

دولت بودن فلسطین و اعمال صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی با تأکید بر رأی شعبه مقدماتی

چکیده

اشغال بخش گسترده‌ای از سرزمین‌های فلسطین و سابقه طولانی جنگ و کشتار در قسمت‌هایی از سرزمین مزبور، همواره دولت بودن فلسطین در حقوق بین‌الملل را با ابهاماتی مواجه نموده است. رأی ۵ فوریه ۲۰۲۱ شعبه مقدماتی دیوان کیفری بین‌المللی در مورد اعمال صلاحیت نسبت به جرایم ارتكابی مقامات اسرائیل در سرزمین‌های اشغالی، به ضرورت طرح مجدد موضوع در حقوق بین‌الملل انجامیده است. اعطای وضعیت «دولت ناظر غیرعضو» به فلسطین وفق قطعنامه ۱۹/۶۷ مجمع عمومی در سال ۲۰۱۲ و پیوستن فلسطین به اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی از ۲ ژانویه ۲۰۱۵، از جمله مقدمات صدور رأی مزبور بود. شعبه مقدماتی دیوان در این رأی، بدون آن که خود را ملزم به ارزیابی ماهوی دولت بودن فلسطین بداند، به صرف آن که فلسطین یک دولت عضو اساسنامه است، دیوان را صالح به رسیدگی دانست. پرسش اساسی در مقاله حاضر آن است که در پرتو رأی شعبه مقدماتی دیوان، دولت بودن فلسطین چه نقش و جایگاهی در احراز صلاحیت دیوان دارد؟ مقاله پیش رو، با روش توصیفی-تحلیلی و ابزار کتابخانه‌ای، به این نتیجه نائل می‌شود که علی‌رغم تردیدهای موجود در مورد کنترل مؤثر بر سرزمین، اعطای وضعیت دولت غیرعضو ناظر در سازمان ملل متحد به فلسطین و پیوستن فلسطین به سازمان‌های مختلف بین‌المللی، در پذیرش آن به‌عنوان دولت عضو در دیوان کیفری بین‌المللی و تبعاً احراز صلاحیت دیوان تأثیر بسزایی داشته است؛ فرایندی که حکایت از تأکید ضمنی بر نظریه تأسیسی بودن شناسایی در حقوق بین‌الملل است.

کلمات کلیدی:

دولت بودن، فلسطین، صلاحیت، دیوان کیفری بین‌المللی، اسرائیل.

فلسطین و حقوق بین‌الملل در سدهٔ اخیر فراز و نشیب‌های زیادی داشته‌اند. مهم‌ترین چالش‌های حقوقی موجود در مورد فلسطین، از نقض اصل عدم توسل به زور و اشغال سرزمین گرفته تا نقض حقوق بنیادین ملت فلسطین از جمله حقوق بشر و حقوق بشردوستانه و حتی حق بر منابع طبیعی، گسترش یافته‌اند. در این میان، مسئلهٔ دولت بودن فلسطین پس از اشغال، جایگاه منحصر به فردی داشته است. این امر، بازیگری فلسطین در عرصهٔ حقوق بین‌الملل از جمله برقراری روابط دیپلماتیک، عضویت در سازمان‌های بین‌المللی، طرح دعاوی بین‌المللی، حمایت دیپلماتیک از اتباع خود و به طور کلی آن‌چه را که جنبهٔ خارجی اعمال حق تعیین سرنوشت است، با محدودیت‌های جدی مواجه کرده است.

از میان عناصر چهارگانهٔ دولت در حقوق بین‌الملل - یعنی جمعیت، سرزمین، حکومت و حاکمیت - مهم‌ترین معضل در مورد دولت بودن فلسطین به عنصر سرزمین مربوط است؛ چرا که کنترل مؤثر فلسطین بر سرزمین‌های متعلق به آن، همواره محل تردید بوده است. به بیان دیگر از میان دو معیار کنترل کلی و کنترل مؤثر بر سرزمین، فلسطین در مقاطع زمانی و مکانی گوناگون پس از اشغال، معمولاً فاقد معیار دوم بوده است. گذشته از معیار سرزمین، جمعیت فلسطین به‌عنوان عامل انسانی در تشکیل دولت هرگز قابل تردید نبوده است. در حوزهٔ عنصر حکومت نیز، تشکیلات خودگردان فلسطین و حماس هر یک در بخشی از این سرزمین اقتدار عالی را اعمال نموده و نظم و نظاماتی را برقرار ساخته‌اند. سازمان آزادی‌بخش فلسطین را نیز از ابتدای تأسیس در ۱۹۶۴ می‌توان اعمال‌کننده عنصر حاکمیت و مسئول برقراری روابط خارجی دانست؛ کما این که از همان زمان به‌عنوان ناظر در ملل متحد پذیرفته شد. لذا چنان‌چه وفق الزامات حقوق بین‌الملل، کنترل کلی فلسطین بر سرزمین‌های متعلق به آن، برای احراز دولت بودن کفایت کند، مهم‌ترین معضل دولت بودن در مورد فلسطین حل می‌شود؛ امری که تا پیش از این، منجر به رسمیت یافتن فلسطین به‌منزلهٔ یک دولت نشده بود.

در چنین شرایطی، صدور قطعنامه ۱۹/۶۷ مجمع عمومی ملل متحد مورخ ۲۹ نوامبر ۲۰۱۲ و اعطای وضعیت «دولت ناظر غیر عضو» به فلسطین، تحولی قابل توجه بود. پس از این قطعنامه بود که عضویت فلسطین در برخی از سازمان‌های بین‌المللی هموار شد. در ادامه پس از گذشت کمتر از سه سال، در ۲ ژانویه ۲۰۱۵، فلسطین با تودیع سند الحاق به اساسنامهٔ رم، نزد دبیرکل ملل متحد، به اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی پیوست. این گونه بود که مقدمات امکان بررسی دادستان دیوان در مورد جنایات ارتكابی در سرزمین فلسطین فراهم شد و در مورد احراز صلاحیت دیوان از شعبهٔ مقدماتی درخواست رسیدگی نمود. تصمیم مورخ ۵ فوریه ۲۰۲۱ شعبهٔ مقدماتی، آخرین تحول در این زمینه بود که صلاحیت دیوان را جهت رسیدگی به این جنایات احراز نمود.

مقالهٔ پیش‌رو ضمن ارزیابی دولت بودن فلسطین در حقوق بین‌الملل به این پرسش اساسی پاسخ می‌دهد که در پرتو رأی شعبهٔ مقدماتی دیوان، دولت بودن فلسطین چه نقش و جایگاهی در احراز صلاحیت دیوان داشته است؟ همچنین این مقاله با بهره‌گیری از روش توصیفی - تحلیلی و ابزار کتابخانه‌ای، بر این فرضیه متمرکز است که علی‌رغم تردیدهای موجود در مورد کنترل مؤثر بر سرزمین، اعطای وضعیت دولت غیرعضو ناظر در سازمان ملل متحد به فلسطین و پیوستن فلسطین به سازمان‌های

مختلف بین‌المللی، در پذیرش آن به‌عنوان دولت عضو در دیوان کیفری بین‌المللی و تبعاً احراز صلاحیت دیوان تأثیر بسزایی داشته است؛ فرایندی که حکایت از تأکید ضمنی بر نظریهٔ تأسیسی بودن شناسایی در حقوق بین‌الملل است.

مروری بر ادبیات حقوقی به زبان فارسی نشانگر آن است که تاکنون در مورد دولت بودن فلسطین و تأثیر آن در صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی با عنایت به رأی مورخ ۵ فوریه ۲۰۲۱ شعبه مقدماتی، پژوهشی صورت نگرفته است؛ ولی این موارد می‌توانند مرتبط با موضوع مقاله حاضر باشند: محمد حسین رضانی قوام آبادی در مقاله «از شناسایی دولت فلسطین تا عضویت در دیوان کیفری بین‌المللی» (۱۳۹۶)، به نحوه شناسایی فلسطین و عضویت آن در دیوان کیفری بین‌المللی اشاره می‌کند، ولی رأی ۵ فوریه ۲۰۲۱ شعبهٔ مقدماتی دیوان هیچ بازتابی در آن مقاله نداشته است؛ در حالی که مقاله پیش رو، بطور مفصل به این موضوع پرداخته است. همچنین، صالح امیری در مقاله «تعقیب نقض‌های حقوق بین‌الملل بشردوستانه مرتبط با شهرک‌سازی در اراضی اشغالی فلسطین در دیوان کیفری بین‌المللی» (۱۳۹۹)، صرفاً به قضیه شهرک‌سازی اسرائیل در اراضی فلسطینی از منظر حقوق بشردوستانه بین‌المللی و کنوانسیون‌های ۱۹۴۹ ژنو پرداخته است و در قسمت‌هایی از مقاله نیز به امکان رسیدگی به جنایات جنگی اسرائیل در دیوان بر اساس اسناد مزبور و اساسنامهٔ رم اشاره کرده است. در نتیجه، مقالهٔ حاضر را باید در ادبیات حقوقی موجود، واجد وصف نوآوری تلقی نمود.

این مقاله در دو بخش تنظیم شده است: بخش نخست مقاله، به بررسی دولت بودن فلسطین در حقوق بین‌الملل در پرتو پیشینهٔ آن سرزمین و تطبیق با نظریه‌های دولت بودن می‌پردازد. بخش دوم مقاله نیز به اقدامات دادستان و رأی شعبهٔ مقدماتی دیوان کیفری بین‌المللی و نحوهٔ احراز صلاحیت دیوان بر جنایات ارتكابی در سرزمین فلسطین اختصاص دارد.

۱- دولت بودن فلسطین در حقوق بین الملل در پرتو پیشینه آن سرزمین

در حقوق بین الملل تعریف مشخصی از «دولت» وجود ندارد. محققان و نظریه پردازان تعاریف متعددی از دولت ارائه کرده‌اند که مورد اتفاق نیستند. در سطح اسناد بین المللی، وفق ماده ۱ کنوانسیون مونته‌ویدئو، «دولت به عنوان یک شخص حقوق بین الملل باید دارای عناصر زیر باشد: الف) جمعیت دائم؛ ب) سرزمین معین؛ ج) حکومت؛ و د) توانایی برقراری روابط با سایر دولت‌ها». عنصر چهارم در دکتترین، حاکمیت نیز نامیده می‌شود. جیمز کرافورد^۱ این ماده را «معروف‌ترین فرمول بندی و معیار اساسی برای تشکیل یا ایجاد دولت» می‌داند.^۲ به مرور و با تنزل شرط وجود قدرت عالی (مجموع حکومت و حاکمیت) به «کنترل موثر»^۳، نهاد حقوقی شناسایی مطرح شد که نیازمند تحلیل وضعیت موجودیت مورد نظر از سوی دولت شناسایی کننده است. نظر به سیاسی بودن ماهیت شناسایی، لحاظ منافع مادی و مصالح امنیتی دولت‌ها نیز سهم قابل توجهی در شناسایی دارد؛ تا آن‌جا که حسب ادعای برخی دولت‌ها، شناسایی ارزش ایجاد یا تأسیسی دارد؛ یعنی یک دولت مادامی که شناسایی نشده است، وجود ندارد.^۴ وضعیت فلسطین در حقوق بین الملل همواره متأثر از عناصر دولت-کشور و شناسایی بوده است.

۱-۱- پیشینه فلسطین در حقوق بین الملل

در ۲۹ نوامبر ۱۹۴۷، مجمع عمومی سازمان ملل متحد (UNGA) قطعنامه ۱۸۱ را تصویب نمود که بر اساس آن خواستار ایجاد دو دولت-کشور مستقل در خاک فلسطین شد: دولت-کشور یهودی اسرائیل و دولت-کشور عربی فلسطین.^۵ در پی دو جنگ در سال‌های ۱۹۴۸ و ۱۹۶۷، اسرائیل بخش‌هایی از سرزمین‌های عربی را اشغال و سرزمین‌هایی از جمله کرانه باختری، نوار غزه و بیت‌المقدس شرقی را ضمیمه خود کرد که منجر به خصومت میان این دو کشور گردید. متعاقباً، دو گروه فرایند آتش بس و انعقاد قراردادهای صلح متعددی را آغاز کردند که نتوانست مانع از درگیری‌های مداوم نیروهای اسرائیل و گروه‌های فلسطینی مانند حماس و در پی آن تخریب و خشونت‌های مرگبار شود. تا آن‌جا که در جریان درگیری اسرائیل و غزه در سال ۲۰۱۴، گروه‌هایی مانند دیده‌بان حقوق بشر، ارتش اسرائیل و مبارزان فلسطینی را به جنایات جنگی متهم کردند.^۶ با این وجود، فلسطینی‌ها به سبب عدم به رسمیت شناخته شدن و حمایت قانونی در سطح بین المللی، فاقد حمایت باقی ماندند. عدم امکان اعمال جنبه خارجی حق تعیین سرنوشت در مورد فلسطین تا اندازه زیادی ریشه در جنبه داخلی این حق داشت.

از جنبه خارجی، سازمان آزادیبخش فلسطین (ساف) به عنوان نماینده قانونی مردم فلسطین، از همان ابتدای تأسیس (۱۹۶۴)، عنوان ناظر را در مجمع عمومی ملل متحد به دست آورد.^۷ ساف نماینده فلسطین در مقام دیپلماتیک است، اما هیچ اقتداری در

¹ . James Crawford

² . Crawford, James , *The Creation of States in International Law*, (Oxford Univ. Press ed., 2nd ed, 2006), 98

³ Effective Control.

^۴ . اخوان فرد، مسعود و عمامی، سید مهدی، مبنای عدم شناسایی رژیم اشغالگر و مسئله طرح دعوا در محاکم بین المللی توسط ایران، در بیگدلی، سعید، ابعاد حقوقی جنگ اسرائیل علیه غزه، چاپ اول، (تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۹)، ۶۰

⁵ . G.A. Res. 181 (II), at Part I(A) (Nov. 29, 1947), 181

⁶ . Gaza: Apparent War Crimes during May Fighting, Hum. Rts. Watch (July 27, 2021), www.hrw.org/news/2021/07/27/gaza-apparent-war-crimes-during-may-fighting.

⁷ . McMahon, Robert & Masters, Jonathan, Palestinian Statehood at the UN, Council on Foreign Rels. (Nov. 30, 2012),

حکومت محلی و هیچ اختیار قانونی داخلی ندارد. از جنبه داخلی، تشکیلات خودگردان فلسطین (PA) نهادی است که دارای «اقتدار محلی» بر سرزمین‌های فلسطینی است. تشکیلات خودگردان به‌عنوان یک نهاد حاکم موقت در سال ۱۹۹۳ تأسیس شد.^۸ این نهاد داخلی نیز تلاش‌های متعددی برای به رسمیت شناخته شدن دولت فلسطین در سازمان ملل متحد و در سطح بین‌المللی انجام داد و در نهایت در سال ۲۰۱۲ زمانی که وضعیت «دولت غیرعضو ناظر» را دریافت کرد، از سوی مجمع عمومی ملل متحد به رسمیت شناخته شد.^۹ به بیان دیگر، از ۲۰۱۲ به بعد جنبه داخلی حق تعیین سرنوشت، ضمیمه جنبه خارجی این حق شد؛ چرا که نظر به کارکردهای تشکیلات خودگردان فلسطین، این نهاد را می‌توان واجد معیار کنترل مؤثر بر بخشی از سرزمین فلسطین دانست.

تشکیلات خودگردان بخشی از فلسطین اشغالی و جمعیت سرزمین مزبور را اداره کرده و ارائه خدمات اجتماعی و اداری نیز بر عهده این نهاد است. این تشکیلات کنترل نوار غزه را نیز بر عهده داشت تا اینکه حماس پس از درگیری‌های داخلی فلسطین در سال ۲۰۰۷ به‌طور یکجانبه کنترل این بخش از سرزمین را بر عهده گرفت. نهایتاً در سال ۲۰۱۴ حماس و فتح توافقنامه آشتی برای تشکیل دولت واحد را به امضا رساندند.^{۱۰} به این ترتیب، اگرچه تقسیم قدرت داخلی به دو قسمت یعنی حماس در نوار غزه و تشکیلات خودگردان در کرانه باختری، مانع وحدت حاکمیت می‌گردد،^{۱۱} اما با عنایت به توافقنامه مزبور، فراهم شدن زمینه اعمال اقتدار دولت خودگردان بر نوار غزه با شرایط مدنظر طرفین، گامی به پیش رو تلقی می‌شود.^{۱۲} در مقابل، به بار نشستن کامل این توافق، اگرچه از منظر بین‌المللی و به صورت دوژوره مشکل‌چندانی ایجاد نمی‌کند، ولی در عمل و به صورت دوفاکتو مواعی را بر سر راه استقلال و به رسمیت شناخته شدن فلسطین قرار می‌دهد؛ تا آن‌جا که حتی بعد از استقلال کامل نیز امکان بروز جنگ داخلی و ایجاد وقفه در رسیدگی دیوان کیفری بین‌المللی وجود خواهد داشت.

حدود یک سال بعد در ۲۰۱۵ و پس از پذیرش صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی، فلسطین به عضویت اساسنامه رم درآمد و مطابق با بند ۳ ماده ۱۲ اساسنامه، اعلامیه‌ای تسلیم دیوان نمود مبنی بر این‌که اسرائیل از ۲۰۱۴ در سرزمین‌های اشغالی فلسطین مرتکب جنایات جنگی شده است.^{۱۳} در ۵ فوریه ۲۰۲۱، شعبه مقدماتی دیوان طی حکمی اعلام نمود که دیوان صلاحیت رسیدگی به جنایات جنگی ادعایی را دارد و در نتیجه دادستان به طور رسمی تحقیقات پیرامون این موضوع را آغاز کرد. به نظر می‌رسد که رأی شعبه مقدماتی با پذیرش وضعیت مطرح شده از جانب نهادی که دولت بودن آن دارای ابهامات و چالش‌هایی بوده است، گامی رو به جلو برداشته و از موضع سستی اندکی فاصله گرفته است.^{۱۴}

www.cfr.org/backgrounder/palestinian-statehood-un.

⁸. PLO vs. PA, Passia (Sept. 2014),

www.passia.org/media/filer_public/8a/e7/8ae7c030-ac1d-4688-b3f4-606fbd50cd41/pa-plo2.pdf.

⁹. McMahon & Masters, Ibid

¹⁰. Hossain, M, "Are Fatah and Hamas United for the Sake of Peace?", (The Jerusalem Post, 30 October 2017).

¹¹. طباطبایی، سید احمد و محبی انجدانی، داوود، «حقوق بین الملل و تشکیل کشور مستقل فلسطینی»، فصلنامه پژوهش‌های روابط بین الملل، دوره نخست، شماره یازدهم، بهار (۱۳۹۳)، ۱۵۷

¹². Worster W "The exercise of jurisdiction by the International Criminal Court over Palestine", *American University International Law Review* 26, (2010), 1168

¹³. U.N. Meetings Coverage GA/11317 (Nov. 29, 2012),

<https://www.un.org/press/en/2012/ga11317.doc.htm>.

¹⁴. Bhargava, Tanvi & Cardoso, Rebecca, "An Examination of Palestine's Statehood Status through the Lens of the ICC Pre-Trial Chamber's Decision and Beyond", *Journal of International Law and Politics, New York University*, October (2021).

۱-۲- وضعیت فلسطین در حقوق بین‌الملل و نظریه‌های «دولت بودن»^{۱۵}

دولت نهاد حقوقی خاصی است که تحت اختیار و قدرت خود فعالیت کرده و موجود است.^{۱۶} با این وجود، به دلیل فقدان قوانین و تعاریف یکسان در مورد دولت، نهادهای بین‌المللی را با این معضل مواجه کرده که چه تعریفی را اعمال نمایند. اعمال معیارهای کنوانسیون مونته‌ویدئو در حقوق بین‌الملل و رویه دولت‌های موجود نسبت به موجودیت‌های جدید، پیدایش دو نظریه در خصوص «دولت بودن» را به همراه داشته است: نظریه تاسیسی^{۱۷} که عنصر «شناسایی»^{۱۸} را در نظر می‌گیرد، و نظریه اعلامی^{۱۹} که این عنصر را مستثنی می‌کند.

بر اساس نظریه اعلامی، معیارهای مشخص شده در کنوانسیون مونته‌ویدئو برای تحقق معیارهای دولت بودن در حقوق بین‌الملل کافی است. مزیت این نظریه آن است که به دولت‌ها این امتیاز را نمی‌دهد تا هویت هر موجودیتی را بر اساس «منافع سیاسی» خود به رسمیت شناخته و یا نادیده بگیرند.^{۲۰} مطابق این نظریه، یک موجودیت، در صورت تحقق معیارهای کنوانسیون مونته‌ویدئو به یک «دولت واقعی» تبدیل می‌شود و عدم شناسایی نمی‌تواند دولت بودن آن را نفی کند. با این حال، محققانی مانند میکال پیتا^{۲۱} این نظریه را نقد و استدلال کرده‌اند که بدون عنصر مضاعف شناسایی، دولت‌های بالقوه فاقد شخصیت بین‌المللی هستند و نمی‌توانند از حق منحصر خود در حقوق بین‌الملل بهره‌مند شوند؛^{۲۲} زیرا اگر قرار است یک دولت به عنوان یک «واقعیت» وجود داشته باشد، باید از نظر جامعه بین‌المللی نیز وجود داشته و به رسمیت شناخته شده باشد.^{۲۳} وفق این نظریه، اگر دولتی تمام معیارهای اعلامی را برآورده کند، صرف عدم شناسایی نباید مانع از اعمال حقوق قانونی‌ای شود که به یک دولت اعطا می‌شود.

در مقابل، حسب نظریه تاسیسی، شناسایی رسمی توسط دولت‌ها، موجودیت جدیدی را به‌عنوان یک دولت ایجاد می‌کند.^{۲۴} نظریه تاسیسی نیز مانند نظریه اعلامی، چالش‌های خاص خود را دارد. از یک سو، این نظریه در ارائه معیارهای روشن برای دولت، مانند تعداد دقیق دولت‌هایی که برای اعطای رسمیت قانونی به یک دولت مورد نیاز است یا سطح شناسایی بین‌المللی که یک نهاد باید داشته باشد، ناکارآمد است. علاوه بر این، در شرایطی که تنها بخشی از جامعه حقوقی، دولت بودن یک نهاد را به رسمیت می‌شناسد، این سوال مطرح می‌شود که آیا آن نهاد کاملاً یک دولت است یا خیر. ایجاد مانع برای اعمال حق تعیین سرنوشت، چالش دیگری در این نظریه است. به موجب این حق، یک موجودیت می‌تواند با ایجاد حکومت و اعمال اقتدار بر

15. Statehood

16. Pitta, Michele, "Statehood and Recognition: The Case of Palestine", CEI Int'l Aff, (2018), 4, www.diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/123175/1/TFM_Michele_Pitta.pdf

17. Constitutive theory

18. Recognition

19. Declaratory theory

20. Pitta, ibid, 5

21. Michele Pitta

۲۲. به‌خاطر معیارهای کنوانسیون مونته‌ویدئو نیست که یک دولت دارای شخصیت بین‌المللی است، بلکه به این دلیل است که حقوق بین‌الملل، شخصیت بین‌المللی را به یک وضعیت واقعی اعطا می‌کند.

23. Pitta, ibid, 6

24. Encyclopedia Britannica, "States in International Law", (2019), www.britannica.com/topic/international-law/States-in-international-law#ref794948

جمعیت و سرزمین خود، دولت مد نظرش را تشکیل دهد. تمرکز بر حق تعیین سرنوشت کمک می‌کند تا کفه ترازو به نفع نظریهٔ اعلامی سنگینی کند.

به‌منظور ارزیابی وضعیت فلسطین از حیث دولت بودن، لازم است این وضعیت با معیارهای حقوق بین‌الملل تطبیق داده شود. اگرچه فلسطین دارای جمعیت دائمی مشخص است و فلسطینی‌ها هم در کرانهٔ باختری و هم در نوار غزه ساکن هستند، ولی معیار «سرزمین معین» در مورد فلسطین چالش‌برانگیز بوده است. برخی استدلال می‌کنند که کرانهٔ باختری و نوار غزه، سرزمین‌های فلسطینی هستند، در حالی که از نظر دیگران، این سرزمین‌ها بخشی از اسرائیل امروزی را تشکیل می‌دهند؛ این اختلاف‌نظر تعریف سرزمین فلسطین را مبهم می‌سازد.^{۲۵} بعلاوه، تشکیلات خودگردان فلسطین از اختیارات انحصاری بر این سرزمین‌ها برخوردار نیست. برخی از بخش‌ها توسط اسرائیل (به عنوان مثال، بخش‌هایی از کرانه باختری) و برخی دیگر توسط حماس (مانند نوار غزه) اداره می‌شوند. لذا در مورد فلسطین نمی‌توان به نهاد واحدی اشاره کرد که کنترل مؤثری بر این سرزمین داشته باشد.^{۲۶} مضافاً این‌که ناتوانی تشکیلات خودگردان در حفظ اختیارات انحصاری بر برخی تصمیمات سیاست خارجی بدون همکاری اسرائیل، مشکلات بیشتری را ایجاد کرده است.^{۲۷} از این رو، بر اساس نظریهٔ اعلامی که منحصرأ بر معیارهای رسمی کنوانسیون مونته‌ویدئو تکیه دارد، فلسطین برخی از شرایط لازم برای دولت بودن را برآورده نمی‌کند.

از سوی دیگر، در پرتو نظریهٔ تأسیسی، حمایت بیشتری برای فلسطینی‌ها در مورد تشکیل دولت در دسترس است. بر اساس این نظریه، در صورتی که دولت‌های دیگر فلسطین را به رسمیت بشناسند، این موجودیت را می‌توان به‌عنوان دولت به رسمیت شناخت.^{۲۸} چنین شناسایی رسمی‌ای می‌تواند در قالب عضویت در سازمان‌های بین‌المللی تجلی پیدا کند؛^{۲۹} چرا که پذیرش

^{۲۵} البته موضع دیوان بین‌المللی دادگستری در نظریه مشورتی ۹ جولای ۲۰۰۴ آن است که سرزمین‌های واقع بین خط سبز (Green Line) و مرزهای غربی قبلی فلسطین در طول مخاصمات مسلحانه بین اردن و اسرائیل، توسط اسرائیل اشغال شده‌اند. بنابراین طبق حقوق بین‌الملل عرفی، این سرزمین‌ها اشغالی بوده و اسرائیل در آن‌ها دارای وضعیت قدرت اشغال‌گر بود. اتفاقات بعدی رخ داده در این سرزمین‌ها نیز وضعیت مذکور را تغییر نداده و همه آنها در وضعیت اشغالی باقی ماندند. ضمن آنکه ضمیمه کردن دوفاکتوی سرزمین‌های فلسطینی توسط اسرائیل، ناقض حاکمیت سرزمینی و حق تعیین سرنوشت فلسطینی‌ها محسوب می‌گردد. (Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 9 July 2004, I.C.J. Reports 2004, paras 78,115.)

^{۲۶} Shaw, Malcolm, *International Law*, (Cambridge University Press, 7th ed, 2014), 330

^{۲۷} این ناتوانی را ناشی از انعقاد برخی موافقتنامه‌ها میان فلسطین و اسرائیل از جمله موافقتنامهٔ اصول راجع به ترتیبات موقت حکومت مردمی موسوم به موافقتنامهٔ اسلو-واشنگتن (۱۳ سپتامبر ۱۹۹۳) دانسته‌اند. لکن باید اذعان داشت که در نظر گرفتن این موافقتنامه‌ها به‌عنوان چشم‌پوشی خود فلسطینی‌ها از حق تعیین سرنوشتشان غیر قابل دفاع است؛ زیرا اولاً، ماده (۱) این موافقتنامه با در نظر گرفتن «حل دائمی مسئله بر اساس قطعنامه‌های ۲۴۲ و ۳۳۸ شورای امنیت» تأکید می‌نماید که تعلیق آثار اعلامیه ۱۹۸۸ الجزایر که حق تعیین سرنوشت فلسطینیان را به رسمیت شناخته، حداکثر به مدت یک دوره پنج ساله انجام گرفته است. این در حالی است که حق تعیین سرنوشت مشمول تعلیق و مرور زمان نمی‌شود؛ ثانیاً، اسرائیل نیز مدعی اعمال حاکمیت بر سرزمین‌های اشغالی نبوده است. اسرائیل در گزارش خود به کمیتهٔ حقوق اقتصادی و اجتماعی (مورخ ۱۹ اکتبر ۲۰۰۹) اذعان داشت: «اسرائیل به‌طور مداوم اظهار داشته که میثاق بر مناطقی که تابع حاکمیت سرزمینی و صلاحیت اسرائیل نیستند (یعنی کرانه باختری و غزه) اعمال نمی‌شود.» (سیفی، آنایتا و ژرفا، سعید، امکانسنجی طرح شکایت نهاد حکومتی فلسطین علیه اسرائیل در دیوان کیفری بین‌المللی، چاپ اول، (تهران: ابتکار قلم، ۱۳۹۷)، ۱۲۴-۱۲۶).

^{۲۸} Shaw, Malcolm, *ibid*, 330

^{۲۹} برای مثال، همانگونه که قطعنامه ۱۹/۶۷ مجمع عمومی ملل متحد نیز به آن اشاره دارد، فلسطین در سازمان آموزشی، علمی و فرهنگی ملل متحد کمیسیون اقتصادی و اجتماعی غرب آسیا و گروه دولت‌های آسیا-اقیانوسیه عضویت کامل دارد. به‌علاوه، عضو کامل اتحادیهٔ دولت‌های عرب، جنبش عدم تعهد و سازمان همکاری‌های اسلامی نیز هست.

عضویت یک دولت در یک سازمان بین‌المللی، شناسایی ضمنی جمعی تلقی می‌گردد.^{۳۰} قطعنامه مجمع عمومی ملل متحد در سال ۲۰۱۲ در مورد وضعیت دولت بودن فلسطین^{۳۱} را می‌توان از این قبیل دانست که با ۱۳۸ رأی موافق، ۹ رأی مخالف و ۴۱ رأی ممتنع به تصویب رسید و نتیجه آن شناسایی فلسطین به عنوان «دولت ناظر غیرعضو» سازمان ملل متحد بود. قطعنامه‌های ۱۸۱(۱۹۴۷)، ۲۴۲(۱۹۶۷) و ۳۳۸(۱۹۷۳) مجمع عمومی نیز حاکمیت فلسطین بر سرزمین‌های اشغالی از سال ۱۹۶۷، از جمله غزه، کرانه باختری و بیت‌المقدس شرقی را به رسمیت شناخته‌اند. اگرچه قطعنامه‌های مجمع عمومی به خودی خود برای دولت‌های عضو سازمان الزام آور نیستند، اما می‌توانند دلیل مناسبی برای احراز وجود یک عرف بین‌المللی باشند؛^{۳۲} زیرا دولت‌ها در جریان تصویب قطعنامه‌ها در مجمع، اراده‌ای را به‌عنوان عنصر معنوی ابراز می‌کنند و عنصر مادی متعاقباً به آن ضمیمه می‌شود. به‌واقع، بر اساس نظریه عرف آئی، نیازی به تکرار عنصر مادی نیست و تکراری هم اگر مدنظر باشد، متعلق به رویه‌های آتی است.

در مجموع، تحلیل وضعیت فلسطین در تطبیق با الزامات حقوق بین‌الملل حاکی از آن است که اگرچه حسب رویکرد اعلامی، دولت بودن فلسطین تا اندازه‌ای مورد مناقشه قرار می‌گیرد، اما این واقعیت که اکثریت دولت‌ها (در مجموع بیش از ۱۳۸ دولت) فلسطین را در قالب «دولت ناظر غیرعضو» به رسمیت شناخته‌اند،^{۳۳} مبین تحلی نظریه تأسیسی در مورد فلسطین است. همین رویکرد تأسیسی است که به نظر می‌رسد در تصمیم شعبه مقدماتی دیوان کیفری بین‌المللی مبنی بر احراز صلاحیت دیوان نیز اثرگذار بوده است.

۲- اعمال صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی بر جنایات ارتكابی در فلسطین در پرتو رأی شعبه

مقدماتی

رسیدگی به جنایات ارتكابی در فلسطین از جانب مرجعی قضایی در سطح بین‌المللی، به‌ویژه از زمان تأسیس دیوان کیفری بین‌المللی، همواره در کانون توجه جامعه بین‌المللی بوده است. مطابق بند ۱ ماده ۱۲ اساسنامه رم، این دیوان تنها در قبال دولت‌های عضو دارای صلاحیت است. همچنین وفق این ماده، دیوان قادر به رسیدگی به جنایات صورت گرفته در قلمرو سرزمینی دولت عضو و یا جنایات ارتكاب یافته از سوی اتباع دولت مزبور است. این در حالی است که رژیم اسرائیل به عضویت این دیوان درنیامده است.^{۳۴} در چنین مواردی نظر به صلاحیت تکمیلی دیوان، اثبات این مسئله ضرورت بیشتری می‌یابد که اسرائیل مایل یا قادر به مساعدت لازم برای «تحقیق یا محاکمه» نیست. گذشته از مانع مزبور برای رسیدگی به جنایات ارتكابی اتباع اسرائیل، رسیدگی دیوان منوط به آن هم بود که فلسطین بتواند به طریقی شکایت خود را به دیوان ارائه نماید؛ یعنی برای این حکومت

^{۳۰}. ضیائی بیگدلی، محمدرضا، حقوق بین‌الملل عمومی، (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۵)، ۲۱۴.

^{۳۱}. G.A. Res. 19/67 on the Question of Palestine (Nov. 29, 2012).

^{۳۲}. Goldsmith, Jack L. & Posner, Eric A., "A Theory of Customary International Law", 66 University of Chicago Law Review 1113, (1999), 1117.

^{۳۳}. Permanent Observer Mission of The State of Palestine to the United Nations New York, (29 July 2021),

<http://palestineun.org/about-palestine/diplomatic-relations/>

^{۳۴}. عمرانی، سلمان، جنایات اسرائیل در غزه در مصاف با حقوق کیفری بین‌المللی، در بیگدلی، سعید، ابعاد حقوقی جنگ اسرائیل علیه غزه، چاپ اول، (تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۹)، ۲۰۹.

خودمختار، به عنوان یک دولت، حق شکایت در نظر گرفته شود.^{۳۵} این در حالی است که برخی از حقوقدانان را باور بر آن است که فلسطین اهلیت لازم برای ورود به معاهدات بین‌المللی از جمله اساسنامه رم را ندارد.^{۳۶}

در چنین شرایطی، در ۲۲ ژانویه ۲۰۰۹ وزیر دادگستری حکومت ملی فلسطین، اعلامیه پذیرش صلاحیت موردی دیوان کیفری بین‌المللی را به موجب بند ۳ ماده ۱۲ اساسنامه رم تسلیم دبیرخانه دیوان کرد. نظر به آن که دولت بودن فلسطین از منظر دادستان دیوان محل مناقشه بود، وی مرجع اتخاذ تصمیم در این خصوص را دبیرکل ملل متحد یا مجمع عمومی دولت‌های عضو دیوان اعلام نمود. دادستان همچنین اظهار داشت که تنها با مشخص شدن وضعیت دولت بودن فلسطین است که می‌تواند به درخواست آن رسیدگی کند. در همین راستا، در سال ۲۰۱۱ محمود عباس، رئیس حکومت خودگردان فلسطین، از دبیرکل وقت ملل متحد خواستار شناسایی فلسطین براساس مرزهای ژوئن ۱۹۷۶ با پایتختی قدس شریف به‌عنوان یک عضو کامل سازمان ملل متحد شد. این تلاش‌ها در نهایت منجر به آن شد که مجمع عمومی ملل متحد در ۲۹ نوامبر ۲۰۱۲، با صدور قطعنامه ۱۹/۶۷ به فلسطین وضعیت «دولت ناظر غیرعضو» اعطا نمود. بر این اساس، در سال ۲۰۱۵ دولت فلسطین اقدام به پیوستن به معاهدات بین‌المللی مختلفی از جمله اساسنامه رم نمود.^{۳۷}

در ۳۱ دسامبر ۲۰۱۴ محمود عباس، طی بیانیه‌ای اعلام نمود که فلسطین براساس بند ۳ ماده ۱۲ اساسنامه رم، صلاحیت موردی دیوان کیفری بین‌المللی در مورد جرایم ارتكابی پس از ۱۳ ژوئن ۲۰۱۴ را مورد پذیرش قرار می‌دهد.^{۳۸} بیانیه مزبور در ۱ ژانویه ۲۰۱۵ توسط دفتر ثبت دیوان وصول و پذیرفته شد.^{۳۹} در روز بعد، یعنی ۲ ژانویه ۲۰۱۵، فلسطین با تودیع سند الحاق به اساسنامه رم نزد دبیرکل سازمان ملل متحد، به اساسنامه رم پیوست.^{۴۰} در نتیجه، دادستان دیوان کیفری بین‌المللی ارزیابی مقدماتی را در مورد وضعیت فلسطین آغاز نمود.^{۴۱} در این مرحله اسرائیل نیز تهدید به انحلال دیوان و قطع بودجه آن کرد.^{۴۲} پرسش جالب توجه آن است که چرا فلسطین پیش از تودیع سند الحاق به اساسنامه رم نزد دبیرکل ملل متحد، به صدور اعلامیه پذیرش صلاحیت موردی دیوان مبادرت نمود؟ همانطور که دافنه ریچموند باراک^{۴۳} نیز اشاره می‌کند^{۴۴} تحلیل حقوقی این امر را می‌توان در بند دوم ماده ۱۱ اساسنامه یافت که وفق آن «اگر دولتی پس از لازم‌الاجرا شدن این اساسنامه به آن پیبوند، دیوان تنها در

^{۳۵} میری لواسانی، سمیه سادات، بررسی نسل‌کشی در غزه با نگاهی به اسناد بین‌المللی حقوق بشر، در بیگدلی، سعید، ابعاد حقوقی جنگ اسرائیل علیه غزه، چاپ اول، (تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۹)، ۱۹۰.

^{۳۶} Shaw, M. N. "The Article 12(3) Declaration of the Palestinian Authority, the International Criminal Court and international law". *Journal of International Criminal Justice*, 9,(2011), 319.

^{۳۷} ذاکر حسین، محمدهادی، جستاری در مقابله با بی‌کیفرمانی مرتکبان جرایم بین‌المللی، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۴۰۱)، ۱۰۷-۱۰۶.

^{۳۸} Declaration Accepting the Jurisdiction of the International Criminal Court, (31 December 2014)

^{۳۹} Press Release: Palestine declares acceptance of ICC jurisdiction since 13 June 2014, (05/01/2015),

ICC-CPI-20150105-PR1080 < <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name%4pr1080> >

^{۴۰} Press Release 1: The State of Palestine accedes to the Rome Statute, (7 January 2015),

< https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name%4pr1082_2 >

^{۴۱} Press Release 2: The Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, opens a preliminary examination of the situation in Palestine, (16 January 2015),

< <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name%4pr1083> >.

^{۴۲} Escriitt, Thomas, Williams, Dan, "Israel Lobbies Foreign Powers to Cut ICC Funding" (Reuters, 18 January 2015),

< <https://www.reuters.com/article/us-icc-palestinians-israel/israel-lobbies-foreign-powers-to-cut-icc-fundingidUSKBN0KR06720150118> >

^{۴۳} Daphne Richemond-Barak

^{۴۴} Richemond-Barak, Daphne, "Doubly Duty at the ICC" *EJIL Analysis*, (2015),

< <https://www.ejiltalk.org/double-duty-at-the-icc/> >.

مورد جرایمی صلاحیت خواهد داشت که پس از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه در مورد آن دولت ارتکاب یافته باشند، مگر آن که دولت مزبور اعلامیه‌ای به موجب بند ۳ ماده ۱۲ (مبنی بر پذیرش اعمال صلاحیت دیوان) داده باشد.» لذا در چنین حالتی دیوان کیفری بین‌المللی می‌تواند به وضعیتی که قبل از تصویب اساسنامه رم توسط طرف مورد نظر و حتی قبل از زمان مشخص شده در اعلامیه موردی پذیرش صلاحیت دیوان رخ داده است نیز رسیدگی نماید.^{۴۵}

در نتیجه، در ۲۲ مه ۲۰۱۸ فلسطین وضعیت جنایات ارتكابی در سرزمین خود را به دادستان ارجاع داده^{۴۶} و درخواست نمود تا در مورد جنایات داخل در صلاحیت دیوان که در گذشته، حال و آینده در سرزمین فلسطین ارتکاب یافته و یا خواهند یافت، شروع به تحقیق نماید.^{۴۷} پیرو این امر، دادستان اعلام کرد دلایل معقولی جهت آغاز تحقیقات در مورد وضعیت فلسطین وجود داشته و پرونده‌های بالقوه‌ای از دل این وضعیت بیرون خواهند آمد که می‌توانند قابل پذیرش تلقی شوند. اگرچه از پیامدهای حقوقی ارجاع وضعیت از سوی خود فلسطین به دادستان این بود که وی جهت آغاز تحقیقاتش نیازی به مجوز شعبه مقدماتی دیوان نداشت، اما با توجه به ابهامات و مسائل حقوقی پیچیده موجود پیرامون وضعیت فلسطین (از جمله مورد اختلاف بودن مرزها و عدم کنترل کامل آن بر سرزمین‌های اشغالی)، دادستان از اختیار خویش بر اساس بند ۳ ماده ۱۹ اساسنامه رم استفاده کرده و از شعبه مقدماتی درخواست نمود که در خصوص محدوده صلاحیت سرزمینی دیوان در وضعیت فلسطین اتخاذ تصمیم نماید.^{۴۸}

۲-۱- درخواست دادستان از شعبه مقدماتی

اتکای تحقیقات دیوان تاکنون غالباً مبتنی بر قلمرو سرزمینی بوده است. پیگردهای قانونی درمورد جمهوری کنگو، سودان، کنیا، جمهوری آفریقای مرکزی، ساحل عاج و اوگاندا و همچنین ارجاعات شورای امنیت در مورد سودان و لیبی، از این جمله هستند.^{۴۹} لکن در مورد وضعیت عراق، تحقیقات در مورد اتباع یک دولت عضو (بریتانیا) به سبب جنایات ادعایی ارتكابی در قلمرو یک دولت غیرعضو (عراق) صورت گرفت. در مورد فلسطین نیز دادستان باید اثبات کند که دلایل معقولی مبنی بر ارتکاب جنایات توسط یک تبعه دولت عضو یا در قلمروی دولت اعلام‌کننده صلاحیت وجود دارد.^{۵۰} فاطو بنسودا^{۵۱} دادستان وقت، در ۲۰ دسامبر ۲۰۱۹ اعلام نمود که تمامی معیارهای قانونی لازم طبق اساسنامه، برای آغاز تحقیقات وجود دارد. به عقیده او از سال ۲۰۱۹

^{۴۵}. برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به:

Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire, ICC-02/11-14 (3 October 2011) 73 para 180 <<https://www.legaltools.org/doc/7a6c19/pdf/>>

^{۴۶}. Prosecutor Statement Palestine Article 14 Referral, (22 May 2018) ,

[Statement by ICC Prosecutor, Mrs Fatou Bensouda, on the referral submitted by Palestine | International Criminal Court \(icc-cpi.int\)](https://www.icc-cpi.int)

^{۴۷}. ICC, (Office of the Prosecutor (OTP)), Report on Preliminary Examination Activities, (5 December 2019), para 201

^{۴۸}. Statement of ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, on the conclusion of the preliminary examination of the Situation in Palestine, and seeking a ruling on the scope of the Court's territorial jurisdiction, (20 December 2019),

<https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-fatou-bensouda-conclusion-preliminary-examination-situation-palestine>

^{۴۹}. Schabas W, An introduction to the International Criminal Court, 4th edn. (Cambridge University Press, 2011), 77

^{۵۰}. Knoops G, An introduction to the law of international criminal tribunals: A comparative study, 2nd edn. (Brill Nijhoff, Leiden, 2014), 77; Ambos K, Treaties on international criminal law: International criminal procedure, vol. 3. (Oxford University Press, Oxford, 2014), 244; Calvo-Goller N, The trial proceedings of the International Criminal Court: ICTY and ICTR precedents. (Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006), 181; Vagias M, The territorial jurisdiction of the International Criminal Court. (Cambridge University Press, Cambridge, 2014), 47-60; Triffterer O, Ambos K (eds), The Rome Statute of the International Criminal Court, (3rd edn. Hart Publishing, Munich, 2014), 683

^{۵۱}. Fatou Bensouda

«مبنایی منطقی» وجود داشت تا تحقیقاتی در مناطق نوار غزه، کرانه باختری و بیت‌المقدس شرقی درباره جنایات جنگی انجام گیرد. بنابراین، در ۲۲ ژانویه ۲۰۲۰، دادستان پیرامون آغاز تحقیقات در خصوص فلسطین، از شعبه مقدماتی درخواست رسیدگی نسبت به صلاحیت نموده و دو موضع را مد نظر قرار داد:

نخست این که فلسطین به‌عنوان دولت عضو دیوان کیفری بین‌المللی، دولتی در راستای هدف قسمت الف بند ۲ ماده ۱۲ اساسنامه رم محسوب می‌گردد. بر این اساس، هنگامی که دولتی عضو اساسنامه رم می‌شود، دیوان می‌تواند بطور خودکار بر جنایات ارتکاب‌یافته در سرزمین آن دولت اعمال صلاحیت نماید و هیچ‌گونه رضایت و یا ارزیابی دیگری نیاز نیست. برخلاف برخی معاهدات، اساسنامه رم شرایط خاصی را در مورد طرف معاهده محسوب شدن یک موجودیت تعیین نمی‌کند. از این رو، بند ۱ ماده ۱۲ اساسنامه باید همراه با بند ۳ ماده ۱۲۵ مورد مطالعه قرار گیرد. مقرره اخیر، اساسنامه را جهت الحاق «تمامی دولت‌ها» مفتوح گذاشته و آن را منوط به تودیع اسناد الحاق به دبیرکل ملل متحد کرده است.^{۵۲} لذا چنانچه موجودیتی همچون فلسطین که دولت بودن آن محل تردید است، خواستار الحاق به معاهده مزبور باشد، دبیرکل ملل متحد جهت رفع تردید، از قطعنامه‌ها و رویه مجمع عمومی پیروی خواهد نمود؛ یعنی زمانی سند الحاق تودیع شده را مورد پذیرش قرار خواهد داد که نشانه‌های صریحی از سوی مجمع عمومی (از جمله در قطعنامه‌ها و...) دال بر دولت تلقی نمودن آن موجودیت وجود داشته باشد.^{۵۳} دقیقاً به همین دلیل بود که در ۲۲ ژانویه ۲۰۰۹، نخستین اعلامیه فلسطین طبق بند ۳ ماده ۱۲ اساسنامه رم، به دلیل وضعیت «ناظر» آن در سازمان ملل متحد رد شد، اما دومین اعلامیه در سال ۲۰۱۵ با توجه به تبدیل وضعیت «ناظر» فلسطین به «دولت غیرعضو ناظر» توسط مجمع عمومی، مورد پذیرش قرار گرفت.^{۵۴}

دوم این که فلسطین می‌تواند بر اساس قواعد حقوق بین‌الملل، یک دولت در راستای اهداف اساسنامه رم تلقی گردد. در این راستا، دادستان بر آن است که دیوان ملزم به اظهار نظر در مورد دولت بودن فلسطین بر اساس حقوق بین‌الملل و تحلیل مسائل گسترده مرتبط با آن نیست. اما چنانچه اگر شعبه با این دیدگاه موافق نبوده و تعیین دولت بودن یا نبودن فلسطین بر اساس حقوق بین‌الملل را ضروری بداند، طبق پیشنهاد دادستان، فلسطین می‌تواند به‌عنوان یک دولت در راستای اهداف اساسنامه رم در نظر گرفته شود. لذا از دیدگاه دادستان، محدودیت‌هایی هم که فلسطین در اعمال قدرت بر تمامیت سرزمین‌های اشغالی خود دارد، نباید در تصمیم دیوان اثر گذار باشد.^{۵۵} به عقیده دادستان، معیارهای کنوانسیون مونته‌ویدئو، در مواردی که اوضاع و احوال خاصی بر قضیه حاکم باشد، ممکن است با انعطاف بیشتری اعمال گردند. در مورد فلسطین، به دلایلی چند می‌توان ادعا نمود که چنین اوضاع و احوالی بر قضیه حاکم است: اولاً، حق تعیین سرنوشت مردم فلسطین در سرزمین‌های اشغالی مورد شناسایی بین‌المللی قرار گرفته است؛ ثانیاً، نقض‌های مستمر حقوق بین‌الملل توسط اسرائیل، تاثیر زیان‌باری بر اعمال قدرت مؤثر فلسطین نسبت به سرزمین‌های اشغالی داشته است. ثالثاً، فلسطین از جانب حدود ۱۳۸ دولت مورد شناسایی واقع شده است.^{۵۶} از دیدگاه

⁵² . ICC (Office of the Prosecutor), Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court's territorial jurisdiction in Palestine, Situation in the State of Palestine, (22 January 2020), paras. 103,107

⁵³ . Aust A, Modern Treaty Law and Practice, 3th ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2013) , p. 287; see also UNSG Depository Practice, p. 23, para. 81-83

⁵⁴ . OLA UNGA Resolution 67/19 Memorandum, (21 December 2012), para. 15

⁵⁵ . ICC (Office of the Prosecutor), ibid, Paras. 42,43

⁵⁶ . ICC (Office of the Prosecutor), ibid, Paras. 137,138

دادستان، این موارد ایجاب می‌کند تا معیارهای سنتی دولت بودن در رابطه با فلسطین، با نگاهی موردی نسبت به این قضیه اعمال گردند. عدم توانایی فلسطین در اعمال حاکمیت مستقل نسبت به برخی مناطق نیز باید در سیاق این وضعیت خاص مورد مذاقه قرار گیرد. در نتیجه، طبق دیدگاه دادستان، فلسطین می‌تواند در راستای اهداف اساسنامه، دولت محسوب گردد.

اگرچه دادستان اتخاذ تصمیم در مورد صلاحیت را به شعبه مقدماتی تفویض نمود، اما ملاحظاتی را نسبت به ابعاد ماهوی دولت بودن فلسطین مطرح کرد. دادستان به وضعیت فلسطین در سازمان ملل متحد و نهادها و سازمان‌های وابسته به آن و همچنین به شناسایی‌های دوجانبه دولت‌ها اشاره کرد. رویکرد دادستان اجمالاً از این قرار است که دولت طرف اساسنامه طبق بند ۳ ماده ۱۲، یکی از اعضای سند مذکور محسوب می‌شود. بنابراین، با فلسطین در تمامی امور باید رفتاری مشابه سایر دولت‌های طرف اساسنامه صورت گیرد. البته برخی را عقیده بر آن است که تصمیم دادستان، مبتنی بر «وضعیت مشکوک» فلسطین و تحلیل‌های شتابزده تاریخی و سیاسی است و نیاز است تا به موضوع دولت بودن در پرتو رویکرد اتخاذ شده توسط دادستان، بیشتر پرداخته شود.^{۵۷} در مقابل، این عقیده نیز مطرح است که بند ۳ ماده ۱۹ بسیار موسع است و برای دادستان در اعمال این ماده، محدودیتی متصور نیست. در حقیقت این بند در راستای هدف و موضوع اساسنامه است و محدود کردن توانایی دادستان در خصوص درخواست چنین حکمی، مانع از تحقق کار آمدی دیوان می‌شود.^{۵۸}

۲-۲- رأی ۵ فوریه ۲۰۲۱ شعبه مقدماتی دیوان کیفری بین‌المللی

شعبه مقدماتی قبل از اتخاذ تصمیم در مورد درخواست دادستان، اظهارات و بیانیه‌هایی را در این خصوص از جانب فلسطین (در ۱۶ مارس ۲۰۲۰) و قربانیان (از ۱۲ الی ۲۵ مارس ۲۰۲۰) دریافت نمود. پیش از این و پیرو بیانیه دادستان در مورد به نتیجه رسیدن ارزیابی مقدماتی و تصمیم برای شروع به تحقیقات در وضعیت فلسطین، اسرائیل نیز در ۲۰ دسامبر ۲۰۱۹ دیدگاهی را در این زمینه ارائه کرده بود که پیش از پرداختن به تصمیم شعبه مقدماتی مورد مذاقه قرار می‌گیرد. حسب دیدگاه‌های حقوقی اسرائیل، هیچ‌گونه حاکمیت مستقلی را نمی‌توان برای فلسطین متصور شد. بنابراین در پرونده حاضر، مبنایی برای اعمال صلاحیت سرزمینی توسط دیوان وجود ندارد؛ زیرا: اولاً، قطعنامه ۶۷/۱۹ مجمع عمومی فاقد قدرت کافی برای تصمیم‌گیری پیرامون دولت بودن فلسطین است؛ ثانیاً، اقدامات دبیرکل ملل متحد، به‌عنوان امین معاهدات چندجانبه، در مورد مسئله‌ای چالش‌برانگیز و سیاسی همچون دولت بودن یا نبودن فلسطین، تعیین‌کننده نیست؛ ثالثاً، مشارکت فلسطین در مجمع دولت‌های عضو دیوان کیفری بین‌المللی، نمی‌تواند نشان‌گر دولت بودن فلسطین تلقی گردد؛ رابعاً، فقدان کنترل مؤثر فلسطین بر سرزمین و اتباع مناطق مورد مناقشه و نیز فقدان صلاحیت فلسطین بر اتباع اسرائیلی، مجالی برای اعمال صلاحیت سرزمینی باقی نمی‌گذارد.^{۵۹} در مقابل، حسب دیدگاه‌های حقوقی فلسطین اولاً، اشغال این سرزمین بر انسجام و تمامیت ارضی آن تأثیر ندارد؛ ثانیاً، ناتوانی یک دولت در اعمال کامل حاکمیت بر بخش‌هایی از قلمروش، منجر به از دست دادن حاکمیت بر سرزمین نمی‌شود؛

⁵⁷. Hussein Adem, Seada, *Palestine and the International Criminal Court*, Volume 21, (ASSER Press, Springer, 2019), p. 62

⁵⁸. مظلومی، مرسد، «احراز صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی در خصوص ارجاع وضعیت فلسطین توسط دادستان»، مجموعه مقالات سال ۱۳۹۹، تالار گفتگوی حقوقی و سیاسی بین‌المللی، انجمن ایرانی مطالعات سازمان ملل متحد، (اردیبهشت، ۱۴۰۰)، ۱۳۳-۱۳۴

⁵⁹. The International Criminal Court's Lack of Jurisdiction over the so-called "Situation in Palestine", Office of the Attorney General of the State of Israel, Memorandum, (20 December 2019), paras 19,33,60

ثالثاً، توافق‌های خاص میان کشور اشغال شده و اشغال‌گر، حقوق افراد کشور تحت اشغال را مخدوش نمی‌کند و هر گونه توافق خلاف این موضوع هم فاقد اعتبار است.^{۶۰}

در دیدگاه‌های ارائه شده از جانب قربانیان به منظور حمایت از اعمال صلاحیت دیوان نیز مواردی چند مطرح شده است: اولاً، این که دبیرکل ملل متحد (بر پایه قطعنامه ۶۷/۱۹ مجمع عمومی) سند الحاق فلسطین را مورد پذیرش قرار داده است، چالش دولت بودن فلسطین را به منظور الحاق به اساسنامه رم حل می‌کند؛ ثانیاً، چنین پذیرشی از سوی دبیرکل، صرفاً در راستای اجرای وظیفه فنی و اداری وی نبوده است؛ زیرا سابقاً از پذیرش اسناد الحاق موجودیت‌هایی که به زعم وی، شرایط کافی جهت الحاق را نداشته‌اند، امتناع نموده است.^{۶۱} ثالثاً، تفسیر کارکردی از اساسنامه رم مقتضی آن است که دیوان خود را محدود به تعیین این موضوع نماید که آیا در مورد فلسطین، شرایط لازم جهت اعمال صلاحیت تحقق یافته است یا خیر و در این خصوص، نیازی به بررسی دولت بودن فلسطین بر اساس حقوق بین‌الملل وجود ندارد؛ رابعاً، با توجه به حق تعیین سرنوشت مردم سرزمین‌های اشغالی، محدودیت‌های غیرقانونی تحمیل شده توسط اسرائیل و نیز شناسایی بین‌المللی دولت فلسطین در سطح گسترده، هر چهار معیار کنوانسیون مونته‌ویدئو در خصوص فلسطین قابل اعمال است؛^{۶۲} خامساً، اعمال کنترل مؤثر تحت اوضاع و احوال خاص اشغال، معیار کافی جهت بررسی دولت بودن فلسطین نیست.^{۶۳}

پس از ارائه ملاحظات مزبور، نهایتاً شعبه اول مقدماتی دیوان کیفری بین‌المللی در ۵ فوریه ۲۰۲۱، رأی خود را در مورد صلاحیت دیوان برای رسیدگی به جنایات جنگی احتمالی ارتکاب یافته در سرزمین‌های فلسطین اشغالی (غزه و کرانه باختری از جمله اورشلیم شرقی) برای دوره زمانی ۱۳ ژوئن ۲۰۱۴ به بعد صادر کرد.^{۶۴} شعبه مقدماتی با دو رأی موافق و یک رأی مخالف، صلاحیت دیوان نسبت به موضوع را تأیید نمود. در خصوص مسئله دولت بودن فلسطین، شعبه مقدماتی ابتدا به این نکته اشاره می‌کند که اساسنامه رم، قواعد آیین دادرسی و ادله و نظامنامه دیوان، هیچ یک تعریفی از «دولت» ارائه نکرده‌اند. شعبه ادامه می‌دهد که قسمت الف بند ۲ ماده ۱۲ به یک دولت عضو اساسنامه اشاره دارد و بررسی این که آیا موجودیتی پیش‌نیازهای لازم برای دولت بودن طبق حقوق بین‌الملل را دارا است یا خیر، فاقد ضرورت است.^{۶۵} کما این که دیوان بین‌المللی دادگستری نیز در نظریه‌های مشورتی خود پیرامون اعلامیه استقلال کوزوو و دیوار حائل، از تعیین این که آیا کوزوو یا فلسطین، دولتی در مفهوم حقوق بین‌الملل بودند یا خیر، اجتناب نموده است.^{۶۶} به عبارت دیگر، اشاره به «دولتی که عمل مورد نظر در سرزمین آن روی داده» در شق الف بند ۲ ماده ۱۲، نباید به معنی دولتی در نظر گرفته شود که معیارهای دولت بودن طبق حقوق بین‌الملل را واجد

⁶⁰ . The State of Palestine's observations in relation to the request for a ruling on the Court's territorial jurisdiction in Palestine, Situation in the State of Palestine, (16 March 2020), paras.45,50, 64

⁶¹ . Observations on the "Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court's territorial jurisdiction in Palestine" on behalf of unrepresented victims, Situation in the State of Palestine, (16 March 2020), paras. 2,14

⁶² . Submission on Behalf of Palestinian Victims Residents of the Gaza Strip, Situation in the State of Palestine, (16 March 2020), paras. 35,37

⁶³ . Submission pursuant to article 19(3) of the Rome Statute in accordance with paragraph 220 of the Prosecution Request for a ruling on the Court's territorial jurisdiction in Palestine, Situation in the State of Palestine, (15 March 2020), para 20

⁶⁴ . ICC (Pre-Trial Chamber I), Decision on the 'Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court's territorial jurisdiction in Palestine', Situation in the State of Palestine, (5 February 2021), Paras.1,2,3,118

⁶⁵ . ICC (Pre-Trial Chamber I), *ibid*, Paras. 92,93

⁶⁶ . Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, (9 July 2004), I.C.J. Reports 2004, p. 136; Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in respect of Kosovo, Advisory Opinion, (22 July 2010), I.C.J. Reports 2010, p. 403.

است. لذا از نظر شعبه، الحاق فلسطین به اساسنامه، بدون در نظر داشتن وضعیت آن بر اساس حقوق بین‌الملل، روند عادی و صحیحی را مطابق بند ۳ ماده ۱۲۵ طی نموده و در طول فرایند الحاق نیز هیچ اعتراضی (بجز از سوی کانادا) از جانب سایر دولت‌های عضو نسبت به این موضوع صورت نگرفته است. در نتیجه، اساسنامه به‌طور خودکار برای فلسطین به‌عنوان دولت عضو لازم‌الاجرا می‌گردد.^{۶۷} به‌طور کلی، وفق دیدگاه شعبه مقدماتی، با توجه به پیچیدگی و ماهیت سیاسی مسئله دولت بودن در حقوق بین‌الملل، اساسنامه رم مجوز ورود به بررسی چنین موضوعی را به دیوان نداده و در عوض به طی صحیح روند الحاق به اساسنامه و واگذار نمودن تعیین دولت بودن به مجمع عمومی ملل متحد بسنده کرده است.^{۶۸}

نکته شایان ذکر دیگر در رأی این است که با وجود تعیین تکلیف در مورد صلاحیت (از جمله صلاحیت کیفری) در سرزمین‌های اشغالی در موافقتنامه صلح اسلو، اکثریت قضات دیوان این توافق را دارای اهمیت نمی‌دانند. موافقتنامه اسلو به‌طور قابل توجهی صلاحیت کیفری فلسطین را محدود می‌کند و لذا فقط این صلاحیت محدود می‌تواند به دیوان کیفری بین‌المللی تفویض شود. وفق ماده ۱ توافق‌نامه موقت (ضمیمه چهارم)، تشکیلات خودگردان فلسطین صلاحیت کیفری بر شهروندان اسرائیل را ندارد و شهرک‌ها و منطقه تأسیسات نظامی از صلاحیت قضایی نیز مستثنی هستند. لذا طبق این موافقتنامه، تشکیلات خودگردان نمی‌تواند صلاحیت‌های مربوط به شهروندان اسرائیل را به دیوان کیفری بین‌المللی تفویض کند. بی‌تفاوتی شعبه مقدماتی به این موافقتنامه مؤید آن است که در موارد ارتکاب جنایات بین‌المللی، یک صلاحیت (خودمختار) موجود برای دیوان کیفری بین‌المللی فرض می‌شود که صرفاً نیاز به فعال‌سازی دارد. این فعال‌سازی می‌تواند با ارجاع توسط یک دولت عضو (مواد ۱۱۳(الف) و ۱۴ اساسنامه رم) آغاز شود. این بدان معنا است که صرف عضویت در اساسنامه برای صلاحیت دیوان کفایت می‌کند؛ یعنی همان رویکردی که توسط اکثریت قضات شعبه مقدماتی به رسمیت شناخته شده است. با این حال، چنین استدلالی صراحتاً در هیچ قسمت از رأی یافت نمی‌شود.^{۶۹}

در مجموع، این رأی حاکی از آن است که شعبه مقدماتی نیز از موضع اولیه دادستان پیروی کرده و از بررسی وضعیت دولت بودن فلسطین بر اساس حقوق بین‌الملل، اجتناب نموده است. نظر به آن که در موضع دادستان، رویه‌ها و قطعنامه‌های مجمع عمومی ملل متحد در پذیرش سند الحاق توسط دبیرکل نقشی اساسی ایفا کرده‌اند، می‌توان اذعان نمود که اعطای وضعیت «دولت ناظر غیرعضو» به فلسطین توسط مجمع عمومی در سال ۲۰۱۲، دلیل اصلی پذیرش آن به‌عنوان دولت عضو اساسنامه و نیز احراز صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی در وضعیت فلسطین بوده است.

با این وجود، قاضی Kovács در نظر مخالف خویش، برخلاف همکارانش، تحلیل دولت بودن فلسطین را ضروری می‌داند. وی معتقد است که همکارانش از زمان صدور قطعنامه ۶۷/۱۹ به اندازه کافی رویه عملی متغیر دولت‌ها را مورد بررسی قرار نداده‌اند. از نظر وی، این که آیا سرزمین‌های فلسطینی «بر اساس مفاهیم کاملاً شناخته‌شده حقوق بین‌الملل عمومی» قلمرو یک دولت محسوب می‌شوند یا خیر، یک «مسئله واقعی» و پیش‌شرط الحاق به اساسنامه و اعمال صلاحیت دیوان است. لذا دامنه بررسی باید از منابع داخلی دیوان کیفری بین‌المللی که در قسمت الف بند ۱ ماده ۲۱ اساسنامه ذکر شده، فراتر رفته و کلیه روش‌های

⁶⁷ . ICC (Pre-Trial Chamber I), ibid, Paras 102,112

⁶⁸ . ICC (Pre-Trial Chamber I), ibid, Para 108

⁶⁹ . آمبوس، کای، «پایه صلاحیتی مستحکم»؟ «صلاحیت شکننده دیوان کیفری بین‌المللی در رسیدگی به جنایات ادعایی ارتكابی در فلسطین»، ترجمه علی مسعودیان، قابل دسترس در سایت آکادمی بیگدلی، ۵ خرداد، ۱۴۰۰

تفسیر مندرج در کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات را نیز پوشش دهد. به‌زغم Kovács، حق تعیین سرنوشت «بلامنازع» است، اما ارتباطی به تعیین دولت بودن ندارد.^{۷۰}

رای شعبهٔ مقدماتی دیوان در مواضع دولت‌ها نیز با انتقاداتی مواجه شد. ۲۲ مورد از ۴۲ بیانیهٔ صادر شده توسط دولت‌ها در موضع‌گیری نسبت به موضوع، علیه صلاحیت دیوان بود. استرالیا، اتریش، جمهوری چک، آلمان، مجارستان و اوگاندا صلاحیت دیوان را به چالش کشیدند. آمریکا و اسرائیل هم به‌عنوان دولت‌های غیرعضو اساسنامه، مخالفت جدی خود را ابراز کردند. در این میان، بیانیهٔ آلمان شاخص بود که وفق آن، سرزمین‌های فلسطین هنوز معیارهای دولت بودن را احراز نکرده‌اند و لذا فلسطین نباید در ۲ ژانویه ۲۰۱۵ به اساسنامه ملحق می‌شد. آلمان صریحاً تفسیر «موردی» از معیارهای سنتی دولت بودن «در راستای اهداف اساسنامه رم» را رد نمود.^{۷۱} با این وجود، دولت‌هایی که در این مرحله از رسیدگی به دولت بودن فلسطین اعتراض داشتند، در طول فرایند الحاق فلسطین به اساسنامه رم سکوت اختیار کرده و هیچ‌یک متعرض این الحاق نزد مجمع دولت‌های عضو نشده بودند.^{۷۲} منطقی‌تر آنست که اگر جامعه بین‌المللی و دولت‌ها، از طریق تصمیم مجمع عمومی ملل متحد به فلسطین شاخصهٔ دولت بودن را اعطاء کنند و آن دولت شناسایی شده، با رعایت تشریفات به اساسنامه ملحق شود، این برعهده دیوان نیست که تمامی این مسائل را از طریق ارزیابی قضایی خود به چالش کشد. به‌ویژه آن‌که دیوان حسب سند تأسیس، صلاحیت بررسی موضوعات مرتبط با دولت بودن را ندارد و چنین ارزیابی طبق حقوق بین‌الملل ضروری هم نیست؛ زیرا قسمت الف بند ۲ ماده ۱۲ اساسنامه تنها ایجاب می‌کند که عمل مجرمانه، در قلمرو «یک دولت عضو» رخ داده باشد.

نتیجه

وضعیت فلسطین در حقوق بین‌الملل همواره متأثر از عناصر دولت-کشور و شناسایی بوده است. پیشینهٔ تاریخی و سیاسی فلسطین، به موضع قاطعی در مورد دولت بودن آن نمی‌انجامد. اعلام استقلال، به رسمیت شناخته شدن توسط تعدادی از دولت‌ها، عضویت در برخی سازمان‌های بین‌المللی و وضعیت حقوقی فلسطین به عنوان یک سرزمین اشغالی، گزینه‌هایی است که در پرتو آن بتوان فلسطین را حداقل از شخصیت حقوقی بین‌المللی مشابه هر دولت دیگری برخوردار دانست. با این وجود، در مورد دولت بودن فلسطین، با توجه به معیارهای کنوانسیون مونته‌ویدئو، ابهاماتی وجود دارد. بر اساس ماده ۱ کنوانسیون مزبور، اگرچه فلسطین برخوردار از جمعیت دائم، دولت یا اقتدار محلی و توانایی برقراری روابط با سایر کشورها است، ولی چالش اصلی در مورد آن، برخورداری از سرزمین معین می‌باشد. از میان سرزمین‌های فلسطینی، اسرائیل بخش‌هایی را به صورت غیرمنسجم و تکه پاره شده، با عنوان شهرک‌های یهودی‌نشین، متعلق به خود می‌داند. لذا نباید تصور نمود که سرزمین یکپارچه‌ای با عنوان سرزمین فلسطین وجود دارد. همچنین بر اساس موافقتنامه اسلو، در صورت بروز تهدید امنیتی علیه اسرائیل، این دولت می‌تواند وارد سرزمین‌های فلسطین شده و مبادرت به عملیات نماید. بنابراین، اقتدار دولت فلسطین نیز محدودیت‌هایی از حیث سرزمین دارد. از سوی دیگر، در باریکهٔ غزه، قدرت در دست حماس بوده و دولت محلی در آن اقتدار و حاکمیت ندارد. در نتیجه حسب

^{۷۰} همان.

^{۷۱} . Hussein Adem, ibid, p. 57

^{۷۲} . ICC (Pre-Trial Chamber I), ibid, Paras.101, 112

عناصر چهارگانه مورد نظر، نمی‌توان به صورت عینی و واقعی وجود دولت کاملی را در فلسطین احراز نمود. افزودن عامل شناسایی به این تحلیل وضعیت فلسطین را اندکی متفاوت می‌کند. بر این اساس، اگرچه حسب رویکرد اعلامی، دولت بودن فلسطین به سبب عدم قطعیت وضعیت سرزمین، تا اندازه‌ای مورد مناقشه قرار می‌گیرد، اما این واقعیت که اکثریت دولت‌ها (در مجموع بیش از ۱۳۸ دولت) فلسطین را در قالب «دولت ناظر غیرعضو» به رسمیت شناخته‌اند، مبین تجلی نظریه تأسیسی در مورد فلسطین است. همین رویکرد تأسیسی است که به نظر می‌رسد در تصمیم شعبه مقدماتی دیوان کیفری بین‌المللی مبنی بر احراز صلاحیت دیوان نیز اثرگذار بوده است.

به‌موجب رویکرد دادستان دیوان، صرف‌نظر از مباحث ناظر به دولت بودن، فلسطین می‌تواند بر اساس قواعد حقوق بین‌الملل، یک دولت در راستای اهداف اساسنامه رم تلقی گردد. در این راستا، دادستان بر آن است که دیوان ملزم به اظهار نظر در مورد دولت بودن فلسطین بر اساس حقوق بین‌الملل و تحلیل مسائل گسترده مرتبط با آن نیست. رأی شعبه مقدماتی دیوان نیز از موضع دادستان پیروی کرده و از بررسی وضعیت دولت بودن فلسطین بر اساس حقوق بین‌الملل، اجتناب نموده است. نظر به آن - که در موضع دادستان، رویه‌ها و قطعنامه‌های مجمع عمومی ملل متحد در پذیرش سند الحاق توسط دبیرکل نقشی اساسی ایفا کرده‌اند، می‌توان اذعان نمود که اعطای وضعیت «دولت ناظر غیرعضو» به فلسطین توسط مجمع عمومی در سال ۲۰۱۲ و عضویت این دولت در برخی سازمان‌های بین‌المللی، دلیل اصلی پذیرش آن به عنوان دولت عضو اساسنامه و نیز احراز صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی در وضعیت فلسطین بوده است. به نظر می‌رسد دیوان صرف به رسمیت شناخته شدن فلسطین در مجمع عمومی ملل متحد را ملاک خود قرار داده و نظریه تأسیسی را برای شناسایی وضعیت موجود کافی دانسته است. اگرچه در حقوق بین‌الملل نظریه اعلامی در مورد شناسایی، اصولی تر و با واقعیات موجود سازگارتر است.

نهایتاً در مقام پاسخ به پرسش اساسی مقاله حاضر که در پرتو رأی شعبه مقدماتی دیوان، دولت بودن فلسطین چه نقش و جایگاهی در احراز صلاحیت دیوان دارد، فرضیه مقاله پیش رو، مورد تأیید قرار می‌گیرد که به‌موجب آن، علی‌رغم تردیدهای موجود در مورد کنترل مؤثر بر سرزمین، اعطای وضعیت دولت غیرعضو ناظر در سازمان ملل متحد به فلسطین و پیوستن فلسطین به سازمان‌های مختلف بین‌المللی، در پذیرش آن به‌عنوان دولت عضو در دیوان کیفری بین‌المللی و تبعاً احراز صلاحیت دیوان تأثیر بسزایی داشته است؛ فرایندی که حکایت از تأکید ضمنی بر نظریه تأسیسی بودن شناسایی در حقوق بین‌الملل است.

علی‌رغم آن که رأی مزبور شعبه مقدماتی دیوان، قادر به تعیین یا تغییر آستانه دولت بودن بر اساس حقوق بین‌الملل نیست و خود رأی هم چنین ادعایی ندارد و حتی این بررسی را جهت احراز صلاحیت دیوان ضروری هم نمی‌شمارد، اما نمی‌توان پیامد آن را در رویه سایر سازمان‌های بین‌المللی انکار نمود. لذا دور از ذهن نیست که به تدریج، زمینه شناسایی و عضویت دولت فلسطین در آن دسته از سازمان‌های بین‌المللی که حسب کارکردشان امکان بررسی ماهوی دولت بودن را فاقد هستند، فراهم گردد. لذا پیشنهاد می‌شود که مراجعی همچون کمیسیون حقوق بین‌الملل، در پرتو این اقدام دیوان کیفری بین‌المللی، در فعالیت‌های آتی خود به حوزه شناسایی دولت‌ها در حقوق بین‌الملل و تعیین تکلیف در مورد اعلامی بودن یا تأسیسی بودن آن نگاهی دوباره داشته باشند.

کتاب

- ۱- اخوان فرد، مسعود و عمامی، سید مهدی، مبنای عدم شناسایی رژیم اشغالگر و مسئله طرح دعوا در محاکم بین المللی توسط ایران، در بیگدلی، سعید، ابعاد حقوقی جنگ اسرائیل علیه غزه، چاپ اول، تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۹.
- ۲- ذاکرحسین، محمدهادی، جستاری در مقابله با بی کیفرمانی مرتکبان جرایم بین المللی، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۴۰۱.
- ۳- سیفی، آناهیتا و ژرفا، سعید، امکانسنجی طرح شکایت نهاد حکومتی فلسطین علیه اسرائیل در دیوان کیفری بین المللی، چاپ اول، تهران: ابتکار قلم، ۱۳۹۷.
- ۴- ضیائی بیگدلی، محمدرضا، حقوق بین الملل عمومی، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۵.
- ۵- عمرانی، سلمان، جنایات اسرائیل در غزه در مصاف با حقوق کیفری بین المللی، در بیگدلی، سعید، ابعاد حقوقی جنگ اسرائیل علیه غزه، چاپ اول، تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۹.
- ۶- میری لواسانی، سمیه سادات، بررسی نسل کشی در غزه با نگاهی به اسناد بین المللی حقوق بشر، در بیگدلی، سعید، ابعاد حقوقی جنگ اسرائیل علیه غزه، چاپ اول، تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۹.

مقاله

- ۷- امیری، صالح، سعیدی شاهسواری، مریم، غلامرضایی آزاد، هدیه و قربان زاده، محمد، «تعقیب نقض های حقوق بین الملل بشردوستانه مرتبط با شهرک سازی در اراضی اشغالی فلسطین در دیوان کیفری بین المللی»، فصلنامه علمی مطالعات بین رشته ای دانش راهبردی، سال دهم، شماره ۳۸، بهار، ۱۳۹۹.
- ۸- طباطبایی، سید احمد و محبی انجدانی، داوود، «حقوق بین الملل و تشکیل کشور مستقل فلسطینی»، فصلنامه پژوهش های روابط بین الملل، دوره نخست، شماره یازدهم، بهار، ۱۳۹۳.
- ۹- مظلومی، مرصده، «احراز صلاحیت دیوان کیفری بین المللی در خصوص ارجاع وضعیت فلسطین توسط دادستان»، مجموعه مقالات سال ۱۳۹۹، تالار گفتگوی حقوقی و سیاسی بین المللی، انجمن ایرانی مطالعات سازمان ملل متحد، اردیبهشت، ۱۴۰۰.
- ۱۰- آمبوس، کای، «پایه صلاحیتی مستحکم»؟ «صلاحیت شکننده دیوان کیفری بین المللی در رسیدگی به جنایات ادعایی ارتكابی در فلسطین»، ترجمه علی مسعودیان، قابل دسترس در سایت آکادمی بیگدلی، ۵ خرداد، ۱۴۰۰.

Book

- 11- Aust A, *Modern Treaty Law and Practice*, 3th ed., Cambridge University Press, 2013.
- 12- Ambos K, *Treaties on international criminal law: International criminal procedure*, vol. 3. Oxford University Press, Oxford, 2016

- 13- Calvo-Goller N, *The trial proceedings of the International Criminal Court: ICTY and ICTR precedents*. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006.
- 14- Crawford, James, *The Creation of States in International Law*, Oxford Univ. Press ed., 2nd ed, 2006.
- 15- Hussein Adem, Seada, *Palestine and the International Criminal Court*, Volume 21, ASSER Press, Springer, 2019.
- 16- Knoops G, *An introduction to the law of international criminal tribunals: A comparative study*, 2nd edn. Brill Nijhoff, Leiden, 2014.
- 17- Schabas W, *An introduction to the International Criminal Court*, 4th ed. Cambridge University Press, 2011.
- 18- Shaw, Malcolm, *International Law*, Cambridge University Press, 7th ed, 2014.
- 19- Triffterer O, Ambos K (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, 3rd edn. Hart Publishing, Munich University Press, Cambridge, 2016.
- 20- Vagias M, *The territorial jurisdiction of the International Criminal Court*. Cambridge, 2014.

Article

- 21- Bhargava, Tanvi & Cardoso, Rebecca, “An Examination of Palestine’s Statehood Status through the Lens of the ICC Pre-Trial Chamber’s Decision and Beyond”, *Journal of International Law and Politics*, New York University, October, 2021.
- 22- Goldsmith, Jack L. & Posner, Eric A, “A Theory of Customary International Law”, 66 *U. Chi. L. Rev.*
- 23- Hossain, M, “Are Fatah and Hamas United for the Sake of Peace?”, *The Jerusalem Post*, 30 October, 2017.
- 24- Shaw, M. N. “The Article 12(3) Declaration of the Palestinian Authority, the International Criminal Court and international law”. *Journal of International Criminal Justice*, 9, 2011, 301–324.
- 25- Worster W, “The exercise of jurisdiction by the International Criminal Court over Palestine”, *American University International Law Review* 26, 2010:1153–1209.

Document

- 1- Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in respect of Kosovo, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010, (22 July 2010).
- 2- Declaration Accepting the Jurisdiction of the International Criminal Court, (31 December 2014).
- 3- G.A. Res. 181 (II), at Part I(A) (Nov. 29, 1947).
- 4- G.A. Res. 19/67 on the Question of Palestine, (Nov. 29, 2012).
- 5- ICC (Office of the Prosecutor), Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court’s territorial jurisdiction in Palestine, Situation in the State of Palestine, (22 January 2020).
- 6- ICC (Office of the Prosecutor (OTP)), Report on Preliminary Examination Activities, (5 December 2019).
- 7- ICC (Pre-Trial Chamber I), Decision on the ‘Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court’s territorial jurisdiction in Palestine’, Situation in the State of Palestine, (5 February 2021).

- 8- Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, (9 July 2004).
- 9- Observations on the “Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court’s territorial jurisdiction in Palestine” on behalf of unrepresented victims, Situation in the State of Palestine, (16 March 2020).
- 10- OLA UNGA Resolution 67/19 Memorandum, (21 December 2012).
- 11- Submission on Behalf of Palestinian Victims Residents of the Gaza Strip, Situation in the State of Palestine, (16 March 2020).
- 12- Submission pursuant to article 19(3) of the Rome Statute in accordance with paragraph 220 of the Prosecution Request for a ruling on the Court's territorial jurisdiction in Palestine, Situation in the State of Palestine, (15 March 2020).
- 13- The International Criminal Court’s Lack of Jurisdiction over the so-called “Situation in Palestine”, Office of the Attorney General of the State of Israel, Memorandum, (20 December 2019).
- 14- The State of Palestine’s observations in relation to the request for a ruling on the Court’s territorial jurisdiction in Palestine, Situation in the State of Palestine, (16 March 2020).

Website

- 15- Encyclopedia Britannica, “States in International Law”, (2019), www.britannica.com/topic/international-law/States-in-international-law#ref794948.
- 16- Escritt, Thomas, Williams, Dan, “Israel Lobbies Foreign Powers to Cut ICC Funding” (Reuters, 18 January 2015), < <https://www.reuters.com/article/us-icc-palestinians-israel/israel-lobbies-foreign-powers-to-cut-icc-fundingidUSKBN0KR06720150118>>.
- 17- Gaza: Apparent War Crimes during May Fighting, Hum. Rts. Watch (July 27, 2021), www.hrw.org/news/2021/07/27/gaza-apparent-war-crimes-during-may-fighting.
- 18- McMahon, Robert & Masters, Jonathan, Palestinian Statehood at the UN, Council on Foreign Rels. (Nov. 30, 2012), www.cfr.org/backgrounder/palestinian-statehood-un.
- 19- Permanent Observer Mission of The State of Palestine to the United Nations New York,(29 July 2021), <http://palestineun.org/about-palestine/diplomatic-relations/>.
- 20- Pitta, Michele, “Statehood and Recognition: The Case of Palestine”, CEI Int’l Aff,(2018), 4, www.diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/123175/1/TFM_Michele_Pitta.pdf.
- 21- PLO vs. PA, Passia (Sept. 2014), www.passia.org/media/filer_public/8a/e7/8ae7c030-ac1d-4688-b3f4-606fbd50cd41/pa-plo2.pdf.
- 22- Prosecutor Statement Palestine Article 14 Referral, (22 May 2018) , [Statement by ICC Prosecutor, Mrs Fatou Bensouda, on the referral submitted by Palestine | International Criminal Court \(icc-cpi.int\)](http://www.icc-cpi.int/Statement%20by%20ICC%20Prosecutor%20Mrs%20Fatou%20Bensouda%20on%20the%20referral%20submitted%20by%20Palestine%20International%20Criminal%20Court%20(icc-cpi.int)).
- 23- Press Release: Palestine declares acceptance of ICC jurisdiction since 13 June 2014, (05/01/2015), ICC-CPI-20150105-PR1080 < <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name%2f4pr1080> >
- 24- Press Release 1: The State of Palestine accedes to the Rome Statute, (7 January 2015), < https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name%2f4pr1082_2 >.

- 25- Press Release 2: The Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, opens a preliminary examination of the situation in Palestine, (16 January 2015),
< <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name/4pr1083> >.
- 26- Richmond-Barak, Daphne , “Doubly Duty at the ICC” *EJIL Analysis* ,(2015),
< <https://www.ejiltalk.org/double-duty-at-the-icc/> >.
- 27- Statement of ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, on the conclusion of the preliminary examination of the Situation in Palestine, and seeking a ruling on the scope of the Court’s territorial jurisdiction, (20 December 2019),
<https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-fatou-bensouda-conclusion-preliminary-examination-situation-palestine>.
- 28- U.N. Meetings Coverage GA/11317 (Nov. 29, 2012),
<https://www.un.org/press/en/2012/ga11317.doc.htm>.