



The Legislative Aspect of Customary International Law in the International Criminal Court's Judicial Procedure  
(A Case Study of Ali Kushayb's Case in the Darfur Situation)

Seyed Mehran Mohammadi<sup>1</sup>, Mohammad Ali Kafaefar<sup>2\*</sup>, Ali Mashhadi<sup>3</sup>

1. PhD Student of Public international law, Department of Law, Islamic Azad University, Qom Branch, Qom, Iran.

2. Assistant Professor, Department of Law, Islamic Azad University, Qom Branch, Iran.

3. Professor, Department of Law and Political Science, University of Qom, Qom, Iran.

#### ARTICLE INFORMATION

**Article Type:** Original Research

**Pages:** 81-96

**Article history:**

**Received:** 2 May 2023

**Edition:** 10 Jun 2023

**Accepted:** 6 Aug 2023

**Published online:** 2 Sep 2023

#### Keywords:

Principle of legality, International Criminal Court, Customary International Law, Ali Kushayb.

#### Corresponding Author:

Mohammad Ali Kafaefar

#### Address:

Iran, Qom, Islamic Azad University, Qom Branch, Department of Law.

#### Orchid Code:

0009-0007-0104-3394

#### Tel:

09016906510

#### Email:

ma.kafaefar@gmail.com

#### ABSTRACT

**Background and Aim:** In order to examine the position of international custom in the judicial procedure, this research has selected one of the cases of the court which has distinctive features and discussed about it. For this reason, this article is devoted to the investigation of the accusations attributed by the prosecutor to one of the commanders of the militia forces in the case of Darfur, Sudan.

**Materials and Methods:** This research is of theoretical type and the research method is descriptive-analytical and the method of data collection is library and has been done by referring to documents, books and articles.

**Ethical Considerations:** In order to organize this research, while observing the authenticity of the texts, honesty and fidelity have been observed.

**Findings:** The Statute of the International Criminal Court with Article 21 entered the field of international criminal law and limited the authority of judges, which is one of the results of establishing this point of view is not paying attention to customary international law, at least in theory.

**Conclusion:** Abd-Al-Rahman's case can be considered as an indicator due to its adherence to the principle of absolute legality and the lack of considerations related to the morally reprehensible nature of the behavior in question. It seems important to pay close attention to the accessibility and predictability of customary norms in order to avoid a return to doctrines of substantive justice that are completely incompatible with contemporary understandings of the principle of legality.

#### Cite this article as:

Mohammadi SM, Kafaefar MA, Mashhadi A. The Legislative Aspect of Customary International Law in the International Criminal Court's Judicial Procedure (A Case Study of Ali Kushayb's Case in the Darfur Situation) *Economic Jurisprudence Studies*. 2023.



دوره پنجم، شماره پیاپی ۵، سال ۱۴۰۲

وجه تقنینی حقوق بین الملل عرفی در رویه قضایی دیوان کیفری بین المللی

(مطالعه موردی: پرونده کوشیب در وضعیت دارفور)

سید مهران محمدی<sup>۱</sup>، محمدعلی کفایی فر<sup>۲\*</sup>، علی مشهدی<sup>۳</sup>

۱. دانشجوی دکتری حقوق بین الملل عمومی، گروه حقوق، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران

۲. استادیار، گروه حقوق، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران

۳. دانشیار، گروه حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه قم، ایران

### چکیده

**زمینه و هدف:** این پژوهش در راستای بررسی جایگاه عرف بین المللی در رویه قضایی، یکی از پرونده های دیوان را که دارای ویژگی های متمایز بوده انتخاب و نسبت به آن طرح بحث کرده است. به همین دلیل این نوشتار اختصاص به بررسی اتهاماتی دارد که توسط دادستان به یکی از فرماندهان نیروهای شبه نظامی در قضیه دارفور سودان نسبت داده شده است.

**مواد و روش ها:** این تحقیق از نوع نظری و روش آن به صورت توصیفی-تحلیلی است و ابزار گردآوری اطلاعات نیز به صورت کتابخانه ای است.

**ملاحظات اخلاقی:** در تمام مراحل نگارش پژوهش حاضر، ضمن رعایت اصالت متون، صداقت و امانت داری رعایت شده است.

**یافته ها:** اساس نامه دیوان کیفری بین المللی با طرح ماده ۲۱ پا به عرصه حقوق بین الملل کیفری گذاشته است و اختیار عمل قضات را با تحدید مواجه کرده است که یکی از نتایج استقرار این دیدگاه بی توجهی به حقوق بین الملل عرفی دست کم در تئوری است.

**نتیجه گیری:** پرونده عبدالرحمن را می توان به دلیل پای بندی آن به اصل قانونی بودن مطلق و فقدان ملاحظات مربوط به ماهیت اخلاقی مذموم رفتار مورد نظر شاخص دانست. به نظر می رسد برای جلوگیری از بازگشت به آموزه های عدالت ماهوی که کاملاً با درک معاصر از اصل قانونی بودن ناسازگار است، توجه دقیق به دسترسی و قابل پیش بینی بودن هنجارهای عرفی بسیار مهم است.

### اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات: ۸۱-۹۶

سابقه مقاله:

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۲/۱۲

تاریخ اصلاح: ۱۴۰۲/۳/۲۰

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۵/۱۵

تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۶/۱۱

### واژگان کلیدی:

اصل قانونی بودن، دیوان کیفری بین المللی، حقوق بین الملل عرفی، علی کوشیب

### نویسنده مسئول:

محمدعلی کفایی فر

آدرس پستی:

ایران، قم، دانشگاه آزاد اسلامی،

واحد قم، گروه حقوق.

کد ارکید:

0009-0007-0104-3394

تلفن:

۰۹۰۱۶۹۰۶۵۱۰

پست الکترونیک:

ma.kafaeifar@gmail.com

## ۱. مقدمه

است که در ۱ نوامبر ۲۰۲۱، شعبه تجدیدنظر دیوان کیفری بین‌المللی (شعبه تجدیدنظر) رأی خود را در مورد درخواست تجدیدنظر ارائه شده توسط آقای علی محمد عبدالرحمن (معروف به علی کوشیب) در خصوص تصمیم شعبه پیش دادرسی دوم در مورد صلاحیت دیوان صادر کرد. نکته قابل توجه آن است که پرونده حاضر برخاسته از مکانیسم ارجاع شورای امنیت سازمان ملل متحد است که از فصل هفتم منشور سازمان ملل متحد و ماده ۱۳ (ب) اساسنامه دیوان سرچشمه می‌گیرد.

پیش از تأیید اتهامات، به منظور بهره‌مندی از مفاد ماده ۱۹ اساسنامه در خصوص طرح ایرادات صلاحیتی و قابلیت استماع یک موضوع نزد دیوان، متهم با توجه به بند ۲ (ب) ماده موصوف استدلالاتی را بیان کرد که منجر به تضارب آرا میان شعب پیش دادرسی دوم و تجدیدنظر شد. از آنجایی که پرونده عبدالرحمن اولین موردی بود که با ارجاع شورای امنیت سازمان ملل آغاز شد، چنین سؤالاتی نسبتاً جدید هستند. اولین مشکل کلیدی مربوط به منبع قانونی جرم‌انگاری است. شعب پیش دادرسی دوم و تجدیدنظر نظرات کاملاً متضادی در مورد این موضوع داشتند؛ چرا که اولی به اساسنامه و دومی فراتر از آن به سایر معاهدات بین‌المللی الزام آور سودان و حقوق بین‌الملل عرفی اتکا کرده است. مفروض این پژوهش آن است که دیوان در عرصه جرم‌انگاری با توجه ویژه به اصل قانونی بودن و رویکرد محتاطانه نسبت به عدم خدشه به این مهم، ضمن پای‌بندی به اساسنامه، حسب ضرورت و به‌ناچار فراتر از اساسنامه گام نهاده است.

در سلسله مراتب مقرر در بند الف ماده ۲۱ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری (زین پس دیوان)، بالاترین جایگاه به اساسنامه، ارکان جرائم و آئین دادرسی و ادله اثباتی تعلق می‌گیرد. با وجود این، شرط کلیدی برای هدف این نوشتار، بند ب ماده ۲۱ است. آنجا که مقرر می‌دارد دیوان در مرحله دوم، در صورت لزوم، معاهدات قابل اجرا و اصول و قواعد حقوق بین‌الملل، از جمله اصول مسلم حقوق بین‌الملل مخاصمات مسلحانه را اعمال خواهد کرد. اساسنامه هم‌چنین به اصول کلی حقوقی برگرفته از نظام‌های ملی به‌عنوان منبع سوم اشاره می‌کند (ماده ۲۱ بند ج). استدلال شده است که حقوق بین‌الملل عرفی در اساسنامه رم جایگاهی ندارد؛ زیرا «دلیل قانون‌گذاری، بیرون راندن عرف از سیستم و ایجاد رژیم بر اساس قواعد و استانداردهایی است که از قبل به‌طور عمومی توسط یک مقام صالح اعلام شده است. این استدلال بر این فرض استوار است که قواعد عرفی در دادگاه‌های کیفری هر ملت متمدنی ناخوشایند است» (Fletcher, David Ohlin, 2005:573) و به‌وضوح با هدف انجام یک کار خاص است؛ برای متقاعد کردن وکلای بین‌المللی با این ادعا که استناد به حقوق بین‌الملل عرفی در پرونده‌های کیفری، اصل قانونی بودن را نقض می‌کند» (ibid, 557)

با این حال در عمل و رویه قضائی، قضات دیوان لاجرم نگاهی به حقوق بین‌الملل عرفی داشته‌اند و در تأیید و یا رد آن نظراتی ابراز کرده‌اند. یکی از این قضایا که تحت همین عنوان موضوعاتی حول محور حقوق بین‌الملل عرفی و اصل قانونی بودن در خود جای داده است، پرونده دادستان در وضعیت دارفور

## ۵. بحث

در این قسمت مفاهیم و مسائل نظری و یافته‌های پژوهش مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد.

### ۱-۵. نگاه اساس‌نامه دیوان بر حقوق قابل اجرا

شبهت ماده ۲۱ اساس‌نامه دیوان بین‌المللی کیفری و ماده ۷ پیش‌نویس کنوانسیون ۱۹۰۷ تأسیس دیوان بین‌المللی اخذ غنائم، گرچه بدون شک اتفاقی است؛ اما قابل توجه و یک نوآوری مهم محسوب می‌شود. همانطور که به‌طور گسترده پذیرفته شده است اساس‌نامه دیوان شامل فهرستی جامع از منابع حقوقی است که باید به‌موجب ماده ۲۱ اعمال شود. این ویژگی‌ای است که این نهاد را از سایر دادگاه‌های کیفری بین‌المللی متمایز می‌کند. در اوایل تهیه‌کنندگان اساس‌نامه نیاز به مقررات ویژه‌ای درباره حقوق قابل اجرا برای دیوان احساس کردند. پیش‌نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل در سال ۱۹۹۴ برای اساس‌نامه دیوان در ماده ۳۳ تحت عنوان «حقوق قابل اجرا» منابعی را که این محکمه در اتخاذ تصمیمات خود باید به آن‌ها مراجعه کند مورد اشاره قرار داد. برخلاف موضع عاقلانه‌ای که توسط کمیسیون اتخاذ شده بود مذاکره‌کنندگان به‌طور خودکار اصل «قانونی بودن» را که در قوانین داخلی اعمال می‌شود به حوزه بین‌المللی منتقل کردند. موضوع اصلی مورد بحث در تهیه پیش‌نویس ماده ۲۱ این بود که با توجه به اقتضات اصل قانونی بودن از یک سو و اجتناب‌ناپذیر بودن بروز خلأ در یک قانون نو پا از سوی دیگر تا چه حد باید به قضات دیوان بین‌المللی کیفری اختیارات اعطا شود. دو مکتب فکری اصلی در جلسات کمیته مقدماتی در رابطه با

تحقیق حاضر ضمن امعان نظر به حقوق قابل اجرا در دیوان و جایگاه حقوق بین‌الملل عرفی در اساس‌نامه، پرونده پیش‌گفته را از همین رهگذر بررسی کرده است و کوشش داشته است به این پرسش پاسخ دهد که در صورت اعمال مکانیسم ارجاع توسط شورای امنیت آیا اصل قانونی بودن و جایگاهی که اساس‌نامه دیوان برای حقوق بین‌الملل عرفی تعبیه کرده است، دست‌نخورده باقی می‌ماند یا رویه قضائی نگاه دیگری را به ما عرضه می‌دارد؟ یافته‌های آتی‌الذکر، حاصل تحقیق به روش توصیفی-تحلیلی در این باره است.

## ۲. مواد و روش‌ها

این تحقیق از نوع نظری و روش آن به‌صورت توصیفی-تحلیلی است و ابزار گردآوری اطلاعات نیز به‌صورت کتاب‌خانه‌ای است.

## ۳. ملاحظات اخلاقی

در همه مراحل نگارش پژوهش حاضر، ضمن رعایت اصالت متون، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

## ۴. یافته‌های تحقیق

یافته‌های پژوهش حاضر نشان می‌دهد که اساس‌نامه دیوان کیفری بین‌المللی با طرح ماده ۲۱ پا به عرصه حقوق بین‌الملل کیفری گذاشته است و اختیار عمل قضات را با تحدید مواجه کرده است که یکی از نتایج استقرار این دیدگاه بی‌توجهی به حقوق بین‌الملل عرفی دست‌کم در تئوری است.

(۱) (ب) - (ج)) دیوان را مورد توجه قرار داده است که در واقع هدف، اصلاح حقوق قابل اجرا به‌منظور تطابق بیشتر با زمینهٔ حقوق کیفری بود که مشغلهٔ دیوان را در بر می‌گرفت.

ساختار منابعی که در اساس‌نامه به آن اشاره شده است بسیار پیچیده، گاه نامشخص و ترتیب تقدم بین مقررات مختلف نیز به همان اندازه مبهم بوده و روشن است که هر چقدر هم اساس‌نامه با دقت تنظیم شده باشد، هرگز نمی‌تواند تک‌تک مشکلاتی که ممکن است پیش بیاید را حل کند. بنابراین می‌توان پیش‌بینی کرد که قضات متن را به گونه‌ای تفسیر می‌کنند که دست‌کم اختیارات ذاتی که همهٔ محاکم از آن برخوردارند و تهیه‌کنندگان اساس‌نامه به‌وضوح می‌خواستند از آن‌ها سلب کنند، بازیابی کنند (Commentary, 2002: 1051). یکی از اولین تصمیماتی که برای بررسی تأثیر عبارت معیارهای اول در مادهٔ ۲۱ مورد بررسی قرار گرفت، پروندهٔ وضعیت جمهوری دموکراتیک کنگو، در مورد درخواست دادستان برای بررسی فوق‌العاده بود. مسئله این بود که آیا اساس‌نامهٔ رم تمام مقررات مربوط به تجدیدنظر خواهی را در ساختار قانون-گذاری خود گنجانده است یا اینکه خلأهایی وجود دارد که اجازهٔ استفاده از سایر جنبه‌های مادهٔ ۲۱ را می‌دهد. دیوان به‌معنای واضح متن اساس‌نامه دربارهٔ موضوع مورد نظر اشاره کرد و به این نتیجه رسید که عبارات روشن و قطعی است و جایی برای بررسی سایر حقوق احتمالی تجدیدنظر باقی نمی‌گذارد. با وجود این، در موارد معدودی، قضات شعب پیش‌مقدماتی و مقدماتی، فراتر از رویکرد سلسله‌مراتب

درجهٔ مناسب صلاحدید قضائی در تشخیص حقوق قابل اجرا مطرح شد. تعدادی از دولت‌ها این موضع را اتخاذ کردند که اصل قانونی بودن ایجاب می‌کند که صلاحدید قضائی به‌شدت در زمینهٔ حقوق کیفری محدود شود. با توجه به این دیدگاه، هر گونه شبهه در مورد مادهٔ قانونی مربوطه باید با اعمال مستقیم قانون مناسب ملی حل شود. از سوی دیگر، موضع سایر دول به‌دنبال سازگاری با ماهیت منحصر به‌فرد نظم حقوقی بین‌المللی از طریق صدور تجویزی برای قضات برای شناسایی و اعمال اصول کلی حقوق بین‌الملل کیفری بود. چنین بیان می‌شود که تهیه-کنندگان اساس‌نامه با تسلیم شدن در برابر دیکته-های دولت ایالات متحدهٔ آمریکا، با اعتماد نکردن به قضات در تفسیر و اعمال قوانین بین‌المللی، حقوق بین‌الملل را محدود کرده است و به این ترتیب شانس تبدیل دیوان به ابزاری کارآمد در مبارزه با جنایاتی که قرار است سرکوب شود، یعنی: «جدی‌ترین جنایات مورد توجه جامعهٔ بین‌الملل» تضعیف شد. با این حال با تأسیس دیوان برخی از عرف‌های بین-المللی در قالب کنفرانس رم تدوین شدند و برخی از آن‌ها به‌دلیل اختلافات سیاسی تدوین نشدند (نژندی منش و راعی دهقی، ۱۳۹۷).

این ماده به نوعی بیانگر مصالحه‌ای بین دو دیدگاه مار الذکر است: هنگامی که همهٔ منابع با شکست مواجه می‌شوند، دیوان باید اصول عمومی ناشی از قوانین ملی را اعمال کند. از جمله آنکه به تشخیص دیوان، قوانین دولت‌هایی که معمولاً صلاحیت رسیدگی به جرم را اعمال می‌کنند ملاک نظر قرار گیرد. این ماده هم منابع اختصاصی (مادهٔ ۲۱(الف) و ۲۱(ب)) و هم منابع عمومی (مادهٔ ۲۱

دیوان در این خصوص تجربه کرده است در ادامه نگاهی خواهیم کرد.

### ۵-۱-۱. حقوق بین الملل عرفی

با نگاهی به ماده ۲۱ (الف) و (ب) اساس نامه در می یابیم که حقوق بین الملل عرفی جایگاهی در این منابع نداشته و نه تنها منبع اولیه، بلکه ثانویه حقوق قابل اجرا برای دیوان کیفری بین المللی نیست و در متن اساس نامه نقشی کم رنگ داشته است و احتساب آن به عنوان منبع حقوق بین الملل کیفری نیز نظرات متعارضی را به همراه دارد؛ زیرا قواعد ناشی از آن، نانوشته و برخی از آن ها کاملاً مبهم هستند و به نظر می رسد که این ویژگی ها با اصل قانونی بودن که مستلزم مشخص بودن و قطعیت است، به ویژه در نظام های حقوقی مدنی ناسازگار است.

شعبه پیش دادرسی دیوان با استدلال متهم در وضعیت کنیا که در آن به رویه قضائی دادگاه بین المللی یوگسلاوی سابق و هم چنین دادگاه ویژه لبنان در خصوص مسئولیت استناد کرده بود با اشاره ماده ۲۱ اساس نامه بیان کرد که رویه قضایی دیگر محاکم بین المللی موقتی یا ترکیبی، اصولاً حقوق قابل اجرا در دیوان نیست و فقط می توان به عنوان نوعی مرجع متقاعدکننده به آن متوسل شد، مگر اینکه نشان دهنده یک اصل یا قاعده حقوق بین الملل باشد. با این حال حتی در این صورت نیز اعمال یک قاعده حقوق بین الملل عرفی فقط «برحسب اقتضا» کاربرد آن را محدود به مواردی می کند که در اساس نامه و سایر منابع ذکر شده در ماده ۲۱ (الف) خللی وجود دارد. به عبارت دیگر، شعبه نباید به اعمال بند

مندرج در ماده ۲۱، به آرای دادگاه های بین المللی موقت اشاره داشته اند (Prosecutor v. Dyilo).

عبارت «در وهله دوم» تأکید می کند که معاهدات قابل اجرا و اصول و قواعد حقوق بین الملل در نظام حقوقی دیوان کیفری بین المللی، منابع حقوقی هستند که به صورت سلسله مراتبی کمتر از موارد ذکر شده در بند الف ماده ۲۱ قرار دارند. شعبه دوم مقدماتی دیوان در قضیه اوگاندا (ICC-02/04-01/05)، به سلسله مراتب منابع تصریح کرده و رویه قضائی دادگاه های ویژه را الزام آور ندانسته است (Schabas, 2010: 196). این دیدگاه با این واقعیت هم خوانی دارد که اساس نامه رم یک نظام مستقل با قواعد ماهوی و رویه ای خاص خود را ایجاد کرده که دارای اهداف و مقاصد مشخصی است (PROSECUTOR v. OMAR HASSAN AHMAD AL-BASHIR). با بررسی نظرات موجود در این باره می توان چنین اظهار کرد که ما با تقابل دیدگاه هایی روبه رو هستیم که هر یک دارای موافقان و مخالفانی سرسخت هستند؛ به نحوی که یک دیدگاه به طور کل دیدگاه دیگر را به مرز نابودی می کشاند. از آنجا که در یکی از تعاریف خود، حقوق بین الملل کیفری را بایستی شعبه ای از حقوق بین الملل عمومی دانست لاجرم در جایگاه یک جزء از کل، منابعی متمایز نخواهد داشت. با وجود این در خصوص منبعی همچون عرف بین المللی و جایگاهی که در حقوق بین الملل عمومی از آن خود کرده به واسطه ویژگی های متمایز حقوق بین الملل کیفری بایستی ذو ابعاد بودن موضوع دیده شود همان گونه که رویه قضائی دادگاه های کیفری بین المللی نیز چنین جلوه می کند. به گوشه ای از چالش هایی که



در حقوق بین‌الملل کیفری چه در جایگاه یک منبع و چه در جایگاه یک ابزار تفسیری و تکمیلی بر خلاف مقاصد تهیه‌کنندگان اساس‌نامه است.

#### ۵-۲. پرونده عبدالرحمن و چالش‌های موجود

در این قسمت موارد ذیل پرونده عبدالرحمن و چالش‌های آن تبیین می‌شود.

#### ۵-۲-۱. حقوق قابل اجرا در خصوص دولت غیر عضو

هدف اولیه حقوق بین‌الملل کیفری بی مجازات نماندن مرتکبان جنایات بین‌المللی است؛ اگرچه در کنار این پیشبرد عدالت کیفری بین‌المللی نیز قرار می‌گیرد. این هدف را می‌توان از مقدمه اسناد مؤسس دادگاه‌های کیفری بین‌المللی به‌خوبی مشاهده کرد (حسینی و زمانی، ۱۳۹۶). زمانی که شورای امنیت سازمان ملل وضعیت دارفور را به دیوان بین‌المللی کیفری ارجاع داد، برخی محققان پیش‌بینی کردند که روند رسیدگی‌های آینده این سؤال را مطرح می‌کند که آیا اعمال عطف به ماسبق اساس‌نامه در رابطه با جنایاتی که گفته می‌شود در خارج از قلمرو دول غیر و توسط اتباع آن‌ها ارتکاب یافته امکان‌پذیر است؟ قطع‌نامه ۱۵۹۳ (۲۰۰۵) عملاً به وضعیت دارفور از ۱ ژوئیه ۲۰۰۲ اشاره کرد و بدین ترتیب به دیوان صلاحیت رسیدگی به رفتارهای انجام‌شده از زمان لازم‌الاجرا شدن اساس‌نامه را اعطا می‌کند. مشکل انطباق چنین ارجاعی نه‌تنها با اصل قانونی بودن مندرج در ماده ۲۲ اساس‌نامه، بلکه با توجه به اصل تبعی عدم عطف به ماسبق بودن که در بند ۱ ماده ۲۴ آمده مغایر است. برخی از محققان

(ب) ماده ۲۱ متوسل شود، مگر اینکه در بند (الف) پاسخی نیافته باشد (PROSECUTOR V. RUTO WILLIAM SAMOEI). این موضوع توسط شعبه مقدماتی در پرونده البشیر در خصوص قواعد عرفی و اصول کلی حقوقی نیز بیان شد که مقرر داشت تنها زمانی قابلیت اعمال دارند که دو شرط زیر برآورده شود: ۱. در نص مندرج در اساس‌نامه، عناصر جرائم و قواعد خللی وجود داشته باشد. ۲. چنین خلأهایی را نمی‌توان با اعمال معیارهای پیش‌بینی شده در مواد ۳۱ و ۳۲ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات و ماده ۲۱ (۳) اساس‌نامه پر کرد. دیوان در رابطه با شیوه‌های مسئولیت دریافت که از آنجا که اساس‌نامه به‌طور مفصل شیوه‌های مسئولیت قابل اعمال را ارائه کرده است نیازی به بررسی این موارد تحت حقوق بین‌الملل عرفی و پذیرش یا عدم پذیرش آن نیست. چنین الزامی به دلیل عبارت «در وهله دوم» در ماده ۲۱ اساس‌نامه است که دلالت بر نقش فرعی منابعی غیر از خود اساس‌نامه دارد که به نوعی به شکل غیر مستقیم نقش پرکننده خلأهای موجود توسط عرف در دیوان را تأیید می‌کند. در تمامی این شرایط، دیوان نیاز به بررسی وجود و محتوای قواعد عرفی در حقوق کیفری بین‌المللی دارد (Prosecutor vs Al Bashir). بنابراین حقوق بین‌الملل عرفی همچنان در چارچوب اساس‌نامه دیوان به ایفای نقش خود ادامه می‌دهد (Tan, 2021). به نظر می‌رسد برخلاف اینکه تلاش‌هایی صورت گرفته است تا جاهت و قامتی نو برای حقوق بین‌الملل کیفری ساخته و پرداخته شود با این وجود به دلیل پویایی و وجه تکاملی حقوق بین‌الملل عمومی، رویه قضائی و دولتی به شکل نرم در حال ایجاد تحول در جایگاه حقوق بین‌الملل عرفی

این گونه استدلال کرده اند که ارجاع شورای امنیت سازمان ملل متحد در مورد یک دولت غیر عضو طرف می تواند آن را در جایگاه برابری همچون یک دولت عضو قرار دهد (Tsilonis, 2019). این دیدگاه نشئت گرفته از ماده ۲۵ منشور ملل متحد و اصل نمایندگی باشد که دولت ها به شورای امنیت اعطا کرده اند و به نظر می رسد توسط شعبه پیش دادرسی دوم در پرونده عبدالرحمن نیز تأیید شده است. این شعبه اتهامات دفاعی را مبنی بر نقض اصل عدم عطف به ماسبق رد کرد و معتقد بود که هر گونه تفسیری که صلاحیت دیوان بین المللی کیفری را منحصرأ به اعمال جرم انگاری شده بر اساس قوانین سودان یا حقوق بین الملل عرفی محدود می کند، دلیل وجودی ساز و کار ارجاع شورای امنیت را زیر سؤال می برد (یعنی تجویز اعمال صلاحیت دیوان در صورت ناتوانی یا عدم تمایل یک دولت برای تعقیب جنایات بین المللی). بنابراین، شعبه پیش دادرسی دوم تلقی کرد که اساس نامه در زمان ارتکاب جرائم ادعایی لازم الاجرا بوده است. با این حال، رویکرد تفسیری توصیف شده، نمی تواند بین صلاحیت تجویزی و قضائی تمایز قائل شود؛ در حالی که صلاحیت قضایی دیوان در مورد جنایات مربوط به دول غیر عضو ممکن است به خوبی متکی به فصل هفتم منشور سازمان ملل متحد و تعهد مقرر در ماده ۲۵ آن باشد، این سوال که آیا اساس نامه می تواند منبع قانونی جرم انگاری نیز باشد بی پاسخ مانده است. بنابراین، در حالی که منشور سازمان ملل اعمال صلاحیت دیوان را در مورد وضعیت های مربوط به دولت هایی که طرف اساس نامه نیستند، مجاز می داند، چارچوب حقوقی قابل اجرا در پرونده هایی که به واسطه مکانیسم داخلی و تحت اساس نامه تشکیل نشده

است به نظر می رسد باید توسط سایر معاهدات بین المللی الزام آور در دولت درگیر و بر اساس حقوق بین الملل عمومی پیش رود. به این ترتیب در زمان اعمال مربوطه به عنوان منبع جرم انگاری چنین رفتارهایی، مسئله کاربرد بالقوه عطف به ماسبق اساس نامه مطرح می شود. از سوی دیگر، موضوع انطباق با اصل قانونی بودن در این خصوص بیش از پیش قانع کننده تر می شود. اول و مهم تر از همه، این دیدگاه حقوق بین الملل عرفی را به عنوان منبع مسئولیت کیفری فردی، به گونه ای که برای چارچوب دیوان کاملاً غیر معمول است، به پیش می برد. در این رابطه همان گونه که اشاره شد حقوق بین الملل عرفی به طور سنتی نقش ثانویه را در رویه قضائی دیوان بر اساس سلسله مراتب سفت و سختی که در بند ۱ ماده ۲۱ اساس نامه ایجاد شده است، ایفا می کند و محدود به تفسیرهای حمایتی از اساس نامه یا پر کردن خلأهای آن است. با این حال، هنگامی که منبع جرم انگاری را باید خارج از اساس نامه یافت، حقوق بین الملل عمومی ممکن است این موقعیت فرعی را کنار بگذارد و به منبع حقوقی اولیه تبدیل شود که توسط دیوان اعمال می شود. در پرونده عبدالرحمن، شعبه تجدید نظر به چنین نکاتی توجهی نکرد، به ویژه به این دلیل که حقوق بین الملل عرفی (و هم چنین معاهدات بین المللی قابل اجرا به جز اساس نامه) را به عنوان منبع مسئولیت کیفری فردی متهم معرفی کرد.

#### ۵-۲-۲. لحاظ اصل قانونی بودن

غیر از ماده ۲۱، مقررات دیگری نیز وجود دارد که اعمال محدود یا عدم اجرای عرف را پیشنهاد می کند.



بند ۲ ماده ۲۵ می‌گوید: «کسی که مرتکب جرمی در صلاحیت دادگاه شود، شخصاً مسئول و مطابق اساس‌نامه مجازات خواهد شد» تأکید بر «مطابق با این اساس‌نامه» هم‌چنین نشان می‌دهد که دیوان از به‌کارگیری شیوه‌ای از مسئولیت که تحت حقوق عرفی به رسمیت شناخته شده است؛ اما فراتر از محدوده اساس‌نامه است، منع شده است.

میان دیگر ملاحظات، عبدالرحمن این‌گونه استدلال کرد که چون سودان یکی از دولت‌های عضو اساس‌نامه نبوده است مفاد مندرج در بند ۱ ماده ۲۲ اساس‌نامه، صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی را محدود به اعمالی می‌کند که طبق قوانین داخلی سودان، معاهدات بین‌المللی یا حقوق بین‌الملل عرفی در زمان ارتکاب به‌عنوان جنایات تعریف شده‌اند. از نظر وی، جنایات جنگی و جنایات علیه بشریت که به او منتسب شده‌اند توسط هیچ یک از این منابع پیش‌بینی نشده است. بنابراین، استدلال کرد که دیوان کیفری بین‌المللی هیچ صلاحیتی بر رفتار مربوطه که گفته می‌شود در جریان درگیری در دارفور انجام شده است، ندارد. شعبه پیش دادرسی دوم این دیدگاه را رد کرد و آن را با منطق مکانیسم ارجاع، یعنی گسترش دامنه صلاحیت دیوان بین‌المللی کیفری به جرائم ارتكابی در قلمرو دول غیر عضو و اتباع آنان ناسازگار دانست. بر این اساس، این شعبه غیر ضروری تشخیص داد که آیا رفتار مورد بحث توسط قوانین سودان یا حقوق بین‌المللی عرفی جرم‌انگاری شده است یا خیر.

سپس مسئله سازگاری با اصل قانونی بودن اعمال صلاحیت دیوان بین‌المللی کیفری در شعبه تجدیدنظر مطرح شد. شعبه تجدیدنظر نیز دریافت

ماده ۲۲ اشاره به اصل قانونی بودن جرائم و ماده ۲۳ اساس‌نامه اشاره به اصل قانونی بودن مجازات دارد. این اصول، اجزای اساسی هر سیستم عدالت کیفری هستند که در نظر دارد مطابق با حاکمیت قانون قدم بر دارد (Ambos, 2013: 88). ماده ۲۲ هسته اصلی منع عطف به ماسبق در حقوق کیفری و هم‌چنین دو نتیجه اصلی این ممنوعیت، یعنی قاعده تفسیر مضیق و تفسیر به نفع متهم را شامل می‌شود. پرونده‌هایی از دادگاه‌های موقت نیز به ممنوعیت عطف به ماسبق اشاره داشته‌اند (Prosecutor v Semanza, 2003). در پرونده اریچ، قاضی لیو در ارجاع به اساس‌نامه رم تردید داشت چرا که پس از اساس‌نامه دادگاه‌های بین‌المللی کیفری موقت به تصویب رسیده بود. همانطور که او اشاره می‌کند، از آنجایی که حقوق بین‌الملل عرفی باید از تاریخ ارتکاب جرائم ارزیابی شود، این واقعیت که این متون پس از این تاریخ‌ها به تصویب رسیده‌اند وزن و سودمندی آن‌ها را به‌عنوان منابع حقوق بین‌الملل عرفی در زمان ارتکاب جرایم محدود می‌کند (Orić Appeal Judgement). اصل قانونی بودن مستلزم آن است که تعقیب و مجازات بر اساس حکم صریح قانون لازم‌الاجرا در زمان وقوع جرم باشد. بند ۱ ماده ۲۲ مقرر می‌دارد: «شخص طبق این اساس‌نامه مسئولیت کیفری نخواهد داشت، مگر اینکه رفتار مورد بحث در زمان وقوع، جرمی در صلاحیت دیوان باشد». استفاده از اصطلاح جرم در صلاحیت دیوان، دیوان را از تعقیب آن جنایاتی که صرفاً مبتنی بر حقوق بین‌الملل عرفی است نهی می‌کند. این اصل هم‌چنین ایجاب می‌کند که جرائم در صلاحیت دیوان با وضوح، دقت و مشخصه تعریف شوند.

بر اساس قوانین سودان یا حقوق بین الملل عرفی غیر ضروری است، اشتباه کرده است. با این حال، این خطا بر یافته‌های نهایی شعبه پیش دادرسی دوم تأثیری نداشت؛ زیرا دیوان در واقع می‌توانست صلاحیت خود را بدون نقض اصل قانونی بودن اعمال کند. در حمایت از این نتیجه، شعبه تجدیدنظر ترکیبی از عوامل ذهنی و عینی را یادآور شد که عمدتاً بر الزامات قابل پیش‌بینی بودن تمرکز دارد.

شعبه تجدیدنظر هم‌چنین شرایط شخصی عبدالرحمن را به‌عنوان یک افسر نظامی درجه‌دار که فرماندهی نیروهای مسلح را دارد برجسته ساخت و نتیجه‌گیری کرد که این جایگاه او را قادر ساخته است تا عواقب کیفری نقض تعهدات حقوق بین الملل خود را پیش‌بینی کند.

### ۵-۲-۳. جرم‌انگاری مبتنی بر عرف بین الملل

در خصوص این مسئله که آیا حقوق بین الملل عرفی می‌تواند منبع حقوق کیفری بین المللی و در نتیجه منشأ مسئولیت کیفری فردی شود، اختلاف نظر وجود دارد (آقای جنت‌مکان، ۱۳۹۰). از دیگر سو، فهم اصل قانونی بودن بر اساس دو سنگ بنای قابل دسترس بودن و قابل پیش‌بینی بودن در ابتدا توسط دیوان اروپایی حقوق بشر شکل گرفت که متعاقباً آن را در مورد جنایات بین المللی نیز به کار بست. این مفهوم به‌شدت بر رویه قضائی دادگاه‌های کیفری بین المللی و ترکیبی تأثیر گذاشت (Schabas, 2011). شعبه تجدیدنظر نیز در پرونده عبدالرحمن، مؤلفه‌های قابلیت دسترسی و پیش‌بینی را که توسط دیوان اروپایی حقوق بشر ایجاد شده بود، اعمال کرد. هدف

که این اصل نقض نشده است؛ اما به دلایل بسیار متفاوت از شعبه پیش دادرسی. اولاً و مهم‌تر از همه، شعبه تجدیدنظر مشاهده کرد که اصل قانونی بودن به‌طور کلی اعمال صلاحیت قضایی را فقط در مورد فردی مجاز می‌سازد که «به‌طور معقولی می‌توانست انتظار داشته باشد که تحت پیگرد حقوق ملی یا بین‌المللی قرار گیرد» (ICC-02/05-01/20 OA8). برای این منظور معمولاً دو مؤلفه توسط محاکم و دادگاه‌های بین‌المللی اعمال می‌شود. از یک سو، قوانین مربوطه باید به اندازه کافی شفاف و در دسترس متهم باشد. از سوی دیگر، جرائم مربوطه باید به‌طور منطقی قابل پیش‌بینی باشد. شعبه تجدیدنظر چنین استدلال کرد که در چارچوب دیوان، این ارزیابی بسته به اینکه آیا این رفتار شامل یک دولت عضو (اعم از قلمرو سرزمینی یا تابعیت متهم) یا غیر عضو است، متفاوت است. در حالی که در واقع در مورد اول قابل پیش‌بینی بودن و دسترسی به این واقعیت دلالت دارد که اساس‌نامه به‌وضوح موارد ممنوعه را توصیف و تعریف می‌کند، در مورد اخیر باید یک شرط اضافی برای رعایت اصل قانونی بودن رعایت شود (Staiano, 2022:983). به‌طور خاص، تفسیر بند ۱ ماده ۲۲ اساس‌نامه که با حقوق بشر سازگار باشد، مستلزم ارزیابی حقوق کیفری قابل اجرا در مورد مظنون یا متهم است تا مشخص شود که آیا او در زمان ارتکاب آن می‌توانست به‌طور منطقی انتظار داشته باشد که متهم به جرائم مربوطه شود یا خیر. این ارزیابی در مورد بحث نیز ضروری بود، زیرا مقررات اساس‌نامه مستقیم در مورد رفتار عبدالرحمن قابل اجرا نبود. بنابراین، شعبه تجدیدنظر تشخیص داد که شعبه پیش دادرسی دوم در نتیجه‌گیری اینکه تحقیق در مورد جرم‌انگاری رفتار مربوطه

در پروندهٔ عبدالرحمن، این سؤال کلیدی که آیا در زمان رویدادهای مربوطه، رفتار طبق حقوق بین‌الملل عرفی با وضوح کافی جرم‌انگاری می‌شد و بنابراین آیا چنین قانونی قابل دسترسی است یا خیر؟ تقریباً به‌طور کامل نادیده گرفته شد. در نتیجه این انتخاب، شعبهٔ تجدیدنظر نه‌تنها از ارزیابی دقیق میزان واقعی که اساس‌نامه نمایندهٔ هنجارهای عرفی کنونی است دور شد، بلکه فرصتی را برای ارائهٔ توضیحات بسیار مورد نیاز در مورد موضوع در دسترس بودن حقوق بین‌الملل عرفی به‌عنوان منبع مسئولیت کیفری فردی از دست داد.

چندین دادگاه بین‌المللی یا ترکیبی اصولاً پذیرفته‌اند که حقوق بین‌الملل عرفی قابل دسترسی است. برای مثال، دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق در تصمیم تجدیدنظر میلوتینوویچ (Milutinovic' and others) اعلام کرد که اگرچه دسترسی به حقوق عرفی «ممکن است به‌آسانی حقوق بین‌الملل کیفری نباشد»؛ اما ممکن است «راهنمای کافی در مورد استانداردهای نقض آن ارائه کند» و به این دلیل می‌تواند مستلزم مسئولیت کیفری باشد (Milutinovic' and others, 42). همین دیدگاه توسط شعب فوق‌العادهٔ دادگاه کامبوج و شعب فوق‌العادهٔ آفریقا تأیید شده است. با وجود این، آنچه یک هنجار حقوق بین‌الملل عرفی را در عمل قابل دسترس می‌کند، قابل بحث است. این سؤال به روش‌شناسی شناسایی چنین هنجاری در چارچوب دادرسی بین‌المللی کیفری و به‌طور خاص به عناصری مربوط می‌شود که دادگاه‌های بین‌المللی و ترکیبی آن را در تشخیص وجود رویهٔ دولتی و اعتقاد حقوقی مرتبط می‌دانند. مشخصاً به نظر می‌رسد که تمایل

از این اقدام بررسی منابع معاهداتی و حقوق بین‌الملل عرفی در پروندهٔ مورد اشاره بود. همانطور که در بالا ذکر شد، شعبهٔ تجدیدنظر با استناد به ارزیابی مورد نیاز اصل قانونی بودن طبق مادهٔ ۲۲ (۱) اساس‌نامه، بین دول عضو و غیر عضو تمایز قائل شد؛ درحالی‌که در مورد اول دسترسی به حقوق قابل اجرا و قابل پیش‌بینی بودن تعقیب در دیوان تلویحاً احراز می‌شود، در مورد دوم ارزیابی خاصی از وضعیت در پرتو عناصر عینی و ذهنی (یعنی منابع حقوقی قابل اجرا برای رفتار متهم و موقعیت شخصی او) مورد نیاز بود.

قابل دسترس بودن و پیش‌بینی پذیری آن‌گونه که توسط دیوان اروپایی حقوق بشر فهم می‌شود، می‌توان در عبارات کلی زیر توصیف کرد. از یک سو، دسترسی مستلزم آن است که هنجارهای قابل اعمالی که زمینه‌ساز مسئولیت کیفری است، به اندازهٔ کافی برای متهم روشن باشد. از سوی دیگر قابل پیش‌بینی به توانایی متهم در پیش‌بینی اینکه تخلف از آن‌ها منجر به تعقیب کیفری می‌شود، اشاره دارد. این تعاریف نیز توسط شعبهٔ تجدیدنظر در عبدالرحمن پذیرفته شد. بر این اساس، این محکمه در نظر گرفت که تصمیم شعبهٔ دادرسی برای ارزیابی نکردن اینکه آیا رفتار مربوطه بر اساس قوانین سودان یا حقوق بین‌الملل عرفی جرم‌انگاری شده است یا خیر با حقوق بین‌الملل بشر ناسازگار است. با این حال، شعبهٔ تجدیدنظر در تحلیل خود از این پرونده، دسترسی و پیش‌بینی‌پذیری را بی‌دلیل در هم آمیخت و بیشتر بر مورد دوم تمرکز کرد. هر دو این عناصر شایستهٔ توجه خاص هستند.

۳-۵. دسترسی به حقوق بین‌الملل عرفی به -

مثابه منبع جرم‌انگاری

بین المللی کیفری یوگسلاوی سابق به درستی خاطر نشان کرد که باید تعریف نسل کشی را با توجه به وضعیت حقوق بین الملل عرفی در زمان وقوع جرائم ادعایی در ژوئیه ۱۹۹۵، زمانی که کشتار سربرنیتسا رخ داد، تفسیر کند. برای تعیین تعریف نسل کشی در سال ۱۹۹۵، دادگاه به متن و هم چنین هدف ماده ۲ کنوانسیون نسل کشی ۱۹۴۸ توجه کرد. شناسایی دقیق حقوق بین الملل عرفی بر مبنای هر دو مؤلفه یعنی رویه دولتی و اعتقاد حقوقی به درستی به عنوان امری ضروری برای پیروی از اصل قانونی بودن تعیین شده است (Rauter, 2017: 78). بنابراین تنها یک تحلیل عمیق و جامع از هر دو عنصر ساختاری در زمان رویدادهای مرتبط می تواند نتایج دقیقی را در مورد وضوح کافی هنجارهای عرفی که رفتار را جرم انگاری و در نتیجه مسئولیت کیفری فردی را برای نقض آن ها پیش بینی می کند تضمین کند.

#### ۴-۵. قابل پیش بینی بودن مسئولیت کیفری فردی ناشی از هنجارهای عرفی

اگر مفهوم دسترسی به حقوق بین الملل عرفی تا به امروز کاملاً نامشخص باشد، پیش بینی پذیری مفهومی احتمالاً مبهم تر است. در جریان دادگاه نورنبرگ، متهمانی که به ارتکاب جنایات علیه صلح، جنایات جنگی و جنایات علیه بشریت در دوران رژیم نازی متهم شدند، موضوع رعایت اصل قانونی بودن را مطرح کردند (Judgment, Goering and others). با اشاره خاص به جنایت تجاوز طبق ماده ۶ منشور دادگاه نظامی بین المللی، آن ها اظهار داشتند که رفتار مربوطه در زمان ارتکاب ادعای آن ها به عنوان

در برخی از پرونده های حقوق بین الملل کیفری برای تأکید بیشتر بر اعتقاد حقوقی نسبت به رویه دولتی، در تضاد با اصل قانونی بودن باشد. این پدیده با کمبود مصادیق تعامل بین دولت ها در زمینه حقوق بین الملل کیفری (و بنابراین رویه دولتی که به طور سنتی ناشی از فعالیت های بین دولتی است) (van der Wilt, 2019) و نیز تعقیب داخلی جنایات بین المللی توضیح داده شده است (Frulli, 2015). با این وجود، منابع فراوانی می توانند شواهدی از رویه دولتی به منظور شناسایی هنجارهای عرفی، از جمله قوانین داخلی و رویه قضایی و هم چنین اقدامات دولتی، ارائه دهند. این منابع توسط دادگاه های کیفری بین المللی و ترکیبی برای اثبات وجود هنجارهای حقوق بین الملل عرفی که برخی رفتارها را جرم انگاری می کند و باعث ایجاد مسئولیت کیفری بین المللی افراد می شود، استفاده شده است (Iovane, 2017). در پرونده دادستان علیه کرستیچ، یک پرونده دیگر از دادگاه بین المللی کیفری یوگسلاوی سابق، ژنرال کرستیچ به دلیل اعمالی که در سال ۱۹۹۵ در سربرنیتسا رخ داد، تحت تعقیب قرار گرفت (Prosecutor v. Krstić). شعبه دادرسی، مطابق با اساس نامه دادگاه بین المللی کیفری یوگسلاوی سابق، باید تعریف موجود از نسل کشی را تحت حقوق بین الملل عرفی اعمال می کرد. بند ۲ ماده ۴ اساس نامه دادگاه بین المللی کیفری یوگسلاوی سابق، نسل کشی را تعریف می کند و همان تعریف مندرج در ماده ۲ کنوانسیون ۱۹۴۸ در مورد پیش گیری و مجازات جنایت نسل کشی است که به عنوان حقوق بین الملل عرفی تبلور از طریق رویه دولتی و افکار عمومی جهانی یافته است (Prosecutor v. Krstić, 541). دادگاه

جرم شناخته نشده است. این دادگاه قاطعانه این استدلال را رد کرد چرا که از یک سو، معتقد بود که جنگ تجاوزگرانه در واقع بر اساس حقوق بین‌الملل عرفی ممنوع است (Tomuschat, 2006: 832). از سوی دیگر دادگاه دکترین «عدالت ماهوی» را تأیید کرد که به موجب آن در هر صورت مجازات مرتکبان با ملاحظات عدالت تضمین می‌شد، حتی اگر رفتار آن‌ها در زمان ارتکاب جرم‌انگاری نشده باشد. به‌طور خاص دادگاه نظامی بین‌المللی معتقد بود که اصل قانون بودن محدودیت حاکمیتی نیست، بلکه به‌طور کلی یک اصل از عدالت است. بنابراین، ناعادلانه خواهد بود که رفتار مربوطه را بدون مجازات رها کنیم. دیدگاه مشابهی نیز در سطح داخلی در حکم آیشمن توسط دادگاه عالی اسرائیل بیان شد. متعاقباً، برخی چگونگی یافتن حقوق بین‌الملل عرفی در نورنبرگ را مورد انتقاد قرار دادند و استدلال‌هایی را مطرح کردند که این دادرسی‌ها عمدتاً بیانگر *lex ferenda* بود و نه *lex lata*.

با توسعهٔ پیش‌روندهٔ حقوق بین‌الملل کیفری موضعی که معمولاً توسط دادگاه‌های موقت و دادگاه‌های کیفری ترکیبی اتخاذ می‌شود، هر زمان که متهم می‌توانست تشخیص دهد که رفتار او «کیفری به معنایی است که عموماً درک می‌شود»، مؤلفهٔ پیش‌بینی پذیری را برآورده می‌کند (Decis DeGuzman, 2020). بر اساس این دیدگاه، لازم نیست ثابت شود که یک رفتار با یک مادهٔ خاص جرم‌انگاری شده تا نتیجه‌گیری شود که تعقیب برای متهم قابل پیش‌بینی بوده است.

در این پرتو، استدلال انجام‌شده توسط شعبهٔ تجدیدنظر در عبدالرحمن با اشارهٔ خاص به قابل

پیش‌بینی بودن تعقیب کیفری بین‌المللی به‌عنوان جایگزینی ارجح برای رویکرد توصیف شده ظاهر می‌شود. در این مورد، شعبهٔ تجدیدنظر با ارجاع به ترکیبی از عناصر عینی و ذهنی، مؤلفهٔ پیش‌بینی پذیری را احراز کرد. از یک طرف، مشخص کرد که مسئولیت کیفری فردی عبدالرحمن متکی بر هنجارهای حقوق بین‌الملل عرفی است که رفتار او را به‌عنوان یک جنایت بین‌المللی توصیف می‌کند. شعبهٔ تجدیدنظر به موضع شخصی متهم نیز اشاره کرد که به‌عنوان یک فرمانده شبه نظامی، باید از منابع حقوق بین‌الملل (عرفی یا معاهداتی) قابل اجرا در درگیری که در آن شرکت می‌کرد آگاه بوده باشد. به‌دلیل این آگاهی، او می‌توانست عواقب کیفری رفتار خود را پیش‌بینی کند، یعنی ممکن است در رابطه با آن‌ها در دادگاه بین‌المللی کیفری تحت تعقیب قرار گیرد. اشاره به موقعیت شخصی متهم و در نتیجه در نظر گرفتن شرایط خاص پرونده، به شعبهٔ تجدیدنظر اجازه داد تا درجهٔ خاصی از انعطاف را در مؤلفهٔ پیش‌بینی پذیری خود حفظ کند. همین انعطاف در رویهٔ قضایی یوان اروپایی حقوق بشر نیز مشاهده شده است که موقعیت و جایگاه افراد متهم را در ارزیابی پیش‌بینی پذیری برخی هنجارها در نظر گرفته است.

## ۶. نتیجه‌گیری

تجربهٔ دادگاه‌های بین‌المللی کیفری موقت، اهمیت حقوق بین‌الملل عرفی و نقش حیاتی قضات در کشف و شناسایی آن را به‌خوبی عیان کرده است و با توجه به ناکافی بودن مقررات مکتوب مندرج در اساس‌نامهٔ دو دادگاه، توسل به حقوق بین‌الملل عرفی احتمالاً اجتناب‌ناپذیر و در نتیجه صریحاً لازم بوده است.

بودن و قابل پیش‌بینی بودن را می‌توان دو روی یک سکه دانست. با این حال، اولی، سؤالاتی را در مورد وجود هنجاری که رفتار خاصی را جرم‌انگاری می‌کند (و در نتیجه قابل اجرا بودن آن برای چنین رفتاری) مطرح می‌کند. درحالی‌که دومی ایجاب می‌کند که چنین هنجاری را بتوان به وضوح به‌عنوان منبع مسئولیت کیفری در صورت نقض آن در نظر گرفت. اگر با تجزیه و تحلیل عمیق‌تر از وضعیت حقوق بین‌الملل عرفی در زمان رویدادهای مربوطه همراه شود، استدلال شعبه تجدیدنظر درباره مؤلفه‌های قابل دسترس بودن و قابل پیش‌بینی بودن حقوق بین‌الملل عرفی بینش مهمی در مورد معنا و دامنه اصل قانونی بودن ارائه کند. برخلاف ایرادهای مورد بحث، پرونده عبدالرحمن را می‌توان به دلیل پای‌بندی آن به اصل قانونی بودن مطلق و فقدان ملاحظات مربوط به ماهیت اخلاقی مذموم رفتار مورد نظر شاخص دانست. به نظر می‌رسد برای جلوگیری از بازگشت به آموزه‌های عدالت ماهوی که کاملاً با درک معاصر از اصل قانونی بودن ناسازگار است، توجه دقیق به دسترسی و قابل پیش‌بینی بودن هنجارهای عرفی بسیار مهم است.

#### ۷. سهم نویسندگان

همه نویسندگان به‌صورت برابر در تهیه و تدوین پژوهش حاضر مشارکت داشته‌اند.

#### ۸. تضاد منافع

در این پژوهش هیچ‌گونه تضاد منافی وجود ندارد.

پرونده عبدالرحمن، دیوان کیفری بین‌المللی را به مواجهه با پرسش‌های اساسی در رابطه با مفهوم و دامنه اصل قانونی بودن سوق داده است. پاسخ‌های ارائه‌شده توسط شعبه تجدیدنظر فراتر از روند رسیدگی است. در واقع مشکل چگونگی تطبیق چنین اصلی با اعمال صلاحیت کیفری در مواردی غیر از مواردی که در ماده ۱۲ اساس‌نامه پیش‌بینی شده است، ممکن است مجدد در رسیدگی‌های آتی مطرح شود. چندین پرونده مربوط به دول غیر عضو (مشخصاً سودان و لیبی) در حال حاضر در مراحل پیش دادرسی نزد دیوان با شرایط مشابه مطرح است. اگر این روند ادامه یابد، دیوان ممکن است بار دیگر با این سؤال مواجه شود که کدام منابع بین‌المللی برای رفتاری که نه در قلمرو و نه توسط یکی از اتباع یک دولت عضو انجام می‌شود قابل اعمال است.

در این پژوهش، استدلال شده است که در پرونده عبدالرحمن، شعبه تجدیدنظر به‌درستی به عدم اجرای اساس‌نامه در چنین شرایطی رأی داده است و چنین نتیجه‌گیری نیز با توجه به تمایز بین صلاحیت تجویزی و قضائی دیوان صحیح است. با این حال، در موارد آتی، دیوان ممکن است نیاز به ارزیابی مجدد داشته باشد که آیا اساس‌نامه، به‌عنوان یک کدگذاری ظاهراً به‌روز از هنجارهای عرفی که رفتارهای مربوطه را جرم‌انگاری می‌کند، واقعاً می‌تواند مسئولیت کیفری فردی را در موقعیت‌هایی که شامل دول غیر عضو می‌شود، ارائه کند یا خیر؟

در خصوص مؤلفه‌های توجیهی جرم‌انگاری حقوق بین‌الملل عرفی، هر دو مؤلفه برای اطمینان از انطباق با اصل قانونی بودن ضروری هستند. قابل دسترس



## منابع

Knight in International Criminal Law?’ 20 ICLR (2019) 784–804.

- ICC-01/09-01/11 Date: 23 January 2012 SITUATION IN THE REPUBLIC OF KENYA IN THE CASE OF THE PROSECUTOR V. WILLIAM SAMOEI RUTO, HENRY KIPRONO KOSGEY AND JOSHUA ARAP SANG

- Icc-02/04-01/05, 2005, para. 19.

- ICC-02/05-01/09 Date: 9 June 2018 THE APPEALS CHAMBER SITUATION IN DARFUR, SUDAN IN THE CASE OF THE PROSECUTOR v. OMAR HASSAN AHMAD AL-BASHIR ,para 5

- International Military Tribunal, Judgment, Goering and others, 1 October 1946.

- Judgment on the appeal of Mr Abd-Al-Rahman against the Pre-Trial Chamber II’s Decision on the Defence ‘Exception d’incompé’tence’, Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman (‘Ali Kushayb’) (ICC-02/05-01/20 OA8), Appeals Chamber, 1 November 2021 (‘Abd-Al-Rahman’)

- M. Frulli, ‘The Contribution of International Criminal Tribunals to the Development of International Law: The Prominence of Opinio Juris and the Moralization of Customary Law’, 14 Law & Practice of International Courts and Tribunals (2015) 80–93, at 90–91.

- M. Iovane, ‘L’Influence de la Multiplication des Juridictions Internationales sur l’Application du Droit International’, in Collected Courses of the Hague Academy of International Law (Brill, 2017) 239–436, at 394–397.

- M.M. DeGuzman, *Shocking the Conscience of Humanity: Gravity and the Legitimacy of International Criminal Law* (Oxford University Press, 2020), at 153–154

- آقای جنت‌مکان، حسین، «مفهوم حقوق قابل اجرا در اساس‌نامهٔ دیوان کیفری بین‌المللی»، مجلهٔ مطالعات حقوقی علوم اجتماعی و انسانی شیراز، دورهٔ ۳ پیاپی ۵، ۱۳۹۰.

- حسینی، سید ابراهیم؛ زمانی سید قاسم، «مفهوم قربانی در حقوق بین‌الملل کیفری، پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، دورهٔ ۵، شمارهٔ ۹، بهار و تابستان ۱۳۹۶.

- نژدی‌منش، هیبت‌الله؛ راعی دهقی، هاجر، رابطهٔ میان عرف مؤخر و معاهده در چارچوب مادهٔ ۱۰ اساس‌نامهٔ دیوان کیفری بین‌المللی». مجلهٔ پژوهش‌های حقوق عمومی، دورهٔ ۱۹، شمارهٔ ۵۸، ۱۳۹۷.

- C. Tomuschat, ‘The Legacy of Nuremberg’, 4 JICJ (2006) 830–844, at 832–833

- Case No. ICC-01-04-168, Judgment on the Prosecutor’s Application for Extraordinary Review, 33-34 (July 13, 2006), [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2006\\_01806.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2006_01806.PDF)

- David Hunt, *The International Criminal Court: High Hopes, “Creative Ambiguity” and an Unfortunate Mistrust in International Judges*, 2 J. Int’l Crim. Just. 56 (2004).

- Decision on Dragoljub Ojdanic’s Motion Challenging Jurisdiction - Joint Criminal Enterprise, Milutinovic’ and others (IT-99-37-AR72), Appeals Chamber, 21 May 2003.

- George P. Fletcher, Jens David Ohlin, “Reclaiming Fundamental Principles of Criminal Law in the Darfur Case”, 3 Journal of International Criminal Justice (2005), 559

- H. van der Wilt, ‘State Practice as Element of Customary International Law: A White

- Treatise on International Criminal Law [ Vol. 1] Foundations and General Part-Oxford University Press (2013), Kai Ambos p 88
- V. Tsilonis, *The Jurisdiction of the International Criminal Court* (Springer, 2019), at 187–206;
- W.A. Schabas, 'Synergy or Fragmentation? International Criminal Law and the European Convention on Human Rights', 9 JICJ (2011) 609–632, at 613–618.
- W.A. Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, 2010, p. 196.
- Yudan Tan, *The Rome Statute as Evidence of Customary International Law*, p 8. 2021.
- Orić Appeal Judgement, Partially Dissenting Opinion of Judge Liu Daqun para 26
- Prosecutor v. Dyilo, Case No. ICC01/04-01/06-2705, Decision on the Defence Request to Reconsider the "Order on Numbering of Evidence" of 12 May 2010.
- Prosecutor v. Krstić, IT-98-33, Trial Chamber, 2 August 2001, para. 541
- Prosecutor v. Krstić, IT-98-33-T, Trial Chamber, 2 August 2001.
- Staiano, Fulvia." Customary International Law as a Source of Individual Criminal Responsibility Reflections in the Wake of the Abd-Al-Rahman Judgment". *Journal of International Criminal Justice* 20 (2022), 981–1000.
- Separate Opinion of Judge René Blattmann to the Decision on the Defence Request to Reconsider the 'Order on Numbering of Evidence' of 12 May 2010, ubanga, Situation in the Democratic Republic of the Congo, ICC-01/04-01/06-2707, TC I, ICC, 30 March 2011.
- T. Rauter, *Judicial Practice, Customary International Criminal Law and Nullum Crimen Sine Lege* (Springer, 2017), at 75–84.
- The Prosecutor v Semanza (Judgement) ICTR-97-20-T (15 May 2003) paras 342–43.
- The Prosecutor vs Al Bashir (Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ptc i) icc-02/05-01/09-3 (4 March 2009), para 126.
- *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Oxford: Oxford University Press 2002) 1051–84.