



Requirements of Lawfare for the International Criminal Court and Its Paradigmatic Foundations

Muhammad Faraji¹

1. Assistant professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Political Sciences, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran. Email: mohammad.faraji@atu.ac.ir

Article Info

Article type:
Research Article

Received:
April 10, 2024

Accepted:
August 05, 2024

Keywords:
Lawfare, Law laundering, International Criminal Court, Human rights, Statism.



ABSTRACT

The analysis of legal institutions from various perspectives encompasses ideas that lead us beyond mere legal analyses and reveal points that may not be immediately apparent despite their obviousness. The International Criminal Court (ICC) has also been examined from various legal and political dimensions. However, what can emerge as a new theory about the Court is an analysis based on the concepts of lawfare, law laundering, and the paradigms of human rights and statism. The result is that, contrary to the desirable idealism that brought the Court into being, this institution has not only failed to achieve its objective of combating impunity effectively but has also contributed to an additional layer of impunity itself. This critique and contradictory situation are not solely inherent to the Court but stem from a paradigmatic confrontation in the international arena. This confrontation has persisted and has yet to culminate in the dominance of the human rights paradigm, upon which the foundation of the Court is also based.

Cite this article: Faraji, M. (2024). Requirements of Lawfare for the International Criminal Court and Its Paradigmatic Foundations. *Criminal Law Doctrines*, 20(26), 379-412.
<https://doi.org/10.30513/cld.2024.5972.1982>



© The Author(s).

Publisher: Razavi University of Islamic Sciences.



اقتضائات جنگ حقوقی برای دیوان کیفری بین‌المللی و بنیان‌های پارادایمی آن

محمد فرجی^۱

۱. استادیار، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران.
mohammad.faraji@atu.ac.ir

چکیده

اطلاعات مقاله

تحلیل نهادهای حقوقی از زوایای مختلف متضمن ایده‌هایی است که ما را فراتر از تحلیل‌های صرف حقوقی می‌برد و نکاتی را نمایان می‌سازد که با وجود آشکار بودن، کمتر به نظر آمده‌اند. دیوان کیفری بین‌المللی نیز به عنوان یک نهاد حقوقی از ابعاد مختلف حقوقی و سیاسی بررسی شده است، اما آنچه می‌تواند به عنوان نظریه‌ای نودرباره دیوان مطرح شود، تحلیلی است بر مبنای مفاهیم جنگ حقوقی، حقوق شویی و پارادایم‌های حقوق بشر و دولت‌گرایی. نتیجه آنکه، برخلاف ایده آل‌گرایی مطلوبی که دیوان را پدید آورده، این نهاد نه تنها نتوانسته در جهت مقابله با بی‌کیفرمانی عملکرد مطلوبی داشته باشد، بلکه خود حاشیه‌ای از بی‌کیفرمانی را ایجاد کرده است. با این حال، این نقد و وضعیت متناقض مربوط به خود دیوان نیست، بلکه ناشی از تقابلی پارادایمیک در عرصه بین‌الملل است که همچنان ادامه داشته و هنوز به غلبه پارادایم حقوق بشر، که بنیان دیوان نیز بر آن مبتنی است، منجر نشده است.

نوع مقاله: علمی پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۱/۲۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۵/۱۵

کلیدواژه‌ها:

جنگ حقوقی، حقوق شویی، دیوان کیفری بین‌المللی، حقوق بشر، دولت‌گرایی.



استناد: محمد، فرجی. (۱۴۰۳). اقتضائات جنگ حقوقی برای دیوان کیفری بین‌المللی و بنیان‌های پارادایمی آن. *آموزه‌های حقوق کیفری*، ۲۰(۲۶)، ۳۷۹-۴۱۲. <https://doi.org/10.30513/cld.2024.5972.1982>



© نویسندگان.

ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.

مقدمه

جنگ حقوقی اغلب در رابطه با مطالعه پیامدهای حقوقی مداخلات نظامی کشورهای غربی مورد بررسی قرار می‌گیرد. این اصطلاح توسط یک نظامی آمریکایی به نام چارلز دانلاپ^۱ در سال ۲۰۰۱ میلادی مطرح شد. در زبان انگلیسی، از ترکیب «حقوق»^۲ و «جنگ آوری»^۳ ساخته شده و به معنای استفاده از حقوق به عنوان یک سلاح جنگی یا راهبرد سوءاستفاده از حقوق به جای روش‌های سنتی نظامی برای تحقق اهداف عملیاتی است. مسئله اصلی و قابل تأمل این است که حقوق می‌تواند جنگ را نامتوازن کند، زیرا باعث محدودیت نیروها در مقابل دشمنی می‌شود که ممکن است به قواعد حقوقی اهمیتی ندهد (Ferey, 2018, p.55). از زمان مطرح شدن مفهوم جنگ حقوقی، تألیفات متعددی به آن پرداخته‌اند.^۴

بدین جهت، این مسئله مطرح می‌شود که تبعیت از قاعده حقوقی در تعامل با ضرورت مقابله با دشمن و غلبه بر او چه حکمی دارد؛ آیا باید به طور مطلق تابع قاعده بود یا ضرورت تقابل با دشمن این اطلاق را از بین می‌برد؟ این مسئله را می‌توان به صورت نظری چنین مطرح کرد:

الف. تبعیت از قواعد حقوقی می‌تواند باعث غلبه دشمن یا دیگری شود؛

1. Charles Dunlap.

2. Law.

3. Warfare.

4. Orde F. Kittrie (2016), *Lawfare – Law as a weapon of War*, Oxford University Press; Charles J. Dunlap (2011), Jr., *Lawfare Today...and Tomorrow*, in *International Law and the Changing Character of War*, Raul A. "Pete" Pedrozo & Daria P. Wollschlaeger eds; Janina Dill, (2017). *Abuse of Law on the Twenty-First-Century Battlefield: A Typology of Lawfare*. In: Gross ML, Meisels T, eds. *Soft War: The Ethics of Unarmed Conflict*. Cambridge University Press; Tamar Meisels (dirs.) (2017), *Soft War - The Ethics of Unarmed Conflict*, Cambridge University Press; Jeremy Waldron (2015), "Asymmetric War: Lawfare and Provocation in an Insurgency," Keynote, Conference on Asymmetrical Warfare, Mahindra Institute, Harvard University, March 30; Alan Craig (2013), *International Legitimacy and the Politics of Security: The Strategic Deployment of Lawyers in the Israeli Military*, Lanham, Md, Lexington Books: ...به نقل از: (Ferey, op.cit., p. 55).

ب. چنانچه تبعیت از قواعد حقوقی به هرنحوی باعث تضعیف نیروهای خودی و در نهایت غلبه دشمن یا دیگری شود، دیگر نیازی به پایبندی مطلق نیست؛
پ. پس، می‌توان به قواعد حقوقی پایبند نبود یا از آن‌ها به گونه‌ای سوءاستفاده کرد که منجر به غلبه دشمن یا دیگری و تضعیف خود نشود؛

ت. اما این رویکرد مبتنی بر پارادایم حاکمیت است و در فرض گذار کامل به پارادایم حقوق بشر، تبعیت مطلق و بی‌جانبدارانه از قواعد حقوقی قابل تحقق خواهد بود. از جمله نمونه‌هایی که در این زمینه مطرح شده است، استفاده‌ی عامدانه از کودکان به عنوان سپر انسانی است تا طرف مقابل محاصمه متهم به ارتکاب جنایات بین‌المللی شود (Horton, 2010, p.169). بدین ترتیب، وقتی اصطلاح جنگ حقوقی مطرح می‌شود، مطابق با ادبیات موجود، به معنای استفاده از حقوق به عنوان یک سلاح است؛ چه به صورت انفعالی باشد، مانند مثال مذکور، یا به صورت فعال، مانند نظریه «کوبیدن سقف» که توضیح آن خواهد آمد. بنابراین، مسئله این است که جنگ حقوقی چیست و چگونه نمود می‌یابد؟ به عبارتی، تحلیل نظری جنگ حقوقی تعیین‌کننده باید و نبایدهایی عملی است که آثاری مهم در سیاست و حقوق دارد. به عنوان مثال، اگر الحاق به دیوان کیفری بین‌المللی باعث تضعیف سیاست نظامی و در نهایت کاهش اقتدار کشور شود، آیا باید تمامی توجیحات برای الحاق کنار گذاشته شود؟ یا اگر انفعال در برابر سپر انسانی که دشمن ساخته است باعث شکست نیروهای خودی شود، آیا حمله به سپر انسانی اخلاقاً صحیح است یا مذموم؟ در مثال اخیر، که در حقوق اسلامی تحت عنوان «تترس» بررسی شده است (رهبرپور و خورشیدی، ۱۳۹۸، ص ۴۴۵-۴۶۰)، نیروی متخاصم یک قاعده حقوقی (عدم تعدی به غیرنظامیان) را به سلاحی نظامی برای اهداف عملیاتی خود تبدیل کرده است. در چنین شرایطی، عدم پایبندی به قاعده توسط طرف مقابل می‌تواند او را متهم به ارتکاب جنایات جنگی کند و پایبندی به آن می‌تواند به معنای شکست نظامی باشد. این همان معنای جنگ حقوقی است.

این مفهوم در خصوص دیوان کیفری بین‌المللی نیز قابل بررسی است، به گونه‌ای که می‌تواند مبنایی تحلیلی برای نقد ساختار حقوقی این نهاد باشد.

این مقاله به روش تحلیلی-ترکیبی نگارش شده است؛ ابتدا مفاهیم تحلیل^۱ شده و سپس براساس ترکیب^۲ این مفاهیم، به نظریه‌ای نو درباره موضوع مورد بحث می‌رسیم.^۳

در گام نخست، مفهوم جنگ حقوقی و صورت‌بندی نظری آن مورد بررسی قرار می‌گیرد، به گونه‌ای که با این مفهوم می‌توان نهادهای حقوقی ملی یا بین‌المللی را تحلیل و نقد کرد. دیوان کیفری بین‌المللی یکی از نهادهایی است که می‌توان آن را در این چارچوب نظری مورد تحلیل قرار داد، زیرا ساختار آن نشان‌دهنده استفاده ابزاری از حقوق است. نقد این نهاد به معنای نفی آن نیست، بلکه هدف نشان دادن وضعیتی است که برخلاف غایت اعلام شده در تأسیس دیوان است.

بنابراین، در گام دوم، بررسی ماهیت و کارکرد دیوان در چارچوب نظریه جنگ حقوقی، نکات قابل تأملی را مطرح می‌کند. ساختار، کارکرد و تجربه دیوان و بحث‌های پیرامون الحاق یا عدم الحاق به آن مبنای کافی برای تحلیل این نهاد از منظر نظریه جنگ حقوقی است. این تحلیل نشان می‌دهد که توضیح ساختار دیوان و عملکرد آن، فراتر از نقدهای سطحی و مبتنی بر متن اساسنامه است و ریشه در بنیان‌های نظری (پارادایمیک) کلان‌تری دارد.

بنابراین، ملاحظه پارادایم‌های مرتبط با این زمینه، در گام سوم تحلیل، توضیح بهتری از مسائل مربوط به دیوان ارائه خواهد داد. به این ترتیب، ابتدا مفهوم جنگ حقوقی تحلیل شده و سپس ترکیب نظریه‌های جنگ حقوقی و حقوق شویی (شماره یک) ارائه می‌شود. در نهایت، ساختار و کارکرد دیوان در چارچوب این نظریه تفسیر و تأویل می‌شود و عامل بنیادین این تأویل براساس عدم گذار کامل پارادایمیک تبیین خواهد شد (شماره دو).

1. Jugement analytique.

2. Jugement synthétique.

۳. برای بحث‌های روش‌شناختی گزاره‌های تحلیلی [= آناکانانه] و ترکیبی [= هم‌نهادی] نک: خوانساری، ۱۴۰۰، ص ۲۶۸ به بعد؛ ایمانوئل کانت، ۱۴۰۰، ص ۶۹ و ۸۴.

۱. مفهوم جنگ حقوقی؛ حقوق شویی / قانون شویی

۱-۱. جنگ حقوقی: مفهومی بزه‌اندود

جنگ حقوقی در اصل در زمینه تکامل هنر جنگ نظامی مطرح شده، اما در معنایی گسترده‌تر به امکان استفاده ابزاری از حقوق برای تأمین مقاصد سیاسی ملی یا بین‌المللی نیز تأویل پذیر است. امیلی فری (۲۰۱۸) در بررسی ادبیات جنگ حقوقی، این تعاریف را ارائه کرده است:

«[سوء] استفاده از حقوق توسط عوامل غیردولتی به منظور تشدید عدم تقارن جنگ، به گونه‌ای که طرف مخاصمه تحریک به ارتکاب جنایات جنگی شود و نهایتاً مداخله او نامشروع جلوه کند؛ ایجاد سپر انسانی برای پنهان کردن تسلیحات یا قرار دادن رزمندگان در میان جمعیت غیرنظامی برای جلوگیری از حملات هوایی، از جمله مصادیق جنگ حقوقی هستند. اقدام داعش در نگهداری ساکنان شهر موصل در نزدیکی رزمندگان به منظور جلوگیری از بمباران نیروهای ائتلاف، نمونه‌ای واقعی از سوء استفاده از حقوق برای اهداف راهبردی نظامی است. در معنایی دیگر، جنگ حقوقی به معنای به‌کارگیری حقوق توسط نیروهای دولتی برای رفع آسیب‌پذیری‌های حقوقی و واکنش به راهبردهای متقابل دشمن است. اسرائیل در این مفهوم پیشگام بوده است، به گونه‌ای که برای مقابله با مسئله سپر انسانی روشی به نام کوبیدن سقف^۱ را ابداع کرد. ابتدا یک حمله انفجاری با شدت کم ترعلیه هدف انجام می‌شود تا ساکنان از قریب‌الوقوع بودن بمباران آگاه شوند. در اعمال این روش در غزه، ساکنان پنج دقیقه برای تخلیه محل سکونت فرصت دارند و سپس بمباران آغاز می‌شود. براساس تفسیر نیروهای مسلح اسرائیلی، کسانی که باقی می‌مانند، به مشارکت‌کنندگان در مخاصمه تبدیل شده و به اهداف مشروع تغییر وضعیت می‌دهند. ارتش آمریکا نیز این روش را علیه داعش به کار برده است» (Ferey, 2018, p.57-59).

بنابراین، همان‌طور که در ابتدا توضیح داده شد، جنگ حقوقی در چارچوب

1. Frapper sur le toit (Fr) - Knocking on the roof (En).

بازسازی هنر جنگ و دکترین به کارگیری نیروهای مسلح مطرح شده، به ویژه برای توجیه مداخلات نظامی در افکار عمومی ملی و بین‌المللی و جلوگیری از مسئولیت کیفری رزمندگان و فرماندهان. اما در توضیحات دیگر، سیاسی‌سازی حقوق بین‌الملل، از جمله در چارچوب دیوان کیفری بین‌المللی و همچنین اعمال سیاست زده صلاحیت جهانی، نیز تحت عنوان جنگ حقوقی مطرح شده است (Ferey, 2018, p.59).

به این ترتیب، جنگ حقوقی در معنای نخست، به معنای سوءاستفاده از حقوق برای تضعیف راهبرد و موقعیت نظامی طرف خصم است، به طوری که طرف مقابل در معرض ارتکاب جنایات جنگی قرار گیرد و متهم شود؛ در مقابل، در معنای دوم، به معنای استفاده از راهکاری است که این وضعیت را رفع کند و وضعیت حقوقی اهداف نظامی را از نامشروع به مشروع تغییر دهد. معنای دیگری نیز به جنگ حقوقی اطلاق شده که جنبه‌ای مطلوب دارد، به گونه‌ای که در این مفهوم‌سازی، حقوقی‌سازی حداکثری مقابله با بزهکاری و توسعه نهادهای حقوقی منطقه‌ای و بین‌المللی مدنظر است. مؤلف این مقاله نیز به بی‌دقتی خود در وضع این مفهوم برای جنگ حقوقی اذعان دارد (فرجی، ۱۳۹۸، ص ۲۶۴)، زیرا مفهوم اصیل آن همان است که پیش از این گفته شد. با توجه به ادبیات جنگ حقوقی و ترکیب واژگان «جنگ حقوقی» و تأویل آن، می‌توان گفت که زمینه اصلی آن جنگ و خصم‌ها قوای دولتی و غیردولتی بوده و منظور استفاده از حقوق به مثابه ابزار جنگی برای تضعیف طرف خصم و غلبه بر آن است. این مفهوم که ابتدا توسط نظامیان آمریکایی مطرح شد، توسط اسرائیلی‌ها نیز مورد بهره‌برداری قرار گرفته است. پروژه‌ای به نام پروژه جنگ حقوقی که هدف خود را حمایت از یهودیان اعلام کرده است^۱ یکی از منابعی است که گزارشی حقوقی به دادستانی دیوان کیفری بین‌المللی ارائه داده تا امکان اعمال صلاحیت دیوان نسبت به وضعیت فلسطین را نفی کند.^۲

1. The Lawfare Project, about, viewed 10 August 2022,

[<https://www.thelawfareproject.org./>]

2. Observations on the Prosecutor's Request on behalf of the Non-Governmental Organisations: The Lawfare Project, the Institute for NGO Research, Palestinian Media Watch, and the Jerusalem Center for Public Affairs.

در مقاله‌ای فارسی نیز که ترکیب «جنگ حقوقی» به کار رفته است، مؤلفان بر معنای متناقض آن تأکید داشته‌اند و آن را در معنای اصلی‌اش که مفهومی منفی و نامطلوب است، تحلیل کرده‌اند و به درستی این مفهوم را در چارچوب یکجانبه‌گرایی ابرقدرت‌ها به مثابه آسیبی به نظام حقوق بین‌الملل دانسته‌اند (فضایلی و کوثری، ۱۴۰۰، ص ۱۹۵ و ۲۰۱-۲۰۴). در مقاله دیگری که سپس تر منتشر شده نیز همین مفهوم به عنوان مبنای تحلیل قرار گرفته است و به سوءاستفاده از خلأهای حقوق بین‌الملل، استفاده تبعیض‌آمیز از مقررات و نهادهای حقوقی، و دستکاری قواعد و هنجارهای بین‌المللی اشاره شده است (سادات میدانی و محمدی، ۱۴۰۲، ص ۱۸۲۷ و ۱۸۳۰).

در چارچوب تحلیلی پیش‌گفته، امیلی فری (۲۰۱۸) نیز در توضیح مباحث مرتبط با جنگ حقوقی، تعبیر جالبی دارد. او با اشاره به توصیف جنگ حقوقی به عنوان امری غیراخلاقی، آن را تحریف حقوق به منظور مقاصد سلطه‌گری توصیف کرده و از عنوان حقوق شویی یا قانون شویی^۱ استفاده کرده است. این مفهوم در چارچوب امنیت ملی و برای مشروع‌سازی سیاستی خاص اعمال می‌شود، مانند «روش‌های بهبود یافته بازجویی» به جای شکنجه که آمریکایی‌ها در زندان گوانتانامو آن را «شکنجه قانونی» نامیده‌اند (Ferey, 2018, p.60).

این مفهوم همچنین در تحلیل نظام‌های حقوقی ملی نیز قابل استفاده است، به طوری که برای مثال ممکن است با رویکردی دشمن‌محور و تفکیک میان «ما» و «آنها» و با استفاده از عبارات مبهم، اصول حقوق کیفری را نشکنند، بلکه خم کنند و با جرم‌انگاری رفتارهایی، به مقابله و سرکوب دسته‌ای از افراد یا گروه‌های اجتماعی پردازند (Hopkins Burke, 2014, p.245-260).

وانگهی، جنگ حقوقی با نگرشی واقع‌گرایانه و سلطه‌جویانه از نظام بین‌الملل به معنای تکامل هنر جنگ از طریق حقوق است، به گونه‌ای که حقوق به ابزاری برای غلبه بر طرف‌های تخاصم تبدیل می‌شود. بنابراین، می‌توان جنگ حقوقی را به عنوان سوءاستفاده از حقوق برای تأمین مقاصد نظامی یا سیاسی تعریف کرد.

1. legal washing.

۱-۲. گستره مفهومی جنگ حقوقی: عدالت کژ کیفری بین‌المللی

با ملاحظه‌کنه تعریف اصیل جنگ حقوقی، به نظر می‌رسد این مفهوم تنها به مصادیقی نظیر سپر انسانی محدود نمی‌شود، بلکه به سیاست کیفری بین‌المللی نیز مربوط است. اگر نهادهای حقوقی تضعیف‌کننده حاکمیت و اقتدار سیاسی کشورها باشند و همزمان به نفع کشورهای دیگر عمل کنند، پایبندی و الحاق به قواعد و نهادهای حقوقی یا تقابل با آن‌ها، و یا حداقل عدم الحاق به آن‌ها به منظور تضعیف کشور متخاصم و غلبه یافتن یا مغلوب نشدن، باید به عنوان مضمون اصلی جنگ حقوقی تحلیل شود. پرسش این است که آیا قواعد و نهادهای حقوقی موجودیتی مستقل از عوامل سیاسی دارند یا اینکه تحت تأثیر نظام‌های سیاسی قابل تأویل بوده و معنایی متغیر پیدا کرده و جنبه‌ای ابزاری به خود می‌گیرند؟ این مسئله به ویژه در مورد حقوق بین‌الملل که مبتنی بر یک جامعه بین‌المللی به معنای دقیق کلمه «جامعه» نیست، مطرح می‌شود.

در واقع، بررسی دیوان کیفری بین‌المللی به عنوان نهادی که هدفش مقابله با شدیدترین جنایات بین‌المللی است، مصداقی اساسی برای این مسئله به شمار می‌آید. نگاه مجرد به این نهاد و پذیرش ساده‌انگارانه این ایده که برای مقابله با شدیدترین جنایات بین‌المللی تأسیس شده و در عمل نیز چنین نقش یا اثری دارد، سطحی به نظر می‌رسد. نگاهی به مسئله عدم الحاق کشورهاییکه نظامی‌گری بخشی اساسی از سیاست خارجی‌شان را تشکیل می‌دهد، همچنین نگاهی به ساخت حقوقی این نهاد، نشان می‌دهد که این نهاد را می‌توان با مفهوم جنگ حقوقی و هدف تسلط و غلبه نیروها در عرصه بین‌المللی مرتبط دانست، مگر آنکه ساده‌انگارانه بخواهیم واقعیت‌های سیاست و روابط بین‌الملل و امکان استفاده ابزاری از نهادهای حقوقی در این عرصه را نادیده بگیریم (نک. پشمی، نژندی‌منش، ۱۴۰۱، ص ۱۱۲)، به ویژه نهادهایی که می‌توانند در تضعیف اقتدار نظامی و سیاسی کشورها یا پیشبرد اهداف راهبردی آنان نقش داشته باشند.

بنابراین، فراتر از تحلیل سطحی یا صرفاً حقوقی نهادهایی که چنین جنبه‌ای دارند، باید از پذیرش بی‌چون و چرای آن‌ها و ظاهراً متعین بودن مطلوبیت‌شان گذشت و با دیدی فراگیر به تأویل جنبه‌های دیگر این نهادها پرداخت.

۲. ساخت مؤثر و خنثی دیوان کیفری بین‌المللی: پیش‌فرض نادرست

فهم صورت‌های تعیین‌یافته افکار انسان متضمن پیچیدگی‌هایی است که به طرق مختلف بدان پرداخته شده است. یکی از معانی تفکر، انکشاف آن چیزی است که در پس ظاهر مستور و مکنون است. این امر از یک طریق مستلزم آن است که آن صورت تعیین‌یافته فکری انسان یک بار به صورت مجرد نگریسته شود و بار دیگر نسبت آن با دیگر صورت‌ها سنجیده شود. در این چارچوب، به منظور انکشاف دیگر معانی احتمالی مستتر در ماهیت دیوان کیفری بین‌المللی، یا حتی دیگر نهادهای حقوقی به عنوان محصولات فکری بشر که به واسطه زبان موجودیت یافته‌اند، و با گذر از معنای سطحی آن‌ها، باید به تأویل‌شان پرداخت. یکی از روش‌ها، همان دور تأویلی است؛ یعنی باید یک بار معنای آن‌ها را مجرد نگریست و بار دیگر نسبت آن‌ها را با دیگر پدیده‌ها بررسی کرد.

اما طریق دیگری از تأویل نیز وجود دارد که می‌تواند معنادار باشد. این روش در قالب و اصل تأویلی مطرح شده است و این است که بنگریم پدیده‌ها، و در اینجا نهادهای حقوقی، چگونه برخلاف غایتی که دارند، عمل نمی‌کنند و کارآمد نیستند. مارتین هایدگر این اصل را با مثالی توضیح داده است: «چکشی که دم دست داریم ممکن است سنگین باشد و خصوصیتی دیگر نیز داشته باشد که بتوان آن را با چکش‌های دیگر مقایسه کرد؛ اما چکش شکسته است که ناگهان نشان می‌دهد چکش چیست» (ا. پالمر، ۱۳۹۸، ص ۱۴۷). ریچارد ا. پالمر نیز در توضیح این مثال می‌گوید:

«هستی چیزی در نگاه تحلیلی تأملی منکشف نمی‌شود، بلکه در لحظه‌ای منکشف می‌شود که در آن لحظه آن شیء در متن کامل کارکردش در جهان از اختفا بیرون می‌آید... خصلت فهم از طریق فهرست تحلیلی صفات آن یا در نور کامل کارایی درست آن دریافته نمی‌شود، بلکه خصلت آن وقتی درست فهمیده می‌شود که نقص و شکستی در آن روی دهد... یا وقتی که شیء چیزی را که باید داشته باشد از دست می‌دهد» (ا. پالمر، ۱۳۹۸، ص ۱۴۷-۱۴۸).

آنچه از این رویکرد تحلیلی فهمیده می‌شود این است که برای فهم یک شیء یا پدیده، از جمله پدیده‌های حقوقی، یکی از راه‌ها این است که ببینیم آن شیء یا پدیده چه چیزی را باید می‌داشت اما اکنون ندارد. بنابراین، با اتکا به دور تأویلی و اصل تأویلی مذکور، دیوان کیفری بین‌المللی را به‌عنوان نهادی که غایتی مشخص داشته اما ساخت و عملکردش مطابق آن غایت نبوده، و به‌عنوان موضوعی که در چارچوب مفهوم جنگ حقوقی جای می‌گیرد، بررسی می‌کنیم. دلیل این مدعا این است که نهاد دیوان کیفری بین‌المللی و الزامات حقوقی آن در ارتباط با سیاست بین‌الملل و اقتدار کشورها در نظام روابط بین‌الملل معنا پیدا می‌کند؛ به‌گونه‌ای که حتی عدم الحاق به آن نیز در همین چارچوب قابل تفسیر است.

نقطه عزیمت این تحلیل، این گزاره است که علی‌رغم اینکه مادهٔ یک اساسنامهٔ دیوان مقرر داشته که دیوان کیفری بین‌المللی به این وسیله تأسیس می‌شود و می‌تواند صلاحیت خود را در مورد شدیدترین جنایات بین‌المللی اعمال کند، هنوز در واقع چنین نهادی که بتواند به‌طور مؤثر صلاحیت خود را اعمال کند، تأسیس نشده است.

۲-۱. انقباض معنایی مکنون در مادهٔ ۱ اساسنامهٔ دیوان کیفری بین‌المللی

مادهٔ ۱ اساسنامهٔ دیوان کیفری بین‌المللی دارای صورت‌بندی توجیه‌برانگیزی است؛ به‌گونه‌ای که در متن انگلیسی مقرر شده است: «دیوان کیفری بین‌المللی (دیوان) بدین وسیله تأسیس می‌گردد. دیوان مؤسسه‌ای دائمی بوده و می‌تواند، چنان‌که در این اساسنامه مقرر شده، صلاحیت خود را بر اشخاص برای شدیدترین جنایات مورد دغدغهٔ بین‌المللی اعمال نماید... صلاحیت و کارکرد دیوان تحت حاکمیت مقررات این اساسنامه خواهند بود» و در متن فرانسوی نیز چنین آمده است:

«دیوان کیفری بین‌المللی (دیوان) به‌عنوان مؤسسه‌ای دائمی تأسیس می‌گردد که می‌تواند به‌موجب اساسنامهٔ حاضر، صلاحیت خود را بر اشخاص برای شدیدترین

جنایات متضمن گستره بین‌المللی اعمال نماید... صلاحیت و کارکرد آن به موجب مقررات همین اساسنامه انتظام می‌یابند»^۱.

صورت بندی این ماده در گزاره نخستین چنین است که نهادی دائمی برای رسیدگی به شدیدترین جنایات بین‌المللی تأسیس می‌گردد، اما تعریف جنایات، حدود اعمال صلاحیت و چگونگی کارکرد دیوان «چنان‌که در این اساسنامه مقرر شده» و «به موجب اساسنامه حاضر» و «تحت حاکمیت مقررات این اساسنامه» مشخص می‌گردد؛^۲ این تعیین‌یافتگی در نگاهی سطحی متضمن تعریف جنایات و اصول و قواعد حاکم بر اعمال صلاحیت دیوان و چگونگی کارکرد آن است، ولی در سطحی دیگر، نقش عبارات «چنان‌که در این اساسنامه مقرر شده»، «به موجب اساسنامه حاضر» و «تحت حاکمیت مقررات این اساسنامه» به محدود کردن معنای گزاره «می‌تواند صلاحیت خود را بر اشخاص برای شدیدترین جنایات مورد دغدغه بین‌المللی اعمال نماید» می‌انجامد، به طوری که فعل «می‌تواند» که در ابتدای این گزاره آمده است، فروکاسته شده و حتی می‌توان گفت در برخی موارد از معنا تهی گردیده است.

این انقباض معنایی مستتر در ماده ۱ اساسنامه با ارجاع به مصادیق مقرر در مواد بعدی، به ویژه در رابطه با تعلیق تحقیق یا تعقیب و همچنین شرایط اختصاصی اعمال صلاحیت دیوان، قابل اشاره است. در واقع، عدالت کیفری بین‌المللی

1. An International Criminal Court ("the Court") is hereby established. It shall be a permanent institution and shall have the power to exercise its jurisdiction over persons for the most serious crimes of international concern, as referred to in this Statute, and shall be complementary to national criminal jurisdictions. The jurisdiction and functioning of the Court shall be governed by the provisions of this Statute." (En)...« Il est créé une Cour pénale internationale (« la Cour ») en tant qu'institution permanente, qui peut exercer sa compétence à l'égard des personnes pour les crimes les plus graves ayant une portée internationale, au sens du présent Statut. Elle est complémentaire des juridictions pénales nationales. Sa compétence et son fonctionnement sont régis par les dispositions du présent Statut. » (FR).

۲. برای تحلیلی دیگر از ماده ۱ اساسنامه نک:

Trifftere & Ambos, *The Rome Statute of the International Criminal Court*, A Commentary, Third Edition, C.H.BECK, Hart, Nomos, 2016.

آن‌طور که در قالب دیوان تحقق یافته، به‌طور قابل ملاحظه‌ای در انقیاد شورای امنیت قرار گرفته است، به‌گونه‌ای که این شورا می‌تواند تحقیق یا تعقیب را به مدت دوازده ماه به تعویق بیندازد و این امکان بدون محدودیت قابل تجدید است. البته، توجیه تأمین متوازن صلح و عدالت بین‌المللی و غلبه رویکرد سیاسی بر رویکرد قضایی، به‌ویژه با توجه به ترکیب شورای امنیت، قابل پذیرش است؛ چراکه جنایتکاران خود باید بتوانند در خصوص تعقیب و محاکمه خود یا شرکای خود تصمیم بگیرند!

در رابطه با شرایط اختصاصی اعمال صلاحیت در خصوص جنایات جنگی نیز، امکان تعویقی هفت‌ساله از زمان عضویت وجود دارد و در خصوص جنایت تجاوز سرزمینی نیز این صلاحیت بسیار محدود شده است؛ به‌نحوی که پس از تصویب اصلاحات کامپالا توسط سی کشور عضو، دوسوم کشورهای عضو باید در خصوص اعمال صلاحیت تصمیم‌گیری کنند و علاوه بر آن، شورای امنیت نیز باید تجاوز را احراز کرده باشد، یا اینکه پس از مدت شش ماه و عدم تصمیم‌گیری شورای امنیت، گشایش تحقیق با مجوز شعبه مقدماتی صورت گیرد. همچنین اگر کشوری عضو که مرتکب جنایت تجاوز شده، اعمال صلاحیت را نپذیرد، صلاحیت اعمال نخواهد شد. دیوان نمی‌تواند صلاحیت خود را نسبت به جنایت تجاوزی که در کشوری غیرعضو یا توسط اتباع کشوری غیرعضو ارتکاب یافته، اعمال کند؛ به‌گونه‌ای که دیوان برخلاف سایر جنایات، نمی‌تواند علی‌رغم تحقق دیگر شرایط، نسبت به جنایت تجاوزی که توسط اتباع یک کشور عضو در سرزمین یک کشور غیرعضو یا توسط اتباع یک کشور غیرعضو در سرزمین یک کشور عضو ارتکاب یافته، اعمال صلاحیت کند؛ مگر اینکه شورای امنیت ارجاع داده باشد که در این صورت محدودیت‌های پیش‌گفته وجود نخواهند داشت (Rebut, 2015, N. 1102-1107).

بی‌گمان، یک ترجمه کوتاه و قابل برداشت از این نظم حقوقی در چارچوب تحلیلی جنگ حقوقی و حقوق شویی چنین است: اگرما یا شرکایمان مرتکب جنایت شویم، دیوان صلاحیت ندارد یا اجازه نخواهیم داد که صلاحیت خود را اعمال کند! در نتیجه، دیوان نمی‌تواند صلاحیت خود را برای شدیدترین جنایات

مورد دغدغه بین‌المللی اعمال کند. با این دیدگاه، باید درباره معنای فعل «می‌تواند» در ماده ۱ اساسنامه و گستره معنایی و مصادیق مرتکبان جنایاتی که در صلاحیت دیوان قرار می‌گیرند، تأمل کرد و دید که چگونه ممکن است به معنای «نمی‌تواند» باشد. بنابراین، وقتی ماده ۵ اساسنامه مقرر می‌دارد: «دیوان مطابق این اساسنامه نسبت به جنایات زیر صلاحیت دارد / به موجب اساسنامه حاضر، نسبت به جنایات زیر صلاحیت دارد»،^۱ باید گفت که «مطابق این اساسنامه / به موجب اساسنامه حاضر» بسیار معنادارتر از صرفاً احصاء جنایات داخل در صلاحیت دیوان بوده، به ویژه در رابطه با جنایت تجاوز سرزمینی که گزاره «صلاحیت دارد» به سادگی به گزاره «اصولاً صلاحیت ندارد» قابل تأویل است.

۲-۲. امکان سرکوب سرنگون شدگان و امتناع سرکوب سرنگون ناشدگان

تجربه یکی دیگر از راه‌های انکشاف معنای یک پدیده است. یک پدیده چیزی است که در تجربه‌ای پایدار و مستمر مشاهده می‌شود. برای فهم یک پدیده، باید آن را همان‌طور که واقعاً خود را می‌نمایاند بنگریم، نه آن‌طور که مقرر بوده یا ایده‌آل است. ایده‌آل تأسیس دیوان کیفری بین‌المللی نیز اعمال صلاحیت بر شدیدترین جنایات بین‌المللی مورد دغدغه جامعه بین‌المللی بوده و به همین ترتیب در اساسنامه آن نیز مقرر شده است. اما به سبب ساختار درونی این نهاد و تأثیر متغیرهای بیرونی نظام بین‌الملل، می‌توان گفت که این نهاد در تجربه خود را به گونه‌ای دیگر نمایانده و معنایی متفاوت از آنچه مقرر شده بود دارد.

در واقع، اعمال صلاحیت بر شدیدترین جنایات بین‌المللی توسط دیوان مقید به قید مضمرد دیگری است که در تجربه خودنمایی کرده است؛ و آن اینکه دیوان تنها زمانی می‌تواند اشخاص مسئول جنایات اعم از مقامات سیاسی و فرماندهان نظامی را تعقیب کند که در نتیجه یک انقلاب یا شکست نظامی سرنگون شده باشند، و تا زمانی که در قدرت هستند، چنین تعقیبی ناممکن است. این واقعیت تجربی،

1. The Court has jurisdiction in accordance with this Statute with respect to the following crimes ...” (En) - « ... En vertu du présent Statut, la Cour a compétence à l'égard des crimes suivants ... » (Fr).

به همراه واقعیت دیگری که هیچ کشوری بدون نظام قانونی و قضایی نمی‌ماند، نشان می‌دهد که دیوان برخلاف آنچه ایده‌آل بوده و مقرر شده بود، نهادی برای تعقیب کیفری مقامات سیاسی و نظامی سرنگون شده است. این بدان معناست که مرتکبان جنایات تا زمانی که در قدرت هستند، به دلیل ساختار نظام بین‌الملل امکان تعقیب کیفری توسط دیوان را ندارند. این بخشی از واقعیت هستی دیوان کیفری بین‌المللی است؛ یعنی نه تنها آن «می‌تواند» مقرر در ماده ۱ اساسنامه به سبب ساخت درونی دیوان در برخی موارد به «نمی‌تواند» یا «اصولاً نمی‌تواند» تبدیل شده است، بلکه تجربه دیوان نشان می‌دهد که این «می‌تواند» محدود شده نیز تنها در مورد سرنگون‌شدگان سیاسی و نظامی کشورها قابل اعمال است.

بنابراین، در حالی که آن «می‌تواند» در خصوص جنایت تجاوز سرزمینی به طور قاطع به «نمی‌تواند» قابل تأویل است، در خصوص جنایات علیه بشریت، نسل‌کشی و جنایات جنگی، و در مورد سرنگون‌ناشدگان نیز به مراتب بیشتر به «نمی‌تواند» قابل تأویل است.

ایراد حفظ صلح و امنیت بین‌المللی برای توجیه ناتوانی دیوان وارد نیست؛ چراکه حفظ صلح و امنیت بین‌المللی بدون عدالت و بدون محاکمه و پاسخگویی جنایتکاران بین‌المللی محقق نمی‌شود. آری، تلاش برای تعقیب و تحقیق جنایات و به محاکمه کشاندن جنایتکاران ممکن است تنش‌ها را تشدید کرده و نزاع را افزایش دهد، اما این استدلال قابل قبولی نیست که چون جنایتکار ممکن است جنایات بیشتری مرتکب شود، فعلاً او را تعقیب نکنیم و به تعویق بیندازیم. این تعلیق، احتمالاً متضمن بی‌معنا شدن غایتی است که دیوان برای آن تأسیس شده است.

البته، ناتوانی دیوان در تعقیب سرنگون‌ناشدگان سیاسی و نظامی جنایتکار، به ساختار نظام بین‌الملل مرتبط است، زیرا تاکنون متضمن شکل‌گیری یک جامعه بین‌المللی به معنای دقیق جامعه نبوده است. دیوان تعقیب اشخاص متهم به ارتکاب جنایات بین‌المللی را در قالب تسلیم یا استرداد آن‌ها توسط کشورها ممکن می‌کند و برخلاف نظام‌های عدالت کیفری ملی، فاقد نیروی مجری قانون است که

بتواند متهمان را جلب کرده و نزد مقام تعقیب حاضر کند. روابط بین‌الملل و مناسبات سیاسی کشورها اجازه نمی‌دهند که مقامات سیاسی و نظامی یک نظام در قدرت تحت تعقیب قرار گیرند، و خواست چنین امکانی، ایده‌ای غیرواقع‌گرایانه از واقعیت نظام بین‌الملل است.

بنابراین، فهم واقعیت نظام بین‌الملل و تجربه دیوان در این نظام نشان می‌دهد که دیوان در واقع «نمی‌تواند» صلاحیت خود را نسبت به جنایات ارتكابی سرنگون‌ناشدگان اعمال کند. بر این اساس، دیوان حقیقتاً ابزار تأمین عدالت کیفری بین‌المللی نبوده و عدم الحاق به آن یا بی‌تأثیر بودن آن به سبب مناسبات سیاسی نظام بین‌الملل، به عنوان ابزاری برای غلبه یافتن یا مغلوب نشدن در عرصه‌های سیاسی و نظامی بین‌المللی عمل می‌کند.

وانگهی، موقعیت مضحکی است که غایت تأسیس چنین نهادی مقابله با بی‌کیفرمانی باشد، اما حاشیه‌ای از بی‌کیفرمانی در ساختار این نهاد طراحی شده است؛ و استدلال مضحک‌تر پیش‌بینی امکان تعلیق تعقیب و تحقیق شدیدترین جنایات بین‌المللی است که وجدان جامعه بین‌المللی را می‌رنجانند، آن هم برای حفظ یا اعاده صلح و امنیت بین‌المللی! چنین طرحی، اگر یک جامعه واحد بین‌المللی وجود داشت، قابل مقایسه با این است که در یک جامعه داخلی، فرد یا افرادی مرتکب جرائم شدیدی شوند، اما با این استدلال که ممکن است جرائم بیشتری ارتكاب یابند، تعقیب آن‌ها به تعویق بیفتد! البته، چنین طرحی در سطح بین‌الملل، به سبب نبود جامعه‌ای واحد بین‌المللی و تحقق نیافتن یک حاکمیت منسجم، قابل فهم است. واحدهای ملی همچنان مجزا هستند و برخی از آن‌ها در رقابت اقتصادی یا منازعه سیاسی و نظامی به سر می‌برند. حال، توضیح مصادیق این حاشیه بی‌کیفرمانی در دیوان، موضوع را روشن‌تر خواهد ساخت.

۲-۳. حاشیه بی‌کیفرمانی؛ نمودی از مفهوم حقوق شویی - جنگ حقوقی

در دیوان

اکنون پس از اشاره‌ای کلی به ساختار نابی طرفانه دیوان، می‌توان به مواردی اشاره

کرد که در چارچوب مفهوم حقوق‌شویی - جنگ حقوقی قرار می‌گیرند. جنگی که برآمده از هژمونی [= برتری دولت] است و هر سازوکاری، از جمله سازوکارهای عدالت کیفری بین‌المللی، را که این هژمونی را محدود کند، خود محدود می‌سازد. این موارد را می‌توان به عنوان «حاشیه بی‌کیفرمانی» مفهوم‌سازی کرد، به گونه‌ای که برخلاف غایت بنیادین اساسنامه دیوان در مقابله با بی‌کیفرمانی، خود حاشیه‌ای از عدم امکان تعقیب و مجازات را ایجاد می‌کند و در نتیجه، امکان بی‌کیفرماندن مرتکبان شدیدترین جنایات بین‌المللی را فراهم می‌آورد. اگرچه ممکن است در برخی موارد، توضیحی منطقی برای چنین مقرراتی ارائه شود، اما بدون تردید در عمل موجب بی‌کیفرمانی جنایاتی می‌گردند که مشمول این مقررات هستند.

با استقرایی ناقص، حاشیه بی‌کیفرمانی دیوان شامل این موارد مهم است:

۱. صلاحیت زمانی دیوان؛
۲. امکان تعلیق تحقیق یا تعقیب توسط شورای امنیت؛
۳. شرایط اعمال صلاحیت در جنایات جنگی و تجاوز سرزمینی.

۲-۳-۱. حاشیه بی‌کیفرمانی زمانی دیوان

در رابطه با صلاحیت زمانی و اصل قانونی بودن، دورویکرد عدالت مطلق و مدرن قابل اشاره هستند؛ به گونه‌ای که با اتکا بر رویکرد نخست، صرف تعریف و جرم‌انگاری پیشینی جنایات بین‌المللی کافی است و در نتیجه پیش‌بینی محدوده‌ای زمانی برای صلاحیت دیوان بی‌مورد است. حال آنکه در رویکرد دوم، تعریف دقیق جنایات و منع پیش‌بازگردانید [= عطف به ماسبق] تعاریف جنایات با پیش‌بینی محدوده زمانی آغاز صلاحیت دیوان تأیید می‌گردد. در واقع، ماده ۱۱ اساسنامه دیوان مقرر می‌دارد که دیوان تنها نسبت به جنایات ارتکاب یافته پس از لازم‌الاجرا شدن این اساسنامه (۱ ژوئیه ۲۰۰۲ میلادی) صلاحیت خواهد داشت. همچنین، مقرر شده است که کشوری که پس از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه بدان ملحق می‌شود، تنها نسبت به جنایات ارتکاب یافته پس از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه در آن کشور اعمال صلاحیت خواهد کرد، مگر در مورد اعلامیه مقرر در بند سوم ماده ۱۲ اساسنامه.

اما این مقرر را می‌توان با ملاحظه سه موضوع، از موارد حاشیه بی‌کیفرمانی دانست:

الف. جنایات داخل در صلاحیت دیوان به عنوان شدیدترین جنایات بین‌المللی؛
ب. غایت بی‌کیفرمانی به عنوان بنیان تأسیس دیوان و هدف اصلی حقوق کیفری بین‌المللی؛
پ. مرور زمان ناپذیری جنایات بین‌المللی.

جمله دوم دیباچه اساسنامه به خشونت‌های تصورناپذیر و بزه‌دیدگی میلیون‌ها کودک و زن و مرد در طول سده اخیر اشاره دارد که وجدان بشریت را به شدت متأثر ساخته است. در جمله چهارم تأکید شده که شدیدترین جنایات مورد دغدغه جامعه بین‌المللی نباید بی‌کیفر بمانند و جمله پنجم به عزم کشورها برای پایان دادن به بی‌کیفرمانی و پیشگیری از چنین جنایاتی اشاره دارد. آنچه از این عبارات در خصوص شدت خشونت‌ها و اهمیت مقابله با بی‌کیفرمانی و پایان دادن بدان برداشت می‌شود، نمی‌تواند متضمن نادیده گرفتن یا کنار گذاشتن تعقیب و مجازات جنایات باشد، آن هم تنها به این دلیل که در محدوده زمانی خاصی، یعنی پیش از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه دیوان، ارتکاب یافته‌اند. افزون بر این، اصل بین‌المللی عدم اعمال مرور زمان نسبت به جنایات بین‌المللی نیز می‌تواند متضمن تعقیب و مجازات این جنایات بدون تعیین محدوده زمانی در اعمال صلاحیت باشد (رضوی فرد، ۱۳۹۴، ص ۲۳۶). بنابراین، تصور ارتکاب شدیدترین جنایات بین‌المللی در زمانی (دور یا نزدیک) پیش از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه، و عدم امکان اعمال صلاحیت، در تناقضی آشکار با هدف بنیادین مقابله با بی‌کیفرمانی شدیدترین جنایات بین‌المللی است. این هدف اصلی حقوق کیفری بین‌المللی (Trifftere, Ambos, 2016, p.9) و لزوم جلوگیری از تکرار این جنایات از طریق تعقیب و مجازات مرتکبان آن‌هاست. همچنین، اگر تأسیس دیوان جهانی و همگان شمول است و همه مردمان را در بر می‌گیرد، نباید جنایات علیه این مردمان به سبب محدوده‌ای زمانی نادیده گرفته شوند (Trifftere, Ambos, 2016, p. 6). یعنی همه انسان‌ها، صرف نظر از منشأ ملی، قومی، نژادی، مذهبی و اجتماعی و نیز صرف نظر

از اینکه در چه دوره زمانی زندگی می‌کنند، بشر بوده و از حقوق بشری برخوردارند و سزاوار تأمین حقوق بشری خود و مقابله با نقض‌کنندگان این حقوق و مرتکبان جنایات بین‌المللی هستند. نقض «صلح و امنیت» بشری و ارتکاب «شدیدترین جنایات بین‌المللی» پدیده‌ای نیست که در یک چارچوب زمانی پیش‌پس‌قرار گیرد، آن هم به گونه‌ای که در «پیش» سزاوار تعقیب و دادرسی نباشد.

ممکن است این نقد با اشاره به اصول مدرن حقوق کیفری، از جمله اصل منع پیش‌بازگردانید [= عطف به ماسبق] قوانین کیفری، رد شود؛ اصلی که در بند شماره ۱ ماده ۲۴ اساسنامه دیوان نیز مقرر شده و ماده ۱۱ را نیز باید در کنار آن ملاحظه کرد. اما وقتی موضوع، شدیدترین جنایات بین‌المللی است که اغلب به عنوان جرائم طبیعی در هر زمانی مورد سرزنش هستند، می‌توان این ایراد را رد کرد. بنابراین، گرچه از نظر فنی آنچه مصداق «جرائم داخل در صلاحیت دیوان» است مستلزم پذیرش قاعده مقرر در ماده ۱۱ و ۲۴ اساسنامه است، اما به طور کلی و در نقد به ساخت کنونی دیوان، عدم رعایت آن به معنای نقض قاعده *nullum crimen sine lege* و *de lege lata* نیست (Malekian, 2011, p.347). نکته قابل توجه آن است که در پیش‌نویس اولیه کمیسیون حقوق بین‌الملل، مقررهای در خصوص زمان‌مند بودن صلاحیت دیوان وجود نداشت، به‌ویژه آنکه جنایات بین‌المللی و ممنوعیت آن‌ها، از جمله نسل‌کشی، پیش‌تر در اسناد دیگر مقرر شده بودند (Trifftere, Ambos, 2016, p.658). در این باره، دست کم نظریه عدالت مطلق در حقوق کیفری بین‌المللی قابل تأمل است، چنان‌که کاسسه و همکاران در تحلیل اصل قانونی بودن به این نظریه اشاره داشته‌اند و گفته‌اند: «با اعمال اصل عدالت مطلق، افعالی که موجب لطمات عمیق به جامعه می‌شوند و نزد همه اعضای جامعه مذموم‌اند، قابل مجازات هستند، حتی در صورتی که آن افعال در زمان ارتکاب، ممنوعیت کیفری نداشته باشند» (کاسسه و دیگران، ۱۴۰۱، ص ۳۶).

وانگهی، حتی اگر نظریه مدرن قانونی بودن را بپذیریم، در فرض ارجاع توسط شورای امنیت و در رابطه با کشورهای غیرعضو، این نظریه کنار گذاشته شده است، که این به نحوی به معنای پذیرش نظریه عدالت مطلق در این خصوص است؛ یعنی

اعمال مقررات متضمن جرم و مجازات در خصوص کسانی که اساسنامه در خصوص آن‌ها وضع (پذیرش و تصویب) نشده است. اگر هم نقد پیش گفته با تأکید بر اصول مدرن حقوق کیفری نپذیرفته شود، حاشیه بی‌کیفرمانی زمانی دیوان دو بار دیگر تشدید شده است که مبنای معقولی ندارد:

الف. در مورد کشورهایایی که پس از ۱ ژوئیه ۲۰۰۲ به دیوان ملحق می‌شوند، لازم الاجرا شدن اساسنامه در مورد آن‌ها در نخستین روز ماه پس از شصتمین روز سپردن سند الحاق خواهد بود (بند ۲ ماده ۱۲۶ اساسنامه). به این ترتیب، نسبت به جنایات پیش از این مقطع، صلاحیت اعمال نمی‌شود و شدیدترین جنایات بین‌المللی مورد دغدغه جامعه بین‌المللی بدون واکنش باقی مانده و با بی‌کیفرمانی مقابله نمی‌گردد!

ب. حاشیه بی‌کیفرمانی زمانی دیوان در ماده ۱۲۴ اساسنامه بسیار پررنگ‌تر است، به گونه‌ای که امکان عدم پذیرش صلاحیت دیوان توسط کشورها به مدت هفت سال پس از لازم الاجرا شدن اساسنامه، در رابطه با جنایات مقرر در ماده ۸ (جنایات جنگی) فراهم شده است (نک. شماره ۳-۳-۲). محدودیت دیگر در این رابطه آن است که گرچه ارجاع شورای امنیت می‌تواند شرط ارتکاب توسط اتباع کشورهای عضو و ارتکاب در سرزمین آن‌ها را کنار بگذارد، اما شرط زمانی مطلق بوده و ارجاع شورای امنیت نیز نمی‌تواند آن را نادیده بگیرد. وانگهی، نهادی تأسیس شده و جرائم داخل در صلاحیت آن تعریف شده است؛ بنابراین دلیلی وجود ندارد که اعمال صلاحیت آن برای کشورهایایی که سپس تریبه آن نهاد ملحق می‌شوند، به تعویق بیفتد، مگر اینکه هدف جلب رضایت دولت‌ها با عدم تعقیب و امکان نادیده گرفتن جنایات ارتكابی‌شان باشد تا آن‌ها به دیوان ملحق شوند؛ موضوعی که با بنیان‌های دیوان هیچ همخوانی‌ای ندارد.

۲-۳-۲. حاشیه بی‌کیفرمانی دیوان در تعلیق تحقیق و تعقیب

ماده ۱۶ اساسنامه به شورای امنیت این امکان را داده است که برای مدت ۱۲ ماهه و تجدیدپذیر (بی‌پایان!) مانع انجام تحقیق یا تعقیب در دیوان شود یا این اقدامات را

متوقف کند. نگارش این مقررہ بسیار بحث‌برانگیز بوده است، به طوری که در طول مذاکرات تدوین آن، در خصوص چگونگی رابطه دیوان به عنوان نهادی قضایی و شورای امنیت به عنوان رکن سیاسی سازمان ملل، دیدگاه‌های بسیار متفاوتی وجود داشت. حتی در موردی که اصل امکان تعویق پذیرفته شده، همچنان در شیوه اجرای آن اختلاف نظر وجود دارد. ممکن است این امکان با توجه به وظیفه شورای امنیت در رابطه با حفظ صلح و امنیت بین‌المللی توجیه شود، اما به نظر می‌رسد که تعلیق تحقیق یا تعقیب کیفری و به عبارت دیگر، استمرار بی‌کیفرمانی و مصونیت جنایتکاران، در مقایسه با تلاش برای پیگرد و دادرسی آن‌ها، تأثیر بیشتری در لطمه به صلح و امنیت بین‌المللی داشته باشد، نه آنکه به حفظ و اعاده آن کمک کند.

نکته قابل توجه این است که در متن پیش‌نویس این مقررہ، اصل بر این بود که در رابطه با وضعیتی که مربوط به تهدید یا نقض صلح می‌شود، دیوان آغاز به تعقیب نکند، مگر آنکه شورای امنیت در این باره تصمیم بگیرد. البته این امر نیاز به صدور قطعنامه توسط شورای امنیت نداشت و این بدان معنا بود که هیچ عضو دائم شورای امنیت نمی‌توانست مانع اقدام شورا در جلوگیری از تعقیب دیوان شود.

وانگهی، این مقررہ به طور کلی بسیار انتقادبرانگیز است، چراکه نباید امکان تعقیب قضایی دیوان به عنوان یک نهاد قضایی، منوط به تصمیم یک نهاد سیاسی باشد. به همین دلیل، پیشنهاد کنار گذاشتن این مقررہ مطرح شده است، چراکه موجب نقض استقلال قضایی دیوان می‌شود. نکته قابل توجه دیگر آن است که در متن‌های پیشنهادی پیش‌نویس، این امکان تنها در خصوص تعقیب بود، نه تحقیق، اما اکنون جلوگیری یا توقف هم در خصوص تحقیق و هم تعقیب اعمال می‌شود (Triffere, Ambos, 2016, p.770-772).

در واقع، می‌توان گفت که این مقررہ متضمن وضعیتی تناقض‌آمیز است؛ بدان معنا که گرچه مسئولیت حفظ صلح و امنیت بین‌المللی بر عهده شورای امنیت است، اما وقتی مصداقی از این موضوع، یعنی ارتکاب جنایات بین‌المللی، مفهوم‌سازی شده و طریق رسیدگی به آن مقرر شده، که منتهی به تعقیب و دادرسی ناقضان و در نتیجه حفظ و اعاده صلح و امنیت می‌شود، طراحی سازوکاری مستقل

برای آن، و سپس لغو آن و واگذاری موضوع به شورای امنیت، امری لغو و به معنای نادیده گرفتن توسعه نظام بین‌الملل و مانعی بر سر راه این توسعه است. جالب آن است که در طول فرایند مذاکره نگارش متن اساسنامه، نمایندگان و ناظران نیز به این نکته اذعان داشتند که چنین مقرره‌ای می‌تواند باعث تضعیف دیوان شود و حتی این نهاد را ناکارآمد کند و در عمل، به سازوکاری برای حفظ بی‌کیفرمانی جنایتکاران بین‌المللی تبدیل شود.^۱ گفتنی است که چنین سازوکاری در نظام‌های حقوقی ملی معادلی ندارد. وانگهی، این استدلال که پیگرد جنایات بین‌المللی ممکن است باعث تهدید یا لطمه به صلح و امنیت بین‌المللی شود، توجیه‌پذیر نیست؛ به ویژه که شورای امنیت خود در توجیه اقدام به تأسیس محاکم کیفری بین‌المللی (یوگسلاوی و رواندا) و در قطعنامه‌های خود (شماره‌های ۸۰۸، ۸۲۷ و ۹۵۵)، به حفظ و اعاده صلح از طریق تأسیس این محاکم اشاره کرده است! (Trifftere, Ambos, 2016, p. 774).

۲-۳-۳. حاشیه بی‌کیفرمانی فرایند نفی صلاحیت^۲ دیوان در جنایات

جنگی و تجاوز سرزمینی

به موجب ماده ۱۲۴ اساسنامه، در رابطه با جنایات جنگی، کشورها می‌توانند اعلام کنند که برای مدت هفت سال پس از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه در مورد آنها، صلاحیت دیوان را نمی‌پذیرند. این مقرره منطق معقولی ندارد، چراکه در پیش‌نویس اساسنامه هم نبوده و تنها در واپسین روزهای کنفرانس برای جلب رضایت برخی کشورها افزوده شده است (Trifftere, Ambos, 2016, p. 2312). این مقرره معنایی جز ایجاد حاشیه‌ای از بی‌کیفرمانی برای کشورهایی که مرتکب رفتارهای جنایتکارانه شده و همزمان خواسته‌اند به دیوان ملحق شوند، ندارد.

۱. نک: قطعنامه‌های ۱۴۲۲ و ۱۴۸۷ و گزارش عفو بین‌الملل: «اقدام غیرقانونی شورای امنیت در اعطای مصونیت دائمی به شهروندان ایالات متحده از عدالت بین‌المللی»، مه ۲۰۰۳، به نقل از (Trifftere, Ambos, 2016, p. 774).

۲. Opt-out procedure... برای توضیح و تحلیل این عنوان نک: (Trifftere, Ambos, 2016, p. 755).

چنین مقررهای به معنای نفی موجودیت یک نهاد توسط عاملی است که قاعده حقوقی را نقض کرده و باید تحت رسیدگی آن نهاد قرار گیرد. عدم پذیرش اعمال قانون توسط دادگاهی که به طور قانونی ایجاد شده است، آن هم از سوی مرتکبان رفتار مجرمانه، بدعتی است که تنها در اساسنامه دیوان به وجود آمده و در نظام‌های حقوقی کشورها چنین امری مبنایی وجود ندارد؛ به گونه‌ای که مرتکب رفتار مجرمانه بتواند به اختیار خود، اعمال صلاحیت دادگاه را نپذیرد! این بدعت با جنگ حقوقی - حقوقی شویی و برتری دولت‌گرایی قابل توضیح است.

این وضعیت در مورد جنایت تجاوز سرزمینی نیز با شرایط سخت‌تری تکرار شده است. در این مورد، شرایط متعددی در مواد ۱۵ مکرر و ۱۵ مکرر دوم برای اعمال صلاحیت در خصوص جنایات تجاوز سرزمینی مقرر شده‌اند، از جمله عدم صدور قبلی اعلامیه عدم پذیرش صلاحیت توسط کشور عضو (بند ۴ ماده ۱۵ مکرر)، مگر در فرض ارجاع توسط شورای امنیت (ماده ۱۵ مکرر دوم). علاوه بر این، نظام صلاحیتی مقرر در خصوص این جنایت از ماده ۱۲ اساسنامه نیز انحراف دارد؛ به گونه‌ای که برخلاف نظام صلاحیتی عام دیوان، در فرضی که کشوری عضو نباشد، اما جنایت تجاوز توسط اتباع کشورهای عضو در سرزمین آن کشور یا توسط اتباع این کشور در سرزمین کشورهای عضو ارتکاب یافته باشد، اعمال صلاحیت ممکن نیست (بند ۵ ماده ۱۵ مکرر)، مگر در فرض ارجاع توسط شورای امنیت (Trifftere, (Ambos, 2016, p. 743).

۳. تقابل ایده‌آل‌گرایی عدالت کیفری بین‌المللی و واقع‌گرایی روابط

بین‌الملل

۳-۱. ایده‌آل‌گرایی ناواقع‌گرایانه عدالت کیفری بین‌المللی

ایده‌آل تأسیس دیوان برای مقابله با شدیدترین جنایات بین‌المللی و پایان دادن به بی‌کیفرمانی مرتکبان این جنایات بوده است. در درستی این ایده‌آل تردیدی وجود ندارد، اما ایده‌آلی که مبتنی بر واقعیات نباشد، محقق نخواهد شد. تجربه دیوان تأییدکننده این گزاره است که این نهاد نتوانسته اهدافی را که تأسیس آن را توجیه

می‌کرده است، محقق کند. البته نمی‌توان به‌طور دقیق گفت دیوان تا چه میزان موفق نبوده است، اما بررسی کلی عملکرد آن در مواجهه با وقوع جنایات بین‌المللی و «پرونده‌های بی‌فرجام»^۱ نشان می‌دهد که این نهاد نتوانسته شدیدترین جنایات بین‌المللی را تحت تعقیب و تحقیق قرار داده و مرتکبان آن‌ها را محاکمه و مجازات کند.

این موضوع از ابعاد مختلفی قابل تحلیل است، از جمله ساختار هنجاری دیوان، رویکرد احتمالاً تبعیض آمیز آن، و واقعیت روابط بین‌الملل؛ مورد اخیر به‌ویژه با توجه به مباحث پیشین مقاله، بعد تحلیلی اصلی است که موارد دیگر را نیز در بر می‌گیرد. البته بخشی از عملکرد دیوان توجیه پذیر بوده است. هدف این نیست که نقدهایی همچون «دیوان به مثابه شکلی نواز امپریالیسم»^۲ یا «استفاده ابزاری از دیوان»^۳ را مطرح کنیم. چراکه به گزارش مؤسسه لاینیز برای تحقیقات صلح و مخاصمه، چهار مورد از نه مورد پرونده‌های آفریقایی دیوان ناشی از ارجاع خود کشورها بوده است و از این رو نمی‌توان از تبعیض نظام مند علیه کشورهای آفریقایی یا مداخله نامشروع در حاکمیت آن‌ها سخن گفت. زیرا بیشترین جنایات بین‌المللی در این کشورها رخ داده و دیوان «علیه» آفریقایی‌ها یا دولت‌های آفریقایی عمل نکرده است، بلکه دیوان «برای» حمایت از بزه‌دیدگان آفریقایی این جنایات اقدام کرده است.^۴ (Arcudi, 2016, p.16-17).

بنابراین، مسئله این است که چون جامعه بین‌المللی، همچون جامعه ملی، تحت انقیاد حاکمیتی واحد نیست، تعارض منافع بین کشورها منجر به تنش‌های سیاسی می‌شود. در نتیجه، می‌توان گفت دیوان در واقع برای چیزی تأسیس شده که توان انجام آن را ندارد. این ناتوانی، برخلاف آنچه در ایده آل تأسیس دیوان تصور

۱. این عنوان معنادار در مقاله‌ای با عنوان «پرونده‌های بی‌فرجام و جانشین دادستان بنسودا» آمده است (نک: کاگور، ۲۰۱۹).

2. Der IStGH sei eine neue Form des Imperialismus.

3. Die Instrumentalisierung des Gerichtshofes.

4. nicht „gegen“ Afrikaner oder afrikanische Staaten, sondern für afrikanische Opfer.

می‌شد، منجر به دگرگونی ساختار دیوان و محدودیت اعمال صلاحیت آن شده است. این موضوع نشان می‌دهد که روابط بین‌الملل به حقوق بین‌الملل شکل می‌دهد، نه برعکس. همان‌طور که تأکید شده است، چیزی تحت عنوان حاکمیت جهانی وجود ندارد. در واقع، تشکیل چنین نهادی بر این پیش‌فرض استوار بوده که روندی جهانی در ملی‌زدایی مفهوم حاکمیت و در مقابل جهانی‌سازی حاکمیت پدیدار شده است (Gillhoff, 1999, p.4). به همین دلیل تصور می‌شد که می‌توان در سطح بین‌المللی جرم، مجازات، روند تعقیب و تحقیق و دادرسی را تعریف و به اجرا گذارد. اما واقعیت روابط بین‌الملل ایده‌هایی همچون «عدالت کیفری بین‌المللی به عنوان حاکمیت بین‌المللی»^۱ یا «به مثابه رکنی از حاکمیت بین‌المللی»^۲ یا «رکنی از نظم صلح جهانی»^۳ را نفی می‌کند (نک. Tomuschat, 1994 به نقل از Gillhoff, 1999, p.4).

تجربه دیوان نیز به روشنی پاسخ این پرسش را داده است که آیا تأسیس این نهاد نویددهنده عصری جدید بوده است. وجود دیوان تأثیری در پیشگیری از ارتکاب شدیدترین جنایات بین‌المللی یا تضمین محاکمه کسانی که بیشترین مسئولیت را در این جنایات داشته‌اند، نداشته است. موارد تعقیب و محاکمه محدود به کسانی بوده که حکومتشان سرنگون شده است و آنانی که در قدرت هستند، نه تنها در قبال جنایاتشان پاسخگو نبوده‌اند، بلکه به آن ادامه نیز داده‌اند. بنابراین، در کنار مفهوم «عدالت فاتحان» در رابطه با دادگاه‌های نظامی بین‌المللی، باید از مفهوم «عدالت سرنگون‌شدگان» در رابطه با دیوان کیفری بین‌المللی یا «عدالت گزینشی» نیز سخن گفت. این وضعیت ناشی از ایده واقع‌گرایی است.

از دیدگاه نظریه پردازان کلاسیک مانند توسیدید،^۴ ماکیاولی،^۵ هابز و

-
1. Internationale Strafgerichtsbarkeit als Global Governance.
 2. Ein Element der Global Governance.
 3. Ein Element einer Weltfriedensordnung.
 4. Thucydides.
 5. Machiavelli.
 6. Hobbes.

نظریه پردازان نوین این دیدگاه مانند مورگنتا،^۱ شلینگ،^۲ والتز^۳ و مرشایمر،^۴ کسب و حفظ قدرت سیاسی، حفظ منافع ملی و سلطه طلبی هسته اصلی فعالیت های سیاسی در عرصه بین المللی است و رقابت، مناقشه و جنگ پیامدهای اصلی این گونه فعالیت ها هستند. واقع گرایان معتقدند که نظام بین الملل مبتنی بر آنارشی است و قدرتی برتر یا دولتی جهانی وجود ندارد. دولت ها بازیگران اصلی در این عرصه هستند و سایر بازیگران، از جمله سازمان های بین المللی، اهمیت ناچیزی دارند. امنیت ملی و بقای دولت، هنجار مرکزی دیدگاه واقع گرایی است و از آنجا که هر کشوری تنها به دنبال تأمین منافع خود است، اعتماد بین کشورها وجود ندارد. بر این اساس، امکان پیش بینی سازوکارهای حقوقی که نظم روابط بین المللی را تأمین کنند، وجود ندارد؛ چراکه اصل بر خودمحموری کشورها و نبود همکاری در میان آنهاست.

بنابراین، مطالب فوق و پذیرش نظریه واقع گرایی به عنوان نظریه اصلی روابط بین الملل چشم اندازی را ارائه می دهد که در آن امکان ایجاد و گسترش نظم حقوقی بین المللی وجود ندارد (جکسون و سورنسون، ۱۳۹۴، ص ۱۱۹-۱۲۰).

۲-۳. غلبه پارادایم دولت گرایی بر پارادایم حقوق بشر

مسئله پیش گفته را می توان در چارچوب تقابل ایده آل گرایی یا رویکرد سنتی حقوق بین الملل و واقع گرایی حقوق بین الملل، در چارچوب نظریه حقوق سیاست محور توضیح داد (بیانکی و دیگران، ۱۴۰۳: ۲، ۷۰، ۲۷۷). هریک از این مضامین بر الگوهای نظری یا پارادایم هایی استوار هستند که به فراخور یکی مطلوب-مورد انتظار و دیگری واقعی-موجود است:

الف. پارادایم حقوق بشر

ب. پارادایم حاکمیت ملی

-
1. Morgenthau.
 2. Schelling.
 3. Waltz.
 4. Mearsheimer.

در این چارچوب، تحلیل‌گذار از مفاهیمی چون دولت‌گرایی هگلی^۱، ملی‌گرایی^۲، امپریالیسم^۳ و جزاین‌ها و مطرح شدن مفاهیم حقوق بشری باعث به میان آمدن مفاهیمی چون جنایات علیه بشریت^۴، نسل‌کشی^۵ و جنایات جنگی^۶ شد که برخلاف دولت، به دلیل موضوع آن، یعنی بشر، محدود به مرزها نبوده و نسبت به تمام بشریت قابل تعمیم است (Van Ooyen, 2007, p.32-33).

بدین ترتیب، پارادایم حقوق بشر متضمن مضامینی چون رعایت و تضمین حقوق بشر، حقوق بشردوستانه، دادرسی منصفانه، مقابله با بی‌کیفرمانی و حمایت از بزه‌دیدگان جنایات با محوریت بشر و حقوق او است. در مقابل، پارادایم حاکمیت متضمن مفاهیمی چون قدرت، اقتدار، رقابت، حفظ منافع ملی در عرصه بین‌المللی و جزاین‌ها با محوریت دولت و اقتدار او است.

در واقع، به سبب جنگ‌های جهانی و آسیب‌های ناشی از آن، و از جمله نقش محوری دولت‌ها در نقض حقوق بشر، تغییر پارادایم از میانه سده بیستم آغاز شد و انواعی از اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای با مضمون محوری حقوق بشروضع گردید و نهادهای حقوق بشری نیز ایجاد شدند. تأسیس دیوان کیفری بین‌المللی را نیز باید در چارچوب این تغییر پارادایمیک در نظر گرفت. با این حال، می‌توان گفت دلیل اساسی اینکه دیوان نتوانسته به اهداف عالی خود برسد - یعنی مقابله با بی‌کیفرمانی جنایتکارانی که اغلب از مقامات عالی‌رتبه سیاسی و نظامی هستند و نیز حمایت از بزه‌دیدگان جنایات و جلوگیری از تکرار ارتکاب شدیدترین جنایات بین‌المللی - عدم تغییر کامل پارادایم است.

به عبارت دیگر، گذار کامل و منسجمی از پارادایم حاکمیت به پارادایم حقوق بشروصورت نگرفته است و از آنجا که پارادایم حاکمیت همچنان وجود نیرومندی دارد، مانع تحقق کامل پارادایم حقوق بشر و ملزومات آن، از جمله امکان پیگرد و

-
1. Hegelianischer Etatismus.
 2. Nationalismus.
 3. Imperialismus.
 4. Verbrechen gegen die Menschlichkeit.
 5. Völkermord.
 6. Kriegsverbrechen.

دادرسی جنایات بین‌المللی، شده است. این توضیح، تحلیل‌های محدود به متن اساسنامه را کنار زده و حقوق شویی صورت گرفته در ساختار دیوان یا استفاده ابزاری از آن را به این رویکردهای پارادایمیک مرتبط می‌کند.

در این باره و برای نشان دادن تفکیک موجود میان «خودی‌ها» و «اغیار حقوق بین‌الملل»،^۱ که متضمن بی‌عدالتی بنیادین در قواعد و رویه‌های حقوق بین‌الملل است (بیانکی، ۱۴۰۳، ص ۲۴۸)، می‌توان به ایرادات لودویگ فون میزس اشاره کرد. فون میزس ایراداتی را به نقص جامعه ملل و روابط طبقاتی و هژمونیک کشورها وارد کرده بود که می‌توان گفت این ایرادات همچنان ادامه دارد و در مورد نهادهای بین‌المللی از جمله دیوان نیز صادق است. این سخنان به گونه‌ای است که برای مسائل امروز جامعه بین‌الملل صدقی روشن و قابل فهم دارد:

«اساسنامه جامعه ملل از ابتدای کار دچار این اشکال است که دو گروه از کشورها را از هم جدا می‌کند: کشورهایی که از حقوق کامل برخوردارند و کشورهایی که ... حقوق کامل ندارند. روشن است که دسته‌بندی ملت‌ها به این شکل طبقاتی، مانند هرگونه تقسیم‌بندی طبقاتی در داخل یک کشور، می‌تواند بذر جنگ‌ها را در خود پیروانند. همه این‌ها روی هم رفته باعث شده است که جامعه ملل [= دیوان کیفری بین‌المللی؟!]^۱ تاکنون در همه مسائل ضعف و ناتوانی ملامت باری از خود نشان دهد... مسئله این است که آیا موفق خواهیم شد مرام لازم را در جهان جا بیندازیم؛ یعنی مرامی که اگر وجود نداشته باشد، همه توافقات صلح [= اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی؟!]^۱ و دادرسی‌های دیوان‌های داور در لحظه بحرانی چیزی بیش از کاغذپاره‌هایی بی‌ارزش نخواهد بود... تا وقتی دولت‌گرایی وجود دارد، همواره منازعاتی پدید خواهد آمد که به درگیری‌های نظامی منجر خواهد شد» (فون میزس، ۱۴۰۲، ص ۲۲۰ و ۲۲۲).

نتیجه‌گیری

به لحاظ تحلیلی، در این مقاله به مفاهیمی همچون جنگ حقوقی، حقوق شویی، ساخت دیوان، عملکرد دیوان، پارادایم ایده‌آل گرای حقوق بشر و پارادایم واقع‌گرای حاکمیت دولت پرداخته‌ایم. حال، به لحاظ ترکیبی می‌توان به فهمی نو و نظریه‌ای درباره‌ی دیوان کیفری بین‌المللی رسید.

بدین ترتیب، جنگ حقوقی به معنای سوءاستفاده از حقوق برای غلبه بر دشمن، طرف خصمه، یا هر طرفی است که می‌توان آن را تحت عنوان «دیگری» در مقابل «ما» مفهوم‌سازی کرد. براساس این مفهوم، حقوق شویی به معنای دستکاری اصول و قواعد حقوقی به نحوی است که موضع برتریک طرف تضمین شود تا به اقتدار او لطمه‌ای وارد نشود و همزمان امکان غلبه یا سرکوب طرف دیگر فراهم گردد.

ساخت دیوان کیفری بین‌المللی با این مفاهیم همخوانی دارد، زیرا به گونه‌ای طراحی شده که کشورهای قدرتمند نظیر آمریکا، روسیه و چین را درگیر نکند یا به عبارتی، امکان تعقیب و محاکمه آن‌ها را از میان بردارد. بی‌میلی کشورهای نظیر ایران برای الحاق به این نهاد نیز در همین چارچوب قابل درک است.

بدیهی است که نمی‌توان ایراد بنیان معاهده‌ای بودن دیوان را مطرح کرد، زیرا وقتی مفاهیمی چون شدیدترین جنایات بین‌المللی، نقض حقوق بشر و مقابله با بی‌کیفرمانی مطرح است، صحبت از عدم امکان شمول این مفاهیم بر دولت‌هایی که عضو معاهده نیستند، نابخردانه به نظر می‌رسد. با این حال، این وضعیت نابخردانه بنیانی قابل توضیح دارد: دیوان خود حاصل پارادایم حقوق بشر است که از نیمه‌سده بیستم به این سو به میان آمده، اما پارادایم حاکمیت دولت یا دولت‌گرایی و اقتضائات آن همچنان استمرار داشته و هنوز بر پارادایم حقوق بشر برتری دارد.

تمام بحث‌های مرتبط با ساخت جانبدارانه‌ی دیوان، الحاق یا عدم الحاق به این نهاد و رویکرد احتمالاً جانبدارانه‌ی آن در موارد جنایات ارتكابی، به خود دیوان و آرمان‌گرایی که به دنبال تأسیس چنین نهادی بوده‌اند، مربوط نمی‌شود. بلکه به عدم گذار کامل پارادایمیک از الگوی حاکمیت و دولت‌گرایی و رقابت بین‌المللی

دولت-ملت‌ها به الگوی حقوق بشر و همکاری و هماهنگی کشورها ارتباط دارد. بنابراین، اگر به استعاره چکش [= دیوان] بازگردیم که تنها توان کوبیدن میخ‌های کوچک [= کشورهای ضعیف یا مقامات سرنگون شده چنین کشورهایی] را دارد، آنگاه باید به این نکته اساسی توجه کنیم که ایراد از خود این چکش نیست، بلکه مشکل را باید در علت فاعلی و غایی این موضوع جستجو کرد. مؤسسان دیوان همان کشورهایی هستند که اعضای نابرابر جامعه بین‌الملل بوده و روابط بین‌الملل را شکل می‌دهند، روابطی که بنیان اصلی آن بر پایه رقابت و منازعه ساخته شده است، نه همکاری و تضمین حقوق بشر. در نتیجه، در چنین زمینه‌ای، از اساس چکشی که بتواند همه میخ‌ها را بکوبد ساخته نشده است و در واقع از ابتدا نیز چنین هدفی در میان نبوده است. تا زمانی که گذار کامل پارادایمیک رخ ندهد، چکشی هم که بتواند همه میخ‌ها را یکسان بکوبد، ساخته نخواهد شد.

حال، اگر این ترکیب را وارونه کنیم، به این نظریه می‌رسیم: روابط بین‌الملل همچنان مبتنی بر الگوی رقابت و منازعه دولت-ملت‌هاست و چنین وضعیتی مقتضی ساخت جانبدارانه نهادهای حقوقی بین‌المللی است. چنین ساختی می‌تواند به معنای حقوق شویی و استفاده ابزاری از نهادهای حقوقی باشد.

بنابراین، گزاره‌های نظریه برآمده از این مقاله، به عنوان «نظریه سیاست محور عدالت کیفری بین‌المللی»، چنین است:

الف. روابط بین‌الملل بر بنیان پارادایم دولت‌گرایی است؛ تقسیم‌بندی و انفکاک واحدهای ملی و رقابت برای کسب اقتدار و تأمین منافع اقتصادی، سیاسی و نظامی ملی. چنین ساختی از روابط بین‌الملل مانع همکاری منسجم کشورها بوده و بنیان اصلی آن منازعه سیاسی و مخاصمه نظامی برای تأمین مقاصد پیش‌گفته است.

ب. دیوان کیفری بین‌المللی حاصل پارادایم حقوق بشر است که از نیمه‌های سده بیستم پدیدار شده است. این پارادایم مبتنی بر همکاری بین‌المللی و این پیش‌فرض است که همه کشورها در قبال ارزش‌ها و هنجارهای بین‌المللی جایگاهی برابر دارند و در عمل نیز می‌توان ضمانت اجرای نقض این قواعد حقوقی را به نحو برابر بر همه کشورها اعمال کرد.

پ. با این حال، پارادایم گزاره (الف) همچنان غلبه دارد و مانع تحقق کامل پارادایم گزاره (ب) شده است. نتیجه این امر، شکل‌گیری نهادهای حقوقی بین‌المللی در چارچوبی از مناسبات اقتدارگرایانه بین‌المللی است که این چارچوب نهادها را از اهداف اصلی‌شان منحرف می‌کند.

ت. حقوق‌شویی، به معنای استفاده ابزاری از حقوق در جهت تأمین مقاصد سیاسی و نظامی، حاصل این تقابل پارادایمیک است که در مورد دیوان کیفری بین‌المللی نیز صادق است. این نهاد را از غایت مقابله با بی‌کیفرمانی دور ساخته و حتی حاشیه‌ای از بی‌کیفرمانی را ایجاد کرده است. این نقص، مربوط به خود دیوان و آرمان تأسیس چنین نهادی نیست، بلکه ریشه در ماهیت کنونی روابط بین‌الملل و حقوق بین‌الملل دارد که نهادهای حقوقی را مطابق با اقتضائات خود شکل می‌دهند.

پس، تا هنگامی که در تقابل پارادایمیک پیش‌گفته، دولت‌گرایی غالب باشد، تصور وجود نهادی که بتواند به همه شدیدترین جنایات بین‌المللی رسیدگی کند، ممکن نبوده و واقع‌گرایانه نیست.

فهرست منابع

الف. فارسی

۱. پالمر، ریچارد ا. (۱۳۹۸ش). *علم هرمنوتیک*، (ترجمه محمدسعید حنایی کاشانی، چاپ یازدهم). تهران: هرمس.
۲. بیانکی، آندرتا، یورک کامرهمفر، ژان دپرمن. (۱۴۰۳ش). *نظریه‌های حقوق بین‌الملل*. تهران: نشر نو.
۳. پشمی، بهرام؛ نژندی منشی، هیبت‌الله. (۱۴۰۱ش). انعکاس نظریه‌های عدالت کیفری در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی. *آموزه‌های حقوق کیفری*، ۱۹(۲۳)، ۸۹-۱۲۲.
- <https://doi.org/10.30513/cld.2022.3109.1576>
۴. جکسون، رابرت و گئورگ سورنسون. (۱۳۹۴ش). *درآمدی بر روابط بین‌الملل، نظریه‌ها و رهیافت‌ها*، (ترجمه مهدی ذاکریان، احمد تقی‌زاده و حسن سعید کلاهی). تهران: بنیاد حقوقی میزان.
۵. خوانساری، محمد. (۱۴۰۰ش). *منطق صوری*. تهران: کتاب دیدآور.
۶. رضوی فرد، بهزاد. (۱۳۹۴ش). *حقوق بین‌الملل کیفری*. تهران: بنیاد حقوقی میزان.
۷. رهبری‌پور، محمدرضا، و خورشیدی، ملیحه. (۱۳۹۸ش). بازخوانی مستندات فقهی تترس (سپر انسانی) و تطبیق آن با اسناد بین‌المللی. در: *مجموعه مقالات بین‌المللی ابعاد حقوقی - جرم‌شناختی تروریسم*. دانشگاه علامه طباطبایی.
۸. سادات میدانی، سیدحسین، و محمدی، محمدرضا. (۱۴۰۲ش). جنگ حقوقی ایالات متحده آمریکا علیه ایران از منظر حقوق بین‌الملل. *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، ۵۳(۴)، ۱۸۲۵-۱۸۵۳.
- <https://doi.org/10.22059/jplsq.2021.329970.2879>
۹. فرجی، محمد. (۱۳۹۸ش). *منطقه‌ای سازی عدالت کیفری بین‌المللی*. (رساله دکتری). دانشگاه علامه طباطبایی.
۱۰. فضایی، مصطفی، و کوثری، وحید. (۱۴۰۰ش). نظریه جنگ حقوقی و آینده حقوق بین‌الملل: حقوق ابزار صلح یا جنگ؟ *تحقیقات حقوقی*، ۲۴(۹۳)، ۱۹۳-۲۱۴.
- <https://doi.org/10.22034/jlr.2020.176120.1344>
۱۱. فون میزس، لودویگ. (۱۴۰۲ش). *لیبرالیسم*، (ترجمه مهدی تدینی). تهران: بنگاه ترجمه و نشر کتاب پارسه.
۱۲. کاسسه، آنتونیو و دیگران. (۱۴۰۱ش). *حقوق بین‌الملل کیفری*، (ویراست ۳، ترجمه حسین پیران). تهران: نشر نو.
۱۳. کاگور، جرج. (۲۰۱۹). *پیوندهای ناموفق دیوان جانشین بنسودا راتحت تأثیر قرار می‌دهد*. (ترجمه صبا آقاجانی). دز: مرکز حقوق کیفری بین‌المللی ایران (وبگاه، بازدید: ۲۱ خرداد ۱۴۰۳ش).
- <http://www.icicl.org/details.asp?id=564>
۱۴. کانت، ایمانوئل. (۱۴۰۰ش). *سنجش خرد ناب*، (ترجمه میرشمس‌الدین ادیب‌سلطانی). تهران: امیرکبیر.

ب. آلمانی

15. Arcudi, Antonio. (2016). *Der Internationale Strafgerichtshof auf der Anklagebank*. Leibniz-Institut Hessische Stiftung Friedens- und Konfliktforschung (HSFK), HSKF-Report Nr. 11, 2016.
16. Gillhoff, Nikola. (1999). *Die Errichtung eines ständigen Internationalen Gerichtshofes, Beginn einer neuen Ära?*. Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung.
17. Tomuschat, Christian. (1994). *Ein Internationaler Strafgerichtshof als Element einer Weltfriedensordnung*, in: Europa-Archiv, Folge 3, 1994.
18. van Ooyen, Robert Chr. (2007). Politische Bedingungen einer effektiven internationalen Strafgerichtsbarkeit. *Internationale Politik und Gesellschaft*, Heft 3.

پ. انگلیسی

19. Craig, Alan. (2013). *International Legitimacy and the Politics of Security: The Strategic Deployment of Lawyers in the Israeli Military*. Lanham, Md: Lexington Books.
20. Dill, Janina. (2017). *Abuse of Law on the Twenty-First-Century Battlefield: A Typology of Lawfare*. In: Gross ML, Meisels T. (eds.). *Soft War: The Ethics of Unarmed Conflict*. Cambridge University Press.
21. F. Kittrie, Orde. (2016). *Lawfare: Law as a weapon of War*. Oxford University Press.
22. Hopkins, Burke Roger. (2014). *An Introduction to Criminological Theory*, (Fourth edition). Routledge.
23. Horton, Scott. (2010). The danger of lawfare. *case western reserve journal of international law*, 43(1), 163-179.
24. J. Dunlap, Charles. (2011). *Lawfare Today...and Tomorrow*. in: *International Law and the Changing Character of War*, (Raul A. "Pete" Pedrozo & Daria P. Wollschlaeger. (Eds). 315-325).
25. Malekian, Farhad. (2011). *Principles of Islamic International Law, A Comparative Search*, (Second edition). Brill.
26. Meisels, Tamar (Ed.). (2017). *Soft War - The Ethics of Unarmed Conflict*. Cambridge University Press.
27. Observations on the Prosecutor's Request on behalf of the Non-Governmental Organisations: The Lawfare Project, the Institute for NGO Research, Palestinian Media Watch, and the Jerusalem Center for Public Affairs.
28. The Lawfare Project, about, viewed 10 August 2022, [<https://www.thelawfareproject.org/>].
29. Trifftere & Ambos (2016). *The Rome Statute of the International criminal Court, A Commentary*, (Third Edition). C.H.BECK, Hart, Nomos.

۴۱۲ آموزه‌های حقوق کیفری، دوره ۲۰، ش ۲۶، پاییز و زمستان ۱۴۰۲

30. Waldron, Jeremy. (2015). *Asymmetric War: Lawfare and Provocation in an Insurgency*, Keynote, Conference on Asymmetrical Warfare, Mahindra Institute, Harvard University.

ت. فرانسوی

31. Ferey, Amélie. (2018). «Droit de la guerre ou guerre du droit ? Réflexion française sur le lawfare». *Revue Défense Nationale*, vol. 806, No. 1.
32. Rebut, Didier. (2015). *Droit pénal international*, (2e édition), Paris, Dalloz, N. 1102-1107.