

The Study of Legitimacy of Starting International Criminal Court Investigation on the Actions of American Troops in Afghanistan

Seyed Hesamodin Lesani *

Assistant Professor, International Law,
Hazrat-e Masoumeh University, Qom,
Iran

Abstract

International Criminal Court (ICC) accepted the Prosecutor demand to start the investigation on the crimes by the American troops in Afghanistan, in March 5, 2020. But the challenge that ICC will be faced is that there is an Agreement (called SOFA) between United States and Afghanistan that if American troops commit a crime in Afghan territory, they will be under the exclusive jurisdiction of their own country namely USA. The United States has Argued that Afghanistan has no right about the American troops so they cannot hand over this right to ICC due to the membership in ICC. So we face with two contradict conventions that Afghanistan has signed: First the Statute of the ICC and second the agreement between Afghanistan and USA. The aim of this article is to study the challenges that ICC is faced to start the investigation on the American troops in Afghanistan and to answer the conflicts between the conventions signed by Afghanistan.

Keywords: International Criminal Court, SOFA Agreement, Conventional Conflict, American Troops.

* Corresponding Author: lesani77@yahoo.com

بررسی مشروعیت آغاز تحقیقات دیوان کیفری بین‌المللی از عملکرد نیروهای آمریکایی در افغانستان

سیدحسام الدین لسانی* | دانشیار حقوق بین‌الملل دانشگاه حضرت معصومه (س)، قم، ایران

چکیده

دیوان کیفری بین‌المللی در پاسخ به تقاضای دادستان دیوان برای آغاز تحقیقات از جرائم نیروهای آمریکایی در افغانستان، در ۵ مارس ۲۰۲۰ با این تقاضا موافقت کرد اما چالشی که پیش روی دیوان قرار دارد وجود یک قرارداد میان دولت افغانستان و دولت آمریکا است که به موجب آن افغانستان موافقت کرده است سربازان آمریکایی در صورت ارتکاب هر جرمی در خاک افغانستان تحت صلاحیت قضایی انحصاری دولت متبوع خود یعنی آمریکا باشند. آمریکا استدلال کرده است که افغانستان در خصوص سربازان آمریکایی به موجب قرارداد مذکور اختیاری نداشته است که بتواند با عضویت در دیوان کیفری بین‌المللی این اختیار را به آن دیوان واگذار نماید. از این رو ما با دو قرارداد متناقض مواجه هستیم که دولت افغانستان آنها را منعقد کرده است: یکی اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی و دیگری قرارداد منعقد شده با آمریکا. این مقاله چالش‌های پیش‌روی دیوان برای آغاز تحقیقات در مورد نیروهای آمریکایی در افغانستان و پاسخ به تعارضات موجود میان معاهداتی که افغانستان آنها را منعقد نموده است، بررسی می‌کند.

واژگان کلیدی: دیوان کیفری بین‌المللی، قرارداد سوفاف، افغانستان، تعارض قراردادی، نیروهای آمریکایی.

مقدمه

در تاریخ ۲۰ نوامبر ۲۰۱۷ دفتر دادستانی دیوان کیفری بین‌المللی از شعبه مقدماتی (البته درست‌تر آن «پیش محاکمه» است)^۱ این دیوان تقاضای صدور مجوز در خصوص جرائم ارتکاب یافته در سرزمین افغانستان از اول ماه می ۲۰۰۳ را نمود. این تقاضا به وسیله شعبه مقدماتی با این استدلال که نتایج حقوقی خاصی از تحقیق و بررسی بر روی این موضوع حاصل نخواهد شد مورد پذیرش شعبه مذکور قرار نگرفت. دفتر دادستانی به این تصمیم اعتراض کرد و نهایتاً در تاریخ ۵ مارس ۲۰۲۰ این مجوز از سوی شعبه تجدیدنظر دیوان صادر گردید. شایان توجه است که دفتر دادستانی از سال ۲۰۰۷ به دنبال کسب مجوز برای شروع انجام تحقیق در افغانستان بوده است. تقاضای سال ۲۰۱۷ دفتر دادستانی اثبات کرد که این دفتر به دنبال آغاز پروسه تحقیق و بازجویی از نیروهای دولتی افغانستان، وابستگان طالبان، اعضای نیروهای مسلح ایالات متحده و پرسنل آژانس اطلاعات مرکزی آمریکا یا همان سیا در خصوص ارتکاب احتمالی جنایت جنگی و جنایت علیه بشریت در کشور افغانستان است. آمار بالای کشتار غیرنظامیان در افغانستان به همراه اخبار گسترده منتشره در خصوص ارتکاب شکنجه و رفتارهای غیرانسانی در این کشور پس از حمله آمریکا به آنجا این شبهه را سال‌هاست در میان فعالان حقوق بشری ایجاد کرده است که موارد نقض گسترده‌ای در افغانستان در حال انجام است. با صدور مجوز از سوی شعبه تجدید نظر دیوان کیفری بین‌المللی، اتباع آمریکا تحت شمول صلاحیت قضایی دیوان قرار خواهند گرفت؛ علی‌رغم آنکه آمریکا عضو اساسنامه رم نمی‌باشد. شایان ذکر است که آمریکا پیش‌بینی چنین مسائلی را از همان کنفرانس رم که در آن اساسنامه دیوان تهیه شد، می‌کرد و اسناد حاکی از آن است که این کشور با صلاحیت سرزمینی این دیوان مخالف بوده است؛ چرا که مطابق اساسنامه رم، دیوان در سه حالت صلاحیت ورود به یک پرونده را پیدا می‌کند: نخست زمانی که جرم در خاک یکی از دول عضو دیوان رخ دهد حتی توسط فردی که تبعه دولتی باشد که عضو دیوان نباشد؛ دوم زمانی که جرم توسط فردی که تبعه یک دولت عضو دیوان است ارتکاب یافته باشد حتی در خاک کشوری که عضو دیوان نباشد و سوم زمانی که شورای امنیت موردی را به دیوان ارجاع دهد.

دولت آمریکا به دلیل هراس از اعمال صلاحیت قضایی احتمالی دیوان نسبت به اتباع آمریکا، از همان ابتدای آغاز به کار دیوان روابط خوبی با آن برقرار نکرد و حتی در دوران ریاست جمهوری اوباما نیز که این روابط کمی بهتر شد، آمریکا همچنان موضع خودش را در مخالفت با صلاحیت قضایی احتمالی دیوان نسبت به اتباع آمریکا حفظ کرد. در دوران ریاست

1. Pre-Trial Chamber.

جمهوری ترامپ این روابط دوباره رو به وخامت گذارد به نحوی که دولت آمریکا به تقاضای رسمی دفتر دادستانی دیوان در خصوص آغاز تحقیقات پاسخ نداد و سخنگوی پنتاگون تحقیقات دیوان از پرسنل آمریکایی را کاملاً غیرقابل توجیه دانست و جان بولتن مشاور عالی امنیت ملی وقت در سپتامبر سال ۲۰۱۸ رسماً دیوان را تهدید کرد.

دولت آمریکا از همان ابتدای تشکیل دیوان کیفری بین‌المللی از طریق راه‌های حقوقی به دنبال خنثی کردن ورود احتمالی دیوان در خصوص تعقیب اتباع خود بوده است. یکی از ابتدایی‌ترین اقدامات آمریکا انعقاد قرارداد «موقعیت نیرو» با دولت افغانستان در سال ۲۰۰۲ بود که به *سوف‌ا* شهرت دارد و به موجب آن نیروهای آمریکایی در صورت ارتکاب هر جرمی در خاک افغانستان همچنان تحت صلاحیت قضایی دولت آمریکا خواهند بود. آمریکا به این قرارداد بسنده نکرد و دو قرارداد دیگر نیز با افغانستان منعقد کرد: یکی موافقتنامه فنی نظامی میان *آیساف* و دولت موقت افغانستان بود که از ۴ آوریل ۲۰۰۲ لازم‌الاجرا شد و به موجب آن تمامی پرسنل *آیساف* در تمام شرایط و زمان‌ها تابع صلاحیت قضایی کیفری و انضباطی انحصاری دولت متبوع خود هستند و دیگری یادداشت تفاهم میان آمریکا و دولت موقت افغانستان بود که از ۱۲ دسامبر ۲۰۰۲ لازم‌الاجرا شد و به موجب آن پرسنل نظامی و غیر نظامی وزارت دفاع آمریکا از موقعیتی برابر با پرسنل نظامی و اداری سفارت ایالات متحده مطابق با کنوانسیون وین ۱۹۶۱ در مورد مزایا و مصونیت‌های دیپلماتیک برخوردار می‌شوند.

واقعیت دیگر آن است که افغانستان از تاریخ ۱۰ فوریه ۲۰۰۳ رسماً عضو دیوان کیفری بین‌المللی است و در واقع اساسنامه رم را تصویب کرده است و طبق لایحه دفتر دادستانی خطاب به شعبه تجدیدنظر، تمرکز این دفتر بر تحقیق و بازجویی در خصوص جرائم ارتكابی در خلال بیشتر سال‌های ۲۰۰۳ و ۲۰۰۴ است. از سوی دیگر با این تقاضای دفتر دادستانی از دیوان و پذیرش آن از سوی شعبه تجدیدنظر، خیال راحت دولت آمریکا از عدم امکان محاکمه نیروهایش در دیوان به دلیل وجود چندین قرارداد با دولت افغانستان بهم ریخته است. مسئله این است که دولت افغانستان، هم با دیوان و هم با دولت آمریکا در یک قرارداد تقریباً مشابه قرار دارد. لذا این مقاله به این پرسش پاسخ می‌دهد که آیا قرارداد *سوف‌ا* میان آمریکا و افغانستان می‌تواند با صلاحیت قضایی دیوان کیفری بین‌المللی در تعارض باشد یا خیر؟ همچنین اینکه آیا قرارداد *سوف‌ا* مانع از این می‌گردد که دیوان کیفری بتواند صلاحیت قضایی خود را نسبت به نیروهای آمریکایی اعمال و اجرا نماید؟ قرارداد *سوف‌ا* فقط پرسنل وزارت دفاع آمریکا را شامل می‌شود حال آنکه دیوان به دنبال تحقیق از اعمال پرسنل سازمان سیا در افغانستان، لیتوانی،

1. Status of Forces Agreements (SOFA).

لهستان و رومانی در خصوص مسئله افغانستان است. حال پرسش دیگر این است که آیا دیوان می‌تواند صلاحیت قضایی خود را نسبت به پرسنل سازمان سیا هم اعمال نماید؟

۱. انجام تحقیقات مقدماتی بوسیله دادستان دیوان کیفری بین‌المللی

بر اساس ماده ۱۵ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، دادستان دیوان این حق را دارد در صورتی که اطلاعاتی در خصوص ارتکاب یکی از جنایات تحت صلاحیت این دیوان در یکی از کشورهای عضو کسب کند، تصمیم به آغاز تحقیقات مقدماتی در خصوص آن وضعیت بگیرد. اطلاعاتی که به دادستان می‌رسد می‌تواند از منابع متنوع باشد؛ ممکن است این اطلاعات از سوی یکی از دولت‌های عضو یا از سوی شورای امنیت به دادستان برسند و یا ممکن است افراد، خبرنگاران و یا قربانیان جرائم، دادستان را از وجود جنایاتی در یکی از کشورهای عضو دیوان مطلع نمایند. همچنین ممکن است دادستان خود این اطلاعات را شخصاً بدست آورد چنانکه دادستان وقوع جنایتی را در روزنامه‌ها و یا در شبکه‌های اجتماعی مطالعه نماید و یا از طریق شنیدن رادیو از آن مطلع شود. بر اساس ماده ۱۵ بعد از آنکه دادستان از وقوع جنایتی مطلع شد بایستی دست به انجام تحقیقات مقدماتی در خصوص این مسئله بزند که آیا جنایات ارتكابی در صلاحیت قضایی دیوان کیفری بین‌المللی قرار دارند یا خیر. در خصوص لزوم انجام این تحقیقات مقدماتی توسط دادستان، توجه به این نکته لازم است که تحقیقات مقدماتی مذکور در ماده ۱۵ اساسنامه با تحقیقات ذکر شده در ماده ۵۴ اساسنامه متفاوت است. چرا که تحقیقات مورد اشاره در ماده ۱۵ قبل از تشکیل پرونده انجام می‌شوند اما تحقیقات مورد اشاره در ماده ۵۴ بعد از تشکیل پرونده و در راستای تکمیل پرونده جهت دادرسی در شعب دیوان انجام می‌گردند. اولین اقدام دادستان پس از اطلاع از وقوع هر جنایتی آن است که بررسی کند آیا چارچوب معقولی برای شروع تحقیقات در مورد آن جنایت وجود دارد و آیا منفعت حقوقی بر آغاز تحقیقات در آن مورد خاص مترتب است یا خیر؟ شاید جالب باشد اگر بدانیم زمانی که دیوان در سال ۲۰۰۲ کار خود را آغاز کرد نزدیک به ده هزار مورد به دادستان ارجاع شد که تعداد بسیار زیادی از آنها مربوط به جرائمی می‌شدند که در صلاحیت دیوان نبودند و یا قبلاً مورد رسیدگی قضایی قرار گرفته بودند و یا چارچوب معقول و یا منفعت حقوقی برای آغاز تحقیقات در مورد آنها وجود نداشت.^۱ در فاصله زمانی اول نوامبر ۲۰۱۴ تا ۳۱ اکتبر ۲۰۱۵ دفتر دادستانی، ۵۰۲ مورد برای شروع تحقیقات را دریافت کرد که پس از بررسی اولیه فقط ۴۲ مورد آنها به مرحله بعدی

1. William A. Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, 2th Edition (Oxford University Press, 2016) at 680.

تحقیقات راه یافتند.^۱ در زمان مذاکرات مربوط به ایجاد اساسنامه این دیوان در رم در سال ۱۹۹۸، مقرر گردید که دست دادستان در این زمینه کاملاً باز نباشد چرا که ممکن است وی تحت تاثیر مسائل سیاسی و یا احساسی قرار گیرد و فشارهایی به وی وارد شود و این فشارها منجر به این گردند که او تصمیم به آغاز تحقیقات در خصوص یک مورد نماید. از این رو مقرر گردید بعد از آنکه دادستان دلایل کافی برای آغاز تحقیقات ابتدایی در خصوص وقوع جنایتی را احراز نمود مسئله را به شعبه مقدماتی دیوان ارجاع نماید.^۲ علی‌رغم آنکه برخی افراد از دخالت و نظارت شعبه مقدماتی بر شروع تحقیقات دادستان ایراد می‌گیرند، به نظر می‌رسد مزایایی نیز برای این کار وجود دارد و آن حمایت تمام و کمال دیوان از پیگیری یک پرونده توسط دادستان است. مخالفت دادستان با شروع تحقیقات در هر مورد ارجاع شده به وی قابل اعتراض در شعبه مقدماتی حسب ماده ۵۳ اساسنامه است.

پرونده افغانستان نخستین موردی است که دادستان دیوان موفق شده است نظر دیوان را برای آغاز تحقیقات جلب نماید چرا که در موارد قبلی خود دادستان شرایط لازم را برای ورود به پرونده و آغاز تحقیقات مقدماتی احراز ننموده بود. در پرونده ارجاع شده به دیوان در خصوص مسئله عراق در سال ۲۰۰۶، دادستان پس از بررسی پرونده و تایید اینکه جنایاتی در این کشور به وقوع پیوسته است به این نتیجه رسید که مجموع قربانیان این پرونده کمتر از ۲۰ نفر است و این به شدتی که بند ۱ ماده ۷ اساسنامه برای تحقق جنایت علیه بشریت لازم می‌داند، نمی‌باشد؛ لذا دادستان به این باور نرسید که می‌تواند در این پرونده، تحقیقات مقدماتی را آغاز کند.^۳ در خصوص مورد ونزولا نیز دادستان به این نتیجه رسید که آستانه شدت لازم برای رفتارهای غیرانسانی نسبت داده شده به پاره‌ای افراد در ونزولا در حدی نیست که منجر به آغاز تحقیقات مقدماتی توسط وی گردد.^۴ مورد افغانستان نخستین پرونده‌ای بود که دادستان به این نتیجه رسید که شرایط لازم برای آغاز تحقیقات مقدماتی در خصوص وضعیت این کشور و اقدامات نیروهای آمریکایی در آن وجود دارد، لذا او تصمیم به بررسی قضیه گرفت و مسئله را برای کسب مجوز به شعبه مقدماتی و سپس تجدید نظر ارجاع نمود و مجوز لازم برای شروع تحقیقات را بدست آورد.

1. Ibid.

2. Mark Klamburg, *Commentary on the Law of the International Criminal Court* (Brussels: Torkel Opsahl Academic Publisher, 2017) at 185.

3. William A. Schabas, op.cit. at 687.

4. Ibid.

۲. دیوان کیفری بین‌المللی و واگذاری صلاحیت قضایی دولت‌ها به آن

یکی از استدلال‌هایی که دولت آمریکا برای به چالش کشیدن صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی جهت آغاز تحقیق و تفحص از عملکرد نیروهای آمریکایی در افغانستان به آن استناد می‌کند، آن است که به موجب قرارداد منعقد شده میان دولت‌های آمریکا و افغانستان، مقرر شده است نیروهای آمریکایی تحت صلاحیت قضایی انحصاری دولت متبوع خود باشند و دولت افغانستان اختیار و صلاحیت خود را برای محاکمه این نیروها به دولت آمریکا واگذار کرده است و لذا در خصوص این نیروها دولت افغانستان دیگر اختیاری نداشته است که بتواند آن را به دیوان واگذار کند تا دیوان قادر به اعمال صلاحیت قضایی نسبت به این نیروها باشد.^۱ در این راستا پرداختن به سه موضوع در اینجا لازم است:

۱-۲. تفویض اختیار و قابلیت استناد آن در تحقیق و تفحص در مبحث

افغانستان

یکی از استدلال‌های مطرح شده از سوی برخی نویسندگان در خصوص عدم امکان آغاز تحقیق از عملکرد نیروهای آمریکایی در افغانستان آن است که دولت‌ها با تفویض اختیارات خود به دیوان کیفری بین‌المللی، به دیوان این امکان را می‌دهند که بجای آنها اقدام به پیگرد و محاکمه مجرمین بین‌المللی نماید^۲ و افغانستان نیز چنین کاری را با دیوان انجام داده است و لذا این کشور اختیار خود در پیگرد و محاکمه نیروهای آمریکایی را از خود سلب و به دولت آمریکا واگذار کرده است و از این رو دیگر اختیاری در این خصوص نداشته که بخواهد آن را به دیوان کیفری بین‌المللی واگذار نماید.^۳ در اینجا لازم است که انواع واگذاری اختیار در حقوق بین‌الملل به طور خلاصه تحلیل کنیم تا بتوان ارزیابی کرد که آیا استدلال اشاره شده در بالا قابل دفاع می‌باشد یا خیر؟

تئوری تفویض اختیار یکی از نظریه‌های مطرح در حقوق سازمان‌های بین‌المللی است و به موجب آن دول عضو هر سازمان بین‌المللی با واگذاری بخشی از اختیارات خود به آن سازمان

1. Leila N. Sadat & Mark A. Drumbl, "The United States and the International Criminal Court: A Complicated, Uneasy, Yet at Times Engaging Relationship", (Legal Studies Research Paper Series, 2016) at 23.

2. Emily C. Barbour et al, "The International Criminal Court (ICC): Jurisdiction, Extradition, and US Policy", (Congressional Research Service Report for Congress, 16 March 2010) at 17, 18.

3. Michael A. Newton, "How the International Criminal Court Threatens Treaty Norms", Vanderbilt Journal of Transnational Law, (VJTL), Vol. 49, (2016), at 398.

امکان فعالیت آن را در سطح جامعه بین‌المللی فراهم می‌کنند.^۱ در این مبحث گفته می‌شود که دیوان کیفری بین‌المللی هم یک سازمان بین‌المللی محسوب می‌شود و اختیارات اعطا شده از سوی دولت‌ها به خود را اجرا می‌کند و در واقع تفویض اختیار، چارچوب حقوقی صلاحیت قضایی دیوان مزبور است. در اسنادی که در مورد چارچوب حقوقی صلاحیت قضایی دیوان بحث می‌کنند عبارت «تفویض اختیار» و «واگذار کردن اختیارات» و «انتقال اختیارات» به صورتی غیر دقیق و کاملاً قابل جایگزینی با یکدیگر مورد استفاده قرار گرفته‌اند.^۲ در این خصوص نویسندگانی در خصوص عدم توجه به بار حقوقی هر عبارت در برخی اسناد اظهار می‌دارد: «خودداری از تفکیک قائل شدن میان انواع مختلف اختیارات اعطایی موجب تشویش در تحلیل نتایج حقوقی هر کدام از این عبارات می‌شود و سیاست‌های داخلی کشورها در اعطای اختیارات‌شان به سازمان‌های بین‌المللی را مشوش می‌نماید.»^۳

برای جلوگیری از تشویش در عبارات حقوقی، بهتر است در ابتدا مشخص شود که سازمان‌های بین‌المللی اختیارات خود را چگونه بدست می‌آورند و بعد با توجه به اینکه دیوان کیفری بین‌المللی نیز یک سازمان بین‌المللی است اعطای اختیارات به این نهاد قضایی هم تبیین شود.^۴ به طور کلی سه راه حل اصلی وجود دارد که به موجب آنها یک دولت می‌تواند اختیاراتش را به یک سازمان بین‌المللی واگذار نماید که عبارتند از: وکالت دادن، تفویض اختیار و انتقال اختیارات. در وکالت دادن، اختیارات اعطایی به سازمان بین‌المللی قابل بازگشت است و دولت واگذار کننده همچنان کنترل خود را بر اختیاراتی که به سازمان بین‌المللی اعطا می‌کند حفظ می‌نماید. علاوه بر این، دولت وکالت دهنده همچنان حق خودش بر اعمال اختیارات اعطا شده را همزمان با سازمان بین‌المللی برای خود محفوظ می‌داند. در مقابل این اصطلاح، اصطلاح انتقال اختیارات است که به موجب آن یک دولت به طور غیر قابل برگشتی اختیارات خود را به یک سازمان بین‌المللی واگذار می‌کند و تمام ادعاهای خودش برای بکار بردن مجدد این اختیارات را از خود سلب می‌نماید. مابین دو اصطلاح «وکالت دادن» و «انتقال اختیارات»، اصطلاح تفویض اختیار قرار می‌گیرد. اختیاراتی که به موجب تفویض اختیار انتقال می‌یابند قابل بازگشت هستند و دولت تفویض کننده این حق را دارد که این اختیارات را همزمان با سازمان

1. Philippe Sands; Pierre Klein, *Bowett's Law of International Institutions*, 6th Edition (London: Sweet & Maxwell Publishing, 2009) at 386.

2. Sarah Williams, *Hybrid and Internationalized Criminal Tribunals: Selected Jurisdictional Issues* (Oxford: Hart Publishing, 2012) at 306.

3. Dan Sarooshi, "Conferrals by States of Powers on International Organizations: The Case of Agency", *British Yearbook of International Law*, Vol. 74, (2004), at 294.

4. Philippe Sands & Pierre Klein, op.cit. at 385.

بین‌المللی، خود نیز اعمال نماید. تفویض اختیار با وکالت دادن متفاوت است زیرا در تفویض اختیار دولت دیگر هیچ کنترلی بر اعمال اختیارات اعطایی‌اش به سازمان بین‌المللی ندارد.^۱ در خصوص دیوان کیفری بین‌المللی همچنانکه از اساسنامه‌اش برمی‌آید، دول عضو اختیارات خود را به دیوان واگذار کرده‌اند. مطابق ماده ۱۲۷ اساسنامه، دولت‌ها می‌توانند از اساسنامه خارج شوند و این بدین معناست که اختیارات اعطایی قابل بازپس‌گیری است و اصل صلاحیت تکمیلی که در اساسنامه دیوان آمده، تضمین‌کننده این است که دول عضو نه فقط اختیارات خودشان برای تعقیب جنایتکاران بین‌المللی را حفظ می‌کنند بلکه در این زمینه از ارجحیت هم برخوردارند. نهایتاً آنکه دول عضو حق خود را برای کنترل کردن اعمال دیوان نسبت به اختیاراتی که به آن واگذار کرده‌اند از خود سلب نموده‌اند. از این‌رو دیوان کیفری بین‌المللی چیزی شبیه به یک سازمان بین‌المللی است که اختیارات تفویض شده توسط دولت‌ها را اعمال و اجرا می‌نماید.

۲-۲. صلاحیت قضایی واگذار شده به دیوان کیفری بین‌المللی توسط دولت‌ها

حاکمیت اختیارات گسترده‌ای به هر دولت اعطا می‌کند که یکی از آنها امکان اعمال صلاحیت نسبت به کلیه افراد و اموالی است که در سرزمین آن دولت حضور دارند.^۲ صلاحیت قضایی یکی از این صلاحیت‌هاست. در توضیح صلاحیت قضایی نویسنده‌ای چنین نوشته است: «صلاحیت قضایی در برگیرنده حق یک دولت در اجرای برخی از اختیاراتش است اما مشکلی که وجود دارد آن است که میان انواع صلاحیت‌هایی که یک دولت دارد تفاوت وجود دارد. یکی از این صلاحیت‌ها، صلاحیت هر دولت در قانونگذاری با هر هدفی است. اختیارات یک دولت در سطح امور داخلی‌اش در حقوقی که آن دولت به موجب حقوق بین‌الملل دارد تأثیری ندارد.»^۳ یکی از اختیارات هر دولت در سطح داخلی‌اش، برقراری عدالت کیفری به نحوی یکسان میان تمامی افرادی است که در یک کشور سکونت دارند؛ به طور کلی صلاحیت‌هایی

1. Dan Sarooshi, *International Organizations and Their Exercise of Sovereign Powers* (Oxford University Press, 2005) at 54.

۲. یان براونلی، *اصول حقوق بین‌الملل عمومی*، مترجم محمد حبیبی مجنده (قم: انتشارات دانشگاه مفید، ۱۳۹۶)، ص ۳۰۴ و ۳۰۵.

3. Rod Rastan, *Jurisdiction*, in Carsten Stahn (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court* (Oxford University Press, 2015) at 142.

که یک دولت در زمینه عدالت کیفری از آن برخوردار است عبارتند از: صلاحیت قانونگذاری، صلاحیت قضاوت و صلاحیت لازم الاجرا کردن قوانین.

منظور از صلاحیت قانونگذاری صلاحیت هر دولت در تصویب قوانین لازم الاجرا در خصوص کلیه افراد و روابط این افراد با یکدیگر است.^۱ صلاحیت قضاوت عبارت از: اختیار هر دولت در قرار دادن افراد و اشیا تحت شمول دادگاه‌ها و یا محاکم اداری هر کشور است.^۲ صلاحیت لازم الاجرا کردن قوانین به صلاحیت هر دولت نسبت به وادار کردن و مجبور کردن افراد به اجرا و یا مجازات نقض قوانین مصوب است.^۳ اصطلاح صلاحیت قضایی اغلب در مفهوم محدود آن بکار می‌رود و به نحو گسترده مربوط به اعمال اختیارات قضایی بوسیله دادگاه‌ها و نهادهای مرتبط با سیستم قضایی داخلی می‌شود. در واقع عملکرد دادگاه‌ها، دادستان‌ها و پلیس نسبت به افراد ساکن در سرزمین هر کشور نتیجه وجود صلاحیت قضایی هر دولت است.

منظور از اینکه یک دولت صلاحیت قضایی خود را به دیوان کیفری بین‌المللی تفویض کرده است بدین معناست که با تهیه متن اساسنامه رم در سال ۱۹۹۸ دول عضو دیوان توافق کرده‌اند که برخی حقوق حاکمیتی و اختیارات خود را به دیوان تفویض نمایند. در واقع هر دولت برخی از اختیارات دادرسی و اجرایی خود را که محاکم‌اش مطابق اصول سرزمینی و تابعیت در اختیار دارند به دیوان تفویض می‌نماید. دیوان بعنوان یک سازمان بین‌المللی مستقل، اختیارات تفویض شده به خود را اجرا می‌کند و دولت‌های عضو دیگر هیچ کنترلی بر آنچه که دیوان در اجرای صلاحیت قضایی‌اش در چارچوب اساسنامه انجام می‌دهد، ندارند.^۴

۲-۳. قرارداد سوفای و نقش آن در محدودیت دولت افغانستان در واگذاری

اختیاراتش به دیوان کیفری بین‌المللی

به موجب قرارداد سوفای منعقد شده میان افغانستان و آمریکا، دولت افغانستان صلاحیت قضایی انحصاری دولت آمریکا را نسبت به سربازان آمریکایی در صورت ارتکاب هر جرمی در خاک افغانستان به رسمیت شناخته و پذیرفته است. نویسنده‌ای مدعی شده است که افغانستان با هر هدف و منظوری که از گذشتن از صلاحیت قضایی خود به نفع صلاحیت قضایی آمریکا داشته است دیگر قادر به تفویض این صلاحیت به دیوان کیفری بین‌المللی نیست زیرا دیگر خود این

۱. یان برانلی، همان، ص ۶۳۷.

۲. Rod Rastan, op.cit. at 145.

۳. Ibid. at 146.

۴. Shlomit Wallenstein, "Delegation of Powers and Authority in International Criminal Law", Criminal Law and Philosophy, Vol. 9, (2015), at 124.

صلاحیت را نداشته تا بتواند آن را به سازمانی بین‌المللی تفویض نماید.^۱ با این وجود به نظر می‌رسد افغانستان فقط صلاحیت قضاوت خود را به موجب قرارداد سوفای خود سلب کرده است و اختیارات ناشی از حاکمیت افغانستان همچنان برای این دولت حفظ می‌شود و این دولت قادر به واگذاری آنها به دیوان کیفری بین‌المللی می‌باشد.

نویسنده دیگری مدعی شده است که صلاحیت قضایی یک دولت در مقدار کمی مشخصی نیست بلکه مجموعه‌ای از حقوق است و وجود این حقوق با اجرای این حقوق نایستی مخلوط شود.^۲ آنچه در قرارداد سوفای مورد توافق طرفین قرار گرفته اجرای حقوق است و نه اصل وجودی حقوق و افغانستان فقط از اجرای قسمتی از حقوق ناشی از حاکمیت خود به نفع دولت آمریکا گذشته است. دفتر دادستانی دیوان کیفری بین‌المللی در تقاضای مطروحه در سال ۲۰۱۷ خطاب به شعبه مقدماتی، بر این خصوصیت صلاحیت قضایی صحه گذارده و استدلال کرده است در حالی که قرارداد سوفای توافق میان دو دولت برای عدم اجرای صلاحیت قضایی یکی از این دولت‌ها به نفع دیگری است؛ چنین توافقی اصل صلاحیت قضایی یک دولت را از او سلب نمی‌کند و این جزء ذات حاکمیت هر دولت است.^۳ بطور ساده می‌توان گفت که افغانستان با انعقاد قرارداد سوفای توافق کرده است که اختیارات دادرسی و اجرایی خود را نسبت به نیروهای آمریکایی اعمال ننماید. چنانکه دولت افغانستان همچنان حق اعمال آن اختیارات خود را نسبت به اتباع خارجی طبق اصل سرزمینی بودن حفظ می‌کند حتی اگر در قرارداد سوفای توافق کرده باشد این حق را در شرایط محدودی مورد ادعا قرار ندهد. از این رو دولت افغانستان به طور کاملاً مشروعی حقوق عرفی خود برای اعمال اختیارات اجرایی و دادرسی‌اش را بر اساس اصل سرزمینی بودن به دیوان کیفری بین‌المللی تفویض کرده است. در مقابل دیوان هم حق دارد که این اختیارات را مطابق با اساسنامه رم اعمال نماید.

۳. تعارض میان اساسنامه رم و قرارداد سوفای

در مورد اصل حق دولت افغانستان به تفویض اختیارات مربوط به صلاحیت قضایی‌اش به دیوان کیفری بین‌المللی بحثی نیست بلکه بحث بر سر این است که آیا دیوان می‌تواند با در نظر نگرفتن

1. Michael A Newton, op.cit. at 398.

2. Roger O'Keefe, "Quid Not Quantum: A Comment on How the International Criminal Court Threatens Treaty Norms", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 49, (2015), at 436.

3. Request for Authorization of an Investigation Pursuant to Article 15, Situation in the Islamic Republic of Afghanistan (ICC-02/17-7-Red), Pre-Trial Chamber III, 20 November 2017, Para. 47.

قرارداد سوفای میان افغانستان و آمریکا اقدام به اجرا و اعمال این اختیارات نسبت به سربازان آمریکایی در خصوص جرائم ارتكابی در افغانستان که در صلاحیت دیوان نیز می‌باشد بنماید یا خیر؟ در پاسخ به این پرسش بایستی خاطر نشان کرد که دیوان کیفری بین‌المللی از همان ابتدای طرح تقاضایش برای ورود به مورد افغانستان، متهم به در نظر نگرفتن رویه صلاحیت قضایی سنتی میان دولت‌ها شد.^۱ زمانی که افغانستان عضو اساسنامه رم شد این دولت در راستای تفویض اختیاراتش به دیوان موافقت کرد که دیوان اجازه داشته باشد صلاحیت قضایی خود را نسبت به جرائم ارتكابی بین‌المللی در سرزمین آن کشور به وسیله افرادی با هر ملیتی اعمال نماید. این دولت همچنین موافقت کرده است که با دیوان در خصوص تحقیق و بازجویی و تعقیب جرائم در محدوده صلاحیت دادگاه همکاری نماید.^۲ دولت آمریکا متذکر شده است که دو واقعیت وجود دارد: نخست اینکه افغانستان با عضویت در دیوان کیفری بین‌المللی متعهد است با آن نهاد در تعقیب سربازان آمریکایی همکاری کند که این با تعهد دولت افغانستان به موجب قرارداد سوفای که به اعضای نیروهای نظامی آمریکایی در خصوص جرائم ارتكابی در افغانستان مصونیت می‌دهد در تعارض است. مسئله دوم این است که حتی اگر دیوان بدون همکاری افغانستان موفق به بازداشت یک سرباز متهم آمریکایی شود هرگونه اعمال صلاحیت قضایی دیوان نسبت به متهم، همچنان نقض قرارداد سوفای خواهد بود.^۳ از نگاه دولت آمریکا اگر دیوان صلاحیت قضایی خود را نسبت به نیروهای آمریکایی به دلیل ارتكاب جرائم در افغانستان اعمال نماید این تفاوتی با اعمال صلاحیت قضایی بوسیله خود دولت افغانستان ندارد و این مغایر قرارداد سوفای خواهد بود. از این رو هرگونه اقدام قضایی دیوان کیفری بین‌المللی نسبت به نیروهای آمریکایی با تضمینی که افغانستان در خصوص عدم تعقیب آنها بدلیل ارتكاب جرائم در خاک این کشور داده در تعارض است.

در این بخش ضمن بررسی تعهدات دولت افغانستان به موجب قرارداد سوفای، تعارض احتمالی آن با تعهدات دولت مزبور به موجب اساسنامه رم بررسی شده و به این مسئله پرداخته می‌شود که آیا دیوان کیفری بین‌المللی تعهدی به رعایت قرارداد سوفای دارد یا خیر؟

۳-۱. عدم تطابق میان اساسنامه رم و قرارداد سوفای

در تعهد ایجاد شده به موجب قرارداد سوفای، دولت افغانستان موافقت کرده است که حق خود را برای تعقیب سربازان آمریکایی به دلیل ارتكاب جرائم در سرزمین افغانستان مورد ادعا قرار

1. Michael A Newton, op.cit. at 391.

2. International Criminal Court (ICC) Statute, Rome, 1998, Article 86.

3. Shlomit Wallenstein, op.cit. at 127.

ندهد. اثر اجرایی این معاهده این است که افغانستان دیگر قانوناً نمی‌تواند صلاحیت قضایی خود را برای برقراری عدالت قضایی نسبت به سربازان آمریکایی به اجرا درآورد و تصویب اساسنامه رم به وسیله افغانستان تاثیری بر تعهد آن کشور در مقابل دولت آمریکا نخواهد داشت. در واقع بند ۲ ماده ۹۸ اساسنامه، این مسئله را تضمین کرده است که هرگز از دول عضو خواسته نخواهد شد مغایر تعهداتی که به موجب موافقتنامه‌های بین‌المللی بر عهده گرفته‌اند عمل نمایند. در این ماده آمده است: «دیوان نمی‌تواند تحویل متهمی را درخواست نماید که دولت مورد درخواست مجبور شود بر خلاف تعهداتی عمل نماید که به موجب قراردادهای بین‌المللی رضایت دولت فرستنده برای تحویل تبعه دولت مزبور به دیوان شرط شده باشد مگر آنکه دیوان قبلاً رضایت دولت فرستنده را برای انجام این تحویل تحصیل کرده باشد.»

پیرو تصویب اساسنامه رم و با توجه به متن بند ۲ ماده ۹۸ آن اساسنامه، دولت آمریکا بین سال‌های ۲۰۰۲ تا ۲۰۰۶ اقدام به انعقاد بیش از یکصد موافقتنامه دوجانبه با سایر دول با هدف تضمین این مسئله که آنها اتباع آمریکا را بدون رضایت این کشور تحویل دیوان نخواهند داد نموده است. این معاهدات به موافقتنامه‌های ماده ۹۸ و یا عدم تحویل دوجانبه مشهور شده‌اند.^۱ با اینکه قرارداد سوفای میان افغانستان و آمریکا ماده ۹۸ را هم پوشش می‌دهد، باز هم دولت آمریکا در سال ۲۰۰۲ موافقتنامه ماده ۹۸ جداگانه‌ای را با دولت افغانستان منعقد کرده است. وجود قرارداد سوفای و موافقتنامه ماده ۹۸ بدین معناست که دیوان از تقاضای همکاری افغانستان برای بازداشت و تحویل متهمان آمریکایی به دیوان منع شده است زیرا همکاری افغانستان با دیوان در چنین موضوعی نقض هر دو موافقتنامه خواهد بود. ولی این موافقتنامه‌ها مانع آن نیست که اگر دیوان کیفری بین‌المللی به هر وسیله‌ای توانست متهمان تبعه آمریکا را بدون آنکه از همکاری دولت افغانستان بهره گرفته باشد بازداشت نماید، صلاحیت قضایی دیوان را نسبت به این متهمان اعمال نماید.^۲

بند ۲ ماده ۹۸ تنها ماده مذکور در اساسنامه دیوان نیست که اعمال صلاحیت قضایی را برای دیوان مشکل می‌کند. بر اساس اصل تکمیلی بودن صلاحیت دیوان که در ماده ۱۷ اساسنامه آمده است یک پرونده در دیوان قابل طرح نخواهد بود اگر تحقیق و بازجویی و تعقیب بوسیله دولتی که صلاحیت قضایی نسبت به آن پرونده دارد آغاز شده باشد؛ مگر آنکه آن دولت خود مایل و یا قادر به انجام تحقیق و بازجویی و یا تعقیب متهم نباشد.^۳ از این رو دولت افغانستان در تعقیب

1. Attila Bogdan, "The United States and the International Criminal Court: Avoiding Jurisdiction through Bilateral Agreements in Reliance on Article 98", *International Criminal Law Review*, Vol. 8, (2008), at 3.

2. *Ibid.* at 9.

3. *International Criminal Court (ICC) Statute, op.cit. Article 17(1).*

اتباع آمریکایی به دلیل ارتکاب جرائم در خاک آن کشور (افغانستان) نسبت به دیوان از ارجحیت برخوردار است. با این وجود افغانستان به موجب قرارداد سופا موافقت کرده است که صلاحیت قضایی خود را نسبت به اعضای نیروهای مسلح آمریکا اجرا و اعمال نماید و این بدین معناست که دیوان می‌تواند افغانستان را غیر مایل به تعقیب در نظر بگیرد. در مقابل، آمریکا هم بعنوان دولت متبوع، متهمان دولتی است که صلاحیت قضایی‌اش نسبت به صلاحیت قضایی دیوان ارجحیت دارد اما دفتر دادستانی قبلاً نسبت به مناسب و کافی بودن تحقیق و بازجویی و رسیدگی توسط دولت آمریکا ایراد وارد کرده است.^۱ ماده ۱۷ اساسنامه دیوان این اختیار را به دولت آمریکا می‌دهد که قابلیت پذیرش هر پرونده‌ای مربوط به اتباع آمریکا را به چالش بکشد و مدعی شود خود می‌خواهد به آن رسیدگی نماید و این چیزی است که در آینده خواهیم دید که آیا دیوان قصد و نیت آمریکا برای محاکمه اتباعش به دلیل ارتکاب جرائم در افغانستان را کافی خواهد دانست یا خیر؟

در واقع ماده ۱۷ اساسنامه، مشابه بند ۲ ماده ۹۸ در اعمال صلاحیت قضایی دیوان نسبت به اتباع آمریکایی مانع ایجاد می‌کند. نه مفاد اساسنامه دیوان از افغانستان می‌خواهد که سربازان آمریکایی را در مغایرت با قرارداد سופا تحت تعقیب قرار دهد و نه قرارداد سופا به افغانستان اجازه محاکمه این متهمین را در خاک افغانستان می‌دهد؛ لذا وضعیت بغرنجی ایجاد می‌گردد. با این وجود قرارداد سופا تاثیری بر حقوق اشخاص ثالث برای تعقیب متهمان آمریکایی بخاطر ارتکاب جرائم در افغانستان که به نحوی به آنها مربوط گردد، ندارد. چنانکه در سال ۲۰۰۸ دیوان عالی ایتالیا رای داد که این دیوان صلاحیت دارد سربازان آمریکایی را به خاطر کشتن یک افسر اطلاعاتی نظامی ایتالیا در عراق تحت تعقیب قرار دهد. واقعیتی که دیوان مزبور از آن اطلاع داشت این بود که به موجب قرارداد سופا در همان زمان، دولت عراق به دولت‌های اعزام کننده نیرو به این کشور صلاحیت قضایی انحصاری نسبت به اتباع‌شان داده بود.^۲ در رأی نهایی دیوان ذکر شد که چنین مصونیتی فقط میان هر کدام از دولت‌های اعزام کننده نیرو و دولت پذیرنده نیرو اعمال می‌شود و این مصونیت میان دو دولت اعزام کننده نیرو وجود ندارد.^۳

1. Request for Authorization of an Investigation Pursuant to Article 15, op.cit. para. 290.

2. Carsten Stahn, Jennifer S. Easterday, and Jens Iverson (eds) *Jus Post Bellum: Mapping the Normative Foundations* (Oxford University Press, 2014) at 492.

3. Mario Luiz Lozano v. Italy [Italian Supreme Court of Cassation] Judgment No. 31171/2008, 24 July 2008 in <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law/ildc/1085it08.case.1/law-ildc-1085it08>.

دولت آمریکا می‌تواند با استناد به قرارداد سופا در مقابل دیوان کیفری بین‌المللی استدلال کند که این کشور نسبت به اتباعش در خصوص ارتکاب جرم در افغانستان صلاحیت قضایی انحصاری دارد و صلاحیت قضایی که دیوان از آن برخوردار است بوسیله دولت افغانستان و بر اساس اصل سرزمینی بودن تفویض شده است. با این وجود در تمام اساسنامه دیوان هیچ ماده‌ای وجود ندارد که امکان معافیت از صلاحیت قضایی دیوان را در موردی بدهد که دولت افغانستان صلاحیت قضایی خود را به موجب یک قرارداد دوجانبه مثل قرارداد سופا محدود نموده باشد. باید توجه داشت که ماده ۱۲۰ اساسنامه به طور خاص دول عضو اساسنامه را از اعمال شرط نسبت به اساسنامه منع کرده است و این بدین معناست زمانی که افغانستان اساسنامه را تصویب می‌کرده است هیچ اختیاری برای استثناء قائل شدن در صلاحیت قضایی دیوان نسبت به سربازان آمریکایی به دلیل قرارداد سופا نداشته است. از یکسو افغانستان هنگام عضویت در اساسنامه دیوان توافق کرده است که دیوان نسبت به نیروهای آمریکایی به خاطر ارتکاب جرائم‌شان در خاک افغانستان صلاحیت قضایی خواهد داشت و از سوی دیگر این با تعهد افغانستان به موجب قرارداد سופا که به موجب آن دولت آمریکا نسبت به نیروهای مسلح خود در خاک افغانستان صلاحیت انحصاری دارد در تعارض است. در ادامه به حل این مسئله پرداخته می‌شود.

۲-۳. بررسی الزام دیوان کیفری بین‌المللی به رعایت مفاد قراردادهای دوجانبه در خصوص صلاحیت قضایی

دفتر دادستانی دیوان کیفری بین‌المللی با عدم توجه به قرارداد سופا میان افغانستان و آمریکا در زمانی که صلاحیت قضایی دیوان در پرونده افغانستان را بررسی می‌کرد، متهم به نقض صلاحیت قضایی داخلی افغانستان شده است.^۱ نویسنده‌ای با توجه به این قضیه مدعی شده است که دیوان با عدم توجه به این مسئله که مفاد مربوط به صلاحیت قضایی دیوان در تعارض با موافقتنامه‌های بین‌المللی مربوط به صلاحیت قضایی هست یا خیر؟ مفاد معاهدات بین‌المللی و حتی اساسنامه خود را نقض کرده است. او ادامه می‌دهد دیوان مکلف است به دنبال تفسیری باشد که میان این مجموعه معاهدات هماهنگی برقرار کند تا از این طریق تضمین کند که شرط قضایی مذکور در خصوص صلاحیت قضایی انحصاری در قرارداد سופا اعتبار خود را حفظ می‌کند.^۲ این در حالی است که دیوان صلاحیت قضایی دول عضو خود را تکمیل می‌کند و لذا دیوان مکلف نیست که خود را با مفاد مربوط به صلاحیت قضایی که در معاهدات آمده است و چه بسا که با اساسنامه

1. Michael A Newton, op.cit. at 380.

2. Ibid. at 422.

این دیوان هم در تعارض باشد تطبیق دهد و هماهنگ نماید. بعبارت دیگر داشتن این توقع از دیوان که ترتیبات قراردادی دول عضو را برای از بین بردن تناقضات مربوط به صلاحیت قضایی میان دولت‌ها رعایت کند، هم غیرقابل اجرا و هم غیرضروری است. نتیجه این تقاضا از دیوان این خواهد بود که دیوان مکلف می‌گردد تمامی توافقنامه‌های منعقد شده بین‌المللی میان دول عضو و غیر عضو را مورد توجه و لحاظ قرار دهد. همچنانکه یک معاهده دوجانبه را میان اعضایش بر حسب نوع سیستم حقوقی هر کدام از آنها نمی‌توان به شکل‌های مختلف اجرا کرد، اساسنامه رم را هم نمی‌توان میان اعضایش بسته به اینکه قبلاً و یا بعداً معاهده دوجانبه‌ای در خصوص صلاحیت قضایی خود منعقد کرده باشند به چند شکل مختلف اجرا نمود.^۱ می‌توان از دیوان انتظار داشت که صلاحیت قضایی خود را در صورتی که این صلاحیت قضایی با ادعای یک دولت غیر عضو دیوان مبنی بر داشتن صلاحیت قضایی انحصاری بر اتباعش در تعارض باشد اعمال ننماید؛ چرا که این مسئله جزء ضوابط مربوط به قابلیت پذیرش یک پرونده در دیوان نیست.

از سوی دیگر دفتر دادستانی دیوان برای انجام تحقیق و بازرسی در خصوص جنایت‌های انتسابی به اعضای نیروهای مسلح آمریکا و سازمان سیا در سرزمین افغانستان، لهستان، رومانی و لیتوانی تقاضای مجوز کرده است. هر چهار کشور مذکور اساسنامه رم را تصویب کرده‌اند و سازمان سیا در هر چهار کشور در سال ۲۰۰۲ و در چارچوب جنگ افغانستان بازداشتگاه تاسیس کرده است.^۲ دفتر دادستانی دیوان مدعی شده است که برخی اتباع آمریکا مرتکب شکنجه، تحقیر و خشونت جنسی در هر کدام از این بازداشتگاه‌ها نسبت به بازداشت شدگانی که مظنون به عضویت در گروه طالبان و القاعده بودند شده‌اند.^۳ در واقع اعضای نیروهای مسلح آمریکا متهم به ارتکاب چنین اعمالی در سرزمین افغانستان شده‌اند و اعضای سازمان سیا متهم به ارتکاب چنین اعمالی در افغانستان و سه کشور لهستان، رومانی و لیتوانی هستند.

در صورتی که دیوان با استنادی که آمریکا به قرارداد سوفای منعقد شده میان خود و دولت افغانستان می‌کند از اجرای صلاحیت قضایی‌اش باز بماند باز هم این عدم رسیدگی دیوان شامل حال اعضای سازمان سیا نخواهد شد زیرا توافقات آمریکا با دولت افغانستان فقط نیروهای نظامی و پرسنل غیرنظامی وزارت دفاع آمریکا را در بر می‌گیرد و شامل حال کارکنان سازمان سیا

1. Dan Sarooshi, "The Role of Domestic Public Law Analogies in the Law of International Organizations", *International Organizations Law Review*, Vol. 5, (2008), at 238.

2. Request for Authorization of an Investigation Pursuant to Article 15, *op.cit.* para.202-203.

3. *Ibid.* para.191.

نمی‌گردد. بر این اساس دولت آمریکا نمی‌تواند به صلاحیت قضایی انحصاری خود به موجب قرارداد سوفای نسبت به پرسنل سازمان سیا استناد نماید. در خصوص قراردادهای سوفای منعقد شده میان آمریکا با دولت‌های لهستان، رومانی و لیتوانی نیز پرسنل سازمان سیا مورد توجه قرار نگرفته‌اند و شامل حال آنان نمی‌گردد.^۱ اسنادی وجود دارند که حاکی از آن است که توافقات دوجانبه مخفیانه‌ای میان آمریکا و هر کدام از این سه کشور اروپایی وجود دارد که تضمین می‌کند برنامه‌های بازداشت سازمان سیا در این کشورها مشمول صلاحیت قضایی این کشورها نمی‌گردد.^۲ با این وجود دیوان کیفری بین‌المللی هرگز الزامی به لحاظ کردن توافقات مخفیانه دولت‌ها با یکدیگر ندارد و اگر قرار باشد صلاحیت قضایی دیوان با موافقتنامه‌های دوجانبه دولت‌ها به چالش کشیده شود یقیناً با موافقتنامه‌های آشکار و نه مخفی خواهد بود. از این رو به نظر می‌رسد دیوان در تعقیب و بازجویی و سپس محاکمه کارمندان سازمان سیا در خصوص اقداماتشان در افغانستان و برخوردشان با بازداشت شدگان افغانی در لهستان، لیتوانی و رومانی با مشکلی مواجه نباشد. بر این اساس این امکان وجود دارد که یک افسر نظامی آمریکایی به دلیل عملکردش در افغانستان تحت پیگرد دیوان قرار نگیرد اما یک کارمند سازمان سیا در همان پایگاه نظامی و به دلیل انجام همان عمل مجرمانه تحت پیگرد دیوان قرار گیرد چرا که قرارداد سوفای شامل حال کارکنان سازمان سیا نمی‌گردد. این تصور خارج از باور نیست که روزی جورج دبلیو بوش، رئیس‌جمهور سابق آمریکا، به دلیل اعمال صورت گرفته در افغانستان تحت پیگرد قضایی دیوان کیفری بین‌المللی قرار گیرد اما یک افسر ساده آمریکایی با استناد به قرارداد سوفای از تعقیب برای بدترین جنایات در دیوان رهایی یابد.

اقدام احتمالی دیوان کیفری بین‌المللی در خصوص عدم اجرای صلاحیت قضایی اش به دلیل مفاد یک قرارداد دوجانبه این نتیجه را به دنبال خواهد داشت که اعمال صلاحیت قضایی دیوان به شکلی ناعادلانه و ناهماهنگ خواهد بود زیرا چنانکه در بالا گفته شد برخی افراد آمریکایی تحت صلاحیت این دیوان قرار می‌گیرند و برخی از صلاحیت دیوان فرار می‌کنند و این منجر به بی‌کیفری افراد خواهد شد زیرا هیچ تضمینی وجود ندارد که افراد معاف شده از صلاحیت قضایی دیوان در کشور متبوع خود تحت پیگرد قضایی قرار گیرند. چنین مسئله‌ای با مفاد ماده ۲۷ اساسنامه دیوان که به موجب آن «اساسنامه بایستی به نحو برابر نسبت به تمام افراد بدون

1. Attial Bogdan, op.cit. at 14.

2. Dick Marty, Council of Europe Parliamentary Assembly Committee on Legal Affairs and Human Rights, Secret detentions and illegal transfers of detainees involving Council of Europe member states: second report, (2007), para.168, available online at http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2007/EMarty_20070608_NoEmbargo.pdf.

تبعیض بر اساس موقعیت رسمی‌شان اعمال شود» در تناقض قرار می‌گیرد. هیچ ماده‌ای در اساسنامه دیوان الزامی برای این نهاد ایجاد نمی‌کند که مفاد مبنی بر صلاحیت قضایی نشأت گرفته از یک معاهده دو یا چندجانبه میان چند دولت عضو و غیرعضو را زمانی که تصمیم می‌گیرد پرونده‌ای را در دست رسیدگی قرار دهد مورد توجه و لحاظ قرار دهد. یعنی حداقل این است که تعارض میان اساسنامه دیوان و قرارداد سوفا میان افغانستان و آمریکا لازم نیست که بوسیله دیوان کیفری بین‌المللی حل و فصل شود.

۳-۳. چگونگی حل تعارض میان اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی و قرارداد

سوفا

دولت افغانستان با تصویب اساسنامه رم توافق کرده است که دیوان کیفری بین‌المللی بتواند نسبت به برخی جرائم ارتكابی بوسیله اتباع هر دولتی در حوزه صلاحیت قضایی افغانستان، صلاحیت قضایی خود را اعمال نماید. طبق موافقتنامه سوفا هم افغانستان توافق کرده است که به کشور آمریکا اجازه دهد صلاحیت قضایی انحصاری خودش را نسبت به تمامی جرائم ارتكابی توسط نیروهای نظامی آمریکایی در خاک افغانستان اعمال نماید. بر اساس این دو واقعیت در صورت ارتكاب یکی از جرائم تحت شمول دیوان توسط سربازان آمریکایی در خاک افغانستان این کشور با یک تعارض قراردادی مواجه می‌شود زیرا اعمال هر دو معاهده به طور همزمان به نظر غیرممکن می‌رسد.^۱ در موارد مشابه در جایی که طرفین هر دو معاهده یکسان نباشند نه کنوانسیون وین ۱۹۶۹ در مورد حقوق معاهدات و نه قواعد عرفی بین‌المللی راهکاری برای حل چنین تعارضاتی پیشنهاد نکرده‌اند.^۲ برخی معتقدند افغانستان در چنین شرایطی می‌تواند اقدام به اتخاذ یک تصمیم سیاسی کند با این توضیح که دولت مربوطه زمانیکه قصد دارد یکی از این معاهدات را بر دیگری مرجح بداند مکلف است که دست به اتخاذ یک تصمیم سیاسی بزند.^۳ از این رو به نظر می‌رسد افغانستان می‌تواند میان اساسنامه رم و موافقتنامه سوفا یکی را بر دیگری ترجیح دهد. تصمیم افغانستان به اجرا کردن موافقتنامه سوفا و محدودسازی خودخواسته صلاحیت قضایی‌اش از طریق اعطای مصونیت به سربازان آمریکایی یک اقدام حاکمیتی بوده است؛ هر چند تصویب اساسنامه رم و موافقت با اعمال صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی نسبت به سرزمین افغانستان نیز اقدامی حاکمیتی بوده است. به هر حال اعمال همزمان دو معاهده متناقض و

1. Christofer J. Borgen *Treaty Conflicts and Normative Fragmentation*, in D.B. Hollis (ed.), *The Oxford Guide to Treaties* (Oxford University Press, 2014) at 455.

2. Ibid.

3. Ibid. at 457.

یا اولویت دادن یک معاهده بر دیگری مسئله و مشکل دولت افغانستان است و نه دیوان. تا زمانی که افغانستان به عنوان عضو دیوان باقی بماند دیوان می‌تواند صلاحیت قضایی خودش را نسبت به جرایم ارتكابی سربازان آمریکایی در سرزمین افغانستان اعمال و اجرا نماید.

نتیجه‌گیری

ایجاد دیوان کیفری بین‌المللی بعد از تجارب موفق جهان در برخورد با جنایتکاران یوگسلاوی سابق و رواندا در قالب دو دیوان اختصاصی ایجاد شده برای رسیدگی به جرائم ارتكابی در این کشورها، آرزوی دیرینه بشر برای محاکمه جنایتکاران بین‌المللی را برآورده کرد. از این رو تنها اقدامی که دولت‌ها در زمینه کمک به این دیوان می‌توانند انجام دهند تقویت این دیوان و جلوگیری از تضعیف صلاحیت قضایی آن است. انعقاد موافقتنامه‌هایی مثل قرارداد سوفاتوسط دولت افغانستان با دولت آمریکا، هرچند یک اقدام در راستای اعمال حاکمیت دولت افغانستان در سرزمین خود می‌باشد اما می‌تواند صلاحیت قضایی دیوان را با چالش مواجه کند؛ هرچند که پیوستن به اساسنامه دیوان توسط افغانستان نیز یک تصمیم در راستای حاکمیتش بوده است. با توجه به هدف والای دیوان کیفری بین‌المللی برای جلوگیری از بی‌کیفری و تلاش این دیوان برای محاکمه جنایتکاران، تلاش دولت‌ها بایستی برای به حداقل رسانیدن چالش‌های این دیوان باشد و همواره لازم است صلاحیت عالی این دیوان برای رسیدگی به جرائم تحت صلاحیتش اولویت دولت‌ها باشد. با این وجود پیش‌بینی اصل صلاحیت تکمیلی در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی راهی برای افزایش اقبال دولت‌ها برای پیوستن به این دیوان بوده است و در راستای همین اصل نیز راه برای بی‌کیفری بسته می‌ماند زیرا فرد مجرم یا توسط یک دولت مایل و قادر به محاکمه، مورد پیگرد قرار می‌گیرد و یا توسط خود دیوان. از این رو عدم علاقه دولت‌ها برای پیوستن به ساختار محاکمه بین‌المللی جنایتکاران در قالب دیوان کیفری بین‌المللی، بایستی راه را بر عملکرد دیوان تنگ و محدود کند و دیوان بایستی با طیب خاطر بتواند کار خود را انجام دهد. پس انعقاد قراردادهایی همچون قرارداد سوفات بایستی تبدیل به چالشی برای دیوان شود و صلاحیت دیوان را زیر سوال برد بلکه بایستی نگاهی جداگانه به آنها داشت و آنها را مانع کار دیوان ندانست. انجام برخی اعمال از سوی دولت‌ها مثل آنچه دولت آمریکا نسبت به دادستان و قضات دیوان کیفری بین‌المللی پس از تصمیم به آغاز تحقیقات از عملکرد نیروهای این کشور در افغانستان انجام داده و ورود آنها را به خاک آمریکا ممنوع نموده است اقداماتی در راستای لجاجتی با پروسه قضایی در محاکم کیفری بین‌المللی ارزیابی می‌شود و نه تنها مانع کار دیوان نخواهد شد بلکه حساسیت افکار عمومی را در جامعه بین‌المللی نسبت به اعمال نیروهای آمریکایی در افغانستان و سایر کشورها برانگیخته خواهد کرد. با توجه به این مقاله مشخص شد

که دیوان کیفری بین‌المللی می‌تواند بدون نگرانی از چالش احتمالی که آمریکا برای آن با استناد به قرارداد سوفای منعقد شده میان خود و افغانستان ایجاد خواهد کرد، اقدام به آغاز تحقیق و بررسی در مورد جنایات احتمالی سربازان آمریکایی در خاک افغانستان کند و این چالش احتمالی را تبدیل به فرصتی برای تثبیت موقعیت خود بعنوان مرجع عالی کیفری بین‌المللی نماید. هرچند دولت آمریکا می‌تواند برای جلوگیری از تعقیب سربازانش توسط دیوان پیش‌دستی کرده و خود اقدام به تحقیق و بازجویی و محاکمه مرتکبین جرائم احتمالی در خاک افغانستان، در کشور خود نماید و از این طریق با برگزاری محاکمه عادلانه و مورد تایید ناظران بین‌المللی با استناد به اصل صلاحیت تکمیلی دیوان، سربازان خود را از محاکمه در دیوان کیفری بین‌المللی نجات دهد.

منابع

- براونلی، یان، *اصول حقوق بین‌الملل عمومی*، ترجمه محمد حبیبی مجنده (قم: انتشارات دانشگاه مفید، ۱۳۹۶).

References

Books

- Borgen Christopher J. *Treaty Conflicts and Normative Fragmentation*, in D.B. Hollis (ed.), *The Oxford Guide to Treaties* (Oxford University Press, 2014)
- Klamber Mark, *Commentary on the Law of the International Criminal Court* (Brussels: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2017).
- Rastan Rod, *Jurisdiction*, in Carsten Stahn (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court* (Oxford University Press, 2015).
- Sands Philippe and Klein Pierre, *Bowett's Law of International Institutions*, 6th edn (London: Sweet & Maxwell Publishing, 2009).
- Sarooshi, Dan, *International Organizations and Their Exercise of Sovereign Powers* (Oxford University Press, 2005).
- Schabas William A. *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, 2th Edition (Oxford University Press, 2016).
- Stahn Carsten, Easterday Jennifer S. and Iverson Jens (eds) *Jus Post Bellum: Mapping the Normative Foundations* (Oxford University Press, 2014).

- Williams Sarah, *Hybrid and Internationalized Criminal Tribunals: Selected Jurisdictional Issues* (Oxford, Hart Publishing, 2012).

Articles

- Barbour Emily. C. and Weed Matthew. C, “The International Criminal Court (ICC): Jurisdiction, Extradition, and US Policy”, (2010) (Congressional Research Service Report for Congress, 16 March 2010).
- Bogdan Attila, “The United States and the International Criminal Court: Avoiding Jurisdiction through Bilateral Agreements in Reliance on Article 98”, *International Criminal Law Review*, Vol. 8, (2008).
- Marty Dick, “Council of Europe Parliamentary Assembly Committee on Legal Affairs and Human Rights, Secret Detentions and Illegal Transfers of Detainees Involving Council of Europe Member States: Second Report”, (2007), available online at [http:// assembly.coe.int/CommitteeDocs/ 2007/EMarty_20070608_NoEmbargo.pdf](http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2007/EMarty_20070608_NoEmbargo.pdf).
- Newton Michael A, “How the International Criminal Court Threatens Treaty Norms”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law (VJTL)*, Vol. 49, (2016).
- O’Keefe Roger, “Quid Not Quantum: A Comment on How the International Criminal Court Threatens Treaty Norms”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 49, (2015).
- Sadat Leila N. & Drumbl Mark A, “The United States and the International Criminal Court: A Complicated, Uneasy, Yet at Times Engaging Relationship”, *Legal Studies Research Paper Series* (2016).
- Sarooshi Dan, “Conferrals by States of Powers on International Organizations: The Case of Agency”(*British Yearbook of International Law*, Vol. 74, (2004).
- Sarooshi Dan, “The Role of Domestic Public Law Analogies in the Law of International Organizations”, *International Organizations Law Review*, Vol. 5, (2008).
- Wallerstein Shlomit, “Delegation of Powers and Authority in International Criminal Law”, *Criminal Law and Philosophy*, Vol. 9, (2015).

Documents

- International Criminal Court (ICC) Statute, Rome, 1998.

- Mario Luiz Lozano v. Italy [Italian Supreme Court of Cassation] Judgment No. 31171/2008, 24 July 2008 in <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law/ilc/1085it08.case.1/law-ilc-1085it08>.
- Request for Authorization of an Investigation Pursuant to Article 15, Situation in the Islamic Republic of Afghanistan (2017) (ICC-02/17-7-Red), Pre-Trial Chamber III, 20 November 2017.