

# Statehood of Palestine and the Exercise of Jurisdiction by the International Criminal Court with Emphasis on the Decision of the Pre-Trial Chamber

Savalan Mohammadzadeh<sup>1\*</sup>, Taha Mousavi Mirkalaei<sup>2</sup>, Keivan Eghbali<sup>3</sup>

1. PhD Student in Public International Law, Faculty of Law and Political Science, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran.

\*Corresponding Author: Email: savalan.mohamadzadeh75@gmail.com

2. Assistant Professor, Department of International Law, Ershad Damavand Non-Profit Higher Education Institute, Damavand, Tehran, Iran.

Email: Taha\_mo61@yahoo.com

3. Faculty member of Judiciary Research Institute, Tehran, Iran.

Email: keivan\_eghbali@yahoo.com

## ABSTRACT

The occupation of a large part of Palestinian lands and the long history of war and killings in parts of the said land have always made the existence of a Palestinian state in international law ambiguous. The decision of 5 February 2021 of the PTC regarding the exercise of jurisdiction over the crimes committed by the Israeli authorities in the occupied territories, has led to the necessity of raising the issue again in international law. Granting the status of Non-Member Observer State to Palestine according to G/ A Resolution 67/19 in 2012 and Palestine's accession to the Rome statute on 2 January 2015, were among the preparations for issuing the said decision. In this decision, PTC without considering itself bound to assess the situation of Palestine's statehood, considered the Court competent to hear, simply because Palestine is a member state of the statute. The basic question



S.D.I.L.  
The SD Institute of Law  
Research & Study



**Publisher:**  
Shahr-e Danesh  
Research And Study  
Institute of Law

**Article Type:**  
Original Research

**DOI:**  
10.48300/jlr.2022.367714.2197

**Received:**  
29 October 2022

**Accepted:**  
24 December 2022

**Published:**  
21 October 2024



### Copyright & Creative Commons:

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



in this article is: In light of the decision of PTC, what role and position does the statehood of Palestine have in determining the jurisdiction of the court? The following article, with the descriptive-analytical method and library tools, concludes that despite the existing doubts about the effective control over the land, granting the status of non-member observer state in the UN to Palestine and joining Various international organizations have had a significant impact on accepting it as a member state in the ICC and consequently in confirming the jurisdiction of the Court; A process that indicates an implicit emphasis on the Constitutive theory of recognition in international law.

**Keywords:** Statehood, Palestine, Jurisdiction, International Criminal Court, Israel.

**Funding:**

The author(s) received no financial support (funding, grants, and sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

**Author contributions:**

Savalan Mohammadzadeh: Conceptualization, Methodology, Software, Validation, Formal analysis, Writing - Original Draft, Project administration.

Taha Mousavi Mirkalaei: Conceptualization, Validation, Formal analysis, Investigation, Resources, Data Curation, Writing - Review & Editing, Supervision.

Keivan Eghbali: Conceptualization, Software, Formal analysis, Writing - Review & Editing, Supervision.

**Competing interests:** The authors declare that they have no competing interests.

**Citation:**

Mohammadzadeh, Savalan, Taha Mousavi Mirkalaei & Keivan Eghbali. "Statehood of Palestine and the Exercise of Jurisdiction by the International Criminal Court with Emphasis on the Decision of the Pre-Trial Chamber". *Journal of Legal Research*, 23, no. 59 (October 21, 2024), 7-36.

## Extended Abstract

Palestine and international law have had many ups and downs in the last century. The most important legal challenges regarding Palestine have expanded from the violation of the principle of non-use of force and land occupation to the violation of the fundamental rights of the Palestinian nation, including human rights and humanitarian rights, and even the right to natural resources. In the meantime, the question of the statehood of Palestine after the occupation has had a unique position. The occupation of a large part of the Palestinian lands and the long history of war and killings in parts of the said land have always made the existence of a Palestinian state in international law ambiguous. This issue has faced Palestine's role in international law, including establishing diplomatic relations, membership in international organizations, filing international lawsuits, diplomatic support for its citizens, and in general what the foreign side considers the exercise of the right to self-determination, with serious limitations. In such a situation, the issuance of Resolution 67/19 of the United Nations General Assembly dated November 29, 2012 and granting the status of "non-member observer state" to Palestine was a significant development.

Because although according to the Declaratory theory, the statehood of Palestine is disputed to some extent due to the uncertainty of the territorial status, but the fact that the majority of states (more than 138 states in total) have recognized Palestine as a "non-member observer state", shows the manifestation of the Constitutive theory about Palestine. This is the Constitutive approach that seems to be effective in the decision of the pre-trial chamber of the International Criminal Court regarding the establishment of the jurisdiction of the court.

It was after this resolution that Palestine's membership in some international organizations was smoothed. Since the investigation of the crimes committed in Palestine by a judicial authority at the international level, especially since the establishment of the International Criminal Court, has always been in the focus of the international community, so after less than three years have passed Since the issuance of Resolution 67/19, Palestine became a member of the Rome Statute in 2015 after accepting the jurisdiction of the International Criminal Court and depositing the instrument of accession with the Secretary General of the United Nations and in accordance with paragraph 3 of article 12 of the statute, submitted a declaration to the court stating that Israel has committed war crimes in the occupied Palestinian territories since 2014. In this way, the preparations were made for the possibility of the court's prosecutor investigating the crimes committed in the Palestinian territory, and she requested the pre-trial chamber to investigate the court's jurisdiction. The decision of the pre-trial chamber of the International Criminal Court on 5 February 2021 regarding the

exercise of jurisdiction over the crimes committed by the Israeli authorities in the occupied territories, has led to the necessity of re-introducing the issue of Palestine's statehood in international law. According to the approach of the court's prosecutor, regardless of the issue of being a state, Palestine can be considered a state based on the rules of international law in line with the goals of the Rome Statute. In this regard, the prosecutor claims that the court is not required to express an opinion on the statehood of Palestine based on international law and analyze extensive issues related to it. The decision of the court's pre-trial chamber also followed the position of the prosecutor and considered the court to be competent to hear the matter, simply because Palestine is a member state of the statute, without considering itself bound to assess the substance of Palestine's statehood. Despite the fact that this decision is not able to determine or change the threshold of being a state based on international law, and the decision itself does not make such a claim, and it does not even consider this review necessary for the jurisdiction of the court, But its consequences cannot be denied in the practice of other international organizations. Therefore, it is not far-fetched that gradually, the field of recognition and membership of the Palestinian state will be provided in those international organizations that, according to their functions, do not have the possibility of examining the substance of statehood.

The basic question in this article is that in the light of the decision of PTC , what role and position does the statehood of Palestine have in determining the jurisdiction of the court? The following article, with the descriptive-analytical method and library tools, reaches the conclusion that despite the existing doubts about the effective control over the land, granting the status of non-member observer state in the UN to Palestine and joining to Various international organizations have had a significant impact in accepting it as a member state in the ICC and consequently in confirming the jurisdiction of the Court; A process that indicates an implicit emphasis on the Constitutive theory of recognition in international law. Although in international law, the Declaratory theory about recognition is more principled and compatible with the existing facts.

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

ساوالان محمدزاده<sup>۱</sup>، سید طه موسوی میرکلائی<sup>۲</sup>، کیوان اقبالی<sup>۳</sup>

۱. دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران.

\*نویسنده مسئول: savalan.mohamadzadeh75@gmail.com

۲. استادیار، گروه حقوق بین‌الملل، مؤسسه آموزش عالی ارشد، دماوند، تهران، ایران.

Taha\_mo61@yahoo.com

۳. عضو هیئت علمی پژوهشکده قوه قضائیه، تهران، ایران.

keivan\_eghbali@yahoo.com

## 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 صورت 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 ژانویه ۲۰۱۵ از جمله مقدمات صدور رأی مزبور بود. شعبه مقدماتی دیوان در این رأی، بدون آنکه خود را ملزم به ارزیابی ماهوی دولت بودن فلسطین بداند، به صرف آنکه 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



پژوهشکده حقوق



نوع مقاله:

پژوهشی

DOI:

10.48300/jlr.2022.367714.2197

تاریخ دریافت:

۷ آبان ۱۴۰۱

تاریخ پذیرش:

۳ دی ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۳۰ مهر ۱۴۰۳

کپی‌رایت و مجوز دسترسی آزاد:



کپی‌رایت مقاله در مجله پژوهش‌های حقوقی نزد نویسنده (ها) حفظ می‌شود. کلیه مقالاتی که در مجله پژوهش‌های حقوقی منتشر می‌شوند با دسترسی آزاد هستند. مقالات تحت شرایط مجوز 4.0 Creative Commons Attribution Non-Commercial License منتشر می‌شوند که اجازه استفاده، توزیع و تولید مثل در هر رسانه‌ای را می‌دهد، به شرط آنکه به مقاله استناد شود. جهت اطلاعات بیشتر می‌توانید به صفحه سیاست‌های دسترسی آزاد نشریه مراجعه کنید.



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 به‌تبع آن احراز صلاحیت دیوان تأثیر بسزایی داشته است؛ فرایندی که حکایت از تأکید ضمنی بر نظریه تأسیسی بودن شناسایی در حقوق بین‌الملل است.

## کلیدواژه‌ها:

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

### حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

### مشارکت نویسندگان:

ساوالان محمدزاده: مفهوم‌سازی، روش‌شناسی، استفاده از نرم‌افزار، اعتبارسنجی، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، نوشتن - پیش‌نویس اصلی، مدیریت پروژه.  
سید طه موسوی میرکلائی: مفهوم‌سازی، اعتبارسنجی، تحلیل، نظارت بر داده‌ها، نوشتن - بررسی و ویرایش، نظارت.  
کیوان اقبالی: مفهوم‌سازی، استفاده از نرم‌افزار، تحلیل، نوشتن - بررسی و ویرایش، نظارت.

### تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

### استناددهی:

محمدزاده، ساوالان، سید طه موسوی میرکلائی و کیوان اقبالی. «دولت بودن فلسطین و اعمال صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی با تأکید بر رأی شعبه مقدماتی». مجله پژوهش‌های حقوقی، ۲۳، ش. ۵۹ (۳۰ مهر ۱۴۰۳)، ۷-۳۶.

## مقدمه

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

از میان عناصر چهارگانه دولت در حقوق بین‌الملل - یعنی جمعیت، سرزمین، حکومت و حاکمیت - مهم‌ترین معضل در مورد دولت بودن فلسطین به عنصر سرزمین مربوط است؛ چراکه 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 حوزه عنصر حکومت نیز تشکیلات خودگردان فلسطین و حماس هر یک در بخشی از این سرزمین اقتدار عالی‌ه 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 اینکه 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 به‌منزله 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 اساسنامه رم نزد دبیر کل ملل متحد به اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی پیوست. این‌گونه بود که مقدمات امکان بررسی دادستان دیوان در مورد جنایات ارتكابی در سرزمین فلسطین فراهم شد و در مورد احراز صلاحیت دیوان از شعبه مقدماتی درخواست

رسیدگی نمود. تصمیم مورخ ۵ فوریه ۲۰۲۱ شعبه مقدماتی آخرین تحول در این زمینه بود که صلاحیت دیوان را جهت رسیدگی به این جنایات احراز نمود.

مقاله پیش رو ضمن ارزیابی دولت بودن فلسطین در حقوق بین الملل به این پرسش اساسی پاسخ می دهد که در پرتو رأی شعبه مقدماتی دیوان، دولت بودن فلسطین چه نقش و جایگاهی در احراز صلاحیت دیوان داشته است؟ همچنین این مقاله با بهره گیری از روش توصیفی - تحلیلی و ابزار کتابخانه ای بر این فرضیه متمرکز است که علی رغم تردیدهای موجود در مورد کنترل مؤثر بر سرزمین، اعطای وضعیت دولت غیرعضو ناظر در سازمان ملل متحد به فلسطین و پیوستن فلسطین به سازمان های مختلف بین المللی در پذیرش آن به عنوان دولت عضو در دیوان کیفری بین المللی و به تبع احراز صلاحیت دیوان تأثیر بسزایی داشته است؛ فرایندی که حکایت از تأکید ضمنی بر نظریه تأسیسی بودن شناسایی در حقوق بین الملل 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 بین المللی با عنایت به رأی مورخ ۵ فوریه ۲۰۲۱ شعبه مقدماتی پژوهشی صورت نگرفته است؛ ولی این موارد می توانند مرتبط با موضوع مقاله حاضر باشند: محمدحسین رمضانی قوام آبادی در مقاله «از شناسایی دولت فلسطین تا عضویت در دیوان کیفری بین المللی» (۱۳۹۶)، به نحوه شناسایی فلسطین و عضویت آن در دیوان کیفری بین المللی اشاره می کند، ولی رأی ۵ فوریه ۲۰۲۱ شعبه مقدماتی دیوان هیچ بازتابی در آن مقاله نداشته است؛ در حالی که مقاله پیش رو به طور مفصل به این موضوع پرداخته است. همچنین صالح امیری در مقاله «تعقیب نقض های حقوق بین الملل بشردوستانه مرتبط با شهرک سازی در اراضی اشغالی فلسطین در دیوان کیفری بین المللی» (۱۳۹۹) صرفاً به قضیه شهرک سازی اسرائیل در اراضی فلسطینی از منظر حقوق بشردوستانه بین المللی و کنوانسیون های ۱۹۴۹ ژنو پرداخته است و در قسمت هایی از مقاله نیز به امکان رسیدگی به جنایات جنگی اسرائیل در دیوان بر اساس اسناد مزبور و اساسنامه رم اشاره کرده است. در نتیجه مقاله 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 بین الملل در پرتو پیشینه آن سرزمین و تطبیق با نظریه های دولت بودن می پردازد. بخش دوم مقاله نیز به اقدامات دادستان و رأی شعبه مقدماتی دیوان کیفری بین المللی و نحوه احراز صلاحیت دیوان بر جنایات ارتكابی در سرزمین فلسطین اختصاص دارد.

## ۱- دولت بودن فلسطین در حقوق بین‌الملل در پرتو پیشینه آن سرزمین

در حقوق بین‌الملل تعریف مشخصی از «دولت» وجود ندارد. محققان و نظریه‌پردازان تعاریف متعددی از دولت ارائه کرده‌اند که مورد اتفاق نیستند. در سطح اسناد بین‌المللی، وفق ماده ۱ کنوانسیون مونته‌ویدئو، «دولت به‌عنوان یک شخص حقوق بین‌الملل 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<sup>۱</sup> این ماده را «معروف‌ترین فرمول‌بندی و معیار اساسی برای تشکیل یا ایجاد دولت» می‌داند.<sup>۲</sup> به‌مرور و با تنزل شرط وجود قدرت عالی (مجموع حکومت و حاکمیت) به «کنترل مؤثر»<sup>۳</sup>، نهاد حقوقی شناسایی مطرح شد که نیازمند تحلیل وضعیت موجودیت مورد نظر از سوی دولت شناسایی‌کننده 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.<sup>۴</sup> وضعیت فلسطین در حقوق بین‌الملل همواره متأثر از عناصر دولت - کشور و شناسایی بوده است.

### ۱-۱- پیشینه فلسطین در حقوق بین‌الملل

در ۲۹ نوامبر ۱۹۴۷، مجمع عمومی سازمان ملل متحد<sup>۵</sup> 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.<sup>۶</sup> 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. به دنبال آن دو گروه فرایند آتش‌بس 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

1. James Crawford

2. James Crawford, *The Creation of States in International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2006), 98.

3. Effective Control.

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

5. UNGA

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

درگیری اسرائیل و غزه در سال ۲۰۱۴ گروه‌هایی مانند دیده‌بان حقوق بشر، ارتش اسرائیل و مبارزان فلسطینی را به جنایات جنگی متهم کردند.<sup>۷</sup> با وجود این فلسطینی‌ها به سبب عدم به رسمیت شناخته شدن و حمایت قانونی در سطح بین‌المللی، بدون حامی 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) به‌عنوان نماینده قانونی مردم فلسطین از همان ابتدای تأسیس (۱۹۶۴)، عنوان ناظر را در مجمع عمومی ملل متحد به دست آورد.<sup>۸</sup> ساف نماینده فلسطین در مقام دیپلماتیک است، اما هیچ اقتداری در 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.<sup>۹</sup> 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.<sup>۱۰</sup> به بیان دیگر از ۲۰۱۲ به بعد جنبه داخلی حق تعیین سرنوشت، ضمیمه جنبه خارجی این حق شد؛ چراکه 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. در نهایت در سال ۲۰۱۴ حماس و فتح توافقنامه آشتی برای تشکیل دولت واحد را به امضا رساندند.<sup>۱۱</sup> به این ترتیب اگرچه تقسیم قدرت داخلی به دو قسمت یعنی حماس در نوار

7. "Gaza: Apparent War Crimes During May Fighting: Israeli, Palestinian Violations Show Need for International Criminal Court Inquiry". Human Rights Watch. July 27, 2021. Available at: [www.hrw.org/news/2021/07/27/gaza-apparent-war-crimes-during-may-fighting](http://www.hrw.org/news/2021/07/27/gaza-apparent-war-crimes-during-may-fighting)

8. Robert McMahon and Jonathan Masters, "Palestinian Statehood at the UN", Council on Foreign Relations, Last updated November 30, 2012, Available at: [www.cfr.org/background/palestinian-statehood-un](http://www.cfr.org/background/palestinian-statehood-un)

9. Passia, PLO vs. PA (Jerusalem: Palestinian Academic Society for the Study of International Affairs, 2014), Available at: [www.passia.org/media/filer\\_public/8a/e7/8ae7c030-ac1d-4688-b3f4-606fbd50cd41/pa-plo2.pdf](http://www.passia.org/media/filer_public/8a/e7/8ae7c030-ac1d-4688-b3f4-606fbd50cd41/pa-plo2.pdf).

10. McMahon & Masters, Op. Cit.

11. Mohammad Amjad Hossain, "Are Fatah and Hamas United for the Sake of Peace?", The Jerusalem

غزه و تشکیلات خودگردان در کرانه باختری مانع وحدت حاکمیت می‌گردد.<sup>۱۲</sup> 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.<sup>۱۳</sup> در مقابل، به بار ننشستن کامل این توافق اگرچه از منظر بین‌المللی و به صورت دو ژور<sup>۱۴</sup> مشکل چندانی ایجاد نمی‌کند، ولی در عمل و به صورت دفاکتو<sup>۱۵</sup> 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.<sup>۱۶</sup> 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 به‌طور رسمی تحقیقات پیرامون این موضوع را آغاز کرد. به نظر می‌رسد که رأی شعبه مقدماتی با پذیرش وضعیت مطرح‌شده از جانب نهادی که دولت بودن آن دارای ابهامات و چالش‌هایی بوده است، گامی رو به جلو بوده و از موضع سنتی اندکی فاصله گرفته است.<sup>۱۷</sup>

### ۱-۲- وضعیت فلسطین در حقوق بین‌الملل و نظریه‌های «دولت بودن»<sup>۱۸</sup>

دولت نهاد حقوقی خاصی است که تحت اختیار و قدرت خود فعالیت کرده و موجود است.<sup>۱۹</sup> با وجود این به دلیل فقدان قوانین و تعاریف یکسان در مورد دولت، نهادهای بین‌المللی را با این معضل مواجه

Post, 30 October 2017, Available at: <https://www.jpost.com/opinion/are-fatah-and-hamas-united-for-the-sake-of-peace-510891>

۱۲. سیداحمد طباطبایی و داوود محبی انجدانی، «حقوق بین‌الملل و تشکیل کشور مستقل فلسطینی»، پژوهش‌های روابط بین‌الملل، ۴، ۱۱ (۱۳۹۳)، ۱۵۷.

13. William Thomas Worster, "The exercise of jurisdiction by the International Criminal Court over Palestine", *American University International Law Review*, 26, 5(2010), 1168.

14. De jure

15. De facto

16. United Nations, Meetings Coverage GA/11317: General Assembly Votes Overwhelmingly to Accord Palestine 'Non-Member Observer State' Status in United Nations, Nov. 29, 2012, <https://www.un.org/press/en/2012/ga11317.doc.htm>

17. Tanvi Bhargava & Rebecca Cardoso, "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*, 54, 1(2021), 14-21.

18. Statehood

19. Michele Pitta, *Statehood and Recognition: The Case of Palestine* (Barcelona: Universitat de Barcelona, 2018), 4.

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 تأسیسی<sup>۲۰</sup> که عنصر «شناسایی»<sup>۲۱</sup> را در نظر می‌گیرد و نظریه اعلامی<sup>۲۲</sup> 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.<sup>۲۳</sup> 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 میکل پیتا<sup>۲۴</sup> 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؛<sup>۲۵</sup> زیرا اگر قرار است یک دولت به‌عنوان یک «واقعیت» وجود داشته باشد، باید از نظر جامعه بین‌المللی نیز وجود داشته و به رسمیت شناخته شده باشد.<sup>۲۶</sup> وفق این نظریه اگر دولتی تمام معیارهای اعلامی را برآورده کند، صرف عدم شناسایی نباید مانع از اعمال حقوق قانونی شود که به یک دولت اعطا می‌شود. در مقابل، حسب نظریه تأسیسی، شناسایی رسمی توسط دولت‌ها موجودیت جدیدی را به‌عنوان یک دولت ایجاد می‌کند.<sup>۲۷</sup> نظریه تأسیسی 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 سؤال مطرح می‌شود که آیا آن نهاد کاملاً یک دولت است یا خیر. ایجاد مانع برای اعمال

20. Constitutive Theory

21. Recognition

22. Declaratory Theory

23. Pitta, Op. Cit. 5.

24. Michele Pitta

۲۵. به خاطر 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.

26. Pitta, Op. Cit. 6.

27. Malcolm Shaw, "international law", Encyclopedia Britannica, 30 Jul. 2024, Available at: <https://www.britannica.com/topic/international-law>. Accessed 21 August 2024

حق تعیین سرنوشت، چالش دیگری در این نظریه است. به موجب این حق یک موجودیت می‌تواند با ایجاد حکومت و اعمال اقتدار بر جمعیت و سرزمین خود، دولت مدنظرش را تشکیل دهد. تمرکز بر حق تعیین سرنوشت کمک می‌کند تا کفه ترازو به نفع نظریه اعلامی سنگینی کند.

به منظور 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 کرانه باختری و هم در نوار غزه ساکن هستند، ولی معیار «سرزمین معین» در مورد فلسطین چالش برانگیز بوده است. برخی استدلال می‌کنند که کرانه باختری و نوار غزه، سرزمین‌های فلسطینی هستند، در حالی که از نظر دیگران، این سرزمین‌ها بخشی از اسرائیل امروزی را تشکیل می‌دهند؛ این اختلاف نظر تعریف سرزمین فلسطین را مبهم می‌سازد.<sup>۲۸</sup> به علاوه 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.<sup>۲۹</sup> همچنین اینکه ناتوانی تشکیلات خودگردان در حفظ اختیارات انحصاری بر برخی تصمیمات سیاست خارجی بدون همکاری اسرائیل، مشکلات بیشتری را ایجاد کرده است.<sup>۳۰</sup> از این رو بر اساس نظریه اعلامی که

۲۸. 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 دفاکتوی سرزمین‌های فلسطینی توسط اسرائیل، ناقض حاکمیت سرزمینی و حق تعیین سرنوشت فلسطینی‌ها محسوب می‌گردد. نک:

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 9 July 2004, I.C.J. Reports 2004, 78, 115.

29. Malcolm N. Shaw, *International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2014), 330.

۳۰. این ناتوانی را ناشی از انعقاد برخی موافقت‌نامه‌ها میان فلسطین و اسرائیل از جمله موافقت‌نامه اصول راجع به ترتیبات موقت حکومت مردمی موسوم به موافقت‌نامه اسلو - واشنگتن (۱۳ سپتامبر ۱۹۹۳) دانسته‌اند. لکن باید اذعان داشت که در نظر گرفتن این موافقت‌نامه‌ها به عنوان چشم‌پوشی خود فلسطینی‌ها از حق تعیین سرنوشتشان غیرقابل دفاع است؛ زیرا نخست اینکه 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 پنج‌ساله انجام گرفته است. این در حالی است که حق تعیین سرنوشت مشمول تعلیق و مرور زمان نمی‌شود؛ دوم، اسرائیل نیز مدعی اعمال حاکمیت بر سرزمین‌های اشغالی نبوده است. اسرائیل در گزارش خود به کمیته حقوق اقتصادی و اجتماعی (مورخ ۱۹ اکتبر ۲۰۰۹) اذعان داشت: «اسرائیل به‌طور مداوم اظهار داشته که میثاق

منحصراً بر معیارهای رسمی کنوانسیون مونته‌ویدئو تکیه دارد، فلسطین برخی از شرایط لازم برای دولت بودن را برآورده نمی‌کند.

از سوی دیگر در پرتو نظریه 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.<sup>۳۱</sup> چنین شناسایی رسمی می‌تواند در قالب عضویت در سازمان‌های بین‌المللی تجلی پیدا کند؛<sup>۳۲</sup> چراکه پذیرش عضویت یک دولت در یک سازمان بین‌المللی، شناسایی ضمنی جمعی تلقی می‌گردد.<sup>۳۳</sup> قطعنامه مجمع عمومی ملل متحد در سال ۲۰۱۲ در مورد وضعیت دولت بودن فلسطین<sup>۳۴</sup> 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 به‌عنوان «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 به‌خودی‌خود برای دولت‌های عضو سازمان الزام‌آور نیستند، اما می‌توانند دلیل مناسبی برای احراز وجود یک عرف بین‌المللی باشند؛<sup>۳۵</sup> 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 عرف‌آنی، 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

بر مناطقی که تابع حاکمیت سرزمینی و صلاحیت اسرائیل نیستند (یعنی کرانه باختری و غزه) اعمال نمی‌شود.» نک: آناهیتا سیفی و سعید ژرفا، امکان‌سنجی طرح شکایت نهاد حکومتی فلسطین علیه اسرائیل در دیوان کیفری بین‌المللی، چاپ اول (تهران: ابتکار قلم، ۱۳۹۷)، ۱۲۴-۱۲۶.

31. Shaw, Op. Cit. 330.

۳۲. 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 اتحادیه دولت‌های عرب، جنبش عدم تعهد و سازمان همکاری‌های اسلامی نیز هست.

۳۳. محمدرضا ضیائی بیگدلی، حقوق بین‌الملل عمومی (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۵)، ۲۱۴.

34. G.A. Res. 19/67 on the Question of Palestine, Nov. 29, 2012.

35. Jack L. Goldsmith & Eric A. Posner, "A Theory of Customary International Law", *University of Chicago Law Review*, 66, 4(1999), 1117.

رسمیت شناخته‌اند،<sup>۳۶</sup> 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.

## 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 صورت‌گرفته در قلمرو سرزمینی دولت عضو و یا جنایات ارتكابیافته از سوی اتباع دولت مزبور است. این در حالی است که رژیم اسرائیل به عضویت این دیوان درنیامده است.<sup>۳۷</sup> 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 نیز بود که فلسطین بتواند به طریقی شکایت خود را به دیوان ارائه نماید؛ یعنی برای این حکومت خودمختار به‌عنوان یک دولت، حق شکایت در نظر گرفته شود.<sup>۳۸</sup> این در حالی است که برخی از حقوق‌دانان بر این باورند که فلسطین اهلیت لازم برای ورود به معاهدات بین‌المللی از جمله اساسنامه رم را ندارد.<sup>۳۹</sup>

در چنین شرایطی در ۲۲ ژانویه ۲۰۰۹ وزیر دادگستری حکومت ملی فلسطین، اعلامیه پذیرش صلاحیت موردی دیوان کیفری بین‌المللی را به‌موجب بند ۳ ماده ۱۲ اساسنامه رم تسلیم دبیرخانه دیوان کرد. نظر به آنکه دولت بودن فلسطین از منظر دادستان دیوان محل مناقشه بود، وی مرجع اتخاذ تصمیم در این خصوص را دبیر کل ملل متحد یا مجمع عمومی دولت‌های عضو دیوان اعلام نمود. دادستان

36. Permanent Observer Mission of The State of Palestine to the United Nations New York, 29 July 2021, Available at: <http://palestineun.org/about-palestine/diplomatic-relations>

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

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

39. Malcolm N. Shaw, "The Article 12(3) Declaration of the Palestinian Authority, the International Criminal Court and international law", *Journal of International Criminal Justice*, 9, 2(2011), 319.

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 دبیر کل وقت ملل متحد خواستار شناسایی فلسطین بر اساس مرزهای ژوئن ۱۹۷۶ با پایتخت قرار دادن 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.<sup>۴۰</sup>

در ۳۱ دسامبر ۲۰۱۴ محمود عباس طی بیانیه‌ای اعلام نمود که فلسطین بر اساس 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.<sup>۴۱</sup> بیانیه مزبور در ۱ ژانویه ۲۰۱۵ توسط دفتر ثبت دیوان وصول و پذیرفته شد.<sup>۴۲</sup> در روز بعد یعنی ۲ ژانویه ۲۰۱۵، فلسطین با تودیع سند الحاق به اساسنامه رم نزد دبیر کل سازمان ملل متحد به اساسنامه رم پیوست.<sup>۴۳</sup> در نتیجه دادستان دیوان کیفری بین‌المللی ارزیابی مقدماتی را در مورد وضعیت فلسطین آغاز نمود.<sup>۴۴</sup> در این مرحله اسرائیل نیز تهدید به انحلال دیوان و قطع بودجه آن کرد.<sup>۴۵</sup> پرسش جالب‌توجه آن است که چرا فلسطین پیش از تودیع سند الحاق به اساسنامه رم نزد دبیر کل ملل متحد به صدور اعلامیه پذیرش صلاحیت موردی دیوان مبادرت نمود؟ همان‌طور که دافنه ریچموند باراک<sup>۴۶</sup> نیز اشاره می‌کند<sup>۴۷</sup> تحلیل حقوقی این امر را می‌توان در بند دوم ماده ۱۱ اساسنامه یافت که وفق

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

41. Declaration Accepting the Jurisdiction of the International Criminal Court - State of Palestine document/Non-UN document, United Nations, 31 December 2014, Available at: <https://www.un.org/unispal/document/auto-insert-202425/>

42. Press Release, Palestine declares acceptance of ICC jurisdiction since 13 June 2014, 05/01/2015, ICC-CPI-20150105-PR1080, Available at: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name/4pr1080>

43. Press Release 1: The State of Palestine accedes to the Rome Statute, 7 January 2015, Available at: [https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name/4pr1082\\_2](https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name/4pr1082_2)

44. Press Release 2: The Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, opens a preliminary examination of the situation in Palestine, 16 January 2015, Available at: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name/4pr1083>

45. Thomas Escrib and Dan Williams, "Israel Lobbies Foreign Powers to Cut ICC Funding", Reuters, January 18, 2015, Available at: <https://www.reuters.com/article/us-icc-palestinians-israel/israel-lobbies-foreign-powers-to-cut-icc-fundingidUSKBN0KR06720150118>

46. Daphne Richemond-Barak

47. Daphne Richemond-Barak, "Doubly Duty at the ICC", EJIL, January 12, 2015, Available at: <https://www.ejiltalk.org/double-duty-at-the-icc>

آن «اگر دولتی پس از لازم‌الاجرا شدن این اساسنامه به آن بپیوندد، دیوان تنها در مورد جرایمی صلاحیت خواهد داشت که پس از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه در مورد آن دولت ارتکاب یافته باشند. مگر آنکه 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.<sup>۴۸</sup>

در نتیجه در ۲۲ مه ۲۰۱۸ فلسطین وضعیت جنایات ارتكابی در سرزمین خود را به دادستان ارجاع داده<sup>۴۹</sup> 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.<sup>۵۰</sup> 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.<sup>۵۱</sup>

## ۲-۱- درخواست دادستان از شعبه مقدماتی

انکای تحقیقات دیوان تاکنون اغلب مبتنی بر قلمرو سرزمینی بوده است. پیگردهای قانونی در مورد جمهوری کنگو، سودان، کنیا، جمهوری آفریقای مرکزی، ساحل عاج و اوگاندا و همچنین ارجاعات

۴۸. برای مطالعه بیشتر نک:

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, 180. Available at: <https://www.legaltools.org/doc/7a6c19/pdf/>

49. 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://icc-cpi.int))

50. ICC (Office of the Prosecutor (OTP)), Report on Preliminary Examination Activities, 5 December 2019, 201.

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

شورای امنیت در مورد سودان و لیبی از این جمله هستند.<sup>۵۲</sup> لکن در مورد وضعیت عراق، تحقیقات در مورد اتباع یک دولت عضو (بریتانیا) به سبب جنایات ادعایی ارتكابی در قلمرو یک دولت غیر عضو (عراق) صورت گرفت. در مورد فلسطین نیز دادستان باید اثبات کند که دلایل معقولی مبنی بر ارتكاب جنایات توسط یک تبعه دولت عضو یا در قلمروی دولت اعلام‌کننده صلاحیت وجود دارد.<sup>۵۳</sup> فاطو بنسودا<sup>۵۴</sup> 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 «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 مدنظر قرار داد:

نخست اینکه 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 به‌طور خودکار بر جنایات ارتكاب‌یافته در سرزمین آن دولت اعمال صلاحیت نماید و هیچ‌گونه رضایت و یا ارزیابی دیگری نیاز نیست. بر خلاف 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 دبیر کل ملل متحد کرده است.<sup>۵۵</sup> لذا چنانچه موجودیتی همچون فلسطین که دولت بودن آن محل تردید است، خواستار الحاق به معاهده مزبور باشد، دبیر کل ملل متحد جهت رفع تردید از قطعنامه‌ها و رویه مجمع عمومی پیروی خواهد نمود؛ یعنی زمانی سند الحاق تودیع‌شده را مورد پذیرش قرار خواهد داد که نشانه‌های صریحی از

52. William A. Schabas, *An introduction to the International Criminal Court*, 4th ed (Cambridge: Cambridge University Press, 2011), 77.

53. G. Knoops, *An introduction to the law of international criminal tribunals: A comparative study*, 2nd edn. (Leiden: Brill Nijhoff, 2014), 77; K. Ambos, *Treaties on international criminal law: International criminal procedure*, vol. 3 (Oxford: Oxford University Press, 2014), 244; N. Calvo-Goller, *The trial proceedings of the International Criminal Court: ICTY and ICTR precedents*. (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006), 181; M. Vagias, *The territorial jurisdiction of the International Criminal Court* (Cambridge: Cambridge University Press, 2014), 47-60; Otto Triffterer & Kai Ambos, *The Rome Statute of the International Criminal Court*, 3rd ed (München: C.H. Beck, 2016), 683.

54. Fatou Bensouda

55. 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, 103,107.

سوی مجمع عمومی (از جمله در قطعنامه‌ها و ...) دال بر دولت تلقی نمودن آن موجودیت وجود داشته باشد.<sup>۵۶</sup> 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.<sup>۵۷</sup>

دوم اینکه 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 اظهارنظر در مورد دولت بودن فلسطین بر اساس حقوق بین‌الملل و تحلیل مسائل گسترده مرتبط با آن نیست؛ اما چنانچه 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 اثرگذار باشد.<sup>۵۸</sup> 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: نخست، حق تعیین سرنوشت مردم فلسطین در سرزمین‌های اشغالی مورد شناسایی بین‌المللی قرار گرفته است؛ دوم، نقض‌های مستمر حقوق بین‌الملل توسط اسرائیل، تأثیر زیان‌باری بر اعمال قدرت مؤثر فلسطین نسبت به سرزمین‌های اشغالی داشته است. سوم، فلسطین از جانب حدود ۱۳۸ دولت مورد شناسایی واقع شده است.<sup>۵۹</sup> از دیدگاه 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

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

57. OLA UNGA Resolution 67/19 Memorandum, 21 December 2012, 15.

58. ICC (Office of the Prosecutor), Op. Cit. 42-43.

59. ICC (Office of the Prosecutor), Op. Cit. 137-138.

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 اتخاذشده توسط دادستان بیشتر پرداخته شود.<sup>۶۰</sup> 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 کارآمدی دیوان می‌شود.<sup>۶۱</sup>

## 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 دیدگاه‌هایی 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: نخست، قطعنامه ۶۷/۱۹ مجمع عمومی فاقد قدرت کافی برای تصمیم‌گیری پیرامون دولت بودن فلسطین است؛ دوم، اقدامات دبیر کل ملل متحد به‌عنوان امین معاهدات چندجانبه در مورد مسئله‌ای چالش‌برانگیز و سیاسی همچون دولت بودن یا نبودن فلسطین، تعیین‌کننده نیست؛ سوم، مشارکت فلسطین در مجمع دولت‌های عضو دیوان کیفری بین‌المللی نمی‌تواند نشان‌گر دولت بودن فلسطین تلقی گردد؛ چهارم، فقدان کنترل مؤثر فلسطین بر

60. Seada Hussein Adem, *Palestine and the International Criminal Court*, Volume 21 (The Hague: ASSER Press, 2019), 62.

۶۱. مرسده مظلومی، «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.

سرزمین و اتباع مناطق مورد مناقشه و نیز فقدان صلاحیت فلسطین بر اتباع اسرائیلی، مجالی برای اعمال صلاحیت سرزمینی باقی نمی‌گذارد.<sup>۶۲</sup> در مقابل، حسب دیدگاه‌های حقوقی فلسطین اول، اشغال این سرزمین بر انسجام و تمامیت ارضی آن تأثیر ندارد؛ دوم، ناتوانی یک دولت در اعمال کامل حاکمیت بر بخش‌هایی از قلمروآش، منجر به از دست دادن حاکمیت بر سرزمین نمی‌شود؛ سوم، توافق‌های خاص میان کشور اشغال‌شده و اشغالگر، حقوق افراد کشور تحت اشغال را مخدوش نمی‌کند و هرگونه توافق خلاف این موضوع هم فاقد اعتبار است.<sup>۶۳</sup>

در دیدگاه‌های ارائه‌شده از جانب قربانیان به‌منظور حمایت از اعمال صلاحیت دیوان نیز مواردی چند مطرح شده است: نخست، اینکه دبیر کل ملل متحد (بر پایه قطعنامه ۶۷/۱۹ مجمع عمومی) سند الحاق فلسطین را مورد پذیرش قرار داده است، چالش دولت بودن فلسطین را به‌منظور الحاق به اساسنامه رم حل می‌کند؛ دوم، چنین پذیرشی از سوی دبیر کل صرفاً در راستای اجرای وظیفه فنی و اداری وی نبوده است؛ زیرا سابقاً از پذیرش اسناد الحاق موجودیت‌هایی که به‌زعم وی شرایط کافی جهت الحاق را نداشته‌اند، امتناع نموده است.<sup>۶۴</sup> سوم، 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؛ چهارم، با توجه به حق تعیین سرنوشت مردم سرزمین‌های اشغالی، محدودیت‌های غیرقانونی تحمیل‌شده توسط اسرائیل و نیز شناسایی بین‌المللی دولت فلسطین در سطح گسترده، هر چهار معیار کنوانسیون مونته‌ویدئو در خصوص فلسطین قابل اعمال است؛<sup>۶۵</sup> پنجم، اعمال کنترل مؤثر تحت اوضاع و احوال خاص اشغال، معیار کافی جهت بررسی دولت بودن فلسطین نیست.<sup>۶۶</sup>

62. 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, 19, 33, 60.

63. 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, 45, 50, 64.

64. 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, 2, 14.

65. Submission on Behalf of Palestinian Victims Residents of the Gaza Strip, *Situation in the State of Palestine*, 16 March 2020, 35, 37.

66. 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, 20.

پس از ارائه ملاحظات مزبور، در نهایت شعبه اول مقدماتی دیوان کیفری بین‌المللی در ۵ فوریه ۲۰۲۱ رأی خود را در مورد صلاحیت دیوان برای رسیدگی به جنایات جنگی احتمالی ارتکاب‌یافته در سرزمین‌های فلسطین اشغالی (غزه و کرانه باختری از جمله اورشلیم شرقی) برای دوره زمانی ۱۳ ژوئن ۲۰۱۴ به بعد صادر کرد.<sup>۶۷</sup> 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 اینکه آیا موجودیتی پیش‌نیازهای لازم برای دولت بودن طبق حقوق بین‌الملل را دارا است یا خیر، فاقد ضرورت است.<sup>۶۸</sup> کما اینکه دیوان بین‌المللی دادگستری نیز در نظریه‌های مشورتی خود پیرامون اعلامیه استقلال کوزوو و دیوار حائل، از تعیین اینکه آیا کوزوو یا فلسطین، دولتی در مفهوم حقوق بین‌الملل بودند یا خیر، اجتناب نموده است.<sup>۶۹</sup> 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 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 (به‌جز 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.<sup>۷۰</sup> 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.<sup>۷۱</sup>

67. 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, 1, 2, 3, 118.

68. ICC (Pre-Trial Chamber I), Op. Cit. 92-93.

69. Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 9 July 2004, I.C.J. Reports 2004, 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, 403.

70. ICC (Pre-Trial Chamber I), Op. Cit. 102, 112.

71. ICC (Pre-Trial Chamber I), Op. Cit. 108.

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 قضاات 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 ۱۳(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 قضاات شعبه مقدماتی به رسمیت شناخته شده است. با این حال چنین استدلالی صراحتاً در هیچ قسمت از رأی یافت نمی‌شود.<sup>۷۲</sup> 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 آنکه در موضع دادستان، رویه‌ها و قطعنامه‌های مجمع عمومی ملل متحد در پذیرش سند الحاق توسط دبیر کل 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 وجود این قاضی کواچ<sup>۷۳</sup> در نظر مخالف خویش برخلاف همکارانش، تحلیل دولت بودن فلسطین را ضروری می‌داند. وی معتقد است که همکارانش از زمان صدور قطعنامه ۶۷/۱۹ به‌اندازه کافی رویه عملی متغیر دولت‌ها را مورد بررسی قرار نداده‌اند. از نظر وی، اینکه آیا سرزمین‌های فلسطینی «بر اساس مفاهیم کاملاً شناخته‌شده حقوق بین‌الملل عمومی» قلمرو یک دولت محسوب می‌شوند یا خیر، یک

۷۲. کای آمبوس، «پایه صلاحیتی مستحکم؟ صلاحیت شکننده دیوان کیفری بین‌المللی در رسیدگی به جنایات ادعایی

ارتكابی در فلسطین»، ترجمه علی مسعودیان، سایت آکادمی بیگدلی، ۵ خرداد ۱۴۰۰. قابل دسترسی در: <https://bigdeliacademy.com/1400/03/05/solid-jurisdiction-basis-the-iccs-fragile-jurisdiction-for-crimes-allegedly-committed-in-palestine-alimasoudian/>

73. Kovács

«مسئله واقعی» و پیش شرط 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 تفسیر مندرج در کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات را نیز پوشش دهد. به‌زعم کواچ، حق تعیین سرنوشت «بلامنازع» است، اما ارتباطی به تعیین دولت بودن ندارد.<sup>۷۴</sup>

رای شعبه مقدماتی دیوان در مواضع دولت‌ها نیز با انتقاداتی مواجه شد. ۲۲ مورد از ۴۲ بیانیه صادرشده 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، بیانیه 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.<sup>۷۵</sup> با وجود این 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.<sup>۷۶</sup> منطقاً نیز اگر جامعه بین‌المللی و دولت‌ها از طریق تصمیم مجمع عمومی ملل متحد به فلسطین شاخصه دولت بودن را اعطا کنند و آن دولت شناسایی شده، با رعایت تشریفات به اساسنامه ملحق شود، این بر عهده 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.

## نتیجه‌گیری

وضعیت فلسطین در حقوق بین‌الملل همواره متأثر از عناصر دولت - کشور و شناسایی بوده است. پیشینه 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

75. Hussein Adem, Op. Cit. 57.

76. ICC (Pre-Trial Chamber I), Op. Cit. 101, 112.

حقوقی فلسطین به‌عنوان یک سرزمین اشغالی قرینه‌هایی است که در پرتو آن بتوان فلسطین را حداقل از شخصیت حقوقی بین‌المللی مشابه هر دولت دیگری برخوردار دانست. با وجود این 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 هست، ولی چالش اصلی در مورد آن برخورداری از سرزمین معین است. از میان سرزمین‌های فلسطینی، اسرائیل بخش‌هایی را به‌صورت غیرمنسجم و تکه‌پاره 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 باریکه غزه، قدرت در دست حماس بوده و دولت محلی در آن اقتدار و حاکمیت ندارد. در نتیجه حسب عناصر چهارگانه موردنظر نمی‌توان به‌صورت 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 اظهارنظر 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 آنکه در موضع دادستان، رویه‌ها و قطعنامه‌های مجمع عمومی ملل متحد در پذیرش سند الحاق توسط دبیر کل 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 به‌عنوان 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، اصولی‌تر و با واقعیات موجود سازگارتر است. در نهایت 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 به موجب 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 به عنوان دولت عضو در دیوان کیفری بین‌المللی و به تبع آن احراز صلاحیت دیوان تأثیر بسزایی داشته است؛ فرایندی که حکایت از تأکید ضمنی بر نظریه تأسیسی بودن شناسایی در حقوق بین‌الملل است.

علی‌رغم آنکه 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.

## فهرست منابع

الف) منابع فارسی

کتاب‌ها

- بیگدلی، سعید. ابعاد حقوقی جنگ اسرائیل علیه غزه. چاپ اول. تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۹.
- ذاکر حسین، محمدهادی. جستاری در مقابله با بی کیفرمانی مرتکبان جرایم بین‌المللی. تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۴۰۱.
- سیفی، آناهیتا و سعید ژرفا. امکان‌سنجی طرح شکایت نهاد حکومتی فلسطین علیه اسرائیل در دیوان کیفری بین‌المللی، چاپ اول. تهران: ابتکار قلم، ۱۳۹۷.
- ضیائی بیگدلی، محمدرضا. حقوق بین‌الملل عمومی. تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۵. مقالات
- آمبوس، کای. «پایه صلاحیتی مستحکم؟ صلاحیت شکننده دیوان کیفری بین‌المللی در رسیدگی به جنایات ادعایی ارتكابی در فلسطین»، ترجمه علی مسعودیان. سایت آکادمی بیگدلی. ۵ خرداد ۱۴۰۰. قابل دسترسی در: <https://bigdeliacademy.com/1400/03/05/solid-jurisdictional-basis-the-iccs-fragile-jurisdiction-for-crimes-allegedly-committed-in-palestine-alimasoudian/>
- امیری، صالح، مریم سعیدی شاهشواری، هدیه غلامرضایی آزاد و محمد قربان‌زاده. «تعیین نقض‌های حقوق بین‌الملل بشردوستانه مرتبط با شهرک‌سازی در اراضی اشغالی فلسطین در دیوان کیفری بین‌المللی». مطالعات بین‌رشته‌ای دانش راهبردی، ۱۰، ۳۸ (۱۳۹۹)، ۱۶۹-۱۹۵.
- DOR: 20.1001.1.24234621.1401.12.48.7.1
- طباطبایی، سید احمد و داوود محبی انجدانی. «حقوق بین‌الملل و تشکیل کشور مستقل فلسطینی». پژوهش‌های روابط بین‌الملل، ۴، ۱۱ (۱۳۹۳)، ۱۲۹-۱۶۲.
- مظلومی، مرصده. «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.
- ب) منابع خارجی

### Books

- Ambos, K. Treaties on international criminal law: International criminal procedure, vol. 3. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- Aust, A. Modern Treaty Law and Practice, 3th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- Calvo-Goller, N. The trial proceedings of the International Criminal Court: ICTY and ICTR precedents. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.
- Crawford, James, The Creation of States in International Law, 2nd edition. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- Hussein Adem, Seada. Palestine and the International Criminal Court, Volume 21. The Hague: ASSER Press, 2019.
- Knoops, G. An introduction to the law of international criminal tribunals: A comparative

study, 2nd ed. Leiden: Brill Nijhoff, 2014.

- Schabas, William A. An introduction to the International Criminal Court, 4th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

- Shaw, Malcolm N. International Law, 7th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

- Triffterer, Otto & Kai Ambos. The Rome Statute of the International Criminal Court, 3rd ed. München: C.H. Beck, 2016.

- Vagias, M. The territorial jurisdiction of the International Criminal Court. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

#### Articles

- Bhargava, Tanvi & Rebecca Cardoso. "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*, 54, 1(2021), 14-21. Available at: <https://www.nyujilp.org/wp-content/uploads/2021/10/TanviFinal.pdf>

- Goldsmith, Jack L. & Eric A. Posner. "A Theory of Customary International Law". *University of Chicago Law Review*, 66, 4(1999), 1113-1177. <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol66/iss4/2/>

- Hossain, Mohammad Amjad. "Are Fatah and Hamas United for the Sake of Peace?". The Jerusalem Post. 30 October 2017. Available at: <https://www.jpost.com/opinion/are-fatah-and-hamas-united-for-the-sake-of-peace-510891>

- Shaw, Malcolm N. "The Article 12(3) Declaration of the Palestinian Authority, the International Criminal Court and international law". *Journal of International Criminal Justice*, 9, 2(2011), 301-324. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqr012>

- Worster, William Thomas. "The exercise of jurisdiction by the International Criminal Court over Palestine". *American University International Law Review*, 26, 5(2010), 1153-1209. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1632565>

#### Documents

- Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in respect of Kosovo, Advisory Opinion. I.C.J. Reports 2010, 22 July 2010.

- 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, 180. Available at: <https://www.legaltools.org/doc/7a6c19/pdf/>

- Declaration Accepting the Jurisdiction of the International Criminal Court - State of Palestine document/Non-UN document, United nations. 31 December 2014. Available at: <https://www.un.org/unispal/document/auto-insert-202425/>

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

- G.A. Res. 19/67 on the Question of Palestine. Nov. 29, 2012.

- ICC (Office of the Prosecutor (OTP)). Report on Preliminary Examination Activities. 5

December 2019.

- 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.

- 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.

- Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion. I.C.J. Reports, 2004.

- 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.

- OLA UNGA Resolution 67/19 Memorandum. 21 December 2012.

- Submission on Behalf of Palestinian Victims Residents of the Gaza Strip, Situation in the State of Palestine. 16 March 2020.

- 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.

- 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.

- 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.

#### Websites

- "Gaza: Apparent War Crimes During May Fighting: Israeli, Palestinian Violations Show Need for International Criminal Court Inquiry", Human Rights Watch, July 27, 2021. Available at: [www.hrw.org/news/2021/07/27/gaza-apparent-war-crimes-during-may-fighting](http://www.hrw.org/news/2021/07/27/gaza-apparent-war-crimes-during-may-fighting).

- Escritt, Thomas and Dan Williams. "Israel Lobbies Foreign Powers to Cut ICC Funding". Reuters. January 18, 2015. Available at: <https://www.reuters.com/article/us-icc-palestinians-israel/israel-lobbies-foreign-powers-to-cut-iccfundingidUSKBN0KR06720150118>

- McMahon, Robert and Jonathan Masters. "Palestinian Statehood at the UN". Council on Foreign Relations. Last updated November 30, 2012. Available at: [www.cfr.org/background/palestinian-statehood-un](http://www.cfr.org/background/palestinian-statehood-un)

- Passia. PLO vs. PA. Jerusalem: Palestinian Academic Society for the Study of International Affairs, (2014). Available at: [www.passia.org/media/filer\\_public/8a/e7/8ae7c030-ac1d-4688-b3f4-606fbd50cd41/pa-plo2.pdf](http://www.passia.org/media/filer_public/8a/e7/8ae7c030-ac1d-4688-b3f4-606fbd50cd41/pa-plo2.pdf).

- Permanent Observer Mission of The State of Palestine to the United Nations New York. 29 July 2021. Available at: <http://palestineun.org/about-palestine/diplomatic-relations>

- Pitta, Michele. *Statehood and Recognition: The Case of Palestine*. Barcelona: Universitat de Barcelona, 2018. Available at: [https://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/123175/1/TFM\\_Michele\\_Pitta.pdf](https://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/123175/1/TFM_Michele_Pitta.pdf)
- Press Release 1: The State of Palestine accedes to the Rome Statute. 7 January 2015. Available at: [https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name%4apr1082\\_2](https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name%4apr1082_2)
- Press Release 2: The Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, opens a preliminary examination of the situation in Palestine. 16 January 2015. Available at: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name%4apr1083>
- Press Release, Palestine declares acceptance of ICC jurisdiction since 13 June 2014. 05/01/2015. ICC-CPI-20150105-PR1080, Available at: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name%4apr1080>
- 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).
- Richemond-Barak, Daphne. "Doubly Duty at the ICC". EJIL. January 12, 2015. Available at: <https://www.ejiltalk.org/double-duty-at-the-icc>
- Shaw, Malcolm. "International Law", Encyclopedia Britannica. 30 Jul. 2024. Available at: <https://www.britannica.com/topic/international-law>. Accessed 21 August 2024
- 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. Available at: <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-fatou-bensouda-conclusion-preliminary-examination-situation-palestine>
- United Nations. Meetings Coverage GA/11317: General Assembly Votes Overwhelmingly to Accord Palestine 'Non-Member Observer State' Status in United Nations. Nov. 29, 2012. <https://www.un.org/press/en/2012/ga11317.doc.htm>.