

رابطه میان عرف مؤخر و معاهده، در چارچوب ماده ۱۰ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی

هیبت‌اله نژندی‌منش^۱ - هاجر راعی دهقی^۲

دریافت: ۱۳۹۵/۸/۱۸ - پذیرش: ۱۳۹۶/۸/۲۰

چکیده

معاهده به عنوان یک سند بین‌المللی با عرف ارتباط تنگاتنگی دارد. اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی نیز به عنوان یک معاهده بین‌المللی در ماده ۱۰ به امکان همزیستی میان عرف و معاهده اشاره نموده است. با درج این ماده در اساسنامه این سؤال مطرح می‌شود که آیا دیوان، موظف به تبعیت از عرف مؤخر بر اساسنامه است و آیا دیوان‌ها و دادگاه‌های کیفری دیگر می‌توانند عرف‌های مؤخر بر اساسنامه دیوان را در نظر گیرند و یا موظف به تبعیت صرف از اساسنامه خود هستند. علاوه بر این، ارتباط اساسنامه با عرف‌های موجود مطرح می‌شود. همچنین این مسأله که حوزه اجرایی این ماده کجاست و منظور از قواعد موجود و در حال توسعه حقوق بین‌الملل چیست و جایگاه اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها و اثر قهری آن یعنی عطف به ماسبق نشدن به ذهن متبادر می‌شود.

نگارنده در این پژوهش به این نتیجه رسید که تهیه کنندگان پیش‌نویس اساسنامه، ماده ۱۰ را به عنوان یک تاکتیک ارتباطی میان حقوق مندرج در اساسنامه رُم و حقوق خارج از اساسنامه تعبیه نمودند تا مسیر رشد و توسعه حقوق بین‌الملل کیفری و توجه به عرف‌های مؤخر همچنان باز باشد.

واژگان کلیدی: اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، عرف مؤخر، عرف موجود، معاهده

بین‌المللی

hnajandimanes@gmail.com

h_raee@yahoo.com

۱. استادیار حقوق بین‌الملل عمومی دانشگاه علامه طباطبائی

۲. دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل عمومی دانشگاه علامه طباطبائی (نویسنده مسئول)

۱. مقدمه

معاهده به عنوان یک سند بین‌المللی و عرف هر کدام برای خود نهادی مستقلند و نمی‌توان برای آن‌ها تقدم و تأخر اعتباری قائل شد. دیوان بین‌المللی دادگستری نیز در بخشی از تصمیمات متخذ، اصل برابری حقوقی عرف و معاهده را به رسمیت شناخته است.^۱ عرف و معاهده آثار متقابلی دارند. این آثار می‌تواند چهار صورت مختلف داشته باشد: اثر ایجاد، اثر اعلامی، اثر تکمیلی و بالاخره اثر تفسیری. در این پژوهش نیز ارتباط متقابل عرف با اساس‌نامه‌ی دیوان بین‌المللی دادگستری به عنوان یک معاهده به صورت موردی بررسی می‌شود.

بسیاری از مقررات معاهدات قانون‌ساز، تدوین‌کننده قواعد عرفی از قبل موجود هستند. از سوی دیگر، چه بسا مقررات معاهدات قانون‌ساز که به تدریج و هم‌زمان با اجرا در مناسبات متعاهدین، فرآیند ایجاد عرف را برای غیر متعاهدین (ثالث) طی نموده و متضمن آثاری گردند (ضیایی بیگدلی، ۱۳۸۳: ۱۴۱). در این حالت این مقررات نه از باب معاهده بلکه به دلیل فرآیند شکل‌گیری عرف برای ثالث الزام‌آور خواهد بود. این مثال نمونه‌ای از رابطه به هم پیوسته عرف و معاهده است. کما این که ماده ۳۸ کنوانسیون حقوق معاهدات به صراحت به این موضوع اشاره کرده که در ادامه به آن پرداخته می‌شود.

با تصویب اساسنامه و درج ماده ۱۰ با این مضمون «هیچ یک از مواد این بخش از اساسنامه به هیچ وجه نباید به گونه‌ای تفسیر شود که قواعد موجود یا در حال توسعه حقوق بین‌الملل را که برای مقاصد دیگری غیر از این اساسنامه مورد نظر است، محدود کند یا به آن لطمه بزند» در اساس‌نامه این سؤال مطرح می‌شود که شعب دیوان بین‌المللی کیفری و دیگر نهادهای کیفری موظف به تبعیت از اساسنامه که بسیاری از قواعد عرفی از پیش موجود و یا در حال توسعه را به رشته تحریر در نیاورده، هستند و یا می‌توانند فراتر از اساس‌نامه نیز عمل کنند. در صورتی که پاسخ به این سوال این گونه باشد که شعب دیوان بین‌المللی کیفری و دیگر نهادهای کیفری در رسیدگی‌های خود می‌توانند به فراتر از اساسنامه دیوان و عرف‌های در حال شکل‌گیری نظر داشته باشند این سوال جدی مطرح خواهد شد که در این میان جای اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها به عنوان یکی از مهم‌ترین اصول دادرسی‌های کیفری بین‌المللی کجاست؟

هدف این پژوهش در نظر گرفتن تأثیر عرف‌هایی است که خارج از اساسنامه شکل گرفته یا

1. Judgment of 27 June 1986 - Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). n 95: Judgment of 24 May 1980 - United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran) p 44.

در حال شکل‌گیری بر مبنای اساسنامه رُم هستند. بنابراین ابتدا به رابطه میان عرف و معاهده به عنوان یک سند بین‌المللی پرداخته می‌شود و تأثیرات مختلفی که ممکن است عرف بر معاهده داشته باشد بررسی می‌شود. همچنین ماده ۱۰ اساسنامه دیوان و تأثیر عرف مؤخر بر اساسنامه دیوان مورد توجه قرار می‌گیرد. در این راستا تاریخچه تدوین ماده ۱۰ و درج آن در بخش دوم اساسنامه بررسی می‌شود. همچنین حوزه اجرایی این ماده و نظرات مطرح در این رابطه مورد بررسی قرار می‌گیرد، زیرا این ماده مبنایی برای روابط متقابل میان عرف و معاهده (اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی) است. علاوه بر این به مسأله عرف‌های موجود یا مؤخر بر اساسنامه و قابلیت اجرایی آن‌ها با توجه به ماده ۱۰ نیز توجه می‌شود. در مجموع این پژوهش به رابطه میان اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی به عنوان یک سند بین‌المللی و عرف‌های مؤخر پرداخته و در رابطه میان این دو منبع حقوق بین‌الملل به کاوش می‌پردازد.

۲. رابطه میان عرف و اسناد بین‌المللی

اثر متقابل میان عرف و معاهده موضوعیست که در تئوری و عمل از اهمیت زیادی برخوردار است. مطابق با ماده ۳۱ (۳) (ب) کنوانسیون ۱۹۶۹ وین در خصوص حقوق معاهدات^۱، رویه بعدی دولت‌های عضو به مثابه یکی از ابزارها برای تفسیر متن معاهدات مورد شناسایی قرار گرفته است. این رویه بعدی می‌تواند ناشی از عرف مؤخر میان کشورها باشد (صابری انصاری، ۱۳۹۱: ۴). همچنین در دیباچه معاهده ۱۹۶۹ آمده است که حقوق بین‌الملل عرفی همچنان حاکم بر مسائلی خواهد بود که در حوزه مقررات معاهده حاضر به نظم در نیامده‌اند (فلسفی، ۱۳۸۳: ۴۲۵). همین امر می‌تواند در مورد ماده ۱۰ اساسنامه دیوان مطرح شود و امکان و ظرفیت‌های موجود در این ماده برای اصلاح اساسنامه دیوان و درج عرف‌های مؤخر بر اساسنامه دیوان در اساسنامه بررسی شود. در صورت استفاده از این ظرفیت مانع مربوط به اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها نیز برداشته خواهد شد.

ماده ۳۸ معاهده ۱۹۶۹ مقرر می‌دارد: «هیچ‌یک از مقررات مندرج در مواد ۳۴ تا ۳۷ مانع از آن نیست که قاعده مندرج در معاهده، در حد قاعده عرفی حقوق بین‌الملل که به همین صورت رسمیت یافته است، برای دولت ثالث الزام‌آور گردد»^۲. از این رو چنانچه معاهده یا یک سند

1. Vienna Convention on the Law of Treaties (with annex), Concluded at Vienna on 23 May 1969, Article 31(3)(b).

2. Ibid, Article 38.

رسمی ترجمان قاعده عرفی، از پیش موجود باشد یا آن که محتوای آن به صورت عرف در آمده باشد، دیگر نمی‌توان از اثر قاعده نسبت به ثالث سخن به میان آورد. در این قبیل موارد قاعده مندرج در معاهده در حد قاعده عرفی حقوق بین‌الملل برای ثالث الزام آور می‌گردد (فلسفی، ۱۳۸۳: ۳۸۱-۳۸۲-۴۱۹). البته در این خصوص ذکر این نکته لازم است که قواعد حقوق بین‌الملل کیفری در این رابطه می‌تواند تا حدودی متفاوت باشد. زیرا مراجع کیفری بین‌المللی در رسیدگی‌های خود محدود به اساسنامه خود یا به عبارت دقیق‌تر محدود به اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها هستند. حال جای این سؤال باقیست که آیا با این اوصاف عرف‌های ایجاد شده پس از اساسنامه دیوان در شعب دیوان یا دیگر نهادهای کیفری قابلیت اجرا دارد؟

از بررسی رابطه میان عرف و معاهده به عنوان یک سند بین‌المللی اجتنابی نیست. معاهدات ممکن است با عرف مؤخر مورد تفسیر قرار گیرند. هم‌چنین بسیاری از معاهدات منعکس‌کننده حقوق عرفی زمان تشکیل خود هستند و در مرحله مذاکرات تصویب معاهده، قواعد عرفی را شفاف می‌کنند. هم‌چنین ممکن است مقررات یک معاهده تبدیل به عرف شود و این در مورد معاهداتی صدق می‌کند که اقدام به توسعه حقوق بین‌الملل نموده‌اند. در موارد بالا عرف و معاهده با یکدیگر هم‌زیستی مسالمت‌آمیزی دارند. مشکل زمانی آغاز می‌شود که بخواهیم تعیین کنیم چه زمانی که عرف و چه زمانی که معاهده اجرا می‌شود و حوزه‌های تعارض میان دو منبع را حل نماییم (Cryer, 2006: 241-242).

در خصوص رابطه میان عرف و معاهده در نظام بین‌المللی، معاهدات و عرف در یک سطح قرار دارند، در صورت تعارض در اجرای عرف و معاهده در یک مورد خاص، این تعارض باید براساس اصل «قاعده مؤخر قاعده مقدم را نسخ می‌کند» حل شود، یعنی این که معاهده مؤخر، بر عرف مقدم برتری خواهد داشت و به نوبه خود عرف مؤخر بر معاهده مقدم برتری خواهد داشت. البته با در نظر گرفتن این نکته که عرف مؤخر قابلیت آن را ندارد تا اقدام به جرم‌انگاری جرائم بین‌المللی کند و لیست جدیدی از جرائم را به اساسنامه دیوان اضافه کند.

۳. تأثیر عرف لاحق در اختتام اسناد بین‌المللی

همیشه این امکان وجود دارد که عرف، اثر یک سند بین‌المللی و یا بخشی از آن را متوقف سازد و یا در آن تغییراتی ایجاد کند. این امر آن‌گاه مصداق دارد که در قلمرو موضوع، سند بین‌المللی مقررات عرفی لاحق با محتوای کل معاهده یا بخشی از آن ناسازگار باشد. در این قبیل

موارد طرف‌های معاهده معمولاً با اجرا نکردن تمامی مقررات معاهده و یا بخشی از آن و بی‌اعتنایی مداوم به مقررات قراردادی، موجب می‌شوند که آن مقررات از اعتبار افتاده و متروک شود. از این رو رفتار آن‌ها در قبال چنان مقرراتی رفتاری مشروع و در نتیجه موجد عرف جدیدی است. با این حال کنوانسیون وین موفق به تدوین ماده‌ای جداگانه در خصوص رابطه عرف و معاهده نشد (فلسفی، ۱۳۸۳: ۳۰-۵۹).

یکی از روش‌هایی که به عنوان تراضی ضمنی مبنی بر اصلاح یا فسخ معاهده پیش‌بینی شده بود، ایجاد یک قاعده عرفی جدید بود. با این حال به متن نهایی کنوانسیون ۱۹۶۹ راه پیدا نکرد. البته از آن‌جا که معاهده و عرف دو منبع مستقل از یکدیگر هستند، قاعده عرفی در صورتی اثر قاعده قراردادی را متوقف می‌سازد یا در آن تغییراتی ایجاد می‌کند که قلمرو هر دوی آن‌ها یکی باشد (صابری انصاری، ۱۳۹۱: ۵۵). حال جای این سؤال است که آیا عرف‌های مؤخر بر اساسنامه دیوان، قابلیت آن را دارد تا لیست جدیدی بر جرائم مندرج در اساسنامه دیوان اضافه کند یا اصلاحاتی بر اساسنامه دیوان وارد کند؟

۳-۱. مفهوم رویه بعدی دولت‌ها، مندرج در ماده ۳۱ کنوانسیون وین و نسبت آن با قاعده عرفی مؤخر

اگر جنس رویه بعدی از جنس عرف باشد، می‌توان از داشته‌های کنونی حقوق بین‌الملل در خصوص روش‌های شناسایی و احراز شکل‌گیری یک قاعده عرفی بهره برد. کنوانسیون وین امکان اصلاح و تجدیدنظر در معاهدات را از طریق رفتار بعدی منتفی ندانسته است. حتی ممکن است معاهده بینابینی چون منشور ملل متحد نیز موضوع چنین تجدید نظری قرار گیرد (ضیایی بیگدلی، ۱۳۸۳: ۱۹۱). برخلاف کنوانسیون ۱۹۶۹ وین، رویه‌ی قضایی بین‌المللی، عملکرد کشورها را مبنایی برای اصلاح یا تجدید نظر معاهده می‌شناسد. به عنوان مثال، دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه «پره آ- ویهار»^۱ رفتار بعدی تایلند را دلیلی بر صحت موافقت‌نامه‌ی مرزی این کشور با کامبوج می‌داند (موسی زاده، ۱۳۷۷: ۲۵۲).

۳-۲. شناسایی عرف بین‌المللی از منظر گزارش کمیسیون حقوق بین‌الملل

علی‌رغم افزایش تعداد و حوزه معاهدات، حقوق بین‌الملل عرفی به عنوان یک منبع مهم

1. Case Concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) Preliminary Objections Judgment of 26 May 1961.

حقوق بین‌الملل باقی مانده است. در گذشته در تدوین معاهدات، تمایل به تدوین عرف وجود داشت، در حالی که در سال‌های اخیر گرایش‌هایی مبنی بر عدم تمایل به تدوین عرف وجود دارد. حقوق بین‌الملل عرفی به معنای آن دسته از قواعد حقوق بین‌الملل است که منعکس کننده یک رویه کلی مورد پذیرش به عنوان قاعده حقوقی است. جهت شناسایی قواعد حقوق بین‌الملل عرفی و محتوای آن کمیسیون حقوق بین‌الملل بر شناسایی آن رویه به عنوان قاعده حقوق بین‌الملل تأکید دارد.^۱

کمیسیون، شرط شناسایی عرف به عنوان یک رویه عام را در وهله اول این دانسته است که رویه دولت‌های ایجاد کننده عرف مذکور باشد. این رویه دولت‌ها شامل رفتار قابل انتساب به دولت است، خواه عمل قوه مجریه، قضاییه و یا مقننه باشد. رویه دولت‌ها اشکال متنوعی از جمله اعمال فیزیکی و لفظی را در بر می‌گیرد. مظاهر این رویه می‌تواند مواردی همچون رفتار دولت در زمینه اقدامات دیپلماتیک و کنسولی، اعمال قانون‌گذاری، آرای دادگاه‌های داخلی، بیانیه‌های رسمی دولت در زمینه حقوق بین‌الملل، بیانیه‌های دولت‌های درگیر در اقدامات مربوط به تدوین معاهدات، عملکرد دولت‌ها در زمینه قطعنامه‌های سازمان‌های بین‌المللی و کنفرانس‌های بین‌المللی باشد. حتی عمل سازمان‌های بین‌المللی به عنوان رویه تلقی شده است.^۲

به منظور ایجاد قاعده عرفی، رویه مرتبط باید عام باشد بدین معنا که به اندازه کافی گسترده باشد، با این حال لازم نیست این رویه جهانی باشد، به شرط این که رویه عام و مداوم باشد. همچنین زمان خاصی برای شکل‌گیری عرف لازم نیست. در ارزیابی رویه دولت‌ها باید توجه مقتضی به رویه دولت‌هایی که منافع آن‌ها به طور خاص تحت تأثیر است، بشود.^۳

جهت شناسایی رویه دولت‌ها به عنوان عرف بین‌المللی باید این رویه همراه با التزام به یک تعهد حقوقی باشد و این احساس تعهد و پذیرش به عنوان قانون، منجر به تمایز میان حقوق بین‌الملل عرفی و نزاکت یا عادت صرف می‌شود. سکوت یا عدم واکنش نیز ممکن است به عنوان اعتقاد به الزام آور بودن تلقی شود مگر این که اوضاع و احوال به گونه‌ای باشد که نیاز به واکنش وجود نداشته باشد. ممکن است مقررات یک معاهده و قطعنامه‌های اتخاذ شده توسط سازمان‌های بین‌المللی یا کنفرانس‌های بین‌المللی در برخی موارد دلیلی بر وجود حقوق بین‌الملل

1. International Law Commission Sixty-sixth Session Geneva, 5 May-6 June and 7 July-8 August 2014 Second Report on Identification of Customary International Law by Michael Wood, Special Rapporteur.

2. Ibid.

3. Ibid.

عرفی یا مشارکت در توسعه آن باشد. زیرا ممکن است یک قاعده عرفی از قبل موجود را تحت یک سند بین‌المللی تدوین کنند یا قاعده عرفی جدیدی را پایه‌گذاری کنند که از سوی کشورها از طریق رویه مورد قبول به عنوان یک قاعده عرفی حقوق بین‌الملل مورد قبول قرار گیرد.^۱

کمیسیون در خصوص رابطه میان حقوق بین‌الملل عرفی و حقوق بین‌الملل عام معتقد است حقوق بین‌الملل عام نمی‌تواند چیزی جز همان حقوق بین‌الملل عرفی باشد. همچنین میان قواعد حقوق بین‌الملل عرفی و حقوق نرم و حقوق عرفی و عادت یا رسم محض، معاهدات غیر رسمی و رویه بعدی در خصوص تفسیر معاهدات قائل به تفکیک شده است.^۲

۴. ماده ۱۰ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری و عرف مؤخر بر اسناد بین‌المللی

هدف از تنظیم و تدوین اساسنامه دیوان ارائه تعریف دقیقی از جرائم بین‌المللی است، نه این - که بر حقوق بین‌الملل عمومی تأثیر سویی داشته باشد، از این رو ماده ۱۰، وجود دو رژیم حقوقی در حوزه حقوق بین‌الملل کیفری را پذیرفته و منجر به چندشاخه‌شدن حقوق بین‌الملل کیفری شود. در رابطه با این ماده میان حقوقدانان بین‌المللی توافق کلی وجود دارد مبنی بر این که هدف اصلی از تنظیم ماده ۱۰ حفظ قواعد موجود و در حال توسعه حقوق بین‌الملل است در جایی که اساسنامه در مورد آن‌ها سکوت دارد (به خصوص در مورد جرائم جنگی و جرائم علیه بشریت). اگرچه در ماده ۱۰ به مواردی خارج از اساسنامه صراحتاً اشاره شده، اما در رویه دیوان با توجه به محدودیت‌های موجود اشاره به این موارد کم‌تر دیده می‌شود.

۴-۱. تاریخچه پیش‌نویس و تدوین ماده ۱۰ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی

ماده ۱۰ تنها ماده بدون عنوان در اساسنامه است زیرا در خصوص درج این ماده تحت عنوان یک ماده جداگانه و یا شمول آن در ماده ۵ اختلاف بود. هدف تدوین‌کنندگان پیش‌نویس اساسنامه این بود که توسعه قواعد تازه تأسیس و قابلیت مجازات جرائم به موجب حقوق بین‌الملل را محدود نکنند. در زمان تدوین جرائم تحت صلاحیت دیوان اتفاق نظر وجود نداشت، از این رو با مصالحه‌ای که میان شرکت‌کنندگان صورت گرفت تعداد این جرائم محدود شدند. با این حال

1. International Law Commission, Sixty-seventh session, Geneva, 4 May-5 June and 6 July-7 August 2015 Third Report on Identification of Customary International Law by Michael Wood, Special Rapporteur.

2. International Law Commission Sixty-sixth session, Geneva, 5 May-6 June and 7 July-8 August 2014 Second Report on Identification of Customary International Law by Michael Wood, Special Rapporteur.

این مصالحه نباید مانع توسعه تدریجی شناسایی جرائم بین‌المللی می‌شد. فقدان توافق در خصوص صلاحیت بین‌المللی برای جرائم جدید یا برخی جرائم از قبل موجود به معنای آن نیست که این جرائم و قابلیت مجازات آن‌ها به موجب حقوق بین‌الملل وجود ندارد (Triffterer, 2008: 532).

برای ماده ۱۰ در مراحل تدوین پیش‌نویس مواد اساسنامه برخلاف مواد دیگر تیتری مقرر نشد، زیرا عنوان مناسبی در دسترس نبود تا بتواند تمام محتوای این ماده را در برگیرد. هم‌چنین این امید وجود داشت با توجه به نبود تیتیر برای ماده ۱۰، بتوان با استفاده از این ماده جرم تجاوز را تعریف کرد (Triffterer, 2008: 532). البته به نظر می‌رسد منظور آن است که از ظرفیت‌های موجود در این ماده برای اصلاح اساسنامه و درج تعریف جرم تجاوز در اساسنامه استفاده شود نه آن که این ماده توانایی داشته باشد تا به جرم‌انگاری جرم تجاوز به صورت عرفی بپردازد.

هم‌چنین اساسنامه دادگاه کیفری برای یوگسلاوی سابق و دادگاه کیفری برای رواندا مقرراتی شبیه آنچه در ماده ۱۰ اساسنامه مقرر شده، دربردارند. به نظر می‌رسد صلاحیت دیوان‌های اختصاصی محدود به همان دوره زمانی خاص، جرائم خاص و مسائل سرزمینی است. همان‌گونه که در ماده ۱ مشترک اساسنامه این دو دادگاه مقرر شده که نمی‌توانند فراتر از هدف تفسیر محدود حقوق بین‌الملل موجود بروند به‌گونه‌ای که بر توسعه بعدی حقوق بین‌الملل لطمه نزنند (Triffterer, 2008: 532). به نظر می‌رسد این امر تأییدی است بر این امر که دادگاه‌های کیفری بین‌المللی در رسیدگی‌های کیفری محدود به اساسنامه خود و اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها هستند.

علی‌رغم ماده ۱۲۰ اساسنامه دیوان که مقرر می‌دارد هیچ‌گونه حق شرطی بر این اساسنامه قابل اعمال نخواهد بود، با این حال ماده ۱۰ مقرر می‌دارد که مقررات بخش دوم نباید تأثیر الزام‌آوری فراتر از موضوعات ماهوی و حوزه اساسنامه و توافق میان دولت‌های عضو داشته باشد. این بدین معناست که زمانی که کشورها موظفند برای مثال با توجه به تعاریف موجود از جرائم در مواد ۶ الی ۸ اساسنامه، صلاحیت ملی خود را از سوی جامعه بین‌المللی در خصوص جرائمی که در صلاحیت دیوان است، اعمال کنند، یا زمانی که با دیوان همکاری می‌کنند و زمانی که دیوان صلاحیت تکمیلی خود را اعمال می‌کند، باید مواد اساسنامه مدنظر و محدود به اساسنامه باشند. اما زمانی که کشورها صلاحیت منحصراً داخلی خود را در خصوص جرائم بین‌المللی اعمال می‌کنند و یا با دیگر کشورها همکاری می‌کنند، می‌توانند عرف مؤخر بر اساسنامه را نیز مدنظر قرار دهند

(Triffterer, 2008: 533). بنابراین ذکر این نکته لازم است که شعب دیوان کیفری بین‌المللی تا زمانی که اساسنامه دیوان اصلاح نشده و جرائم جدید به لیست جرائم مندرج در اساسنامه اضافه نشده محدود به اساسنامه خود هستند. باید توجه داشت که دیوان به عنوان یک رکن قضایی محدود به اساسنامه خود است. به موجب ماده ۵ اساسنامه، صلاحیت دیوان محدود به جنایاتی است که نگرانی جامعه بین‌المللی را برانگیخته است. با این حال خارج از دیوان نیز دادگاه‌های ویژه و موقتی در حال شکل‌گیری را می‌توان مورد توجه قرار داد که لزومی ندارند صرفاً بر بخش دوم اساسنامه محدود باشند.

در تدوین اساسنامه تلاش شد تا حد ممکن از حقوق عرفی در تعریف جرائم استفاده شود، با این حال در برخی مواقع لازم است تا از تعاریف حقوق عرفی جدا شد تا ملاحظات کشورها و نیاز به رسیدن به توافقی گسترده میان کشورها با توسل به مصالحه حاصل شود. بنابراین تعاریف جرائم جنگی و جرائم علیه بشریت بسیار محتاطانه اتخاذ شد (Arsanjani, 1999: 30). به عبارت دیگر در تعریف جرائم از حقوق عرفی به صورت کامل و جامع استفاده نشد. بنابراین پس از تدوین اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی همچنان حقوق عرفی موجود در زمینه حقوق بین‌الملل کیفری موسع‌تر از اساسنامه بود. اگرچه شعب رسیدگی کننده دیوان در رسیدگی‌های خود همچنان به اساسنامه دیوان محدود هستند.

با این حال دادگاه‌های منطقه‌ای از جمله دیوان اروپایی حقوق بشر یا دادگاه‌های اختصاصی از جمله دادگاه کیفری برای یوگسلاوی سابق و دادگاه کیفری برای رواندا/ اگر در کنار دیوان به حیات خود ادامه دهند، ممکن است ماده ۱۰ را مورد توجه قرار دهند (Bennouna, 2002: 1103). به نظر می‌رسد، در موردی که شورای امنیت به منظور حفظ صلح و امنیت بین‌المللی به وضعیتی می‌پردازد و عمل تجاوز یا دیگر جرائم ذکر شده در بخش دوم اساسنامه را مطابق با منشور شناسایی می‌کند، اگر موضوع در خصوص کشور غیر عضو باشد که توسط شورا به دیوان فرستاده شده است، ماده ۱۰ و حقوق قابل اجرا باید به درستی مورد توجه قرار گیرد (Bennouna, 2002: 1103). به عبارت دیگر هر زمان شعب دیوان در رسیدگی‌های خود محدود به اساسنامه‌ی دیوان نباشند و بتوانند فراتر از اساسنامه‌ی آن عمل کنند ماده ۱۰ قابلیت اجرایی پیدا خواهد کرد اگرچه ممکن است با اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها تعارض پیدا کند.

در ماده ۱۰ تمایز آشکاری میان مقررات اساسنامه از یک سو و قواعد موجود هم‌چون توسعه

بعدی حقوق بین‌الملل و عرف مؤخر از سوی دیگر به عمل آمد. اما اگر بگوییم که حقوق در حال توسعه از جمله عرف مؤخر، اساس‌نامه‌ی دیوان را تحت تأثیر قرار نمی‌دهد، مورد پذیرش نیست. ساده‌ترین فرض این است که مجمع عمومی کشورهای عضو دیوان ممکن است این توسعه و تحول را وارد اساسنامه کنند، یعنی دست به اصلاح اساس‌نامه‌ی دیوان بزنند و از این منظر عرف‌های مؤخر بر اساسنامه دیوان در این مرجع کیفری قابلیت اجرا پیدا کند.

۲-۴. تعریف خطرترین جرائم بین‌المللی

کمیته مقدماتی برای تأسیس دیوان، جهت تعریف جرائم بین‌المللی و تعیین صلاحیت دیوان، حقوق بین‌الملل عرفی و معاهدات مربوطه را در نظر گرفتند و عمدتاً آن‌ها را در اساسنامه دیوان ادغام کردند و دست به توسعه حقوق بین‌الملل نزدند.^۱ کمیسیون حقوق بین‌الملل این چنین مقرر نموده: «اساسنامه بدو یک ابزار آیین دادرسی است و کارکرد آن تعریف جرائم جدید نیست. همچنین کارکرد و وظیفه اساسنامه تدوین تمامی جرائم به موجب حقوق بین‌الملل عام نیست. توجه به برخی از این جرائم هدف مواد پیش‌نویس بوده و کمیسیون قصد ندارد به تمام جرائم به موجب حقوق بین‌الملل عام و حقوق عرفی موجود پردازد. بر این اساس کمیسیون، چهار جرم را در دستور کار خود قرار داد».^۲ از این رو پیشنهادات برخی از کشورها در خصوص تعریف جرائم در اصل بی‌اعتنایی به حقوق موجود بود و به روشنی حقوق عرفی موجود نیز مورد بی‌توجهی قرار گرفته بود (Sadat, 2000: 914-915). با این توضیح کاملاً مشخص است که تمام حقوق بین‌الملل عرفی قابلیت آن را پیدا نکرد که در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی وارد شود و هم‌چنان این مسیر باز است که اساسنامه دیوان با توجه به حقوق بین‌الملل عرفی موجود و یا در حال توسعه مورد اصلاح و تغییر مجدد قرار گیرد.

این فرآیند منجر به این شائبه شد که پروسه‌ی تأسیس دیوان منجر به پذیرش محدودترین و مضیق‌ترین قواعد موجود در حقوق بین‌الملل عرفی شده است. یکی از این مثال‌ها در این خصوص استثناء سلاح‌های هسته‌ای، شیمیایی و بیولوژیکی از لیست سلاح‌هایی است که استفاده از آن‌ها مجرمانه تلقی می‌شوند (Sadat, 2000: 916). با این حال ماده‌ی ۱۰ اساس‌نامه‌ی دیوان

1. Report of the Working Group on a Draft Statute for an International Criminal Court, in Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-fifth Session, U.N. GAOR, 48th Sess., Supp. No. 10, at 106-07, U.N. Doc. A/48/10 (1993).

2. Draft Statute for an International Criminal Court, in Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-sixth Session, U.N. GAOR, 49th Sess., Supp. No. 10, U.N. Doc. A/49/10 (1994).

می‌تواند به عنوان یکی از بهترین ابزارها برای اصلاح اساس‌نامه و در نتیجه جرم‌انگاری استفاده از چنین سلاح‌هایی در اساسنامه دیوان شود.

تعریف جرائم در اساس‌نامه در برخی موارد ناشی از معاهدات حقوق بشری از جمله کنوانسیون منع شکنجه (۱۹۸۴)^۱ یا کنوانسیون مبارزه با آپارتاید^۲ بوده، با این حال بیشترین توسعه در خصوص تعریف جرائم به حقوق بین‌الملل عرفی نسبت داده شده است. با این حال آنچه در اساس‌نامه مشهود است، اگرچه استفاده از حقوق بین‌الملل عرفی وجود دارد اما در حد اعلی نیست (A.Schabas, 2007: 84). به موجب نظر صلیب سرخ لازم بود تأکید شود که اساس‌نامه‌ی دیوان به هیچ صورتی بر حقوق بشردوستانه‌ی موجود و حقوق عرفی مؤخر تأثیری نخواهد گذاشت و مانع پیشرفت آن نخواهد شد.^۳ صلیب سرخ تصریح داشت ترک فعل‌هایی که در جرائم جنگی جرم‌انگاری نشده، نمی‌تواند دلیلی باشد بر این که چنین جرائمی که وجود آن‌ها بستگی به دیگر منابع حقوق بین‌الملل دارد، وجود ندارند (Schabas, 2010: 270).

اساسنامه رُم قطعاً دارای خلاءهایی است. مقررات اساسنامه محدودیت‌هایی در خصوص سلاح‌های ممنوعه دارد و تنها اقدام به شناسایی یک فرمول کلی نموده و آن را منوط به ضمیمه الحاقیه‌ای به اساسنامه دانست. چنین الحاقیه‌ای به اساسنامه صورت نگرفت و این به دلیل مصالحه‌ای بود که میان کشورهای دارای سلاح‌های هسته‌ای و کشورهای فاقد سلاح‌های هسته‌ای صورت گرفت. این دو گروه از کشورها ممکن است با ارجاع به ماده ۱۰ اساسنامه استدلال کنند که ماده ۸ بر توسعه حقوق عرفی در زمینه ممنوعیت استفاده از سلاح‌های هسته‌ای تأثیر نمی‌گذارد و پیشنهاد دهند که استفاده از سلاح‌های هسته‌ای ممنوع است (Schabas, 2010: 271).

با توجه به ملاحظاتی که اساسنامه برای تعریف جرائم اتخاذ کرد، عرف‌های موجود یا در حال شکل‌گیری در برخی موارد مورد بی‌توجهی قرار گرفت. برای مثال مواردی از قبیل ممنوعیت استفاده از سلاح‌های خاص که در ماده ۸ لیست نشده، را با اتکاء بر ماده ۱۰ می‌توان ممنوع اعلام کرد، البته به شرطی که بتوان ادعا کرد مراجع کیفری بین‌المللی محدود به اساسنامه خود نیستند یا مواردی پیش آید که شعب دیوان در رسیدگی‌های خود محدود به اساسنامه دیوان نباشند. این

1. Convention Against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. 1984.

2. International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid. G.A. res. 3068 (XXVIII). 28 U.N. GAOR Supp. (No. 30) at 75, U.N. Doc. A/9030 (1974), 1015 U.N.T.S. 243, entered into force July 18, 1976.

3. International Committee of the Red Cross Statement of 8 July 1998 Relating to the Bureau Discussion Paper in Document A/CONF.183/C.1/L.53, UN Doc.A/CONF.183/INF/10, PARA.4.

ماده قابلیت آن را دارد که در آینده مورد استفاده قرار گیرد، زیرا حقوق عرفی در حال شکل‌گیری باید مورد استفاده قرار گیرد و از آن‌جایی که دیوان محدود به اساسنامه خود است، توانایی این را ندارد تا حقوق عرفی را در نظر گیرد. برای مثال می‌توان پیش‌بینی نمود که حقوق بین‌الملل عرفی ممکن است استفاده از برخی از سلاح‌ها را ممنوع اعلام کند و یا مجازات اعدام یا زندان را شکنجه، رفتار ظالمانه یا غیرانسانی در نظر گیرد. در نهایت می‌توان متذکر شد بیرون از دیوان کیفری بین‌المللی امکان توسعه حقوق بین‌الملل کیفری وجود دارد. با این حال موارد این توسعه را تنها مجمع عمومی کشورهای عضو از طریق اصلاح اساسنامه دیوان می‌توانند در صلاحیت دیوان قرار دهند. بنابراین دیوان هم‌چنان به موجب ماده ۵ صلاحیتش محدود به اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها است.

۳-۴. عرف مؤخر و قابلیت اجرای آن با ماده ۱۰ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی

هدف ظاهری ماده ۱۰ حمایت از نقش حقوق بین‌الملل عرفی به عنوان یک منبع مستقل در حقوق بین‌الملل کیفری خارج از اساسنامه است (Sadat, 2000: 910). همچنین این امکان وجود دارد که شورای امنیت، حقوق رُم را در مورد تمامی افراد به اجرا در آورد و وضعیتی را خارج از چارچوب اساسنامه به دیوان ارجاع دهد، در این میان صرف‌نظر از این که دولتی عضو اساسنامه باشد یا خیر، ممکن است حقوق موجود و حقوق در حال توسعه از جمله عرف‌های ایجاد شده پس از تأسیس دیوان که برای تمامی دولت‌ها الزام‌آور است، توسط دیوان مورد استناد قرار گیرد. (Carden, 2000: 406) با این حال این نظر با توجه به محدودیت‌های موجود در اساسنامه قابل انتقاد است زیرا به موجب ماده ۵ اساسنامه دیوان، صلاحیت دیوان محدود به چهار جرم بین‌المللی است و عرف‌های مؤخر تا زمانی که وارد اساسنامه دیوان نشده باشند قابلیت رسیدگی توسط دیوان را ندارند.

روشن است که دیوان باید در ابتدا به اساسنامه دیوان همان‌گونه که در ماده ۲۱ اساسنامه آمده توجه کند و در مرحله دوم است که دیوان می‌تواند در جایی که مناسب تشخیص دهد، معاهدات، اصول و قواعد حقوق بین‌الملل، از جمله اصول حقوق بین‌الملل قابل اجرا در مخاصمات مسلحانه را اجرا کند (Cassese, 2005: 157). ماده ۲۱ در خصوص حقوق قابل اجرا به دیوان اجازه می‌دهد که معاهدات قابل اجرا و اصول و قواعد حقوق بین‌الملل از جمله اصول مورد تأیید حقوق

بشردوستانه را به اجرا بگذارد.^۱ توسل به حقوق بین‌الملل خارج از اساسنامه تنها به عنوان یک ابزار تکمیلی در جهت تکمیل مقررات اساسنامه و نه فراتر از آن مجاز است.

با این حال منعی ندارد در جایی که اساسنامه صراحت ندارد یا موضوعاتی را قاعده‌بندی نکرده است، حقوق بین‌الملل عام مورد استناد دیوان قرار گیرد و البته این امر آشکار است که در خصوص بسیاری از قواعد ماهوی با توجه به محدودیت‌های اساسنامه دیدگاه محدودی اتخاذ شده که در تناقض با حقوق عرفی موجود یا در حال توسعه است. توسعه تدریجی رویه قضایی دیوان نیز مبتنی بر همین دیدگاه محدود و مضیق است که امکان محدودیت حوزه اصول و قواعد عام وجود دارد و شکی نیست که این مسأله ممکن است منجر به تأخیر جدی در توسعه حقوق بین‌الملل شود. علاوه بر این دادگاه‌های ملی و دادگاه‌های اختصاصی همچون دادگاه کیفری برای یوگسلاوی سابق و دادگاه کیفری برای رواندا ممکن است بر مقررات مضیق اساسنامه که حقوق بین‌الملل موجود را تدوین نموده تکیه نمایند (Cassese, 2005: 158) و این امر موجب شود توسعه بعدی حقوق بین‌الملل عرفی و حتی قواعد عرفی از قبل موجود در زمینه حقوق بین‌الملل کیفری در دادرسی‌های کیفری مدنظر قرار نگیرد.

می‌توان مدعی شد که اساسنامه ناچاراً بر توسعه حقوق بین‌الملل و اعمال و اجرای عرف‌های مؤخر تأثیر سوء بگذارد، در بسیاری از موارد عرف‌های مؤخر توسط نهادهای کیفری مورد بی‌توجهی قرار گرفته و اساسنامه مبنا قرار گرفته است. قاضی لوکایدیس^۲، قاضی دیوان اروپایی حقوق بشر اظهار داشته: «با توجه به عناصر جرائم علیه بشریت، احتمال دارد اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی به عنوان اعلامیه بین‌المللی برای تعریف این جرائم تلقی شود». در رأی دیگر از دیوان اروپایی حقوق بشر به تعریف تجاوز در اساسنامه رُم به عنوان سند حقوق بین‌الملل قابل اجرا ارجاع شده است. علاوه بر این کمیته حقوق بشر سازمان ملل متحد تعریف ناپدیدسازی اجباری را از ماده ۷ اساسنامه به عنوان حقوق بین‌الملل در حال اجرا اتخاذ کرده است. دادگاه آمریکایی حقوق بشر نیز به مقررات مشابهی در خصوص ناپدیدسازی اجباری از مواد اساسنامه ارجاع داده تا این رویه را از سوی جامعه بین‌المللی محکوم نماید. همچنین این دادگاه در خصوص یکی از اشکال جرائم علیه بشریت (شکنجه) که در ماده ۷ اساسنامه لیست شده، به اساسنامه دیوان به عنوان سند قابل اجرای حقوق بین‌الملل اشاره نموده است. همچنین اسناد زیادی در خصوص دادگاه‌های

1. 1998 Rome Statute, art. 21(1)(b).

2. Lucaidis.

کیفری بین‌المللی اختصاصی وجود دارد که در آن‌ها اساسنامه دیوان به عنوان تدوین الزام‌آور حقوق بین‌الملل کیفری برای تعریف جرائم به موجب حقوق عرفی در نظر گرفته شده است (Schabas, 2010: 271). مثال دیگر، رأی سال ۲۰۰۲ دیوان بین‌المللی دادگستری به ماده‌ی ۲۷ اساسنامه است که به مصونیت‌ها، به عنوان مثالی از این‌که چگونه حقوق معاهداتی و حقوق عرفی در خصوص صلاحیت بر رؤسای کشورها را کنار گذاشته، ارجاع داده است.^۱

این مثال‌ها حاکی از آن است که فارغ از آن‌که نمی‌توان نقش توسعه تدریجی حقوق بین‌الملل به وسیله اساسنامه دیوان را از نظر دور داشت و همواره این اساسنامه به عنوان سندی لازم‌الاجرا برای استناد به حقوق موجود یا در حال توسعه مورد استفاده قرار می‌گیرد، با این حال ماده ۱۰ به طور عمده توسط بسیاری از کشورها نادیده گرفته شده، به خصوص دیوان‌های اختصاصی که درگیر تفسیر حقوق بین‌الملل هستند، عملاً به این ماده توجهی نداشته‌اند. البته در موارد خاصی نیز اساسنامه و رجوع به مواد اساسنامه توسط نهادهای دیگر کنار گذاشته شده است. برای مثال قاضی وولف‌گانگ^۲ قاضی تجدید نظر دادگاه کیفری برای یوگسلاوی سابق این‌گونه اظهار می‌کند: «اگرچه من از ماده ۱۰ اساسنامه دیوان کاملاً آگاه هستم، اساسنامه دیوان مقررهای در خصوص ارجاع به ترور علیه جمعیت غیرنظامی ندارد. اگر این جرم قسمتی از حقوق بین‌الملل عرفی بود در سال ۱۹۹۸ دولت‌ها این جرم را در اساسنامه دیوان یا در قوانین داخلی خود می‌گنجاندند» (Schabas, 2010: 271-272). بنابراین می‌توان از ظرفیت‌های موجود در ماده ۱۰ اساسنامه به درستی استفاده کرد تا تنها تعاریف مضیق در اساسنامه دیوان به عنوان حقوق بین‌المللی کیفری لازم‌الاجرا مورد استناد قرار نگیرد و از حقوق بین‌الملل عرفی موجود و عرف‌های مؤخر بر اساسنامه نیز استفاده شود.

در حکم بازداشت و دستگیری عمرالبشیر، شعبه مقدماتی دیوان بر وجود عناصر جرم نسل‌کشی که پس از تصویب اساسنامه دیوان تصویب شد، اشاره داشت، اما متعاقباً بیان نمود که چنین عناصری در رویه قضایی دادگاه‌های اختصاصی وجود ندارد. به نظر اکثریت، شعبه مقدماتی ماده ۱۰ اساسنامه تا جایی قابل اعمال است که تعریف جرائم را در اساسنامه فراهم آورد و عناصر جرائم باید به گونه‌ای مورد تفسیر قرار گیرند که بر حقوق بین‌الملل موجود و یا در حال توسعه برای مقاصد خارج از اساسنامه لطمه نزند و آن را محدود نکند.^۳ شعبه مقدماتی از ماده ۱۰ به

1. Democratic Republic of the Congo v. Belgium, Judgment, 14 February 2002.

2. Wolfgang Schomburg.

3. Bashir (ICC-02/05-01/090. Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of

منظور رد این استدلال استفاده کرد که ماده ۶ اساسنامه را باید در جایی که میان حقوق حاکم بر اساسنامه و عناصر جرائم تعارض وجود دارد، به گونه‌ای به کار برد و تفسیر نمود که ادامه دهنده حقوق عرفی مؤخر باشد (Schabas, 2010: 272). در این پرونده ماده ۱۰ مبنایی برای نظر مخالف قاضی کول^۱ قرار گرفت با این توضیح که ماده ۱۰ این فرضیه را به ذهن متبادر می‌کند که تهیه‌کنندگان پیش‌نویس اساسنامه دیوان، عمداً از قواعد عرفی سخن به میان آورده‌اند و این منجر به چندشاخه شدن حقوق بین‌الملل کیفری شده است. در این پرونده اکثریت شعبه مقدماتی معتقد بودند که تعریف جرائم و عناصر آن‌ها باید به گونه‌ای صورت گیرد که به معنای ایجاد محدودیت و یا تبعیضی نسبت به قواعد حقوق بین‌الملل موجود و یا در حال توسعه که خارج از چارچوب اساسنامه وجود دارند، نباشد. این شعبه با ارجاع به ماده ۱۰ اساسنامه خواستار تقویت این استدلال بود که گرچه تعریف جرائم نباید منجر به محدودیت در حقوق عرفی موجود یا در حال توسعه شود ولی با این حال در تفسیر مواد اساسنامه در خصوص نسل‌کشی نیازی به در نظر گرفتن حقوق بین‌الملل عرفی توسط دیوان نیست. به نظر می‌رسد در هر حال در رسیدگی‌های شعب دیوان استفاده از عرف مؤخر قابل اعمال نیست چرا که در حقوق کیفری بین‌المللی باید به صورت مضیق عمل کرد، اما در خارج از حوزه حقوق کیفری بین‌المللی وضعیت کمی متفاوت است. زیرا در دیگر شاخه‌های حقوق بین‌الملل حتی عرف‌های مؤخر بر معاهده یا رویه‌های بعدی دولت‌های عضو معاهده می‌تواند بر حقوق قابل اجرا در مراجع قضایی بین‌المللی از جمله دیوان بین‌المللی دادگستری تأثیر گذار باشد.

۳-۴. حوزه اجرایی ماده ۱۰ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی

اگرچه ماده ۱۰ در اصل قصد دارد تا در رابطه با تعریف جرائم اعمال شود، اما امروزه نسبت به کل بخش دوم اساسنامه اجرا می‌شود، که نه تنها در خصوص تعریف جرائم، بلکه در خصوص مسائل قابل قبول نیز اجرا می‌شود (Michael Scharf, 2008: 333). در خصوص محدوده اجرایی این ماده ترنیر^۲ معتقد است: «اصول حقوقی بیان شده در ماده ۱۰ در مورد تمامی مواد اساسنامه قابل اجرا است». وی معتقد است با توجه به کارهای مقدماتی این ماده ممکن است فرض شود که محدود کردن یا لطمه زدن در مورد مواد خارج از قسمت دوم اساسنامه توافقی است که در

Arrest Against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 March 2009, para 127.

1. Judge Kaul.

2. Triffer.

کارهای مقدماتی به آن رسیدند و آن توافق این است که این ماده به صورت یکسانی در مورد تمامی مواد اساسنامه بدون هیچ محدودیتی اجرا شود. همچنین این ماده به صورت عام بیان شده است. علاوه بر این بخش سوم اساسنامه دیوان، ماده‌ای شبیه به ماده ۱۰ دارد که همان ماده ۲۲ است، این ماده بیان می‌دارد: «مقررات این ماده مانع از این نیست که عملی از دیدگاه حقوق بین‌الملل و مستقل از این اساسنامه جرم تلقی شود».

برخی دیگر معتقدند ضروری است که قسمت دوم اساسنامه بر تمامی ساختار اساسنامه رُم حاکم باشد، زیرا این بخش از اساسنامه جرائم را لیست کرده، آن‌ها را تعریف کرده و شرایط و چارچوب‌هایی را برای تعقیب و محاکمه پیش‌بینی می‌کند. در زمان تدوین بخش سوم اساسنامه مذاکره‌کنندگان احساس می‌کردند با بیان اصول عام حقوق کیفری امکان مصالحه میان سیستم‌های حقوقی عمده جهان وجود دارد، با این حال تدوین‌کنندگان پیش‌نویس متقاعد نشدند که حقوق قابل اجرای ذکر شده در اساسنامه نمایان‌گر حقوق بین‌الملل باشد، از این رو ماده ۱۰ تدوین شد (Bennouna, 2002: 1101).

با این حال به نظر می‌رسد طبق قاعده بنیادین تفسیر و با توجه به سازگاری با منطق حاکم بر این بخش، همچنین مطابق با اصل حاکمیت قانون و این امر که در حقوق کیفری همواره باید خود متن را مورد توجه قرار داد، ماده ۱۰ فقط در چارچوب بخش دوم اساسنامه صحبت می‌کند. ماده ۱۰ در مورد صلاحیت قابلیت استماع دعوا و صلاحیت دیوان یعنی از مواد ۵ (محدودیت صلاحیت دیوان) تا ۲۱ اساسنامه قابلیت اعمال دارد.

ماده ۱۰ هیچ صحبتی در خصوص تفسیر مواد و قواعد دیگر بخش‌های اساسنامه نمی‌کند. یک دیدگاه معتقد است ممکن است این گونه فرض شود که «عدم محدودیت و لطمه نزدن در تفسیر» به تمامی مواد اساسنامه حتی خارج از بخش دوم تسری پیدا کند و بدون این که صراحت داشته باشد اجرا شود. با این حال دیدگاه قوی‌تر این است که حوزه اعمال این ماده محدود به بخش دوم اساسنامه است، البته در رابطه با این امر ذکر این نکته لازم است که در بخش دوم اساسنامه اقدام به جرم‌انگاری شده و این نظر ممکن است با اصل قانونی بودن جرم و مجازات تعارض پیدا کند. با این حال ماده ۱۰ اساسنامه به هیچ عنوان ادعای تغییر صلاحیت دیوان در زمینه جرم‌انگاری را ندارد و هدف آن محدود نساختن توسعه حقوق بین‌الملل کیفری در آینده و جلوگیری از این شائبه است که اساسنامه دیوان تنها و آخرین مرجع حقوق بین‌الملل کیفری

است. ساختار دیوان این مفهوم را می‌رساند که اگرچه تعداد زیادی از دولت‌ها اساسنامه را پذیرفته‌اند و آن را اجرا می‌کنند اما با این حال بر تفسیر محدودی موافقت نموده‌اند. حتی کنفرانس بازنگری نیز محدودیت‌های زیادی در خصوص تفسیر حقوق قابل اعمال به دلایل داخلی داشت.

۴-۴. عرف موجود و بخش دوم اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی

واژه «حقوق موجود» در ماده ۱۰ ممکن است به گونه‌ای تفسیر شود که هر دو حقوق عرفی و حقوق معاهده‌ای بالاخص کنوانسیون‌های چهارگانه‌ی ژنو، پروتکل‌های الحاقی به کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۷۷ و کنوانسیون منع شکنجه ۱۹۸۴ را در برگیرد. در حقیقت این امکان وجود دارد تا در نظر بگیریم که حقوق موجود ذکر شده در ماده ۱۰، حقوق قابل اعمال در خصوص جرائم ارتكابی، خارج از صلاحیت دیوان را دربر اصرار برخی از کشورها مبنی بر وارد کردن سلاح‌های هسته‌ای یا دیگر سلاح‌های با قابلیت تخریب گسترده در ماده ۸ اساسنامه، در نهایت منجر به این امر شد که کنفرانس، مسئله تصمیم‌گیری در خصوص مسئله سلاح‌ها، پرتابه‌ها و متدها و روش‌های جنگی که منجر به آسیب بیش از حد یا درد و رنج غیرضروری می‌شود و ذاتاً در نقض حقوق مخاصمات مسلحانه است را تا کنفرانس بازنگری بعدی اساسنامه دیوان به تأخیر انداخت. تحت این شرایط این امر ممکن شد تا ممنوعیت استفاده از این سلاح‌ها تحت عنوان ماده ۱۰ قابلیت طرح پیدا کند و در دیگر دادگاه‌های کیفری اعمال شود (Bennouna, 2002: 1104). البته ذکر این نکته لازم است که به دلیل اصل قانونی بودن جرم و مجازات‌ها هنوز جرائم مذکور قابلیت رسیدگی در دیوان بین‌المللی دادگستری را ندارند.

علاوه بر این توسعه جرائم جنگی به مخاصمات مسلحانه داخلی مسئله‌ای بود که در مذاکرات بین‌المللی، رویه قضایی دادگاه‌های کیفری و در فرآیند تأسیس دیوان مطرح شده و پذیرفته شد که نقض‌های عمده از ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ مبنایی برای مسئولیت کیفری فردی برای ارتكاب این جرائم تلقی شود. با این حال حوزه آن به سرعت حتی بیشتر از پروتکل دوم الحاقی محدود شد و مقرر شد هیچ چیز نباید بر مسئولیت دولت مبنی بر حفظ امنیت و تصویب قوانین و دستورالعمل‌ها در کشور و یا دفاع از استقلال و تمامیت ارضی کشور تأثیر بگذارد (Bennouna, 2002: 1104). همین امر می‌تواند توجیه مناسبی برای درج ماده ۱۰ در

اساسنامه دیوان تلقی شود زیرا در اساسنامه مذکور حتی از حقوق عرفی موجود نیز به صورت کامل استفاده نشده است.

در نتیجه آنچه در ماده ۸ اساسنامه دیوان در مورد جرائم جنگی در طول مخاصمات مسلحانه داخلی مشاهده می‌کنیم، به نوعی پسرفت از حقوق موجود بود و همین مثال می‌تواند شاهد و توجیه خوبی برای درج ماده ۱۰ در اساسنامه دیوان باشد. با لیست جرائم جنگی موجود در این ماده، قسمت‌هایی که صرفاً حقوق موجود را تدوین کرده از قسمت‌هایی که تأثیر آن‌ها محدود شده قابل تمایز است. دیوان با توجه به حقوق قابل اعمال، اساسنامه و قواعد آئین دادرسی رأی صادر می‌کند و با توجه به ماده ۲۱ که مقرر می‌دارد که در مرحله دوم، دیوان اگر مناسب تشخیص داد معاهدات قابل اجرا و اصول و قواعد بین‌المللی، از جمله اصول حقوق مخاصمات مسلحانه به رسمیت شناخته شده را اجرا خواهد کرد. بند دوم ماده ۲۱ به واقع تأیید همان ماده ۱۰ است. اساسنامه در ماده ۲۲ پا را فراتر می‌گذارد زیرا در خصوص قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها مقرر می‌دارد که این مقررات نباید بر ویژگی هر فعلی به عنوان عمل مجرمانه به موجب حقوق بین‌الملل فارغ از این اساسنامه تأثیر بگذارد. زیرا اگرچه متن اساسنامه حقوق موجود را محدود کرده، اما به دادگاه‌های کیفری دیگر این قدرت را اعطا کرده تا این اعمال را به عنوان جرائم تحت صلاحیت خود شناسایی کند.

۴-۵. عرف مؤخر و بخش دوم اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی

در این بخش باید دو بحث تأثیر عرف مؤخر بر کل حقوق بین‌الملل کیفری و تأثیر عرف مؤخر در چارچوب اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی را از هم تفکیک کرد. طبیعتاً عرف مؤخر می‌تواند قواعد موجود را توسعه دهد و اصلاح کند اما در چارچوب اساسنامه، علی‌الاصول نمی‌تواند دیوان را متعهد سازد مگر این که به نوعی قلمرو اساسنامه دیوان از طریق اصلاح اساسنامه نسبت به آن قاعده عرفی جدید تسری پیدا کند. هدف از این ماده این است که دیوان این امکان را نباید از طریق قیاس و غیره بیابد تا قلمرو حقوق کیفری و جرائم را گسترش دهد. با این مندرجات در کل متن اساسنامه مانع از توسعه حقوق بین‌الملل نمی‌شود. با این حال هدف این نبوده که دیوان و اساسنامه آن ابزار توسعه جرائم باشند.

این بخش به خصوص در رابطه با تعریف جرائم علیه بشریت در ماده ۷ اساسنامه، قابل اعمال

است و اشاره به پیشرفت قابل ملاحظه حقوق بشردوستانه در خصوص این موضوع دارد. با دقت در این ماده می‌توان مشاهده نمود که این ماده از حقوق موجود در اساسنامه فراتر رفته است. کنوانسیون چندجانبه‌ای در خصوص ارجاع به جرائم علیه بشریت (همانند آنچه در خصوص جرائم جنگی که با کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو و پروتکل‌های الحاقی شکل گرفتند) وجود ندارد، اما تعریف ماده ۷ اساسنامه از جرائم علیه بشریت شامل عبارات متغیری است که به رسیدگی‌ها و حدود مداخله دیوان بستگی دارد. ماده ۷ با عنوان «هر اقدام دیگری که دارای این اثر باشد» برخلاف منطقی و اصول حقوق کیفری قاعده‌گذاری کرده است (Bennouna, 2002: 1105).

پس از تصویب اساسنامه دیوان، ساده‌انگارانه است که بگوییم برای دیگر دادگاه‌ها و دیوان‌ها این امکان وجود ندارد تا پیشرفت‌های حقوقی و عرف‌های مؤخر بر این اساسنامه را مدنظر قرار دهند. در حقیقت اساسنامه، ایستگاه آخر توسعه حقوق بین‌المللی کیفری نیست. این امر به درستی توسط دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق زمانی که به اسناد بین‌المللی در پرونده *فروند زیجا* اشاره نموده، با این بیان پرداخته شده است: «علی‌رغم این که ماده ۱۰ اساسنامه دیوان، هدف تضمین عدم محدودیت یا لطمه به حقوق موجود یا در حال توسعه را بیان داشته است، با این حال توسل به بخش دوم اساسنامه ممکن است ما را در توضیح حقوق بین‌الملل عرفی یاری رساند. با توجه به موضوع مورد بحث، قواعد این بخش ممکن است مورد استفاده قرار گیرد تا منعکس‌کننده قواعد عرفی باشند، آن‌ها را روشن نماید و یا آشکار کند. در حالی که در برخی موارد توجه به ماده ۱۰ منجر به ایجاد قواعد جدید یا اصلاح حقوق موجود می‌شود»^۱.

باید این نکته را در نظر داشت که عرف بین‌المللی با دو فاکتور ایجاد می‌شود: ۱- رویه عام کشورها ۲- اعتقاد به الزام‌آور بودن. یکی از بهترین روش‌ها برای استخراج رویه دولت‌ها اشاره به مقررات مورد پذیرش در معاهدات چندجانبه است. از این رو می‌توان استدلال نمود که بیشتر مقررات حقوق کیفری مندرج در اساسنامه ضرورتاً تدوین حقوق بین‌الملل عرفی خارج از اساسنامه بوده است. یک مثال بسیار مناسب ماده ۸ اساسنامه است (Sadat, 2000: 918).

۱-۵-۴. قواعد موجود و در حال توسعه حقوق بین‌الملل

حوزه قواعد موجود و یا در حال توسعه حقوق بین‌الملل که عرف مؤخر نیز از جمله این موارد

1. Prosecutor v. Anto Furundzija, Judgment, IT-95-17/1-T, ICTY, Ch. I.II. 10 December 1998, para.227.

2. North Sea Continental Shelf Cases (F.R.G. v. Den., F.R.G. v. Neth.), 1969 I.C.J. 3, 44.

است، تمامی قواعد حقوقی جامعه بین‌المللی دولت‌ها را، صرف‌نظر از حوزه‌ای که به آن تعلق دارد، در بر می‌گیرد. از آنجایی که حقوق بین‌الملل کیفری بخشی از حقوق بین‌الملل است، واژه‌های مورد استفاده توسط جامعه بین‌المللی در مورد مصونیت‌ها و امتیازات موجود ممکن است متفاوت از آنچه امروزه در اساسنامه دیوان بر آن توافق شده است، توسعه پیدا کند. از جمله موارد این توسعه می‌توان در خصوص ماده ۲۷ اساسنامه دیوان و مواد پیش‌نویس مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها نام برد (Triffterer, 2008: 535).

قطعاً پیشرفت و تغییرات صورت گرفته در حقوق بین‌الملل بشردوستانه عرفی، برای مثال تعریف یک جرم جدید علیه بشریت که در صلاحیت دیوان نیست را نمی‌توان با اساسنامه دیوان نسبت به نهادها و دادگاه‌های کیفری دیگر مانع شد. بنابراین این امکان وجود دارد که حقوق بین‌الملل کیفری خارج از اساسنامه دیوان توسط نهادها و دادگاه‌های کیفری دیگر توسعه یابد. از سوی دیگر این امکان وجود دارد تا از دیوان به عنوان یک دادگاه اختصاصی استفاده شود و دیوان بتواند آنچه در حقوق بین‌الملل توسعه یافته را مدنظر قرار دهد و تنها به اساسنامه خود محدود نشود. از سوی دیگر دیدگاه مخالفی مطرح است که با توجه به محدودیت‌های موجود در اساسنامه امکان استفاده از دیوان به عنوان یک دادگاه موردی از سوی شورای امنیت وجود ندارد. از دیدگاه عملی باید بیان کرد که در خصوص مسائل ماهوی، پیشرفت‌های تدریجی حقوق بین‌الملل و شکل‌گیری عرف‌های مؤخر خارج از اساسنامه این احتمال وجود دارد که در کنفرانس‌های بازنگری اساسنامه دیوان مدنظر قرار گیرند.

۲-۵-۴. تفسیر واژگان «محدود کند یا لطمه بزند»

ماده ۱۰ مربوط به تفسیر مواد و قواعدی است که در این بخش قرار دارند. تفسیر ممنوع تفسیری است که به صورتی منجر به لطمه یا محدودیت شود. چنین تفسیری منجر به محدودیت یا لطمه به حوزه‌هایی است که قواعد و مواد اساسنامه آن‌ها را تنظیم نکرده‌اند. تأسیس دیوان‌های اختصاصی با نسل اول دادگاه‌های کیفری از جمله نورنبرگ و توکیو شروع شد. چنین دادگاه‌هایی اقدام به حل و فصل دعاوی مرتبط با مسئولیت کیفری فردی می‌نمایند. در اواخر دهه ۱۹۹۰ و سال‌های دهه ۲۰۰۰ نسل سوم محاکم کیفری بین‌المللی با کمک میراث محاکم نسل اول در نورنبرگ و توکیو و نسل دوم محاکم موردی، دیوان‌های کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق و رواندا ظاهر شد (معظمی، نمایان، ۱۳۹۴: ۱۱۴). با این حال ممکن است در

شرایط استثنایی، شورای امنیت به موازات دیوان کیفری بین‌المللی اقدام به ایجاد نسل سوم دادگاه‌های کیفری (دادگاه‌های مختلط) کند. با توجه به چارچوب دیوان‌های اختصاصی برای جرائم ارتكابی خارج از صلاحیت دیوان توجه به ویژگی عدم محدودیت یا لطمه نزدن به دیگر قواعد حقوق بین‌الملل و توسعه عرف‌های موخر بارز است (Triffterer, 2008: 536). در این خصوص بحث صلاحیت چنین دادگاه‌هایی و قواعد قابل استناد توسط این دادگاه‌ها مطرح می‌شود زیرا ممکن است به اساسنامه دیوان به عنوان تنها منبع قابل استناد مراجعه نمایند. در این میان به نظر می‌رسد ماده ۱۰ اساسنامه به درستی به عنوان هشدار می‌بوی بر این که این اساسنامه آخرین مرحله از توسعه حقوق بین‌الملل عرفی نیست عمل می‌کند تا دیگر مراجع کیفری بین‌المللی و کشورهای عضو اساسنامه دیوان همواره بر قدرت عرف به عنوان یکی از مهم‌ترین ابزارها برای توسعه حقوق بین‌الملل کیفری آگاه باشند.

۳-۵-۴. تفسیر عبارت «برای اهداف خارج از اساسنامه»

این عبارت دلالت بر این امر دارد که برای اهداف مربوط به اساسنامه تفسیر مواد یا قواعد موجود در اساسنامه ممکن است به قواعد موجود، عرف مؤخر و در حال توسعه لطمه بزند یا آن‌ها را محدود کند. این در حالی است که ماده ۹ اساسنامه مقرر داشته که این عناصر باید مطابق با این اساسنامه باشد. برای مثال ماده ۱۷ اساسنامه دیوان در پاراگراف دوم در خصوص عدم تمایل به رسیدگی مقرر می‌دارد، تنها در خصوص پرونده‌های مطرح نزد دیوان قابل اجرا است و تا زمانی که دادگاه کیفری برای یوگسلاوی سابق و دادگاه کیفری برای رواندا به کار خود ادامه می‌دهند، به هیچ وجه نمی‌تواند به گونه‌ای تفسیر شود که بر قانون حاکم بر این دادگاه‌ها یا نهادهایی که بعد از این تأسیس می‌شوند از جمله کمیسیون‌های حقیقت‌یاب یا صلح و سازش یا دادگاه‌های ویژه که به جرائم بین‌المللی رسیدگی می‌کنند تأثیر بگذارد (Triffterer, 2008: 537). بنابراین ذکر این نکته لازم است که ماده ۱۰ اساسنامه قصد تأثیرگذاری بر لیست جرائم موجود در اساسنامه دیوان یا گسترش آن‌ها به صورت عرفی و در نهایت گسترش صلاحیت دیوان بدون اصلاح اساسنامه را نداشته است. به همین دلیل است که این ماده از عبارت «برای اهدافی خارج از اساسنامه» صحبت می‌کند.

۴-۵-۴. آثار عملی ماده ۱۰ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی

مطمئناً از نظر تنوری و نه از حیث عملی دادگاه‌های کیفری بین‌المللی به اساسنامه خود ملزم

هستند. برای مثال دادگاه‌های کیفری برای یوگسلاوی سابق و رواندا به اساسنامه خود ملزم هستند که در برخی موارد متفاوت از اساسنامه رُم است. این دو نهاد از اساسنامه دیوان استفاده می‌نمایند و بسیار تحت تأثیر اساسنامه هستند زیرا در قسمت عناصر جرائم اساسنامه‌های آن‌ها دارای نواقصی است. با این حال این امر مانع از این نمی‌شود که دیدگاه متفاوتی در خصوص مواد اساسنامه و یا عرف‌های مؤخر بر اساسنامه داشته باشند.

در حقیقت سه نهاد قضایی ممکن است اساسنامه دیوان را در نظر بگیرند؛ دادگاه‌های ملی، دیوان‌های اختصاصی و دیوان بین‌المللی دادگستری، این سه نهاد از آنجایی که تحت تأثیر اساسنامه دیوان هستند، ممکن است در مواردی در توجه به عرف‌های موجود یا مؤخر خارج از اساسنامه کوتاهی نمایند. از سوی دیگر با توجه مناسب به ماده ۱۰ اساسنامه از سوی این نهادها و توجه به این نکته که حقوق بین‌الملل کیفری محصور در حقوق معاهده‌ای و بویژه اساسنامه دیوان نیست و امکان مراجعه به حقوق بین‌الملل عرفی نیز وجود دارد، زمینه برای توجه به عرف‌های مؤخر بر اساسنامه دیوان فراهم می‌آید (Sadat, 2000: 921). همچنین یکی از مهم‌ترین آثار عملی ماده ۱۰ اساسنامه امکان درج عرف‌های مؤخر بر اساسنامه در مجمع دولت‌های عضو اساسنامه از طریق اصلاح اساسنامه است.

۵. نتیجه‌گیری

موضوع ارتباط میان عرف و معاهده بارها در قلمرو مسائل مختلف مربوط به حقوق بین‌الملل عمومی، از جمله تدوین حقوق عرفی از رهگذر انعقاد معاهدات بین‌المللی مطرح شده است. معاهده و عرف از لحاظ اصولی اعتباری یکسان دارند. با این حال در خصوص ارتباط میان عرف و اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی به عنوان یک معاهده کمتر بحث شده است. با تأسیس دیوان کیفری بین‌المللی برخی از عرف‌های بین‌المللی در قالب کنفرانس رُم تدوین شدند و برخی از آن‌ها به دلیل اختلافات سیاسی تدوین نشدند.

تهیه‌کنندگان پیش‌نویس اساسنامه به صراحت تصمیم گرفتند تا یک تاکتیک ارتباطی میان حقوق مندرج در اساسنامه رُم و حقوق خارج از اساسنامه رُم برقرار نمایند، از این رو ماده ۱۰ در اساسنامه دیوان تعبیه شد. این مسأله آشکار است که اساسنامه رُم قواعد حداقلی را ایجاد کرده که خود دیوان به همان روش مضیق آن‌ها در نظر دارد. با این حال ماده ۱۰ در اساسنامه دیوان تعبیه شد

تا این تفسیر مضیق دیگر نهادهای کیفری ملی و بین‌المللی را تحت تأثیر قرار ندهد و عرف‌های موجود که در اساسنامه دیوان جرم‌انگاری نشده بودند قابلیت اجرایی خود را حفظ کنند و هم-چنین مسیر پیشرفت و توسعه حقوق بین‌الملل کیفری و توجه به عرف‌های مؤخر همچنان باز باشد. پس از تدوین اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری این امر مطرح شد که عرف‌هایی که در اساسنامه دیوان درج نشده‌اند، در مراجع کیفری بین‌المللی قابلیت اجرا دارند یا خیر. با توجه به اساسنامه دیوان و اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها به نظر می‌رسد امکان اجرای عرف‌های مذکور در دیوان وجود ندارد.

در نگارش و تدوین اساسنامه به تحول و توسعه تدریجی حقوق بین‌الملل و بالاخص حقوق بین‌الملل کیفری توجه ویژه‌ای در قالب ماده ۱۰ شد. از آنجایی که این ماده در بخش دوم اساسنامه جای دارد، رویه دیوان حاکی از آن است که عرف‌های مؤخر را برای اعمال صلاحیت و اجرای اساسنامه دیوان به کار نمی‌گیرد. علی‌رغم این رویه با توجه به ماده ۱۰ اساسنامه دیگر نهادهای کیفری بین‌المللی و ملی ملزم به اجرای اساسنامه و محدودیت‌های موجود در آن نیستند و با اجرای ماده ۱۰ اساسنامه این امکان فراهم می‌شود که عرف‌های مؤخر شناسایی و به اجرا درآیند. البته از سوی دیگر ذکر این نکته لازم است که مراجع کیفری بین‌المللی محدود به اساسنامه خود هستند و در این راستا ماده ۱۰ بیشتر از آن که امکان اجرای عرف‌های مؤخر بر اساسنامه دیوان را در مراجع کیفری بین‌المللی فراهم آورد می‌تواند به عنوان ابزار مهمی جهت یادآوری این امر باشد که حقوق بین‌الملل کیفری محدود به اساسنامه دیوان نیست و در طول زمان اساسنامه دیوان نیاز به اصلاح، بازبینی و تغییر دارد.

ماده ۱۰ در معرض تفسیرهای متعددی قرار گرفته است. برخی معتقدند هدف از این ماده حمایت از مواضع دولت‌هایی است که طرفدار معنای گسترده و موسع در خصوص جرائم جنگی بودند و هم‌چنین مانعی در برابر کسانی است که طرفدار معنای محدودی در خصوص جرائم علیه بشریت بودند. تفسیر دیگر از این ماده این است که این ماده نه تنها به قواعد حقوق بین‌الملل ارجاع می‌دهد، بلکه مانعی در برابر توسعه این قواعد نیز نیست. حتی برخی معتقدند با وجود این ماده در موارد ارجاع وضعیت از سوی شورای امنیت به دیوان، دیوان در خصوص رجوع به حقوق بین‌الملل عرفی با مشکلی مواجه نخواهد بود و با توجه به این شرایط اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی می‌تواند قواعد عرفی را بازگو و منعکس کند و یا حتی این قواعد را شکل دهد.

با این حال با توجه به محدودیت صلاحیت دیوان به موجب ماده ۵ این مسئله دور از ذهن و دیوان در رسیدگی های خود محدود به اساسنامه خود است.

در این میان ماده ۱۰ به عنوان مشوقی است که کشورها را به سوی نهاد یکپارچه‌ای که از دل مذاکرات طاقت‌فرسای رُم بیرون آمد، سوق می‌دهد. این ماده پیشنهاد می‌دهد که اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی آغاز و نه فرجام مسیری است که به موجب آن بتوان جنایت کاران و مجرمان جنگی را دستگیر کرد و به مجازات رساند. بنابراین اگرچه ممکن است نهادهای کیفری بین‌المللی در موارد خاصی که محدود به اساسنامه خود نیستند به موجب ماده ۱۰ عرف‌های مؤخر بر اساسنامه را مدنظر قرار دهند، اما مهم‌ترین تأثیری که ماده ۱۰ اساسنامه دیوان می‌تواند در نظام حقوق کیفری داشته باشد کمک به بازنگری اساسنامه دیوان و درج عرف‌های مؤخر در اساسنامه دیوان است تا از این طریق امکان اعمال و اجرای عرف‌های مؤخر و یا حتی مقدم بر اساسنامه که هنوز در آن درج نشده‌اند، فراهم آورد.

منابع

الف - فارسی

کتاب‌ها

- ضیایی بیگدلی، محمدرضا، (۱۳۸۳)، *حقوق بین‌الملل معاهدات*، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- فلسفی، هدایت‌الله، (۱۳۸۳)، *حقوق بین‌الملل معاهدات*، تهران: فرهنگ نشر نو.
- موسی‌زاده، رضا، (۱۳۷۷)، *حقوق معاهدات بین‌المللی*، تهران: نشر دادگستر.

مقاله‌ها

- باربریس، ژولیو، (۱۳۷۲)، «تاملی بر عرف بین‌المللی، ترجمه اردشیر امیرارجمند»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۱۳-۱۴.
- ضیایی بیگدلی، محمدرضا، (۱۳۷۸)، «پیوندهای بنیادین عرف و معاهده در حقوق بین‌الملل»، پژوهش حقوق عمومی، شماره ۱.
- معظمی، شهلا، نمایان، پیمان، (۱۳۹۴)، «نسل سوم محاکم کیفری بین‌المللی؛ دستاوردها، هنجارها و چالش‌ها»، پژوهش حقوق کیفری، سال سوم، شماره ۱۱.

پایان‌نامه

- صابری انصاری، بهزاد، (۱۳۹۱)، *تاثیر رویه بعدی بر تعهدات قراردادی دولت‌ها*، پایان‌نامه دکتری دانشگاه تهران.

ب - انگلیسی

Books

- Schabas, William, A, (2007), *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Schabas co, William, A, (2016), *The International Criminal Court a Commentary on the Rome Statute*, Second Edition, Oxford University Press.
- Bennouna, Mohamed , (2002), *The Statute's Rules on Crimes and Existing or Developing International Law*, Antonio Cassese, Paola Gaeta, and Mr John R.W.D. Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court*, A Commentary, Volume II, Oxford University Press.
- Cassese, Antonio, (2005), *The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections*, Cryer, Robert, Bekou, Olympia, The

International Criminal Court, London, Ashgate Publishing Group.

- Triffterer, Otto, (2008), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article, *Secend Edition, Beck*.
- Scharf, Michael, (2008), *The Theory and Practice of International Criminal Law: Essays in Honor of M. Cherif Bassiouni*, Netherlands , Martinus Nighoff Publisher.

Articles

- Cryer, Robert, (2006), “Of Custom, Treaties, Scholars and the Gavel: The Influence of the International Criminal Tribunals on the ICRC Customary Law Study”, Oxford Journals Law, *Journal of Conflict and Security Law*, Volume 11, Issue 2.
- Sadat, Leila Nadya, (2000), “Custom, Codification and Some Thoughts about the Relationship between the Two: Article 10 of the ICC Statute”, *DePaul Law Review*, Volume, 49, Issue 4.
- Sadat, Leila Nadya & S. Richard Carden, (2000), “The New International Criminal Court: An Uneasy Revolution”, *Georgetown Law Journal*, No. 381.
- Arsanjani, Mahnoush H, (1999), “The Rome Statute of the International Criminal Cour”, *The American Journal of International Law*, Vol. 93, No. 1.

Document

- Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 1987.
- Draft Statute for an International Criminal Court, in Report of the International.
- International Committee of the Red Cross Statement of 8 July 1998 Relating to the Bureau Discussion Paper in Document A/CONF.183/C.1/L.53, UN Doc. A/CONF.183/INF/10.
- International Law Commission, Sixty-sixth Session Geneva, 5 May-6 June and 7 July-8 August 2014 Second report on Identification of Customary

International Law by Michael Wood, Special Rapporteur.

- International Law Commission, Sixty-seventh Session Geneva, 4 May-5 June and 6 July-7 August 2015 Third Report on Identification of Customary International Law by Michael Wood, Special Rapporteur.
- International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid, Entered into force July 18, 1976.
- Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998.
- Vienna Convention on the Law of Treaties (with annex), Concluded at Vienna on 23 May 1969.

Judgments

- Judgment of 27 June 1986 - Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), p95.
- Judgment of 24 May 1980 - United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran) p 44.
- Bashir (ICC-02/05-01/090, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 March 2009.
- Democratic Republic of the Congo v. Belgium, Judgment, 14 February 2002.
- CASE CONCERNING THE TEMPLE OF PREAH VIHEAR (CAMBODIA v. THAILAND) PRELIMINARY OBJECTIONS JUDGMENT OF 26 MAY 1961.
- Prosecutor v. Anto Furundzija, Judgment, IT-95-17/1-T, ICTY, Ch. I. II. 10 December 1998.

Websites

- Mlikaela, Heikkila, Commentary Rome Statute: Part 2, Articles 5-10 Available at www.case-matrix-network.org, 30 April 2015.

