

مفهوم عرفی مخاصمه مسلحانه غیربین‌المللی
در رویه قضایی محاکم بین‌المللی کیفری
با تأکید بر آرای دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق

رضا اسلامی*
علیرضا کاظمی ابدی**

تاریخ پذیرش: ۹۵/۳/۲۰

تاریخ دریافت: ۹۴/۹/۱

چکیده:

دادگاه بین‌المللی کیفری در قضیه مشهور تادیچ، در سال ۱۹۹۵، مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی را برای یوگسلاوی سابق در چارچوب ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه ۱۹۴۹ تعریف کرد. این تعریف از آن زمان تا کنون، به دفعات، در قضایای مختلف، در نزد دادگاه مذکور و همچنین دادگاه بین‌المللی کیفری رواندا، دیوان ویژه سیرالئون و اخیراً دیوان بین‌المللی کیفری، مورد استفاده و استناد قرار گرفته است. تعریف تادیچ دیگر محدود به ماده ۳ مشترک نیست و با تصویب ماده ۸ اساسنامه رم، قلمرو اجرای مفاد عرفی پروتکل دوم الحاقی به کنوانسیون‌های چهارگانه را نیز مشخص می‌کند. مقاله حاضر ضمن بررسی تحلیلی تعریف فوق، آن را با مفاد مربوطه در معاهدات بین‌المللی مقایسه می‌کند و نهایتاً نشان می‌دهد که تعریف تادیچ حداقل از دو نظر با عرف حقوق بین‌الملل بشردوستانه رابطه دارد: (۱) بخشی از تعریف، فی الواقع، عرف زمان خود را تدوین قضایی کرده است و (۲) قسمتی از تعریف، که منعکس کننده حقوق بین‌الملل عرفی نبوده، نیز با تحت تأثیر قرار دادن عملکرد آتی دولت‌ها و رویه‌های قضایی، عرف جدیدی را به وجود آورده است. در وجه اخیر، تعریف تادیچ قلمرو اجرای مفاد عرفی

* دانشیار دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسؤل).

some1@yahoo.com

** دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل عمومی.

alirezakazemi@yahoo.com

پروتکل دوم را تغییر داده و آن را از معیارهای سختگیرانه ماده ۱ پروتکل به قلمرو موسع ماده ۳ مشترک نزدیک کرده است.

کلید واژگان:

حقوق بین‌الملل عرفی، حقوق بشردوستانه، محاکم کیفری، مخاصمه مسلحانه

مقدمه

تا سال ۱۹۴۹، حقوق بین‌الملل بشردوستانه توجهی به درگیری‌های مسلحانه داخلی نداشت و تا ۱۹۷۷ هیچ معاهده مستقلی در این زمینه تدوین نشده بود. این بی‌توجهی را می‌توان در فقدان یک تعریف جامع از مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی نیز مشاهده کرد. ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه فاقد هر گونه تعریفی از این قبیل مخاصمات است و تعریف ماده ۱ پروتکل دوم الحاقی ۱۹۷۷ نیز تنها شمار اندکی از مخاصمات داخلی را در برمی‌گیرد. در میانه دهه ۱۹۹۰ دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق تعریفی از مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی ارائه داد که ضمن انعکاس عرف‌زمان خود، بر توسعه عرف آتی نیز تأثیرگذار بود. عملکرد بین‌المللی‌ای که از این تعریف نشأت گرفته، عناصرتشکیل دهنده تعریف عرفی از مخاصمات مسلحانه را بطور کامل تحت الشعاع قرار داده و عملاً دامنه اجرای ماده ۳ مشترک و پروتکل را به هم نزدیک کرده است. نوشتار حاضر ضمن تحلیل این تعریف، عناصر اصلی آن را، بر اساس مفاد معاهدات مربوطه و آرای محاکم بین‌المللی کیفری، بررسی خواهد کرد.

۱. تعریف مخاصمه مسلحانه غیربین‌المللی در معاهدات بین‌المللی

با عنایت به تفاوت میان قواعد قراردادی و حتی عرفی حاکم بر مخاصمات بین‌المللی و داخلی، تعیین ماهیت مخاصمه برای اجرای قواعد حقوق بشردوستانه اجتناب‌ناپذیر است. در حقوق قراردادی دو ماده مشخص، یعنی ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ و ماده ۱ پروتکل دوم الحاقی ۱۹۷۷ به کنوانسیون‌های مذکور، وجود دارد که وجوه و ویژگی‌های مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی را بیان می‌کنند. با اندکی اغماض می‌توان ماده ۳ مشترک را تعریف موسع و ماده ۱ پروتکل دوم را تعریف مضیق مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی در حقوق قراردادی دانست.

۱.۱. تعریف موسع مخاصمه مسلحانه غیربین‌المللی (ماده ۳ مشترک)

ماده ۳ مشترک برای اجرا در مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی تدوین شده است، اما تعریفی از این مخاصمات ارائه نمی‌دهد. همین امر موجب اختلاف نظر میان حقوقدانان راجع به قلمرو

اجرای آن شده است.^۱ کسانی که عدم تعریف را در راستای بسط قلمرو این ماده می‌دانند، معتقدند که نویسندگان این کنوانسیون‌ها برای جلوگیری از تفسیر مضیق این ماده، آگاهانه از تعریف مخاصمه غیربین‌المللی خودداری کرده‌اند.^۲ به نظر لیندزی مویر «هرچه تعریف کاملتر باشد، متن نیز محدودکننده‌تر می‌شود.»^۳ در عوض، دبیرکل ملل متحد فقدان تعریف مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی را به عنوان یکی از نقایص ماده ۳ مشترک می‌داند.^۴

اختلاف نظری که میان حقوقدانان درباره اجرا یا عدم اجرای ماده ۳ مشترک در اغتشاشات و ناآرامی‌های داخلی وجود دارد ناشی از همین فقدان تعریف مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی در این ماده است.^۵ به طور مثال، ژان پیکته با استناد به بنیادی بودن مفاد ماده ۳ مشترک تأکید دارد که این ماده باید تا حد ممکن به همه درگیری‌های داخلی تسری داده شود.^۶ جمشید ممتاز و فریده شایگان نیز معتقدند که عدم تعریف مخاصمه مسلحانه غیربین‌المللی در ماده ۳ مشترک «می‌تواند این نتیجه را داشته باشد که حیطه اعمال مقررات این ماده را به نحوی گسترش دهد که وضعیت‌هایی را که قابلیت توصیف به عنوان مخاصمه مسلحانه ندارند، نیز در بر گیرند.»^۷ کمیته بین‌المللی صلیب سرخ با استقبال عملی از فقدان تعریف در ماده ۳ مشترک، به دفعات تلاش کرده تا آن در همه منازعات به کار گیرد.^۸ بی‌میلی کمیته نسبت به تعریف مخاصمه مسلحانه غیربین‌المللی باعث شد تا در یازدهمین کنفرانس بین‌المللی جمعیت‌های صلیب سرخ و

1. Abi-Saab, Rosmary, 'Humanitarian Law and Internal Conflicts: The Evolution of Legal Concern', in A. Delissen and G. Tanja (eds) **Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead. Essays in Honour of Frits Kalshoven** (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1991) at 213.

2. See Jinks, Derek. 'The Temporal Scope of Application of International Humanitarian Law in Contemporary Conflicts'. *HPCR Policy Brief* (January 2003) at 2.

3. Moir, Lindsay, **The Law of Internal Armed Conflict** (Cambridge: CUP, 2002) at 32.

4. UN Doc. E/CN.4/1998/87 (1998), para. 74.

5. See Inter-American Commission of Human Rights, Report No. 55/97, Case No. 11.137, Argentina, OEA/Ser/L/V/II.97, Doc. 38, (30 October 1997) para. 153 (The *Tabladacase*).

6. Pictet, Jean, (ed.) **Commentaries on the Geneva Conventions of 12 August 1949: Geneva Convention for the Amelioration of the Conditions of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field**, Vol. I (Geneva: ICRC, 1952) at 36 and 50.

۷. ممتاز، جمشید و فریده شایگان، **حقوق بین‌الملل بشردوستانه در برابر چالش‌های مخاصمات مسلحانه عصر**

حاضر، تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی، ۱۳۹۳، صص ۵۹-۶۰.

8. Kretzmer, David, 'Rethinking the Application of International Humanitarian Law in Non-international Armed Conflicts'. 42 *Israel Law Review*, 8 (2009) at 40.

هلال احمر، پیشنهاد تبیین قلمرو ماده از سوی نمایندگان صلیب سرخ و هلال احمر رد شود^۱ و در تحقیق کمیته راجع به عرف بشردوستانه بین‌المللی نیز تعریفی از این مخاصمات ارائه نشود.^۲ در رویه قضایی بین‌المللی دو قضیه شاخص (نیکاراگوئه و تابلادا) وجود دارد که می‌توانند برای یافتن معیارهای عرفی اجرای ماده ۳ مشترک، از جمله تمیز مخاصمه مسلحانه از اغتشاشات داخلی، مورد استناد قرار گیرند. در قضیه نیکاراگوئه دیوان بین‌المللی دادگستری درگیری میان کنترا و نیروهای دولتی نیکاراگوئه را مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی قلمداد و ماده ۳ مشترک را درباره آن قابل اجرا دانست.^۳ این مخاصمه سه ویژگی مهم داشت: (۱) طولانی بود، (۲) دولت مرکزی در آن طرفیت داشت و (۳) نیروهای معارض سازمان یافته بودند. اما در قضیه تابلادا، کمیسیون امریکایی حقوق بشر، ماده ۳ مشترک را بر یک مخاصمه ۳۰ ساعته حاکم دانست و به جای مدت مخاصمه به امور عینی حادثه، نظیر میزان خشونت، چگونگی چالشی که برای نیروهای دولتی ایجاد کرد و سازماندهی مهاجمان توجه ویژه نمود. در این رویکرد، اولاً، مدت زمان درگیری ملاک نیست، بلکه شدت آن مهم‌تر است و ملاک شدت گونه‌پاسخگویی به چالش (استفاده از نیروی مسلح) است. ثانیاً، نیاز نیست منطقه‌ای تحت اشغال شورشیان باشد، بلکه وجود درگیری مسلحانه و سازمان یافته بودن گروه درگیر، کافی است. مقایسه مخاصمات مسلحانه در قضیه نیکاراگوئه و قضیه تابلادا نشان می‌دهد که سه شرط برای اجرای ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو باید با هم محقق شود: (۱) درگیری باید میان شورشیان و دولت مرکزی باشد، (۲) شدت درگیری باید به حدی باشد که دولت مرکزی را به چالش اندازد و (۳) شورشیان باید از حداقل سازماندهی برخوردار باشند.

۱.۲. تعریف مضیق مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی (ماده ۱ پروتکل دوم)

ماده ۱ پروتکل دوم معیارهایی برای تعریف مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی ارائه می‌کند که قلمرو اجرای پروتکل را به مراتب از ماده ۳ مشترک محدودتر می‌نماید. نیت اولیه نویسندگان

1. Quéniwet, Noëlle, 'Applicability Test of Additional Protocol II and Common Article 3 for Crimes in Internal Armed Conflict', in D. Jinks *et al.* (eds.), **Applying International Humanitarian Law in Judicial and Quasi-Judicial Bodies** (The Hague: Asser Press, 2014) at 34.

2. Henckaerts, Jean-Marie and Doswald-Beck, Louise, **Customary International Humanitarian Law, Vol I: Rules and Vol II: Practice** (Cambridge: Cambridge University Press, 2005).

3. *ICJ Report* (1986) para. 219.

پروتکل این بود که معیارهایی عینی برای شناسایی مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی ارائه دهند تا به محض احراز آن معیارها پروتکل اجرایی شود و به ملاحظات دیگری وابسته نباشد،^۱ حتی کمیته بین‌المللی صلیب سرخ در زمان تدوین پروتکل تلاش کرده بود که از معیارهای محدودکننده، مثل سازمان‌یافتگی و کنترل سرزمین توسط معارضان جلوگیری کند، ولی موفق نشد.^۲ معیارهای ذکر شده در پروتکل مبهم هستند و مفاهیم نامشخصی مانند فرماندهی مسئول، عملیات منظم نظامی و کنترل بخشی از سرزمین در آن آمده که اجرای پروتکل را با مشکل روبرو می‌سازد.

ماده (۲) پروتکل تنش‌ها، اغتشاشات و خشونت‌های پراکنده را از دامنه شمول آن خارج می‌کند. اینها برخوردی مسلحانه‌ای هستند که هنوز به شدت و بزرگی یک مخاصمه مسلحانه نرسیده‌اند تا در ذیل قواعد حقوق بشردوستانه بین‌المللی قرار گیرند. ایو ساندوز در تفسیر کمیته بین‌المللی صلیب سرخ از پروتکل دوّم می‌نویسد: «هدف این بند تعریف پایین‌ترین سطح از مفهوم مخاصمه مسلحانه است و بر این فرض استوار است که اجرای ماده ۳ مشترک و پروتکل مشابه یکدیگرند. دولت‌ها در زمان تدوین پروتکل در این بند تردید قرار نکرده و بدون هیچ‌گونه بحث مفصلی آن را به تصویب رساندند.»^۳

از منظر حقوق عرفی میان شرایط اجرای ماده ۳ مشترک و پروتکل دوّم اشتراکاتی وجود دارد. مثلاً، ماده ۳ مشترک مانند پروتکل دوّم درباب مخاصمات مسلحانه‌ای اعمال می‌شود که اولاً از حداقل درجه شدت برخوردار باشند و ثانیاً یک طرف آن نیروهای مسلح دولتی باشند. به همین دلیل، می‌توان بخش‌های راجع به این موضوع در ماده ۱ پروتکل را منعکس‌کننده عرف بشردوستانه بین‌المللی دانست. اما این موضوع در خصوص سایر شروط، مانند سطح سازمان‌یافتگی گروه‌های مسلح، کنترل شورشیان بر بخشی از سرزمین و اجرای پروتکل توسط آنان، صدق نمی‌کند و به نظر می‌رسد که پروتکل در مورد این شروط از عرف ناشی از ماده ۳ مشترک فاصله گرفته باشد. شروط مذکور چنین القا می‌کنند که پروتکل تنها نسبت به مخاصمات

1. Sandoz, Yeve, *et al.* (eds.) *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (Geneva: Martinus Nijhoff, 1987) at 1348.

2. Forsythe, David, 'Legal Management of Internal War: The 1977 Protocol on Non-international Armed Aonflicts, 72*American Journal of International Law*, 272 (1978) at 284.

3. Sandoz, *et al.* (1987) at 1354.

مسلحانه‌ای قابل اجراست که یک گروه مسلح بسیار سازمان یافته، و شاید شبه دولت، در آن طرفیت دارد. شرط اجرای پروتکل توسط گروه‌های مسلح نیز، در حقیقت، بازگشت شرط عمل متقابل در نظام حقوق بشر دوستانه است که نه تنها با اقصائات بشردوستانه انطباق ندارد، بلکه با روند توسعه حقوق بشر دوستانه و امره شدن بخشی از قواعد آن نیز در تعارض به نظر می‌رسد.^۱

۲. تعریف مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی و دادگاه بین‌المللی کیفری

یوگسلاوی سابق

دادگاه بین‌المللی کیفری برای محاکمه جنایتکاران در یوگسلاوی سابق، اولین محکمه بین‌المللی است که مخاصمه مسلحانه غیربین‌المللی را به صورت قضایی تعریف کرده است. این تعریف که نخستین بار در تصمیم شعبه تجدید نظر دادگاه در قضیه *تادیچ* آمده، نمونه بارزی از تأثیر آرای محاکم بین‌المللی در شناسایی و توسعه عرف حقوق بشر دوستانه محسوب می‌شود و بارها در سایر آرای قضایی به کار گرفته شده و از سوی نهادهای بین‌المللی مورد استناد و ارجاع واقع شده است.^۲ به گفته آنتونیو کاسسه، این تعریف «به دسته‌بندی حوزه‌ای از حقوق بشر دوستانه کمک می‌کند که شدیداً به پالایش قضایی نیاز دارد.»^۳ چارچوب اساسی این تعریف نهایتاً در جزء «و»

1. See Nieto-Navia, Rafael, 'International Peremptory Norms (Jus Cogens) and International Humanitarian Law', in L. C. Vohrah (eds.) **Man's Inhumanity to Man Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese** (The Hague: Martinus Nijhoff, 2003) at 595-640 and D. Mitchell, The Prohibition of Rape in International Humanitarian Law as a Norm of Jus Cogens, 15 *Duke Journal of Comparative and International Law*, 219 (2004-2005).

2. ICTY *Tadić* Appeals Interlocutory Decision, Case No. IT-94-1-AR (02 October 1995) (*Tadić* Appeals Decision).

3. See ICTY *Celebici* Trial Judgement, Case No. IT-96-21-T (16 November 1996) para. 209 (*Celebici* Trial Judgement); ICTY *Furundzija* Trial Judgement, Case No. IT-95-17/1-T (10 December 1998) para. 59; ICTY *Aleksovski* Trial Judgement, Case No. IT-95-14/1-T (25 June 1999) para. 43; ICTY *Kvočka, et al.* Trial Judgement, Case No. IT-98-30/1 (2 November 2001) para. 123; ICTY *Kunarać, et al.*, Appeals Chamber Judgement, Case No. IT-96-23 (12 June 2002) para. 56 (*Kunarać* Appeal Judgment); ICTY *Krnjelac* Trial Judgement, Case No. IT-97-25 (15 March 2002) para. 51, and ICTR *Akayesu* Trial Chamber Judgement, Case No. ICTR-96-4 (02 September 1998) paras. 619-627 (*Akayesu* Trial Judgement).

4. Cassese, Anthony, 'The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the Implementation of International Humanitarian Law', in L. Condorelli, A.-M. La Rosa and S. Scherrer (eds.) **The United Nations and International Humanitarian Law** (Paris, Editions Pedone 1996) at 235.

بند ۲ ماده ۸ اساسنامه رم ماهیت قراردادی نیز یافت و عملاً به تأیید شمار زیادی از دولت‌ها رسید.

تعریف *تادیچ* برای توسعه و شناسایی عرف بشردوستانه بین‌المللی حداقل به دو دلیل مهم محسوب می‌شود: اولاً، تعریف در چارچوب ماده ۳ مشترک ارائه شده و نقص این ماده را ترمیم کرده است و ثانیاً، با توجه به تکلیف دادگاه یوگسلاوی سابق مبنی بر این که فقط قواعدی را اعمال کند که «بی‌هیچ تردیدی» قواعد عرفی هستند،^۱ تعریف فوق، علی‌الاصول، یک تعریف عرفی است. بررسی تعریف *تادیچ*، در پرتو اجرای آن در همین قضیه و قضایای بعدی، نشان می‌دهد که این تعریف تا حدود زیادی عرف زمان خود را منعکس کرده و در بعضی وجوه هم که عرفی محسوب نمی‌شود توانسته عرف جدیدی ایجاد کند.

۲.۱. تعریف مخاصمه مسلحانه غیربین‌المللی در رأی *تادیچ*

شعبه تجدید نظر دادگاه در قضیه *تادیچ*، نخست مخاصمه مسلحانه را تعریف کرد و سپس در زمان تطبیق حوادثی که در یوگسلاوی سابق روی داده بود با این تعریف، برخی از عناصر تعریف مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی را روشن کرد. شعبه، مخاصمه مسلحانه را چنین تعریف کرده است: «مخاصمه مسلحانه زمانی وجود دارد که [در روابط] میان دولت‌ها به نیروهای مسلح توسل شود و یا در سرزمین یک دولت بین مقامات دولتی و گروه‌های سازمان یافته مسلح یا میان گروه‌های مذکور درگیری مسلحانه وجود داشته باشد.»^۲

شعبه تجدید نظر، بعد از تطبیق وقایع قضیه *تادیچ* با تعریف فوق، نتیجه گرفت:

«از سال ۱۹۹۱ جنگ میان بخش‌های مختلف یوگسلاوی سابق آغاز شد [و] تا تابستان ۱۹۹۲ ... ادامه یافت... [شدت] این درگیری‌ها از شدت مورد نظر در مخاصمات مسلحانه داخلی و بین‌المللی بیشتر بود. میان نیروهای مسلح کشورهای مختلف و میان نیروهای دولتی و گروه‌های شورشی سازمان یافته خشونت‌های طولانی و شدید^۳ وجود داشت.»^۴

۱. دادگاه برای رعایت اصل قانونی بودن جرم باید قواعدی را اعمال کند که در عرفی بودن آنها تردیدی وجود ندارد.

UN Doc. S/25704 (3 May 1003) paras 34 and 35.

2. *Tadić* Appeals Decision, para. 70.

3. Protracted and Large-scale.

4. *Tadić* Appeals Decision, para. 70.

از بندهای فوق استنباط می‌شود که مخاصمه مسلحانه غیربین‌المللی، مخاصمه‌ای است که نه تنها در «سرزمین یک دولت» حادث می‌شود، بلکه «طولانی و شدید» نیز هست و در آن «گروه‌های مسلح سازمان‌یافته» مشارکت دارند.

۲.۱.۱. طولانی بودن مخاصمه مسلحانه غیربین‌المللی

معنای شرط «طولانی بودن» به درستی مشخص نیست و حتی در رویه قضایی دادگاه، توجه شایسته ایبه این شرط نشده است.^۱ جمشید ممتاز و امیر حسین رنجبریان تأکید دارند که شرط «طولانی بودن» پایین‌تر از شرط اشغال سرزمین در ماده ۱ پروتکل دوم است.^۲ آندراس زیمرمان، عبارت «طولانی بودن» را مشابه کلمه «پایدار» در ماده (۱) پروتکل می‌داند و معتقد است که هر دو به مفهوم زمان اشاره دارند، ولی برخلاف کلمه «پایدار» که زمان و استمرار را همزمان القاء می‌کند، در عبارت «طولانی بودن» لازم نیست عملیات نظامی به صورت بی‌وقفه و بلاانقطاع باشد، بلکه می‌تواند منقطع هم باشد اما باید برای مدت کافی ادامه پیدا کند.^۳ در مقابل، سونیا بولرت می‌گوید شرط «طولانی بودن» به عنصر زمان ارجاع می‌دهد، ولی معنای آن با کلمه «پایدار» یکسان نیست. به زعم وی رویه قضایی دادگاه یوگسلاوی نشان می‌دهد که باید آن را به صورت منعطف‌تری تفسیر کرد.^۴ تئودور مرون نیز اعتقاد دارد که تعریف تادیج و آنچه که در ماده ۸ اساسنامه رم آمده است آستانه جدیدی برای اعمال قواعد حقوق بشردوستانه ایجاد نمی‌کند.^۵

استفاده همزمان از کلمه «شدید» در کنار «طولانی»، در هنگام اعمال تعریف تادیج بر واقعیات قضیه، این ظن را تقویت می‌کند که شعبه تجدید نظر از قید «طولانی» استفاده کرده تا مخاصمات مسلحانه را از سایر درگیری‌های داخلی که دارای شدت پایین‌تر هستند، متمایز نماید.

1. ICTY *Boskoski and Tarculovski* Trial Judgment, Case No IT-04-82-T (10 July 2008) para 186 (*Boskoski and Tarculovski* Trial Judgment).

۲. ممتاز و رنجبریان، همان، صص. ۸۷-۸۹.

3. Zimmermann, Andreas, 'War Crimes Committed in an Armed Conflict Not of an International Character', in O. Triffterer (ed.), **Commentary on Statute of The International Criminal Court** (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999) at 285.

4. Boelaert-Suominen, Sonja, 'The Yugoslavia Tribunal and the Common Core of Humanitarian Law Applicable to all Armed Conflicts', 13 *Leiden Journal of International Law*, 619 (2000) at 635.

5. Meron, Theodor, 'The Humanization of Humanitarian Law', 94 (2) *American Journal of International Law*, 239 (2000) at 260.

اما کلمه «طولانی»، کلمه مناسبی برای نشان دادن این منظور نیست. حتی کارشناسانی که برای اولین بار ایده «طول مدت» مخاصمات داخلی را برای درج در پروتکل دوم مطرح کرده بودند، بعدها خود آن را کنار گذاشتند و معیارهایی مانند اشغال بخشی از سرزمین و توانایی شورشیان برای اجرای عملیات نظامی منسجم و پایدار و همچنین اجرای حقوق بشردوستانه را معیارهای بهتری دانستند.^۱ کمیسیون آمریکایی حقوق بشر در قضیه *تابلادا*، دادگاه بین‌المللی کیفری برای رواندا در قضیه *اکایسو* و دادگاه کیفری یوگسلاوی سابق در قضایای *میلسویچ* و *فاطمیر لیماج*، ضمن تأکید بر انتزاعی بودن تعریف مخاصمه مسلحانه، آستانه آن را شدت درگیری و نه مدت درگیری قرار دادند.^۲

مخاصمه مسلحانه «طولانی» مخاصمه‌ای است که از چنان شدتی برخوردار است که نیروهای دولتی نمی‌توانند به سرعت آنها را سرکوب کنند. در مورد درگیری‌های مسلحانه میان گروه‌های سازمان یافته نیز وصف «طولانی بودن» نشان می‌دهد که یک گروه نمی‌تواند به سرعت بر دیگری غالب شود. ایراد وصف «طولانی بودن» این است که تنها به دوره زمانی درگیری اشاره دارد و صریحاً شدت آن را بیان نمی‌کند. به همین خاطر به خوبی اغتشاشات و ناآرامی‌های داخلی را از مخاصمات مسلحانه جدا نمی‌نماید. همچنین مشخص نیست چه مدت باید بگذرد تا درگیری داخلی به مخاصمه مسلحانه غیربین‌المللی تبدیل شود. این ابهام سبب می‌گردد تا قید طولانی بودن به جای یک شرط عینی به شرطی ذهنی بدل شود و با توجه به مرجع قضاوت کننده، نتایج متفاوت به بار آورد. ورود شرط زمان به تعریف مخاصمه مسلحانه، اجرای حقوق بشردوستانه را به سپری شدن یک دوره زمانی منوط می‌کند. چنین امری برای اجرای قواعد حقوق بشردوستانه خطرناک است و اعمال مسئولیت کیفری اشخاص برای نقض قواعد حقوق بشردوستانه را مشکل می‌کند. همان طور که لویجی کاندورلی می‌گوید: «پذیرش این امر سخت است که حمله به واحدهای پزشکی، تجاوز گسترده جنسی، اخراج غیرنظامیان و قطع اعضای بدن افراد را فقط

۱. در این خصوص نگاه کنید به ممتاز و رنجبریان همان، ص ۸۸.

2. The *Akayesu* Judgment, para. 620 and 621. ICTY *Milosevic* Trial Decision on Motion for Judgment of Acquittal, Case No. IT-02-54-T, (16 June 2004) para 19, 23 and 31 (*Milosevic* Trial Decision). ICTY *Fatimar Limaj* Trial Judgment, Case No. IT-03-66-T, (30 November 2005) paras 89-90 (*Fatimar Limaj* Trial Judgment).

زمانی جنایت جنگی بدانیم که مخاصمه طولانی بوده است و زمانی که مخاصمه برای مدت زیادی طول نکشیده آنها را جنایت جنگی محسوب نکنیم.^۱

بندهای مربوط به اعمال تعریف مخاصمه مسلحانه در مورد واقعیت‌های قضیه تادیچ نشان می‌دهد که عبارت «طولانی» نه تنها مشابه کلمه «پایدار» نیست، بلکه شعبه تجدید نظر اساساً به شدت مخاصمه و نه طول مدت آن نظر داشته است. شعبه بدوی در همین قضیه اشعار می‌دارد:

«[تعریف] بر دو وجه مخاصمه متمرکز است: شدت مخاصمه و سازماندهی طرف‌های متخاصم در مخاصمه. در مخاصمه مسلحانه‌ای که ماهیت داخلی یا مختلط دارد، این دو معیار که با هم ارتباط نزدیک هم دارند فقط برای تمیز میان مخاصمه مسلحانه از راهزنی، شورش‌های کوتاه مدت و غیر سازمان یافته و اقدامات تروریستی به کار می‌روند.»^۲

۲.۱.۲. طرف‌های مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی

دومین شرط تعریف تادیچ برای وجود مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی این است که درگیری باید بین نیروهای دولتی، از یک سوی، و گروه یا گروه‌های مسلح مخالف، از سوی دیگر، و یا میان گروه‌های مسلح به وقوع پیوسته باشد. گروه‌های درگیر باید دارای حداقلی از سازماندهی نیز باشند. این شرط با خارج کردن درگیری افراد مسلح غیر سازمان یافته مفهوم مخاصمه مسلحانه غیربین‌المللی را محدود می‌کند اما، از طرف دیگر، با پذیرش درگیری میان گروه‌های سازمان یافته، دامنه این مخاصمات را گسترش می‌دهد. بخش اول، نمونه‌ای از شناسایی عرف بین‌المللی است، ولی بخش دوم، اگرچه غالباً از سوی حقوقدانان امری «خوشایند و واقع بینانه»^۳ خوانده شده است، بیش از آن که منعکس کننده عرف باشد بر تحولات آتی عرف تاثیر گذاشته است.

ممتاز و رنجبریان، با استناد به تفسیر پروتکل دوم الحاقی، تأکید می‌کنند که مخاصمات مسلحانه میان گروه‌های مسلح تحت پوشش ماده ۳ مشترک قرار می‌گیرد و این نظر را با قطعنامه سال

1. Condorelli, Luigi, 'War Crimes and Internal Conflicts in the Statute of the International Criminal Court', in M. Politi, G. Nesi (eds.) **The Rome Statute of The International Criminal Court: A Challenge to Impunity** (Aldershot: Ashgate, 2002) at 112-113.

2. *Tadić* Trial Judgement, para. 628.

3. Meron, Theodor, 'Classification of Armed Conflict in the Former Yugoslavia, Nicaragua's Fallout', 92(2) *American Journal of International Law*, 236 (1998) at 237.

۱۹۷۵ انستیتوی حقوق بین‌الملل منطبق می‌دانند.^۱ کریستوفر گرینوود نیز پس از اشاره به مخاصمات مسلحانه در لبنان در دهه ۱۹۸۰ و سومالی بعد از ۱۹۹۱ به عنوان نمونه‌هایی از مخاصمات بین گروه‌های مسلح، متذکر می‌شود که ماده ۳ مشترک «به قدر کافی موسع هست» تا درگیری‌های میان گروه‌های شورشی‌ای را که برای کسب قدرت در یک کشور رقابت می‌کنند و حکومت مرکزی در آن دخالت ندارد، در بر گیرد.^۲ در مقابل، نگین شفیعی و سید علی هنجنی معتقدند که ماده ۳ مشترک بر مخاصمه مسلحانه‌ای حاکم می‌شود که دو طرف منازعه متشکل از نیروهای مسلح حکومتی و نیروهای مسلح مخالف باشند.^۳ احتمالاً، آنها شرط مذکور را از رویه قضایی بین‌المللی، مانند رأی کمیسیون آمریکایی حقوق بشر در قضیه *تابلادا*، استنباط کرده‌اند که در آن کمیسیون اعلام نموده بود که «مخاصمات مسلحانه ماده ۳ مشترک نوعاً درگیری‌های مسلحانه میان نیروهای مسلح دولتی و شورشیان مسلح سازمان یافته را شامل می‌شود. این مخاصمات همچنین به درگیری‌هایی تسری می‌یابد که میان دو یا چند گروه مسلح به وقوع می‌پیوندد و حکومت مرکزی به دلایلی مانند انحلال یا ضعف در آن دخالتی ندارد.»^۴

مثال اخیر کمیسیون راجع به تسری ماده ۳ مشترک به مخاصمات میان گروه‌های مسلح، علی‌الظاهر، در راستای قطعنامه ۱۹۷۵ انستیتوی حقوق بین‌الملل راجع به اصل عدم مداخله در جنگ‌های داخلی است و حکایت از استثنایی بودن این وضعیت دارد. در قطعنامه مذکور جنگ داخلی به مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی‌ای اطلاق شده است که (۱) میان نیروهای دولتی و نیروهای مخالف مسلح که در تلاش برای کسب قدرت سیاسی هستند اتفاق می‌افتد و (۲) در صورت فقدان یک دولت قدرتمند، میان گروه‌های مسلح به وقوع می‌پیوندد.^۵ اما تعریف *تادیج* اطلاق دارد و بر اساس آن ماده ۳ مشترک بر هر درگیری مسلحانه‌ای که میان گروه‌های مسلح

۱. ممتاز و رنجبریان، همان، ص ۹۰.

2. Greenwood, Christopher, 'Scope of Application of Humanitarian Law', in Deiter Flick (ed.) **Handbook of International Humanitarian Law** (Oxford: Oxford University Press, 2008) at 55, para 211.

۳. شفیعی، بافتی نگین و هنجنی، سید علی، ابعاد حقوقی بین‌المللی مخاصمه مسلحانه غیربین‌المللی، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۲، ص ۲۲.

4. *Tablada case*, para. 152.

5. Resolution of the *Institut de Droit International*, 'The Principle of Non-intervention in Civil Wars', 56 *Annales de l'Institut de droit international*, 544-559 (1975).

در قلمرو یک کشور حادث شود، حاکم است، خواه دولت رسمی در آن کشور از قدرت لازم برخوردار باشد یا خیر.

تعیین میزان و سطح سازمان یافتگی گروه یکی از چالش‌های مهم در خصوص مشارکت گروه‌های مسلح در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی است. ماده ۱ پروتکل دوم تصریح می‌کند که گروه‌های مسلح باید قادر به انجام عملیات‌های نظامی «پایدار و منسجم» باشند. معیارهای دیگر ماده ۱ که به سازمان یافتگی گروه نیز ارتباط پیدا می‌کنند، عبارتند از فرماندهی مسئول، تسلط بر بخشی از سرزمین و توانایی اجرای قواعد پروتکل. شعبه تجدید نظر در قضیه *تادیچ*، راجع به میزان سازمان یافتگی گروه برای قرار گرفتن در ذیل ماده ۳ مشترک، اعلام کرد که گروه مسلح باید «ساختار، سلسله مراتب فرماندهی و مجموعه‌ای از قواعد [داخلی] و همچنین نشانه‌هایی برای شناسایی» داشته باشد. معمولاً عضو گروه سازمان یافته، «بر اساس ضوابط حاکم بر گروه خودسرانه عمل نمی‌کند و تابع ریاست گروه» است.^۱ در قضیه *میوسویچ* نیز وکلای مدافع مدعی شده بودند که ارتش آزادی‌بخش کوزوو فاقد سازمان یافتگی، فرماندهی مسئول و لوازم لازم برای اجرای مفاد کنوانسیون‌های حقوق بشر دوستانه است، اما در پاسخ شعبه بدوی دادگاه اعلام نمود که قدرت ارتش آزادی‌بخش کوزوو برای نمایش حضور محسوس در منطقه و توانایی فرماندهی آن برای ایجاد شبکه تهیه اسلحه نشانه‌هایی از سازمان یافتگی این ارتش است. در قضیه *فاطمیر لیماج*، وکلای متهم با اشاره به شرط وجود فرماندهی مسئول در ماده ۱ پروتکل دوم الحاقی، ادعا کردند که برای اجرا و اعمال پروتکل، ارتش آزادی‌بخش کوزوو باید از سازمان یافتگی کافی برای انجام عملیات نظامی مستمر و مداوم، قدرت اعمال اقدامات تنبیهی بر نیروهای خود و ثبات نسبی در قلمرو تحت کنترل برخوردار بوده باشد. شعبه بدوی این ادعا را نیز رد و اظهار داشت که دو عنصر اصلی تعریف مخاصمه مسلحانه غیربین‌المللی، یعنی شدت و سازمان یافتگی، فقط برای تمیز مخاصمه مسلحانه از شورش‌های غیرسازمان یافته و کوتاه مدت است. لذا میزان اندکی از سازمان یافتگی برای این منظور کفایت می‌کند. به تصریح

1. *Tadić Appeals Judgement*, para. 120.

2. *Milosevic Trial Decision*, para 33- 4.

شعبه، میزان سازمان یافتگی برای اجرای حقوق بشردوستانه ضرورتاً با میزان آن برای انتساب اعمال مأمور به مافوق یا مسئولیت کیفری وی یکسان نیست.^۱

شعبه بدوی با تفکیک فوق مانع از آن شد که آستانه مخاصمه مسلحانه به صورت ناخواسته بالا رود و قلمرو تعریف تادیب با ورود مفهوم «فرماندهی مسئول»، به تعریف ماده ۱ پروتکل شبیه شود. متأسفانه شعبه تجدید نظر، در قضیه حسنویچ، از این تفکیک هوشمندانه عدول کرد و معیار «فرماندهی مسئول» را معیار توصیف ماهیت مخاصمه مسلحانه قرار داد. شعبه تجدید نظر در این قضیه مقرر نمود که «فرماندهی مسئول مفهوم مستتر در ممنوعیت‌های مندرج در ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو راجع به انجام برخی اعمال در خلال مخاصمات مسلحانه داخلی است.»^۲ شعبه با اشاره به لزوم وجود نیروهای سازمان یافته برای وجود مخاصمه مسلحانه نتیجه گرفت که «نیروی سازمان یافته نظامی بدون فرماندهی مسئول نمی‌تواند وجود داشته باشد.»^۳ شعبه برای اثبات «مسئولیت فرمانده» در مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی، اولاً مفهوم «مسئولیت فرمانده» را به وجود «فرماندهی مسئول» مشروط کرد. ثانیاً، میان مفهوم «فرماندهی مسئول» شرط «سازمان یافتگی» یک تناظر قطعی و رابطه دوسویه و مستقیم قائل شد. ثالثاً، معیارهای لازم برای «فرماندهی مسئول» را تا معیارهای ماده ۱ پروتکل بالا برد. از این رو آستانه ماده ۳ مشترک عملاً و ناخواسته هم سطح پروتکل گردید و مخاصماتی که در آن «گروه مسلح، از یک سو، قادر به برنامه‌ریزی و اجرای عملیات پایدار و منسجم نظامی نیست و از سوی دیگر نمی‌تواند انضباط را مانند یک مرجع رسمی اعمال کند»،^۴ از قلمرو حمایتی حقوق بشردوستانه خارج شد.

تفسیر و روش استدلال دادگاه با انتقاد بسیاری از حقوقدانان روبرو گردید. مثلاً، گرینوود متذکر شده است که شعبه برای اثبات نظر خود نه تنها به هیچ رویه بین‌المللی در این خصوص اشاره نکرده، بلکه اعتراف هم کرده است که بیشتر دولت‌ها در حقوق داخلی خود «مسئولیت فرمانده» را همتای «فرماندهی مسئول» نمی‌دانند. به نظر وی با توجه به این که در مخاصمه مسلحانه

1. *Fatimar Limaj Trial Judgment*, para 88- 89.

2. *ICTY Hadžihasanovi et al.*, Appeals Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, Case No. IT-01-47-AR72 (16 July 2003), para. 15 (*Hadžihasanovi Appeals Decision*).

3. *Ibid.*, para.16.

4. *Sandoz, et al.* (1987) at 1352, para 4463.

داخلی، میزان سازمان یافتگی و ساختار گروه‌های مسلح (غالباً غیردولتی) ضعیف‌تر است، شکل متفاوتی از مسئولیت فرمانده نیز می‌تواند در مورد آنها اعمال شود.^۱ آنتونی کالین معتقد است که برای تعیین ماهیت مخاصمه نباید «فرماندهی مسئول» به همان معنایی گرفته شود که برای اجرای پروتکل به کار می‌رود، چرا که اجرای ماده ۳ مشترک بر خلاف پروتکل مشروط به وجود عملیات نظامی پایدار و منسجم، ایفای نقش حکومتی از سوی شورشیانو طرفیت نیروهای دولتی در مخاصمه نیست. اگر قرار است که فرماندهی مسئول به عنوان شرطی برای تعیین وجود مخاصمه مسلحانه داخلی استفاده شود، باید آن را به نحوی بازتعریف کرد که با ماده ۳ مشترک همخوانی داشته باشد.^۲ باهیا تهزیبلی و اولویا گولدمن نیز معتقدند که برای اجرای ماده ۳ باید «گروه‌های مسلحی در آن طرف دعوا هستند که از سازمان یافتگی کافی برخوردارند، هرچند ضرورتاً فرماندهی مسئول و یا تمایل برای اجرای حقوق مخاصمات مسلحانه نداشته باشند».^۳

می‌توان نتیجه گرفت که در چارچوب ماده ۳ مشترک، گروهی واجد وصف سازمان یافته است که اعضای به هم مرتبط آن تحت فرماندهی واحد قرار داشته و قادر باشند طرف مخاصمه مسلحانه‌ای قرار گیرند که از شدت و مدت متعارف برخوردار است. منطقی، لازم نیست که میزان سازمان یافتگی گروه به اندازه‌ای باشد که با مفهوم «فرماندهی مسئول» در پروتکل برابری کند. در قضیه بوسکوسکی دادگاه یوگسلاوی میان آستانه اجرای ماده ۳ مشترک و پروتکل تفکیک قائل شده و خاطرنشان ساخت که میزان سازمان یافتگی لازم برای طرفیت در خشونت‌های مسلحانه طولانی مدت کمتر از میزان سازمان یافتگی برای انجام عملیات نظامی پایدار و منسجم است.^۴ علاوه بر این، تعیین ماهیت مخاصمه برای اجرای حقوق بین‌الملل بشردوستانه به وجود یا فقدان مسئولیت کیفری برای فرمانده بستگی ندارد. ممکن است حقوق بشردوستانه لازم الاجرا باشد ولی فرماندهان نظامی را نتوان برای نقض این حقوق توسط نیروهای تحت امرشان مسئول

1. Greenwood, Christopher, 'Command Responsibility and the Hadžihasanovi Decision' 2 *Journal of International Criminal Justice*, 598 (2004) at 601.

2. Cullen, Anthony, **The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law** (Cambridge: Cambridge University Press, 2010) at 157.

3. Thahziblie, Bahia and Swaak-Goldman, Olivia, 'Determining the Threshold for the Application of International Humanitarian Law', in L. Lijnzaad, et al. (eds.), **Making the Voice of Humanity Heard** (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2004) at 253.

4. *Boskoski and Tarculovski Trial Judgment*, para 197.

دانست. شأن اصلی مسئولیت کیفری اشخاص، از جمله فرماندهان، کمک به تضمین اجرای حقوق بشردوستانه است و نباید به شکلی تفسیر یا اجرا شود که اجرای قواعد را اساساً متوقف سازد. تفاوت آستانه اجرای ماده ۳ مشترک با پروتکل دوم، در رویه قضایی دادگاه بین‌المللی کیفری رواندا بیشتر خودنمایی می‌نماید. ماده ۴ اساسنامه دادگاه نقض ماده ۳ مشترک و پروتکل دوم را برای اولین بار جرم انگاری کرده، ولی تفاوت فاحش آستانه ماده ۳ مشترک و پروتکل و نگرانی از عدم امکان اعمال ماده ۴ اساسنامه در قبال جنایات ارتكابی در رواندا سبب شد تا بعضی از حقوقدانان، مانند فردریک هارhoff، پیشنهاد نمایند دادگاه در رویه قضایی خود مخاصمه مسلحانه را به شکلی تعریف کند که هر نوع وضعیتی را شامل شود که در آن به زور توسل شده و قربانیان به حمایت‌های کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو نیاز دارند.^۱ این پیشنهاد آستانه اجرای ماده ۳ مشترک و پروتکل دوم را مشابه هم فرض می‌کند، لذا دادگاه از آن پیروی نکرد و حتی در رویه قضایی خود تصریح کرد که برای اجرای ماده ۴ اساسنامه باید آستانه ماده ۳ مشترک و پروتکل دوم محقق شوند.^۲

در قضیه *روتاگاندا* شعبه بدوی دادگاه مذکور اظهار داشت که «دادستان باید اثبات کند که در زمان ارتکاب اتهامات مندرج در کیفرخواست، مخاصمه مسلحانه داخلی در قلمرو رواندا وجود داشته و با توجه به این که شرایط اصلی پروتکل دوم شامل شرایط ماده ۳ مشترک نیز می‌شود، این مخاصمات، حداقل، شرایط مذکور را داراست.»^۳ دادگاه نظر خود در قضیه *باگلیشما* را تکرار و اعلام کرد که اگر آستانه بالای پروتکل دوم محقق شده باشد، به طریق اولی، آستانه ماده ۳ مشترک نیز حاصل شده است.^۴ بر همین اساس، دادگاه رواندا در قضایای متعدد ضمن اشاره به برخی از عناصر تعریف *تادیچ*، چهار معیار پروتکل دوم را برای شناسایی وجود مخاصمات مسلحانه در رواندا بکار گرفت.^۵ اما دادگاه روندا علی‌رغم اتخاذ معیارهای سختگیرانه پروتکل دوم

1. Harhoff, Frederik, 'The Rwanda Tribunal: A Presentation of Some Legal Aspects', *International Review of the Red Cross*, No. 321, 665 (1997) at 671.

2. ICTR *Musema* Trial Judgment and Sentence (27 January 2000) ICTR 96-13-T, para 245 (*Musema* Trial Judgment).

3. ICTR *Rutaganda* Trial Judgment and Sentence, Case No. ICTR-96-3-T (6 December 1999) para 435 (*Rutaganda* Trial Judgment).

4. ICTR *Baglishema* Trial Judgment, Case No ICTR-95-1A-T, (7 June 2001) para 100. (*Baglishema* Trial Judgment), *Rutaganda* Trial Judgment, para 94.

5. *Akayesu* Trial Judgment, paras 619, 623; *Rutaganda* Trial Judgment, para 95; ICTR *Baglishema* 2001, para 100.

برای شناسایی وجود مخاصمه مسلحانه، از ضابطه نسبتاً ساده‌ای برای برقراری ارتباط میان جنایات اتهامی و مخاصمه مسلحانه استفاده کرد. دادگاه اظهار داشت «وجود مخاصمه باید، حداقل، سهم اساسی در توانایی مرتکب برای ارتکاب [جرم]، تصمیم وی برای ارتکاب، روشی که او اتخاذ کرده یا هدفی که به خاطر آن مرتکب جرم شده داشته باشد. بنابر این، اگر احراز شود... که متهم برای پیشبرد مخاصمه مسلحانه یا در لوای آن [مرتکب جرم شده]، می‌توان نتیجه گرفت که عمل وی رابطه نزدیک با مخاصمه داشته است.»^۱ تفسیر دادگاه از شرط «ارتباط نزدیک جنایت اتهامی با مخاصمه مسلحانه» از آن جهت مهم است که قسمت قابل توجهی از جنایات ارتكابی در رواندا توسط افراد و دسته‌های غیر متشکلی صورت گرفته بود که از فرماندهی منسجم و سلسله مراتبی برخوردار نبودند، ولی جنایات خود را با هدف «پیشبرد مخاصمه مسلحانه یا در لوای آن» مرتکب می‌شدند.

با عنایت به شباهت مخاصمات مسلحانه در سیرالتون و رواندا، اساسنامه‌های این دو دادگاه از منظر جرایم تحت شمول شباهت دارند و ماده ۳ اساسنامه دیوان ویژه سیرالتون نیز مانند ماده ۴ اساسنامه دادگاه رواندا نقض ماده ۳ مشترک و پروتکل دوم را جرم انگاری کرده است. منتهی، علیرغم شباهت این دو ماده، دیوان سیرالتون رویه متفاوتی نسبت به دادگاه رواندا اتخاذ کرد و در اغلب موارد از تعریف تادیب برای شناسایی مخاصمه مسلحانه و تمیز مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی از درگیری‌های داخلی استفاده نمود.^۲ دیوان، حتی در برخی قضایا صریحاً به رویه قضایی دادگاه رواندا و اصرار آن مبنی بر احراز آستانه پروتکل الحاقی برای پیگرد نقض ماده ۳ مشترک و پروتکل دوم اشاره کرد، ولی لازم ندانست که از آن رویه پیروی کند. به نظر دیوان ویژه سیرالتون جرایم موضوع ماده ۳ اساسنامه عرفی هستند و تمایز میان نوع مخاصمات مسلحانه در آن موضوعیت ندارد،^۳ لذا به این نظر رسید که باید فقط وجود مخاصمه مسلحانه را

1. ICTR *Rutaganda*, Appeals Judgment, Case No. ICTR-96-3-A (26 May 2003) para 570 and *Kunarać* Appeals Judgment, para 58.

2. SCSL *Fofana*, Appeals Decision on Preliminary Motion on Lack of Jurisdiction Materiae: Nature of the Armed Conflict, , Case No SCSL-04-14-PT-101 (25 May 2004) para 25 (*Fofana* Appeals Decision); SCSL *Brima et al.*, Trial Judgment, Case No SCSL-04-16-T 20 June 2007, para 243- 244 and SCSL *Taylor*, Trial Judgment, Case No SCSL-03-01-T (18 May 2012) para 563- 264; SCSL *Fofana* Trial Judgment, Case No. SCSL-04-14-T (2 August 2007), para 124.

3. *Fofana* Appeals Decision, para 25..

احراز کند. البته دیوان در همه قضایا از این نظر پیروی نکرده و در مواردی، مانند قضیه سیسی،^۱ مخاصمه را از منظر معیارهای پروتکل دوم نیز بررسی کرده است. دیوان معیارهای اجرای پروتکل، یعنی فرماندهی مسئول، کنترل بر بخشی از سرزمین، توانایی انجام عملیات نظامی پایدار و منسجم و اجرای مفاد پروتکل را به اختصار بررسی کرده، اما صرف استناد به این معیارها همچنان قابل تأمل است.

۲.۲. تعریف حاصل از پرونده تادیج و اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری

در مذاکرات اساسنامه رم، برخی از دولت‌ها مخالف قرار دادن جنایات ناشی از نقض حقوق بشردوستانه در مخاصمات مسلحانه داخلی در ذیل صلاحیت دیوان بودند و این کار را در تعارض با حاکمیت کشورها می‌دانستند.^۲ سرانجام این جنایات در اساسنامه گنجانیده شد و صلاحیت دیوان به آن تسری یافت. اصولاً قرار دادن نقض حقوق بین‌الملل بشردوستانه در مخاصمات غیر بین‌المللی در ذیل صلاحیت دیوان بین‌المللی کیفری، تحول بزرگی در عرصه حقوق بین‌الملل بشردوستانه و حقوق بین‌المللی کیفری محسوب می‌شود و آن را باید مرهون فعالیت‌های قضایی محاکم بین‌المللی کیفری در دو دهه اخیر دانست. در ابتدا تعدادی از دولت‌ها مایل بودند، با استفاده از عبارات ماده ۱ پروتکل دوم الحاقی، آستانه بالایی برای اعمال صلاحیت دیوان در مخاصمات داخلی پیش‌بینی شود،^۳ اما نهایتاً بر متنی توافق کردند که ترکیبی از عبارات تادیج و ماده ۱ پروتکل است.

اساسنامه رم مصادیق جنایات جنگی در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی را در جزءهای «ج» و «ه» بند ۲ ماده ۸ برشمرد، ولی اجرای آنها را با جزءهای «د» و «و» همین بند مقید کرده است. جزء «د» می‌گوید نقض ماده ۳ مشترک که در جزء «ج» جرم انگاری شده در وضعیت اغتشاشات داخلی و خشونت‌های پراکنده اعمال نمی‌گردد. همچنین جزء «و»، با استفاده از واژگانی شبیه به تعریف تادیج، قلمرو اجرای جزء «ه» راجع به جرم انگاری سایر مصادیق جنایات

1. SCSL *Sesay et al.* Trial Chamber Judgment, Case No SCSL-04-15-T (2 March 2009) para 966 and 978-81.

2. Robinson, Darryl and von Hebel, Herman, 'War Crimes in Internal Conflicts: Article 8 of the ICC Statute', 2 *Yearbook of International Humanitarian Law*, 193 (1999) at 199.

3. Cullen, Anthony, 'The Definition of Non-international Armed Conflict in the Rome Statute of the International Criminal Court: An Analysis of the Threshold of Application Contained in Article 8(2)(f)', 12(3) *Journal of Conflict & Security Law*, 419 (2008).

جنگی را منحصر به مخاصماتی کرده که به صورت طولانی مدت میان مقامات حکومتی و گروه‌های مسلح و یا میان این گروه‌ها واقع می‌شود. جنایات موضوع جزء «ه»، که ناشی از نقض فاحش حقوق و عرف قابل اعمال بر مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی و برگرفته از پروتکل دوم هستند، همانند موارد موضوع جزء «ج» نسبت به اغتشاشات داخلی و خشونت‌های پراکنده اعمال نمی‌شوند. تفاوت جزءهای «د» و «و» این تصور را ایجاد می‌کند که نویسندگان اساسنامه میان قلمرو جزء «ج» و «ه» آگاهانه تفاوت قائل شده‌اند و تعریف تادیب را برای آستانه بالاتر برگزیده‌اند.

تعریف تادیب در چارچوب اجرای ماده ۳ مشترک ارائه شده و قرار نیست که آستانه بالاتری از آستانه عرفی اجرای ماده مذکور داشته باشد. در خلال مذاکرات ماده ۸ نیز دولت‌ها با قرار دادن معیارهای پروتکل در اساسنامه مخالف بودند و چون تعریف تادیب را با عرف بین‌المللی سازگارتر می‌دانستند^۱ با پیشنهاد استفاده از عبارات و معیارهای آن موافقت کردند.^۲ لیکن آستانه جزء «و» بند ۲ ماده ۸ بالاتر از آستانه اجرای ماده ۳ مشترک نیست^۳ و فقط معیار شدت مخاصمه را بیان می‌کند.^۴ ولی می‌توان ادعا کرد که عرف حقوق بین‌الملل بشردوستانه قلمرو پروتکل را اصلاح کرده و آستانه آن را تا حدودی که به مفاد عرفی پروتکل مربوط می‌شود به آستانه ماده ۳ مشترک نزدیک کرده است.

1Quénivet, (2014) at 54 and Cullen, (2010) at 121- 122.

2UN Doc A/CONF.183/C.1/L.62. See also Thomas Graditzky, 'War Crimes Issues before the Rome Diplomatic Conference on the Establishment of an International Criminal Court', 5 *University of California Davis Journal of International Law and Policy* (1999) at 199.

3Meron, (2000), at 260.

4Akande, Dapo, Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts, in E. Wilmhurst (ed), **International Law and the Classification of Conflicts** (Oxford: Oxford University Press, 2012) at 56.

نتیجه‌گیری

در سال ۱۹۹۵ و برای نخستین بار شعبه تجدید نظر در قضیه *تادیچ* تعریفی از مخاصمه مسلحانه غیربین‌المللی، در چارچوب ماده ۳ مشترک، ارائه کرد که عناصر آن تلفیقی از عناصر ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های ژنو و ماده ۱ پروتکل دوم بود. ماده ۳ مشترک که مفاد آن ماهیت عرفی دارد هیچ تعریفی از مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی ارائه نداده و تنها دو ویژگی کلی برای این مخاصمات برشمرده است. فقدان تعریف در ماده ۳ مشترک سبب شده تا قلمرو اجرای این ماده گسترده و مفهوم مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی در ذیل آن بسیار موسع قلمداد شود. در مقابل، ماده ۱ پروتکل دوم الحاقی ۱۹۷۷ قلمرو مفهوم مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی را محدود و مضیق تعریف کرده است. شروطی مانند فرماندهی مسئول، عملیات منظم نظامی و کنترل بخشی از سرزمین معیارهایی هستند که عملاً مخاصمه مسلحانه غیربین‌المللی در چارچوب پروتکل دوم را تا اندازه مخاصمه میان دولت و نیروهای مسلح شبه دولت بالا می‌برند و قلمرو اجرای ماده ۳ مشترک و پروتکل دوم را به صورت فاحشی متفاوت می‌کنند.

در این مقاله نشان داده شد که چگونه دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق با تعریف قضایی مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی در قضیه *تادیچ* و سپس اعمال این تعریف در قضایای متعدد دیگر، یکی از نقایص بزرگ حقوق قراردادی را ترمیم کرد و این تعریف چگونه با وارد کردن عناصری مانند شدت مخاصمه قلمرو اجرای ماده ۳ مشترک را مشخص تر نمود. بی‌تردید، کمک به تعیین قلمرو اجرای حقوق بین‌الملل بشردوستانه به حمایت مؤثرتر از قربانیان و مقابله با موارد نقض حقوق آنها کمک می‌کند. این امر را می‌توان در تعدد محاکم و قضایایی دید که به تعریف *تادیچ* استناد کرده‌اند و عناصر آن را، هر چند با جرح و تعدیل، مبنای شناسایی ماهیت مخاصمه و در نتیجه تعیین حقوق قربانیان و تکالیف طرف‌های مخاصمه قرار داده‌اند.

هر تعریف از مخاصمه مسلحانه، از جمله تعریف *تادیچ*، ماهیت انتزاعی دارد. از این رو باید آنها را در پرتو اجرا و اعمال شان در قضایای مختلف باید بررسی نمود. قرائت تعریف *تادیچ* در پرتو اجرای آن در داخل و خارج از دادگاه یوگسلاوی سابق، نشان می‌دهد که بخش قابل توجهی از آن منعکس کننده عرف زمان تدوین خود بوده، اما در آن عناصری، مانند تسری حقوق مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی به مخاصمات میان گروه‌های مسلح نیز وجود دارد که بیش از آن که عرفی باشند، ناشی از

ضرورت‌های زمان و تحولات صورت گرفته در مخاصمات مسلحانه داخلی محسوب می‌شدند. این عناصر جدید، در سال‌های اخیر، با تحت تأثیر قراردادن رویه‌های بین‌المللی غالباً به صورت عرفی در آمده و نتیجتاً تعریف تادیب را بدل به یک تعریف عرفی از مخاصمه مسلحانه داخلی کرده‌اند.

در این نوشتار نشان داده شد، تلقی قضایی از تعریف تادیب همیشه یکسان نبوده و به مرور زمان دچار تغییر و تحول شده است. با این همه و علی‌رغم گذشت بیش از ۲۰ سال، تعریف تادیب هنوز جایگاه خود را از دست نداده و عناصر عرفی آن امروزه بخش غیرقابل تفکیک هر نوع تعریف از مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی محسوب می‌شود. به طور مثال، در سال ۲۰۰۸ کمیته بین‌المللی صلیب سرخ مخاصمه مسلحانه غیربین‌المللی را چنین تعریف کرده: «مواجهه مسلحانه طولانی مدت میان نیروهای مسلح دولتی و یک یا چند گروه مسلح یا میان این قبیل گروه‌ها، در قلمرو یک دولت (عضو کنوانسیون‌های ژنو). مواجهه مسلحانه باید از حداقل سطح شدت برخوردار باشد و طرف‌های مخاصمه باید حداقل میزان سازمان یافتگی را داشته باشند.»^۱ عناصر اصلی تعریف تادیب در تعریف کمیته به وضوح وجود دارد.

مهمترین تأثیر تعریف تادیب در رویه دولت‌ها را می‌توان در ماده ۸ اساسنامه رم دید که همین تعریف را با کمی تغییر در واژگان و جملات بازنویسی کرده است. با این تفاوت که، در ماده مزبور، تعریف تادیب برای اجرای مصادیقی از جنایات جنگی به کار گرفته شده است که، فی الواقع، منبعث از قسمت‌های عرفی مفاد پروتکل دوم هستند نه ماده ۳ مشترک. ماده ۸ اساسنامه رم نشان می‌دهد که آستانه اجرای ماده ۳ مشترک با آن بخش از مفاد پروتکل که ماهیت عرفی یافته‌اند، تقریباً یکسان شده است. به نظر می‌رسد که نویسندگان اساسنامه رویکرد جدید به تعریف تادیب و قلمرو اجرای ماده ۳ مشترک و پروتکل دوم الحاقی را به عرف حقوق بین‌الملل معاصر نزدیکتر می‌دانستند. با عضویت بیش از ۱۲۳ دولت در اساسنامه رم و این حقیقت که همه آنها عملاً متن بازنویسی شده تعریف تادیب را در حقوق داخلی خود پذیرفته‌اند، امروزه می‌توان ادعا کرد که تعریف مذکور، حداقل به نحوی که در ماده ۸ اساسنامه رم آمده است، ماهیت عرفی یافته و ضمن تبیین قلمرو عرفی اجرای ماده ۳ مشترک، قلمرو اجرای بخش‌های عرفی پروتکل دوم را نیز تعدیل کرده است.

۱. نگاه کنید به:

Pejic, Jelena, 'The Protective Scope of Common Article 3: More Than Meets the Eye', 93 *International Review of Red Cross* (2011) at 191.

منابع

الف) فارسی

۱. شفیع بافتی، نگین و هنجنی، سید علی، ابعاد حقوقی بین‌المللی مخاصمه مسلحانه غیربین‌المللی تهران: نشر میزان، ۱۳۹۲.
۲. ممتاز، جمشید و شایگان، فریده، حقوق بین‌الملل بشردوستانه در برابر چالش‌های مخاصمات مسلحانه عصر حاضر، تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی، ۱۳۹۳.

ب) منابع خارجی

3. Abi-Saab, Rosemary, *Humanitarian Law and Internal Conflicts: The Evolution of Legal Concern*, in A Delissen and G Tanja (eds) *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead. Essays in Honour of Frits Kalshoven*, Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1991.
4. Akande, Dapo, *Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts*, in E. Wilmhurst (ed), *International Law and the Classification of Conflicts Oxford*: Oxford University Press, 2012.
5. Ambos, Kai *Treatise on International Criminal Law: The Crimes and Sentencing*, Vol. II, Oxford: Oxford University Press, 2014.
6. Boelaert-Suominen, S. "The Yugoslavia Tribunal and the Common Core of Humanitarian Law Applicable to all Armed Conflicts", 13 *Leiden Journal of International Law*, 619 2000.
7. Cullen, Anthony, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
8. -----"The Definition of Non-international Armed Conflict in the Rome Statute of the International Criminal Court: An Analysis of the Threshold of Application Contained in Article 8(2)(f)", 12(3) *Journal of Conflict & Security Law*, 419 2008.
9. Greenwood, Christopher "Command Responsibility and the *Hadžihasanovi* Decision " 2 *Journal of International Criminal Justice*, 598 (2004).
10. Greenwood, Christopher *Scope of Application of Humanitarian Law*, in Deiter Flick (ed.) *Handbook of International Humanitarian Law*, Oxford: Oxford University Press, 2008.
11. Sandoz, Yev (eds.) "Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949", Geneva: Martinus Nijhoff, 1987.
12. Meron, Theodor, "Classification of Armed Conflict in the Former Yugoslavia, Nicaragua's Fallout", 92(2) *American Journal of International Law*, 236 1998.
13. ----- "The Humanization of Humanitarian Law", 94 (2) *American Journal of International Law*, 239 (2000).
14. Thahziblie, Bahia and Swaak-Goldman, Olivia, "Determining the Threshold for the Application of International Humanitarian Law", in Liesbeth Lijnzaad,

- Johanna Van Sambeek and Bahia Tahzib-lie (eds.), *Making the Voice of Humanity Heard*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2004.
15. Moir, Lindsay, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge: CUP, 2002.
16. Pictet, Jean (ed.) "Commentaries on the Geneva Conventions of 12 August 1949: Geneva Convention for the Amelioration of the Conditions of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field", Vol. I, Geneva: ICRC, 1952.
17. Zimmermann, Andreas, "War Crimes Committed in an Armed Conflict Not of an International Character", in O. Triffterer, *Commentary on Statute of The International Criminal Court*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1999.