

A Reflection on the Criminal Responsibility of Military Commanders under International Humanitarian Law

Seyyed Hesam al-Din Lesani¹, Marzieh Mirzajani²

¹Associate Professor, Faculty of Theology and Law, Hazrat-e Masoumeh University, Qom, Iran.

E-mail: h.lesani@hmu.ac.ir

²Master's Graduate in International Law, Qom University, Qom, Iran. E-mail: mirzajani.dip@gmail.com

Abstract

All members of the armed forces are obliged to observe the rules of international humanitarian law during armed conflicts. Commanders bear the duty to ensure compliance with these rules by the forces under their command. Any dereliction of this duty undermines the very rationale underlying these laws and consequently gives rise to the commander's criminal liability. The criminal responsibility of a commander essentially stems from acts of omission. Nevertheless, subordinates themselves are not absolved of fault, nor exempt from blame or punishment. Both international humanitarian law and international criminal justice, in their endeavor to prevent violations of the law, impose greater responsibility on senior officials or superiors than on subordinates. Indeed, a superior who neglects to punish a subordinate responsible for committing murder may face a more severe penalty than the perpetrator of the murder himself, even if the superior lacked the specific intent required for the commission of the crime.

This study adopts a descriptive-analytical method, relying on the examination of legal instruments and the consultation of library and online sources. The research aims to analyze and elucidate the underlying causes and factors giving rise to the criminal responsibility of military commanders, while underscoring the necessity of compliance with international humanitarian law.

Keywords: Military Commander, Chain of Command, Criminal Responsibility, Omission, Mental Element.

تأملی بر مسئولیت کیفری فرماندهان نظامی در حقوق بین الملل بشردوستانه*

سید حسام‌الدین لسانی^۱، مرضیه میرزاجانی^۲

^۱دانشیار دانشکده الهیات و حقوق، دانشگاه حضرت معصومه (س)، قم، ایران.

رایانامه نویسنده مسئول: h.lesani@hmu.ac.ir

^۲دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق بین الملل، دانشگاه قم، قم، ایران. mirzajani.dip@gmail.com

چکیده

تمامی اعضای نیروهای مسلح موظف‌اند قواعد حقوق بین الملل بشردوستانه را در طول درگیری‌های مسلحانه رعایت کنند. فرماندهان وظیفه دارند اجرای این قواعد را به وسیله‌ی نیروهای تحت امر خود تضمین کنند. کوتاهی در انجام این وظیفه، فلسفه‌ی وجودی قوانین مذکور را به چالش می‌کشد و موجب مسئولیت کیفری آنان می‌شود. مسئولیت کیفری فرمانده در واقع ناشی از ترک فعل است. البته مأموران تحت امر نیز از هرگونه تقصیر و در نتیجه سرزنش و کیفر معاف نیستند. حقوق بشردوستانه و عدالت کیفری بین‌المللی، برای تضمین جلوگیری از نقض قانون، نسبت به مأموران تحت امر، مسئولیت بیشتری بر عهده‌ی مقامات عالی یا مافوق می‌گذارد؛ به گونه‌ای که مقام مافوقی که در مجازات مأمور تحت امری که مرتکب قتل شده است کوتاهی کند، با مجازات شدیدتر از قاتل مواجه می‌شود؛ اگرچه این مقام مافوق قصد خاص لازم برای ارتکاب قتل را نداشته است. پژوهش حاضر مبتنی بر روش توصیفی-تحلیلی و مطالعه‌ی اسناد (با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و اینترنتی روز) است. هدف از تحقیق، تحلیل و بررسی علل و عوامل ایجاب‌کننده‌ی مسئولیت کیفری فرماندهان نظامی و تأکید بر لزوم رعایت حقوق بین الملل بشردوستانه است.

واژگان کلیدی: فرمانده نظامی، سلسله مراتب، مسئولیت کیفری، ترک فعل، عنصر آگاهی.

مقدمه

اهمیت فجایع و وقایع جنگ جهانی اول و دوم، به‌خصوص خسارت و تلفات هولناک جانی و مالی جنگ جهانی دوم، باعث طرح بحث مسئولیت کیفری فردی در ذهن اندیشمندان و خسارت‌دیدگان جنگ شد تا در سایه‌ی آن بتوانند بنیان اصلی جنگ و عاملان آن را به مجازات برسانند و علاوه بر آن، درس عبرتی برای آیندگان باشد تا اصول و موازین اخلاقی و حقوق بین‌المللی را زیر پا نگذارند (اکیف، ۱۳۹۵: ۸۷). براساس حقوق بشردوستانه‌ی بین‌المللی، فرماندهان موظف‌اند تضمین کنند که نیروهای تحت امر آنان، قواعد حقوق بشردوستانه‌ی بین‌المللی را در طول مخاصمات مسلحانه رعایت می‌کنند و کوتاهی در انجام این وظیفه موجب مسئولیت کیفری آنان می‌شود. بحث مسئولیت کیفری فرمانده نظامی (و دیگر افراد مافوق)^۱ ریشه در سده‌های گذشته دارد؛ ولی می‌توان گفت اصل مسئولیت فرماندهی، بیشتر در جریان جنگ داخلی ایالات متحده‌ی آمریکا توسعه یافت. ماده‌ی ۷۱ قانون موسوم به «کد لیبر» (Le Lieber Code) مربوط به ارتش ایالات متحده، پیش‌بینی کرده بود که چنانچه فرماندهان نظامی به سربازان دستور دهند نیروهای ازکارافتاده‌ی دشمن را بکشند یا زخمی کنند و یا آنان را به ارتکاب این جنایات تشویق کنند، مسئولیت کیفری خواهند داشت.^۲ در سطح بین‌المللی، اصل مسئولیت کیفری فرماندهان نظامی از باب صدور دستور نظامی، برای نخستین بار در کنوانسیون چهارم لاهه ۱۹۰۷م. در ارتباط با قوانین و عرف جنگ زمینی تدوین شد. ماده‌ی ۱ این کنوانسیون تصریح کرده است که نیروهای مسلح باید به‌وسیله‌ی فردی فرماندهی شوند و آن فرمانده، مسئول نیروهای تحت فرماندهی خود است.^۳ در این مقاله به دنبال پاسخ به این پرسش هستیم که مبنای مسئولیت فرماندهان نظامی در حقوق بین‌الملل بشردوستانه چیست؟ و این مسئولیت چگونه اجرا و اعمال می‌شود؟ در نوشتار حاضر، نخست به تعریف مسئولیت کیفری فردی و مفهوم آن و سپس به پیشینه‌ی مسئولیت کیفری فرماندهان و شرایط احراز این گونه مسئولیت پرداخته شده است. پس از اشاره به مبانی عرفی و قراردادی، برای روشن‌تر شدن بحث، نگاهی به حقوق داخلی کشورها درباره‌ی شناسایی مسئولیت کیفری فردی برای فرماندهان نظامی (از جمله قانون ج.ا.ا.) و سپس آرای دادگاه‌های کیفری بین‌المللی و قضایای مربوطه خواهیم کرد. همچنین، به سلب مصونیت و در نهایت، به عوامل رافع مسئولیت فرماندهان پرداخته خواهد شد.

1. La responsabilité pénale individuelle des commandants et supérieurs hiérarchiques.

2. http://www.asser.nl/default.aspx?site_id=9&level1=13336&level2=13375&level3=13465.

3. Hague Convention, No. IV, "Respecting the Laws and Customs of War on Land", October 1907, in The American Journal of International Law (AJIL), Supplement 90-117, 1908.

۱. تعریف مسئولیت کیفری فردی

به‌طور کلی باید گفت الزام شخص به پاسخ‌گویی در برابر تعرض به دیگران، خواه به جهت حمایت از حقوق فردی صورت گیرد و خواه به‌منظور دفاع از جامعه، ذیل عنوان «مسئولیت کیفری» یا «مسئولیت جزایی» مطرح می‌شود. با وجود این، در هیچ‌یک از قوانین جزایی - گذشته و حال - ماهیت حقوقی و تعریف مسئولیت کیفری به‌طور مشخص بیان نشده است. به هر حال، مسئولیت کیفری نوعی الزام شخصی به پاسخ‌گویی آثار و نتایج نامطلوب پدیده‌ی جزایی یا جرم بوده و در واقع پلی میان جرم و مجرم است؛ یعنی عملی که جرم تلقی می‌شود، باید به‌گونه‌ای به یک شخص منتسب شود که این شخص، همان مجرم است (Cerone and Sacouto, 2004: 89). از دیدگاه حقوق کیفری، ارتکاب جرم یا هرگونه تخطی از قوانین و مقررات جزایی، به‌تنهایی و به‌خودی‌خود موجب مسئولیت کیفری نیست، بلکه برای اینکه مرتکب جرم را از نظر اخلاقی و اجتماعی مسئول و قابل سرزنش و مجازات بدانیم، جمع برخی شرایط، لازم است؛ اول، وقوع رفتار مجرمانه که از میل و اراده‌ی آگاهانه‌ی مرتکب آن سرچشمه گرفته باشد و نحوه‌ی پندار، کردار و جریان تصمیم‌گیری او را مشخص کند؛ دوم، عمل مجرمانه‌ای که با اندیشه، قصد و میل مرتکب، به‌صورت عینی تحقق یافته است، باید حاکی از قصد مجرمانه‌ی مرتکب یا ناشی از خبط و خطای او باشد؛ سوم، برای اینکه مرتکب جرم را مسئول بشناسیم، علاوه بر اراده‌ی ارتکاب جرم و قصد مجرمانه، باید میان جرم انجام‌یافته و فاعل آن، قابلیت انتساب (Le lien de causalité) وجود داشته باشد (کیتی شایزری، ۱۳۸۳: ۹۷-۹۸). در واقع مسئولیت کیفری از نتایج مستقیم انتساب جرم به مجرم احراز می‌شود و از این جهت، به‌طور مختصر می‌توان گفت مسئولیت کیفری قابلیت انتساب عمل مجرمانه است (Robert, 2007: 116-117).

۲. مفهوم مسئولیت کیفری فردی

اصل مسئولیت کیفری فردی در واقع دو مفهوم جداگانه را بیان می‌کند؛ اول، هیچ‌کس مسئول تخلفات کیفری اشخاص ثالث نیست. دلایل منطقی این فرض این است که در حقوق کیفری نوین، مفهوم مسئولیت جمعی قابل قبول نیست. به عبارت دیگر، اصل استقلال فردی که وفق آن فرد عادتاً دارای اراده و قوای ذهنی مستقل برای انتخاب اعمال خود می‌باشد، در حقوق کیفری نوین و حقوق کیفری بین‌المللی، جایگاه مهمی دارد. نتیجه‌ی منطقی مفهوم اول این است که هیچ‌کس را نمی‌توان بابت افعال یا ترک افعال سازمان‌هایی که وی عضویت آن‌ها را دارد، مؤاخذه کرد، مگر آنکه خود شخصاً بابت فعل یا ترک فعل و یا رفتار خاصی مسئول باشد؛ دوم، شخص فقط زمانی مسئولیت کیفری دارد که به‌گونه‌ای بابت نقض قواعد کیفری، قابل مؤاخذه باشد. به عبارت دیگر، وی فقط زمانی پاسخ‌گو خواهد بود که صراحتاً یا تلویحاً ذهنیتی از خود بروز دهد که متضمن شرکت آگاهانه‌ی وی در عمل خلاف باشد؛ با اینکه متضمن ترک فعل مسامحه‌آمیز (یا عمدی) و قابل مؤاخذه‌ی او در ممانعت یا مجازات ارتکاب جرائم به‌وسیله‌ی زیردستان

اوست. در نتیجه، مسئولیت کیفری عینی، محلی از اعراب ندارد (هنکرتز و دوسوالدبک، ۱۳۸۷: ۷۱۸-۷۲۰). شعبه‌ی پژوهشی دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق، در قضیه‌ی تادیچ به‌روشنی بیان کرد:

شعبه پس از کسب اطمینان از اینکه آیا می‌توان پژوهش‌خواه را در چهارچوب مفهوم شرکت در یک هدف مشترک کیفری گناهکار دانست یا خیر به این نتیجه رسید که هیچ‌کس را نمی‌توان به دلیل اعمال یا فعالیت‌هایی که وی شخصاً در آن‌ها دخیل نبوده یا به نحو دیگری شرکت نداشته است، مسئول شناخت (اصل قانونی بودن جرم و مجازات) (The Prosecutor v. Tadic, 1999: para. 187).

فرض اساسی باید این باشد که در حقوق بین‌الملل و نظام‌های حقوق داخلی، بنیان مسئولیت کیفری بر اصل تکلیف شخصی استوار است (Lenhardt, 2008: 1017).

۳. پیشینه‌ی مسئولیت کیفری فرماندهان

بحث مسئولیت کیفری فرمانده، ریشه در سده‌های گذشته دارد. اصل مسئولیت فرماندهی بیشتر در جریان جنگ داخلی ایالات متحده‌ی آمریکا توسعه یافت. ماده‌ی ۷۱ قانون موسوم به «کد لیر» در مورد ارتش ایالات متحده پیش‌بینی کرده بود که چنانچه فرماندهان نظامی به سربازان دستور دهند نیروهای از کار افتاده‌ی دشمن را بکشند یا زخمی کنند و یا آنان را به ارتکاب این جنایات تشویق کنند، مسئولیت کیفری خواهند داشت (هنکرتز و دوسوالدبک، ۱۳۸۷: ۷۷۶). در سطح بین‌المللی، اصل مسئولیت کیفری فرماندهان نظامی به‌خاطر دستورات نظامی، برای نخستین بار در کنوانسیون چهارم لاهه سال ۱۹۰۷م. در مورد قوانین و عرف جنگ زمینی تدوین شد. ماده‌ی ۱ این کنوانسیون تصریح کرده است نیروهای مسلح باید به‌وسیله‌ی افرادی فرماندهی شود و آن فرمانده، مسئول نیروهای تحت فرماندهی خود می‌باشد. در این ماده، به جزئیات بیشتری از مسئولیت‌های خاص فرماندهان اشاره نشده است. بی‌شک مواردی که در ارتباط با مسئولیت فرماندهی بیان شد، سوابق و ریشه‌ی اصلی دکتترین مسئولیت را تشکیل می‌دهد؛ ولی دکتترین مسئولیت فرماندهی مبتنی بر کوتاهی در جلوگیری از جرائم نیروهای تحت فرماندهی، فقط پس از جنگ جهانی اول پذیرفته شد. در سال ۱۹۴۱م. کمیسیون موسوم به «کمیسیون دول متفق در مورد مسئولیت مرتکبان جنگ و اجرای مجازات‌ها» ایجاد شد. این کمیسیون توصیه کرد دادگاهی بین‌المللی تأسیس شود تا متهمان را تحت عناوین صدور دستور نقض قوانین و عرف‌های جنگی، جلوگیری نکردن از نقض قوانین یا عرف‌های جنگ به‌رغم آگاهی از موضوع و امکان جلوگیری از وقوع آن، عدم به‌کارگیری تدابیر لازم برای پیشگیری از نقض قوانین و عرف‌های جنگ و نیز عدم به‌کارگیری تدابیر لازم برای پایان‌دادن به آن نقض‌ها و یا مجازات مرتکبان این نقض‌ها محاکمه کند.

تا زمان تشکیل این کمیسیون، مسئولیت فرماندهان بر مباشرت یا صدور دستور مستقیم نظامی برای ارتکاب جرم مبتنی بود؛ ولی توصیه‌ی این کمیسیون مبنی بر تأسیس دادگاه و محاکمه‌ی متهمان ذیل عناوین یادشده، در رویه‌ی

قضایی بین‌المللی، پیشرفتی انقلابی تلقی گردید؛ زیرا از نظریه‌ی مسئولیت فرماندهی ناشی از ترک فعل حمایت کرد و از این زمان به بعد، آشکارا پذیرفته شد که اگر یک فرمانده تا اندازه‌ی معینی از اقدامات غیرقانونی نیروهای ذیل فرماندهی خود آگاهی داشته باشد، می‌توان او را به‌خاطر چنین ترک فعلی از نظر کیفری مسئول شناخت؛ ولی چون دادگاه هیچ موردی را براساس مسئولیت ناشی از کوتاهی در جلوگیری از جرائم محاکمه نکرد؛ به همین دلیل، «شرط آگاهی» تا محاکمات نظامی پس از جنگ جهانی دوم بیشتر توسعه پیدا نکرد. پس از جنگ جهانی دوم نیز محاکمه‌ی ترمویوکی یا ماسیتا -فرمانده ارتش منطقه‌ی چهاردهم ژاپن در فیلیپین- نخستین محاکمه‌ی بین‌المللی است که در آن یک فرمانده نظامی براساس مسئولیت ناشی از ترک فعل، در کمیسیون نظامی ایالات متحده‌ی آمریکا به‌عنوان متهم مورد تعقیب قرار گرفت. نیروهای تحت فرماندهی ژنرال یا ماسیتا، علیه صدها نفر از غیرنظامیان مرتکب جنایاتی شدند. اتهام یا ماسیتا این بود که به‌عنوان فرمانده، در انجام وظیفه‌ی نظارت بر نیروهای تحت فرماندهی خود کوتاهی و سهل‌انگاری کرده بود و به‌واسطه‌ی این کوتاهی، به نیروهای تحت فرماندهی خود فرصت و اجازه داد مرتکب جنایات جنگی شوند. کمیسیون، یا ماسیتا را محاکمه کرد و مجرم تشخیص داد و اعلام کرد فرمانده‌ای که در برابر اقدامات کینه‌جویانه و جرائم گسترده هیچ اقدام مؤثری برای کشف و کنترل اقدامات مجرمانه انجام نمی‌دهد، مسئولیت کیفری دارد (کسسه و دیگران، ۱۴۰۱: ۲۷۲). پس از قضیه‌ی یا ماسیتا، به‌ویژه در محاکمات پس از جنگ جهانی دوم، به‌روشنی پذیرفته شد که «آگاهی واقعی» (Actual knowledge) فرمانده از اقدامات غیرقانونی نیروهای ذیل فرماندهی خود، برای مسئولیت کیفری وی کفایت می‌کند (Bourgon, 2007: 103).

۴. تکالیف فرماندهان (و دیگر افراد مافوق) و شرایط احراز مسئولیت آنان

اعضای نیروهای مسلح که قدرت فرماندهی دارند، مکلف‌اند: مقررات حقوق مخاصمات مسلحانه را به افراد ذیل فرماندهی خود -متناسب با رتبه و مأموریتی که بر عهده دارند- آموزش دهند، دستورهای قانونی و روشن (غیر مبهم) صادر نمایند، مسئولیت تصمیم‌های دشوار را خود بر عهده بگیرند، اطمینان حاصل نمایند که افراد زیردست، دستورهای آنان را از راه قانونی به اجرا درمی‌آورند، متخلفان را به افسران مافوق که دارای اختیارات انضباطی‌اند، معرفی کنند و تخلفات اعضای نیروهای دشمن یا نیروهای متحد را به مقامات نظامی مافوق گزارش دهند (کولب و هاید، ۱۳۹۴: ۲۹۳). هر عضو نیروهای مسلح، در هر درجه‌ای که باشد، مشخصاً مسئولیت دارد از حقوق مخاصمات مسلحانه تبعیت کند و اطمینان حاصل نماید که دیگران نیز از آن تبعیت می‌کنند و در صورت برخورد با موارد نقض آن، دست به اقدام بزنند؛ فرمان مافوق نیز اقدام غیرقانونی را توجیه نمی‌کند. لازم است فرماندهان تا اندازه‌ای که قواعد درگیری را (از مافوق‌های خود) دریافت نکرده‌اند، خودشان قواعد مذکور را برای اعضای نیروهای مسلح ذیل فرمان خود صادر نمایند تا اطمینان حاصل شود که عملیات مطابق قواعد حقوق مخاصمات مسلحانه انجام می‌گردد. در جریان این امر،

باید از کمک حقوق‌دانان نظامی (مشاوران حقوقی) - چنانچه در دسترس باشند - استفاده شود (راجرز و مالرب، ۱۳۸۷: ۱۳۱-۱۵۰). با توجه به رویه‌ی قضایی دادگاه‌های کیفری بین‌المللی، به‌طور کلی پذیرفته شده است که برای احراز و اعمال مسئولیت فرماندهی، سه شرط اساسی لازم است که به شرح ذیل بدان می‌پردازیم.

۴-۱. شرط اول، وجود سلسله مراتب و زنجیره‌ی فرماندهی

شرط اول اینکه رابطه‌ی «مافوق-زیردست» (L'existence d'une relation de subordination) در «سلسله مراتب» (La hiérarchie) و زنجیره‌ی فرماندهی، وجود داشته باشد (Williamson, 2008: 306). دیوان عالی آمریکا با تأیید حکم اعدام یاماشیتا، به علت ارتکاب جرائم جنگی تحت کنترل وی، «دکترین یاماشیتا» را بنیان گذاشت. طبق این دکترین، صرف اقتدار قانونی برای مسئول دانستن فرمانده کافی دانسته شد [ولی دادگاه نورنبرگ، عنصر روانی را نیز برای طرح مسئولیت فرمانده نظامی لازم دانست] (Zakr, 2002: 59). همچنین، دادگاه بیروت در سال ۲۰۰۱ م. در قضیه‌ی صبرا و شتیلا (Sabra and Shatila Case) بیان کرد که آریل شارون - وزیر دفاع اسرائیل - مسئولیت نیروهای مستقر در این مناطق را به عهده داشته است؛ هرچند به‌طور رسمی و قانونی چنین اقتداری نداشته، بلکه به‌طور عملی و دوفاکتو (De Facto) اعمال اقتدار کرده است. این دکترین، در انتساب مسئولیت به فرماندهان غیرنظامی نیز تعیین‌کننده است (Pean, 2002: 25). گاهی اوقات یک فرماندهی رده‌متوسط فقط یک واسطه است و دستورها به‌طور مستقیم از سوی یک فرماندهی ارشد، به واحد زیردست داده می‌شود. در این صورت، فرماندهی واسطه در صورتی که دستورها را منتقل نماید یا به‌گونه‌ی دیگری اجرا کند - که به وقوع جرم منجر گردد - مسئولیت خواهد داشت. دلایل اثبات‌کننده‌ی اتهام‌ها علیه فرماندهان، نه تنها شامل دلایل مربوط به ساختار فرماندهی، امکان تصمیم‌گیری فرماندهان رده‌پایین، حقوق و مسئولیت‌های فرماندهان و افراد زیردست طبق قوانین نظامی داخلی می‌شود، بلکه عملکرد واقعی در هدایت عملیات نظامی و میزان اطلاع‌رسانی به فرماندهان در مورد جرائم ارتكابی و تأثیر اعتراضات را نیز در برمی‌گیرد. همچنین، اگر فرد در صدر هرم سلسله مراتب سیاسی یا نظامی باشد و از این موقعیت برای ارتکاب جرم استفاده کند، آثار و پیامدهای اعمال وی حتماً خطرناک‌تر است؛ چون او فرمانده بوده، رفتار او بیشتر سزاوار سرزنش است. دیوان کیفری بین‌المللی رواندا، این مسئله را که کایشما به‌عنوان افسر ارشد، موقعیت مقام صلاحیت‌دار را داشته است، به‌عنوان شرایط تشدیدکننده‌ی مسئولیت تلقی کرد و به این نتیجه رسید که کایشما در نسل‌کشی منطقه‌ی «کیکویو» (Kikuyu) فرمانده بوده، سوءاستفاده از قدرت و اختیار و خیانت به اداره‌ی خود، بارزترین شرایط تشدیدکننده علیه وی می‌باشد (Zakr, 2001: 51).

کمیته‌ی بین‌المللی صلیب سرخ در تفسیر ماده‌ی ۸۶ پروتکل الحاقی اول ۱۹۷۷ م.، به کنوانسیون‌های ژنو اعلام کرده

است:

سخن از آن مافوقی است که نسبت به مرتکب جرائم، مسئولیت عینی دارد؛ چون مرتکب، تحت امر و کنترل فرمانده است... مفهوم مافوق را باید در یک ارتباط سلسله مراتبی ملاحظه کرد که در آن کنترل وجود دارد. این ارتباط ممکن است قانونی یا رسمی و عملی یا واقعی باشد و از راه اعمال فرماندهی، کنترل مؤثر یا داشتن اختیار تعیین‌کننده ممکن و متصور است (Pilloud, 1986: 1029).

بند ۱ ماده‌ی ۲۸ اساسنامه‌ی دیوان بین‌المللی کیفری، به مسئولیت فرماندهان نظامی و غیرنظامی که به‌طور مؤثر و نظامی عمل می‌کنند، اشاره دارد؛ مانند پلیس و مقامات اجرایی و بند ۲ همین ماده، به فرماندهان غیرنظامی که به‌طور مؤثر و غیرنظامی عمل می‌کنند، اشاره کرده است؛ مانند رهبران سیاسی. شعبه‌ی تجدیدنظر دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق در بند ۱۹۵ حکم مورخ ۲۰ فوریه ۲۰۰۱ م. معروف به قضیه‌ی «دلالیچ و همکاران وی» اعلام کرد که «اختیار پیشگیری و مجازات فقط ناشی از اختیار قانونی نیست که با انتصاب رسمی صورت می‌گیرد؛ در بسیاری از درگیری‌های معاصر، دولت‌های غیررسمی و خودخوانده و در نتیجه، نیروهای مسلح غیررسمی و گروه‌های شبه‌نظامی وابسته به نیروهای مسلح وجود دارد. ساختار فرماندهی و سازماندهی سریع ممکن است بی‌نظم و ابتدایی باشد. برای اجرای قانون در این‌گونه موارد در مورد افراد حمله‌کننده و فرماندهان آن‌ها و دیگر مقامات مافوقی که براساس دلایل موجود، بدون اینکه رسماً منصوب شده باشند یا مأموریتی رسمی از سوی دولت به آن‌ها داده شده باشد، افراد حمله‌کننده را کنترل می‌کنند، باید معیاری برای پاسخ‌گویی و مؤاخذه‌ی آن‌ها وجود داشته باشد. اگر دادگاه فقط نامه‌ی رسمی دال بر اختیار فرماندهی را به‌عنوان دلیل بپذیرد، ممکن است خود را برای اجرای حقوق بشردوستانه علیه مقامات مافوق غیررسمی، فاقد اختیار و صلاحیت بداند؛ به‌رغم این واقعیت که مقامات عالی حسب مورد، با همان «اختیاراتی که به‌طور رسمی» به فرماندهان یا مقامات منصوب اعطا می‌شود، اقدام کرده، این دو مقرر ارتکاب جرائم جنگی توسط زیردستان را مانع از طرح مسئولیت فرماندهان نمی‌داند؛ با این تفاوت که بند اول عنصر مادی^۱ را کافی می‌داند و بند دوم، عنصر معنوی^۲ (آگاهی از ارتکاب جرم) را نیز برای فرمانده لازم می‌داند» (The Prosecutor v. Delalic, 1998: para. 343). غیرنظامیان مذکور در بند اول این ماده آن‌هایی‌اند که عملاً دستورهای نظامی می‌دهند؛ مانند رئیس‌جمهور؛ ولی غیرنظامیان مذکور در بند دوم این ماده آن‌هایی‌اند که رابطه‌ی نظامی میان آن‌ها وجود ندارد؛ مانند رابطه‌ی وزیر کشور با پلیس یا رابطه‌ی کارفرما و کارگران. دادگاه‌های توکیو، نورنبرگ و آمریکا نیز فرماندهان غیرنظامی را محکوم کرده‌اند؛ به‌طور مثال،

۱. l'actus reus (le terme latin signifiant l'acte de culpabilité).

۲. la mens rea (le terme latin signifiant l'esprit criminel (ou l'intention de commettre une infraction criminelle)).

دادگاه آمریکا در سال ۱۹۹۶م، رئیس‌جمهور پیشین فیلیپین را به علت جنایات جنگی به‌وسیله‌ی زیردستانش محکوم کرد.^۱

۴-۲. شرط دوم، عنصر آگاهی

شرط دوم اینکه مافوق «می‌دانسته» یا «دلیلی داشته که بداند» یک یا چند نفر از مأموران تحت امر وی، رفتارهای مجرمانه مرتکب شده‌اند یا در شرف ارتکاب‌اند (Williamson, 309: 2008). یکی از جنبه‌های قابل‌بحث در پیشرفت‌های اخیر نظریه‌ی مسئولیت کیفری فرمانده نظامی، این است که برای احراز قصد مجرمانه و انتساب مسئولیت کیفری به فرمانده نظامی، لازم است مشخص شود آنان تا چه اندازه باید در مورد اقدامات نیروهای تحت فرماندهی خود «علم و آگاهی» داشته باشند. در احکام قضایی که پس از جنگ جهانی دوم در این باره صادر شده است، برای انتساب مسئولیت به فرماندهان نظامی، شرط «آگاهی لازم» آشکارا بحث شده است. درباره‌ی میزان آگاهی، دو حالت متصور است؛ حالت اول، زمانی که فرماندهان نظامی درباره‌ی جرائم نیروهای تحت فرماندهی خود، آگاهی و علم واقعی دارند. این وضعیت برای انتساب مسئولیت کیفری به آنان کفایت می‌کند؛ حالت دوم، زمانی که فرماندهان نظامی، آگاهی واقعی ندارند و وجود آگاهی آنان «فرض» می‌شود و در این حالت، در میزان متناسب آگاهی که به‌واسطه‌ی آن بتوان فرماندهان نظامی را از نظر کیفری مسئول شناخت، اختلاف‌نظر وجود دارد. درباره‌ی «آگاهی فرضی»، دو معیار متفاوت ارائه شده است؛ یکی معیار موسع یا اعم و دیگری معیار مضیق یا اخص. در معیار موسع، این نکته بررسی و ارزیابی می‌شود که آیا فرمانده نظامی باید از اعمال غیرقانونی نیروهای تحت فرماندهی خود، از باب پیشگیری، آگاهی داشته باشد؟ در معیار مضیق، فرمانده فقط زمانی مسئول شناخته می‌شود که در کشف اقدامات نیروهای تحت فرماندهی خود، به کمک اطلاعاتی که پیش‌تر در دسترس و اختیار وی بوده، کوتاهی کند. دادگاه کیفری بین‌المللی توکیو در برداشت و اعمال معیار موسع از عبارت «باید می‌دانسته» در مورد آگاهی فرماندهان، از صراحت بیشتری برخوردار است؛ به‌عنوان نمونه، این دادگاه در محاکمه‌ی آدَمیرال تویودا (Admiral Soemu Toyoda) اعلام کرد که اصل مسئولیت فرماندهی، برای

۱. "La responsabilité pénale individuelle des commandants et supérieurs hiérarchiques", Plan de cours M1-DIPEN - Leçon No.11.

Disponible sur: www.gerjc.univ-cezanne.fr/fileadmin/GERJC/.../11.pdf

فرماندهی اعمال می‌شود که با تلاش و پیگیری معقول و منطقی، از اعمال غیرقانونی نیروهای تحت فرماندهی خود «آگاهی داشته» یا «باید آگاهی می‌داشته است»^۱ (کسسه و دیگران، ۱۴۰۱: ۲۷۴-۲۷۵).

ماده‌ی ۲۸ اساسنامه‌ی دیوان کیفری بین‌المللی در این باره دو معیار جداگانه ارائه داده است؛ در مورد فرماندهان نظامی، معیار این است که «شخص می‌دانسته» و یا «با توجه به شرایط زمانی باید می‌دانسته» که نیروهای نظامی تحت امر وی مرتکب جرم می‌شوند یا در شرف ارتکاب‌اند. عبارت «باید می‌دانسته» با عبارت «دلیلی داشته که بداند»، همسان و هم‌معناست. برعکس، برای انتساب و اعمال مسئولیت در مورد مقامات عالی‌کشوری، باید اثبات شود که این مقام عالی می‌دانسته یا اطلاعاتی را که به‌روشنی نشان می‌دهد مأموران تحت امر وی در حال یا در شرف ارتکاب جرم‌اند، عمداً نادیده گرفته است. دادگاه کیفری بین‌المللی رواندا در حکم مربوط به روزیندانا و کایشما، از این رویکرد یا نظریه پیروی کرده است. دادگاه بدوی در این پرونده با تأیید ماده‌ی ۲۸ اساسنامه‌ی دیوان کیفری بین‌المللی درباره‌ی مسئولیت فرماندهی مقامات عالی‌کشوری اعلام کرد:

نظر به هدف بند ۳ ماده‌ی ۶، برای احراز مسئولیت کیفری فردی در مورد جرائم مهم نسل‌کشی، جنایات علیه بشریت و نقض ماده‌ی ۳ مشترک کنوانسیون‌های ژنو و پروتکل دوم الحاقی به این کنوانسیون‌ها، دادگاه به این نتیجه رسیده که دادستان باید اثبات کند که متهم این پرونده یا می‌دانسته و یا عمداً اطلاعاتی را که به‌صراحت نشان می‌دهد و یا توجه وی را به این جلب کرده که مأمورین تحت امر وی مرتکب جرائم موضوع مواد ۲ تا ۴ اساسنامه‌ی دادگاه شده‌اند و یا در شرف ارتکاب آن جرائم هستند، نادیده گرفته است. (The Prosecutor v. Kayishema, 1999: para. 228)

۱. Henzelin Marc, "Les "raisons de savoir" du supérieur hiérarchique qu'un crime va être commis ou a été commis par un subordonné TPIY ou TPIR", l'Actualité de la Jurisprudence Pénale Internationale, Bruylant, Bruxelles/2004. Disponible sur: www.lalive.ch

See:

- Jean Baptiste UWIHOREYE MUKARAGE, "L'application par les juridictions répressives internationales de l'article 3 commun aux conventions de Genève et du protocole additionnel II auxdites conventions: cas du tribunal pénal international pour le Rwanda", Université Nationale du Rwanda, 2006. Disponible sur: www.memoireonline.com/a/fr/cart/add/4705.
- Cette clause a considérablement varié au cours des différents travaux. Voir notamment le projet du Comité International de la Croix Rouge qui, à son art. 76, comportait l'expression "s'ils savaient ou auraient dû savoir". L'amendement déposé par les Etats-Unis proposait la mention suivante : "s'ils savaient ou auraient dû raisonnablement savoir, dans les circonstances du moment", Actes de la Conférence Diplomatique sur la Réaffirmation et le Développement du Droit International Humanitaire Applicable dans les Conflits Armés, (CDDH/I/306), Genève, 1974-1977, Actes III, p. 342.

در برخی شرایط، یک فرمانده ممکن است با جلوگیری یا مجازات نقض‌ها به واسطه‌ی استفاده از اختیارات خود، از مسئولیت مبرا شود. در خصوص نظریه‌ی مسئولیت فرماندهی، دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق، در بند ۳ ماده‌ی ۷ اساسنامه‌ی این دادگاه تصریح دارد:

این واقعیت که جرائم توسط نیروهای تحت فرماندهی ارتکاب یافته، فرماندهان مافوق را از مسئولیت کیفری معاف نمی‌کند؛ به این شرط که فرمانده «می‌دانسته» (Il Savait (Knew)) یا «منطقاً باید می‌دانست» یا «دلیلی داشته که بداند» که مأمور تحت فرماندهی او در شرف یا در حال ارتکاب چنین جرمی بوده و مافوق در اتخاذ اقدامات لازم و معقول برای جلوگیری از چنین اعمالی یا مجازات مرتکبان آن کوتاهی کرده باشد.

در بند ۳ ماده‌ی ۷، دو معیار برای آگاهی وجود دارد: «می‌دانسته» و «دلیلی داشته که بداند». عبارت «می‌دانسته»، به آگاهی یا علم واقعی فرمانده اشاره دارد که ممکن است به‌طور مستقیم یا از راه قراین و امارات حاصل شود. مفهوم «دلیلی داشته که بداند» بحث‌برانگیزترین جنبه‌ی مسئولیت فرماندهی در دیوان بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق بود که در دو پرونده‌ی معروف «دلایچ و همکاران وی» و «بلاسکیچ» تفاسیر گوناگون و متعارضی از آن ارائه شده است. اگر مقامات مافوق، اطلاعاتی داشته‌اند که باید آن‌ها را قادر می‌ساخت استنباط کنند (Should have Enabled them to Know) که در شرایط خاص زمانی، مأموران تحت امر آنان در حال یا در شرف ارتکاب جرم‌اند، مسئولیت آنان مسلم یا مفروض تلقی می‌شود (The Prosecutor v. Blaskic, 1999: para. 335). البته در پروتکل الحاقی ۱۹۷۷ ژنو، به دلیل اختلاف جزئی میان متن انگلیسی و فرانسوی پروتکل، کمیته‌ی بین‌المللی صلیب سرخ در تفسیر بند ۲ ماده‌ی ۸۶ پروتکل الحاقی اول مقرر کرده است که اطلاعات در دسترس مقامات مافوق، ترجیحاً باید به‌گونه‌ای باشد که «آن‌ها را برای استنباط یادشده، قادر سازد»، نه اینکه «باید توانسته باشد آن‌ها را قادر سازد». به عبارت دیگر، باید برخی اطلاعات در دسترس مقامات مافوق باشد تا آنان را در جریان نقض قواعد حقوق بشردوستانه‌ی بین‌المللی به‌وسیله‌ی زیردستان قرار دهد. شعبه‌ی تجدیدنظر دادگاه‌های کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق این معیار را تأیید نموده است:

معیار آگاهی، احراز آگاهی واقعی، خواه صریح خواه ضمنی، نیست. همچنین، مستلزم آن نیست که دادگاه قانع شده باشد که متهم در واقع امر می‌دانسته که جرائم ارتکاب یافته یا در شرف وقوع بوده، بلکه کافی است که دادگاه احراز و یقین پیدا کند که متهم، برخی اطلاعات کلی در اختیار داشته که احتمال ارتکاب اعمال غیرقانونی توسط مأمورین تحت امر را به وی اخطار و گوشزد نموده است. (The

(Prosecutor v. Delalic, 1998: para. 226)

۴-۳. شرط سوم، کوتاهی فرمانده در به کارگیری تدابیر لازم برای پیشگیری از جرائم و مجازات مرتکبان

شرط سوم اینکه مقام عالی در به کارگیری تدابیر معقول (Necessary and Reasonable Measures) و لازم برای پیشگیری از جرائم و در صورت ارتکاب، مجازات مرتکبان جرائم، کوتاهی کرده باشد. در بررسی مسئولیت فرماندهان نیروهای منظم بابت اقدامات گروه‌های مسلح نامنظمی که در منطقه‌ی آن‌ها فعالیت می‌کنند، اینکه به چه میزانی انجام این گونه فعالیت‌ها به وسیله‌ی فرماندهی مورد نظر تشویق، چشم‌پوشی، تحمل، انکار یا جلوگیری شده است، باید مورد توجه قرار گیرد (تعداد، نوع و دامنه‌ی اعمال غیرقانونی، تعداد و نوع نیروها و تجهیزات مورد استفاده، محل جغرافیایی و گسترده‌ی وقوع اعمال مورد نظر، سرعت تاکتیکی عملیات، شیوه‌ی انجام اقدامات غیرقانونی مشابه، افسران و پرسنل مشارکت‌کننده و محل استقرار فرمانده در محل مورد نظر) (Robert, 2007: 48). کوتاهی در مجازات افراد تحت امر وی که مرتکب جرائم جنگی شده‌اند، چنانچه «عمدی و از روی رضایت و در یک دوره‌ی زمانی باشد، به گونه‌ای که جوی از بی‌اعتنایی نسبت به حقوق مخاصمات به وجود آورد»، می‌تواند به این امر منجر شود که خود فرمانده شریک جرائم ارتكابی به حساب آید (Robert, 2007: 33). حتی در حالتی که کوتاهی در برخورد به جرائم جنگی در یک دوره‌ی زمانی، باعث نشود خود فرمانده شریک جرائم ارتكابی به شمار آید، اگر قضیه‌ی مورد نظر به اندازه‌ای جدی بوده که مؤید این امر باشد، خود عمل «کوتاهی» ممکن است جرمی جنگی محسوب شود (Robert, 2007: 51). ماده‌ی ۳۰ اساسنامه‌ی دیوان بین‌المللی کیفری مشخص می‌کند که شخص متهم فقط در صورتی محکوم می‌شود که جرم او «همراه با قصد و علم» باشد. متهم در صورتی قصد دارد که نسبت به اصل عمل «قصد ارتکاب آن را داشته باشد» و نسبت به نتیجه‌ی عمل «قصد ایجاد» آن را داشته باشد یا آگاه باشد که آن نتیجه در مسیر طبیعی حوادث حاصل خواهد شد. ترک فعل، یا با قصد همراه است که باید پیامدهایی دربرداشته باشد و یا از بی‌مبالاتی نسبت به آن پیامدها ناشی می‌شود. کمیته‌ی بین‌المللی صلیب سرخ در تفسیر خود از پروتکل اول ژنو، «عمدی بودن» را به شرح ذیل بیان می‌کند:

متهم باید آگاهانه و همراه با قصد، عمل کرده باشد؛ یعنی عمل و پیامدهای آن را در ذهن داشته و آن را خواسته باشد. این تعبیر، مفاهیم «بی‌مبالاتی» یا «قصد نامشروع» و به‌طور خلاصه رفتار عاملی را که بدون داشتن اطمینان نسبت به حصول نتیجه‌ای خاص، احتمال حادث شدن آن را می‌پذیرد، دربرمی‌گیرد. از طرف دیگر، غفلت عادی یا فقدان پیش‌بینی یعنی زمانی که فرد بدون داشتن قصد عمل موردنظر یا پیامدهای آن در ذهن خود مرتکب جرمی می‌شود را شامل نمی‌شود (Zimmermann, 1987: para. 3561).

حتی در صورتی که یک فرمانده واقعاً از اقدامات افراد زیردست خود مطلع نبوده است؛ ولی باید از آن مطلع می‌گشت و کوتاهی او در این باره، قصور در انجام وظیفه محسوب می‌شود؛ مثلاً در صورتی که به او خبر داده شده

باشد؛ ولی هیچ اقدامی در ممانعت از آن اعمال انجام ندهد نیز مسئولیت متوجه او خواهد بود. مسئله‌ی مذکور شامل کوتاهی در محاکمه و مجازات مجرمان و گزارش دادن وقوع جرم به مقامات صلاحیت‌دار می‌باشد (کسسه و دیگران، ۱۴۰۱: ۲۸۴).

۵. منابع قراردادی مسئولیت کیفری فرماندهان و دیگر افراد مافوق

شکل‌گیری اساسنامه‌ی دیوان کیفری بین‌المللی در سال ۱۹۹۸م. و درج جرائم ارتكابی مخاصمات مسلحانه در گستره‌ی جرائم جنگی، تحول عظیمی را نسبت به تدوین حقوق مربوط به مخاصمات مسلحانه و مسئولیت کیفری ایجاد کرد. از سوی دیگر، در تلاش برای تدوین قواعد عرفی، کمیسیون حقوق بین‌الملل، مسئول تهیه‌ی طرح «پیش‌نویس مسئولیت دولت‌ها برای اقدامات متخلفانه‌ی بین‌المللی» شد؛ ولی طرح نهایی تهیه‌شده در سال ۲۰۰۱م. که نتیجه‌ی تلاش پنجاه‌ساله‌ی کمیسیون حقوق بین‌الملل بود، از این شانس برخوردار نشد که به یک کنوانسیون بین‌المللی تبدیل شود و مسئولیت (کیفری) دولت، به‌رغم تلاش‌های کمیسیون در تهیه‌ی ماده‌ی ۱۹ طرح پیش‌نویس سابق در سال ۱۹۶۷م. جنبه‌ی غیرکیفری یافت (شمسایی و ترکمانی، ۱۳۸۷: ۱۸۲). در یک دید کلی، کنوانسیون‌ها، پروتکل‌های الحاقی و اساسنامه‌ی دادگاه‌ها و دیوان‌های کیفری بین‌المللی در این باره عبارت‌اند از:

۱. بند ۲ ماده‌ی ۴۹ کنوانسیون اول، ماده‌ی ۵۰ کنوانسیون دوم، ماده‌ی ۱۲۹ کنوانسیون سوم و ماده‌ی ۱۴۶ کنوانسیون چهارم ژنو؛
 ۲. ماده‌ی ۲۶ کنوانسیون لاهه ۱۹۵۴م.؛
 ۳. بند ۱ ماده‌ی ۹ پیش‌نویس کنوانسیون ۱۹۹۸م. در مورد ناپدید شدن اجباری؛
 ۴. بند ۳ ماده‌ی ۲۵ و ماده‌ی ۲۸ اساسنامه‌ی دیوان کیفری بین‌المللی؛
 ۵. ماده‌ی ۱۵ و بند ۱ ماده‌ی ۲۲ پروتکل دوم ۱۹۹۹م. الحاقی به کنوانسیون لاهه ۱۹۵۴م.؛
 ۶. بند ۳ ماده‌ی ۶ اساسنامه‌ی ۲۰۰۲م. دادگاه ویژه‌ی سیرالئون؛
 ۷. بند ۲ ماده‌ی ۸۶ و ماده‌ی ۸۷ پروتکل الحاقی اول ۱۹۷۷م. به کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹م.؛
 ۸. بند ۳ ماده‌ی ۷ اساسنامه‌ی دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق (ICTY)؛
 ۹. بند ۳ ماده‌ی ۶ اساسنامه‌ی دیوان کیفری بین‌المللی برای رواندا (ICTR)؛
 ۱۰. ماده‌ی ۲۸ اساسنامه‌ی دیوان کیفری بین‌المللی (ICC)؛
 ۱۱. بند ۱ کنوانسیون لاهه ۱۹۰۷م. درباره‌ی قوانین و عرف‌های جنگ زمینی.
- البته در اسناد دیگر نیز به مسئولیت کیفری فرماندهان نظامی و دیگر افراد مافوق اشاره شده است.

۶. پروتکل الحاقی اول ۱۹۷۷م. به کنوانسیون‌های ژنو

پروتکل الحاقی اول ۱۹۷۷م. کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹م.، نخستین معاهده و سند بین‌المللی است که نظریه‌ی مسئولیت فرماندهی در آن پیش‌بینی و به‌طور جامع تدوین شده است. بند ۲ ماده‌ی ۸۶ این پروتکل تصریح کرده است: این واقعیت که نیروهای مسلح تحت فرماندهی، مقررات کنوانسیون‌ها یا این پروتکل را نقض کرده‌اند، فرماندهان مافوق آنان را از مسئولیت معاف نمی‌کند؛ مشروط بر اینکه یا اطلاعاتی داشته‌اند که با استفاده از آن می‌توانستند در آن شرایط زمانی پی ببرند که مأموران تحت فرماندهی آنان در حال یا در شرف ارتکاب جرم هستند و فرماندهان، به‌رغم توانایی و اختیارات خود، همه‌ی اقدامات ممکن برای جلوگیری از این جرائم یا مجازات مرتکبان آن را انجام نداده باشند.

همچنین، براساس تفسیر این بند، نقض قواعد این پروتکل به‌وسیله‌ی زیردستان، مانع از تعقیب کیفری و انتظامی فرماندهی نمی‌شود که با اطلاع از چنین اقدامی تدابیر لازم برای جلوگیری از آن را انجام ندهد. این مقررہ برخلاف ماده‌ی ۸۷ که از فرمانده نظامی صحبت می‌کند، فقط از عبارت «فرمانده» استفاده می‌کند که شامل فرماندهان غیرنظامی (Les Supérieurs Civils) -مثلاً رهبران سیاسی- نیز می‌شود. هرچند پروتکل دوم درباره‌ی مخاصمات مسلحانه‌ی داخلی از مسئولیت فرماندهان صحبتی نکرده است؛ ولی شعبه‌ی تجدیدنظر دیوان بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق در قضیه‌ی حسنوویچ (Hadžihasanović) بیان داشت: «سکوت این پروتکل، به معنای مسئول ندانستن این‌گونه فرماندهان نیست» (Bourgon, 2007: 112). دیوان کیفری یوگسلاوی سابق و رواندا در بیان مسئولیت فرماندهان، تفکیکی میان فرماندهان نظامی و غیرنظامی قائل نمی‌شوند. همچنین، این ماده، فرمانده نظامی را ملزم کرده است از هرگونه نقض کنوانسیون‌ها و پروتکل الحاقی ابتدا جلوگیری کرده، مرتکبان آن را مجازات کند و در صورت لزوم، نقض این مقررات را به مقامات صالح گزارش نماید. بند ۲ ماده‌ی ۸۶، نخستین مقررہ بین‌المللی است که آشکارا عنصر «آگاهی» را در مسئولیت فرماندهان مطرح کرده است. تفسیر این ماده آن است که فرمانده فقط در صورتی مسئولیت کیفری دارد که وی می‌توانسته است با استفاده از اطلاعاتی که در دسترس و اختیارش بوده، از عمل غیرقانونی نیروهای تحت فرماندهی خود مطلع شود. براساس این تفسیر، در موردی که فرمانده از روی غفلت و سهل‌انگاری در ایجاد یک سیستم درست ارتباطات در سلسله مراتب و روش‌های گزارش‌گیری و گزارش‌دهی کوتاهی کند، فرض بر وجود عنصر «آگاهی» است (Zimmermann, 1987: para. 3543).

۷. قوانین داخلی و بین‌المللی کشورها، ناظر بر شناسایی مسئولیت کیفری فرماندهان نظامی

اکنون اصل مسئولیت فرماندهی در بسیاری از دستورالعمل‌های نظامی و اسناد بین‌المللی به‌ویژه در اسناد مؤسس دادگاه‌های گوناگون کیفری بین‌المللی و رویه‌ی قضایی آن‌ها تأیید و به رسمیت شناخته شده است؛ به‌عنوان نمونه، در دستورالعمل نظامی انگلیس آمده است:

فرماندهان نظامی موظف‌اند از نقض قوانین از جمله قوانین جنگ، جلوگیری و تدابیر انضباطی لازم را در این زمینه اتخاذ کنند. چنانچه فرمانده نظامی در ارتکاب جرائم جنگی شرکت کند... به‌ویژه ارتکاب آن‌ها را دستور داده باشد، شخصاً از نظر کیفری مسئولیت خواهد داشت. همچنین، فرمانده نظامی چنانچه می‌دانسته یا با توجه به شرایط آن زمان باید می‌دانست که جرائم جنگی در حال یا در شرف وقوع است و با این حال، هرگونه تدابیر لازم و معقول در حیطه‌ی اختیارات را برای پیشگیری و مجازات مرتکبین آن اتخاذ ننموده یا موضوع را برای تحقیق و تعقیب قضایی به مقامات صلاحیت‌دار ارجاع نکرده است، از نظر کیفری مسئولیت خواهد داشت. (Henckaerts and Doswald-Beck, 2005: 3612)

در دستورالعمل نظامی فرانسه آمده است: «فرماندهان و دیگر افراد مافوق، در مورد جنایات جنگی انجام‌شده تحت فرامین ایشان مسئول می‌باشند». همچنین، در کتابچه‌ی حقوق مخاصمات مسلحانه‌ی این کشور آمده است: هر فرد مسئول نقض حقوق مخاصمات مسلحانه‌ای است که خود انجام داده یا طبق دستور ایشان انجام شده است، منصرف از اوضاع و احوال ممکن است... فرماندهان مسئول اعمالی باشند که خود مرتکب شده یا تحت اوامر ایشان ارتکاب یافته است. فرمانده می‌بایست تضمین کند که اعضای نیروهای مسلح تحت امر او، به حقوق و تکالیف خود به‌خوبی آگاه باشند. بر همین اساس، او مسئول آموزش ایشان است. (Henckaerts and Doswald-Beck, 2005: 3614)

علاوه بر این، در فصل سوم ماده‌ی ۶ لایحه‌ی رسیدگی به جرائم بین‌المللی ج.ا.ا. که در لایحه‌ی معاضدت‌های قضایی بین‌المللی ادغام شده، آمده است: «در مورد مرتکبین جنایات مندرج در این قانون، هیچ نوع مصونیتی وجود ندارد» و در ماده‌ی ۷ آن آمده است: «دستورات مقام مافوق، دایر بر ارتکاب جنایات بین‌المللی، موجب معافیت از مسئولیت کیفری مرتکب نیست»^۱.

کمیسیون تحقیق کانادا درباره‌ی موارد نقض جدی حقوق بین‌الملل بشردوستانه از سوی نیروهای حافظ صلح کانادایی در سومالی، تعدادی از افسران را در مورد تخلف‌هایی که زیردستانشان مرتکب شده بودند، مورد شمات قرار داد؛ به این دلیل که ایشان به نیروهای مزبور آموزش کافی در مورد تعهدات حقوقی‌شان ارائه نکرده بودند (Henckaerts and Doswald-Beck, 2005: 3615). از این رو، فرماندهان نظامی، مرکز ثقل و محور سیستم نظارتی

۱. خبرگزاری تسنیم (به نقل از مجلس شورای اسلامی)، ۱۱ تیر ۱۳۹۲، کد خبر: ۸۹۷۰۰.

تلقی می‌شوند که باید به‌وسیله‌ی اعضای متعاقد و طرفین مناقشه اعمال شود. دلیل اصلی طرح این نوع از مسئولیت به‌ویژه در عرصه‌ی کیفری بین‌المللی، تأیید این مسئله است که در اغلب موارد، جرائم به این دلیل به‌وسیله‌ی کارمندان یا کارکنان تحت امر نظامی ارتکاب می‌یابد که مقامات مافوق آن‌ها از ارتکاب آن جلوگیری و یا مرتکبان آن را مجازات نمی‌کنند. به‌طور کلی، اتفاق نظر وجود دارد که مسئولیت فرماندهی برای این امر لازم است که بتوان افراد غیر از مرتکبان (مباشر) جرائم را نیز از نظر قضایی تعقیب کرد. اگر این نوع مسئولیت نباشد، مقامات مافوق می‌توانند خود را از هرگونه تخلف و خطا مبرا بدانند؛ مثلاً استدلال کنند نیروهای تحت امر در ارتکاب جرائم از دستورهای آنان پیروی نکرده یا اینکه هیچ‌گاه در صحنه‌ی وقوع جرم نبوده‌اند.^۱

در قضیه‌ی فینتا (Finta Case)، دیوان عالی کانادا تصریح کرد که عذر یا دفاع «دستورهای مافوق» در برخی شرایط به‌ویژه در موردی که مأمور تحت امر برای اطاعت از دستور، چاره و راه انتخابی نداشته، حتی در جایی که دستوری آشکارا غیرقانونی باشد، قابل طرح و استناد است. همچنین، استناد به اطاعت از دستورات مافوق و ضابطین قضایی برای کارکنان نظامی یا نیروهای انتظامی که به اتهام جنایات جنگی و جنایات علیه بشریت تحت تعقیب‌اند، قابل طرح است. عذر یا دفاع آن‌ها تابع معیار «غیرقانونی بودن آشکار» است. اگر دستور مافوق، آشکارا غیرقانونی باشد، این عذر و دفاع قابل استناد نیست. در مواردی که جو اجبار و تهدید برای متهم حاکم باشد، وی چاره‌ای جز اطاعت و اجرای دستور ندارد و در اینجا فرض اختیار انتخاب متفی است (Rondeau, 2008: 137).

۸. منابع عرفی مسئولیت کیفری فرماندهان و دیگر افراد مافوق

در کنار حقوق قراردادی، در واقع «حقوق عرفی» مبنای حقوق بشردوستانه بوده است و همواره یکی از منابع ارزشمند و مهم حقوق بین‌الملل بشردوستانه است. هیچ‌یک از شاخه‌های حقوق بین‌الملل به‌اندازه‌ی حقوق بشردوستانه، به عرف وابستگی ندارد. دلیل این امر آن است که اکثریت حقوق بشردوستانه‌ی قراردادی ماحصل تدوین قواعد عرفی است؛ به‌عنوان مثال، به‌رغم تصویب کنوانسیون‌های ژنو از سوی همه‌ی دولت‌ها، هنوز برخی دولت‌ها به‌ویژه آن‌ها که درگیری‌های مسلحانه در قلمروشان در جریان است، پروتکل‌های الحاقی به این کنوانسیون‌ها را تصویب نکرده‌اند؛ ولی از آنجا که بسیاری از قواعد و مقررات این پروتکل‌ها ویژگی عرفی دارند، بر همه‌ی دولت‌ها (اعم از دولت‌های عضو و غیرعضو) لازم‌الرعايه هستند. از سویی، به دلیل وجود برخی مشکلات در اعمال حقوق بشردوستانه‌ی قراردادی، جامعه‌ی بین‌المللی به کمیته‌ی بین‌المللی صلیب سرخ مأموریت داد تا درباره‌ی قواعد عرفی

۱. Voir généralement "le Rapport de la Commission d'enquête sur la Somalie", Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1997, en ligne: Département de la défense nationale du Canada.

Disponible sur: <http://www.dnd.ca/somalia/voIO/indexf.htm> (page visitée le 1^{er} août 2007).

Voir aussi: Canada: La Reine c. Finta, [1994] 1 R.C.S. 701.

Disponible sur: <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/1124/index.do>

حقوق بین‌الملل بشردوستانه، تحقیقی را به عمل آورد. کمیته نیز این مأموریت را با جدیت دنبال کرد و انجام مطالعات و مشاوره‌های گسترده در این باره حدود ده سال به طول انجامید. در نتیجه، این کمیته رویه‌ی کلی و عملی دولت‌ها را که به‌عنوان قانون پذیرفته‌اند، جمع‌آوری و ارزیابی کرد و در قالب مجموعه‌ی قواعد حقوق بین‌المللی بشردوستانه‌ی عرفی شامل ۱۶۱ قاعده منتشر نمود (میرزاجانی، ۱۳۹۲: ۲۵-۲۸). قواعد شماره‌ی ۱۵۱ تا ۱۵۵ مجموعه‌ی قواعد عرفی حقوق بین‌الملل بشردوستانه‌ی کمیته‌ی بین‌المللی صلیب سرخ به‌طور مستقیم و غیرمستقیم به مسئولیت کیفری فردی فرماندهان و دیگر افراد مافوق اختصاص یافته است. در قاعده‌ی ۱۵۱ مجموعه‌ی قواعد عرفی حقوق بین‌الملل بشردوستانه‌ی صلیب سرخ آمده است:

افراد در ارتکاب جنایت جنگی، مسئولیت کیفری بر عهده دارند. افراد نه‌تنها از جهت ارتکاب جنایات جنگی مسئولیت کیفری دارند، بلکه به جهت اقدام به ارتکاب جنایات جنگی و معاونت در انجام این‌گونه اعمال؛ از جمله تسهیل، کمک و مشارکت در ارتکاب این جرائم نیز مسئولیت کیفری دارند. آنان از جهت برنامه‌ریزی یا تحریک به ارتکاب جنایات جنگی نیز مسئول هستند (هنکرتز و دوسوالدبک، ۱۳۸۷: ۷۷۶).

البته این قاعده، همچنین در قوانین داخلی بسیاری از کشورها از جمله قانون داخلی بلژیک مطرح شده است: «فرماندهان در قبال دستوراتی که صادر می‌کنند، مسئولیت دارند» (هنکرتز و دوسوالدبک، ۱۳۸۷: ۷۸۴). در قاعده‌ی ۱۵۴ مجموعه‌ی قواعد حقوق بین‌الملل بشردوستانه‌ی عرفی صلیب سرخ آمده است: «هر رزمنده ملزم است از فرامینی که به نحو آشکاری غیرقانونی است، نافرمانی کند». رویه در مورد وضعیت رزمنده‌ای که از انجام دستوری که آشکارا غیرقانونی (Manifestly Illegal Orders) نیست، سرپیچی می‌کند، روشن نیست. بسیاری از کشورها در قوانین نظامی خود متذکر شده‌اند که همه‌ی مأموران به تبعیت و اجرای دستورهای قانونی و مشروع، مکلف‌اند و عدم انجام آن، یک جرم قابل مجازات است. بر طبق رویه‌ی حقوق عرفی بین‌المللی، در حالی که احراز هیچ‌گونه رابطه‌ی رسمی (مافوق-زیردست) برای این منظور لازم نیست، در حقیقت «صرف صدور دستور» متضمن این مطلب است که دست‌کم یک رابطه (مافوق-زیردست) به‌طور بالفعل وجود داشته است (هنکرتز و دوسوالدبک، ۱۳۸۷: ۷۸۶).

۹. اقدامات زیردستان و مسئولیت کیفری فرمانده

درباره‌ی اقداماتی که زیردستان در اجرای یک دستور بر عهده گرفته‌اند و مرتکب جنایات جنگی می‌شوند، سه وضعیت را باید مشخص کرد: اول، در صورتی که جنایات جنگی واقعاً ارتکاب یافته است، طبق رویه‌ی کشورها روشن است که «مسئولیت فرماندهی» برقرار است؛ دوم، هنگامی که جنایات جنگی به واقع انجام نیافته، فقط قصد و سعی در ارتکاب آن‌ها وجود داشته است. رویه‌ی کشورها حاکی از آن است که در اینجا نیز مسئولیت فرماندهی وجود دارد؛ سوم، هنگامی که جنایات جنگی، نه واقع شده باشد و نه سعی یا شروع به انجام آن شده باشد [هرچند بیشتر

رویه‌ها بیانگر آن است که هیچ‌گونه مسئولیت فرماندهی بر آن بار نمی‌کنند؛ ولی برخی کشورها و سازمان‌های بین‌المللی، مسئولیت کیفری آن را به فرمانده -که فقط دستور ارتکاب جنایات جنگی را داده است- نسبت می‌دهند (هنکرتز و دوسوالدبک، ۱۳۸۷: ۷۷۶-۸۲۵). در این باره می‌توان به قوانین بلژیک، لوکزامبورگ و هلند اشاره کرد؛ به‌طور مثال، حقوق بلژیک در مورد سرکوب نقض‌های فاحش کنوانسیون‌های ژنو و پروتکل‌های الحاقی [اصلاح‌شده] آن، که در هر دو مخاصمات بین‌المللی و غیربین‌المللی اعمال می‌شوند، مقرر می‌دارد:

نقض‌های ذیل براساس مجازات‌های مقرر، قابل تعقیب و مجازات هستند: دستور (حتی اگر اجرا نشود)، ارتکاب یکی از نقض‌های مذکور در ماده‌ی ۱ [جنایت نسل‌کشی، جنایت علیه بشریت و سایر نقض‌های فاحش]. (Henckaerts and Doswald-Beck, 2005: 3719)

قانون مجازات نظامی [اصلاح‌شده] هلند مقرر می‌دارد:

الف) سربازی که عامدانه دستور ارتکاب یک جنایت جنگی را به زیردستش می‌دهد [اگر دستور مذکور اجرا شده باشد]، به‌عنوان مسبب و بانی جنایت مجازات خواهد شد.

ب) اگر این دستور (به معنای مورد نظر در بند الف) اجرا نشده باشد، مافوق به مجازات زندان، حداکثر تا پنج سال یا جزای نقدی مقرر در دسته‌ی چهارم محکوم خواهد شد؛ ولی تلاش برای دستور ارتکاب جنایت یا تلاش‌هایی از این دست، مجازات قابل توجهی ندارد و به‌خودی‌خود جرم محسوب نمی‌شود. گزارش رویه‌ی هلند اشاره بر این دارد که در این مقرر، نیازی نیست لزوماً «دستور، آشکارا مجرمانه» باشد (Henckaerts and Doswald-Beck, 2005: 3721).

شورای امنیت سازمان ملل در قطعنامه‌ی مصوب سال ۱۹۹۸م. درباره‌ی نقض‌های حقوق بشردوستانه در افغانستان، تأکید کرد:

افرادی که دستور نقض فاحش کنوانسیون‌های ژنو را می‌دهند، شخصاً و به‌طور انفرادی مسئول چنین نقض‌هایی هستند. (Henckaerts and Doswald-Beck, 2005: 3727)

مسئولیت کیفری فرماندهان درباره‌ی جنایات جنگی که به‌وسیله‌ی زیردستان آن‌ها ارتکاب یافته است، مبنی بر عدم انجام اقدامات لازم از سوی فرماندهان، در جهت جلوگیری از ارتکاب جنایات جنگی یا عدم مجازات اشخاصی که مرتکب این جنایات شده‌اند، یک قاعده‌ی پرسابقه‌ی حقوق عرفی بین‌المللی است. بر این اساس، تعدادی از فرماندهان پس از جنگ جهانی دوم، به جهت ارتکاب جنایات جنگی که به‌وسیله‌ی زیردستان آنان صورت پذیرفته بود، محاکمه و متهم شناخته شدند (هنکرتز و دوسوالدبک، ۱۳۸۷: ۷۸۶-۷۸۸).

۱۰. مسئولیت کیفری فرماندهان ناشی از مباشرت در ارتکاب جرم

مسئولیت کیفری فرمانده، در واقع از کوتاهی یا ترک فعل ناشی می‌باشد که در اصطلاح به آن فعل منفی گفته می‌شود (فعل مثبت به اختصار «فعل» گفته می‌شود؛ مانند دستور به ارتکاب جرم، مبادرت و مشارکت)؛ به‌طور مثال، در قضیه‌ی فورد علیه گارسیا (Ford v. Garcia Case) در سال ۲۰۰۰م، در یک دعوای مربوط به اعمال شکنجه و اعدام‌های فراقضایی ارتکاب‌یافته در سال ۱۹۸۰م. در السالوادور، دیوان فدرال ایالات متحده (فلوریدا) به هیئت منصفه دستورالعملی به شرح ذیل داد:

فرمانده، مسئول شکنجه و اعدام‌های فراقضایی ارتكابی توسط نیروهای تحت امر خود است؛ اگر دستور به ارتکاب

این اعمال دهد یا واقعاً در ارتکاب آن‌ها مشارکت کند. (Henckaerts and Doswald-Beck, 2005: 3724)

البته مأموران تحت امر نیز از هرگونه تقصیر و در نتیجه، سرزنش و کیفر معاف نیستند، بلکه آن‌ها نیز موظف‌اند حقوق بشردوستانه‌ی بین‌المللی را رعایت کنند و در صورت نقض قواعد حقوق بشردوستانه‌ی بین‌المللی و ارتکاب جرائم، شخصاً به‌عنوان مباشرت در جرم، پاسخ‌گو و مسئول شناخته شوند؛ زیرا خودداری فرماندهان نظامی از انجام وظیفه برای پیشگیری از نقض قوانین جنگ، فلسفه‌ی وجودی این قوانین را به چالش می‌کشد و زیر سؤال می‌برد؛ به‌گونه‌ای که ترک فعل یا کوتاهی فرمانده، به ارتکاب جرمی منجر شده است که هدف از قوانین جنگ، جلوگیری از وقوع همان جرائم بوده است (هنکرتز و دوسوالدبک، ۱۳۸۷: ۷۹۰).

در ماده‌ی ۲۸ اساسنامه‌ی دیوان کیفری بین‌المللی آمده است که فرماندهان نظامی و معاونان آنان، در قبال اعمال و دستورهای نظامی خود در مقابل این دادگاه مسئولیت دارند. از این رو، می‌بینیم دیوان کیفری بین‌المللی مسئولیت جدیدی را نیز به آنان تحمیل کرده است. حقوق بشردوستانه‌ی بین‌المللی و عدالت کیفری بین‌المللی برای تضمین جلوگیری از نقض قانون، نسبت به مأموران تحت امر، مسئولیت بیشتری بر عهده‌ی مقامات عالی یا مافوق می‌گذارد. مقامات مافوق، با توجه به داشتن جایگاه عالی در سلسله مراتب، وظیفه‌ی تأییدشده‌ای دارند که تضمین کنند حقوق بشردوستانه‌ی بین‌المللی به‌دقت رعایت و موارد نقض آن به‌طور شایسته و مقتضی مجازات شود. کوتاهی آن‌ها در انجام این وظیفه ممکن است به‌عنوان رضایت ضمنی آنان به اقدامات غیرقانونی زیردستان تعبیر و تفسیر شود که بدان وسیله باعث تشویق آنان به ارتکاب جرائم بیشتر و توسعه‌ی فرهنگ فرار از مجازات گردد. در واقع رویه‌ی قضایی مبین و گویای این معناست که مقام مافوقی که در مجازات مأمور تحت امری که مرتکب قتل شده است، کوتاهی می‌کند، باید با مجازات شدیدتر از قاتل مواجه شود؛ اگرچه این مقام مافوق قصد خاص لازم برای ارتکاب قتل نداشته باشد. به هر حال، رویه‌ی قضایی این واقعیت را بازگو می‌کند که موقعیت و مقام در سلسله مراتب است که مسئولیت و وظیفه‌ی مداخله مشخص می‌شود (Triffterer and Ambos, 2017: 1086).

در نتیجه، می‌توان گفت مواردی که در آن نقض جدی حقوق بشردوستانه‌ی بین‌المللی، جنایات علیه بشریت و نسل‌کشی رخ داده است، در مقایسه با بسیاری از قضایای کیفری داخلی کشورها، برخی واقعیت‌های پیچیده‌ای را نشان می‌دهد که شامل چندین مرتکب و قربانی زیادی می‌باشد. این‌گونه موارد در اوضاعی رخ می‌دهد که بافت

طبیعی جامعه و سلسله مراتب قابل تشخیص فرماندهی از هم گسسته و نظامیان و غیرنظامیان و قربانیان و مجرمان قابل تفکیک نیستند. در این ارتباط، قاضی مورفی، در نظر شخصی و جداگانه‌ی خود در قضیه‌ی ژنرال یاماشیتا این گونه استدلال کرد:

وظایف و قدرت کنترل نیروهای رزمنده، بر حسب نوع و شدت هر جنگی متغیر است. کشف تخلف یا تخطی غیرقانونی از وظیفه در شرایط نبرد، به محاسبات سخت و تعمق بیشتر نیاز دارد. اگر این محاسبات توسط فاتح نسبت به اعمال طرف شکست خورده انجام شود، محاسبات کمتر قابل اعتماد خواهد بود. از این رو، امکان اینکه قواعد واقعی و عینی عمل برای اعمال قضاوت در ارتباط با تخطی از وظیفه مورد استفاده قرار گیرد، کمتر است (Williamson, 2008: 315).

۱۱. سلب مصونیت از فرماندهان و افراد مافوق

محاكمه و مجازات افراد دارای مصونیت [یعنی شناخت مسئولیت کیفری برای افراد دارای مصونیت]، ریشه‌ی معاهداتی دارد؛ اگرچه در حال حاضر با توجه به عملکرد دولت‌ها از ویژگی عرفی برخوردار شده است. مرتکبان جنایات جنگی، نه تنها از مصونیت برخوردار نیستند، بلکه از برخی امتیازهای دیگری که افراد عادی یا مرتکبان جنایات عمومی برخوردار می‌شوند نیز محروم‌اند که از جمله‌ی آن‌ها امکان استفاده از پناهندگی، عفو و مرور زمان می‌باشند. عدم پذیرش پناهندگی برای مظنونان به ارتکاب جنایات جنگی در کنوانسیون مربوط به وضعیت پناهندگی پیش‌بینی شده است. شورای امنیت نیز در رابطه با بحران رواندا اعلام کرده است که پناهندگی شامل این گونه افراد نمی‌شود. این نکته پیش‌تر نیز به وسیله‌ی مجمع عمومی سازمان ملل در اصول همکاری برای تحقیق و دستگیری و مجازات جنایتکاران جنگی مورد تأیید قرار گرفته بود؛ به عنوان مثال، در اساسنامه‌های دادگاه‌های سیرالئون، کامبوج و عراق نیز عفو در مورد جنایات بین‌المللی از جمله جنایات جنگی ممنوع شده است (بیگزاده، ۱۳۹۰: ۲۶۲-۲۶۵).

۱۲. تعقیب برخی فرماندهان ارشد نظامی در دیوان بین‌المللی کیفری

تاکنون در دیوان بین‌المللی کیفری، ده‌ها وضعیت مورد رسیدگی قرار گرفته است و رسیدگی به برخی از این وضعیت‌ها همچنان ادامه دارد. در این موارد نیز مسئولیت کیفری فردی فرماندهان ارشد و رده‌پایین نظامی نیز به چشم می‌خورد که از جمله‌ی آن‌ها مورد «تعقیب علیه ژوزف کونی، ونسانت اوتی، اکوت اوده‌یامبو و دومینیک اونگون» در سال ۲۰۰۵م. و مورد دیگر «تعقیب علیه عبدالرحیم محمد حسین» وزیر دفاع ملی سودان است. دیوان کیفری بین‌المللی لاهه در تاریخ ۶ مه ۲۰۰۵م، حکم بازداشت ژوزف کونی و چهار تن دیگر از فرماندهان ارتش مقاومت لرد (Lord's Resistance Army) را به اتهام ارتکاب جنایات جنگی و جنایت علیه بشریت صادر کرد. به گزارش اتحادیه‌ی آفریقا، گروه شبه‌نظامی متعلق به ژوزف کونی، مسئول مرگ دست‌کم ۲۶۰۰ غیرنظامی بوده‌اند. کونی پس از تحت

تعقیب قرارگرفتن، به ترک اوگاندا مجبور شد. این فرماندهی ارشد براساس اساسنامه‌ی دیوان بین‌المللی کیفری، مرتکب ۳۳ مورد از جرائم بین‌المللی شده است (۱۲ مورد جرائم علیه بشریت و ۲۱ مورد جرائم جنگی). اکثر سربازان کونی را کودکان و سربازان از این دست تشکیل داده‌اند و سازمان ملل تخمین زده است اعضای این گروه، علاوه بر اتهاماتی چون آدم‌ربایی و به‌کارگیری کودکان به‌عنوان سرباز، تاکنون باعث آوارگی بیش از ۴۴۵ هزار نفر شده‌اند. حوزه‌ی فعالیت این گروه، شمال اوگاندا، جنوب سودان، جمهوری دموکراتیک کنگو و جمهوری آفریقای مرکزی بوده است. ونسانت اوتی، نایب‌رئیس و فرماندهی رده‌دوم ارتش مقاومت لرد (LRA) دقیقاً مرتکب جرائم پیش‌گفته شده بود و اکوت اوده‌یامبو، نماینده‌ی فرمانده (LRA) نیز مرتکب ده جرم شده بود.^۱

شعبه‌ی اول دیوان بین‌المللی کیفری درباره‌ی وضعیت سودان نیز به صدور حکم جلب یکی دیگر از مقامات ارشد دولت مزبور دست زد و عبدالرحیم محمد حسین، وزیر دفاع ملی فعلی و وزیر کشور و نماینده‌ی ویژه‌ی سابق دولت سودان در دارفور را براساس اتهامات متعدد (سیزده جرم)، شامل جرائم علیه بشریت و جرائم جنگی در مورد وقایع ارتكابی در دارفور براساس زمینه‌های معقولی که دادستانی ارائه کرده است، مسئول اعمال مربوطه دانست. شعبه‌ی مزبور معتقد است متهم در طرح مشترکی که درباره‌ی حمله‌ای سازمان‌یافته و گسترده و بر مبنای سیاستی سامان‌یافته برای حمله به دسته‌ای غیرنظامی متعلق به گروهی معین دست داشته است و نسبت به این‌گونه اقدامات، دارای علم و آگاهی بوده و قصد انجام چنین اقداماتی را به‌وسیله‌ی نیروها و امکانات تحت فرمان خود داشته است.^۲

۱۳. عوامل دیگر رافع مسئولیت کیفری فردی

ماده‌ی ۳۱ اساسنامه‌ی دیوان کیفری بین‌المللی، به عوامل رافع مسئولیت کیفری پرداخته است؛ عوامل دیگری همچون اتفاقی بودن ارتكاب جرم جنگی، اشتباه، اجبار، جهل به قانون و دستور مقام مافوق گاهی به تشخیص دادگاه و با وجود برخی شرایط فرد مرتکب، جرم جنگی را از مسئولیت مبرا می‌کند؛ به‌عنوان مثال، چنانچه دادگاه متوجه شود که مرگ، خسارت یا جراحت وارده به یک فرد غیرنظامی ممکن است در اثر اشتباه حادث شده باشد، در آن صورت متهم مشمول تبرئه نسبت به آن اتهام خواهد بود. البته عذر اشتباه در صورتی که در موارد متعدد مورد استفاده قرار گیرد، مورد قبول واقع نمی‌شود؛ به‌ویژه اگر در روند رسیدگی بتوان اثبات کرد این امر از سوی نیرویی آموزش‌دیده و مجهز و دارای اطلاعات دقیق درباره‌ی هدف و دارای فرصت و تمرین فراوان در تیراندازی مستقیم و دقیق انجام شده است. درباره‌ی مسئله‌ی اجبار، این مسئله که شخص تحت اجبار و فشار عمل کرده است، مشروط بر اینکه به

۱. Case the Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo and Dominic Ongwen, International Criminal Court, case number 02/04-01/05. available at: www.icc-cpi.int.

۲. Case the Prosecutor v. Abdul Raheem Muhammad Hussein, case number ICC- 02/-05-01-12. available at: www.icc-cpi.int.

دلیل ضرورت و به شکل معقول برای اجتناب از تهدیدی که علیه او صورت گرفته، عمل کرده است و قصد نداشته خسارتی بیش از آنچه او می‌خواسته است از آن اجتناب کند، وارد نماید، قابل استماع بوده و رافع مسئولیت وی است (قسمت چهارم از بند اول ماده‌ی ۳۱ اساسنامه‌ی دیوان بین‌المللی کیفری)؛ هرچند رأی مورخ ۷ اکتبر ۱۹۹۷م. شعبه‌ی استیناف دیوان بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق در قضیه‌ی اردموویچ (Erdemović Case) مقرر داشت که اجبار نمی‌تواند دفاع کاملی در برابر اتهام جرائم جنگی محسوب شود (The Prosecutor v. Erdemovic, 1996: para. 19). علاوه بر موارد پیشین، ماده‌ی ۳۲ اساسنامه‌ی دیوان کیفری بین‌المللی اعلام داشته است که جهل به قانون، رافع مسئولیت نیست؛ ولی این امکان را در نظر می‌گیرد که اشتباه در حکم، ممکن است باعث از میان رفتن عنصر معنوی در مورد برخی جرائم جنگی شود؛ اما اگر قانون نامشخص باشد، باید فرض بر بی‌گناهی متهم قرار گیرد و یا به حداقل مجازات محکوم شود. به نظر می‌رسد توصیف‌های مربوطه، ذیل سه گروه اصلی قرار می‌گیرد که در قالب آن یک فرد می‌تواند مرتکب یکی از جرائم توصیف‌شده در اساسنامه باشد: ۱. به‌عنوان مباشر، مسبب یا مجرم اصلی؛ ۲. به‌عنوان همدست (مساعدت‌کننده) در کنار یک یا چند مباشر؛ ۳. به‌عنوان شریک، حداقل تلاش به ارتکاب یک جرم به‌وسیله‌ی یک گروه که دارای طرحی برای اقدام می‌باشند (راجرز و مالرب، ۱۳۸۷: ۳۲۵-۳۳۰).

نتیجه‌گیری

براساس حقوق بین‌الملل بشردوستانه، فرماندهان وظیفه دارند رعایت قواعد حقوق بشردوستانه را به‌وسیله‌ی مأموران تحت امر خود تضمین کنند. با اینکه مأموران تحت امر، به اجرای فرامین مافوق مکلف‌اند، طبق قواعد عرفی، هر رزمنده ملزم است از فرامینی که به‌طور آشکار غیرقانونی است، نافرمانی کند. البته این واقعیت که جرائم به‌وسیله‌ی نیروهای تحت فرماندهی ارتکاب یافته باشد، فرماندهان مافوق را از مسئولیت کیفری معاف نمی‌کند؛ به این شرط که فرمانده «می‌دانسته» یا «منطقاً [دلیلی وجود داشته که] باید می‌دانست» مأمور تحت فرماندهی او در شرف یا در حال ارتکاب چنین جرمی می‌باشد و مافوق در به‌کارگیری اقدامات لازم و معقول برای جلوگیری از چنین اعمالی یا مجازات مرتکبان آن کوتاهی کرده باشد. از سوی دیگر، لازم است همه‌ی اوضاع و احوال مسئله (تشویق، چشم‌پوشی، تحمل و انکار فرمانده) در نقض قوانین، مورد توجه قرار گیرد. همچنین، مرتکبان جنایات جنگی نه‌تنها از مصونیت برخوردار نیستند، بلکه از برخی امتیازات دیگری که افراد عادی یا مرتکبان جنایات عمومی برخوردارند، محروم‌اند و این امر ریشه‌ی معاهداتی دارد. در نهایت، با تکیه بر یافته‌های پژوهش و مروری بر احکام صادره از دادگاه‌های کیفری بین‌المللی می‌توان گفت به‌خاطر پیچیده‌بودن رویدادهای جبهه‌های جنگ و تعیین اینکه در شرایط زمانی مفروض، چه تدابیری لازم و معقول بوده‌اند، انتقال برخی واقعیت‌ها به محیط دادگاه دشوار است و چه‌بسا نیازمند تمرین و ممارست می‌باشد.

منابع

۱. اکیف، راجر (۱۳۹۵). *حمایت از میراث فرهنگی در زمان مخاصمات مسلحانه*. ترجمه‌ی سید حسام‌الدین لسانی. قم: انتشارات دانشگاه حضرت معصومه (س).
۲. بیگزاده، ابراهیم (۱۳۹۰). سهم عرف در حقوق بین‌الملل کیفری. در *مجموعه مقالات همایش حقوق بین‌المللی بشردوستانه عرفی* (ج ۱، صص ۲۶۲-۲۶۵). تهران: انتشارات مجد.
۳. راجرز، آنتونی پی. و. و مالرب، پل (۱۳۸۷). *قواعد کاربردی حقوق مخاصمات مسلحانه*. (ج ۱). ترجمه‌ی کمیته ملی حقوق بشردوستانه. تهران: امیرکبیر.
۴. شمسایی، محمد و سلیمی ترکمانی، حجت (۱۳۸۷). تأملی بر مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها ناشی از نقض حقوق بشردوستانه بین‌المللی. *مجله فقه و حقوق*، ۱۷، ۱۷۹-۲۰۵.
۵. کسسه، آنتونیو و دیگران (۱۴۰۱). *حقوق بین‌الملل کیفری*. ترجمه‌ی حسین پیران. تهران: فرهنگ نشر نو.
۶. کیتی شیایزری، کریانگ ساک (۱۳۸۳). *حقوق بین‌المللی کیفری*. ترجمه‌ی بهنام یوسفیان و محمد اسماعیلی. تهران: سمت.
۷. کولب، رابرت و هاید، ریچارد (۱۳۹۴). *درآمدی بر حقوق مخاصمات مسلحانه*. ترجمه‌ی سید حسام‌الدین لسانی. تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
۸. میرزاجانی، مرضیه (۱۳۹۲). *نقش قدرت حامی در تضمین اجرای حقوق بین‌الملل بشردوستانه*. پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه قم.
۹. هنکرتز، ژان ماری و دوسوالدبک، لوئیس (۱۳۸۷). *حقوق بین‌الملل بشردوستانه عرفی*. (ج ۱). ترجمه‌ی دفتر امور بین‌الملل قوه قضائیه و کمیته بین‌المللی صلیب سرخ. تهران: انتشارات مجد.

References

1. Bourgon, S. (2007). La doctrine de la responsabilité du commandement et la notion de lien de subordination devant le tribunal pénal international pour L'Ex-Yougoslavie. *La Revue Québécoise de droit international (Hors-Série)*, ۱۲۳-۹۷.
2. Cérone, J & ,SáCouto, S. (۲۰۰۴). *International criminal law: A discussion guide*. American University's Washington College of Law, War Crimes Research Office.
3. Henckaerts, J. M & ,Doswald-Beck, L. (۲۰۰۵). *Customary international humanitarian law: Vol. II, Practice-Part 1*. ۲. ICRC, Cambridge University Press.
4. Lenhardt, C. (2008). Individual liability of private military personnel under international criminal law. *The European Journal of International Law*, ۱۹ (۵), ۱۰۱۵-۱۰۳۳.
5. Pilloud, C., et al. (۱۹۸۶). *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*. Martinus Nijhoff Publishers.
6. Rondeau, S. (۲۰۰۸). *Violation du droit international humanitaire et réparation: la place de la victime individuelle*. Université du Québec à Montréal.
7. Triffterer, O & ,Ambos, K. (Eds.). (۲۰۱۷). *The Rome Statute of the International Criminal*

- Court: A commentary*. (3rd ed.). C.H.Beck, Hart, Nomos.
8. Williamson, J. A. (2008). Some considerations on command responsibility and criminal liability. *International Review of the Red Cross*, ۹۰ (۷۷۰), ۳۰۳-۳۱۷.
 9. Zakr, N. (2001). L'imputabilité des faits et actes criminels des subalternes au supérieur hiérarchique devant le TPIR. *Revue de Droit International*, ۸۸ (۱),
 10. Zakr, N. (2002). La responsabilité du supérieur hiérarchique devant les tribunaux pénaux internationaux. *Revue internationale de droit pénal*, ۷۳ (۲-۱), ۴۹-۶۲.
 11. Zimmermann, B. (۱۹۷۷). *Commentary on the Additional Protocols to the Geneva Conventions*. ICRC, Martinus Nijhoff Publishers.

آرای قضایی

1. *The Prosecutor v. Abdul Raheem Muhammad Hussein*, ICC, 2012, Case No. 02/05-01-12
2. *The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana*, ICTR, 1999, Case No. ICTR-95-1-A
3. *The Prosecutor v. Erdemovic*, ICTY, 1996, Case No. IT-96-22-A
4. *The Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo and Dominic Ongwen*, ICC, 2005, Case No. 02/04-01/05
5. *The Prosecutor v. Tadic*, ICTY, 1999, Case No. IT-94-1-A
6. *The Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, ICTY, 1999, Case No. IT-95-14
7. *The Prosecutor v. Zejnir Delalic*, ICTY, 1998, Case No. IT-96-21-T