

پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی

علمی - پژوهشی

شماره ۴

هزار و سیصد و نود و سه - نیمسال دوم

- دیوان کیفری بین‌المللی و سیاست تقنینی مقتضی دولت جمهوری اسلامی ایران در قبال جرم‌انگاری مصادیق خشونت جنسی
۵ زهره موسوی‌فر
- تحول اصل قانونی بودن جرم در خصوص جنایت ضد بشریت در پرتو توسعه محاکم کیفری بین‌المللی
۳۹ مه‌دی مؤمنی
- آثار اصل عدم صلاحیت در حقوق کیفری در پرتو آموزه‌های حقوق عمومی
۶۹ آزاده‌السادات طاهری - محمدعلی رجب
- جرم سرپازگیری کودکان از منظر حقوق بین‌المللی کیفری
۹۷ سید علیرضا میرکمالی - سحر پورحسن زیوه
- نقض حقوق علامت تجاری: جرم قابل گذشت یا غیرقابل گذشت؟
۱۲۷ محسن صادقی
- جلوه‌های عدم تقابل در نظام حقوق بین‌الملل کیفری
۱۵۹ هاله حسینی اکبرنژاد





جرم سر باز گیری کودکان از منظر حقوق بین المللی کیفری

سیدعلیرضا میر کمالی *

سحر پورحسن زیوه **

چکیده:

کودکان به عنوان افرادی آسیب پذیر در معرض خطرات و رفتارهای مجرمانه گوناگونی واقع می شوند. به خدمت گرفتن آنان به شکل های مختلف در جنگ های مسلحانه نمونه ای از این رفتارهاست که جامعه بین المللی آن را به عنوان یکی از مصادیق جرایم جنگی، جرم انگاری نموده و برای مرتکبان آن ضمانت اجرای کیفری پیش بینی کرده است. در این مقاله به این پرسش ها که واکنش جامعه بین المللی در قبال این پدیده مجرمانه چیست و چگونه با آن مبارزه می کند پاسخ داده می شود و با استفاده از روش تحلیلی توصیفی، ضمن تبیین رویکرد جامعه بین المللی نسبت به تقنین و وضع قواعد کیفری در زمینه منع و مجازات سر باز گیری کودکان، این جرم از منظر حقوق بین المللی کیفری با تأکید بر رویه قضایی دادگاه های کیفری بین المللی مطالعه، بررسی و تحلیل می شود. جرم سر باز گیری کودکان در دو سند مهم بین المللی، اساسنامه دیوان کیفری بین المللی و اساسنامه دادگاه ویژه سیرالئون به طور صریح جرم انگاری شده و برای فاعلان آن مجازات مقرر گردیده است. در رویه های قضایی دادگاه های کیفری بین المللی نیز نسبت به این جرم واکنش های کیفری مناسبی دیده می شود.

کلیدواژه ها:

سر باز گیری، سر باز گیری کودکان، جرایم جنگی، حقوق بین الملل کیفری، دادگاه های کیفری بین المللی.

مقدمه

یکی از مأموریت‌های مهم جامعه بین‌المللی، اقدامات پیشگیرانه برای جلوگیری از ورود کودکان در جنگ‌های مسلحانه است. گاهی به طور مستقیم با انجام اقداماتی سیاست جنایی پیشگیرانه اتخاذ می‌کند و گاهی هم به طور غیرمستقیم به مقوله پیشگیری از جرم در زمینه‌های حقوق بشر و حفظ صلح و امنیت بین‌المللی می‌پردازد.^۱

در اسناد بین‌المللی، قواعدی پیش‌بینی شده است که به کارگیری کودکان را در جنگ‌ها منع و از دولت‌هایی که این اسناد را پذیرفته‌اند خواسته تا از این اقدام خودداری کنند و نقض این تعهدات را موجب مسؤولیت بین‌المللی دولت‌ها قلمداد کرده است. از جمله اسنادی که به طور مستقیم و غیر مستقیم به کودکان و دور نگه داشتن آنان از جنگ توجه خاصی داشته‌اند می‌توان از اعلامیه جهانی حقوق بشر، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، کنوانسیون حقوق کودک و سه پروتکل اختیاری به آن، کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ راجع به جنگ‌های مسلحانه و دو پروتکل الحاقی به آنها، کنوانسیون ۱۸۲ موسوم به «کنوانسیون ممنوعیت و اقدام سریع برای حذف بدترین اشکال کار کودک»، منشور آفریقایی حقوق و رفاه کودک و دیگر اسناد نهادهای صلاحیت‌دار بین‌المللی از جمله کمیته جهانی صلیب سرخ و کمیسیون حقوق بشر سازمان ملل، نام برد.^۲

۱. جاویدزاده، سیاست جنایی سازمان ملل: چالش‌ها و رهیافت‌های مبارزه با نسل‌زدایی، ص ۱۰۲.

۲. به عنوان نمونه می‌توان به سه مورد زیر اشاره کرد:

ماده ۳۸ کنوانسیون حقوق کودک تصریح دارد: (۱) حکومت‌ها وظیفه قانونی دارند که حتی در شرایط جنگی، قوانین انسانی و مربوط به کودکان را رعایت کنند و بر اجرای آنها نظارت داشته باشند. حکومت‌ها تضمین می‌کنند و برای اجرای این تضمین همه اقدامات ضروری را انجام می‌دهند که هیچ کودکی تا قبل از پایان سن پانزده سالگی خود، در جنگ شرکت داده نشود. (۲) حکومت‌های عضو پیمان، افرادی را که هنوز سن پانزده سالگی خود را تمام نکرده‌اند، به جنگ نمی‌فرستند و در شرایط اضطراری تنها از افراد نسبتاً مسن‌تر استفاده می‌کنند.

بند ۲ ماده ۲۲ منشور آفریقایی حقوق بشر و ملت نیز تصریح دارد که دولت‌های عضو منشور هرگونه تدابیر لازم را اتخاذ خواهند کرد تا کودکان در مخاصمات به طور مستقیم شرکت نکنند و به ویژه از سربازگیری آنان خودداری کنند.

ماده ۳ «کنوانسیون ممنوعیت و اقدام سریع برای حذف بدترین اشکال کار کودک» نیز استخدام به زور و اجباری کودکان برای استفاد در درگیری مسلحانه را مصداقی از بدترین اشکال کار کودک دانسته است.

پس از تصویب اساسنامه دادگاه ویژه سیرالئون (زین پس «دادگاه ویژه») و اساسنامه دیوان کیفری بین المللی (زین پس «دیوان»)، در مورد سر باز گیری کودکان، مسؤولیت کیفری فردی پیش بینی و رویکرد نوینی برای مبارزه با آن اتخاذ شد.

البته، پیش از تدوین مقررات موضوعه، مسؤولیت کیفری فردی در قبال این پدیده در حقوق بین الملل عرفی با مسؤولیت بین المللی دولت ها همزیستی داشته است. دولت ها در نظام های ملی سیاست هایی را در این باره اتخاذ و با رویه، عملکرد و قانون گذاری های خود در تدوین سیاست فراگیر سازمان ملل و توسعه و تدوین تدریجی حقوق بین الملل عرفی، کمک کرده اند و آنچه در قالب مقررات اساسنامه دیوان و اساسنامه دادگاه ویژه تدوین شده، بیانی از نقض شدید قوانین و عرف های قابل اعمال در جنگ مسلحانه بین المللی در چارچوب حقوق بین الملل و گویای حقوق بین الملل عرفی است. شکی نیست که مرتکبان جنایاتی که موجب نگرانی جامعه بین المللی هستند باید تعقیب و مجازات شوند، به همین خاطر جامعه بین المللی این رفتارهای مجرمانه را تعریف و برای آنها مجازات تعیین کرده است.

تدوین متون کیفری بین المللی، گام مهمی در حقوق بین الملل کیفری است، زیرا حقوق بین الملل برای مبارزه با بزه کاری بین المللی، قانونمند و توانمند و برای نظم حقوق بین الملل ضمانت اجرای کیفری ایجاد و بدین ترتیب، سیاست جنایی بین المللی برای تحقق اهداف و رسالت های اولیه به ابزارهای اساسی کیفری مجهز می شود.^۳ یکی از ابعاد سیاست جنایی جامعه بین المللی در مورد کودکان، رویکرد تقنینی و وضع قواعد کیفری در زمینه منع و مجازات سر باز گیری است. برای اینکه رفتاری جرم تلقی شود سه عنصر قانونی، مادی و معنوی لازم است. در عین حال، در برخی جرایم علاوه بر عناصر عمومی، شرایطی نیز وجود دارد که موجب تمایز جرایم از یکدیگر می شود.^۴

در این مقاله جرم سر باز گیری کودکان به عنوان مصداقی از جرایم جنگی بررسی می شود. ابتدا عنصر قانونی بررسی سپس، عنصر مادی با تأکید بر رویه قضایی بین المللی تبیین و سرانجام، عنصر معنوی این رفتار تحلیل می شود.

۳. نجفی ابرندآبادی و خزانی، «درآمدی بر پیش نویس قانون بین الملل جزا»، ۲۶۵.

۴. گلدوزیان، بایسته های حقوق جزای عمومی، ص ۷۲.

۱- عنصر قانونی سربازگیری کودکان

امروزه، اصل قانونی بودن جرم و مجازات در حقوق بین‌الملل کیفری پذیرفته شده است. برای جرم دانستن عملی در سطح بین‌المللی و تعقیب مرتکبان آن، باید این رفتار و مجازات آن در مقررات بین‌المللی پیش‌بینی شود. بند ۱ ماده ۲۲ اساسنامه دیوان با عنوان «اصل قانونی بودن جرم» و ماده ۲۳ دیوان با عنوان «اصل قانونی بودن مجازات» تصریح کرده است که هیچ‌کسی به موجب این اساسنامه مسؤلیت کیفری نخواهد داشت مگر اینکه عمل وی در زمان وقوع جرم منطبق با یکی از جرایمی باشد که در صلاحیت دیوان است و مجازات شخصی که توسط دیوان محکوم می‌شود تنها مطابق با مقررات این اساسنامه تعیین خواهد شد.^۵

البته، ممکن است رفتاری همزمان در چند سند بین‌المللی جرم‌انگاری شده باشد. بند ۳ ماده ۲۲ دیوان تصریح کرده است مقررات این ماده مانع از آن نیست که عملی از دیدگاه حقوق بین‌الملل و مستقل از این اساسنامه جرم تلقی شود. این موضوع بیشتر در قالب همزیستی حقوق بین‌الملل عرفی با حقوق بین‌الملل معاهده‌ای مصداق دارد.^۶ سربازگیری کودکان در حقوق بین‌الملل معاهده‌ای و حقوق بین‌الملل عرفی جرم شناخته شده است.

۱-۱- سربازگیری کودکان در حقوق بین‌الملل معاهده‌ای

سربازگیری کودکان در دو سند به طور صریح جرم‌انگاری و برای مرتکب آن ضمانت اجرای کیفری تعیین شده است: اساسنامه دیوان و اساسنامه دادگاه ویژه.

۱-۱-۱- اساسنامه دیوان. جرایم جنگی و مصادیق آن در اساسنامه دیوان تعریف و سربازگیری کودکان مصداقی از جرایم جنگی تلقی و در دو وضعیت جنگ داخلی و بین‌المللی جرم‌انگاری شده است. جزء (۲۶) شق (ب) بند (۲) ماده ۸ و جزء (۷) شق (ه) بند (۲) ماده ۸ اساسنامه دیوان مقرر کرده: سربازگیری اجباری یا داوطلبانه کودکان^۷ زیر ۱۵ سال در نیروهای مسلح ملی یا گروه‌های مسلح و به کارگیری آنان برای مشارکت فعال در کارهای

۵. مشابه همین مقررات در اساسنامه‌های دیگر دادگاه‌های کیفری بین‌المللی از جمله دادگاه کیفری بین‌المللی برای رواندا و یوگوسلاوی سابق پیش‌بینی شده است.

۶. زمانی، «حقوق قراردادی و تدوین قواعد عرفی در رویه قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری با تأکید بر قضیه نیکاراگوئه»، صص ۲۶۶ و ۲۶۴.

۷. استخدام یا سربازگیری کودکان در معنای عام خود ترجمه و برگردان Recruitment است که اگر حالت اجباری داشته باشد Conscription و اگر جنبه اختیاری و داوطلبانه داشته باشد Enlistment اطلاق می‌شود.

جنگی، جرم است. اساسنامه دیوان در سال ۱۹۹۸ تصویب و از سال ۲۰۰۲ لازم‌الاجرا شده است.

۱-۱-۲- اساسنامه دادگاه ویژه. دادگاه ویژه بر اساس بند ج ماده ۴ اساسنامه خود صلاحیت دارد افراد متهم به سربازگیری اجباری و داوطلبانه کودکان زیر ۱۵ سال در نیروها و گروه‌های مسلح یا به کارگیری آنها برای مشارکت فعال در جنگ را تعقیب کند. اساسنامه این دادگاه در سال ۲۰۰۲ تصویب و لازم‌الاجرا شده است.

۱-۲- حقوق بین‌الملل عرفی

در حقوق بین‌الملل عرفی نیز پیشرفت‌های قابل توجهی در خصوص منع سربازگیری کودکان به دست آمده است. دو پروتکل الحاقی به کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ دولت‌های عضو را ملزم کرده است از استخدام افراد زیر ۱۵ سال جلوگیری و تضمین کنند که کودکان مشارکت مستقیم در جنگ نداشته باشند. از سوی دیگر، تأیید جهانی کنوانسیون حقوق کودک و پیوستن بسیاری از کشورها به دو پروتکل الحاقی به کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ به این معناست که سربازگیری کودکان در حقوق بین‌الملل عرفی نیز ممنوع است.

گفتنی است که فهرست کشورهایی که در ارتباط با سربازگیری قوانینی وضع کرده‌اند به وضوح نشان می‌دهد که به تقریب همه آنها سربازگیری کودکان را منع و جرم‌انگاری کرده‌اند.^۸ با توجه به عضویت ۱۳۳ کشور در پروتکل دوم الحاقی به کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹، بسیاری از مقررات این پروتکل به طور گسترده در حقوق بین‌الملل عرفی پذیرفته شده است. گرچه پروتکل دوم الحاقی راجع به جنگ داخلی است اما شعبه تجدیدنظر دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق در پرونده تادیچ اعلام کرد بین‌المللی یا داخلی بودن جنگ مسلحانه در نقض فاحش اهمیتی ندارد. ۳۱ مه ۲۰۰۴، دادگاه ویژه اعلام کرد که سربازگیری کودکان در سال ۱۹۹۶ در حقوق بین‌الملل جرم بوده است.^۹

پذیرش ممنوعیت سربازگیری کودک در پروتکل دوم الحاقی کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ و کنوانسیون حقوق کودک و بند ۲ ماده ۲۲ منشور آفریقایی حقوق بشر و ملت دلیل قاطعی است بر اینکه این قاعده در حقوق بین‌الملل عرفی تبلور یافته و آنچه بعدها در

8. special court for sierra leone, jomo kenyatta road", www.sc-sl.org

9. *Prosecutor v. Sam Hinga Norman - Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment)*, Case No.SCSL-2004-14-AR72(E), Special Court for Sierra Leone, 31 May 2004, available at: <http://www.refworld.org/docid/49abc0a22.html> .

مقررات موضوعه آمده در واقع، انعکاسی از حقوق بین‌الملل عرفی است. در سوابق قضایی دیوان و دادگاه ویژه از قضیه وارگاس آرکو علیه دولت پاراگوئه در دیوان بین‌المللی حقوق بشر به عنوان سابقه قضایی و حقوق عرفی جرم سربازگیری کودکان یاد شده است.^{۱۰}

دیوان بین‌المللی دادگستری نیز این موضوع را در قضیه مربوط به فعالیت‌های مسلحانه در سرزمین کنگو بررسی و تأیید کرد که اوگاندا ماده ۳۸ کنوانسیون حقوق کودک و پروتکل الحاقی به آن در مورد مداخله کودکان در جنگ‌های مسلحانه را نقض کرده است.^{۱۱}

تأیید و تثبیت عرفی بودن جرم سربازگیری کودکان در رویه قضایی دیوان و دادگاه ویژه، تحول اساسی و گام مهمی در تعقیب گروه‌های غیر دولتی است، زیرا این گروه‌ها به رغم اینکه عضو هیچ‌یک از اسناد ذی‌ربط نیستند اما ملزمند قواعد کلی ممنوعیت سربازگیری کودکان زیر ۱۵ سال را در جنگ مسلحانه رعایت کنند. از اواسط دهه ۱۹۸۰، دولت‌ها و نهادهای غیردولتی متعهد شدند از سربازگیری کودکان جلوگیری کنند. گرچه گروه‌ها نمی‌توانند طرف معاهدات بین‌المللی شوند، اما دو طرف درگیری از جمله گروه‌های غیردولتی ملزمند حقوق بشردوستانه بین‌المللی را رعایت کنند زیرا، حقوق بین‌الملل عرفی معیار مشترک رفتار جامعه بین‌المللی است.^{۱۲}

۲- عنصر مادی جرم سربازگیری کودکان

فعل یا ترک فعل خارجی که تجلی نیت مجرمانه بوده و قانونگذار آن را منع کرده است عنصر مادی را تشکیل می‌دهد.^{۱۳} بند (۲) ماده ۸ اساسنامه دیوان در مورد جرایم جنگی مقرر کرده که بسیج اجباری یا داوطلبانه کودکان زیر ۱۵ سال در نیروهای مسلح ملی یا گروه‌های مسلح یا به کارگیری آنان برای مشارکت فعال در کارهای جنگی، جنایت جنگی است. بر اساس این مقررات، عناصر کلی جرم سربازگیری اجباری یا داوطلبانه کودکان و استفاده از آنان در جنگ مسلحانه را می‌توان به شرح زیر بر شمرد:

- سربازگیری یک یا چند شخص زیر ۱۵ سال در نیروهای مسلح ملی یا گروه مسلح به طور اجباری یا داوطلبانه و یا به کارگیری فعالانه یک یا چند شخص زیر ۱۵ سال در

10. Inter-American Court of Human Rights, Case of Vargas-Areco v. Paraguay, Judgment of September 26, 2006, paras. 71(24)-71(25), /http://www.crin.org/Law/instrument.

11. Graziani, "Review of the international case law concerning Children affected by armed conflicts, LK", http://www.crin.org/docs

12. Kalsoven, Frits & L. Zegveld: 2001, 75. A/51/306, 1996, para. 220.

۱۳. اردبیلی، حقوق جزای عمومی، ج ۱، ص ۳۰۱.

جنگ.

- وقوع در شرایط جنگ مسلحانه.

- آگاهی یا فرض آگاهی مرتکب به اینکه شخص زیر ۱۵ سال و وضعیت در حالت جنگ است.

رفتار مجرمانه و شرایط لازم برای تحقق جرم، عنصر مادی جرم را تشکیل می‌دهد. ابتدا رفتار مجرمانه یعنی سربازگیری کودکان و به کارگیری آنان در جنگ و سپس، شرایط لازم برای تحقق این جرم بررسی می‌شود.

۲-۱- رفتار فیزیکی

اولین جزء عنصر مادی جرم عبارت است از رفتار فیزیکی، که با توجه به توصیفی که قانونگذار از هر جرم کرده است می‌تواند فعل یا ترک فعل باشد.^{۱۴} رفتار فیزیکی این جرم که از نوع فعل است به دو صورت سربازگیری کودکان و به کارگیری آنان در جنگ می‌باشد. جزء (۲۶) شق (ب) و جزء (۷) شق (ه) بند (۲) ماده ۸ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، سربازگیری اجباری یا داوطلبانه کودکان زیر ۱۵ سال و استفاده از آنان برای مشارکت فعال در جنگ را جرم دانسته است. این رفتار ممکن است در نیروهای مسلح ملی یا گروه‌های مسلح انجام شود.

بررسی دو جزء از بند ۲ ماده ۸ دیوان نشان می‌دهد که در هر دو مورد ممکن است سربازگیری به دو صورت اجباری و داوطلبانه صورت گیرد و در هر دو صورت، سربازگیری کودکان از به کارگیری آنان در جنگ جدا تلقی شده است.

تفاوت‌های آن دو در چند چیز است: نخست اینکه یکی در شرایط جنگ مسلحانه بین‌المللی و دیگری در شرایط جنگ مسلحانه داخلی صورت می‌گیرد. دوم اینکه در اولی سربازگیری کودکان در نیروهای مسلح ملی صورت می‌گیرد، زیرا جنگ بین‌المللی است و سربازگیری کودکان از طرف دولت و مقامات نیروهای مسلح دولتی طرف متخاصم ممکن است. اما در دومی سربازگیری کودکان در نیروهای مسلح ملی یا گروه‌های مسلح صورت می‌گیرد، زیرا جنگ داخلی است و بنابراین، ممکن است درگیری میان دو یا چند گروه مسلح یا میان نیروهای مسلح ملی و یک یا چند گروه مسلح صورت گیرد. به همین دلیل، در این

فرض سربازگیری در گروه‌ها یا نیروهای مسلح ملی پیش‌بینی شده است.^{۱۵} برای درک بهتر این موضوع و تفکیک میان اجزای رفتار تشکیل‌دهنده جرم بر اساس اسناد بین‌المللی و رویه قضایی، ابتدا سربازگیری و سپس به کارگیری آنان در جنگ بررسی می‌شود.

۲-۱-۱- سربازگیری اجباری یا داوطلبانه کودکان. سربازگیری ممکن است داوطلبانه و اختیاری یا اجباری و خودسرانه باشد. تفکیک «سربازگیری اجباری» از «سربازگیری داوطلبانه» مغایر پروتکل اول الحاقی و کنوانسیون حقوق کودک است، زیرا اصطلاح اصلی، همان سربازگیری بوده و «سربازگیری اجباری و داوطلبانه» بعدها جایگزین آن شده است. پیش‌نویس کمیته صلیب سرخ جهانی که بعدها در قالب بند (۲) ماده ۷۷ پروتکل اول الحاقی به کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ تدوین شد نه تنها طرفین را از سربازگیری کودکان زیر ۱۵ سال، بلکه از «ثبت‌نام داوطلبانه» آنان نیز منع می‌کرد. اما جمله دوم در طول مذاکرات مربوط به تدوین پروتکل حذف شد.

کنوانسیون ۱۸۲ سازمان بین‌المللی کار «استخدام اجباری یا قهری» کودکان برای استفاده در جنگ‌های مسلحانه را منع می‌کند. سربازگیری اجباری می‌تواند در همه اشکال سربازگیری اعمال شود. در هر حال، ثبت‌نام می‌تواند هم داوطلبانه و هم اجباری باشد. بنابراین، هرگونه ثبت‌نام کودکان زیر ۱۵ سال در نیروهای مسلح ملی اعم از اینکه در نتیجه سیاست دولتی باشد یا خودسرانه و یا با رضایت و درخواست فرد، مشمول جرم سربازگیری است و رضایت فرد، توجیه‌کننده این جرم نیست.^{۱۶}

با توجه به آنچه گفته شد، اکنون این پرسش مطرح است که آیا از نظر مقررات موضوعه و رویه قضایی دادگاه ویژه و دیوان، میان این دو واژه تفاوت وجود دارد. آیا عنصر مادی این جرم یک عمل است یعنی سربازگیری کودکان و سپس به کارگیری آنان در نبرد یا هرکدام از این رفتارها، عنصر مادی جداگانه‌ای است؟

تفکیک این دو جرم در اساسنامه دادگاه ویژه و اساسنامه دیوان صریح نیست و در هر دو اساسنامه این دو جرم در یک بند گنجانده شده است. برخی معتقدند سربازگیری کودکان و استفاده از آنان باید به عنوان دو جرم جداگانه تلقی شود. رفتارهای ممنوعه عبارت‌اند از سربازگیری اجباری یا داوطلبانه کودکان زیر ۱۵ سال در نیروها یا گروه‌های مسلح یا استفاده

15. ICC-01/04-01/06-2842, paras. 568-569.

16. Child Recruitment as a Crime under the Rome Statute of the International Criminal Court, *Ibid*, pp. 5-7

از آنها برای مشارکت فعال در جنگ. سربازگیری کودکان به ارتباط آنان با گروه یا نیروهای مسلح و استفاده از آنها به بکارگیری کودک اشاره دارد.^{۱۷}

در رأی شعبه بدوی دادگاه ویژه در پرونده شورای انقلابی نیروهای مسلح تفکیکی بین دو جرم صورت نگرفته و بیان شده که جرم عبارت است از سربازگیری داوطلبانه یا اجباری یک یا چند شخص در نیروهای مسلح ملی یا استفاده از آنان برای مشارکت فعال در جنگ.^{۱۸} اما هر دو احکام مربوط به نیروهای دفاع غیرنظامی^{۱۹} و جبهه متحد انقلابی سربازگیری و استفاده از کودکان سرباز را به طور صریح تفکیک و اعلام کرد جرم سربازگیری کودکان به این معناست که یک یا چند کودک توسط متهم در گروه یا نیروی مسلح جذب شوند در حالی که استفاده از کودکان سرباز به این معناست که متهم یک یا چند کودک را به طور فعال شرکت دهد.

پرسش دیگر این است که آیا سربازگیری اختیاری یا اجباری، خود دو نوع جرم جداگانه است. تحلیل عناصر جرم در اساسنامه دیوان و نیز احکام دادگاه ویژه نشان می‌دهد که پاسخ این پرسش مثبت است.

ممکن است گفته شود که با توجه به اصل قانونی بودن جرم، تفسیر مضیق و به نفع متهم، سربازگیری داوطلبانه را باید مضیق تفسیر کرد؛ جذب یک شخص به عنوان سرباز در زمان جنگ برای این است که در جنگ، مشارکت فعال داشته باشد. باید میان کودکانی که به عنوان سرباز جذب گروه‌ها می‌شوند و وظایف نظامی دارند از یک‌سو و کودکانی که به رغم در گروه مسلح بودن، نقش نظامی و وظیفه‌ای در ارتباط با جنگ ندارند از سوی دیگر، تفکیک قائل شد. دسته دوم نباید سربازگیری داوطلبانه تلقی شود.

تفکیک میان این دو، به روش جذب سرباز بر می‌گردد. شعبه بدوی در پرونده شورای انقلابی نیروهای مسلح و جبهه متحد انقلابی سربازگیری اجباری را جذب خودسرانه یا از طریق الزام قانونی دانست. جذب اختیاری متضمن پذیرش و اسم‌نویسی افراد است که داوطلبانه به گروه یا نیروهای مسلح می‌پیوندند. در هر حال، عمل جرم است و رضایت کودک

17. Leveau, "Liability under International Criminal Law for the War Crime of Recruitment and Use of Child Soldiers", pp. 14, 15.

18. *Prosecutor v. Fofana and Kondewa*, SCSL-04-14-T, Special Court for Sierra Leone, Judgment, Trial Chamber I, 2 August 2007 [CDF Trial Judgment].

19. *Prosecutor v. Brima, Kamara and Kanu*, SCSL-2004-16-T, Special Court for Sierra Leone, Judgment, Trial Chamber II, 2 August 2007 [AFRC Trial Judgment].

در پیوستن به گروه مسلح تأثیری در مسؤولیت مرتکب ندارد.^{۲۰}

نماینده ویژه دبیرکل سازمان ملل در امور کودکان و مخاصمات مسلحانه و گروه کاری شورای امنیت در امور کودکان و مخاصمات مسلحانه معتقد است تفکیک میان سربازگیری اختیاری و اجباری از نظر حقوقی اهمیتی ندارد. شعبه بدوی در پرونده نیروهای دفاع غیرنظامی رویکرد خاصی در مورد سربازگیری اتخاذ و اعلام کرد که باید واژه سربازگیری را در پرتو تفسیر کمیته صلیب سرخ جهانی از جزء (ج) بند ۳ ماده ۴ پروتکل دوم الحاقی به کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ معنا کرد. به موجب این بند، اصل منع سربازگیری، اسم‌نویسی اختیاری را منع می‌کند. نه تنها کودک نباید استخدام یا نام‌نویسی شود بلکه نباید به او اجازه داد که در جنگ شرکت کند، یعنی در عملیات نظامی مانند جمع‌آوری اطلاعات، حمل مهمات و مواد غذایی شرکت کند. شعبه بدوی تصریح کرد که نام‌نویسی می‌تواند اجباری و اختیاری باشد.^{۲۱} شعبه تجدیدنظر تعریف موسعی از نام‌نویسی ارائه و تصریح کرد نام‌نویسی شامل هر رفتاری است که کودک را به عنوان بخشی از گروه شبهه نظامی بپذیرد. این رویکرد که مشابه رویکرد اتخاذ شده در حکم شورای انقلابی نیروهای مسلح است تعریف مبهم شعبه بدوی را که میان نام‌نویسی اجباری و داوطلبانه تفکیکی قائل می‌شد رفع می‌کند. اما این تعریف از تعریف شعبه بدوی در پرونده پرونده شورای انقلابی نیروهای مسلح موسع است. در قضیه «جبهه متحد ملی» این موضوع مشخص نشد زیرا، شعبه بدوی نظر داد که دادستان نتوانسته است دلیلی بر ثبت نام اختیاری ارائه کند.

قربانیان پرونده *توماس لوبانگا* از رأی شعبه اول مقدماتی حمایت می‌کنند مبنی بر اینکه سربازگیری داوطلبانه به معنای سربازگیری اختیاری است و واژه کودکان مرتبط با نیروها یا گروه‌های مسلح، همه سربازان کودک را شامل می‌شود و منع سربازگیری کودکان زیر ۱۵ سال شامل هرگونه مشارکت کودک در تشکیلات نظامی است. در نتیجه، دختران جوانی که نیروهای مسلح آنان را برای خدمت در منزل یا بردگی جنسی به کار می‌گیرند، صرف‌نظر از مشارکت در فعالیت‌های نظامی، مشمول حمایت اساسنامه‌اند. قربانیان بر تفاوت میان عبارتهای «مشارکت مستقیم» که در پروتکل اول کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ آمده و «مشارکت فعال در جنگ» تأکید و استدلال می‌کنند که منظور تدوین‌کنندگان اساسنامه

20. *Prosecutor v. Fofana and Kondewa*, SCSL-04-14-T, Special Court for Sierra Leone, Judgment, Trial Chamber I, 2 August 2007 [CDF Trial Judgment].

21. *Ibid.*

این بوده که عبارت اخیر فعالیت‌های وسیعی را در بر گیرد. گروه دیگری از قربانیان با حمایت از رویکرد شعبه اول مقدماتی معتقدند سربازگیری داوطلبانه به معنای سربازگیری اختیاری است و سربازگیری داوطلبانه و سربازگیری اجباری هر دو شکلی از سربازگیری است که اولی اختیاری و دومی اجباری است و این اصل که کودکان نباید در نیروهای مسلح جذب شوند شامل ممنوعیت مطلق در برابر سربازگیری داوطلبانه کودکان است. به نظر شعبه تجدیدنظر، تفسیر اساسنامه دیوان، مشمول ضوابط تعریف شده در کنوانسیون حقوق معاهدات وین است که تصریح کرده قاعده حاکم بر تفسیر قانون، عبارت‌پردازی آن بر اساس موضوع و هدف آن است. این شعبه تصریح کرد که بند ۳ ماده ۲۱ اساسنامه دیوان تفسیر و اجرای قانون قابل اعمال در اساسنامه را تابع هنجارهای مسلم حقوق بشر می‌داند. شعبه بدوی دیوان، ضمن استناد به رویه قضایی دادگاه ویژه تصریح کرد که گرچه احکام دادگاه‌ها و دیوان‌های بین‌المللی، قانون قابل اعمال به مفهوم مندرج در ماده ۲۱ اساسنامه دیوان نیست، اما هدف و عبارت‌پردازی ماده که سربازگیری داوطلبانه و اجباری و استفاده از کودکان زیر ۱۵ سال را در اساسنامه دادگاه ویژه جرم شناخته با آنچه در ماده ۸ اساسنامه دیوان آمده، یکسان است و بنابراین، رویه قضایی دادگاه ویژه می‌تواند در تفسیر مقررات اساسنامه دیوان در این مورد کمک کند. شق (ج) بند ۳ ماده ۴ پروتکل دوم الحاقی کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ ممنوعیت مطلق سربازگیری و استفاده از کودکان زیر ۱۵ سال را در جنگ مسلحانه داخلی مقرر و تصریح کرده که کودکان کمتر از ۱۵ سال نباید در نیروها یا گروه‌های مسلح سربازگیری و در جنگ‌ها مشارکت داده شوند.^{۲۲}

دادگاه ویژه در مورد سربازگیری کودکان در «گروه‌های مسلح» تصریح کرده است که این گروه‌ها ممکن است دولتی یا غیردولتی باشند. این یافته مبتنی بر تفسیر دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق در حکم تادیب است. در واقع، جزء ۲۶ شق ب بند ۲ ماده ۸ در مورد جنگ مسلحانه بین‌المللی و مربوط به نیروهای مسلح ملی و جزء ۷ شق ه بند ۲ ماده ۸ در مورد جنگ مسلحانه داخلی و مربوط به گروه‌های ملی است.^{۲۳}

۲-۱-۲- به کارگیری کودکان در جنگ

ممکن است تصور شود لازمه تحقق جرم «به کارگیری کودکان زیر ۱۵ سال برای مشارکت

22. ICC-01/04-01/06.14 March 2012, paras. 601-610.

23. Liability under International Criminal Law for the War Crime of Recruitment and Use of Child Soldiers, *op. cit.*, pp. 16-17.

فعال در جنگ» سربازگیری آنان است و اگر کسی پیش از جذب کودکان در نیرو یا گروه‌های مسلح، آنان را به کار گیرد نمی‌توان او را تعقیب کرد. اما این تصور با عبارت‌پردازی مقررات قانونی سازگار نیست، زیرا عنوان عام، شامل سربازگیری اجباری و داوطلبانه و به کارگیری آنان در جنگ است. شعبه اول بدوی دیوان در قضیه لوبانگا تصریح کرد که سربازگیری اختیاری و اجباری جرم مستمری است که تا پایان اجبار یا رسیدن کودک به ۱۵ سال، ادامه دارد. این موضوع از نظر صلاحیت زمانی اهمیت دارد.

پروتکل اول الحاقی کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ و کنوانسیون حقوق کودک، کودکان زیر ۱۵ سال را از «مشارکت مستقیم» و پروتکل دوم الحاقی کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ آنان را از «هرگونه مشارکت» در جنگ منع می‌کند. مقررات منشور آفریقایی حقوق و رفاه کودک کودکان را تنها از مشارکت مستقیم در جنگ منع می‌کند. کنوانسیون ۱۸۲ سازمان بین‌المللی کار تنها به سربازگیری اجباری کودکان برای استفاده در جنگ مسلحانه اشاره دارد.

پروتکل اختیاری کنوانسیون حقوق کودک دولت‌های عضو را ملزم می‌کند با اتخاذ تدابیری تضمین کنند که افراد زیر ۱۸ سال به طور مستقیم در جنگ شرکت نکنند. این پروتکل، هرگونه استفاده از کودکان در جنگ به وسیله عوامل غیردولتی را منع کرده است. باوجود این، جزء ۲۶ با استفاده از واژه دیگری، به کارگیری کودکان زیر ۱۵ سال را «برای مشارکت فعال در جنگ» جرم دانسته است. در نتیجه، این پرسش به میان می‌آید که آیا «مشارکت فعال در جنگ» همان مشارکت مستقیم و فعال در جنگ است یا شامل هرگونه مشارکت اعم از مشارکت مستقیم و غیرمستقیم است؟

مشارکت مستقیم در جنگ به طور معمول به معنای مداخله در حمله یا حملات خاص به رزمنده دشمن یا هدف نظامی در جریان درگیری مسلحانه است. طبق بند ۱ ماده ۴۹ پروتکل اول الحاقی کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ «حمله به معنای اعمال خشونت‌بار علیه دشمن در حمله و دفاع است.»

هر دو واژه مشارکت مستقیم و فعال در جنگ در حقوق ژنو وجود دارد و به نظر می‌رسد مشارکت فعال در جنگ متضمن مشارکت در عملیات‌های نظامی است.

رویه قضایی دادگاه کیفری بین‌المللی برای رواندا گویای آن است که هیچ تفاوتی میان واژه‌های فعال و مستقیم وجود ندارد. شعبه بدوی دادگاه کیفری بین‌المللی برای رواندا در

قضیه آکایسو تصریح کرد که این واژه‌ها مترادف‌اند.^{۲۴} بند ۲ ماده ۴۳ پروتکل اول الحاقی به کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ مشارکت مستقیم در جنگ را حق اعضای نیروهای مسلح طرف جنگ می‌داند. بند ۳ ماده ۵۱ همین پروتکل مقرر کرده: «غیرنظامیان از حمایت پیش‌بینی شده در این بخش برخوردارند مگر اینکه در جنگ مشارکت مستقیم داشته باشند.» کمیته صلیب سرخ جهانی در تفسیر بند ۳ ماده ۵۱ اظهار داشت: مصونیتی که برای غیرنظامیان در نظر گرفته شده، مقید به این است که در جنگ مشارکت مستقیم نداشته باشند. بنابراین، مشارکت مستقیم در جنگ به این معناست که شخص کارهای جنگی انجام دهد که با توجه به ماهیت و هدف، موجب صدمه به رزمندگان یا تجهیزات طرف مقابل شود، مانند تیراندازی به دشمن یا انفجار خودروی حامل مهمات دشمن. پس، مشارکت مستقیم در جنگ به معنای شرکت در نبرد است و شامل فعالیت‌هایی مانند جمع‌آوری و انتقال اطلاعات نظامی، انتقال اسلحه و مهمات نمی‌شود. در نتیجه، استفاده از کودکان در این فعالیت‌ها در پروتکل اول الحاقی به کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ و کنوانسیون حقوق کودک منع نشده است.

از رویه قضایی دادگاه ویژه که از گزارش کمیته مقدماتی تأسیس دیوان الهام گرفته است چنین بر می‌آید که مشارکت فعال در جنگ شامل مشارکت مستقیم در نبرد و فعالیت‌های نظامی مرتبط با نبرد است. گزارش کمیته مقدماتی تأسیس دیوان تصریح کرده که این اصطلاح، مشارکت مستقیم در نبرد و مشارکت فعال در فعالیت‌های نظامی مربوط به نبرد مانند تخریب و استفاده از کودکان به عنوان پیک و بازرس نظامی را شامل می‌شود و فعالیت‌هایی که آشکارا با جنگ و درگیری ارتباطی ندارد مانند انتقال غذا به یک پایگاه هوایی یا استفاده از کارکنان غیرنظامی در خوابگاه افسران را شامل نمی‌شود. اما استفاده از کودکان در پشتیبانی مستقیم مانند حمل وسایل تدارکات به خط جبهه یا برخی فعالیت‌ها در خود خطوط مقدم جبهه در این واژه می‌گنجد.

در پرونده شورای انقلابی نیروهای مسلح تعریف مبهمی ارائه شده است، زیرا نسبت به آنچه که تدوین‌کنندگان اساسنامه دیوان مدنظر داشتند نظر موسعی ارائه و تصریح شده هرگونه پشتیبانی از عملیات‌ها در جنگ یا کمک به آن، مشارکت فعال است. به عنوان مثال،

24. Judgment, *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, 2 September 1998 and Sentencing Judgment, *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, 2 October 1998 and Case No: ICTR-96-3-T.

تهیه غذا نوعی مشارکت فعال در جنگ است. این موضوع تفکیک میان مشارکت فعال و غیرفعال را مبهم می‌کند، زیرا شامل طیف گسترده‌ای از فعالیت‌های کمکی است. در حالی که پرونده نیروهای دفاع غیرنظامی تفکیکی در این مورد قائل نشده، حکم بدوی در پرونده جبهه متحد انقلابی چندین مثال از مشارکت فعال ارائه و تصریح کرده که حمله به غیرنظامیان، ربودن حافظان صلح، محافظت از فرماندهان، گشت‌ها و بازرسی‌های نظامی، محافظت از اهداف نظامی و جاسوسی، مشارکت فعال تلقی می‌شوند. اما انجام کارهای عادی روزانه فرماندهان یا استفاده از کودکان در مأموریت‌های تهیه غذا به معنای مشارکت فعال در جنگ نیست.^{۲۵}

بنابراین، این پرسش مطرح است که آیا می‌توان عمل گروه مسلحی که از کودکان برای امور عادی روزانه یا تهیه غذا استفاده می‌کند، سربازگیری غیرقانونی دانست. این کودکان ممکن است به صورت اجباری یا داوطلبانه به کار گرفته شوند. حتی اگر این اقدامات مشارکت فعال نباشد اما در هر حال، کودکان بخشی از گروه مسلح‌اند. در اینجا ممکن است تفکیک عناوین سربازگیری و به کارگیری دشوار باشد. شعبه بدوی در پرونده «جبهه متحد ملی» تصریح کرد کودکانی که برای کارهای عادی روزانه و تهیه غذا به کار گرفته می‌شوند در واقع، توسط این گروه غیرقانونی جذب شده‌اند.

از یک سو، استفاده از کودکان برای جمع‌آوری و انتقال اطلاعات نظامی آنان را با این خطر مواجه می‌کند که اگر به دست دشمن اسیر شوند، به عنوان جاسوس با آنها رفتار شود. از سوی دیگر، ماده ۵۱ پروتکل اول الحاقی به کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ تصریح دارد غیرنظامیان نباید مورد حمله قرار گیرند مگر اینکه در جنگ به طور مستقیم مشارکت داشته باشند. البته خیلی بعید است دشمن غیرنظامیانی را که در جنگ به طور غیرمستقیم شرکت می‌کنند مورد هدف قرار دهد، مانند اینکه غیرنظامیان در زمان جنگ برای انتقال مهمات به خط مقدم به کار گرفته شوند. از سوی دیگر، به نظر می‌رسد پروتکل دوم الحاقی به کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ با منع کودکان زیر ۱۵ سال از هرگونه شرکت در جنگ، نه تنها آنها را از شرکت در جنگ بلکه از ورود در فعالیت‌هایی مانند اطلاعات حساس نظامی، انتقال مهمات و دیگر جنگ‌افزارهای نظامی، نگهبانی و یا جاسوسی نیز منع کرده است.

25. Liability under International Criminal Law for the War Crime of Recruitment and Use of Child Soldiers, *op. cit.*, pp. 17-18.

در کمیسیون مقدماتی تدوین اساسنامه دیوان نیز در مورد مشارکت فعال در جنگ بحث جدی مطرح شد. برخی طرفدار مشخص کردن این اصطلاح در عناصر جرم بودند. برخی دیگر معتقد بودند که این موضوع پیش‌تر مشخص شده است.

در جلسه کمیته مقدماتی، تصریح شد که کلمات «به کارگیری» و «مشارکت» هم مشارکت مستقیم در نبرد و هم مشارکت فعال در فعالیت‌های نظامی مرتبط با نبرد، همچون خبرچینی، جاسوسی، تخریب و استفاده از کودکان به عنوان پیک و یا بازرسی نظامی را شامل می‌شود. اما فعالیت‌هایی که به آشکارا با جنگ مرتبط نیستند از جمله انتقال غذا به پایگاه‌های هوایی یا استفاده از گروه بومی در ارائه خدمات به افسران را در بر نمی‌گیرد. با وجود این، استفاده از کودکان به عنوان وظیفه حمایتی مستقیم مانند انتقال تدارکات به خط مقدم و یا فعالیت‌هایی در خود خط مقدم در مفهوم مشارکت مستقیم قرار می‌گیرد. در این تفسیر، دامنه مشارکت فعال در جنگ از مشارکت مستقیم در جنگ بسیار موسع و در حقیقت، بدیهی است که این تعبیر با مشارکت در جنگ یکسان باشد.

پیش از اساسنامه دیوان نیز اصطلاح «مشارکت فعال» در جنگ به کار رفته است. ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ مقرر می‌دارد: «افرادی که هیچ نقش فعالی در جنگ ندارند.» قطعنامه ۲۶۷۵ مجمع عمومی سازمان ملل در مورد اصول اساسی حمایت از غیرنظامیان در جنگ‌های مسلحانه این اصل را تأیید می‌کند که در انجام عملیات نظامی، باید میان غیرنظامیان و افرادی که فعال در جنگ مشارکت دارند، تفکیک قائل شد.^{۲۶} شعبه تجدیدنظر دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق در پرونده تادیچ تصریح کرد که قطعنامه ۲۶۷۵، بیان‌کننده حقوق بین‌الملل عرفی است که از غیرنظامیان در همه جنگ‌ها حمایت می‌کند.

متهمان در پرونده توماس لوبانگا ضمن انتقاد از تفسیر شعبه مقدماتی از عبارت «مشارکت فعال در جنگ» اظهار می‌دارند که این تفسیر تنها فعالیت‌هایی را که آشکارا با جنگ ارتباطی ندارد استثناء می‌کند از جمله پیک‌ها، نگهبانان پاسگاه‌ها و محافظان فرماندهان نظامی. آنان این تفسیر را موسع و مغایر بند ۲ ماده ۲۲ اساسنامه دیوان می‌دانند^{۲۷} و به ویژه با استناد به رویه قضایی دادگاه کیفری بین‌المللی برای رواندا و دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق معتقدند «مشارکت فعال در جنگ» باید هم‌معنا با «مشارکت مستقیم» تفسیر شود

26. A/RES/2675(xxv), para. 2.

27. icc-01/04-01/06-2842, para. 583.

یعنی اعمال جنگی که از نظر ماهیت و هدف ممکن است به نیرو و تجهیزات دشمن صدمه جدی وارد کند. آنان استدلال می‌کنند که دادگاه کیفری بین‌المللی برای رواندا در تعریف مشارکت مستقیم در جنگ سه معیار را پذیرفته است که نگهبانان تأسیسات نظامی، این معیارها را ندارند و نباید به عنوان مشارکت فعال در جنگ تلقی شود و تفسیر موسعی که شعبه مقدماتی ارائه کرده است، ارزش مفهومی صفت «فعال» و سودمندی آن برای تفکیک میان اشکال مشارکت مستقیم و غیرمستقیم در جنگ‌ها را از بین می‌برد. متهمان معتقدند با تفسیر شعبه مقدماتی نمی‌توان سربازان کودک را بر اساس مشارکت آنها در جنگ تفکیک کرد و قابل ایراد است زیرا، قصد این بوده است که بر کودکان زیر ۱۵ سالی که «به طور فعال» در جنگ‌ها مشارکت دارند، متمرکز شود.^{۲۸}

قربانیان معتقدند برای احراز مشارکت فعال در جنگ لازم نیست که کودکان به طور مستقیم در جنگ شرکت کنند، بلکه مشارکت فعال در فعالیت‌هایی مانند جاسوسی، تخریب و بازرسی یا حمل مهمات را در بر می‌گیرد. قربانیان به حکم دادگاه ویژه در پرونده شورای انقلابی نیروهای مسلح استناد می‌کنند که دادگاه در آن تأکید کرده بود که استفاده از کودکان برای مشارکت فعال در جنگ در خطر مستقیم قرار دادن جان آنان است و هرگونه کار یا حمایتی که به عملیات جنگی کمک کند مشارکت فعال است. شعبه مقدماتی یادآوری می‌کند که استفاده از کودکان برای حفاظت از پایگاه‌های نظامی از جمله پایگاه فرماندهی نیز جرم است. در عین حال، این شعبه فعالیت‌هایی مانند ارائه خدمات در منزل به خانواده‌های افسران را که آشکارا با جنگ ارتباطی ندارند استثنا کرده است.^{۲۹}

مشارکت فعال در جنگ شامل مشارکت مستقیم و غیرمستقیم است و نباید میان مشارکت کودکان رزمنده و کودکان غیررزمنده در جنگ فرق قائل شد. برخی به نظریه کارشناسی خانم کوماراس و امی، اصول کیپ تاون، اصول پاریس و اعلامیه رسمی اتحادیه افریقا در مورد تساوی جنسیت استناد و پیشنهاد می‌کنند که عبارت مشارکت فعال باید به گونه‌ای تفسیر شود تا دخترانی که برای اهداف جنسی در نیروهای مسلح جذب می‌شوند، مورد حمایت قرار دهد. دادگاه باید هرگونه اعمال ارتكابی به ویژه علیه دختران را در مفهوم به کارگیری کودکان در جنگ قرار دهد و لازم نیست ثابت شود دخترانی که در نیروهای مسلح مورد سوء استفاده جنسی قرار گرفته‌اند، به طور فعال در جنگ شرکت کرده‌اند یا خیر. این واقعیت که

28. *Ibid*, paras. 584-586.

29. *Ibid*, paras. 593-595.

آنان هنگامی که زیر ۱۵ سال بوده‌اند جذب شده‌اند دلیل کافی بر سربازگیری داوطلبانه و یا استفاده از آنها بر اساس اساسنامه است.^{۳۰}

به نظر می‌رسد مشارکت فعال با مشارکت مستقیم هم‌معناست. دو پروتکل الحاقی به کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ بین غیرنظامیان و افرادی که مشارکت مستقیمی در جنگ دارند، فرق قائل شده است. شهروندان در مقابل خطرات ناشی از عملیات نظامی، از حمایت کلی برخوردارند و تا زمانی که به طور مستقیم نقشی در جنگ ایفا نکنند، اهداف قانونی حملات نیستند. دادگاه دادگاه کیفری بین‌المللی برای رواندا در قضیه آکایسو اظهار داشت که اصطلاح «مشارکت مستقیم در جنگ» از اصطلاح «مشارکت فعال در جنگ» ناشی می‌شود. به همین ترتیب، دادگاه در قضیه روتاگاندا/ افرادی را که مشارکت فعال در جنگ نداشتند با افرادی که مشارکت مستقیمی در جنگ نداشتند، یکسان تلقی و با استناد به تفسیر کمیته بین‌المللی صلیب سرخ، نتیجه‌گیری کرد مشارکت مستقیم در جنگ به معنی فعالیت جنگی است که طبیعت آن فعالیت و یا هدف آن احتمالاً موجب آسیب جدی به کارکنان و تجهیزات نیروهای مسلح دشمن می‌گردد.

این پرسش مطرح است که کدام تفسیر در اساسنامه دیوان پذیرفته شده است؟ از آنجا که اساسنامه دیوان یک سند بین‌المللی است، پاسخ این پرسش را باید در پرتو اعمال قواعد تفسیر معاهدات بررسی کرد. مواد ۳۱ و ۳۲ کنوانسیون حقوق معاهدات ۱۹۶۹ که منعکس‌کننده حقوق بین‌الملل عرفی است در این مورد قابل استناد است.

۲-۲- شرایط تحقق جرم سربازگیری کودکان

بر اساس مقررات اساسنامه دیوان و اساسنامه دادگاه ویژه، سربازگیری کودکان و به کارگیری آنان در جنگ، در شرایط خاصی رخ می‌دهد. طبق این مقررات، این جرایم در زمان جنگ مسلحانه بین‌المللی یا داخلی در مورد کودکان زیر ۱۵ سال توسط نیروهای مسلح ملی یا گروه‌های مسلح صورت می‌گیرد.

اگر سربازگیری در جریان جنگ مسلحانه بین‌المللی رخ دهد توسط نیروهای مسلح ملی صورت می‌گیرد، زیرا جنگ بین‌المللی است و سربازگیری کودکان از طرف دولت و مقامات نیروهای مسلح دولت طرف متخاصم متصور است و اگر در جریان جنگ مسلحانه داخلی رخ دهد ممکن است توسط نیروهای مسلح ملی یا گروه‌های مسلح صورت گیرد، زیرا جنگ

30. *Ibid*, paras. 599-601.

داخلی است و بنابراین، ممکن است درگیری میان دو یا چند گروه مسلح یا میان نیروهای مسلح ملی و یک یا چند گروه مسلح صورت گیرد. بنابراین، ابتدا مفهوم و شرط سنی کودک سرباز سپس، مفهوم و شرایط جنگ مسلحانه و سرانجام، نیروهای مسلح ملی یا گروه‌های مسلح بررسی می‌شود.

۲-۲-۱- مفهوم و شرط سنی کودک سرباز. در مورد کودکی و تعیین آستانه سن کودک سرباز، دیدگاه‌ها و رویکردهای فرهنگی مختلفی هست. این مسأله تا حدودی در گذشته‌های تاریخی و فرهنگی هر جامعه ریشه دارد. گاهی، نیازهای مختلف از جمله نیاز اقتصادی باعث شده که کودک زودتر بزرگسال تلقی، سربازگیری و در جنگ شرکت داده شود. در برخی از جوامع آفریقایی، نوجوانان را در اوائل سنین جوانی بزرگسال فرض می‌کنند. در این جوامع کودکان وظایف بیشتری نسبت به کودکان در غرب دارند. بنابراین، سن کودکی ممکن است خیلی کوتاه باشد در موارد دیگر، مانند کشورهای غربی کودک را نقش‌آفرین جامعه نمی‌دانند و سن کودکی را بالا فرض می‌کنند. گاهی هم با الهام از آموزه‌های اعتقادی، مشارکت کودکان در جنگ هر چند در سنین پایین، ارزش تلقی می‌شود و از این‌رو، کنوانسیون حقوق کودک تعیین سن کودکی را به خود کشورها واگذار کرده است تا بر اساس دیدگاه خاص خود سن کودکی را تعیین کنند.^{۳۱}

طرز تلقی‌های مختلف از کودک در تعیین سن سربازگیری کودک در اسناد بین‌المللی نیز اثر گذاشته است. ماده ۱ کنوانسیون حقوق کودک، کودک را هر فرد زیر ۱۸ سال تعریف می‌کند مگر اینکه قانون قابل اعمال ملی برای کودکان سن کمتری قائل باشد. از آنجا که کنوانسیون حقوق کودک توسط همه کشورها پذیرفته شده است محدودیت سنی ۱۸ سال می‌تواند به عنوان قاعده کلی برای تعریف سن کودکی لحاظ شود. در برخی اسناد مانند منشور آفریقایی حقوق و رفاه کودک ۱۸ سالگی و در برخی دیگر مانند کنوانسیون حقوق کودک ۱۵ سالگی معیار کودک سرباز تعیین شده است. اما گفتنی است که این اسناد راجع به مسؤولیت حقوقی دولت‌ها و معیار سن کودکی در زمینه کیفری نیست.

در اسناد حقوق بشری و حقوق بشردوستانه بین‌المللی، ۱۸ سالگی به عنوان سن کودکی تلقی می‌شود و کودک و کودک سرباز را افراد زیر ۱۸ سال می‌دانند. به عبارت دیگر، حقوق بشردوستانه بین‌المللی اقتضا می‌کند در مورد کودکان سرباز، تعریفی یکسان در سطح جهانی

31. Schmidt, "Volunteer child soldiers as reality: a development issue for Africa", pp. 57-58.

و سطح محلی ارائه و تعاریف ملی از کودک با تعاریف جهانی یکسان باشد.
«اتلاف برای توقف استفاده از کودک سرباز» که یک نهاد تحقیقاتی بین‌المللی در زمینه حقوق بشر است، کودک سرباز را این‌گونه تعریف کرده است:

«هر شخص زیر ۱۸ ساله‌ای است که عضو و یا وابسته به نیروی مسلح دولتی یا هر نیروی مسلح منظم و یا نامنظم دیگر و یا گروه‌های مسلح می‌باشد.»

کودک سرباز هر کودک زیر ۱۸ سالی است که به اجبار قانونی یا خودسرانه و یا داوطلبانه سربازگیری می‌شود و یا در جنگ توسط نیروهای مسلح، شبهه نظامی، واحدهای دفاع شهری یا دیگر گروه‌های مسلح برای بهره‌برداری جنسی، به عنوان رزمنده، کارگر، پیک و آشپز مورد استفاده قرار می‌گیرد. اما در دو سند مهم بین‌المللی یعنی اساسنامه‌های دیوان و دادگاه ویژه ۱۵ سال حداقل سن سربازگیری تعیین شده است.

۲-۲-۲- مفهوم و شرایط جنگ مسلحانه. جرایم مورد بررسی باید در شرایط جنگ مسلحانه و در ارتباط با آن صورت گیرد. پس باید بررسی و تبیین شود که منظور از جنگ مسلحانه چیست و چه تفاوتی میان جنگ مسلحانه بین‌المللی و داخلی وجود دارد و درگیری و ناآرامی تحت چه شرایطی، جنگ مسلحانه تلقی می‌شود و در چه مواردی به آستانه جنگ مسلحانه می‌رسد.

جنگ مسلحانه در اساسنامه دیوان و دادگاه ویژه تعریف نشده است. در مقدمه عناصر جرم تصریح شده است که جرایم جنگی موضوع ماده ۸ اساسنامه دیوان باید در چارچوب حقوق بین‌الملل و جنگ مسلحانه تفسیر شود. کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ و پروتکل‌های الحاقی آن جنگ مسلحانه را به طور صریح تعریف نکرده‌اند.^{۳۲}

مخاصمات (Hostilities) از درگیری مسلحانه (Armed Conflict) معنای مضیق‌تر دارد. در «فرهنگ حقوق بین‌الملل درگیری مسلحانه»، مشخصات عمل خشونت رزمندگان علیه دشمن برای پایان دادن به مقاومت آن و در نتیجه تسلیم آن می‌باشد. بدیهی است مشخصات باید در شرایط درگیری مسلحانه اعم از بین‌المللی و داخلی رخ دهد. واژه درگیری مسلحانه به مجموعه مشخصات از آغاز درگیری تا حل و فصل آن اشاره دارد. مشخصات، رویدادهای خشونت باری است که در این فرجه زمانی رخ می‌دهد. از نظر زمانی، مشخصات زمان آماده شدن به جنگ، اجرای جنگ و برگشت از آن را شامل می‌شود. طبق تفسیر رسمی کمیته

32. ICTY, Prosecutor v. Tadić, Case No. IT-94-1-AR72, Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995.

صلیب سرخ جهانی در مورد پروتکل‌های الحاقی به کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ «به نظر می‌رسد که واژه مخصصات نه تنها زمانی را که غیرنظامی به طور واقعی از اسلحه استفاده می‌کند بلکه زمانی که وی اسلحه را حمل می‌کند همچنین، زمانی که وی بدون استفاده از سلاح اقدامات خصمانه را انجام می‌دهد، شامل می‌شود.» از نظر بعد مادی، مخصصات اقدامات جنگی را پوشش می‌دهد که به طور خاص هدف و ماهیت آن، ایراد تلفات جانی و مادی به نیروهای دشمن می‌باشد.

دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق در حکم مربوط به پرونده تادیچ تصریح کرد که زمانی جنگ مسلحانه است که دولت‌ها به نیروی مسلح متوسل شوند یا خشونت دامنه‌دار بین نهادهای دولتی و گروه‌های مسلح سازمان‌یافته یا بین خود گروه‌ها در داخل کشور وجود داشته باشد. از زمان آغاز این‌گونه درگیری‌ها تا توقف جنگ‌ها و انعقاد پیمان صلح، حقوق بین‌الملل بشردوستانه اعمال می‌شود.^{۳۳}

شق «و» بند ۲ ماده ۸ اساسنامه دیوان در مورد تعریف جنگ مسلحانه داخلی تصریح دارد که بند ۲ بر جنگ مسلحانه داخلی قابل اجراست و بنابراین، شامل حالت‌های آشوب و تنش داخلی همچون شورش‌ها و اعمال خشونت‌آمیز پراکنده یا اعمال مشابه دیگر نمی‌شود. این بند در مورد جنگ‌های مسلحانه‌ای قابل اجراست که در قلمرو دولتی اتفاق می‌افتد که جنگ مسلحانه طولانی‌مدت میان نیروهای حکومت و گروه‌های مسلح سازمان‌یافته یا میان خود این گروه‌ها وجود دارد.

شعبه اول بدوی دیوان نیز با استناد به پروتکل دوم الحاقی کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ و سابقه قضایی دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و با تصریح به اینکه مداخله گروه‌های مسلح با سازمان و استعداد نسبی برای طراحی و اجرای عملیات نظامی را می‌توان جنگ داخلی دانست، اعلام کرد که وجود درگیری طولانی‌مدت میان گروه‌های سازمان‌یافته مسلح لازم است. این در حالی است که در پروتکل دوم الحاقی به کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ قید شده است که گروه‌های مسلح باید بر بخشی از سرزمین کنترل داشته باشند تا بتوانند عملیات‌های نظامی را اجرا کنند. بر اساس ماده ۸ لازم نیست گروه‌های سازمان‌یافته همانند بند ۱ ماده ۱ پروتکل اول الحاقی کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ تحت فرماندهی واحد باشند اما باید از یک سازمان‌دهی نسبی برخوردار

باشند تا بتوانند خشونت مسلحانه طولانی‌مدت را انجام دهند. برای تشخیص اینکه یک مجموعه، گروه سازمان‌یافته مسلح است یا خیر، باید برخی مؤلفه‌ها مانند سلسله مراتب نیروها یا گروه‌ها، ساختار فرماندهی، میزان تجهیزات نظامی، توانایی نیروها یا گروه‌ها برای طراحی عملیات‌های نظامی و اجرای آنها و شدت مداخله نظامی، مدنظر قرار گیرد. شدت درگیری در تعیین اینکه نبرد مسلحانه داخلی وجود دارد یا خیر، بسیار مهم است چون بر اساس بند «و» بند ۲ ماده ۸ خشونت باید فراتر از خشونت‌های پراکنده و موردی باشد. به نظر دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق شدت درگیری تنها معیار تفکیک نبرد مسلحانه از آشوب‌ها و تنش‌ها و شورش‌های سازمان‌یافته و کوتاه‌مدت یا اقدامات تروریستی است که مشمول حقوق بشردوستانه بین‌المللی نیستند.^{۳۴}

۲-۳- جذب در نیروهای مسلح ملی یا گروه‌های مسلح ملی. با توجه به عبارت‌پردازی جزء ۲۶ شق «ب» و جزء ۷ شق «ه» بند ۲ ماده ۸ اساسنامه دیوان و مشابه آن در مقررات اساسنامه دادگاه ویژه، کودکان در «نیروهای مسلح ملی» یا در «گروه‌های مسلح» جذب می‌شوند. در این‌جا این پرسش مطرح است که از نظر مقررات حقوق بین‌الملل، اعضای نیروهای مسلح یک کشور شامل چه نیروهایی است؟

کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ اعضای نیروهای مسلح یک طرف مخاصمه همچنین، اعضای نیروهای چریکی یا نیروی داوطلب که بخشی از نیروی مسلح را تشکیل می‌دهند، در مقابل اعضای دیگر شبه نظامیان یا نیروهای داوطلب، از جمله گروه‌های مقاومت سازمان‌یافته متعلق به طرف درگیری قرار داده، اما هیچ کدام از این دو گروه را تعریف نکرده است. بند ۱ ماده ۴۳ پروتکل اول الحاقی به کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ مقرر می‌دارد:

نیروهای مسلح یک طرف مخاصمه، مرکب از نیروهای مسلح سازمان‌یافته، گروه‌ها و واحدهایی است که تحت نظر فرماندهی قرار دارند که در قبال اعمال زیردستان خود در برابر طرف دیگر مسؤول است، حتی اگر از سوی طرف دیگر مخاصمه به رسمیت شناخته نشده است. چنین نیروهای مسلحی باید تابع سلسله مراتب و نظام انضباطی داخلی باشند و از جمله باید قواعد حقوق بین‌الملل قابل اجرا در جنگ‌های مسلحانه را رعایت کنند.

34. ICC-01/04-01/06-2842, *op. cit.*, paras. 535-537.

بند ۳ ماده ۴۳ پروتکل الحاقی اول به کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ نیز مقرر می‌دارد که هرگاه یکی از طرف‌های مخاصمه، نیروهای شبه نظامی یا نیروهای انتظامی را به نیروهای خود منضم کند، باید مراتب را به طرف دیگر مخاصمه اطلاع دهد. این بدین معناست که سربازگیری کودکان زیر ۱۵ سال در چنین تشکیلاتی به خودی خود جرم نیست، مگر اینکه مشمول بند ۱ ماده ۴۳ شوند. شبه‌نظامیان، افراد داوطلب و جنبش مقاومت مردمی نیز که بخشی از نیروهای مسلح مقرر در کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ نیستند، همین‌طور است.

بدین ترتیب، کودکان زیر ۱۵ سال نیز که جذب گروه‌های مسلح غیردولتی شرکت‌کننده در جنگ‌های مسلحانه بین‌المللی می‌شوند، مشمول آن نیستند. کلمه «ملی» بر نیروهای مسلح کشور تأکید می‌کند. در روندهای کنونی، زمانی که دولتی در دولت دیگر بر شورشیان «کنترل کلی» اعمال می‌کند، جنگ‌ها «بین‌المللی شده» تلقی می‌شوند. با این حال، از آن‌جا که کشور از دولت متمایز است، ممکن است گفته شود که «نیروی‌های مسلح ملی» به فراتر از نیروی مسلح دولتی تسری دارد تا نیروی مسلح جنبش‌های آزادی‌بخش ملی، دولت‌های در تبعید و شاید شورشیانی را که وضعیت متخاصم آنها شناسایی شده است، در برگیرد. شعبه اول مقدماتی دیوان در قضیه لوبانگا حتی از این هم فراتر رفت و به ماده ۴۳ پروتکل اول الحاقی به کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ تفسیر کمیته صلیب سرخ جهانی از این ماده و ماده ۱ مقررات منضم به کنوانسیون چهارم لاهه ۱۹۰۷ استناد و تصریح کرد که قالب مخاصمه مسلحانه بین‌المللی تنها به استفاده از نیرو میان دو کشور محدود نیست بلکه شامل برخی وضعیت‌هایی است که در آن طرفین مخاصمه می‌توانند نیروها یا گروه‌های مسلح سازمان‌یافته باشند.

در اینجا این مسأله مطرح است که آیا قید «ملی» در عبارت «نیروهای مسلح»، قلمرو اجرای این ماده را به نیروهای مسلح دولتی محدود می‌کند. شعبه اول مقدماتی دیوان در قضیه لوبانگا به مادتين ۳۱ و ۳۲ کنوانسیون وین حقوق معاهدات استناد و اعلام کرد که معنای عادی صفت «ملی» کاربرد آن را به نیروهای مسلح دولتی محدود نمی‌کند. شعبه در تأیید این نظر به رویه دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق در خصوص تعریف افراد تحت حمایت ماده ۴ کنوانسیون چهارم ژنو استناد و بیان کرد که تفسیر واژه «ملی» به معنای «دولتی»، مغایر موضوع و هدف اساسنامه دیوان است و ممکن است قاضی را با تناقض روبه رو سازد و وی اعلام کند که اگر مرتکب وابسته به دولت باشد مسؤول

شناخته شود، اما اگر به گروه مسلح متعلق باشد، تحت تعقیب قرار نگیرد. در نتیجه، شعبه حکم داد که عبارت «نیروهای مسلح ملی» ذکر شده در جزء ۲۶ شق (ب) بند (۲) ماده ۸ اساسنامه دیوان به نیروهای مسلح دولتی محدود نمی‌شود بلکه گروه‌هایی همچون گروه لوبانگا را نیز شامل می‌شود.

با این حال، تصور می‌شود که نتیجه‌گیری شعبه بدوی در عمل، واژه را بی‌معنا می‌کند. به ویژه اینکه تفسیر شعبه بدوی این واقعیت را نادیده می‌گیرد که جزء ۲۶ شق (ب) بند (۲) ماده ۸ و جزء ۷ شق (ه) بند (۲) ماده ۸ اساسنامه دیوان بین «نیروهای مسلح» و «گروه‌های مسلح» تفکیک قائل شده است. علاوه بر این، گرچه شعبه به ماده ۴۳ پروتکل اول الحاقی به کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ و ماده ۱ مقررات لاهه استناد کرد، اما نتوانست احراز کند که آنها نیروهای مسلح و دیگر گروه‌های مسلح (شبه‌نظامیان، گروه‌های داوطلب، جنبش‌های مقاومت سازمان‌یافته، شبه‌نظامیان و سایر نهادهای مسلح مجری قانون) را تفکیک کرده است؛ مانند مقررات ماده ۱۳ کنوانسیون اول ژنو و ماده ۴ کنوانسیون سوم ژنو. مسلم است که تفسیر مضیق با استناد به ویژگی درگیری مسلحانه مشخص می‌کند که آیا رفتاری جرم است یا خیر، اما حقوق بشردوستانه بین‌المللی همواره بین جنگ مسلحانه بین‌المللی و داخلی تفکیک قائل شده است.

برای اثبات ادعای داوطلبانه یا اجباری بودن سربازگیری کودکان، تنها کافی است که ثابت شود آنها در نیروهای مسلح ملی جذب شده‌اند و نیازی به اثبات شرکت فعال آنان در جنگ مسلحانه نیست. به کار گرفتن آگاهانه کودکان زیر ۱۵ سال برای شرکت فعال در جنگ مسلحانه بین‌المللی یا داخلی جرم است. گروه‌های مسلح متنوع‌اند که برخی از آنها ممکن است ساختار و انضباط نیروهای مسلح دولت را داشته باشند. بند ۱ ماده ۱ پروتکل دوم الحاقی به کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ به نیروهای مسلح مخالف یا دیگر گروه‌های مسلح سازمان‌یافته تحت یک فرماندهی مسؤول اشاره دارد که به نظر می‌رسد مستلزم وجود شکلی از سلسله مراتب است.

به نظر شعبه تجدیدنظر دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق در قضیه تادیک، لازم است در جنگ مسلحانه داخلی جنگ با گروه‌های مسلح سازمان‌یافته یا جنگ میان این گروه‌ها باشد. در قضیه میلوشوویچ استدلال شد که ارتش آزادی‌بخش کوزوو یک گروه مسلح سازمان‌یافته تحت فرماندهی مسؤول یا نیروی نظامی سازمان‌یافته نیست. اما شعبه بدوی دریافت که دلایل کافی وجود دارد که ارتش آزادی‌بخش کوزوو یک نیروی نظامی

سازمان یافته و دارای ساختار فرماندهی مشترک رسمی، مقرر فرماندهی با منطقه عملیاتی مشخص و با توان تدارک حمل و توزیع سلاح بوده است.

شق (و) بند (۲) ماده ۸ که مقرر نموده است شق (ه) بند (۲) تنها در موارد جنگ‌های مسلحانه طولانی مدت میان نیروهای حکومتی و گروه‌های مسلحانه سازمان یافته یا میان این گروه‌ها اعمال می‌شود، به طور گسترده از معیار پذیرفته شده در قضیه تادیچ پیروی می‌کند. شعبه دوم بدوی دیوان در حکم بازداشت ژوزف کنی با استناد به رویه قضایی دادگاه‌های اختصاصی استدلال کرد که ارتش مقاومت لرد در سلسله مراتب نظامی سازمان یافته و به عنوان یک ارتش عمل می‌کند. در حکم بازداشت توماس لوبانگا به گروه‌های ذی ربط تحت عنوان گروه‌های مسلح دارای سلسله مراتب اشاره شده است. شعبه اول بدوی در حکم مربوط به تأیید اتهامات برای احراز وجود جنگ مسلحانه داخلی به ضرورت وجود توان انجام عملیات‌های نظامی در گروه‌های مسلح اشاره کرد.

۳- عنصر معنوی جرم سربازگیری کودکان

جرم سربازگیری کودکان و به کارگیری آنان در جنگ از جرایم عمدی و تحقق آن مستلزم وجود عنصر روانی و بنابراین، احراز سوءنیت مرتکب ضروری است. اساسنامه دیوان در مواد مربوط به قواعد و اصول کلی به بیان عنصر روانی تمام جرایم چهارگانه پرداخته است. طبق بند ۱ ماده ۳۰ اساسنامه دیوان، عنصر معنوی «علم» و «قصد» نسبت به تمامی جرایم تحت صلاحیت دیوان قابل اعمال است مگر اینکه به نحو دیگری مقرر شده باشد. بر اساس این بند، هیچ کس دارای مسؤولیت کیفری نیست مگر اینکه عنصر مادی جرم همراه با قصد و علم باشد. طبق بند ۲ این ماده وجود قصد مفروض است موقعی که شخص:

الف) نسبت به اصل عمل، قصد ارتکاب آن را داشته باشد؛

ب) نسبت به نتیجه عمل قصد ایجاد نتیجه را داشته یا آگاه باشد که این نتیجه در مسیر طبیعی حوادث پیش خواهد آمد.

طبق بند ۳ این ماده، وجود علم مفروض است هرگاه شخص آگاه باشد که شرایط ارتکاب جرم وجود دارد و یا نتیجه در مسیر طبیعی حوادث اتفاق خواهد افتاد.

در مورد جرم سربازگیری کودکان زیر ۱۵ سال و به کارگیری آنان نیز، این قاعده اعمال می‌شود. به استناد قسمت الف بند (۲) ماده ۳۰، مرتکب باید قصد ارتکاب سربازگیری کودکان زیر ۱۵ سال را داشته باشد؛ یعنی همین که کودکان را به صورت اجباری یا داوطلبانه

سربازگیری می‌کند سوءنیت روانی جرم سر بازگیری محقق می‌شود. به استناد قسمت ب بند (۲) ماده ۳۰ در جرم به کارگیری کودکان در جنگ، مرتکب باید قصدش این باشد که آنها را در جنگ استفاده کند و یا از اینکه سر بازگیری کودکان در مسیر طبیعی خود، سرانجام به بکارگیری آنان در جنگ می‌انجامد، آگاه باشد. در همه این موارد بدون نیاز به اثبات قصد، جرم سر بازگیری محقق می‌شود.

شعبه مقدماتی دیوان در قضیه *لوبانگا* در مورد عنصر معنوی با بیان اینکه متهم و همدستان او باید همه با هم از خطر اینکه طرح مشترک آنها ممکن است به تحقق عناصر مادی جرم بینجامد آگاه باشند و همگی با اتفاق نظر و رضایت به آن، چنین نتیجه‌ای را بخواهند و نسبت به نتیجه عمل قصد ایجاد نتیجه را داشته باشند یا آگاه باشند که این نتیجه در مسیر طبیعی حوادث پیش خواهد آمد^{۳۵} حکم داد که اشاره جمعی به قصد یا عمد و علم یا آگاهی در ماده ۳۰ به این معناست که متهم باید عنصر ارادی داشته باشد. این شامل وضعیت‌های زیر می‌شود: اول، متهم بداند که فعل و ترک فعل او عنصر مادی جرم را در پی خواهد داشت و فعل و ترک فعل را با قصد وقوع عنصر مادی جرم مرتکب شود که به آن سوءنیت مستقیم درجه اول گفته می‌شود. دوم، دیگر اشکال مفهوم سوءنیت که خود می‌تواند شامل این موارد باشد:

الف) متهم بدون اینکه قصد تحقق عنصر مادی جرم را داشته باشد می‌داند که نتیجه قهری فعل و ترک فعل وی، به عنصر مادی جرم می‌انجامد (سوءنیت مستقیم درجه دوم).
 ب) وضعیت‌هایی که در آن متهم از خطر اینکه عنصر مادی جرم از فعل و ترک فعل آن ناشی خواهد شد و با رضایت به آن نتیجه را قبول کند سوءنیت اتفاقی^{۳۶}.
 شعبه مقدماتی نظر داد که سوءنیت اتفاقی بر دو نوع است: اول اینکه می‌توان قصد مباشر جرم را از خطر جدی که رفتارش ممکن است عنصر مادی جرم را موجب شود، استنباط کرد. دوم اینکه اگر احتمال کمتری وجود دارد که عنصر مادی جرم محقق خواهد شد، متهم باید آشکارا این تصور را داشته باشد که چنین عنصر مادی ممکن است از فعل یا ترک فعل او ناشی شود.

شعبه بدوی و شعبه مقدماتی در این مورد اختلاف نظر داشتند. شعبه مقدماتی معتقد بود سوءنیت اتفاقی برای تحقق جزء جرم کافی است و این بین موارد احتمال ضعیف و احتمال

35. ICC-01/04-01/06-803-tEN, paras. 349, 361 and 366.

36. ICC-01/04-01/06-803-tEN, paras. 351-352

جدی تفکیک قائل می‌شود، اما شعبه مقدماتی معتقد بود که جزء جرم وجود دارد در موردی که اجرای طرح مشترک متضمن یک احتمال کافی است؛ یعنی اگر وضعیت عادی جریان داشته باشد جرم ارتکاب خواهد یافت. شعبه بدوی در تعبیر این معیار در قالب کلی سوءنیت بر اساس ماده ۳۰ اساسنامه، دفاع شعبه مقدماتی از سوءنیت اتفاقی و در نتیجه، حکم اتهامی شعبه دوم مقدماتی را در قضیه بمبارد کرد.^{۳۷}

در حالی که بند ۲ ماده ۷۷ پروتکل الحاقی اول به کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ و ماده ۳۸ کنوانسیون حقوق کودک هرگونه سربازگیری کودکان زیر ۱۵ سال را منع می‌کند، عناصر جرایم تنها زمانی چنین رفتاری را جرم تلقی می‌کند که مرتکب «می‌دانسته یا باید می‌دانست» شخص یا اشخاصی که به طور اجباری یا داوطلبانه سربازگیری و یا فعالانه به کارگیری شده‌اند، زیر ۱۵ سال بوده‌اند.

در کمیسیون مقدماتی تأسیس دیوان، برخی دولت‌ها چنین استدلال می‌کردند که برای این جرم عنصر روانی لازم نیست و مسؤولیت مطلق است. وقتی فردی کودکان زیر ۱۵ سال را سربازگیری می‌کند او باید متهم به این جرم باشد. گفته می‌شود چنین رویکردی با جزء (ط) بند (۱) ماده ۶۷ اساسنامه دیوان در تعارض است که مقرر می‌دارد: در مقابل دیوان هیچ تکلیف متقابلی در جهت اثبات ادله و یا تکلیف در رد آنها بر متهم تحمیل نمی‌شود. کافی است که متهم بداند و یا باید می‌دانسته که افرادی را که سربازگیری می‌کند زیر ۱۵ سال دارند. با این حال، مفسران در مورد عبارت «باید می‌دانست» تفاسیر مختلفی داشتند.

مرتکبان سربازگیری باید در مورد سن سربازان بررسی و تلاش کنند از طریق رجوع به خانواده و سرپرست کودکان یا از طریق گواهی تولد آنان و یا هر سند دیگری، سن واقعی کودکان را مشخص و از سربازگیری افرادی که به نظر می‌رسد کمتر از ۱۵ سال دارند خودداری کنند. بنابراین، دادستان باید ثابت کند که متهم از شرایط مربوطه آگاه بوده است.

نتیجه

از مجموع آنچه گفته شد، چنین بر می‌آید که هرچند سیاست جنایی تقنینی جامع و فراگیری در خصوص جرم سربازگیری کودکان در حقوق بین‌المللی کیفری اتخاذ نشده و ابهامات و نارسای‌هایی وجود دارد. اما به منظور حمایت مؤثر کیفری از کودکان و همسو با دیگر مقررات حمایتی بین‌المللی جهت دور نگه داشتن کودکان از پی‌آمدهای مخرب جنگ، سربازگیری و به

کارگیری کودکان در مخاصمات مسلحانه رفتار مجرمانه و مصداقی از جرایم جنگی تلقی شده است. در دو سند بین‌المللی، اساسنامه دیوان و اساسنامه دادگاه ویژه، به طور صریح سربازگیری کودکان جرم‌انگاری شده و برای مرتکبان آن ضمانت اجرای کیفری تعیین گردیده است. در حقوق بین‌الملل عرفی نیز پیشرفت‌های قابل توجهی در توسعه معیارهای قانونی برای منع سربازگیری کودکان حاصل شده است. دو پروتکل الحاقی به کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ دولت‌های عضو را از استخدام افراد زیر ۱۵ سال و مشارکت مستقیم آنان در جنگ منع کرده است. تأیید جهانی کنوانسیون حقوق کودک و پیوستن بسیاری از کشورها به دو پروتکل الحاقی به کنوانسیون‌های مذکور ممنوعیت سربازگیری کودکان در حقوق بین‌الملل عرفی را می‌رساند.

علاوه بر این، در پرتو رویه‌های قضایی دادگاه‌های کیفری بین‌المللی، جامعه بین‌المللی در قبال پدیده مجرمانه سربازگیری کودکان واکنش کیفری مناسبی نشان داده و ضمانت اجرای کیفری برای مرتکبان آن پیش‌بینی کرده است.

بدیهی است سنجیدگی و فراگیری سیاست جنایی جامعه بین‌المللی ایجاب می‌کند همزمان با اقدامات کیفری بر مسؤولیت بین‌المللی دولت‌ها بیشتر تأکید و سیاست جنایی پیشگیرانه تقویت و راهکارهای جدیدی ارائه و هنجارهای جدید با الهام از رویه قضایی تعریف و تدوین شود.

فهرست منابع

الف. کتب

- اردبیلی، محمدعلی. حقوق جزای عمومی، ج ۱، نشر میزان، ۱۳۹۰، چاپ سی‌ام.
 جاویدزاده، حمیدرضا. سیاست جنایی سازمان ملل: چالش‌ها و رهیافت‌های مبارزه با نسل‌زدایی، نشر میزان، چاپ اول، زمستان ۱۳۹۲.
 کیتی‌چایساری، کریانگساک. حقوق کیفری بین‌المللی، ترجمه حسین آقایی جنت مکان، انتشارات دانشور، چاپ اول ۱۳۸۲.
 گلدوزیان، ایرج. بایسته‌های حقوق جزای عمومی، چاپ بیست و دوم، نشر میزان ۱۳۹۳.
 میرمحمد صادقی، حسین. حقوق کیفری اختصاصی (۱) جرایم علیه اشخاص، چاپ چهاردهم، نشر میزان بهار ۱۳۹۳.

ب. مقالات

- رنجبریان، امیرحسین و مهدیه ملک‌الکتاب خیابانی. «دادگاه ویژه سیرالئون: فرایند تشکیل، صلاحیت و مقابله با بی‌کیفرمانی»، مجله حقوقی بین‌المللی، ش ۴۳، سال ۱۳۸۹.
 زمانی، سیدقاسم. «حقوق قراردادی و تدوین قواعد عرفی در رویه قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری با تأکید بر قضیه نیکاراگوئه»، مجله حقوقی، شماره ۲۰، ۱۳۷۵.
 نجفی ابرنآبادی، علی حسین و منوچهر خزانی. «درآمدی بر پیش‌نویس قانون بین‌الملل جزا»، مجله حقوقی، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، ش ۱۹-۱۸، سال ۷۴-۱۳۷۳.

A. Articles

- Cohn, Ilene. "The Protection of Children and the Quest for Truth and Justice in Sierra Leone", *Journal of International Affairs*, Vol. 55, 2001.
 Graziani, Laurene. "Review of the international case law concerning Children affected by armed conflicts", available at: <http://www.crin.org/docs/>. 18/12/14
 R. Liefländer, Thomas, "The Lubanga Judgment of the ICC: More than just the First Step?", *Cambridge Journal of International and Comparative Law* (1), (2012).
 Happold, Matthew. "Child Recruitment as a Crime under the Rome Statute of the International Criminal Court" (February 5, 2010). The Legal Regime of the International Criminal Court, 2009. Available at SSRN: <http://ssrn.com>.
 Leveau, Fanny. "Liability under International Criminal Law for the War Crime of Recruitment and Use of Child Soldiers", available at: theafricainstitute.uwo.ca/documents/.../LeveauFeb2012.pdf.
 Mariniello, Triestino. "Prosecutor v. omas Lubanga Dyilo: The First Judgment of the International Criminal Court's Trial Chamber", *International Human Rights Law Review* 1 (2012) 1-11. available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2324375
 Rosen, M. "Who is a child? The legal conundrum of chid soldiers", *Connecticut Journal of International Law*, vol. 25
 Odeh, Michael and Colin Sullivan. "Recent Developments in International Rehabilitation of Child Soldiers", Available at www.yapi.org. 18/12/14
 Popovski, Vesselin and Karin Arts. "International criminal accountability and children's rights", available at: jicj.oxfordjournals.org/content/7/2/443.full.
 Schmidt, Alice. "Volunteer Child Soldiers as Reality: a Development Issue For Africa",

New School Economic Review, Volume 2(1), 2007.

Shara, Abraham. "Child Soldiers and the Capacity of the Optional Protocol to Protect Children in Conflict", Available at: www.wcl.american.edu/hrbrief/10/3abraham.pdf.

Topa, Ilona. "Prohibition of child soldiering-international legislation and prosecution of Perpetrators", *Hanse Law Review*, 2007.

Kalsoven, Frits and L. Zegveld. "Constraints on the Waging of War, An Introduction to International Humanitarian Law", (International Committee of the Red Cross, March 2001), available at: www.loc.gov/rr/frd/.../Constraints-waging-war.pdf

B. Laws and documents

Convention on the Rights of the Child, Nov. 20, 1989, 1577 U.N.T.S. 3.
Cape Town Principles and Best Practices (1997), available at [http://www.unicef.org/emerg/files/Cape_Town_Principles_\(1\).pdf](http://www.unicef.org/emerg/files/Cape_Town_Principles_(1).pdf). 18/12/14

Report of the International Criminal Court for 2012/13, A/68/314, 13 August 2013, available at http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp. 18/12/14

interim report on the special court for sierra leone", uc berkeley war crimes center, april 2005, accessed online at <http://socrates.berkeley.edu/~warcrime/Sl.htm>.

Child Soldiers Global Report 2004, Available at <http://www.child-soldiers.org/index.php>. 18/12/14

A World Fit for Children, Available at <http://www.unicef.org/specialsession/wffc/> (visited on 18/12/14).

C. Judgments

ICC-01/04-01/06.14 March 2012, paras, 601-610.

Inter-American Court of Human Rights, Case of Vargas-Areco v. Paraguay, Judgment of September 26, 2006, available at <http://www.crin.org/Law/instrument.asp?InstID=1508>.

ICC-01/04-01/06-2842, 14-03-2012.

ICC-01/04-01/06-803-tEN.

SCSL-04-14-AR72(31 May 2004), para. (A(1))available at: <http://www.sc-sl.org/CASES/ProsecutorvsFofanaandKondewaCDFCase/AppealsChamberDecisions> (visited on 18/12/14)

situation in the democratic republic of the congo in the case of the prosecutor v .thomas lubanga dyilo, no. icc-01/04-01/06 402/ 593 14 March 2012.

Special Court For Sierra Leone , Omo Kenyatta Road • Freetown • Sierra Leone, 31 May 2004, p.13, available at: www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=g1I%2BjVTLIdI%3D&tabid... Visited on 18/12/14

special court for sierra leone, 31 may 2004, prosecutor against sam hinga norman (case no.scsl-2004-14-ar 72(e), pp.4-6, Available at: downloaded from worldcourts.com | International Case Law Database.

icc-01/04-01/06.14 march 2012.

D. Websites

www.yapi.org/rpchildsoldierrehab.pdf.

Special Representative Concerned by Systemic Recruitment of Children in Eastern DRC, available at <http://childrenandarmedconflict.un.org/press-release>, visited on November 14, 2013.

Coalition to Stop the Use of Child Soldiers, "Child Soldiers Global Report" , [Global Report 2008], available at: http://www.childsoldiersglobalreport.org/files/country_pdfs.

sierra leone and the special court for sierra leone, australian red cross research paper , pp.2 and 4, available at: www.redcross.org.au/files/2007_Civil_War_Sierra_Leone.pdf.

<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/439/59/PDF/N0543959.pdf>

http://www.child-soldiers.org/about_the_issues.php.
<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/439/59/PDF/N0543959.pdf> or
<http://www.child-soldiers.org/index.php>, visited on November 14, 2013.
A/RES/2675(xxv), available at <http://documents.un.org> or
http://www.un.org/depts/dhl/resguide/r25_en.shtml



Child Soldiers Recruitment in International Criminal Law

Seyed Alireza Mirkamali (Ph.D.)

Assistant Professor at Shahid Beheshti University, Email: sarmirkamali@yahoo.com

&

Sahar Pourhasan Ziveh

MA in Criminal Law and Criminology, Email: ss_pourhasan@yahoo.com

Children are recruited by various forms in armed conflicts. UN-based International community has criminalized it as one of the examples of war crimes and predicted for its perpetrators penal sanctions. This article seeks to study and answer to this question: how is evaluated the effectiveness of international community's legislative criminal policy *vis-à-vis* this phenomenon. This paper examines and analyses the effectiveness of criminal policy by descriptive-analytical method with regard to and emphasis on the jurisprudence of international criminal tribunals.

Keywords: recruitment, international criminal law, war crimes, children, legislative criminal policy, International Criminal Courts.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

Journal of **CRIMINAL LAW AND CRIMINOLOGY**

VOL. II, No. 2

2014-2

- **International Criminal Court and appropriate Law-Making Policy of Islamic Republic of Iran for Criminalizing Sexual Violence**
Zohreh Mousavifar (Ph.D.)
- **Evolution of the Principle of Legality of Crime about Crime against Humanity in the light of Development of International Criminal Courts**
Mahdi Momeni (Ph.D.)
- **The Effects of Presumption of Non-authority in Criminal Law in the light of Public Law Doctrines**
Azadeh-sadat Taheri (Ph.D.) & Mohammad-Ali Rajab
- **Child Soldiers Recruitment in International Criminal Law**
Seyed Alireza Mirkamali (Ph.D.) & Sahar Pourhasan Ziveh
- **Infringement of Trademark Rights: Waivable or non-Waivable Crime?**
Mohsen Sadeghi (Ph.D.)
- **Implications of the Non-Reciprocity in the International Criminal Law**
Haleh Hosseini Akbarnezhad (Ph.D.)



S. D. I. L.

The S.D. Institute of Law

Research & Study