

Original Article

Historical Developments in the Enjoyment of the Right to a Fair Trial by Those Accused of Committing Terrorist Acts, with an Emphasis on the Case of Omar Khadr in Canadian Courts in the Light of International Humanitarian soft Law

Sadegh Salami^{1*}, Farid Beyranvand², Afshin Jafari³

1. Associate Professor, Department of Law, Faculty of Law, Islamic Azad University, Central Tehran Branch, Tehran, Iran. (Corresponding Author) Email: sadeghsalimi@yahoo.com
2. Ph.D. in Public International Law, Department of Law, Faculty of Law, Islamic Azad University, Central Tehran Branch, Tehran, Iran.
3. Assistant Professor, Department of International Law, Faculty of Law, Payame Noor University, Tehran, Iran.

Received: 21 Jan 2020 Accepted: 24 Nov 2020

Abstract

Background and Aim: With the spread of terrorist operations in the aftermath of the 9/11 attacks, in the process of combating terrorist activities, for a variety of reasons, including the lack of control tools and the special status of terrorist forces relative to ordinary people, some governments have taken steps to prevent defendants They committed terrorist acts in some instances of human rights and humanitarian law, including the right to a fair trial.

Materials and Methods: This research is of theoretical type and the research method is descriptive-analytical and the method of data collection is library and has been done by referring to documents, books and articles.

Findings: The new practices have been heavily criticized by writers, lawyers and even non-governmental actors such as the Red Cross. These criticisms led to the drafting and ratification of important non-binding documents by the United Nations. These non-binding documents moved to interpret and reinforce existing rigid norms.

Ethical Considerations: In order to organize this research, while observing the authenticity of the texts, honesty and fidelity have been observed.

Conclusion: In analyzing the case law of national courts in the face of soft humanitarian law, two different assumptions can be made: In the first hypothesis, the pattern of behavior of national courts in the face of the soft law environment is also considered by other national courts in the territory of other countries and this behavior of national courts through repetition, in fact, provides a good basis for the formation of international customary norms and rules. In the second hypothesis, national courts resist the formation of new customary norms and rules. Simply put, they do not enforce the soft norms and rules proposed by other courts in the international law literature because they are non-binding and conflict with some of the existing strict principles and rules.

Keywords: Humanitarian Law; the Right to a Fair Trial; National Courts; International Soft Law

Please cite this article as: Salami S, Beyranvand F, Jafari A. Historical Developments in the Enjoyment of the Right to a Fair Trial by Those Accused of committing Terrorist Acts, with an Emphasis on the Case of Omar Khedr in Canadian Courts in the Light of international Humanitarian Soft Law. *Med Hist J*, Special Issue on the History of Islam and Iran 2020; 137-149.

تحولات تاریخی تمتع متهمان به ارتکاب اعمال تروریستی از حق بر دادرسی عادلانه با تأکید بر پرونده عمر خضر در محاکم کانادا در پرتو حقوق نرم بشردوستانه بین‌المللی

صادق سلیمی^{۱*}، فرید بیرانوند^۲، افشین جعفری^۳

۱. دانشیار، گروه حقوق، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی، تهران، ایران. (نویسنده مسؤول)

Email: sadegsalimi@yahoo.com

۲. دکتری تخصصی حقوق بین‌الملل عمومی، گروه حقوق، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی، تهران، ایران.

۳. استادیار، گروه حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران.

دریافت: ۱۳۹۹/۴/۱ پذیرش: ۱۳۹۹/۹/۴

چکیده

زمینه و هدف: با گسترش عملیات‌های تروریستی پس از حملات یازده سپتامبر، در فرآیند مبارزه با فعالیت‌های تروریستی، بنا به دلایل مختلف از جمله فقدان ابزارهای کنترلی و وضعیت خاص نیروهای تروریستی نسبت به مردم عادی، برخی از دولت‌ها رویه‌هایی را در جهت عدم تمتع متهمان به ارتکاب اعمال تروریستی از برخی مصادیق حقوق بشر و حقوق بشردوستانه از جمله حق بر دادرسی عادلانه ایجاد نمودند.

مواد و روش‌ها: این تحقیق از نوع نظری بوده روش تحقیق به صورت توصیفی - تحلیلی می‌باشد و روش جمع‌آوری اطلاعات به صورت کتابخانه‌ای است و با مراجعه به اسناد، کتب و مقالات صورت گرفته است.

یافته‌ها: رویه‌های جدید مورد انتقاد شدید نویسندگان، حقوقدانان و حتی بازیگران غیر دولتی مانند صلیب سرخ قرار گرفت. این انتقادات موجب شد که اسناد غیر الزام‌آور مهمی در این زمینه از سوی ملل متحد طراحی و تصویب شوند. اسناد غیر الزام‌آور مزبور در جهت تفسیر و تقویت هنجارهای سخت موجود حرکت کردند.

ملاحظات اخلاقی: در تمام مراحل نگارش پژوهش حاضر، ضمن رعایت اصالت متون، صداقت و امانتداری رعایت شده است.

نتیجه‌گیری: در تحلیل رویه محاکم ملی در مواجهه با حقوق نرم بشردوستانه دو فرض مختلف متصور است: در فرض اول، الگوی رفتاری محاکم ملی در مواجهه با فضای حقوق نرم، از جانب سایر محاکم ملی در قلمرو کشورهای دیگر نیز به مورد توجه قرار می‌گیرد و این رفتار محاکم ملی به واسطه تکرار، عملاً مبنایی مناسب برای شکل‌گیری هنجارها و قواعد عرفی بین‌المللی را فراهم می‌کند؛ در فرض دوم، محاکم ملی در برابر شکل‌گیری هنجارها و قواعد عرفی جدید مقاومت می‌کنند. به بیان ساده‌تر، هنجارها و مقررات نرمی که توسط سایر محاکم در ادبیات حقوق بین‌الملل مطرح شده است را به واسطه غیر الزام‌آور بودن و تعارض با برخی اصول و قواعد سخت موجود، اجرا نمی‌کنند.

واژگان کلیدی: حقوق بشردوستانه؛ حق بر دادرسی عادلانه؛ محاکم ملی؛ حقوق نرم بین‌المللی

مقدمه

رسالت اصلی هنجارهای حقوقی، تنظیم روابط میان تابعان یا بازیگران عالم حقوق می‌باشد. در میان حوزه‌های مختلف عالم حقوق، حقوق بشردوستانه بین‌المللی مجموعه‌ای از قواعد بین‌المللی است که برای تنظیم رفتار با افراد غیر نظامی یا نظامی، مجروحین یا فعال در مخاصمات مسلحانه، طراحی شده است، در نتیجه می‌توان گفت که حقوق بشردوستانه بین‌المللی مجموعه قواعدی است که بنا به دلایل بشردوستانه به دنبال محدود کردن آثار مخاصمات مسلحانه می‌باشد (۱).

از سویی، هنجارهای حوزه حقوق بشردوستانه به دو دسته هنجارهای سخت و هنجارهای نرم تقسیم می‌شوند. مقصود از هنجارهای سخت، هنجارهایی می‌باشد که دارای دو رکن الزام‌آوری و پابندی هستند. به بیان ساده‌تر، هنجارهای مزبور در ضمن قالب‌هایی بیان شده‌اند که در فضای حقوق و روابط بین‌المللی، قالب‌های الزام‌آور (مانند معاهدات و عرف‌های بین‌المللی) محسوب می‌شوند؛ و تابعان حقوق بین‌الملل نیز نسبت به آن‌ها پایبند هستند. همچنین مقصود از هنجارهای نرم، هنجارهایی است که علی‌رغم غیر الزام‌آوردن، (یعنی بیان شدن در ضمن قالب‌های غیر الزام‌آور مانند قطع‌نامه‌ها، اعلامیه‌ها، رویه‌های خاص و...)، تابعان حقوق بین‌الملل نسبت به آن‌ها پایبند می‌باشند (۲).

مع‌الوصف در عصر اطلاعات و تکنولوژی‌های نوین، ورود سریع متغیرها و عوامل جدید به عرصه روابط بین‌الملل و به ویژه مخاصمات مسلحانه، مانند پدیده تروریسم، هواپیماهای بدون سرنشین، استفاده از هوش مصنوعی، و... نیازهای فوری و جدیدی را در حوزه حقوق بشردوستانه بین‌المللی ایجاد می‌کند. بدیهی است که به موازات نیازهای مزبور حقوق بشردوستانه نیز باید برای پاسخگویی، قواعد و هنجارهای مناسب را طراحی و ارائه دهد. از سوی دیگر منابع سنتی حقوق بین‌الملل (یعنی منابع مندرج در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌الملل دادگستری)، نمی‌تواند همگام با سرعت نیازهای جدید، متحول و اصول و قواعد مورد نیاز را ارائه دهد. در این میان نباید از این نکته نیز غافل شد که وجود اصولی همچون اصل انسانیت و کاهش حداکثری اثرات مخاصمات

مسلحانه، اهمیت فوریت و نیاز به پاسخگویی سریع را دوچندان می‌کند. از طرفی «سرعت در فرآیند شکل‌گیری»، یکی از ویژگی‌های منحصر به فرد هنجارها و قواعد حقوق نرم می‌باشد. در نتیجه، وزن منابع سنتی حقوق بشردوستانه تقریباً هم‌سنگ منابع جدید آن می‌باشد (۳).

در راستای اهمیت و ضرورت پژوهش حاضر باید به این نکته توجه داشت که، دولت‌ها و بازیگران فضای روابط بین‌المللی تعهدات موجود در هنجارهای حقوق نرم را به واسطه فقدان عنصر الزام‌آوری، ساده‌تر و سریع‌تر مورد پذیرش قرار می‌دهند. در نتیجه همگام با تعریف نیازها و ضرورت‌های جدید در عرصه روابط بین‌المللی، هنجارهای حقوق نرم با سرعت بیشتری می‌توانند ایجاد و به تنظیم روابط تابعان حقوق بپردازند. این مسأله موجب می‌شود که در ادبیات حقوق و روابط بین‌المللی با تعداد زیادی از اسناد و هنجارهای نرم مواجه شویم. حال چنانچه ارزش واقعی هنجارهای مزبور به دقت بررسی و ترسیم نشود، عملاً در فضای حقوق و روابط بین‌المللی با توری از هنجارها و اسناد نرم مواجه خواهیم شد که نقش و هدف آن‌ها در فرآیند شکل‌گیری هنجارها و قواعد سخت و الزام‌آور تبیین نشده است، در حالی که عملاً هنجارها و رویه‌های حقوق نرم به اندازه‌ای در فضای حقوق داخلی و بین‌الملل موضوعه دارای اهمیت می‌باشند که محاکم ملی در فرآیند تحلیل و صدور آرای خود، هنجارهای مزبور را مورد توجه قرار می‌دهند. با توجه به این نکته، در پژوهش حاضر به دنبال پاسخ به این پرسش هستیم که در پرتو رویه محاکم ملی با تأکید بر پرونده آقای عمر خدر (که اتهام وی ارتباط با گروه‌های تروریستی در افغانستان می‌باشد) در محاکم کانادا، حق بر دادرسی عادلانه در فضای حقوق بین‌الملل بشردوستانه در حال حاضر دارای چه مصادیقی می‌باشد و چه تحولاتی را در قالب اسناد و هنجارهای حقوق نرم پشت سر نهاده است.

ملاحظات اخلاقی

در تدوین این پژوهش، اصل امانتداری و صداقت استناد به متون مورد استفاده، اصالت منابع و پرهیز از جانبداری در مراجعه به متون یا تحلیل‌ها، رعایت شده است.

مواد و روش‌ها

این تحقیق از نوع نظری بوده روش تحقیق به صورت توصیفی تحلیلی می‌باشد و روش جمع‌آوری اطلاعات به صورت کتابخانه‌ای است و با مراجعه به اسناد، کتب و مقالات صورت گرفته است.

یافته‌ها

رویه‌های جدید در ارتباط با محدودیت‌های تمتع از حق بر دادرسی عادلانه نسبت به متهمان به ارتکاب عملیات تروریستی مورد انتقاد شدید نویسندگان، حقوقدانان و حتی بازیگران غیر دولتی مانند صلیب سرخ قرار گرفته است. این انتقادات موجب شد که اسناد غیر الزام‌آور مهمی در این زمینه از سوی ملل متحد طراحی و تصویب شوند؛ اسناد غیر الزام‌آور مزبور نیز در جهت تفسیر و تقویت هنجارهای سخت موجود حرکت کردند.

بحث

۱- مفهوم حقوق نرم

بنای اصلی تئوری حقوق نرم این است که حقوق یک پدیده صفر و صدی نیست (یا نباید باشد). این نگاه که برگرفته از فضای منطق فازی می‌باشد، رویکرد کلاسیک، یعنی قالب‌گرایی را با چالش مواجه کرده است. به تعبیری فضای حقوق باید طیف‌های مختلفی از روابط را مورد تحلیل و بررسی قرار دهد و در مرحله بعد به تنظیم آن‌ها بپردازد. باتوجه به این دیدگاه، نگاه به عالم حقوق در قالب‌های دوگانه سنتی مانند قانونی و غیر قانونی، الزامی و غیر الزامی بی‌فایده است. در واقع باید حقوق را در شرایط و درجات مختلف و متنوعی از قانونی‌بودن یا الزام‌آوری دید (۴). به بیان ساده‌تر وضعیت حقوقی روابط تابعان حقوق در طیفی از حالت‌های مختلف، از جمله قانونی، کم‌تر قانونی، غیر قانونی، کم‌تر غیر قانونی و... قرار می‌گیرد (۵). اختلاف نظر میان حقوقدانان و نویسندگان حقوق بین‌الملل در ارتباط با مکاتب حقوقی - فلسفی و نوع نگاه به فضای روابط بین‌المللی و مناسبات آن با

حقوق بین‌الملل، باعث شده است که تعاریف و تعبیر بسیار مختلفی از حقوق نرم ارائه شود.

به اعتقاد برخی از حقوقدانان، ریشه اصلی مفهوم حقوق نرم به تفکرات لردمک نایر بازمی‌گردد (۶). برخی نویسندگان با یک نگاه کلی معتقدند که «حقوق نرم مجموعه‌ای از قواعد رفتاری است که علی‌رغم فقدان عنصر الزام‌آوری، در عمل دارای تأثیر گسترده‌ای می‌باشد» (۷). برخی دیگر از نویسندگان حقوق نرم را چنین تعریف می‌کنند: «حقوق نرم قواعد رفتاری است که به مرحله الزام‌آوری حقوقی نرسیده است، اما در تحلیل و بررسی مفاهیم مختلف حقوقی مؤثر است» (۸).

برخی دیگر از نویسندگان حقوق نرم را: «هر نوع سند مکتوب بین‌المللی غیر معاهداتی می‌دانند که دربردارنده اصول، استانداردها و یا سایر اظهاراتی است که علی‌رغم فقدان قالب حقوقی، امکان پیش‌بینی رفتار آتی دولت‌ها را فراهم می‌کند» (۹). تعاریف مطرح‌شده تا حدودی در تبیین ماهیت حقوق نرم مؤثر هستند، اما به نظر می‌رسد که هیچ کدام از آن‌ها را نمی‌توان یک تعریف جامع و مانع قلمداد کرد. تعریفی که پروفیسور سندن ارائه کرده‌اند تقریباً برخی جنبه‌های تعاریف فوق را با هم در نظر گرفته است: «قواعد رفتاری که در ابزارهایی که قدرت الزام‌آوری حقوقی ندارند بیان می‌شوند، اما با این وجود می‌توانند آثار حقوقی مشخص (غیر مستقیم) داشته و یا در نظر داشته باشند و می‌توانند آثار عملی ایجاد کنند.» در این تعریف در واقع شاهد کشمکش میان قصد و نتیجه هستیم. اینجاست که باید بگوییم حقوق نرم، قواعد رفتاری را ایجاد می‌کند که هدف آن حداقل برخی آثار رویه‌ای است، اما این آثار بستگی به فاکتورهایی غیر از قدرت الزام حقوقی است (۱۰).

با توجه به تعاریف فوق درمی‌یابیم که چند عنصر را می‌توان به عنوان عناصر مشترک تعاریف مذکور تعیین کنیم: عنصر اول قواعد رفتاری می‌باشد؛ عنصر دوم ظهور در ابزارهایی که فاقد قدرت الزام حقوقی هستند؛ عنصر سوم وجود اراده صریح واضعان برای توسل به حقوق نرم می‌باشد (۱۱). به تعبیری هر تعهد غیر الزام‌آوری الزاماً حقوق نرم

می‌دهند و در تحلیل نهایی خود، مفهوم حقوق نرم را صرفاً محدود به «قالب‌ها و اسنادی» می‌دانند که فاقد عنصر الزام‌آوری هستند. در این رویکرد مفهوم حقوق نرم ارتباط تنگاتنگی با حقوق سازمان‌های بین‌المللی پیدا می‌کند و به تصمیمات سازمان‌های بین‌المللی که به موجب مقررات داخلی آن‌ها برای اعضای الزام‌آور نمی‌باشند و نیز اعلامیه‌های یک‌جانبه دولت‌ها در روند تدوین کنوانسیون‌های بین‌المللی اطلاق می‌شود (۱۹).

مع الوصف به نظر می‌رسد از آنجا که حقوق نرم گاهی در فضای خلأ هنجاری به دنبال ایجاد هنجار جدید است و گاهی نیز در فضای وجود هنجارها، به دنبال تکمیل هنجارهای موجود است و نهایتاً گاهی به دنبال ایجاد رویه مخالف قواعد موجود ناکارآمد و یا ضعیف می‌باشد و در عین حال به نقش‌آفرینی گسترده در حوزه‌های مختلف از جمله ترسیم چارچوب‌های سازمانی، مواجهه با چالش‌های مقرراتی، توسعه و ارتقای هنجارهای موجود، تصویب هنجارهای جدید و همچنین ارزیابی مقدماتی و چشم‌انداز آینده در روند شکل‌گیری هنجارهای جدید می‌پردازد، رویکرد موسع یا اثرگرایی به مفهوم حقوق نرم با واقعیت‌های فضای روابط بین‌المللی همخوانی بیشتری دارد (۲).

۳- حق بر دادرسی در پرتو اسناد و رویه بین‌المللی

حق بر دادرسی عادلانه از جمله اصول اساسی می‌باشد که در تمام نظام‌های حقوق کیفری و به ویژه نظام حقوق بین‌الملل کیفری مورد شناسایی قرار گرفته است. باید دقت داشت که حق مزبور و مصادیق آن از طریق ادبیات حقوق بین‌الملل کیفری موضوعه وارد نظام‌های حقوق کیفری داخلی گردید. به همین دلیل عملاً هنجارها و اسناد نظام حقوق بین‌الملل کیفری باعث ایجاد همگرایی و هماهنگی نسبی میان نظام‌های حقوق کیفری داخلی شدند. به همین دلیل برای بررسی و شناخت مصادیق حق بر دادرسی عادلانه، لازم است که به فضای حقوق بین‌الملل کیفری و اسناد آن مراجعه کنیم. اسناد و هنجارهای مزبور در حال حاضر در قامت کنوانسیون‌ها و عرف‌های جهانی برای همه دولت‌ها لازم‌الاتباع هستند و از همین طریق وارد ساختارهای حقوق داخلی شده‌اند (۲۰).

نمی‌باشد (۱۲)؛ عنصر چهارم آثار عملی و تأثیر بر رفتار می‌باشد (۱۳)؛ عنصر پنجم داشتن عبارت پردازی و سیاق ویژه می‌باشد. به جهت این که حقوق نرم با مفاهیم مانند اصول کلی حقوق اشتباه نشود باید دارای ادبیات و عبارت‌پردازی خاص خود باشد، زیرا اصول کلی حقوق (مانند اصل حسن نیت) نیز حاوی تعهدات و قواعد مشخص و منجزی نیستند (۱۴). از آنچه که تا به حال بیان شد، می‌توان چنین نتیجه گرفت که از منظر حقوق نرم، مرزبندی کاملاً دقیق و منجزی میان حقوق و غیر حقوق وجود ندارد و حقوق نرم خود در این فضای بینابینی قرار گرفته است (۱۵).

۲- رویکردهای مختلف به مفهوم حقوق نرم

در فضای حقوق بین‌الملل، در ارتباط با مفهوم حقوق نرم و مصادیق آن، دو رویکرد کلی در فضای حقوق بین‌الملل موضوعه و ادبیات نویسندگان حقوق بین‌الملل وجود دارد: رویکرد مضیق یا قالب‌گرایی، رویکرد موسع یا اثرگرایی.

در پرتو رویکرد موسع یا اثرگرایی، قواعد حقوقی دارای دو رکن می‌باشند: اول الزام‌آوری؛ دوم پایبندی. مطابق با این رویکرد، هر آنچه در فضای حقوق بین‌الملل حقوق سخت محسوب نشود، در واقع حقوق نرم می‌باشد. به بیان ساده‌تر، چنانچه یک قاعده فاقد رکن الزام‌آوری باشد، اما در فضای روابط بازیگران بین‌المللی بنا به هر دلیلی نسبت به آن پایبندی وجود داشته باشد، مصادیقی از مفهوم حقوق نرم محسوب می‌شود. در این حالت مفهوم حقوق نرم بسیار گسترده می‌باشد. به تعبیری هر آنچه خارج از سازوکار ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری باشد نوعی از حقوق نرم محسوب می‌شود، مانند اعمال یک‌جانبه غیر الزام‌آور دولت‌ها در قالب اعلامیه‌ها، اعمال یک‌جانبه سازمان‌های بین‌المللی و حتی اعمال و تصمیمات بازیگران غیر دولتی. در واقع، طرفداران رویکرد موسع، مفهوم حقوق نرم را علاوه بر قالب‌ها و اسناد غیر الزام‌آور، شامل رویه‌های جدیدی که بر خلاف هنجارهای موجود در فضای روابط بین‌المللی ایجاد شده‌اند نیز می‌دانند (۱۸-۱۶).

از سوی دیگر طرفداران رویکرد مضیق یا قالب‌گرایی، با نگاهی سخت‌گیرانه مفهوم حقوق نرم را مورد بررسی قرار

حق بر دادرسی عادلانه برای ار در اعلامیه جهانی حقوق بشر در قالب یک اصل کلی مورد توجه قرار گرفت. ماده ۱۰ اعلامیه جهانی حقوق بشر در این راستا مقرر می‌دارد: «هرکس حق دارد با استفاده کامل از تساوی حقوق با دیگران، دعوی او در یک دادگاه مستقل و بی‌طرف عادلانه و علنی رسیدگی شود و آن دادگاه درباره حقوق و تعهدات او، یا صحت هرگونه اتهام کیفری که به او متوجه باشد حکم دهد.» حق بر دادرسی عادلانه نیز به مانند سایر مصادیق حقوق بشر در اعلامیه جهانی، در قالب یک اصل کلی بیان شده است. به طور کلی، این اصول در حوزه‌های مختلف حقوق بین‌الملل وارد شده‌اند، در نتیجه برای دستیابی به قواعد و وجوه خاص این اصول، باید به سایر اسناد و رویه بازیگران بین‌المللی از جمله میثاق‌های بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و همچنین حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و... مراجعه کنیم.

حق بر دادرسی عادلانه در تمام کنوانسیون‌های چهارگانه ذیل مواد ۴۹، ۵۰ و ۱۰۲ الی ۱۰۸، و پروتکل‌های الحاقی اول و دوم و نیز پروتکل دوم الحاقی به کنوانسیون لاهه راجع به حفاظت از میراث فرهنگی در موارد وقوع مخاصمات مسلحانه، مورد تصریح قرار گرفته است. همچنین به استناد ماده ۱۳۰ کنوانسیون سوم ژنو، محروم کردن افراد تحت حفاظت از دادرسی عادلانه، نقض فاحش کنوانسیون سوم و چهارم ژنو محسوب می‌شود. همچنین محروم کردن افراد از حق بر دادرسی عادلانه در بند دوم از ماده ۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، ماده ۲ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق، ماده ۴ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی برای رواندا و ماده ۳ اساسنامه دادگاه ویژه برای سیرالئون مورد توجه قرار گرفته است.

حق بر دادرسی عادلانه، نه فقط در فضای اسناد و کنوانسیون‌های بین‌المللی بلکه در رویه داخلی دولت‌ها به ویژه مقررات خاص مانند دستورالعمل‌های نظامی مورد توجه قرار گرفته است، علاوه بر این، مطابق گزارش‌های کمیته بین‌المللی صلیب سرخ و شورای حقوق بشر ملل متحد، در حقوق کیفری بسیاری از دولت‌ها محرومیت از حق بر دادرسی عادلانه جرم‌انگاری شده است (۲). اسناد حقوق بشر و حقوق

بشردوستانه، در ارتباط با تعریف حق بر دادرسی عادلانه، در واقع مجموعه‌ای از تضمینات قضایی را مشخص نموده‌اند که در واقع نتیجه اعمال آن‌ها، تضمین حق بر دادرسی عادلانه می‌باشد. با بررسی مجموعه اسناد حقوق بشر و بشردوستانه، تضمینات حداقلی در جهت اجرای حق بر دادرسی عادلانه به دست می‌آید که عبارتند از:

۱-۳- محاکمه توسط یک دادگاه مستقل و بی‌طرف

که به موجب قانون تشکیل شده باشد: به موجب ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های ژنو، فقط دادگاهی که به موجب قانون تشکیل شده باشد، می‌تواند نسبت به فرد متهم حکم قضایی صادر کند (۲۱). کنوانسیون سوم ژنو نیز دو وصف «استقلال» و «بی‌طرفی» را برای دادگاهی که زندانیان جنگی را محاکمه می‌کند، ضروری دانسته است. این مسأله در مقررات پروتکل الحاقی اول و دوم و نیز کنوانسیون‌های حقوق بشری مورد توجه ویژه قرار گرفته است (۲۲).

۲-۳- اصل برائت: اصل برائت در اسناد متعدد از جمله پروتکل‌های الحاقی اول و دوم کنوانسیون‌های ژنو، ماده ۶۶ اساسنامه‌های دیوان بین‌المللی کیفری و ماده ۲۱ دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق مورد توجه قرار گرفته است. مطابق اصل برائت، تقصیر کیفری متهم باید از طریق موازین تعیین شده کیفری اثبات شود، در غیر این صورت فرض بر عدم ارتکاب جرم می‌باشد (۲۳).

۳-۳- ارائه اطلاعات راجع به ماهیت و دلیل اتهام:

تعهد به ارائه اطلاعات راجع به ماهیت و دلیل اتهام به متهم، در کنوانسیون‌های سوم و چهارم ژنو، پروتکل‌های الحاقی اول و دوم، ماده ۶۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، ماده ۲۱ دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و ماده ۲۰ دیوان کیفری بین‌المللی برای رواندا مورد توجه قرار گرفته است. اطلاعات مزبور باید بدون تأخیر یا بلافاصله و در قالب زبانی که متهم آن را درک می‌کند، ارائه شود (۲۴).

۴-۳- حقوق و ابزارهای لازم برای دفاع: فرد متهم

باید به کلیه حقوق و ابزارهایی که برای دفاع از خود نیاز دارد، دسترسی کامل داشته باشد. این ضرورت مورد تأکید کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو و پروتکل‌های الحاقی اول و دوم

(ذیل ماده ۲۰) و دادگاه ویژه برای سیرالئون (ذیل ماده ۱۷) مورد توجه قرار گرفته است (۲۶).

۸-۳- ممنوعیت وادار کردن متهمین به ادای شهادت

علیه یکدیگر یا اقرار به گناه: این حق نیز در کنوانسیون سوم ژنو، اساسنامه‌های دیوان بین‌المللی کیفری (ذیل ماده ۵۵)، دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق (ذیل ماده ۲۱)، دیوان کیفری بین‌المللی برای رواندا (ذیل ماده ۲۰) و دادگاه ویژه برای سیرالئون (ذیل ماده ۱۷) مورد تصریح قرار گرفته است (۲۱).

۹-۳- حق بر رسیدگی علنی: این حق در راستای

شفافیت (از طریق در معرض افکار عمومی قرار گرفتن) که یکی از ارکان اصلی در مفهوم «حاکمیت قانون» محسوب می‌شود، تعریف شده است (۲۷). حق مزبور در کنوانسیون‌های سوم و چهارم ژنو، اساسنامه‌های دیوان بین‌المللی کیفری (ذیل ماده ۷۶)، دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق (ذیل مواد ۲۰ و ۲۳)، دیوان کیفری بین‌المللی برای رواندا (ذیل ماده ۱۹) و دادگاه ویژه برای سیرالئون (ذیل ماده ۱۷) مورد توجه قرار گرفته است.

۱۰-۳- قاعده منع مجازات مضاعف: این قاعده به

جهت جلوگیری از تعقیب، محاکمه و کیفر دوباره یا چندباره متهم به لحاظ ارتکاب یک رفتار مجرمانه واحد (یک عنوان مجرمانه) تعریف شده است. این قاعده در کنوانسیون‌های سوم و چهارم ژنو، اساسنامه‌های دیوان بین‌المللی کیفری (ذیل ماده ۲۰)، دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق (ذیل ماده ۱۰)، دیوان کیفری بین‌المللی برای رواندا (ذیل ماده ۹) و دادگاه ویژه برای سیرالئون (ذیل ماده ۹) مورد توجه قرار گرفته است (۲۰).

تمام مصادیقی که در ارتباط با حق بر دادرسی عادلانه مورد بحث و اشاره قرار گرفت، در اسناد و رویه‌های بین‌المللی و داخلی و اساسنامه دیوان‌های بین‌المللی به کرات مورد بحث و تأکید قرار گرفته است. همین امر نشان می‌دهد که این مصادیق و استانداردها عملاً از طریق سازوکار کنوانسیونی و یا سازوکار عرفی وارد ساختار نظام‌های حقوق کیفری داخلی شده است و در حال حاضر نیز به واسطه تکرار و تأکید در

قرار گرفته است. در اسناد بین‌المللی و رویه دولت‌ها، حقوق و ابزارهای لازم برای دفاع، دارای مصادیق مختلفی می‌باشد که مهم‌ترین آن‌ها عبارتند از: حق دفاع هر فرد از خود یا دریافت کمک از وکیل به انتخاب خود فرد، در مواردی که برقراری عدالت اقتضا دارد، حق بر دریافت کمک‌های حقوقی رایگان، امکانات و زمان کافی برای آماده‌سازی دفاع، حق متهم برای برقراری ارتباط آزاد با وکیل و مشاور حقوقی (۲۰).

۵-۳- حق بر محاکمه بدون تأخیر غیر موجه: این

حق نیز در کنوانسیون‌های سوم و چهارم ژنو، اساسنامه‌های دیوان بین‌المللی کیفری (ذیل ماده ۶۷)، دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق (ذیل ماده ۲۰)، دیوان کیفری بین‌المللی برای رواندا (ذیل ماده ۱۹) و دادگاه ویژه برای سیرالئون (ذیل ماده ۱۷) مورد توجه قرار گرفته است. در هیچ کدام از اسناد بین‌المللی، مدت زمان مشخصی برای آغاز محاکمه مشخص نشده است. در تعیین مدت زمان متعارف معیارهای مختلفی، از جمله پیچیدگی پرونده، رفتار متهمین و عملکرد مقامات، در نظر گرفته می‌شود (۲۵).

۶-۳- حق سؤال از شهود: این حق در واقع در راستای

حق بررسی ادله اثبات دعوی مورد شناسایی قرار گرفته است (۲۰). حق مزبور در کنوانسیون‌های سوم و چهارم ژنو، اساسنامه‌های دیوان بین‌المللی کیفری (ذیل ماده ۶۴)، دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق (ذیل ماده ۲۱)، دیوان کیفری بین‌المللی برای رواندا (ذیل ماده ۲۰) و دادگاه ویژه برای سیرالئون (ذیل ماده ۱۷) مورد توجه قرار گرفته است.

۷-۳- حق حضور متهم در روند محاکمه: باید دقت

داشت که حق حضور در روند محاکمه نباید بدین معنا باشد که در موارد خاص، قاضی با توجه به شرایط خاص، از حضور متهم فیزیکی متهم در اتاق دادگاه جلوگیری کند، البته باید دقت داشت که این امکان صرفاً در موارد خاص و به صورت محدود وجود دارد. این حق در پروتکل‌های اول و دوم الحاقی به کنوانسیون‌های ژنو، اساسنامه‌های دیوان بین‌المللی کیفری (ذیل ماده ۶۳)، دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق (ذیل ماده ۲۱)، دیوان کیفری بین‌المللی برای رواندا

تشکیل داده‌اند؛ سازوکارهای مزبور در برخی موارد با توجه به فقدان تضمینات کافی برای متهم، با استانداردهای حقوق بشر تناقض دارند (۳۱-۳۰).

در راستای اختلاف رویه‌های مزبور، گروه اجرایی مبارزه با تروریسم ملل متحد، کارگروهی را برای حفاظت از حقوق بشر ضمن مقابله با تروریسم تشکیل داد. کارگروه مزبور در سال ۲۰۱۴ راهنمای مرجع حقوق بنیادین بشر: حق بر دادرسی عادلانه و محاکمه قانونی در زمینه مبارزه با تروریسم را به تصویب رساند. علی‌رغم این‌که سند مزبور یک معاهده بین‌المللی نیست، اما یک نقطه آغاز مناسب برای شناسایی حق بر دادرسی عادلانه به نفع مظنونین به تروریست محسوب می‌شود. اولین نکته‌ای که در این سند باید به آن توجه کرد، منابع حقوقی مورد استناد برای استخراج اصول حاکم بر دادرسی عادلانه می‌باشد. این منابع در سه دسته اصلی تقسیم‌بندی شده‌اند که عبارتند از:

۴-۱- اسناد حقوق بشر: از جمله مواد ۱۳ الی ۱۶ میثاق

حقوق مدنی و سیاسی، اعلامیه جهانی حقوق بشر، ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، ماده ۸ کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر، ماده ۷ منشور آفریقایی حقوق بشر و مردم، ماده ۱۳ منشور عربی حقوق بشر، ماده ۲۰ اعلامیه حقوق بشر آسه‌آن.

۴-۲- اسناد حقوق بشردوستانه و حقوق بین‌الملل

کیفری: از جمله کنوانسیون‌های سوم و چهارم ژنو، ماده ۷۵ پروتکل اول الحاقی به کنوانسیون‌های ژنو، ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های ژنو، ماده ۶ پروتکل دوم الحاقی به کنوانسیون‌های ژنو.

۴-۳- معاهدات جهانی مربوط به تروریسم: از جمله

کنوانسیون بین‌المللی برای جلوگیری از تأمین مالی تروریسم، به نظر می‌رسد تدوین‌کنندگان این سند با ذکر نام کنوانسیون‌ها و اسناد جهانی، سعی در بیان این مطلب دارند که محتوای این سند، نه یک نوآوری، بلکه صرفاً بیان قواعدی است که همگی دارای سابقه کنوانسیون و عرفی گسترده می‌باشند، در نتیجه قابلیت اعمال آن‌ها بر وضعیت افراد متهم به تروریسم، بدیهی می‌باشد؛ نکته دوم که این سند به آن

قامت اصول کلی مورد قبول ملل مختلف مورد پذیرش قرار گرفته است (۲۸).

۴- حق بر دادرسی عادلانه برای متهمان به ارتکاب اعمال تروریستی در پرتو اسناد حقوق نرم

در سال‌های اخیر، برخی دولت‌ها در مبارزه علیه تروریسم، فعالیت‌هایی را انجام داده‌اند که در واقع تخطی از اصول دادرسی عادلانه قلمداد می‌شود، در مقابل، برخی دیگر از دولت‌ها، دسترسی به فرآیند قضایی و اصول دادرسی عادلانه را یکی از محدودیت‌های مبارزه با تروریسم می‌دانند. شاید دلیل اصلی این اختلاف نگرش، وجود برخی ابهامات حقوقی در پدیده تروریسم باشد. برای مثال، علی‌رغم این‌که در برخی معاهدات مانند کنوانسیون توكيو راجع به جرائم و برخی از اعمال ارتكابی دیگر در هواپیما مورخ ۱۹۶۳ و یا کنوانسیون لاهه راجع به هواپیماربایی مورخ ۱۹۷۰ و نیز برخی قوانین داخلی دولت‌ها، پدیده تروریسم در قالب‌های خاصی تعریف شده است، اما در حقوق بین‌الملل یک تعریف جامع و مانع در ارتباط با پدیده تروریسم (که در سطح جهانی مورد پذیرش قرار گرفته باشد) وجود ندارد. مع‌الوصف در میان دولت‌ها، در ارتباط با اعمال، تغییر یا عدم اعمال اصول دادرسی عادلانه نسبت به وضعیت تروریست‌ها یا افراد متهم به ارتکاب عملیات تروریستی، اختلاف رویه وجود دارد. برای مثال برخی دولت‌ها، امکان بازداشت بدون حکم قضایی را در مورد اتهامات مرتبط با تروریسم، افزایش حد مجاز بازداشت توسط پلیس پیش از مرحله رسیدگی توسط دادگاه را در موارد اتهامات مرتبط با تروریسم، محدودیت متهم در توسل به ادله اثبات دعوی را به رسمیت شناخته‌اند. برای مثال در حقوق انگلستان، قانون مبارزه با تروریسم مصوب سال ۲۰۰۰ به پلیس اجازه می‌دهد که در موارد خاص، بدون حکم قضایی، افراد مظنون به تروریست را بازداشت کند. همچنین پس از بازداشت، مظنونین ممکن است تا بیست و هشت روز بدون حکم مبنی بر محکومیت بازداشت شوند تا پلیس بتواند شواهدی برای استفاده در فرآیند رسیدگی کیفری به دست آورد (۲۹).

برخی دیگر از دولت‌ها برای رسیدگی به پرونده‌های مربوط به تروریسم دادگاه ویژه یا شعبه ویژه در دادگاه‌های عمومی

- هر متهمی حق بر دادرسی حضوری دارد. محاکمه غیابی فقط در موارد استثنایی و در صورت اطلاع‌رسانی تمام مراحل دادرسی امکان‌پذیر است.

- همه افراد حق دارند که مشاور حقوقی صالح و بی‌طرف داشته باشند. این حق در تمام مراحل رسیدگی از جمله مرحله تحقیقات باید اعمال شود.

- هر فرد حق دارد زمان و امکانات مناسب برای آماده‌سازی پرونده و دفاعیات خود داشته باشد.

- هر فرد حق دارد شهود و کارشناسان ارائه‌شده به محکمه را مورد سؤال و بررسی قرار دهد.

- هر فردی که به ارتکاب جرم تروریستی محکوم شده است، حق تجدید نظرخواهی و بازبینی حکم خود در یک محکمه بالاتر را دارد.

- چنانچه حق بر دادرسی عادلانه فردی نقض شود، کلیه خسارات وارده به وی باید به نحو مؤثر جبران شوند (۳۳).

۵- پرونده عمر خدر

عمر خدر یکی از اتباع دولت کانادا بود. وی در ۲۷ جولای ۲۰۰۲ در افغانستان از سوی نیروهای آمریکایی تحت بازداشت قرار گرفت. عمر خدر در زمان بازداشت به موجب تمام قوانین داخلی و مقررات بین‌المللی «کودک» محسوب می‌شد. خدر در روز بازداشت در میانه یک برخورد نظامی طولانی بود. خدر در این درگیری به شدت مجروح شد و فوراً به پایگاه هوایی بگرام منتقل شد. پس از چند ماه و بهبودی نسبی، وی را به خلیج گوانتانامو منتقل کردند. لازم به ذکر است که در زمان انتقال، خدر حتی به سن شانزده‌سالگی نیز نرسیده بود. عمر دو سال دیگر در گوانتانامو تحت بازجویی‌های منظم و بدون حضور وکیل و گاهی اوقات بی‌رحمانه قرار داشت. وکلای عمر خدر در اولین گام خود برای ورود به پرونده، در دادگاه‌های فدرال واشنگتن دی‌سی بر صغر سن وی تأکید داشتند (۳۴).

خدر در زمان بازداشت، دوبار در گوانتانامو مورد محاکمه قرار گرفته بود. بار اول توسط محاکم نظامی بررسی وضعیت مبارزان، و بار دوم توسط کمیسیون نظامی در ارتباط با اتهام ارتکاب جنایات جنگی مورد محاکمه قرار گرفت. عمر خدر در سال ۲۰۱۰ به علت نقض حقوق جنگ و ارتکاب قتل در

اشاره دارد این است که حق بر دادرسی عادلانه به صورت مستقیم (در میثاق حقوق مدنی و سیاسی) به عنوان یکی از مصادیق حقوق غیر قابل تخطی بشر (حقوق بنیادین بشر) مورد شناسایی قرار نگرفته است، اما باید دقت داشت که اولاً همان گونه که کمیته حقوق بشر اذعان داشته است: این حق در صورتی که منتهی به حفاظت و اجرای حقوق بنیادین بشر می‌شود، قابل تخطی نیست (۳۲)؛ ثانیاً مطابق حقوق بشردوستانه، تخطی از مقررات مربوط به حق بر دادرسی عادلانه در کنوانسیون‌های ژنو و پروتکل‌های الحاقی مورد پذیرش قرار نگرفته است. به بیان ساده‌تر این حق یکی از مصادیق حقوق بنیادین بشردوستانه محسوب می‌شود.

به طور خلاصه اصول ذیل به عنوان اصول و دستورالعمل‌های حق بر دادرسی عادلانه در موارد مبارزه با تروریسم، مورد شناسایی قرار گرفته است:

- بدون در نظر گرفتن تابعیت، بی‌تابیتی یا هر وضعیت دیگر، تمام افراد باید دسترسی مؤثر به عدالت داشته باشند.

- اتهامات کیفری، یا حقوق و تعهدات افراد، باید توسط یک محکمه صالح، مستقل، بی‌طرف و تأسیس شده به موجب قانون، تعیین و بررسی شود. محاکمه در محاکم نظامی یا ویژه باید مطابق با استانداردهای حقوق بشر از جمله تضمین‌های حقوقی برای استقلال و بی‌طرفی محاکم مزبور، صورت گیرد.

- حق بر دادرسی عادلانه شامل حق بر دادرسی علنی می‌باشد. هرگونه محدودیت در ارتباط با علنی‌بودن محاکمه با در نظر گرفتن حفاظت از امنیت ملی امکان‌پذیر است، مع‌الوصف در هر مورد باید ضرورت و تناسب آن مورد بررسی قرار گیرد.

- اصل بر براءت هر فرد می‌باشد، تا زمانی که به موجب قانون تقصیر وی ثابت شود.

- هیچ متهمی را نمی‌توان مجبور به ادای شهادت یا اعتراف علیه خود کرد.

- حق بر دادرسی عادلانه، هم در پرونده‌های کیفری و هم غیر کیفری، شامل حق بر دادرسی بدون تأخیر در یک مدت زمان معقول می‌باشد.

کمیسیون نظامی محکوم شد (۳۵). عمر با حکم هشت سال حبس (بدون احتساب هشت سال مدت زمان بازداشت) موافقت کرد، ضمن این‌که بعد از گذشت حداقل یک سال از مدت حبس امکان انتقال وی به کانادا وجود داشت و همچنین پس از سه سال حبس می‌توانست مشمول آزادی مشروط شود، زیرا از زمان بازداشت تا صدور حکم به مدت هشت سال تحت بازداشت قرار داشت (۳۶). از زمان جنگ جهانی دوم، عمر خدر اولین شخصی بود که در یک محکمه نظامی به واسطه ارتکاب جنایت جنگی در شرایط صغر سن مورد محاکمه قرار می‌گرفت. محاکمه و حکم عمر خدر از جانب بسیاری از گروه‌های حقوق بشری و نماینده ویژه ملل متحد برای کودکان و مخاصمات مسلحانه مورد تقبیح قرار گرفت (۳۷).

در سال ۲۰۱۰ دیوان عالی کانادا در ضمن حکم خود اعلام داشت که بازجویی دولت کانادا از عمر خدر در گوانتانامو، مبنایی‌ترین استانداردهای کانادا در ارتباط با رفتار با صغار تحت بازداشت را نقض کرده است (۳۸)، اما در هر حال دیوان از صدور دستور بازگشت وی به کانادا خودداری کرد. مع‌الوصف در ۲۹ سپتامبر ۲۰۱۲، خدر برای گذراندن باقیمانده مدت حبس خود به کانادا بازگردانده شد. خدر در سال ۲۰۱۵ به صورت مشروط از زندان آزاد شد. وی در سال ۲۰۱۷ به استناد رأی دیوان عالی کانادا که اعلام کرده بود دولت کانادا مبنایی‌ترین استانداردهای کانادا در ارتباط با رفتار با صغار تحت بازداشت را نقض کرده است، اقدام به طرح دعوی علیه دولت و تقاضای پرداخت چندین میلیون دلار به عنوان جبران خسارت و عذرخواهی رسمی دولت کانادا شد. در نهایت دولت کانادا اعلام کرد حاضر است علاوه بر عذرخواهی رسمی، ۱۰ میلیون دلار به عنوان جبران خسارت به خدر پرداخت کند (۳۹). در ارتباط با این قضیه چند نکته جالب توجه است.

نکته اول این‌که پدر عمر خدر یکی از اعضای القاعده بوده است و عمر به این دلیل مورد بازداشت قرار گرفته بود که به گفته شاهدان عینی، در اثر پرتاب نارنجک توسط وی، یکی از افسران نظامی ایالات متحده کشته و یک نفر دیگر نیز مجروح شده بود. این مسأله نیز در طی فرآیند رسیدگی و حتی بعد از

آزادی مشروط نیز مورد اشاره عمر قرار گرفته است (۴۰). در این پرونده ادعای خدر در ارتباط با عدم ارتکاب اتهامات وارده نبود، بلکه وی به علت عدم رعایت استانداردهای رفتار با اشخاص تحت بازداشت، شکنجه و نیز عدم توجه به شرایط صغر سنی در زمان ارتکاب جنایت جنگی، علیه دولت کانادا و ایالات متحده آمریکا اقدام به اقامه دعوی نموده بود؛ نکته دوم این‌که قضیه خدر اولین مورد از پرداخت غرامت به قربانیان شکنجه از سوی مقامات ایالات متحده نبود. ماهر یک تبعه کانادایی بود که توسط دولت ایالات متحده در سوریه مورد شکنجه قرار گرفته بود. در سال ۲۰۰۷ نیز دولت محافظه‌کار کانادا موافقت کرد که مبلغ ۱۰ میلیون دلار به ماهر آرار بپردازد. ماهر آرار نیز بعد از این، در سال ۲۰۰۹ اقدام به اقامه دعوی علیه ایالات متحده نمود (۴۱). این رویه فقط مختص به کانادا نیست، بلکه در رویه محاکم سوئیس، بریتانیا (نسبت به ۱۶ نفر از زندانیان سابق گوانتانامو) و استرالیا نیز احکام و وضعیت‌های مشابهی وجود دارد (۴۲-۴۴)؛ نکته سوم این‌که دیوان عالی کانادا رویه جدید ایالات متحده را در ارتباط با متهمان اعمال تروریستی مورد پذیرش قرار نداد و بر همان قاعده سابق، یعنی تحت حمایت مقررات حقوق بشردوستانه قرارگرفتن تمام افراد بازداشت‌شده در مخاصمات مسلحانه تأکید کرد؛ نکته چهارم این‌که یکی از مستندات مهم دیوان عالی کانادا در مقام تفسیر قواعد و مقررات مورد استناد طرفین دعوی در آرای مختلف خود (که تا سال ۲۰۱۵ به ده مورد رسید) که در ارتباط با قضیه خدر صادر کرده بود، رویه محاکم داخلی ایالات متحده و برخی دیگر از دولت‌ها مانند انگلستان بود که هیچ‌گونه الزام حقوقی برای دیوان عالی کانادا نداشت؛ نکته پنجم این‌که مخالفت کانادا با رویه جدید ایالات متحده در ارتباط با متهمان اعمال تروریستی نه فقط در قالب رأی دیوان عالی، بلکه در توافقی‌نامه دولت برای پرداخت غرامت به عمر خدر نیز مورد اشاره قرار گرفته بود (۳۹).

نتیجه‌گیری

در حال حاضر مسائل جدیدی از قبیل توسل به زور توسط بازیگران غیر دولتی به ویژه گروه‌های تروریستی و دفاع مشروع

به تعبیری در مقام یک مانع برای شکل‌گیری یک قاعده جدید به نقش‌آفرینی می‌پردازند.

در قضیه عمر خدر نیز، محاکم کانادا در برابر رویه جدیدی که توسط محاکم ملی برخی دولت‌های دیگر مانند ایالات متحده آمریکا (که در ارتباط با عدم تمتع متهمان به اقدامات و عملیات تروریستی) ایجاد شده بود را مورد پذیرش قرار ندادند، در نتیجه رویه مزبور نتوانست حمایت اعضای جامعه بین‌المللی را کسب و منتهی به شکل‌گیری قاعده عرفی جدیدی شود.

تضاد منافع

در این پژوهش هیچ گونه تضاد منافی برای نویسندگان وجود ندارد.

در برابر این بازیگران و... نگاه سنتی و مضیق به مقوله‌های تجاوز، حاکمیت، حقوق توسل به زور و حقوق مخاصمات مسلحانه را با چالش‌های اساسی مواجه کرده است. چالش‌های مزبور در واقع تبدیل به فضایی مناسب جهت ظهور تفاسیر منعطف و جدید از هنجارهای سخت موجود شد، البته سازوکار تفاسیر نیز در بسیاری از موارد توان پرکردن خلأ هنجارهای سخت را ندارد، در نتیجه مجال برای ظهور رویه‌ها و هنجارهای نرم فراهم می‌شود. هنجارهای حقوق نرم در فضای حقوق بین‌الملل موضوعه به واسطه غیر الزام‌آور بودن، با اقبال نویسندگان و حقوقدانان مواجه نشده است، اما نکته جالب توجه این است که دادرسان محاکم ملی در فرآیند تصمیم‌گیری و صدور آرای خود، هنجارها و رویه‌های حقوق نرم را مورد توجه قرار می‌دهند. در تحلیل رویه محاکم ملی دو فرض مختلف متصور است:

در فرض اول، الگوی رفتاری محاکم ملی در مواجهه با فضای حقوق نرم، از جانب سایر محاکم ملی در قلمرو کشورهای دیگر نیز به مورد توجه قرار می‌گیرد و این رفتار محاکم ملی به واسطه تکرار، عملاً مبنایی مناسب برای شکل‌گیری هنجارها و قواعد عرفی بین‌المللی را فراهم می‌کند. دلیل این امر نیز به یک مسأله مبنایی و مهم بازمی‌گردد: محاکم ملی در فضای ادبیات حقوق و روابط بین‌المللی به عنوان یکی از ارگان‌های حاکمیت ملی دولت‌ها محسوب می‌شوند، در نتیجه رفتار محاکم مزبور، از نظر حقوق بین‌الملل، رفتار قابل انتساب به دولت تلقی می‌شود. در نهایت چنانچه رفتار مزبور توسط محاکم دولت‌های مختلف تکرار شود، در مقصد نهایی هنجارهای عرفی بین‌المللی شکل خواهند گرفت. به بیان ساده‌تر، در این فرض، محاکم ملی از طریق کمک به شکل‌گیری قواعد و هنجارهای جدید، به توسعه و تحول نظام حقوق بین‌الملل کمک شایانی می‌کنند؛ در فرض دوم، محاکم ملی در برابر شکل‌گیری هنجارها و قواعد عرفی جدید مقاومت می‌کنند. به بیان ساده‌تر، هنجارها و مقررات نرمی که توسط سایر محاکم در ادبیات حقوق بین‌الملل مطرح شده است را به واسطه غیر الزام‌آور بودن و تعارض با برخی اصول و قواعد سخت موجود، اجرا نمی‌کنند.

References

1. Commander W. International Humanitarian Law, the Laws of War. London: Vij Multimedia; 2011. p.3.
2. Beyranvand F. Jus Cogens and Erga Omnes Obligations in International Law. MA Dissertation. Tehran: Islamic Azad University; 2013. p.100. [Persian]
3. Crowe J. Weston K. Principles of International Humanitarian Law. Hague: Edward Elgar; 2013. p.24-43.
4. Klabbbers J. The Concept of Treaty in International Law. London: Kluwer; 1998. p.157.
5. Klabbbers J, Palombella G. The Challenge of Inter-legality. Cambridge: Cambridge University Press; 2016. p.2-3.
6. Sekalala S. Soft Law and Global Health Problems. Cambridge: Cambridge University Press; 2016. p.50-51.
7. Birger J, Schram O, Wettestad J. Soft Law, Hard Law and Effective Implementation of International Environmental Norms. *Global Environmental Politics* 2006; 6(3): 104-109.
8. Morth U. Soft Law in Governance and Regulation. Cheltenham: Edward Elgar; 2004. p.6.
9. Shelton D. Soft Law. Washington: The George Washington University Law School Publisher; 2008. p.3.
10. Senden L. Soft Law in European Community Law. Portland: Hart Publishing; 2004. p.112-113.
11. Roucounas E. A Landscape of Contemporary Theories of International Law. Boston: Brill Nijhoff; 2016. p.575-576.
12. Schelkle W. EU Fiscal Governance: Hard Law in the Shadow of Soft law?. *Columbia Journal of European Law* 2008; 13: 10-15.
13. Senden L. Soft Law and its Implications for Institutional Balance in the EC. *Utrecht Law Review* 2005; 1(1): 81-90.
14. Fastenrath U. Relative Normativity in International Law. *European Journal of International Law* 1993; 4(1): 48-59.
15. Olivler M. The relevance of 'soft law' as a source of international human rights. *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa* 2002; 35(2): 294-310.
16. Boyle A. Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law. *International & Comparative Law Quarterly* 1999; 48(4): 901-902.
17. Senden L. Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where Do They Meet?. *Electronic Journal of Comparative Law* 2006; 9(1): 22-23.
18. Blutman L. In The Trap of a Legal Metaphor: International Soft Law. *International and Comparative Law Quarterly* 2010; 59(3): 607-608.
19. Thüerer D. 'Soft Law' the Max Planck Encyclopedia of Public International Law. Oxford: Oxford University Press; 2013. p.269-277.
20. Krebs J. The Right to a Fair Trial in the Context of Counter-Terrorism, ANU College of Law. The Australian National University, Ph.D. Dissertation. Melbourne: Australian National University; 2016. p.19-62.
21. Takahashi Y. The Law of Occupation: Continuity and Change of International Humanitarian Law, and its Interaction with International Human Rights Law. Hague: Brill; 2009. p.523-529.
22. Takahashi Y. Fair Trial Guarantees in Occupied Territory - The Interplay between International Humanitarian Law and Human Rights Law. In: Roberta, A. Quéniwet, N. International Humanitarian Law and Human Rights Law: Towards a New Merger in International Law. Hague: Martinus Nijhoff; 2008. p.449-474.
23. Lippke R. Taming the Presumption of Innocence. Oxford: Oxford University Press; 2016. p.33-56.
24. Sluiter G, Friman H, Linton S, Zappala S, Vasiliev S. International Criminal Procedure, Principles and Rules. Oxford: Oxford University Press; 2013. p.247-248.
25. Zeegers K. International Criminal Tribunals and Human Rights Law: Adherence and Contextualization. London: Springer; 2016. p.323-325.
26. Herman S. The Right to a Speedy and Public Trial. London: Greenwood Publishing Group; 2006. p.100-101.
27. Settem O. Applications of the 'Fair Hearing' Norm in ECHR Article 6(1) to Civil Proceedings: With Special Emphasis on the Balance between Procedural Safeguards and Efficiency. London: Springer; 2015. p.270-272.
28. Schleiff V. The right to a fair trial - Requirements of impartiality and independence under Articles 14(1)

- ICCPR, 8(1) IACHR and 6(1) ECHR in relation to military courts. Norderstedt: GRIN Verlag; 2008. p.7-12.
29. Terrorism Act 2000 c.11, 41 (as amended) the Government Reply to the Fourth Report from the Home Affairs Committee Session 2005-6, H.C. 910, Terrorism Detention Powers. (2006-07). Cm.6906, 22. Available at: http://www.opsi.gov.uk/acts/acts_2000/ukpga_20000011_en_1.
30. Jackson D. Detention and Treatment of Suspected Terrorists under the European Convention on Human Rights. In: L.Volcansek M, Stack J. Courts and Terrorism: Nine Nations Balance Rights and Security. Cambridge: Cambridge University Press; 2011. p.89-111.
31. Chomsky C. Military Commissions in Historical Perspective: Lessons from the United States - Dakota War Trial. In: Aoláin F, Gross O. Guantánamo and Beyond: Exceptional Courts and Military Commissions in Comparative Perspective. Cambridge: Cambridge University Press; 2013. p.55-72.
32. Human Rights Committee, General Comment 29 (States of Emergency), UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.11. 2001. paras.7-15.
33. Walker C. Terrorism Prosecutions and the Right to a Fair Trial. In: Saul B. Research Handbook on International Law and Terrorism. Hague: Edward Elgar Publishing; 2014. p.418-436.
34. Rosen D. Child soldiers in historical and comparative perspective: creating a space for data-driven analysis. In: Drumbl M, Barrett J. Research Handbook on Child Soldiers. Hague: Edward Elgar; 2016. p.166-170.
35. Newton M. Terrorism - International Case Law Reporter 2008. Oxford: Oxford University Press; 2010. p.1050.
36. Spearin C. Foreign Affairs and Defence. In: Mutimer D. Canadian Annual Review of Politics and Public Affairs 2007. Toronto: University of Toronto Press; 2014. p.66-67.
37. Coomaraswamy R. Statement of SRSR Ms. Radhika Coomaraswamy On the Occasion of the Trial of Omar Khadr before the Guantanamo Military Commission. 2010. Available at: <https://www.childrenandarmedconflict.un.org/2010/08/10aug10/>.
38. Canada (Prime Minister) v. Khadr - 2010 SCC 3 - [2010] 1 SCR 44 - 2010-01-29. para.25.
39. Van Ert G. The Domestic Application of International Law in Canada. In: Bradley C. The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law. Oxford: Oxford University Press; 2016. p.517-518.
40. Grover S. Child Soldier Victims of Genocidal Forcible Transfer: Exonerating Child Soldiers Charged with Grave Conflict-related International Crimes. London: Springer; 2012. p.245.
41. United States Court of Appeals, Second Circuit, Maher ARAR, Plaintiff-Appellant, v. John ASHCROFT, Attorney General, 585 F.3d 559 (2d Cir. 2009).
42. Abel R. Law's Wars: The Fate of the Rule of Law in the US 'War on Terror'. Cambridge: Cambridge University Press; 2016. p.644.
43. Aust H. Complicity and the Law of State Responsibility. Cambridge: Cambridge University Press; 2011. p.123.
44. Francis D, Smith D. Journeys: A History of Canada. Toronto: Nelson Education; 2009. p.588.