنامه یا سیاست» (ماده‌ی 8 (1) اساسنامه). دولت را نیز ارزیابی می‌کند؛ اما در توجیه‌ی استفاده از زور، همراه با سایر ویژگی‌های ماهوی (نظیر نقض آشکار منشور سازمان ملل متحد) بار سنگین تری بر دیوان تحمیل می‌شود (Carstan, Op.Cit, p. 879) و چالش‌های جدیدی برای دیوان ایجاد می‌کند. به همین دلیل آن چه تحت عنوان «تفاهم‌ها» در ضمیمه‌ی سوم آمده به دنبال بیان رهنمودهایی برای تسهیل این تشخیص است. بند 6 و 7 تفاهم‌های مربوط به جنایت تجاوز، ضوابطی را برای تشخیص وقوع جنایت پیش‌بینی کرده است. بند 6 اشاره می‌کند که جنایت تجاوز شدیدترین و خطرناک‌ترین شکل استفاده‌ی غیرقانونی از زور به شمار می‌رود و به منظور آن که مشخص شود آیا یک عمل تجاوزکارانه واقع شده است یا خیر، ارزیابی کلیه‌ی عوامل موجود در هر پرونده‌ی خاص ضروری است، از جمله شدت اعمال مورد نظر و نتایج آن‌ها مطابق با منشور سازمان ملل متحد». همچنین بند 7 سه عامل را در تشخیص وقوع یک عمل تجاوزکارانه که در مغایرت آشکار با منشور سازمان ملل متحد باشد، مشخص می‌سازد. بند مزبور مقرر می‌دارد: «تفاهم بر آن است که در احراز این که آیا عمل تجاوزکارانه نقض آشکار منشور سازمان ملل متحد به شمار می‌رود یا خیر، سه عامل به تنهایی برای توجیه‌ی ضابطه‌ی «آشکارا» کافی به نظر نمی‌رسد. ظاهراً این دو بند به پیشنهاد ایالات متحده‌ی امریکا اضافه شده اند؛ زیرا تأکید دارند که تنها مشارکت در نقض‌های

شدید و عظیم، ممنوعیت بین‌المللی استفاده از زور به شمار می‌رود که موجد مسئولیت کیفری فردی در قبال جنایت تجاوز می‌شود.

نکته‌ای که در این جا مورد توجه است این که آیا تشخیص شورا مبنی بر تهدید صلح یا نقض صلح می‌تواند به عنوان وقوع یک عمل تجاوزکارانه مورد تفسیر قرار گیرد و مجوزی جهت آغاز تحقیق نسبت به جنایت تجاوز تلقی گردد؟

اگر شورای امنیت در زمینه‌ی احراز وقوع عمل تجاوزکارانه به بن بست برسد و نتواند قطعنامه‌ای بر اساس فصل هفتم منشور سازمان ملل به تصویب برساند این امر چه پیامدی را برای دیوان به دنبال دارد؟ می‌توان این طور فهمید که در موارد احراز وضعیت به صورت تهدید صلح یا نقض صلح یا در مواردی که شورای امنیت به احراز عمل تجاوزکارانه بنا به دلایل حساس سیاسی نماید، ولی وضعیت مربوطه را به دیوان ارجاع ننماید، دادستان می‌تواند بعد از سپری شدن مدت 6 ماه با کسب مجوز از شعبه‌ی مقدماتی شروع به تحقیق و رسیدگی نماید (Anderson, Op.Cit, pp. 440-441).

بنابراین با توجه به آن چه که قبلاً اشاره شد، ماده‌ی 15 مکرر (بند 2) در مواردی کاربرد دارد که نه فقط احراز وقوع عمل تجاوزکارانه به وسیله‌ی شورای امنیت بر طبق فصل هفتم منشور، ضمن قطعنامه‌ی صادره، بیانگر شروع رسیدگی نزد دادستان می‌باشد، بلکه در مواقع عدم اقدام از ناحیه‌ی شورا، دادستان می‌تواند طبق شرایطی اقدام به تحقیق نماید (Scheffer, 2009, p. 21). در این زمینه دادستان باید اجازه‌ی قبلی بخش مقدماتی دیوان (نه شعبه‌ی مقدماتی) را کسب نماید. لیکن با توجه به این که بر اساس تصمیم کنفرانس بازنگری، دیوان در خصوص جنایت تجاوز ارتكابی در قلمرو دولت‌های غیر عضو یا توسط اتباع دولت غیر عضو و هم چنین در خصوص دولت‌های عضو که اعلام داشته اند صلاحیت دیوان را در خصوص جنایت تجاوز نمی‌پذیرند، صلاحیت نخواهد داشت. اثر این اقدام افزایش نقش بخش مقدماتی است و ممکن است بخش مقدماتی دیوان کیفری بین‌المللی دریافت متفاوت و مستقلاً از شورای امنیت داشته باشد و احراز وقوع عمل تجاوزکارانه توسط این بخش نتایج قانونی در جهت اهداف شورای امنیت نداشته باشد (Boge, 2007).

در ادامه نیز در بند 7 قطعنامه مقرر شده است که:

«تزمانی که شورای امنیت وقوع چنین عملی را تأیید کرده باشد، دادستان می‌تواند به تحقیق در مورد جنایت تجاوز مبادرت نماید».

از موضوعات مرتبط با اعمال صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی بر جنایت تجاوز لزوم شناسایی عمل تجاوزکارانه توسط شورای امنیت است. رابطه‌ی دیوان کیفری بین‌المللی و شورای امنیت در مواد 5، 13 و 16 اساسنامه دیوان بیان شده است. اشاره به این رابطه در پاراگراف دوم از ماده‌ی 5 اساسنامه صریح نیست، لیکن در جایی که می‌گوید: اعمال صلاحیت دیوان در خصوص جنایت تجاوز باید هماهنگ با مقررات ذریبط در منشور سازمان ملل متحد باشد، به طور ضمنی شورای امنیت مد نظر قرار می‌گیرد (نسیم فر، 1385، ص 774). هم چنین ماده‌ی 103 منشور سازمان ملل متحد نیز به تعهدات مندرج در منشور نسبت به سایر تعهدات دولت‌ها اولویت می‌دهد. بر اساس ماده‌ی 39 منشور سازمان ملل متحد وظیفه‌ی احراز وقوع عمل تجاوزکارانه با شورای امنیت است. بنابراین موضوع جنایت تجاوز ارتباط جدا نشدنی با نقش شورای امنیت در حفظ صلح و امنیت بین‌المللی دارد. ماده‌ی 25 منشور نیز تأکید می‌نماید که قطعنامه‌های شورای امنیت برای همه‌ی اعضا الزام‌آور است. بنابراین طبق مقرره‌ی فوق، در خصوص وضعیتی که شورای امنیت اقدام به احراز عمل تجاوزکارانه نماید (طبق فصل هفتم منشور)، دادستان به طور کامل می‌تواند در ارتباط با جنایت مزبور و در رابطه‌ی با وضعیت مربوطه اقدام به تحقیق نماید. اما مهم‌ترین انتقادی که در ارتباط با مداخله‌ی شورای امنیت در تعریف جنایت تجاوز و احراز وقوع عمل تجاوزکارانه وجود دارد این است که شورای امنیت نقش سیاسی دارد و یک نهاد حقوقی نمی‌باشد و هر تشخیصی که شورای امنیت در مورد این که عملی تجاوز است یا نه، داشته باشد بر اساس ملاحظات سیاسی است نه نقش قانون؛ کما این که این موضوع با داشتن حق وتوی اعضای دائم شورای امنیت نیز پیچیده‌تر شده است (پورخاقان، پیشین، ص 536).

در قسمتی دیگر نیز در بند 8 قطعنامه مقرر شده است که:

«هنگامی که شش ماه بعد از تاریخ اطلاع رسانی، تأیید مورد نظر از سوی شورای امنیت صورت نگیرد، دادستان می‌تواند به تحقیق در مورد جنایت تجاوز اقدام کند، مشروط بر این که «بخش مقدماتی»، شروع تحقیقات مربوط به جنایت تجاوز را مطابق با رویه‌ی مصرح در ماده‌ی 15، مجاز اعلام کرده و شورای امنیت نیز مطابق با ماده‌ی 16 تصمیمی خلاف آن اتخاذ نکرده باشد».

با توجه به مقرره‌ی فوق، زمانی که هیچ‌گونه احراز از طرف شورای امنیت راجع به وقوع عمل تجاوز کارانه، ضمن قطعنامه‌ای بر اساس فصل هفتم منشور صورت نگیرد و یا قطعنامه صرفاً متضمن نقض صلح یا تهدید صلح باشد. دادستان می‌تواند بعد از گذشت شش ماه و با اطلاع به دبیر کل سازمان ملل متحد، و نیز بعد از کسب مجوز از بخش مقدماتی و پیرو مقرره‌ی ماده‌ی 15 اساسنامه‌ی رم به رسیدگی اقدام نماید.

این جا در مورد تعلیق وضعیت از طرف شورای امنیت نیز نکات مهمی در مفاد قطعنامه نهفته است. شورای امنیت می‌تواند مطابق ماده‌ی 16 و بند 8 ماده‌ی 15 مکرر، تصمیم به تعلیق هرگونه رسیدگی بگیرد. چنین تعلیقی از طرف شورای امنیت اثر اجرایی دارد، بدین مفهوم که زمانی قطعنامه‌ای از سوی شورای امنیت در اجرای فصل هفتم منشور سازمان ملل متحد صادر شود و از دیوان چنین درخواستی شود هیچ‌گونه تحقیق یا تعقیبی به موجب این اساسنامه نمی‌تواند به مدت 12 ماه شروع شود یا ادامه یابد. درخواست مزبور می‌تواند به موجب همان شرایط توسط شورای امنیت تمدید شود. در این رابطه، اعضای شورای امنیت اعتقاد دارند که عمل تجاوز کارانه معمولاً میان دولت‌ها اتفاق می‌افتد و هدف از تعلیق را بر این مبنا قرار می‌دهند که احتمالاً راه حل‌های سیاسی و دیپلماتیک جهت جلوگیری از تشدید و حتی توقف جنگ مورد استفاده قرار گیرد (Scheffer, Op.Cit, pp.901-902).

چنین درخواستی مبنی بر تعلیق و تجدید آن به مدت 12 ماه دیگر، می‌تواند از رسیدگی وضعیت مربوطه نزد دیوان جلوگیری نماید. بررسی تاریخ تصمیم‌گیری شورای امنیت در چنین مواردی، حاکی از ناکارآمدی شورا در بسیاری از زمینه‌هاست، از سوی دیگر، رای و توی اعضای دائم شورا هم می‌تواند مانع از تعلیق وضعیت تحت رسیدگی در دیوان شود، چرا که

تعلیق وضعیت طبق ماده‌ی 16 اساسنامه، متضمن قطعنامه‌ای بر اساس فصل هفتم منشور است که بایستی همراه با رأی مثبت پنج عضو دائم باشد.

اما در برخی موارد ملاحظات سیاسی و فضای کاملاً سیاست زده شورای امنیت می‌تواند باعث اختلال در رسیدگی‌های کیفری پرونده‌های ارجاعی نزد دیوان کیفری بین‌المللی شود. برای نمونه، قطعنامه‌های 1422 (2002) 1487 (2003) و 1479 (2003) که به واسطه‌ی فشار و تهدید از سوی ایالات متحده آمریکا و با استناد و بهره برداری از بند 2 ماده‌ی 98 اساسنامه‌ی دیوان صورت گرفت. برای مصونیت سربازانی که تحت فرمان سازمان ملل متحد یا طبق مجوز ماموریتی از طرف سازمان مزبور اقدام می‌نمایند، به تصویب رسید. با وجود این که برخی از اعضای دائم شورای امنیت نسبت به این قطعنامه‌ی مصونیت رضایت چندانی نداشتند. تأکید زیاد از طرف ایالات متحده‌ی آمریکا باعث تصویب چنین قطعنامه‌ای گردید و باعث مصونیت سربازان و افراد متبوع دولت‌های عضو شورای امنیت و برخی از دولت‌های دیگر نزد دیوان می‌شود که در ماموریت‌های حفظ صلح سازمان ملل متحد فعالیت می‌نمایند (موسی زاده و فروغی نیا، 1391، ص 165).

3-5. ارجاع وضعیت از طرف شورای امنیت به دیوان کیفری بین‌المللی بر طبق بند 1 ماده‌ی 15 مکرر مکرر

در خصوص ارجاع وضعیت از طرف شورای امنیت با توجه به آن چه در بند ب ماده‌ی 13 اساسنامه آمده است در ماده‌ی 15 مکرر و در بند 1 ماده‌ی 15 مکرر مکرر (ter) 15 قطعنامه‌ی کنفرانس کامپالا مقرر شده است که:

«دیوان می‌تواند برای رسیدگی به جنایت تجاوز وفق بند ب ماده‌ی 13 و بر مبنای مفاد این ماده اعمال صلاحیت کند».

در این جا، ماده 15 مکرر مکرر با ماده‌ی 13 (ب) اساسنامه مرتبط است که مقرر می‌دارد: «شورای امنیت بر طبق فصل هفتم منشور می‌تواند یک وضعیتی را که در آن یک یا چند جنایت به نظر می‌رسد ارتکاب یافته است، به دادستان دیوان ارجاع نماید». اساسنامه هیچ جزئیات یا

شرط دیگری برای این تقاضا قائل نشده است و صرفاً تصریح می‌نماید که این اقدام شورای امنیت باید بر اساس فصل هفتم منشور سازمان ملل متحد انجام گیرد. عبارت «وضعیت» به کار رفته متضمن این معنا است که شورای امنیت به ارجاع موارد جداگانه نمی‌پردازد چرا که ممکن است جنایات دیگر نیز در قالب اعمال تجاوزکارانه‌ی ارتكابی صورت گرفته باشد (Arsanjani, 1999, p. 22).

علاوه بر این، دیوان در زمینه‌ی ارجاع وضعیت از طرف شورای امنیت، می‌تواند به اقدامات تجاوزکارانه افراد متبوع دول غیر عضو اساسنامه نیز رسیدگی نماید، زیرا بر طبق این بند شورا بر اساس فصل هفتم منشور سازمان ملل متحد، در موارد نقض صلح و امنیت بین‌المللی بدون توجه به عضویت یا عدم عضویت دولتی که این جنایت‌ها در آن جا رخ داده است یا دولت متبوع مرتکب، عضو دیوان باشد یا نه، پرونده را نزد دیوان ارجاع و از آن تقاضای رسیدگی و محاکمه‌ی متهم را می‌نماید.

شورای امنیت در مورد وضعیت سودان، ضمن قطعنامه‌ی 1593 (2004) (به موجب قطعنامه‌ی 1593 مورخ 31 مارچ 2005، شورای امنیت سازمان ملل متحد برای نخستین بار به استناد فصل هفتم منشور سازمان ملل متحد و ماده‌ی 13 اساسنامه‌ی رم، وضعیت «دارفور» سودان را به دادستانی ارجاع داد). به ارجاع وضعیت مزبور نزد دیوان اقدام نمود. امکان این که در این رابطه شورای امنیت در رسیدگی‌های دیوان تأثیر زیادی بگذارد، وجود دارد که این امر باعث مداخله‌ی این نهاد سیاسی در کارکرد قضایی دیوان می‌شود که ناشی از ساختار مبتنی بر قدرت در نظام بین‌المللی است. ساختاری که در مقایسه با وضعیت داخلی دولت‌های فاقد ضمانت اجرایی لازم می‌باشد. مسئله‌ی مهم این است که آیا در صورت نقض تعهدات بین‌المللی و ارتكاب اعمال تجاوزکارانه از سوی دولت‌های صاحب حق وتو و متحدان آن‌ها ماده 15 مکرر قابلیت اجرایی دارد؟ این امتیاز به افراد متبوع دولت‌های صاحب حق وتو این اختیار را می‌دهد که در مصونیت کامل مرتکب جنایت تجاوز شوند. از طرف دیگر، حق وتو از افراد متبوع دولت‌هایی که دارای این امتیاز نیستند یا در شورای امنیت عضویت ندارند، حمایت نمی‌نماید و این امر ممکن است منجر به این نتیجه شود که افراد متبوع دولت‌های صاحب حق وتو بر علیه افراد

متبوع دولت‌هایی که دارای حق وتو نیستند، مرتکب اعمال تجاوزکارانه شوند (Jiang, 2004, pp. 33-40).

البته در مورد ایجاد صلاحیت از طریق ارجاع شورای امنیت طبق فصل هفتم منشور، شورا به همکاری یک گروه ثالث نیاز دارد. به عنوان مثال در قطعنامه‌ی 1593 که به موقعیت دارفور (سودان) اشاره دارد، شورا در بند 2 وظیفه‌ی همکاری با دیوان را گنجانده است. اما این وظیفه به دولت سودان و تمام اعضای که در دارفور درگیر هستند، محدود است. هر چند به طور واضح بیان می‌کند، دولت‌هایی که عضو اساسنامه‌ی رم نیستند نیازی به همکاری با آن‌ها ندارند، اما در این مورد (صدور قطعنامه از سوی شورای امنیت جهت ارجاع پرونده به دیوان) دولت‌های مخاطب موظف به همکاری می‌باشند (جانی پور و همکاران، پیشین، ص 7).

روش همکاری در دیوان کیفری بین‌المللی، برخلاف دیوان‌های ویژه که در آن وظیفه‌ی همکاری توسط شورای امنیت برعهده‌ی تمام اعضای سازمان ملل متحد است، محدود می‌باشد و در ابتدا صرفاً شامل دولت‌های عضو آن است. به علاوه، موارد دیگری نیز وجود دارد که می‌تواند بر قلمرو صلاحیت بیفزاید. دولت غیر عضو از دو شیوه جهت همکاری با دیوان برخوردار است:

اول، به وسیله‌ی بیانیه‌ای که صلاحیت دیوان را بر اساس ماده‌ی 12(3) می‌پذیرد. در این موقعیت وقتی یک دولت غیر عضو صلاحیت دیوان را در مورد یک جنایت خاص می‌پذیرد، توافق می‌کند تا طبق فصل نهم اساسنامه با آن همکاری داشته باشد. این دولتها حقوق و وظایفی یکسان با دولت‌های عضو اساسنامه‌ی دیوان دارند. با وجود این که دولت درخواست کننده عضو اساسنامه نیست، از این طریق می‌تواند درخواست رسیدگی به جنایت‌های ارتکاب یافته در محدوده‌ی سرزمینی خود یا توسط تبعه اش را بنماید. همان طور که در مورد لوبانگا (Thomas Lubanga Dyilo) این اتفاق افتاد و دولت کنگو، خود این موضوع را در دیوان مطرح نمود. هرچند این مورد دارای شرایطی است و آن این که دولت مذکور باید بدون هیچ‌گونه تاخیر یا استثنا با دیوان همکاری نماید. در واقع شاید بتوان این گونه عنوان نمود که با

پذیرش صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی، با این دولت مانند یک دولت عضو برخورد خواهد شد (همان، ص 6).

دوم، یک توافق ویژه برای همکاری با دیوان بر اساس ماده‌ی 87 (5) اساسنامه وجود دارد. در این جا یک دولت ممکن است به طور داوطلبانه با دیوان توافق خاصی ببندد تا با آن همکاری کند. دولت مورد نظر برای تصمیم گرفتن در مورد نوع، زمینه و مدت همکاری با دیوان تا اندازه‌ای آزادی عمل دارد. البته ممکن است این امر برای دیوان بحث‌برانگیز باشد، چون به اساسنامه‌ی خود محدود است و در نتیجه تمایل ندارد تا برای اجرای خواسته‌های یک گروه ثالث اقدام نماید. دیوان در چنین موردی با یک وضعیت دشوار مواجه می‌شود؛ زیرا در صورت عدم قبول شرایط و محدودیت‌های آن دولت برای کمک، از همکاری دولت مورد نظر محروم می‌گردد (همان، ص 6).

البته اگر یک دولت برخلاف مقررات اساسنامه، در انجام یک درخواست همکاری از جانب دیوان کوتاهی نماید و بدین وسیله از اعمال وظایف و قدرت آن طبق اساسنامه جلوگیری نماید، بر اساس ماده‌ی 87، دیوان می‌تواند برای اجرا و گزارش به شورا تصمیمی اتخاذ نماید.

در هر صورت نقش شورا در دیوان هر چه باشد، مناقشه آمیز است و البته این امر می‌تواند از جایگاه خود شورا در سازمان ملل متحد نشأت گرفته باشد. ارجاع‌های شورا از سویی نشانه‌ی اقتدار شورا و از سویی نشانه‌ی اعتماد آن به دیوان است. به هر دلیلی که باشد این ارجاع‌ها می‌باید در چارچوب قانونی صورت گیرد. در جایی که شورا به این دیوان وضعیتی را ارجاع می‌دهد، می‌توان از آن به یک دیوان ویژه تعبیر نمود. اما مبدا آن، شورا نبوده، بلکه شورا بدون این که هزینه‌ی دیگری را بر اعضای سازمان ملل متحد با ایجاد دیوان جدید تحمیل کند، با یک اقدام مناسب از ظرفیت موجود در جهان بین‌الملل استفاده می‌کند. یکی از مهم‌ترین این ظرفیت‌ها در حال حاضر دیوان کیفری بین‌المللی است که نمی‌توان بی تفاوت از کنار آن گذشت. مبنای کار دیوان‌های ویژه، تهدید علیه صلح و امنیت بین‌المللی است و شورا در جایی

به دیوان وضعیتی را ارجاع می‌دهد که آن وضعیت نیز تهدید علیه صلح و امنیت بین‌المللی تشخیص داده شود.

6-3- حفظ استقلال دیوان در یافته‌های قضایی خود به رغم احراز عمل تجاوزکارانه توسط نهادی خارج از دیوان

در مورد استقلال دیوان کیفری بین‌المللی مقرره‌ی مشابهی در ارتباط با وضعیت ارجاعی از طرف دولت‌های عضو یا اقدامات داستان متعاقب ماده‌ی 15 مکرر (1) و نیز در رابطه‌ی با وضعیت ارجاعی از طرف شورای امنیت طبق ماده 15 مکرر بند 5 قطعنامه وجود دارد که بدین ترتیب است:

«تأیید وقوع عمل تجاوزکارانه توسط ارگانی خارج از دیوان نقشی در یافته‌های دیوان وفق این اساسنامه نخواهد داشت».

این مقرره بدین مفهوم است که احراز صورت گرفته از طرف یک ارگان، یعنی شورای امنیت، محدودیتی نسبت به یافته‌های دیوان در این رابطه ایجاد نمی‌کند که این امر می‌تواند در رسیدگی منصفانه و کارآمد دیوان هم مؤثر باشد و حتی می‌تواند متضمن این واقعیت باشد که دیوان نیازی به احراز وقوع تجاوز از طرف مجمع عمومی سازمان ملل متحد یا دیوان بین‌المللی دادگستری ندارد، برخی از دولت‌ها در طی برگزاری کنفرانس رم و بعد از آن در جلسات و نشست‌های گوناگون، تأکید داشتند که در فقدان احراز از طرف شورای امنیت، ارگان‌های دیگری مثل مجمع عمومی و یا دیوان بین‌المللی دادگستری با توجه به وظایف و اختیارات محوله در منشور و اساسنامه می‌توانند در زمینه‌ی احراز وقوع عمل تجاوزکارانه کمک مؤثری به پیشبرد قضایای کیفری نمایند. موضوعی که در کنفرانس بازنگری کامپالا مورد پذیرش قرار گرفت و در قطعنامه هم گنجانده نشد (Stahn, Op.Cit, p. 877).

علاوه بر این، دیوان بایستی معیارهای دقیق و قاطع اصل قانونی بودن جرم و مجازات را به کار برد و دقیقاً به خاطر ماهیت سیاسی جنایت تجاوز است که دیوان بایستی از اصل قانونی بودن دور شود. اصلی که نه تنها به عنوان تضمینی برای حقوق متهم، بلکه باید به عنوان مهم

ترین محافظ اعتبار دیوان نیز در نظر گرفته شود. از سوی دیگر، ماده 13 (بند ب) اساسنامه ی دیوان در خصوص ارجاع یک وضعیت تجاوزکارانه توسط شورای امنیت باید به گونه ای تفسیر شود که مغایر با استقلال دیوان نباشد و این استقلال هم در صورتی تامین می‌شود که اجباری برای دیوان پدید نیاید؛ لذا دیوان باید در رسیدگی به وضعیتی که از سوی شورای امنیت ارجاع می‌شود، همانند وضعیت‌هایی که از سوی دولت‌های عضو ارجاع می‌شود آزادی عمل داشته باشد. به این نحو که آراء و نظریات شورای امنیت به هنگام ارجاع موضوع به دیوان کیفری بین‌المللی بر استقلال دیوان در اعمال صلاحیتش اثر نگذارد، بلکه دیوان در «حراز صلاحیت خود»، «قابلیت استماع موضوع»، «رسیدگی ماهوی و صدور حکم»، از استقلال کامل برخوردار باشد. در عمل نیز در نخستین وضعیتی که شورای امنیت به دیوان ارجاع نموده است (وضعیت دارفور سودان)، دادستان دیوان ابتدا در خصوص صلاحیت تکمیلی و سپس نارسا و ناتوان دانستن نظام قضایی سودان جهت تعقیب جنایات بین‌المللی ارتكابی در دارفور سودان تصمیم به تعقیب گرفته است. بدین ترتیب، در نهایت دادستان دیوان است که باید پس از بررسی ادله و شواهد ارائه شده، تصمیم بر تعقیب و شروع به تحقیق بگیرد (صابر، پیشین، ص 182). بنابراین، نباید فراموش نمود که دیوان جزئی از سازمان ملل متحد محسوب نمی‌گردد، بلکه سازمانی مستقل است که باید به اجرای مقررات اساسنامه ی خود پایبند باشد. در این راستا دیوان در احراز صلاحیت خود موظف به رعایت قواعد شکلی خود است و نه تصمیم یک سازمان بین‌المللی هم عرض خود مانند سازمان ملل متحد-شورای امنیت. بدین صورت که دیوان کیفری بین‌المللی عضو (رکن فرعی) سازمان ملل متحد نیست که مشمول ماده ی 25 منشور شود تا مجبور باشد قطعنامه‌های آن را اجرا نماید (جانی پور و خانعلی پور و اجارگاه، پیشین، ص 10).

صلاحیت زمانی دیوان کیفری بین‌المللی

بندهای (1) مواد 11، 22 و 24، اساسنامه ی دیوان، سیستم منطقی و شفاف را ایجاد می‌کند که صلاحیت دیوان را به جنایات ارتكاب یافته بعد از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه محدود

می‌کنند. ماده‌ی 11 به شرح فوق‌الذکر ناظر به تعیین زمان اعمال صلاحیت دیوان است. (در بند 1 ماده‌ی 11 اساسنامه‌ی دیوان آمده است: 1. دیوان تنها نسبت به جرایمی صلاحیت دارد که بعد از لازم الاجرا شدن این اساسنامه ارتکاب یافته باشند. 2.). اما مواد 22 و 24 اساسنامه مقررات ماهوی مورد اشاره زمان دقیق اعمال صلاحیت دیوان را تعیین می‌کند. (در فصل سوم اساسنامه‌ی دیوان و در مورد اصول عمومی حقوق کیفری در ماده‌ی 22 راجع به «اصل قانونی بودن جرم» و نیز در ماده‌ی 24 راجع به «اصل عطف به ماسبق نشدن مقررات اساسنامه» مقرراتی ذکر شده است). بند (1) این ماده زمان لازم الاجرا شدن کلی اساسنامه را مشخص کرده است. با این وجود، بخشی از مقررات قطعنامه‌ی مصوب شامل مسائل مربوط به چگونگی اجرای اصلاحات است که جهت لازم الاجرا شدن بایستی مطابق با ماده 121 (5) باشد.

دیوان از حیث زمانی (ratione temporis)، صلاحیت خود را هنگامی اعمال می‌کند که 30 دولت عضو، اصلاحات اساسنامه را تصویب یا پذیرفته باشند و تجاوز نیز یک سال بعد از تصویب اصلاحات واقع شده باشد. هر دو ماده‌ی 15 مکرر قطعنامه‌ی اصلاحات اساسنامه مقرر می‌دارند: «دیوان تنها در رابطه با جنایت تجاوزی صلاحیت خود را اعمال خواهد کرد که یک سال بعد از تصویب یا پذیرش اصلاحات از سوی 30 کشور عضو ارتکاب یافته باشد». همچنین اضافه می‌کند که: «دیوان صلاحیت خود را نسبت به جنایت تجاوز را مطابق با این ماده، منوط به تصمیمی که بعد از اول ژانویه‌ی 2017 توسط همان اکثریت دولت‌های عضوی که برای پذیرش اصلاحات اساسنامه لازم است، اتخاذ شده باشد اعمال خواهد کرد». بند 3 از تفاهم‌های ضمیمه‌ی قطعنامه‌ی کامپالا تحت عنوان «صلاحیت زمانی» مقرر می‌دارد: «تفاهم بر آن است که در مورد بند «الف» یا «ح» ماده‌ی 13، دیوان می‌تواند تنها زمانی صلاحیت خود نسبت به جنایت تجاوز را اعمال کند که 30 دولت عضو اصلاحات را پذیرفته باشند و نیز آن جنایت یک سال بعد از تصویب و پذیرش اصلاحات از سوی 30 دولت عضو ارتکاب یافته باشد» (بند 3 ماده‌ی 15 مکرر اعمال صلاحیت دیوان را موکول به تصمیم بعدی مجمع دولت‌های عضو در سال 2017 نموده است). بنابراین، مطابق با این ماده، دیوان نسبت به جنایت تجاوز صلاحیت خواهد داشت؛ منوط به تصمیمی که بعد از اول ژانویه‌ی 2017 توسط همان اکثریتی (دو سوم دولت‌های عضو) که اصلاحات اساسنامه لازم است، اتخاذ شود». (ماده‌ی 123 اساسنامه تحت عنوان بازنگری مقرر

می‌دارد: ...بند3) مقررات بندهای 3 تا 7 ماده ی 121 در مورد تصویب و لازم الاجرا شدن هر اصلاحیه به اساسنامه که در کنفرانس بازنگری مورد بررسی قرار گرفته باشد، اعمال خواهد شد).

بنابراین در این جا، تا زمانی که اصلاحات، از طرف دولت‌های عضو اساسنامه مورد تصویب یا پذیرش قرار نگیرد. دیوان نسبت به آن دولت‌ها در رابطه‌ی با جنایت ارتكابی مشمول اصلاحات، اعمال صلاحیت نخواهد کرد. همین اصل برای دولت‌های غیر عضو نیز جاری است و این نکته را بایستی مورد تأکید قرار داد که بر طبق ماده‌ی 40، پاراگراف 5، کنوانسیون وین در زمینه‌ی حقوق معاهدات، دولت‌هایی که بعداً عضویت اساسنامه را پذیرفتند، مجاز هستند تصمیم بگیرند که آیا اصلاحات مربوط به این قطعنامه را در زمان تصویب، پذیرش یا تأیید و یا الحاق به اساسنامه‌ی دیوان بپذیرند یا نه. بدین ترتیب، پذیرش اصلاحات مربوط به مفاد اساسنامه به روند تشریفاتی جداگانه‌ای جهت اعمال صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی نیاز دارد. بنابراین دیوان می‌تواند صلاحیت خود را نسبت به جنایت تجاوز بر اساس پاراگراف (الف) و (ج) ماده 13 اساسنامه یک سال بعد از تصویب و پذیرش اصلاحیه‌ها توسط سی دولت عضو و بعد از تصمیمی که در اول ژانویه 2017 گرفته می‌شود، اعمال نماید. این تصمیم مستلزم رای اکثریت دو سوم دولت‌های عضو می‌باشد. اشاره به کلمه اکثریت بدان معنی است که اجماع (Consensus) ضروری نیست و حتی مطلوب هم نمی‌باشد. در عمل، این امر باید به طور خودکار انجام گیرد. در ضمیمه از این امر به عنوان شرط اعمال صلاحیت یاد شده است، اما در واقع این شرط بیشتر شبیه یک شرط لازم الاجرا شدن می‌باشد. در ارتباط با لازم الاجرا شدن اصلاحیه‌های اساسنامه رم، برخی نگرانی‌ها در مورد اجرای اولیه اصلاحیه‌ها در ارتباط با جنایت تجاوز مطابق پاراگراف 5 ماده 121 وجود داشت. این نگرانی‌ها توسط مقرره ای ایجاد شده بود که بیان می‌کرد، دیوان کیفری بین‌المللی باید صلاحیتش را بر جنایت تجاوز در مرحله‌ای دیگر از تصمیم‌گیری‌ها اعمال نماید (ماده 15 مکرر). باید گفت که این چنین مقرره‌هایی نمی‌تواند زمان لازم الاجرا شدن اصلاحیه‌ها را تحت تاثیر قرار دهد، اما می‌تواند صلاحیت دیوان را به خطر اندازد. (Non – Paper by the Chair Further Elements for a Solution on the Crime of Aggression RC/WGCA/2, Kampala 31 May- 11June 2010).

جنایت تجاوز و اصل صلاحیت تکمیلی (Complementary Jurisdiction)

یکی از مواردی که از اهمیت برخوردار است، علم به این موضوع است که در صورتی دیوان نسبت به موردی دارای صلاحیت باشد، باز هم دلیلی برای این که به طور حتم پرونده در آن جریان یابد وجود دارد. در واقع، پس از این که دیوان تشخیص می‌دهد صلاحیت رسیدگی به پرونده‌ی مذکور قابلیت پذیرش در دیوان را خواهد داشت یا نه؟ زیرا برخلاف دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و دیوان کیفری بین‌المللی برای رسیدگی به جنایت‌های ارتكابی در رواندا که برای آن‌ها توفق در صلاحیت نسبت به دادگاه‌های کیفری داخلی قائل شده بودند، دیوان کیفری بین‌المللی دارای صلاحیت تکمیلی نسبت به دادگاه‌های داخلی است که این موضوع علاوه بر مقدمه در مواد 1، 15، 17، 18 و 19 ذکر گردیده است که صریح‌ترین ماده در این زمینه ماده‌ی 17 می‌باشد (میرمحمد صادقی، 1387، ص 83). بر اساس ماده 17 اساسنامه، دیوان زمانی می‌تواند پرونده را بپذیرد که ثابت شود که دولت خاصی به رسیدگی یا تحقیق تمایل ندارد. به همین دلیل، اقدام دولت‌ها به تاسیس دادگاهی داخلی و استناد به اصل صلاحیت تکمیلی، می‌تواند موجب عدم پذیرش موضوع از سوی این دیوان شود (Bakou, 2007).

مسئله‌ای که در مقایسه با سایر مسائل در کنفرانس بازنگری کمتر به آن پرداخته شد این است که چگونه اصل صلاحیت تکمیلی دیوان کیفری بین‌المللی (موضوع ماده‌ی 1 و ماده‌ی 17 اساسنامه‌ی دیوان) در مورد جنایت تجاوز اجرا خواهد شد. در مذاکرات مربوط به کنفرانس بازنگری این دیدگاه غلبه پیدا کرد که مواد 17 به بعد اساسنامه‌ی دیوان باید بدون هرگونه تغییر اجرا شوند. در اثنای مذاکرات، هیات امریکایی نگرانی خود را مطرح کرد؛ مبنی بر این که ممکن است «دولت‌های عضو تعریف تجاوز را به حقوق داخلی خود وارد سازند و در نتیجه، این احتمال افزایش خواهد یافت که به موجب اصول وسیع صلاحیت، مقامات دولتی برخی از دولت‌ها در قبال جنایت تجاوز در دادگاه‌های دولت دیگر تحت تعقیب قرار گیرند». از دیدگاه ایالات متحده در این زمینه نگرانی جدی در قبال بعضی از دولت‌ها از جمله

آذربایجان، بلاروس، بلغارستان، جمهوری چک و استونی وجود دارد که از قبل به دادگاه‌های داخلی شان طبق قوانین داخلی صلاحیت جهانی بر جنایت تجاوز را اعطا نمودند (Scharf, 2012, p. 359). اعضای حاضر در کنفرانس بازنگری در بند پنجم از تفاهم نامه‌های مربوط به اصلاحات اساسنامه ی دیوان در خصوص جنایت تجاوز به این نگرانی واکنش تلویحی نشان دادند. متن زیر از تفاهم نامه‌های پیوست قطعنامه (بند 5) به منظور تامین نظر هیات امریکایی به این شرح پیش بینی شده است: «تفاهم بر آن است که اصلاحات به عنوان ایجاد حق یا تعهد به اجرای صلاحیت داخلی در رابطه ی با عمل تجاوز کارانه ی ارتكابی از سوی دولت دیگر تفسیر نخواهد شد». بند چهار از تفاهم نامه‌ها در ضمیمه ی سوم تحت عنوان «صلاحیت داخلی نسبت به جنایت تجاوز» مقرر می‌دارد: «تفاهم بر آن است که اصلاحاتی که به جنایت تجاوز و عمل تجاوز کارانه مربوط است تنها به منظور اهداف این اساسنامه است. مطابق با ماده ی 10 اساسنامه ی رم، اصلاحات طوری تفسیر نخواهد شد که به هرگونه حقوق موجود یا تحول قواعد حقوق بین الملل برای اهدافی دیگر، غیر از این اساسنامه، لطمه وارد نماید یا آن‌ها را محدود سازد»؛ زیرا اساسنامه ی دیوان به طور کلی برای ایجاد حق یا الزام دولت‌های عضو در رابطه ی با قانونگذاری یا رسیدگی‌های قضایی داخلی طراحی نشده است. به طور کلی، مفاد اصل تکمیلی بودن صلاحیت دیوان این است که دولت‌های عضو اطمینان حاصل کنند که قادر به اعمال صلاحیت بر جنایات مذکور در ماده ی 5 اساسنامه، دست کم در مواردی که آن‌ها با جنایت مورد نظر از طریق رابطه ی صلاحیتی همان گونه که در ماده ی 12(2) (الف) و (ب) اساسنامه ی دیوان آمده، مرتبط باشند. تفاهم پنجم نشان می‌دهد که اصل صلاحیت تکمیلی نسبت به جنایت تجاوز اجرا نمی‌شود (آقایی جنت مکان، پیشین، ص 181). در واقع، دولت‌های عضو خواسته اند جنایت تجاوز را از صلاحیت دادگاه‌های داخلی مستثنا سازند. به استثنای جایی که جنایت مورد نظر از عمل تجاوز کارانه ی ارتكابی توسط دولت مورد نظر ناشی شده باشد. در پرتو این تفاهم، دولت‌ها ممکن است تشویق شوند تا صلاحیت داخلی خود را غیر از آن چه بر اصل تابعیت فعال (Active Nationality Principle) مبتنی است در جنایت تجاوز فراهم سازند.

جنایت تجاوز و قاعده‌ی منع محاکمه‌ی مجدد برای جرم واحد

آخرین مسئله‌ای که باید به آن اشاره کرد و در قطعنامه نیز مقرراتی در خصوص آن تصویب شده است این است که آیا ماده‌ی 20 اساسنامه‌ی دیوان (قاعده‌ی منع محاکمه‌ی مجدد برای جرم واحد) نسبت به جنایت تجاوز نیز قابلیت اجرایی دارد یا خیر؟ دلیل این امر آن است که در ماده‌ی 20 صریحاً به اعمال آن در خصوص مواد 6، 7 و 8 اشاره شده است. لذا اجرای آن در مورد ماده‌ی 8 مکرر محل تردید قرار گرفته است (شیایزری، پیشین، ص 332). در کنفرانس بازنگری با اصلاح بند 3 ماده‌ی 20 اساسنامه؛ بدین شرح که «هیچ کس در صورتی که به خاطر رفتاری که به موجب مواد 6، 7، 8 یا 8 مکرر جرم شناخته شده و توسط دادگاه دیگری محاکمه شده باشد، توسط دیوان برای همان رفتار محاکمه نخواهد شد؛ مگر آن که جریان رسیدگی در دادگاه دیگر...» بدین ترتیب، ماده‌ی 20 اساسنامه شامل جنایت تجاوز نیز گردید.

نتیجه‌گیری

ریشه‌ی اصلی مشکل تعریف تجاوز به زمانی برمی‌گردد که بانیان منشور هنگام تأسیس یک رکن قضایی برای سازمان ملل متحد، وجود دیوان کیفری دائمی برای محاکمه‌ی جنایتکاران را به فراموشی سپرده‌اند و تحولات آینده‌ی جامعه‌ی جهانی را پیش‌بینی نکردند. فضای مذاکرات منشور و مفهوم وسیع حاکمیت دولت‌ها در سال 1945، از دیگر عواملی است که به تدوین بند 7 ماده‌ی 2 منشور انجامیده است. و همین وضعیت تا حدودی در جریان مذاکرات اساسنامه‌ی رم در اواخر دهه‌ی 1990 نیز وجود داشته است. امروزه جامعه‌ی جهانی نمی‌تواند این تفسیر مضیق را بپذیرد و توسعه و تدوین حقوق بین‌الملل همراه با تحولات در این زمینه ایجاب می‌کند که دیوان کیفری بین‌المللی به طور مستقل بتواند زمینه‌ساز عدالت در جامعه‌ی جهانی باشد. به ویژه این که در تعریف جنایت تجاوز ویژگی‌های مهمی نهفته است که بدون در نظر گرفتن این ویژگی‌ها، کارایی دیوان کیفری بین‌المللی آسیب جدی می‌بیند. برای نمونه حمله‌ی مسلحانه علیه تمامیت ارضی دولت‌ها

عنصر اصلی جنایت تجاوز به شمار می‌آید، چرا که اگر هدف اصلی هنجارهای حقوق کیفری در رابطه با جنایات کشتار جمعی، جنایت جنگی و جنایت علیه بشریت، حمایت از زندگی انسان‌ها یا حفظ تمامیت فیزیکی آن‌ها می‌باشد، پس هرگونه مقرراتی در خصوص جنایت تجاوز نیز اساساً متضمن حمایت از تمامیت ارضی دولت‌ها در مقابل نقض‌های جدی و وحشیانه علیه آن‌ها، خواهد بود.

کنفرانس بازنگری اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی اگرچه از جنبه‌هایی چون شرکت گروه بسیاری از نمایندگان دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی و تلاش جامعه بین‌المللی در جهت رفع نقایص اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی ارزشمند می‌باشد، اما باید گفت که نمی‌توان این کنفرانس را کنفرانس بازنگری اساسنامه ی دیوان کیفری بین‌المللی در ارتباط با جنایت تجاوز خواند، زیرا در ارتباط با جنایت تجاوز در کنفرانس رم مقرر شده بود تا در کنفرانس کامپالا مورد بازنگری قرار گیرد.

البته دستیابی به توافق در خصوص تعریف جنایت تجاوز، عناصر آن و شرایط اعمال صلاحیت دیوان نسبت به آن را باید یک رویداد مهم بین‌المللی تلقی کرد. پیش‌بینی جنایت تجاوز در اساسنامه ی دیوان کیفری بین‌المللی امری مطلوب به شمار می‌رود؛ زیرا باعث پیش‌گیری از این جنایت و نیز اطمینان خاطر از این که مرتکبان آن بدون مجازات رها نخواهند شد، می‌گردد. از طرف دیگر، رفع خلاء قانونی در اساسنامه ضروری بود؛ زیرا موافقتنامه ی کامپالا تکمیل اساسنامه ی دیوان کیفری بین‌المللی محسوب می‌شود، اما باید منتظر گام دوم در سال 2017 بود تا ببینیم این توافق چگونه اجرایی خواهد شد. تلفیق نقش شورای امنیت با ارجاع دولت‌های عضو و تحقیقات به ابتکار دادستان دیوان از ابتکارات مهم موافقتنامه ی کامپالا محسوب می‌شود. این امر می‌تواند پشتیبانی و حمایت دولت‌های عضو دائم شورای امنیت را نیز جلب نماید. تا جایی که حضور فعال دولت امریکا نیز در این مذاکرات، نگرانی جدی آن کشور از یک سو، و نگرانی دولت‌های عضو به عدم دشمنی این کشور با دیوان، از سوی دیگر را کاهش دهد.

توافق به عمل آمده در کنفرانس بازنگری کامپالا از یک نگاه دیگر نیز با ارزش تلقی می‌شود و آن، حفظ استقلال دیوان است. با این توضیح که دادن اختیار به دادستان دیوان برای شروع به تحقیقات و نیز رسیدگی بر اساس ارجاع یک دولت عضو به منزله‌ی کاهش اختیارات شورای امنیت و تزلزل در اختیارات انحصاری این شورا تلقی می‌شود و این، امر مثبت و با ارزشی است. به عبارت دیگر، مهم‌ترین دستاورد موافقتنامه‌ی کامپالا، پیش‌بینی سازوکارهای مندرج در ماده‌ی 13 اساسنامه‌ی دیوان، برای اجرا نسبت به جنایت تجاوز همانند سایر جنایات تحت صلاحیت دیوان است. با وجود پذیرش چنین سازوکاری برای اعمال صلاحیت دیوان نسبت به جنایت تجاوز، شورای امنیت هنوز دارای مسئولیت اولیه برای تعیین متجاوز و تشخیص تجاوز است. به عبارت دیگر، تصمیم کامپالانی حق شورای امنیت محسوب نمی‌شود.

نهایت این که تعریف جنایت تجاوز و مشخص نمودن شرایط اعمال صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی و به طور کلی پیش‌بینی این جنایت در اساسنامه‌ی دیوان کیفری بین‌المللی بسیار ارزشمند می‌باشد. بسیاری از صاحب‌نظران نسبت به موفقیت دیوان در محاکمه‌ی متجاوزان خوش‌بین هستند؛ هر چند به دشواری‌های رسیدگی به جنایت تجاوز نیز آگاهند. موافقتنامه‌ی کامپالا و ارائه‌ی تعریف و شروط اعمال صلاحیت دیوان، پایانی بر مصونیت سران دولت‌ها است که معمولاً دستور تجاوز را صادر می‌کنند، ولی برخی محدودیت‌ها، مانند موکول شدن تجویز اعمال صلاحیت دیوان نسبت به این جنایت به سال 2017 و مداخله‌ی شورای امنیت در امر احراز وقوع عمل تجاوزکارانه ممکن است نگرانی‌هایی را در این رابطه ایجاد کند و این گونه تصور شود که در ارتباط با جنایت تجاوز اقدام موثری هنوز انجام نشده است و دیوان کیفری بین‌المللی هنوز هم قادر به اعمال صلاحیت خود در ارتباط با تجاوز نمی‌باشد. بنابراین نباید انتظار زیادی از دیوان کیفری بین‌المللی در رابطه با جنایت تجاوز داشت و در آینده نیز امید است که دیوان بتواند مسئولیت کیفری افراد را در ارتباط با این جنایت احراز نماید و زمانی دیوان قادر خواهد بود که در رابطه‌ی با تجاوز، موثرتر عمل نماید که عمل تجاوزکارانه با عکس‌العمل جامعه‌ی

جهانی رو به رو شود و تمایل زیادی به تغییر رژیم دولت متجاوز ابراز گردد. به عبارت دیگر، برای این که دیوان بتواند به طور موثرتری در رابطه با تجاوز عمل نماید، حمایت کامل جامعه‌ی جهانی و به ویژه شورای امنیت نیاز است، حتی اگر شورا دارای صلاحیت انحصاری در شناسایی عمل تجاوزکارانه نباشد. به هر حال هرگونه اعمال صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی منوط به تصمیمی است که مجمع دولت‌های عضو در سال 2017 با رأی اکثریت دو سوم دولت‌های عضو اتخاذ می‌نماید.

منابع و مآخذ

الف - فهرست منابع فارسی

- آقایی جنت مکان، حسین، (1390)، **تعریف، عناصر و شروط اعمال صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی نسبت به جنایت تجاوز**، مجله‌ی حقوقی بین‌المللی، سال بیستم، شماره 44.
- آقایی جنت مکان، حسین، (1386)، **محاكمه‌ی قدرت**، تهران، انتشارات گنج دانش، 1386.
- آقایی جنت مکان، حسین، (1388)، **ارزیابی تعلیق وضعیت دارفور سودان از سوی شورای امنیت**، مجله‌ی حقوقی بین‌المللی، شماره‌ی 41.
- استان، کارستن، (1384)، **معافیت نیروهای حافظ صلح دولت‌های غیر عضو اساسنامه‌ی دیوان کیفری بین‌المللی از صلاحیت قضایی دیوان کیفری بین‌المللی (ابهامات قطعنامه‌ی 1422 شورای امنیت)**، مترجم: حسام الدین لسانی، مجله‌ی حقوقی بین‌المللی، شماره 32.
- کاسسه، آنتونیو، (1387)، **حقوق کیفری بین‌المللی**، مترجمان: حسین پیران و سایرین، تهران، انتشارات جنگل - جاودانه.
- طهماسبی، جواد، (1386)، **قلمرو زمانی صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی**، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره 37.

- شایگان فرد، مجید، (1387)، **دیوان بین‌المللی کیفری و صلاحیت رسیدگی به جنایت تجاوز**، فصلنامه حقوق، مجله‌ی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره 38.
- پورخاقان، زینب، (1389)، **بررسی جرم تجاوز در کنفرانس بازنگری اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی**، مجله پژوهش‌های حقوقی، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، شماره‌ی 17.
- آل کجباف، حسین و اختری، سجاد، (1390)، **نقطه‌ی تقارن صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی و شورای امنیت: جنایت تجاوز**، فصلنامه حقوق ملل، سال اول، شماره دوم.
- کی ارسلان، سهیل، (1390)، **بررسی تحول مفهوم جنایت تجاوز پس از تصویب اساسنامه رم با تأکید بر کنفرانس بازنگری 2010 کامپالا**، پایان‌نامه، کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل، دانشگاه قم.
- کریانک ساک و کیتی شپایزری، (1383)، **حقوق بین‌الملل کیفری**، مترجمان: بهنام یوسفیان و محمد اسماعیلی، تهران، انتشارات سمت.
- صابر، محمود، (1388)، **آیین تعقیب جنایات در دادسرای دیوان کیفری بین‌المللی**، فصلنامه‌ی حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره 39، شماره دوم.
- جانی پور، مجتبی و خانعلی پور واجارگاه، سکینه، (1389)، **ارجاع جنایت‌های بین‌المللی به دیوان کیفری بین‌المللی توسط شورای امنیت و آثار آن**، مجله مطالعات حقوقی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شیراز، دوره دوم، شماره دوم.
- نسیم فر، علی، (1385)، **جرم تجاوز در دیوان کیفری بین‌المللی**، فصلنامه سیاست خارجی، سال بیستم، شماره 4.
- موسی زاده، رضا و فروغی نیا، حسین، (1391)، **تعریف جنایت تجاوز در پرتوی قطعنامه کنفرانس بازنگری اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی در کامپالا**، فصلنامه راهبرد، سال بیست و یکم، شماره 63.
- میر محمد صادقی، حسین، (1387)، **دادگاه کیفری بین‌المللی**، تهران، نشر دادگستر.

ب- فهرست منابع لاتین

- Blokker, Niels, (2007), **the Crime of Aggression and the United Nations Security Council**, 20 Leiden Journal of International Law.
- Schuster, Matthias, (2003), **The Rome Statute, Crime of Aggression, A Gordian Knot in Search of a Sword**, 14 Criminal Law Forum, Issue 1.
- Glennon, Michael J., (2010), **The Blank-Prose Crime of Aggression**, The Yale Journal of International Law, Vol. 35, No.4.
- Craw F, Michael, and Jami Miscik, **Rise of the Mezzanine Ruler: The New Frontier for International Law**, Foreign Affairs, Vol.89, Issue 6. 2010, (November/December).
- Anderson, Michael, (2010), **Reconceptualizing Aggression**, Duke Law Journal, Vol. 60, Issue 11.
- Kreb,Claus and Leonie von Holtzendorf, (2010), **The Kampala Compromise on the Crime of Aggression**, Journal of International Criminal Justice, Vol.28, No.3.
- Stahn, Carsten, (2010), **the End, Biginning of the End or the Biginning? Introducing Debates and Voice on the Definition**, Leiden Journal International Law, Vol.23, Issue 4.
- Clark, Rogers, (2009), **Negotiating Provisions Defining the Crime of Aggression**, Its Element, and Conditions for ICC Exercise of Jurisdiction over it, European Journal of International Law, Vol.20, Issue 4.
- Crooker, John R, (2010), **Contemporary Practice of the United States Relating to International Criminal Law: U.S Delegation Active in ICC Negotiation to Define Crime of Aggression**, American Journal of International Law, Vol. 104, and Issue 4.
- Resolution 1422, Adopted by SC at its 4572th meeting, on 12 July 2002, Index: S/RES/1422, 2002.
- Williams, S., Sherif, L, (2009), **The Arrest Warrant of President Albashir: Immunities of Incumbent Heads of State and the International Criminal Court**, Journal of Conflict and Security Law, Vol 14, Issue 1.
- Scheffer, David, (2009), **the International Criminal Court and Crime of Aggression: A pragmatic Approach to Jurisdictions and Definitional Requirements for the Crime of Aggression in**

the Rome Statute, 41 Case Western Reserve Journal of International Law, Vol.3, No.2.

- Boge, Yessin, A. M, (2007), **The Council and the Court: Shared Objectives or Opposing Views on the Crime of Aggression**, School of University College Dublin.

- Arsanjani, Mahnoush, (1999), **The Rome Statute of the International Criminal Court**, American Journal of International Law, Vol.93, Issue 1.

- Jiang, Jeny Miao, **and the International Criminal Court: What in World is to Say?** University of California, Berkeley- School of Law. 2004.

- Bakou, O. and Crayer, R. **The International Criminal Court and Universal Jurisdiction: A Close Encounter**, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 56, No.2, 2007.

- Scharf, Michael. P, (2012), **Universal Jurisdiction and the Crime of Aggression**, Harvard International Law Journal, Vol. 53, No.2.

- Cassese, Antonio, (2011), **Reflection on International Criminal Justice**, Journal of International Criminal Justice, No.9.

B)Reports:

- Coalition for International Criminal Court, available at <http://www.Iccnow.Org> visited in 8 July 2010.

- Non – Paper by the Chair Further Elements for a Solution on the Crime of Aggression, RC/WGCA/2, Kampala 31 May- 11June 2010.

-ICTY, Celebici, Judgment, para. 378.

-Resolution 1422, Adopted by SC at its 4572th Meeting, on 12July 2002, Index: S/RES/1422(2002).