

عناصر جنایت ژنوسید در رأی ۲۶ فوریه ۲۰۰۷ دیوان بین‌المللی دادگستری و رویه دادگاه‌های ویژه بین‌المللی کیفری

دکتر ستار عزیزی*

چکیده

در تاریخ ۲۶ فوریه ۲۰۰۷ رأی ماهوی دیوان بین‌المللی دادگستری در دعوی بوسنی هرزگوین علیه صربستان و مونته‌نگرو صادر گردید. در این رأی، دیوان بین‌المللی دادگستری از یک‌سو به این نتیجه رسید که دولت صربستان چه از طریق ارکان خود و چه اشخاصی که در حقوق بین‌الملل عرفی، اقدامات آنان به این دولت قابل انتساب است، مرتکب عمل ژنوسید نشده است. همچنین صربستان توطئه‌ای جهت ارتکاب این جنایت تدارک ندیده و مرتکبان را نیز به ارتکاب آن تحریک نکرده است و به جهت معاونت در ارتکاب ژنوسید نیز مسئولیت ندارد.

اما از سوی دیگر دیوان اعلام نمود که دولت صربستان به تعهد خود دال بر جلوگیری کردن از وقوع جنایت ژنوسید در ژوئیه سال ۱۹۹۵ در سربرنیتسا** عمل ننموده است. همچنین این دولت در انجام تعهد خود مبنی بر تسلیم راتکو ملادیچ به دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق و همکاری کامل با این دادگاه قصور ورزیده و نسبت به پیروی از دستورات موقت دیوان بین‌المللی دادگستری در خصوص انجام کلیه اقدامات لازم جهت جلوگیری از وقوع ژنوسید در سربرنیتسا تخلف نموده است. این مقاله به بررسی احراز عناصر جنایت ژنوسید در رأی اخیرالصدور دیوان بین‌المللی دادگستری و میزان پیروی این دیوان از رویه دادگاه‌های ویژه کیفری رواندا و بویژه یوگسلاوی سابق پرداخته است. با بررسی تطبیقی این موضوع می‌توان به این نتیجه رسید که تعدد مراجع قضایی بین‌المللی در

*. استادیار دانشگاه بوعلی سینا.

** Srebrenica.

محاکمه مرتکبان جنایت ژنوسید و احراز مسئولیت دولتها در این خصوص نه تنها موجب تعارض آرا نگردیده بلکه اغلب این مراجع با پیروی از آرا و تصمیمات پیشین، رویه واحدی خصوصاً در باب مسائل قانونی مربوط به احراز عناصر جنایت ژنوسید ایجاد نموده‌اند. بدیهی است ایجاد این رویه واحد می‌تواند به سرعت رسیدگیها در پرونده‌های حاوی اتهام ژنوسید در محاکم قضایی بین‌المللی بویژه دیوان بین‌المللی کیفری (ICC) بیانجامد.

مقدمه

تردیدی نیست که جنایت ژنوسید* در رأس هرم جنایات بین‌المللی از نظر میزان اهمیت و ضرورت واکنش جامعه بین‌المللی در قبال آن قرار دارد و دادگاه بین‌المللی کیفری رواندا در قضایای «کامباند» و «کایشما و روزیندانا» بر این واقعیت مهر تأیید زده است. «ژنوسید جرم الجرایم** است و این واقعیت را به هنگام تصمیم‌گیری در مورد مجازات مجرم می‌بایست در نظر گرفت»^۱.

از این‌رو، وحدت رویه مراجع قضایی بین‌المللی در احراز عناصر جنایت مذکور را می‌توان از جمله یکی از اقدامات لازم جهت انعکاس پیام جامعه بین‌المللی مبنی بر واکنش قاطع حقوق بین‌الملل در برابر مرتکبان این جنایت تعبیر و تلقی نمود.

می‌دانیم که مفهوم جرم در حقوق کیفری مبتنی بر سه عنصر عمده یعنی اصل قانونی بودن جرم (عنصر قانونی) و عناصر مادی و معنوی می‌باشد. در این میان، مجنی‌علیه جنایت ژنوسید دارای خصوصیتی است که از لحاظ تحقق جرم شرط می‌باشد و از این‌رو بررسی این موضوع نیز خود به یکی از عناصر این جنایت تبدیل شده است.

روشن است که عنصر قانونی جنایت ژنوسید در حقوق بین‌الملل کنونی مبتنی بر کنوانسیون منع و مجازات ژنوسید می‌باشد که به موجب اعلام دیوان بین‌المللی دادگستری (ICJ) و دادگاه‌های کیفری ویژه مفاد آن به حقوق عرفی و حتی قواعد آمره تبدیل شده‌اند^۲. لازم به ذکر است که همان تعریف مندرج در ماده ۲ کنوانسیون منع و مجازات جنایت ژنوسید عیناً به ترتیب

*. جهت اطلاع در خصوص دلایل استفاده از عنوان ژنوسید و خودداری نویسنده از به‌کارگیری معادلهای به‌کار گرفته شده در زبان فارسی (همچون نسل‌کشی و نسل‌زدایی) رک. ستار عزیز، حمایت از اقلیت‌ها در حقوق بین‌الملل، نشر نور علم، صص ۲۳۲-۲۰۰.

** Crime of crimes.

1. The Prosecutor v. Jean Kambanda, Case No. ICTR 97-23-S, 4 September 1998, para.16, Kayishema and Ruzindana Case, Trial Chamber Sentence, para. 9.

۲. جهت ملاحظه آرای مذکور رک. عزیز، همان، صص ۲۰۸-۲۱۱.

در مواد ۲ و ۴ اساسنامه محاکم ویژه کیفری رواندا (ICTR) و یوگسلاوی سابق (ICTY) تکرار شده‌اند و از این رو با وجود آنکه در اساسنامه‌های این دادگاه‌ها به صورت مستقیم به کنوانسیون ژنوسید اشاره نشده است اما با توجه به تبعیت کامل اساسنامه از مفاد کنوانسیون، دادگاه‌ها بارها در تفسیر عناصر مادی و معنوی جنایت ژنوسید به کنوانسیون ژنوسید و مذاکرات مقدماتی تدوین آن رجوع کرده‌اند.

این مقاله در سه بخش ارائه می‌گردد؛ در بخش اول به تعریف مجنی‌علیه جنایت ژنوسید و بررسی رهیافت‌های اتخاذ شده در این ارتباط پرداخته می‌شود. بخش‌های دوم و سوم نیز به ترتیب به مطالعه عناصر مادی و معنوی این جنایت اختصاص داده شده است. بدیهی است با توجه به حجم مطالب مربوط به عناصر اخیرالذکر در این مقاله تنها به بررسی مواردی خواهیم پرداخت که در زمره اقدامات سنتی و آشکار عناصر مادی جنایت ژنوسید قرار نداشته و دادگاه‌های ویژه برای اولین بار در بررسی اتهام ارتکاب جنایت ژنوسید بدانها اشاره کرده و نفیاً یا اثباتاً در خصوص ورود آنها در زمره عناصر مادی حکم داده‌اند و دیوان بین‌المللی دادگستری نیز در رأی اخیر خود بدان پرداخته است.

بخش اول: تعریف مجنی‌علیه (رهیافت سلبی یا ایجابی)

ماده ۲ کنوانسیون منع و مجازات جنایت ژنوسید، از چهار دسته گروه‌های مورد حمایت نام می‌برد:

«در این کنوانسیون ژنوسید به هر یک از اعمال زیر گفته می‌شود که با قصد نابودی تمام یا بخشی از یک گروه ملی، قومی، نژادی یا مذهبی از این قرار ارتکاب یابد: ...».

تردیدی نیست که مجنی‌علیه در این جنایت، گروه است نه فرد. درست است که نابودی گروه منوطاً از رهگذر کشتن و آسیب رساندن به افراد عضو گروه تحقق می‌یابد^۳ اما اگر مرتکب تنها به جهت نابودی چند شخص و نه یک گروه اقدام به قتل آنان نماید وی را نمی‌توان محکوم به ارتکاب ژنوسید نمود، حتی اگر انتخاب قربانیان به دلیل تعلق آنان به نژاد، مذهب، ملیت یا قومیت خاصی باشد. در این مورد می‌بایست از جرم «تعقیب و آزار»^{*} سخن به میان آورد.^۴ به عبارت دیگر جنایت ژنوسید در صورتی تحقق می‌یابد که مرتکب، نابودی خود گروه را در نظر داشته باشد و اقدام وی منصرف از نابودی یا اذیت و آزار شخص قربانی باشد.

3. The Prosecutor v. Sikirica, Case No. ICTY- IT-95-8-T, 13 November 2001, para. 65.

*. Prosecution.

4. The Prosecutor v. Jelusic, Case No. ICTY-IT-95-10-T, 14 December 1999, para. 67.

در صحت گزاره‌های بالا میان مراجع قضایی بین‌المللی اتفاق نظر تام وجود دارد اما میان برخی شعب دادگاه‌ها در خصوص سلبی یا ایجابی بودن تعریف گروه توافق نظر وجود ندارد. موضوعی که در دعوای بوسنی هرزگوین علیه صربستان نیز در محضر دیوان بین‌المللی دادگستری مطرح گردید و هر یک از دو دولت حاضر در دعوا به ترتیب حامی اتخاذ رهیافت سلبی و ایجابی بودند. در این بخش ابتدا به تعریف هر یک از دو رهیافت فوق‌الذکر پرداخته و سپس موضع شعب مختلف دادگاه‌های ویژه و دیوان بین‌المللی دادگستری در این ارتباط بازگو می‌گردد.

گفتار اول: رهیافت سلبی

شعبه بدوی دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق در رأی «گوران یلیسیچ» از رهیافت سلبی* تعریف ذیل را ارائه نمود:

«رهیافت سلبی به معنای آن است که اشخاصی مورد شناسایی (و هدف حمله) قرار گیرند که عضو گروهی که مرتکبان جنایت خود را متعلق بدان می‌دانند و ویژگیهای خاص ملی، قومی، نژادی یا مذهبی با آنان دارند، تلقی نگردند. در نتیجه تمام افرادی که بدین وسیله از گروه (مرتکب) مستثنا می‌شوند یک گروه مجزا را تشکیل می‌دهند...».

این شعبه سپس به نظر کمیسیون کارشناسان ملل متحد - که جهت تحقیق در خصوص نقض مقررات حقوق بین‌الملل بشردوستانه در طول مخاصمات در یوگسلاوی سابق به موجب قطعه‌نامه شماره ۷۸۰ شورای امنیت تشکیل گردید - اشاره کرده و از رهیافت سلبی این کمیسیون حمایت نموده است. در اینجا ذکر نظر و توضیح کمیسیون کارشناسان می‌تواند به ایضاح بیشتر این رهیافت کمک نماید:

«اگر بیش از یک یا چند گروه قربانی وجود داشته باشد و خود هر یک از این گروه‌ها تحت حمایت باشند، در این صورت اگر تمام گروه‌های قربانی را به‌عنوان یک واحد بزرگ تلقی نماییم می‌تواند منطبق با روح و هدف کنوانسیون باشد. برای مثال ممکن است با توجه به مدارک موجود ثابت شود که گروه «الف» می‌خواهد تمام یا بخشی از گروه «ب»، «ج» و «د» و یا هر شخصی را که به گروه ملی، قومی، نژادی یا مذهبی «الف» وابسته نیست نابود نماید؛ به این مفهوم که گروه الف با استفاده از معیارهای ملی، قومی، نژادی یا مذهبی یک تعریفی جمعی از دیگر گروه‌های غیر «الف» ارائه داده است. در این صورت به‌نظر می‌رسد می‌توان

*. Negative approach.

سرنوشت افراد غیرگروه «الف» را در مسیری مشابه تحلیل نمود.^۵

شعبه بدوی دادگاه بر این اعتقاد بود که اتخاذ رهیافت سلبی با موضوع و هدف کنوانسیون منطبق است و مقررات آن از گروه‌هایی حمایت می‌کند که به گروه مرتکبان جرم متعلق نبوده و مرتکبان آنها را از گروه خود خارج می‌دانند.^۶

گفتار دوم: رهیافت ایجابی

در این رهیافت می‌بایست از گروه‌های تحت حمایت کنوانسیون منع ژنوسید تعریفی ایجابی ارائه نمود:

«رهیافت ایجابی* به معنای آن است که مرتکبان جرم با توجه به خصوصیتی که به‌نظر می‌رسد خاص یک گروه ملی، قومی، نژادی یا مذهبی می‌باشد، آن گروه را متمایز از (دیگر گروه‌ها) می‌دانند».^۷

به‌موجب این تعریف، کافی نیست که مجنی‌علیهم متشکل از اشخاصی باشند که به گروه مرتکب جرم تعلق ندارند بلکه مرتکب باید قصد نابودی یک گروه مشخص با ویژگی‌های ملی، قومی، نژادی یا مذهبی را داشته و لازم است که گروه قربانی مشخصاً مصداق یکی از گروه‌های چهارگانه تحت حمایت کنوانسیون ژنوسید باشد.

شعبه تجدیدنظر ICTY در قضیه «استاکیچ» با بررسی این موضوع از رهیافت ایجابی حمایت نمود. موضعی که دیوان بین‌المللی دادگستری نیز در رأی اخیر خود با اشاره به رأی شعبه تجدیدنظر به پشتیبانی از آن برخاست.

لازم به ذکر است که در پرونده «استاکیچ» شعبه بدوی دادگاه نیز از رهیافت ایجابی در تعریف گروه تحت حمایت استفاده کرده بود اما دادستان با انتقاد از این رهیافت از شعبه تجدیدنظر درخواست نموده بود که رأی دادگاه بدوی را نقض نماید و از رهیافت سلبی که به اعتقاد دادستان منطبق با رویه دادگاه ICTY (قضایای یلیسیچ و کرسیتیچ) و ICTR (قضیه رواندا) می‌باشد حمایت نماید زیرا در آرای موصوف از تعریف ذهنی گروه استفاده شده است یعنی

5. Final Report of the Commission of Experts established pursuant to Security Council Resolution 780 (1992), UN Off. S/1994/674, para.78.

6. Jelisić Case, para. 71.

*. Positive approach.

7. Ibid.

بر این نکته تأکید می‌شود که مرتکب گروه مجنی‌علیه را چگونه تصور می‌کند.^۸ مضاف بر اینکه دادستان معتقد بود که الزام شعبه بدوی به آنکه دادستان بایستی اقدام به جداسازی توصیف مسلمانان و کرواتها نماید با واقعیات عملی مخاصمه سازگار نیست.

در دعوی مطروحه در ICJ نیز دولت بوسنی هرزگوین در لایحه خود از عبارت ژنوسید غیرصربها توسط صربهای بوسنی با حمایت دولت صربستان استفاده کرده و بدین ترتیب رهیافتی سلبی در تعریف گروه‌های تحت حمایت به کار رفته بود که با ایراد دولت خوانده مواجه شد.^۹ از آنجا که ICJ در رد موضع دولت خواهان و حمایت از رهیافت ایجابی به نظریه شعبه تجدیدنظر ICTY در قضیه «استاکیک» استناد نمود لذا در اینجا به نقل دلایل ICTY در حمایت از این رهیافت می‌پردازیم.

در ابتدا دادگاه بر واژه «خود گروه»^{*} به عنوان اماره‌ای تأکید می‌کند که حاکی از مقبولیت رهیافت ایجابی در اساسنامه دادگاه (و کنوانسیون ژنوسید) می‌باشد و «نشان می‌دهد که جهت تحقق جرم لازم است که نیت نابود کردن مجموعه‌ای از مردم که هویت گروهی مشترک دارند وجود داشته باشد».^{۱۰}

همچنین دادگاه با اشاره به مذاکرات مقدماتی تدوین کنوانسیون ژنوسید به این نتیجه می‌رسد که اتخاذ رهیافت سلبی با مقررات کنوانسیون مغایر خواهد بود. به اعتقاد دادگاه شاید موضع اتخاذ شده از سوی اعضای کمیته ششم مجمع عمومی که از شمول مقررات کنوانسیون بر گروه‌های سیاسی جلوگیری نمودند در راستای حمایت از دیدگاه آن دسته دولی باشد که می‌خواستند کنوانسیون تنها از گروه‌های مشخصی حمایت به عمل آورد که متفاوت از دیگر گروه‌ها هستند.^{۱۱}

دلیل دیگری که شعبه تجدیدنظر ICTY در حمایت از رهیافت ایجابی ارائه نمود به این استدلال دادگاه مربوط می‌شود که تعریف ذهنی از گروه‌های تحت حمایت اصولاً ارتباطی به موضوع سلبی یا ایجابی بودن ندارد بلکه آن دو اساساً موضوعاتی مجزا از یکدیگرند. بر همین اساس دیوان بین‌المللی دادگستری همچون شعبه تجدیدنظر ICTY به این نتیجه رسید که گروه مجنی‌علیه را نباید با عنوان «غیرصربها» توصیف نمود. دیوان اضافه نمود:

۸. جهت اطلاع از معیارهای ذهنی و عینی در تعریف گروه‌های اقلیت و گروه‌های تحت حمایت کنوانسیون ژنوسید و رهیافت مراجع قضایی در این ارتباط رک. عزیز، همان، صص ۷۳-۷۷ و ۹۴-۱۱۲.

9. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), para. 191.

*. Group as such.

10. The Prosecutor v. Stakic, Case No. IT-97-24-A, 22 March 2006, para. 20.

11. Ibid, para. 21.

«از آنجا که خواهان صرف‌نظر از مسلمانان تنها اشاره محدودی به جمعیت‌های غیرصرب (کرواتها) داشته است لذا دیوان این پرونده را براساس وقوع ژنوسید علیه مسلمانان بررسی می‌کند».^{۱۲}

نظر به حمایت شعبه تجدیدنظر ICTY و دیوان بین‌المللی دادگستری از رهیافت ایجابی به‌نظر می‌رسد که این رهیافت در مراجع مهم قضایی از جایگاه محکم‌تری برخوردار است چه آنکه رهیافت سلبی تنها از سوی یکی از شعب بدوی ICTY و کمیسیون کارشناسان ملل متحد مورد استفاده قرار گرفته است. بنابراین از جهت بررسی اهمیت مراجع قضایی می‌توان گفت که موازنه به‌نفع رهیافت ایجابی است.

با وجود این، نگارنده معتقد است که هنوز نیز با قاطعیت نمی‌توان از حذف رهیافت سلبی در رویه آتی مراجع قضایی خبر داد چه آنکه پیچیدگی جوامع انسانی و بویژه وجود جوامع فراوان چندقومیتی و چندمذهبی در جهان کنونی فایده و حتی ضرورت استفاده از معیار سلبی در تعریف گروه‌های تحت حمایت کنوانسیون ژنوسید را به عینه نشان می‌دهد. در اینجا لازم است با ذکر مثالی موضوع را روشن‌تر نماییم.

همگان می‌پذیرند که گروه توتسی با توجه به ویژگی‌ها و خصوصیات آن در مقایسه با دیگر گروه‌های ساکن در کشور رواندا اصولاً جزو مصادیق گروه‌های چهارگانه مورد حمایت کنوانسیون ژنوسید قرار نداشت. چه توتسی‌ها را نمی‌توان یک گروه ملی قلمداد نمود زیرا هیچ وابستگی به کشور یا ملت دیگر نداشتند. گروه قومی نیز به آنها اطلاق نمی‌گردد زیرا آنها نیز همچون هوتوها به زبان «کینیارواندا» صحبت می‌کردند و فرهنگ مشترکی با هوتوها و تواها* داشتند. آنها از جنبه نژادی نیز از علایم فیزیکی قابل‌تمایزی برخوردار نبودند تا گروه نژادی قلمداد شوند و نهایتاً توتسی‌ها را نیز نمی‌توان در رواندا یک گروه مذهبی متمایز تلقی نمود زیرا همچون دیگر گروه‌های ساکن در این کشور دارای مذهب کاتولیک بودند.^{۱۳} بر همین اساس بود که شعبه اول ICTR در قضیه «اکایسو» با اشاره به این واقعیت که گروه توتسی‌ها جزو هیچ کدام از گروه‌های چهارگانه قرار نمی‌گیرد، اعلام نمود با توجه به مطالعه مذاکرات مقدماتی تدوین کنوانسیون و هدف و موضوع آن می‌توان گفت که گروه‌های مورد حمایت کنوانسیون «آن دسته از گروه‌های با ثباتی می‌باشند که عضویت افراد در آنها دایمی است و از زمان تولد تعیین

12. Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro Case , para.196.

*. Twa.

13. Harhoff Frederik, "The First Even International Trial on Genocide: notes on Akayesu", in Bergsmo Morten, *Human Rights and Criminal Justice for the Downtrodden*, Essays in honour of Asbjorn Eide, 2003, Martinus Nijhoff Publishers, p. 144-145.

می‌شود».^{۱۴} گو اینکه در نهایت برخی از شعب ICTR، توتسی‌ها را به‌عنوان گروهی قومی توصیف نمودند تا از جمله مصادیق گروه‌های تحت حمایت کنوانسیون قرار گیرند.^{۱۵}

دلیل دیگری که می‌توان از آن به‌عنوان مدرکی دال بر بقای رهیافت سلبی در تعریف گروه‌های تحت حمایت کنوانسیون یاد نمود به این واقعیت مربوط می‌شود که مصادیق وقوع ژنوسید تنها به مواردی محدود نمی‌شود که نسبت به گروه مجنی‌علیه نفرت نژادی، مذهبی یا قومی وجود دارد تا اقدامات دربردارندهٔ عناصر مادی جنایت تنها متوجه آن گروه باشد بلکه در بسیاری از موارد تحصیل هدفهای اقتصادی و سیاسی و ... در راستای منافع گروه ملی، قومی و ... حاکم، محرک و انگیزه نابودی گروه‌های دیگر در جامعه می‌گردد و از این رو تلاش‌ها معطوف به نابودی تمامی گروه‌ها و اشخاصی خواهد بود که به گروه مرتکب تعلق ندارند. بدیهی است در چنین مواردی ارائهٔ تعریف سلبی می‌تواند به حمایتی افزون‌تر از گروه‌های قربانی بیانجامد. حمایتی که بی‌تردید هدف و موضوع کنوانسیون ژنوسید را تشکیل می‌دهد.

مهمترین و شاید قوی‌ترین دلیلی که مدافعان رهیافت ایجابی از جمله ICJ در دفاع از آن ارائه داده‌اند به موضوع خروج گروه‌های سیاسی از گسترهٔ گروه‌های مورد حمایت کنوانسیون ژنوسید مربوط می‌شود. به‌موجب این استدلال، با قبول رهیافت سلبی و گسترش حمایت کنوانسیون به افراد متعلق به هر گروهی غیر از گروه مرتکب، ناچار به پذیرش این گزاره خواهیم بود که گروه‌های سیاسی نیز از حمایت‌های کنوانسیون ژنوسید برخوردار شوند، امری که به‌صراحت در مذاکرات مقدماتی تدوین کنوانسیون مورد مخالفت قرار گرفت و تصویب نشد. بنابراین استفادهٔ انحصاری از رهیافت ایجابی در تعریف گروه مجنی‌علیه منطبق با موضوع و هدف کنوانسیون خواهد بود اما به‌نظر می‌رسد که مخالفان رهیافت سلبی موفق به درک صحیح این تعریف نشده‌اند. لازم به توضیح است که در رهیافت سلبی نیز حمایت از گروه‌ها کماکان به گروه‌های چهارگانه ذکر شده در ماده ۲ کنوانسیون ژنوسید مربوط می‌شود و گروه‌های سیاسی را در بر نمی‌گیرد. بنابراین پذیرش رهیافت سلبی در تعریف گروه مجنی‌علیه به هیچ وجه ملازمه‌ای با پذیرش گسترش حمایت کنوانسیون ژنوسید به گروه‌های سیاسی ندارد.

صحت این گفتار با دقت در مفاد آرای حمایت‌کننده از رهیافت سلبی روشن‌تر می‌گردد چه آنکه در رأی یلیسیچ نیز که قویاً از رهیافت سلبی حمایت شده است به این نکته تصریح می‌شود که حمایت‌های کنوانسیون تنها گروه‌های ثابت اجتماعی را در بر می‌گیرد. بدیهی است

14. The Prosecutor v. Akayesu Jean-paul, Case No. ICTR-96-4-T, 2 September 1998, para. 511.

15. به‌نظر می‌رسد آنچه باعث شد تا از توتسی‌ها به‌عنوان گروه قومی نام برده شود توجه به اصل ۱۶ قانون اساسی و ماده ۵۷ قانون مدنی کشور رواندا بود که به‌نحو ضمنی از توتسی‌ها به‌عنوان گروه قومی نام برده بود و از سال ۱۹۳۱ گروه‌های مختلف توتسی، هوتو و توا ملزم بودند کارت شناسایی حمل کنند که در آن از جمله به وابستگی قومی حامل کارت اشاره شده بود.

که این عبارت منصرف از گروه‌های سیاسی است که عضویت در آنها بر حسب تعریف به صورت ثابت و توارثی نیست بلکه گروه‌های اخیر بنا به ماهیت خود، «گروه‌های سیالی هستند که عضویت در آنها اختیاری است».^{۱۶} از سوی دیگر در تعریف رهیافت سلبی که در رأی یلیسیج ذکر شده است گفته می‌شود که گروه‌هایی مورد هدف و شناسایی قرار می‌گیرند که از گروه مرتکب که دارای خصایص ملی، قومی، نژادی یا مذهبی مشابه می‌باشند مجزا هستند. از مفهوم مخالف این بند چنین استنباط می‌شود که گروه‌های قربانی نیز گروه‌هایی هستند که دارای خصایص مشابه ملی، قومی، نژادی یا مذهبی متفاوت از خصوصیات ملی، قومی و ... گروه مرتکب می‌باشند، به دلیل وجود همین خصوصیات متفاوت مورد حمله مهاجمان قرار می‌گیرند. در مجموع به نظر می‌رسد که می‌توان به این نتیجه رسید که رهیافت سلبی نیز می‌تواند کماکان در کنار رهیافت ایجابی در تعریف گروه‌های تحت حمایت کنوانسیون ژنوسید مورد استفاده مراجع قضایی قرار گیرد.

بخش دوم: عنصر مادی

در ماده ۲ کنوانسیون منع و مجازات ژنوسید عناصر مادی جنایت ژنوسید نام برده شده‌اند که این ماده در ذیل ذکر می‌گردد:

- «در این کنوانسیون ژنوسید به هر یک از اعمال زیر گفته می‌شود که با قصد نابودی تمام یا بخشی از یک گروه ملی، قومی، نژادی یا مذهبی از این قرار ارتکاب یابد:
- الف. کشتن اعضای گروه؛
 - ب. وارد کردن آسیب شدید نسبت به سلامت جسمی یا روحی اعضای یک گروه؛
 - ج. قرار دادن عمدی یک گروه در معرض وضعیت زندگی نامناسبی که منتهی به نابودی فیزیکی تمام یا بخشی از گروه شود؛
 - د. اجرای اقداماتی که به قصد جلوگیری از تولید مثل در میان گروه صورت می‌گیرد؛
 - و. انتقال اجباری کودکان یک گروه به گروه دیگر».

همان‌گونه که در مقدمه گفته شد بدیهی است با توجه به حجم مطالب نمی‌توان به ذکر تمام عناصر مادی این جرم پرداخت.^{۱۷} لازم به ذکر است که دیوان در غالب موارد از یافته‌های دیوان کیفری یوگسلاوی سابق در احراز عناصر مادی جنایت‌های روی داده در سرزمین بوسنی

16. Ibid.

۱۷. برای مطالعه تفصیلی عناصر مادی جنایت ژنوسید در رویه دادگاه‌های ویژه کیفری ر.ک. عزیزی، همان، صص ۲۲۶-۲۱۷.

هرزگوین از جمله جنایت ژنوسید در «سربرنیتسا» استفاده نموده و بر آن مهر تأیید نهاد. از این رو در این مقاله تنها به ذکر مواردی از اقدامات مادی خواهیم پرداخت که یا در اساسنامه‌های دادگاه‌های ویژه بین‌المللی کیفری تنها به‌عنوان یکی از مصادیق جنایت علیه بشریت از آنها نام برده شده است و یا آنکه در مورد خروج یکی از این اقدامات (ژنوسید فرهنگی) در زمره عناصر مادی جنایت ژنوسید از سوی برخی حقوق‌دانان و یا نهادها تشکیک شده بود و از این رو دادگاه‌های ویژه در رویه خود بدانها اشاره کرده و نقیاً یا اثباتاً در خصوص ورود آن در زمره عناصر مادی حکم داده بودند و دیوان بین‌المللی دادگستری نیز در رأی اخیر خود بدان پرداخته است. در این ارتباط بررسی سه مورد از این گونه اقدامات مادی در دستور کار قرار خواهد گرفت.

گفتار اول: پاکسازی قومی

پاکسازی قومی واژه‌ای است که در آغاز دهه ۹۰ میلادی در ادبیات علوم سیاسی وارد شد و از سال ۱۹۹۷ به‌صورتی فراگیر مورد استفاده قرار گرفت.^{۱۸} واژه مذکور ترجمه عبارت "Ethnicko Ciscenje" در زبان صرب-کروات می‌باشد. این سیاست توسط ارتش مرکزی کشور یوگسلاوی و صربهای بوسنی مورد استفاده قرار گرفت تا مسلمانان و کروات‌ها را از سرزمین‌های مورد ادعا بیرون کنند.

در حقیقت هدف مرتکبان از اعمال این سیاست آن است که با بیرون راندن دیگر گروه‌ها تا آنجا که ممکن است کشوری متجانس و یک‌دست بسازند و یا آنکه حداقل گروه‌های قربانی را از مناطقی از کشور اخراج نمایند که از ارزش تاریخی و سنتی برخوردار است و یا منافع سیاسی و اقتصادی برای قوم اکثریت و حاکم در بردارد.^{۱۹} لازم به ذکر است که تدوین‌کنندگان اساسنامه دادگاه بین‌المللی کیفری (ICC) ملهم از رویه قضایی بین‌المللی، در بند «د» ماده ۷ اساسنامه، پاکسازی قومی را عملی مجرمانه دانسته و این عمل را به‌عنوان یکی از مصادیق «اخراج یا کوچ اجباری یک جمعیت» در زیر مجموعه «جنایت علیه بشریت» قرار داده‌اند چه آنکه پاکسازی قومی در حقیقت نوع خاصی از مصادیق انتقال اجباری جمعیت است.^{۲۰} و بین پاکسازی قومی و انتقال اجباری جمعیت رابطه عموم و خصوص مطلق برقرار است، زیرا پاکسازی قومی صرفاً به مخاصماتی مربوط می‌شود که بین گروه‌های رقیب قومی در جریان است اما انتقال اجباری جمعیت تنها به موارد قومی مربوط نمی‌شود.^{۲۱}

18. Jennifer Jackson Preece, "Ethnic Cleansing as an Instrument of Nation-State Creation: Changing State Practices and Evolving Legal Norms", Human Rights Quarterly, 1998, vol. 20, p. 817.

۱۹. عزیزی، همان، ص ۲۲۲.

20. Preece, *op. cit.*, p. 821.

21. *Ibid.*

با وجود این، ICTR در قضیه «اکائیسو»، اخراج سیستماتیک گروه قربانی توسط مرتکبان را یکی از مصادیق «قرار دادن عمدی یک گروه در معرض وضعیت زندگی نامناسبی که منتهی به نابودی فیزیکی تمام یا بخشی از گروه شود» تلقی نمود و آن را مصداق اقدام به ارتکاب ژنوسید دانست. دادستان ICTY نیز در متن کیفرخواست علیه «رادوان کارادزیچ» و «راتکو ملادیچ»، از جمله اتهاماتی که علیه آنها مطرح نمود به اخراج صدها هزار نفر از مسلمانان بوسنی در خلال سالهای ۱۹۹۲ و ۱۹۹۳ و اقدام به پاک‌سازی قومی در مناطق شرقی بوسنی، کراچینا و سربرنیتسا اشاره نمود که دادستان از آن به‌عنوان مصادیق انجام ژنوسید علیه مسلمانان بوسنی نام برده است.^{۲۲}

دولت بوسنی هرزگوین نیز در شکایت خود علیه صربستان در ICJ به اخراج و انتقال قهری مسلمانان و کروات‌های بوسنی در سراسر سرزمین بوسنی اشاره نمود و این اقدام را از جمله مصادیق انجام ژنوسید تلقی نمود.

دولت صربستان در پاسخ ادعا نمود که انتقال جمعیت ممکن است با توجه به رعایت تعهدات مندرج در ماده ۱۷ و بند ۲ ماده ۴۹ کنوانسیون ژنو حمایت از اشخاص غیرنظامی در زمان جنگ، در مواردی که امنیت جمعیت مذکور یا ضرورت‌های نظامی ایجاب کند، لازم باشد. دولت خوانده بر این اعتقاد بود در صورتی نیز که نتوان این اقدام را با توجه به مقررات کنوانسیون چهارم ژنو مشروع دانست، صرف اخراج یک گروه را نمی‌توان به‌عنوان ژنوسید محسوب نمود.^{۲۳} در این راستا دولت صربستان به رأی شعبه بدوی ICTY در قضیه «استاکیک» استناد نمود که چنین مقرر می‌دارد:

«می‌بایست تمایز و تفاوتی روشن میان نابودی فیزیکی و صرف جدا شدن و از هم پاشیدگی گروه قائل شد. اخراج یک گروه یا بخشی از آن به خودی خود کافی نیست تا آن را ژنوسید تلقی نماییم».^{۲۴}

دیوان بین‌المللی دادگستری در دعوای بوسنی علیه صربستان و در بدو رسیدگی به اتهام پاک‌سازی قومی پذیرفت که «مدارک قانع‌کننده و قطعی مبنی بر اخراج و انتقال اعضای گروه تحت حمایت در بوسنی ارائه شده است»، اما اضافه نمود «حتی اگر بپذیریم که اخراج و انتقال ممکن است از مصادیق بند ۳ ماده ۲ کنوانسیون باشد، در دعوای حاضر نمی‌توان آن را اقدام به

22. The Prosecutor of the Tribunal against Radovan Karadzic, Amended Indictment, Case No. ICTY-IT 95-5, 16 May 1995, para. 23; The Prosecutor of the Tribunal against Ratko Mladić, Amended Indictment, Case No. ICTY-IT-95-5/18-I, 16 May 1995.

23. Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro Case, para. 333.

24. The Prosecutor v. Stakic, Case No. IT-97-24-T, Trial Chamber Judgment, 31 July 2003, para. 519.

ژنوسید محسوب نمود زیرا دیوان براساس مدارک ارائه شده نتوانست دریابد که به صورت قطعی ثابت گردیده که این اخراج‌ها با نیت نابود کردن کلی یا جزئی گروه تحت حمایت انجام شده است.^{۲۵}

در بررسی اعلام‌نظر ICJ در باب عدم تلقی پاک‌سازی قومی به‌عنوان عمل ژنوسید در دعوای بوسنی علیه صربستان می‌توان به دو نکته اشاره نمود:

اولاً به‌نظر می‌رسد که دیوان، نظر دادگاه بین‌المللی کیفری رواندا در قضیه «اکائیسو» مبنی بر آنکه می‌توان اخراج سیستماتیک گروه قربانی (پاک‌سازی قومی) را از مصادیق بند سوم عناصر مادی جنایت ژنوسید تلقی نمود تأیید کرده است اما صرف وقوع پاک‌سازی قومی را معادل ژنوسید نمی‌داند. بنابراین میان ژنوسید و پاک‌سازی قومی، رابطه عموم و خصوص من‌وجه برقرار است، به این معنا که انجام برخی عملیاتهای موسوم به پاک‌سازی قومی می‌تواند از جمله عناصر مادی جنایت ژنوسید تلقی گردد مشروط بر آنکه عنصر معنوی لازم در ارتکاب ژنوسید (یعنی نیت خاص نابودی گروه مجنی‌علیه) به هنگام انجام پاک‌سازی قومی وجود داشته باشد. به عبارت دیگر پاک‌سازی قومی اساساً از مصادیق جنایت علیه بشریت است مگر در موردی که این اقدام با نیت نابودی یک گروه انجام شود چه آنکه ممکن است اخراج و انتقال یک گروه در شرایطی آنچنان نامناسب صورت گیرد که منتهی به نابودی فیزیکی تمام یا بخشی از آن گروه شود و مرتکب با علم به این مطلب، اقدام به اخراج آنان از محل سکونت‌شان نماید.

ثانیاً همان‌گونه که اشاره شد دلیل تلقی نکردن پاک‌سازی قومی در بوسنی به‌عنوان ژنوسید از سوی دیوان بدان دلیل بود که نیت نابودی مسلمانان در بوسنی توسط مرتکبان عملیات پاک‌سازی قومی ثابت نشده است. لازم به ذکر است که ICJ بر این اعتقاد بود که تحصیل اهداف استراتژیک صربهای بوسنی (از جمله تشکیل کشور صربستان بزرگ) می‌تواند از طریق جابجایی جمعیت یا تصرف سرزمین به‌دست آید. به اعتقاد دیوان به صرف آنکه صربهای بوسنی دارای انگیزه تشکیل صربستان بزرگ بوده‌اند لزوماً به‌معنای آن نیست که آنها خواهان نابودی مسلمانان و دیگر جوامع بوسنی بوده‌اند بلکه می‌توان گفت که آنها صرفاً خواهان عدم حضور مسلمانان و کرواتهای بوسنی در سرزمینهای مورد ادعا بوده‌اند.^{۲۶} لیکن به‌نظر می‌رسد که دیوان در این استدلال خود به خطا رفته است و همان‌گونه که نایب رئیس دیوان (الخصاونه) در رأی مخالف خود به‌درستی خاطرنشان نمود، دیوان واقعیات جنگ و کشتارهای بوسنی را مدنظر قرار نداده و ارزیابی خود را جانشین آن نموده است.^{۲۷}

25. Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro Case, para. 334.

26. Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro Case, para. 372.

27. Dissenting Opinion of Vice- President Al-Khasawneh, para. 41.

درست است که اصولاً تشکیل صربستان بزرگ منطقاً می‌تواند بدون وجود قصد و نیت نابودی دیگر گروه‌های ساکن در سرزمین بوسنی از جمله مسلمانان انجام شود و مرتکبان با اقدامات دیگر از جمله اخراج غیرصربها به هدف مورد نظر می‌توانند دست یابند اما وقوع کشتارهای بسیار زیاد در کنار اقدام به پاک‌سازی قومی می‌تواند اماره‌ای دال بر وجود نیت نابودی دیگر گروه‌ها به هنگام اقدام به اخراج مسلمانان باشد. وقوع ژنوسید در سربینیتسا که دیوان نیز بر آن مهر تأیید نهاد عملاً با کشتار «مردانی که در سن انجام خدمات نظامی قرار داشتند»^{*} در کنار اخراج زنان و کودکان انجام گردید که می‌تواند نشانه قاطعی بر این ادعا باشد که اقدام به پاک‌سازی قومی در سرزمین بوسنی با نیت نابودی این گروه انجام شده است. مضاف بر آنکه نباید فراموش نمود که مجمع عمومی سازمان ملل متحد با صدور قطعنامه‌ای در ۱۸ دسامبر ۱۹۹۲ و در واکنش به اخراج اجباری و پاک‌سازی قومی مسلمانان توسط صربها در بخشهایی از سرزمین بوسنی و هرزگوین از آن به‌عنوان ژنوسید نام برده است.^{۲۸} به‌نظر می‌رسد که دیوان می‌بایست به اعلام‌نظر بزرگترین نهاد سازمان ملل متحد در مورد وقایع بوسنی هرزگوین که محل ابراز دیدگاه تمام دول عضو جامعه بین‌المللی است توجه می‌نمود و حداقل به این نکته اشاره می‌کرد.

گفتار دوم: تجاوز و خشونت جنسی

مبادرت به تجاوز و خشونت‌های جنسی علیه زنان را از یک‌سو می‌توان یکی از تاکتیک‌های جنگی دانست که از دیرباز جهت تسلیم نیروهای جنگی دشمن مورد استفاده قرار گرفته است و از سوی دیگر در مواردی به‌عنوان اقدامی استراتژیک جهت نابودی گروه متعلق به زنان قربانی مورد نظر مهاجمان تلقی می‌گردد. لازم به ذکر است که در کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ و پروتکل اول الحاقی ۱۹۷۷ در میان جرایمی که از آنها به‌عنوان «نقض شدید»^{**} نام برده می‌شود، به تجاوز و خشونت جنسی اشاره نشده است.

تشدید و تکرار وقوع این اعمال غیرانسانی در جنگ‌های بین‌المللی و بویژه داخلی در دهه‌های اخیر باعث شد تا جهت مجازات مرتکبان این جنایت به ترتیب در ماده ۳ اساسنامه ICTR و ماده ۵ اساسنامه ICTY جنایات مذکور به‌صراحت در عداد جنایات علیه بشریت قرار گیرند. این موضوع برای اولین بار در رویه دادگاه‌های ویژه کیفری در قضیه «اکائیسو» مورد بررسی قرار گرفت. در این پرونده، شعبه اول ICTR خشونت جنسی را به‌عنوان ابزاری در جهت نابودی گروه

*. Men of Military Age.

28. UN Doc.AG/Res./47/121 of 18 December 1992.

** Grave Breaches.

اقلیت توتسی قلمداد کرده بود که گروه اکثریت هوتو از آن به صورتی سیستماتیک استفاده می کردند:

«خشونت جنسی بخشی جدایی ناپذیر از روند نابودی گروه بود. مشخصاً زنان توتسی هدف این اقدامات بودند و این عمل در جهت نابودی آنان و نابودی تمام گروه توتسی انجام گرفت».^{۲۹}

ICTR در قضیه «کایشما و روزیندانا» نیز با الهام از رأی اکائیسو از تجاوز و خشونت جنسی به عنوان مصادیق بند دوم ماده ۲ کنوانسیون ژنوسید (آسیب شدید جسمی) یاد می کند.^{۳۰} به علاوه در رأی اخیر، تجاوز جنسی در عداد مصادیق بند سوم ماده ۲ نیز ذکر شده است.^{۳۱} همچنین ICTY نیز در رأی کرستیچ با اشاره به رویه ICTR و نظرات کمیسیون آماده سازی اساسنامه دیوان بین المللی کیفری از تجاوز و خشونت جنسی به عنوان مصادیق بند دوم ماده ۲ کنوانسیون ژنوسید نام برده است.^{۳۲}

با وجود این، دولت بوسنی در دعوای خود نزد ICJ از خشونت و تجاوز جنسی به عنوان مصادیق بند چهارم ماده ۲ کنوانسیون (اجرای اقداماتی که به قصد جلوگیری از تولید مثل در میان گروه صورت می گیرد) نام می برد. لازم به ذکر است که ICTR در رأی «اکائیسو» مصادیق این بند را ذکر نموده که در تمام آرای بعدی خود نیز از آن استفاده نمود. در این پرونده، دادگاه از قطع اعضای جنسی، عقیم کردن، کنترل اجباری زاد و ولد، جداسازی جنسیتی و ممنوعیت ازدواج در میان اعضای گروه های تحت حمایت کنوانسیون به عنوان مصادیق اقداماتی نام برد که به قصد جلوگیری از تولید مثل در میان گروه صورت می گیرد.^{۳۳} همچنین دادگاه معتقد بود که علاوه بر عوامل فیزیکی، اعمال فشارهای روحی نیز می تواند مانع از تولید مثل و زاد و ولد در میان اعضای گروه شود:

«تجاوز جنسی از جمله می تواند با نیت جلوگیری از تولید مثل در میان اعضای گروه، مورد استفاده قرار گیرد زیرا ممکن است تهدیدات یا آسیب های وارد شده به اعضای گروه بدانجا منجر شود که تولید مثل و زاد و ولدهای آتی انجام نشود. برای مثال زنی که مورد تجاوز جنسی قرار گرفته ممکن است از تولید مثل مجدد خودداری کند».^{۳۴}

29. Akayesu Case, para. 731.

30. The Prosecutor v. Clement Kayishema and Obed Ruzindana, Case No. ICTR-95-1-T, 21 May 1999, para. 108.

31. Kayishema and Ruzindana Case, para. 116.

32. The Prosecutor v. Krstic, Case No. IT-98-33-T, 2 August 2001, paras. 513.

33. Akayesu Case, para. 507.

34. Ibid., para. 508.

بر همین اساس و با الهام از نظریه ICTR، دولت بوسنی در لایحه خود مدعی بود که انجام تجاوزات و خشونت‌های جنسی علیه مردان و زنان بوسنی به بیماریها و حالت‌های روانی منجر شده است که مانع برقراری ارتباط و تشکیل خانواده در میان زنان و مردان مسلمان شده و در نهایت به تداوم تولید مثل در میان مسلمانان بوسنی لطمه وارد کرده است. همچنین دولت خواهان مدعی بود که زنان مسلمان در پی وقوع تجاوزات جنسی ممکن است از سوی شوهرانشان طرد شوند و دیگر قادر به یافتن شوهر نباشند.^{۳۵}

ICJ به صورت اصولی پذیرفت که اقدام به تجاوز و خشونت جنسی می‌تواند از مصادیق بند چهارم کنوانسیون ژنوسید باشد اما اعلام نمود که دولت خواهان نتوانسته مدارک لازم جهت اثبات ادعای خود را ارائه نماید که خشونت‌های جنسی به تداوم تولید مثل میان مسلمانان لطمه وارد ساخته است.^{۳۶}

بنابراین دیوان همچون مورد قبل می‌پذیرد که در مواردی تجاوز و خشونت جنسی می‌تواند یکی از مصادیق عناصر مادی جنایت ژنوسید باشد مشروط بر آنکه این اقدامات با نیت نابودی گروه متعلق به زنان و یا مردان قربانی تجاوز انجام شود.

گفتار سوم: ژنوسید فرهنگی

لمکین، واضع واژه ژنوسید، در متن پیش‌نویس اولیه کنوانسیون از مصادیق ذیل به‌عنوان ابزار و وسایلی نام برده بود که می‌تواند در اجرای ژنوسید فرهنگی مورد استفاده قرار گیرد:

- ۱- انتقال اجباری کودکان به دیگر گروه‌های انسانی؛
- ۲- تبعید اجباری و سیستماتیک افرادی که نماینده‌ی فرهنگ یک گروه به‌شمار می‌آیند؛
- ۳- ممنوعیت استفاده از زبان گروه اقلیت حتی در مکالمات خصوصی و انفرادی؛
- ۴- نابودی سیستماتیک کتابهای چاپ شده به زبان گروه اقلیت و همچنین نابودی آثار مذهبی و یا ممنوعیت انتشار کتب جدید؛
- ۵- نابودی سیستماتیک بناهای تاریخی و مذهبی یا منحرف کردن چگونگی استفاده از آنها، متلاشی یا نابود کردن اسناد و اشیایی که دارای ارزش تاریخی، هنری یا مذهبی می‌باشند و همچنین تخریب وسایلی که در انجام عبادات مذهبی مورد استفاده قرار می‌گیرند.^{۳۷}

35. Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro Case, paras. 358-359.

36. Ibid., paras. 359-361.

37. Baglay Tennent Harrington, "General Principles and Problems in The International Protection of Minorities", 1950, Geneve Imprimeries Populaires, p. 166.

اشاره به این موضوع از آن جهت مهم به نظر می‌آید که در جریان تدوین کنوانسیون ژنوسید علی‌رغم تلاش بسیار زیاد کشورهای بلوک سوسیالیستی و جهان سوم با مخالفت دول غربی، پیشنهاد اضافه نمودن اقدامات موسوم به ژنوسید فرهنگی در متن کنوانسیون با ۲۵ رأی مخالف در برابر ۱۶ رأی موافق و ۴ رأی ممتنع به تصویب نرسید.^{۳۸} اما با این حال هنوز نیز نسبت به گسترش مقررات کنوانسیون به اقدامات موسوم به ژنوسید فرهنگی امیدواری‌هایی وجود دارد^{۳۹} و بر همین اساس گروهی معتقدند که در حقوق بین‌الملل عرفی تعریف ژنوسید وسیع‌تر و فراتر از مفاد کنوانسیون ژنوسید است.^{۴۰} از این رو تلاش دولت بوسنی جهت کسب نظر موافق دیوان بین‌المللی دادگستری برای شمول مقررات کنوانسیون به این اقدامات را می‌بایست در این راستا تحلیل نمود.

در جریان جنگ بوسنی به تصدیق یافته‌های کمیسیون کارشناسان سازمان ملل متحد، دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق و تأیید آن توسط دیوان بین‌المللی دادگستری از برخی اقدامات فوق‌الذکر جهت نابودی فرهنگ مسلمانان و کروات‌های بوسنی استفاده شد. از جمله در رأی «تادیک» به نابودی اموال و آثار تاریخی، مذهبی و فرهنگی گروه‌های قربانی به‌عنوان یکی از اقدامات جنگی صریحاً اشاره شد و بر این اساس از جمله ۱۱۲۳ مسجد مسلمانان و ۵۰۴ کلیسای کروات‌ها نابود گردید. همچنین آرامگاه‌ها، صومعه‌ها، بناهای تاریخی، آرشوها و کتابخانه‌های متعلق به گروه‌های قربانی مورد حمله قرار گرفتند و بسیاری از آنها نابود شده و یا بدانها آسیب جدی وارد شد.^{۴۱}

دولت شاکا مدعی بود که نابودی سنت‌های مذهبی و فرهنگی مسلمانان بخشی از سیاست اساسی مرتکبان جهت پاک‌سازی قومی و تلاشی جهت امحای آثار وجودی مسلمانان بوسنی در این سرزمین بوده است و لذا می‌بایست این اقدام را ژنوسید محسوب نمود. اما دیوان بین‌المللی دادگستری به تبعیت از رویه دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق بویژه قضیه «کرسیتیچ» اعلام نمود که هرچند این اقدامات را می‌توان به‌موجب دیگر قواعد و مقررات حقوق بین‌الملل ممنوع دانست اما «آنها را نمی‌توان ایجاد شرایطی عامدانه برای نابودی فیزیکی گروه دانست و در زمره اقدامات مادی ژنوسید در ماده ۲ کنوانسیون قرار داد».^{۴۲}

۳۸. برای ملاحظه تفصیلی این نهاد و جایگاه این بحث در رویه دادگاه‌های ویژه کیفری رک. عزیززی، همان، صص ۲۶۶-۲۷۵.

39. Stakic Case, Appeal judgment, para. 24.

40. Verdirame Guglielmo, "The Genocide Definition in the Jurisprudence of the Ad Hoc Tribunals", International and Comparative Law Quarterly, (July 2000) vol. 49, p. 588

41. Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro Case, paras. 335-343.

42. Ibid., para. 344.

لازم به ذکر است که ICJ با اشاره به قضیه «کرسیتیج» اعلام نمود که هر چند نابودی اموال و آثار تاریخی، مذهبی و فرهنگی گروه‌های قربانی در عداد عناصر مادی جنایت ژنوسید قرار نمی‌گیرد اما از آن می‌توان در احراز نیت نابودی آن گروه‌ها استفاده نمود:

«در مواردی که اقدامات مربوط به نابودی فیزیکی یا بیولوژیکی وجود دارد، غالباً به صورت همزمان به اموال فرهنگی و مذهبی و سمبل‌های گروه قربانی نیز حمله می‌شود. این گونه حملات می‌تواند مدرکی دال بر وجود نیت نابودی فیزیکی گروه، توسط مرتکب باشد».^{۴۳}

بنابراین دیوان با تأیید رویه دادگاه کیفری یوگسلاوی سابق، اقدامات موسوم به ژنوسید فرهنگی را در صورت همزمانی وقوع آن با اقدامات نابودکننده فیزیکی از جمله مدارکی می‌داند که می‌تواند در احراز نیت خاص به کار گرفته شود. بدیهی است با توجه به مشکلات بسیار زیادی که در امر اثبات عنصر معنوی جنایت ژنوسید وجود دارد و در بسیاری از موارد ممکن است عدم اثبات آن به تبرئه مرتکبان واقعی بیانجامد، اهمیت شناسایی ژنوسید فرهنگی به عنوان اماره‌ای دال بر وجود عنصر معنوی توسط دادگاه یوگسلاوی و تأیید آن از سوی دیوان بین‌المللی دادگستری آشکار می‌گردد.

بخش سوم: عنصر معنوی

می‌دانیم که جنایت ژنوسید دارای ماهیت خاص و ویژه‌ای است زیرا علاوه بر قصد ارتکاب انجام عناصر مادی مندرج در ماده ۲ کنوانسیون، لازم است که مرتکب دارای نیت نابود کردن گروه قربانی باشد که از آن با عنوان «نیت خاص»^{*} نام برده می‌شود. همان گونه که در ماده ۲ کنوانسیون به صراحت ذکر شده است لازم نیست که مرتکب در پی نابودی کل گروه مورد هدف باشد بلکه تلاش برای نابودی بخشی از گروه مورد نظر نیز برای محکومیت متهم به ارتکاب ژنوسید کافی است. در این بخش لازم است معنای این مفهوم در رویه دادگاه‌های ویژه و دیوان بین‌المللی دادگستری بررسی گردد.

گفتار اول: نابودی جزئی گروه

این موضوع که بخشی از گروه به چه معناست و نابودی چه میزان و یا چه قسمتی از گروه مجنی علیه به معنای تحقق این مفهوم است در رویه دادگاه‌های ویژه کیفری مورد بحث قرار گرفته و دیوان بین‌المللی دادگستری نیز در رأی اخیر خود بدان پرداخته است.

43. Ibid.

*. Dolus specialis.

اولین بار ICTR با استناد به نظریه کمیسیون حقوق بین‌الملل و گزارشی که از سوی گزارشگر کمیسیون فرعی ژنوسید ارائه شده است، درباره معنای این عبارت چنین اشعار می‌دارد:

«دادگاه بر این اعتقاد است که نابودی «بخشی از» گروه مستلزم داشتن نیت نابودی بخش قابل‌توجهی* از افراد متعلق به یک گروه می‌باشد. این اشخاص می‌بایست با توجه به عضویشان در آن گروه، مورد حمله قرار گیرند».^{۴۴}

به نظر می‌رسد که در اینجا شعبه بدوی ICTR از عامل کمیتی یعنی تعداد قربانیان متعلق به گروه به نسبت میزان جمعیت آن، به عنوان معیار قابل استفاده در احراز مفهوم «بخشی از گروه» استفاده نموده است اما دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی در قضیه «یلیسیچ» از عبارت «بخش مهم»** گروه در تفسیر نابودی بخشی از گروه استفاده نمود که به نظر می‌رسد مراد از آن، اعمال معیار کیفیتی است. لازم به ذکر است که شعبه تجدیدنظر ICTY معتقد بود که ICTR با استفاده از عبارت «بخش قابل‌توجه»، فراتر از نیت تدوین‌کنندگان کنوانسیون اقدام نموده است. نقل این بند از نظر دادگاه یوگسلاوی می‌تواند در تبیین دقیق این مفهوم ما را یاری دهد:

«با توجه به هدف کنوانسیون که جلوگیری از کشتار وسیع می‌باشد این مطلب پذیرفته شده است که هدف از نابود کردن یک گروه مستلزم آن است که حداقل بخش مهمی از آن گروه را در برگیرد.... لمکین در نامه‌ای که در زمان انجام بحث‌های مربوط به تدوین ماده ۲ کنوانسیون ژنوسید خطاب به مجلس سنای ایالات متحده امریکا نگاشته است، نیت نابودی جزئی گروه را توضیح می‌دهد. به نظر وی نابودی جزئی یک گروه می‌بایست به تمایل مرتکب به نابودی آن بخش از گروه تفسیر گردد که «از اهمیتی اساسی برخوردارند ... به نحوی که بقا یا نابودی آنان بر تمامیت گروه اثرگذار می‌باشد». در صورتی می‌توان بخشی از گروهی را که مورد حمله قرار گرفته است، مهم نامید که یا مرتکبان بر آن بوده‌اند که به اکثریت زیادی از افراد گروه مورد بحث حمله نمایند و یا به افرادی از آن گروه حمله شده است که نماینده آن گروه هستند. در این رابطه، کمیسیون کارشناسان مشخصاً می‌گوید: «اگر رهبریت کل گروه مورد حمله قرار گیرد این عمل نیز می‌تواند به ژنوسید منجر گردد. این رهبری شامل سران سیاسی و اداری، مذهبی، دانشگاهی، روشنفکران، تاجران و دیگر رهبران گروه می‌شود. حمله به این رهبران صرف‌نظر از تعداد بالفعل کشته‌شدگان به خودی خود نشانه‌ای قوی بر وجود ژنوسید است...». بنابراین نیت ژنوسید به دو صورت آشکار می‌گردد: صورت اول ممکن است با نابودی تعداد

*. Considerable number.

44. Kayishema and Ruzindana Case, para. 97.

** Substantial number.

زیادی از افراد گروه انجام پذیرد؛ در این شیوه، مرتکب مترصد نابودی کل گروه می‌باشد. در صورت دوم ممکن است که ژنوسید با نابودی تعداد محدودتری از افراد گروه نیز انجام شود. این افراد به این منظور انتخاب شده‌اند که نابودی آنان بر بقای خود گروه نیز تأثیرگذار است. در این مورد، نیت مرتکبان، نابودی گزینشی آن گروه است.^{۴۵}

شعبه تجدیدنظر ICTY در پاسخ به اعتراض «رادیسلاو کرستیچ» که به دلیل کشتار بخشی از مسلمانان سربرنیتسا در شعبه بدوی دادگاه به ارتکاب جنایت ژنوسید محکوم شده بود پاسخ روشن‌تری در رابطه با این موضوع ارائه داد:

«این مسئله که چه تعداد از افراد یک گروه، مصداق بخش مهمی از آن گروه می‌باشد را با توجه به چند عامل و معیار می‌توان تعیین نمود. در آغاز ملاحظه عامل کمی و تعداد افرادی که در آن بخش از گروه مورد حمله قرار گرفته‌اند ضروری و مهم است. اما (عامل کمی) در تمام موارد، تنها معیار نخواهد بود. تعداد افرادی که مورد حمله قرار گرفته‌اند را نباید به‌صورت مطلق در نظر گرفت بلکه نسبت کلی این افراد با تمام گروه نیز می‌بایست مدنظر باشد. علاوه بر این، جایگاه و موقعیت ممتاز این افراد در میان گروه نیز معیار مفید و تعیین‌کننده‌ای است. اگر بخش خاصی از اعضای یک گروه، نماد و مظهر آن گروه بوده و یا تداوم زیست آنها در بقای خود گروه مؤثر باشد می‌تواند نشانگر آن باشد که افراد مورد نظر، بخش مهم آن گروه را در مفهوم ماده ۴ اساسنامه‌ی دادگاه تشکیل می‌دهند».^{۴۶}

شعبه تجدیدنظر در ادامه تفسیر خود از این عبارت، به معیار حوزه فعالیت و کنترل مرتکب نیز توجه نشان داد:

«مثالهای تاریخی از وقوع ژنوسید نیز نشان می‌دهد که حوزه فعالیت و کنترل مرتکب و میزان احتمال و امکان دسترسی او به قربانیان را بایستی در نظر گرفت. ممکن است دولت آلمان تنها خواهان از بین بردن یهودیان در قلمرو اروپا بود و توان اجرای آن را در سطح جهانی نداشت. مرتکبان ژنوسید در رواندا نیز به حذف جمعیت توتسی فراتر از مرزهای کشور فکر نمی‌کردند. بنابراین نیت نابودی مرتکب معمولاً به فرصت در دسترس او محدود می‌شود».^{۴۷}

در پایان تفسیر حکمی این عبارت، دادگاه بر حصری نبودن معیارهای فوق‌الذکر تأکید نمود:

45. Jelusic Case, para. 82.

46. Krstic Case, Appeals Chamber, para. 12.

47. Ibid., para. 13.

«البته این ملاحظات نه حصری هستند و نه قطعی بلکه تنها راهنماهای مفیدی هستند. اعمال این معیارها و میزان وزن نسبی آنها بر حسب اوضاع و احوال متفاوت خواهد بود».^{۴۸}

به اعتقاد شعبه تجدیدنظر ICTY، مسلمانان شهر سربرنیتسا در این مورد می‌توانند مصداق عبارت «بخشی از گروه» باشند چه آنکه «میزان جمعیت مسلمانان بوسنی در سربرنیتسا قبل از تصرف آن توسط نیروهای VRS در ژوئیه ۱۹۹۵ تقریباً به ۴۰ هزار نفر می‌رسید. هر چند این میزان درصد کمی از جمعیت مسلمانان بوسنی را تشکیل می‌دهد اما اهمیت جامعه مسلمانان سربرنیتسا را تنها نمی‌توان با توجه به میزان جمعیت آنها برآورد نمود. همان‌گونه که شعبه بدوی دادگاه توضیح داده است این شهر (و منطقه اطراف پودرینج مرکزی) برای رهبران صرب بوسنی از اهمیتی استراتژیک برخوردار بود چه آنکه بدون الحاق سربرنیتسا، جمهوری صربسکا به دو قسمت غیرمرتبط تقسیم می‌گردید و دسترسی این جمهوری به کشور صربستان با مشکلاتی عدیده مواجه می‌شد. بنابراین تصرف و تصفیه قومی این شهر تلاشهای نظامی مسلمانان بوسنی برای بقای دولت خود را به‌جد از بین می‌برد و رهبران مسلمان نیز به‌خوبی از این واقعیت آگاه بودند».^{۴۹}

ICJ نیز اعلام نمود که از این زاویه به مسئله تعریف بخشی از گروه می‌پردازد که «طرفین دعوا به این مسئله خاص اشاره نموده‌اند که اثر معیار جغرافیایی بر گروه چیست؟ این سوال به‌خصوص در مورد جرایمی مطرح می‌شود که در شهر سربرنیتسا و حومه آن در ژوئیه ۱۹۹۵ روی داد و این موضوع مطرح می‌شود که آیا در اوضاع و احوال مذکور می‌توان گفت که تعریف ژنوسید تا جایی که به شرط نیت نابودی کلی یا جزئی گروه مربوط می‌شود، به‌موجب ماده ۲ محقق شده است یا خیر؟».^{۵۰}

دیوان اعلام نمود که در پاسخ به این سؤال حکمی به سه موضوع مرتبط با تعیین بخشی از گروه اشاره می‌کند:

- ۱- «نیت مرتکب بایستی نابودی حداقل بخش مهمی از گروه مربوطه باشد. این شرط با توجه به ماهیت ژنوسید لازم است زیرا چون هدف و موضوع کنوانسیون جلوگیری از نابودی عمدی گروه‌هاست لذا بخش مورد هدف بایستی به اندازه کافی مهم باشد و بر (بقای) کل گروه اثرگذار باشد. از شرط مهم بودن با توجه به قواعد منسجم ICTY و ICTR و تفاسیر مواد پیش‌نویس

48. *Ibid.*, para.14.

49. *Ibid.*, para.15.

50. *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro Case*, para. 197.

طرح ILC در مورد جنایات علیه صلح و امنیت بشری نام برده شده است.^{۵۱}

۲- دیوان معتقد است که این دیدگاه کاملاً پذیرفته شده است که ژنوسید را در مواردی می‌توان محقق دانست که نیت (مرتکب)، نابودی گروه در یک ناحیه محدود جغرافیایی باشد. همان‌گونه که کمیسیون حقوق بین‌الملل گفته است «لازم نیست که نابودی کامل گروه در هر نقطه از جهان مدنظر باشد». محل فعالیت و کنترل مرتکب را بایستی در نظر گرفت همان‌گونه که شعبه تجدیدنظر ICTY گفته است و خواننده نیز در حقیقت می‌پذیرد، فرصت در دسترس مرتکب مهم است. معیار فرصت را بایستی در برابر معیار اول و کاملاً ضروری مهم بودن در نظر گرفت. ممکن است فرصت در دسترس مرتکب مورد ادعا آنچنان محدود باشد که معیار مهم بودن تحقق نیابد.^{۵۲}

۳- سومین معیار پیشنهادی کمی است و نه کیفی. در این ارتباط دیوان به بند دوازدهم رأی شعبه تجدیدنظر دادگاه یوگسلاوی سابق اشاره می‌کند که متن آن بند در صفحات قبل ذکر گردید. دیوان با ارجاع به رأی فوق‌الذکر و با پیروی از رویهٔ این دادگاه اعلام می‌کند که معیارهای مورد نظر حصری نیستند و نمی‌توان تنها به معیار کمی توجه نمود و یا آنکه فقط معیار مهم بودن را در نظر گرفت، هرچند که این معیار نقطه آغاز مهمی در بررسی موضوع می‌باشد.^{۵۳} به اعتقاد دیوان بایستی با توجه به اوضاع و احوال پرونده برای هر کدام از معیارها، وزن متناسب بدان را در ارزیابی تحقق عبارت «بخشی از گروه» مجنی‌علیه در نظر گرفت. در این قسمت نیز دیوان مستقیماً از نظر شعبه تجدیدنظر ICTY الهام می‌گیرد.

در تجزیه و تحلیل نکاتی که دیوان در بررسی مفهوم «بخشی از گروه» اعلام نموده است می‌توان به این نکات اشاره نمود:

الف. دیوان در قسمت اول تحلیل خود از این موضوع، به عبارت «بخش قابل توجه» که در قضیهٔ «کایشما و روزیندانا» به کار برده شده بود اشاره نمی‌کند بلکه اعلام می‌دارد که در رویهٔ هر دو دادگاه ویژه رواندا و یوگسلاوی از عبارت «بخش مهم» استفاده شده است. با توجه به توضیحاتی که در ابتدای این گفتار معروض گردید مشخص شد که در این خصوص وحدت نظر در رویهٔ دادگاه‌های ویژه حداقل در رأی «کایشما و روزیندانا» با آرای دیگر دادگاه رواندا و یوگسلاوی وجود ندارد. به نظر می‌رسد که دیوان به نحوی ناخواسته خود را درگیر رفع این تعارض نماید و علت

51. *Ibid.*, para. 198.

52. *Ibid.*, para. 199.

53. *Ibid.*, para. 200.

ترجیح استفاده از عبارت «بخش مهم» بر «عبارت بخش توجه» را توضیح دهد. ب. با مطالعه رویه ICTY می‌توان به این نتیجه رسید که معیار مهم بودن در تعریف «بخشی از گروه» از جایگاهی ممتاز برخوردار است. این موضوع را می‌توان به‌خوبی از تأکید شعبه تجدیدنظر این دادگاه در رأی کرسیتیج بر این عامل و انتقاد از نظر شعبه بدوی ICTR که از عبارت «بخش قابل توجه» استفاده کرده بود دریافت. ICJ نیز بر اهمیت عامل مهم بودن بخش مورد هدف در تحقق عبارت «بخشی از گروه» در رویه ICTY اذعان نموده است. اما با وجود این، دیوان هیچ عامل و تفسیری را مهمتر از بقیه نمی‌شمارد و استفاده از هر عامل را با توجه به اوضاع و احوال خاص هر قضیه مجاز می‌داند. مضاف بر آنکه استفاده از معیار مهم بودن بخش مورد هدف را نیز قابل انتقاد می‌داند. با این حال هر چند تأکید انحصاری بر قرائت مهم بودن بخش مورد هدف به‌عنوان تنها معیار نمی‌تواند صحیح باشد اما به‌نظر می‌رسد که توضیحات مفصل مندرج در رأی کرسیتیج و اشاره به نظریات لمکین (واضع واژه ژنوسید) در سنای امریکا در خصوص توضیح عبارت «بخشی از گروه» نشان از این واقعیت دارد که تفسیر مذکور از جایگاهی ممتاز در این ارتباط برخوردار است و بایستی آن‌را در مقام و جایگاه اول در شناسایی «بخشی از گروه» قرار داد.

گفتار دوم: شیوه اثبات نیت نابودی گروه

در حقیقت عنصر معنوی جنایت ژنوسید را می‌توان به‌عنوان مشکل‌ترین عنصر در زمینه اثبات وجودی آن نام برد. بدیهی است اگر متهم به وجود نیت خاص نابودی گروه قربانی در ارتکاب عناصر مادی جرم اعتراف نماید اثبات عنصری که ماهیت ذهنی دارد امری است که اگر نتوان آن‌را غیرممکن دانست بسیار مشکل است.^{۵۴} بنابراین جهت اثبات وجود آن اصولاً می‌بایست از قرائن و امارات کمک گرفت. در شعب بدوی و تجدیدنظر ICTY از شواهد و امارات ذیل به‌عنوان دلیل وجود نیت نابودی گروه قربانی توسط متهم نامبرده شده است که عبارتند از:

۱- زمینه کلی وقوع جرایم؛

۲- ارتکاب اعمال مجرمانه دیگری که به‌صورت سیستماتیک علیه همان گروه اعمال می‌شود؛

۳- میزان جرایم روی داده؛

54. Akayesu Case, para. 523.

- ۴- هدف قرار دادن سیستماتیک قربانیان به دلیل عضویت آنها در گروهی خاص؛
- ۵- تکرار اعمال نابودکننده و تبعیض آمیز.^{۵۵}

ICTR نیز تقریباً از همان امارات فوق‌الذکر نام برده است و در قضیه «کایشما و روزیندانا» به موارد دیگری نیز در این ارتباط اشاره می‌کند:

- ۱- استفاده از واژگان و انجام اعمالی که بر اساس الگوی هدفمند عمل انجام می‌شود؛
- ۲- هدف قرار دادن گروه قربانی یا اموال آنها به صورت فیزیکی؛
- ۳- استفاده از زبان تحقیرآمیز نسبت به اعضای گروه قربانی؛
- ۴- نوع سلاحهای مورد استفاده؛
- ۵- میزان آسیبهای جسمی وارده؛
- ۶- روش برنامه‌ریزی و شیوه سیستماتیک کشتار؛
- ۷- تعداد قربانیان گروه نیز مهم است.^{۵۶}

دولت بوسنی هرزگوین نیز در اعلام شکایت خود نزد دیوان بین‌المللی دادگستری مدعی بود که صربها نقشه‌ای کلی جهت ارتکاب ژنوسید داشته‌اند. به اعتقاد خواهان این نقشه را می‌توان از طریق الگوی ارتکاب اعمال ژنوسید در سراسر سرزمین بوسنی علیه افرادی که به گروهی خاص تعلق داشتند استنباط نمود. در این ارتباط دولت بوسنی توجه دیوان را به وجوه تشابه میان جنایات انجام شده در بوسنی با اقداماتی که صربها در کرواسی و بعدها در کوزوو انجام داده‌اند جلب نمود. خواهان بر این اعتقاد بود که ارتکاب جنایات از سوی صربها برای رسیدن به هدفی واحد که همان نابودی تمام یا بخشی از گروه‌های غیرصرب در هر جایی که این گروه‌های تعریف‌شده قومی و مذهبی به‌عنوان مانعی در راستای تشکیل مفهوم تمام صربها در یک کشور تلقی می‌گردید، انجام می‌شد.^{۵۷}

در این ارتباط دولت بوسنی به سند اهداف استراتژیک دولت صربسکا اشاره نمود که حاکی از تلاش دولت صرب بوسنی جهت تحصیل هدف فوق‌الذکر است. دولت صربستان در پاسخ اعلام داشت که تلاش در جهت تحقق هدف تشکیل کشور مستقل صرب بوسنی الزاماً به معنای وجود نیت نابودی گروه مسلمانان نیست بلکه هدف مذکور را می‌توان از طریق اخراج دیگر گروه‌ها یا فتح مناطق مورد ادعا تحصیل نمود. خواننده اضافه نمود که بدیهی است در حقوق

55. Jelusic Case, Trial Chamber, para.73; Jelusic Case, Appeal Chamber, para. 47.

56. Kayishema and Ruzindana Case, Trial Chamber Sentence, para. 93.

57. Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro Case, para. 370.

بین الملل حاضر انجام اقدامات گفته شده مغایر اصل حفظ تمامیت ارضی کشورهاست اما از آن نمی توان به عنوان ژنوسید یاد نمود.

دیوان در بررسی ادعای مذکور به قضایایی اشاره می کند که «دادستان ICTY سند اهداف استراتژیک را به بحث نهاده اما دادگاه وجود آن اهداف را نشانه وقوع ژنوسید محسوب نکرده است. از این رو دیوان اهداف استراتژیک ۱۹۹۲ را نشان دهنده نیت خاص نمی داند».^{۵۸}

دیوان در بررسی دلیل دیگر دولت بوسنی که مدعی بود الگوی جنایات ارتکاب یافته در زمانی طولانی بر جوامع مسلمان و کروات بوسنی متمرکز بوده و این امر نشانگر وجود نیت نابودی این گروه ها توسط مرتکبان بوده است، اعلام نمود که با چنین فرض گسترده ای نمی تواند موافق باشد. به اعتقاد دیوان «نیت خاص نابودی تمام یا بخشی از یک گروه می بایست به نحو قانع کننده ای با ارجاع به اوضاع و احوال خاص ثابت گردد مگر آنکه بتوان نشان داد که برنامه کلی جهت تحقق آن نیت به نحوی قانع کننده وجود داشته است و برای آنکه الگوی رفتار را بتوان به عنوان مدرکی دال بر وجود نیت پذیرفت می بایست این الگو چنان باشد که تنها بتواند حکایتگر وجود آن نیت باشد».^{۵۹}

دیوان بین المللی دادگستری جهت تقویت استدلال خود به رویه ICTY استناد نمود:

«مضاف بر این و مهمتر از آن، این فرضیه با یافته های ICTY در خصوص ژنوسید و یا با اقدامات دادستان دادگاه از جمله در اتخاذ تصمیمات مربوط به عدم ورود اتهام ژنوسید در کیفرخواست های مرتبط احتمالی منطبق نیست ...».^{۶۰}

بر این اساس دیوان بین المللی دادگستری اعلام نمود که با توجه به مدارک ارائه شده در خصوص ارتکاب جنایاتی که بین سالهای ۱۹۹۱ تا ۱۹۹۵ در سرزمین بوسنی اتفاق افتاده بود به این نتیجه می رسد که غیر از حوادث ژوئیه ۱۹۹۵ در سربرنیتسا، دولت خواهان نتوانسته است نیت لازم جهت تحقق ژنوسید در مورد اتفاقات روی داده را به صورت قطعی ثابت نماید.^{۶۱}

با وجود این، قاضی الخصاونه (نایب رئیس دیوان) در رأی مخالف خود به انتقاد از موضع دیوان در این ارتباط پرداخت. وی اظهار داشت که دیوان نباید از این موضوع که ICTY بر اساس الگوهای رفتار کلی در سرزمین بوسنی، وقوع ژنوسید را شناسایی نکرده است در دعوای حاضر به نتیجه ی مشابهی می رسد چه آنکه «ICTY تنها از رهگذر قضاوت در مورد مسئولیت

58. Ibid., para. 372.

59. Ibid., para. 373.

60. Ibid., para. 374.

61. Ibid., para. 376.

کیفری فردی بویژه در مورد متهمان مربوط صلاحیت رسیدگی به اتهام ژنوسید را داشته است و بنابراین بررسی مدارک ارائه شده در آن دادگاه به محدوده عملیتهای متهم محدود شده است. از این رو میان محاکمه کیفری فردی با موردی که دربردارنده مسئولیت یک دولت در خصوص ژنوسید می باشد تفاوت وجود دارد و دیوان می تواند و می بایست به الگوهای رفتار در سراسر بوسنی که به محدوده عملیتهای متهمین خاص محدود نمی شود نگاه کند.^{۶۲}

در این ارتباط قاضی الخصاونه به امارات و قرائنی که دادگاههای ویژه کیفری در خصوص شیوه اثبات نیت استناد نموده اند اشاره کرد و از اینکه رهیافت دیوان بین المللی دادگستری اثبات نیت ژنوسید را با توجه به این رویه منعکس نساخت اظهار تأسف نمود.^{۶۳}

نتیجه گیری

در مقاله حاضر به بررسی تطبیقی احراز عناصر جنایت ژنوسید در رویه دادگاههای ویژه کیفری در مقایسه با رأی اخیرالصدور دیوان بین المللی دادگستری اقدام گردید.

در خصوص اتخاذ رهیافت لازم جهت تعریف گروه تحت حمایت، دیوان بین المللی دادگستری از پذیرش رهیافت ایجابی حمایت نمود، رهیافتی که از سوی شعبه تجدیدنظر ICTY اتخاذ گردیده است. بنابراین علی رغم آنکه رهیافت سلبی مورد حمایت کارشناسان متخصص هیئت کارشناسان شورای امنیت و شعبه بدوی ICTY در قضیه یلیسیچ بود اما ICJ نظر شعبه تجدیدنظر را مرجح دانست. با وجود این، نگارنده معتقد است هر چند استفاده از رهیافت ایجابی با منطوق ماده ۲ همخوانی افزونتری دارد اما به نظر می رسد که تکیه صرف بر این رهیافت مغایر موضوع و هدف کنوانسیون می باشد.

با مطالعه تطبیقی رویه نهادهای قضایی فوق الذکر می توان به این نتیجه رسید که دیوان بین المللی دادگستری در احراز عناصر مادی و معنوی جنایت ژنوسید به پیروی تام از رویه دادگاههای ویژه علی الخصوص ICTY نظر داشته و از یافته های رویه قضایی آن بویژه در مورد احراز نیت خاص ارتکاب این جنایت بی کم و کاست پیروی کرده است. هر چند اتخاذ این موضع از سوی ICJ را می توان اصولاً رهیافتی قابل تقدیر در راستای حمایت از رویه قضایی بین المللی دانست اما پیروی کامل از یافته های ICTY در دعوای اخیر خالی از ایراد و اشکال نیست چه آنکه به نظر می رسد که دیوان بین المللی دادگستری وجود تفاوت های ماهوی مربوط به صلاحیت حقوقی دیوان که معطوف به احراز مسئولیت دولت خوانده است با وظیفه دادگاههای ویژه کیفری که احراز مسئولیت کیفری متهمان در دادگاه می باشد را نادیده گرفته است. از این رو در احراز نیت

62. Dissenting Opinion of Vice- President Al-Khasawneh, para. 42.

63. *Ibid.*, para. 47.

خاص ارتکاب جنایت ژنوسید در سرزمین بوسنی هرزگوین، دیوان تنها وقوع این جنایت در سربرنیتسا را مورد شناسایی قرار داد و اعلام نمود که با توجه به یافته‌های ICTY قادر به اعلام وجود نیت نابودی گروه مسلمانان در سراسر سرزمین بوسنی از سوی مرتکبان جرم نیست در حالی که از شواهد و امارات موجود می‌توانست وقوع جنایت ژنوسید در سراسر سرزمین بوسنی هرزگوین علیه مسلمانان را تصدیق نماید.