

## معیارهای تفکیک بین مقامات مافوق نظامی و غیرنظامی در تصمیمات دیوان بین‌المللی کیفری<sup>۱</sup>

تألیف: نورا کارستن

ترجمه: دکتر حسین آقایی جنت مکان<sup>۲</sup>

### چکیده

مقاله حاضر به بحث درباره تبیین معیارهای تمیز و تفکیک بین مقامات مافوق نظامی و غیرنظامی مربوط است. از آنجا که ماده 28 اساسنامه رم، شرایط متفاوتی را به منظور مسئول شناختن مقامات مافوق نظامی و غیرنظامی تعیین می‌کند، ضروری است بین این دو دسته مقامات تفاوت قائل شویم. در تصمیم اخیر مربوط به تأیید اتهامات در پرونده بمبا<sup>۳</sup> در دیوان بین‌المللی کیفری، شعبه مقدماتی، بمبا را به‌عنوان یک فرمانده نظامی شناخت. نویسنده این تصمیم را تحلیل می‌کند و معیارهای تفکیک بین مقامات مافوق نظامی و غیرنظامی و ارتباط آن‌ها را با مقاصد ماده 28 مورد بحث قرار می‌دهد. نویسنده استدلال می‌کند که وضعیت مافوق، نظامی یا غیرنظامی، به تشکیلات یا سازمانی که مافوق در آن مشارکت دارد، بستگی دارد. یک فرمانده نظامی ممکن است به‌عنوان مافوق در سازمانی شناخته شود که دلایل معقولی وجود دارد که به عنوان یک طرف مخاصمه مسلحانه عمل می‌کند یا دست به آرایش نظامی زده است، درحالی که یک مافوق غیرنظامی به تشکیلاتی وابسته است که چنین هدفی را دنبال نمی‌کند.

1. عنوان مقاله اصلی به شرح زیر و از مجله عدالت کیفری بین‌المللی به مدیر مسئولی پروفیسور آنتونیو کاسسه رئیس سابق دیوان بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق است.

Karsten, Nora., "Distinguishing Military and non-Military Superiors: Reflections on the Bemba Case at the ICC", Journal of International Criminal Justice 7, 2009, pp. 983- 1004.

2. استادیار گروه حقوق دانشگاه شهید چمران اهواز email:housain\_ghaie@yahoo.com

3. Bemba

## 1. مقدمه

تاکنون کتاب‌ها و مقاله‌های زیادی درباره دکتربین مسئولیت مافوق یا فرماندهی نوشته شده است؛<sup>۴</sup> زیرا دکتربین مسئولیت مافوق یا فرماندهی، متضمن مسائلی پیچیده‌ای است که تاکنون لاینحل باقی مانده‌اند.<sup>۵</sup> ماده 28 اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری یکی از آخرین مواد مربوط به مسئولیت مقامات مافوق (فرماندهی) است<sup>۶</sup> که بسیار طولانی و پیچیده بوده، در حال حاضر، مسائلی جدیدتری را ایجاد کرده است.<sup>۷</sup> برای نخستین بار، ماده 28 صریحاً بین مقامات مافوق

4. رجوع کنید به: آقایی جنت‌مکان، حسین، محاکمه قدرت (مسئولیت کیفری مقامات مافوق زیردستان آنان در حقوق کیفری بین‌المللی) تهران، گنج دانش، 1386، موضوع اصلی کتاب مزبور تبیین مسئولیت کیفری مقامات مافوق و مادون نظامی و غیرنظامی است.

5. See e.g. Symposium on Superior Responsibility, 5 JICJ (2007) 599–682, including articles by B. Bonafé, C. Meloni, J.S. Martinez and V. Nerlich; see also K. Ambos, 'Superior Responsibility', in A. Cassese *et al.* (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Oxford: Oxford University Press, 2002) 823–872; R. Arnold and O. Triffterer, 'Article 28', in O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Tribunal* (3rd edn., Baden-Baden: Nomos, 2008) 795–848; B. Burghardt, *Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem* (Berlin: Berliner Wissenschaftsverlag, 2008); M. Damaka, 'The Shadow Side of Command Responsibility', 49 *American Journal of Comparative Law* (2001) 455–496; G. Mettraux, *The Law on Command Responsibility* (Oxford: Oxford University Press, 2009); E. Sliedregt, *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law* (The Hague: T.M.C. Asser, 2003) 179–191; M.L. Smidt, 'Yamashita, Medina, and Beyond: Command Responsibility in Contemporary Military Operations', 164 *Military Law Review* (2000) 155–234; O. Triffterer, 'Causality, a Separate Element of the Doctrine of Superior Responsibility as Expressed in Article 28 Rome Statute?', 15 *Leiden Journal of International Law* (2002) 179–205; T. Weigend, 'Bemerkungen zur Vorgesetztenverantwortlichkeit im Völkerstrafrecht', 116 *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (2004) 999–1027.

6. اساسنامه دیوان‌های بین‌المللی کیفری اختصاصی در مواد (3) و (3) و اساسنامه دادگاه ویژه لبنان نیز در ماده 3 به مسأله مسئولیت کیفری مقامات مافوق یا فرماندهی توجه کرده‌اند.

7. ماده 28 اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری در این زمینه مقرر می‌دارد: علاوه بر دیگر موارد مسئولیت کیفری مذکور در این اساسنامه، در مورد جرائمی که به صلاحیت دیوان مربوط می‌شود:

1. فرمانده نظامی یا شخصی که عملاً وظایف فرمانده نظامی را انجام می‌دهد نسبت به جرائمی که رسیدگی به آن‌ها در صلاحیت دیوان است و حسب مورد توسط نیروهایی که تحت فرماندهی و کنترل واقعی او یا تحت اقتدار واقعی هستند، انجام گرفته، مسئول است؛ البته در صورتی که وی کنترلی را که باید در مورد نیروهای تحت امر خود اعمال کند، اعمال نکرده باشد و این در مواردی است که:

الف) فرمانده نظامی یا شخص مذکور با توجه به اوضاع و احوال قضیه می‌دانسته یا باید می‌دانسته که نیروهای تحت امر او جرم مذکور را مرتکب شده و یا قریباً مرتکب خواهند شد، و

ب) فرمانده نظامی یا شخص مذکور همه اقدامات لازم و معقولی را که در توانش بوده برای جلوگیری از جرم یا منع از انجام آن یا برای طرح مسأله نزد مقامات صلاحیتدار به منظور انجام تحقیق و تعقیب انجام نداده است.

2. در مورد روابط بین مقامات مافوق و افراد زیردست که در بند یک نیامده است، مقام مافوق مسئولیت کیفری جرائمی را که رسیدگی به آن‌ها در صلاحیت دیوان است و توسط افراد زیردست او که تحت کنترل واقعی او هستند ارتکاب یافته به عهده دارد؛ در صورتی که وی کنترل لازم نسبت به زیردستان مذکور را اعمال نکرده باشد. و این در صورتی است که:

نظامی در ماده 28 «الف» و سایر مقامات مافوق غیرنظامی در ماده 28 «ب» تفکیک قائل شده و معیارهای متفاوتی را برقرار کرده است. به دلیل وجود دو نظام متفاوت در ماده 28 اساسنامه، تفکیک بین مقامات مافوق نظامی و غیرنظامی یک مسأله اساسی است. چه کسی واجد شرایط یک فرمانده نظامی است و چه کسی مافوق غیرنظامی محسوب می‌شود که صرفاً به موجب رژیم محدودتر ماده 28 «ب» مسئول شناخته می‌شود؟ این مسأله در واقع زمانی پیچیده‌تر می‌شود که ماده 28 «الف» مقرر می‌دارد: «اشخاصی که عملاً وظایف فرمانده نظامی را انجام می‌دهند» یعنی، فرماندهان نظامی بالفعل یا دوفاکتو<sup>۸</sup> را در کنار فرماندهان نظامی (رسمی) تابع رژیم واحد ماده 28 «الف» قرار می‌دهد.

اخیراً دیوان بین‌المللی کیفری در نخستین تصمیم خود به بحث درباره ماده 28 پرداخته است. تصمیم فوق‌درباب تأیید اتهامات ژان پیر بمبا گومبا - رئیس جنبش آزادی کن-گو،<sup>۹</sup> یک حزب سیاسی مخالف در جمهوری دموکراتیک کنگو و تنها متهم در دیوان بین‌المللی کیفری که در حال حاضر به مسئولیت فرماندهی متهم است -<sup>۱۰</sup> شامل نخستین اظهارات دیوان در خصوص ماده 28 است. در این تصمیم، شعبه مقدماتی به این نتیجه رسید که دلایل کافی وجود دارد که نشان دهد بمبا به عنوان یک فرمانده نظامی براساس ماده 28 «الف» در قبال برخی اتهامات از نظر کیفری مسئول شناخته می‌شود.<sup>۱۱</sup>

مقاله حاضر، در صدد تبیین مفهوم مقامات مافوق نظامی و غیرنظامی است و تلاش می‌کند تا تفکیک مناسبی بین مقامات مافوق نظامی و غیرنظامی ایجاد کند. ضروری است که یک

---

(الف) مقام مافوق می‌دانسته که افراد تحت امر او مرتکب جرم خواهند شد و یا آگاهانه از اطلاعاتی که به وضوح نشان می‌داده که افراد تحت امر او مرتکب جرم می‌شوند یا قریباً مرتکب خواهند شد، چشم‌پوشی کرده است.  
(ب) جرائم مذکور، مربوط به فعالیت‌هایی بوده که در حوزه مسئولیت و کنترل واقعی مقام مافوق قرار داشته است.  
(ج) مقام مافوق همه اقدامات لازم و معقولی را که در توان داشته، برای جلوگیری یا منع از ارتکاب جرم یا برای طرح مسأله نزد مقامات صلاحیتدار به منظور تحقیق و تعقیب به عمل نیاورده است.

8. de facto

9. MLC

10. در 3 مارس 2009 شعبه مقدماتی از دادستان دیوان درخواست کرد که اتهامات انتسابی به بمبا را اصلاح کند، زیرا ادله ارائه شده در جلسه رسیدگی به منظور تأیید اتهامات نشان می‌دهد که شیوه متفاوتی از مسئولیت، یعنی مسئولیت فرماندهی وجود دارد. رجوع کنید به:

(Decision Adjourning the Hearing Pursuant to Art. 61(7)(c)(ii) of the Rome Statute, Bemba (ICC-01/05-01/08), Pre-Trial Chamber, 3 March 2009, 41-49).

در 30 مارس 2009 دادستان درخواست اصلاحی خود را ارائه کرد که شامل اتهاماتی است که بمبا عمدتاً براساس ماده 25(3) اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری و همچنین ماده 28 (الف) و (ب) مسئول شناخته می‌شود.

11. تصمیم‌گیری براساس ماده 61(7) و (ب) اساسنامه رم در مورد اتهامات دادستان علیه ژان پیر بمبا گومبو Bemba (ICC-01/05-01/08), Pre-Trial Chamber II, 15 June 2009 (hereinafter, Bemba decision), at 184-185.

تفکیک روشن و بدون ابهام بین مقامات مافوق نظامی و غیرنظامی برقرار شود. همین طور باید معلوم شود که آیا شخص، تابع رژیم ماده 28 «الف» است یا تابع رژیم محدودتر ماده 28 «ب». مقاله حاضر، ابتدا نگاهی به نظام‌های دوگانه موجود در ماده 28 اساسنامه دیوان دارد، که با معیار واحد مسئولیت فرماندهی که از سوی دیوان‌های اختصاصی اجرا می‌شود و همچنین سابقه قانونگذاری مربوط به ماده 28 مغایر است. سپس مقاله تصمیم دیوان در پرونده بمبا را تحلیل و آن را در رابطه با ماده 28 تفسیر می‌کند. بخش عمده مقاله به بحث درباره ویژگی‌های تفکیک بین مقامات مافوق نظامی و غیرنظامی و ارتباط آن‌ها با ماده 28 اختصاص دارد. هرچند دیوان‌های اختصاصی، معیار واحدی در مورد مسئولیت فرماندهی اجرا می‌کنند،<sup>۱۲</sup> با این حال تحلیل رویه قضایی آن‌ها از ارزش بالایی برخوردار است؛ زیرا دیوان‌های مزبور نسبت به دسته‌بندی‌های مختلف مقامات مافوق بی تفاوت نبوده‌اند.<sup>۱۳</sup> به علاوه، مجموعه قابل توجهی از روی قضایی به توضیح مسأله‌ای که مطرح می‌شوند می‌پردازند، چنانچه تلاش شود تا تفکیک مناسبی بین مقامات مافوق نظامی و غیرنظامی صورت گیرد. در پایان، به منظور تعیین هر دو دسته مقامات مافوق، پیشنهادهایی ارائه می‌گردد.

## 2. نظام دوگانه ماده 28 و معیار واحد دیوان‌های اختصاصی

ماده 28 «الف» به فرماندهان نظامی و اشخاصی که عملاً به عنوان فرمانده نظامی عمل می‌کنند، مربوط است. در حالی که ماده 28 «ب» به مقامات مافوق که در چارچوب ماده 28 «الف» قرار نمی‌گیرند مربوط است، یعنی مقامات مافوق غیر نظامی. بند «الف» و «ب» تا حد زیادی با هم تداخل دارند. ماده 28 «الف» و 28 «ب» مقرر می‌دارند که مقامات مافوق، صرف نظر از این که نظامی یا غیرنظامی باشند، از نظر کیفی در قبال جرائم در صلاحیت دیوان که توسط زیردستانی که تحت اقتدار و کنترل این مقامات قرار دارند و در نتیجه کوتاهی آنان از اعمال کنترل شایسته بر زیردستانشان واقع می‌شوند، مسئول هستند، البته اگر می‌دانسته‌اند ... که زیردستان این جرائم را مرتکب شده یا در شرف ارتکاب جرم هستند و چنانچه آن‌ها از اتخاذ

12. مقاله حاضر عمدتاً به رویه قضایی دیوان یوگسلاوی سابق و رواندا اشاره دارد و در صورت اقتضا، به رویه قضایی دادگاه ویژه سیرالئون نیز اشاره خواهد کرد.

13. It would be interesting to further scrutinize the case law of the ad hoc Tribunals as to whether they have in fact applied the same standard and approached the evidence equally in cases of civilian and military superiors. However, this article will focus on the distinction between military and civilian superiors only. It will not further assess whether Art. 28 is in conformity with customary international law.

هرگونه اقدامات لازم و معقول در حدود اختیارات خود برای جلوگیری یا ممانعت از ارتکاب آن‌ها  
طی ارائه گزارش موضوع به مقامات ذمه‌صلاح برای تحقیق و تعقیب کوتاهی کرده باشند.

نه تنها صدر ماده 28 «الف» و 28 «ب» بلکه همچنین 28 «الف» 1 و 2 و ماده 28  
«ب» 1 و 3 به ترتیب، تقریباً از نظر عبارات مشابه هستند. این مسأله عمدتاً به خاطر این است  
که ماده 28 با چنین گستردگی تکراری تصویب شده است. همین‌طور، تقسیم کردن ماده 28 به  
قسمت‌های «الف» و «ب» از ویژگی‌های بارز این ماده است.

با این حال، قسمت‌های (الف) و (ب)، عناصر روانی متفاوتی را برای مقامات مافوق نظامی و  
غیرنظامی پیش‌بینی کرده‌اند. در مورد مقامات نظامی لازم است که آن‌ها یا می‌دانسته و یا با  
توجه به اوضاع و احوال زمان، بایست می‌دانسته‌اند که نیروهای آن‌ها در حال ارتکاب جرم یا در  
شرف ارتکاب جرم هستند.<sup>14</sup> مقامات مافوق غیرنظامی در قبال جرائم زیردستانشان از نظر کیفی  
مسئول شناخته می‌شوند، اگر «می‌دانسته‌اند یا عمداً نسبت به اطلاعاتی که به وضوح نشان  
می‌دهد که زیردستان در حال ارتکاب جرم یا در شرف ارتکاب جرم هستند، غفلت کرده باشند»<sup>15</sup>  
به‌علاوه، ماده 28 (ب) (2) شرایط دیگری را نیز برقرار می‌کند: مقامات مافوق غیرنظامی از  
نظر کیفی مسئول شناخته می‌شوند، اگر جرائم مربوط به فعالیت‌هایی باشد که در حوزه  
مسئولیت و کنترل مؤثر مقامات مافوق قرار داشته است. این شرط در ماده 28 (الف) برای  
فرماندهان نظامی پیش‌بینی نشده است.

برعکس، دیوان‌های اختصاصی معیار واحدی را در مورد مسئولیت مافوق اجرا کرده‌اند. عناصر  
زیر در مورد مسئولیت فرماندهی در پرونده مهم دلایک و سایرین در دیوان بین‌المللی کیفری  
برای یوگسلاوی سابق ایجاد شده است:<sup>16</sup>

1. وجود رابطه مافوق - مادون؛
2. متهم می‌دانسته یا بایست می‌دانسته که جرم در حال ارتکاب است یا ارتکاب یافته است؛
3. متهم از اتخاذ اقدامات معقول به منظور جلوگیری از ارتکاب جرم یا مجازات مرتکب  
مربوطه کوتاهی کرده است.<sup>17</sup>

14. Art. 28(a)(i) ICCSt.

15. Art. 28(b)(i) ICCSt.

16. Judgment, Delalic *et al.* (IT-96-21-T), Trial Chamber, 16 November 1998 (hereinafter, Delalic *et al.* Trial Judgment), 363, 377, 378. See Judgment, Kordic and Cerkez (IT-95-14/2-A), Appeals Chamber, 17 December 2004, 839; Judgment, Blaskic (IT-95-14-A), Appeals Chamber, 29 July 2004 (hereinafter, Blaskic Appeal Judgment), 484.

17. آقای جنت مکان، حسین. پیشین، ص 55 به بعد.

مسئولیت مافوق می‌تواند هم در نتیجه سمت بالفعل (دوفاکتو) شخص و هم سمت رسمی وی به عنوان مافوق تحمیل شود.<sup>۱۸</sup> شخص باید ثابت کند که نسبت به زیردستان خود کنترل مؤثر اعمال می‌کند، به این معنا که او قدرت مادی به منظور جلوگیری و مجازات جرائم ارتكابی را داشته باشد.<sup>۱۹</sup> مفهوم کنترل مؤثر که نکته اصلی در رویه قضایی دیوان‌های موقت در خصوص مسئولیت مافوق است، هم نسبت به نظامیان و هم مقامات مافوق غیرنظامی قابل اجرا است.<sup>۲۰</sup> در رویه قضایی بعد از پرونده سلبیچی و بعد از پذیرش ماده 28، دیوان‌های موقت تأکید کردند که دکترین مسئولیت فرماندهی نسبت به مقامات مافوق غیرنظامی نیز اجرا می‌شود. با این که در پرونده سلبیچی نهایتاً مشخص نشد که آیا شرایط یکسانی نسبت به مقامات مافوق نظامی و غیرنظامی اجرا می‌شود یا خیر،<sup>۲۱</sup> مسأله در رویه قضایی متعاقب آن مورد بحث قرار گرفت و حل گردید. شعبه تجدیدنظر دادگاه بین‌المللی کیفری برای رواندا<sup>۲۲</sup> در پرونده باگیلیشما<sup>۲۳</sup> مقرر داشت که آستانه کنترل مؤثر برای مقامات مافوق نظامی و غیرنظامی یکسان است. همین‌طور، روشن ساخت که این مسأله به آن معنا نیست که کنترل مؤثر به وسیله مقامات غیرنظامی و یک فرمانده نظامی لزوماً به طریق یکسان اجرا می‌شود، یا این که لزوماً می‌تواند به طریق یکسان ایجاد شود.<sup>۲۴</sup>

تا آن‌جا که به شرایط عنصر روانی مربوط است، شعبه بدوی دیوان رواندا در پرونده کایشیما و روزیندانا نتیجه گرفت که ماده 28 جنبه تفسیری دارد،<sup>۲۵</sup> اما هیچ شعبه بدوی دیگری به این نتیجه نرسید که معیار محدود تری باید نسبت به مقامات مافوق نظامی اجرا شود.<sup>۲۶</sup> برعکس، شعب بدوی صریحاً مقرر داشتند که شرایط عنصر روانی یکسانی اجرا می‌شود، یعنی ضابطه

18. Delalic *et al.* Trial Judgment, *supra* note 9, 354, 370, 371.

19. *Ibid.*, 378.

20. Delalic *et al.* Trial Judgment, *supra* note 9, 377, 378; Judgment, Delalic *et al.* (IT-96-21-A), Appeals Chamber, 20 February 2001 (hereinafter, Delalic *et al.* Appeal Judgment), 196 *et seq.* where the Appeals Chamber found that Art. 28 reaffirms that standard.

21. Delalic *et al.* Appeal Judgment, *supra* note 12, 240.

22. ICTR

23. Bagilishema

24. Judgment, Bagilishema (ICTR-95-1A-T), Appeals Chamber, 3 July 2002 (hereinafter, Bagilishema Appeal Judgment), 52.

25. Judgment, Kayishema and Ruzindana (ICTR-95-1-T), Trial Chamber, 21 May 1999, 227, 228.

26. Judgment, Muvunyi (ICTR-2000-55A-T), Trial Chamber, 12 September 2006, 473 *et seq.* endorsed the finding of the Chamber in Kayishema & Ruzindana, but nevertheless required proof of the same requirements for military and non-military superiors.

«دلیلی وجود داشته که می دانسته».<sup>۲۷</sup> شعبه تجدیدنظر یوگسلاوی سابق صریحاً ضابطه غفلت یا «وظیفه دانستن»<sup>۲۸</sup> را کنار گذاشت.<sup>۲۹</sup>

به علاوه، در آرای متعددی اشاره شده که مقامات مافوق غیرنظامی معمولاً از اختیارات تنبیه کبدن مشابه مقامات مافوق نظامی بر خوردار نیستند، لکن هیچ ارزش اثباتی به این تفاوت داده نشده است. قضات صرفاً مقرر داشتند که اختیارات غیرنظامیان برای تنبیه کردن به طور گسترده تفسیر شود و صرف امکان ارسال گزارش به مقامات صالح کافی است.<sup>۳۰</sup> همین طور، ماده 28 واژه «مجازات کردن» را از ماده 86 پروتکل الحاقی اول و اساسنامه دیوان های موقت به عاریت نگرفته است، بلکه در عوض، شامل اصطلاح سخت تری شبیه آن چه در شعب بدوی دیوان یوگسلاوی استفاده می شود می گردد: «به منظور ارائه گزارش موضوع به مقامات صالح برای تحقیق و تعقیب».<sup>۳۱</sup>

برخلاف روی قضایی مسلم دیوان های موقت، تفاوت معیارها در خصوص فرماندهان نظامی و مقامات مافوق غیرنظامی در ماده 28 به ویژه تا آن جا که به شرایط عنصر روانی در ماده 28 مربوط است، به شدت مورد انتقاد قرار گرفته است؛ زیرا «حقوق بین الملل عرفی را بازگو نمی کند».<sup>۳۲</sup> به علاوه، تعدادی از قوانین ملی تکمیلی مانع از پذیرش ضابطه «بایست می دانسته»

---

27. Judgment, *Milutinovi et al.* (IT-05-87-T), Trial Chamber, 26 February 2009, Vol. 1, 120; Judgment, *Branin* (IT-99-36-T), Trial Chamber, 1 September 2004, 281, 282; Judgment, *Krnjelac* (IT-97-25-T), Trial Chamber, 15 March 2002, 94. See also Judgment, *Nahimana et al.* (ICTR-99-52-A), Appeals Chamber, 28 November 2007, 785.

28. Duty to know

29. Judgment, *Blakic* Appeal Judgment, *supra* note 9, 62, 406; *Delalic et al.* Appeal Judgment, *supra* note 12, 226.

30. Judgment, *Aleksovski* (IT-95-14/1-T), Trial Chamber, 25 June 1999 (hereinafter, *Aleksovski* Trial Judgment), 78; see also Judgment, *Kvoka et al.* (IT-98-30/1-T), Trial Chamber, 2 November 2001, 316; Judgment, *Branin* (IT-99-36-T), Trial Chamber, 1 September 2004 (hereinafter, *Branin* Trial Judgment), 281.

31. Art. 28(a) (ii), (b) (iii) ICCSt.

32. R. Cryer, *Prosecuting International Crimes* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), 325: 'highly unfortunate retreat from requirements of customary law'; *Damaka*, *supra* note 1, 471-472; *Mettraux*, *supra* note 1, 210-213; G.R. Vetter, 'Command Responsibility of Non-Military Superiors in the International Criminal Court (ICC)', 25 *Yale Journal of International Law* 2000, 93 *et seq.*, 103, 141. See also *Amicus Curiae Observations on Superior Responsibility Submitted Pursuant to Rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence*, *Bemba*, Amnesty International, 20 April 2009, 3, 7-11. Amnesty International also notes that Art. 28(a)(i) departs from customary international law by incorporating a negligence standard, but finds that the heightened duties imposed upon commanders 'further the object and purpose of the Statute' as there is 'a greater likelihood that they will prevent future crimes or repress them more swiftly', at 8.

مذکور در ماده 28 «الف» 1 می‌شوند و به عکس، معیار بالاتری را انتخاب یا حتی از ضابطه واحد خودداری کرده‌اند.<sup>33</sup> برخی قوانین تکمیلی، شرایط دیگری برای مقامات مافوق غیرنظامی در ماده 28 «ب» 2 ایجاد نمی‌کنند.<sup>34</sup> همین‌طور، در مورد وضعیت حقوق عرفی ماده 28 و در مورد این که چگونه شرایط متفاوت ماده 28 را تفسیر کنیم، در محافل دانشگاهی مباحثی وجود دارد.<sup>35</sup>

جالب آن که گروه کاری در کنفرانس رم از ماده 28 به‌عنوان یک «توافق کاملاً پیچیده»<sup>36</sup> یاد کرد.<sup>37</sup> درحالی‌که برخی هیأت‌ها از به‌کارگیری ضابطه واحد حمایت می‌کردند، هیأت امریکایی نهایتاً در ارائه پیشنهاد خود، مبنی بر ضوابط متفاوت موفق شد.<sup>38</sup> هیأت امریکایی استدلال می‌کرد که تفاوت عمده بین مقامات مافوق نظامی و غیرنظامی در ماهیت و قلمرو اقتدار آن‌ها مطرح می‌شود؛ زیرا درحوزه غیرنظامی، سیستم مجازات کردن آن گونه که با فرماندهان نظامی قابل مقایسه باشد وجود ندارد. معیار غفلت در مورد مقامات مافوق نظامی موجه است، زیرا فرماندهان نظامی مسئولیت «نیروهای خطرناک» را به عهده دارند، درحالی‌که مقامات مافوق

33. For example, Germany (Völkerstrafgesetzbuch, Arts 4, 13, 14); Canada (Crimes against Humanity and War Crimes Act, s. 5, 7); Australia (International Criminal Court (Consequential Amendments Act), 268.115 (2), (3)). For an analysis of national implementation laws, see N. Karsten, *Die Strafbarkeit des nicht-militärischen Vorgesetzten. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu Artikel 28 des Rom Statuts* (Diss. 2009, forthcoming).

34. For example, Germany (Völkerstrafgesetzbuch, Arts 4, 13, 14).

35. Ambos, *supra* note 1, 870; A. Boisvert, H. Dumont and M. Petrov, 'Quand les Crimes des Sous-fifres Engagent la Responsabilité du Supérieur Hiérarchique en Droit Pénal International', 9 *Canadian Criminal Law Review* (2004) 130–132; G. Werle, *Principles of International Criminal Law* (The Hague: T.M.C. Asser, 2005) 132, at 134; M. Lippman, 'Humanitarian Law: The Uncertain Contours of Command Responsibility', 9 *Tulsa Journal of Comparative and International Law* (2001) 89; J.S. Martine., 'Understanding Mens Rea in Command Responsibility: From Yamashita to Blakic and Beyond', 5 *JICJ* (2007) 659; Mettraux, *supra* note 1, 32–33; E. Langston, 'The Superior Responsibility Doctrine in International Law: Historical Continuities, Innovation and Criminality', 4 *International Criminal Law Review* (2004) 160; Sliedregt, *supra* note 1, 188; Vetter, *supra* note 21, 124; Weigend, *supra* note 1, at 1023, 1024.

36. Quite delicate compromise

37. UN Doc. A/CONF.183/C.1/SR.23, 3 July 1998, 2; UN Doc. A/CONF.183/C.1/WGPP/L.4, Report of the Working Group on General Principles of Criminal Law, 18 June 1998.

38. UN Doc. A/CONF.183/C.1/L.2, United States of America: Proposal Regarding Art. 25, 16 June 1998; N Doc. A/CONF/183/C.1/SR23., 16 June 1998, 76; 3 July 1998, 2, 10. See also P. Saland, 'International Criminal Law Principles', in R.S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results* (New York: Ardsley, 1999), 203: The category of persons 'effectively acting as military commanders' in Art. 28(a) is intended to cover warlords and paramilitary leaders.



غیرنظامی، تنها عهده‌دار امور دیوان سالاری (امور اداری)<sup>۳۹</sup> هستند. در رابطه با شرط مقرر در ماده 28 (ب) (2) هیأت امریکایی استدلال کرد که مقامات مافوق غیرنظامی باید تنها در قبال جرائم زیردستان «به مناسبت شغل مسئول باشند و نه در قبال اعمالی که آنان خارج از محل کار در صلاحیت شخصی خود مرتکب شده اند»، درحالی که فرماندهان نظامی در قبال نیروهای تحت فرمانشان در همه اوقات مسئول شناخته می‌شوند.<sup>۴۰</sup>

### 3. تفسیر ماده 28 (الف) در پرونده بمبا

در تصمیم اخیر در پرونده بمبا، شعبه دوم مقدماتی دیوان بین‌المللی کیفری مقرر داشت برای این که فرماندهان نظامی و شبه نظامی براساس ماده 28 «الف» مسئول شناخته شوند، پنج عنصر زیر باید محقق شوند:<sup>۴۱</sup>

1. مظنون باید یک فرمانده نظامی باشد یا شخصی که عملاً به عنوان فرمانده نظامی عمل می‌کند؛
2. مظنون باید فرماندهی و کنترل مؤثر داشته باشد یا کنترل و اقتدار مؤثر بر نیروها (زیردستان) که یک یا چند جرم مذکور در مواد 6-8 اساسنامه را مرتکب شده باشند؛
3. جرم ارتكابی توسط نیروهای شان (زیردستان) از کوتاهی مظنون برای اعمال کنترل شایسته بر آن‌ها ناشی شده باشد؛<sup>۴۲</sup>
4. مظنون می‌دانسته یا با توجه به اوضاع و احوال زمان، بایست می‌دانسته که نیروهایش (زیردستان) در حال ارتكاب جرم یا در شرف ارتكاب یک یا چند جرم مذکور در مواد 6-8 اساسنامه هستند؛<sup>۴۳</sup> و

39. UN Doc. A/CONF.183/C.1/SR.1, 16 June 1998, 67, 68.

40. UN Doc. A/CONF.183/C.1/SR.1, 16 June 1998, 68.

41. Bemba decision, 407.

42. In relation to the contentious 'element of causality', the Pre-Trial Chamber held that such an element is included in Art. 28, in particular, in relation to the duty to prevent. In the Chamber's view, it must be proven that the superior's failure 'increased' the risk of the commission of the crimes charged. Although it is illogical to conclude that a failure to 'repress crimes' or 'submit the matter' to the competent authorities may retroactively cause the crimes committed, the Chamber also acknowledged a 'causal impact' of such failures on the commission of future crimes, 'as punishment is an inherent part of prevention of future crimes', Bemba decision, 424, 425.

43. The Pre-Trial Chamber interpreted the 'should have known' standard as negligence in failing to acquire knowledge and thereby relied on the ICTR Kayishema & Ruzindana trial judgment and the ICTY Blakic trial judgment, although these judgments are not in conformity with the settled interpretation of the 'had reason to know' standard by the ad hoc Tribunals. The Pre-Trial Chamber also referred to the intent of the drafters of the Rome Statute to take a more stringent approach towards commanders.

5. مظنون از اتخاذ اقدامات لازم و معقول در حدود اختیارات خود به منظور جلوگیری یا ممانعت از ارتکاب چنین جرائمی کوتاهی کرده یا از گزارش موضوع به مقامات صالح برای تحقیق و تعقیب خودداری ورزیده باشد.<sup>۴۴</sup>

شعبه مقدماتی، اصطلاح «فرمانده نظامی» را با اشاره به فرماندهان رسمی دوزوره<sup>۴۵</sup> که رسماً یا قانوناً به منظور انجام وظایف نظامی منصوب شده این، تفسیر کرده است، درحالی که «شخصی که عملاً به عنوان فرمانده نظامی عمل می‌کند» شامل اشخاصی می‌شود که به منظور ایفای وظایف نظامی‌شان، به صورت قانونی انتخاب نشده باشند؛ یعنی فرماندهان نظامی بالفعل.<sup>۴۶</sup>

در رابطه با شرط دوم، شعبه مقدماتی کاملاً از مفهوم «کنترل مؤثر» به گونه‌ای که در روی قضایی دیوان‌های اختصاصی بیان شده بود حمایت کرد.<sup>۴۷</sup> به نظر شعبه، اصطلاح «کنترل و فرماندهی مؤثر» که نسبت به فرم اندهان نظامی رسمی قابل اجرا است و اصطلاح «اقتدار و کنترل مؤثر» که نسبت به فرماندهان عملی یا شبه نظامی قابل اجرا است، معنای کاملاً نزدیک، اما متفاوتی دارند.<sup>۴۸</sup> با این که درجه کنترل مورد نیاز برای فرماندهان نظامی بالفعل و رسمی یکسان است، اصطلاح «اقتدار مؤثر» می‌تواند به شیوه، روش یا ماهیتی اشاره داشته باشد که براساس آن، فرماندهان نظامی یا شبه نظامی «کنترل» خود را بر نیروهای زیردست اعمال می‌کنند.<sup>۴۹</sup> بدین طریق، شعبه مقدماتی، تفسیری را که شعبه تجدیدنظر دیوان رواندا در پرونده باگلیشیماس<sup>۵۰</sup> به عمل آورده، بیان می‌کند.<sup>۵۱</sup>

---

However, as the Pre-Trial Chamber found that there is sufficient evidence to suggest that Bemba knew about the crimes, it abstained from discussing the 'should have known' standard and its customary law status any further, Bemba decision, 432, 434.

44. See Bemba decision, 436, 443.

45. de Jure

34. Bemba decision, 414 – 417.

47. Bemba decision, 408, 409.

48. Bemba decision, 413: 'in order to remedy the appearance of redundancy in the text'..

49. Bemba decision, 413.

50. Bagilishema

51. Bagilishema Appeals Judgment, *supra* note 14, 52. It is noteworthy that the Pre-Trial Chamber also mentioned the temporal scope of 'effective control'. On the basis of the wording of Art. 28, it held that the suspect must have exercised effective control 'at least' when the crimes were about to be committed, thereby concurring with the current but not undisputed majority view in the ad hoc Tribunals, Bemba decision, 418-419. See Judgment, Ori (IT-03-68-A), Appeals Chamber, 22 April 2008, 167, Declaration of Judge Shahabuddeen, Partially Dissenting Opinion of Judge Liu and Judge Schomburg. The minority view of the ICTY was endorsed by the SCSL: Sesay, Kallon & Gbao ('RUF') (SCSL-04-15-T), Trial Chamber, 2 March 2009 (hereinafter, RUF Trial Judgment), 299.

شعبه مقدماتی صریحاً از تفاوت بین فرماندهان نظامی و شبه نظامی در ماده 28 «الف» و مقامات مافوق غیرنظامی در ماده 28 «ب» بحث نکرده بلکه صرفاً مقرر می‌دارد که بمبا مشمول قلمرو ماده 28 «الف» قرار می‌گیرد.<sup>52</sup> آنچه باعث شده تا شعبه مقدماتی به این نتیجه دست پیدا کند روشن نیست. به علاوه، مسأله با این حقیقت روشن شد که شعبه مقدماتی از دو عنصر اولی ماده 28 «الف» بحث می‌کند: وضعیت بمبا به عنوان فرمانده نظامی یا شبه‌نظامی و وجود اقتدار و کنترل مؤثر فرماندهی در کنار هم به‌خاطر ارتباطشان.<sup>53</sup>

شعبه به اساسنامه جنبش آزادیبخش کنگو اشاره کرد که براساس آن ، رئیس جنبش آزادیبخش کنگو به عنوان رئیس شاخه سیاسی جنبش و به‌عنوان فرمانده کل شاخه نظامی آن (ارتش آزادیبخش کنگو)<sup>54</sup> عمل می‌کند.<sup>55</sup> همین‌طور، اشاره شده است که ارتش آزادیبخش کنگو ساختاری همانند یک ارتش متعارف و یک ستاد مرکزی داشت که مرکب از فرمانده ارتش، رئیس ستاد ارتش و مسئول امور اداری، سرویس اطلاعاتی، عملیات ها، پشتیبانی ها و امور سیاسی و مدنی بود.<sup>56</sup> شعبه همچنین استدلال کرد که بم با می توانسته دستور صادر کند و سیستم گزارشدهی وی طوری بوده که به وی اجازه می داده تا عملیات نظامی را که از سوی جنبش آزادیبخش کنگو صورت می گرفت، رصد کند و دستورات خود را به آن‌ها برساند.<sup>57</sup> شعبه اشاره کرد که بمبا از اختیارات عزل و نصب فرماندهان برخوردار بوده و می‌توانسته آنان را تشویق یا تنبیه کند. همچنین می‌توانسته اشخاص را بازداشت و توقیف کند و فرماندهان جنبش آزادیبخش را آزاد سازد، بدین معنا که نظام انضباطی و قضایی نظامی طوری بود که بمبا می توانست تصمیمات انضباطی اتخاذ کند.<sup>58</sup>

در نگاه نخست، به نظر می‌رسد عوامل زیر در ارزیابی شعبه مقدماتی از وضعیت بمبا به عنوان یک فرمانده نظامی نقش ایفا می‌کنند: (1) جایگاه او به عنوان فرمانده اصلی ارتش آزادیبخش کنگو؛ (2) قدرت او به منظور صدور دستورات از طریق زنجیره فرماندهی و قدرت تحمیل اقدامات انضباطی؛ و (3) ساختار نظامی ارتش آزادیبخش کنگو. با وجود این، در مورد این که آیا شعبه مقدماتی، بمبا را به‌عنوان یک فرمانده نظامی بالفعل یا بالقوه شناخته است یا خیر، ابهام وجود دارد. شعبه با توجه به ارزیابی اولیه ادله، اظهار داشت بمبا

52. Bemba decision, 406, 446.

53. Bemba decision, 445.

54. ALC

55. Bemba decision, 446, 451-455.

56. Bemba decision, 456.

57. Bemba decision, 459.

58. Bemba decision, 460-464.

شخصی است که عملاً به عنوان فرمانده نظامی عمل می‌کرد.<sup>۵۹</sup> اما بعدها نتیجه گرفت که بمبا به‌عنوان فرمانده اصلی رسمی ارتش آزادیبخش کنگو انجام وظیفه می‌کرده و عملاً کنترل نهایی بر فرماندهان جنبش آزادیبخش کنگو داشته است.<sup>۶۰</sup>

با توجه به این که در بحث از مقررات ماده 28 «الف» شعبه نتیجه گرفت که فرماندهان نظامی رسمی از فرماندهان غیر نظامی بالفعل، براساس انتصاب رسمی یا قانونی شان تفکیک می‌گردند، شعبه باید به این نتیجه دست می‌یافت که بمبا یک فرمانده نظامی رسمی است؛ زیرا او به‌عنوان رئیس جنبش آزادیبخش کنگو و فرمانده اصلی ارتش آزادیبخش انتخاب شده بود.<sup>۶۱</sup> با این حال، این احتمال وجود دارد که شعبه بخواهد مفهوم «فرمانده نظامی رسمی» را برای فرماندهان نیروهای مسلح یک کشور استفاده کند،<sup>۶۲</sup> آن هم زمانی که شعبه مقرر داشته: گروهی از فرماندهان شبه نظامی ممکن است به‌طور کلی شامل مقامات مافوق در نیروهای مسلح منظم دولت نظیر واحدهای مسلح پلیس یا نیروهای نامنظم (نیروهای غیردولتی) نظیر گروه‌های شورشی، و واحدهای شبه نظامی، از جمله جنبش‌های مقاومت مسلحانه و شبه نظامیانی که پیرو یک سلسله مراتب نظامی یا زنجیره فرماندهی هستند، گردد.<sup>۶۳</sup> از آنجا که جنبش آزادیبخش، یک نیروی غیردولتی بود،<sup>۶۴</sup> بمبا علی‌رغم این که به صورت رسمی منصوب گردیده، می‌تواند به‌عنوان یک فرمانده نظامی بالفعل شناخته شود.

در بخش زیر این مسأله مورد بررسی قرار می‌گیرد که آیا به‌منظور تفکیک بین فرماندهان نظامی و غیرنظامی، عوامل مربوط به تصمیم بمبا ویژگی‌های مناسبی را ایجاد می‌کند یا خیر.

59. Bemba decision, 446. See also heading of the relevant section 'Mr Jean Pierre Bemba was effectively acting as military commander and had effective authority and control over MLC troops who committed crimes'.

60. Bemba decision, 457.

61. Bemba decision, 455: MLC members and ALC soldiers chose Mr Jean-Pierre Bemba as the President of the MLC and Commander-in-Chief of its military wing, the ALC.

62. این مفهوم، شامل کلیه اشخاصی می‌شود که صرف نظر از عنوان یا درجه، در چارچوب نیروهای مسلح مسئولیت فرماندهی دارند. رجوع کنید به: Bemba decision, 408.

63. Bemba decision, 410.

64. Bemba decision, 448.

#### 4. عناصر تفکیک مقامات مافوق نظامی از غیرنظامی و ارتباط آن‌ها با اهداف ماده 28 اساسنامه

##### الف) رویکرد سمت شخصی در مقابل رویکرد هویت سازمانی

در نگاه نخست به نظر می‌رسد تنها عنوان و رتبه نظامی می‌تواند به عنوان ویژگی متمایز فرماندهان نظامی مشخص شود. با این حال، شعبه مقدماتی در پرونده بمبا تا حدودی به سمت بمبا به عنوان فرمانده اصلی ارتش آزادیبخش توجه کرده بود. به نظر می‌رسد که شعبه، در کل به عنوان یا درجه نظامی وی تکیه نکرده است، بلکه بیش‌تر ملاحظه کرده که بمبا چنین سمتی را در ارتش آزادیبخش داشته است.<sup>65</sup>

به نظر دیوان بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق، نداشتن عنوان، درجه یا آموزش نظامی دلیلی بر غیرنظامی بودن شخص تلقی نمی‌شود. در پرونده مارتینویچ و نالتیلیک، وکیل آنان اظهار داشت که وینکو مارتینویچ یک فرمانده غیرنظامی یا (حداکثر) شبه‌نظامی بوده است، زیرا آموزش‌های نظامی سخت ندیده یا از طریق درجه‌ها و سلسل مراتب نظامی ارتقا نیافته است.<sup>66</sup> شعبه بدوی ملاحظه کرد که مارتینویچ در نیروهای مسلح کرواسی،<sup>67</sup> به عنوان یک ارتش رسمی، دارای سمت فرماندهی بوده و بنابراین، به عنوان یک فرمانده نظامی شناخته می‌شود.<sup>68</sup> ملادن نالتیلیک به عنوان همکار متهم نیز به عنوان فرمانده شناخته شده بود.<sup>69</sup>

استدلال شعبه بدوی دیوان یوگسلاوی در رد استدلال وکیل مدافع صحیح بوده است. فقدان عنوان یا درجه نظامی باعث نمی‌شود که مظنون یا متهم، غیرنظامی تلقی شود. همین‌طور، صرف داشتن یک عنوان یا درجه نظامی لزوماً به معنای این نیست که مظنون یا متهم، یک فرمانده نظامی است. برای مثال، یک ژنرال (بازنشسته) که به عنوان مافوق در یک سازمان غیرنظامی انجام وظیفه می‌کند، علی‌رغم عنوان نظامی اش مشمول ماده 28 «الف» نمی‌شود. ماده 28 «الف» به این معنا نیست که شامل همه اشخاص دارای عناوین یا درجه‌های نظامی شود، مگر آن‌که آن‌ها کنترل و فرماندهی بر واحدهای نظامی اعمال کنند.

به منظور تفکیک بین فرماندهان نظامی و شبه نظامی، عنوان یا درجه نظامی یک عامل مناسب محسوب نمی‌شود، بلکه در بهترین حالت می‌تواند به عنوان اماره‌ای دال بر وضعیت نظامی مظنون یا متهم باشد. به علاوه، نمی‌توان وضعیت یک مافوق را جدا از تشکیلات، م‌ و سسه یا

65. See also finding that command responsibility attaches. 'irrespective of their rank and level'. (Bemba decision, 408).

66. Judgment, Naletilic and Martinovic (IT-98-34-T), Trial Chamber, 31 March 2003, 99.

67. Hrvatsko Vijeće Odrane, HVO

68. *Ibid.*, 101.

69. *Ibid.*, 94, 116, 141.

سازمانی که مقام مافوق در آن شرکت دارد ارزیابی کرد. در عوض، وضعیت نظامی یا غیرنظامی باید به عنوان خصوصیتی که از ماهیت یگان، مؤسسه یا سازمان ناشی می‌شود و به طور خلاصه «سازمانی» که شخص در آن سمت مافوقی دارد مورد توجه قرار گیرد.

به نظر می‌رسد شعبه مقدماتی در پرونده بمبا، هنگامی که وضعیت بمبا را به عنوان یک فرمانده نظامی ارزیابی می‌کند به ماهیت جنبش آزادیبخش کنگو و ارتش آزادیبخش کنگو توجه کرده است. همین‌طور، شعبه بدوی در پرونده نالیتیلیک و مارتینویچ، نیروهای مسلح کرواسی را به عنوان یک تشکیلات نظامی می‌شناخت؛ هنگامی که اظهار داشت: مارتینویچ یک فرمانده نظامی بوده است.<sup>۷۰</sup>

همین‌طور در مورد سایر مسائل مسئولیت فرماندهی، تشکیلاتی که مافوق در آن سمتی را به عهده دارد، می‌تواند مورد استناد قرار گیرد.<sup>۷۱</sup> رویه قضایی دیوان‌های اختصاصی بیش تر به بحث درباره معیار «کنترل مؤثر» توجه دارد. به هر حال، با توجه به ضابطه کنترل مؤثر، اهمیت تشکیلات به عنوان چارچوبی برای رابطه سلسله مراتبی مافوق مادون به درست ارزیابی نشده است.<sup>۷۲</sup> هدف دکنترین مسئولیت مافوق دربرگیری کلیه کسانی که کنترل مؤثر بر مرتکبان مستقیم دارند نمی‌باشد به این معنا که آن‌ها توانایی مادی به منظور جلوگیری یا مجازات رفتار کیفری‌شان را داشته باشند.<sup>۷۳</sup> دکنترین مافوق تنها جایی اجرا می‌شود که کنترل مؤثر به طور ساختاری در سازمانی که هم به مافوق و هم به مادون متعلق است ریشه دارد.<sup>۷۴</sup> بنابراین، شخص تنها زمانی می‌تواند از نظر کیفری به عنوان مافوق مسئول شناخته شود که دارای سمت رسمی تشکیلاتی با رعایت سلسله مراتب سازمانی ثابتی باشد که به او اختیار اعمال فرماندهی، اقتدار و کنترل را می‌دهد. مسئولیت مافوق نسبت به رهبران گروه‌هایی که بدون قصد قبلی با هم همکاری می‌کنند یا به صورت اتفاقی گرد هم جمع می‌شوند، به کار نمی‌رود.

70. See also Judgment, Kordic & Cerkez (IT-95-14/2-T), Trial Chamber, 26 February 2001, 839–841, discussing whether the politician Dario Kordic had a command position in the HVO.

71. Karsten, *supra* note 22.

72. Burghardt, *supra* note 1, 169 et seq.

73. While Arnold correctly opines that state leaders are not immune from superior responsibility if they rely on guerilla groups or private subcontractors, it seems incorrect to state that '[e]veryone holding de facto authority over someone guilty of war crimes is subject to this doctrine, independently from affiliation to a regular or irregular armed group'. See Arnold, *supra* note 1, 826 margin 89.

74. *Ibid.*, Karsten, *supra* note 22. This aspect is not explicitly discussed in the case law of the ad hoc Tribunals, but may be inferred when the celebici Appeals Chamber held that superiors 'by virtue of the position they occupy' must have authority and effective control over others (Delalic *et al.* Appeal Judgment, *supra* note 12, 303), or when the Aleksovski Trial Chamber held that a superior must have the possibility to transmit reports 'through his position in the hierarchy' (Aleksovski Trial Judgment, *supra* note 19, 78; Branin Trial Judgment, *supra* note 19, 281).

همچنین رویکرد سازمان محور هنگامی می‌تواند مفید باشد که شرط کنترل و اقتدار مؤثر فرماندهی که در ماده 28 «الف» و «ب» مشترک است و شرط دیگری که در ماده 28 «ب» 2 وجود دارد و تصریح می‌کند مقامات مافوق غیرنظامی تنها زمانی مسئول شناخته می‌شوند که «جرائم، مربوط به فعالیت‌هایی بوده که در حوزه مسئولیت و کنترل واقعی مقام مافوق قرار داشته است» را تفسیر کند. آنچه باید ارزیابی شود این است که اقتدار و کنترل مؤثر، آن‌گونه که در چارچوب سازمان تعریف می‌شود، می‌تواند از نظر زمان، مکان و ماهیت محدود گردد. همین‌طور، ماده 28 «ب» 2 مقرر می‌دارد که جرائم مذکور، مربوط به فعالیت‌هایی بوده که در حوزه مسئولیت و کنترل واقعی مقام مافوق قرار داشته است (جرائم ناشی از فعالیت‌ها).

نتیجه مهم دیگر رویکرد سازمانی این است که وقتی رؤسای دولت (یا وزرای دفاع) به عنوان فرمانده عالی نیروهای مسلح عمل می‌کنند در ارتباط با نیروهای مسلح و نه مقامات مافوق غیرنظامی تلقی می‌شوند، هرچند عنوان یا درجه نظامی نداشته باشند، همین‌طور شعبه مقدماتی در پرونده بمبا متوجه شد که رؤسای دولت‌ها اغلب به عنوان فرمانده کل قوا عمل می‌کنند و بنابراین باید به عنوان فرماندهان نظامی رسمی شناخته شوند.<sup>75</sup>

شعبه اضافه کرد که مفهوم «فرماندهی نظامی» حتی شامل وضعیت‌هایی می‌شود که مقامات مافوق منحصراً در سمت‌های نظامی انجام وظیفه نمی‌کنند. با این حال، از این اصطلاح نباید برداشت نادرستی صورت بگیرد؛ به این معنا که وظایف نظامی که توسط همان شخص اعمال می‌شود باید نسبت به سایر وظایف غیرنظامی اعمال شده توسط همان شخص بیش‌تر باشد. هیچ‌یک از این‌ها برای قاعده تفسیر ضروری نیست که در مورد وظایف متعدد، هرگونه تردید ... بایع به نفع متهم تفسیر شود ... [و] لازم است که دادگاه ماده 28 «ب» را در موارد مبهم یا مشکوک اجرا کند ...<sup>76</sup> این‌گونه تفکیک‌ها یا قواعد تفسیری، غیرضروری هستند. یک رئیس دولت هم‌زمان می‌تواند فرمانده نیروهای مسلح و مافوق غیرنظامی در دولت یا هرگونه تشکیلات سیاسی دیگر باشد.<sup>77</sup> تا آن‌جا که به مسئولیت کیفری رئیس دولت در قبال جرائم ارتكابی توسط اعضای نیروهای مسلح مربوط است، ماده 28 «الف» اجرا می‌شود. چنانچه جرائمی توسط اعضای هیأت‌های غیرنظامی صورت پذیرد، در مورد کسی که به عنوان رئیس آن سمت مافوق را دارد، ماده 28 «ب» اجرا می‌شود. همین‌طور، رؤسای دولت‌ها که نسبت به گروه‌های شبه‌نظامی یا شرکت‌های خصوصی تسلط دارند، بسته به شرایط چنین واحدهایی، به عنوان نظامی

75. Bemba decision, 408, fn. 522.

76. Bemba decision, 408.

77. Mettraux, *supra* note 1, 30.

شعبه مقدماتی دیوان بین‌المللی کیفری در پرونده عمر حسن احمدالبشیر رئیس‌جمهور سودان نیز اشاره کرده است که وی هم‌زمان رئیس دولت و فرمانده کل نیروهای مسلح سودان بوده است.

یا غیرنظامی می تواند تابع ماده 28 «الف» و «ب» باشند. اجرای وظایف متعددی که توسط اشخاص صورت می گیرد مشکلی را ایجاد نمی کند، البته اگر یگان‌های مختلفی که شخص فرماندهی آنان را به عهده دارد به‌وضوح مشخص شده باشند.

تا آنجا که به پرونده بمبا مربوط است، وضعیت او به‌عنوان یک فرمانده نظامی یا غیرنظامی، از جمله به شرایط جنیش آزادیبخش و ارتش آزادیبخش، به ترتیب به‌عنوان سازمان‌های نظامی یا غیرنظامی بستگی دارد.

در این زمینه اهمیت دارد یادآوری کنیم که واجد شرایط بودن به‌عنوان مقام مافوق نظامی یا غیرنظامی یک استنباط صرف است راجع به این که آیا ماده 28 «الف» یا «ب» قابل اجرا است یا خیر. همین طور، شامل هیچ گونه پیش‌داوری راجع به اعمال اقتدار و کنترل مؤثر فرماندهی برای هر دو مقام مافوق نظامی یا غیرنظامی به موجب ماده 28 «الف» و «ب» که شرایطی را ایجاد می‌کند، نمی‌شود. همان‌گونه که در بالا گفته شد، نتیجه‌گیری شعبه مقدماتی در پرونده بمبا مبهم است؛ زیرا این نتیجه‌گیری به‌وضوح بین قابلیت اجرای ماده 28 «الف» و عنصر اقتدار، کنترل و فرماندهی مؤثر، تفکیک برقرار نمی‌کند.

تا آنجا که به آستانه اقتدار و کنترل مؤثر فرماندهی مربوط است، مهم است یادآوری کنیم که رهبران کشورها یا فرماندهانی که نسبت به گروه‌های شبه‌نظامی یا شرکت‌های خصوصی تسلط دارند از نظر کیفی به‌عنوان مقامات مافوق در قبال جرائم ارتكابی از سوی گروه‌ها مسئول شناخته می‌شوند، نه به‌موجب ماده 28 «الف» نه «ب»، البته چنانچه رابطه با آن گروه‌ها یا شرکت‌ها صرفاً با هدف همکاری بوده و به سطح آستانه کنترل مؤثر نرسیده باشد. همان‌گونه که شعبه تجدید نظر دیوان یوگسلاوی سابق مقرر می‌دارد، این حقیقت که رهبران کشوری یا فرماندهان، از این نوع همکاری از حیث نظامی بهره‌مند می‌شوند برای نشان دادن کنترل مؤثر کافی به نظر نمی‌رسد.<sup>78</sup>

78. See e.g. the allegations in the Third Amended Indictment, Karadzic (IT-95-5/18-PT), 27 February 2009, 33:

کارادزیچ بالاترین مقام نظامی و غیرنظامی در جمهوری صربسکا بود (جمهوری خودمختار صرب بوسنی، در حال حاضر تشکیلات صرب در بوسنی و هرزگوین). وی در سمت‌های رئیس (حزب دموکراتیک صرب)، عضو و رئیس شورای امنیت ملی جمهوری صربسکا قرار داشته است.

Presidency and the expanded Presidency of the RS, and President of the RS and Supreme Commander of the RS armed forces, and pursuant to his de facto authority as the acknowledged leader of the Bosnian Serbs, he was the superior of, and had effective control over, the Bosnian Serb Forces and Bosnian Serb Political and Governmental Organs that participated in the crimes alleged in this indictment.



## ب) سازمان‌های نظامی و غیرنظامی

مسلم است که رویکرد سازمان محور تنها تشخیص این مسأله را که چه کسی مقام مافوق نظامی یا غیرنظامی است، جابه جا می‌کند. چنانچه نظامی یا غیرنظامی بودن به تشکیلات، سازمان یا مؤسسه‌ای وابسته باشد، هنوز روشن نیست که چه عاملی باعث می‌شود این یگان‌ها نظامی یا غیرنظامی محسوب شوند.

نیروهای مسلح یک کشور، مقامات ارشد<sup>۷۹</sup> هستند. بدیهی است فرماندهان نیروهای مسلح یک کشور نیز فرماندهان نظامی محسوب می‌گردند.<sup>۸۰</sup> از طرف دیگر، هیأت دولت، احزاب سیاسی، بیمارستان‌ها، کارخانه‌ها و ایستگاه‌های رادیویی،<sup>۸۱</sup> نمونه‌های روشنی از تشکیلات کشوری و غیرنظامی به شمار می‌روند. با این حال، یگان‌های دیگری وجود دارند که تشخیص آن‌ها کار آسانی نیست.

برای مثال می‌توان از پرونده میوزما در دیوان بین‌المللی کیفری برای رواندا یاد کرد. آلفرد میوزما،<sup>۸۲</sup> مدیر یک کارخانه چای که در قتل عام ها مشارکت داشت، از سوی دیوان رواندا

79. par excellence

80. Both in the Hadihasanovic & Kubura case and in the Delic case, it was in dispute whether the accused were responsible for crimes committed by Mujahedin detachments, which fought alongside with the units of the accused. In Hadihasanovic & Kubura, the Appeals Chamber found that the relationship between the accused and the Mujahedin detachment was one of cooperation and did not evolve into a superior-subordinate relationship: Judgment, Hadihasanovic & Kubura (IT-01-47-A), Appeals Chamber, 22 April 2008, 200, 210, 213, 214, 217, 221. In the Delic case, the majority (Judge Moloto dissenting) found that Delic exercised effective control over the Mujahedin, Judgment, Delic (IT-04-83-T), Trial Chamber, 15 September 2008 (hereinafter, Delic Trial Judgment), 466.

81. Bemba decision, 408, 410.

81. دیوان یوگسلاوی سابق در رأی اخیر خود در پرونده میلانویچ و سایرین اشعار داشت که دفتر وزیر کشور (MUF) نقش اساسی در برنامه‌ریزی، سازماندهی، کنترل و هدایت یگان‌های مخلف پلیس که در کوزوو فعال بودند به عهده داشت، از جمله هماهنگی و برنامه‌ریزی به منظور عملیات مشترک با نیروهای مسلح، و نتیجه گرفت که اسرتن لوکیچ یک ژنرال سابق پلیس صرب و رئیس دفتر وزیر کشور، یک فرمانده رسمی نیروهایی بوده است که در کوزوو به کار گرفته می‌شدند. اسرتن لوکیچ در قبال ارتکاب جرائم از طریق مشارکت در برنامه ریزی مشترک مسئول شناخته شد. مسئولیت او به عنوان مافوق براساس ماده 7(3) به رسمیت شناخته شد. رجوع کنید به:

Judgment, Milutinovic *et al.* (IT-05-87-T), Trial Chamber, 26 February 2009, Vol. 3, 946, 1051. Sreten Lukic was found responsible for committing (through his participation in a joint criminal enterprise); no findings were made as to his superior responsibility pursuant to Art. 7(3), 1114-1140.

82. See e.g. Judgment, Akayesu (ICTR-96-4-T), Trial Chamber, 2 September 1998 (bourgmestre); Judgment, Bagilishema (ICTR-95-1A-T), Trial Chamber, 7 June 2001, Bagilishema Appeals Judgment, *supra* note 14 (bourgmestre, Mabanza commune); Judgment, Ntakirutimana & Ntakirutimana (ICTR-96-10 and ICTR-96-17-T), Trial Chamber, 21 February 2003, 437, 438 (hospital director); Judgment, Nahimana, Barayagwiza, Ngeze (ICTR-99-52-T), Trial Chamber, 3 December 2003, 20 (Barayagwiza was leader of a political party and in the steering committee of a radio station). The Appeals Chamber in the Nahimana *et al.* case rejected the defence argument that only civilian superiors in governmental or

171 ❖ معیارهای تفکیک بین مقامات مافوق ...

به‌عنوان مقام مافوق کارگران کارخانه مسئول شناخته شد.<sup>۸۳</sup> میوزما به‌طور مرتب با کارگران کارخانه در مکان‌های مختلف برای انجام قتل‌عام‌های متعدد حاضر می‌شد و حملات را نیز سازماندهی می‌کرد. با توجه به سمت او به عنوان مدیر کارخانه چای - یک واحد غیرنظامی - شعبه بدوی، میوزما را به عنوان یک مافوق غیرنظامی شناخت.<sup>۸۴</sup> بلاین حال، غیرنظامی بودن میوزما می‌تواند مورد تردید واقع گردد. زمانی که میوزما یک گروه مسلح از کارگران کارخانه را در جریان قتل‌عام‌های فراوان فرماندهی می‌کرد، آیا می‌توان گفت که هنوز یک مافوق غیرنظامی یک یگان غیرنظامی است؟ آیا می‌توان گفت که او فرماندهی نظامی یا فرماندهی نظامی بالفعل (دو فاکتو) یک گروه مسلح را به عهده گرفته است (از جمله کارگران کارخانه)؟

موارد متعدد دیگری وجود دارد که دسته بندی آن‌ها دشوار است، نظیر آنچه در پرونده‌های اردوگاه<sup>۸۵</sup> دیده می‌شود. شعب دیوان یوگسلاوی سابق معمولاً نسبت به دسته بندی مقامات مافوقی که در اردوگاه‌ها یا زندان‌ها انجام وظیفه می‌کنند، به‌عنوان مقامات مافوق نظامی یا غیرنظامی تمایلی نشان ندادند. برای مثال در پرونده آکسوسکی، وکیل مدافع وی استدلال کرد که آکسوسکی در زندان کائونیکا<sup>۸۶</sup> تنها یک نگهبان بوده است، لکن قضات مقرر داشتند که چنانچه بتوان ثابت کرد که او در زندان کائونیکا قدرت جلوگیری یا تنبیه رفتار مجرمانه را داشته است، مسأله نظامی یا غیرنظامی بودن وی بی‌تأثیر است.<sup>۸۷</sup>

گروه دیگری از مقامات مافوق که دسته بندی آن‌ها دشوار به نظر می‌رسد، مأموران پلیس هستند. به‌خوبی قابل درک است که یگان‌های غیرنظامی پلیس اغلب در طول مخاصمات مسلحانه، تبدیل به یگان‌های نظامی می‌گردند.<sup>۸۸</sup> همین‌طور، زمانی که درگیری مسلحانه واقع می‌شود، مقامات مافوق پلیس به «فرماندهان نظامی» بدل می‌شوند، یا حداقل فرماندهان نظامی

---

public institutions are subject to command responsibility: Judgment, Nahimana, Barayagwiza, Ngeze (ICTR-99-52-A), Appeals Chamber, 28 November 2007, 785.

**83.** Judgment, Musema (ICTR 96-13-T), Trial Chamber, 27 January 2000 (hereinafter, Musema Trial Judgment), 894 *et seq.*, 899 *f.*, 905 *et seq.*, 914 *et seq.*, 919 *et seq.* and 925 *et seq.*

**84.** رأی مربوط به پرونده میوزما مورد انتقاد شدید قرار گرفت؛ زیرا میوزما هم به خاطر مشارکت فعالش و هم در قبال مسئولیت مافوق خود در رابطه با فعل واحد محکوم گردید. رجوع کنید به:

See e.g. A. Zahar, 'Command Responsibility of Civilian Superiors for Genocide', 14 *Leiden Journal of International Law* (2001) 591, 601-604, 616: 'deeply flawed'; S. Boelaert-Suominen, 'Prosecuting Superiors for Crimes Committed by Subordinates', 41 *Virginia Journal of International Law* (2001) 768.

همین‌طور رجوع کنید به: آقای جنت مکان، پیشین، ص 65.

**85.** Camp Cases

**86.** Kaonika

**87.** Musema Trial Judgment, *supra* note 66, 132-148.

**88.** Aleksovski Trial Judgment, *supra* note 19, 76, Judgment, Aleksovski (IT-95-14/1-A), Appeals Chamber, 24 March 2000, 76.

بالفعل (دوفاکتو)، یعنی کسانی که در چارچوب مفهوم ماده 28 «الف» عملاً به‌عنوان فرماندهان نظامی انجام وظیفه می‌کنند. لکن روشن نیست چه چیز باعث می‌شود که وضعیت غیرنظامی پلیس تغییر می‌کند و به یک یگان نظامی تبدیل می‌شود و بنابراین، به موجب کدام اوضاع و احوال، فرماندهان پلیس مشمول ماده 28 «الف» یا «ب» قرار می‌گیرند.

### 1. وضعیت نیروهای مسلح: منظم در مقابل نامنظم

ماده 28 «الف» می‌تواند طوری تفسیر شود که تنها در مورد مقامات مافوقی که در نیروهای مسلح یک کشور یا در نیروهای مسلح ملی شرکت دارند، اجرا شود. برای این که شخصی به عنوان «فرمانده نظامی» یا «کسی که عملاً به‌عنوان یک فرمانده نظامی انجام وظیفه می‌کند» شناخته شود ضروری است که در نیروهای مسلح مشارکت داشته باشد. تمایز بین دو سمت فوق، در انتصاب رسمی یا غیر رسمی (فرد) به‌عنوان فرمانده نیروهای مسلح مطرح می‌شود. یک «فرمانده نظامی» کسی است که رسماً منصوب شده یا به‌طور قانونی به‌عنوان فرمانده نظامی در نیروهای مسلح شناخته می‌شود، درحالی که یک فرمانده نظامی بالفعل، با وجود آن که در نیروهای مسلح یک کشور مشارکت دارد، به‌طور رسمی منصوب نشده است. نمونه‌ای از این رویکرد را می‌توان در پرونده کرسیتیچ ملاحظه کرد. به نظر شعبه بدوی، رادیسلاو کرسیتیچ،<sup>89</sup> قبل از آن که رسماً از سوی رادوان کارادزیچ<sup>90</sup> در 15 ژوئیه 1995 منصوب گردد، به‌عنوان فرمانده بالفعل یگان درینا<sup>91</sup> در ارتش صرب بوسنی انجام وظیفه می‌کرده است.<sup>92</sup>

رویکرد (انتصاب) رسمی همچنین در حقوق داخلی نیز مصداق دارد، هنگامی که برای تفکیک بین اشخاص نظامی و غیرنظامی به کار گرفته می‌شود. برای مثال، در مجموعه قوانین امریکا اصطلاح «نظامی» برای اشاره به همه نیروهای مسلح یا هر نوع از نیروهای مسلح به کار رفته است.<sup>93</sup> کسی به‌عنوان سرباز یا نظامی شناخته می‌شود که رسماً منصوب شده، به‌طور قانونی ثبت نام کرده و یا به نحو دیگری قانوناً در نیروهای مسلح ملی شرکت داشته باشد. همچنین جالب است در این مورد، به مفهومی که در حقوق آلمان از سرباز بالفعل وجود دارد، اشاره کنیم.

89. Radislav Krstic

90. Radovan Karadzic

91. Drina Corps

92. Judgment, Krstic (IT-98-33-T), Trial Chamber, 2 August 2001, 328–331, 625; Judgment, Krstic (IT-98-33-A), Appeals Chamber, 19 April 2004, 45–47.

93. US Code, Title 10, sec. 801 (8). See also Canadian Interpretation Act, sec. 35(1): 'militaire'/'military' shall be construed as relating to all or any part of the Canadian Forces.

سرباز بالفعل شخصی است که ثبت نام یا انتصاب او به طور قانونی صورت نگرفته باشد، اما با وجود این، واقعاً در ارتش آلمان شرکت داشته و وظیفه فعالی را به عهده داشته است.<sup>۹۴</sup>

رویکرد «انتصاب» رسمی از جهت ترسیم مرز بین ماده 28 «الف» و «ب» دارای مزایایی است. محدود کردن قلمرو اجرای ماده 28 «الف» به مقامات مافوق در نیروهای مسلح، نسبت به گسترش قلمرو ماده 28 «ب» به همه اشخاص خارج از نیروهای مسلح تأثیر دارد. با این حال، نتیجه پذیرش رویکرد رسمی مورد نظر در چارچوب ماده 28، مستثنا ساختن رهبران یگان‌های شبه نظامی یا نیروهای مسلح نامنظم از قلمرو ماده 28 «الف» است؛ زیرا کاملاً نامناسب است که آن‌ها را در زمره مقامات مافوق غیرنظامی موضوع ماده 28 «ب» قرار داد. این مسأله با قصد طراحان اساسنامه رم برای داخل کردن جنگ سالاران و رهبران شبه نظامی به عنوان اشخاصی که عملاً به عنوان فرماندهان نظامی عمل می‌کنند، مغایر است. در حقیقت، دلیل روشنی وجود ندارد که چرا رهبران شبه نظامی به عنوان مقامات مافوق، تنها باید بر اساس ضوابط ماده 28 «ب» پاسخگو باشند.

از این رو، مفهوم نظامی را باید طوری معنا کرد که صرفاً شامل عضویت رسمی یا شرکت در نیروهای مسلح به عنوان یک نهاد رسمی تلقی نشود. به عکس باید تلاش کرد تا آن چه لزوماً نظامی است، مشخص شود.

در تصمیم مربوط به پرونده بمبا، هم در رابطه با «فرماندهان نظامی رسمی» و هم «فرماندهان نظامی بالفعل» به نیروهای مسلح اشاره شده است. با این حال، شعبه قابلیت اجرای ماده 28 «الف» را به نیروهای مسلح محدود نساخته و یگان‌های نظامی پلیس، نیروهای مسلح نامنظم، نظیر گروه‌های شورشی و واحدهای شبه نظامی را نیز مشمول ماده فوق می‌داند.<sup>۹۵</sup> اما شعبه مقدماتی مشخص نمی‌کند که چه عاملی سبب می‌شود این یگان‌ها لزوماً نظامی تلقی شوند.

## 2. ویژگی رابطه مافوق - مادون

تفاوت بین یک فرمانده نظامی و یک فرمانده غیرنظامی می‌تواند با توجه به ماهیت و قلمرو اقتدار آن‌ها نسبت به زیردستانشان که در چارچوب وظایف سازمانی به آن‌ها واگذار شده، مشخص شود. معلوم می‌شود که یک رابطه از نوع نظامی<sup>۹۶</sup> بین مقامات مافوق و زیردستانشان و

94. W. Scherer and R. Alff, Soldatengesetz: Kommentar (6th end., München: Vahlen, 1988), 1 margin 25.

95. Bamba decision, 410.

96. military- type

اختیارات مقامات مافوق به سبک نظامی،<sup>97</sup> یک یگان را اساساً به یگان نظامی تبدیل می‌کند. این مسأله در تصمیم مربوط به پرونده بمبا مطرح گردید، هنگامی که شعبه از اختیارات بمبا به منظور صدور دستورات از طریق سلسله مراتب فرماندهی و به منظور تحمیل اقدامات تنبیهی سخن می‌گفت. به علاوه، همان‌گونه که در بالا گفته شد، هیأت نمایندگی ایالات متحده در جریان کنفرانس رم نسبت به تفاوت ماهیت و قلمرو اقتدار مقامات مافوق نظامی و غیرنظامی تأکید کرد.<sup>98</sup> همین‌طور، این مسأله اساس استدلالی را که متهمان دلایلک و دلیک در پرونده سلیچی ارائه دادند تشکیل می‌دهد. آنان استدلال کردند که به منظور مجرم شناختن فرد براساس مسئولیت فرماندهی، متهم باید فرمانده باشد یا در سمت‌هایی باشد که به او این امکان را می‌دهد تا اقتدار مشابهی را به عنوان یک فرمانده نظامی بر اشخاصی که جرم مرتکب شده‌اند، اعمال کند.<sup>99</sup>

قبل از هر چیز، تفاوت پیشنهادی که به بیان شیوه متفاوت اعمال اقتدار از سوی مقامات مافوق نظامی یا غیرنظامی اشاره دارد، با شرط لزوم کنترل مؤثر که باید از سوی مقامات مافوق نظامی یا غیرنظامی محقق شود، ممکن است با هم تداخل پیدا کنند. در واقع، از تصمیم مربوط به پرونده بمبا معلوم نمی‌شود که آیا شعبه بر اختیارات بمبا جهت صدور دستورات از طریق سلسله‌مراتب فرماندهی و تحمیل اقدامات انضباطی، به‌عنوان دلیلی بر سمت فرماندهی وی یا اقتدار و کنترل مؤثر بر زیردستان یا هر دو متکی است یا خیر.

به علاوه، زیردستان در نیروهای مسلح و زیردستان در سازمان‌های غیرنظامی، نظیر سازمان‌های اداری و حکومتی ملزم هستند تا دستورات قانونی و دستورالعمل‌های فرماندهان خود را اجرا کنند. به‌درستی می‌توان اشاره کرد که فرماندهان نظامی در نیروهای مسلح، به‌طور کلی در مقام فرماندهی، اختیارات زیادی نسبت به زیردستان‌شان دارند که از اختیارات مقامات مافوق غیرنظامی بیش‌تر است. با وجود این، تردید وجود دارد که آیا وجود اختیاراتی به سبک نظامی می‌تواند به عنوان یک ضابطه مناسب برای اجرای ماده 28 «الف» یا «ب» به شمار رود یا خیر.

بحثی که وجود دارد این است که مقامات مافوق غیرنظامی، به‌ویژه مقامات کشوری، از اختیارات مشابهی برای بازی با مرگ و زندگی برخوردار نیستند، به این معنا که فرماندهان نظامی می‌توانند به زیردستان خود دستور دهند که زندگی‌شان را به خطر بیندازند.<sup>100</sup> با این‌که این مسأله

---

97. military- style

98. UN Doc. A/CONF.183/C.1/SR.1, 16 June 1998, 67, 82.

99. Delalic *et al.* Trial Judgment, *supra* note 9, 350.

100. W.J. Fenrick, 'Some International Law Problems Related to Prosecutions before the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia', 6 *Duke Journal of Comparative and International Law* (1995) 117.

بی‌شک در جنگ یا مخاصمه مسلحانه می‌تواند درست باشد، در عین حال، تردید وجود دارد که آیا فرماندهان نظامی به‌طور کلی حق دارند تا زیردستان خود را در همه زمان‌ها، به‌ویژه در زمان صلح در معرض خطر مرگ قرار دهند.<sup>۱۰۱</sup>

می‌توان گفت که فرماندهان نظامی دارای اختیارات انضباطی برای تنبیه زیردستان خود هستند، درحالی‌که معمولاً هیچ‌گونه قدرت کیفر دهی یا قدرت معادلی در زمینه غیرنظامی وجود ندارد. با این حال، تفاوت بین مقامات مافوق نظامی و غیرنظامی با عبارت گسترده‌ای که در ماده 28 «الف» 3 و «ب» 2 آمده است، مبنی بر این که «به منظور گزارش موضوع به مقامات صالح برای تحقیق و تعقیب»، حذف شده است. همین‌طور، به دشواری می‌توان اختیارات انضباطی رهبران را در یک تشکیلات شبه نظامی که فاقد هرگونه رویه عملی انضباطی به‌طور رسمی باشد تشخیص داد؛ زیرا چنین رویه‌هایی می‌تواند همیشه وجود داشته باشد.

بحث دیگر آن است که تمایز بین فرماندهان نظامی و مقامات مافوق غیرنظامی، مبتنی بر اجرای اختیارات به سبک نظامی جهت دستیابی و تأمین اقتدار مؤثر و کنترل، مشکل است. دسته‌بندی رهبران نظامی بالفعل (دوفاکتو) در ماده 28 «الف» شامل اشخاصی می‌شود که فرماندهی به سبک نظامی را اجرا نمی‌کنند، بلکه شامل کسی است که «اقتدار و کنترل عملی» دارد؛ عبارتی که برای مقامات مافوق غیرنظامی در ماده 28 «ب»، نیز استفاده می‌شود. آن‌گونه که در تصمیم مربوط به پرونده بمبار و شن شده، استفاده از عبارت «اقتدار مؤثر» برای مقامات مافوق غیرنظامی و فرماندهان نظامی در مقابل «فرماندهی مؤثر» برای فرماندهان نظامی رسمی، به‌طریق متفاوتی که چنین فرماندهی، اقتدار و کنترل مؤثر به دست می‌آید، اشاره دارد نه به سطح یا درجه متفاوت کنترل.<sup>۱۰۲</sup> استفاده از اصطلاح «اقتدار» برای فرماندهان نظامی و نیز مقامات مافوق غیرنظامی نشان می‌دهد که فرماندهان نظامی بالفعل می‌توانند کنترل مؤثر خود نسبت به زیردستانشان را به طریقی اعمال کنند که نسبت به غیرنظامیان از ساختارهای نظامی مانوس‌تر هستند.<sup>۱۰۳</sup> بنابراین، از آن‌جا که طریقی که فرماندهان نظامی بالفعل و مقامات مافوق غیرنظامی کنترل خود را اعمال می‌کنند اساساً مشابه باشد، نمی‌توان اهداف تفکیک بین مقامات مافوق نظامی و غیرنظامی را استنباط کرد.

101. Note in that regard that a nexus to an armed conflict is not required for crimes against humanity, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal, Tadic (IT-94-1-AR72), Appeals Chamber, 2 October 1995, 140.

102. Bemba decision, 413.

103. Mettraux, *supra* note 1, 29.

### 3. ویژگی سازمانی: استفاده از سلاح‌های مخرب (خطرناک)

در طول کنفرانس رم، بحث‌های زیادی صورت گرفت، مبنی بر این که ویژگی معمول نظامی بودن، استفاده یا بسیج نیروهای مسلح یا خطرناک است.<sup>۱۰۴</sup> بنابراین، خصوصیتی که بتوان بر اساس آن بین مقامات مافوق نظامی و غیرنظامی تفکیک قائل شد، امکان استفاده از نیروهای مسلح یا بسیج نیروهای مسلح است. یک یگان یا گروه ممکن است به عنوان یک یگان نظامی شناخته شود، چنانچه اعضای گروه مسلح باشند، اعم از این که آن‌ها فعالانه از چنین سلاح‌هایی استفاده کنند یا خیر. شعبه مقدماتی در پرونده بمبا هنگامی که به «یگان‌های مسلح پلیس» اشاره کرده تلویحاً این جنبه را مورد توجه قرار داده است.<sup>۱۰۵</sup>

با این حال، با در نظر گرفتن این که نهادهای غیرنظامی، یعنی پلیس غیرنظامی وجود دارد که اعضای آن سلاح حمل می‌کنند، تردید وجود دارد که آیا حمل سلاح، یک ملاک مناسب برای تفکیک بین واحدهای نظامی و غیرنظامی یا یگان‌های مذکور در ماده 28 به شمار می‌رود یا خیر. همین‌طور نمی‌توان بین «سلاح‌های خطرناک» یا سلاح‌هایی که معمولاً گروه‌های مسلح از آن‌ها استفاده می‌کنند و نیز سایر سلاح‌هایی که معمولاً نهادهای غیرنظامی آن‌ها را به کار می‌گیرند، تفکیک برقرار کرد. ادله و شواهدی که در دیوان‌های اختصاصی ارائه شده نشان می‌دهد که گروه‌های شبه‌نظامی یا گروه‌های مسلح نامنظم، هرگونه سلاحی را حمل و از آن‌ها استفاده می‌کنند. به‌ویژه مخاصمه رواندا بدلیل استفاده از قمه و ساطور و سایر وسایلی که برای ایراد صدمه بدنی و کشتن اشخاص بکار می‌روند، معروف است.<sup>۱۰۶</sup> بنابراین، استفاده از «سلاح‌های مخرب» و حمل سلاح در کل، نمی‌تواند وسیله مناسبی برای تفکیک بین یگان‌ها یا سازمان‌های نظامی و غیرنظامی به شمار رود.

### 4. ساختار سازمانی: در مقایسه با ارتش متعارف

شعبه در تصمیم مربوط به پرونده بمبا، تأکید زیادی بر ساختار نظامی ارتش آزادی‌بخش کنگو داشته است. شعبه متوجه شد که ساختار ارتش آزادی‌بخش کنگو می‌تواند با ساختار یک «ارتش متعارف» قابل مقایسه باشد.<sup>۱۰۷</sup> براساس نتیجه‌گیری شعبه، ماده 28 «الف» می‌تواند طوری تفسیر شود که تنها نسبت به فرماندهان یگان‌هایی اجرا گردد که همانند ارتش‌های متعارف

104. UN Doc. A/CONF.183/C.1/SR.1, 16 June 1998, 67, 82.

105. Bemba decision, 410.

106. See e.g. Judgment, Rutaganda (ICTR-96-3-T), Trial Chamber, 12 June 1999, 260, 298, 300: 'killed by soldiers and by the Interahamwe surrounding them, who were armed with machetes, clubs, axes, and other weapons'.

107. Bemba decision, 456.

تشکیل شده‌اند. یگان‌های نامنظم و شبه‌نظامی که دارای سازمان نظامی و ساختاری شبیه ارتش‌های ملی هستند به‌عنوان یگان‌های نظامی واجد شرایط شناخته می‌شوند. با این حال، با نگاهی عمیق‌تر، می‌توان گفت: اتکا به ساختار ارتش متعارف به منظور تفکیک بین ماده 28 «الف» و «ب» مناسب به نظر نمی‌رسد. در حقیقت، معمول است که گروه‌های مسلح نامنظم، برای اهداف مختلفی، تا حدود معینی از ساختار ارتش متعارف فاصله می‌گیرند. برای مثال، شعبه بدوی دیوان یوگسلاوی در پرونده دلایک، از ساختار نظامی یگان‌های مجاهدین بحث به عمل آورد که همراه با واحدهای ارتش بوسنی و هرزگوین در حال جنگ بودند. شعبه اشاره کرد که یگان‌های مجاهدین ویژگی‌هایی دارند که آن‌ها را از واحدهای ارتش بوسنی و هرزگوین متمایز می‌کند، از جمله وجود یک امیر<sup>108</sup> در رأس سلسله مراتب و وجود شورای مذهبی که هیأت عالی تصمیم‌گیری بود.<sup>109</sup> بی‌شک طراحان اساسنامه رم نمی‌خواستند جنگ‌سالاران را از قلمرو ماده 28 مستثنی‌سازند، آن‌هم به این دلیل که گروه‌های مسلح آنان ساختاری شبیه ساختار ارتش‌های متعارف ندارند. با این‌که ساختار نظامی یک یگان در کل، عامل مناسبی برای تفکیک از ماده 28 به شمار نمی‌رود، با این حال، می‌تواند دلیلی بر هدف چنین یگانی برای مشارکت در مخاصمه مسلحانه باشد. یگان‌های جنگی معمولاً مرکب از فرمانده اصلی، رئیس ستاد و دیگر سمت‌هایی هستند که عملیات جنگی را عملی و آسان می‌سازند و از سوی شعبه مقدماتی در پرونده بمبا توصیف شده‌اند.

### 5. هدف سازمانی: مشارکت در مخاصمه مسلحانه

در حالی که استفاده از درجه‌ها و عناوین نظامی، مسلح کردن اعضای یگان‌ها و وجود ساختار ارتش متعارف یگان، از جمله سلسله مراتب فرماندهی و سیستم انضباطی، می‌تواند دلیلی بر ماهیت نظامی یگان باشد، این عناصر در کل، ویژگی‌های مناسبی برای تفکیک واحدهای نظامی و غیرنظامی به شمار نمی‌روند. به نظر می‌رسد باید به هدف و فلسفه استفاده از علائم نظامی، تهیه و تدارک سلاح، ساختار خاص یگان و اختیارات ویژه‌ای که مافوق از آن‌ها برخوردار است، توجه کرد.

هدف اصلی از تشکیل نیروهای مسلح در یک کشور به کارگیری آن‌ها در جنگ یا مخاصمه مسلحانه است. این هدف، از جمله در ساختار خاصی که مشارکت در مخاصمه مسلحانه را عملی و آسان می‌سازد، متجلی می‌گردد. به‌عکس، پلیس غیرنظامی، معمولاً در ردیف یگان‌هایی است

108. Emir

109. Delic Trial Judgment, *supra* note 63, 186–192.



که تصور می‌شود در یک مخاصمه مسلحانه شرکت نمی‌کند. افسران پلیس غیرنظامی تنها با هدف اجرای قانون سلاح‌های جنگی حمل می‌کنند. بنابراین، استناد به «یگان‌های مسلح پلیس» که «از ساختار مبتنی بر سلسله مراتب نظامی یا زنجیره فرماندهی» تبعیت می‌کنند،<sup>110</sup> در رابطه با ماده 28 «الف» در تصمیم مربوط به پرونده بمبا، درست به نظر نمی‌رسد. مسأله اساسی که وجود دارد این است که آیا می‌توان تصور کرد که یک یگان ویژه مسلح پلیس در مخاصمه مسلحانه شرکت کند یا خیر.

همین‌طور، مشارکت عملی در یک مخاصمه مسلحانه، یگان را به یگان نظامی تبدیل نمی‌کند، بلکه به عکس، امکان استفاده از آن یگان در مخاصمه مسلحانه عامل مؤثر در این خصوص است. از این رو، تفکیک نباید طوری تفسیر شود که باعث محدودیت مسؤلیت فرماندهان نظامی در قبال جرائم ارتكابی توسط زیردستان آنان در طول جنگ گردد. براساس هدف اصلی، یک یگان نظامی یا غیرنظامی و یک فرمانده نظامی ای مقام مافوق غیرنظامی، به ترتیب به شرح زیر مشخص شوند: یک یگان، سازمان، یا نهاد برای اهداف ماده 28 «الف»، نظامی شناخته می‌شود اگر هدف مهمش اقدام یا به کارگیری به‌عنوان بخشی از مخاصمه مسلحانه باشد، و کسی که فرماندهی نظامی را در چنین یگانی به عهده دارد، مافوق تلقی می‌شود. یک مافوق غیرنظامی به یگانی متعلق است که دارای ویژگی‌های گفته شده در بالا نمی‌باشد.

به‌علاوه، مقام مافوق رسمی، مقامی است که سمت خود را در نتیجه انتصاب رسمی یا مشارکت قانونی در یک یگان به عهده می‌گیرد. یک مقام مافوق بالفعل، فاقد چنین انتصاب رسمی یا مشارکت قانونی است. او می‌تواند در یک یگان رسمی مشارکت کند، لکن می‌تواند همچنین به یگانی متعلق باشد که رسماً یا قانوناً ایجاد نشده، بلکه به صورت بالفعل یا دوفاکتو وجود دارد.

بنابراین، با توجه به اهداف ماده 28 «الف»، یک فرمانده نظامی بالفعل می‌تواند به‌عنوان فرمانده در یک یگان نظامی دوفاکتو یا به‌عنوان مافوق در یک یگان نظامی رسمی شناخته شود، چنانچه او فاقد انتصاب رسمی یا مشارکت قانونی در آن یگان باشد.<sup>111</sup>

تعاریف پیشنهادی، تفکیک معقول و متناسب بین انواع مختلف مقامات مافوق را در جهت اهداف ماده 28 اجازه می‌دهند. به‌ویژه وضعیت موارد اختلافی و مبهم می‌تواند تا حد زیادی

110. Bemba decision, 410.

111. در حقوق بین‌الملل عرفی مسلم شده است که مقام مافوق می‌تواند هم به صورت رسمی و قانونی (de jure) و هم به صورت بالفعل (de facto) منصوب شود و اقدام کند. رجوع کنید به: آقای جنت مکان، پیشین، ص 68 ذیل عنوان «عدم لزوم انتصاب رسمی».

براساس تعاریف پیشنهادی فوق حل کردند و وضعیت رهبران گروه‌های نامنظم یا شبه نظامی، افسران پلیس و فرماندهان اردوگاه‌ها در کل مشخص شود.

از آن جا که هدف اصلی گروه‌های نامنظم یا شبه نظامی این است که به عنوان یک طرف مخاصمه مسلحانه عمل کنند،<sup>۱۱۲</sup> چنین گروه‌های واجد شرایط یگان‌های نظامی هستند. در نتیجه، رهبران گروه‌های شبه‌نظامی در قبال جرائم ارتكابی از سوی زیردستان خود براساس ماده 28 «الف» مسئول شناخته می‌شوند. این امر همچنین متضمن این مسأله است که طراحان اساسنامه رم عقی‌ده دارند که جنگ سالاران و رهبران شبه نظامی به عنوان اشخاصی که عملاً همچون فرماندهان نظامی عمل می‌کنند، براساس ماده 28 «الف» از نظر کیفری مسئول شناخته می‌شوند.

همچنین به دشواری می‌توان افسران مافوق پلیس را در جهت اهداف ماده 28 تلقی کرد، به‌ویژه به این دلیل که پلیس، احتمالاً در طول مخاصمه مسلحانه تبدیل به یک یگان نظامی شده است. با کمک گرفتن از تمایز پیشنهادی، مشکل به‌آسانی حل می‌گردد. از آن جا که پلیس غیرنظامی به‌طور کلی وظیفه ندارد تا به عنوان یک طرف مخاصمه یا جنگ وارد شود، یک یگان غیرنظامی تلقی می‌شود و در نتیجه، مأموران مافوق (در یگان‌های پلیس) تنها به عنوان مقامات غیرنظامی به‌موجب رژیم محدودتر ماده 28 «ب» مسئول شناخته می‌شوند.

با این حال، زمانی که یک یگان غیرنظامی پلیس، تبدیل به یک یگان نظامی می‌شود، به این معنا که اعضای آن در مخاصمه مسلحانه شرکت می‌کنند یا فرض بر این است که شرکت می‌کنند، هدف اصلی این است که یگان پلیس به یک یگان نظامی تبدیل شود و در نتیجه، مقامات مافوق به عنوان فرماندهان نظامی براساس ماده 28 «الف» مسئول شناخته می‌شوند. شرکت در عملیات مشترک همراه با یگان‌های نیروهای مسلح،<sup>۱۱۳</sup> تهیه و تدارک سلاح‌های مختلف، معرفی سیستم گزارش دهی دقیق تر و یا سیستم انضباطی، آموزش نظامی، معرفی درجه‌ها و عنوان‌های نظامی و داشتن ساختاری شبیه به ارتش متعارف، همه این عوامل می‌توانند اماره‌ای برای چنین تغییری باشند، اما همان‌گونه که در بالا مطرح شد، آن‌ها در کل، ابهامات وضعیت نظامی یا غیرنظامی یگان یا مقامات مافوق را تعیین نکرده‌اند.

---

112. The Special Court of Sierra Leone, e.g., refers to the Revolutionary United Front as having 'professed that the use of arms was the only way to bring democracy to Sierra Leone'. See RUF Trial Judgment, *supra* note 37, 9.

113. با کمک گرفتن از تفکیک پیشنهادی، سناریوهای عملیات مشترک مسائل غیرقابل حلی را مطرح نمی‌کنند. آنچه باید ارزیابی شود این است که آیا هدف یگان ویژه‌ای که مافوق به آن تعلق دارد مشارکت در مخاصمه مسلحانه است یا خیر.

تا آن جا که به پرونده های اردوگاه مربوط است، تعاریف پیشنهادی به نتایج زیر منجر می‌شوند: یگان‌های مسئول در قبال زندانیان اردوگاه‌های جنگی یا دیگر اردوگاه‌های بازداشت‌شدگان، به‌طور معمول در اقدامات نظامی مشارکتی ندارند. فقدان هدفی که از آنها به‌عنوان طرف مخاصمه مسلحانه استفاده شود، آنها را به یگان‌های غیرنظامی بدل می‌سازد. بنابراین، فرماندهان اردوگاه‌ها در قبال جرائم ارتكابی از سوی نگهبانان اردوگاه‌ها مسئول شناخته می‌شوند، مشروط بر آن که شرایط ماده 28 «ب» محقق شود. فرماندهان اردوگاه‌ها نه تنها باید از نظر تشکیلاتی، در اردوگاه سمت بالاتر داشته باشند و در اردوگاه اقتدار و کنترل مؤثر بر نگهبانان زبردست اعمال کنند، بلکه به موجب ماده 28 «ب» 2، همچنین لازم است که جرائم ارتكابی به اندازه کافی با اردوگاه مرتبط باشند. در نتیجه، جرائم ارتكابی توسط نگهبانان اردوگاه‌ها خارج از اردوگاه علیه غیربازداشت‌شدگان، هیچ ارتباطی با یگان ندارد. همین‌طور، فرماندهان اردوگاه‌ها تنها در صورتی مسئول شناخته می‌شوند که «می‌دانسته‌اند» یا آگاهانه نسبت به اطلاعاتی که به‌وضوح نشان می‌دهد (ماده 28 «ب» 1) نگهبانان اردوگاه در حال یا درصدد ارتكاب جرم هستند، غفلت کرده باشند.

### نتیجه‌گیری

قابلیت اجرای ماده 28 «الف» یا «ب» به ماهیت سازمان یا تشکیلاتی که مافوق در آن مشارکت دارد بستگی خواهد داشت. وضعیت نظامی یا غیرنظامی مافوق، به‌عنوان ویژگی‌ای که از ماهیت سازمان یا تشکیلات ناشی می‌شود باید مدنظر قرار گیرد. تحلیل جنبه‌های مختلفی که در تصمیم مربوط به پرونده بمبا آمده، نشان می‌دهد که اکثر آنها در جهت اهداف ماده 28 مناسب نیستند. ویژگی‌هایی نظیر استفاده از علاج نظامی، و وجود ساختار ارتش متعارف، از جمله سیستم انضباطی، قدرت صدور دستورات و استفاده از نیروهای مسلح صرفاً اماره‌هایی بر ماهیت نظامی یک سازمان یا یگان هستند، اما ماهیت نظامی با صراحت روشن نشده است. عامل تعیین‌کننده در هدف اصلی سازمان یا تشکیلات مطرح می‌شود. یک فرمانده نظامی در یگانی مافوق محسوب می‌شود که هدف اصلی آن یگان، اقدام یا مستقر شدن به‌عنوان یک طرف مخاصمه مسلحانه باشد، درحالی‌که یک مافوق غیرنظامی به یگانی تعلق دارد که چنین هدفی را دنبال نمی‌کند.

هرچند شعبه بدوی در پرونده بمبا بین مقامات مافوق نظامی و غیرنظامی تفکیک زیادی ایجاد نکرده، درست به نظر می‌رسد که تأیید کنیم بمبا یک فرمانده نظامی بوده و ماده 28 «الف» در مورد وی قابل اجرا است. از آن جا که بمبا فرمانده یک یگان نظامی بوده که در

مخاصمات مشارکت داشته است،<sup>۱۱۴</sup> بنابراین، می‌توان او را از جمله فرماندهان نظامی دانست و مسئولیت او به‌عنوان مافوق در رابطه با جرائم ارتكابی توسط اعضای این یگان باید براساس ماده 28 «الف» ارزیابی شود.



---

**114.** The MLC allegedly fought on the side of the armed forces of the Central African Republic against a rebel movement led by the former Chief of Staff of the armed forces of the Central African Republic, see Warrant of Arrest for Jean-Pierre Bemba Gomba, Bemba (ICC-01/05-01/08), Pre-Trial Chamber III, 23 May 2008, 9.