




The University of Tehran Press

Application of General Principles of Law in International Criminal Law with Emphasis on the Jurisprudence of the International Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY)

Narges Sharifi¹  | Fatemeh Keyhanlou² 

1. Corresponding Author; Ph.D. Student in International Law, Islamic Azad University, Karaj Branch, Karaj, Iran. Email: narcisa.sharifi@rocketmail.com
2. Assistant Prof. Faculty of Law and Political Sciences, Islamic Azad University, Karaj Branch, Karaj, Iran. Email: fkeyhanlou@gmail.com

Article Info	Abstract
<p>Article Type: Research Article</p> <hr/> <p>Pages: 25-47</p> <hr/> <p>Received: 2021/10/01</p> <p>Received in revised form: 2021/11/04</p> <p>Accepted: 2021/12/26</p> <p>Published online: 2024/03/20</p> <hr/> <p>Keywords: <i>general principles of law, international criminal law, development, judicial procedure, ICTY.</i></p>	<p>Despite the specific reference in the Statute of the International Court of Justice to general principles of law as a source, they are seen as inherently a subsidiary source. Subsidiarity means that if there are no applicable treaty or customary rule, these principles prevail. The ICTY has often used article-38 sources, namely international treaties, custom, and general principles of law, to identify the applicable law in its cases. This paper uses a descriptive-analytical method to study the jurisprudence of the ICTY, to explain the application of general principles of law in international criminal law. The findings of this paper show that the the ICTY chambers have resorted to general principles of law to fill legal gaps, interpret ambiguous legal rules, and strengthen legal reasoning in their decisions. The Tribunal's frequent referral to general principles of law to fill legal gaps may be due to the fact that international criminal law is a relatively new field and therefore not significantly developed. Thus, general principles of law have played a significant role in filling the gaps in international criminal law.</p>
How To Cite	Sharifi, Narges; Keyhanlou, Fatemeh (2024). Application of General Principles of Law in International Criminal Law with Emphasis on the Jurisprudence of the International Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY). <i>Public Law Studies Quarterly</i> , 54 (1), 25-47. DOI: https://doi.com/10.22059/jplsq.2021.331602.2905
DOI	10.22059/jplsq.2021.331602.2905
Publisher	The University of Tehran Press. 



کاربرد اصول کلی حقوق در حقوق بین الملل کیفری با تأکید بر رویه قضایی دیوان کیفری بین المللی برای یوگسلاوی سابق

نرگس شریفی^۱ | فاطمه کیهانلو^۲

۱. نویسنده مسئول؛ دانشجوی دکتری حقوق بین الملل، دانشگاه آزاد اسلامی واحد کرج، کرج، ایران. رایانامه: narcisa.sharifi@rocketmail.com

۲. استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه آزاد اسلامی-واحد کرج، کرج، ایران. رایانامه: fkayhanlou@gmail.com

اطلاعات مقاله	چکیده
<p>نوع مقاله: پژوهشی</p> <p>صفحات: ۴۷-۲۵</p> <p>تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۷/۰۹</p> <p>تاریخ بازنگری: ۱۴۰۰/۰۸/۱۳</p> <p>تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۰/۰۵</p> <p>تاریخ انتشار برخط: ۱۴۰۳/۰۱/۰۱</p> <p>کلیدواژه‌ها: اصول کلی حقوقی، حقوق بین الملل کیفری، توسعه، رویه قضایی، دیوان کیفری بین المللی برای یوگسلاوی سابق.</p>	<p>با وجود تصریح اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری به اصول کلی حقوقی به عنوان منبع اصلی، این منبع ذاتاً منبعی فرعی است؛ فرعی بودن، به این معناست که اگر یک قاعده معاهده‌ای یا عرفی قابل اعمال وجود نداشته باشد، این اصول حاکم خواهند شد. دیوان کیفری بین المللی برای یوگسلاوی سابق اغلب به منظور شناسایی حقوق قابل اعمال در قضایای خود، از ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری و منابع معمول و اصلی حقوق بین الملل یعنی معاهدات بین المللی، عرف و اصول کلی حقوقی استفاده کرده است. این مقاله با روش توصیفی-تحلیلی و با هدف تبیین کارکرد اصول کلی حقوقی در حقوق بین الملل کیفری به مطالعه رویه قضایی دیوان بین المللی برای یوگسلاوی سابق پرداخته است. یافته‌های این نوشتار نشان می‌دهد که شعبات دیوان کیفری بین المللی برای یوگسلاوی سابق به منظور تکمیل شکاف‌های حقوقی، تفسیر قواعد مبهم حقوقی و تقویت استدلال حقوقی در تصمیمات خود به اصول کلی حقوقی متوسل شده‌اند. توسل مکرر شعبات دیوان به اصول کلی حقوقی برای رفع شکاف‌های قانونی ممکن است تا حد زیادی به این دلیل باشد که حقوق بین الملل کیفری یک حوزه نسبتاً جدید است و بنابراین توسعه چشمگیری نیافته است. از این رو اصول کلی حقوقی در پر کردن خلأهای حقوق بین الملل کیفری نقش چشمگیری ایفا کرده است.</p>
<p>استناد</p> <p>شریفی، نرگس؛ کیهانلو، فاطمه (۱۴۰۳). کاربرد اصول کلی حقوق در حقوق بین الملل کیفری با تأکید بر رویه قضایی دیوان کیفری بین المللی برای یوگسلاوی سابق. <i>مطالعات حقوق عمومی</i>، ۵۴ (۱)، ۴۷-۲۵.</p> <p>DOI: https://doi.com/10.22059/jpls.2021.331602.2905</p>	
<p>DOI</p> <p>10.22059/jpls.2021.331602.2905</p>	
<p>ناشر</p> <p>مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران.</p>	



۱. مقدمه

اصول کلی حقوقی از مهم‌ترین عناصری است که همواره نقش مؤثری در پویایی نظام حقوق بین‌الملل ایفا کرده و می‌کند. توجه دولت‌ها به اصول کلی به‌عنوان واضعان قواعد حقوقی در عرصه بین‌المللی و به‌کارگیری آنها توسط محاکم بین‌المللی، پویایی حقوق بین‌الملل را تضمین می‌کند و مانع زوال آن می‌شود. اهمیت اصول کلی حقوقی به‌حدی است که می‌توان ادعا کرد بدون آنها، حقوق بین‌الملل، کارکرد مؤثر خود را از دست می‌دهد، زیرا تکامل و پیشرفت حقوق بین‌الملل و واکنش به چالش‌های جدید تا حد بسیار زیادی مرهون استفاده از این اصول است (محمودی کردی، ۱۳۹۷: ۳۳۰). بحث اصول کلی در زمینه حقوق بین‌الملل کیفری پیچیدگی بیشتری به خود می‌گیرد؛ به‌نحوی که ویژگی‌های حقوق بین‌الملل عمومی این حوزه، به‌طور گریزناپذیری با عناصر حقوق کیفری صرف آن در هم آمیخته می‌شود (Grove, 2010: 550). این دیدگاه وجود دارد که به‌دلیل ویژگی‌های نسبتاً نوپای حقوق بین‌الملل کیفری بعید است که رجوع به معاهدات بین‌المللی و حقوق بین‌الملل عرفی برای بسط دادن و تشریح قواعد اولیه حقوق بین‌الملل کیفری یا پر کردن خلأهای موجود در آن مؤثر واقع شود (Jain, 2014: 24). بنابراین، انتظار می‌رود که اصول کلی حقوقی، حتی بیشتر از سایر حوزه‌های حقوق بین‌الملل عمومی، در توسعه قواعد حقوق بین‌الملل کیفری ایفای نقش کنند. در عین حال، این نگرانی وجود دارد که استفاده از اصول کلی حقوقی برای جلوگیری از خلأ قانونی یا برای تفسیر ممکن است مغایر با اصل قانونی بودن و ساختار دقیق و مضیق قوانین کیفری باشد. همچنین استفاده از تشبیهات و تمثیلات حقوق داخلی برای دادن مفاهیم بیشتر به قاعده حقوقی بین‌المللی ممکن است با این فرض عمومی که تفسیر هرگونه ابهام در قانون به نفع متهم است مغایرت داشته باشد (Jain, 2014: 25). با این وجود، دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق از اصول کلی حقوقی در توسعه ساختار بی‌قاعده حقوق کیفری بین‌المللی استفاده کرده است.

با عنایت به مطالب مذکور، مقاله حاضر به‌دنبال پاسخگویی به پرسش ذیل است: اصول کلی حقوقی در رویه قضایی دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق چه نقشی داشته‌اند و چقدر مؤثر واقع شده‌اند؟ این مفروض است که با وجود پیچیدگی‌های خاص حقوق بین‌الملل کیفری، اصول کلی حقوقی به‌عنوان یک منبع مهم حقوقی در رویه قضایی دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق ظاهر شده و در توسعه حقوق بین‌الملل کیفری نقش چشمگیری داشته است.

به‌منظور پاسخ به پرسش مذکور، این نوشتار به‌ترتیب مباحث ذیل را بررسی می‌کند: وجود خلأ در منابع حقوق بین‌الملل کیفری، اصول کلی حقوقی در چارچوب حقوق بین‌الملل کیفری و کاربرد اصول کلی حقوقی در رویه قضایی دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق.

۲. وجود خلأ در منابع حقوق بین‌الملل کیفری

حقوق بین‌الملل کیفری مجموعه‌ای از مقررات است که فهرست مشخصی از اعمال را که به‌عنوان جنایات جدی تلقی می‌شوند، ممنوع، و آیین دادرسی ناظر بر تحقیق، تعقیب و مجازات این دسته از اعمال را تنظیم می‌کند و مرتکبان را تحت مسئولیت کیفری شخصی مورد تعقیب قرار می‌دهد. مبارزه و سرکوب نقض جدی مقررات حقوق بشردوستانه بین‌المللی برای اطمینان از احترام به این شاخه از حقوق بین‌الملل ضروری است، به‌ویژه با توجه به جدی بودن برخی موارد نقض، که به‌عنوان جنایات جنگی شناخته می‌شوند، که مجازات آنها به نفع جامعه بین‌المللی در کل است. چند اصل بنیادین وجود دارد که حقوق بین‌الملل کیفری بر اساس آنها بنا شده است. اصول بنیادینی همچون اصل قانونی بودن جرم و مجازات (ICC Statute, Art: 22-23) که مطابق ماده ۱۵ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی ۱۹۶۶ بدین صورت مقرر شده است «هیچ کس به علت فعل یا ترک فعلی که در موقع ارتکاب بر طبق قوانین ملی یا بین‌المللی جرم نبوده محکوم نمی‌شود و همچنین هیچ مجازاتی شدیدتر از آنچه در زمان ارتکاب جرم قابل اعمال بوده تعیین نخواهد شد...»، اصل منع محاکمه مجدد (ICTY Statute, Art: 10(2) (b); ICTR Statute, Art: (a) 20(3) ICC Statute, Art: 9(2) (b) و اصل عطف به ماسبق نشدن (ICC Statute, Art: 24).

از آنجایی که جرائم بین‌المللی به‌طور فزاینده‌ای شامل عناصر فرازمینی می‌شوند و دولت‌ها به تعامل بیشتر با یکدیگر نیاز دارند، هماهنگی به‌منظور احترام به این اصول ضرورت بیشتری می‌یابد. دولت‌ها باید ضمن احترام به اصول حقوق کیفری در قوانین داخلی خود و سایر اصول مشخص‌شده در اسناد سازمان‌های منطقه‌ای که عضو آنها هستند، از اصول بنیادین پیش گفته نیز حمایت کنند.

با این حال، حقوق بین‌الملل کیفری همانند سایر حوزه‌های حقوق بین‌المللی عمومی با مسئله شکاف‌ها و خلأهایی در مقررات خود مواجه است، حتی موضوع خلأهای حقوقی در زمینه حقوق بین‌الملل کیفری پیچیدگی بیشتری به خود می‌گیرد؛ تدوین ناقص و مبهم اساسنامه‌ها و معاهدات حقوق بین‌الملل کیفری به ایجاد خلأ و سکون در موضوعات قابل توجه و اساسی منجر می‌شود. بنابراین قضات دادگاه‌های کیفری بین‌المللی در موقعیت دشواری قرار می‌گیرند؛ محاکم کیفری بین‌المللی نهادهای نسبتاً جدیدی هستند و قضات اغلب بر روی قالبی سبید کار می‌کنند، به‌دلیل نوپا بودن محاکم کیفری بین‌المللی، قضات این محاکم با محدودیت رویه قضایی مواجه‌اند، درحالی‌که وجود رویه قضایی برای راهنمایی آنها و در نتیجه عملکرد مطلوب‌تر آنها حائز اهمیت است. مضافاً قضات محاکم کیفری بین‌المللی، همانند جامعه وسیعی از محققان حقوق بین‌الملل کیفری، از پس‌زمینه بسیار متفاوت حرفه‌ای و آموزش ملی در نظام‌های حقوقی متنوع هستند. درحالی‌که برخی از قضات وکلای بین‌المللی، دیپلمات و یا صاحب‌نظر در زمینه حقوق بین‌الملل کیفری هستند، اما ممکن است از تجربه کافی در اجرای دادرسی کیفری برخوردار نباشند (Jain, 2016: 114-115).

با آنکه حقوق بین‌الملل کیفری اغلب به‌عنوان شاخه‌ای از حقوق بین‌الملل عمومی در نظر گرفته می‌شود، اما نباید فراموش کرد که یک محکمه کیفری بین‌المللی در نهایت عواقب حیاتی برای متهم دارد؛ به همین دلیل می‌توان گفت محاکم کیفری بین‌المللی نشان‌دهنده اعمال اقتدار توسط جامعه بین‌المللی هستند؛ زیرا افرادی را که متهم به نقض هنجارهای اساسی بشریت هستند، مجازات می‌کنند و این امر آنها را در موقعیت منحصربه‌فردی در میان محاکم بین‌المللی قرار می‌دهد. از سوی دیگر، ویژگی‌های منحصربه‌فرد حقوق بین‌الملل کیفری مانند قدرت دادگاه‌ها برای وضع مجازاتی با عواقب ملموس برای متهم؛ وضعیت نسبتاً پیچیده و ناپخته حقوق بین‌الملل کیفری؛ و کم‌تجربگی و تنوع تطبیقی صاحب‌نظران حقوق بین‌الملل کیفری، چالش‌های منحصربه‌فردی برای منابع این رشته از حقوق به‌وجود می‌آورد که قضات بین‌المللی کیفری را ناگزیر به تفسیر و پر کردن شکاف‌ها می‌کند (Jain, 2016: 116). با توجه به ویژگی توسعه‌نیافتگی حقوق بین‌الملل کیفری، منابع اولیه حقوق بین‌الملل مانند معاهدات و حقوق بین‌الملل عرفی برای پر کردن خلأهای آن کافی نیستند (Fan, 2012: 1063-1064). از این رو، حتی بیشتر از سایر حوزه‌های حقوق بین‌الملل عمومی، انتظار می‌رود که اصول کلی حقوقی نقش مهمی در تدوین مقررات حقوق بین‌الملل کیفری ایفا کنند. با این حال، باید توجه داشت که استفاده از اصول کلی حقوقی برای اجتناب از صدور حکم رد دعوا به‌دلیل فقدان موجب قانونی یا با استناد به سکوت یا ابهام قانون یا کمک به تفسیر، ممکن است با اهداف قانونی بودن جرائم و مجازات، به‌ویژه عناصر آگاهی و ساختار دقیق و مضیق مقررات کیفری، در تعارض قرار گیرد (Ellis, 2011: 949-951).

۳. اصول کلی حقوقی در چارچوب حقوق بین‌الملل کیفری

در یک نگاه کلی به اصول کلی حقوقی در گستره حقوق بین‌الملل، باید گفت که در طول زمان، اصول کلی حقوقی در ایجاد قواعد حقوقی بین‌المللی نقش ارزنده‌ای بر عهده داشته‌اند. مراجع داوری و قضایی بین‌المللی در موارد متعددی به این اصول استناد کرده و از آنها بهره‌جسته‌اند (ضیایی بیگدلی، ۱۳۸۸: ۱۷۸). «عام بودن این اصول» به قضات این امکان را می‌دهد که در شرایطی متفاوت، این اصول را به‌کار گیرند. در صورت ضرورت به‌ندرت ممکن است نتوان اصلی برای توجیه راه‌حل موردنظر پیدا کرد. به‌علاوه این اصول به‌دلیل عدم صراحت، انعطاف‌پذیرند و می‌توانند در موارد مختلف به‌کار گرفته شوند. به این ترتیب، اصول مذکور به قاضی یا داور، آزادی عمل می‌دهند که از آثار نامطلوب اجرای خشک مقررات حقوقی نامتناسبی که اجبار به اعمال آنها دارند، بکاهد و حتی خلأ مقررات حقوقی را پر کند. در حقیقت، اصول کلی حقوقی با شالوده محکم حقوقی در حاشیه قوانین و گاه برخلاف متن‌های خشک، راه‌حلی برای اجرای عدالت فراهم می‌سازند. با این حال، باید متذکر شد که همه اصول کلی حقوقی

داخلی در نظام بین‌المللی کاربرد ندارند، بلکه اصولی می‌توانند به نظام بین‌المللی منتقل شوند که با خصوصیات بنیادین این نظام هماهنگ باشند (ضیایی بیگدلی، ۱۳۸۸: ۱۸۱)

با وجود ویژگی و محتوای مبهم اصول کلی در حقوق بین‌الملل عمومی، علاقه به استفاده و کاربرد آنها در چارچوب حقوق بین‌الملل کیفری - جایی که حقوق معاهدات و حقوق بین‌الملل عرفی نسبتاً توسعه نیافته‌اند- شایان توجه است (Jain, 2016: 120). باید گفت تنها زمانی به اصول کلی حقوقی استناد می‌شود که مراجعه به منابع دیگر (معاهدات و عرف) مفید فایده نباشد. در این مرحله است که ممکن است جست‌وجو برای نیل به اصول مشترک نظام‌های حقوقی معاصر آغاز شود (Cassese, 2003: 32). امری که در ماده ۲۱ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی به صورت روشن‌تری پیش‌بینی شده است؛ مطابق این ماده، مراجعه به اصول کلی حقوقی، برای دیوان در درجه آخر اهمیت قرار دارد. بنابراین، محاکم کیفری بین‌المللی، اصول کلی حقوقی را منبع فرعی حقوق بین‌الملل کیفری تلقی می‌کنند. شعبات گوناگون دادگاه یوگسلاوی سابق، در پرونده‌های گوناگون به صراحت به این مسئله اشاره کرده‌اند. برای نمونه شعبه بدوی این دادگاه در پرونده «کوپرشکیچ و دیگران» اعلام می‌کند، در صورت عدم احراز قاعده‌ای عرفی یا قراردادی در حقوق بین‌الملل، برای مسئله‌ای خاص می‌توان به این اصول متوسل شد (ICTY a, 2000: 591).

«آنتونیو کسسه» استاد فقید حقوق بین‌الملل کیفری در تفکیک میان اصول کلی حقوقی در چارچوب حقوق بین‌الملل کیفری سه دسته را نام می‌برد: اصول کلی خاص حقوق بین‌الملل کیفری، اصول کلی خاص حقوق بین‌الملل و در نهایت اصول کلی حقوق کیفری به رسمیت شناخته شده توسط جامعه ملتها (Cassese, 2003: 31-36)؛ اصول کلی حقوق بین‌الملل کیفری شامل اصولی است که خاص حقوق کیفری است؛ مانند اصل قانونی بودن جرم، و اصل برائت. کاربرد این اصول در سطح بین‌المللی معمولاً ناشی از گذار تدریجی این اصول از نظام‌های حقوقی داخلی به نظم حقوقی بین‌المللی است. این اصول در حال حاضر در نظام حقوقی بین‌المللی جایگاه مستحکمی کسب کرده‌اند (Cassese, 2003: 31). اصول کلی حقوق بین‌الملل شامل اصولی است که ذاتاً به نظام حقوقی بین‌المللی تعلق دارند. به نحوی که شناسایی آنها مستلزم مطالعه تطبیقی عمیق در همه نظام‌های عمده حقوقی جهان نیست، بلکه این مهم از طریق تعمیم و استنتاج از مشخصه‌های اصلی نظم حقوقی بین‌المللی قابل وصول است (Cassese, 2003: 31). مانند اصل دوام کشورها، و اصل حق ملتها در تعیین سرنوشت خود (ضیایی بیگدلی، ۱۳۸۸: ۱۸۲). اصول کلی حقوق کیفری به رسمیت شناخته شده توسط جامعه ملتها شامل اصولی است که از مطالعه تطبیقی نظام‌های حقوقی عمده جهان قابل استخراج است. از این رو یافتن و ابراز این اصول صرفاً از طریق تفسیر و تعمیم نخواهد بود، بلکه بیشتر محتاج عمل به روش‌های حقوق تطبیقی است (Cassese, 2003: 32-36). بدیهی است که یک اصل حقوق کیفری تنها در صورتی می‌تواند متعلق به

این طبقه باشد که دادگاه تشخیص دهد که این اصل در میان نظام‌های حقوقی کامن‌لا و رومی-ژرمنی و سایر نظام‌های حقوقی مانند نظام حقوقی جهان اسلام، برخی از کشورهای آسیایی مانند چین و ژاپن و قاره آفریقا مشترک است (Cassese, 2003: 32). البته محاکم بین‌المللی در توسل به اصول کلی حقوقی ملاحظاتی دارند؛ آنها تأکید دارند که نباید ساختارهای حقوقی خاص نظام‌های حقوقی ملی-زمانی که این ساختارها با ویژگی‌های خاص نظام حقوقی بین‌المللی هماهنگ نباشند- را به حقوق بین‌الملل منتقل کرد (Cassese, 2003: 33).

۱.۳. اصول کلی حقوقی در اساسنامه محاکم کیفری بین‌المللی

اساسنامه محاکم موقت بین‌المللی، از جمله دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق، دیوان کیفری بین‌المللی رواندا، دادگاه ویژه سیرائون، شعبات فوق‌العاده در دادگاه‌های کامبوج و دادگاه ویژه لبنان هیچ ماده خاصی در خصوص سلسله‌مراتب منابع حقوق بین‌الملل ندارند. البته برخلاف اساسنامه محاکم کیفری موقت که تصریحی نسبت به اصول کلی حقوقی ندارند، شق «ج» بند ۱ ماده ۲۱ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، صریحاً به مفهوم اصول کلی حقوقی اشاره کرده و به دیوان اجازه می‌دهد تا در صورت فقدان منابع مذکور در شق «الف» اساسنامه و آیین دادرسی و ادله و شق «ب»، معاهدات قابل اجرا و اصول و قواعد حقوق بین‌الملل به این منبع متوسل شود؛ البته فرعی بودن این منبع چیزی از اهمیت آن در روند استدلال محاکم کیفری بین‌المللی نمی‌کاهد و این اصول در ابعاد گوناگون نقش تعیین‌کننده خود را نشان می‌دهند. البته باید گفت محاکم بین‌المللی اغلب به این اصول استناد کرده‌اند؛ به عنوان مثال، شعبات رسیدگی دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق در تعدادی از قضایا این فرصت را داشته‌اند که به این منبع فرعی حقوق متوسل شوند. در برخی موارد، این شعبات مقرر کردند که اصول کلی حقوقی مشترکی در نظام‌های حقوقی اصلی جهان وجود دارد و بر این اساس به آنها استناد می‌کنند؛ برای نمونه در قضیه اردمویچ (که در مباحث پیشرو بررسی خواهد شد)، شعبه دادرسی اول، در بحث استناد به اکراه به عنوان رافع مسئولیت، حالت ضرورت و دستور مافوق، معتقد بود که در این مورد باید «رویکرد سختگیرانه و محدودکننده» اتخاذ شود و افزود که چنین رویکردی با «اصول کلی حقوقی که در بسیاری از قوانین و رویه قضایی ملی مقرر شده است» مطابقت دارد (ICTY, 1996: 19). با این حال، تنها به قوانین و رویه قضایی فرانسه استناد کرده بود (ICTY, 1996: n. 13).

۲.۳. اصول کلی حقوقی به عنوان منبع شکلی و ماهوی حقوق بین‌الملل کیفری

حقوق بین‌الملل کیفری شاخه‌ای از حقوق بین‌الملل عمومی است؛ بنابراین از همان منابع شکلی، یعنی معاهدات، عرف و اصول کلی حقوقی بهره می‌برد. برای مثال دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی

سابق صریحاً به ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری (ICTY, 1998: 414) و منابع معمول حقوق بین‌الملل (ICTY (B), 2000: 13) به عنوان حوزه‌هایی که می‌توان حقوق قابل اعمال را در آن یافت استناد کرده است (Raimondo, 2008: 165). علمای حقوق بین‌الملل نیز چنین نظری دارند؛ «سیما» و «پائولوس» اظهار داشتند که منابع حقوق بین‌الملل کیفری با منابع حقوق بین‌الملل عمومی یکسان است. به همین دلیل، آنها از منابع مندرج در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری به عنوان منابع حقوق بین‌الملل کیفری یاد می‌کنند (Simma & Paulus, 2000: 55). «کسسه» نیز بیان می‌کند اصول کلی حقوقی منبع حقوق بین‌الملل کیفری هستند، چراکه حقوق بین‌الملل کیفری شاخه‌ای از حقوق بین‌الملل عمومی است. او طبقه‌بندی خود از منابع حقوق بین‌الملل کیفری را به تفصیل بیان کرده است (Cassese, 2003: 26).^۱ «گان» نیز این عقیده را دارد که حقوق بین‌الملل کیفری از منابع مندرج در بند ۱ ماده ۳۸ اساسنامه دیوان دادگستری بین‌المللی سرچشمه می‌گیرد؛ بنابراین اصول کلی حقوقی در صورت تبدیل نشدن به حقوق عرفی، منبع مستقل حقوق بین‌الملل کیفری هستند (Degan, 1992: 50).

۱. «کسسه» آنها را به شرح زیر طبقه‌بندی می‌کند: منابع اولیه (معاهدات و عرف)؛ منابع ثانویه (که در مقررات قراردادی مانند قطعنامه‌های الزام‌آور شورای امنیت سازمان ملل گنجانده شده است)؛ اصول کلی حقوق بین‌الملل کیفری، یا اصول کلی حقوقی و یا در یک تجزیه و تحلیل نهایی چنین منابع فرعی به‌عنوان اصول کلی حقوقی به رسمیت شناخته شده توسط جامعه دولت‌ها. به عقیده «کسسه» محاکم کیفری بین‌المللی باید به ترتیب زیر منابع را بررسی کنند: اول، قواعد معاهده‌ای و یا قواعد مندرج در منابع ثانویه در صورتی که دارای مقررات اعطاکننده صلاحیت به محاکم مربوطه و نیز آیین دادرسی باشند (مانند اساسنامه‌ها و قواعد آیین دادرسی و ادله دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق، دیوان کیفری بین‌المللی برای رواندا، دادگاه ویژه سیرالئون و دیوان کیفری بین‌المللی). دوم، اگر چنین مقرراتی وجود نداشته باشد و یا خالهایی وجود داشته باشد، محاکم کیفری بین‌المللی باید به حقوق عرفی یا کنوانسیون‌هایی که صریحاً یا به‌طور ضمنی دارای مقررات مذکور هستند، متوسل شوند؛ سوم، اگر چنین مقرراتی وجود نداشته باشد یا مسئله حقوقی مورد بحث را شامل نشود، محاکم بین‌المللی باید به اصول کلی حقوق بین‌الملل کیفری (که ممکن است از مقررات معاهده‌ای و یا قواعد حقوق عرفی استنتاج و تعمیم شوند) یا به عنوان جایگزین به اصول کلی حقوقی متوسل شوند. سرانجام، اگر هنوز یک شکاف حقوقی وجود دارد، نهادهای قضایی بین‌المللی باید به اصول کلی حقوقی کیفری مشترک در میان ملل جهان روی آورند (Cassese, 2003: 26). شایان ذکر است که طبقه بندی منابع حقوق بین‌الملل کیفری توسط «کسسه» با منابع معمول حقوق بین‌الملل عمومی، یعنی معاهدات، عرف و اصول کلی حقوقی، تفاوتی ندارد. اولاً، منبع ثانویه یک منبع قراردادی درجه دوم است؛ تا آنجا که به قطعنامه‌های الزام‌آور شورای امنیت سازمان ملل مربوط می‌شود، منبع اعتبار آنها چیزی غیر از منشور سازمان ملل نیست یعنی یک معاهده بین‌المللی (Erik, 2005: 909-918)؛ ثانیاً، اصول کلی حقوق بین‌الملل کیفری احتمالاً از وضعیت عرفی برخوردارند. ثالثاً، اصول کلی حقوق بین‌الملل کیفری مشترک در میان ملل جهان، اصول کلی حقوقی هستند؛ آنها به جای ارتباط با حقوق به‌عنوان یک کل، -آنچه «کسسه» «اصول کلی حقوقی» می‌نامد- به‌طور خاص به حقوق کیفری مربوط می‌شوند (Raimondo, 2008: 167).

باید گفت که اصول کلی حقوقی نه‌تنها یک منبع شکلی حقوق بین‌الملل کیفری است، بلکه یک منبع ماهوی مهم نیز محسوب می‌شود. در حقیقت، استفاده مکرر از اصول کلی حقوقی توسط محاکم کیفری بین‌المللی ضرورت تنظیم بهتر برخی از موضوعات حقوقی را آشکار کرده است. به همین دلیل برخی از این اصول کلی حقوقی متعاقباً به قواعد حقوقی مشخصی تبدیل شده‌اند؛ این مسئله در موارد ذیل قابل مشاهده است (Raimondo, 2008: 168):

اصل بدهت قضایی^۱؛ که در منشور دادگاه نظامی نورنبرگ (ماده ۲۱)؛ منشور توکیو (بند «د» ماده ۱۳)؛ ماده ۹۴ آیین دادرسی دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق؛ ماده ۹۴ آیین دادرسی دیوان کیفری بین‌المللی برای رواندا؛ ماده ۹۴ آیین دادرسی دادگاه ویژه سیرالئون منعکس شده است.

اصل مجرمیت شخصی؛ که از وضعیت عرفی نیز برخوردار است و همچنین در اصل مسئولیت کیفری فردی مندرج در بند ۱ ماده ۷ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق، بند ۱ ماده ۶ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی برای رواندا، ماده ۲۵ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی و بند ۶ ماده ۶ اساسنامه دادگاه ویژه سیرالئون منعکس شده است.

اصل قانونی بودن جرم؛ که در ماده ۲۲ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی آمده است. اصل قانونی بودن مجازات؛ که در ماده ۲۳ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی منعکس شده است. اصل عطف به ماسبق نشدن؛ که در بند ۱ ماده ۲۴ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی پیش‌بینی شده است. اصل تفسیر قانون به نفع متهم؛ که در بند ۲ ماده ۲۴ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی آمده است.

اصل محاکمه متهم در حضور او؛ که در ماده بند ۴ (د) ماده ۲۱ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق، بند ۴ (د) ماده ۲۰ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی رواندا، بند ۱ «د» ماده ۶۷ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی و بند ۴ «د» ماده ۱۷ اساسنامه دادگاه ویژه سیرالئون منعکس شده است.

بدیهی است که نه‌تنها استفاده مؤثرتر از اصول کلی حقوقی توسط محاکم کیفری بین‌المللی در توسعه حقوق بین‌الملل کیفری مهم است، چراکه حوزه‌هایی را شناسایی می‌کند که مقررات خاصی لازم است، بلکه همچنین صرف در نظر گرفتن کاربرد اصول کلی حقوقی در زمینه یک موضوع خاص ممکن است دولت‌ها را وادار به وضع قوانین در مورد چنین زمینه‌هایی کند. برای مثال موضوع «اکراه» را به عنوان رافع مسئولیت کیفری در نظر بگیرید، که احتمالاً در نتیجه بحث و تبادل نظر در شعبه تجدیدنظر دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق در مورد این موضوع، طراحان و تدوین‌کنندگان اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی را بر آن داشت تا آن را در یک ماده خاص (بند ۱ «د» ماده ۳۱). درج کنند (Raimondo, 2008: 169).

وضعیت نسبتاً ناپخته حقوق بین‌الملل کیفری و وجود شکاف‌ها و خلأها در مقررات حقوق بین‌الملل کیفری سبب شده است اصول کلی حقوقی به‌عنوان یک منبع مهم حقوقی در رویه قضایی دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق ظاهر شود؛ شعبات دادرسی این دیوان در شماری از قضایای خود به این اصول استناد کرده‌اند. بنابراین، در مبحث بعدی برخی از قضایایی که در آنها اصول کلی حقوقی مورد استناد دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق قرار گرفته است، بررسی می‌شوند.

۴. کاربرد اصول کلی حقوقی در رویه قضایی دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق

برخلاف اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی (شق «ج» بند ۱ ماده ۲۱) اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق تصریحی نسبت به اصول کلی حقوقی ندارد، اما آیین دادرسی دیوان به‌عنوان بخشی از حقوق قابل اعمال آشکارا به اصول کلی حقوقی اشاره می‌کند. بند ۳ ماده ۸۹ آئین دادرسی دیوان مقرر می‌دارد: «در مواردی که در این بخش به گونه دیگری پیش‌بینی نشده است، دادگاه اصول و قواعد حاکم بر ادله اثبات دعوی را اعمال می‌کند که به بهترین وجه به تصمیم‌گیری عادلانه در خصوص قضیه مطرح‌شده نزد دادگاه کمک می‌کنند و مطابق با روح اساسنامه و اصول کلی حقوقی می‌باشند».

۱.۴. قضیه تادیچ^۱

این قضیه^۲ به تجدیدنظرخواهی توسط وکلای متهم نسب به حکم شعبه دوم دادرسی مربوط است. به گفته وکلای متهم، ایجاد دیوان غیرقانونی بود، زیرا مطابق فرایند قانونی تأسیس نشده بود. از نظر آنها، دیوان باید به‌واسطه یک معاهده یا با اصلاحیه در منشور فعلی ملل متحد ایجاد می‌شد (ICTY, 1995: 26). وکلای متهم استدلال می‌کردند که حق محاکمه توسط دادگاهی که مطابق قانون تأسیس شده است، بخشی از حقوق بین‌الملل بوده که تحت عنوان «اصول کلی حقوقی به رسمیت شناخته‌شده توسط

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

۲. تادیچ رئیس محلی حزب دموکراتیک صرب در شهر کوزاراج (شهرداری پریدور) بود. در ۲۴ مه ۱۹۹۲ نیروهای صرب بوسنی به شهر کوزاراج حمله کردند که به کشته شدن ۸۰۰ غیرنظامی منجر شد. در طول اشغال، تادیچ در انتقال اجباری غیرنظامیان غیرصرب شرکت داشت. وی به‌دلیل اقدامات خود در منطقه پریدور همچون جنایت علیه بشریت، نقض شدید کنوانسیون‌های ژنو و نقض قوانین و عرف جنگ از سوی دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق به ۲۰ سال زندان محکوم شد. او اولین فردی بود که توسط دیوان محاکمه شد و اولین کسی بود که پس از نورنبرگ در یک دادگاه بین‌المللی جنایات جنگی حاضر شد. وی دوران محکومیت خود را در آلمان گذراند تا اینکه در ۱۷ ژوئیه ۲۰۰۸ به‌واسطه آزادی پیش از موعد از زندان آزاد شد (http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=6077. Last visited: 26 September 2021).

ملل متمدن»، به‌عنوان یکی از منابع حقوق بین‌الملل در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان دادگستری بین‌المللی آمده است. در همین راستا، وکلای متهم بر ماهیت بنیادین «دادرسی عادلانه» یا «فرایند دادرسی منصفانه» که در میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و کنوانسیون حقوق بشر آمریکایی مقرر شده، تأکید و ادعا کردند که مفاد مربوطه در کنوانسیون‌های مذکور حداقل الزامات در حقوق بین‌الملل برای اجرای عدالت کیفری هستند (ICTY, 1995: 41). بنابراین، از نظر وکلای متهم، این حق به دلیل ماهیت بنیادین جزء اصول کلی حقوقی و از این رو، حداقل شرط اجرای عدالت کیفری بین‌المللی است. آنها اعتقاد داشتند که الزامات مندرج در این سه کنوانسیون نه تنها در خصوص نظام‌های حقوقی داخلی، بلکه در مورد رسیدگی‌هایی که در محاکم بین‌المللی انجام می‌شود نیز باید اعمال شود (ICTY, 1995: 42). در مقابل دادگاه بیان کرد که این اصل نمی‌تواند در سطوح ملی و بین‌المللی یکسان باشد، دادگاه تجدیدنظر بیان کرد: «این اصل که بر اساس آن دادگاه‌ها باید مطابق فرایند قانونی تأسیس شوند، بیان‌کننده تعهد بین‌المللی است که صرفاً در مورد نظام‌های داخلی دادگستری کیفری اعمال می‌شود. این رویکرد از این امر ناشی می‌شود که بر همه کشورهای واجب است که نظام دادگستری کیفری خود را به‌گونه‌ای سازماندهی کنند که اطمینان حاصل شود که همه افراد از حق دادرسی کیفری توسط دادگاهی که مطابق قانون تأسیس شده، برخوردارند. با این حال، این بدان معنا نیست که یک محکمه کیفری بین‌المللی می‌تواند صرفاً توسط گروهی از دولت‌ها تشکیل شود. [بلکه] چنین محکمه‌ای باید ریشه در حاکمیت قانون داشته باشد و شامل کلیه تضمین‌های موجود در اسناد بین‌المللی مربوطه باشد. با طی کردن چنین فرایندی امکان‌پذیر است گفته شود که دادگاه «مطابق قانون تأسیس شده است» (ICTY, 1995: 42). بنابراین به اعتقاد شعبه تجدیدنظر در صورتی که کلیه ضمانت‌های دادرسی عادلانه مطابق با استانداردهای حقوق بشری به رسمیت شناخته شده بین‌المللی در ایجاد یک دادگاه بین‌المللی رعایت شود، اصل تأسیس دادگاه مطابق قانون، محقق می‌شود. از نظر دادگاه، این تفسیر «معقول‌ترین» و «محتمل‌ترین معنی» در چارچوب حقوق بین‌الملل بود (ICTY, 1995: 45). بنابراین، با توجه به استدلال‌ات مذکور، شعبه تجدیدنظر با نظر وکلای متهم مخالفت کرد؛ چراکه اساسنامه و آیین دادرسی دیوان تضمین‌کننده دادرسی عادلانه و همچنین بی‌طرفی و استقلال قضات است (ICTY, 1995: 45-46-47).

این درست است که معنای این اصل که یک دادگاه باید مطابق قانون تأسیس شود نمی‌تواند در سطح بین‌المللی با سطح نظام‌های حقوقی ملی یکسان باشد. دلیل آن این است که در نظام‌های حقوقی ملی کلمه «قانون» در اصطلاح «مطابق قانون تأسیس شده باشد» به معنای قانون پارلمان یا کنگره است (Raimondo, 2008: 89). همان‌طور که دادگاه تجدیدنظر اعلام کرد، چنین چیزی در جامعه بین‌المللی وجود ندارد. با این حال، دادگاه تجدیدنظر کاربرد این اصل را رد نکرده، بلکه معنای اصل را با

ویژگی‌های خاص حوزه بین‌المللی تنظیم و تفسیر کرده است و پس از تعدیل، این اصل برای دادگاه تجدیدنظر به این معنا تلقی شد که یک دادگاه کیفری بین‌المللی قانونی باید «ریشه در حاکمیت قانون داشته باشد و کلیه ضمانت‌های ارائه‌شده در اسناد بین‌المللی مربوطه را شامل شود» (ICTY, 1995: 42-43). به نظر می‌رسد که این تعدیل به معنای اصل، عنوان یا چیز دیگری اضافه نکرده است؛ چراکه دیوان بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق و همچنین هر محکمه کیفری بین‌المللی، ملزم به رعایت قانون و تضمین دادرسی عادلانه برای متهمان هستند. تعهد به تضمین دادرسی عادلانه نیز در اساسنامه محاکم کیفری بین‌المللی و در حقوق عرفی قید شده است (ICTR, 2001: 51). علاوه بر این، شعبه تجدیدنظر دیوان، معتقد است که تعهد «فرایند دادرسی منصفانه» قاعده آمره است و ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی نشان‌دهنده یک هنجار تخطی‌ناپذیر حقوق بین‌الملل است که دیوان باید به آن پایبند باشد (ICTY, 2001: 3). بنابراین، دیوان ملزم به رعایت حاکمیت قانون بوده است، صرف‌نظر از کاربرد این اصل که دادگاه‌ها باید مطابق قانون تأسیس شوند. در نهایت اگر بدیهی تلقی شود که تأسیس دیوان باید مطابق اسناد ایجادکننده آن و حقوق عرفی ریشه در حاکمیت قانون داشته باشد، بهترین تفسیر از اصل «دادگاه‌ها باید مطابق قانون تأسیس شوند» این است که ایجاد دادگاه‌ها و محاکم بین‌المللی باید توسط ارگانی با قدرت اتخاذ تصمیمات اجباری، مانند شورای امنیت سازمان ملل متحد، در زمانی که این نهاد بر اساس فصل هفتم منشور سازمان ملل عمل می‌کند، به عمل آید (ICTY, 1995: 44). با این حال، دادگاه تجدیدنظر این تفسیر را رد کرد، زیرا از نظر آن، «معقول‌ترین و محتمل‌ترین معنی این اصطلاح در چارچوب حقوق بین‌الملل» این است که «مطابق قانون تأسیس شده باشد» به این معناست که دیوان باید ریشه در حاکمیت قانون داشته باشد (ICTY, 1995: 45). دیوان در تأیید تفسیر خود مقرر می‌دارد این تفسیر از تضمین اصل «دادگاه‌ها باید مطابق قانون تأسیس شوند»، مطابق با میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی است؛ «همان‌طور که توسط شعبه دادرسی بیان شد، در زمانی که ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی در حال تدوین بود، تلاش ناموفقی صورت گرفت که این عبارت در ماده ۱۴ اصلاح شود که دادگاه‌ها باید مطابق قانون از پیش تأسیس شده باشند» و نه صرفاً «طبق قانون تأسیس شده باشند». دیوان به دو پیشنهاد مشابهی (یکی توسط نماینده لبنان و دیگری توسط نماینده شیلی) که در زمینه مذکور ارائه شد، اشاره می‌کند که در صورت تصویب، از تشکیل همه محاکم موقت جلوگیری می‌شد. همچنین پاسخ نماینده فیلیپین را که در خصوص معایب استفاده از عبارت «مطابق قانون از پیش تأسیس شده باشند» اشاره کرده بود مورد توجه قرار می‌دهد. نماینده فیلیپین اظهار کرده بود: «گر [پیشنهاد شیلی یا لبنان تصویب می‌شد]، یک کشور هرگز نمی‌توانست دادگاه‌های خود را مجدد سازماندهی کند. به‌طور مشابهی، می‌توان ادعا کرد که دادگاه نورنبرگ در زمانی که جنایتکاران جنگی جنایات خود را مرتکب شده بودند، وجود نداشت». شعبه

تجدیدنظر دیوان مقرر می‌دارد: «همان‌طور که شعبه دادرسی در تصمیم خود اشاره کرد، توافق گسترده‌ای وجود دارد که از بسیاری جهات، محاکم نظامی بین‌المللی در نورنبرگ و توکیو، به لحاظ آیین دادرسی، برای متهمان محاکمه عادلانه فراهم کردند. ملاحظات مهم در تعیین اینکه آیا دادگاه «مطابق قانون تأسیس شده است» این نیست که آیا دادگاه از قبل برای هدف یا موقعیت خاصی تأسیس شده است. آنچه مهم است این است که توسط یک ارگان ذی‌صلاح با رعایت آیین‌های دادرسی قانونی مربوطه و الزامات آیین دادرسی عادلانه تشکیل شود» (ICTY, 1995: 45). دیوان اظهار می‌دارد در حالی که کمیته حقوق بشر^۱ مقرر نکرده است که دادگاه‌های «فوق‌العاده» یا دادگاه‌های «ویژه» با الزام تشکیل دادگاه‌ها مطابق قانون ناسازگارند، اما این موضع را اتخاذ کرده است که هدف از این ماده تضمین این است که هر دادگاهی، خواه «فوق‌العاده» باشد یا نه، باید واقعاً تضمین‌های کامل محاکمه عادلانه مندرج در ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی را برای متهم فراهم کند. همچنین رویه کمیته حقوق بشر در خصوص تعهدات گزارش‌دهی در خصوص دولت‌ها، نشان‌دهنده تمایل این نهاد به بررسی دقیق محاکم کیفری «ویژه» یا «فوق‌العاده» به منظور اطمینان از رعایت الزامات دادرسی عادلانه مندرج در ماده ۱۴ است (ICTY, 1995: 45).

«جیمز کرافورد»، قاضی فقید دیوان دادگستری بین‌المللی از معدود علمای حقوق بین‌الملل است که به نقد نظر شعبه تجدیدنظر دیوان پرداخت، به گفته وی، تفسیر دادگاه از اصل مورد بحث مشکل‌ساز است، زیرا این ادعا که محاکم کیفری بین‌المللی نسبت به محاکم کیفری ملی تابع استانداردهای حقوق بشری پایین‌تری هستند، اشتباه است. در غیر این صورت، کشورها ممکن است با تشکیل محاکم کیفری بین‌المللی، حقوق بشر بین‌المللی را نقض کنند (Crawford, 2003: 131). او همچنین استدلال می‌کند که ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی بیان نمی‌کند که اگر دادگاهی به استانداردهای دادرسی عادلانه احترام بگذارد، طبق قانون تأسیس شده است، بلکه بیان می‌کند که دادگاه باید به استانداردهای حقوق بشر احترام بگذارد و همچنین باید مطابق قانون ایجاد شود. بنابراین، یک نهاد قضایی که تأسیس آن غیرقانونی است یا قضات آن به‌طور خودسرانه انتخاب می‌شوند، نمی‌تواند مطابق قانون تأسیس شده باشد، حتی اگر روند رسیدگی آن تضمین‌کننده استانداردهای دادرسی عادلانه باشد (Crawford, 2003: 132). به نظر می‌رسد دیدگاه کرافورد قانع‌کننده و قابل پذیرش باشد، حتی اگر مشخص نباشد که آیا شعبه تجدیدنظر دیوان واقعاً قصد دارد اظهار کند که محاکم کیفری بین‌المللی ممکن است نسبت به هم‌تایان ملی خود مشمول استانداردهای حقوق بشری پایین‌تری باشند (Raimondo, 2008: 90). البته از سوی دیگر، این قضیه همچنین انعطاف‌پذیری محتوای حقوقی

۱. کمیته حقوق بشر سازگار نظارتی است که در میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مقرر شده است.

اصول کلی حقوقی را نشان می‌دهد؛ انعطاف و انطباق‌پذیری که امکان کاربرد ماهرانه اصول کلی حقوقی را برای مطابقت بیشتر با اهداف محاکم کیفری بین‌المللی فراهم کرده است (Raimondo, 2008: 90).

۲.۴. قضیه اردموویچ^۱

یکی از پرونده‌های مشهور درباره نقش‌آفرینی اصول کلی حقوقی، پرونده «اردموویچ» است.^۲ متهم این پرونده ادعا می‌کرد که در اثر اکراهی که از سوی فرمانده به وی تحمیل شده، مرتکب جرم شده است. شعبه تجدیدنظر با سه رأی موافق در مقابل دو رأی مخالف، بیان کرد که استناد به اکراه نمی‌تواند به‌عنوان یک دفاع کامل اتهام جنایت علیه بشریت یا جنایت جنگی از جمله کشتن افراد بی‌گناه را توجیه کند (ICTY, 1997: 19). در این پرونده، در صورت احراز اصل کلی حقوقی، مبنی بر پذیرش دفاع اکراه به‌عنوان عامل رافع مسئولیت، متهم تبرئه می‌شد.

نظریات جداگانه ضمیمه‌شده توسط قضات در قضیه مذکور، به‌وضوح توسل به روش‌های مختلفی را نشان می‌دهد که در نتیجه آن اصول کلی در حقوق بین‌الملل کیفری مفروض و اعمال می‌شوند (Jain, 2016: 121). به عقیده قاضی «مک‌دونالد» و قاضی «وراه»، نه مقررات معاهده‌ای و نه حقوق بین‌الملل عرفی هیچ قاعده‌ای در مورد اینکه آیا اکراه می‌تواند یک دفاع کامل در مقابل اتهام کشتن انسان‌های بی‌گناه باشد، مقرر نکرده‌اند (ICTY, Case No. IT-96-22-A, Joint Separate Opinion, 1997: 41-55). این دو قاضی به «اصول کلی حقوقی شناخته‌شده توسط ملت‌های متمدن» روی آوردند و خاطرنشان کردند که این امر به بررسی جامع قوانین خاص در همه نظام‌های داخلی احتیاج ندارد، بلکه به تجزیه و تحلیل آن حوزه‌های قضایی که عملاً برای دادگاه در دسترس هستند، احتیاج است که به‌واسطه این امر اصول کلی که زیربنای قوانین موضوعه آن حوزه‌ها هستند، استنباط شوند (ICTY, Case No. IT-96-22-A, Joint Separate Opinion, 1997: 57-58). بنابراین قضات بررسی محدودی از نظام‌های حقوقی جهان را بررسی کردند: نظام‌های حقوقی رومی-ژرمنی (فرانسه، بلژیک، اسپانیا، هلند، ایتالیا، آلمان، نروژ، سوئد، فنلاند، ونزوئلا، نیکاراگوئه، شیلی، پاناما، مکزیک و یوگسلاوی سابق)؛ نظام‌های حقوقی کامن‌لا

1. Prosecutor v. Erdemović, Case No. IT-96-22-A, Judgment, Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia Oct. 7, 1997.

۲. دراژن اردموویچ (Dražen Erdemović) فردی بوسنیایی از قوم کرووات است که در جنگ داخلی بوسنی در ارتش جمهوری صرب بوسنی خدمت کرد. وی در ۱۶ ژوئیه ۱۹۹۵ بر خلاف میلش مجبور به شرکت در قتل عام تعداد زیادی از مردان مسلمان غیرنظامی شهر سربرنیتسا شد. اردموویچ در دادگاه مدعی شد که این عمل را تحت اکراه انجام داده است، اما شعبه تجدیدنظر دادگاه دفاع وی را قبول نکرد و او را به تحمل پنج سال زندان محکوم کرد. وی در ۱۳ اگوست ۱۹۹۹ به‌واسطه آزادی پیش از موعد از زندان آزاد شد (<http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=6096>. Last visited: 26 September 2021).

(انگلیس، ایالات متحده، استرالیا، کانادا، آفریقای جنوبی، هند، مالزی و نیجریه)؛ و قانون کیفری سایر کشورها (ژاپن، چین، مراکش، سومالی و اتیوپی). این بررسی و مطالعه هیچ قاعده متداول و سازگاری را نشان نداد (ICTY, Case No. IT-96-22-A, Joint Separate Opinion, 1997: 59-72). قضات سپس با توجه به ملاحظات سیاسی خاص حقوق بین‌الملل بشردوستانه و دستورالعمل هنجاری حقوق بین‌الملل کیفری به این موضوع پرداختند. در نتیجه در تحلیل این استدلال‌های سیاسی، قضات به‌طور مفهومی از استدلال دادگاه‌های داخلی، به‌ویژه دادگاه‌های انگلیس و ایتالیا بهره بردند (ICTY, Case No. IT-96-22-A, Joint Separate Opinion, 1997: 73-74, 79-82, 85-87). با توجه به هدف غالب حقوق بین‌الملل کیفری برای محافظت از جان افراد بی‌گناه و اهمیت تعیین محدودیت‌های قانونی در رفتار فرماندهان و سربازان، قضات توسل به اکراه به عنوان یک دفاع کامل را رد کردند (ICTY, Case No. IT-96-22-A, Joint Separate Opinion, 1997: 75-89).

قاضی استفان هم به‌عنوان قاضی مخالف، در نظر جداگانه و مخالف خود، به اصول کلی حقوقی استناد کرد (ICTY, Case No. IT-96-22-A, Separate and Dissenting Opinion, 1997: 25). وی با اشاره به بررسی نظام‌های حقوقی داخلی که توسط قضات «مک‌دونالد» و «وراه» انجام گرفت، اظهار کرد که بیشتر این نظام‌ها به‌نحوی از انحاء اکراه را به‌عنوان دفاعی در برابر قتل شناسایی کرده‌اند و این نظام‌های حقوقی کاملاً هستند که این قاعده را مستثنا کرده‌اند (ICTY, Case No. IT-96-22-A, Separate and Dissenting Opinion, 1997: 25). اگر موقعیت استثنایی کاملاً نبود، بی‌شک اکراه می‌توانست به‌عنوان دفاعیه برای کلیه جرائم به‌عنوان یک اصل کلی حقوقی شناخته شود، نه تنها به‌دلیل تأیید آن در نظام حقوقی رومی-ژرمنی، بلکه همچنین به‌عنوان بیانی از «عدالت محض»^۱ (ICTY, Case No. IT-96-22-A, Separate and Dissenting Opinion, 1997: 26). قاضی استفان در ادامه به بررسی جامع رویه قضایی انگلیس می‌پردازد و نتیجه می‌گیرد که هیچ مبنای مستدل، مستثنا بودن اکراه به‌عنوان دفاعیه برای جرائم سنگین از جمله قتل را آشکار نمی‌کند. افزون‌بر این نظام کاملاً فقط هنگامی استناد به اکراه را رد می‌کند که متهم برای نجات جان خود و زندگی دیگری از قدرت انتخاب برخوردار باشد، و نه زمانی که هر دو نفر در هر صورت کشته می‌شوند و متهم امکانی برای انتخاب ندارد (ICTY, Case No. IT-96-22-A, Separate and Dissenting Opinion, 1997: 29-58). قاضی استفان معتقد بود که در نظام‌های حقوقی مورد بحث، شناسایی یک اصل کلی عمومی درگرو بررسی و مطالعه دقیق آن دسته از مبانی است که پشت ایجاد قواعد موضوعه این نظام‌ها وجود دارد. استثنای موجود در کاملاً در خصوص قتل، بر این درک استوار است که حقوق

هرگز نمی‌تواند ترجیح حیات متهم بر زندگی شخص بی‌گناه دیگری را تأیید کند. بنابراین پذیرش اکراه به‌عنوان یک دفاع در وضعیتی که متهم فاقد هرگونه انتخابی است، نقض‌کننده حقوق کامن‌لا نیست (ICTY, Case No. IT-96-22-A, Separate and Dissenting Opinion, 1997: 64-66).

۳.۴. قضیه کوپرشکیچ و دیگران^۱

در این قضیه^۲ شعبه دادرسی دیوان وجود اصول کلی حقوقی را در مورد تجمیع جرائم^۳ (تعدد معنوی یا اعتباری)^۴ بررسی کرده است. در ابتدا برای تبیین رویکرد شعبه، باید اظهارات آن را مورد توجه قرار داد که بیان می‌کند: «دادگاه به اصول کلی حقوق بین‌الملل کیفری و اگر چنین اصلی یافت نشود، به اصول مشترک در نظام‌های مختلف حقوقی جهان، به‌ویژه موارد مشترک بین نظام‌های عمده کیفری سیویل^۵ و کامن‌لا متوسل می‌شود. [به‌واسطه] جست‌وجو و بررسی استانداردهای قانونی مربوطه، و در نتیجه اعلام اصول قابل اعمال در سطح بین‌المللی، ممکن است این‌گونه به‌نظر برسد که دادگاه نوعی «محکمه روم باستان»^۶ را ایجاد کرده است. با این حال، اختیارات شعبه در یافتن قانون بسیار محدودتر از قدرت متعلق به «پرایتور»^۷ رومی است: طبق اساسنامه دیوان، شعبه باید از قانون موجود استفاده کند، اگرچه اختیارات گسترده‌ای در تبیین چنین قانونی دارد» (ICTY a, 2000: 669).

1. Prosecutor v. Kupreškić, Case No. IT-95-16-T, Judgment, Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia Jan. 14, 2000.

۲. ولاتکو کوپرشکیچ، زوران کوپرشکیچ، میرجان کوپرشکیچ، دراگان پایچ، دراگو یوسیویویچ و ولادیمیر شانتیچ، از نیروهای کروات بوسنیایی (Bosnian Croat forces (HVO)) در مرکز بوسنی و هرزگوین بودند. این افراد متهم بودند که در حمله نظامی به غیرنظامیان در روستای احمچی شرکت داشتند که طی آن بیش از ۱۰۰ غیرنظامی کشته و ۱۶۹ خانه مسلمانان تخریب شد. در نتیجه محاکمه دادگاه، به‌ترتیب ولاتکو کوپرشکیچ، زوران کوپرشکیچ، میرجان کوپرشکیچ و دراگان پایچ بی‌گناه و دراگو یوسیویویچ به ۱۲ سال زندان و ولادیمیر شانتیچ به ۱۸ سال زندان به‌دلیل ارتکاب جنایت علیه بشریت محکوم شدند (https://www.icty.org/x/cases/kupreskic/cis/en/cis_kupreskic_al_en.pdf. Last visited: 26 September 2021).

3. Concursum delictorum.

۴. تعدد معنوی یا اعتباری بدین معناست که رفتار واحد، دارای عناوین متعدد مجرمانه است. در مقابل آن تعدد واقعی یا مادی قرار دارد که در آن شخص مرتکب چندین جرم می‌شود.

۵. نظام حقوقی رومی-ژرمنی

6. Ius praetorium

7. Praetor

-پرایتور یک مقام کلانتری در روم باستان بود. شش پرایتور از میان مردانی با حداقل ۳۹ سال سن انتخاب می‌شدند (با اصلاحات آگوستوس این سن حداقل به ۳۰ سال کاهش یافت). آنان درجه نخست مسئولیت‌های قضایی در روم را داشتند و همچنین می‌توانستند ارتش‌های ایالتی را هدایت کنند و ریاست دادگاه‌ها را برعهده داشتند.

-See: Byrd, Robert C. (1995), The Senate of the Roman Republic: Addresses on the History of Roman Constitutionalism (Senate Document 103-23), p: 32.

عبارت‌پردازی شعبه نشان می‌دهد که ممکن است اصول کلی حقوقی در رفع شکاف‌های حقوقی نقش مهمی را ایفا کنند. هنگامی که شعبه تشخیص دهد حقوق بین‌الملل معاهده‌ای و عرفی قابل اجرا (از جمله اصول کلی حقوق بین‌الملل کیفری) وجود ندارد (Raimondo, 2008: 119).

مسئله دادگاه آن بود که چه زمانی ممکن است رفتار یکسان چندین مقررۀ بین‌المللی کیفری را نقض کند؟ چگونه باید این امر در مجازات منعکس شود؟ و چه زمانی ممکن است دادستان اتهامات تجمیعی را تحت تعقیب قرار دهد؟ دادگاه رویکرد تفسیری خود را با عبارت‌پردازی زیر اعلام کرد: اگر اساسنامه مقررۀ مشخصی را وضع نکرده باشد، شعبه با مراجعه به موارد زیر به موضوع مربوطه رسیدگی خواهد کرد: نخست به اصول کلی حقوق بین‌الملل کیفری؛ یا در صورت فقدان چنین اصولی، اصول کلی حقوق کیفری مشترک در نظام‌های اصلی حقوقی جهان؛ یا در صورت فقدان چنین اصولی، به اصول کلی حقوق مطابق با الزامات اساسی عدالت بین‌المللی (ICTY a, 2000: 591).

شعبۀ دادرسی برای تفکیک چهار اصل حقوقی که در مورد تجمیع اتهامات اعمال می‌شود، به اصول کلی حقوق کیفری مشترک در میان نظام‌های حقوقی اصلی جهان استناد کرد: نخست شرط اختصاص متقابل^۱ است؛ یعنی زمانی که یک عمل دو مقررۀ متمایز را نقض کند، آن عمل زمانی دو جرم متفاوت را شامل می‌شود که هر یک از مقررات (دو مقررۀ مجزا) مستلزم اثبات عنصر اضافی باشد که جرم دیگر، شامل آن نمی‌شود (ICTYa, 2000: 680-682). دادگاه در شناسایی خود بدون اشاره بیشتر به «*دادگاه‌های نظام رومی-ژرمنی*»، به دو مورد که توسط دادگاه‌های ایالات متحده تصمیم‌گیری شده‌اند، استناد کرد (Jain, 2016: 127). اگر قاعدۀ اختصاص متقابل محقق نشود و یکی از جرم‌ها کاملاً در دامنه جرم دیگر قرار گیرد، در چنین شرایطی طبق اصل دوم قاعدۀ اختصاص (با استناد به قوانین جزایی هلند و ایتالیا)، مقررۀ خاص بر مقررۀ عام حاکم بر این عمل مقدم است. این قاعدۀ کلی منعکس‌کننده اصل وضع‌شده در حقوق بین‌الملل عمومی و بسیاری از نظام‌های کیفری ملی است (ICTY (A), 2000: 683). در حقیقت، رابطه بین این دو را می‌توان به‌عنوان رابطه بین دایره‌های متحدالمرکز توصیف کرد، زیرا یکی دامنه وسیع‌تری دارد و دیگری را کاملاً در برمی‌گیرد. منطق پشت اصل ترجیح قانون خاص بر قانون عام این است که اگر یک عمل از نظر قانونی هم با یک مقررۀ عام و هم با یک مقررۀ خاص قانونگذاری شود، دومی به‌عنوان مناسب‌ترین ترجیح که به‌طور خاص به آن عمل اعمال می‌شود، غالب است. به‌ویژه در صورت مغایرت بین این دو قانون، منطقی است که فرض شود که نهاد قانونگذار قصد داشته است به‌طور مستقیم و با جزئیات بیشتر به مقررات خاص حاکم بر عمل، موقعیت متمایزی اعطا کند (ICTYa, 2000: 683-684). اصل ۳، اصل زوال^۲ در نظام رومی-ژرمنی است که می‌توان آن

1. Reciprocal speciality test
2. Principle of consumption

را به دکتربین «ادغام» (ادغام جرم سطح پایین در جرم شدیدتر)^۱ در کامن‌لا تشبیه کرد (ICTY, 2000: 687). مطابق این اصل اگر تمام عناصر یک جرم سطح پایین در جرم جدی‌تر وجود داشته باشد، جرم سطح پایین در جرم جدی‌تر اخیر کاملاً ادغام می‌شود (ICTY, 2000: 686-688). دادگاه مقرر داشت که مطابق رویه قضایی نظام رومی-ژرمنی، محکومیت مضاعف در چنین شرایطی به واسطه اصل زوال منتفی می‌شود، چراکه تمامی الزامات قانونی برای جرم سطح پایین در جرم جدی‌تر برآورده می‌شود و محکومیت در جرم جدی‌تر تمامی خصوصیات رفتار مجرمانه را شامل می‌شود (ICTY, 2000: 688). شعبه دادرسی برای پذیرش و توجیه این اصل ضمن اشاره به رویه قضایی دادگاه حقوق بشر دولت‌های آمریکایی، کمیسیون اروپا و دادگاه اروپایی حقوق بشر، به رویه دادگاه‌های اتریش، دادگاه‌های آلمان و نظرات علمای حقوقی انگلیس استناد کرد (ICTY, 2000: 686-692). اصل نهایی که توسط شعبه مشخص شده اصل ارزش‌های محافظت شده^۲ است: اگر عملی دو مقرر قانونی را که از ارزش‌های متمایز محافظت می‌کنند نقض کند، ممکن است نقض هر دو ماده تلقی شده و موجب محکومیت مضاعف شود (ICTY, 2000: 694) برای این اصل، شعبه دادرسی تصمیمات دادگاه‌های کانادا، فرانسه، اتریش و ایتالیا را ذکر کرد (ICTY, 2000: 693-695). در ضمن برای نمونه به توسل به سلاح‌های ممنوعه به قصد نسل‌زدایی اشاره کرد که برخلاف ماده ۳ و ۴ اساسنامه دیوان است. دادگاه توضیح داد: ماده ۳ قصد دارد متخاصمان را ملزم به رفتار عادلانه در انتخاب سلاح‌ها و اهداف کند، از این رو مقرر می‌دارد ۱. از ایراد رنج‌های غیرضروری به مبارزان دشمن صرف‌نظر کنند و ۲. از جمعیت غیرنظامی در برابر استفاده از سلاح‌های غیرانسانی محافظت کنند. در مقابل، ماده ۴ اساسنامه دیوان در درجه اول قصد دارد از گروه‌ها (گروه‌های ملی، قومی، نژادی یا مذهبی) در برابر نابودی محافظت کند. از این رو نقض هر دو مقرر با یک عمل واحد به محکومیت مضاعف منجر می‌شود (ICTY, 2000: 694).

ایراد وارد به استنباط این اصول کلی حقوقی توسط شعبه دادرسی این است که شعبه مستندات بسیار کمی برای پذیرش این چهار اصل در نظام‌های داخلی فراهم کرده است (Jain, 2016: 127). در حقیقت، اگرچه شعبه دادرسی به استدلال‌های مربوطه به هریک از این چهار اصل پرداخته، اما این کار را با عمق بیشتری انجام نداده است، بنابراین مبنای ماهوی برای اعتبار آنها روشن و دقیق نیست. زمانی که شعبه با این مسئله مواجه شد که چگونه محکومیت مضاعف برای یک عمل باید در مجازات منعکس شود، جست‌وجو برای یافتن همانندی و تشابه در نظام‌های حقوقی را کنار گذاشت. شعبه بیان کرد در این موضوع که نباید دو مجازات متمایز، برای یک عمل اعمال شود، اتفاق نظر وجود دارد. با این حال، شعبه دادرسی موظف به رعایت مفاد اساسنامه و حقوق بین‌الملل عرفی است (ICTY, 2000: 713).

1. Lesser included offense

2. Principle of protected values

دادگاه به بند ۱ ماده ۲۴ اساسنامه دیوان استناد کرد که مقرر می‌کند دادگاه برای تعیین مدت حبس به رویه عمومی مجازات در یوگسلاوی سابق متوسل شود. دادگاه اظهار کرد که رویه دادگاه‌ها در یوگسلاوی سابق منابعی را که شعبه دادرسی می‌تواند در تعیین مجازات مناسب برای یک شخص محکوم مورد استناد قرار دهد، محدود نمی‌کند. در بسیاری از نظام‌های حقوقی، مجازات اعمال شده در زمینه محکومیت متعدد برای جرائمی که با یک عمل انجام شده است، محدود به مجازات پیش‌بینی شده برای جدی‌ترین جرم است. نمونه‌ای از این روش بند ۲ ماده ۵۲ قانون مجازات آلمان است» (ICTY a, 2000: 716). با توجه به این موضوع، دادگاه به تفاوت‌ها بین مقررات یوگسلاوی سابق، کرواسی و قانون کیفری ایتالیا از یک سو و سایر نظام‌های حقوقی مانند آلمان از سوی دیگر اشاره کرد. با توجه به این تفاوت‌ها در میان نظام‌های ملی، دادگاه تصمیم گرفت که یک راه‌حل عادلانه را بر اساس هدف و موضوع اساسنامه دیوان و اصول کلی عدالت که توسط حقوقدانان تبیین و سابقاً توسط دادگاه‌های نظامی از جمله محکمه بین‌المللی نظامی نورنبرگ به کار گرفته شده بودند، را انتخاب کند (ICTY a, 2000: 717). دادگاه اظهار کرد: «اگر دادگاه تشخیص دهد که متهم با یک فعل یا ترک فعل، مرتکب دو جرم تحت دو ماده جداگانه اساسنامه شده است و این جرائم حاوی عناصری هستند که هریک از آنها جهت تحقق جرم منحصراً مورد نیاز است، دادگاه باید متهم را در دو مورد جداگانه مجرم بداند. در این صورت مجازات ناشی از محکومیت به واسطه یک عمل به‌طور همزمان اجرا می‌شود. اما دادگاه ممکن است مجازات را برای جرم جدی‌تر تشدید کند، اگر تشخیص دهد که جرم سطح پایین به‌طور چشمگیری ماهیت شنیع جرم غالب را تشدید کرده است، مثل اینکه جرم سطح پایین استفاده از سلاح‌های سمی باشد که دارای عناصر متمایز و بسیار مذموم است و جرم غالب و جدی‌تر جنایت نسل‌زدایی (ICTY a, 2000: 718).

به‌طور مشابه، دادگاه در این قضیه در خصوص «عواقب طبقه‌بندی حقوقی اشتباه حقایق قضیه توسط دادستان»^۱، پس از بررسی نظام‌های حقوقی مختلف نمی‌تواند رویکرد سازگار و مشابهی در نظام‌های داخلی پیدا کند. دادگاه بیان کرد: «نه اساسنامه و نه سایر قواعد در مورد این مسئله که در صورت طبقه‌بندی حقوقی اشتباه حقایق توسط دادستان، دادگاه باید چگونه عمل کند هیچ مقرره‌ای ندارند. به‌طور خاص، هیچ راهنمایی در مورد نحوه عملکرد شعبه در صورت عدم اثبات برخی از عناصر حقوقی اتهام ارائه نمی‌شود، درحالی‌که شواهد نشان می‌دهد که اگر حقایق به‌گونه‌ای دیگر طبقه‌بندی می‌شدند، وقوع یک جنایت بین‌المللی تحت صلاحیت دادگاه محقق می‌شد. در صورت عدم وجود چنین راهنمایی و با توجه به فقدان اصول کلی حقوق کیفری بین‌المللی در این مورد، ممکن است بررسی نحوه عملکرد نظام‌های کیفری ملی اصلی در این مورد مفید باشد. این بررسی به‌منظور تعیین اینکه آیا اصول حقوقی

1. The consequences of the Prosecutor's erroneous legal classification of facts

کلی کیفری مشترک در نظام‌های حقوقی اصلی جهان در این زمینه وجود دارد یا خیر، انجام می‌گیرد (ICTY, 2000: 728). با این حال، همان‌گونه که اشاره شد، دادگاه نتوانست در مورد عواقب طبقه‌بندی حقوقی اشتباه حقایق از سوی دادستان، با بررسی نظام‌های حقوقی انگلستان، ایالات متحده، زامبیا، نیجریه، یوگسلاوی سابق، کرواسی، آلمان، اسپانیا، فرانسه، ایتالیا و اتریش رویکرد سازگاری پیدا کند (ICTY, 2000: 729-738). بنابراین، مجبور شد «اصول کلی حقوقی سازگار با ویژگی‌های بنیادین و الزامات اساسی عدالت کیفری بین‌المللی» را جست‌وجو کند (ICTY, 2000: 738). البته این تلاش با دو ملاحظه بالقوه متناقض مواجه بود؛ حمایت کامل از حقوق متهم از یک سو، و توانایی دادگاه در اعمال تمام اختیارات لازم برای تحقق اهدافش به‌نحو مطلوب و در جهت منافع عدالت از سوی دیگر. بنابراین دادگاه بیان کرد با توجه به وضعیت کنونی حقوق بین‌الملل کیفری، توجه به این دو ملاحظه از اهمیت زیادی برخوردار است؛ اینکه حقوق متهمان به‌طور کامل حفظ شود و اینکه دادستان و به‌طور کلی دادگاه بین‌المللی در موقعیتی باشند که بتوانند از تمام اختیاراتی که به‌طور صریح یا ضمنی از اساسنامه ناشی می‌شوند، یا به‌طور ذاتی لازمه کارکرد آنها هستند و برای انجام مطلوب مأموریت خود لازم بوده و در جهت منافع عدالت هستند، استفاده کنند» (ICTY, 2000: 739). بنابراین، به‌واسطه موازنه دقیق این اصول و با در نظر گرفتن وضعیت نوظهور حقوق بین‌الملل کیفری، دادگاه مجموعه مقررات مفصلی را مقرر کرد که راهنمای تصمیم‌گیری آن در این زمینه باشند (Jain, 2016: 128).

برخی اعتقاد دارند قضیه «کوپرشکیچ و دیگران» سلسله‌مراتب دیگری را در منابع حقوق بین‌الملل کیفری و ترتیب اعمال آنها وارد کرده است: «اصول کلی حقوق بین‌الملل کیفری»، که دادگاه در تعریف این اصول ناتوان است، «اصول کلی حقوق کیفری» که از یک بررسی مقایسه‌ای سطحی نظام‌های ملی گرفته شده است و «اصول کلی حقوقی سازگار با الزامات عدالت بین‌المللی» (Jain, 2016: 128). اعتبار شکلی این دسته آخر از اساسنامه دیوان و احکام دادگاه نظامی نورنبرگ نشأت می‌گیرد، اما اعتبار ماهوی آن از آنچه برای عدالت در حوزه بین‌المللی لازم است نشأت می‌گیرد. اما برخلاف طبقه‌بندی کسسه، اصول کلی حقوقی سازگار با الزامات عدالت بین‌المللی تنها زمانی قابل اجرا هستند که اصول حقوقی داخلی - که در طبقه‌بندی کسسه فرعی هستند - هیچ نتیجه‌ای نداشته باشند (Jain, 2016: 128).

۵. نتیجه

تجزیه و تحلیل قضایایی که در آنها کاربرد اصول کلی حقوقی مدنظر است، آشفتگی عمیقی را در زمینه ماهیت و کاربرد اصول کلی حقوقی نشان می‌دهد. شعبات دیوان آزادانه از اصول کلی حقوقی برای پر کردن خلأهای موجود در اساسنامه دیوان و حقوق بین‌الملل عرفی به‌منظور تصمیم‌گیری در مورد مسائل

دشوار و بحث‌برانگیز که در دیوان مطرح شده است، استفاده کرده‌اند. با این حال سلسله‌مراتبی که بین اصول کلی حقوقی ارائه‌شده مبهم است و از یکنواختی مشخص و نظام‌مندی پیروی نمی‌کند. همچنین تلاش‌های اندکی برای توضیح و تبیین استدلال یا مبنای گزینش و اتخاذ یک مفهوم از اصول کلی حقوقی نسبت بر مفاهیم دیگر ارائه شده است. همچنین عملکرد شعبات دیوان این باور معمول را که قضات قانون وضع نمی‌کنند بلکه صرفاً آنها را شناسایی می‌کنند و به کار می‌گیرند، به چالش می‌کشد، چراکه تفسیرهای ارائه‌شده از کاربرد اصول کلی حقوقی صرفاً در مدار شناسایی و اعمال آن قرار نمی‌گیرد، بلکه وارد حوزه قانونگذاری نیز می‌شود؛ رویکرد دیوان در خصوص قضایای مربوط به «تعدد/اتهامات» و «عواقب طبقه‌بندی حقوقی ائتباه حقایق توسط دادستان» گام نهادن در حوزه قانونگذاری را نشان می‌دهد. با این حال، رویه قضایی دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق در مورد کاربرد اصول کلی حقوق نشان می‌دهد که شعبات آن در مواردی به‌طور چشمگیری خلاقانه عمل کرده‌اند. در حقیقت، کاربرد اصول کلی حقوقی در قضایای مورد بحث نشان می‌دهد آنها همچون عصای جادویی هستند که از طریق آن محاکم خلاقیت قضایی خود را به منصفه ظهور رسانده‌اند؛ شعبات دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق با شناسایی شکاف‌ها در اساسنامه و آیین دادرسی و ادله خود و همچنین در حقوق بین‌الملل عرفی، به این اصول روی آوردند تا به حوزه‌هایی از حقوق بین‌الملل کیفری که نیاز به مقررات بیشتری دارند پرداخته و آنها را تبیین کنند. در حقیقت، با اینکه اصول کلی حقوقی به‌عنوان منابع فرعی طبقه‌بندی می‌شوند، اما در رویه دیوان نقش ارزنده‌ای را ایفا می‌کنند؛ جبران فقدان موجب قانونی یا رفع ابهام در مقررات مربوطه و درنهایت پر کردن خلأها در مقررات قابل اعمال از کارکردهای شایان توجه اصول کلی حقوقی در چارچوب دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق است.

منابع

۱. فارسی

الف) کتاب‌ها

۱. ضیایی بیگدلی، محمدرضا (۱۳۸۸). *حقوق بین‌الملل*. ج ۳ سی‌وهشتم، تهران: گنج دانش.

ب) مقالات

۲. الهویی نظری، حمید (۱۳۹۲). جایگاه اصول کلی حقوقی در آرای دیوان بین‌المللی دادگستری. *فصلنامه حقوق*،

۴۳(۴)، ۳۷-۵۵.

۳. برزگرزاده، عباس (۱۳۹۹). کارکرد و منزلت تصمیمات قضایی در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری. *فصلنامه*

مطالعات بین‌المللی، ۱۷ (۲) (۶۶)، ۲۷-۵۱.

۴. محمودی کردی، زهرا (۱۳۹۷). ماهیت اصول کلی حقوقی و کارکردهای آن در حقوق بین‌الملل. مجله حقوقی بین‌المللی، ۸۵، ۳۳۹-۳۶۴.

۲. انگلیسی

A) Book

1. Byrd, Robert C. (1995). *the Senate of the Roman Republic: Addresses on the History of Roman Constitutionalism* (Senate Document 103-23).
2. Cassese, A. (2003), *International Criminal Law*. New York, Oxford University Press.
3. Crawford, J. (2003). The Drafting of the Rome Statute. in Sands, Philippe (ed.), *From Nuremberg to The Hague: The Future of International Criminal Justice*. Cambridge, Cambridge University Press,
4. De Wet, E. (2005). *the nternational Constitutional Order*. Amsterdam, Vossiuspers UvA.
5. Fabián Raimondo (2008). *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals*. Publisher: Brill | Nijhoff.
6. Jain, N. (2014). *general principles of law as gap-fillers*. Revisiting the Sources Thesis, University of Minnesota Law School.
7. Mosler, H. (1995). General Principles of Law. in Bernhardt, Rudolf (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, North-Holland, Elsevier, Vol. 2.
8. Simma, B., & Paulus, A. (2000). Le rôle relatif des différentes sources du droit international public: dont les principes généraux du droit. in Ascensio, Hervé et al. (eds.), *Droit international pénal*, Paris, Pedone.

B) Article

9. Degan, V. (1992). General Principles of Law (A Source of General International Law). *FYIL*, 3.
10. Ellis, J. (2011). General Principles and Comparative Law. *the European Journal of International Law*, 22 (4).
11. Fan, M. (2012). Custom, General Principles, and the Great Architect Cassese. *Journal of International Criminal Justice*, 10.
12. Grover, L. (2010). a call to arms: Fundamental dilemmas confronting the interpretation of crimes in the Rome statute of the international criminal court. *the European Journal of International Law*, 21.
13. Jain, N. (2016). Judicial Lawmaking and General Principles of Law in International Criminal Law. *Harvard International Law Journal*, 57.

C) Judgments & other documents

14. ICJ Reports, (1966), South West Africa, Second Phase, Judgment, (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa),
15. ICTR, Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, Judgment (Reasons), Case No. ICTR-95-1-A, App. Ch., 1 June 2001.
16. ICTY (A), Prosecutor v. Kupreškić, Case No. IT-95-16-T, Judgment, Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia Jan. 14, 2000.
17. ICTY (B), Prosecutor v. Tadić, Judgment on Allegations of Contempt against Prior

- Counsel, Milan Vujin, Case No. IT-94-1-A-AR77, App. Ch., 31 January 2000.
18. ICTY, Prosecutor v. Delalić et al., Judgment, Case No. IT-96-21-T, T. Ch. IIquater, 16 November 1998.
19. ICTY, Prosecutor v. Erdemović, Case No. IT-96-22-A, Joint Separate Opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah, Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia Oct. 7, 1997.
20. ICTY, Prosecutor v. Erdemović, Case No. IT-96-22-A, Judgment, Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia Oct. 7, 1997.
21. ICTY, Prosecutor v. Erdemović, Case No. IT-96-22-A, Separate and Dissenting Opinion of Judge Stephen, Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia Oct. 7, 1997.
22. ICTY, Prosecutor v. Tadić, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case No. IT-94-1-AR72, App. Ch., 2 October 1995.
23. Rome Statute of the International Criminal Court, adopted on 17 July 1998, entry into Force: 1 July 2002. UN Doc. A/CONF.183/9.
24. Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, Adopted by UN Doc, S/RES/955, 8 November 1994
25. Statute of the International Tribunal for the Former Yugoslavia, Adopted by UN Doc, S/RES/827, 25 May 1993.
26. Statute of the Special Court for Sierra Leone, established by the government of Sierra Leone and the United Nations, 16 January 2002.