

تأملی بر مسئولیت کیفری فرماندهان نظامی در حقوق بین‌الملل بشردوستانه

سیدحسام‌الدین لسانی * مرضیه میرزاجانی **

چکیده

تمامی اعضای نیروهای مسلح موظف‌اند قواعد حقوق بین‌الملل بشردوستانه را در طول درگیری‌های مسلحانه، رعایت کنند. فرماندهان وظیفه دارند اجرای این قواعد را به وسیله نیروهای تحت امر خود تضمین نمایند. کوتاهی در انجام این وظیفه، فلسفه 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 عهده 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 مطالعه اسناد - با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و اینترنتی روز - است. هدف از تحقیق، تحلیل و بررسی علل و عوامل ایجادکننده مسئولیت کیفری فرماندهان نظامی و تأکید بر لزوم رعایت حقوق بین‌الملل بشردوستانه است.

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

تاریخ دریافت: ۲۸ آذر ۱۳۹۷ تاریخ پذیرش: ۴ اسفند ۱۳۹۷

* استادیار گروه حقوق دانشگاه حضرت معصومه (س) / نویسنده مسئول (lesani77@yahoo.com)

** دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل دانشگاه قم

مقدمه

اهمیت فجایع و وقایع جنگ جهانی اول و دوم، به خصوص خسارت و تلفات هولناک جانی و مالی جنگ جهانی دوم، باعث طرح بحث مسئولیت کیفری فردی در ذهن اندیشمندان و خسارت دیدگان جنگ شد، تا در سایه آن بتوانند بانیان 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. براساس حقوق بشردوستانه بین‌المللی، فرماندهان موظف‌اند تضمین کنند که نیروهای تحت امر آنان، قواعد حقوق بشردوستانه بین‌المللی را در طول مداخلات 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 متحده آمریکا توسعه یافت. ماده ۷۱ قانون موسوم به «کد لیر» (Le Lieber Code) مربوط به ارتش ایالات متحده، پیش‌بینی کرده بود که چنانچه فرماندهان نظامی به سربازان دستور دهند نیروهای از کارافتاده 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. ماده ۱ این کنوانسیون تصریح کرده است که نیروهای مسلح باید به وسیله فردی فرماندهی شوند و آن فرمانده، مسئول نیروهای تحت فرماندهی خود است.^۳ در نوشتار حاضر، نخست به تعریف مسئولیت کیفری فردی و مفهوم آن و سپس به پیشینه مسئولیت کیفری فرماندهان و شرایط احراز این گونه مسئولیت پرداخته شده است. پس

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.

از اشاره به مبانی عرفی و قراردادی، برای روشن‌تر شدن بحث، نگاهی به حقوق داخلی کشورها درباره شناسایی مسئولیت کیفری فردی برای فرماندهان نظامی (از جمله قانون ج.ا.ا.) و سپس آرای دادگاه‌های کیفری بین‌المللی و قضایای مربوطه می‌اندازیم. همچنین، به سلب مصونیت و در نهایت، به عوامل رافع مسئولیت فرماندهان پرداخته خواهد شد.

۱. تعریف مسئولیت کیفری فردی

به طور کلی باید گفت الزام شخص به پاسخ‌گویی در برابر تعرض به دیگران، خواه به جهت حمایت از حقوق فردی صورت گیرد و خواه به منظور 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 به طور مشخص بیان نشده است. به هر حال، مسئولیت کیفری نوعی الزام شخصی به پاسخ‌گویی آثار و نتایج نامطلوب پدیده جزایی یا جرم بوده و در واقع پلی میان جرم و مجرم است؛ یعنی عملی که جرم تلقی می‌شود، باید به گونه‌ای به یک شخص منتسب شود که این شخص، همان مجرم است.^۱ از دیدگاه حقوق کیفری، ارتکاب جرم یا هرگونه تخطی از قوانین و مقررات جزایی، به تنهایی و به خودی خود 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 اراده آگاهانه مرتکب آن سرچشمه گرفته باشد و نحوه پندار، کردار و جریان تصمیم‌گیری او را مشخص کند؛ دوم، عمل مجرمانه‌ای که با اندیشه، قصد و میل مرتکب، به صورت عینی تحقق یافته است، باید حاکی از قصد مجرمانه مرتکب یا ناشی از خبط و خطای او باشد؛ سوم، برای اینکه مرتکب جرم را مسئول

1. Céronne (J.) and SáCouto (S.), "International Criminal Law: a Discussion Guide", War Crimes Research Office at American University's Washington College of Law. Available at: www.wcl.american.edu/warcrimes/.../2004-10/ICL.pdf

بشناسیم، علاوه بر اراده ارتکاب جرم و قصد مجرمانه، باید میان جرم انجام یافته و فاعل آن، قابلیت انتساب (Le lien de causalité) وجود داشته باشد. در واقع مسئولیت کیفری از نتایج مستقیم انتساب جرم به مجرم احراز می شود و از این جهت، به طور مختصر می توان گفت مسئولیت کیفری قابلیت انتساب عمل مجرمانه است.^۱

۲. مفهوم مسئولیت کیفری فردی

اصل مسئولیت کیفری فردی در واقع دو مفهوم جداگانه را بیان می کند؛ اول، هیچ کس 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 می باشد، در حقوق کیفری نوین و حقوق کیفری بین المللی، جایگاه مهمی دارد. نتیجه منطقی مفهوم اول این است که هیچ کس را نمی توان بابت افعال یا ترک افعال سازمان هایی 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 به گونه ای بابت نقض قواعد کیفری، قابل مؤاخذه باشد. به عبارت دیگر، وی فقط زمانی پاسخ گو خواهد بود که صراحتاً یا تلویحاً ذهنیتی از خود بروز دهد که متضمن شرکت آگاهانه وی در عمل خلاف باشد؛ با اینکه متضمن ترک فعل مسامحه آمیز (یا عمدی) و قابل مؤاخذه او در ممانعت یا مجازات ارتکاب جرایم به وسیله زیردستان اوست. در نتیجه، مسئولیت کیفری عینی، محلی از اعراب ندارد (هنکرتز و دیگران، ۱۳۸۷، چ ۱، ص ۷۱۸-۷۲۰). شعبه پژوهشی دیوان کیفری بین المللی برای یوگسلاوی سابق، در قضیه تادیچ به روشنی بیان کرد:

شعبه پس از کسب اطمینان از اینکه آیا می توان پژوهش خواه را در

1. Robert (Marie-Pierre), "L'évolution de la responsabilité du supérieur hiérarchique en droit pénal international", La Revue du Barreau, Tome 67, 2007-2008.

چهارچوب مفهوم شرکت در یک هدف مشترک کیفری گناهکار دانست یا خیر، هیچ‌کس را نمی‌توان از بابت 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).^۱

فرض اساسی باید این باشد که در حقوق بین‌الملل و نظام‌های حقوق داخلی، بنیان مسئولیت کیفری بر اصل تکلیف شخصی استوار است.^۲

۳. پیشینه مسئولیت کیفری فرماندهان

بحث مسئولیت کیفری فرمانده، ریشه در سده‌های گذشته دارد. اصل مسئولیت فرماندهی بیشتر در جریان جنگ داخلی ایالات متحده آمریکا توسعه یافت. ماده ۷۱ قانون موسوم به «کد لیر» در مورد ارتش ایالات متحده پیش‌بینی کرده بود که چنان‌چه فرماندهان نظامی به سربازان دستور دهند نیروهای از کارافتاده دشمن را بکشند یا زخمی کنند و یا آنان را به ارتکاب این جنایات تشویق کنند، مسئولیت کیفری خواهند داشت. در سطح بین‌المللی، اصل مسئولیت کیفری فرماندهان نظامی به خاطر دستورات نظامی، برای نخستین بار در کنوانسیون چهارم لاهه سال ۱۹۰۷م در مورد قوانین و عرف جنگ زمینی تدوین شد. ماده ۱ این کنوانسیون تصریح کرده است نیروهای مسلح باید به وسیله 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 ریشه اصلی دکتترین مسئولیت را تشکیل می‌دهد؛ ولی دکتترین مسئولیت فرماندهی مبتنی بر کوتاهی در جلوگیری از جرایم نیروهای تحت فرماندهی، فقط پس از جنگ جهانی اول پذیرفته شد. در سال ۱۹۴۱م

1. The Principle of Legality (Nullum Crimen Sine Lege).

2. Lenhardt Chia, "Individual Liability of Private Military Personnel under International Criminal Law", the European Journal of International Law, vol.19, No.5, EJIL 2008. Available at: www.ejil.oxfordjournals.org.

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 به رغم 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 (جاویدزاده، ۱۳۸۶، ص ۲۱-۲۷).

تا زمان تشکیل این کمیسیون، مسئولیت فرماندهان بر مباشرت یا صدور دستور مستقیم نظامی برای ارتکاب جرم مبتنی بود؛ ولی توصیه این کمیسیون مبنی بر تأسیس دادگاه و محاکمه متهمان ذیل عناوین یادشده، در رویه قضایی بین‌المللی، پیشرفتی انقلابی تلقی گردید؛ زیرا از نظریه مسئولیت فرماندهی ناشی از ترک فعل حمایت کرد و از این زمان به بعد، آشکارا پذیرفته شد که اگر یک فرمانده تا اندازه معینی از اقدامات غیرقانونی نیروهای ذیل فرماندهی خود آگاهی داشته باشد، می‌توان او را به خاطر چنین ترک فعلی از نظر کیفری مسئول شناخت؛ ولی چون دادگاه هیچ موردی را براساس مسئولیت ناشی از کوتاهی در جلوگیری از جرایم 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 محاکمه ترمویوکی یا ماشیتا - فرمانده ارتش منطقه چهاردهم ژاپن در فیلیپین - نخستین محاکمه بین‌المللی است که در آن یک فرمانده نظامی براساس مسئولیت ناشی از ترک فعل، در کمیسیون نظامی ایالات متحده آمریکا به عنوان متهم مورد تعقیب قرار گرفت. نیروهای تحت فرماندهی ژنرال یا ماشیتا، علیه صدها نفر از غیرنظامیان مرتکب جنایاتی شدند. اتهام یا ماشیتا این بود که به عنوان فرمانده، در انجام وظیفه نظارت بر نیروهای تحت فرماندهی خود کوتاهی و سهل‌انگاری کرده بود و به واسطه این کوتاهی، به نیروهای تحت فرماندهی خود فرصت و اجازه داد مرتکب جنایات جنگی شوند. کمیسیون، یا ماشیتا را محاکمه کرد و مجرم تشخیص داد و اعلام

کرد فرمانده‌ای که در برابر اقدامات کینه‌جویانه و جرایم گسترده هیچ اقدام مؤثری برای کشف و کنترل اقدامات مجرمانه انجام نمی‌دهد، مسئولیت کیفری دارد. پس از قضیه یاماشیتا، به ویژه در محاکمات پس از جنگ جهانی دوم، به روشنی پذیرفته شد که «آگاهی واقعی» (Actual knowledge) فرمانده از اقدامات غیرقانونی نیروهای ذیل فرماندهی خود، برای مسئولیت کیفری وی کفایت می‌کند.^۱

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

اعضای نیروهای مسلح که قدرت فرماندهی دارند، مکلف‌اند: مقررات حقوق مشخصات مسلحانه را به افراد ذیل فرماندهی خود - متناسب با رتبه و مأموریتی که بر عهده دارند - آموزش دهند، دستورهای قانونی و روشن (غیرمبهم) 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. هر عضو نیروهای مسلح، در هر درجه‌ای که باشد، مشخصاً مسئولیت دارد از حقوق مشخصات 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 مشخصات مسلحانه انجام می‌گردد. در جریان این امر، باید از کمک حقوقدانان نظامی (مشاوران حقوقی) - چنان‌چه در دسترس باشند - استفاده شود

1. Stéphane Bourgon, "La doctrine de la responsabilité du commandement et la notion de lien de subordination devant le tribunal pénal international pour L'Ex- Yougoslavie", 2007, la Revue Québécoise de droit international (Hors-Série).

(راجرز و مالرب، ۱۳۸۷، ص ۱۳۱-۱۵۰). با توجه به رویه قضایی دادگاه‌های کیفری بین‌المللی، به طور 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 زنجیره فرماندهی

شرط اول اینکه رابطه «مافوق - زیردست» (L'existence d'une relation de subordination) در «سلسله مراتب» (La hiérarchie) و زنجیره فرماندهی، وجود داشته باشد.^۱ دیوان عالی امریکا با تأیید حکم اعدام یاماشیتا، به علت ارتکاب جرایم 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].^۲ همچنین، دادگاه بیروت در سال ۲۰۰۱م در قضیه 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 به طور رسمی و قانونی چنین اقتداری نداشته، بلکه به طور عملی و دو فاکتو (De Facto) اعمال اقتدار کرده است. این دکترین، در انتساب مسئولیت به فرماندهان غیرنظامی نیز تعیین‌کننده است.^۳ گاهی اوقات یک فرمانده رده متوسط فقط یک واسطه است و دستورها به طور مستقیم از سوی یک فرمانده ارشد، به واحد زیردست داده می‌شود. در این صورت، فرمانده واسطه در صورتی که دستورها را منتقل نماید یا به گونه دیگری اجرا کند - که به وقوع جرم منجر گردد - مسئولیت خواهد داشت. دلایل اثبات‌کننده اتهام‌ها علیه فرماندهان،

1. J. A. Williamson, "Some considerations on command responsibility and criminal liability", vol.90, No.870, June 2008, I.R.R.C.
2. Nasser Zakr, "La responsabilité du supérieur hiérarchique devant les tribunaux pénaux internationaux", Revue internationale de droit pénal, 2002 / 1-2 (vol.73).
Disponibile sur: www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2002-1-page-59.htm.
3. Pierre Péan, "Sabra et Chatila, retour sur un massacre", Septembre 2002.
Disponibile sur: <http://www.monde-diplomatique.fr/2002/09/PEAN/9409>.

نه تنها شامل دلایل مربوط به ساختار فرماندهی، امکان تصمیم‌گیری فرماندهان رده پایین، 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 جرایم ارتكابی و تأثیر اعتراضات را نیز دربرمی‌گیرد. همچنین، اگر فرد در صدر هرم سلسله مراتب سیاسی یا نظامی باشد و از این موقعیت برای ارتكاب 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 به عنوان افسر ارشد، موقعیت مقام صلاحیت‌دار را داشته است، به عنوان شرایط تشدیدکننده مسئولیت تلقی کرد و به این نتیجه رسید که کایشما در نسل‌کشی منطقه «کیکویو» (Kikuyu) فرمانده بوده، سوء استفاده از قدرت و اختیار و خیانت به اداره خود، بارزترین شرایط تشدیدکننده علیه وی می‌باشد.^۱

کمیته بین‌المللی صلیب سرخ در تفسیر ماده ۸۶ پروتکل الحاقی اول ۱۹۷۷م، به کنوانسیون‌های ژنو اعلام کرده است:

سخن از آن مافوقی است که نسبت به مرتکب جرایم، مسئولیت عینی دارد؛ چون مرتکب، تحت امر و کنترل فرمانده است ... مفهوم مافوق را باید در یک ارتباط سلسله‌مراتبی 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.^۲

بند ۱ ماده ۲۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، به مسئولیت فرماندهان نظامی و

1. N. Zakr, "L'imputabilité des faits et actes Criminels des subalternes au supérieur hiérarchique devant le TPIR", in R.D.I., vol.78, No.1, p.51.
2. Claude PILLOUD et Alii, "Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949", publié sous la direction de Jean PICTET, Comité International de la Croix-Rouge, Martinus Nijhoff Publishers, Genève 1986, p.1029.

غیرنظامی که به طور مؤثر و نظامی عمل می‌کنند، اشاره دارد؛ مانند پلیس و مقامات اجرایی و بند ۲ همین ماده، به فرماندهان غیرنظامی که به طور مؤثر و غیرنظامی عمل می‌کنند، اشاره دارد؛ مانند رهبران سیاسی. شعبه تجدیدنظر دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق در بند ۱۹۵ حکم مورخ ۲۰ فوریه ۲۰۰۱م معروف به قضیه «دلایچ و همکاران وی»^۱ 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 شبه نظامی وابسته به نیروهای مسلح وجود دارد. ساختار فرماندهی و سازماندهی سریع ممکن است بی‌نظم و ابتدایی باشد. برای اجرای قانون در این گونه 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 مؤاخذة آنها وجود داشته باشد. اگر دادگاه فقط نامه رسمی دال بر اختیار فرماندهی را به عنوان دلیل بپذیرد، ممکن است خود را برای اجرای حقوق بشردوستانه علیه مقامات مافوق غیررسمی، فاقد اختیار و صلاحیت بداند؛ به رغم این واقعیت که مقامات عالی حسب مورد، با همان «اختیاراتی که به طور رسمی» به فرماندهان یا مقامات منصوب اعطا می‌شود، اقدام کرده، این دو مقرره ارتکاب جرایم جنگی توسط زیردستان را مانع از طرح مسئولیت فرماندهان نمی‌داند؛ با این تفاوت که بند اول عنصر مادی^۲ را کافی می‌داند و بند دوم، عنصر معنوی^۳ (آگاهی از ارتکاب جرم) را نیز برای فرمانده لازم می‌داند. غیرنظامیان مذکور در بند اول این ماده آنهایی‌اند که عملاً دستورهای نظامی می‌دهند؛ مانند رئیس‌جمهور؛ ولی غیرنظامیان مذکور در بند دوم این

1. "Superior or command responsibility", Available at:

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

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

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

ماده‌آنهايي‌اند که رابطه نظامی میان آنها وجود ندارد؛ مانند رابطه وزیر کشور با پلیس یا رابطه کارفرما و کارگران. دادگاه‌های توکیو، نورنبرگ و امریکا نیز فرماندهان غیرنظامی را محکوم کرده‌اند؛ به طور مثال، دادگاه امریکا در سال ۱۹۹۶م، رئیس‌جمهور پیشین فیلیپین را به علت جنایات جنگی به وسیله 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.^۲ یکی از جنبه‌های قابل بحث در پیشرفت‌های اخیر نظریه مسئولیت کیفری فرماندهان نظامی، این است که برای احراز قصد مجرمانه و انتساب مسئولیت کیفری به فرماندهان 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. درباره میزان آگاهی، دو حالت متصور است؛ حالت اول، زمانی که فرماندهان نظامی درباره جرایم 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 به واسطه آن بتوان فرماندهان نظامی را از نظر کیفری مسئول شناخت، اختلاف نظر وجود دارد. درباره «آگاهی فرضی»، دو معیار متفاوت ارائه شده است؛ یکی معیار موسع یا اعم و دیگری معیار مضیق یا اخص. در

1. "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
2. J.A. Williamson, "Some considerations on command responsibility and criminal liability", Vol.90, No.870 June 2008, I.R.R.C.
See: "La responsabilité pénale individuelle des commandants".
Disponible sur: www.dacodoc.fr/responsabilite-penale-individuelle-...-75304.html

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؛ به عنوان نمونه، این دادگاه در محاکمه آدمیرال تویودا (Admiral Soemu Toyoda) اعلام کرد که اصل مسئولیت فرماندهی، برای 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

ماده ۲۸ اساسنامه 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 بدانند»، همسان و هم‌معناست. برعکس، برای انتساب و اعمال مسئولیت در مورد مقامات عالی

1. 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 aux dites 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.

کشوری، باید اثبات شود که این مقام عالی می‌دانسته یا اطلاعاتی را که به روشنی نشان می‌داده 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 ماده ۲۸ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی درباره مسئولیت فرماندهی مقامات عالی کشوری اعلام کرد:

نظر به هدف بند ۳ ماده ۶، برای احراز مسئولیت کیفری فردی در مورد جرایم مهم نسل‌کشی، جنایات علیه بشریت و نقض ماده 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 به صراحت نشان می‌داده و یا توجه وی را به این جلب کرده که مأمورین تحت امر وی مرتکب جرایم موضوع مواد ۲ تا ۴ اساسنامه دادگاه شده‌اند و یا در شرف ارتکاب آن جرایم هستند، نادیده گرفته است.

در برخی شرایط، یک فرمانده ممکن است با جلوگیری یا مجازات نقض‌ها به واسطه استفاده از اختیارات خود، از مسئولیت مبرا شود.

نظریه مسئولیت فرماندهی و دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق، در بند ۳ ماده ۷ اساسنامه این دادگاه تصریح دارد:

این واقعیت که جرایم 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»^۱ 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.

1. Aurait dû savoir/ «avoir su» ou «avoir des raisons de savoir» (had reason to know).

در بند ۳ ماده ۷، دو معیار برای آگاهی وجود دارد: «می دانسته» و «دلیلی داشته که بداند».^۱

عبارت «می دانسته»، به آگاهی یا علم واقعی فرمانده اشاره دارد که ممکن است به طور مستقیم یا از راه قراین و امارات حاصل شود. مفهوم «دلیلی داشته که بداند» بحث برانگیزترین جنبه مسئولیت فرماندهی در دیوان بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق بود که در دو پرونده 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.^۲ البته در پروتکل الحاقی ۱۹۷۷ ژنو، به دلیل اختلاف جزئی میان متن انگلیسی و فرانسوی پروتکل، کمیته بین‌المللی صلیب سرخ در تفسیر بند ۲ ماده ۸۶ پروتکل الحاقی اول مقرر کرده است که اطلاعات در دسترس مقامات مافوق، ترجیحاً باید به گونه‌ای 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 بشردوستانه بین‌المللی به وسیله زیردستان قرار دهد. شعب تجدیدنظر دادگاه‌های کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و رواندا این معیار را تأیید نموده‌اند:

معیار آگاهی، احراز آگاهی واقعی، خواه صریح خواه ضمنی، نیست. همچنین، مستلزم آن نیست که دادگاه قانع شده باشد که

1. "Jugement, TPIR, Clément Kayishema et Obed Ruzindana", supra note 36, p.62, par.223.
- "Jugement du Tribunal pénal international pour le Rwanda, Le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana", affaire ICTR-95-1-T, 21 mai 1999, par.231.
See:
-Virginia MORRIS and Michael P. SCHARF,"An Insider's Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", vol. 1, Irvington-on-Hudson/New York, 1995, p.93.
2. "Jugement, TPIY, Tihomir Blaskic", supra note 25, p.112, par.335.

متهم در واقع امر می‌دانسته که جرایم 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.^۱

۳-۴. شرط سوم، کوتاهی فرمانده در به‌کارگیری تدابیر لازم برای پیشگیری از جرایم و مجازات مرتکبان

شرط سوم اینکه مقام عالی در به‌کارگیری تدابیر معقول (Necessary and Reasonable Measures) و لازم برای پیشگیری از جرایم و در صورت ارتکاب، مجازات مرتکبان جرایم، کوتاهی کرده باشد. در بررسی مسئولیت فرماندهان نیروهای منظم بابت اقدامات گروه‌های مسلح نامنظمی که در منطقه آنها فعالیت می‌کنند، اینکه به چه میزانی انجام این‌گونه فعالیت‌ها به وسیله فرمانده مورد نظر تشویق، چشم‌پوشی، تحمل، انکار یا جلوگیری شده است، باید مورد توجه قرار گیرد (تعداد، نوع و دامنه اعمال غیرقانونی، تعداد و نوع نیروها و تجهیزات مورد استفاده، محل جغرافیایی و گسترده وقوع اعمال مورد نظر، سرعت تاکتیکی عملیات، شیوه انجام اقدامات غیرقانونی مشابه، افسران و پرسنل مشارکت‌کننده و محل استقرار فرمانده در محل مورد نظر).^۲ کوتاهی در مجازات افراد تحت امر وی که مرتکب جرایم جنگی شده‌اند، چنانچه «عمدی و از روی رضایت و در یک دوره زمانی باشد، به گونه‌ای که جوئی از بی‌اعتنایی نسبت به حقوق مناصمات به وجود آورد»، می‌تواند به این امر منجر شود که خود فرمانده شریک جرایم ارتکابی به حساب آید.^۳ حتی در حالتی که کوتاهی در

1. "La responsabilité du supérieur et La responsabilité par omission", SERVICES CONSULTATIFS EN DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE, CICR, 2014. Available at: www.icrc.org/fre/assets/files/2014/command-responsibility-icrc-fre.pdf
2. Marie-Pierre Robert, "La responsabilité du supérieur hiérarchique basée sur la négligence en droit pénal international", p.48.
3. Marie-Pierre Robert, "La responsabilité du supérieur hiérarchique basée sur la négligence en droit pénal international", p.33.

برخورد به جرایم جنگی در یک دوره زمانی، باعث نشود خود فرمانده شریک جرایم ارتكابی به شمار آید، اگر قضیه مورد نظر به اندازه‌ای جدی بوده که مؤید این امر باشد، خود عمل «کوتاهی» ممکن است جرمی جنگی محسوب شود.^۱ ماده ۳۰ اساسنامه 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 ارتكاب آن را داشته باشد» و نسبت به نتیجه 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.^۲ کمیته 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 به طور 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.

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

1. Marie-Pierre Robert, "La responsabilité du supérieur hiérarchique basée sur la négligence en droit pénal international", p.51.
2. "Statut de la Cour pénale internationale, adopté par la Conférence Diplomatique de Plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une Cour Pénale Internationale", le 17 juillet 1998 à Rome, Italie, art. 28 alinéa (1) lettre (a).
Voir aussi: Documents Officiels du Conseil de sécurité des Nations Unies, (document S/1994/674), 27 mai 1994, par.58.

ممانعت از آن اعمال انجام ندهد نیز مسئولیت متوجه او خواهد بود. مسئله مذکور شامل کوتاهی در محاکمه و مجازات مجرمان و گزارش دادن وقوع جرم به مقامات صلاحیت‌دار می‌باشد.^۱

۵. منابع قراردادی مسئولیت کیفری فرماندهان و دیگر افراد مافوق

شکل‌گیری اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی در سال ۱۹۹۸م و درج جرایم ارتكابی مخاصمات مسلحانه در گستره جرایم 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 تهیه طرح «پیش‌نویس مسئولیت دولت‌ها برای اقدامات متخلفانه بین‌المللی» شد؛ ولی طرح نهایی تهیه‌شده در سال ۲۰۰۱م که نتیجه تلاش پنجاه ساله کمیسیون حقوق بین‌الملل بود، از این شانس برخوردار نشد که به یک کنوانسیون بین‌المللی تبدیل شود و مسئولیت (کیفری) دولت، به رغم تلاش‌های کمیسیون در تهیه ماده ۱۹ طرح پیش‌نویس سابق در سال ۱۹۶۷م جنبه غیرکیفری یافت (شمسایی و ترکمانی، ۱۳۸۷، ص ۱۷۹-۲۰۵). در یک دید کلی، کنوانسیون‌ها، پروتکل‌های الحاقی و اساسنامه دادگاه‌ها و دیوان‌های کیفری بین‌المللی در این باره عبارت‌اند از:

۱. بند ۲ ماده ۴۹ کنوانسیون اول، ماده ۵۰ کنوانسیون دوم، ماده ۱۲۹ کنوانسیون سوم و ماده ۱۴۶ کنوانسیون چهارم ژنو؛
۲. ماده ۲۶ کنوانسیون لاهه ۱۹۵۴م؛
۳. بند ۱ ماده ۹ پیش‌نویس کنوانسیون ۱۹۹۸م در مورد ناپدیدشدگی اجباری؛
۴. بند ۳ ماده ۲۵ و ماده ۲۸ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی؛
۵. ماده ۱۵ و بند ۱ ماده ۲۲ پروتکل دوم ۱۹۹۹م الحاقی به کنوانسیون لاهه ۱۹۵۴م؛
۶. بند ۳ ماده ۶ اساسنامه ۲۰۰۲م دادگاه ویژه سیرالئون؛

1. <https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?viewComments=LookUpCOMART&articleUNID=043A5B6666FA92E6C12563CD0051E1E7>.

۷. بند ۲ ماده ۸۶ و ماده ۸۷ پروتکل الحاقی اول ۱۹۷۷م به کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹م؛

۸. بند ۳ ماده ۷ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق TPIY؛^۱

۹. بند ۳ ماده ۶ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی برای رواندا TPIR؛^۲

۱۰. ماده ۲۸ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی CPI؛^۳

۱۱. بند ۱ کنوانسیون لاهه ۱۹۰۷م درباره قوانین و عرف‌های جنگ زمینی.^۴

البته در اسناد دیگر نیز به مسئولیت کیفری فرماندهان نظامی و دیگر افراد مافوق اشاره شده است.^۵

۶. پروتکل الحاقی اول ۱۹۷۷م به کنوانسیون‌های ژنو

پروتکل الحاقی اول ۱۹۷۷م کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹م، نخستین معاهده و سند بین‌المللی است که نظریه مسئولیت فرماندهی در آن پیش‌بینی و به طور جامع تدوین شده است.^۶ بند ۲ ماده ۸۶ این پروتکل تصریح کرده است:

1. Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY).
2. Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR).
3. La Cour pénale internationale (CPI).
4. Henckaerts (J.M) and Doswald-Beck (L.), "customary international Humanitarian Law: Vol. II, Practice-Part. 1&2", ICRC, Cambridge University Press, 2005, Chapter 43 (pp.3612-3853).
5. اسناد دیگر عبارت‌اند از:
 - بند ۳ اصول پیشگیری مؤثر از رسیدگی‌های غیرحقوقی، اعدام‌ها و داوری‌های شتاب‌زده ۱۹۸۹م.
 - بند ۲۶ اصول اساسی استفاده از زور و سلاح‌های گرم توسط مقامات دولتی ۱۹۹۰م.
 - بند ۱ ماده ۳ برنامه عمل لندن در خصوص موضوعات بشردوستانه ۱۹۹۲م.
 - بند ۳۱ قوانین رفتاری (کنفرانس امنیت و همکاری اروپا) ۱۹۹۴م.
 - بند ۳ ماده ۲ و ماده ۱۶ قوانین جنایات علیه صلح و امنیت بشریت ۱۹۹۶ (طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل).
 - بند ۳ بخش ۱۴ مقررات مدیریت انتقالی سازمان ملل متحد در تیمور شرقی (شماره ۲۰۰۰/۱۵).
6. Marie-Pierre Robert, "La responsabilité du supérieur hiérarchique basée sur la négligence en droit pénal international", Les cahiers de droit, vol.49, No.3, Septembre 2008, p.413-453.
Disponible sur: www.erudit.org/revue/cd/2008/v49/n3/029659ar.html.

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، به رغم توانایی و اختیارات خود، همه اقدامات ممکن برای جلوگیری از این جرایم یا مجازات مرتکبان آن را انجام نداده باشند.

همچنین، براساس تفسیر این بند، نقض قواعد این پروتکل به وسیله 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 مقرر بر خلاف ماده ۸۷ که از فرمانده نظامی صحبت می‌کند، فقط از عبارت «فرمانده» استفاده می‌کند که شامل فرماندهان غیرنظامی (Les Supérieurs Civils) - مثل رهبران سیاسی - نیز می‌شود. هرچند پروتکل دوم درباره مخصصات مسلحانه داخلی از مسئولیت فرماندهان صحبتی نکرده است؛ ولی شعبه تجدیدنظر دیوان بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق در قضیه حسنوویچ (Hadžihasanović) بیان داشت: «سکوت این پروتکل، به معنای مسئول‌ندانستن این‌گونه فرماندهان نیست».^۱ 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 ماده ۸۶، نخستین مقرر 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

1. Stéphane Bourgon, "La doctrine de la responsabilité du commandement et la notion de lien de subordination devant le tribunal pénal international pour L'Ex- Yougoslavie", 2007, la Revue Québécoise de droit international (Hors-Série).

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.^۱

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 به ویژه در اسناد مؤسس دادگاه‌های گوناگون کیفری بین‌المللی و رویه قضایی آنها تأیید و به رسمیت شناخته شده است؛ به عنوان 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 جرایم جنگی شرکت کند ... به ویژه 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 جرایم جنگی در حال یا در شرف وقوع است و با این حال، هرگونه تدابیر لازم و معقول در حیطه 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.^۲

1. PICTET (J.), "Commentaire des protocoles additionnels au 8 juin 1864 aux conventions de Genève du 12 août 1949", C.I.C.R., Martinus Nijhoff Publishers, Genève, 1986, p.1029.

2. Henckaerts (J.M) and Doswald-Beck (L.), "customary international Humanitarian Law: Vol. II, Practice-Part 1&2", ICRC, Cambridge University Press, 2005, Chapter 43, No.84, (pp.3612-3853).

در دستورالعمل نظامی فرانسه آمده است: «فرماندهان و دیگر افراد مافوق، در مورد جنایات جنگی انجام شده تحت فرامین ایشان مسئول می‌باشند». همچنین، در کتابچه حقوق مخاصمات مسلحانه 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 به خوبی آگاه باشند. بر همین اساس، او مسئول آموزش ایشان است.^۱

علاوه بر این، در فصل سوم ماده ۶ لایحه رسیدگی به جرایم بین‌المللی ج.ا.ا. که در لایحه معاضدت‌های قضایی بین‌المللی ادغام شده، آمده است:

در مورد مرتکبین جنایات مندرج در این قانون، هیچ نوع مصونیتی وجود ندارد» و در ماده ۷ آن آمده است: «دستورات مقام مافوق، دایر بر ارتکاب جنایات بین‌المللی، موجب معافیت از مسئولیت کیفری مرتکب نیست.^۲

کمیسیون تحقیق کانادا درباره 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 شماتت قرار داد؛ به این دلیل که ایشان به نیروهای مزبور آموزش کافی در مورد تعهدات حقوقی‌شان ارائه نکرده بودند. از این رو، فرماندهان نظامی، مرکز ثقل و محور سیستم نظارتی تلقی می‌شوند که باید به

1. Henckaerts (J.M) and Doswald-Beck (L.), "customary international Humanitarian Law: Vol. II, Practice-Part 1&2", ICRC, Cambridge University Press, 2005, Chapter 43, No.74 (pp.3612-3853).

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

وسیله اعضای متعاقد و طرفین مناقشه اعمال شود. دلیل اصلی طرح این نوع از مسئولیت به ویژه در عرصه کیفری بین‌المللی، تأیید این مسئله است که در اغلب موارد، جرایم به این دلیل به وسیله کارمندان یا کارکنان تحت امر نظامی ارتکاب می‌یابد که مقامات مافوق آنها از ارتکاب آن جلوگیری و یا مرتکبان آن را مجازات نمی‌کنند. به طور کلی، اتفاق نظر وجود دارد که مسئولیت فرماندهی برای این امر لازم است که بتوان افراد غیر از مرتکبان (مباشر) جرایم 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 جرایم از دستورهای آنان پیروی نکرده یا اینکه هیچ‌گاه در صحنه وقوع جرم نبوده‌اند.^۱

در قضیه فینتا (Finta Case)، دیوان عالی کانادا تصریح کرد که عذر یا دفاع «دستورهای مافوق» در برخی شرایط به ویژه 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 منتفی است.^۲

1. 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>
2. Sophie Rondeau, "violation du droit international humanitaire et réparation: la place de la victime individuelle", Université du Québec à Montréal, Mars 2008.

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 به اندازه حقوق بشردوستانه، به عرف وابستگی ندارد. دلیل این امر آن است که اکثریت حقوق بشردوستانه قراردادی ماحصل تدوین قواعد عرفی است؛ به عنوان مثال، به رغم تصویب کنوانسیون‌های ژنو از سوی همه دولت‌ها، هنوز برخی دولت‌ها به ویژه 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 همه دولت‌ها (اعم از دولت‌های عضو و غیرعضو) لازم‌الرعايه است. از سویی، به دلیل وجود برخی مشکلات در اعمال حقوق بشردوستانه قراردادی، جامعه بین‌المللی به کمیته بین‌المللی صلیب سرخ مأموریت داد تا درباره قواعد عرفی 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 رویه کلی و عملی دولت‌ها را که به عنوان قانون پذیرفته‌اند، جمع‌آوری و ارزیابی کرد و در قالب مجموعه قواعد حقوق بین‌المللی بشردوستانه عرفی شامل ۱۶۱ قاعده منتشر نمود (میرزاجانی، ۱۳۹۲، ص ۲۸۲۱). قواعد شماره ۱۵۱ تا ۱۵۵ مجموعه قواعد عرفی حقوق بین‌الملل بشردوستانه کمیته بین‌المللی صلیب سرخ به طور مستقیم و غیرمستقیم به مسئولیت کیفری فردی فرماندهان و دیگر افراد مافوق اختصاص یافته است. در قاعده ۱۵۱ مجموعه قواعد عرفی حقوق بین‌الملل بشردوستانه صلیب سرخ آمده است:

افراد در ارتکاب جنایت جنگی، مسئولیت کیفری بر عهده دارند. افراد نه تنها از جهت ارتکاب جنایات جنگی مسئولیت کیفری دارند، بلکه به جهت اقدام به ارتکاب جنایات جنگی و

معاونت در انجام این گونه اعمال؛ از جمله تسهیل، کمک و مشارکت در ارتکاب این جرایم نیز مسئولیت کیفری دارند. آنان از جهت برنامه‌ریزی یا تحریک به ارتکاب جنایات جنگی نیز مسئول هستند.

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». در قاعده ۱۵۴ مجموعه قواعد حقوق بین‌الملل بشردوستانه 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 همه مأموران به تبعیت و اجرای دستورهای قانونی و مشروع، مکلف‌اند و عدم انجام آن، یک جرم قابل مجازات است. بر طبق رویه حقوق عرفی بین‌المللی، در حالی که احراز هیچ‌گونه رابطه رسمی (مافوق - زیردست) برای این منظور لازم نیست، در حقیقت «صرف صدور دستور» متضمن این مطلب است که دست‌کم یک رابطه (مافوق - زیردست) به طور بالفعل وجود داشته است (هنکرتز و دیگران، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۷۷۶-۸۲۵).

۹. اقدامات زیردستان و مسئولیت کیفری فرمانده

درباره 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 رویه 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. رویه 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 دیگران، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۷۷۶-۸۲۵). در این باره می‌توان به قوانین بلژیک، لوکزامبورگ و هلند اشاره کرد؛ به طور 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 ماده ۱ [جنایت نسل‌کشی، جنایت علیه بشریت و سایر نقض‌های فاحش].^۱

قانون مجازات نظامی [اصلاح‌شده] هلند مقرر می‌دارد:

الف) سربازی که عاملان دستور ارتکاب یک جنایت جنگی را به زیردستش می‌دهد [اگر دستور مذکور اجرا شده باشد]، به عنوان 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 دسته چهارم محکوم خواهد شد؛ ولی تلاش برای دستور ارتکاب جنایت یا تلاش‌هایی از این دست، مجازات قابل توجهی ندارد و به خودی خود جرم محسوب نمی‌شود.

1. Henckaerts (J.M) and Doswald-Beck (L.), "customary international Humanitarian Law: Vol. II, Practice-Part 1&2, chapter 43, No.501-513. Belgium, Law concerning the Repression of Grave Breaches of the Geneva Conventions and their Additional Protocols as amended (1993), Articles 3 (3) and 4.

گزارش رویه هلند اشاره بر این دارد که در این مقرر، نیازی نیست لزوماً «دستور آشکارا مجرمانه» باشد.^۱

شورای امنیت سازمان ملل در قطعنامه مصوب سال ۱۹۹۸م درباره نقض‌های حقوق بشردوستانه در افغانستان، تأکید کرد:

افرادی که ... دستور ارتکاب نقض‌های فاحش کنوانسیون‌های ژنو را می‌دهند، شخصاً و به طور انفرادی مسئول چنین نقض‌هایی هستند.^۲

مسئولیت کیفری فرماندهان درباره جنایات جنگی که به وسیله 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 قاعده پُرسابقه حقوق عرفی بین‌المللی است. بر این اساس، تعدادی از فرماندهان پس از جنگ جهانی دوم، به جهت ارتکاب جنایات جنگی که به وسیله زیردستان آنان صورت پذیرفته بود، محاکمه و متهم شناخته شدند (هنکرتز و دیگران، ۱۳۸۷، ص ۷۸۸-۷۸۶).

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)؛ به طور مثال، در قضیه فورد علیه گارسیا (Ford v. Garcia Case) در سال ۲۰۰۰م، در یک دعوی 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:

1. Henckaerts (J.M) and Doswald-Beck (L.), "customary international Humanitarian Law: Vol. II, Practice-Part 1&2, Netherlands, Military Criminal Code as amended (1964), Article 150.
2. Henckaerts (J.M) and Doswald-Beck (L.), "customary international Humanitarian Law: Vol. II, Practice-Part 1&2, UN Security Council, Res. 1193, 28 August 1998, § 12.

فرمانده، مسئول شکنجه و اعدام‌های فراقضایی ارتكابی توسط نیروهای تحت امر خود است؛ اگر دستور به ارتكاب این اعمال دهد یا واقعا در ارتكاب آنها مشارکت کند.^۱

البته مأموران تحت امر نیز از هرگونه تقصیر و در نتیجه، سرزنش و کیفر معاف نیستند، بلکه آنها نیز موظف‌اند حقوق بشردوستانه بین‌المللی را رعایت کنند و در صورت نقض قواعد حقوق بشردوستانه بین‌المللی و ارتكاب جرایم، شخصاً به عنوان مباشرت در جرم، پاسخ‌گو و مسئول شناخته شوند؛ زیرا خودداری فرماندهان نظامی از انجام وظیفه برای پیشگیری از نقض قوانین جنگ، فلسفه وجودی این قوانین را به چالش می‌کشد و زیر سؤال می‌برد؛ به گونه‌ای که ترک فعل یا کوتاهی فرمانده، به ارتكاب جرمی منجر شده است که هدف از قوانین جنگ، جلوگیری از وقوع همان جرایم بوده است (هنکرتز و دیگران، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۷۹۰).

در اصل ۲۸ اساسنامه 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 بشردوستانه بین‌المللی و عدالت کیفری بین‌المللی برای تضمین جلوگیری از نقض قانون، نسبت به مأموران تحت امر، مسئولیت بیشتری بر عهده مقامات عالی یا مافوق می‌گذارد. مقامات مافوق، با توجه به داشتن جایگاه عالی در سلسله مراتب، وظیفه تأییدشده‌ای دارند که تضمین کنند حقوق بشردوستانه بین‌المللی به دقت رعایت و موارد نقض آن به طور شایسته و مقتضی مجازات شود. کوتاهی آنها در انجام این وظیفه ممکن است به عنوان رضایت ضمنی آنان به اقدامات غیرقانونی زیردستان تعبیر و تفسیر شود که بدان وسیله باعث تشویق آنان به ارتكاب جرایم بیشتر و توسعه فرهنگ فرار از مجازات گردد. در واقع رویه قضایی مبین و گویای این معناست که مقام

1. Henckaerts (J.M) and Doswald-Beck (L.), "customary international Humanitarian Law: Vol. II, Practice-Part 1&2, US, Federal Court of Florida, Ford v. Garcia case, Judgement, 3 November 2000.

مافوقی که در مجازات مأمور تحت امری که مرتکب قتل شده است، کوتاهی می‌کند، باید مجازات شدیدتر از قاتل مواجه شود؛ اگرچه این مقام مافوق قصد خاص لازم برای ارتکاب قتل نداشته باشد. به هر حال، رویه قضایی این واقعیت را بازگو می‌کند که موقعیت و مقام در سلسله مراتب است که مسئولیت و وظیفه مداخله مشخص می‌شود.^۱ در نتیجه، می‌توان گفت مواردی که در آن نقض جدی حقوق بشردوستانه 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. این گونه موارد در اوضاعی رخ می‌دهد که بافت طبیعی جامعه و سلسله مراتب قابل تشخیص فرماندهی از هم‌گسسته و نظامیان و غیرنظامیان و قربانیان و مجرمان قابل تفکیک نیستند. در این ارتباط، قاضی مورفی، در نظر شخصی و جداگانه خود در قضیه ژنرال یاماشیتا این‌گونه 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 شکست‌خورده 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.^۲

۱۱. سلب مصونیت از فرماندهان و افراد مافوق

محاکمه و مجازات افراد دارای مصونیت [یعنی شناخت مسئولیت کیفری برای افراد دارای مصونیت]، ریشه معاهداتی دارد؛ اگرچه در حال حاضر با توجه به عملکرد

1. "Statut de la Cour pénale internationale, adopté par la Conférence Diplomatique de Plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une Cour Pénale Internationale", le 17 juillet 1998 à Rome, Italie, art. 28 alinéa (1) lettre (a).
2. J.A. Williamson, "Some considerations on command responsibility and criminal liability", Vol.90, Number 870 June 2008, I.R.R.C.

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 جمله 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 این‌گونه افراد نمی‌شود. این نکته پیش‌تر نیز به وسیله مجمع عمومی سازمان ملل در اصول همکاری برای تحقیق و دستگیری و مجازات جنایتکاران جنگی مورد تأیید قرار گرفته بود؛ به طور مثال، در اساسنامه‌های دادگاه‌های سیرالئون، کامبوج و عراق نیز عفو در مورد جنایات بین‌المللی از جمله جنایات جنگی ممنوع شده است (بیگزاده، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۲۶۲-۲۶۵).

۱۲. تعقیب برخی فرماندهان ارشد نظامی در دیوان بین‌المللی کیفری

تاکنون در دیوان بین‌المللی کیفری، ۲۱ 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 جمله آنها مورد «تعقیب علیه ژوزف کونی، ونسانت اوتی، اکوت اوده‌یامبو و دومینیک اونگون» در سال ۲۰۰۵م و مورد دیگر «تعقیب علیه عبدالرحیم محمود 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 اتحادیه افریقا، گروه شبه‌نظامی متعلق به ژوزف کونی، مسئول مرگ دست‌کم ۲۶۰۰ غیرنظامی بوده‌اند. کونی پس از تحت تعقیب قرارگرفتن، به ترک اوگاندا مجبور شد. این فرمانده ارشد براساس اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، مرتکب ۳۳ مورد از جرایم بین‌المللی

شده است (۱۲ مورد جرایم علیه بشریت و ۲۱ مورد جرایم 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 به عنوان سرباز، تاکنون باعث آوارگی بیش از ۴۴۵ هزار نفر شده‌اند. حوزه فعالیت این گروه، شمال اوگاندا، جنوب سودان، جمهوری دموکراتیک کنگو و جمهوری افریقای مرکزی بوده است. *ونسانت/وتی*، نایب رئیس و فرمانده رده دوم ارتش مقاومت لرد (LRA) دقیقاً مرتکب جرایم پیش‌گفته شده بود و *اکوت/ودهیامبو*، نماینده فرمانده (LRA) نیز مرتکب ده جرم شده بود.^۱

شعبه اول دیوان بین‌المللی کیفری درباره وضعیت سودان نیز به صدور حکم جلب یکی دیگر از مقامات ارشد دولت مزبور دست زد و عبدالرحیم محمود حسین، وزیر دفاع ملی فعلی و وزیر کشور و نماینده ویژه سابق دولت سودان در دارفور را براساس اتهامات متعدد (سیزده جرم)، شامل جرایم علیه بشریت و جرایم جنگی در مورد وقایع ارتكابی در دارفور براساس زمینه‌های معقولی که دادستانی ارائه کرده است، مسئول اعمال مربوطه دانست. شعبه مزبور معتقد است متهم در طرح مشترکی که درباره 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 به وسیله نیروها و امکانات تحت فرمان خود داشته است.^۲

۱۳. عوامل دیگر رافع مسئولیت کیفری فردی

ماده ۳۱ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، به عوامل رافع مسئولیت کیفری پرداخته است؛ عوامل دیگری همچون اتفاقی بودن ارتکاب جرم جنگی، اشتباه، اجبار، جهل به

1. 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.
2. Case the Prosecutor v. Abdul Raheem Muhammad Hussein, case number ICC- 02/-05-01-12. available at: www.icc-cpi.int.

قانون و دستور مقام مافوق گاهی به تشخیص دادگاه و با وجود برخی شرایط فرد مرتکب، جرم جنگی را از مسئولیت مبرا می‌کند؛ به طور 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؛ به ویژه اگر در روند رسیدگی بتوان اثبات کرد این امر از سوی نیرویی آموزش دیده و مجهز و دارای اطلاعات دقیق درباره هدف و دارای فرصت و تمرین فراوان در تیراندازی مستقیم و دقیق انجام شده است. درباره مسئله اجبار، این مسئله که شخص تحت اجبار و فشار عمل کرده است، مشروط بر اینکه به 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 ماده ۳۱ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری)؛ هرچند رأی مورخ ۷ اکتبر ۱۹۹۷م شعبه استیناف دیوان بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق در قضیه اردموویچ (Erdemović Case) مقرر داشت که اجبار نمی‌تواند دفاع کاملی در برابر اتهام جرمی محسوب شود. علاوه بر موارد پیشین، ماده ۳۲ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری 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 جرایم 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 جرایم توصیف شده در اساسنامه باشد: ۱. به عنوان مباشر، مسبب یا مجرم اصلی؛ ۲. به عنوان همدست (مساعدت‌کننده) در کنار یک یا چند مباشر؛ ۳. به عنوان شریک، حداقل تلاش به ارتکاب یک جرم به وسیله یک گروه که دارای طرحی برای اقدام می‌باشند (راجرز و پل، ۱۳۸۷، ص ۳۲۵-۳۳۰).

نتیجه

براساس حقوق بین الملل بشردوستانه، فرماندهان وظیفه دارند رعایت قواعد حقوق بشردوستانه را به وسیله مأموران تحت امر خود تضمین کنند. با اینکه مأموران تحت امر، به اجرای فرامین مافوق مکلف اند، طبق قواعد عرفی، هر رزمنده ملزم است از فرامینی که به طور آشکار غیرقانونی است، نافرمانی کند. البته این واقعیت که جرایم به وسیله نیروهای تحت فرماندهی ارتکاب یافته باشد، فرماندهان مافوق را از مسئولیت کیفری معاف نمی کند؛ به این شرط که فرمانده «می دانسته» یا «منطقاً [دلیلی وجود داشته که] باید می دانست» مأمور تحت فرماندهی او در شرف یا در حال ارتکاب چنین جرمی می باشد و مافوق در به کارگیری اقدامات لازم و معقول برای جلوگیری از چنین اعمالی یا مجازات مرتکبان آن کوتاهی کرده باشد. از سوی دیگر، لازم است همه اوضاع و احوال مسئله (تشویق، چشم پوشی، تحمل و انکار فرمانده) در نقض قوانین، مورد توجه قرار گیرد. همچنین، مرتکبان جنایات جنگی نه تنها از مصونیت برخوردار نیستند، بلکه از برخی امتیازات دیگری که افراد عادی یا مرتکبان جنایات عمومی برخوردارند، محروم اند و این امر ریشه معاهداتی دارد. در نهایت، با تکیه بر یافته های پژوهش و مروری بر احکام صادره از دادگاه های کیفری بین المللی می توان گفت به خاطر پیچیده بودن رویدادهای جبهه های جنگ و تعیین اینکه در شرایط زمانی مفروض، چه تدابیری لازم و معقول بوده اند، انتقال برخی واقعیت ها به محیط دادگاه دشوار است و چه بسا نیازمند تمرین و ممارست می باشد.

منابع

۱. بیگزاده، ابراهیم؛ «سهم عرف در حقوق بین‌الملل کیفری»؛ مجموعه مقالات همایش حقوق بین‌المللی بشردوستانه عرفی؛ ج ۱، چ ۱، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۰، ص ۲۶۲-۲۶۵.
۲. راجرز، آنتونی. پ. و. و پل مالرب؛ قواعد کاربردی حقوق مخاصمات مسلحانه؛ ترجمه کمیته ملی حقوق بشردوستانه؛ ج ۱، تهران: امیرکبیر، ۱۳۸۷.
۳. زمانی، سیدقاسم و سیدیاسر ضیایی؛ «تعمیم نظام مسئولیت بین‌المللی به بازیگران غیردولتی، با تأکید بر مسئولیت بین‌المللی جدایی‌طلبان»؛ مجله حقوقی بین‌المللی؛ تهران: مرکز امور حقوقی بین‌المللی، ش ۴۵، پاییز و زمستان ۱۳۹۰، ص ۵۳-۸۴.
۴. شمسایی، محمد و حجت سلیمی ترکمانی؛ «تأملی بر مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها ناشی از نقض حقوق بشردوستانه بین‌المللی»؛ مجله فقه و حقوق؛ تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ش ۱۷، تابستان ۱۳۸۷، ص ۱۷۹-۲۰۵.
۵. میرزاجانی، مرضیه؛ نقش قدرت حامی در تضمین اجرای حقوق بین‌الملل بشردوستانه (پایان‌نامه کارشناسی ارشد)؛ دانشگاه قم، ۱۳۹۲.
۶. هنکرتز، ژان ماری و دیگران؛ حقوق بین‌الملل بشردوستانه عرفی؛ ترجمه دفتر امور بین‌الملل قوه قضائیه جمهوری اسلامی ایران و کمیته بین‌المللی صلیب؛ ج ۱، چ ۱، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۷.
7. El- Khadir (M.), "La Compétence Universelle", 2005. Available at: www.memoireonline.com/02/07/345/m-...8.html
8. Elias BANTEKAS, "the Contemporary Law of Superior Responsibility", in the American Journal of International Law (AJIL), 1999, p.575.
9. Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, Vol. I Rules,

Customary International Humanitarian Law, International Committee of the Red Cross 2009, Cambridge University press.

10. Official website of the special court for Sierra Leone, www.sc-sl.org/scsl.html.
11. Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) , 8 June 1977.
12. Sassòli (M.) & A, "How Does Law Protect in War?", Cases, Documents and Teaching Materials on Contemporary Practice in International Humanitarian Law, Tom III, (3th ed), Outline of International Humanitarian Law.
13. Yav Katshung Joseph, "L'affaire Jean Pierre Bemba: Un Pot-Pourri de la Quésition de la Responsabilité du Supérieur Hiérarchique et des Méandres de la Justice Pénale Internationale?", Disponible sur: www.yavassociates.com.