

Journal iranian political sociology

Vol. 4, No. 4, winter 1392

Unlike ad hoc international criminal courts in which judges are guided to prescribe customary rules in proceedings, the International Criminal Court came into existence with distinctive features compared to previous courts, and in Article 1 of its statute, the rights He enumerated the performance and, in a way, created a hierarchy among them.

However, contrary to the common practice, whenever we need to conceptualize the sources of international law, we automatically refer to Article 38 of the Statute of the International Court of Justice, and international treaties and customs are introduced as the main sources in the Rome Statute. First of all, there is no news about the last-mentioned case. This matter, which was formed by the efforts of some countries and criminal

جایگاه حقوق بین الملل عرفی در ماده ۲۱ اساسنامه دیوان بین المللی کیفری

تاریخ دریافت: ۲۵/۳/۱۴۰۰

سید مهران محمدی^۱

تاریخ پذیرش: ۱۵/۱۲/۱۴۰۰

محمدعلی کفایی فر^۲

چکیده

بر خلاف دادگاه های بین المللی کیفری موقت که در آن ها قضات به سمت تجویز قواعد عرفی در رسیدگی رهنمون شده اند، دیوان بین المللی کیفری با ویژگی های متمایز نسبت به محاکم پیشین، پا به عرصه وجود گذاشت و در ماده ۲۱ اساسنامه خود حقوق قابل اجرا را برشمرده و به نوعی دست به ایجاد (تعدد) سلسله مراتب میان آن ها زد. با این حال برخلاف رویه متداول که هر زمان نیاز به مفهوم سازی منابع حقوق بین الملل داشته باشیم به طور خودکار به ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری مراجعه شده و معاهدات و عرف بین المللی به عنوان منابع اصلی معرفی شده اند در اساسنامه رم در نگاه ابتدایی از مورد اخیر الذکر خبری نیست. این امرکه به کوشش برخی دول و وکلای کیفری و در حمایت و بر پایه اصل قانونی بودن شکل گرفت به دنبال آن بود تا اختیارات قضات را به شکل قابل توجهی محدود نماید. و قواعد عرفی علیرغم تمام نکات برجسته، به دلیل پیچیدگی هایی که در شناسایی و کارکرد دارد در تیررس قرار گرفت. این نوشتار با بررسی مفاد سند موسس دیوان بین المللی کیفری اینگونه نتیجه گیری نمود که علیرغم خواست تهیه کنندگان، این قواعد کماکان نقش مهمی در رسیدگی های دیوان بین المللی کیفری ایفا نموده هر چند به طور صریح به عنوان یک منبع مورد اشاره قرار نگرفته است.

کلمات کلیدی: قواعد عرفی، دیوان کیفری بین المللی، حقوق قابل اجرا، ماده ۲۱ اساسنامه رم

^۱ دانشجوی مقطع دکتری تخصصی، گروه حقوق، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران

Smehran.mdi@yahoo.com

^۲ استادیار، گروه حقوق، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران (نویسنده مسئول)

ma.kafaeifar@gmail.com

۱. مقدمه

رویه متداولی است که هر زمان نیاز به مفهوم سازی منابع حقوق بین الملل داشته باشیم، تقریباً به طور خودکار به ماده ۳۸ اساسنامه دیوان دائمی بین المللی دادگستری مراجعه شده که اتخاذ همین رویکرد آن را به عنوان نقطه آغازین ۱ برای اکثر استدلال های حقوق بین المللی بدل نموده است. گفتنی است که این ماده توسط کمیته مشورتی حقوقدانان پیشنهاد شد و سپس توسط رئیس کمیته، بارون دکامپس^۲ به تصویب رسید^۳ و عیناً در اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری نیز گنجانده شد. بدین ترتیب از حقوق معاهدات، حقوق بین الملل عرفی و اصول کلی حقوقی به عنوان منابع اولیه و از تصمیمات قضایی و دکترین به عنوان وسایل فرعی برای تعیین قواعد حقوق بین الملل نام برده شد. و عرف بین المللی را رویه ای عمومی که به عنوان قانون مورد پذیرش قرار گرفته تعریف نمود. دکامپس در سخنانی در سال ۱۹۲۰ خاطر نشان کرد که عرف همیشه نقش مهم و کاربردی داشته چرا که در غیاب قوانین و توسعه محدود معاهدات بین الدولی به این طریق توسعه و ثبات حقوق ملل میسر شده است. بسیونی یادآور شده سرچشمه حقوق بین الملل نه از سودمندی بالذات یک اصل حقوقی، که از انعکاس رویه واقعی دولت ها در یک قاعده ی تصدیق شده و همچنین آگاهی از الزامی بودن آن تحت حقوق عرفی و همچنین تعهدات تحمیلی به واسطه معاهدات است (Bassiouni, ۲۰۰۴). با آنکه نمی توان به طور قطع بیان کرد که ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری به شکل عرفی مرجع معتبر منابع حقوق بین الملل شده، اما این ماده در بسیاری از موافقت نامه ها و کنوانسیون های داوری قبل و بعد از سال ۱۹۴۵ به طور رسمی مورد اشاره قرار گرفته، گویی بند مرجع در مورد منابع حقوق بین الملل است. برای ایجاد یک هنجار قاعده عرفی، الزامی نیست که رفتار هر دولت مطابق با روال خاصی باشد، بلکه عمل باید کاملاً عام باشد. ۴. نقش این قواعد به صورتی است که می توان نتیجه گیری نمود حقوق بین الملل عرفی یا منبع حقوق بین الملل است (Shaw, ۲۰۱۷) یا کمکی برای تفسیر قواعد مکتوب (Jennings and Watts, ۱۹۹۶).

۱ درک غالب یا رویکرد استاندارد به حقوق بین الملل عرفی، که نقطه شروع تقریباً همه انواع تحقیقات در مورد آن است، تعریف "آموزشی" نیز نامیده می شود. در بحث حاضر مشخصاً مقصود رویه کلاسیک استناد به ماده ۳۸ اساسنامه دیوان دائمی بین المللی دادگستری است که در آن عرف بین المللی رویه عام که به عنوان قانون پذیرفته شده باشد تعیین می گردد.

۲ Baron Descamps

در مورد کار کمیته ذکر این نکته ضروری است که بحث های حقوقدانان اساساً طولانی نشد زیرا آنها حتی ۳ و با دیدگاهی انعطاف پذیرتر، از کلیت وجودی یک دادگاه نمی دانستند که قرار است با کل ماده ۳۸ چه کنند بین المللی دائمی نوین دفاع کردند. به گفته آنها، هدف کمیته پایه گذاری دادگاهی بود که بتواند رشد و توسعه یابد. در حالی که برخی از اعضای کمیته فکر می کردند که اساسنامه باید اختیار تشخیص منابع حقوقی را که در یک پرونده خاص اعمال می کنند به قضات واگذار کند، برخی دیگر معتقد بودند که هدف اساسنامه تعیین صریح قوانین موضوعه ای است که دیوان از آن پیروی نموده و منابع رسمی و محتوای خاص آنها را نشان می دهد.

۴ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, ۱۹۸۶, I.C.J. ۱۴., United Kingdom v. Norway, ۱۹۵۱ I.C.J. ۱۱۶

قواعد عرفی، بخاطر دارا بودن ویژگیهایی چون پویایی و انطباق پذیری سریع با تحولات روز، عام بودن، دارا بودن قابلیت جایگزینی و اینکه شکل گیری، تحول و تکاملشان تابع کنش و واکنش تابعان اصلی روابط بین الملل است، در این عرصه از منزلتی متمایز و برتر برخوردارند (زرنشان، ۱۳۹۳).

رویکرد کلاسیک برای شناسایی عرف، جستجوی شواهد کافی از رویه دولتی و باور به قانون (رویکرد دو عنصری) است. فعالیت اخیر کمیسیون حقوق بین الملل (ILC) نیز رویکرد دو عنصری، یعنی «یک رویه عام» که به عنوان «قانون پذیرفته شده» را در شناسایی حقوق بین الملل عرفی اتخاذ کرده است (UNGA, ۲۰۱۸). با این حال توسط مفسران رویکردهای دیگری نیز در شناسایی قواعد عرفی ارائه شده و برخی دیگر از مفسران نیز متذکر شده اند که حقوق بین الملل عرفی در چارچوب حقوق بین الملل کیفری معنایی متفاوت از حقوق بین الملل عرفی در چارچوب حقوق بین الملل کلاسیک دارد (Schabas, ۲۰۰۹). در کنار این پیچیدگی ها، حقوق بین الملل کیفری نیز با توجه به نقش محوری فرد در آن و بهره مندی از دو نظام کیفری مدنی و کامن لا، قواعد عرفی را با چالش های مضاعفی روبرو نموده است. حقوق بین الملل کیفری اساساً شاخه ای ترکیبی در حقوق است؛ حقوق بین الملل عمومی است که مملو از مفاهیم، اصول و ساختارهای حقوقی است که از حقوق کیفری ملی و حقوق بشر نشأت می گیرد (Cassese, ۲۰۰۳) لویی هنکین نوشته است که «حقوق بشر منابع حقوق بین الملل را متزلزل کرده، ماهیت آن را تغییر داده و دامنه آن را گسترش داده است» (Henkin, ۱۹۹۶). همین امر را می توان در مورد حقوق بین الملل کیفری، به ویژه در گسترش انواع بازیگرانی که می توانند مسئول شناخته شوند و به تبع آن توجه به مسئله "انسانی شدن حقوق بین الملل"، بیان نمود. ۵ به موازات توسعه این شاخه از حقوق بین الملل عمومی از اواسط قرن بیستم، با توجه به شرایط ویژه و متمایز آن از سایر حوزه ها، حقوق بین الملل عرفی نیز به عنوان منبع یا کمک تفسیری در این زمینه نقشی بسزا ایفا نموده است و دادگاه های کیفری بین المللی که خاستگاه بهره مندی از منابع حقوق بین الملل کیفری است در این توسعه نقش فعالانه ای ایفا نموده اند چنانکه به بیان کسسه تاسیس محاکم بین المللی کیفری و به طور ویژه دیوان کیفری بین المللی به عنوان یکی از جلوه های توسعه حقوق بین الملل کیفری، انگیزه شگفت انگیزی به تکامل آن داده و می توان با اطمینان گفت که ما اکنون به سمت تشکیل یک بدنه حقوقی کامل در این زمینه پیش می رویم.

تا پیش از اساسنامه رم، این دسته از مراجع قضائی به منابع ذکر شده در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری استناد کرده و بند ۱ این ماده اغلب به عنوان ماده ای تلقی می شد که منابع تثبیت شده حقوق بین الملل را برمی شمارد (Prosecutor v. Kupreškić et al, ۲۰۰۰) به شکلی که حقوق عرفی بستر مشروعیت بخش دادگاه های بین المللی کیفری بود و قضات آن صریحاً دعوت شدند تا با بکارگیری این قواعد شکاف های بسیاری که بین حقوق بین الملل بشردوستانه و حقوق بین الملل کیفری وجود دارد برطرف شود.

۵ تمایز بین هنجارهای حقوق بشری و حقوق بین الملل کیفری در دیوان کیفری بین المللی و در نظر مخالف قاضی هانس پیتر کاول در تصمیم درباره تحقیق وضعیت کنیا تشریح شده است. او ابتدا خاطر نشان کرد که ظلم صرف یا قربانی شدن دسته جمعی، عمل را به یک جنایت بین المللی تبدیل نمی کند، بلکه نکته قابل توجه عناصر زمینه ای تشکیل دهنده و گنجانده شده در آن عمل است.

^۱ Prosecutor v. Kupreškić et al., Judgement, TC, ICTY, ۲۰۰۰, para ۵۴۰.

این محاکم به عرف به عنوان منبعی برای تعیین مسئولیت کیفری متکی بودند همچنانکه طبق حقوق بین الملل انعکاس یافته در اساسنامه ۷ و در رویه قضایی دادگاه نظامی نورنبرگ به رسمیت شناخته شده است (Gallmetzer, M. Klamberg, ۲۰۰۵). گزارش دبیرکل سازمان ملل متحد نیز در مورد اساسنامه دادگاه کیفری بین المللی یوگسلاوی سابق تا حدودی از قواعد حقوق عرفی مربوط به حقوق بین الملل کیفری حمایت می‌کند:

دادگاه بین المللی باید قواعد حقوق بین الملل بشردوستانه‌ای را اعمال کند که ورای هر شک و تردیدی حقوق عرفی است؛ به این ترتیب مشکل التزام برخی از کشورها به کنوانسیون‌های خاص بوجود نمی‌آید. به نظر می‌رسد که این امر به ویژه در زمینه دادرسی بین المللی افرادی که به دلیل نقض جدی حقوق بین الملل بشردوستانه تحت تعقیب قرار گرفته‌اند، بسیار مهم است (UNSC, ۱۹۹۳).

با این حال استفاده از قواعد عرفی انتقادات شدیدی را به دنبال داشت زیرا اعمال قواعد نانوشته در حقوق کیفری به منزله نقض اصل قانونی بودن^۸ است. دلیل دیگر برای انتقاد، نگرش قانون‌گذاری محاکم بود که با این دیدگاه که حقوق بین الملل مبتنی بر رضایت دولت‌ها است مغایرت دارد. ۹

برای جلوگیری از این انتقادات و برای تدوین محتوای حقوق بین المللی که دادگاه‌های موقت با آن مواجه بودند، اساسنامه رم ماده ۲۱ را در نظر گرفت که به حقوق قابل اجرا پرداخته و برای نخستین بار منابع حقوق کیفری بین المللی را مدون نمود است (Triffterer and Kai Ambos, ۲۰۱۶). با توضیحات پیش گفته و توجه به پیچیدگی‌ها و ابهاماتی که در منابع (حقوق قابل اجرا) اشاره شده در اساسنامه دیوان بین المللی کیفری وجود دارد همانگونه که کرایر اشاره کرده در خصوص این مساله که آیا حقوق بین الملل عرفی می‌تواند منبع حقوق کیفری بین المللی و در نتیجه منشاء مسئولیت کیفری فردی گردد، اختلاف نظر وجود دارد (آقایی جنت مکان، ۱۳۹۰). این نوشتار به دنبال پاسخی برای روشن نمودن منزلت قواعد عرفی به عنوان یکی از دیرینه‌ترین منابع حقوقی در ماده ۲۱ اساسنامه دیوان است. به همین سبب با رویکردی توصیفی تحلیلی به اسناد مربوطه نگاهی می‌اندازیم و با بررسی ماده موصوف و سایر اسناد که به نوعی با قواعد عرفی مرتبط هستند سعی در یافتن پاسخ خواهیم داشت.

۷ منشور دادگاه نظامی بین المللی، ماده ۶ بیان داشته است که: دادگاه این اختیار را دارد که افرادی را که (...) به عنوان افراد یا اعضای سازمان مرتکب هر یک از جرایم زیر شده‌اند، محاکمه و مجازات کند. اعمال زیر [جنایت علیه صلح، جنایات جنگی و جنایات علیه بشریت] جنایاتی هستند که در صلاحیت دادگاه قرار دارند و مسئولیت فردی بر آنها مترتب است.

^۸ nullum crimen sine lege

۹ برای مثال، در پرونده تادیچ، شعبه تجدید نظر اعلام کرد که صلاحیت دادگاه‌ها محدود به مخاصمات مسلحانه بین المللی نیست بلکه به مخاصمات مسلحانه غیر بین المللی نیز تسری می‌یابد. این موضع شعبه با قرائت ابتدایی از اساسنامه ICTY در تضاد بود. شعبه سعی کرد با این استدلال که حقوق بین الملل از رویکرد دولت محور به رویکرد انسان محور قدم برداشته موضوع مورد بحث را توجیه کند.

ایده گنجاندن تعریفی از حقوق قابل اجرا در معاهده‌ی موجد یک دادگاه بین المللی به اندازه قدمت ظهور چنین دادگاه هایی است. اولین تلاش برای نظام مند کردن حقوق قابل اجرا به ماده ۷ پیش نویس کنوانسیون ۱۹۰۷ تاسیس دیوان بین المللی اخذ غنائم بازمی گردد. ۱۰ در حالی که اساسنامه دادگاههای بین المللی کیفری موقت یوگسلاوی سابق و رواندا در مورد حقوق قابل اجرا سکوت می کنند، شباهت ماده ۲۱ اساسنامه دیوان بین المللی کیفری (زین پس دیوان) و ماده ۷ پیش نویس اخیر الذکر گرچه بدون شک اتفاقی اما قابل توجه بوده و یک نوآوری مهم محسوب می شود. ۱۱ همانطور که به طور گسترده پذیرفته شده اساسنامه دیوان کیفری بین المللی شامل فهرستی جامع از منابع حقوقی است که باید توسط دیوان کیفری بین المللی به موجب ماده ۲۱ اعمال شود؛ این ویژگی ای است که این نهاد را از سایر دادگاه های کیفری بین المللی متمایز می کند. در اوایل تهیه کنندگان اساسنامه نیاز به مقررات ویژه ای در مورد حقوق قابل اجرا برای دیوان احساس کردند. پیش نویس کمیسیون حقوق بین الملل در سال ۱۹۹۴ برای اساسنامه دیوان در ماده ۳۳ تحت عنوان «حقوق قابل اجرا» منابعی که این محکمه در اتخاذ تصمیمات خود باید به آنها مراجعه کند را مورد اشاره قرار داد. ۱۲ علیرغم موضع عاقلانه ای که توسط کمیسیون اتخاذ شده بود مذاکره کنندگان به طور خودکار اصل «قانونی بودن» را که در قوانین داخلی اعمال می شود به حوزه بین المللی منتقل کردند. موضوع اصلی مورد بحث در تهیه پیش نویس ماده ۲۱ این بود که با توجه به اقتضائات اصل قانونی بودن از یک سو و اجتناب ناپذیر بودن بروز خلاء در یک قانون نو پا از سوی دیگر، تا چه حد باید به قضات دیوان بین المللی کیفری اختیارات اعطا شود. دو مکتب فکری اصلی در جلسات کمیته مقدماتی در رابطه با درجه مناسب صلاحدید قضایی در تشخیص حقوق قابل اجرا مطرح شد. تعدادی از دولت ها این موضع را اتخاذ کردند که اصل قانونی بودن ایجاب می کند که صلاحدید قضایی به شدت در زمینه حقوق کیفری محدود شود؛ با توجه به این دیدگاه، هرگونه شبهه در مورد ماده قانونی مربوطه باید با اعمال مستقیم قانون مناسب ملی حل شود. از سوی دیگر، موضع سایر دول به دنبال سازگاری با

۱۰ هرگاه قضیه حقوقی مورد حل و فصل در ضمن موافقت نامه ای پیش بینی شده باشد- که هم چنان در روابط میان متخاصم دستگیرکننده و دولت طرف دعوا که رأساً و یا به نام یکی از اتباع خود طرف دعوا واقع شده باشد به قوت خود باقی و معتبر باشد- دیوان موظف است در چنین حالتی بر طبق قواعد و مقررات موافقت نامه موجود اقدام و رسیدگی کند. هرگاه چنین مقرراتی موجود نباشد، دیوان قواعد حقوق بین الملل را به موقع اجرا خواهد گذاشت و در صورتی که باز چنین قواعدی که به طور عموم به رسمیت شناخته شده وجود نداشته باشد، دیوان بر حسب اصول عمومی عدل و انصاف رسیدگی و حکم خواهد کرد.

۱۱ اساسنامه رم یک سند مکتوب غیرقابل عطف به ماسبق است با این هدف است که به عنوان یک قانون کیفری و آیین دادرسی عمل کند. به این ترتیب، نقش منابع داخلی و خارجی حقوق نزد دیوان بین المللی کیفری متفاوت از دادگاه های موقتی است.

۱۲ در پیش نویس اساسنامه مصوب ۱۹۹۳، کمیسیون این ماده را در قسمت مربوط به صلاحیت قرار داده بود. برخلاف ماده ۲۱ اساسنامه، به نظر نمی رسد که پیش نویس اساسنامه ILC سلسله مراتبی را بین منابع مختلف حقوق، به تبعیت از ماده ۳۸ اساسنامه ICJ (که شامل فهرستی از منابع حقوق بین الملل بدون رعایت سلسله مراتب است) ایجاد کرده باشد.

ماهیت منحصر به فرد نظم حقوقی بین‌المللی از طریق صدور تجویزی برای قضات برای شناسایی و اعمال اصول کلی حقوق بین‌الملل کیفری بود. اینگونه بیان می‌شود که تهیه کنندگان اساسنامه با تسلیم شدن در برابر دیکته های دولت ایالات متحده آمریکا، با اعتماد نکردن به قضات در تفسیر و اعمال قوانین بین‌المللی، حقوق بین‌الملل را محدود کرده و به این ترتیب شانس تبدیل دیوان به ابزاری کارآمد در مبارزه با جنایاتی که قرار است سرکوب شود، یعنی: «جدی‌ترین جنایات مورد توجه جامعه بین‌الملل» تضعیف شد. همانطور که دیوید هانت خاطر نشان نموده، اساسنامه رم بیان کننده عدم اعتماد فوق العاده به قضات دیوان (Hunt, 2004) و به معنای ایجاد اطمینان رویه ای برای طرفین و شرکت کنندگان و محدود کردن اختیارات قضایی است (Blattmann, 2011). با این حال با تأسیس دیوان برخی از عرف های بین‌المللی در قالب کنفرانس رم تدوین شدند و برخی از آنها به دلیل اختلافات سیاسی تدوین نشدند (نژندی منش و راعی دهقی، ۱۳۹۷).

متن ماده ۲۱ اساسنامه دیوان بین شرح است:

۱. دیوان اجرا خواهد کرد:

الف) در وهله نخست اساسنامه، عناصر تشکیل دهنده جرائم و آیین دادرسی و ادله آن (ب) در وهله دوم، بر حسب اقتضاء، معاهدات قابل اجرا و اصول و قواعد حقوق بین‌الملل، از جمله اصول مسلم حقوق بین‌الملل مخاصمات مسلحانه (ج) در غیر این صورت، اصول کلی حقوقی که توسط دیوان از قوانین ملی نظام‌های حقوقی جهان، از جمله قوانین ملی کشورهایی که معمولاً صلاحیت خود در رسیدگی به جرم را اعمال می‌کنند، مشروط بر اینکه این اصول مغایر با این اساسنامه و با حقوق بین‌الملل و قواعد و استانداردهای شناخته شده بین‌المللی نباشند.

۲. دیوان می‌تواند اصول و قواعد حقوقی را همانطور که در تصمیمات قبلی خود تفسیر نموده اعمال کند.

۳. اعمال و تفسیر حقوقی که در این ماده پیش بینی شده باید با حقوق بشر شناخته شده بین‌المللی مطابقت داشته باشد و بایستی بدون هیچ گونه تبعیض در زمینه هایی مانند جنسیت چنان که در بند ۳ ماده ۷ تعریف شده، سن، نژاد، رنگ، زبان، مذهب یا اعتقاد، عقاید سیاسی یا سایر عقاید، خاستگاه ملی، قومی یا اجتماعی، ثروت، تولد یا موقعیت های دیگر باشد.

این ماده به نوعی بیانگر مصالحه ای بین دو دیدگاه مار الذکر است: هنگامی که همه منابع با شکست مواجه می‌شوند، دیوان باید اصول عمومی ناشی از قوانین ملی را اعمال کند، از جمله آنکه به تشخیص دیوان، قوانین دولت هایی که معمولاً صلاحیت رسیدگی به جرم را اعمال می‌کنند ملاک نظر قرار گیرد. این ماده هم منابع اختصاصی (ماده ۲۱ الف) و ۲۱ ب) و هم منابع عمومی (ماده ۲۱ ا) (ب) - (ج)) دیوان را مورد توجه قرار داده که در واقع هدف، اصلاح حقوق قابل اجرا به منظور تطابق بیشتر با زمینه حقوق کیفری بود که مشغله دیوان را در بر می‌گرفت. گنجاندن منابع عمومی در ماده ۲۱ نشان می‌دهد که روابط پیچیده بین منابع حقوق بین‌المللی نیز بخشی از سیستم حقوق قابل اجرا حقوق بین‌الملل کیفری است. در این رابطه، کرایر خاطر نشان کرده است که «ارتباط متقابل منابع، پیچیده‌تر از سلسله مراتب ظاهراً سفت و سخت ماده ۲۱ است». (کرایر، ۲۰۰۹، صص ۳۹۳-۳۹۴). همانگونه که ملاحظه می‌شود ماده ۲۱ صراحتی درباره توسل به وسایل مشخص به منظور استدلال حقوقی نزد دیوان ندارد. به عنوان مثال، این ماده درباره جایگاه حقوقی مکتوبات صاحب نظران واجد شرایط (دکترین)، پیش نویس ها و اسناد مصوب سازمان‌های بین‌المللی نظیر قطعنامه‌های مجمع عمومی سازمان ملل متحد سکوت اختیار کرده است.

۱.۲. حقوق بین الملل عرفی، حقوق قابل اجرا در دیوان؟

ساختار منابعی که در اساسنامه به آن اشاره شده بسیار پیچیده، گاه نامشخص و ترتیب تقدم بین مقررات مختلف نیز به همان اندازه مبهم بوده و روشن است که هر چقدر هم اساسنامه با دقت تنظیم شده باشد، هرگز نمی تواند تک تک مشکلاتی که ممکن است پیش بیاید را حل کند. بنابراین می توان پیش بینی کرد که قضات متن را به گونه ای تفسیر می کنند که دست کم اختیارات ذاتی که همه محاکم از آن برخوردارند و تهیه کنندگان اساسنامه به وضوح می خواستند از آنها سلب کنند، بازیابی کنند (Commentary, ۲۰۰۲). با این حال اکثر تصمیمات شعب پیش دادرسی، دادرسی و تجدیدنظر دیوان اذعان کرده اند که عبارات ماده ۲۱ رویکرد سلسله مراتبی را برای اعمال حقوق قابل اجرا الزامی می کند. این رویکرد سختگیرانه در بیشتر تصمیمات دیوان بین المللی کیفری از همان روزهای اولیه وجود داشته است. یکی از اولین تصمیماتی که برای بررسی تأثیر عبارت معیارهای اول در ماده ۲۱ مورد بررسی قرار گرفت، پرونده وضعیت جمهوری دموکراتیک کنگو، در مورد درخواست دادستان برای بررسی فوق العاده بود. ۱۳ مسئله این بود که آیا اساسنامه رم تمام مقررات مربوط به تجدید نظرخواهی را در ساختار قانونگذاری خود گنجانده یا اینکه خلأهایی وجود دارد که اجازه استفاده از سایر جنبه های ماده ۲۱ را می دهد. دیوان به معنای واضح متن اساسنامه در مورد موضوع مورد نظر اشاره کرد و به این نتیجه رسید که عبارات روشن و قطعی است و جایی برای بررسی سایر حقوق احتمالی تجدیدنظر باقی نمی گذارد. با این حال، در موارد معدودی، قضات شعب پیش مقدماتی و مقدماتی، فراتر از رویکرد سلسله مراتب مندرج در ماده ۲۱، به آراء دادگاه های بین المللی موقت اشاره داشته اند. ۱۴ رابرت کرایر خاطر نشان کرده است که مواردی وجود دارد که دیوان از پابندی دقیق به الزام سلسله مراتبی مندرج در ماده ۲۱ منحرف شده و نه تنها به رویه قضایی دادگاه های بین المللی موقت و تصمیمات دیوان بین المللی دادگستری اشاره کرده، بلکه به نوشته های آکادمیک نیز توجهاتی داشته است (Cryer, ۲۰۰۹). آنچه مشخص است این ماده بر شمارش و رتبه بندی منابع حقوق قابل اجرا تمرکز دارد، نه بر توضیح چگونگی شناسایی آنها (به ویژه در ارتباط با منابع غیر مکتوب حقوقی) یا تفسیر (به ویژه در ارتباط با منابع مکتوب حقوقی).

عبارت «در وهله دوم» تأکید می کند که معاهدات قابل اجرا و اصول و قواعد حقوق بین الملل در نظام حقوقی دیوان کیفری بین المللی، منابع حقوقی هستند که به صورت سلسله مراتبی کمتر از موارد ذکر شده در بند الف ماده ۲۱ قرار دارند. شعبه دوم مقدماتی دیوان در قضیه اوگاندا ۱۵ به سلسله مراتب منابع تصریح کرده و رویه قضایی دادگاه های ویژه را الزام آور ندانسته است. ۱۶ (Schabas, ۲۰۱۰) این دیدگاه با این واقعیت همخوانی دارد که اساسنامه رم یک نظام مستقل با قواعد ماهوی و رویه ای خاص خود را ایجاد کرده که دارای اهداف و مقاصد مشخصی است ۱۷.

^{۱۲} Case No. ICC-۰۱-۰۴-۱۶۸, Judgment on the Prosecutor's Application for Extraordinary Review, ¶¶ ۳۳-۳۴ (July ۱۳, ۲۰۰۶), https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR۲۰۰۶_۰۱۸۰۶.PDF [<https://perma.cc/۵۳JY-F۹LQ>].

^{۱۴} Prosecutor v. Dyilo, Case No. ICC۰۱/۰۴-۰۱/۰۶-۲۷۰۵, Decision on the Defence Request to Reconsider the "Order on Numbering of Evidence" of ۱۲ May ۲۰۱۰, ¶¶ ۱۶-۱۷ (Mar. ۳۰, ۲۰۱۱), https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR۲۰۱۱_۰۳۰۲۶.PDF

^{۱۵} ICC-۰۲/۰۴-۰۱/۰۵, ۲۰۰۵, para. ۱۹.

^{۱۶} W.A. Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, ۲۰۱۰, p. ۱۹۶.

^{۱۷} ICC-۰۲/۰۵-۰۱/۰۹ Date: ۹ June ۲۰۱۸ THE APPEALS CHAMBER SITUATION IN DARFUR, SUDAN IN THE CASE OF THE PROSECUTOR v. OMAR HASSAN AHMAD AL-BASHIR, para ۵.

با نگاهی به ماده ۲۱ (۱) (الف) و (ب) اساسنامه در می‌یابیم که حقوق بین‌الملل عرفی جایگاهی در این منابع نداشته و نه تنها منبع اولیه، بلکه ثانویه حقوق قابل اجرا برای دیوان کیفری بین‌المللی نیست و در متن اساسنامه نقشی کم‌رنگ داشته و احتساب آن به‌عنوان منبع حقوق بین‌الملل کیفری نیز نظرات متعارضی را به همراه دارد؛ چرا که قواعد ناشی از آن، نانوشته و برخی از آنها کاملاً مبهم هستند و به نظر می‌رسد که این ویژگی‌ها با اصل قانونی بودن که مستلزم مشخص بودن و قطعیت است، به‌ویژه در نظام‌های حقوقی مدنی ناسازگار است.

شعبه پیش‌دادرسی دیوان با استدلال متهم در وضعیت کنیا که در آن به رویه قضائی دادگاه بین‌المللی یوگسلاوی سابق و همچنین دادگاه ویژه لبنان در خصوص مسئولیت استناد کرده بود با اشاره ماده ۲۱ اساسنامه بیان کرد که رویه قضایی دیگر محاکم بین‌المللی موقتی یا ترکیبی، اصولاً حقوق قابل اجرا در دیوان نیست و فقط می‌توان به عنوان نوعی مرجع متقاعدکننده به آن متوسل شد، مگر اینکه نشان‌دهنده یک اصل یا قاعده حقوق بین‌الملل باشد. با این حال حتی در این صورت نیز اعمال یک قاعده حقوق بین‌الملل عرفی فقط «بر حسب اقتضاء» کاربرد آن را محدود به مواردی می‌کند که در اساسنامه و سایر منابع ذکر شده در ماده ۲۱ (۱) (الف) خللی وجود دارد. به عبارت دیگر، شعبه نباید به اعمال بند (ب) ماده ۲۱ متوسل شود، مگر اینکه در بند (الف) پاسخی نیافته باشد. ۱۸ این موضوع توسط شعبه مقدماتی در پرونده البشیر در خصوص قواعد عرفی و اصول کلی حقوقی نیز بیان شد که مقرر داشت تنها زمانی قابلیت اعمال دارند که دو شرط زیر برآورده شود: (۱) در نص مندرج در اساسنامه، عناصر جرائم و قواعد خللی وجود داشته باشد. و (۲) چنین خلأهایی را نمی‌توان با اعمال معیارهای پیش‌بینی شده در مواد ۳۱ و ۳۲ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات و ماده ۲۱ (۳) اساسنامه پر کرد. دیوان در رابطه با شیوه‌های مسئولیت دریافت که از آنجایی که اساسنامه به طور مفصل شیوه‌های مسئولیت قابل اعمال را ارائه نموده نیازی به بررسی این موارد تحت حقوق بین‌الملل عرفی و پذیرش یا عدم پذیرش آن نیست. چنین الزامی به دلیل عبارت «در وهله دوم» در ماده ۲۱ اساسنامه است که دلالت بر نقش فرعی منابعی غیر از خود اساسنامه دارد که به نوعی به شکل غیرمستقیم نقش پرکننده خلأهای موجود توسط عرف در دیوان را تأیید می‌کند. در تمامی این شرایط، دیوان نیاز به بررسی وجود و محتوای قواعد عرفی در حقوق کیفری بین‌المللی دارد. ۱۹. بنابراین حقوق بین‌الملل عرفی همچنان در چارچوب اساسنامه دیوان به ایفای نقش خود ادامه می‌دهد. ۲۰ (Tan, ۲۰۲۱)

اما یکی دیگر از بندهای مهم ماده ۲۱ اساسنامه جایی است که به حقوق بشر شناخته شده بین‌المللی در بند ۳ اشاره می‌شود. لینا گروور بیان نموده که این ماده یک اصل تفسیری «پیش‌زمینه» است که در تفسیر جرایم و سایر بخش‌های اساسنامه قابل اعمال است. به استناد همین بند، دیوان می‌تواند برای مثال، در صورتی که موضوعی را مغایر با استانداردهای مندرج در بند ۳ تشخیص دهد، از اعمال یکی از عناصر جرایم یا یک قواعد آیین دادرسی و ادله خودداری کند. (Triffterer and Kai Ambos, ۹۴۸) بنابراین، این بند یکی از مهم‌ترین مقررات اساسنامه رم است. گیلبرت بیٹی استدلال می‌کند که اثر این ماده این است که حقوق بشر شناخته شده بین‌المللی را به منبع حقوقی دیگری برای دیوان تبدیل می‌کند. (Stahn, ۲۰۱۵) رویه قضائی و نظرات قضات

^{۱۸} ICC-۰۱/۰۹-۰۱/۱۱ Date: ۲۳ January ۲۰۱۲ SITUATION IN THE REPUBLIC OF KENYA IN THE CASE OF THE PROSECUTOR V. WILLIAM SAMOEI RUTO, HENRY KIPRONO KOSGEY AND JOSHUA ARAP SANG

^{۱۹} The Prosecutor v Al Bashir (Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ptc i) icc-۰۲/۰۵-۰۱/۰۹-۳ (۴ March ۲۰۰۹), para ۱۲۶.

^{۲۰} The Rome Statute as Evidence of Customary International Law by Yudan Tan p ۸. ۲۰۲۱.

دیوان به حقوق متهمان و شهود و ارتباط بین بند ۳ ماده ۲۱ و حقوق بین الملل عرفی اشاره داشته است. قاضی پیکیس ۲۱ در نظریه جداگانه خود در وضعیت جمهوری دموکراتیک کنگو در پرونده دادستان علیه توماس لوبانگا دیلو بیان نمود که بند ۳ ماده ۲۱ اساسنامه، دیوان را ملزم می کند که حقوق قابل اجرا بر اساس اساسنامه را به گونه ای مطابق با «حقوق بشر شناخته شده بین المللی» اعمال و تفسیر کند. "به رسمیت شناخته شده بین المللی" ممکن است آن دسته از حقوق بشری تلقی شوند که توسط حقوق بین الملل عرفی و معاهدات و کنوانسیون های بین المللی به رسمیت شناخته شده اند؛ حق دادرسی عادلانه متعلق به این دسته از حقوق است و گنجاندن آن در اسناد بین المللی نشان دهنده موافقت همه جانبه با ظهور آن به عنوان یک اصل حقوق بین الملل عرفی است. ۲۲. همچنین شعبه دیوان در تصمیم خود در وضعیت جمهوری دموکراتیک کنگو و در خصوص بازگرداندن شهود، با اتصال بند ۳ ماده ۲۱ به بند ۷ ماده ۹۳ اساسنامه دیوان، عدم بازگرداندن پناهندگان ۲۳ را یک اصل در حقوق بین الملل عرفی قلمداد می کند و علیرغم تعهد اساسنامه ای خود مبنی بر لزوم بازگشت فوری شهود، اجرای این تعهد را با توجه به درخواست پناهندگی شاهدان به حالت تعلیق درمی آورد. ۲۴. دیوان بین المللی کیفری می تواند به حقوق بین الملل عرفی به عنوان منبع ثانویه برای پر کردن شکاف های قابل اجرا در اساسنامه رم متوسل شود (Degan, ۲۰۰۵).

۳. انطباق ماده ۲۱ اساسنامه دیوان و ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری

تا بدین جا مشخص شد ادبیات موجود در مورد اینکه آیا قواعد عرفی بخشی از حقوق قابل اجرا بر اساس ماده ۲۱ است یا خیر دارای موافقان و مخالفانی است. برخی از نویسندگان بر این باورند که از آنجایی که حقوق بین الملل کیفری بخشی از حقوق بین الملل عمومی است عرف بالطبع منبعی برای حقوق بین الملل کیفری نیز خواهد بود. برخی دیگر معتقدند، حتی اگر اشاره صریحی به عرف وجود نداشته باشد، صورت بندی گسترده ماده ۲۱ عرف را در حیطه «اصول و قواعد حقوق بین الملل» قرار می دهد. بسینوی و شاباس بیان می کنند که اصطلاح «اصول» به «اصول کلی حقوق بین الملل» مصرح در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری اطلاق می شود، اگرچه در آن ماده، اصول کلی از حقوق بین الملل عرفی پیروی می کند و اصطلاح «قواعد حقوق بین الملل» نیز به حقوق بین الملل عرفی اشاره دارد که در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری تصریح شده گرچه در آن ماده مقدم بر اصول کلی است. (Bassiouni and Schabas, ۲۰۱۶) آن پله در دیدگاه خود تأکید می کند که عبارت اصول و قواعد حقوق بین الملل «به طور انحصاری به حقوق بین الملل عرفی اشاره دارد...» (Pellet, ۲۰۱۸) ولادیمیر دژان نیز بر این عقیده است که به حقوق بین الملل عرفی اشاره دارد. (Degan, ۲۰۰۵) گودرون هوچمایر، با استفاده از رویکردی تحلیلی تر، به این نتیجه می رسد که «... بند (ب)

Georghios M. Pikis ۲۱

Date: ۱۲ September ۲۰۰۶ ICC-۰۱/۰۴-۰۱/۰۶۲۲

Non-refoulement ۲۳

۲۴ در این خصوص ببینید :

۹ June ۲۰۱۱ Decision, para. ۶۷; UN High Commissioner for Refugees, "Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the ۱۹۵۱ Convention relating to the Status of Refugees and its ۱۹۶۷ Protocol", ۲۶ January ۲۰۰۷, paras. ۱۴-۱۶.

ماده ۲۱ (۱) اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی حقوق بین‌الملل عرفی را در بر می‌گیرد، اما اصول کلی حقوق را در بر نمی‌گیرد (Hochmayr, ۲۰۱۴). به بیان قاضی اسوجی منابع سنتی پذیرفته شده حقوق بین‌الملل، همانطور که در بند ۱ ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری بیان شده است، علاوه بر مفاد ماده ۲۱ اساسنامه دیوان همچنان در حوزه فعالیت دیوان بین‌المللی کیفری قابل اعمال هستند؛ به این معنا که به منظور پر کردن شکاف‌ها و تهییج توسعه، هنجارهای اساسنامه رم به روی تأثیرات تکمیلی سایر منابع حقوق بین‌الملل همچون حقوق بین‌المللی عرفی؛ اصول کلی حقوق که به طور گسترده توسط دولت‌ها به رسمیت شناخته شده است؛ تصمیمات قضایی و عقاید برجسته‌ترین صاحب‌نظران به عنوان منابع ثانویه باز می‌ماند؛ به دیگر سخن، هر یک از این منابع، مطابق با جایگاه خود، اصول حقوق بین‌الملل را به طور معتبر وارد نظام حقوقی اساسنامه رم می‌کنند. ۲۵ با این وجود تطبیق ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری و ماده ۲۱ اساسنامه رم چالش برانگیز است. هر دوی این مواد، اصول کلی حقوقی را به عنوان منبع جداگانه ای می‌شناسند، بنابراین ادغام بند ج ۱ ماده ۳۸ و بند ج ۱ ماده ۲۱ فایده ای ندارد مضافاً اینکه، ادغام ممکن است پذیرش جهانی هر دو را مختل نماید.

کلمه "در غیر این صورت" در ماده ۲۱(۱)ج) اساسنامه ای واقعیت را روشن می‌کند که تنها زمانی به اصول کلی اشاره می‌شود که اساسنامه و سایر معاهدات یا قواعد حقوق بین‌الملل ساکت باشند که گواهی بر شباهت بین این دو ماده است با این حال نباید از تفاوت اساسی موجود غافل بود. در زمان تاسیس دیوان بین‌المللی دادگستری، معاهدات و قواعد عرفی در واقع بر روابط بین دولت‌ها حاکم بوده که معمولاً برای حل و فصل اختلافات مطرح شده کافی می‌بوده، حتی زمانی که این قوانین مبتنی بر رضایت نبوده اند. اما وضعیت در خصوص دیوان بین‌المللی کیفری و موارد مبتلا به متفاوت است چرا که تعهدات و قواعد عرفی مرتبط با مجازات مجرمان در حقوق بین‌الملل به دلیل قلت عددی اساسنامه‌ها یا رویه قضایی دادگاه‌های بین‌المللی موقت که در نتیجه تعارضات و به واسطه معاهدات چند جانبه در مورد مجازات مجرمان در حوزه داخلی - و نه بین‌المللی - در حقوق بین‌الملل ایجاد شده اند آنچنان در دسترس نیست (Simma and A. Paulus, ۲۰۰۰).

دلیل دیگر استفاده از واژه‌های «اصول» و «قواعد» این است که در حقوق کیفری، جرم عموماً با مشارکت دولت یا تأیید ضمنی آنها انجام می‌شود، بنابراین تعقیب آنها برای محاکم داخلی دشوار است. بدین سبب ماهیت جنایات بین‌المللی، کشف رویه دولتی مورد نیاز برای قوانین عرفی را دشوار می‌سازد. برای اجتناب از این مشکل، دولت‌های عضو ممکن است از اصطلاح «اصول و قواعد حقوق بین‌الملل» استفاده کرده باشند. آکهورست معتقد بود که اصول کلی حقوق بین‌الملل، اصول گسترده تری از حقوق بین‌الملل، از جمله عرف و اصول کلی حقوق هستند.

۴. مواجهه حقوق بین‌الملل عرفی با اصل قانونی بودن

^{۲۰} Dissenting Opinion of Judge Eboe-Osui Decision on the Prosecution's motion for reconsideration of the decision excusing Mr Kenyatta from continuous presence at trial ICC-۰۱/۰۹-۰۲/۱۱-۸۶۳ ۲۶ November ۲۰۱۳

غیر از ماده ۲۱، مقررات دیگری نیز وجود دارد که اعمال محدود یا عدم اجرای عرف را پیشنهاد می‌کند. ماده ۲۲ اشاره به اصل قانونی بودن جرایم ۲۶ و ماده ۲۳ اساسنامه اشاره به اصل قانونی بودن مجازات ۲۷ دارد. این اصول، اجزاء اساسی هر سیستم عدالت کیفری هستند که در نظر دارد مطابق با حاکمیت قانون قدم بر دارد. ۲۸ (Ambos, ۲۰۱۳)

ماده ۲۲ هسته اصلی منع عطف به ماسبق در حقوق کیفری و همچنین دو نتیجه اصلی این ممنوعیت، یعنی قاعده تفسیر مضیق و تفسیر به نفع متهم را شامل می‌شود. پرونده هایی از دادگاه های موقت نیز به ممنوعیت عطف به ماسبق اشاره داشته اند. ۲۹ (Prosecutor v Semanza, ۲۰۰۳) در پرونده اریچ، قاضی لیو در ارجاع به اساسنامه رم تردید داشت چرا که پس از اساسنامه دادگاه های بین المللی کیفری موقت به تصویب رسیده بود. همانطور که او اشاره می‌کند، از آنجایی که حقوق بین الملل عرفی باید از تاریخ ارتکاب جرایم ارزیابی شود، این واقعیت که این متون پس از این تاریخها به تصویب رسیده اند وزن و سودمندی آنها را به عنوان منابع حقوق بین الملل عرفی در زمان ارتکاب جرایم محدود می‌کند. ۳۰ اصل قانونی بودن مستلزم آن است که تعقیب و مجازات بر اساس حکم صریح قانون لازم الاجرا در زمان وقوع جرم باشد. بند ۱ ماده ۲۲ مقرر می‌دارد: «شخص طبق این اساسنامه مسئولیت کیفری نخواهد داشت، مگر اینکه رفتار مورد بحث در زمان وقوع، جرمی در صلاحیت دیوان باشد». استفاده از اصطلاح "جرم در صلاحیت دیوان"، دیوان را از تعقیب آن جنایاتی که صرفاً مبتنی بر حقوق بین الملل عرفی است نهی می‌کند. این اصل همچنین ایجاب می‌کند که جرایم در صلاحیت دیوان با وضوح، دقت و مشخصه تعریف شوند.

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

۵. نتیجه گیری

عرف نقش بسزایی در توسعه حقوق کیفری بین المللی ایفا کرده و پیش از دیوان کیفری بین المللی، دادگاه‌های موقت از عرف استفاده و آن را تدوین می‌کردند، چرا که شکاف‌های زیادی میان حقوق بین الملل بشردوستانه و حقوق بین الملل کیفری وجود داشت. دادگاه‌ها به دلیل تدوین عرف و محتوای حقوق بین الملل بر اساس نیاز خود مورد انتقاد قرار گرفتند. این موضوع تهیه کنندگان اساسنامه را بر آن داشت تا با آگاهی از همین

^{۲۶} nullum crimen sine lege

^{۲۷} nulla poena sine lege

^{۲۸} در همین خصوص ماده ۱۵ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی مقرر داشته است که ۱. هیچ کس به علت فعل یا ترک فعلی که در موقع ارتکاب بر طبق قوانین ملی یا بین المللی جرم نبوده محکوم نمی‌شود و همچنین هیچ مجازاتی شدیدتر از آنچه در زمان ارتکاب جرم قابل اعمال بوده تعیین نخواهد شد هرگاه پس از ارتکاب جرم قانون مجازات خفیف‌تری برای آن مقرر دارد مرتکب از آن استفاده خواهد نمود. ۲. هیچ یک از مقررات این ماده با دادرسی و محکوم کردن هر شخصی که به علت فعل یا ترک فعلی که در زمان ارتکاب بر طبق اصول کلی حقوق شناخته شده در جامعه ملت‌ها مجرم بوده منافات نخواهد داشت.

^{۲۹} The Prosecutor v Semanza (Judgement) ICTR-۹۷-۲۰-T (۱۵ May ۲۰۰۳) paras ۳۴۲-۴۳.

^{۳۰} Orić Appeal Judgement (n ۱۱۷), Partially Dissenting Opinion of Judge Liu Daqun para ۲۶

انتقادات، پس از کش و قوس‌ها و مباحث متعدد ماده ۲۱ را که در خصوص حقوق قابل اجرا دیوان را ملزم به تبعیت از بهرمندی از منابع به شکل سلسله مراتبی می‌کند در اساسنامه درج کنند. آنها به جای عرف از اصطلاح «اصول و قواعد حقوق بین الملل» استفاده کرده اند که ممکن است متضمن آن اصول خاص حقوق بین الملل یا حتی حقوق عرفی باشد. رویه دیوان صریحاً به عرف به عنوان منبع اشاره نکرده با این حال از سوی نمایندگان قانونی قربانیان، نظرات جداگانه قضات و سایر اسناد مربوطه مکرراً حقوق بین الملل عرفی مورد توجه و استناد واقع شده است. دلیل اصلی عدم ذکر صریح آن می‌تواند مقتضیات اصل قانونی بودن باشد با این حال نماینده قانونی قربانیان در پرونده کنیاتا، توسل متهم به اصل قانونی بودن را نا بجا می‌شمارد چرا که اکثریت به درستی با "سیاست سازمانی" مطابق با ماده ۷ اساسنامه و حقوق بین الملل عرفی برخورد کرده اند. ۳۱ علی‌رغم آنکه ماهیت و نحوه تنظیم قواعد عرفی در تقابل با این اصل قرارداد اما این مسئله باعث نشده تا حقوق بین الملل عرفی از دیدگان به طور کلی دور بماند چرا که اساسنامه فضای کافی را ایجاد نموده تا این قواعد به عنوان منبع در برخی شرایط و بزنگاه‌ها به ایفای نقش پردازند.

منابع

- ۱- آقای جنت مکان، حسین. مفهوم حقوق قابل اجرا در اساسنامه دیوان کیفری بین المللی، ص ۱۳، مجله مطالعات حقوقی، دوره سوم، شماره دوم، پاییز و زمستان ۱۳۹۰، ویژه نامه حقوق جزا و جرم‌شناسی.
- ۲- زر نشان، شهرام، شکل‌گیری و شناسایی حقوق بین الملل عرفی، انتشارات گنج دانش، تهران، چاپ دوم، ۱۳۹۳، بند یک مقدمه.
- ۳- نژدی منش، هیبت الله، راعی دهقی، هاجر. (۱۳۹۷). رابطه میان عرف موخر و معاهده در چارچوب ماده ۱۰ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی. پژوهش حقوق عمومی، ۱۹(۵۸)، ۱۳۷-۱۶۳. doi: ۱۰.۲۲۰۵۴/qjpl.۲۰۱۷.۱۵۵۷۴.۱۳۷۰

- ۱- M. Cherif Bassiouni, *The History of Universal Jurisdiction and Its Place in International Law*, in UNIVERSAL JURISDICTION: NATIONAL COURTS AND THE PROSECUTION OF SERIOUS CRIMES UNDER INTERNATIONAL LAW ۳۹، ۴۴ (Stephen Macedo ed., ۲۰۰۴)
- ۲- M. Shaw, *International Law* (۸th edn, cup ۲۰۱۷) ۲۸۶-۸۸.
- ۳- Robert Jennings and Arthur Watts (eds), *Oppenheim's International Law: A Treatise* (Oxford. University Press, ۹th ed, ۱۹۹۶) vol ۱ ('Oppenheim ۹th ed').
- ۴- UNGA 'Text of the draft conclusions on identification of customary international law' in 'Report of the International Law Commission' UN GAOR ۷۳rd session Supp No ۱۰, UN Doc A/۷۳/۱۰ (Advance) (۲۰۱۸) para ۶۵, Conclusion ۲

- ۵- William A Schabas, 'Customary Law or Judge-Made Law: Judicial Creativity at the UN Criminal Tribunals' in José Doria and others (eds), *The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko* (۱۹۳۰-۲۰۰۰) (Brill ۲۰۰۹) ۷۷-۱۰۱.
- ۶- *Treatise on International Criminal Law* [Vol. ۱] Foundations and General Part-Oxford University Press (۲۰۱۳), Kai Ambos p ۸۸
- ۷- B. Simma and A. Paulus, 'Le role relatif des differentes sources du droit international penal: dont les principes généraux de droit', in H. Ascensio, E. Decaux and A. Pellet, eds., *Droit international penal* (Paris, Centre de droit international de University ۲۰۰۰) pp. ۵۵ et seq.
- ۸- Pellet, *Applicable Law*, at ۱۰۷۱. In his ۲۰۱۸ update to the original ۲۰۰۱ article, Pellet uses the same phrasing. Pellet, *Applicable Law*, supra note ۱۱۵, at ۲۴۰.
- Bassiouni, M. C., & Schabas, W. A. (Eds.). (۰۵ Oct. ۲۰۱۶). *The Legislative History of the International Criminal Court* (۲ vols.). Leiden, The Netherlands: Brill | Nijhoff.
doi: <https://doi.org/10.1163/9789004322097>
- ۹- Carsten Stahn, *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford University Press, ۲۰۱۵.
- ۱۰- W.A. Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, ۲۰۱۰, p. ۱۹۶.
- ۱۱- Cassese, Antonio, *International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, ۲۰۰۳) at ۱۹.
- ۱۲- Henkin, Louis, 'Human Rights and State "Sovereignty"', ۲۵ *Journal of International and Comparative Law* (۱۹۹۵) ۳۱, at ۳۶
- ۱۳- R. Gallmetzer, M. Klamberg, *Individual responsibility for crimes under international law; The UN ad hoc Tribunals and the International Criminal Court*. The Summer School on International Criminal Law, ۲۰۰۵, available at <http://ssrn.com/abstract=۱۵۷۶۰۲۴>, ۱۴, ۰۱, ۲۰۱۲.
- ۱۴- David Hunt, *The International Criminal Court: High Hopes, "Creative Ambiguity" and an Unfortunate Mistrust in International Judges*, ۲ *J. Int'l Crim. Just.* ۵۶ (۲۰۰۴).
- ۱۵- Otto Triffterer and Kai Ambos (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (۳rd edn .p ۹۳۵.
- ۱۶- *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Oxford: Oxford University Press ۲۰۰۲) ۱۰۵۱- ۸۴.
- ۱۷- *Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993)*, available at http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_re%20%201993_en.pdf, ۱۲, ۰۱, ۲۰۱۲
- ۱۸- Separate Opinion of Judge René Blattmann to the Decision on the Defence Request to Reconsider the

'Order on Numbering of Evidence' of ۱۲ May ۲۰۱۰, ubanga, Situation in the Democratic ReAublic of the Congo, ICC-۰۱/۰۴-۰۱/۰۶-۲۷۰۷, TC I, ICC, ۳۰ March ۲۰۱۱.

- ۱۹- B. Simma and A. Paulus, 'Le role relatif des differentes sources du droit international penal: dont les principes g'nfraux de droit', in H. Ascensio, E. Decaux and A. Pellet, eds., *Droit international penal* (Paris, Centre de droit international de University ۲۰۰۰) pp. ۵۵ et seq.
- ۲۰- Treatise on International Criminal Law [Vol. ۱] Foundations and General Part-Oxford University Press (۲۰۱۳), Kai Ambos p ۸۸
- ۲۱- Vladimir-Djuro Degan, On the Sources of International Criminal Law, ۴ CHINESE J. INT'L L. ۴۵, ۵۰ (۲۰۰۵)