

Crimes against Rohingya Muslims before the International Criminal Court and the International Court of Justice

Zohreh Shafiei *

Pouria Askary **

DOI: 10.22096/HR.2021.526025.1300

[Received Date: 27/02/2021 Acceptance Date: 01/08/2021]

Abstract

Since 2017, the Republic of the Union of Myanmar has carried out severe repressions against the Rohingya people. These atrocities resulted in numerous international reactions from the States, international organizations, NGOs as well media. This article evaluates the proceedings of the International Court of Justice (ICJ) in the Gambia v. Myanmar case and the Bangladesh/Myanmar situation in the International Criminal Court. The International Criminal Court (ICC), with its extensive interpretation of the 1998 Rome Statute, found the cross-border element necessary for the perpetration of certain crimes, and despite Myanmar's non-membership in the Statute, the ICC found its jurisdiction over the crimes committed during the deportation of the Rohingya from Myanmar to Bangladesh. Meanwhile, the ICJ for the first time is facing a Case which is brought before it by an indirect victim State i.e. Gambia who has based all its allegations on the mysterious concept of violation of obligations erga omnes partes. This paper first provides summarized information on both pending proceedings and then will examine the challenges that international law has to find a proper solution for the Rohingya crisis through these judicial and criminal adjudication processes.

Keywords: Rohingya; Erga Omnes Partes; Myanmar; Bangladesh; Gambia; Provisional Measures; Genocide.

* International law Ph.D. candidate, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran.

Email: Zohre.shafiei.90@gmail.com

** Associate Prof., Department of Public and International Law, Faculty of Law and Political Science, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran. Email: pouria.askary@gmail.com



جنايات ارتكابي عليه مسلمانان روهينگيا در پيشگاه ديوان كيفري بين المللي و ديوان بين المللي دادگستري

زهرة شفيعى*

پوريا عسكرى**

DOI: 10.22096/HR.2021.526025.1300

[تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۲/۰۹ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۵/۱۰]

چکیده

از سال ۲۰۱۷ دولت میانمار سرکوب شدیدی را علیه مردم روهینگیا روا داشته که با واکنش‌های متعدد بین‌المللی روبه‌رو شده است. وضعیت مردم روهینگیا برای دولت‌ها، دادگاه‌های بین‌المللی، سازمان‌های بین‌المللی و منطقه‌ای و دادگاه‌های داخلی آزمون حقوق بشری است و هرکدام مطابق با چارچوب‌های مقرر در حقوق بین‌الملل پاسخی به این حوادث داده‌اند. این مقاله تعمقی بر عملکرد دیوان بین‌المللی دادگستری در دستور موقت مورخ ۲۰ ژانویه ۲۰۲۰ در دعوی گامبیا علیه میانمار و طرح وضعیت بنگلادش - میانمار در دیوان کیفری بین‌المللی دارد. دیوان کیفری بین‌المللی در مرحله پیش دادرسی با تفسیری موسع از اساسنامه رم، عنصر فرامرزی را برای تحقق برخی از جرائم ضروری دانسته است و بر این اساس علی‌رغم عدم عضویت میانمار در اساسنامه، دیوان مجاز به اعمال صلاحیت برای جرم اخراج از مبدأ میانمار به مقصد بنگلادش و آغاز تحقیقات از سوی دادستان شد. دیوان بین‌المللی دادگستری نیز مفهوم فنی تعهدات

* دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل عمومی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)

Email: zohre.shafiee.90@gmail.com

** استادیار گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران.

Email: pouria.askary@gmail.com



عام‌الشمول دولت‌های عضو یک معاهده را که پیش از این در عرصه عمل استنادی به آن صورت نگرفته بود، در مورد وضعیت مردم روهینگیا مورد توجه قرار داده است. این مطالعه، نوآوری‌ها و پاسخ‌های حقوق بین‌الملل برای احقاق حقوق این اقلیت مذهبی را نمایان می‌سازد.

واژگان کلیدی: روهینگیا؛ تعهدات در قبال گروهی از دولت‌ها؛ میانمار؛ بنگلادش؛ گامبیا؛ دستور موقت؛ نسل‌زدایی.

مقدمه

مسئله قوم روهينگيا يکى از مهم‌ترين بحران‌هاى اخير جهانى است که مبتنى بر پاکسازى قومى و هويتى مسلمانان مقيم در ايالت راخين شمالى ميانمار (برمه سابق) است. عدم شناسايى روهينگيا در «قانون اساسى ۱۹۸۴ و نقض‌هاى شديد حقوق بشر»^۱ نسبت به اين قوم سابقه طولانى دارد.^۲ «در سال ۲۰۱۶ نيروهاى ميانمار عمليات موسوم به پاکسازى روهينگيا را در پى حمله به ۳ مرز برمه^۳ انجام دادند که بسيارى از اقليت روهينگيا کشته و خانه‌ها به آتش کشيده شدند و زنان و کودکان نيز از اين حمله در امان نماندند.»^۴ اوج سرکوب‌ها توسط ارتش ميانمار عليه روهينگيا در اوت ۲۰۱۷ صورت گرفت که منجر به فرار صدها هزار نفر از آنها به بنگلادش شد. ميزان خشونت و جابجايى گسترده پناهندگان، به آتش کشيده شدن روستاها، جداسازى خانوارها، قتل‌ها و تجاوزهاى گسترده،^۵ ميانمار را تحت فشار شديد بين‌المللى قرار داد.

به موجب وقايع پيش گفته شوراي حقوق بشر براى بررسى نقض‌هاى حقوق بشر توسط ارتش ميانمار هيئت حقيقت‌يابى را تشکيل داد^۶ که اين هيئت گزارش‌هاى را در سال‌هاى ۲۰۱۸ و ۲۰۱۹^۷ منتشر کرد و در آنها به وضعيت ۶۰۰۰۰۰ روهينگيايى توجه کرد. اشاره به سياست تبعيض‌آميز از جمله محروميت از شناسايى، جداسازى اجبارى، محدوديت در رفت‌وآمد، شکنجه و رفتارهاى غيرانسانى، تجاوز و خشونت‌هاى جنسى گسترده، مصادره اموال و محصولات، تخریب و آتش‌زدن روستاها، محروميت از امکانات بهداشتى، آموزشى و معيشتى، سوزاندن مزارع و کشتن دام‌ها مرکز ثقل اين گزارش‌ها است. گزارش‌ها از جامعه بين‌المللى خواستند تا به دنبال پاسخگويى

1. Anthony Ware, and Costas Laoutides, *Myanmar's 'Rohingya' Conflict* (United Kingdom: Oxford University Press, 2018), 23.

۲. احمد مؤمنی‌راد و امير مقامى، «ارزيابى قضيه اجراى کوانسيون منع نسل‌زدایى (گامبيا عليه ميانمار) در پرتو تعهدات عام‌الشمول»، مجله علمى مطالعات حقوقى ۱۲، شماره ۳ (پايز ۱۳۹۹): ۲۸۰-۲۸۲.

۳. در سال ۱۹۸۹ م پس از کشته شدن هزاران نفر در يک شورش، دولت نظامى اتحاديه برمه، نام اين کشور را به «اتحاديه ميانمار» تغيير داد. «برمه» نام گروه قومى ميان ديگر گروه‌هاى قومى مستقر در اين کشور بود. به منظور پوشش تمام اقوام، نام «برمه» به «ميانمار» تغيير يافت.

4. Ware, and Laoutides, *Myanmar's 'Rohingya' Conflict*, 3-4.

5. Human Rights Watch, *Massacre by the River – Burmese Army Crimes against Humanity in Tula Toli* (2017), Last visited: December 25, 2020, //www.hrw.org/report/2017/12/19/massacre-river/burmese-army-crimes-against-humanity-tula-toli.

6. A/HRC/RES/34/22 (2017), Situation of human rights in Myanmar, para 1.

7. A/HRC/39/64, Report of the independent international fact-finding mission on Myanmar (2018); A/HRC/42/50, Report of the independent international fact-finding mission on Myanmar (2019).

مرتکبان باشد؛^۸ همچنین «شورای امنیت با ارجاع وضعیت به دیوان کیفری بین‌المللی^۹ و یا تأسیس یک دیوان کیفری اختصاصی پاسخگویی را تضمین نماید.»^{۱۰} با این حال، رویکردهای سیاسی بار دیگر سدی در اتخاذ یک تصمیم مناسب از سوی شورای امنیت شد. مخالفت روسیه و چین با پیش‌نویس قطعنامه پیشنهادی بریتانیا^{۱۱} و عدم ارجاع وضعیت به دیوان کیفری بین‌المللی موجب بر عدم صلاحیت دیوان در ورود به جرم نسل‌زدایی شد. مواد ۱۲ و ۱۳ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی^{۱۲} سه شیوه ارجاع وضعیت را پیش‌بینی کرده‌اند: ۱. دولت عضوی که جرم در قلمرو آن رخ داده و یا تبعه آن دولت جرم را مرتکب شده، ۲. شورای امنیت، ۳. دادستان. در وضعیت حاضر شیوه ابتدایی کارساز نبود؛ چراکه میانمار عضو اساسنامه دیوان نیست و در نتیجه دیوان به دلیل ارتکاب نسل‌زدایی در قلمرو این دولت صلاحیت نداشت. راه‌حل دوم در بند دو ماده ۱۳ مستقر است که به ارجاع وضعیتی که به نظر می‌رسد یک یا چند جنایت ارتکاب‌یافته از سوی شورای امنیت به دادستان اشاره دارد. این ماده برای نخستین بار در قضیه دارفور به کار گرفته شد؛^{۱۳} ولی در قضیه حاضر توسل به این راهکار راه به جایی نبرد.^{۱۴} سازوکار سوم یعنی ارجاع از سوی دادستان نیز تحت برخی شرایط امکان‌پذیر است.

دفتر دادستانی متعاقب دریافت گزارش‌هایی وفق ماده ۱۵ اساسنامه^{۱۵} به ارزیابی مقدماتی وضعیت بنگلادش- میانمار در ۲۰۱۸ پرداخت. این ارزیابی‌ها نشان از آن داشت که میانمار به صورت غیرقانونی اقدام به اخراج مردم روهینگیا کرده و بر یافته‌های گزارش‌های دریافتی صحه گذاشت.^{۱۶} دادستان دیوان خانم فاتو بنسودا^{۱۷} تأیید کرد حملاتی کاملاً سازمان‌یافته و با هدف بیرون‌راندن روهینگایی‌ها از میانمار صورت گرفته است.^{۱۸}

8. A/HRC/42/50 (2019), Report of the independent international fact-finding mission on Myanmar, paras 103- 113.

9. International Criminal Court.

10. A/HRC/39/64, Report of the independent international fact-finding mission on Myanmar (2018): 19.

11. U.N. Security Council mulls Myanmar action; Russia, China boycott talks (2018).

12. Rome Statute of the International Criminal Court (1998).

13. S/RES/1593 (2005): para 1.

14. U.N. Security Council mulls Myanmar action; Russia, China boycott talks (2018).

15. Rome Statute of the International Criminal Court (1998).

16. ICC-RoC46 (3)-01/18-1, Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19 (3) of the Statute (2018): paras 8-11.

17. Fatou Bensouda.

18. OHCHR, Brutal attacks on Rohingya meant to make their return almost impossible – UN human rights report (2017); OHCHR, Mission report of OHCHR rapid response mission to Cox's Bazar, Bangladesh (2017): 1; Human Rights Watch, Crimes against Humanity by Burmese Security Forces Against the Rohingya Muslim Population in Northern Rakhine State since August 27, 2017.

هم‌زمان سازمان همکاری اسلامی با صدور قطعنامه‌ای در مارس ۱۹۲۰۱۹ موجب تأسیس کمیته موقت وزرا در پاسخگویی به نقض حقوق بشر روهینگیا^{۱۹} و انتصاب گامبیا به‌عنوان رئیس این کمیته شد و بستری برای ثبت دادخواست نزد دیوان بین‌المللی دادگستری از سوی گامبیا علیه میانمار با ادعای نقض تعهدات عام‌الشمول^{۲۱} مندرج در کنوانسیون منع نسل‌زدایی^{۲۲} و آغاز رسیدگی قضایی فراهم آورد.^{۲۳} متعاقباً و با درخواست دولت خواهان در ۲۳ ژانویه ۲۰۲۰ دستور موقتی^{۲۴} صادر شد که ذیل آن به صورت تلویحی حق اقامه دعوا^{۲۵} از سوی گامبیا بدون اینکه متضرر مستقیم باشد، مورد تأیید دیوان بین‌المللی دادگستری قرار گرفت؛ اقدامی که پیش از این در هیچ‌یک از دعاوی مطروحه نزد دیوان سابقه نداشت. نظر به اینکه دیوان کیفری بین‌المللی و دیوان بین‌المللی دادگستری با بهره‌گیری از پتانسیل‌های تفسیری در حقوق بین‌الملل و توسل به مفهوم تعهدات عام‌الشمول دولت‌های عضو معاهده^{۲۶} به حمایت از این اقلیت مذهبی برخاسته‌اند، هدف از این پژوهش واکاوی در یافته‌های فعلی این دو مرجع و روشن ساختن ابعاد حقوقی پتانسیل‌های گفته‌شده است، هرچند احتمال تفاوت و تمایز میان یافته‌ها در آرای نهایی منتفی نیست. پژوهش حاضر در راستای اهداف خود در بخش بعدی به شرح مآل و ارزیابی وضعیت بنگلادش - میانمار در دیوان کیفری بین‌المللی می‌پردازد و یافته‌های این مرجع را در ترازوی ارزیابی قرار می‌دهد.

۱. وضعیت بنگلادش - میانمار نزد دیوان کیفری بین‌المللی

وضعیت بنگلادش - میانمار متعاقب دریافت ۳۴ گزارش از منابع معتبر^{۲۷} از سپتامبر ۲۰۱۸ در

19. 60/46-POL, The Establishment of an OIC Ad hoc Ministerial Committee on Accountability for Human Rights Violations against the Rohingyas (March 1-2, 2019): 174.

20. Ad hoc Ministerial Committee on Accountability for human rights violations against the Rohingya (MCCAR).

21. Erga omnes.

22. The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (December 9, 1948).

23. The Republic of The Gambia institutes proceedings against the Republic of the Union of Myanmar and asks the Court to indicate provisional measures (2019): 47.

24. Application of the convention on the prevention and punishment of the crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Provisional Measures (Order 23 January 2020). I.C.J Reports, 7.

25. Locus standi.

26. Erga omnes partes.

۲۷. همچون دفتر کمیساریای عالی حقوق بشر و هیئت حقیقت‌یاب انتصابی حقوق بشر در میانمار، گزارش‌گر ویژه درمورد وضعیت حقوق بشر در میانمار، دفتر کمیساریای عالی پناهندگان سازمان ملل متحد، یونیسف، دیده‌بان حقوق بشر، عفو بین‌الملل و سایر سازمان‌ها. ←

مرحله ارزیابی مقدماتی دیوان کیفری بین‌المللی قرار گرفت.

دیوان کیفری بین‌المللی برای مقابله با جنایات بین‌المللی با چالش‌های متعددی همچون عدم همکاری دولت‌ها روبه‌رو است. ماده ۱۳ اساسنامه تلاش کرده تا با پیش‌بینی امکان طرح وضعیت از چند بستر متمایز در راستای اهداف خود گام بردارد. یکی از این بسترها آغاز تحقیقات از سوی دادستان دیوان است که ماده ۱۵ اساسنامه^{۲۸} به آن اشاره دارد. ابتکار شروع تحقیقات به دادستان امکانی برای دیوان است تا در صورت عدم تمایل دولت‌های عضو اساسنامه یا شورای امنیت در طرح وضعیت، دیوان بتواند مستقیماً وارد عمل شود. با این حال پیش‌بینی چنین اختیاری برای دادستان واکنش‌های منفی دولت‌ها را به همراه داشت. برای پاسخ به این نگرانی تمهیدی در مواد ۱۵ و ۱۹ (۳)^{۲۹} پیش‌بینی شد که به امکان نظارت شعبه پیش‌دادرسی بر یافته‌های دادستان اشاره دارد. در نتیجه ماده ۱۹ به نظارت قضات بر شروع تحقیقات از سوی دادستان و مشارکت قربانیان و گزارش‌دهندگان اشاره دارد.

در قضیه میانمار، بنا بر ماده ۱۵ اساسنامه دیوان که اختیار دادستان را در شروع به تحقیقات رأساً یا مبتنی بر اطلاعات حاصل از منابع مختلف پیش‌بینی کرده است، زمینه‌ای برای ورود دادستان و ارزیابی گزارش‌های واصله فراهم شد. وی با بهره‌گیری از اختیارات مقرر در این مواد و بررسی گزارش‌ها،^{۳۰} توصیف کمیساریای عالی حقوق بشر سازمان ملل از بحران روهینگیا به‌عنوان «نمونه‌ای از پاک‌سازی قومی»^{۳۱} و همچنین اظهارات نماینده ویژه سازمان ملل در مورد حقوق بشر در میانمار که «نشانه‌های یک نسل‌زدایی را قابل رؤیت دیده»^{۳۲} کفایت مبانی حقوقی برای شروع به تحقیقات را احراز نمود. اقتناع دادستان در مورد ارتکاب جنایات مشمول صلاحیت

→Mission report of OHCHR rapid response mission to Cox's Bazar, Bangladesh (September 2017): 13-24; Report of OHCHR mission to Bangladesh, Interviews with Rohingyas fleeing from Myanmar, since October 9, 2016 (2017); Outcast and Desperate, Rohingya refugee children face a perilous future (2017); Lives in Limbo - No end in sight to the threats facing Rohingya children (2018).

۲۸. «دادستان می‌تواند خود رأساً براساس اطلاعاتی که در مورد جنایات مشمول صلاحیت دیوان به دست می‌آورد، تحقیقات را آغاز کند. دادستان باید درباره اهمیت اطلاعاتی که دریافت کرده است، بررسی و تحلیل کند... اگر دادستان به این نتیجه رسد که مبنای مستدلی برای پرداختن به تحقیق وجود دارد، باید درخواستی را به ضمیمه کلیه مستندات... برای گرفتن مجوز تحقیق به شعبه مقدماتی تسلیم نماید...».

۲۹. ماده ۱۹ (۳): «دادستان می‌تواند رأی دیوان را درباره مسئله صلاحیت یا قابل پذیرش بودن بخواهد. در جریان بررسی صلاحیت یا قابل پذیرش بودن، کسانی که به موجب ماده ۱۳ موضوع را به دیوان ارجاع کرده‌اند و هم‌چنین قربانیان نیز می‌توانند نظریات خود را به دیوان تسلیم نمایند.».

۳۰. گزارش‌ها و اطلاعات مورد اشاره عنصر مادی مورد نیاز برای تحقق جرمی بین‌المللی را که در ادامه این پژوهش به آن‌ها اشاره خواهد شد، فراهم می‌آورند.

31. Opening Statement to the 36th session of the Human Rights Council (2011).

32. A/HRC/37/70, Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in Myanmar (2018): 13.

جنایات ارتكابی علیه مسلمانان روهینگیا در پیشگاه دیوان کیفری ... / شفيعی و عسکری ۲۳۹

دیوان و احراز مبنای مستدل موجب تقدیم درخواست برای اخذ مجوز تحقیق از شعبه پیش‌دادرسی پیرو بند سوم ماده ۴۶ مقررات دیوان شد.

دادستان در درخواست تقدیمی از شعبه پیش‌دادرسی امکان‌سنجی صلاحیت دیوان در رابطه با جرم اخراج^{۳۳} مردم روهینگیا را خواست.^{۳۴} بنا بر ماده ۵۳ اساسنامه دادستان باید در درخواست چند مسئله را ارزیابی می‌کرد: ابتدا آنکه آیا اطلاعات واصله و مستندات، جرائم مقرر در ماده ۵ اساسنامه را دربرمی‌گیرند؟ آیا وضعیت مورد بحث مسئله قابل‌پذیرش بودن و مندرجات ماده ۱۷ را فراهم می‌آورد؟ آیا شروع رسیدگی اجرای عدالت را به همراه دارد؟ دادستان «پاسخ و ارزیابی شعبه پیش‌دادرسی را بستری برای اعمال ماده ۱۳ اساسنامه^{۳۵} دانست که به ارجاع وضعیت یک یا چند جنایت از سوی دولت عضو به دادستان اشاره دارد و ماده ۳۶۱۴^{۳۶} اساسنامه که در مورد اعمال صلاحیت و ارجاع یک وضعیت توسط دولت عضو می‌پردازد.»^{۳۷} «در واقع دادستان با طرح این سؤال در راستای ایفای وظیفه خود مبنی بر ترغیب دولت‌ها به ارجاع یک وضعیت به دیوان گام برمی‌داشته است.»^{۳۸}

درخواست دادستان دشواری‌هایی را با توجه به محدودیت‌های صلاحیتی مقرر در مواد ۷ و ۱۲ برای دیوان دارد. از این‌روی دادستانی برای اثبات صلاحیت موضوعی و سرزمینی به تمام ابزارهای پیش‌بینی‌شده متوسل شد و مبنای صلاحیت مکفی را معرفی کرد.

۱-۱ صلاحیت موضوعی دیوان بر وقایع بنگلادش - میانمار

پاسخ به سؤال اول، صلاحیت موضوعی^{۳۹} دیوان کیفری را پوشش می‌دهد. دادستان معتقد است از اوت ۲۰۱۷، بیش از ۶۷۰۰۰۰ نفر از اهالی روهینگیا که به صورت قانونی در میانمار اقامت

33. Crime of Deportation.

34. ICC-RoC46 (3)-01/18-1, Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19 (3) of the Statute (2018): para 4.

۳۵. ماده ۱۳ (اعمال صلاحیت): «دیوان می‌تواند مطابق مقررات این اساسنامه، صلاحیت خود را نسبت به جنایات ماده ۵ اعمال نماید. چنانچه دولت عضوی وضعیتی را که در آن ممکن است یک یا چند جنایت ارتکاب یافته باشد، به موجب ماده ۱۴ به دادستان ارجاع نماید...».

۳۶. ماده ۱۴ (ارجاع وضعیت توسط دولت): «یک دولت عضو می‌تواند موضوعی را که ظاهراً در آن یک یا چند جنایت ارتکاب یافته است، به دادستان ارجاع داده و درخواست تحقیق نماید...».

37. ICC-RoC46 (3)-01/18-1, Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19 (3) of the Statute (2018): 3.

۳۸. محمدحسین رضائی قوام‌آبادی، «ابتکار دادستان دیوان کیفری بین‌المللی برای آغاز تحقیقات»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضائی ۲۴، شماره ۸۶ (تابستان ۱۳۹۸): ۸۸-۸۹.

39. The Ratione Materiae Jurisdiction.

داشتند از مرزهای بین‌المللی اخراج شده‌اند. طبق ماده ۷ (۱) (د) اخراج جنایت علیه بشریت قلمداد می‌شود که «بخشی از آن می‌تواند در قلمرو صلاحیتی بنگلادش به‌عنوان دولت عضو اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی به وقوع پیوسته باشد.»^{۴۱}

احراز ارتکاب جنایت علیه بشریت^{۴۲} که یکی از جرائم تحت صلاحیت مقرر در ماده ۵ است، نیازمند اثبات مصادیق مقرر در ماده ۷ اساسنامه است.^{۴۳} «جنایت علیه بشریت در این ماده به مفهوم ارتکاب همراه با علم و آگاهی اعمالی همچون قتل، ریشه‌کنی، بردگی، اخراج یا انتقال اجباری علیه جمعیت غیرنظامی است که به صورت سیستماتیک یا گسترده صورت می‌گیرند.»^{۴۴} در وضعیت حاضر دادستان مشخصاً به بند ۱ (د) ماده ۷ یعنی جرم اخراج که به صورت سیستماتیک علیه جمعیت غیرنظامی روینگی صورت گرفته، اشاره دارد. «اخراج مقرر در این ماده به مفهوم ارتکاب همراه با علم به اینکه عمل بخشی از یک حمله گسترده یا سیستماتیک علیه مردم غیرنظامی مقیم قانونی است و مرتکب با علم به قانونی بودن استقرار، بدون مجوز حقوق بین‌الملل اقدام به اخراج^{۴۵} و انتقال اجباری^{۴۶} می‌نماید.»^{۴۷}

در وضعیت میانمار- بنگلادش، دادستان با تفسیر ماده ۷ (۱) (د) به دنبال تعیین ماهیت جرم اخراج بود. اخراج در مفهوم جابه‌جایی اجباری افراد در آن سوی مرزهای بین‌المللی، جرم شناخته‌شده‌ای در قوانین بین‌المللی است که صریحاً در ماده ۶ (۲) منشور نورنبرگ به‌عنوان

۴۰. ماده ۷: «منظور از جنایت علیه بشریت، هر یک از اعمال مشروحه ذیل است، هنگامی که در چارچوب یک حمله گسترده یا سازمان‌یافته برضد یک جمعیت غیرنظامی و با علم به آن حمله ارتکاب می‌گردد...» اخراج یا انتقال اجباری یک جمعیت...».

41. ICC-RoC46 (3)-01/18-1, Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19 (3) of the Statute (2018): 3-4.

42. Crime Against Humanity.

۴۳. از سه جرمی که نوعاً در صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی هستند، نسل‌زدایی و جنایت جنگی، موضوع کنوانسیون‌های بین‌المللی هستند، اما هیچ کنوانسیونی در خصوص جلوگیری، مجازات جنایات علیه بشریت و ارتقای همکاری بین‌دولتی وجود ندارد. از این رو کمیسیون حقوق بین‌الملل، موضوع جنایت علیه بشریت را در دستور کار خود قرار داد. در سال ۲۰۱۹م پیش‌نویس مواد در این باره تهیه گردید که مقرردهایی در خصوص جلوگیری و مجازات جنایت علیه بشریت پیشنهاد می‌دهد.

Crimes against humanity (Last Visited: February 26, 2021), https://legal.un.org/ilc/guide/7_7.shtml.
۴۴. هما بیات، «مفهوم جرائم علیه بشریت در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی»، نشریه پژوهش ملل ۳، شماره ۳۰ (خرداد ۱۳۹۷): ۶۱-۷۳؛

International Criminal Court, *Elements of Crimes* (The Hague: the International Criminal Court, 2013), 3.

45. Deportation.

46. Forsible Transfer.

47. International Criminal Court, *Elements of Crimes*, 4-5.

جنایت علیه بشریت^{۴۸} و نیز در اساسنامه‌های دیوان‌های کیفری برای یوگسلاوی سابق^{۴۹} و رواندا^{۵۰} به‌ترتیب در مواد ۵ (د) و ۳ (د) گنجانده شده است. در مقابل انتقال اجباری، آوارگی اجباری افراد در داخل قلمرو^{۵۱} اما بدون عبور از مرز بین‌المللی اولین بار در طرح جنایت علیه صلح و امنیت بشریت^{۵۲} در سال ۱۹۹۶ به رسمیت شناخته شد و در چارچوب «سایر اقدامات غیرانسانی» به‌عنوان یک جنایت علیه بشریت در قضیه استاکیک ای جی^{۵۳} نزد دیوان کیفری برای یوگسلاوی سابق تحت رسیدگی کیفری بین‌المللی قرار گرفت.^{۵۴} طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل در مورد اخراج بیگانگان^{۵۵} نیز در ماده ۲ به تعریف این جرم پرداخته و اخراج را به معنای «عمل یا رفتار رسمی یک دولت می‌داند که به موجب آن مجبور به ترک قلمرو آن دولت می‌شوند.»^{۵۶}

در مجموع «اگرچه جرم انتقال اجباری و اخراج هر دو جرائم مرتبط با جابه‌جایی اجباری هستند، مترادف یکدیگر قلمداد نمی‌شوند و عبور از مرزهای بین‌المللی یک ضرورت قانونی در اخراج و وجه تمایز آن با انتقال اجباری است. چنین عبوری از مرز نیازمند ورود به خاک دولت دیگر به‌عنوان عنصر ضروری دوم خواهد بود.»^{۵۷} «تفکیک میان این دو جرم برای اثربخشی به ارزش‌های محافظت‌شده آنها ضروری است. درحالی‌که هر دو از حق بر زندگی در جوامع محافظت می‌کنند، جرم انگاری اخراج از حقوق و ارزش‌های مهم دیگری چون حق بر زندگی و اقامت قانونی در کشوری مشخص با فرهنگ، جامعه و زبان خاص حمایت می‌کند. چنین قربانیانی تحت صلاحیت قوانین و مقامات خارجی قرار می‌گیرند که هیچ نقشی در روند تصمیم‌گیری سیاسی آنها ندارند. حتی اگر شرایط قربانیان در کشور مبدأ کمتر از حد ایدئال باشد، به نظر می‌رسد از وضعیت موجود در دولتی که به‌طور غیرقانونی به آنجا اخراج می‌شوند، بهتر

48. The Charter of the International Military Tribunal (August 8, 1945).

49. Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Security Council resolution 827 (1993).

50. The International Criminal Tribunal for Rwanda, Security Council resolution 955 (1994).

۵۱. درحالی‌که «اخراج» به معنای اخراج از قلمرو ملی است، انتقال اجباری جمعیت کاملاً در قلمرو صلاحیتی و مرزهای یک دولت رخ می‌دهد.

52. Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind with commentaries (1996): 49.

53. Stakić AJ.

54. IT-97-24-A, Prosecutor v. Milomir Staki (March 22, 2006): 103.

55. Draft articles on the expulsion of aliens, with commentaries (2014).

56. Draft articles on the expulsion of aliens, with commentaries (2014): art 2.

57. ICC-RoC46 (3)-01/18-1, Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19 (3) of the Statute (2018): 7.

خواهد بود.^{۵۸} رویه قضایی دیوان کیفری برای یوگسلاوی سابق نیز احراز عنصر اضافی یعنی عبور از مرز بین‌المللی و ورود به قلمرو دولت را ضروری می‌داند. دادستان معتقد است «ورود مردم روهینگیا به بنگلادش نتیجه و اثر جرم اخراج نیست، بلکه بخشی از عنصر ضروری برای تحقق این جرم است.»^{۵۹}

تجزیه و تحلیل ماهیت جرم اخراج تلاشی برای یافتن مبانی صلاحیت موضوعی و سرزمینی دیوان بود؛ چراکه میانمار عضو اساسنامه نیست و چنین تفسیری می‌تواند بستر احراز صلاحیت موضوعی دیوان در جرم اخراج مقرر در ماده ۷ (۱) (د) را فراهم آورد. همچنین «وقوع بخشی از این جرم در بنگلادش به‌عنوان یک دولت عضو اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی احراز صلاحیت سرزمینی مقرر در ماده ۱۲ (۱) را تسهیل می‌نماید.»^{۶۰} این مبحث در ادامه بررسی دقیق‌تری می‌شود.

۱-۲ صلاحیت سرزمینی دیوان در وقایع بنگلادش - میانمار

دادستان باید دلایل معقولی ارائه می‌داد که جنایات در صلاحیت دیوان در قلمرو یک دولت عضو یا توسط تبعه این دولت انجام شده است. اولی را صلاحیت سرزمینی^{۶۱} می‌نامند که بر ماده ۱۲ (۲) (الف) اساسنامه استوار است و دیگری را صلاحیت شخصی^{۶۲} که ماده ۱۲ (۲) (ب) به آن اشاره دارد.

ماده ۱۲ (۲) (الف) صلاحیت دیوان را در مواردی که جرم در قلمرو دولت عضو اساسنامه واقع شود، می‌داند. بنا بر تفسیر دادستان چنانچه حداقل یک عنصر قانونی از جرائم مندرج در ماده ۵ در قلمرو دولت عضو به‌وقوع پیوندد برای احراز صلاحیت سرزمینی دیوان کفایت می‌کند. شیوه نگارش این ماده به میزان رفتار و فعل مورد بحث اشاره‌ای ندارد. در واقع «خوانش عادی ماده ۵ تمایزی را میان تحقق تمام اجزای جرم در قلمرو دولت عضو یا بخشی از آن قائل نمی‌شود.»^{۶۳} در نتیجه «وقتی اشخاص به قلمرو دولت دیگری اخراج می‌شوند عنصر قانونی و لازم برای تحقق جرم یعنی عبور از مرز بین‌المللی هنگام ورود به قلمرو دولت مقصد مهیا می‌شود و عدم عضویت

58. ICC-RoC46 (3)-01/18-1, Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19 (3) of the Statute (2018): 9.

59. ICC-RoC46 (3)-01/18-1, Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19 (3) of the Statute (2018): 13-14.

60. ICC-RoC46 (3)-01/18-1, Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19 (3) of the Statute (2018): 13-14.

61. Territorial jurisdiction or Ratione Loci.

62. Personal jurisdiction or Ratione Personae.

63. ICC-RoC46 (3)-01/18-1, Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19 (3) of the Statute (2018): 23.

جنایات ارتكابی علیه مسلمانان روهینگیا در پیشگاه دیوان کیفری ... / شفیع و عسکری ۲۴۳

دولت مبدأ در اساسنامه از اهمیت برخوردار نیست. صرف عضویت دولت مقصد بستر لازم را برای اعمال ماده ۱۲ (۲) (الف) فراهم می‌آورد؛ از این روی اصولاً دیوان می‌تواند در مورد جرم اخراج از میانمار به بنگلادش به عنوان دولت عضو اساسنامه اعمال صلاحیت کند.^{۶۴} دادستان «عنصر فرامرزی را یکی از عناصر اساسی برای تحقق جرم اخراج می‌داند»^{۶۵} و بنابراین به زعم وی با عبور مردم روهینگیا از مرز و ورود به قلمرو صلاحیتی بنگلادش جرم اخراج محقق شده است. چنین تفسیری بستر لازم برای اعمال صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی مطابق ماده ۱۲ (۲) (الف) را فراهم می‌آورد.

نهایتاً در ۶ سپتامبر ۲۰۱۸ شعبه پیش‌دادرسی صلاحیت دیوان برای رسیدگی به جنایت علیه بشریت همچون اخراج، شکنجه و هرگونه جرمی با قصد ایجاد صدمه شدید یا رنج عظیم به سلامت روان و جسم (صلاحیت موضوعی) را که ادعا می‌شود میانمار علیه روهینگیا روا داشته و حداقل بخشی از آن در قلمرو دولت عضو دیوان یعنی بنگلادش (صلاحیت سرزمینی) صورت گرفته، وفق ماده ۱۹ (۳) احراز کرد^{۶۶} و شروع تحقیقات را در راستای اجرای عدالت دانست؛^{۶۷} بنابراین در ۱۴ نوامبر ۲۰۱۹ مجوز آغاز تحقیقات از سوی دادستان در مورد جرائم تحت صلاحیت دیوان که حداقل بخشی از آن در قلمرو بنگلادش رخ داده بود، بنا بر ماده ۱۵ اساسنامه صادر شد.^{۶۸} باین حال احتمال احراز عدم ارتكاب جرائم گفته‌شده در مرحله تحقیقات دادستان هم منتفی نیست.

۳-۱ نوآوری‌های دیوان کیفری بین‌المللی در خصوص وضعیت روهینگیا

درخواست دادستان از دو جهت بدعت‌هایی بنا نهاده است. دیوان کیفری بین‌المللی برای نخستین بار با چنین تفسیر موسعی از مواد ۱۲ (۲) (الف)، ۷ (۱) (د) سبب گسترش دامنه قلمرو صلاحیت آن شده است. موضع دیوان راه را برای تحت پیگیری قرار دادن افرادی می‌گشاید که دولت متبوع آنها (یا دولتی که تحت صلاحیت آن قرار دارند) عضو اساسنامه دیوان نیست.

64. ICC-RoC46 (3)-01/18-1, Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19 (3) of the Statute (2018): 14.

65. ICC-RoC46 (3)-01/18-1, Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19 (3) of the Statute (2018): 13.

66. ICC-RoC46 (3)-01/18, Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19 (3) of the Statute" (September 6, 2018): 42.

67. ICC-01/19 (2019): 52.

68. ICC-01/19, 2019: 27.

همچنین «اولین باری است که دادستان به موجب ماده ۱۹(۳) از اختیار خود برای درخواست رسیدگی به مسئله صلاحیت و قابل پذیرش بودن وضعیتی از شعبه پیش‌دادرسی استفاده می‌کند».^{۶۹} عنوان این ماده به چالش‌های صلاحیتی و قابل استماع بودن یک «پرونده» اشاره دارد و ماده ۱۹ (۱) نیز عیناً از همین واژه استفاده کرده است، باین‌حال در ماده ۱۹(۳) از واژه «مسئله»^{۷۰} استفاده شده است. دادستان معتقد است «شیوه نگارش و قرائت متداول ماده ۱۹ (۳) تمایزی میان وضعیتی^{۷۱} و پرونده^{۷۲} قائل نمی‌شود؛ همچنین سیاق ماده ۱۹ (۳) نباید محدود به اعمال آن در مرحله‌ای خاص مثل پرونده^{۷۳} باشد. موضوع و هدف این ماده تفسیر موسعی را می‌طلبد»؛^{۷۴} از این‌رو حتی اگر وضعیتی^{۷۵} هنوز به شعبه پیش‌دادرسی تسلیم نشده باشد و عنوان پرونده بر آن اطلاق نگردد،^{۷۶} پس از چنین درخواستی رئیس شعبه پیش‌دادرسی باید در اسرع وقت مسئله را به شعبه پیش‌دادرسی ارجاع دهد. شعبه استیناف در وضعیت کنگو صریحاً «به تمایز میان ماده ۱۹ (۱) و ۱۹ (۳) اشاره دارد و امکان اعمال آن را در مرحله وضعیت نیز محتمل دانسته است. اگرچه از نظر شعبه پیش‌دادرسی، خوانش متفاوت دادستان از این ماده و ادبیات تفسیری در رابطه با آن می‌تواند محل بحث باشد»؛^{۷۷} اما آغاز راهی برای شکل‌گیری فرصت‌های رویه‌ای است. در واقع از آنجاکه وضعیت بنگلادش - میانمار هنوز در مرحله ارزیابی مقدماتی و پیش از مرحله تحقیقات بود که هدف از آن شناسایی یک یا چند پرونده خاص است، تفسیر دادستان موجب برای اعمال ماده ۱۹ (۳) در مرحله وضعیت را فراهم آورد.^{۷۸}

نقصان‌های اعمال صلاحیت دیوان به دلیل عدم ارتکاب جرائم مندرج در ماده ۵ اساسنامه از سوی اتباع بنگلادش و منتفی شدن صلاحیت شخصی، همچنین عدم وقوع تمام عناصر ضروری

69. ICC-RoC46 (3)-01/18, Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19 (3) of the Statute" (September 6, 2018): 4.

70. Question.

71. Situation.

72. Case.

۷۳. وقایع مشخصی است که در ضمن آن‌ها یک یا چند جرم داخل در صلاحیت دیوان توسط یک یا چند مظنون مشخص ارتکاب یافته است.

74. ICC-RoC46 (3)-01/18, Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19 (3) of the Statute" (September 6, 2018): 29.

۷۵. «وضعیت» مفهوم عامی است که اعم از یک یا چند حادثه و پرونده معین است.

۷۶. درخواست برای شروع تحقیقات طبق ماده ۱۵ اساسنامه (۴ ژوئن ۲۰۱۹م) به شعبه پیش‌دادرسی تسلیم شده است، درحالی‌که درخواست بنابر ماده ۱۹ (۳) برای ارزیابی صلاحیت و قابلیت استماع (۹ آوریل ۲۰۱۸م) تسلیم شده است.

77. ICC-01/04, 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" (July 13, 2006) (2007): 7.

۷۸. محمدهادی ذاکر حسین، «مفهوم و کارکرد قضیه در دیوان کیفری بین‌المللی»، نشریه علمی پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی ۸، شماره ۱۶ (پاییز و زمستان ۱۳۹۹): ۱۶۷-۱۶۸.

جرم در قلمرو اين کشور و قصور شورای امنیت در ارجاع وضعیت به ديوان كيفرى بين المللى، با چنين تفاسير مترقيانه‌اى از مواد ۷، ۱۲ و ۱۹ (۳) مرتفع می‌شوند. با اين حال چنين تفسيرى صلاحيت ديوان را محدود به جرائم با ماهيت فرامرزى می‌سازد و نسل‌زدایی قطعاً در زمره اين جرائم نمی‌گنجد. جرمی که متعاقباً در ديوان بين المللى دادگستری دستاویزی برای طرح ادعای مسئولیت دولت میانمار شد.

۲. دعوی گامبيا عليه میانمار نزد ديوان بين المللى دادگستری

در تاريخ ۱۱ نوامبر ۲۰۱۹ جمهوری گامبيا دادخواستی را علیه جمهوری میانمار نزد دفتر ديوان بين المللى دادگستری به ثبت رساند.^{۷۹} گامبيا مدعی بود دولت میانمار به عنوان عضوی از کنوانسیون منع و مجازات نسل‌زدایی، برخی مقررات اين کنوانسیون به ویژه تعهدات مربوط به عدم ارتكاب نسل‌زدایی، تبانی برای ارتكاب نسل‌زدایی، تحریک مستقیم برای نسل‌زدایی، شروع به ارتكاب نسل‌زدایی و شرکت در نسل‌زدایی^{۸۰} و قصور در مجازات مرتكبان،^{۸۱} اتخاذ تدابير قانونی و جرم‌انگاری^{۸۲} و استرداد مجرمان^{۸۳} را نقض کرده است و به اين نقض‌ها ادامه می‌دهد. اين دولت از ديوان می‌خواهد که به موجب حکم خود ضمن تأیید نقض اين موارد و جبران خسارت وارده، میانمار را به تضمین محاکمه مجرمان و تکرار نکردن نقض‌ها ملزم کند. همچنین گامبيا از ديوان درخواست صدور قرار موقتی وفق ماده ۴۱ اساسنامه^{۸۴} و مواد ۷۳، ۷۴ و ۷۵ آیین دادرسی^{۸۵} نمود. متعاقباً در ۲۳ ژانویه ۲۰۲۰ ديوان دستوری را صادر کرد.^{۸۶}

79. Application of the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (The Gambia v. Myanmar) (November 11, 2019).

۸۰. ماده ۳ کنوانسیون منع و مجازات نسل‌زدایی: «اعمال ذکرشده قابل مجازات هستند: نسل‌زدایی، تبانی بر ارتكاب نسل‌زدایی، تحریک مستقیم و علنی برای نسل‌زدایی، شروع به ارتكاب نسل‌زدایی و شرکت در نسل‌زدایی».

۸۱. ماده ۴: «اشخاصی که مرتكب نسل‌زدایی و یا اعمال مشروحه در ماده ۳ می‌شوند، اعم از اين که اعضای حکومت یا مستخدمان دولت یا اشخاص عادی باشند، مجازات می‌شوند».

۸۲. ماده ۵: «طرف‌های معاهده ملزم هستند برطبق قانون اساسی خود، تدابير قانونی لازم برای اجرای مقررات اين توافق‌نامه را اتخاذ نمایند، خصوصاً كيفرهای مؤثر در رابطه با مرتكبين نسل‌زدایی و یا اعمال دیگر مندرج در ماده ۳ پیش‌بینی نمایند».

۸۳. ماده ۶: «اشخاص متهم به ارتكاب نسل‌زدایی یا یکی دیگر از اعمال مشروحه در ماده ۳ به دادگاه‌های صالح دولتی که جرم در آن‌جا ارتكاب یافته و یا به دادگاه كيفرى بين المللى که طرفین معاهده صلاحیت آن را به رسمیت شناخته‌اند، جلب خواهد شد».

۸۴. ماده ۴۱ اساسنامه ديوان دادگستری بين المللى: «ديوان اختیار دارد در صورتی که تشخیص دهد که اوضاع و احوال ایجاب می‌کند، اقداماتی را که باید برای حفظ حقوق طرفین موقتاً به عمل آید، انجام دهد».

85. Rules of Court (1978).

86. Application of the convention on the prevention and punishment of the crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Provisional Measures (Order: January 23, 2020). I.C.J Reports, p 7.

۲-۱. دستور موقت مورخ ۲۳ ژانویه ۲۰۲۰

طبق ماده ۴۱ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری،^{۸۷} چنانچه دیوان تشخیص دهد اقداماتی باید برای حفظ حقوق طرفین موقتاً با توجه به اوضاع و احوال انجام شود، می‌تواند دستوری به این منظور صادر کند. «عبارت اوضاع و احوال در این ماده گویای آن است که اگر یکی از اصحاب دعوی به نحوی رفتار کند که آثار غیرقابل جبرانی به همراه داشته و علت دعوی را زائل نماید، دیوان با صدور این دستور ثبات دادرسی را فراهم آورد.»^{۸۸} صدور چنین قراری نیازمند اغنای خاطر دیوان در خصوص صلاحیت^{۸۹} باورپذیری حقوق مورد ادعای خواهان^{۹۰} با توجه به مبنای صلاحیتی اعلامی است و درعین حال صدور چنین قراری فوریت^{۹۱} دارد و تصور در آن منجر به خسارتی جبران‌ناپذیر^{۹۲} می‌شود. از آنجاکه گامبیا دولت متضرر مستقیم از نقض‌های ادعایی نبود، دیوان با چالش‌هایی در خصوص مسائل گفته‌شده مواجه بود که در ادامه ضمن ارائه مختصری از استدلال‌های طرفین، دستور دیوان در خصوص هر یک از این شروط تشریح می‌گردد.

الف) صلاحیت علی‌الظاهر

دیوان تنها زمانی می‌تواند به قضیه‌ای ورود کند که صلاحیت خود را احراز کند. «با این حال در رسیدگی به درخواست دستور موقت ضرورتی ندارد که دیوان به شکلی قطعی همانند آنچه برای رسیدگی‌های ماهوی نیاز است، صلاحیت خود را احراز نماید و صلاحیت علی‌الظاهر^{۹۳} کفایت می‌کند.»^{۹۴} در این پرونده گامبیا در دادخواست خود صلاحیت دیوان را مبتنی بر مواد (۱) ۳۶ اساسنامه و ۹ کنوانسیون منع و مجازات نسل‌زدایی^{۹۵} می‌داند؛ چراکه گامبیا و میانمار هر دو عضو این کنوانسیون هستند و بر ماده ۹ کنوانسیون شرطی درج نکرده‌اند.^{۹۶} این ماده صلاحیت دیوان را

87. Statute of the International Court of Justice (1945).

۸۸. سیدباقر میرعباسی، و سیدحسین سادات میدانی، دیوان بین‌المللی دادگستری در تئوری و عمل، جلد ۱ (تهران: نشر جنگل، ۱۳۹۶)، ۵۰۰.

89. Jurisdiction.

90. Plausibility.

91. Urgency.

92. Irreparable Prejudice.

93. Prima Facie Jurisdiction.

94. I.C.J Reports (2020): 6.

۹۵. ماده ۹: «اختلاف حاصله میان متعاهدین درخصوص تفسیر و اجرای این کنوانسیون از جمله اختلافات راجعه به مسئولیت یک دولت درمورد عمل نسل‌زدایی یا اعمال دیگر مقرر در ماده ۳ به درخواست یکی از طرفین قابل ارجاع به دیوان بین‌المللی دادگستری است.»

96. "United Nations treaty collection, Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide" (Last visit: November 7, 2020), https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-1&chapter=4&clang=_en#1.

جنايات ارتكابی علیه مسلمانان روهينگيا در پيشگاه ديوان كيفرى ... / شفيعى و عسكرى ۲۴۷

منوط به وجود اختلاف ميان طرفين^{۹۷} و آن هم اختلافى در مورد تفسير، اعمال و اجراى كنوانسيون كرده است.

گامبيا اختلاف در باره اجراى كنوانسيون منع ژنوسيد به ويژه در باره تعهد به جلوگيرى و اجتناب از اقدامات منجر به نسل زدائى را محرز مى داند. اين دولت به اقداماتى اشاره مى كند كه پيش از اين در مقدمه به آنها اشاره شدند كه با قصد نابودى جزئى يا كلى روهينگيا صورت گرفته اند.^{۹۸} «ميانمار ضمن انكار وجود اختلاف، معتقد است كه گامبيا به عنوان نماينده سازمان همكارى اسلامى طرح دعوى كرده است.»^{۹۹} اين ادعا البته از هيچ گونه وجاهت قانونى برخوردار نيست؛ چرا كه «صلاحيت ترافعى ديوان وفق ماده ۳۴ اساسنامه صرفاً محدود به دولت ها است و خواهان نيز رسيدگى را با نام خود آغاز كرده و حمايت سازمان همكارى اسلامى يا ساير دولت ها از گامبيا منع قانونى ندارد.»^{۱۰۰}

براي احراز وجود اختلاف، ديوان با پيروي از رويه پيشين خود در قضيه مسائل مربوط به تعهد به تعقيب يا استرداد، هر نوع سند و بيانه اى ميان طرفين^{۱۰۱} و مجامع را مد نظر قرار داد^{۱۰۲} و «عدم پاسخ ميانمار به يادداشت و ادعاهاى گامبيا در مورد اقدامات اكتوبر ۲۰۱۶ و اوت ۲۰۱۷، گزارش هيئت حقيقت ياب در ۲۰۱۹، صحبت هاى نماينده گامبيا در هفتاد و چهارمين جلسه عمومى مجمع عمومى، مخالفت ميانمار با گزارش كميسيون حقيقت ياب را جملگى نشانه هاى از وجود تقابل و تضاد ديدگاه هاى طرفين در رابطه با تفسير و اجراى كنوانسيون منع نسل زدائى دانست.»^{۱۰۳}

۹۷. اختلاف زمانى ميان طرفين حادث مى گردد كه به صورت واضح ديدگاه هاى متضاد و در تعارضى در باره اجرا يا عدم اجراى يك تعهد بين المللى وجود داشته باشند. در واقع ادعاى يك طرف بايد كاملاً مغاير و مخالف طرف ديگر باشد.

Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation), Provisional Measures, Order of April 19, 2017, I.C.J. Reports (2017): 115, para. 22; Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports (1950): 74; South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports (1962): 328.

98. I.C.J Reports (2020): 7.

99. I.C.J Reports (2020): 8.

100. I.C.J Reports (2020): 8.

101. I.C.J. Reports (2012) (II): 443-445.

102. I.C.J Reports (2020): 9.

103. I.C.J Reports (2020): 9- 10.

ب) باورپذیری حقوق مورد ادعا

برای تحقق این شرط دیوان باید قانع شود که خواهان از حقوق ادعایی ذیل کنوانسیون منع نسل‌زدایی بهره‌مند می‌گردد.

میانمار «ضمن اذعان به عام‌الشمول بودن برخی تعهدات مندرج در کنوانسیون منع ژنوسید و منفعت گامبیا در متابعت از آن، این مسئله را به خودی خود موجبی برای استقرار حق طرح دعوی از سوی گامبیا نمی‌داند؛ چراکه دولت گامبیا متضرر مستقیم نیست.»^{۱۰۴} ادعایی که در تعارض با یافته‌های پیشین دیوان در قضیه مسائل مربوط به تعهد به تعقیب یا استرداد^{۱۰۵} است. در آن قضیه دیوان با توسل به موضوع و هدف عهدنامه که تلاش کارآمدتر علیه شکنجه در جهان است، دریافت که «طرفین معاهده دارای نفع مشترکی در احترام و تضمین ارزش‌های مشترک هستند و تضمین پیشگیری از شکنجه و عدم مصونیت مرتکبان در راستای همین نفع مشترک است.»^{۱۰۶} در آن قضیه دیوان به ماهیت مشابه تعهدات مندرج در کنوانسیون منع شکنجه با کنوانسیون منع ژنوسید اشاره کرده و حق اقامه دعوا از سوی هر دولت عضو کنوانسیون منع شکنجه و نه تنها دولت متضرر مستقیم به رسمیت شناخته است.^{۱۰۷} همچنین است در نظریه مشورتی اعمال شرط بر کنوانسیون منع نسل‌زدایی^{۱۰۸} که دیوان ضمن تأکید بر «عدم وجود منفعت شخصی اعضای کنوانسیون‌هایی با چنین ویژگی و عدم متابعت آنها از اصل تقابل^{۱۰۹} و توازن قراردادی، منفعت متعاهدین در این کنوانسیون‌ها را منفعتی جمعی در تحقق اهداف کنوانسیون معرفی کرد و ارزش‌های مورد حمایت در این کنوانسیون‌ها را انگیزه اصلی در تضمین جلوگیری و مجازات مرتکبان دانست.»^{۱۱۰} در نتیجه دیوان در قضیه حاضر حق طرح دعوی از سوی گامبیا برای نقض ادعایی کنوانسیون منع نسل‌زدایی را قابل تصور دانست.^{۱۱۱}

پیرو ارزیابی باورپذیری، گامبیا مدعی بود در پی احقاق حقوق اعضای گروه روهینگی‌ها به‌عنوان اشخاص مورد حمایت کنوانسیون از اقداماتی همچون نسل‌زدایی، تباری، تحریک مستقیم، شروع و شرکت در نسل‌زدایی است که در ماده ۳ پیش‌بینی شده‌اند. در مقابل، میانمار وجود قصد خاص

104. I.C.J Reports (2020): 12.

105. Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports (2012): 422.

106. I.C.J. Reports (2012) (II): 448-450.

107. I.C.J. Reports (2012) (II): 449.

108. Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion: I.C. J. Reports (1951): 15.

109. Reciprocity.

110. Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion: I.C. J. Reports (1951): 23.

111. I.C.J Reports (2020): 13

جنايات ارتكابی علیه مسلمانان روهينگيا در پيشگاه ديوان كيفرى ... / شفيعى و عسكرى ٢٤٩

نابودى تمام يا بخشى از روهينگيا را براى تحقق نسل‌زدائى ضرورى مى‌دانست؛ «عنصرى كه هرچند در ارتكاب نسل‌زدائى از اهميت برخوردار است، اما به نظر مى‌رسد براى ساير تعهدات مستخرج از كنوانسيون همچون جلوگيرى، مجازات نسل‌زدائى و نهايتاً همكارى ضرورت ندارد.»^{١١٢}

مقررات كنوانسيون، حمايت از اعضاى گروه‌هاى قومى، مذهبى و نژادى در برابر ژنوسيد و ديگر اعمال مندرج در ماده ٣ را در نظر دارند و «روهينگيا يك گروه قومى مورد حمايت در مفهوم ماده ٢ است.»^{١١٣} از آنجا كه در جلسات دادرسى ميانمار منكر كاربرد زور در عمليات پاكسازى ٢٠١٧ نشد و در قطعنامه ٧٣/٢٦٤ مجمع عمومى نيز نگرانى‌هاى عميقى درباره يافته‌هاى هيئت حقيقت‌ياب بيان شده^{١١٤} و با توجه به كارويژه دستور موقت براى حمايت از حقوق اطراف دعوى سه درخواست ابتدائى گامبيا از جمله بهره‌گيرى ميانمار از تمام امكانات خود براى جلوگيرى از نسل‌زدائى، تضمين به عدم مشاركت، هدايت، پشتيبانى اعمال مندرج در ماده ٣ و حفظ شواهد مربوط به وقايع مقبول افتاد.^{١١٥}

ج) فوريت و خسارت جبران‌ناپذير

«فوريت به‌عنوان يكى ديگر از شروط صدور دستور موقت به خطرى واقعى و قريب‌الوقوع كه همراه با ضرورى جبران‌ناپذير است، اشاره دارد.»^{١١٦} گامبيا ضمن تأكيد بر نسل‌زدائى ٢٠١٧، معتقد بود «خطر جدى اتخاذ اقدامات بيشترى از اين جنس همچنان پابرجا است.»^{١١٧} ميانمار از سوى ديگر به تدارك و انجام اقداماتى براى بازگشت آوارگان روهينگيايى و ايجاد بستر مناسب براى پاسخگوبى مرتكبان اشاره داشت.

قطعنامه ١٩٤٦ مجمع عمومى^{١١٨} «ژنوسيد را انكار حقوق گروه‌هاى بشرى مى‌داند، چنين نقض‌هاى وجدان عمومى را خدشه‌دار کرده و منجر به خسارات عظيمى به بشريت و فرهنگ مى‌شوند.»^{١١٩}

112. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro). Judgment, I.C.J. Reports (2007): 238.

113. I.C.J. Reports (2020): 16.

114. A/RES/73/264, Situation of human rights in Myanmar (2018): 2.

115. I.C.J. Reports (2020): 18.

116. Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America). Provisional Measures, Order of October 3, 2018, I.C.J. Reports (2018): 623.

117. I.C.J. Reports (2020): 20.

118. A/RES/96, The Crime of Genocide (1946).

119. A/RES/96, The Crime of Genocide (1946): 1.

«با توجه به ارزش‌های اساسی که کنوانسیون منع نسل‌زدایی در پی حمایت از آنها است، نقض تعهدات آن می‌تواند ضرری جبران‌ناپذیر را در پی داشته باشد»؛^{۱۲۰} از این روی همانند قضیه نقض‌های ادعایی عهدنامه مودت^{۱۲۱} دیوان اظهارات خواننده مبنی بر تلاش برای بازگرداندن پناهجویان را به‌تنهایی کافی ندانست.^{۱۲۲}

در نهایت گردآمدن شرایط مقرر در اساسنامه جهت صدور دستور موقت، دیوان را برای صدور قرار قانع ساخت.

طبق ماده ۷۵ قواعد دادرسی،^{۱۲۳} دستور می‌تواند تماماً یا جزئی با اقدامات درخواستی متمایز باشد؛ از این روی دستور عیناً مطابق خواسته گامبیا نبود.^{۱۲۴} قرار موقت به تعهدات میانمار مبنی بر جلوگیری از نقض مواد ۲ و ۳ کنوانسیون، تضمین به عدم حمایت و دستور به واحدهای نظامی، شبه‌نظامی و غیرمنظم، عدم تخریب و از دسترس خارج کردن شواهد و مدارک و ارائه گزارش چهار ماه پس از صدور دستور و سپس هر شش ماه در مورد روند اجرای دستور خلاصه شد.^{۱۲۵}

120. I.C.J Reports (2020): 21.

۱۲۱. در این قضیه، ایالات متحده در طول جلسات استماع شفاهی، تضمیناتی داد، مبنی بر این که وزرات امور خارجه این دولت بیشترین مساعی خود را به کار می‌گیرد تا تضمین کند نگرانی‌های مربوط به امور انسان‌دوستانه یا ایمنی پرواز... مورد توجه کامل و سریع وزارت خزانه‌داری یا سایر نهادهای مرتبط تصمیم‌گیرنده قرار خواهند گرفت. دیوان ضمن استقبال از این تضمینات، محدود بودن آن‌ها به بیان خواننده را برای رفع کامل نگرانی خواهان مربوط به ایمنی و مسائل انسان‌دوستانه کافی ندانست. در نتیجه این خطر هم‌چنان باقی بود که اقدامات ایالات متحده بتواند پی‌آمدهای جبران‌ناپذیر در بر داشته باشند.

Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America). Provisional Measures, Order of October 3, 2018, I.C.J. Reports (2018): 650.

122. Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America). Provisional Measures, Order of 3 October 2018, I.C.J. Reports (2018): 644.

123. Rules of Court (1978): art 75.

۱۲۴. گامبیا شش درخواست را در دادخواست خود درج کرده بود که با اعمال ماده ۷۵ (۲) دستور قدری متفاوت از آن‌ها بود. دو موردی که در دستور ذکر نشده است: ۱. به موجب نامه ۹ دسامبر ۲۰۱۸م گامبیا از دیوان خواست که دستور دهد میانمار باید با هیئت‌های حقیقت‌یاب سازمان ملل متحد همکاری کند و دسترسی آن‌ها به شواهد و مستندات را امکان‌پذیر نماید. این درحالی است که پیش‌تر در دادخواست، عدم تخریب و از دسترس خارج کردن شواهد و مدارک خواسته شده بود. هم‌پوشانی میان درخواست سه و شش موجبی بود که دیوان بدون اشاره صریح به نهادهای ملل متحد و با پذیرش درخواست سوم، میانمار را به‌طور کلی به حفظ شواهد و اتخاذ اقدامات مؤثر در این خصوص متعهد کند؛ ۲. گامبیا در دادخواست خود از دیوان خواست که دستور دهد طرفین نباید با اقدامات خود سبب تشدید اختلاف شوند؛ شرطی که الگوی تمام دستورهای پیش از این بوده است. با این حال ظهور این شرط در بند ۴ دستور در خصوص الزامات گزارش‌دهی مستمر میانمار به دیوان قابل درک است.

125. I.C.J Reports (2020): 25.

۲-۲. ورود ثالث

اگرچه در ماده ۵۹ اساسنامه ديوان بين المللى دادگستري، احكام ديوان فقط نسبت به طرفين دعوا الزام آور هستند، تاسيس ورود ثالث به منظور حمايت حداكثري از منافع ثالث ذيل دو مقرر ۶۲ و ۶۳ اساسنامه پيش بينى شده و با مواد ۸۱ تا ۸۶ قواعد دادرسي تكميل شده اند. در چهاردهمين اجلاس سازمان همكارى اسلامى مالديو قصد خود برآورد به دعوى گامبيا عليه ميانمار جهت حمايت از مردم روهنگيا اعلام كرد.^{۱۲۶} همچنين در سپتامبر ۲۰۲۰ دولت هاى هلند و كانادا با انتشار يك بيانيه مشترك قصد خود مبني بر ورود به اين دعوى برآورد و اعلام كرد و الزام خود برآورد برآورد، مجازات نسل زدایی، پايان دادن به بي كيفرمانی و طرح ادعاهایی فراتر از ادعاهای گامبيا و پوشش نقصان های آن از جمله جرائم مربوط به خشونت های جنسی، مبتنی بر جنسیت، تجاوز جنسی و مسائل پیچیده حقوقی را اعلام کردند.^{۱۲۷} با این حال در مورد نحوه ورود و مستند آن بحث هایی وجود دارد.

«اساسنامه میان مداخله احتیاطی با هدف جلوگیری از تضییع احتمالی و محدود کردن تصمیم گیری تا جایی که بر حقوق ادعایی تأثیرگذار است و مداخله به عنوان حق ثالث و شناسایی حقوق آن تمایز قائل شده است.»^{۱۲۸} «اولی ذیل ماده ۶۲ به دولت اجازه مداخله می دهد، چنانچه مخاطره منفعت حقوقی وی با تصمیم دیوان محتمل باشد. در این شیوه، ثالث به دنبال کسب اظهار نظر قضایی نیست، بلکه هدف آگاه کردن دیوان در خصوص این مسئله است.»^{۱۲۹} در اختلاف مرز زمینی و دریایی السالوادور و هندوراس، دیوان اعلام کرد «هدف نیکار آگوهه برای حمايت از حقوقش را نباید تلاشی برای تقاضای اعلام نظر قضایی تلقی نمود».^{۱۳۰} همچنین دومی ذیل ماده ۶۳ به حق ورود دولت های عضو یک معاهده اشاره دارد، چنانچه موضوع اختلاف «تفسیر آن معاهده» باشد و مدیر دفتر دیوان نیز با اعلامیه ای طرفین اختلاف را مطلع سازد. چنانچه كانادا و هلند با توجه به اهداف برشمرده در بیانیه مشترك خود كه همان كمك به مسائل پیچیده حقوقی و جرائم مربوط به خشونت جنسی و جنسیتی است كه اظهار نظر قضایی را

126. The Republic of Maldives to file declaration of intervention in support of the Rohingya people, at the International Court of Justice (2020).

127. Global Affairs Canada (2020).

128. C. M. Chinkin, "Third-Party Intervention before the International Court of Justice", *the American Journal of International Law* 80, No. 3 (July 1986): 496.

129. Paolo Palchetti, "Opening the International Court of Justice to Third states: Intervention and Beyond", *Max Planck Yearbook of United Nations Law Online* 6, no. 1 (January 2002): 147.

130. Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras). Application to Zntewene, Judgment, I.C.J. Reports (1990): 131.

می‌طلبند، درخواست اجرای ماده ۶۲ را ارائه کنند، با رویه‌های پیشین دیوان - همچون قضیه فلات قاره لیبی و مالت که دیوان تقاضای ایتالیا به منظور حمایت از حقوق حاکم این دولت را رد کرد، چراکه نتیجه این درخواست را اظهار نظر قضایی در مورد حقوق ایتالیا دانست - در تعارض است.^{۱۳۱} با این حال نمونه بی‌بدیلی است که بر اساس نظر قاضی ترینیداد «می‌تواند بر توسعه تدریجی حقوق بین‌الملل نقش داشته باشد».^{۱۳۲} از سوی دیگر توسل به ماده ۶۳ نیازمند صدور اعلامیه از سوی دفتر دیوان است که تا به حال صورت نگرفته است. با این حال این شیوه ورود با توجه به مبنای صلاحیتی یعنی ماده ۹ کنوانسیون منع و مجازات نسل‌زدایی که صلاحیت دیوان را منوط به وجود اختلاف در مورد تفسیر و اجرای کنوانسیون می‌داند، معقول جلوه می‌دهد.

۲-۳. نوآوری‌های دستور موقت

دستور موقت دیوان از جهات مختلفی حائز نکات و دستاوردهای جدیدی است که قابل تأمل هستند. در ادامه ضمن اشاره به آنها، به تحلیل و ارزیابی علل چنین نوآوری‌هایی خواهیم پرداخت.

الف) به منصفه ظهور رسیدن یک مفهوم نظری

جنبه چشمگیر دستور، اقامه دعوی از سوی گامبیا است به‌عنوان یک کشور در آفریقای غربی با ۷۰۰۰ مایل فاصله از میانمار، بدون اینکه اتهامات منتسب به میانمار در مرزهای آن یا در یک محاصمه میان این دو دولت رخ داده باشد. این مهم را باید در وضعیت مشترک این دو دولت به‌عنوان اعضای کنوانسیون منع و مجازات ژنوسید و مفهوم تعهدات عام‌الشمول در طرح مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها^{۱۳۳} و کنوانسیون منع شکنجه و دیگر رفتارها یا مجازات بی‌رحمانه، غیرانسانی یا تحقیرآمیز^{۱۳۴} یافت. پیش از این هرگز از دیوان درباره نقض تعهدات عام‌الشمول برخاسته از کنوانسیون منع نسل‌زدایی درخواست رسیدگی نشده بود. در قضایای پیشین مانند نسل‌زدایی در کرواسی علیه صربستان^{۱۳۵} و بوسنی و هرزگوین علیه صربستان،^{۱۳۶} خواهان و خواننده مرزهای

131. *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*. Application to Intervene, Judgment, I.C.J. Reports (1984): 22.

132. *Separate Opinion of Judge Cancado Trindade*, I.C.J. Reports (2020): 19.

133. *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* (2001).

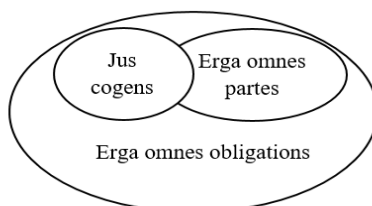
134. *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* (December 10, 1984).

135. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*. Judgment, I.C.J. Reports (2015): 25-27.

136. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*. Judgment, I.C.J. Reports (2007): 63-76.

فيزيكي مشترك و تاريخچه‌اي از درگيري داشتند؛ از اين رو به عنوان دولت متضرر مستقيم از نقض‌ها اقدام به طرح دعوى كردند. گامبيا به قضيه بلژيك عليه سنگال به عنوان رويه‌اي درباره اين تعهدات اشاره كرد؛^{۱۳۷} اما نبايد فراموش كرد كه «در آن قضيه نه تنها موضوع تفسير و اجراى كنوانسيون منع شكنجه و ديگر رفتارها يا مجازات بي رحمانه، غير انساني يا ترذيلي بود، بلكه دولت بلژيك به عنوان دولت زيان ديده مستقيم، خواهان رسيدگي بود.»^{۱۳۸}

قابل اشاره است كه «هدف از طبقه بندي مبتنى بر ماهيت تعهدات بين المللى ايجاد نوعى گونه شناسى از اقدامات متخلفانه نيست، بلكه شكل گيري طرحى براى تعيين محدوده اختيارات دولت‌ها براى طرح مسئوليت دولت ناقض و تلاش براى احترام به تعهدات است»^{۱۳۹} و «هدف تعهدات در قبال گروهى از دولت‌ها^{۱۴۰} حمايت از منافع گروهى آنها است.»^{۱۴۱} تلادى^{۱۴۲} گزارشگر ويژه كميسيون حقوق بين الملل در خصوص قواعد آمره تصريح کرده است «توافق و اجماع گسترده‌اي وجود دارد كه منع نسل زدائي يك قاعده آمره، عام الشمول و تعهد در قبال گروهى از دولت‌هاى عضو كنوانسيون منع و مجازات نسل زدائي است.»^{۱۴۳}



در اين قضيه گامبيا با توسل به مفهوم نظري و فني «تعهدات در مقابل گروهى از دولت‌ها» در ديوان اقامه دعوا كرد؛ از اين روى دستور موقت تصميمي پيشگامانه و خلاقانه است؛ چرا كه «امكان پاسخگويى بين المللى را در سطح دولت- دولت افزايش مي دهد.»^{۱۴۴} در چنين ديدى حتى

137. I.C.J Reports (2020): 12-13.

138. Separate opinion of vice-president Xue, I.C.J Reports (2020): 1.

139. Linos-Alexander Sicilianos, "The Classification of Obligations and the Multilateral Dimension of the Relations of International Responsibility", *European Journal of International Law* 13. no. 5 (February 2008): 1133.

140. Erga Omnes Partes.

141. The Institute of International Law. Obligations and rights erga omnes in international law (2005):1.

142. Dire Tladi.

143. A/CN.4/727. Fourth report on peremptory norms of general international law (jus cogens) by Dir Tladi, Special Rapporteur (2019): 35.

144. Champa Patel, "What the ICJ Decision on Myanmar Means" (Last visited: March 8, 2020), <https://www.chathamhouse.org/expert/comment/what-icj-decision-myanmar-means>.

بی‌ارتباط‌ترین دولت‌های عضو این کنوانسیون حق اقامه دعوی را دارند و تعهدات برخاسته از این کنوانسیون به دولت‌ها بدون هیچ‌گونه علقه مادی این امکان را می‌دهد که ادعای نسل‌زدایی در کشور یا قاره دیگر را نزد دیوان مطرح کنند.

گفتنی است «طرح دعوا از سوی دولت‌های عضو در راستای ایفای تعهد به جلوگیری از نسل‌زدایی مندرج در ماده یک کنوانسیون است و در این راستا باید تمام تلاش خود را برای تضمین عدم وقوع چنین وقایعی مبذول دارند».^{۱۴۵} در قضیه بوسنی و هرزگوین علیه صربستان اشاره شده است «این تعهدات محدود به صلاحیت سرزمینی دولت نیست، بلکه هر جا که بتوانند یا ممکن باشد برای تحقق این مهم باید تلاش نمایند. از نظر دیوان از لحظه‌ای که یک دولت متوجه خطر جدی نسل‌زدایی می‌شود، متعهد به بهره‌گیری از تمام ابزار در دسترس خود برای جلوگیری می‌باشد.»^{۱۴۶} در نتیجه دولت‌های عضو کنوانسیون منع نسل‌زدایی، حق و تکلیفی در راستای تضمین تعهدات دارند.

ب) حفظ شواهد و گزارش اجرای دستور

«دستورهای موقت اهمیت زیادی برای پیشگیری از تشدید اختلاف میان طرفین و بروز خسارات غیرقابل جبران دارند.»^{۱۴۷} از این رو «وجود مکانیسمی برای نظارت بر اجرای آنها از اهمیت برخوردار است. در برخی موارد، این نظارت با الزام دولت مربوط به ارائه گزارش در خصوص اجرای دستور ممکن می‌شود.»^{۱۴۸} در قضیه حاضر، دیوان در دستور سه و چهار میانمار را ملزم به عدم تخریب و غیرقابل دسترس کردن شواهد مرتبط با وقایع و ارائه گزارشی چهار ماه پس از تاریخ این دستور و پس از آن هر ۶ ماه در مورد اقدامات اتخاذی و پیشرفت در اجرای دستور می‌کند.^{۱۴۹}

مطابق ماده ۵۹ اساسنامه دیوان و رأی همان مرجع در قضیه برادران لاگرانژ، «درج نکات فوق‌الذکر در دستور موقت موجبی برای ایجاد تعهد حقوقی دولت‌های طرف دعوی است»؛^{۱۵۰}

145. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro). Judgment, I.C.J. Reports (2007): 219.

146. I.C.J report (1993): 3.

147. Paolo Palchetti, "The Power of the International Court of Justice to Indicate Provisional Measures to Prevent the Aggravation of a Dispute", *Leiden Journal of International Law* 21, no. 3 (September 2008): 623.

۱۴۸. نیلوفر سعیدی، «مکانیسم جدید دیوان بین‌المللی دادگستری. برای نظارت بر اجرای دستورهای موقت» ۱۰/۲۸، ۱۳۹۹، <https://unstudies.ir>

149. I.C.J Reports (2020): 25.

150. LuCrand (Gern7uny v. United Sfutes of Americu). Judgment, I. C. J. Reports (2001): 502- 503.

از این رو حفظ این شواهد در این مرحله در زمره تعهدات حقوقی میانمار تلقی می‌شود و تمهیدی برای دسترسی سازوکار هیئت حقیقت‌یاب و حفظ شواهد برای رسیدگی‌ها در دیوان کیفری بین‌المللی است.

پیش‌بینی تسلیم گزارش، تعهدی نظارتی را همراه دارد که تا به حال رویه‌ای نداشته است و تدبیری برای جلوگیری از تکرار آنچه در قضیه بوسنی و هرزگوین صورت گرفته، است. در آن قضیه، دستور موقت ۸ آوریل ۱۹۹۳ فاقد چنین مقرره‌ای بود^{۱۵۱} و نقض آن موجبی برای درخواست مجدد هرزگوین برای صدور قرار جدید شد. با این حال دیوان در قرار ۱۳ سپتامبر محتوای دستور پیشین را تکرار کرد.^{۱۵۲} در هر حال هر دو این دستورها عدم متابعت صربستان را در پی داشتند.

پیرو این نوآوری‌ها و با توجه به مشکلاتی که در اجرای دستورها از جمله دستور موقت مورد بحث وجود داشت، دیوان با اصلاح قطعنامه عملکرد قضایی داخلی و درج ماده ۱۱ فرایندی برای نظارت بر اجرای دستورهای موقت را پیش‌بینی نمود. طبق این فرایند، هرگاه دیوان دستور موقتی صادر نماید، سه قاضی را برای ایجاد یک کمیته موقتی انتخاب خواهد کرد تا به دیوان در نظارت بر اجرای دستور کمک کنند. اعضای دیوان که تبعه طرفین اختلاف باشند یا قضات اختصاصی، نمی‌توانند برای عضویت در این کمیته انتخاب شوند. این کمیته اطلاعات ارائه‌شده از سوی طرفین درباره اجرای دستور را بررسی می‌کند و به صورت دوره‌ای به دیوان گزارش می‌دهد. کمیته طی این گزارش‌ها همچنین گزینه‌های احتمالی را به دیوان توصیه می‌کند. هرگونه تصمیم در این خصوص از سوی دیوان اتخاذ خواهد شد.^{۱۵۳} ایجاد این مکانیسم می‌تواند پیشرفت مهمی برای بهبود و ارتقای فرایند نظارت بر اجرای دستورهای موقت باشد.^{۱۵۴}

نتیجه‌گیری

طرح مسئله‌ای واحد (جنایات روا شده علیه مردمان روهینگیا) به صورت موازی در دو دیوان بین‌المللی با صلاحیت‌های متفاوت امر نادری است که احتمالاً پیامدهای حقوقی مهمی را به همراه داشته باشد. علی‌رغم دامنه صلاحیتی متفاوت دیوان کیفری بین‌المللی و دیوان بین‌المللی دادگستری، یافته‌های این دو نهاد در مرحله پیش دادرسی و صدور دستور موقت می‌توانند برای

151. I.C.J report (1993): 24.

152. I.C.J. Reports (1993): 325.

153. Resolution concerning the internal judicial practice of the court (1976): Article 11.

۱۵۴. نیلوفر سعیدی، «مکانیسم جدید دیوان بین‌المللی دادگستری برای نظارت بر اجرای دستورهای موقت» ۱۰/۲۸/۱۳۹۹، <https://unstudied.ir>.

نهاد دیگر مهم باشد. دیوان بین‌المللی دادگستری با ایجاد تعهد حقوقی برای میانمار مبنی بر حفظ و عدم تخریب شواهد مرتبط با وقایع موضوع پرونده، می‌تواند به یافته‌های دیوان کیفری در مرحله تحقیقات مقدماتی کمک کند و از سوی دیگر ارزیابی‌های دیوان کیفری بین‌المللی می‌تواند به‌عنوان چراغ راهی برای رسیدگی‌های ماهوی دیوان بین‌المللی دادگستری به کار روند. همان‌طور که در قضیه بوسنی و هرزگوین علیه صربستان دیوان بین‌المللی دادگستری از یافته‌های دیوان کیفری برای یوگسلاوی سابق بهره‌مند شد.

دیوان بین‌المللی دادگستری به ارزیابی نقض‌های ادعایی کنوانسیون منع نسل‌زدایی توسط دولت میانمار علیه روهینگی‌ها می‌پردازد و برخلاف آرای پیشین خود در دعوی بوسنی و هرزگوین و کرواسی علیه صربستان که به دلیل عدم کفایت دستورات موقت و عدم احراز نسل‌زدایی با انتقادهای گسترده‌ای مواجه شد، در این دستور گامی در جهت پویایی حقوق بین‌الملل برداشت. میانمار در راستای ایفای تعهدات ناشی از دستور تا به حال دو گزارش ارائه داده و دیوان هم‌سازوکار نظارتی جدیدی را برای نظارت بر اجرای دستورهای پیش‌بینی کرده است که همگی گامی در جهت مرتفع کردن انتقادات به فرایند پاسخگویی در عرصه بین‌المللی هستند. دیوان کیفری بین‌المللی نیز با آغاز تحقیقات مقدماتی در مورد جرم اخراج و دیگر جرائم با عنصر فرامرزی به دنبال پاسخگویی مقامات میانمار و مرتکبان جرائم است. گویی از سال ۲۰۱۹ به بعد است که جامعه بین‌المللی تاب‌آعمال و اجرای مفاهیم و قواعدی را یافته که بسیار قبل‌تر در حقوق بین‌الملل پای به عرصه وجود گذاشته بودند. این تحول گامی اثرگذار در راستای حکومت قانون و جبران خسارت از قربانیان جنایات بین‌المللی خواهد بود. با این حال باید خاطر نشان شود ظهور و بروز روزنه‌های امید در این مراحل، به‌هیچ‌وجه نمی‌توانند پیش‌دآوری امیدوارانه‌ای در خصوص یافته‌های نهایی این دو نهاد را به همراه داشته باشند و چه‌بسا یافته‌ها در مراحل نهایی و ماهوی بار دیگر انتقادات به حقوق بین‌الملل را برجسته سازند.

کتاب نامه

الف- کتب و مقالات:

۱- فارسی:

- بیات، هما. «مفهوم جرائم علیه بشریت در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی»، نشریه پژوهش ملل ۳، شماره ۳۰ (خرداد ۱۳۹۷): ۶۱-۷۳.
- ذاکرحسین، محمدهادی. «مفهوم و کارکرد قضیه در دیوان کیفری بین‌المللی»، نشریه علمی پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی ۸، شماره ۱۶ (پاییز و زمستان ۱۳۹۹): ۱۶۳-۱۹۱.
- رضائی قوام‌آبادی، محمدحسین. «ابتکار دادستان دیوان کیفری بین‌المللی برای آغاز تحقیقات»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضائی ۲۴، شماره ۸۶ (تابستان ۱۳۹۸): ۸۷-۱۱۱.
- سعیدی، نیلوفر. «مکانیسم جدید دیوان بین‌المللی دادگستری برای نظارت بر اجرای دستورهای موقت»، <https://unstudies.ir>، ۱۳۹۹/۱۰/۲۸.
- مؤمنی‌راد، احمد، و امیرمقامی. «ارزیابی قضیه اجرای کنوانسیون منع نسل‌زدایی (گامبیا علیه میانمار) در پرتو تعهدات عام‌الشمول»، مجله علمی مطالعات حقوقی ۱۲، شماره ۳ (پاییز ۱۳۹۹): ۲۷۹-۳۱۱.
- میرعباسی، سیدباقر، و سیدحسین سادات میدانی. دیوان بین‌المللی دادگستری در تئوری و عمل. جلد ۱. چاپ ۷. تهران: نشر جنگل، ۱۳۹۶.

۲- لاتین:

- Chinkin, C. M. "Third-Party Intervention before the International Court of Justice", *the American Journal of International Law* 80, No. 3 (July 1986): 495-531.
- International Criminal Court. *Elements of Crimes*. The Hague: the International Criminal Court, 2013.
- Jacques, Leider. "Rohingya: The History of a Muslim Identity in Myanmar", *Oxford Research Encyclopedia of Asian History* (January 2018): 1-38.
- Sicilianos, Linos-Alexander. "The Classification of Obligations and the Multilateral Dimension of the Relations of International Responsibility", *European Journal of International Law* 13. no. 5 (February 2008): 1127- 1145.
- Palchetti, Paolo. "The Power of the International Court of Justice to Indicate Provisional Measures to Prevent the Aggravation of a Dispute", *Leiden Journal of International Law* 21, no. 3 (September 2008): 623- 642.
- Palchetti, Paolo. "Opening the International Court of Justice to Third states: Intervention and Beyond", *Max Planck Yearbook of United Nations Law Online* 6, no. 1 (January 2002): 139- 181.
- Ware, Anthony, and Costas Laoutides. *Myanmar's 'Rohingya' Conflict*. United Kingdom: Oxford University Press, 2018.

ب- اسناد بین المللی:

- 4/46-MM (2019). the Situation of the Muslim Community in Myanmar.
- 60/46-POL (2019). The Establishment of an OIC Ad hoc Ministerial Committee on Accountability for Human Rights Violations Against the Rohingya.
- A/74/PV.8 (2019). Official Records of the General Assembly.
- A/CN.4/727 (2019). Fourth report on peremptory norms of general international law (jus cogens) by Dir Tladi, Special Rapporteur.
- A/HRC/37/70 (2018). Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in Myanmar.
- A/HRC/39/64 (2018). Report of the independent international fact-finding mission on Myanmar.
- A/HRC/42/50 (2019). Report of the independent international fact-finding mission on Myanmar.
- A/HRC/RES/34/22 (2017). Situation of human rights in Myanmar.
- A/RES/73/264 (2018). Situation of human rights in Myanmar.
- A/RES/96 (1946). The Crime of Genocide.
- Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America). Provisional Measures, Order of October 3, 2018, I.C.J. Reports 2018 (II).
- Application of the convention on the prevention and punishment of the crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar). Provisional Measures, Order January 23, 2020. I.C.J Reports. p 7, para 16.
- Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro). Provisional Measures, Order of April 8, 1993. I.C.J report, p 3.
- Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia). Judgment, I.C.J. Reports 2015.
- Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro). Judgment, I.C.J. Reports 2007.
- Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 13 September 1993, I. C. J. Reports 1993, p 325.
- Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation). Provisional Measures, Order of April 19, 2017, I.C.J. Reports 2017.

- Charter of the international military tribunal (1945).
- Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta). Application to Intervene, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p 3.
- Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with commentaries (1996).
- ICC-01/04, 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 (July 13, 2006).
- ICC-01/19, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar (November 14, 2019).
- ICC-01/19, Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar (July 4, 2019).
- ICC-RoC46 (3)-01/18, Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19 (3) of the Statute" (September 6, 2018).
- Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950, p 74.
- IT-97-24-A, Prosecutor v. Milomir Staki (March 22, 2006).
- Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras). Application to Intervene, Judgment, I.C.J. Reports 1990, p 92.
- LuCrand (Gern7uny v. United States of America). Judgment, I. C. J. Reports 2001, p 466.
- OHCHR (2017). Brutal attacks on Rohingya meant to make their return almost impossible – UN human rights report.
- Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal). Judgment, I.C.J. Reports 2012, p 422.
- Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion: I.C. J. Reports 1951.
- Resolution concerning the internal judicial practice of the court (1976).
- Separate opinion of vice -president Xue, Application of the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (The Gambia v. Myanmar) (January 23, 2020).
- Statement by Ms. Yanghee Lee (2018). Special Rapporteur on the situation of human rights in Myanmar at the 37th session of the Human Rights Council.
- Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda (1994).
- Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (1993).

The Institute of International Law (2005). Obligations and rights erga omnes in international law.

Yearbook of the International Law Commission (2014), vol. II, Part Two.

پ- وبسایت‌ها:

Priya Pillai. “Canada and The Netherlands: New Intervention in The Gambia v Myanmar at the International Court of Justice” (Last visited: February 10, 2021), <http://opiniojuris.org/2020/09/03/canada-and-the-netherlands-new-intervention-in-the-gambia-v-myanmar-at-the-international-court-of-justice/>.

“Crimes against Humanity by Burmese Security Forces against the Rohingya Muslim Population in Northern Rakhine State since August 27, 2017” (Last visited: December 25, 2020). Human Rights Watch, <https://www.hrw.org/news/2017/09/25/crimes-against-humanity-burmese-security-forces-against-rohingya-muslim-population>.

“Government of Canada, Joint statement of Canada and the Kingdom of the Netherlands regarding intention to intervene in The Gambia v. Myanmar case at the International Court of Justice” (Last Visited: December 24, 2020), <https://www.canada.ca/en/global-affairs/news/2020/09/joint-statement-of-canada-and-the-kingdom-of-the-netherlands-regarding-intention-to-intervene-in-the-gambia-v-myanmar-case-at-the-international-cou.html>.

“Massacre by the River – Burmese Army Crimes against Humanity in Tula Toli” (Last visited: December 25, 2020). Human Rights Watch, <https://www.hrw.org/report/2017/12/19/massacre-river/burmese-army-crimes-against-humanity-tula-toli>.

“The Republic of Maldives to file declaration of intervention in support of the Rohingya people, at the International Court of Justice” (Last visited: December 25, 2020). Ministry of Foreign Affairs Republic of Maldives, <https://foreign.gov.mv/index.php/en/mediacentre/news/5800-maldives-welcomes-the-joint-statement-by-canada-and-the-kingdom-of-the-netherlands-announcing-their-intention-to-intervene-in-the-gambia-v-myanmar-case-at-the-international-court-of-justice>.

“U.N. Security Council mulls Myanmar action; Russia, China boycott talks” (Last visited: December 25, 2020). REUTERS, <https://www.reuters.com/article/us-myanmar-rohingya-un-idUSKBN1OG2CJ>.

Patel, Champa. “What the ICJ Decision on Myanmar Means” (Last visited: March 8, 2020), <https://www.chathamhouse.org/expert/comment/what-icj-decision-myanmar-means>.