



# پژوهشنامه حقوق کیفری

سال یازدهم، شماره دوم، پاییز و زمستان ۱۳۹۹

شماره پانزدهم

مقاله: پژوهشی صفحات ۸۳-۱۰۳



انجمن ایرانی حقوق جزا

DOI:10.22124/ajl.2020.15958.1881

## دیوان کیفری بین‌المللی و معیار شدت‌مندی؛ از چالش‌های نظری تا اشکالات عملی

دکتر زهرا ساعدی<sup>۱</sup>

دکتر آزاده صادقی<sup>۲</sup>

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۲/۱۹

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۳/۳۰

### چکیده

یکی از مکانیزم‌های مهم برای قابل پذیرش بودن یک وضعیت یا قضیه در دیوان کیفری بین‌المللی، معیار شدت مندرج در ماده (۱)۱۷(د) اساس‌نامه رم است. عدم تعریف این معیار در اساس‌نامه باعث شده است که نهادهای دیوان مؤلفه‌هایی برای تشریح آن منتشر نمایند و ابهام آن را بردارند. اما این معیار، در خود چالش‌های نظری دارد که نیل به اهداف دیوان را با دشواری مواجه می‌نماید. در کاربست این معیار نیز برخی ناهماهنگی‌ها دیده می‌شود و گاهی مصلحت بر عدالت تغلب می‌یابد. در این پژوهش، به چالش‌های نظری و اشکالات عملی این معیار پرداخته شده است. یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد که در کاربست معیار شدت‌مندی، رویکرد واحدی اتخاذ نشده است و میان نهادهای دیوان در تشریح این معیار اختلاف نظر وجود دارد. این مساله باعث اتخاذ تصمیماتی شده است که در عادلانه بودن آن‌ها تردیدهای اساسی وجود دارد و مشروعیت دیوان را با چالش مواجه می‌سازد.

**واژگان کلیدی:** دیوان کیفری بین‌المللی، معیار شدت‌مندی، مصلحت، عدالت، وضعیت، قضیه

✉ zahrasaedi84@gmail.com

۱. استادیار دانشکده اقتصاد و علوم اجتماعی گروه حقوق دانشگاه شهید چمران اهواز

۲. استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران

## مقدمه

در مقدمه اساس نامه، از صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی (زین پس دیوان) نسبت به شدیدترین جرایم علیه جامعه بین‌المللی و در ماده ۵ از صلاحیت دیوان بر خطیرترین و جدی‌ترین جنایات ارتكابی علیه کل جامعه بین‌المللی سخن به میان آمده است. در مواد ۱۷(۱)(د) و ۵۳(۱)(ج) اساس نامه نیز به لزوم شدید بودن یک قضیه و احراز آن توسط دادستان برای بررسی در دیوان اشاره نموده است. همان‌گونه که دادستان سابق دیوان در سال ۲۰۰۵ برای تأکید بر اهمیت معیار شدت‌مندی، اظهار داشته است، معیار شدت در کنار صلاحیت تکمیلی، یک مکانیزم برای قابلیت پذیرش قضیه یا وضعیت است Luis Moreno-Ocampo, Informal meeting of Legal Advisors of Ministries of Foreign Affairs, 24 October 2005). اما این مفهوم مهم، در اساس نامه تعریف نشده است؛ تعریف نشدن آن به دلیل نبود توافق در خصوص معنا و قلمرو آن در زمان مذاکره برای تصویب اساس نامه و نیز نسبی بودن شدت و ضعف جرایم در هر جامعه‌ای و تغییر آن متناسب با علایق و اولویت‌ها و ضرورت‌های هر جامعه‌ای است. همین مساله دلیل بر اختلاف نظرهای شدید در چگونگی تشخیص شدت و وخامت جرایم در صلاحیت دیوان بوده است. برخی با محدود کردن دیوان به جرایم خاص مخالف بوده و برخی دیگر معتقد بوده‌اند که این معیار مانع درگیر شدن دیوان با موارد کم اهمیت شده و منابع مالی و انسانی دیوان را صرف جرایم ارتكابی توسط مقامات بلندپایه می‌کند (به نقل از جعفری، ۱۳۹۰: ۱۶۹). قدر متیقن این‌که مفهوم شدت‌مندی در دیوان در مقایسه با سایر دیوان‌های بین‌المللی، تغییرات مهمی به خود دیده است. چرا که در دیوان‌های قبل از تأسیس دیوان کیفری بین‌المللی، دادرسی‌هایی انجام گرفته است که در خلال آن مرتکبین کشتارهای وحشیانه و میلیونی، محاکمه و مجازات شده‌اند. این در حالی‌ست که در دیوان کیفری بین‌المللی وضعیت‌هایی مورد بررسی قرار گرفته‌اند که با وجود تعداد کم قربانیان، شدید قلمداد شده است. برای مثال، در به قتل رسیدن تعداد معدودی از نیروهای حافظ صلح در دارفور سودان، شعبه اول مقدماتی اتهام دادستان علیه آقای ابوگاردا مبنی بر ارتكاب جرم جنگی را علی‌رغم تعداد کم قربانیان آن وضعیت، پذیرفت و آن را واجد شدت کافی تلقی کرد (Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda, pretrial chamber 1, 2010: paras:31-33) نیز، رفتارهایی که تاکنون در عرصه‌ی بین‌المللی موضوع جرم خاصی نبوده است در اساس نامه رم جرم انگاری شده است. برای مثال، در خصوص سربازگیری کودکان در جنگ‌ها، بند ۳ ماده ۳۸ کنوانسیون حقوق کودک و پروتکل الحاقی اول و پروتکل الحاقی دوم ذیل بند ۳ ماده ۴ به آن کنوانسیون قابل توجه است که از طرفین درگیر در مخاصمات مسلحانه می‌خواهد که به افراد زیر هجده سال اجازه شرکت در مخاصمات مسلحانه داده نشود. اما جرم‌انگاری سربازگیری کودکان



بصراحت در ماده ۲۶ و بند ۲ ماده ۸ از اساسنامه‌ی رم صورت می‌گیرد.<sup>۱</sup> بدین ترتیب، به موجب اساسنامه‌ی دیوان، سرپازگیری یا نام‌نویسی از افراد زیر پانزده سال برای شرکت در درگیری‌های نظامی ممنوع و در زمره جرایم جنگی قرار می‌گیرد. اولین رای صادره‌ی دیوان نیز به محکومیت ناتاکاندا و لوبانگا به جرم سرپازگیری اختصاص یافته است (فاخری و صالحی، ۱۳۹۳: ۱۸۵).

در مواد ۱۷ و ۵۳ اساسنامه از ارزیابی معیار شدت مندی در خصوص قضیه<sup>۲</sup> آسخن به میان آمده است، و سخنی از ارزیابی شدت مندی در مرحله<sup>۳</sup> وضعیت<sup>۳</sup> به میان نیامده است. وضعیت، حادثه‌ای است که احتمال می‌رود یک یا چند جنایت بین‌المللی در صلاحیت دیوان در آن رخ داده است و قضیه به معنی ظنن شدن به فرد یا افرادی است که در آن وضعیت، این باور در مورد آنان وجود دارد که مرتکب جنایات آن وضعیت شده‌اند. به عبارت دیگر، وضعیت تنها بیانگر اتفاقی است که افتاده است بدون آنکه شاکی و متهم و موضوع آن کاملاً مشخص باشد (شریعت باقری، ۱۳۷۷: ۲۹). برخی معتقدند که در بررسی یک وضعیت، ضرورتی به احراز معیار شدت مندی بعنوان معیاری برای قابلیت پذیرش احساس نمی‌شود (Lattanzi, 2010: 197)؛ برخی نیز معتقدند که دادستانی در تصمیم به بررسی یک وضعیت یا رد آن، می‌بایست معیار شدت مندی را احراز نماید و از عبارت شدت وضعیتی<sup>۴</sup> استفاده می‌نماید (deGuzman, 2015: 8).

با وجود این، رویه<sup>۵</sup> دیوان شماری از وضعیت‌ها را به نمایش می‌گذارد که با توجه به معیار شدت، برای بررسی توسط دیوان قابل پذیرش دانسته شده‌اند. برای مثال، وضعیت‌های نیجریه (OTP Policy Paper on Preliminary examinations, 2011: 23) مالی (OTP Policy Paper on Preliminary examinations, 2012: 38) لیبی (OTP Policy Paper on Preliminary examinations, 2011: 24) و کنیا (OTP Policy Paper on Preliminary examinations, 2010: 14) نشان می‌دهد که در پذیرش این وضعیت‌ها معیار شدت مندی معیاری اساسی بوده است. همچنین دلیل اصلی رد برخی وضعیت‌ها مانند وضعیت کشتی مرمه (Situation on Registered Vessels of Comoros, Greece and Cambodia Article 53(1) Report, (The Office of the Prosecutor, The Hague, 9 February 2014: 7) و وضعیت عراق (OTP Policy Paper on Preliminary examinations, 2010: 8) معیار شدت مندی بوده است.

۱. پس از دیوان، در اساسنامه دادگاه ویژه سیرالئون به جرم سرپازگیری در بند ج ماده ۴ اشاره کرد. سرپازگیری متفاوت از ارتکاب جرایم جنسی علیه کودک سرپازان می‌باشد که قبل از دیوان، در دادگاه‌های یوگسلاوی، رواندا نیز مورد توجه قضات بوده است؛ لیکن در آن دادگاه‌ها نیز در عمل برای مجازات جرایم جنسی علیه کودک سرپازان خلاءهایی جدی داشته‌اند (صالحی، ۱۳۹۵: ۹).

2. Case

3. Situation

4. The situational gravity

دفتر دادستانی برای تشریح معیار شدت‌مندی با تاسی از معیارهای مندرج در قاعده ۱۴۵ از قواعد دادرسی و ادله دیوان که این معیارها در مرحله صدور حکم می‌بایست توسط قاضی به کار گرفته شوند، در دوره‌های مختلف مولفه‌هایی کمی و کیفی برای احراز شدت‌مندی اعلام و منتشر نموده است. سند خط مشی دفتر دادستانی در سال‌های ۲۰۰۳، ۲۰۰۶، ۲۰۱۰، ۲۰۱۶ و ۲۰۱۶ مولفه‌های احراز معیار شدت را بیان کرده است. شعب مقدماتی نیز به نوبه‌ی خود معیارهایی برای احراز شدت‌مندی معرفی کرده‌اند. برای مثال، شعبه اول مقدماتی در وضعیت جمهوری دموکراتیک کنگو و در خصوص دو قضیه‌ی ابوگاردا (Pre-trial chamber 1, 2010:16) و لوبانگا (Pre-trial Chamber 1, 2006:26) به تشریح این معیار پرداخته است.

با این وجود، در رویه‌ی دیوان برخی ناهماهنگی‌ها در کاربرد معیار شدت مشاهده می‌شود. بخشی از علل عدم انسجام را در اشکالات مبنایی معیار شدت‌مندی به شرح ذیل، و بخش دیگر را در اشکالات عملی در تعیین وضعیت یا قضیه شدید- تحت عنوان شدت قانونی- و نیز انتخاب شدیدترین وضعیت‌ها و قضایا- تحت عنوان شدت نسبی- می‌دانیم. انتخابی که شائبه‌ی مصلحت‌گرایی در دیوان را تقویت می‌بخشد و مشروعیت آن را با چالش مواجه می‌سازد. ذیلاً به این اشکالات می‌پردازیم.

#### ۱. چالش‌های نظری پیرامون معیار شدت‌مندی

دیوان می‌خواهد ابزاری برای ارباب و پیش‌گیری از وقوع جنایات بین‌المللی باشد؛ مرتکبین این جنایات را به سزای اعمالشان برساند؛ صلح و دوستی برقرار کند، و زمینه‌های عدالت ترمیمی را فراهم کند (غلامی و رستمی، ۱۳۹۲: ۳۷). از میان فهرست فوق، ارباب، پیشگیری و سزادهی جنایت‌کاران اصلی‌ترین اهداف دیوان هستند که در اساس‌نامه به آن اشاره شده است. هدف دیوان این است که از ارتکاب جنایات بین‌المللی و قساوت‌ها پیش‌گیری نماید تا بیش از این نظم، امنیت و صلح در جامعه‌ی بین‌الملل به مخاطره نیفتد و با سازوکارهای خود مانع از ارتکاب مجدد جرایم بین‌المللی شود. در این میان، خاطرات تأثیربرانگیز نسل‌کشی واقع شده در رواندا و پاک‌سازی نژادی در یوگسلاوی در تأسیس دیوان بی‌تأثیر نبوده است. نیز، دیوان می‌خواهد که جنایت‌کاران را به سزای اعمالشان برساند و بدین شیوه عدالت را اجرا کند و مانع بی‌کیفرمانی مرتکبین آن جنایات شود. نیز، به زعم برخی از سازوکارهای دیوان می‌توان برای نیل به عدالت ترمیمی نیز قدم برداشت.

1. Paper on some policy issues before the office of the prosecutor, 2003, pp.7-8
2. Report on the activities performed during the first three years, 2006, P.6
3. Policy Paper on Preliminary examinations, 2010, p.13-14
4. Policy paper on case selection and prioritization, 2016, p. 13

اما معیار شدت مندی معیاری قوی و پرواضح نیست که دیوان را در نیل به اهداف خود به سرانجام برساند. به همین دلیل، پژوهشگران دیوان را در محقق نمودن دو مبنای سزادهی و بازدارندگی و نیز تحقق برنامه‌های ترمیمی ناکام می‌دانند. شرح ذیل بیان دلایل ناکامی دیوان در نیل به اهدافش است.

### ۱.۱. سزاگرایی و معیار شدت مندی

سزادهی به‌عنوان قدیمی‌ترین توضیح‌دهنده چرایی کیفر، معتقد است هر کسی مرتکب رفتاری خلاف شود مستحق تنبیه است. بنابراین، کیفر مشروعیتی ذاتی دارد و پاسخی طبیعی به خطای فرد است. توجه به جرم ارتكابی، پایبندی به اصول اخلاقی، اعتقاد به حسن ذاتی کیفر، تناسب و برابری مجازات با عمل خلاف ارتكابی و عدم توجه به پیامدهای حاصل از اجرای کیفر از اصول اندیشه سزاگرایی است (جوان جعفری و ساداتی، ۱۳۹۰: ۱۲۲). در حقوق کیفری بین‌المللی نیز سزاگرایی به معنی مجازات تمامی عاملان این فجایع است. تمامی دادگاه‌های بین‌المللی از دادگاه نورنبرگ که برای محاکمه‌ی مجرمان جنگ جهانی دوم تاسیس شد و با اعدام محکومین درصدد سزادادن محکومان این دادگاه نظامی بود؛ تا دادگاه‌های رواندا و یوگسلاوی که با هدف "پایان دادن به جرایم بین‌المللی، تاکید بر حقوق بشر دوستانه بین‌المللی و کمک به روند آشتی ملی و حفظ صلح ایجاد شدند؛ تا دیوان کیفری بین‌المللی که در اساس‌نامه آن آمده است دیوان با هدف "خاتمه بخشیدن به بی‌کیفرمانی عاملان چنین جنایت‌ها و کمک در پیش‌گیری از آن" تاسیس شده است، با هدف سزادهی قسی‌ترین مجرمین تاسیس شده‌اند (اردبیلی و وحید دستجردی، ۱۳۹۷: ۶۸).

در سزاگرایی، مفهوم استحقاق کلیدی است و توجه‌کننده تعیین و تحمیل کیفر است. استحقاق مفهومی پیچیده است و از دو طریق احراز می‌شود: اول، شدت آسیب وارده بر بزه‌دیده یا خطری که جرم ایجاد کرده است و دوم، قابلیت سرزنش مرتکب (deGuzman, 2012:301). بدین معنی که با توجه به شدت آسیب وارده یا خطر ایجاد شده از جرم و قابلیت سرزنش مجرم برای ایراد آسیب، استحقاق تنبیه شدن مجرم تعیین می‌گردد. اما، ارزیابی استحقاق مبتنی بر آسیب وارده و قابلیت سرزنش مجرم امری دشوار است. این‌که شدت آسیب چگونه و بر چه مبنایی ارزیابی می‌شود و ارزیابی قابلیت سرزنش نیز بر چه مبنایی استوار است، موجب گردیده که تحقق هدف سزادهی در دیوان مورد چالش جدی باشد؛ در این میان درک مردم از این‌که چه کسی سزاوارترین برای مجازات است، متفاوت است و مبنای واحد قابل قبولی برای گزینش متهمان بر اساس مفهوم استحقاق وجود ندارد. دیگر آن‌که، شدت مجازات می‌بایست به چه میزان باشد که برای مرتکبین شدیدترین جرایم متناسب باشد؟ با توجه به تعداد زیاد قربانیان و شدت جرایم ارتكابی، امکان

معادل سازی و متناسب کردن مجازات برای چنین جرایم و مجرمینی وجود ندارد. نیز، تحمیل مجازات بر مسئول ترین مرتکب و رها نمودن دیگران باعث می شود عدالت تنها نسبت به قربانیان مستقیم مسئول ترین فرد یا افراد اجرا شود و نسبت به دیگر قربانیان بدون جبران باقی بماند. هم چنین، مشکل دیگر، مساله ی گزینش است که با توجه به منابع محدود انسانی و مالی دیوان، می بایست شدیدترین وضعیت ها و قضایا در میان سایر وضعیت ها و قضایای شدید گزینش شود. امری که با مفهوم عدالت که مفهومی بنیادین در نظریه ی سزادهی است، در تعارض آشکار است (Malu, 2019:54). برخی نیز معتقدند که در حقوق کیفری بین الملل اساساً ملاحظات سیاسی غیرقابل انکار است و این ملاحظات در تضاد آشکار با مبنای سزادهی است (Drumbl, 2007: 151). برخی دیگر بر این عقیده اند که گزینش گری اجتناب ناپذیری که در بدنه ی دیوان های بین المللی با متهمان خاص، شهود خاص، و حوادث خاص وجود دارد، باعث شده است که افرادی که سزاوار محکومیت و سرزنش هستند، معاف گردند و دیوان کیفری نیز از این امر مستثنا نیست. نیز، به دلیل این که دیوان قدرت دستگیری متهمان را ندارد و حضور متهم نزد دیوان اتفاقی است، این عوامل باعث گردیده که دیوان در اجرای عدالت استحقاقی نامنجم عمل کند؛ مخاصمات اندکی را رسیدگی کند و تنها چند متهم را به دادرسی بکشاند (Amann, 2002: 117).

#### ۱.۲. فایده مندی و معیار شدت مندی

فایده مندی دیدگاهی ست که از یک سو، بر محاسبه سود و زیان ارتکاب جرم توسط مجرم تأکید می کند و از سوی دیگر، بر نتایج برآمده از کیفر. این دیدگاه معتقد است که از کیفر می بایست فایده ای عاید جامعه گردد. چنان نفعی که مجرم را از تکرار جرم بازدارد و دیگرانی که تاکنون جرم نکرده اند، نیز از فکر ارتکاب جرم مرعوب نماید. این امر مستلزم حتمیت، قطعیت، شدت و سرعت اجرای کیفر است. بازدارندگی یکی از پایه هایی است که دیوان کیفری نیز خود را بر آن بنا کرده است و در اساس نامه به صراحت به آن اشاره کرده است. اما برخی حقوق دانان اثر اراعی کیفر در سطح بین المللی را با دیده ی تردید می نگرند و حتی برخی قائل به اثر معکوس حقوق کیفری بین المللی بر بازدارندگی، یعنی احتمال تقویت ارتکاب جرم تا بازدارندگی از آن، هستند (Nzelibe and Ku, 2006: 827). برخی نیز می گویند مجرمین بین المللی اساساً محاسبه گران عقلانی نیستند تا توقع ارزیابی هزینه-فایده از آنان داشت؛ زیرا تردید وجود دارد که مجرمین جنگی یا نسل کشان خطر تعقیب را ارزیابی کنند و به خاطر احتمال دستگیر شدن، دست از منافع قطعی که برای خود در نظر گرفته اند، بردارند. (Sloane, 2006: 72) نبود مجازات اعدام و تعیین حداکثر سی سال برای کسانی که مرتکب جنایت بین المللی می شوند، گزینشی شدن تعقیب و رسیدگی به

وضعیت‌ها و قضایای خاص، کندی رسیدگی به دلیل عدم همکاری دولت‌ها، نداشتن نیروی پلیس برای دستگیری مظنونین از دیگر مواردیست که کارکرد ارجایی مجازات را زیر سوال برده است (اردبیلی و وحید دستجردی، پیشین: ۷۲). اما، چالش دیگر در خصوص کارکرد ارجایی دیوان در خصوص معیار شدت مندی است و برخی دیوان را در اثر بازدارندگی مجرمان بالقوه ناتوان می‌دانند. آن‌ها می‌گویند نظریه‌ی بازدارندگی چیزی در مورد این که کدام جرایم بیشترین آسیب را به رفاه اجتماعی تحمیل می‌کند، نمی‌گوید. همچنین تعیین این که کدام جرایم بیشترین شادی را از تمام مردم در سراسر جهان، سلب می‌نماید، ناممکن و در واقع بیهوده است. قضات دیوان نیز دیدگاه‌های متفاوتی در این خصوص دارند. در قابل پذیرش اعلام کردن قضایای لوبانگا و ناتانگاندا برای رسیدگی در دیوان، قضات شعبه مقدماتی این دیدگاه را داشتند که برای این که اثر ارجایی دیوان به بالاترین حد خود رسد، می‌بایست تنها بر مسئولیت رهبران عالی‌رتبه برای جرایم شدید تمرکز نماید. دیدگاهی که توسط قضات تجدیدنظر با این بیان مردود اعلام شد که گاهی مجرمینی مسئول جرایم شدید هستند که جایگاه رهبر را ندارند و خروج آنان از توجه دیوان، توانایی بازدارندگی دیوان را کاهش می‌دهد. (deGuzman, 2012:303) بدین ترتیب، ملاحظه می‌شود که میان مردم و قضات دیوان دیدگاه واحدی در خصوص چگونگی گزینش وضعیت‌ها و قضایای شدید که بالاترین بازدارندگی را داشته باشد، وجود ندارد. این امر از دلایل قوی بر ناکامی معیار شدت مندی در تحقق اهداف دیوان مبنی بر بازدارندگی است.

### ۱.۳. عدالت ترمیمی و معیار شدت مندی

الگووارهٔ عدالت ترمیمی معتقد است که جرایم لزوماً علیه دولت واقع نمی‌شوند؛ بلکه جرم علیه اشخاص و جوامع آن‌ها ارتکاب می‌یابد. بدین ترتیب و بر اساس عدالت ترمیمی، پاسخ جامعه محور به جرم با هدف احیای قربانیان، مجرمان و جوامع به روشی که همه شرکت کنندگان بتوانند با همدیگر وارد توافق شوند، و با تمرکز بر ترمیم خسارات وارد بر قربانی و نه تنبیه و سزای مرتکب، عادلانه است.

اما با توجه به شدت جنایات در حقوق کیفری بین‌المللی، امکان استناد به عدالت ترمیمی کمی آرمانی و تخیلی و حتی به زعم برخی موجب تقویت فرهنگ مصونیت، قساوت و ددمنشی می‌شود. (به نقل از جعفری، ۱۳۹۲: ۱۸) در قوت دلالت ضمنی هدف ترمیمی دیوان از طریق تجویز مشارکت در جریان دادرسی برای قربانیان جرم نیز تردیدهای قوی وجود دارد. برخی نیز معتقدند که به جای مشارکت و حضور مستقیم قربانیان، اغلب این وکلایشان هستند که در جریان دادرسی شرکت می‌نمایند که طرف دادرسی به حساب نمی‌آیند و ممکن است دیدگاه‌های شخصی و

نگرانی‌های قربانیان را نداشته باشند تا به قضات انتقال دهند. (Garbett, 2017:216) به نظر نگارنده نیز بعید به نظر می‌رسد دیوان اصالتاً یک دادگاه با هدف اجرای اصول عدالت ترمیمی باشد و یا حداقل هدف اولیه آن عدالت ترمیمی باشد. در اساس نامه نیز به دو مبنای پیشگیری و سزادهی اشاره شده است. زیرا، دیوان منابع بسیار و مجاورت نزدیکی با قربانیان و جوامع محلی درگیر در مخاصمات ندارد تا مشارکت مستقیمی در ترمیم خسارات وارد بر قربانیان یا جوامعشان داشته باشد و نمی‌توان اندک خسارت جبران شده‌ی برخی قربانیان را به معنی تحقق عدالت ترمیمی بدانیم. سوای این چالش کلی غیر قابل اغماض، گزینش وضعیت‌ها و قضایا بر اساس معیار شدت‌مندی با اصول عدالت ترمیمی ناهماهنگ است؛ پرسش‌هایی مطرح است که معیار شدت‌مندی نمی‌تواند پاسخ قانع‌کننده‌ای به آن بدهد: آیا دیوان می‌بایست وضعیتی را شدید یا شدیدتر بداند و برگزیند که قربانیان بیشتری در آن وضعیت امکان حضور و مشارکت در فرایند دادرسی را دارند؟ آیا دیوان می‌بایست قضایایی را شدید قلمداد کند که در آن، قربانیان بیشتری درخواست جبران خسارت کرده‌اند؟ اساساً امکان جبران خسارت به چه میزان و برای چند قربانی می‌تواند آن وضعیت را دارای شدت قلمداد کند؟ امکان حضور و مشارکت چند نفر از قربانیان در فرایند دادرسی می‌تواند آن وضعیت یا قضیه را واجد شدت بداند؟ آیا دیوان می‌تواند وضعیتی را به این دلیل شدید قلمداد کند که در آن وضعیت نیاز بیشتری برای برقراری صلح و سازش احساس می‌شود؟ معیار شدت‌مندی در پاسخ‌گویی به این قبیل سوالات ناتوان است.

## ۲. چالش‌های عملی دیوان پیرامون معیار شدت‌مندی

رویه دیوان نشان می‌دهد که ارزیابی شدت‌مندی وضعیت‌ها و قضایا از دو بعد صورت گرفته است؛ اول، دیوان درصدد یافتن مسئول‌ترین شخص یا اشخاص در هر قضیه است تا او را هدف تعقیب و تحقیق قرار دهد. اما در تعیین مسئول‌ترین شخص، همواره میان نهادهای دیوان اتفاق نظر وجود ندارد. دوم، دیوان درصدد اعمال مؤلفه‌های کمی و کیفی برای احراز شدت‌مندی وضعیت‌ها و قضایاست تا بدین طریق وضعیت یا قضیه‌ای که واجد همه‌ی آن مؤلفه‌های کمی و کیفی است، شناسایی و شدید قلمداد شود. رویه‌ی دیوان نشان می‌دهد که در برخی وضعیت‌ها یا قضیه، یک مؤلفه بر سایر مؤلفه‌ها ترجیح داده می‌شود. نیز، دیوان همواره در کار گزینش شدیدترین وضعیت‌ها در میان وضعیت‌های شدید بوده است و با این ادعا که وضعیت‌های شدیدتر دیگری وجود دارد، بررسی وضعیتی را رها کرده است. در این دو مورد، شائبه تأثیرپذیری از قدرت‌های برتر و مصلحت‌گرایی بیش از هر جای دیگری خودنمایی می‌کند. ذیلاً به این اشکالات پرداخته می‌شود.



## ۱.۲. تعیین مسئول ترین شخص یا اشخاص و چالش‌های آن

یکی از ارکان ارزیابی شدت مندی، تمرکز بر افرادی است که در یک وضعیت یا قضیه مسئول ترین فرد به شمار می‌روند. اما تعیین مسئول ترین فرد یا افراد همواره یکی از چالش‌های پیش‌روی نهادهای دیوان بوده است. از دیدگاه قربانی محور، مرتکبی مسئول ترین است که جرم را مستقیماً علیه قربانی انجام داده باشد. بنابراین، رهبران و تحریک‌کنندگان قساوت‌های شدید به دلیل آن‌که ارتباط مستقیمی با قربانیان ندارند، از دید قربانیان، مسئول ترین شخص محسوب نمی‌شوند. به عبارتی، قربانیان می‌خواهند مرتکبینی که مستقیماً خانواده‌ی آنان را به قتل رسانده یا آن‌ها را مورد شکنجه یا تجاوز قرار داده است، به سزای عملشان برسند. بالعکس، از منظر سیاست تعقیبی، آن‌هایی مسئول ترین قلمداد می‌شوند که بیشترین قدرت نفوذ و تاثیر را در ارتکاب جرم دارند (O'Brien, 2012:531). بعبارتی، از جهت سلسله مراتبی بالاترین مرتبه را دارا هستند. این اشخاص در اصل جزء مقامات عالی‌رتبه دولت‌ها، گروه‌های غیردولتی و یا سازمان‌ها هستند و دفتر دادستانی نیز در بیشتر پرونده‌ها بر این‌گونه اشخاص تمرکز کرده است. در توجیه و حمایت از تاثیر درجه‌ی مشارکت در ارتکاب رفتار و تمرکز صرف بر آن‌ها، دفتر دادستانی به دلایلی نظیر جهانی بودن، مقررات قانونی و وجود محدودیت‌های منطقی دیوان اشاره کرده است (صابر و صادقی، ۱۳۹۴: ۶۳۶). در سند خط مشی منتشر شده‌ی اداره‌ی دادستانی برای گزینش و اولویت‌بندی پرونده‌ها در سال ۲۰۱۶ آمده است که "دیوان ملاحظه می‌کند که به موجب ماده ۲۸ اساس‌نامه، مسئولیت فرماندهان و سایر مقامات ارشد، یک نوع کلیدی از مسئولیت است و پیشنهاد می‌دهد که این نوع مسئولیت یک ابزار مهم برای تضمین اصل مسئولیت فرماندهی و بدین طریق خاتمه دادن به مصونیت برای جرایم و مشارکت برای پیش‌گیری از ارتکاب جرم باشد" (Policy Paper on Case Selection and Prioritization, 15 September 2016, para. 36). بدین ترتیب، در وضعیت کنیا، دادستان در تقاضای تجویز بررسی مقدماتی خود از شعبه مقدماتی، کنیا- رییس جمهور فعلی کنیا- و روتو- معاون اول رییس جمهور- و چهار تن دیگر که عالی‌ترین مقامات کشور کنیا بودند را مسئول ترین مرتکبین نامید. شعبه مقدماتی نیز بر تعقیب اشخاصی که بالاترین مسئولیت را دارند، تاکید ورزید و مجوز تحقیق در خصوص شش نفر مظنون به ارتکاب جرایم در کنیا را صادر نمود. (ICC-01/09-19 (31 March 2010), para 60). در وضعیت ساحل عاج نیز آقای گباگو به‌عنوان رییس جمهور پیشین کشور ساحل عاج و همسرش، بعنوان مسئول ترین مرتکبین آن وضعیت به جهت صدور دستور ارتکاب جرایم، تامین مالی، و سازمان‌دهی جرایم، شناسایی شده و تحت تعقیب قرار گرفتند. (ICC-02/11-14-(3 October 2011, para 46). در خصوص قضایای کاتانگا و ناگودجلو که اتهام آن‌ها ارتکاب جرم جنگی و جرم علیه بشریت در

سال‌های ۲۰۰۱ تا ۲۰۰۴ در منطقه ایتوری در جمهوری کنگو بوده، دادستان به نقش و مشارکت اساسی این دو در اجرا و نظارت بر برنامه‌ی نظام‌مند یا گسترده‌ی کشتار غیرنظامیان و سایر جرایم ارتكابی نیروهای مسلح شورشی از طریق فراهم نموده اسلحه و مهمات برای آنان، دستور به ارتكاب جرایم فوق اشاره کرده و مسئولیت کاتانگا بعنوان فرماندهی عالی گروه شورشی FRPI و ناگودجولو رهبر نظامی گروه شورشی FNI برای ارتكاب جرایم فوق را محرز دانست (prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngujolo Chui, No: ICC-01/04-01/07, 30 September 2008: 9)

شعبه اول مقدماتی نیز در قضیه لوبانگا و ناتاگاندا و پیرو درخواست دادستان برا صدور دستور جلب این دو، بیان داشت که ملاحظه‌ی موقعیت شخص مورد نظر در نهاد دولتی، سازمان یا گروه مسلحی که شخص به آن تعلق دارد از جهت این‌که آیا شخص در رده‌ی عالی‌ترین رهبران قرار دارد یا خیر و نیز نقشی که شخص مورد نظر در نهاد، سازمان یا گروهی که به آن تعلق دارد، ایفا می‌کند و نیز نقشی که آن گروه، نهاد یا سازمان با رفتار یا ترک رفتار نظام‌مند یا در مقیاس وسیع ایفا می‌کند حائز اهمیت است. در این قضایا، شعبه مقدماتی قضیه لوبانگا را شدید ارزیابی کرده (ICC-01/04-01/07, 10 February 2006, paras 64-66) و بالعکس قضیه ناتاگاندا را به این دلیل فاقد شدت دانست که ناتاگاندا صرفاً عضو شاخه‌ی نظامی یک گروه منطقه‌ای فعال در ایتوری بوده و سمت رسمی در گروه بزرگتر سیاسی نداشته است (Ibid, paras 86-88). قضات شعبه مقدماتی با تفسیر مضیق معیار شدت‌مندی، اعتقاد داشته‌اند که با محدود کردن قابلیت پذیرش قضیه به مسئولیت فقط رهبران عالی‌رتبه برای جرایم شدید، می‌تواند اثر بازدارندگی دیوان به حداکثر می‌رسد. با اعتراض دادستان به این تصمیم شعبه مقدماتی، شعبه تجدیدنظر اعتراض دادستان را پذیرفت و بیان داشت که تفسیر و تحدید مسئولترین فرد با ضابطه‌ی رهبر ارشد (Seniority leader) توسط شعبه مقدماتی، تفسیری بدون انعطاف، مضیق و مغایر با مقررات مربوط به صلاحیت دیوان است و تفسیر شعبه مقدماتی هدف مهم اساس‌نامه مبنی بر بازدارندگی، را نقض کرده است (ICC-01/04-169, July 13, 2006), Paras 56, 68,80)

دفتر دادستانی و شعب دیوان نیز در مواردی، رویکردهای متفاوتی در خصوص این‌که چه کسی مسئول‌ترین شخص برای ارتكاب جرم است، داشته‌اند. در وضعیت کشتی مرمره، دادستان تصمیم به عدم بررسی این وضعیت گرفت. به زعم وی مبنای معقولی برای باور به این‌که فرماندهان ارشد و رهبران اسرائیل در این وضعیت مرتکب یا برنامه ریز جرایم ارتكابی بوده باشند، وجود ندارد (ICC-01/13-16 July 2015, para 23-24). به عبارتی، از نظر دادستانی می‌بایست سلسله مراتب را در نظر گرفت و با توجه به آن، مسئول‌ترین فرد یا افراد را تعیین نمود. اما شعبه مقدماتی نظر دادستان را با این استدلال نپذیرفت که تعیین مسئول‌ترین اشخاص، به ملاحظات موقعیت،

سلسله مراتب یا ارشدیت آن‌هایی که مسئول جرایم ادعایی هستند، متکی نیست؛ بلکه، مسئول‌ترین شخص، فرد یا افرادی هستند که مسئول ارتکاب جرم یا جرایم هستند و نقش مهمی در ارتکاب جرایم دارند؛ حال سمت آن‌ها هر چه می‌خواهد باشد (deGuzman, 2015: 3).

## ۲.۲. مؤلفه‌های کمی و کیفی و چالش‌های آن

در سال ۲۰۰۶ که دفتر دادستانی برای ارزیابی معیار شدت‌مندی به بررسی مقیاس جرایم ادعایی می‌پرداخت (Office of the Prosecutor, 'Response to Communications Received Concerning Iraq' (9 February 2006): 9) شعبه مقدماتی معیارهای سه‌گانه ای برای توصیف معیار شدت به کار برد. این مولفه‌ها عبارت بودند از: ارتکاب در مقیاس وسیع جرایم در صلاحیت دیوان؛ هشدار اجتماعی به‌وجود آمده در جامعه بین‌الملل و این واقعیت که در وضعیت مورد بررسی، متهم در رده‌ی رهبران عالی‌رتبه قرار دارد یا خیر (ICC-01/04-520-Anx2 (10 February 2006) para 46) پس از آن، و در سال ۲۰۱۰ شعب مقدماتی معیار شدت‌مندی را از دو جهت مورد بررسی قرار دادند: اول، آیا متهم یا متهمان کسانی هستند که بیشترین مسئولیت برای ارتکاب جرایم ادعایی دارند یا خیر (ICC-01/09-19 (31 March 2010) paras 59-60)؛ و دوم، ارزیابی معیار شدت‌مندی بر اساس مولفه‌های کمی و کیفی در ارتباط با جرایم ادعایی. این مولفه‌ها با تاسی از برخی معیارهای مندرج در قاعده ۱۴۵ از قواعد ادله و دادرسی دیوان که در مرحله صدور حکم محکومیت و مجازات می‌بایست مورد توجه قاضی قرار گیرند، بعنوان مولفه‌های احراز شدت‌مندی وضعیت‌ها و قضایا اقتباس شده و مورد اقبال دفتر دادستانی نیز قرار گرفته است. به‌گونه‌ای که دفتر دادستانی در فواصل زمانی مختلف - میان سال‌های ۲۰۰۳ تا ۲۰۱۶ - اقدام به انتشار سندهای خط مشی خود در خصوص مولفه‌های احراز شدت‌مندی نموده است (صابر و صادقی، پیشین: ۶۳۵).

بدین ترتیب و بر اساس سندهای منتشر شده، نه تنها جرایم می‌بایست در مقیاس وسیعی رخ داده باشند (که از طریق تعداد قربانیان مستقیم و غیرمستقیم، میزان خسارت وارده از طریق جرم و گستره‌ی زمانی و مکانی آن ارزیابی می‌شود)، بلکه ماهیت آن جرایم، (یعنی انواع اقدامات خطاکارانه‌ای که ارتکاب می‌یابد، از قبیل قتل، تجاوز به عنف و شکنجه و سلسله مراتبی که از جهت شدت میان این جرایم وجود دارد) روش ارتکاب آن‌ها (یعنی جرایم چگونه ارتکاب می‌یابند و این که آیا به صورت نظام‌مند یا ناشی از برنامه یا سیاست سازمان‌یافته‌ای ارتکاب یافته‌اند یا خیر. و نیز آیا قربانی آن جرایم آسیب‌پذیر هستند یا خیر و نیز انگیزه‌ی تبعیض مانند تبعیض نژادی، مذهبی و غیره وجود داشته باشد یا خیر. وجود این معیارها به معنی شدیدتر بودن آن جرایم است) و تاثیر

جرایم بر جامعه بین‌المللی (یعنی جرایم ارتكابی چه تأثیری بر قربانیان و جوامع آن‌ها داشته است که این معیار از طریق رنج تحمیل شده بر قربانیان و خسارت محیطی، اقتصادی و اجتماعی تحمیل شده بر جوامع مورد آسیب ارزیابی می‌شود) نیز می‌بایست مورد بررسی قرار گیرد. -ICC-02/05) ( 31 para (02/09-243-Red (8 February 2010) شایان ذکر آن‌که پیش از تاسیس دیوان کیفری بین‌المللی، دیوان یوگسلاوی نیز در ارزیابی شدت جرایم، معیارهای مقیاس جرایم، دوره‌ی زمانی، و دامنه‌ی جغرافیایی را مورد لحاظ قرار داده بود. (The prosecutor v. Rahim Ademi and Mirko Norac, 2005: para 19)

رویه‌ی دیوان نشان می‌دهد که شعب مقدماتی و دفتر دادستانی، معیار شدت‌مندی را در پرتو مولفه‌های فوق ارزیابی کرده‌اند. به طور کلی، تحقیقات دیوان اغلب مشتمل بر جرایم جنگی و علیه بشریت ارتكاب یافته در خلال درگیری مسلحانه است که در آن میان بیست یا سی جرم جداگانه در یک دوره‌ی زمانی چندماهه تا چند ساله، عموماً توسط گروه‌های سازمان‌یافته‌ی مسلح بصورت خشونت سازمان‌یافته و گسترده ارتكاب می‌یابد. یعنی جرایم، در مقیاس وسیع، شامل تعداد زیادی جرایم، در دوره‌ی زمانی طولانی، و تعداد زیاد قربانی، و در ماهیت وحشتناک شامل شدیدترین اشکال قربانی کردن مانند قتل و تجاوز به عنف است، در روش ارتكاب نیز قسیانه و توام با وحشیگری گسترده و سازمان یافته علیه جمعیت غیرنظامی توسط گروه‌های سازمان یافته با انگیزه تبعیض و اغلب همچنین اشکال توحش استثنایی و تأثیر عمده بر قربانیان و جوامع‌شان، منجر به مرگ یا آسیب شدید هزاران نفر، اغلب تخریب گسترده و اجبار صدها هزار نفر به فرار بوده است. بنابراین، با اعمال تعریف دادستانی از شدت، می‌توان نتیجه گرفت که جرایم مورد بررسی در دیوان بطور جدی شدید هستند. (Ford, 2017:32-36)

اما، این مولفه‌ها در تمامی وضعیت‌ها و قضایا وزن ثابت و یکسانی ندارند و در پرتو شرایط هر قضیه ارزیابی و به کار گرفته می‌شوند. برای مثال، در تصمیم دادستان به عدم تحقیق در خصوص وضعیت عراق این تعداد کم قربانیان بود که مورد توجه دادستان قرار گرفته بود. دادستان اعلام داشت که تعداد قربانیان وضعیت عراق نسبت به سایر وضعیت‌های مورد بررسی که هر کدام مشتمل بر هزاران کشته هستند، کم است (The Office of the Prosecutor, 9 February 2006: 8). با این وجود، در سال ۲۰۱۰ دادستان اعلام نمود که در حال بررسی مقدماتی جرایم جنگی نیروهای کره شمالی در دریای زرد علیه ناو جنگی کره جنوبی است که منجر به غرق شدن

ناو و کشته شدن تعداد معدودی سرنشین آن کشتی شده است<sup>۱</sup> (situation in the republic of Korea, 2014: 3).

در یکی از وضعیت‌های دارفور، با کشته شدن دوازده تن از نیروهای حافظ صلح اعزامی از سوی شورای امنیت ملل متحد در سال ۲۰۰۷، دادستان در ایراد اتهام به فردی به نام ابوگاردا بیان داشت که ایشان با کمک نیروهای تحت کنترلش عامدانه پرسنل، تاسیسات، اموال، واحدها و وسایل نقلیه ای که نیروهای حافظ صلح در جریان ماموریت در اختیار داشتند را به آتش بسته و دوازده نفر از صلح‌بانان را نیز به قتل رسانده و این اقدام صرف نظر از تعداد کم قربانیان آن، تاثیر منفی بر استقرار صلح و امنیت بین‌المللی گذارده و آن را با مخاطره جدی مواجه نموده است. بنابراین با این استدلال، این وضعیت را واجد شدت برای بررسی اعلام نمود (prosecutor v. Bahar Idriss (Abu Garda, No.: ICC-02/05-02/09, Date: 8 Febraary 2010, p. 11). شعبه مقدماتی در این قضیه و در احراز شدت مندی بدون توجه بر موقعیت یا نقش ابوگاردا در ارتکاب جرایم، بر آسیب تحمیل شده بر قربانیان و خانواده‌هایشان و ماهیت رفتار غیرقانونی و ابزاری که در اجرای جرم مورد استعمال قرار گرفته بود، تمرکز نمود.

نیز، دادستان در ایراد اتهام سربازگیری کودکان زیر ۱۵ سال در جریان مخاصمات مسلحانه در جمهوری کنگو علیه ناتاگاندا و لوبانگا، تاثیر جرایم را بر دیگر معیارهای ارزیابی شدت مانند ماهیت جرایم ارتكابی - قتل و تجاوز به عنف نسبت به کودکان - اولویت داد. از دید دادستان استفاده از کودک سربازان یک مساله گسترده‌ای است که تا کنون مورد توجه قرار نگرفته است. او قصد داشت با ایراد چنین اتهامی نوعی هنجارآفرینی کرده و جامعه را متوجه اثرات منفی سربازگیری کودکان کند. به همین دلیل، تلاش نهادها و سازمان‌های غیردولتی برای متوجه کردن دادستان به تجاوزها و قتل‌های واقع شده در جریان مخاصمه مسلحانه، عقیم مانده و دادستان تنها اتهام سربازگیری بعنوان جرم جنگی را به لوبانگا و ناتاگاندا وارد نمود. (صالحی، ۱۳۹۵: ۱۳)

### ۳.۲. گزینش شدیدترین وضعیت‌ها یا قضایا و چالش‌های آن

معیار شدت مندی دو نقش در رژیم حقوقی دیوان ایفا می‌کند. اولین نقش، با عنوان شدت قانونی<sup>۲</sup> بدین معنی است که امکان بررسی وضعیت یا قضیه ای در دیوان وجود دارد که به یک آستانه‌ای از شدت رسیده باشد که اقدام بعدی دیوان را توجیه کند و وضعیت‌ها و قضایای پایین‌تر از آن آستانه،

۱. به دلیل این که مدارکی که نشان دهد حمله به طور مستقیم علیه جمعیت غیرنظامی واقع شده است، بدست نیامد،

دادستان پرونده را بدون بررسی بیشتر مختومه اعلام کرد. (7: Situation in the Republic of Korea, 2014: 7)

2. Legal gravity

اساساً قابلیت طرح در دیوان را ندارد. این آستانه، مطابق مواد ۵۳(ب) و ۱۱۷(د) اساسنامه عبارتست از شدت کافی؛ تا بدین طریق دیوان از بررسی پرونده‌های حاشیه‌ای منع شود. (Situation in the Republic of Kenya, 2010, para56) این نقش از شدت بنیان اساسی و هنجاری برای تعیین صلاحیت موضوعی دیوان و نیز اعمال آن صلاحیت ارائه می‌دهد. بنابراین، صرف وقوع جرایم موضوع مواد ۵ تا ۸ اساسنامه کافی برای احراز صلاحیت دیوان نیست. بلکه می‌بایست آن دسته جرایم به آستانه‌ای از شدت رسیده باشند که اقدام بعدی دیوان را توجیه نماید. نتیجه این که، دیوان صالح برای رسیدگی به شدیدترین جرایم بین المللی یعنی نسل کشی، جرایم علیه بشریت، جرم جنگی و جرم تجاوز است (ماده ۵ اساسنامه). نیز، در اعمال این صلاحیت و برای سنجش شدت کافی، مجموعه‌ای از مولفه‌ها توسط دفتر دادستانی و شعب مقدماتی در وضعیت‌ها و قضایای مورد بررسی به کار گرفته می‌شود. در این مسیر، معیارهای فهرست شده در قاعده ۱۱۴۵ (c) از قواعد دادرسی و ادله‌ی دیوان به عنوان خطوط راهنمای مفیدی برای ارزیابی شدت تلقی شده‌اند.

اما، شدت نسبی<sup>۱</sup> به معنی قدرت تشخیصی دادستان برای گزینش شدیدترین وضعیت از میان وضعیت‌هایی است که به آستانه‌ی شدت رسیده‌اند. این در حالیست که در هیچ جای اساسنامه نیامده است که دادستان اساساً قدرت تشخیصی برای ردّ یک یا چند وضعیت یا قضیه در میان وضعیت‌ها و قضایایی که آستانه‌ی شدت را دارا هستند، داشته باشد. بالعکس، در مواد ۱۵ و ۵۳ اساسنامه آمده است که دادستان می‌بایست پس از احراز مبنای معقول اقدام به تحقیق نماید. با این وجود، برخی معتقدند که آنچه در مواد ۵۳(ب) و ۱۱۷(د) آمده است، بیانگر شدت قانونی و آنچه در ماده‌ی ۵۳(س) آمده است، بیانگر مفهوم شدت نسبی است. (Ambos, 2010:48). رویه‌ی دیوان نیز نشان می‌دهد که دادستان همواره در کار گزینش وضعیت‌هاست. بدین صورت که، در اولین مرحله از مراحل دادرسی یعنی مرحله‌ی بررسی مقدماتی، چنانچه شورای امنیت یا دول عضو مرجع ارجاع کننده‌ی وضعیت باشد، دادستان می‌بایست در صورت احراز مبنای معقول بر مبنای معیار شدت قانونی، وضعیت را مورد بررسی قرار دهد و نمی‌تواند با تکیه بر معیار شدت نسبی یک وضعیت را رد نماید. چرا که فرض بر این است که شورای امنیت یا دول عضو شدت یک وضعیت را احراز و متعاقب آن، وضعیت را به دادستان ارجاع داده‌اند. به عبارت دیگر، احراز شدت نسبی یک وضعیت در احراز مبنای معقول مستتر است. اما اگر دادستان به تجویز ماده ۱۵ اساسنامه، به تشخیص خود درصدد بررسی یک وضعیت باشد، امکان اعمال قدرت تشخیصی بر اساس معیار شدت نسبی را دارد.

1. Relative gravity



اگر چنین نباشد، دادستان در مقابل هر شخص یا سازمانی که وضعیتی را ارجاع می‌دهد منفعل بوده و این باعث اختلال در کارکرد دیوان می‌شود. به عبارت دیگر، اگر وضعیت‌های مورد بررسی، به‌طور نسبی شدت کمتری نسبت به سایر قضایای واقعی یا بالقوه‌ای دارد که در دسترس دیوان است، دادستان می‌تواند بر اساس اطلاعات واصله و ارزیابی جدید آن، تصمیم به عدم بررسی مقدماتی آن وضعیت و عدم احراز مبنای معقول گیرد.

در مرحله‌ی دوم یعنی شروع به تحقیق، بر اساس ماده ۵۳ اساس‌نامه، دادستان این اختیار را دارد که در تفسیر مفهوم منافع عدالت از معیار شدت نسبی استفاده نماید و در تعیین اقتضای عدالت به این نتیجه برسد که تحقیق در خصوص یک وضعیت یا قضیه به دلیل تعارض با منافع عدالت، در مقایسه با سایر وضعیت‌ها یا قضایا شدت نسبی کمتری دارد و با همین مقرر بررسی یک وضعیت را کنار گذارد.

در سومین مرحله یعنی گزینش قضیه نیز شدت نسبی ملاک مهمی در گزینش یک قضیه در میان سایر قضایا است. دادستان می‌بایست تنها قضایی را از دل وضعیت مورد بررسی بیرون کشد که نه تنها به آستانه‌ی شدت برای قابل پذیرش بودن رسیده باشد که در مقایسه با سایر قضایای مورد بررسی، از شدت بیشتری برخوردار باشد. (deGuzman, 2008, p. 1409) بدین ترتیب، دادستان می‌بایست نه تنها پرونده‌هایی که از شدت لازم برخوردار نیستند، کنار زند، با توجه به محدودیت‌های دیوان، پرونده‌های انتخاب شده را نیز بر اساس مقایسه اولویت بندی کند. راهبردی که از آن به سیاست شدیدترین شدیدها تعبیر شده است (ذاکر حسین، ۱۳۹۷: ۹۰).

پیرو این کارکرد از معیار شدت، دادستانی در وضعیت عراق بیان داشت که علی‌رغم این‌که مبنای معقول برای باور به این‌که جرایم جنگی در صلاحیت دیوان رخ داده است، وجود دارد (شدت قانونی)، در مرحله‌ی بعد، به صراحت اعلام کرد که در ارزیابی شدت، ملاحظه‌ی کلیدی تعداد قربانیان جرایم شدید است. به دلیل این‌که تعداد قربانیان جرایم ارتكابی در عراق در مقایسه با سایر وضعیت‌های در حال تحقیق در مقیاس کوچکی رخ داده است، به این نتیجه رسید که وضعیت عراق فاقد شدت است. (ICC-OTP, Statement by Luis Moreno-Ocampo, 9 February 2006: 8) در وضعیت اوگاندا شمالی نیز علی‌رغم این‌که کشتارها و خشونت‌های نیروهای تحت حاکمیت دولت اوگاندا دست کمی از جرایم ارتش مقاومت لرد نداشت، دادستان اظهار نمود که جرایم ارتش مقاومت لرد شدیدتر از جرایم نیروهای حکومت اوگاندا بوده است و به همین دلیل به بررسی جرایم نیروهای حکومت اوگاندا نپرداخت. بدین ترتیب، در وضعیت کشتی مرمه نیز دادستان با مقایسه‌ی وضعیت ارجاعی با سایر وضعیت‌های مشابه به این نتیجه رسید که وضعیت ارجاعی شایستگی بررسی بیشتر ندارد. (ICC-OTP-Statement by Chief

3) Prosecutor Luis Moreno-Ocampo, 14 October 2005: از آن چه در سطور بالا گفته شد، چالش دیگر معیار شدت‌مندی استخراج می‌گردد: نقش دوم این معیار در رژیم حقوقی دیوان، یعنی تفویض اختیار به دادستان برای گزینش شدیدترین وضعیت‌ها در میان وضعیت‌هایی که به آستانه‌ی شدت رسیده‌اند، شائبه‌ی نفوذ دولت‌های قدرتمند برتر دنیا و به سلطه درآوردن دیوان را بیشتر می‌نماید. این‌گونه است که دیوان با اتهام سیاست‌زدگی و مصلحت‌گرایی مواجه است. تعبیر دیوان کیفری بین‌المللی به دیوان آفریقایی به خوبی بیانگر انتقادات وارد بر آن است. این نقش از شدت باعث می‌شود دیوان با اتهام سیاست‌زدگی و مصلحت‌گرایی بیش از پیش مواجه گردد. زیرا تفویض چنین اختیاری باعث می‌شود اعمال نفوذ سیاسی بر دیوان میسر گردد و دیوان تحت نفوذ دولت‌های قدرتمند یا سایر گروه‌هایی قرار گیرد که در تلاش برای استفاده از دیوان بعنوان یک مهره‌ی سیاسی هستند. در زمان تصویب اساس‌نامه نیز، اساساً در خصوص اعطای اختیار به دادستان برای آغاز بررسی یک وضعیت مناقشات بسیار بوده و دول مخالف اعطای این اختیار، از سیاسی شدن دیوان بیم‌ناک بوده‌اند. (Danner, 2003:513).

### نتیجه‌گیری

تاریخ نشان داده است که واضح‌ترین قوانین نیز بی‌نیاز از تفسیر و توضیح نیستند. اساس‌نامه دیوان کیفری بین‌المللی نیز از این قاعده مستثنی نیست و حتی می‌توان آن را در مقایسه با سایر اسناد بین‌المللی قبل از تأسیس دیوان مانند اساس‌نامه‌های دیوان‌های نورنبرگ، رواندا و یوگسلاوی، پیشرو نیز دانست. از جمله‌ی اتهامات اساس‌نامه، عدم تعریف معیار شدت‌مندی است. ذکر این مسئله که وضعیت یا قضیه‌ای قابل پذیرش برای بررسی دیوان است که شدت کافی داشته باشد، تعریفی ناواضح و ناکافی برای تعیین قلمرو و مفهوم معیار شدت‌مندی است. توضیح این معیار با معیارهای ناواضح‌تری مانند نگرانی شدید در وجدان بشری نیز گرهی از مشکل این معیار نمی‌گشاید. گرچه شعب دیوان و دفتر دادستانی برای تعیین مفهوم و قلمرو این معیار به معیارهای مندرج در قاعده ۱۴۵ از قواعد دادرسی و ادله دیوان، توسل جسته و تا حدودی این کاستی را برطرف نموده‌اند، مساله به همین جا ختم نمی‌شود؛ اعلام مولفه‌های احراز معیار شدت‌مندی برای اقناع افکار عمومی و دوری از شائبه‌ی مصلحت‌گرایی و عدم توجه به اجرای عدالت، همواره موفق عمل ننموده و احتمالاً چنین اقناعی حاصل نشده باشد. اگر همزادی مصلحت با عدالت و رد پای قدرت‌های برتر در دیوان قابل مشاهده نبود، طنز تلخ دیوان آفریقایی به جای دیوان کیفری بین‌المللی، بر زبان‌ها جاری نمی‌گشت. رویه‌ی دیوان نشان می‌دهد که گزینش وضعیت‌ها بر اساس معیار شدت، گاهی توأم با ملاحظات سیاسی بوده است. شدید قلمداد نکردن وضعیت عراق در حملات نیروهای



بریتانیایی در سال ۲۰۰۳ در کشور عراق، نیز عدم توجه به وضعیت افغانستان و از دستور کار خارج نمودن آن و بررسی وضعیت دارفور در کشته شدن چند تن از نیروهای حافظ صلح علی‌رغم تعداد کم قربانیان آن وضعیت، از مواردی است که به نظر نگارندگان، نشان‌هایی از مصلحت‌گرایی در آن به چشم می‌خورد. به نظر می‌رسد که مصلحت‌سنجی دیوان در چارچوب قدرت و مناسبات قدرت جهانی و ساختار نابرابر و ناعادلانه‌ی روابط بین الملل و جهان سیاست قابل بررسی باشد که البته این امر خاص دیوان کیفری بین‌المللی نبوده و تمام سازمان‌های بین‌المللی کمابیش درگیر آن هستند. آن‌چه که در رابطه با دیوان کیفری بین‌المللی بیشتر ایجاد حساسیت می‌نماید، پیوند موضوعات تحت صلاحیت دیوان با حاکمیت دولت‌ها و اثرگذاری تصمیمات آن در مشروعیت زدایی از حکومت‌هاست و همین امر دیوان را برمی‌انگیزد تا به مصلحت‌سنجی مبادرت نماید و حتی فراتر از آن نگران زائل شدن اختیار و مشروعیت خود در نتیجه‌ی پرداختن به موضوعات یا صدور آرای باشد که با مخالفت و کارشکنی دولت‌ها به ویژه قدرت‌های بزرگ مواجه شده و سیمای آن را به عنوان یک نهاد بین‌المللی مستقل و بی‌طرف و البته کارآمد مخدوش سازد. به همین دلیل برخی دیوان را ابزاری علیه دولت‌های ضعیف و به ویژه دولت‌های فقیر و ناتوان آفریقا تلقی نموده و شکل نوینی از بازتولید استعمار و روابط استعماری می‌دانند. گزینش‌گری دیوان در پرتو مفهوم شدت نسبی بیشتر نمایان می‌شود؛ شدت نسبی که به معنای اعطای اختیار گزینش یک وضعیت یا قضیه در میان سایر وضعیت‌ها و قضایا به نهاد دادستانی است، قدم در مسیر مصلحت‌سنجی را هموارتر نموده است. بدیهیست گزینش مبتنی بر شدت نسبی بطور مستقیم بر طرز تلقی مخاطبان-متخصصین و عامه- نسبت به مشروعیت یا عدم مشروعیت دیوان تاثیرگذار است و دیوان می‌بایست به گونه‌ای عمل نماید که قدرت همراه کردن افکار عمومی با خود را داشته باشد و بتواند آن را متقاعد سازد. سوای این ملاحظات عملی، از چالش‌های نظری معیار شدت‌مندی نمی‌توان غافل بود. این چالش‌ها، معیار شدت‌مندی را در رساندن دیوان به اهدافش با دشواری مواجه می‌نماید. مبانی سزادهی، فایده‌گرایی و عدالت ترمیمی به شرح پیش گفته هر کدام دارای اصول و مبانی‌ای هستند که معیار شدت‌مندی نمی‌تواند آن را محقق سازد. حل چالش‌های نظری شاید کمی مبالغه و آرمانی و اساساً غیرقابل اجتناب باشد، اما اشکالات عملی را می‌توان رفع کرد. انتظار می‌رود نهاد قضایی دیوان مستقل و در چارچوب اهدافش عمل نماید و در اتخاذ تصمیمات خود تحت‌تأثیر قدرت‌های برتر نباشد.

## منابع

- اردبیلی، محمدعلی، وحید دستجردی، فاطمه (۱۳۹۷). «اهداف نظام کیفری بین‌المللی در اسناد و رویه دادگاه‌های کیفری بین‌المللی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۸۱، ص ۸۷-۶۵.
- جعفری، فریدون (۱۳۹۲)، «ارزیابی چالش‌های نظری و فلسفی دیوان کیفری بین‌المللی»، مجله مطالعات راهبردی سیاست‌گذاری عمومی (مطالعات راهبردی جهانی شدن)، شماره ۱۱، دوره ۴، تابستان، ص ۱۰۸-۷۳.
- جعفری، فریدون (۱۳۹۰)، دیوان کیفری بین‌المللی و جهانی سازی حقوق کیفری، چاپ اول، تهران: انتشارات میزان.
- جوان جعفری، عبدالرضا، ساداتی، محمد جواد (۱۳۹۰)، «از سزاگرایی کلاسیک تا سزاگرایی نوین (ارزیابی اندیشه‌ی سزاگرایی)»، مجله آموزه های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۲، پاییز و زمستان، ص ۱۴۸-۱۱۹.
- ذاکرحسین، محمدهادی (۱۳۹۷)، «نظریه‌ی تعقیب موضوعی به عنوان معیار سنجش شدت و اهمیت موضوع قابل تعقیب در دیوان کیفری بین‌المللی»، مجله مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره ۴۸، شماره ۱، بهار و تابستان، ص ۱۰۶-۸۵.
- شریعت باقری، محمدجواد (۱۳۷۷)، «نگاهی به اساس‌نامه دیوان کیفری بین‌المللی»، مجله دیدگاه‌های حقوقی، شماره ۱۲، ص ۱۰۹-۷۷.
- صابر، محمود، صادقی، آزاده (۱۳۹۴)، «بررسی معیار آستانه‌ی شدت برای تعقیب جنایات در دیوان کیفری بین‌المللی؛ با نگاهی بر دیگر دادگاه‌های بین‌المللی»، مجله حقوق تطبیقی، دوره ۶، شماره ۲، پاییز و زمستان، ص ۶۵۰-۶۲۷.
- صالحی، جواد، فاخری، نریمان (۱۳۹۳)، «رویه شعب بدوی و تجدیدنظر دیوان کیفری بین‌المللی در اصلاح اتهامات لوبانگا: از هماهنگی تا تعارض میان آیین‌نامه دیوان با اساس‌نامه رم»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۵۱، پاییز و زمستان، ص ۲۰۴-۱۸۳.
- صالحی، جواد (۱۳۹۵)، «رویه قضایی دادگاه‌های بین‌المللی کیفری در مواجهه با جرایم جنسی علیه کودک سربازان دختر»، مجله رفاه اجتماعی، سال شانزدهم، شماره ۶۱، ص ۳۹-۹.
- غلامی، حسین، رستمی‌غازانی، امید (۱۳۹۲)، «زمینه‌های عدالت ترمیمی در اساس‌نامه دیوان کیفری بین‌المللی» مجله پژوهش حقوق کیفری، سال دوم، شماره چهارم، پاییز، ص ۶۴-۳۳.
- Amann, Diane Marie (2002), Group Mentality, Expressivism, and Genocide, International Criminal Law Review, **Kluwer Academic Publishers.**

- Ambos, Kai (2010), The Colombian peace process and the principle of complementarity of the International Criminal Court: An inductive situation based approach. **Springer, Berlin.**
- Claire Garbett (2017), The International Criminal Court and restorative justice: victims, participation and the processes of justice, *Restorative Justice, Journal restorative justice an international journal*, <https://doi.org/10.1080/20504721.2017.1339953>.
- Danner, Allison Marston (2003), Enhancing the Legitimacy and Accountability of Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court, **The American Journal of International Law 97(3).**
- deGuzman, Margaret (2015), What is the Gravity Threshold for an ICC Investigation? Lessons from the Pre-Trial Chamber Decision in the Comoros Situation, **American Society of international law**, Issue 19, Volume 19.
- deGuzman, Margaret (2012), Choosing to Prosecute: Expressive Selection at the International Criminal Court, **Michigan Journal of International Law**, vol. 33.
- deGuzman, Margaret (2008), Gravity and the Legitimacy of the International Criminal Court, **Fordham International Law Journal**, Volume 32, Issue 5.
- Drumbl, Mark, Atrocity (2007), Punishment and International Law, **Washington & Lee Public Legal Studies Research Paper Series, Published by Cambridge University Press.**
- Ford, Stuart (2017), What Investigative Resources Does the International Criminal Court Need to Succeed?: A Gravity-Based Approach, **Washington University Global Studies Law Review**, Volume 16 | Issue 1.
- Lattanzi, Flavia (2010), Concurrent jurisdictions between primacy and complementarity. In: Belleli R (ed) *Law and Practice from the Rome Statute to its review*, **Routledge, Oxon.**
- Malu, Linus (2019), the international criminal court and peace processes Cote d'Ivoire, Kenya and Uganda, *Palgrave Studies in Compromise after Conflict*, **Palgrave Macmillan, Cham**, [https://doi.org/10.1007/978-3-030-19905-0\\_5](https://doi.org/10.1007/978-3-030-19905-0_5).
- O'Brien, Melanie (2012), Prosecutorial Discretion as an Obstacle to Prosecution of United Nations Peacekeepers by the International Criminal Court The Big Fish/Small Fish Debate and the Gravity Threshold, **Journal of international criminal justice.**
- Sloane, Robert (2006), The Expressive Capacity of International Punishment, **Columbia Public Law & Legal Theory Working, Nellcon Legal Scholarship Repository.**
- Nzelibe, Jibe, Ku, Julian (2006), Do International Criminal Tribunals Deter or Exacerbate Humanitarian Atrocities? **Washington University Law Review**, Vol . 84, Issue. 4, No. 4.



## Documents

- International criminal tribunal for the former Yugoslavia, The prosecutor v. Rahim Ademi and Mirko Norac, 2005
- Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor, Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor September 2003
- Pre-Trial Chamber III, (3 October 2011) 'Situation in the Republic of Côte d'Ivoire, Corrigendum to "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire"' ICC-02/11-14-Corr
- Pre-Trial Chamber I, (16 July 2015) 'Situation on Registered Vessels of the Union of the Comoros, The Hellenic Republic of Greece and the Kingdom of Cambodia, Decision on the request of the Union of the Comoros to review the Prosecutor's decision not to initiate an investigation' ICC-01/13-34
- Pretrial chamber 1, (30 September 2008), Situation in the Democratic Republic of the Congo, in the case of prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, No.: ICC-01/04-01/07
- Pre-Trial Chamber II, (31 March 2010) 'Situation in the Republic of Kenya, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya' ICC-01/09-19
- pre-trial Chamber 1, (2006) "Situation in the Democratic Republic of Congo in the case of the prosecutor versus Thomas Lubanga Dayilo", available at: [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int)
- Situation in the Democratic Republic of Congo, Judgment on the Prosecutor's Appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled 'Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58', 13 July 2006, ICC-01/04-169
- Situation on Registered Vessels of Comoros, Greece and Cambodia Article 53(1) Report, 6 November 2014
- Situation in Darfur, (8 February 2010), Sudan, in the case of The Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda ICC-02/05-02/09
- The office of prosecutor, (2011), Policy Paper on Preliminary examinations, available at: [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int)
- The office of prosecutor, (2005) Luis Moreno-Ocampo, Informal meeting of Legal Advisors of Ministries of Foreign Affairs, 24 October
- The office of prosecutor, (2012), Policy Paper on Preliminary examinations, available at: [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int)
- The office of prosecutor, (2010), Policy Paper on Preliminary examinations, available at: [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int)
- The office of prosecutor, (2003), Policy Paper on Preliminary examinations, available at: [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int)



- The office of prosecutor ,(2006), Policy Paper on Preliminary examinations, available at: [www. icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int)
- The office of prosecutor ,(2016), Policy Paper on Preliminary examinations, available at: [www. icc-cpi.int](http://www. icc-cpi.int)
- The office of prosecutor, Situation in the Republic of Korea Article 5 Report, June 2014
- The Office of the Prosecutor ,Statement by chief prosecutor Luis Moreno-Ocampo, 9 February 2006
- The Office of the Prosecutor ,Statement by Chief Prosecutor Luis Moreno-Ocampo, 14 October 2005
- The Office of the Prosecutor, 'Response to Communications Received Concerning Iraq', 9 February 2006