

مسئولیت مبتنی بر فعالیت مجرمانه مشترک در حقوق بین‌الملل کیفری*

- عارف رشودی^۱
- محمدعلی اردبیلی^۲

چکیده

فعالیت مجرمانه مشترک در حال حاضر، یکی از مهم‌ترین اشکال مسئولیت کیفری در حقوق بین‌الملل کیفری محسوب می‌گردد. یکی از دلایل مهم این امر، متناسب بودن این شکل از مسئولیت با شیوه ارتکاب جنایات بین‌المللی است؛ زیرا جنایات مذکور اغلب به صورت گروهی و بر اساس طرح و برنامه مشترک و در قلمرو گسترده و با حضور مقامات مافوق به عنوان رهبر و هدایتگر ارتکاب می‌یابند. با عنایت به استفاده گسترده این شیوه از مسئولیت کیفری توسط مقامات تعقیب برای توجه مسئولیت نسبت به متهمان جنایات گروهی و از طرفی نیز وجود چالش‌های عدیده در مبانی قانونی این شکل از مسئولیت و تفسیر موسع آن توسط مقامات تعقیب در دادگاه‌های اختصاصی (یوگسلاوی و رواندا) و متعاقب آن

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۴/۱۵ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۲/۴.

۱. دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه علوم و تحقیقات تهران (نویسنده مسئول) (arefrashnudi@gmail.com).

۲. استاد دانشگاه شهید بهشتی (m-ardebili@sbu.ac.ir).

دادگاه‌های ترکیبی (دادگاه سیرالئون، کامبوج و...) سبب شده که در سطح وسیع این شکل از مسئولیت مورد انتقاد قرارگیرد. عمده این انتقادات پیرامون این امر است که در زمانی که دادگاه یوگسلاوی سابق این شیوه از مسئولیت را در خصوص پرونده تادیب پذیرفت، در آن زمان این شکل از مسئولیت در حقوق بین‌الملل عرفی پذیرفته نشده بود و بسیاری از منتقدان، این شیوه از مسئولیت را حاصل حقوق بین‌الملل عرفی ندانسته و بلکه آن را به عنوان یک شیوهٔ خلاقیت قضایی، خارج از دامنه و قلمرو اساسنامهٔ دادگاه یوگسلاوی و حقوق بین‌الملل عرفی می‌دانند.

واژگان کلیدی: شیوه‌های مسئولیت کیفری، فعالیت مجرمانهٔ مشترک، جنایات بین‌المللی، انتقاد علمی و قضایی، حقوق بین‌الملل کیفری.

مقدمه

در حقوق بین‌الملل کیفری، ماهیت و شیوهٔ ارتکاب جنایات بین‌المللی به گونه‌ای است که اغلب این جنایات در قالب برنامه و هدف مشترک، در سطح گسترده ارتکاب می‌یابند. این در حالی است که افرادی که به عنوان رهبران سیاسی، نظامی و... به گونه‌های مؤثر، اعضای گروه را به سمت ارتکاب جنایات سوق می‌دهند، ممکن است خود هیچ گونه نقش و دخالتی به صورت مادی و فیزیکی در ارتکاب جنایات واقع شده نداشته باشند. در واقع می‌توان گفت که نقش مباشران مادی و فیزیکی این جنایات، بسیار کمتر از این رهبران و مقامات مافوق می‌باشد و در واقع به عنوان ابزاری در اختیار مقامات مافوق عمل می‌کنند. این در حالی است که مطابق اصول سنتی حقوق بین‌الملل کیفری نمی‌توان این اشخاص را مجازات نمود. از این رو، حقوق بین‌الملل کیفری با عنایت به حقوق بین‌الملل عرفی و منابع کیفری ملی برخی از کشورها، در برخورد با این جنایات ضرورتاً شیوه‌های جدید مسئولیتی را در قالب اساسنامهٔ دادگاه‌های بین‌المللی موقت و دائمی و همچنین در دادگاه‌های ترکیبی برای مجازات این اشخاص هدایتگر که عملاً در عملیات مستقیم شرکت ندارند، تحت عنوان مسئولیت مبتنی بر فعالیت مجرمانهٔ مشترک اتخاذ نموده است. مسئلهٔ اساسی که دیوان‌های اختصاصی و دیوان بین‌المللی کیفری در عمل و در رویهٔ قضایی با آن مواجه می‌باشند، این است که فهرست روشنی از شیوه‌های مسئولیت کیفری در اساسنامهٔ این

محاكم وجود ندارد، اگرچه در برخی مواد اساسنامه یوگسلاوی پیشین و رواندا به صورت کلی به اشکال مختلف مسئولیت اشاره نموده‌اند، اما جهت انتساب مسئولیت در برخورد با نقش متهمانی که در مخاصمات مسلحانه به صورت جمعی و سازمان‌یافته مرتکب جنایت می‌گردند، با چالش‌های اساسی مواجه می‌باشند و در این راستا با تفسیر مواد مذکور، شکل جدیدی از مسئولیت کیفری تحت عنوان فعالیت مجرمانه مشترک اتخاذ نموده‌اند. این شکل از مسئولیت، یکی از شیوه‌های نو مسئولیت کیفری برای توجه و انتساب مسئولیت می‌باشد و در عین حال از نظر تحلیلی، پیچیده‌ترین و متناقض‌ترین شکل مسئولیت کیفری در رویه قضایی دیوان‌های اختصاصی به شمار می‌رود. این شیوه از مسئولیت که مبتنی بر هدف مشترک است، به دنبال تحمیل مسئولیت کیفری بر متهم، به دلیل مشارکت داوطلبانه و آگاهانه در گروهی است که با برنامه یا هدف مشترک عمل می‌کنند. در این راستا، رویه قضایی محاکم بین‌المللی کیفری در اتخاذ این شیوه از مسئولیت و انتساب آن به متهمان جنایات سازمان‌یافته و گروهی، از حیث عناصر تشکیل‌دهنده به ویژه رکن روانی گونه سوم این شیوه از مسئولیت و در رابطه با جنایات بین‌المللی که نیاز به عنصر معنوی خاص دارند و از اصول اساسی و سنتی حقوق کیفری از جمله رابطه سببیت، قاعده تقصیر، اصل قانونی بودن جرائم و...، با چالش‌ها و ابهامات اساسی روبه‌روست. از این رو، با توجه به مراتب یادشده، می‌خواهیم در این مقاله مشخص کنیم که مفهوم مسئولیت مبتنی بر فعالیت مجرمانه مشترک در حقوق بین‌الملل کیفری چیست؟ ارکان تشکیل‌دهنده این شیوه از مسئولیت در حقوق بین‌الملل کیفری چیست؟ انتقادات علمی و حقوقی وارده بر این شیوه از مسئولیت چیست؟

در این نوشتار برای پاسخ‌دهی به پرسش‌ها و چالش‌های مطرح‌شده فوق، با توجه به منابع حقوق بین‌الملل عرفی و آراء صادره در محاکم اختصاصی و دادگاه‌های ترکیبی، ابتدا به بررسی و تحلیل مفهوم فعالیت مجرمانه مشترک و گونه‌های مختلف آن در حقوق بین‌الملل کیفری^۱ پرداخته شده و سپس با توجه به اشکال مختلف آن، انتقادات و چالش‌های مطرح‌شده احصاء و مورد تحلیل و بررسی قرار می‌گیرند.

۱. منظور از حقوق بین‌الملل کیفری، اساسنامه دادگاه بین‌المللی کیفری محاکم اختصاصی (یوگسلاوی و رواندا) و دادگاه‌های ترکیبی (دادگاه ویژه سیرالئون، شعب فوق‌العاده دادگاه‌های کامبوج و...) می‌باشد.

۱. مفهوم فعالیت مجرمانه مشترک و گونه‌های مختلف آن در حقوق

بین‌الملل کیفری

نخستین اظهار نظر قضایی دیوان‌های اختصاصی یوگسلاوی پیشین^۱ و رواندا^۲ دربارهٔ تعریف و قلمرو فعالیت مجرمانه مشترک، رأی دادگاه تجدیدنظر در پروندهٔ تادیج نیست، بلکه رأی دادگاه بدوی فورندزیجا که در دسامبر ۱۹۹۸ صادر گردیده است^۳ (Prosecutor v. Anto Furundzija, 1998: 95).

منابع مورد استناد برای انتساب مسئولیت به متهمان توسط دادگاه فورندزیجا عبارت است از: الف) دادگاه برای اینکه از حقوق بین‌الملل عرفی استفاده نماید، برخی از پرونده‌های پس از جنگ دوم جهانی را که بر اساس قانون شمارهٔ ده شورای کنترل و فرمان سلطنتی بریتانیا ۱۹۴۵ رسیدگی شده بودند، مورد استناد قرار داد و در این راستا دادگاه اشعار داشت:

پرونده‌های متعددی وجود دارند که باید به آن‌ها مراجعه کرد؛ زیرا ما را در تفکیک

1. International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia.

2. International Criminal Tribunal for Rwanda.

۳. خلاصهٔ وضعیت پرونده بدین شرح است: آنتو فورندزیجا به عنوان فرمانده واحد پلیس ضد تروریست کروات بوسنی که به جوکرها معروف بودند، به همراه میرسلاوبرالو، یک عضو دیگر جوکرها، دو بزه‌دیدهٔ بازداشتی را که از آن‌ها با عناوین شاهد A و شاهد D یاد شده، مورد بازجویی و شکنجهٔ همزمان بدین شرح قرار داده‌اند: میرسلاوبرالو با باتوم، شاهد A را کتک زده و او را مجبور می‌کند که با او رابطهٔ جنسی برقرار کند و این اقدامات (تجاوز جنسی، رفتار خشن و غیر انسانی و...) را در برابر چشم سربازان انجام داده است. همچنین شاهد D را مورد ایراد ضرب و صدمات شدید قرار داده و در همین حال، فورندزیجا از آن دو بازجویی می‌کرده است. اوضاع احوال جریان این اقدامات به گونه‌ای دنبال گردیده که به نظر آمده آن دو دارای هدف مشترک می‌باشند. در این راستا شعبهٔ بدوی رسیدگی‌کننده به پرونده نتیجه گرفت که اقدامات برالو با هدف بازجویی متهم صورت گرفته است و تقسیم مسئولیت بین مرتکبان مذکور را بدین شرح بیان نمود: تردیدی وجود ندارد که متهم و برالو به عنوان فرماندهان، با اجرای وظایف مختلف، روند بازجویی را تقسیم نموده‌اند. نقش فورندزیجا بازجویی بوده، در حالی که نقش برالو، ایراد ضرب و جرح به همراه تجاوز جنسی و تهدید به منظور اخذ اطلاعات لازم از شاهد A و شاهد D بوده است. دادگاه سپس اشعار داشت که چون دادستان مسئولیت همهٔ افراد را در رابطه با جرائم مورد نظر بر اساس مادهٔ ۷(۱) پیش‌بینی کرده است، بدون اینکه دقیقاً شیوه‌ای را که فورندزیجا بر اساس آن مسئول شناخته می‌شود، تعیین کند، دادگاه «صلاحیت دارد و ملزم است عنوان مناسبی را برای تبیین مسئولیت کیفری متهم و محکومیت وی انتخاب نماید (Prosecutor v. Furundzija, 1998: 150-160).

شرکت در جرم، از سایر شیوه‌های همکاری که متضمن دخالت گروهی از اشخاص متعاقب یک طرح مشترک برای ارتکاب جرم می‌باشند، یاری می‌دهند (ibid).

از جمله این پرونده‌ها که مورد اشاره و استناد دادگاه قرار گرفتند، پرونده اردوگاه داخو و پرونده اردوگاه آشویتس بودند که افراد اداره کننده در این دو اردوگاه با هدف و برنامه مشترک، به قتل یا بدرفتاری با زندانیان مبادرت می‌کردند (Ibid).

ب) از دیگر منابع مورد استناد دادگاه فوندرزیجا، استناد به ماده ۲۵(۳)(ج) و (د) اساسنامه رم بود که تا پنج ماه پیش از آن یعنی ژولای ۱۹۹۸ جهت امضاء مفتوح بود. دادگاه در این خصوص اشاره نمود که در این ماده، بین مسئولیت مبتنی بر مشارکت در طرح یا برنامه مشترک و معاونت در ارتکاب جرم اساسنامه تمایز قائل شده است.

با توجه به رأی دادگاه تجدیدنظر یوگسلاوی سابق در خصوص پرونده تادیج در سال ۱۹۹۹ و آراء دیوان‌های اختصاصی و همچنین دادگاه‌های بین‌المللی شده که به پیروی از محتوای رأی دادگاه تادیج، در رابطه با مسئولیت مبتنی بر فعالیت مجرمانه مشترک اتخاذ تصمیم نموده‌اند، این شیوه از مسئولیت کیفری را بدین شرح می‌توان تعریف نمود: مجموعه‌ای از اشخاص (خواه در سلسله مراتب تشکیلاتی و خواه بر اساس یک مرام و انگیزه واحد) که بر اساس یک طرح، برنامه یا هدف مشترک، با مشارکت همدیگر (خواه مشارکت مستقیم در عملیات و یا غیر مستقیم)، مرتکب جنایاتی می‌شوند که این جنایات، یا هدف مستقیم طرح و برنامه مشترک هستند، یا نتیجه طبیعی و قابل پیش‌بینی عملیات اجرای طرح و برنامه مشترک می‌باشند. از حیث رکن روانی، مشارکت اشخاص، از روی علم و آگاهی و اغلب به صورت داوطلبانه و در راستای پیشبرد هدف مجرمانه مشترک می‌باشد. با توجه به این تعریف کلی که برگرفته از آراء محاکم بین‌المللی است، گونه‌های مختلف مسئولیت مبتنی بر فعالیت مجرمانه مشترک را به شرح ذیل توضیح می‌دهیم.

۱-۱. گونه نخست: فعالیت مجرمانه مشترک اساسی، اصلی یا مبنایی^۱

اولین دسته تحت عنوان فعالیت مجرمانه مشترک اساسی یا مبنایی، زمانی مطرح

1. Basic joint criminal enterprise.

می‌شود که تمام شرکای جرم که مطابق هدف مشترک عمل می‌کنند، دارای قصد مجرمانه یکسان هستند (Tadić Appeal Judgement, 1999: 196).^۱ یک مثال زمانی است که متهمان برنامه‌ای به صورت مشارکت در جرم برای کشتن دیگران پی‌ریزی می‌کنند، که در این حالت گرچه هر کدام از متهمان نقش متفاوتی بر عهده می‌گیرند، ولی هر کدام از آنان قصد کشتن آن فرد یا افراد را دارند^۲ (Ibid.). از این رو در این گونه از فعالیت مجرمانه مشترک، همه افراد دارای هدف مجرمانه مشترک هستند و برای رسیدن به هدف مشترک با یکدیگر همکاری لازم را می‌نمایند. اگرچه ممکن است یک یا چند نفر به صورت مادی و فیزیکی مرتکب جرم مورد نظر گردند. به عبارت دیگر، در این گونه، فعالیت مرتکبان بر مبنای یک برنامه مشترک اقدام می‌کنند و سوءنیت مجرمانه واحد و همسانی را متفقاً دارا هستند. وجود گروه مشخصی از افراد لازم است، بدون اینکه نیازی به وجود یک ساختار سیاسی یا نظامی خاص در میان آن‌ها باشد (کیتی چایساری، ۱۳۸۳: ۶۳۸).

۱-۱-۱. عنصر مادی جرم

شکل اصلی فعالیت مجرمانه مشترک، مشتمل بر دو نوع متفاوت از شرکت در جرم است. حالت اول (مباشرت مستقیم) زمانی به وجود می‌آید که رفتار هر کدام از متهمان، عنصر مادی جرم مورد نظر را محقق می‌کند. حالت دوم زمانی است که شریک جرم در عنصر مادی جرم مورد بحث تأثیری نداشته یا اینکه نمی‌توان تأثیر او را اثبات کرد. در این وضعیت برای اینکه بتوان او را به عنوان شریک جرم در فعالیت مجرمانه مشترک، مسئول دانست، پیش‌نیازهای عینی و ذهنی ذیل باید احراز شوند: الف) متهم باید به طور ارادی در یکی از جنبه‌های فعالیت مجرمانه مشترک شرکت کند. ب) متهم اگرچه شخصاً و به صورت مادی مستقیم در جنایات تأثیر نداشته باشد، اما می‌بایست قصد این نتیجه را داشته باشد (Tadić Appeal Judgement, 1999: 228).

1. See also: Krnojelac Appeal Judgement, 2009: 84; Ntakirutimana Appeal Judgement, 2003: 467.
2. See also: Vasiljević Appeal Judgement, 2004: 97; Ntakirutimana Appeal Judgement, 2003: 463.

۲-۱-۱. عنصر معنوی جرم

عنصر معنوی مورد نیاز برای تحقق شکل اصلی فعالیت مجرمانه مشترک، قصد شرکت در جرم و پیشبرد - فردی یا جمعی - هدف مجرمانه مشترک مذکور است. این مسئله باید احراز شود که متهم با علم به خصیصه مجرمانه مشارکت، به طور ارادی در یکی از جنبه‌های طرح مشترک شرکت کرده است. این بدان معنا نیست که بگوییم متهم باید از تمام وقایع مجرمانه که حین انجام فعالیت مجرمانه مشترک صورت می‌گیرد، آگاه باشد. به قول رأی تجدیدنظر صادره در دعوای تادیج، آنچه الزامی است، قصد ارتکاب جرم خاصی می‌باشد و این امر، قصد مشترک تمام شرکاست. (Ibid.)

در این نوع از فعالیت مجرمانه مشترک، تمام شرکا باید دارای عنصر معنوی مورد نیاز برای جرم موردنظر باشند؛ برای مثال در صورتی که جرم ارتكابی، نابودسازی باشد، باید احراز شود که همه شرکای جرم حتی آن اشخاصی که به طور فیزیکی در عمل کشتار دخالت ندارند، دارای هدف آگاهانه - قصد مستقیم - کشتن اشخاص در سطح وسیع، یا ایراد صدمه جسمانی شدید یا ایجاد شرایطی از زندگی بوده‌اند که منجر به مرگ تعداد زیادی از اشخاص می‌گردد (سوءنیت مستقیم) و یا با علم به اینکه نتیجه محتمل رفتارشان، نابودی عظیم افراد است، اقدام می‌کنند و با این مسئله کنار می‌آیند (سوءنیت احتمالی).

همچنین ممکن است سوءنیت احتمالی در این نوع اصلی از فعالیت مجرمانه مشترک برای مسئول قلمداد کردن همه شرکت‌کنندگان در هدف مشترک از لحاظ کیفری کافی باشد. مثال فرضی استاد کسسه در این رابطه گویاست:

اگر گروهی از افراد نظامی تصمیم بگیرند که غیر نظامیان را از آب و غذا محروم کنند، تا زمانی که پل مورد نیاز برای عملیات نظامی ایشان را بسازند یا اینکه اسامی غیر نظامیانی را که در حملات غیر قانونی علیه ارتش دست داشته‌اند، افشا کنند و سپس تعدادی غیر نظامی بمیرند، افراد نظامی مذکور نه تنها باید به خاطر مشارکت در ارتکاب جنایات جنگی گرسنگی دادن عمدی غیر نظامیان و اجبار تبعه طرف متخاصم به شرکت در عملیات جنگی سازمان‌یافته علیه کشور خود محکوم شوند، بلکه آن‌ها را

باید به جرم قتل عمد نیز محکوم نمود. در واقع حتی در صورتی که افراد نظامی قصد مرگ غیر نظامیان را نداشته باشند، با این حال نتیجه قابل پیش‌بینی طرح مشترک و اقدامات متعاقبشان، مرگ بوده است که آنان با چنین نتیجه‌ای کنار آمده‌اند (کسسه، ۱۳۸۷: ۱۱۱-۱۱۲).

در مراحل بعد و در موقعیت‌هایی که قرائن و امارات نمی‌توانند ثابت کنند که متهم در هدف مجرمانه مشترک سهیم بوده است، خصوصاً در موردی که جرم ارتكابی، مستلزم قصد و سوءنیت خاص است، او ممکن است به خاطر کمک و تشویق در ارتكاب این جرم، متحمل مسئولیت شود. دعوی علیه کرسٹیچ گویای این موضوع است؛ چرا که در یک معنا بر قرائن و امارات مبتنی است و حکم شعبه بدوی دادگاه یوگسلاوی عمدتاً بر اساس ترکیبی از موضوعات مربوط به اوضاع و احوال صادر شده بود. شعبه بدوی در این دعوی به این نتیجه رسید که کرسٹیچ در جرم نسل‌کشی علیه مسلمانان بوسنی در سربرنیتسا مشارکت نموده است و او را به ۴۶ سال حبس محکوم کرد. شعبه تجدیدنظر در عوض حکم داد که کرسٹیچ فقط محکوم به کمک و تشویق در نسل‌کشی می‌شود و بدین ترتیب حکم او را بر این اساس که در قصد نسل‌کشی ناشی از فعالیت مجرمانه مشترک سهیم نبوده است، به ۳۵ سال حبس کاهش داد (Krstić Appeal Judgement, 2003: 135-139).

۲-۱. گونه دوم: فعالیت مجرمانه مشترک نظام‌مند، منظم یا سازمانی^۱

این گونه از فعالیت مجرمانه مشترک، بر مبنای وجود یک سیستم مجرمانه سازمان‌یافته شناخته می‌شود (بوس و همکاران، ۱۳۹۴: ۴۰) و مواردی را شامل می‌شود که در آن، جرایم توسط اعضای واحدهای نظامی، اداری، اجرایی مانند افرادی که اداره بازداشتگاه زندانیان و اسرای جنگی را بر عهده دارند، به صورت منظم و در قالب مجموعه‌ای از رفتارهای سوء و آزار و اذیت نسبت به این زندانیان و اسیران اتفاق می‌افتد. در این گونه از فعالیت مجرمانه مشترک نیازی نیست که توافق بین اعضای گروه از قبل وجود داشته باشد.

1. Systemic joint criminal enterprise.

شکل نظام‌مند مشارکت مجرمانه از دعاوی اردوگاه‌های کار اجباری پساجنگ جهانی دوم نشئت گرفته است که در آن مفهوم هدف مشترک در موقعیت‌هایی به کار می‌رفت که ادعا می‌شد جرایم ارتكابی توسط واحدهای نظامی یا اداری نظیر اشخاصی که اردوگاه‌های کار اجباری را اداره می‌کردند، صورت می‌گیرد؛ مثلاً توسط گروه‌هایی که مطابق یک برنامه هماهنگ عمل می‌کنند (Kvočka Appeal Judgement, 2006: 82). این حالت از مسئولیت را می‌توان بر اشخاصی بار نمود که اجرای وظیفه‌ای از طرح مجرمانه را در چارچوبی نهادی بر عهده دارند؛ نظیر یک اردوگاه نگهداری یا کار اجباری (کسسه، ۱۳۸۷: ۱۰۹-۱۱۱). استاد کسسه این نوع دوم از فعالیت مجرمانه مشترک را مسئولیت ناشی از مشارکت در برنامه مجرمانه مشترک نهادینه‌شده نام نهاد (همان). شرح اندیشمندانه او بر ماهیت این شکل نظام‌مند از فعالیت مجرمانه مشترک، بدین شرح می‌باشد:

روشن است در یک اردوگاه نگهداری که با زندانیان به شدت بد رفتار می‌شود و حتی آن‌ها را شکنجه می‌کنند، نه تنها رئیس اردوگاه، بلکه دستیاران ارشدش و اشخاصی که به طور فیزیکی زندانیان را شکنجه یا با آن‌ها برخورد غیر انسانی می‌کنند، مسئول هستند. همچنین اشخاصی که وظایف اداری ایفا می‌کنند و برای نیل به اهداف اصلی اردوگاه (مثلاً ثبت زندانیان ورودی، ضبط مرگ آن‌ها، ارائه خدمات درمانی یا غذا به ایشان) ضروری است، ممکن است متحمل مسئولیت کیفری شوند. آن‌ها تا زمانی که از سوءاستفاده‌های مهمی که صورت می‌گیرد، علم و آگاهی دارند و به طور ارادی در عملکرد این نهاد شرکت دارند، بار مسئولیت را به دوش می‌کشند. این مسئله که آن‌ها باید مسئول شناخته شوند، فقط در صورتی منطقی و طبیعی است که با انجام وظایف اداری و عملیاتی خود، در ارتكاب جرایم کمک نمایند و بدون مساعدت ارادی ایشان، جرایم امکان ارتكاب یافتن ندارد.

۱-۲-۱. عنصر مادی جرم

عنصر مادی شکل نظام‌مند فعالیت مجرمانه مشترک، متضمن همان عناصر عینی است که در نوع اول فعالیت مجرمانه مشترک ذکر گردید؛ یعنی: الف) وجود مجموعه

یا گروهی از اشخاص، ب) وجود یک برنامه مشترک، ج) مشارکت متهم در فعالیت مجرمانه مشترک. ضرورتی ندارد این مشارکت شامل ارتکاب جرم خاصی باشد که در صلاحیت ذاتی دادگاه‌هاست، بلکه ممکن است شکل مساعدت یا فعالیت در اجرای هدف مشترک به خود بگیرد (Kvočka Appeal Judgement, 2006: 96). این بحث که شریک جرم برای اینکه از لحاظ کیفری مسئول شناخته شود، باید به صورت فیزیکی بخشی از عنصر مادی جرم را انجام دهد، توسط شعبه تجدیدنظر دعوای کاوکا با این استدلال رد شد که تا زمانی که الزامات مسئولیت ناشی از شرکت در جرم محقق می‌شود، لزومی ندارد که شریک جرم به طور فیزیکی در هر کدام از عناصر جرم مشارکت داشته باشد (Ibid.: 99-112). با توجه به این موضوع که قاعده کلی حاکم بر مسئولیت ناشی از فعالیت مجرمانه مشترک، الزامی به اثبات مداخله فیزیکی و مادی در عملیات مجرمانه نیست، این گونه استدلال شد که بازدیدکنندگان فرصت‌طلبی را که گهگاه وارد اردوگاه می‌شوند و با زندانیان به شیوه بدی رفتار می‌کنند، می‌توان به عنوان شریک جرم مسئول دانست (Ibid.: 599). شعبه تجدیدنظر دعوای کاوکا در حین پرداختن به این نکته اظهار کرد که در مورد بازدیدکنندگان فرصت‌طلب برای احراز مسئولیت مطابق نظریه فعالیت مجرمانه مشترک، بایستی مداخله‌ای چشمگیر و اساسی در عملکرد اردوگاه نگهداری وجود داشته باشد (Ibid.: 708-709).

مسئول دانستن متهم از لحاظ کیفری به خاطر فعالیت مجرمانه مشترک نظام‌مند در جرم، در صورتی منصفانه است که: ۱. مدرکی دال بر توافق بین متهم و دیگر مشارکت‌کنندگان در آن کمپ وجود نداشته باشد و یا ۲. متهم در ایجاد اردوگاه، مسئولیت یا مداخله‌ای نداشته باشد (Ibid.: 115). دادستانی در دعوای کاوکا اظهار نمود: همین که متهم به طور ارادی به نظام برخورد غیر انسانی ملحق شود و به طور چشمگیری در آن همکاری کند، توافق مربوطه، یا در آن ادغام می‌شود یا با پذیرش آن نظام به طور کلی جایگزین می‌شود (Ibid.).

شعبه تجدیدنظر در دعوای کرنوجلانک تأیید کرد که تحقق شکل نظام‌مند فعالیت

مجرمانه مشترک، مستلزم اثبات توافق نیست. شعبه تجدیدنظر به این مسئله توجه نمود که شعبه بدوی دعوای کرونوجلانک، هنگام ارزیابی قصد مشارکت نظام‌مند در جرم با الزامی دانستن اثبات توافق در ارتباط با هر کدام از جرایمی که با هدف مشترک ارتکاب می‌یابند، از معیار تعیین‌شده توسط شعبه تجدیدنظر دعوای تادیج فراتر رفت. از آنجا که یافته‌های شعبه بدوی نشان می‌دهد که هدف نظام مستقر در زندان کی. پی. دام^۱ این بود که افراد غیر صرب را به دلایل تبعیض‌آمیز در معرض شرایط زندگی غیرانسانی و رفتار بد قرار دهند. شعبه بدوی باید بررسی می‌نمود که آیا کرونوجلانک از آن سیستم آگاهی داشت و با آن موافق بود یا خیر، بدون ضرورت اینکه احراز شود که او با سربازان و نگهبانان - که مباشران اصلی جرایم انجام‌شده در سیستم بودند - بر سر ارتکاب آن جرایم توافق نموده باشد (Krnjelać Appeal Judgement, 2009: 97).

با توجه به مطالب فوق، اثبات وجود توافق رسمی بین تمام شرکا ضروری نیست. آنچه از اهمیت برخوردار است، وجود هدف مشترکی است که منجر به ارتکاب جرم می‌شود یا در آن دخیل است (Kvočka Appeal Judgement, 2006: 117).

۲-۲-۱. عنصر معنوی جرم

در آراء و نظریات دادگاه یوگسلاوی بر سر این مسئله اجماع وجود دارد که عنصر روانی مورد نیاز برای تحقق فعالیت مجرمانه مشترک نظام‌مند در جرم، علم شخصی شریک از ماهیت مورد نظر و قصد پیشبرد سیستم هماهنگ برخورد غیر انسانی است (Krnjelać Appeal Judgement, 2009: 89-96). در فعالیت مجرمانه مشترک نظام‌مند نیز مانند گونه نخست باید ثابت شود که شرکا در قصد مورد نیاز مباشر اصلی سهیم بوده‌اند (Kvočka Appeal Judgement, 2006: 110).

پرونده تادیج در خصوص گونه دوم فعالیت مجرمانه مشترک، دو عنصر روانی بدین شرح پیش‌بینی نموده است: ۱. علم و آگاهی فرد نسبت به برنامه رفتارهای سوء و آزار و اذیت نسبت به زندانیان و اسراء و...، ۲. قصد پیشبرد برنامه مشترک بدرفتاری (Prosecutor v. Dusko Tadic, 1999: 228).

۱. زندان واقع در زیتسا، بوسنی و هرزگوین.

شعبه تجدیدنظر در دعوای کرونوجلاک با توجه به جرایم ارتكابی در زندان کیبی دام بین سه حالت تفکیک قائل شد: ۱. جرایم در حیطه هدف مشترک سیستم (مخرج مشترک)؛ ۲. جرایم ورای هدف مشترک سیستم؛ ۳. جرایمی که چندین شریک در آن دخیل هستند، ولی نمی‌توان گفت تشکیل دهنده هدفی است که بین تمام شرکای سیستم مشترک است.

در مورد عنصر معنوی مورد نیاز شریک، در سیستمی که بین تمام شرکا مخرج مشترک وجود دارد، کافی است ثابت شود که متهم مشارکت کننده در سیستم، از اینکه جرایم خاصی توسط شرکت کننده دیگر ارتکاب می‌یابد و نیز متهم قصد پیشبرد نظام مستقر را داشته است (Krnojelac Appeal Judgement, 2009: 122). شعبه تجدیدنظر دعوای کرونوجلانک حکم داد که در چنین حالتی باید تمام شرکت کنندگان در سیستم را بدون اشاره به مفهوم و زمینه سیستم، ذیل نوع اول مشارکت مجرمانه دسته‌بندی کرد (Ibid.). در رأی استیناف کرونوجلاک با پیروی از رأی تادیج، تفسیری مشابه از علم و آگاهی شخصی بدین شرح اتخاذ شد: برای گونه دوم فعالیت مجرمانه مشترک، متهم هم باید نسبت به سیستم بدرفتاری علم و آگاهی شخصی داشته و هم قصد پیشبرد هدف مجرمانه سیستم را داشته باشد (Prosecutor v. Krnojelac, 2009: 32).

در همین راستا، دادگاه تجدیدنظر در پرونده تتاکیروتیماننا و تتاکیروتیماننا پیرامون علم و آگاهی شخصی اشعار می‌دارد: گونه سیستماتیک فعالیت مجرمانه مشترک نیازمند علم و آگاهی شخص از سیستم بدرفتاری می‌باشد (Prosecutor v. Ntakirutimana and Ntakirutimana, 2003: 467). همچنین رأی دادگاه تجدیدنظر واسیلجویک پیرامون این امر اشعار می‌دارد: در شکل نظام‌مند فعالیت مجرمانه مشترک، علم و آگاهی شخصی نسبت به سیستم بدرفتاری ضروری است (Prosecutor v. Vasiljevic, 2004: 101).

در صورتی که جرایم ارتكابی، فراتر از هدف مشترک مشارکت مجرمانه صورت پذیرند، اگر این جرایم نتیجه طبیعی و قابل پیش‌بینی آن اقدامات باشند، ممکن است مسئولیت به شریکی غیر از آنکه به طور فیزیکی آن را مرتکب شده است نیز نسبت داده شود (Kvočka Appeal Judgement, 2006: 86).

اینجا معیار ذهنی است و دادستانی باید ثابت کند که متهم (و نه صرفاً شخصی متعارف) علم کافی داشته است (Ibid.). شعبه تجدیدنظر دعوی کاوکا این معیار ذهنی را در رابطه با شکل نظام‌مند مشارکت مجرمانه بسیار مهم تلقی نمود که در این نوع از مشارکت ممکن است تعداد زیادی از شرکا دخیل باشند که نقش‌های از هم فاصله‌دار و متمایزی بر عهده دارند (Ibid.). شعبه تجدیدنظر تأکید نمود:

ممکن است آنچه که برای یک شخص شرکت‌کننده در فعالیت مجرمانه مشترک، طبیعی و قابل پیش‌بینی باشد، با توجه به اطلاعاتی که در دسترس آن‌هاست، نسبت به دیگری طبیعی و قابل پیش‌بینی نباشد. بنابراین فعالیت مجرمانه مشترک نظام‌مند در جرم ضرورتاً متضمن مسئولیت کیفری برای همه جرایمی نیست که آن جرایم گرچه در حیطه هدف مشترک مشارکت نیست، ولی نتیجه طبیعی و قابل پیش‌بینی مشارکت می‌باشد (Ibid.).

در هر حال، این مسئله را باید در ذهن داشت که چنانچه جرمی مستلزم قصد خاص باشد، نظیر جرم آزار و اذیت، متهم جهت اینکه به عنوان شریک جرم متحمل مسئولیت شود، باید الزامات اضافی ناشی از جرم را نیز محقق کند، نظیر قصد اعمال تبعیض براساس دلایل سیاسی، نژادی، یا مذهبی (Prosecutor v. Krnojelac, 2009: 111). در صورتی که نتوان قصد مذکور را از جانب متهم اثبات کرد، او در صورتی که آگاهانه مداخله اساسی در جرم داشته باشد، باز ممکن است به عنوان کمک و تشویق‌کننده مسئول شناخته شود. از آنچه در بالا گفته شد، این گونه به نظر می‌رسد که برای استنباط این مسئله، متهم علم شخصی نسبت به ماهیت مجرمانه داشته است، حتی نیازی نیست که وی شاهد ارتکاب جرائم بوده، بلکه همین که از وقوع جرائم مطلع بوده، می‌تواند به خودی خود استنباط شود، از جمله از این حقیقت که متهم پیامدهای جرائم را ملاحظه کرده یا دیگران او را از پیامدهای جرم‌های مذکور باخبر کرده باشند (Prosecutor v. Kvočka, 2005: 384).

شعبه بدوی کاوکا در حمایت از نتیجه‌گیری خود، مبنی بر اینکه متهم از ماهیت سیستم بدرفتاری در اردوگاه امارسکا مطلع بوده است، متوجه شد که وی شخصاً شاهد وقوع جرم‌های متعددی بوده است، نظیر نگهدارانی که تیراندازی می‌کردند و به انحاء

مختلف از بازداشت‌شدگان سوءاستفاده می‌کردند. اما متهم کاوکا در مورد سایر جرائم، تنها چیزهای شنیده بود؛ برای نمونه، در مورد این مسئله که افرادی شبانه از بیرون اردوگاه به داخل وارد می‌شدند و با بازداشت‌شده‌ها بدرفتاری می‌کردند و وی شاهد جرم‌های اخیر از جمله بدن‌های کبود، خون‌آلود و اجساد مردگان بوده است (Ibid.: 379).

در پاراگراف بالا، دادگاه بدوی کاوکا همچنین اشاره کرد که علم و آگاهی متهم نسبت به ماهیت مجرمانه سیستم بدرفتاری می‌تواند از سمتی که وی داشته نیز استنباط گردد (Ibid.: 372). این مسئله نخستین بار در رأی تجدیدنظر تادیج ذکر شده است (Prosecutor v. Tadic, 1999: 228) و در آراء بعدی نیز بازتاب داشته است، از جمله آراء تجدیدنظر کرونوجلاک و تتاکیروتیماننا که با ادبیات مشابهی بیان کرده‌اند که علم و آگاهی متهم می‌تواند از طریق ادای شهادت صریح یا با توجه به سمت متهم و به طور معقول استنباط شود (Prosecutor v. Ntakirutimana and Ntakirutimana 2003: 467). قدرت و نفوذ عملی کاوکا در امارسکا، عاملی بود که شعب بدوی و تجدیدنظر به ترتیب نتیجه گرفتند که وی در واقع از هدف مجرمانه اردوگاه مطلع (آگاه) بوده است (Prosecutor v. Kvočka, 2005: 174-202).

نکته شایان ذکر دیگر، ارتباط انگیزه با این شکل از مشارکت مجرمانه است. تجدیدنظرخواهان در دعوای کاوکا ادعا کردند که فاقد قصد ضروری برای پیشبرد فعالیت مجرمانه مشترک بوده‌اند و صرفاً مشغول انجام وظیفه بودند (Ibid.: para. 105). دادستانی این گونه پاسخ داد که قصد مشترک پیشبرد مشارکت مجرمانه، متضمن تمایل شخصی، رضایت و ابتکار شخصی در روند اجرای مساعدت مربوطه در طرح مجرمانه مشترک نمی‌باشد (Ibid.: Quoting the Prosecution Respondent's Brief, paras. 3.36-3.38).

تا آنجا که به انگیزه مجرمانه مربوط است، دادستان بر این نکته تأکید کرد که انگیزه‌های متهم در زمینه ارزیابی قصد و مسئولیت کیفری او، بی‌اهمیت و نامربوط است (Ibid.). شعبه تجدیدنظر دعوای کاوکا با گفته دادستان موافقت نمود و توضیحات بیشتری در زمینه تمایز بین قصد و انگیزه ارائه داد:

شعبه تجدیدنظر بر ضرورت تفکیک قصد خاص از انگیزه تأکید می‌کند. انگیزه شخصی مباشر در جرم نسل‌کشی شاید به مانند کسب منافع اقتصادی شخصی یا

منفعت سیاسی یا شکلی از قدرت باشد. وجود انگیزه شخصی مانع این مسئله نمی‌شود که مباشر واجد قصد خاص ارتکاب نسل‌کشی نیز باشد. شعبه تجدیدنظر در دعوای تادیب بر نامربوط و غیر قابل تفسیر بودن انگیزه‌ها [و اغراض] در حقوق کیفری تأکید نمود (Ibid.: para. 106; See also: Krnojelac Appeal Judgement, para. 102).

در شعب فوق‌العاده دادگاه‌های کامبوج (ECCC) این گونه استدلال کرده‌اند که پایه و اساس نوع دوم فعالیت مجرمانه مشترک در جرم مبهم است و این نوع از مشارکت را در صورتی که به طور مضیق تفسیر کنیم، می‌توانیم زیرمجموعه نوع اول فعالیت مجرمانه مشترک محسوب کنیم و اگر آن را به طور موسع و در معنای گسترده تفسیر کنیم، می‌توان آن را مسئولیت موسع دانست که مشابه نوع سوم فعالیت مجرمانه مشترک می‌باشد (Prosecutor v. Ieng Thirith, Ieng Sary and Khieu Samplan, 2010: 19-22). مطابق نظر شعبه مقدماتی دادگاه‌های کامبوج، چنین ابهامی وجود ندارد؛ چرا که عنصر معنوی مورد نیاز برای تحقق نوع دوم فعالیت مجرمانه مشترک، دادستانی را ملزم می‌کند که علم متهم به ماهیت سیستم و قصد پیشبرد برنامه مشترک هماهنگ را اثبات کند (یعنی رفتار غیر انسانی با زندانیان در اردوگاه نگهداری) (Ibid.: para. 71). حقوق‌دانان و افراد مشغول در مشاغل حقوقی بر سر این مسئله اجماع دارند که نوع اول و دوم فعالیت مجرمانه مشترک بر خلاف نوع سوم، اشکالی از مسئولیت‌اند که از زمان رسیدگی‌های پساجنگ جهانی دوم، به وسیله حقوق بین‌الملل عرفی به رسمیت شناخته شده‌اند (Prosecutor v. Ieng Thirith, Ieng Sary and Khieu Samplan, 2010: 75-89).^۱

۳-۱. گونه سوم: فعالیت مجرمانه مشترک موسع^۲

در این گونه از فعالیت مجرمانه مشترک، اعضای گروه مانند گونه نخست، دارای هدف، طرح یا برنامه مشترک برای ارتکاب جنایات می‌باشند. اما یک یا چند نفر از اعضای گروه، فراتر از طرح و برنامه مورد نظر، مرتکب جنایاتی خارج از محدوده

1. In May 2010 the Pre-Trial Chamber of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia concluded that customary international does not support the existence of JCE III as a form of responsibility applicable to violations of international humanitarian law.
2. Extended joint criminal enterprise.

هدف مشترک می‌گردند؛ با این وصف که جنایت یا جنایات ارتكابی، نتیجه طبیعی و قابل پیش‌بینی از طرح یا برنامه مورد توافق می‌باشند.

شکل سوم از مشارکت مجرمانه در مورد شرکایی است که در هدف مشترک سهیم هستند (مثلاً انتقال اجباری غیر نظامیان از یک منطقه اشغال‌شده)، ولی سهمی در قصد کشتن یک یا چند تن از اعضای گروه انتقال‌یافته ندارند؛ پس این مسئله فراتر از هدف مشترک است. مطابق این نوع دسته‌بندی مشارکت مجرمانه، شرکایی که قصد ارتكاب قتل عمد ندارند با اثبات اینکه آن‌ها در هر حال در جایگاهی بودند که ارتكاب جرم را پیش‌بینی کنند و به طور ارادی آن ریسک را پذیرفته‌اند، باز از لحاظ کیفری مسئول هستند. مطابق رأی تجدیدنظر صادره در دعوی استاکیچ، برای اعمال سومین نوع از مسئولیت ناشی از مشارکت مجرمانه، عناصر زیر باید موجود باشند:

الف) جرایمی خارج از هدف مشترک به وقوع پیوسته باشد؛ ب) جرایم مذکور نتیجه طبیعی و قابل پیش‌بینی اجرایی کردن هدف مشترک باشند؛ ج) شریک جرم آگاه باشد که آن جرایم، نتیجه محتمل اجرای هدف مشترک هستند و با وجود این آگاهی، در جهت پیشبرد هدف مشترک عمل کند (Stakić Appeal Judgement, 2003: 87).

در رأی تجدیدنظر دعوی تادیچ آمده مسئولیت ناشی از حالت موسع فعالیت مجرمانه مشترک در جرم، در صورتی محقق می‌شود که مطابق اوضاع پرونده: ۱. این امر قابل پیش‌بینی باشد که یکی از اعضا یا دیگر اعضای گروه، جرم مورد نظر را مرتکب می‌شوند، ۲. متهم آگاهانه ریسک آن را پذیرفته است (Tadić Appeal Judgement, 1999: 228). بر این اساس، عنصر تقصیر مورد نیاز برای این نوع از فعالیت مجرمانه مشترک دوگانه است:

نخست اینکه متهم باید قصد مشارکت یا مداخله در هدف مشترک مجرمانه را داشته باشد. دوم، برای اینکه متهم به خاطر جرایمی که بخشی از هدف مشترک مجرمانه نبوده، ولی با این حال نتیجه طبیعی و قابل پیش‌بینی آن هدف بوده است، مسئول شناخته شود، باید آگاه باشد که ممکن است یکی از اعضای گروه چنین جرمی مرتکب شود و به طور ارادی با ملحق شدن یا ادامه مشارکت، ریسک آن را

پذیرد^۱ (Kvočka Appeal Judgement, 2006: 83).

خصیصه متمایزکننده شکل موسع فعالیت مجرمانه مشترک، عنصر تقصیر است که تحت شرایط خاص اجازه می‌دهد مسئولیت کیفری به جرایمی غیر از آنکه ابتدائاً در برنامه یا طرح اصلی مورد توافق بوده‌اند، تسری یابد. نوع سوم از مشارکت مجرمانه نه تنها مستلزم این است که فرد با اقدامات تحت کنترل خود، ریسک غیر قانونی نقض حقوق بین‌الملل بشردوستانه را پذیرفته باشد، بلکه او باید خطر و احتمال وقوع نتایج مجرمانه ناشی از فعالیت مجرمانه مشترک را نیز فارغ از اینکه چه کسی مرتکب آن‌ها می‌شود، قبول کرده باشد.

تا به امروز، بسیاری از جرایمی که در صلاحیت دادگاه‌های یوگسلاوی و رواندا می‌باشند، در محدوده شکل موسع فعالیت مجرمانه مشترک قرار گرفته‌اند. یکی از مسائل مهمی که دو دادگاه ویژه با آن مواجه بودند، قابلیت اعمال گونه سوم بر جرایم مستلزم هدف خاص خصوصاً نسل‌کشی بوده است (Stakić Appeal Judgement, 2003: 98). این سؤال قابل طرح است که آیا باید افراد را بر اساس صرف قابلیت پیش‌بینی به مجازات چنین جرایم سنگین محکوم کرد یا خیر؟ شعبه بدوی دعوی استاکیچ حین پرداختن به این مسئله، دغدغه‌های خود را با عبارات زیر اظهار نمود:

اعمال حالتی از مسئولیت نمی‌تواند جایگزین عنصر اساسی یک جرم شود. دادستانی، دو مقوله انواع مسئولیت و خود جرایم را با هم خلط می‌کند. نتیجه ادغام نوع سوم فعالیت مجرمانه مشترک و جرم نسل‌کشی این می‌شود که سوءنیت خاص تا حد زائل شدن و از بین رفتن کم‌رنگ شود (Ibid.: para. 530).

به عبارت دیگر، آن جرایمی را که مستلزم قصد خاص هستند، عموماً سنگین‌ترین جرایم تلقی می‌کنند و هر اقدامی مبنی بر تحلیل بردن عنصر ذهنی - یعنی متهم نمودن افراد به خاطر جرایم مستلزم قصد خاص ذیل شکل سوم فعالیت مجرمانه مشترک - از سنگینی جرم می‌کاهد. این دغدغه‌ها را شعبه بدوی دعوی بردانین نیز اظهار کرد. شعبه مذکور اعلام کرد که قصد خاص مورد نیاز جهت محکوم نمودن شخص به جرم

1. See also: Tadić Appeal Judgement, paras. 204, 228; Vasiljević Appeal Judgement, para. 99; Đorđević Trial Judgement, para. 1865.

نسل کشی را نمی‌توان با ضابطه عنصر معنوی شکل سوم فعالیت مجرمانه مشترک، سازش و تطبیق داد (Brđanin Appeal Judgement, 2006: 57). شعبه بدوی به این نتیجه رسید که آگاهی متهم از ریسک اینکه نسل کشی توسط یکی از اعضای شرکت کننده ارتکاب می‌یابد، با حد نصاب عنصر معنوی مورد نیاز جهت تحقق قصد خاص ضروری برای مجرمیت به نسل کشی، ناسازگار است و به آن حد نیز نمی‌رسد (Ibid.).

متأسفانه رأی شعبه بدوی دعوای بردانین به دلایل ذیل در حکم استیناف صادره از شعبه تجدیدنظر نقض شد: ۱. مسئولیت ناشی از شکل موسع فعالیت مجرمانه مشترک، حالتی از مسئولیت نظیر کمک و تشویق یا مسئولیت فرماندهی است و نه عنصری از جرمی خاص؛ ۲. نیازی نیست ثابت شود متهمی که طبق این حالت محکوم شده است، قصد ارتکاب جرم را داشته یا حتی با قطعیت می‌دانسته که جرمی در شرف وقوع است؛ ۳. کافی است متهم با آگاهی از اینکه ارتکاب جرم مورد توافق، این امر را برای او قابل پیش‌بینی کرده باشد که جرم اتهامی او ممکن است توسط یکی دیگر از شرکا واقع شود و واقعا نیز ارتکاب یافته باشد، برای ارتکاب جرمی متفاوت وارد فعالیت مجرمانه مشترک شود؛ ۴. در صورتی که آن جرم متفاوت، جرم نسل کشی است، باید احراز شود که برای متهم به طور متعارفی قابل پیش‌بینی بوده که ممکن است یکی از اعمال احصاشده برای نسل کشی با قصد نسل کشی انجام گیرد (Ibid.: para. 5-10).

شعبه تجدیدنظر دعوای بردانین با اتخاذ معیار قابلیت پیش‌بینی به طور متعارف حد نصاب عنصر معنوی مورد نیاز برای این نوع از مشارکت مجرمانه را تا حد رسیدن به تقصیر کاهش داده است (Cassese, 2007: 123). امروزه آراء و نظریات دادگاه یوگسلاوی به طور مناقشه‌آمیز، دسته‌بندی مسئولیت ناشی از نوع سوم فعالیت مجرمانه مشترک را که دادگاه تادیج انجام داده است، پذیرفته و حفظ کرده است:

مسئولیت ناشی از جرمی غیر از آنچه طبق برنامه مشترک بر آن توافق شده است، فقط در صورتی مطرح می‌شود که: ۱. این مسئله قابل پیش‌بینی باشد که یکی از اعضا یا بقیه اعضای گروه ممکن است چنین جرمی را مرتکب شوند و ۲. متهم به طور ارادی ریسک آن را پذیرفته باشد (Prosecutor v. Tadic, 1999: 228).

در حوزه حقوق بین‌الملل کیفری، یک منشأ مهم نگرانی با توجه به قابلیت اعمال

شکل موسع فعالیت مجرمانه مشترک، این است که مطابق هر دو معیار عینی و ذهنی، متهم به طور غیر منصفانه به خاطر رفتار مجرمانه‌ای که نه قصد آن را داشته و نه در آن شرکت داشته است، مسئول شناخته می‌شود. این مسئله نیز غیر عادلانه است که مسئولیت مباشر واقعی (یعنی شخصی که جرمی خارج از برنامه مشترک مرتکب شده است) را با معیار ذهنی می‌سنجند، حال آنکه معیار سنجش مسئولیت شرکت کننده، عینی است. علاوه بر این، اگر متهم واقعاً در جرایم خارج از برنامه منطبق بر هدف مشترک به عنوان کمک و تشویق کننده شرکت کرده باشد، او مسلماً دارای شانس تبرئه بیشتری خواهد بود؛ چرا که دادستانی با لزوم اثبات سطح بالاتری از آگاهی ذهنی مواجه است؛ یعنی [اثبات اینکه] متهم می‌دانسته که مباشر اصلی دارای حالت ذهنی مورد نیاز برای جرم مورد نظر بوده است (Ibid.: para. 229).

با توجه به این مراتب به نظر می‌رسد که اگر روزی دادستانی بتواند حکم محکومیت شخصی را به خاطر ارتکاب یکی از جرایم مستلزم هدف خاص ذیل شکل سوم از مشارکت مجرمانه بگیرد، این مسئله تئوری فعالیت مجرمانه مشترک را به چتری تبدیل می‌کند که می‌توان هر کس را ذیل آن محکوم کرد.^۱

۱. به طور کلی این شکل از مسئولیت کیفری در دادگاه‌های بین‌المللی شده، به شرح ذیل پذیرفته شده است: الف- اساسنامه دادگاه عالی جنایی عراق (SICT) که در سال ۲۰۰۳ تصویب گردید و در ماده ۱۵ اساسنامه آن و با اقتباس از مقررات ماده ۲۵(۳)(د) اساسنامه رم، مسئولیت مبتنی بر فعالیت مجرمانه مشترک را پذیرفت و در ماده مذکور مقرر می‌دارد: هر شخص از نظر کیفری مسئول است و مجازات خواهد شد؛ چنانچه آن شخص به هر شکل دیگری در ارتکاب یا شروع به ارتکاب چنین جرمی توسط گروهی از اشخاص که با هدف مشترک عمل می‌کنند، کمک کرده باشد. چنین کمکی عمدی است در صورتی که: ۱. با هدف پیشبرد فعالیت مجرمانه مشترک یا هدف مجرمانه گروه انجام گرفته باشد، که چنین فعالیت یا هدفی، متضمن ارتکاب جرم در چارچوب صلاحیت هیئت‌ها باشد؛ یا ۲. با آگاهی به قصد اعضای گروه نسبت به ارتکاب جرم، صورت گرفته باشد و در عمل نیز در پرونده دوجیل هر سه گونه مسئولیت مبتنی بر فعالیت مجرمانه مشترک را مورد توجه قرار داد (Dujail Judgement, 2006: 21-26).

ب- اساسنامه شعب فوق‌العاده دادگاه‌های کامبوج (ECCC) در ماده ۲۹ آن، این شیوه از مسئولیت کیفری را مورد پذیرش قرار داده است و در ماده مذکور مقرر می‌دارد: هر شخصی که برنامه‌ریزی کند، تحریک کند، دستور دهد، شرکت نماید یا جرائم مذکور در ماده ۳، ۴، ۵، ۷ و ۸ این قانون را مرتکب شده باشد، از نظر کیفری در قبال جرم مسئول خواهد بود و در رویه قضایی نیز آرای صادر نموده است (Prosecutor v. Ieng Thirith, Ieng Sary and Khieu Samphan, 2010: 19-22).

۴-۱. آخرین وضعیت فعالیت مجرمانه مشترک در دادگاه بین‌المللی کیفری

اساسنامه رم بر خلاف اساسنامه‌های دو دادگاه اختصاصی، ارجاعات صریحی به مسئولیت مبتنی بر فعالیت مجرمانه مشترک دارد و در جزء د بند ۳ ماده ۲۵ اساسنامه دیوان، به این شکل از مسئولیت کیفری اشاره نموده و اشعار می‌دارد:

«به هر طریق دیگری، در ارتکاب یا شروع به ارتکاب جنایات مورد نظر از طریق گروهی از اشخاص که با تصمیم مشترکی اقدام می‌کنند، دخالت کند، چنین دخالتی باید عمدی باشد و یا هدف پیشبرد فعالیت مجرمانه یا تصمیم مجرمانه گروه به انجام رسد؛ مشروط به اینکه فعالیت یا تصمیم مزبور، متضمن ارتکاب جنایتی از جنایات مشمول صلاحیت دیوان باشد یا آنکه با علم به قصد گروه برای ارتکاب جنایت مورد نظر انجام یابد».

اما علی‌رغم این امر، در چارچوب رویه قضایی دیوان، تا حدودی از این شکل از مسئولیت کیفری فاصله گرفته و جای خود را به دکترین کنترل جرم داده است که بر مبنای آن، فقط کسانی که منفرداً یا به همراه دیگران، کنترل فعالیت مجرمانه مشترک گروه را در دست دارند و در صورت امتناع از همکاری، اجرای برنامه مجرمانه را مختل یا متوقف نمایند که این افراد به عنوان شرکا و مرتکبان اصلی جرم شناخته می‌شوند و هر شخص یا اشخاص دیگری که با علم و آگاهی در پیشبرد هدف مجرمانه کمک کند، به عنوان مداخله‌کننده ثانویه به دلیل جرائم ارتكابی گروه محکوم خواهند شد. شعبه مقدماتی دیوان بین‌المللی کیفری در پرونده لوبانگا، برای اولین بار به تفسیر جزء الف بند ۳ ماده ۲۵ اساسنامه توجه نموده و در قرار جلب به دادرسی صادره در این پرونده، بر اساس نظریه مباشرت معنوی اتخاذ تصمیم نموده است که پذیرش این امر، بر مبنای دکترین کنترل جرم صورت گرفته است و ملاک تشخیص مرتکبان اصلی از مداخله‌کنندگان ثانوی جرم را در ضابطه کنترل جرم دانسته و تفاوت این شکل از

→ ج- دادگاه ویژه سیرالئون (SCCL) نیز در ماده ۶ اساسنامه دقیقاً ماده ۶ از اساسنامه رواندا و ماده ۷ از اساسنامه دیوان یوگسلاوی پیشین را پیش‌بینی نموده است و در ماده مذکور مقرر می‌دارد: هر کس که ارتکاب یکی از جرائم مذکور در مواد ۲ تا ۴ اساسنامه را برنامه‌ریزی کند یا تحریک کند یا دستور دهد یا مرتکب شود یا به نحو دیگر در برنامه‌ریزی، آمادگی یا اجرای جرم مزبور مشارکت کند، شخصاً در مقابل جرم مزبور مسئول خواهد بود و در عمل نیز در آرای صادرشده در پرونده تیلور، این شکل از مسئولیت کیفری را مورد حکم قرار داده است (Prosecutor v. Taylor, 2003: 23-25).

مسئولیت با مسئولیت مبتنی بر فعالیت مجرمانه مشترک در این است که بر خلاف شیوه اخیر، در دکترین کنترل جرم، تنها ایفای یک نقش محسوس در طرح مشترک مجرمانه کافی نیست، بلکه برای قرار دادن شخص در کنار شرکا و مرتکبان اصلی جرم، حتماً لازم است که نقش او به میزانی مؤثر و اساسی باشد که عدم ایفای آن به شکست و ناکامی طرح مجرمانه منجر گردد. به عبارت دیگر، مرتکب این توانایی را داشته باشد که روند ارتکاب جرم را متوقف یا ارتکاب آن را با چالش مواجه نماید که این امر در پرونده لوبانگا مورد حکم دادگاه قرار گرفته است (Lubanga, Decision, 2112: 970-1014).

حال با توجه به مراتب یادشده، رویه شعبه مقدماتی دیوان بین‌المللی کیفری بدین شرح است که در مقام توجه مسئولیت کیفری و اعمال مجازات نسبت به اشخاصی که مرتکب جرائم داخل در صلاحیت ذاتی دیوان می‌گردند، در صورتی بر مبنای مسئولیت مبتنی بر فعالیت مجرمانه مشترک اقدام می‌نماید که عمل شخص مرتکب، مشمول هیچ یک از شقوق الف تا ج بند ۳ ماده ۲۵ اساسنامه نباشد. به عبارت دیگر، دکترین فعالیت مجرمانه مشترک، مورد پذیرش دیوان بین‌المللی کیفری قرار گرفته، اما در مقام اعمال یک مرحله بعد از دکترین کنترل جرم است؛ یعنی اگر نتوان متهم را بر اساس سایر صور ماده ۲۵ اساسنامه محاکمه نمود، در نهایت بر اساس جزء د بند ۳ ماده مذکور که جنبه پوششی دارد، اقدام می‌گردد.

۲. انتقادهای حقوقی وارد بر مسئولیت مبتنی بر فعالیت مجرمانه مشترک
اگرچه دکترین مسئولیت مبتنی بر فعالیت مجرمانه مشترک، ابزار مناسبی جهت مجازات اشخاصی است که در عملیات مادی و فیزیکی جنایات گروهی دخالت ندارند، اما نقش کلیدی در طرح‌ریزی، هدایت و رهبری گروه‌های مجرمانه با هدف مشترک می‌باشد. اما این حالت از مسئولیت، مورد انتقاد گسترده قرار گرفته است. این انتقادات در زمینه‌های مختلف به ویژه موارد ذیل می‌باشند.

۱-۲. مشروعیت (قانونی بودن) دکترین

علمای علم حقوق و وکلای مدافع هر دو، گسترش مسئولیت مبتنی بر فعالیت

مجرمانه مشترک را مورد انتقاد قرار داده‌اند؛ به ویژه از این حیث که اعمال این شکل از مسئولیت کیفری را در زمانی که جنایات ارتکاب یافته‌اند (برای مثال در دادگاه یوگسلاوی پیشین) در حقوق بین‌الملل عرفی وجود نداشته است و استدلال‌های اصلی را که شعبه تجدیدنظر در پرونده تادیج مورد استفاده قرار داد، حاصل ترسیم نتایج درستی از تجزیه و تحلیل منابع حقوقی در مورد توسعه دادن فعالیت مجرمانه مشترک نمی‌دانند. مواردی که شعبه تجدیدنظر برای روشن نمودن مسئولیت مبتنی بر فعالیت مجرمانه مشترک استفاده نمود، مورد انتقاد قرار گرفته است (Ohlin, 2007: 76).

پرونده ایتالیایی اد اوتتاویو و سایرین، این تنها یکی از موارد مورد اشاره به وسیله دادگاه تجدیدنظر تادیج است که به طور کامل، به رسمیت شناختن گسترش فعالیت مجرمانه مشترک را در نظر گرفته است. اما در معاهدات بین‌المللی اشاره شده به وسیله شعبه رسیدگی کننده، شیوه بیان قطعی برای به رسمیت شناختن فعالیت مجرمانه مشترک ملاحظه نگردید (Prosecutor v. Tadic, 1999: 115).

در دادگاه‌های یوگسلاوی پیشین و رواندا، تلاش‌هایی برای تأیید نظریه فعالیت مجرمانه مشترک صورت گرفته است. در پرونده میلوتینوویچ^۱ در شعبه تجدیدنظر ایرادی تحت عنوان نقض اصل قانونی بودن جرائم مطرح و ایراد گردید که این شکل از مسئولیت از ماده (۱) ۷ اساسنامه دادگاه کیفری یوگسلاوی پیشین استنتاج نمی‌گردد (Prosecutor v. Milutinović et al., 2006: 26). اما دادگاه تجدیدنظر اعتقاد داشت که فعالیت مجرمانه مشترک در آن زمان، بخشی از حقوق بین‌الملل عرفی بوده و ادعا را وارد و قابل ندانستند. با این حال، شعب فوق‌العاده رسیدگی کننده در دادگاه کامبوج (ECCC)، به یک نتیجه متفاوت رسید و استدلال کرد که گسترش فعالیت مجرمانه مشترک به عنوان بخشی از حقوق بین‌الملل عرفی در طول آن دوره زمانی، در قلمرو حقوق بین‌الملل عرفی نبوده است (Marsh & Ramsden, 2011: 148). در هر حال با عنایت به مراتب یادشده، در حال حاضر یکی از چالش‌های اساسی واردشده بر مسئولیت مبتنی بر فعالیت مجرمانه مشترک در حقوق بین‌الملل کیفری این است که در

1. Milutinović.

زمان به کارگیری این شکل از مسئولیت برای محاکمه اشخاص در دادگاه‌های اختصاصی، توجیه قانونی نداشته و از منابع حقوق بین‌الملل عرفی نبوده است، اما به نظر می‌رسد که این انتقاد وارد نیست؛ زیرا حقوق کیفری داخلی به عنوان یکی از منابع اصلی حقوق بین‌الملل عرفی، بسیاری از کشورهای دنیا اعم از سیستم کامن‌لا و رومی ژرمنی، آراء متعددی پیرامون این شکل از مسئولیت صادر نموده‌اند که در بند ۱ این مقاله در منابع استنادی پرونده فورندزیجا به آن‌ها اشاره گردید.

۲-۲. گسترش غیر قابل قبول از مسئولیت کیفری فردی

توسعه و تعمیم مسئولیت کیفری فردی بر مبنای شرکت در فعالیت مجرمانه مشترک با توجه به دامنه‌گونه‌های مذکور به ویژه گونه سوم و نهایتاً توجه مسئولیت بر اساس شرکت در این اقدامات مجرمانه، سبب ایراد لطمه شدید به اعتبار و هدف حقوق بین‌الملل کیفری می‌گردد و این امر به گونه‌ای اسباب تضعیف مسئولیت کیفری فردی به نفع مسئولیت جمعی و گروهی را فراهم می‌نماید (Lord, 2013: 35). از جمله علمای علم حقوق آمریکایی، مارتینز^۱ و دانر^۲ در این خصوص استدلال چنین می‌کنند:

در مسئولیت مبتنی بر فعالیت مجرمانه مشترک، مفهوم مسئولیت کیفری فردی به حدی گسترش یافته است که نمی‌توان هیچ تعریف روشنی که در آن محدودیت و چارچوبه وجود داشته باشد، ارائه نمود. آن‌ها استدلال می‌کنند که این شکل تفسیر از مسئولیت مبتنی بر فعالیت مجرمانه مشترک می‌تواند نسبت به کسانی که در جنایات خاصی مانند نسل‌کشی که نیاز به عنصر روانی خاص دارند، علی‌رغم نداشتن سوءنیت خاص، متهم در مقابل کشتار صدها نفر مسئول شناخته شود و این امر منجر به توسعه مجرمیت گردد. بنابراین آن‌ها استدلال می‌نمایند که نباید دامنه مسئولیت مبتنی بر فعالیت مجرمانه مشترک را به جنایاتی که نیاز به سوءنیت خاص^۳ دارند تعمیم و گسترش دهند (Danner and Martinez, 2005: 136).

1. Martinez.
2. Danner.
3. Dolus specialis.

آن‌ها همچنین استدلال می‌نمایند که تعمیم دامنه مسئولیت مبتنی بر فعالیت مجرمانه مشترک، سبب ایراد لطمه به هدف حقوق بین‌الملل کیفری و مسئولیت اشخاص در مقابل جنایات ارتكابی می‌گردد. همچنین مارتینز و دائر پیشنهاد می‌نمایند که:

فعالیت مجرمانه مشترک باید به میزان قابل ملاحظه در فعالیت‌های گروهی محدود گردد. ضمن اینکه این مدل از مسئولیت متناسب برای پرونده‌های رهبران و فرماندهان ارشد می‌باشد (Ibid.: 142-166).

دکترین فعالیت مجرمانه مشترک، به قدر کافی روشن و قابل ملاحظه نیست، وقتی که در گونه سوم آن، مسئولیت کیفری بر اساس خطر قابل پیش‌بینی، متوجه اشخاص می‌گردد (Ohlin, 2007: 81).

از انتقادات و ایرادهای دیگر این است که به اعتقاد برخی بین مسئولیت مبتنی بر فعالیت مجرمانه مشترک و مسئولیت مقامات مافوق هیچ تفاوتی روشنی وجود ندارد. اگر برخی از علمای علم حقوق مانند آنتونیو کسسه^۱ که از طرفداران مسئولیت مبتنی بر فعالیت مجرمانه مشترک هستند، در پاسخ به این انتقادات اظهار می‌دارند که بسیاری از این انتقادات اغراق‌آمیز است. علی‌رغم این طرفداری، او عقیده دارد که گسترش این نوع مسئولیت به قابلیت پیش‌بینی جرم توسط متهم در گونه سوم قابل انتقاد می‌باشد. او همچنین عقیده دارد که دامنه مسئولیت مبتنی بر فعالیت مجرمانه مشترک نباید به جرائم با قصد و سوءنیت خاص مانند نسل‌کشی تسری یابد (Cassese, 2007: 117-122).

به هر حال با عنایت به مراتب یادشده فوق، ایرادات و انتقادات وارد بر این شیوه از مسئولیت کیفری از حیطه توسعه دامنه آن بر فعالیت و اقدامات مجرمانه گروهی در مواردی که پایه‌های اصل مسئولیت کیفری فردی و هدف حقوق بین‌الملل کیفری را مخدوش نماید، مورد پذیرش است. بنابراین توسعه این شکل از مسئولیت نسبت به گونه سوم از فعالیت مجرمانه مشترک به ویژه در خصوص جنایات با سوءنیت خاص، غیر معقول و در تعارض با اصول بنیادین حقوق جزا می‌باشد.

1. Antonio Cassese.

۳-۲. غیر ضروری بودن دکترین

قاضی لیند هولم^۱ در دیوان یوگسلاوی پیشین، در پرونده سیمیک^۲ اظهار عقیده نمود که دکترین فعالیت مجرمانه مشترک غیر ضروری است و بدین شرح بیان نمود: مفهوم یا دکترین فعالیت مجرمانه مشترک، بسیار کلی است و این نظریه، سبب سردرگمی و اتلاف وقت می‌شود، به عقیده بنده هیچ سود و نفعی برای کار دادگاه یا توسعه حقوق بین‌الملل کیفری ندارد (Prosecutor v. Simic et al., 2006: 95-99).

دیگران نیز نظریاتی مشابه ارائه نموده‌اند؛ برای مثال، شعبه رسیدگی کننده به پرونده استاکیچ عقیده‌ای مشابه را بیان نمود و در تلاش برای حرکت در مسیر نظریه فعالیت مجرمانه مشترک، آن‌ها متهم را به عنوان شرکت در جرم بر اساس کنترل مشترک بر جرم محکوم کردند و یک معیار جدید برای استفاده دادگاه بین‌الملل کیفری تحت عنوان نظریه کنترل ایجاد نمودند (Prosecutor v. Stakic, 2006: 428, 436). اگرچه شعبه تجدیدنظر به هر حال دلایل ارائه شده توسط شعبه بدوی را رد و استدلال نمود که این دلایل نمی‌تواند مورد حمایت حقوق بین‌الملل عرفی و یا صلاحیت ذاتی دیوان یوگسلاوی پیشین قرار گیرد و بر اساس آن، استاکیچ را بر اساس شرکت در جرم محکوم نمود (Ibid.: 28, 63).

۴-۲. مغایرت با اصول اساسی و سنتی حقوق کیفری

نظر به اینکه در گونه سوم فعالیت مجرمانه مشترک، مسئولیت کیفری افراد بر اساس پیش‌بینی جرائم در نظر گرفته شده است، به عنوان مثال دادگاه بدوی بردانین، رأی تجدیدنظر مربوط به محکومیت تادیج را به گونه‌ای تفسیر می‌نماید که در آن لازم است احراز گردد: الف- جرم مورد نظر نتیجه طبیعی و قابل پیش‌بینی اجرای برنامه مشترک بوده است. ب- متهم علم و آگاهی داشته باشد که چنین جرمی نتیجه احتمالی اجرای برنامه مجرمانه مشترک است و با وجود این علم در عملیات مجرمانه شرکت نموده باشد (Prosecutor v. Brdanin and Talic, 2001: 30) و همچنین رأی بدوی کرسیتیچ در

1. Lindholm.

2. Simic.

اوت ۲۰۰۱ که از آراء بردانین و تالیک به عنوان نمونه‌هایی یاد نمود که جرم دوم باید نتیجه طبیعی و قابل پیش‌بینی فعالیت مجرمانه مشترک باشند و آراء متعدد دیگر که همگی پیرامون رکن روانی گونه سوم فعالیت مجرمانه مشترک، پیش‌بینی جرایم انحرافی خارج از طرح و برنامه مشترک را که یک عنصر ذهنی می‌باشد، مبنای مسئولیت قرار داده‌اند. این گسترش دامنه و معیار مذکور در مغایرت جدی با برخی از اصول اساسی حقوق کیفری می‌باشد. از جمله معیارهای مادی انتساب مسئولیت از قبیل رابطه علیت یا سببیت و معیار تقصیر می‌باشد.

۲-۴-۱. مغایرت گونه سوم نظریه فعالیت مجرمانه مشترک با رابطه سببیت

در این خصوص ابتدا چالش‌های گونه سوم نظریه فعالیت مجرمانه مشترک با مفهوم سببیت مورد بررسی قرار می‌گیرد. جای بررسی رابطه سببیت، رکن مادی جرم است؛ چرا که حلقه پیوند میان فعل و نتیجه مجرمانه می‌باشد؛ بدین معنا که تحقق رکن مادی بر پایه سه عنصر فعل، نتیجه و رابطه سببیت است و نقش رابطه سببیت، بیان سهم فعل در ایجاد نتیجه است. به عبارت دیگر، فعل سبب حدوث نتیجه مجرمانه است.

به طور کلی، رابطه سببیت از حیث مادی می‌بایست از یک طرف بین جرم و عملیات مجرمانه، و از طرف دیگر، بین عملیات مجرمانه و انتساب آن به شخص مجرم احراز گردد و همچنین از نظر روانی نیز باید بین مجرم و عملیات مجرمانه و نتیجه حاصله، رابطه ذهنی و روانی احراز گردد. بنابراین برای تحقق جرم و انتساب مسئولیت کیفری به مجرم، احراز رابطه سببیت به شرح فوق لازم است. اما در گونه سوم دکترین فعالیت مجرمانه مشترک، با توجه به آراء متعدد صادر شده از محاکم بین‌المللی کیفری، احراز چنین رابطه سببیتی بین متهم و جرم انحرافی خارج از طرح و برنامه مشترک مجرمانه لازم نیست. به عبارت دیگر در فعالیت مجرمانه موسع، شخص متهم علاوه بر اینکه از نظر مادی و فیزیکی در عملیات اجرای جرم دخالت ندارد، از نظر ذهنی و روانی نیز ارتباطی بین او و جرم انحرافی خارج از طرح وجود ندارد؛ به ویژه در جایی که جرم انحرافی خارج از طرح که نتیجه طبیعی و قابل پیش‌بینی طرح مشترک مجرمانه، یک جرم با رکن روانی و سوء نیت خاص مانند نسل کشی باشد.

در راستای پاسخ به این انتقاد در یک محکمه ایتالیایی به اصل توالی اسباب متلازم^۱ توسل نموده است. مطابق با این اصل، سبب هم می‌تواند به صورت مستقیم و بلاواسطه و هم به طور غیر مستقیم و باواسطه مسئولیت‌ساز باشد. به عبارت دیگر گاهی سببی، مسببی می‌سازد که خود آن مسبب نسبت به دیگری سبب است. در اینجا سبب اول، هم نسبت به مسبب خود و هم نسبت به مسبب مسبب خود سبب است (سببیت باواسطه)؛ مثلاً اگر فردی وضعیتی را ایجاد کند که خود آن وضعیت، مولد جرم باشد، نسبت به آن جرم سبب باواسطه تلقی شده و لذا مسئول می‌باشد (به نقل از خالقی: (Case of D'Ottavio and Other, 1947: 112).

در همین راستا در حقوق کیفری فرانسه، بین معیار رابطه سببیت و رکن روانی جرم ارتباط اساسی قائل هستند. رویه قضایی و به دنبال آن حقوق فرانسه، مهم‌ترین عناصر معیار سببیت را از رکن روانی جرم می‌دانند. رویکرد غالب رویه قضایی فرانسه این است که معیار رابطه سببیت، همان «توانایی پیش‌بینی» است. یعنی رابطه سببیت، میان فعل و نتیجه موجود نیست، مگر اینکه متهم به هنگام ارتکاب فعل می‌توانسته توقع دستیابی به این نتیجه را داشته باشد. اما اگر این امر در توان وی نباشد، یعنی توقع حصول آن را نداشته باشد، رابطه سببیت میان فعل و نتیجه وجود نخواهد داشت، اگرچه ثابت شود که یکی از عوامل آن بوده و در ایجاد آن سهم داشته است (حسنی، ۲۰۰۲: ۲۹۴).

روشن است که «توانایی پیش‌بینی»، ایده‌ای با جنبه فردی است که معیار خطای غیر عمدی می‌باشد. سرچشمه این ارتباط به باور حقوق و رویه قضایی فرانسه این است که رابطه سببیت، نقشی همانند رکن معنوی جرم در مسئولیت کیفری دارد و هر یک دامنه مسئولیت کیفری را کوچک می‌کند: رابطه سببیت از حیث مادی و رکن معنوی از حیث شخصی. آشکار است که رویه قضایی فرانسه می‌خواهد دو عنصر مسئولیت را که یک نقش دارند، یکسان بداند. از این رو از یکی برای معیار دیگری بهره می‌جوید. یکی از حقوق‌دانان، این ارتباط را چنین توجیه می‌کند:

حقوق کیفری خطا را روشن می‌کند تا نتیجه جرم را بدان نسبت دهد؛ چون سبب آن

1. Principle of concurrence of interdependent causes.

است. بنابراین به هیچ عاملی جز فعل انسانی همراه با خطا توجه ندارد. از این رو باید رابطه سببیتی که می‌پذیرد، همان رابطه‌ای باشد که در دامنه خطای مستند به متهم است و چون عنصر اساسی خطا توانایی پیش‌بینی است، نباید رابطه سببیت را ثابت دانست، مگر نسبت به نتیجه در هنگام ارتکاب فعلی که متهم توانایی پیش‌بینی آن را داشته باشد (به نقل از حسنی: 266: 310 (1066) on Faute civile et faute pénale (Antoine Pirovano)).

یعنی رابطه سببیت تنها در دامنه‌ای پذیرفته است که خطایی که از حیث سببی به فعل نسبت داده می‌شود، در بازه‌ای نتیجه نیز وجود داشته باشد. اما اگر از این دامنه فراتر رود، رابطه سببیت در آن نیست (Bouzat, 1981: 71).

رویکرد بیشتر احکام در رویه قضایی فرانسه این است که توانایی پیش‌بینی، یعنی توانایی متهم در هنگام ارتکاب فعل بر پیش‌بینی نتیجه جرم، معیار رابطه سببیت میان آن دو است؛ یعنی اگر ثابت شد که این توانایی در وی بوده است، رابطه سببیت موجود می‌باشد، وگرنه، این امر منتفی است.

نیازی به توضیح نیست که توانایی پیش‌بینی، به تنهایی معیار رابطه سببیت نمی‌باشد، بلکه به عنوان یکی از عناصر این معیار است و به این شرط افزوده می‌شود که فعل از عوامل نتیجه باشد. به عبارت دیگر، این معیار به معنای این است که رابطه سببیت در اصل مادی است و به اندازه توانایی پیش‌بینی محدود می‌شود.

با توجه به این مراتب، در نظام کیفری فرانسه معیار قابلیت پیش‌بینی که امری ذهنی و روانی است، در راستای رابطه سببیت برای توجه مسئولیت کیفری نسبت به متهم پذیرفته است.

۲-۴-۲. مغایرت گونه سوم نظریه فعالیت مجرمانه مشترک با مفهوم تقصیر

در حقوق جزا، تقصیر در مفهوم اعم، عبارت است از رابطه خاص روانی و ذهنی که بین فاعل و جرم برقرار می‌شود. این رابطه خاص که در حقوق فرانسه به «رکن روانی» جرم شهرت دارد، علاوه بر قصد مجرمانه، سایر اشکال ارتباط روانی فاعل با جرم نظیر بی‌احتیاطی، بی‌مبالاتی و غفلت را نیز در بر می‌گیرد. در حقوق ایتالیا و نیز در بسیاری از متون حقوقی، از معنای اخیر، واژه «خطا» تعبیر کرده‌اند (میرسعیدی، ۱۳۹۰: ۶۷).

تقصیر، خواه از نظر روانی و نفسانی (توافق اراده با واقعه مجرمانه)، خواه از نظر قانونی و معیاری (تعارض اراده با قوانین جزایی و خواه مطابق نظریه مختلط)، حالتی ارادی با دو ویژگی: ۱. اراده سبب مستقیم و بلاواسطه واقعه مجرمانه، ۲. اراده در تعارض با یک تکلیف قانونی، مستلزم نوعی رابطه ذهنی بین فاعل و نتیجه مجرمانه است و برای توجه مسئولیت کیفری نسبت به متهم، این رابطه باید احراز گردد.

اما این معیار در گونه سوم نظریه فعالیت مجرمانه مشترک (موسع) که مسئولیت در آن مبتنی بر پیش‌بینی احتمالی ارتکاب جرم می‌باشد، رعایت نگردیده است و اوج این مغایرت در جایی است که محاکم کیفری بین‌المللی، مطابق گونه سوم و بر اساس این معیار (قابلیت پیش‌بینی احتمالی)، اشخاصی را به جنایاتی مانند نسل‌کشی که نیازمند سوءنیت مجرمانه خاص با طرح و برنامه‌ریزی می‌باشند، محکوم نمایند.

برخی در مواجهه با این نقد، جنبه‌های عملی را مطرح کرده و ابراز می‌دارند: اگرچه با لحاظ اصول و منطق حقوقی، چنین ایرادی مبرهن است، اما حقوق کیفری تنها بر منطق و اصول نظری محض مبتنی نیست، بلکه ملاحظات عملی نیز مدنظر قرار گرفته و نقش مهمی بر عهده دارد. از جمله ملاحظات عملی که آن‌ها مورد اشاره قرار می‌دهند، حفاظت از جامعه است، حفظ جامعه در قبال گروه‌هایی که در فعالیت‌های مجرمانه شرکت می‌کنند. اعضای گروه قصد مجرمانه فردی برای ارتکاب جرمی خارج از طرح مشترک ندارند، ولی از احتمال وقوع آن مطلع‌اند. با این حال با آن مخالفت نمی‌کنند یا از وقوع آن جلوگیری نمی‌نمایند. این چالش به ویژه در مورد جرم نسل‌کشی مطرح گردیده است. جرم نسل‌کشی از جمله جرایمی است که نیازمند رکن روانی خاص یا به عبارت دیگر سوءنیت خاص است. لذا فرد هنگامی می‌تواند به اتهام این جرم، مورد محاکمه و مجازات واقع گردد که قصد نابودی کل یا بخشی از یک گروه ملی، قومی، نژادی یا مذهبی را داشته باشد. در غیر این صورت، یعنی در صورت عدم اثبات چنین قصدی، فرضیه وقوع جرم نسل‌کشی مردود است. اکنون این مسئله در اینجا مطرح می‌گردد که با وجود ضرورت وجود سوءنیت در این جرم، آیا می‌توان بر مبنای گونه سوم نظریه فعالیت مجرمانه مشترک که بر معیار پیش‌بینی ابتناء دارد، فردی را به مجازات آن جرم محکوم نمود؟ در پاسخ به این پرسش، مواضع متفاوتی اتخاذ

شده است (خالقی و میرزایی، ۱۳۹۲: ۱۱۰). برخی عدم امکان منطقی در گسترش گونه سوم نظریه مذکور به جرم ژنوسید را فصل الخطاب تلقی کرده، هر گونه تلاشی در جهت رفع این چالش و ایجاد فراگیری و شمولیت به جرم مذکور را بیهوده می‌دانند. برخی محاکم از این نظر پیروی کرده‌اند؛ مثلاً شعبه تجدیدنظر در پرونده کرسٹیج، حکم شعبه بدوی در مورد امکان تسری گونه سوم نظریه به جرم نسل‌کشی را رد کرد و بدون اینکه مسئله را توضیح دهد، متهم را به جای نسل‌کشی، به یاری نمودن و تشویق کردن در ارتکاب جرم مذکور محکوم کرد (به نقل از خالقی: Prosecutor v. Staki, 2003: 140). اما خود این دیدگاه نیز درست نیست؛ با این توضیح که مفاهیمی که دادگاه در تلاش است که افراد درگیر در فعالیت مجرمانه مشترک را به وسیله آنها به جرم نسل‌کشی پیوند دهد، در ذیل عنوان معاونت در جرم قرار می‌گیرند. معاونت در جرم نیز هنگامی واقع می‌گردد که علاوه بر آگاهی معاون از قصد سوء مباشر، به گونه‌ای اقدام نماید که در دستیابی وی به آرمان‌های پلید و مجرمانه‌اش مؤثر باشد؛ حال آنکه در گونه سوم، نه علم وجود دارد و نه یاری نمودن در معنای دقیقش. مگر گفته شود وجود طرح مشترک و دخالت در اجرای آن، اقدامی در آسان‌سازی اجرای اعمال خارج از طرح مشترک است و بدین سان می‌تواند معاونت تلقی گردد. این نفی فراگیری، در قضیه استاکیج با توضیحات بیشتری همراه شد؛ به طوری که این شعبه عنوان کرد ترکیب نوع سوم مفهوم فعالیت مجرمانه مشترک و جرم نسل‌کشی، منجر به آن خواهد شد که قصد خاص آن‌قدر ضعیف شود که کاملاً متفاوت گردد. بنابراین شعبه دریافت که به منظور ارتکاب جرم نسل‌کشی، عناصر آن جرم از جمله سوءنیت خاص باید وجود داشته باشد. گسترش مفاهیم به نسل‌کشی یا نسل‌کشی به عنوان یک برآیند طبیعی و قابل پیش‌بینی یک فعالیتی که مقصود آن به طور خاص نسل‌کشی نیست، قابل انطباق با تعریف نسل‌کشی که در بخش الف در ماده (۳) مطرح شد، نیست (به نقل از خالقی: Prosecutor v. Staki, 2003: 530). برخی دیگر در رویارویی با چالش پیش‌گفته، سعی در مقابله با آن و در نهایت مرتفع نمودنش دارند. این عده نیز دو مسیر متفاوت را پیموده‌اند؛ بعضی رفع آن چالش را در گرو بازتعریف رکن روانی نسل‌کشی می‌دانند. در توضیح نظر آنها باید گفت که در ابتدا تفسیری که از سوءنیت خاص در نسل‌کشی

می‌شد، تفسیر مبتنی بر قصد بود. مطابق با آن، مرتکب باید آشکارا به دنبال ارتکاب فعل مجرمانه باشد. این تفسیر در حکم اکایسو و نیز در حکم استینافی کرسیتیج در دادگاه یوگسلاوی مطرح گردید. اما بعد از آن، برخی این تفسیر را رد کردند و بیان داشتند که معیار ارائه‌شده بسیار سخت است. این انتقادات منجر به جایگزین نمودن تفسیر مبتنی بر قصد با تفسیر مبتنی بر علم گردید. حامیان تفسیر اخیر معتقد بودند که جرم نسل‌کشی هم دربرگیرندهٔ افعالی است که فرد می‌داند منجر به نابودی گروه می‌شود (به نقل از خالقی: 228: Greenawalt, 1999).

۵-۲. عدم رعایت اصل قانونی بودن جرم

عدم رعایت اصل قانونی بودن، این نکته را مورد توجه قرار می‌دهد که توسل به این نظریه به عنوان مبنایی از مسئولیت، نوعی ابداع قضایی بوده است. به عبارت دیگر، اساسنامه و مقررات آیین دادرسی و ادلهٔ دادگاه یوگسلاوی، اشاره به چنین مفهومی ندارند؛ مثلاً مادهٔ ۷(۱) تنها مباشرت، طراحی، دستور دادن، تحریک و مشارکت و معاونت را مورد اشاره قرار داده است. لذا به کارگیری آن و محکوم کردن افراد بر آن مبنا خلاف قانون بوده و وجاهتی ندارد. در رد این اعتراض بیان شده است که مقررات دادگاه یوگسلاوی تنها جرایمی را که در صلاحیت محاکم می‌باشد، معرفی می‌کنند و تعریف این جرایم تنها با مراجعه به حقوق بین‌الملل عرفی باید صورت گیرد. در حقوق بین‌الملل عرفی نیز در مورد امکان توسل به مفاهیم عمومی حقوق کیفری در مورد موضوعاتی نظیر مبانی مسئولیت، دفاعیاتی وجود دارد (به نقل از خالقی: 11: Cassese, 2007). همچنین در دعوی بردانین، بردانین با این امر مخالفت کرد. او ادعا نمود که نظریهٔ فعالیت مجرمانهٔ مشترک در معرض تفسیر موسع است و از این رو، این پتانسیل را دارد که افراد را با هر فرض وابستگی به وادی مجرمیت بغلتاند (Brdanin Appeal Judgement, 2006: 371) و این امر تعارض شدید با اصل سنتی و بنیادین قانونی بودن جرائم دارد.

نتیجه‌گیری

با توجه به گسترده‌گی جنایات بین‌المللی و ارتکاب این جنایات به شیوه‌های

گونگون توسط افرادی که بدون دخالت مستقیم در عملیات اجرایی و تنها از راه دور و با هدایت افراد تحت نفوذ، اقدام به عملیات مجرمانه می‌نمایند و از طرفی نیز اشکال سنتی حقوق جزا در برخورد با این افراد با چالش‌های عدیده‌ای روبه‌رو بودند و در صورت تمسک به آن شیوه‌های سنتی، غالباً باعث بی‌کیفرمانی این اشخاص می‌گردید، از این رو محاکم بین‌المللی کیفری اعم از دائمی و موقت، ناگزیر به اتخاذ شیوه نوینی از مسئولیت کیفری تحت عنوان فعالیت مجرمانه مشترک برای برخورد با این اشخاص شدند و ابتدائاً در رویه قضایی محاکم اختصاصی (یوگسلاوی پیشین و رواندا) مورد پذیرش قرار گرفت و متعاقباً با توجه به سهولت استفاده از این شیوه از مسئولیت کیفری برای محاکمه اشخاص، در اساسنامه دادگاه‌های بین‌المللی شده و دادگاه بین‌المللی دائمی مورد پذیرش قرار گرفت.

اما علی‌رغم پذیرش این شیوه از مسئولیت کیفری، انتقادات حقوقی عدیده‌ای بر آن مطرح گردیده است که برخی از این نقدها بر مبنای پذیرش این شکل از مسئولیت وارد گردید؛ بدین توضیح که در زمانی که دادگاه یوگسلاوی پیشین، این شیوه از مسئولیت را در خصوص پرونده تادیج مورد استفاده و استناد قرار داد، در آن زمان این شکل از مسئولیت در حقوق بین‌الملل عرفی پذیرفته نشده بود و این شیوه از مسئولیت را حاصل حقوق بین‌الملل عرفی ندانسته و بلکه آن را به عنوان یک شیوه خلافت قضایی، خارج از دامنه و قلمرو اساسنامه دادگاه یوگسلاوی پیشین و حقوق بین‌الملل عرفی می‌دانند. اما در پاسخ به این نقد باید به استنادات ذکر شده در پرونده فورندزیجا اشاره نموده که رگ‌های پذیرش این شیوه از مسئولیت کیفری را در حقوق کیفری داخلی و در برخی از پرونده‌های بعد از جنگ جهانی دوم اشاره نمود که بیان‌کننده وجود این شیوه در حقوق بین‌الملل عرفی می‌باشد و از این حیث ایرادی به آن مطرح نیست. علاوه بر نقد مبنایی مطرح شده، ایرادات عدیده و اساسی دیگر بر ارکان تشکیل‌دهنده این شیوه از مسئولیت کیفری، از حیث دامنه رکن روانی، قلمرو تقصیر جزایی و رابطه سببیت در گونه سوم از فعالیت مجرمانه مشترک مطرح است که این ایرادات با توجه به اصول سنتی حقوق جزا مطرح، و چنین انتقاداتی کاملاً طبیعی و منطقی هستند؛ چرا که اصول سنتی حقوق جزا به عنوان پایه و اساس اشکال سنتی مسئولیت کیفری پیش‌بینی

شده‌اند. اما همان طور که در جریان پژوهش نیز اشاره شد، که بخشی از این انتقادات به ویژه در راستای نقد بر گونه سوم از مسئولیت مذکور در باب دامنه رکن روانی و تقصیر جزایی کاملاً وارد می‌باشد و در مقابل نیز برخی از این ایرادات وارد نیست و رگ‌هایی از پذیرش این چالش‌های مطرح‌شده در حقوق کیفری داخلی کشورهای تابع نظام‌های حقوقی مختلف دنیا مورد پذیرش قرار گرفته است، اما در هر حال مطرح شدن این انتقادات و چالش‌ها در عمل در رویه دادگاه بین‌الملل کیفری تأثیر مؤثری داشته و در عمل دامنه پذیرش این شکل از مسئولیت کیفری را محدود نموده، به گونه‌ای که در حال حاضر تفسیر بسیار مضیقی بر آن حاکم شد و در چارچوب رویه قضایی دیوان، تا حدودی از این شکل از مسئولیت کیفری فاصله گرفته و جای خود را به شکل دیگری از مسئولیت کیفری تحت عنوان دکترین کنترل جرم داده است و تفاوت این شکل از مسئولیت با مسئولیت مبتنی بر فعالیت مجرمانه مشترک در این است که برخلاف شیوه اخیر، در دکترین کنترل جرم، تنها ایفای یک نقش محسوس در طرح مشترک مجرمانه کافی نیست، بلکه برای قرار دادن شخص در کنار شرکا و مرتکبان اصلی جرم، حتماً لازم است که نقش او به میزانی مؤثر و اساسی باشد که عدم ایفای آن به شکست و ناکامی طرح مجرمانه منجر گردد. به عبارت دیگر، مرتکب این توانایی را داشته باشد که روند ارتکاب جرم را متوقف یا ارتکاب آن را با چالش مواجه نماید و این امر در پرونده لوبانگا مورد حکم دادگاه قرار گرفته است. حال با توجه به مراتب یادشده، رویه شعبه مقدماتی دیوان بین‌الملل کیفری بدین شرح است که در مقام توجه مسئولیت کیفری و اعمال مجازات نسبت به اشخاصی که مرتکب جرائم داخل در صلاحیت ذاتی دیوان می‌گردند، در صورتی بر مبنای مسئولیت مبتنی بر فعالیت مجرمانه مشترک اقدام می‌نماید که عمل شخص مرتکب، مشمول هیچ یک از شقوق الف تا ج بند ۳ ماده ۲۵ اساسنامه نباشد. به عبارت دیگر، دکترین فعالیت مجرمانه مشترک مورد پذیرش دیوان بین‌الملل کیفری قرار گرفته، اما در مقام اعمال یک مرحله بعد از دکترین کنترل جرم است؛ یعنی اگر نتوان متهم را بر اساس سایر صور ماده ۲۵ اساسنامه محاکمه نمود، در نهایت بر اساس جزء د بند ۳ ماده مذکور که جنبه پوششی دارد، اقدام می‌گردد. نتیجتاً در حال حاضر، رویه قضایی دیوان‌های اختصاصی، محاکم بین‌المللی شده و

دادگاه کیفری بین‌المللی دائمی، این شیوه از مسئولیت کیفری، یعنی اصل موضوع مسئولیت کیفری مبتنی بر فعالیت مجرمانه مشترک، مورد پذیرش قرار گرفته است؛ اگرچه این شکل از مسئولیت همواره در حال تکامل است و با چالش‌های مختلفی روبه‌رو می‌باشد.



کتاب‌شناسی

۱. بوس، گیدئون، جیمز ال. بیسچوف و ناتالی ال. رید، *اشکال مسئولیت در حقوق کیفری بین‌المللی*، ترجمه حسین آقایی جنت‌مکان، تهران، جنگل جاودانه، ۱۳۹۴ ش.
 ۲. خالقی، ابوالفتح و مرتضی میرزایی مقدم، «مسئولیت کیفری بین‌المللی در پرتو نظریه فعالیت مجرمانه مشترک، پژوهشنامه حقوق کیفری، تهران، دوره چهارم، شماره ۱، ۱۳۹۲ ش.
 ۳. کسسه، آنتونیو، *حقوق کیفری بین‌المللی*، ترجمه زهرا موسوی، حسین پیران، اردشیر امیرارجمند، تهران جنگل، جاودانه، ۱۳۸۷ ش.
 ۴. کیتی چایساری، کریانگ ساک، *حقوق بین‌المللی کیفری*، ترجمه بهنام یوسفیان و محمد اسماعیلی، تهران، سمت، ۱۳۸۳ ش.
 ۵. میرسعیدی، سیدمنصور، *قلمرو و ارکان مسئولیت کیفری*، چاپ سوم، تهران، میزان، ۱۳۹۰ ش.
 6. Bouzat, Pierre, *Le critere du lin de causalite on matiere criminelle d après la jurisprudence francaise*, Le Caire, 1981.
 7. Case of Ieng Sary. ECCC, Decision on the Appeals Against the Co-investigative Judges Order on Joint Criminal Enterprise, Case No. 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, 20 May 2010.
 8. Cassese, A., "Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of JCE", *Journal of International Criminal Justice*, 2007.
 9. Danner, Alison M. & Jenny Martinez, *Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law*, 2005.
 10. Lord, Sofia, *Joint criminal enterprise and international criminal court*, Stockholm University, 2013.
 11. Marsh, L. & M. Ramsden, "Joint Criminal Enterprise: Cambodia's Reply to Tadić", *International Criminal Law Review*, Vol. 11, 2011.
 12. Ohlin, J. D., "Three conceptual problems with the doctrine of Joint Criminal Enterprise", *Journal of International Criminal Justice*, 2007.
- Cases:**
13. Prosecutor v Milomir Stakic (Judgment) ICTY Trial Chamber II IT-97-24-T, 31 July 2003.
 14. Prosecutor v Mitar Vasiljevic (Judgment) ICTY Appeals Chamber IT-98-32-A, 25 February 2004.
 15. Prosecutor v. Anto Furundzija (Judgment) Trial Chamber II IT-95-17/1-T, 10 December 1998.
 16. Prosecutor v. Blagoje Simic (Judgment) ICTY Appeals Chamber IT-95-9-A, 28 November 2006.
 17. Prosecutor v. Dusko Tadic (Judgment) ICTY Appeals Chamber IT-94-1-A, 15 July 1999.

18. Prosecutor v. Milutinović et al., ICTY Trial Chamber, Decision on Dragoljub Ojdanić Motion Challenging Jurisdiction, Case No. IT-05-87-PT, 22 March 2006.
19. Prosecutor v. Miroslav Kvočka, Milojica Kos, Mlado Radic, Zoran Zigic, Dragoljub Prcac (Judgment) ICTY Appeals Chamber IT-98-30/1-A, 28 February 2005.
20. Prosecutor v. Ntakirutimana and Ntakirutimana Appeal Judgement, , Case No. February 2003 ICTR.
21. Prosecutor v. Radoslav Brdanin (Judgment) ICTY Appeals Chamber IT-99-36-A, 3 April 2007.

