

مطالعات حقوق تطبیقی

دوره ۶، شماره ۲

پاییز و زمستان ۱۳۹۴

صفحات ۶۲۷ تا ۶۵۰

بررسی معیار آستانه شدت برای تعقیب جنایات در دیوان کیفری بین‌المللی؛ با نگاهی بر دیگر دادگاه‌های

بین‌المللی

محمود صابر*

استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه تربیت مدرس

آزاده صادقی

دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه تربیت مدرس

(Email: sadeghiazade@yahoo.Com)

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۷/۱۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۳/۱۱/۱۹)

چکیده

یکی از مباحثی که توانسته است جایگاه درخور تأملی در دیوان کیفری بین‌المللی کسب کند، آستانه شدت مقرر در بند ۱(د) ماده ۱۷ اساسنامه است. این مفهوم از هنگام درج در اساسنامه تاکنون چالش‌هایی مانند نداشتن تعریف در اساسنامه و نبود معیارهایی برای تحقق آن را در پی داشته است. با توجه به اینکه آستانه شدت جزئی از مکانیسم قابلیت پذیرش است، وجود این ابهام‌ها می‌تواند در کارکرد و مشروعیت دیوان به‌عنوان اولین نهاد کیفری دائمی بین‌المللی اختلال ایجاد کند. از این‌رو، در نوشتار حاضر تلاش شده است با مطالعه مفهوم شدت در دادگاه‌های کیفری بین‌المللی و به‌طور خاص آستانه شدت در دیوان، اجمال از این مفهوم برداشته شود. معیارهای این مفهوم و نقش آن در وضعیت‌های مطرح‌شده در دیوان نیز بررسی گردیده است. سرانجام، لزوم شفاف‌سازی در خصوص آستانه شدت با توجه به وجود ملاحظات سیاسی در برداشت از آن، به‌طور جدی احساس می‌شود.

واژگان کلیدی

آستانه شدت، تعقیب جنایات بین‌المللی، دیوان کیفری بین‌المللی، صلاحیت تکمیلی، قابلیت پذیرش.

مقدمه

در مقدمه و ماده ۱ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی اعلام شده است برای اینکه شدیدترین جنایت‌ها که موجب اضطراب جامعه بین‌المللی می‌شوند بدون مجازات نمانند، دیوانی با صلاحیت دائمی تشکیل می‌شود. لذا آرمان طراحان اساسنامه، تعقیب و مجازات شدیدترین جرائم بین‌المللی بوده است. در آغاز، تصور بر این بود که با تحدید صلاحیت موضوعی دیوان به چهار جنایت (نسل‌کشی، جنایت علیه بشریت، تجاوز و جنایت جنگی)، دسترسی به این آرمان امکان‌پذیر شده است. با این وصف، نکته جالب اینکه طراحان به شدید بودن همین جرائم توجه و تأکید داشته‌اند. این امر بیانگر آن است که دیوان به مسئله تحدید و تعریف جنایات بین‌المللی بسنده نکرده و مفهوم دیگری از شدت را نیز برای تضمین دستیابی به اهداف خویش مطرح ساخته است. بر این اساس، دیوان برداشت دیگری را با عنوان «شدت کافی» (Sufficient Gravity) یا به عبارت بهتر «آستانه شدت» (Gravity threshold) در بند ۱(د) ماده ۱۷ اساسنامه و در مبحث قابلیت پذیرش دعوا وارد کرده است. ورود این مفهوم در اساسنامه دیوان بدون ارائه تعریف و معیارهای صریح، آن را در هاله‌ای از ابهام قرار داده است؛ تا آنجا که دفتر دادستانی دیوان در یکی از گزارش‌های خویش آن را به‌عنوان اولین چالش پیش روی دیوان مطرح، و به این ترتیب نگرانی خود را در خصوص آن آشکار کرده است (Pre-trial Chamber 1, 2006, p. 2). بنابراین، نارسایی قوانین و مواد اساسنامه در ارائه تعریف جامع و مانعی از این مفهوم بااهمیت و در عین حال، تأکید بر تحقق آن به‌عنوان یک شرط برای پذیرش وضعیت و پرونده در دیوان در موارد متعدد گویای ضرورت پژوهش در خصوص آن می‌باشد. نکته قابل توجه آنکه در حقوق داخلی، الزامی بودن تعقیب، اصل حاکم بر تعقیب کیفری شمرده شده، به تبع آن معیار شدت نیز در این نظام‌ها قابلیت طرح نخواهد داشت. باوجوداین، استفاده از نهادهایی همچون تعلیق تعقیب گامی در جهت تعدیل اصل الزامی بودن تعقیب کیفری به‌شمار می‌رود. اما این جلوه‌ها که در حقوق داخلی به مفید یا مقتضی بودن تعقیب تعبیر می‌شوند، صرفاً به جرائم کم‌اهمیت اختصاص دارند و اصولاً در جرائم سنگین و جنایی امکان توسل به این نهادها وجود ندارد و تعقیب در هر شرایطی الزامی است.

مسئله اصلی در پژوهش حاضر این است که آستانه شدت چه جایگاهی در دیوان کیفری بین‌المللی و پرونده‌های مطرح‌شده در آن دارد؟ پاسخ به این پرسش مستلزم بررسی این مفهوم پرتنش و در عین حال بااهمیت و نقش آن در رویه دیوان کیفری

بین‌المللی با نگاهی به محاکم مشابه می‌باشد.

بر همین اساس، در بخش آغازین به پیشینه، در دومین بخش به تعریف این مفهوم و در سومین بخش به ارائه معیارهای مطرح‌شده از سوی دفتر دادستانی و شعبه مقدماتی دیوان و در بخش‌های چهارم و پنجم نیز به ترتیب به بررسی مقام صلاحیت‌دار در تعیین این معیار و مراحل تعیین آن می‌پردازیم. در ششمین بخش، تحلیل آستانه شدت در پرونده‌های دیوان و در نهایت نتایج حاصل از پژوهش ارائه خواهد شد.

پیشینه آستانه شدت با نگاهی بر دادگاه‌های کیفری بین‌المللی

شدت جرائم ارتكابی آلمان‌ها در جنگ جهانی دوم موجب شد که جهانیان متقاعد شوند و دادگاه بین‌المللی نورمبرگ را برای رسیدگی کیفری به این جرائم اختصاص دهند. بنابراین، به‌نظر می‌رسد تأسیس نخستین دادگاه کیفری بین‌المللی واکنشی در برابر شدت جرائم بود. به عبارت دیگر، کشورهای هم‌چون آمریکا پذیرفتند که در آن دوران با وجود ابهام‌هایی در رکن قانونی جرم علیه بشریت در حقوق بین‌الملل، امکان تعقیب مرتکبان این جرائم به دلیل شدت جرائم ارتكابی وجود دارد (DeGuzman, 2004, p. 1402-1403). درست به همین دلیل بود که برگزارکنندگان دادگاه نورمبرگ در پاسخ به اعتراض متهمان این دادگاه مبنی بر ایراد اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها، به مفهوم شدت توسل جستند.

در آن زمان احساس نیاز به تعریف شدت و جرائم شدید به‌ندرت احساس می‌شد؛ چراکه به قول رئیس دیوان عالی آمریکا «ما آن‌ها (شدیدترین جرائم) را می‌شناسیم زمانی که آن را می‌بینیم». لذا ارائه مفهومی از میزان شدت جرائم برای قضاوت حقوقی، وابسته به احساسات جامعه بین‌المللی بود. البته بر مبنای قانون شماره ۱۰ شورای نظارت برلین، در خصوص جرائم جنگی کم‌اهمیت‌تر و جز در خصوص افرادی که دادگاه نورمبرگ عهده‌دار محاکمه آن‌ها شده بود، دادگاه‌های نظامی وابسته به دولت‌های فاتح مستقر در نورمبرگ عهده‌دار محاکمه بودند. این محاکم برخلاف دادگاه نورمبرگ که صرفاً به محاکمه ۲۲ تن از مقامات عالی‌رتبه دولت آلمان پرداخت، بیش از یک‌هزار محاکمه موردی انجام دادند (صابر، ۱۳۸۸، ص ۳۲). به این ترتیب ملاحظه می‌شود که با وجود تصریح نداشتن به مفهوم آستانه شدت، عملاً در اولین دادگاه کیفری بین‌المللی

نیز این امر به نوعی مراعات شده است.

بعد از جنگ جهانی دوم، کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل متحد مأموریت یافت تا در خصوص امکان تأسیس یک دادگاه کیفری بین‌المللی دائم به تحقیق بپردازد. با وجود این، بنابر دلایل متعدد، این موضوع تا مدت‌ها امکان اجرایی نیافت. در این دوران، جنایات اتفاق افتاده در یوگسلاوی سابق و رواندا و ... که موجب تشکیل دادگاه‌های کیفری بین‌المللی شد، زنگ خطری را به صدا درآورد که بر اساس آن نیاز ضروری به تشکیل دادگاهی دائم برای برخورد با شدیدترین جرائم ایجاد شد. این دادگاه‌ها نیز برای توجیه صلاحیت خویش به شدت جرائم ارتكابی تکیه کرده، با استناد به عباراتی همچون «شدیدترین جرائم» (Most Serious crimes) و «قساوت بسیار زیاد» (Mass atrocities) حکم به مجازات می‌دادند. بنابراین، عامل شدت همواره کلیدی‌ترین رکن در تشکیل دادگاه‌های بین‌المللی بود تا آنجا که حتی دادگاه کیفری بین‌المللی رواندا در تعریف جرائم جنگی، مفهوم شدت را به‌عنوان امری تعیین‌کننده به حساب آورده است (DeGuzman, 2012, p. 12-14). بنابراین، این مفهوم نقش بنیادینی هم در تشکیل دادگاه‌های کیفری بین‌المللی و هم مسائل ماهوی و شکلی آن‌ها ایفا کرده است.

با وجود این، هر چند دادگاه‌های یادشده به صورت موردی به شدیدترین جرائم ارتكابی رسیدگی می‌کردند، مفهوم آستانه شدت و به‌طور کلی مکانیسم قابلیت پذیرش در آن‌ها به‌طور خاص مطرح نشده است، ولی این مفهوم در بطن تمامی جرائم ارتكابی قابل رؤیت بود. از سوی دیگر، با توجه به وجود اصل موقعیت داشتن تعقیب در دو دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی و رواندا، و به تبع آن، اختیار عدم تعقیب برای دادستان، بنابر برخی جهات، امکان عدم تعقیب برخی جرائم به لحاظ نداشتن شدت مورد نظر وجود داشت.

در مجموع، تا پیش از تأسیس دیوان کیفری بین‌المللی، عامل تشکیل کلیه دادگاه‌های کیفری بین‌المللی، شدت جرائم ارتكابی و کشته شدن صدها، هزاران و میلیون‌ها انسان بود. طرح مفهوم آستانه شدت به‌طور خاص به سال ۱۹۹۲ م برمی‌گردد. در آن سال، اعضای کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل متحد در تبادل نظر درباره صلاحیت موضوعی دیوان، آستانه شدت را برای اولین بار بررسی کردند (Schabas, b (2008, p. 736). در این فضا، اعضا به‌دنبال توافق بر سر صلاحیت موضوعی دیوان بودند. یکی از پیشنهادها، محدود کردن صلاحیت موضوعی دیوان به‌گونه‌ای بود که تنها

دربدارنده جرائمی باشد که شدت آن مورد توافق سازمان ملل است. در این میان، پیشنهاد نماینده آمریکا مبنی بر اینکه دیوان باید صلاحیت داشته باشد که از اعمال صلاحیت خویش بر مبنای شدت ناکافی خودداری کند، با اقبال فراوانی روبرو شد. چراکه بسیاری نگران این مسئله بودند که بدون چنین مفهومی دیوان پر از پرونده‌های کم‌اهمیت می‌شود و آرزوی کشورها در تعقیب جنایتکاران بزرگ بین‌المللی نافرجام خواهد ماند. اما با پذیرش مسئله شدت و به دنبال آن تمرکز دیوان بر شدیدترین جرائم بین‌المللی، منابع محدود در دسترس دیوان نیز به خوبی مدیریت می‌شوند (War Crime Research Office, 2008, p. 12-14). بنابراین، برخی کشورها با رویکردی واقع‌گرایانه مفهوم نوینی ارائه دادند که تا پیش از این در رویه دادگاه‌های کیفری بین‌المللی سابقه نداشته است.

برخی از اعضا نیز با گنجاندن این مفهوم در دیوان مخالفت کردند؛ با این استدلال که نیازی نیست که شدید نبودن، معیاری برای رد قابلیت پذیرش باشد، بلکه تشخیص این موضوع که جرم در صلاحیت دیوان است یا خیر، کافی است (War Crime Research Office, 2008, p. 16) به عبارت دیگر، از دید این دسته از اعضا، ارائه تعریف دقیق از جرائم مشمول دیوان برای وارد نشدن جرائم دیگر که شدت مناسبی ندارند، کافی است و نیازی به ارائه مفهومی جدید نیست که موجب ناهماهنگی‌ها و نارسایی‌ها در کارکرد دیوان شود.

در پیش‌نویس سال ۱۹۹۴م، اعضا موافقت کردند که صلاحیت رسیدگی دیوان هم به جرائم عرفی بین‌المللی (Core crimes) و هم جرائم معاهده‌ای (Treaty crime) معطوف باشد؛ وانگهی، با وجود مخالفت عده‌ای از اعضا، مفهوم شدت کافی را نیز در قالب ماده ۳۵ پیش‌نویس^۱ به‌عنوان یکی از مکانیسم‌های قابلیت پذیرش - برای تحدید صلاحیت دیوان به شدیدترین جرائم و لزوم مدیریت منابع محدود آن - گنجانده (DeGuzman, 2008, p. 1420-1423). سرانجام، کنفرانس رم و اساسنامه نهایی

۱. ماده ۳۵ پیش‌نویس: «دیوان ممکن است بر اساس تقاضای متهم یا درخواست دولت ذی‌نفع در هر زمان قبل از شروع محاکمه یا در جریان آن با توجه به هدف این اساسنامه که در مقدمه ذکر شده است، تصمیم گیرد که قضیه بر این اساس که جرم مورد بحث از شدت کافی برای توجیه اقدام بعدی توسط دیوان برخوردار نیست، غیرقابل پذیرش است».

صلاحیت موضوعی دیوان به جرائم عرفی بین‌المللی محدود گشت، اما مفهوم آستانه شدت- که در آغاز در فضایی مطرح شد که صلاحیت دیوان بسیار گسترده‌تر از صلاحیت نهایی‌اش بود- به چالش کشیده نشد و معیار شدت جرم، بدون تغییر در قالب بند ۱(د) ماده ۱۷ اساسنامه رم باقی ماند.

ماندن این مفهوم در اساسنامه و تغییر نکردن آن بدون شک توجیهاتی داشته است؛ برای نمونه، درج چنین مفهومی در اساسنامه، رویکردی واقع‌گرا و در مسیر مدیریت منابع محدود دیوان شمرده می‌شود. به این سبب، ورود معیار آستانه شدت در اساسنامه و از طریق آن اختصاص منابع محدود دیوان برای رسیدگی به شدیدترین جرائم، این مزیت را خواهد داشت که دیوان با تمرکز بر این جرائم بهتر بتواند به هدف بازدارندگی و پیشگیری جامه عمل بپوشاند (Rastan, 2007, p. 6). همچنین، دیوان با هدایت کشورها به سوی تعقیب جرائم کم‌اهمیت‌تر در قلمرو قضایی خویش، بر حاکمیت کشورها هم مهر تأیید می‌زند و نگرانی آن‌ها را برطرف می‌کند (Murphy, 2006, p. 286). بنابراین، به نظر می‌رسد دلایل یادشده از جمله مهم‌ترین عوامل برای توجیه ورود این مفهوم در اساسنامه و حذف نشدن آن با وجود تحدید صلاحیت موضوعی دیوان باشد.

تعریف و جایگاه مفهوم آستانه شدت^۱

هر زمان که وضعیتی از سوی دولت‌ها، شورای امنیت یا به ابتکار دادستان شناسایی

۱. در دیوان اروپایی حقوق بشر نیز مفهومی مشابه آستانه شدت با نام محرومیت غیرمهم «Significant Disadvantage» به‌عنوان یکی از اجزای مکانیسم قابلیت پذیرش آمده است. مقصود از گنجاندن این معیار جدید، رسیدگی نکردن به پرونده‌هایی است که در آن‌ها نقض کنوانسیون رخ می‌دهد، اما به محرومیت شدید و مهم منجر نمی‌شود. درحقیقت، رکن اصلی این مکانیسم جدید قابلیت پذیرش، این موضوع است که آیا متقاضی دچار محرومیت شدید شده است یا خیر (Egili, 2008, p. 16-17). همان‌طور که آشکار است پذیرش چنین معیاری برای متقاضیان محدودیت‌زا است، ولی عامل توجیه‌کننده آن تمرکز دیوان بر مأموریت اصلی خویش در حمایت از حقوق بشر در سطح اروپایی آن است. درواقع، محرومیت جدی مبتنی بر این ایده است که نقض یک حق هر چند از دید حقوقی صرف رخ داده است، بایستی به اندازه کافی شدید و جدی باشد تا بتواند شایستگی رسیدگی در دیوان اروپایی حقوق بشر را به‌دست آورد. تشخیص آن نیز امری موضوعی و با توجه به اوضاع و احوال مربوط به آن دعوا و درک شخصی متقاضی صورت می‌گیرد (New admissibility Criterion under Article 35 § 3 (b) of the convention, 2012, p. 3-4).

شود، دادستان دیوان برای تصمیم‌گیری در خصوص تعقیب کردن یا نکردن آن وضعیت، می‌بایست مبنای معقولی را برای انجام تحقیق و تعقیب به‌دست آورد. در راستای رسیدن به این امر، سه مرحله را باید پشت سر گذاشت: در گام اول، دیوان به مسائل صلاحیتی، یعنی صلاحیت موضوعی، زمانی و شخصی می‌پردازد و در صورتی که وضعیت موردنظر از صافی صلاحیت عبور کند، نوبت به گام بعدی می‌رسد (کیتیچایساری، ۱۳۸۷، ص ۵۴). در این مرحله که قابلیت پذیرش (Admissibility) نام دارد، دیوان از دو جنبه وضعیت را بررسی خواهد کرد: اول، از حیث صلاحیت تکمیلی (Complimentary)؛ به این مفهوم که آیا وضعیت موردنظر از سوی کشور صالح تعقیب شده است یا خیر و در این صورت آیا کشور موردنظر تمایل به رسیدگی دارد و یا اینکه قادر به رسیدگی است یا خیر (شبت، ۱۳۸۴، ص ۲۲۱). دوم، از حیث داشتن شدت کافی یا آستانه شدت؛ به این مفهوم که قضیه موردنظر برای اینکه از سوی دیوان پذیرفته شود، باید دارای درجه‌ای از شدت باشد که دخالت دیوان را توجیه کند (صابر، ۱۳۸۸، ص ۸۸). بر اساس بند ۱ (د) ماده ۱۷ اساسنامه دیوان، اگر موضوع چنان اهمیت و شدتی نداشته باشد که اقدام دیگری از سوی دیوان را توجیه کند، قضیه غیرقابل پذیرش است. همچنین، برابر بند ۱ (ج) و ۲ (ج) ماده ۵۳ اساسنامه، گاهی با وجود اهمیت و شدت جرم و منافع بزه‌دیدگان، دلایل مقتضی وجود دارد که شروع به تحقیق در راستای اجرای عدالت نیست.

بر این اساس، این امر که آیا جرم موردنظر شدت کافی را برای توجیه دخالت دیوان دارد یا خیر، از مسائلی است که در مرحله دوم می‌بایست بررسی شود. متأسفانه، اساسنامه با اینکه آستانه شدت را جزء یکی از شرط‌های تحقق قابلیت پذیرش قرار داده، اما آن را هیچ‌جا تعریف نکرده است. افزون‌براین، در آیین دادرسی و ادله دیوان نیز به این موضوع اشاره نشده است. پس از احراز قابلیت پذیرش، در گام بعدی، دیوان به بررسی منفعت عدالت در قضیه موردنظر می‌پردازد و در صورتی که وجود آن نیز احراز شود، به این نتیجه می‌رسد که مبنای معقولی برای شروع تعقیب وجود دارد (شبت، ۱۳۸۴، ص ۹۲). از آنچه گفته شد روشن می‌شود که آستانه شدت جزء ضروری از فرایند تعقیب در دیوان شمرده می‌شود و به این ترتیب نقش انکاری‌ناپذیری در سیستم تعقیب

دیوان کیفری بین‌المللی برعهده دارد.^۱ اما باید به این حقیقت معترف بود که آستانه شدت از قابلیت تفاسیر متعددی برخوردار است و همین امر خود موجب ارائه معیارهای گوناگون و گاه متعارض شده است. از این‌رو، در ادامه، تلاش بر این خواهد بود تا معیارهایی که تاکنون در خصوص این مفهوم ارائه شده است، موضوع بحث قرار گیرد تا بتوان تفسیر دقیقی به‌دست داد.

معیارهای ارائه‌شده پیرامون آستانه شدت

دفتر دادستانی دیوان و شعبه مقدماتی هریک به‌طور جداگانه معیارهایی را که از نظرشان می‌تواند نشان‌دهنده وجود شدت کافی باشد، ارائه کرده‌اند.

۱. معیار ارائه‌شده از سوی دفتر دادستانی دیوان

۱.۱. معرفی معیار

دفتر دادستانی به‌عنوان نهاد مسئول تعقیب کیفری در دیوان برای روشن شدن مفهوم آستانه شدت معیارهایی را معرفی کرده است. در گزارش ۲۰۰۳م، تنها به بیان آستانه شدت به‌مثابه یکی از مکانیسم‌های قابلیت پذیرش بسنده شده است (Paper on some policy issues before the office of the prosecutor, 2003, pp.7-8). در سال ۲۰۰۶م، دفتر دادستانی چهار معیار «درجه و میزان جرم»، «تأثیر جرم»، «شیوه ارتکاب جرم» و «ماهیت جرم» را برای تحقق مفهوم آستانه شدت مطرح نموده و در همین سال دفتر به بیان این چهار معیار پرداخته، ولی جزئیات آن‌ها را تشریح نکرده است (Report on the activities performed during the first three years, 2006, P.6). این موضع دیوان تا سال ۲۰۱۰م همچنان ادامه داشت تا اینکه در همین سال در گزارش خود از موضع پیشین فاصله گرفته و به توضیح هریک از این معیارها پرداخته است که به آن‌ها اشاره می‌شود (Policy Paper on Preliminary examinations, 2010, p.13-14).

۱. البته بر اساس این شرط ممکن است جنایتی بدون مجازات باقی بماند؛ به این ترتیب که از یک‌سو آستانه شدت لازم برای پذیرش در دیوان را کسب نکند و از سوی دیگر دستگاه قضایی دولت نیز مایل به رسیدگی به آن جنایت نباشد؛ در این صورت، وجود چنین شرطی شاید مانعی در راه اجرای عدالت بین‌المللی تلقی شود.

نخست، درجه و میزان جرم (Scale of crime). تعداد بزه‌دیدگان مستقیم و غیرمستقیم جرم، مقدار آسیب حاصل از جرم و به‌ویژه آسیب‌های جسمانی می‌تواند سنجه مناسبی در تخمین درجه و میزان جرم به حساب آید. همچنین، گستره جغرافیایی و زمانی جرائم ادعایی را نیز نباید از نظر دور داشت. در واقع، این مسئله که جرائم موردنظر در یک دوره زمانی کوتاه رخ داده‌اند، اما درجه شدت بسیار بالایی داشتند و یا اینکه باوجود اینکه شدت بسیار بالایی نداشتند، در طول یک دوره طولانی ارتکاب یافته‌اند، در تعیین درجه و میزان جرم دارای اهمیت است.

دوم، ماهیت جرم (Nature of crime). در خصوص این معیار می‌توان به ارکان خاص هریک از جرائم مشمول صلاحیت دیوان اشاره کرد؛ برای نمونه، ارکان قتل، تجاوز به عنف و دیگر جرائم جنسی یا خشونت جنسی و جرائم ارتكابی علیه کودکان یا اعمال شرایط زندگی بر جامعه‌ای به هدف از بین بردن آن.

سوم، شیوه ارتکاب جرم (The manner of commission of the crimes). ابزارهایی که از طریق آن جرم ادعایی ارتکاب یافته است، می‌تواند در تشخیص وجود این فاکتور مؤثر باشد؛ برای نمونه، ممکن است در ارتکاب این جرائم از خشونت جنسی و تجاوز به عنف که اصولاً درجه شدت را بالا می‌برند، استفاده شود. همچنین، این مسئله که جرم موردنظر برنامه‌ریزی شده و حاصل یک سیاست از طرف گروه خاصی است، در این معیار نقش اساسی برعهده دارد. افزون‌براین، در صورتی که مرتکب جرم با سوء استفاده از قدرت، رفتارهای مجرمانه را انجام داده باشد، می‌تواند قرینه‌ای برای شدت جرم شمرده شود. وجود انگیزه‌های خاص در ارتکاب جرم نیز از دیگر مسائلی است که می‌تواند کمک مناسبی در تعیین درجه شدت جرم باشد.

چهارم، تأثیر ارتکاب جرم (Impact of crime). این امر از طریق محاسبه پیامدهای حاصل از ارتکاب جرم بر جامعه محل وقوع جرم یا جامعه بین‌المللی قابل ارزیابی است. مسائلی همچون پیدایش دگرگونی‌های اقتصادی و تخریب‌های محیط زیستی و اجتماعی که به صورت طولانی‌مدت پس از ارتکاب جرم پایدار می‌مانند (Policy Paper on Preliminary examinations, 2012, p.13-14). افزون‌براین، جرائمی که مقصود از آنها گسترش ترس و وحشت در میان شهروندان است یا جرائمی که قابلیت آسیب‌پذیری شهروندان را افزایش می‌دهد نیز نشان‌دهنده پیامدهای منفی ارتکاب جرم هستند.

در گزارش‌های صادره از سوی دفتر دادستانی در سال‌های بعد، یعنی ۲۰۱۱ و ۲۰۱۲م، بار دیگر بر همین معیارها به‌عنوان معیارهای احراز آستانه شدت تأکید شده، ولی جزئیات بیشتری در خصوص آن ارائه نشده است. تکرار این معیارها و عدول نکردن از هیچ‌یک از آن‌ها در مجموع نشان می‌دهد دفتر دادستانی تفکر واحدی را در تحقق آستانه شدت برگزیده است و در همه دعاوی و پرونده‌های ارجاعی به دیوان، این چهار معیار را در تشخیص قابلیت پذیرش به‌کار می‌بندد.

می‌توان از نحوه نگارش دفتر دادستانی در خصوص این معیارها استنباط کرد که این‌ها تمثیلی هستند و می‌توان معیارهای دیگری را در تشخیص آستانه شدت دخالت داد و از آن‌ها برای احراز این مفهوم استفاده کرد (El Zeidy, 2009, p.43-44). پیرو این سیاست تعقیبی، دفتر دادستانی اعلام کرده است که برای تحقق آستانه شدت نه‌تنها باید رفتار تشکیل‌دهنده جرم را بررسی کرد، بلکه باید درجه مشارکت در ارتکاب جرم را هم سنجید. به همین سبب، این دفتر بیان کرده است که اشخاصی را که بیشترین مسئولیت را در قبال جرائم ارتكابی برعهده دارند، به‌عنوان مرتکبان جرم تعقیب خواهد کرد. گفتنی است، این اشخاص دراصل جزء مقامات عالی‌رتبه دولت‌ها، گروه‌های غیردولتی و یا سازمان‌ها هستند و به همین دلیل دفتر دادستانی نیز در بیشتر پرونده‌ها بر این‌گونه اشخاص تمرکز می‌کند (Paper on some policy issues before the office of the prosecutor, 2003, p. 7).

بر این اساس، در صورتی که اشخاص پایین‌رتبه مرتکب جرائم مشمول صلاحیت دیوان شوند، به‌نظر می‌رسد که جرائم آن‌ها دارای آستانه شدت موردنیاز در بند ۱(د) ماده ۱۷ نخواهد بود و دیوان جرائم آن‌ها را قابل پذیرش نمی‌داند. اما هرگاه تحقیق و تعقیب این اشخاص برای کل پرونده موردنظر ضروری باشد، جرائم این اشخاص نیز می‌تواند این آستانه را به‌دست آورد.

دفتر دادستانی در توجیه و حمایت از تأثیر درجه مشارکت در ارتکاب رفتار در سنجش آستانه شدت و تمرکز تعقیب بر کسانی که بیشترین مسئولیت را دارند، از دلایلی نظیر جهانی بودن، مقررات قانونی و وجود محدودیت‌های منطقی دیوان‌یاری جسته است (SáCouto And Cleary, 2008 p.826). به بیانی دیگر، محدودیت منابع در دسترس دیوان و ساختار جهانی آن نیازمند آن است که دیوان وضعیت‌ها و قضایایی را دارای آستانه شدت کافی برای دخالت خود بداند که مرتکبان آن بیشترین مسئولیت

را در ارتکاب آن جرم برعهده دارند؛ چراکه احتمال بیشتری وجود دارد که در دادگاه‌های داخلی مقامات عالی‌رتبه دولت‌ها، گروه‌ها و سازمان‌ها با توجه به نفوذی که دارند، در مقایسه با مقامات پایین‌رتبه از زیر بار مجازات فرار کرده، عدالت درباره آن‌ها اجرا نشود. بنابراین اصولاً دیوان باید تلاش‌های تحقیقاتی خویش را به این مقامات عالی‌رتبه اختصاص داده، تعقیب مقامات پایین‌رتبه را به دادگاه‌های داخلی واگذار کند.

۲.۱. چالش‌های مطرح‌شده در خصوص معیار دفتر دادستانی

اگرچه دفتر دادستانی تا به امروز در سیاست تعقیبی خویش بر چهار معیار پیشین اشاره و تأکید داشته است، ولی با نگاهی موشکافانه‌تر به نظر می‌رسد معیارهای ارائه‌شده از سوی دفتر دادستانی تنها در تئوری در تشخیص آستانه شدت مورد توجه بوده و آنچه در عمل ملاک دفتر دادستانی قرار گرفته است، تنها معیار تعداد قربانیان ناشی از جرم و یا به تعبیر دیگر معیار «قساوت بسیار زیاد» می‌باشد (Heller, 2009, p. 3). درحقیقت، دفتر دادستانی از نوعی معیار کمی در احراز آستانه شدت استفاده می‌کند و تجربه دیوان نشان داده است که وضعیت‌های موجود باید در سطحی گسترده ارتکاب یابد.

به‌هرحال، استفاده از این معیار در عمل مزایایی داشته است که می‌تواند تا اندازه‌ای به‌کارگیری آن از سوی دفتر دادستانی را توجیه کند (Heller, 2009, p. 3). برای نمونه، اینکه با تمرکز دیوان بر جرائمی که تعداد قربانیان آن بسیار زیاد است، نقش بازدارندگی و به‌دنبال آن فایده‌گرایی دیوان بیشتر از پیش تضمین می‌شود. از سوی دیگر، این امر در راستای توزیع منابع محدود دیوان نیز توجیه‌پذیر است. همچنین، تحقیق و پیگیری پرونده‌های دارای قربانیان زیاد به دیوان نوعی مشروعیت می‌بخشد که در دیگر پرونده‌ها دستیابی به چنین مشروعیتی به‌سادگی امکان‌پذیر نیست. فایده دیگر، آگاهی به این موضوع است که وجود تعداد زیاد قربانی در یک پرونده، گزارش‌های حاصل از پرونده را عینی‌تر و حقیقی‌تر جلوه می‌دهد و در نتیجه آن را کمتر مناقشه‌پذیر می‌سازد.

با اینکه معیار کمی (Quantitative test) مزایایی را برای دیوان فراهم می‌کند، معایبی هم دارد که چشم‌پوشی از آن ممکن نیست. اولین ایراد وارد به این معیار می‌تواند اخلاف در نقش بازدارندگی دیوان در جلوگیری از جنایات بین‌المللی باشد. به این ترتیب که اعمال معیار کمی و نادیده گرفتن سایر معیارها در عمل موجب می‌شود

تا مرتکبان جنایات بین‌المللی به سوی جرائمی سوق داده شوند که ارتکاب آن در سطحی وسیع و با تعداد قربانی زیاد به‌طور طبیعی امکان‌پذیر نباشد. برای روشن شدن موضوع در این زمینه کافی است که برای نمونه به جرم شکنجه و رفتارهای غیرانسانی اشاره شود (Heller, 2009, p. 22). همان‌طور که مشخص است تصور اینکه چنین جرمی تعداد زیاد قربانی داشته باشد، بسیار بعید به‌نظر می‌رسد، اما همواره آثار شدیدی دارد. لذا این معیار مرتکبان را به سوی ارتکاب جنایات با تعداد محدودتری از قربانیان هدایت می‌کند تا لزوم دخالت دیوان احساس نشود.

ایراد دیگر معیار کمی این است که جرائمی که تعداد قربانیان آن بسیار بالاست، اصولاً در جوامعی اتفاق می‌افتد که نوعی دیکتاتوری در آن حاکم است و جامعه مدنی آن‌ها از استحکام برخوردار نیست. از این‌رو، جامعه مدنی به دلیل اینکه در حقیقت وجود ندارد و یا نقش بسیار نامحسوسی دارد، نمی‌تواند به دیوان در اطلاع‌رسانی و دستیابی به حقایق کمک کند. بنابراین، محدود کردن دیوان به چنین پرونده‌هایی، در نهایت نداشتن کارایی دیوان را در پی خواهد داشت (Osiel, 2007, p. 5-6). همچنین، با توجه به اینکه در بیشتر مصداق‌ها، مرتکبان جرائم نیز در حقیقت خود دولت‌ها و حامیان آن هستند، این دولت‌ها از همکاری با دیوان به شیوه‌های مختلف خودداری می‌کنند. از دیگر سو، به دلیل اینکه دستگاه قضایی این کشورها تحت سیطره دولت دیکتاتوری است، از کار افتاده و به اصطلاح فلج می‌باشد.

در نهایت، مجموع این عوامل سبب می‌شود تا به این نتیجه برسیم که پذیرش معیار کمی، معیار مناسبی در تشخیص آستانه شدت نخواهد بود و احراز آن نیازمند معیارهای دیگری است.

۲. معیار ارائه‌شده از سوی شعبه مقدماتی اول (Pre-trial chamber 1)

۱.۲. معرفی معیار

اولین تفسیر قضایی که می‌توان در خصوص آستانه شدت در دیوان یافت، حاصل عملکرد شعبه مقدماتی اول در سال ۲۰۰۶م بوده است. در همین سال، شعبه مقدماتی اول در گزارش خویش در توجیه پذیرش دعوی توماس لوبانگا (Thomas Lubanga Dayilo) بیان داشته است که برای تحقق آستانه شدت، رفتار تشکیل‌دهنده جرم می‌بایست دارای شرایط زیر باشد:

نخست، رفتار مربوط باید یا برنامه‌ریزی شده (Systematic) باشد و یا اینکه در سطحی گسترده (Large-scale) ارتکاب یابد. بنابر ادعای شعبه، در صورتی که ارتکاب رفتارهای انفرادی و بدون برنامه‌ریزی برای توجیه دخالت دیوان کافی بودند، نیازی به تأسیس آستانه شدت- و رای شدتی که در تعریف چهار جرم مورد نظر قرار گرفته است- نبود. دوم، رفتار مربوطه باید نوعی هشدار اجتماعی (Social alarm) در جامعه بین‌المللی ایجاد کند؛ به گونه‌ای که جامعه بین‌المللی از ارتکاب چنین رفتارهایی متأثر شود (Pre-trial Chamber 1, 2006, p.26). درک این موضوع که چرا شعبه این دو ویژگی را در رفتار تشکیل‌دهنده جرم لازم دانسته است، با توجه به ادعای شعبه مبنی بر ارائه تفسیر مفهومی از بند ۱(د) ماده ۱۷ میسر خواهد شد. به این معنی که از نظر شعبه، آستانه شدت در این ماده چیزی افزون بر شدت موجود در هر جرم را مد نظر قرار داده است. این امر نشان‌دهنده این موضوع است که رفتار مربوط باید دارای ویژگی‌های باشد که از شدت ویژه آن حکایت کند.

از نظر شعبه، افزون بر لزوم وجود چنین ویژگی‌هایی در رفتار تشکیل‌دهنده جرم برای تحقق آستانه شدت، مرتکب این‌گونه رفتارها باید جزء عالی‌رتبه‌ترین رهبران (Most senior leader) و در عین حال دارای بیش‌ترین مسئولیت در قبال جرم ارتكابی باشد. شعبه برای حمایت از چنین رویکردی، نوعی تفسیر غایی از بند ۱(د) ماده ۱۷ ارائه داده است. به این ترتیب که با توجه به اینکه اولاً، در مقدمه دیوان هدف، اختتام مصونیت‌ها و بازدارندگی اعلام شده است، و دوم اینکه دیوان دارای صلاحیت تکمیلی است که بر اساس آن هر کشوری موظف است تا صلاحیت کیفری خود را به تعقیب جنایتکاران بین‌المللی اختصاص دهد، وجود نوعی شدت اضافی مقرر در بند ۱(د) ماده ۱۷ برای افزایش تأثیر این هدف، و مسئله‌ای جدا از تشخیص شدت رفتار تشکیل‌دهنده جرم بوده است (Pre-trial Chamber 1, 2006, p. 27-28). از این رو، می‌بایست افزون‌بر شدید بودن رفتار، مرتکبان این رفتارها دارای خصوصیات ویژه‌ای باشند که تعقیب علیه آن‌ها هدف بازدارندگی دیوان را هرچه بیشتر تضمین کند.

با توجه به مطالب پیش‌گفته، شعبه مقدماتی اول وجود ویژگی‌هایی را، هم در رفتار تشکیل‌دهنده جرم و هم در مرتکب جرم برای تحقق آستانه شدت لازم دانسته است. درست در همین راستاست که بیان کرده است موارد یادشده ملاحظات صلاحیتی شمرده نمی‌شوند، بلکه شروط ضروری برای تحقق آستانه اهمیت و شدت هستند (Pre-

trial Chamber 1, 2006, p. 28). بنابراین، از نظر شعبه مقدماتی اول، افزون بر ضرورت تحقق ضوابط عینی همچون گستردگی رفتار مجرمانه، برای تعیین آستانه شدت باید به ضابطه شخصی و مرتکب جرم نیز توجه شود.

۲.۲. چالش‌های مطرح‌شده در خصوص معیار

به نظر می‌رسد یکی از ایرادهای وارده به این معیار، گستردگی مفهوم ارتکاب رفتار به صورت برنامه‌ریزی شده یا در سطحی وسیع باشد؛ به گونه‌ای که این مفهوم دایره شمول رفتارهای مجرمانه را بسیار مضیق کرده، اجازه شمول برخی قضایا را به علت تحقق نیافتن آستانه شدت نمی‌دهد (War Crime Research Office, 2008, p. 38-39). حساسیت این مسئله به‌طور خاص در مصادیقی خود را نشان می‌دهد که تعداد قربانیان یک حادثه در مقایسه با سایر وضعیت‌های موجود پایین، اما تأثیر آن برای آن جامعه یا کشور مخرب و نابودکننده باشد. رویدادی را که می‌توان نمونه بارز این ادعا دانست، حمله به سازمان تجارت جهانی در ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ است که در عین حال که آمار قربانیانش محدود بود، ولی واکنش‌های جهانی در پی آن به‌وجود آمد. مسئله دیگر در خصوص این معیار، اختصاص ایجاد هشدار اجتماعی در جامعه بین‌المللی است که قدری نامفهوم به نظر می‌رسد.

اینکه شعبه مقدماتی هشدار اجتماعی را مقید به بین‌المللی بودن کرده است - در حالی که بسیاری از جرائم در منطقه وقوع جرم، بار معنایی بیشتری در ایجاد هشدار اجتماعی دارند - نیازمند توضیح بیشتری است (Osiel, 2007, p. 4-6). آشکار است که گنگ بودن این مفهوم می‌تواند چه مشکلاتی را برای دیوان به‌وجود آورد؛ مخصوصاً با در نظر داشتن این موضوع که هدف اولیه دیوان خاتمه دادن به مصونیت‌ها برای ارتکاب جرم است.

همچنین، الزام به اینکه مرتکب جرم هم باید عالی‌ترین مقام باشد و هم کسی باشد که بیشترین مسئولیت را در قبال جرم ارتکابی برعهده دارد، اگرچه در فضای کمبود منابع دیوان و لزوم مدیریت منابع موجود منطقی به نظر می‌رسد، ولی تصور بر این است که این تفسیر با اساسنامه دیوان همخوانی ندارد (El Zeidy, 2008, p. 47-49). توضیح آنکه در اساسنامه واژه «اشخاص» بدون اینکه محدود به گروه یا طبقه خاصی شود، به صورت عام به کار رفته است که این موضوع را به ذهن متبادر می‌کند که از نظر

اساسنامه، هر کس در هر موقعیتی، در صورتی که مرتکب یکی از جنایات بین‌المللی مشمول صلاحیت دیوان شود، قابل تعقیب خواهد بود.

درواقع، شعبه مقدماتی با ارائه چنین مفهومی دایره صلاحیت شخصی دیوان را برخلاف مقصود تدوین‌کنندگان اساسنامه تنگ کرده است. البته به نظر می‌رسد در پشت پرده این تفسیر، نوعی ملاحظات سیاسی وجود داشته باشد (Van Schaack, 2008). (2, p. 2009) این در حالی است که موضوع مطرح شده با هدف بازدارندگی از وقوع جرائم نیز تعارضی ندارد؛ چراکه می‌توان مواردی را متصور دانست که هدف دیوان از طریق تعقیب کسانی که دارای عالی‌رتبه‌ترین و بیش‌ترین مسئولیت نباشند هم محقق شود.

در صورت موافقت با نظر شعبه در این خصوص، با توجه به لزوم مدیریت منابع محدود دیوان، می‌توان آن را به گونه‌ای تعدیل کرد که در راستای سیاست‌های دیوان و اساسنامه تلقی شود.^۱ در این زمینه برای نمونه می‌توان وجود هریک از این معیارها را به‌طور جداگانه برای تحقق آستانه شدت کافی دانست.

در این میان، برخی حقوق‌دانان از تمرکز دیوان بر رهبرانی عالی‌رتبه که بیش‌ترین مسئولیت را دارند، جانب‌داری کرده‌اند؛ با این استدلال که اشخاص یادشده از حیث ویژگی‌ها و موقعیت خاصی که دارند، می‌توانند به طرز مؤثری مانع ارتکاب جنایات بین‌المللی شوند و همین مسئله است که به تقویت هدف بازدارندگی دیوان می‌انجامد. همچنین، عده‌ای نیز از ایده لزوم نظام‌مند بودن رفتار حمایت کرده‌اند؛ با این استدلال که این ویژگی می‌تواند در تمایز قضایای کم‌اهمیت از قضایای مهم بسیار مفید واقع شود (Schabas, a 2008, p. 980-981). اما به نظر می‌رسد تحدید اشخاص به عالی‌ترین مقامات با آنچه که دیوان برای آن به وجود آمده است، همخوانی نداشته باشد. به عبارت دیگر، به نظر می‌رسد در صورت وقوع یکی از جنایات شدید و به دنبال آن احساس نیاز برای اجرای عدالت، بتوان از تنها مرجع دائمی کیفری بین‌المللی کمک خواست و صرف نظر از درجه و مقام مرتکبان، آنان را محاکمه کرد.

۱. همان‌گونه که اشاره شد، دفتر دادستانی نیز در عمل بر همین اساس تلاش‌های تحقیقاتی خویش را اصولاً نسبت به کسانی شروع می‌کند که بیشترین مسئولیت را در قبال جرم ارتکابی برعهده دارند، ولی معیار ارائه‌شده از سوی شعبه حتی از تفکر دفتر دادستانی نیز مضیق‌تر است.

مقام صلاحیت‌دار در تعیین تحقق آستانه شدت

در ماده ۱۷ اساسنامه دیوان، تنها به این موضوع اشاره شده است که دادستان در صورتی می‌تواند شروع به تعقیب کند که قضیه دارای شدت مناسب باشد. لذا می‌توان اظهار کرد که تشخیص آستانه شدت برعهده دادستان است. این دیدگاه را نیز بیشتر حقوق دانان بین‌المللی تأیید کرده‌اند (جعفری، ۱۳۸۸، ص ۷۷)، ولی نمی‌توان این ادعا را به صورت مطلق پذیرفت. دلیل این ادعا هم وجود ماده ۵۳ اساسنامه دیوان است که بر این پایه مقررات ماده ۱۷ را باید هماهنگ با ماده ۵۳ تفسیر کرد. توضیح آنکه بر اساس ماده ۵۳، دادستان مکلف به تحقیق است؛ مگر اینکه تشخیص دهد مبنای معقول برای رسیدگی وجود ندارد. یکی از مصادیقی که می‌تواند دادستان را به این نتیجه برساند، تحقق نیافتن ماده ۱۷ و به‌طور خاص، نبود آستانه شدت کافی در خصوص وضعیت یا قضیه مربوطه می‌باشد. لذا وی به همین استناد می‌تواند به علت فقدان مبنای معقول، از تحقیق خودداری کند.

نکته اینجاست که وی در صورت انجام چنین کاری بر اساس ماده ۵۳ باید بر حسب مورد شعبه مقدماتی، دولت ارجاع‌دهنده و یا شورای امنیت را از تصمیم خویش آگاه سازد و در این فروض، شعبه بنابه درخواست دولت ارجاع‌دهنده یا شورای امنیت مکلف است بازنگری در تصمیم دادستان را بررسی کند. روشن است که یکی از مواردی که بر اساس آن ممکن است دولت یا شورای امنیت تقاضای بازنگری کند، این مسئله است که به اعتقاد آنان وضعیت یا قضیه، آستانه شدت کافی را دارد، ولی دادستان آن را نادیده گرفته است. در تحقیقات ابتکاری دادستان، دایره نظارت شعبه مقدماتی به‌نظر گسترده‌تر می‌رسد. در واقع، در این تحقیقات به دلیل اینکه دادستان نیازمند کسب مجوز از شعبه مقدماتی است، این شعبه می‌تواند در برخی موارد بر اساس احراز نشدن آستانه شدت، به دادستان مجوز لازم را برای تحقیق ندهد و در نتیجه از این راه نظارت خویش را بر تصمیم دادستان اجرایی می‌کند.

به این ترتیب، در این موارد گرچه به‌ظاهر تشخیص آستانه شدت برعهده دادستان است، اما در واقع شعبه مقدماتی به‌طور غیرمستقیم می‌تواند بر این جریان تأثیر گذارد و به دلیل اعتقاد به وجود آستانه شدت، در تصمیم دادستان بازنگری کند.

مراحل تعیین آستانه شدت

مسئله دیگری که به نظر می‌رسد ارائه توضیحاتی را ایجاب می‌کند، بررسی این موضوع است که آستانه شدت تنها در مرحله قضیه (Case) به کار می‌رود و یا اینکه افزون بر این مرحله، در هنگام ارجاع یک وضعیت (Situation) نیز باید این آستانه وجود داشته باشد. دفتر دادستانی در گزارش سال ۲۰۱۱م اعلام کرده است که «دفتر دادستانی در ارتباط با آستانه شدت در مرحله وضعیت نیز ارزیابی مشابهی (مقصود بررسی وجود چهار معیار است) انجام می‌دهد» (Policy Paper on Preliminary examinations, 2010, p. 13). عبارت پیش‌گفته بیانگر این است که از دیدگاه دفتر دادستانی، آستانه شدت هم در مرحله وضعیت و هم در مرحله قضیه قابل اجرا می‌باشد. چنین امری در عملکرد دادستانی به روشنی ملاحظه می‌شود. برای نمونه، در خصوص جرائم ارتكابی در کشور عراق به هنگام اشغال، با وجود احراز صلاحیت موضوعی، دادستان بر اساس احراز نشدن آستانه شدت، این وضعیت را قابل پذیرش در دیوان ندانست (War Crime Research Office, 2009, p. 4). همچنین، در وضعیت کنگو که دادستان دو قضیه جرائم ارتكابی گروه‌های شورشی و گروه‌های دولتی را بررسی کرد، در نهایت به این نتیجه رسید که تنها در قضیه جرائم ارتكابی از سوی گروه‌های شورشی آستانه شدت تحقق یافته و بر این اساس از پذیرش قضیه جرائم ارتكابی گروه‌های دولتی خودداری کرده است.

به همین ترتیب، در سایر وضعیت‌ها نیز دادستان در هر دو مرحله، آستانه شدت را به کار برده است. بسیاری از حقوق‌دانان نیز به همین شیوه رفتار کرده و میان مرحله وضعیت و قضیه تمایزی نگذاشته‌اند (El Zeidy, 2008, p. 47). نظیر چنین تفکری را می‌توان در دیدگاه شعبه مقدماتی اول نیز مشاهده کرد که بنابر آن، آستانه شدت مقرر در بند ۱(د) ماده ۱۷ در دو مرحله به کار می‌رود: اول اینکه هنگام شروع تحقیق در خصوص یک وضعیت، آن وضعیت باید این آستانه را داشته باشد. دوم، در هنگام طرح یک قضیه ناشی از یک وضعیت، آن قضیه نیز باید دارای این آستانه باشد. با وجود این، شعبه به نوعی میان نحوه تحقق آستانه شدت در هریک از این مراحل تفاوت گذارده است؛ به این معنی که معیارهایی که برای تحقق آستانه شدت معرفی کرده، ناظر به مرحله دوم اجرای آستانه شدت، یعنی قضیه، است. اعتقاد به وجود چنین

تفکیکی از سوی برخی از نویسندگان نیز تأیید شده است- (Schabas, b 2008, p. 746-747).

باوجوداین، برخی دایرة اعمال آستانه شدت را بر اساس ماده ۱۷ اساسنامه تنها در خصوص قضیه قابل اجرا می‌دانند؛ چون هیچ نص و یا عبارتی در اساسنامه، پیش‌نویس‌های اولیه و آیین دادرسی و ادله وجود ندارد که نشان دهد ماده ۱۷ و قابلیت پذیرش بر وضعیت نیز اعمال می‌شود- (War Crime Research Office, 2009, p. 29-31). پیش‌زمینه‌های تاریخی موجود در این خصوص نیز بیانگر این حقیقت‌اند که با وجود تلاش برخی کشورها بر اعمال قابلیت پذیرش بر وضعیت، بر سر این موضوع بیشتر کشورها توافق نکرده‌اند و درنهایت به قضیه محدود شده است (SáCouto and Cleary, 2008, p. 822).

به نظر می‌رسد اینکه دادستان به منظور توجیه انتخاب یک قضیه برای تحقیق و تعقیب باید اطلاعات جامع را از وضعیت موضوع بحث استخراج و به دیوان ارائه دهد، درعمل موجب می‌شود وی در مرحله وضعیت نیز به ارزیابی اهمیت و شدت نیز پردازد (مظاهری، ۱۳۸۹-۱۳۸۸، ص ۱۲۶-۱۲۳). درواقع، اگرچه هر دو ماده ۵۳ و ۱۷ به قضیه اشاره کرده‌اند، اما برای شروع تحقیق، ازجمله تشخیص آستانه شدت، پیش از اینکه هیچ قضیه خاصی از وضعیت بیرون آید، تصمیم گرفته می‌شود.

آستانه شدت در رویه دیوان کیفری بین‌المللی

۱. وضعیت‌های پذیرفته‌شده در دیوان

در وضعیت اوگاندا، آستانه شدت، عامل اصلی در انتخاب اولین قضیه از سوی دادستان دیوان بوده است. در این وضعیت نتیجه آن شد که به دلیل اینکه جرائم گروه‌های شورشی هم شدیدتر و هم از نظر عددی بیشتر از جرائم ارتكابی گروه‌های دولتی تشخیص داده شد، سرانجام، تنها اتهامات علیه گروه‌های شورشی قابل پذیرش در دیوان دانسته شد. بر اساس آمار منتشرشده، گروه شورشی ارتش مقاومت لرد به ربودن بیست هزار جوان ۱۰ تا ۱۷ ساله اقدام کرده و این افراد را به‌عنوان جنگجو و بردگان جنسی مورد سوء استفاده قرار داده است و نیز مرتکب قتل حداقل ۲۲۰۰ نفر، آزار و اذیت و تجاوز به ده‌ها هزار نفر از غیرنظامیان شده است (Murphy, 2006, p. 306-307). تأثیر

آستانه شدت در وضعیت کنگو در مقایسه با وضعیت اوگاندا پایین تر به نظر می‌رسد. دادستان در انتخاب اولین قضیه در وضعیت کنگو، ملاحظات عملی را که یکی از مصادیق آن احتمال دستگیری مظنونان بود، مد نظر قرار داده است (SáCouto and Cleary, 2008, p. 831). می‌توان علت دیگر چنین عملکردی را کم‌اهمیت بودن مسئله آستانه شدت در سال‌های آغازین شروع کار دیوان دانست.

در وضعیت سودان نیز آستانه شدت یکی از خطوط اصلی هدایت‌کننده تصمیمات دادستان در پذیرش این وضعیت بوده است. شدت جرائم به اندازه‌ای بود که به بی‌خانمانی، ویرانی‌های وسیع، قتل، تجاوز به عنف و بسیاری جرائم دیگر در ابعاد بسیار گسترده منجر شد.

در خصوص نیجریه هم دفتر دادستانی سرانجام به این نتیجه رسید که جرائم علیه بشریت در این کشور محقق شده است. در میان سال‌های ۲۰۰۲ تا ۲۰۱۱م، هزاران نفر از شهروندان نیجریه کشته شدند و بارها تجاوز به عنف و دیگر اشکال خشونت جنسی و آدم‌ربایی گزارش شده است (Policy Paper on Preliminary examinations, 2011, p. 23-24). از این رو، تحقیقات دیوان به مرحله دوم، یعنی بررسی قابلیت پذیرش، انتقال یافته است.

وضعیت کنیا با داشتن حدود ۱۲۰۰ نفر کشته، حداقل ۱۰۰ تجاوز به عنف، ۴۵۰ هزار نفر جابه‌جایی اجباری و ... نیز توانست آستانه شدت مقرر در ماده ۱۷ را به دست آورد. تأثیر جرم هم به واسطه شیوع ایدز و بیماری‌های جنسی، وخیم گزارش شده است. همچنین، این تأثیر در زمینه اقتصادی بر روی رشد محصولات در کنیا مشاهده می‌شود؛ به گونه‌ای که این رشد از ۷ درصد گزارش شده در سال ۲۰۰۷م به ۱.۷ درصد در ۲۰۰۸م تقلیل یافته است (Policy Paper on Preliminary examinations, 2010, p. 14). در این وضعیت، دفتر دادستانی بر اساس اطلاعات به دست آمده قانع شده است که در نمونه‌های متعددی، جرائم برنامه‌ریزی شده و مبتنی بر وابستگی سیاسی یا نژادی بوده است.

در خصوص مالی، از نظر دفتر در حدود ۵۰ تا ۱۰۰ نمونه تجاوز به عنف واقع شده است. بیش از ۱۰۰ کودک به طور اجباری به سربازی برده شده‌اند. سطح بسیار گسترده‌ای از تخریب و غارت اموال مردم و اموال عمومی، از جمله بیمارستان‌ها و مدارس، رخ داده است (Policy Paper on Preliminary examinations, 2012, p. 38).

40؛ لذا دفتر دادستانی به صراحت به این نتیجه رسیده که آستانه شدت با توجه به ماهیت، درجه و میزان، و شیوه ارتکاب جرم، محقق شده است. در وضعیت لیبی که از سوی شورای امنیت به دیوان ارجاع گردیده، محرز شده است که سرهنگ قذافی، پسرش و دستیارانش مرتکب جنایت علیه بشریت شده‌اند و دفتر دادستانی جنایت آن‌ها را دارای آستانه شدت لازم برآورد کرده است (Policy Paper on Preliminary examinations, 2011, p. 24). دلیل این امر را می‌توان در وقوع جرائمی همچون قتل، دستگیری غیرقانونی افراد از جمله روزنامه‌نگاران دانست.

۲. دیگر وضعیت‌ها

در خصوص وضعیت عراق که بنابر آن، سربازان بریتانیایی مرتکب چند فقره قتل (بین ۴ تا ۱۲ نفر) و رفتارهای غیرانسانی علیه شهروندان عراقی شده بودند، با وجود تحقق جنایت علیه بشریت و احراز صلاحیت موضوعی، دادستان معتقد بود که آستانه شدت مقرر در بند ۱(د) ماده ۱۷ محقق نشده و از این رو این وضعیت را رد کرد (Kheiltash, 2008, p. 3-4). دلیل اصلی در رد این وضعیت، مقایسه تعداد قربانیان این حادثه و حوادث رخ داده در کنگو، اوگاندا و سودان بوده که به کشته شدن هزاران نفر و آوارگی بیش از ۵ میلیون نفر و بسیاری از جرائم دیگر منجر شده است.

در خصوص وضعیت افغانستان باید خاطرنشان کرد که دفتر دادستانی در حال حاضر در گام اول، مشغول تحقیق یعنی بررسی صلاحیت موضوعی و احراز وقوع جرائم علیه بشریت در قالب قتل، رفتار غیرانسانی، شکنجه و ... در این کشور شده و از این رو هنوز به مرحله بررسی تعیین آستانه شدت نرسیده است. وضعیت هندوراس نیز این چنین است؛ با این تفاوت که میزان جرائم ارتكابی در هندوراس در مقایسه با افغانستان بسیار پایین است، به گونه‌ای که میزان قتل در حدود ۲۰ تا ۵۶ نفر، تجاوز به عنف دو مورد و تعداد محدودی از جرائم گزارش شده و این در حالی است که در افغانستان تنها آمار کشته‌شدگان به حدود ۱۳۰۰۰ نفر می‌رسد. بر این اساس، احتمال اینکه وضعیت هندوراس در صورت احراز صلاحیت موضوعی، آستانه شدت لازم را داشته باشد، ضعیف‌تر از افغانستان است. در وضعیت کره جنوبی نیز دفتر دادستانی در حال جمع‌آوری اطلاعات در زمینه بررسی وقوع جرائم جنگی در این کشور می‌باشد و هنوز به

مراحل دیگر وارد نشده است. (Policy Paper on Preliminary examinations, 2010, p. 7-15)

در وضعیت گرجستان، شورش‌های رخ داده به جابه‌جایی اجباری حدود ۳۰ هزار تن، غارت و تخریب گستردهٔ اموال عمومی، کشته شدن ۱۰ نفر از نیروی‌های حافظ صلح و زخمی شدن ۳۰ نفر از آن‌ها منجر شده است. همچنین، گروه‌های مسلح اوستیای جنوبی گاهی به مکان‌های تاریخی و مذهبی نیز حمله و آن‌ها را تخریب کرده‌اند. دفتر دادستانی پس از احراز صحت این اتفاقات، هم‌اکنون در حال بررسی صلاحیت تکمیلی است.

در خصوص گینه، هم‌اکنون دیوان مشغول بررسی مسئلهٔ صلاحیت تکمیلی و نیز این موضوع می‌باشد که آیا با این آستانهٔ شدت قابل پذیرش است یا خیر. در این کشور دست کم ۱۵۶ نفر کشته یا ناپدید شدند و حداقل ۱۰۹ زن مورد تجاوز به عنف و سایر اشکال خشونت جنسی قرار گرفتند. همچنین، وقوع شکنجه و دیگر رفتارهای غیرانسانی نیز تأیید شده است که بیشتر این اتفاقات در یکی از ورزشگاه‌های این کشور روی داده است (Policy Paper on Preliminary examinations, 2012, p. 29-33).

در خصوص وضعیت کلمبیا، میان سال‌های ۲۰۰۳ تا ۲۰۰۶م، بیش از ۳۱ هزار نفر به صورت اجباری جابه‌جا شدند. با وجود این، اکنون دفتر دادستانی همانند پرونده‌های دیگر در حال بررسی صلاحیت تکمیلی است و به‌طور مرتب اقدامات انجام‌شده از سوی دستگاه قضایی کلمبیا را در تعقیب مرتکبان این جنایات ملاحظه می‌کند (Ambos and Huber, 2011, p. 4)؛ ولی با توجه به تعداد، شدت، سیستماتیک بودن و خصوصیات گستردهٔ جرائم ارتكابی از سوی گروه‌های مسلح غیردولتی، هیچ شکی وجود ندارد که آستانهٔ شدت در نهایت محقق خواهد شد.

نتیجه

آستانهٔ شدت یکی از مهم‌ترین اجزای مکانیسم قابلیت پذیرش در دیوان شمرده می‌شود که در خصوص معیارهای تحقق آن اختلاف نظر میان شعبهٔ مقدماتی و دفتر دادستانی وجود دارد؛ به‌گونه‌ای که هریک از این نهادها مفهوم موردنظر خویش را ارائه داده‌اند. ولی فارغ از انتقادات و مزایایی که در هریک از این معیارها وجود دارد، به‌نظر می‌رسد در

پشت پرده معیار آستانه شدت و تأکید زیاد بر آن، نوعی رویکرد مصلحت‌گرایانه مبتنی بر ملاحظات سیاسی وجود دارد. این امر موجب می‌شود مقام‌های صالح برای احراز تحقق آستانه شدت این ملاحظات را سرمشق قرار داده، دست به انتخابی سیاسی بزنند. نمونه آن را می‌توان در رد وضعیت عراق از سوی دفتر دادستانی با وجود تحقق جنایت علیه بشریت مشاهده نمود. به همین سبب، می‌توان ادعا کرد که مسئله آستانه شدت یکی از ضعف‌های دیوان کیفری بین‌المللی شمرده می‌شود. این استدلال با توجه به مسئله نبود تعریف جامع و مانع از آستانه شدت و متفاوت بودن معیارهای ارائه‌شده از سوی دفتر دادستانی و شعبه مقدماتی، تقویت می‌شود.

با این وصف، لزوم وجود چنین شرطی تا اندازه‌ای درک‌شدنی است. دیوانی که در طی یک دوره، از تاریخ سپتامبر ۲۰۱۰ تا جولای ۲۰۱۲، در حدود ۳۸۲ نمونه گزارش درباره جرائم مشمول صلاحیت دیوان دریافت کند، قطعاً قادر نخواهد بود که به تمامی آن‌ها رسیدگی کرده، در عین حال مدعی این باشد که عدالت را اجرا می‌کند؛ امری که دیوان برای تحقق آن تشکیل شده است.

به این ترتیب، از یک‌سو، باید اعتراف کرد که نیاز به وجود چنین شرطی امری اجتناب‌ناپذیر و معقول شمرده می‌شود و از سوی دیگر، نمی‌توان به راحتی خطرهای ناشی از آن را نادیده انگاشت. برای رهایی از این معضل به نظر می‌رسد که دیوان باید هرچه زودتر موضع‌گیری صریح‌تری نسبت به این مفهوم پرتنش ارائه دهد تا چهره این نماد عدالت کیفری بین‌المللی در اذهان عمومی مخدوش نشود. برای نمونه، می‌توان با تلفیق معیارهای کمی و کیفی ارائه‌شده از سوی دفتر دادستانی و شعبه مقدماتی و تعیین آن به‌عنوان معیار نهایی آستانه شدت، نوعی تعادل در انتخاب وضعیت‌ها و قضایا برقرار کرد.

بنابراین، در پاسخ به پرسش اصلی این پژوهش، باید اذعان داشت که آستانه شدت از جایگاهی بسیار بااهمیت در دیوان برخوردار است، به‌گونه‌ای که تحقق نیافتن آن موجب رسیدگی نکردن دیوان به وضعیت یا قضیه موردنظر می‌شود؛ هرچند که جنایات شدید در سطح جهانی رخ داده باشد. از این جهت ضروری است که این موضوع به‌طور خاص در دستور کار دیوان برای اصلاح اساسنامه و ارائه تعریف دقیق و گویا از این مفهوم قرار گیرد.

منابع و مأخذ

الف) فارسی

۱. جعفری، فریدون (۱۳۸۸)، پایان‌نامه دکتری نقش اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی در جهانی‌سازی حقوق کیفری و چالش‌های آن، دانشگاه تهران.
۲. شبت، ویلیام ا. (۱۳۸۴)، *مقدمه‌ای بر دیوان کیفری بین‌المللی*، ترجمه سید باقر میرعباسی و حمید الهوتی نظری، تهران، انتشارات مجد.
۳. صابر، محمود (۱۳۸۸)، *آیین دادرسی دیوان کیفری بین‌المللی*، تهران، انتشارات دادگستر.
۴. کیتیچایساری، کریانگ (۱۳۸۷)، *حقوق کیفری بین‌المللی*، ترجمه حسین آقایی جنت مکان، تهران، انتشارات جنگل.
۵. مظاهری، امیرمسعود (۱۳۸۸-۸۹)، پایان‌نامه دکتری اصل صلاحیت تکمیلی دیوان کیفری بین‌المللی و اعمال آن در موارد ناتوانی و عدم تمایل دولت، دانشگاه تهران.

ب) انگلیسی

6. Ambos Kai, and Huber, Florian, (2011) "The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity of the International Criminal Court: Is there sufficient willingness and ability on the part of the Colombian authorities or should the Prosecutor open an investigation now?", pp.391-413
7. DeGuzman, Margaret M., (2012) "Choosing to prosecute: expressive selection at the international criminal court", *Michigan Journal of International Law*, Vol. 33, pp.265-320
8. DeGuzman, Margaret (2004), Gravity and the Legitimacy of the International Criminal Court Margaret, pp.1400-1465
9. DeGuzman, M Margaret, (2012) How Serious are International Crimes? The Gravity Problem in International Criminal Law, pp.18-68
10. Egili, Patricia, (2008) Protocol No.14 to the European convention for the protection of human rights and fundamental freedoms: Toward a more effective control mechanism?, *J. OF TRANSNATIONAL LAW & POLICY*, Vol. 17-1, pp.1-34
11. El Zeidy, Mohamed M., (2008) "The Gravity Threshold Under The Statute of The International Criminal Court", *Criminal Law Forum*, pp.35-57
12. Heller, Kevin Jon, (2009) "Situational Gravity Under the Rome Statute," in Carsten Stahn & Larissa van den Herik, *Future Directions in International Criminal Justice*, (TMC Asser Press), pp.227-253
13. Kheiltash, Golzar, (2008) "Ocampo Turns Down Iraq Case: Implications for the U.S".
available at: <https://www.globalpolicy.org/component/content/article/164/28546.html> (2014/07/08)
14. Murphy, Ray, (2006) "Gravity Issue And The International Criminal Court", *Criminal Law Forum*, pp.281-315
15. European court of human rights, "New admissibility Criterion under Article 35 §

- 3 (b) of the convention. CASE-Law Principle Two years on , (2012), Research report, available at: http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_admissibility_criterion_EN_G.pdf
16. Osiel, Mark, (2007)"How Should the ICC Office of the Prosecutor Choose its Cases? The Multiple Meanings of 'Situational Gravity", *The Hague Justice Portal*, available at: <http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=10344>. 2013/09/14
17. Paper on some policy issues before the office of the prosecutor,(2003), available at: [www. icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int)
18. Pre-trial Chamber 1, "Situation in the Democratic Republic of Congo in the case of the prosecutor versus Thomas Lubanga Dayilo", (2006) , available at: [www. icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int)
19. Rastan, Rod,(2007) "The Power Of The Prosecutor In Initiating Investigations,(A paper prepared for the Symposium on the International Criminal Court" available at: <http://dSPACE.africaportal.org/jspui/bitstream/123456789/25533/1/The%20Power%20Of%20The%20Prosecutor%20In%20Initiating%20Investigations.pdf?1>
20. SáCouto, Susana, and Cleary, Katherine A., (2008)"The Gravity Threshold of the International Criminal Court", *American University Washington College of Law*, pp.807-850
21. Schabas, William A, (2008)"Prosecutorial Discretion v. Judicial Activism at the International Criminal Court", *Journal of International Criminal Justice*, pp.731-761
22. Schabas, William A., (2008)"State Policy As An Element Of International Crimes", *The Journal Of Criminal Law And Criminology*, Vol. 98, No. 3, pp.953-982
23. SUSANA SACOUTO & KATHERINE CLEARY," The Gravity Threshold Of The International Criminal Court, War Crime Research Office, (2008) , *AM. U. INT'L L. REV*, pp.807-854
24. War Crime Research Office, The Relevance Of "A Situation" To The Admissibility And Selection Of Cases Before The International Criminal Court , (2009) *American University Washington College of Law*, available at: https://www.wcl.american.edu/warcrimes/icc/documents/WCRO_Report_on_Situation_October2009.pdf
25. The Office of the Prosecutor,(2010) "Policy Paper on Preliminary examinations", available at: [www. icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int)
26. The Office of the Prosecutor,(2012) "Report on Preliminary Examination Activities", November, available at: [www. icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int)
27. The Office of the Prosecutor,(2011) "Report on Preliminary Examination Activities", December, available at: [www. icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int)
28. Van Schaack, Beth,(2008/2009) "The Concept of Gravity Before International Criminal Courts, Newsletter of the International criminal",, available at: www.icc-cpi.int/library/about/newsletter/10/en_09.html ,Vol. 23, pp.807- 832.