

مسئولیت کیفری فرمانده نظامی جانشین در حقوق بین الملل کیفری با تأکید بر قضیه انور حاجی حسن اوویچ و امیر کوبورا

امیر خادمی

دانشجوی دکترای حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، ایران.

khademi@mail.um.ac.ir

سید مهدی سیدزاده

استادیار، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، ایران.

seidzadeh@um.ac.ir

قابل انتشار در دوره ۲۵، شماره ۶۸ (زمستان ۱۴۰۵) نشریه پژوهش‌های حقوقی

چکیده

فرماندهان بابت جرایم زیردستان در دو مورد مسئولیت کیفری دارند. نخست کوتاهی در پیشگیری از وقوع جرم و دوم، کوتاهی در اعمال مجازات بر زیردستان. یکی از چالش‌هایی که در این شکل از مسئولیت رخ می‌دهد، مسئولیت کیفری فرمانده جانشین بابت اعمال مجرمانه زیردستان است. فرمانده جانشین در چارچوب حقوق بین‌الملل کیفری به شخصی اطلاق می‌شود که پس از وقوع جرم توسط زیردستان، سمت فرماندهی را بر عهده گیرد. مساله مسئولیت کیفری فرمانده جانشین در قضیه حاجی حسن اوویچ و امیر کوبورا به بحث گرفته شد که قضات تجدیدنظر دو موضع متفاوت اتخاذ کردند. برخی عقیده داشتند که فرمانده جانشین بابت جرایمی که توسط زیردستان پیش از فرماندهی وی رخ می‌دهد، مسئولیتی ندارند. اما برخی معتقد بودند که فرمانده جانشین در موارد کوتاهی در اعمال مجازات می‌تواند مسئولیت کیفری داشته باشد. باین حال در نهایت، شعبه تجدیدنظر حکم به عدم مسئولیت کیفری کوبورا بابت کوتاهی در اعمال مجازات در خصوص جرایم ارتكابی پیش از فرماندهی وی داد. با وجود رای شعبه تجدیدنظر، موضوع مسئولیت کیفری فرمانده جانشین هنوز دارای ابهام فراوان است و عرف یا معاهده مشخصی در این خصوص وجود ندارد. در چنین شرایطی و با توجه به نزاع‌های صورت پذیرفته در خاورمیانه^۱ که احتمال مطرح شدن این چالش را به‌ویژه در دیوان کیفری بین‌المللی (که زین پس دیوان نامیده می‌شود) افزایش می‌دهد، پژوهش پیش‌رو بر آن شد تا ابهامات مساله «مسئولیت یا عدم مسئولیت فرمانده جانشین» را از رهگذر شناسایی عناصر دکتربین مسئولیت کیفری مافوق و تطبیق آن با موقعیت و رفتارهای فرمانده جانشین، رفع نماید که در نتیجه آن، نمایان شد که فرمانده جانشین در برخی مواقع می‌تواند مسئول کیفری شناخته شود.

کلید واژه‌ها: مسئولیت مافوق، فرمانده جانشین، مسئولیت کیفری فرمانده جانشین، منازعات بین‌المللی، جرایم زیردستان

مقدمه

^۱. از جمله می‌توان به نزاع میان اسرائیل و حماس اشاره کرد که منجر به صدور قرار بازداشت از سوی دیوان، برای مقامات هر یک از طرفین گردید.

مسئولیت کیفری فرماندهان در چارچوب حقوق بین الملل کیفری در دو شکل قابل بررسی است. نخست: مسئولیت کیفری فرماندهان به عنوان آمر به ارتکاب جرم. دوم: مسئولیت کیفری فرماندهان در قبال جرایم ارتكایی زیر دستان. حالت نخست مربوط به شرایطی است که فرمانده دستور به ارتکاب جرایمی را صادر کند و زیردستان نیز بر اساس دستور وی مرتکب جرم شوند. اما حالت دوم مربوط به فرضی است که زیردستان مباشرتا مرتکب جرم شوند و فرمانده بابت کوتاهی در پیشگیری از وقوع جرم مذکور یا اعمال مجازات بر زیردستان، مسئولیت دارد.^۲ لازم به ذکر است که کوتاهی فرمانده در پیشگیری از وقوع جرم و همچنین کوتاهی فرماندهان در اعمال مجازات بر زیردستان، جرایم مستقلی نیستند. در واقع، فرمانده هنگامی که بابت کوتاهی در انجام تکالیف خود، مسئول تلقی می‌گردد، تحت عنوان «مرتکب جرم کوتاهی در پیشگیری از وقوع جرم» یا «مرتکب جرم کوتاهی در اعمال مجازات بر زیردستان»، محکوم نمی‌شود. بلکه عنوان محکومیت فرمانده، بابت کوتاهی در انجام تکالیف، مبنی بر پیشگیری از وقوع جرم یا اعمال مجازات بر زیردستان، منطبق با عنوان محکومیت زیردستان است. به گونه‌ای که اگر زیردستان مرتکب جرم تجاوز^۳ یا بارداری اجباری^۴ شده باشند، عنوان مسئولیت فرمانده نیز تجاوز یا بارداری اجباری است. همانگونه که اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگوسلاوی سابق نیز کوتاهی فرمانده را به عنوان جرم مستقل تلقی نکرده و عناوین مجرمانه را محدود به مواد ۲ تا ۵ اساسنامه دانسته است. موضع اساسنامه دیوان در این خصوص از صراحت بیشتری برخوردار است. صدر ماده ۲۸ اساسنامه مذکور، کوتاهی فرمانده را نه به عنوان جرم مستقل، بلکه به عنوان «مبنای مسئولیت کیفری» قلمداد می‌کند.^۵

بدین ترتیب، اگرچه عنوان مجرمانه مافوق منطبق با عنوان مجرمانه زیردستان است، اما علت مسئولیت مافوق، جرم ارتكایی توسط زیردستان نیست، بلکه کوتاهی وی در پیشگیری از وقوع جرم یا اعمال مجازات بر زیردستان است. در واقع مسئولیت کیفری فرمانده ناشی از ناتوانی وی، در پیشگیری یا تنبیه زیردستان است.^۶ بنابراین، آنچه که در هنگام احراز مسئولیت یا عدم مسئولیت فرمانده در ارتباط با جرایم ارتكایی زیردستان، باید مدنظر قرار گیرد، تحقق یا عدم تحقق مبنای مسئولیت است.^۷

در این شکل از مسئولیت مافوق، امکان بروز چالش‌های مختلفی وجود دارد. از جمله مهم‌ترین چالش‌ها، مسئولیت فرمانده جانشین در قبال جرایم ارتكاب یافته توسط زیردستان، پیش از برعهده گرفتن سمت فرماندهی است. مقصود از «فرمانده جانشین»، مافوقی است که پس از ارتکاب جرایم توسط زیردستان، بر مسند فرماندهی تکیه می‌کند و جانشین مافوق پیشین می‌شود. پیدایش این وضعیت موجب شد تا در حقوق کیفری بین‌المللی، مساله «مسئولیت فرمانده جانشین بابت جرایم زیردستان پیش از فرماندهی وی»

۲. سید رسول قریشی، «تحلیل رابطه مافوق مادون بعنوان عنصر ساختاری مسئولیت کیفری مقامات مافوق در اسناد بین‌المللی و رویه قضایی»، فصلنامه علمی مطالعات بین‌المللی پلیس، ۵، ۴ (۱۳۹۳)، ۲.

3. Rape

4. Forced pregnancy

۵. صدر ماده ۲۸ اساسنامه مقرر می‌کند: «علاوه بر سایر میناهای مسئولیت کیفری تحت این اساسنامه برای جرایم در صلاحیت دیوان...» به کارگیری عبارت «میناهای مسئولیت کیفری» آشکار می‌سازد که کوتاهی مافوق در پیشگیری از وقوع جرم یا اعمال مجازات، جرم محسوب نمی‌شود بلکه مبنای مسئولیت کیفری مافوق تلقی می‌گردد.

۶. حسین عسکری راد، سید قاسم زمانی، «تحولات انتساب مسئولیت کیفری آمر و مامور در حقوق بین‌الملل»، پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، ۸، ۱۵ (۱۳۹۹)، ۸۳.

۷. برخی نویسندگان از مسئولیت مافوق تحت عنوان «مسئولیت غیر مستقیم» نام می‌برند و آن را شکل ویژه و متمایزی از مسئولیت کیفری فردی می‌دانند. نک. حسین آقایی جنت مکان، «مسئولیت کیفری مقامات مافوق و زیر دستان آنان در حقوق بین‌الملل کیفری» (رساله دکترا، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۴).

به‌عنوان یک چالش حقوقی مشکل و مهم مطرح شود. این چالش به طور ویژه در قضیه حاجی حسن اوویچ و امیر کوبورا در دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگوسلاوی سابق مورد بحث و بررسی واقع شد. در طی رسیدگی به قضیه مذکور، دادستانی، امیر کوبورا را بابت «کوتاهی در اعمال مجازات بر زیردستان» که پیش از فرماندهی وی مرتکب جرم شده بودند، مسئول شناخت. اما شعبه تجدیدنظر در مقام مخالفت، توضیح داد که فرمانده جانشین بابت ارتكابی زیردستان، پیش از فرماندهی وی، مسئولیت کیفری ندارد.

با این وجود، چالش برانگیز بودن مساله مسئولیت فرمانده جانشین، موجب شد تا از میان قضات رسیدگی کننده در شعبه تجدیدنظر نیز قاضی هانت و قاضی شهاب الدین نظری مخالف با شعبه تجدیدنظر ابراز دارند. مخالفان اعتقاد داشتند که مقررات و عرف حقوق کیفری بین‌المللی به‌گونه‌ای است که مسئولیت فرمانده جانشین نیز در چارچوب آن قابل تصور است.^۸ موضوع مسئولیت کیفری فرمانده جانشین بابت جرایم زیردستان، در قضیه کوردیچ نیز مورد بررسی واقع شد که شعبه بدوی در قضیه مذکور نظری متفاوت با شعبه رسیدگی کننده به قضیه کوبورا اظهار کرد. شعبه مذکور توضیح داد: «تکلیف مجازات، به طور طبیعی پس از وقوع جرم محقق می‌شود و افرادی که پس از ارتکاب جرم نیز مسئولیت فرماندهی را برعهده می‌گیرند، مکلف به اعمال مجازات خواهند بود. [با این حال] در صورتی که مافوق، صلاحیت اعمال مجازات را نداشته باشد، ملتزم به رسیدگی به جرایم برای احراز حقایق و گزارش آن به مراجع ذیربط خواهد بود».^۹ به‌رغم وجود استدلال‌های فوق در مورد مسئولیت فرمانده جانشین، پاسخ این مساله همچنان مبهم است و قطعاً در آینده نه چندان دور و در وضعیت کنونی جهان و خاورمیانه، دیوان (ICC) با این چالش مواجه خواهد شد که کدام یک از مواضع مذکور می‌تواند با قوانین و عرف بین‌الملل کیفری همسو باشد؟ آیا فرمانده جانشین را باید بابت جرایم پیش از فرماندهی وی مسئول قلمداد کرد یا خیر؟ چه پاسخی می‌تواند ضمن حفظ حقوق متهمین در راستای عدالت باشد؟

ضرورت بررسی مساله «مسئولیت فرمانده جانشین بابت جرایم زیردستان پیش از فرماندهی وی» به‌واسطه منازعات در حال گسترش به‌ویژه در خاورمیانه و همچنین وجود نظرات مخالف در پاسخ به مساله فوق و فقدان موضع مشخص و متقن، موجب شد تا این پژوهش از رهگذر بررسی مقررات و عرف بین‌الملل کیفری، تلاش خود را بر آن دارد تا برای مساله فوق، پاسخ مستدل و مستند ارائه نماید. پژوهش‌هایی نیز که تاکنون در خصوص مسئولیت فرماندهان صورت پذیرفته است، بیشتر مسئولیت را در شرایط غیر چالشی و عادی بررسی کردند.^{۱۰} با این حال برخی از متون به صورت کوتاه به مسئولیت فرمانده جانشین پرداخته‌اند، اما هیچ‌کدام به‌طور مفصل

۸. برای مطالعه نظر تفصیلی قاضی هانت، نک.

ICTY, Prosecutor v. Enver Hadžihasanović, Mehmed Alagić and Amir Kubura, Case No. IT-01-47-AR72, Separate and Partially Dissenting Opinion of Judge David Hunt Command Responsibility Appeal, 2003.

9. ICTY. Prosecutor v. Dario Kordić and Mario Čerkez. Case No. IT-95-14/2-T. TC, Judgement. 2001. Para 446.

۱۰. در این خصوص، نک.

جواد پورشریعتی، ایرج رضایی نژاد و علی قربانی، "بررسی ماهیت و ابعاد مسؤلیت کیفری فرماندهان و مقامات مافوق در حقوق بین‌الملل کیفری و حقوق کیفری ایران"، فقه جزای تطبیقی، ۲، ۵ (۱۴۰۱)، ۶۲۹-۶۴۰.

سهراب صلاحی، "مسئولیت کیفری مافوق در نقض قواعد و مقررات حقوق بشر و بشردوستانه از سوی مأمورین امریکایی در اشغال عراق"، مجله حقوقی بین‌المللی، ۳۲، ۵۳ (۱۳۹۵)، ۲۵۵-۲۸۶.

پرده از معمای مسئولیت فرمانده جانشین برنداشته‌اند.^{۱۱} در این راستا، پژوهش حاضر با شناسایی عناصر دکتترین مسئولیت کیفری فرمانده، مبنی بر ۱. وجود رابطه فرمانده - فرمانبر و احراز کنترل موثر، ۲. مافوق آگاه باشد یا دلیلی برای آگاهی از این موضوع داشته باشد که عمل مجرمانه در شرف وقوع است یا انجام شده است و ۳. مافوق اقدامات لازم و معقول را برای جلوگیری از عمل مجرمانه یا مجازات مرتکب آن انجام نداده باشد؛^{۱۲} مسئولیت فرمانده جانشین را در قالب تکالیف پیشگیری از وقوع جرم و اعمال مجازات بر زیردستان، از رهگذر احراز عناصر فوق در خصوص هر یک از تکالیف مذکور، مورد بررسی و تحلیل قرار می‌دهد. در نهایت نیز به این موضوع مهم باید اشاره کرد که در این پژوهش فقط مسئولیت فرماندهان نظامی تبیین می‌شود و بررسی مسئولیت سایر فرماندهان، پژوهشی دیگر را می‌طلبد. بنابراین، زین‌پس در این پژوهش، مقصود از فرمانده یا مافوق، فرمانده یا مافوق نظامی است. همچنین لازم به تذکر است که اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگوسلاوی سابق، تکالیف فرمانده در قبال جرایم زیردستان را در بند سوم از ماده ۷ محدود به پیشگیری از جرم و اعمال مجازات بر زیردستان دانسته است. اما اساسنامه دیوان، تکلیف گزارش جرم به مقامات صالح برای تعقیب و محاکمه را جایگزین وظیفه مجازات کرد. با این حال در پژوهش حاضر چون قضیه مورد بررسی در دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگوسلاوی سابق رسیدگی شده است، تکلیف به اعمال مجازات بر زیردستان بررسی می‌گردد که به‌واسطه ماهیت یکسان وظیفه مذکور با تکلیف به گزارش جرم، تمامی استدلال‌ها قابل تعمیم به تکلیف اخیر است.

۱- احراز رابطه فرمانده - فرمانبر و کنترل موثر میان فرمانده نظامی جانشین و مرتکبان جرم

تحقق دکتترین مسئولیت کیفری مافوق در تمام فروض، نیازمند احراز عناصر آن است. بدین معنا که تحقق مسئولیت کیفری چه در خصوص فرمانده پیشین و چه در مورد فرمانده جانشین، در گام نخست نیازمند احراز عناصر دکتترین مسئولیت کیفری مافوق است. مقررات اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگوسلاوی سابق نیز احراز عناصر فوق را برای مسئولیت کیفری فرمانده، لازم می‌داند. اساسنامه مذکور در بند ۳ ماده ۷ مقرر می‌کند: «ارتکاب هر یک از اعمال مذکور در مواد ۲ تا ۵ این اساسنامه توسط زیردستان، مافوق را از مسئولیت کیفری، در صورتی که او می‌دانسته یا دلیلی برای اطلاع از این موضوع داشته است که زیردستان در شرف ارتکاب جرم بوده و [با این حال] اقدامات لازم برای پیشگیری از جرم یا مجازات بر زیردستان را انجام ندهد، معاف نمی‌سازد». همانگونه که مشاهده می‌شود احراز هر سه عنصر مورد بحث، در ماده مذکور نیز جهت مسئول دانستن مافوق، ضروری است. در

حسین یاراحمدی، داود محبوبی و رضا بیراموند، «مسئولیت کیفری آمر و مأمور در حقوق کیفری بین‌المللی با نگاهی به قوانین داخلی ایران»، فصلنامه علمی مطالعات بین‌المللی پلیس، ۲، ۳ (۱۳۹۰)، ۱۳۹-۱۶۸.

عسکری راد، حسین و زمانی، سید قاسم. «تحولات انتساب مسئولیت کیفری آمر و مأمور در حقوق بین‌الملل»، پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، ۸، ۱۵ (۱۳۹۹)، ۷۵-۹۸.

قریشی، سید رسول. «تحلیل رابطه مافوق مادون بعنوان عنصر ساختاری مسئولیت کیفری مقامات مافوق در اسناد بین‌المللی و روبه قضایی»، فصلنامه علمی مطالعات بین‌المللی پلیس، ۵، ۴ (۱۳۹۳)، ۵۹-۸۶.

۱۱. برای مطالعه منابعی که مختصر به مسئولیت فرمانده جانشین اشاره داشتند، نک.

آقای جنت مکان، حسین. «مسئولیت کیفری مقامات مافوق و زیردستان آنان در حقوق بین‌الملل کیفری» رساله دکترا، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۴.

Mettraux, Guenael. "Command Responsibility as Sui Generis from of Liability for Omission". In *The law of Command Responsibility*, 61-130. Oxford: Oxford Academic, 2009.

Bantekas, Ilias. *International Criminal Law*. Hart Publishing, 2010.

12. ICTY. *Prosecutor v. Zejnir Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic and Esad landzo (Celebici Case)*. Case No. IT-96-21-T. TC, Judgement. 1998. Para 344.

ماده ۲۵ اساسنامه ICC نیز همین وضعیت مشهود است. بدین ترتیب برای احراز مسئولیت فرمانده نظامی جانشین بابت جرایم زیردستان نیز هر سه عنصر باید تحقق یابند.

نخستین شرط در راستای تحقق مسئولیت کیفری فرمانده نظامی بابت جرایم زیردستان، احراز رابطه «فرمانده - فرمانبر» میان مافوق نظامی و زیردستان مجرم است. احراز رابطه مذکور جهت تحقق مسئولیت کیفری مافوق، در مقررات بین‌المللی به وضوح مورد اشاره قرار گرفته است. به‌عنوان نمونه در ماده ۱ کنوانسیون لاهه ۱۹۰۷ مقرر شد که شخص «مافوق» مسئولیت زیردستان خود را بر عهده دارد. همچنین اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی برای رواندا و یوگوسلاوی سابق، به صراحت در مورد رابطه مافوق سخن می‌گوید و ارتکاب جرایم توسط زیردستان را نافی مسئولیت مافوق نمی‌داند. بند ۳ از ماده ۷ اساسنامه یوگوسلاوی سابق و بند ۴ از ماده ۶ اساسنامه رواندا مقرر می‌دارد: ارتکاب هر یک از اعمال اشاره شده در ماده ۲ تا ماده ۵ این اساسنامه توسط زیردستان، مسئولیت کیفری مافوق را ساقط نمی‌کند. واژگان «زیردست» و «مافوق» در این مقررات، تصویرکننده رابطه فرماندهی است.

۱-۱- رویه قضایی دادگاه‌های کیفری بین‌المللی درباره عنصر رابطه فرماندهی و کنترل موثر

در قضیه‌های متعدد دادگاه‌های کیفری بین‌المللی عنصر رابطه فرمانده - فرمانبر، مورد اشاره قرار گرفته است. در قضیه میلوسویچ، دادگاه در تصمیم نهایی، به این نتیجه رسید که متهم نسبت به زیردستان خود، از جایگاه برتری برخوردار بوده است و به همین واسطه نیز توانایی پیشگیری از جرم نسل‌کشی را داشته، اما اقدامی انجام نداده است.^{۱۳} در استدلال فوق، دادگاه لازمه احراز مسئولیت کیفری مرتکب را احراز رابطه فرماندهی تلقی کرده است. در واقع دادگاه، ابتدا بر اساس شواهد، وجود رابطه فرماندهی را اثبات کرده و پس از آن، متهم را بابت عدم اقدام در راستای پیشگیری از وقوع جرم، محکوم نموده است. بدین ترتیب، آشکار می‌شود که نخستین گام در راستای اثبات مسئولیت فرمانده که به نوعی نخستین گام در راستای اثبات سایر شروط لازم نیز تلقی می‌گردد، احراز رابطه فرماندهی است.

احراز رابطه فرماندهی میان مافوق نظامی و مرتکبان جرم، نیازمند تحقق رکن کنترل موثر است.^{۱۴} در قضیه میلوسویچ، مشاوران دادگاه، متهم را تحت دکترین مسئولیت کیفری مافوق، در رابطه با جرم نسل‌کشی، مسئول تلقی نکردند. آن‌ها در یکی از استدلال‌های خود اظهار داشتند: «شواهد کافی مبنی بر اعمال "کنترل موثر" متهم بر عاملان جرم ادعایی نسل‌کشی وجود ندارد».^{۱۵} چنانکه شعبه بدوی دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگوسلاوی سابق در قضیه «بلاگوویچ و یوکیچ» نیز توضیح داد:

13. ICTY. Prosecutor v. Slobodan Milosevic. Case No. IT-02-54-T. TC I, Decision on Motion for Judgment of Acquittal. 2004. Para 309.

۱۴. درباره آستانه و معیارهای کنترل موثر، رای دیوان در پرونده بمبا موارد زیر را به عنوان شواهد وجود کنترل موثر معرفی کرد:

موقعیت رسمی فرمانده در ساختار نظامی؛ ۲. توانایی فرمانده بر صدور دستورات؛ ۳. توانایی وی در تضمین اجرای صحیح دستورات؛ ۴. توانایی وی برای ایجاد تغییرات در ساختار نظامی؛ ۵. توانایی او جهت ارتقا، جایگزینی، برکناری یا تنبیه افراد تحت فرماندهی؛ ۶. اختیار اعزام نیروهای به محل مخصصات یا صدور فرمان عقب نشینی؛ ۷. دسترسی مستقل و کنترل او بر وسایل جنگی؛ ۸. کنترل وی بر امور مالی؛ ۹. امکان بر عهده گرفتن نقش نمایندگی برای نیروها در مذاکرات؛ ۱۰. باورها و اصول جنبشی که زیردستان از آن پیروی می‌کنند، در فرمانده مجسم شود. در این باره، نک.

ICC. The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Case No. ICC-01/05-01/08-424. PTC II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo. 2009. Para 188.

15. Ibid, Para 301

«فرماندهی که دارای اختیارات قانونی و رسمی است ولی در عمل کنترل مؤثری بر زیردستان خود ندارد، بر اساس دکترین مسئولیت فرماندهی متحمل مسئولیت کیفری نخواهد شد، در حالی که یک فرمانده دوفاکتو که فاقد انتصاب رسمی یا درجه برتر است، اما در عمل، کنترل مؤثری بر مرتکبان جرایم دارد، ممکن است بر اساس دکترین مسئولیت فرماندهی، مسئولیت کیفری داشته باشد».^{۱۶}

بنابراین روشن می‌شود که حتی در مواقعی که سلسله مراتب رسمی فرماندهی وجود ندارد، در صورت احراز کنترل موثر، رابطه فرمانده - فرمانبر محقق و فرمانده دارای مسئولیت است.^{۱۷} همچنان که شعبه تجدیدنظر دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگوسلاوی سابق، در قضیه دلایچ و دیگران بیان نمود که در تعیین مسئولیت، تحت دکترین مسئولیت مافوق، باید به اعمال موثر قدرت یا کنترل، توجه داشت نه صرف عناوین رسمی. در حقیقت داشتن قدرت کنترل موثر، به خودی خود، برای مسئولیت فرمانده کفایت نمی‌کند.^{۱۸}

۱-۲- احراز رابطه فرماندهی و کنترل موثر، در موقعیت خاص حاجی حسن اوویچ و امیر کوبورا

از مهم‌ترین دلایل شعبه تجدیدنظر، در جریان رسیدگی به قضیه حاجی حسن اوویچ و امیر کوبورا در راستای رد استدلال دادستانی مبنی بر مسئولیت کوبورا به‌عنوان فرمانده جانشین، عدم احراز رابطه فرماندهی میان کوبورا و مرتکبان جرم، در زمان وقوع جرم زیردستان بود. شعبه تجدیدنظر معتقد بود که مقررات موجود در خصوص مسئولیت فرمانده بابت جرایم زیردستان، نمایان می‌کند که رابطه فرمانده - فرمانبر باید در زمانی که جرم مذکور واقع می‌شود یا در شرف وقوع است، احراز شود. به همین واسطه نیز فرمانده جانشین بابت جرایم پیش از فرماندهی، هیچ مسئولیتی مبنی بر پیشگیری و مجازات ندارد.^{۱۹} در همین راستا نیز شعبه تجدیدنظر، با اشاره به بند دوم ماده ۸۶ پروتکل الحاقی اول به کنوانسیون ژنو، استدلال می‌کند که نحوه تقریر ماده مذکور حاکی از عدم مسئولیت فرمانده جانشین، بابت جرایم ارتكابی توسط زیردستان پیش از فرماندهی وی، است. چون شیوه بیان ماده مذکور، فرمانده را تنها در صورتی مسئول قلمداد می‌کند که جرم در زمان فرماندهی وی، در حال وقوع یا در شرف وقوع باشد.^{۲۰} لازم به ذکر است که شعبه تجدیدنظر، در هیچ یک از استدلال‌های خود میان وظیفه پیشگیری از وقوع جرم و اعمال مجازات، تفکیک قائل نمی‌شود.

بند دو ماده ۸۶ پروتکل الحاقی اول به کنوانسیون ژنو مقرر می‌کند: «این واقعیت که نقض کنوانسیون‌ها یا این پروتکل، توسط یکی از افراد زیردست انجام شده باشد، مافوق او را از مسئولیت کیفری یا انضباطی مبرا نمی‌کند. در صورتی که، آن‌ها می‌دانستند یا اطلاعاتی داشتند که در شرایط آن زمان به آن‌ها امکان اطلاع از اینکه [زیردست] مرتکب چنین تخلفی شده یا می‌خواهد مرتکب

16. ICTY. Prosecutor v. Vidoje Blagojević and Dragan Jokić. Case No. IT-02-60-T. TC I, Judgement. 2005. Para 791.

۱۷. در چارچوب حقوق کیفری بین‌المللی، دو نوع ضابطه جهت احراز مسئولیت وجود دارد، ضابطه کنترل کلی و کنترل موثر. ضابطه کنترل کلی که احراز آن، سهل‌تر از ضابطه کنترل موثر است، مربوط به شناسایی مسئولیت دولت‌ها است و در مورد اشخاص حقیقی کاربرد ندارد. درباره اشخاص مذکور به صراحت اساسنامه دیوان و رویه دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگوسلاوی سابق باید کنترل موثر احراز شود. البته این شکل از کنترل آنگونه دقیق نیست که مانع از کیفر شخص گردد. بلکه معیارهای این ضابطه اگرچه دقیق‌تر از ضابطه کلی است، اما آنگونه جزئی نیست که مانع از کیفر مجرمان شود. باین‌حال بررسی دقیق‌تر این موضوع نیازمند پژوهشی جداگانه است.

18. ICTY. Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic and Esad landzo (Celebici Case). Case No. IT-96-21-A. AC, Judgement. 2001. Para 197.

19. ICTY. Prosecutor v. Enver Hadžihasanović, Mehmed Alagic and Amir Kubura. Case No: IT-01-47-AR72. AC, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility. 2003. Para 47-49.

20. Ibid. Para 47

شود را بدهد، [اما] با این وجود، [ما فوق] تمام اقدامات ممکن را در حد توان خود برای جلوگیری^{۲۱} یا سرکوب^{۲۲} [جرایم زبردستان] انجام ندهد».^{۲۳}

با توجه به درج عبارت «در شرایط آن زمان» که در واقع به شرایط زمان وقوع جرم زبردستان اشاره دارد، به نظر می‌رسد تحلیل دادگاه در خصوص شیوه بیان ماده صحیح است. با وجود درستی استدلال دادگاه درباره سبک تقریر و شیوه بیان ماده، این پژوهش معتقد است که چگونگی کاربرد و احراز شرط رابطه فرمانده - فرمانبر درباره مسئولیت‌های پیشگیری از وقوع جرم و مجازات مرتکبان، تحلیلی عمیق درباره ماهیت شرط مذکور و تعیین رابطه موجود میان شرط فوق و مسئولیت‌های فرمانده را می‌طلبد و در این باره نمی‌توان صرفاً به تفسیر لفظی ماده، اکتفا کرد. یکی از راه‌های ابهام زدایی از این مسأله که آیا تنها مافوقی که در هنگام وقوع جرم زبردستان، سمت فرماندهی را برعهده داشته، مسئولیت کیفری دارد یا اینکه فرمانده جانشین نیز می‌تواند واجد مسئولیت شناخته شود.

نمایان ساختن زمان ایجاد هر یک از تکالیف پیشگیری از وقوع جرم و اعمال مجازات بر زبردستان و مقایسه میان زمان مذکور و زمان فرماندهی مافوق است. بدینگونه که تطابق میان زمان‌های مذکور، موجب مسئولیت و عدم تطابق، موجب عدم مسئولیت خواهد شد. چون در واقع، پیش از احراز عناصر مسئولیت کیفری مافوق، باید تکلیف و وظیفه‌ای برای مافوق ایجاد شده و سپس، بررسی در خصوص احراز یا عدم احراز هر یک از عناصر آغاز شود. همچنانکه شعبه بدوی دیوان، در قضیه بمبا نیز جهت احراز مسئولیت فرمانده، ایجاد یکی از سه وظیفه: پیشگیری از جرم، مجازات زبردستان یا تسلیم موضوع به مراجع صالح، مندرج در ماده ۲۸ اساسنامه را لازم دانست.^{۲۴}

در خصوص زمان ایجاد وظیفه پیشگیری از وقوع جرم، شعبه رسیدگی کننده در قضیه اوربیچ اظهار داشت: «وظیفه پیشگیری [از جرم] مربوط به جرایم آینده است».^{۲۵} در واقع وظیفه پیشگیری زمانی ایجاد می‌شود که جرمی در حال برنامه ریزی و آماده‌سازی باشد که نشان می‌دهد وظایف فرمانده نیز نظارتی و انضباطی است.^{۲۶} بدین ترتیب رابطه فرمانده - فرمانبر یا به عبارتی رئیس - مرئوس در خصوص تکلیف پیشگیری از وقوع جرم، باید «پیش از وقوع جرم زبردستان» احراز شود. همانگونه که پیشتر آمد، جهت احراز مسئولیت کیفری فرمانده نظامی، باید معیار کنترل موثر را مدنظر داشت. در چنین شرایطی دو فرض درباره فرمانده نظامی جانشین،

21. Prevent

۲۲. سرکوب یا Repress، تکلیفی است که بر مبنای آن، فرمانده وظیفه دارد، «در حین ارتکاب جرم» از ادامه فرایند جرم مذکور، جلوگیری نماید و به عبارتی جرم را سرکوب کند.

۲۳. در خصوص ماده ۸۶ پروتکل نکته قابل ذکر این است که، مقررات این ماده ناظر بر دو وظیفه سرکوب و پیشگیری است. بدین ترتیب بنابراین، نقد جدی به موضع شعبه تجدیدنظر در قضیه کوپورا مبنی بر استفاده از ماده ۸۶ برای تحلیل زمان فرماندهی بابت اتهام «کوتاهی در اعمال مجازات» وارد است. باین حال، چون در رویه‌های بین‌المللی، این ماده توضیح دهنده شرایط مسئولیت فرمانده به دنبال جرایم زبردستان است؛ پژوهش حاضر، فارغ از نکته مذکور به بررسی آن می‌پردازد.

24. ICC. The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Case No. ICC-01/05-01/08-3343. TC III, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute. 2016. Para 201

25. ICTY. Prosecutor v. Naser Orić. Case No. IT-03-68-T. TC II, Judgement. 2006. Para 326.

26. Ilias Bantekas, *International Criminal Law*, (Hart Publishing, 2010), 93.

مدنظر است. فرض نخست، مربوط به حالتی است که فرمانده نظامی، فقط به لحاظ عنوان رسمی، جانشین محسوب شود. بدین معنا که جایجایی سمت فرماندهی در سلسله مراتب رسمی نظامی، صورت پذیرفته باشد و شخصی سمت مذکور را بر عهده گرفته باشد که پیش از این نیز، به واسطه کنترل موثری که بر زیردستان داشته، فرمانده غیر رسمی (دوفاکتو) بوده است. در چنین شرایطی ابهامی درباره مسئولیت فرمانده جانشین وجود ندارد. چون تقارن زمانی، میان زمان ایجاد تکلیف «پیشگیری از وقوع جرم» و زمان فرماندهی مافوق جانشین، وجود دارد. با این توضیح که، وی پیش از ارتکاب جرم نیز فرمانده بوده و وظیفه پیشگیری از جرم بر او قابل تحمیل است.

همچنین این فرمانده، وظیفه اعمال مجازات بر زیردستان را نیز دارد. چون پیش از ارتکاب جرم توسط آن‌ها، به طور غیر رسمی و به علت وجود کنترل موثر، فرمانده محسوب می‌گردد و پس از ارتکاب جرم مذکور نیز به دنبال انتقال رسمی سمت فرماندهی، مافوق نظامی محسوب می‌شود. بدین ترتیب، تقارن زمانی میان تکلیف به «اعمال مجازات بر زیردستان» و زمان فرماندهی مافوق جانشین، وجود دارد و او در صورت کوتاهی در اعمال مجازات، مسئول است. روشن است که پس از انتقال رسمی سمت مذکور نیز، احراز رکن «کنترل موثر» جهت شناسایی مسئولیت فرمانده نظامی جانشین، ضروری است.

فرض دوم در مورد فرمانده جانشین که ابهامات نیز در چنین فرضی قابل تصور است، مربوط به حالتی است که فرمانده جانشین، پیش از آن که رسماً سمت فرماندهی را بر عهده گیرد، کنترل موثری بر زیردستان نداشته باشد، اما پس از برعهده گرفتن سمت، کنترل موثر بر زیردستان داشته باشد. در چنین شرایطی است که شعبه تجدیدنظر، در قضیه حاجی حسن اوویچ و امیر کوبورا، عدم احراز رابطه فرماندهی میان کوبورا و مرتکبان جرم، در زمان وقوع جرم زیردستان را به‌عنوان استدلالی جهت رد مسئولیت کوبورا، بابت کوتاهی در پیشگیری از وقوع جرم و همچنین کوتاهی در اعمال مجازات بر زیردستان، مطرح می‌کند و در واقع، شرط مسئولیت بابت کوتاهی در انجام هر یک از تکالیف «پیشگیری از وقوع جرم» و «اعمال مجازات بر زیردستان» را احراز رابطه فرماندهی «در زمان وقوع جرم زیردستان» می‌داند. بدین ترتیب، جهت رفع ابهامات و اختلاف نظرات، زین‌پس در پژوهش حاضر، بررسی‌ها پیرامون فرض دوم صورت می‌گیرد.^{۲۷}

در فرض دوم، رابطه فرمانده - فرمانبر و کنترل موثر، پیش از وقوع جرم محرز نیست. بدین ترتیب میان زمان پدیداری تکلیف «پیشگیری از وقوع جرم» و زمان فرماندهی، تقارن وجود ندارد و به همین واسطه، همسو با استدلال شعبه تجدیدنظر در قضیه کوبورا، فرمانده جانشین را بابت عدم پیشگیری از وقوع جرم به علت نبود رابطه فرمانده - فرمانبر در «زمان وقوع جرم توسط زیردستان»، نمی‌توان مسئول قلمداد کرد. حتی در شرایطی که جرم زیردستان مستمر باشد. با این توضیح که اگر جرم مذکور در زمان فرماندهی مافوق نخستین، آغاز شده باشد و پس از برعهده گرفتن سمت فرماندهی توسط مافوق جانشین نیز، ادامه پیدا کند، چون «پیش از وقوع جرم»، رابطه فرماندهی وجود نداشته است، بابت کوتاهی در پیشگیری از وقوع جرم، مسئولیتی برای فرمانده قابل تصور نیست.

۲۷. در شرایطی که فرمانده در جایگاه Deputy (معاون) باشد و یا شرایط جنگی به گونه‌ای باشد که نتوان سلسله مراتب رسمی را شناسایی کرد، باید عنصر کنترل موثر را مورد توجه قرار داد. باین توضیح که در صورت وجود کنترل موثر بر زیردستان، فرد فرمانده غیر رسمی محسوب و بابت کوتاهی در اعمال مجازات یا پیشگیری از وقوع جرم مسئول خواهد بود.

بالین حال در خصوص تکلیف به مجازات زبردستان، باید توجه داشت که رویه دادگاه‌های بین‌المللی کیفری، تکلیف «پیشگیری از وقوع جرم» و «اعمال مجازات بر زبردستان» را دو وظیفه مجزا در نظر می‌گیرند. شعبه بدوی دیوان در قضیه بمبا چنین توضیح می‌دهد:

«سه وظیفه بر اساس ماده ۲۸ (الف) (۲) اساسنامه در سه مرحله مختلف از [فرایند] ارتکاب جرم ایجاد می‌شود: قبل، حین و بعد. کوتاهی در انجام هر یک از این تکالیف، به خودی خود جرم جداگانه‌ای بر اساس ماده ۲۸ (الف) اساسنامه است. بدین ترتیب یک فرمانده ... می‌تواند به یک یا چند تخلف بر طبق ماده ۲۸ (الف) [اما] در رابطه با یک جرم زمینه‌ای، مسئول کیفری شناخته شود».^{۲۸}

همچنین شعبه بدوی دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگوسلاوی سابق نیز در قضیه اوریچ، بیان می‌کند که تکلیف به مجازات زبردستان، زمانی محقق می‌شود که فرمانده، پس از وقوع جرم، از ارتکاب آن آگاهی پیدا کند.^{۲۹} دادگاه ویژه سیرائون در قضیه سیسای نیز کوتاهی فرمانده در راستای پیشگیری از وقوع جرم و مجازات مرتکبان را دو وظیفه مجزا می‌داند که در زمان‌های مختلف، محقق می‌شود. دادگاه ویژه معتقد است که وظیفه مجازات زبردستان، پس از آگاهی مافوق از ارتکاب جرم، تحقق می‌یابد و او از لحظه‌ای که چنین دانشی را کسب می‌کند باید در راستای مجازات زبردستان اقدام نماید.^{۳۰}

بدین ترتیب، تکلیف به مجازات زبردستان، پس از وقوع جرایم ارتكابی آن‌ها، محقق می‌شود و قبل از وقوع جرم مذکور، موضوعیت ندارد. بر این اساس، می‌توان استدلال داشت که فرمانده جانشین نیز می‌تواند بابت خودداری از مجازات زبردستان، مسئول قلمداد گردد. چون زمان ایجاد تکلیف با زمان فرماندهی، تطابق دارند. این مساله در قالب ارائه یک تحلیل فنی دقیق روشن می‌شود.

مبنای مسئولیت کیفری فرمانده به دنبال جرایم زبردستان در چارچوب وظیفه اعمال مجازات بر آن‌ها، کوتاهی فرمانده در اعمال مجازات بر زبردستان است. بر این اساس، تمامی شرایط اثبات‌کننده مسئولیت وی، به‌ویژه رابطه فرمانده - فرمانبر نیز باید در زمان تحقق مبنای مسئولیت کیفری، احراز شود. چون پیش از پیدایش مبنای، سخن از مسئولیت کیفری فرمانده و تلاش برای اثبات عناصر مسئولیت، لغو و بیهوده است. در واقع بررسی عناصر دکنترین مسئولیت کیفری مافوق، مستلزم آن است که نخست وظیفه‌ای موجود باشد، دوم مبنای مسئولیت محقق گردد و سوم عناصر مسئولیت احراز شود. در حالیکه، پیش و در زمان وقوع جرم زبردستان، نه تنها مبنای مسئولیت کیفری یعنی؛ ترک وظیفه اعمال مجازات بر زبردستان محقق نشده، بلکه هیچ وظیفه‌ای برای اعمال مجازات بر زبردستان نیز، عهده فرمانده قرار نگرفته است. بنابراین، الزام به احراز رابطه فرمانده - فرمانبر بابت کوتاهی در اعمال مجازات، در زمان وقوع جرم توسط زبردستان یا پیش از آن، بیهوده است. در واقع، احراز رابطه فرمانده - فرمانبر در زمان وقوع جرم مذکور یا پیش از آن، تاثیری بر مسئولیت فرمانده بابت کوتاهی در اعمال مجازات ندارد. چون پیش از وقوع یا در زمان وقوع جرم یاد شده، فرمانده هیچ وظیفه‌ای مبنی بر اعمال مجازات بر زبردستان مجرم ندارد و به تبع آن، مبنای تحت عنوان کوتاهی نیز وجود ندارد تا عناصر مسئولیت کیفری مافوق، مورد بررسی قرار گیرد و فرمانده را مجرم شناخت. اما پس از وقوع جرم توسط زبردستان، وظیفه اعمال

28. ICC. The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Case No. ICC-01/05-01/08-424. PTC II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo. 2009. Para 435.

29. ICTY. Prosecutor v. Naser Orić. Case No. IT-03-68-T. TC II, Judgement. 2006. Para 326.

30. SCSL. Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbo. Case No. SCSL-04-15-A. AC, Judgement. 2009. Para 314.

مجازات محقق شده و در صورت کوتاهی فرمانده در اجرای وظیفه مذکور، مبنای مسئولیت نیز پدیدار می‌گردد. بدین ترتیب فرمانده جانشین نیز در صورت اثبات ارکان و شرایط مرتبط با وظیفه اعمال مجازات بر زیردستان، بابت ترک وظیفه مذکور، مسئول تلقی خواهد شد. چون مبنای مسئولیت برای فرمانده جانشین، در صورت ترک وظیفه محرز است و رابطه فرمانده - فرمانبر نیز در خصوص وی در زمان کوتاهی در اعمال مجازات بر زیردستان، قابل اثبات است.

۲- رکن معنوی: آگاهی واقعی یا مفروض مافوق نظامی نسبت به ارتکاب جرم توسط زیردستان

تحقق مسئولیت مافوق مستلزم احراز رکن روانی است. بدین صورت که ضروری است مقام مافوق نسبت به اینکه زیردستان وی مرتکب جرم شدند و یا در شرف ارتکاب هستند، علم داشته باشد و یا بنا به ادله‌ای که در اختیار او است، باید بداند که زیردستان وی در هر یک از دو وضعیت مجرمانه فوق، قرار دارند.^{۳۱} به همین واسطه، شعبه تجدیدنظر در قضیه دلایچ و دیگران بیان کرد که: «مسئولیت مافوق، گونه‌ای از مسئولیت مطلق نیست».^{۳۲} در مقررات بین‌المللی نیز به‌ویژه در ماده ۷ اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگوسلاوی سابق و ماده ۶ اساسنامه رواندا و همچنین ماده ۲۸ اساسنامه دیوان، رکن روانی به صراحت مورد اشاره قرار گرفته است.^{۳۳}

شعبه تجدیدنظر در جریان رسیدگی به قضیه حاجی حسن اوویچ و امیر کوبورا، در تفسیر ماده ۲۸ اساسنامه دیوان و ماده ۸۶ پروتکل الحاقی اول به کنوانسیون ژنو، توجه خود را بر نحوه به کارگیری عبارات این مواد، در خصوص آگاهی فرمانده از ارتکاب جرایم، متمرکز کرد و توضیح داد: «به موجب اساسنامه رم، مسئولیت مافوق تنها در صورتی احراز می‌شود که فرمانده بداند یا باید می‌دانست که زیردستان او مرتکب جرم می‌شوند یا در شرف انجام این کار بودند. این شیوه بیان، لزوماً مسئولیت کیفری مافوق را در خصوص جرایمی که زیردستان پیش از برعهده گرفتن فرماندهی توسط وی انجام می‌دهند، منتفی می‌کند».^{۳۴}

آشکار است که آگاهی فرمانده از جرم ارتكابی توسط زیردستان، رکن روانی لازم برای مسئولیت وی به‌واسطه کوتاهی در اتخاذ اقدامات لازم، تلقی می‌گردد. بدین ترتیب احراز آگاهی باید در زمانی انجام شود که استنکاف از انجام وظایف توسط فرمانده، به وقوع می‌پیوندد. فلذا باید زمان احراز رکن آگاهی در خصوص هر یک از تکالیف مافوق، مبنی بر پیشگیری از ارتکاب جرم و کوتاهی در اعمال مجازات بر زیردستان، به صورت جداگانه بررسی شده و نمی‌توان صرفاً با تکیه بر شیوه بیان ماده، به این نتیجه رسید که فرمانده جانشین نسبت به جرایم ارتكابی پیش از فرماندهی خود مسئولیت ندارد.

31. ICTY. Prosecutor v. Vidoje Blagojević and Dragan Jokić. Case No. IT-02-60-T. TC I, Judgement. 2005. Para 686.

32. ICTY. Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic and Esad landzo (Celebici Case). Case No. IT-96-21-A. AC, Judgement. 2001. Para 239.

۳۳. ماده ۲۸ اساسنامه دیوان مقرر می‌کند: فرمانده نظامی یا شخص مذکور با توجه به اوضاع و احوال قضیه در آن زمان یا می‌دانسته و یا باید می‌دانسته است که نیروهای تحت امر او مرتکب جرایم مذکور شده یا خواهند شد.

34. ICTY. Prosecutor v. Enver Hadžihasanović, Mehmed Alagic and Amir Kubura. Case No: IT-01-47-AR72. AC, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility. 2003. Para 46.

شعبه بدوی دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگوسلاوی سابق در قضیه اوریچ بیان می‌کند: تکلیف به مجازات زبردستان زمانی محقق می‌شود که فرمانده، پس از وقوع جرم، از ارتکاب آن آگاهی پیدا کند.^{۳۵} دادگاه ویژه سیرالئون در قضیه سیسای نیز پیشگیری از وقوع جرم و اعمال مجازات بر مرتکبان را دو تکلیف مجزا می‌داند که در زمان‌های مختلف محقق می‌شود. دادگاه ویژه توضیح می‌دهد:

ما فوق هم وظیفه دارد از ارتکاب جرم جلوگیری کند و هم مرتکبین را مجازات کند. این‌ها تعهدات جایگزین نیستند، بلکه شامل جرایم مختلفی است که در زمان‌های مختلف انجام می‌شود: مجازات نمودن، مربوط به جرایم گذشته است که زبردستان مرتکب شده‌اند، در حالی که پیشگیری نکردن، مربوط به جرایم بعدی زبردستان است. وظیفه پیشگیری از زمانی به جریان می‌افتد که ما فوق آگاه باشد یا دلیلی برای آگاهی داشته باشد که جرم در حال وقوع یا در شرف وقوع است. در حالی که، وظیفه مجازات پس از آگاهی ما فوق از ارتکاب جرم [واقع در گذشته] به وجود می‌آید. ما فوق باید از لحظه‌ای که چنین دانشی را کسب می‌کند، اقدام [به مجازات زبردستان] کند.^{۳۶}

همچنین شعبه بدوی در قضیه کوردیچ بیان می‌کند که وظیفه پیشگیری از ارتکاب جرم، قبل از تحقق جرم توسط زبردستان، بر عهده ما فوق است، اما وظیفه اعمال مجازات بر زبردستان پس از وقوع جرم مذکور محقق خواهد شد.^{۳۷} همچنانکه شعبه بدوی در قضیه استروگار توضیح داد:

ماده (۳) اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگوسلاوی سابق، دو تعهد قانونی جداگانه برای ما فوق ایجاد می‌کند: پیشگیری از جرم و مجازات مرتکبان. تعهد به پیشگیری از جرم به محض اینکه ما فوق از وقوع یا در شرف وقوع بودن جرمی آگاه شود یا دلایل منطقی برای مشکوک شدن داشته باشد، محقق است؛ اما تکلیف به اعمال مجازات تنها پس از ارتکاب جرم مطرح خواهد شد.^{۳۸}

بر اساس توضیحات فوق، می‌توان استدلال کرد که در خصوص وظیفه «پیشگیری از وقوع جرم»، رکن آگاهی باید در زمان وقوع جرم یا پیش از آن و در آستانه وقوع احراز گردد، اما در خصوص تکلیف به اعمال مجازات، رکن آگاهی باید پس از وقوع جرم احراز شود که ناظر بر جرایم گذشته است. بدین ترتیب فرمانده جانشین را برای کوتاهی در پیشگیری از وقوع جرم، نمی‌توان مسئول شناخت. چون وی در آستانه وقوع جرم یا در زمان وقوع جرم، سمت فرماندهی را بر عهده ندارد. بنابراین حتی اگر مطلع باشد که جرم در حال وقوع یا در آستانه تحقق است، به واسطه عدم احراز رابطه فرمانده - فرمانبر میان وی و مرتکب جرم، بابت عدم پیشگیری از وقوع جرم مذکور، مسئولیت کیفری ندارد.

اما وظیفه مجازات زبردستان، پس از ارتکاب جرم زبردستان حاصل می‌گردد. فلذا، رکن معنوی کوتاهی در اعمال مجازات نیز باید پس از وقوع جرم مذکور ثابت شود. چون پس از ایجاد وظیفه مذکور، تحقق مبنای مسئولیت کیفری مبنی بر «ترک وظیفه اعمال مجازات» قابل تصور است و رکن معنوی نیز باید در زمان وقوع مبنای فوق، احراز شود. به عبارت دیگر، تا زمانی که ما فوق وظیفه‌ای مبنی بر مجازات زبردستان ندارد، احراز رکن روانی در خصوص او نیز قابل تصور نخواهد بود. چون رکن روانی باید در زمان تحقق مبنای مسئولیت کیفری یعنی ترک وظیفه ما فوق، احراز شود و تحقق مبنای مذکور نیز وابسته به ایجاد وظیفه‌ای مبنی بر «اعمال

35. ICTY. Prosecutor v. Naser Orić. Case No. IT-03-68-T. TC II, Judgement. 2006. Para 326.

36. SCSL. Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbo. Case No. SCSL-04-15-A. AC, Judgement. 2009. Para 314.

37. ICTY. Prosecutor v. Dario Kordić and Mario Čerkez. Case No. IT-95-14/2-T. TC, Judgement. 2001. Para 446-447.

38. ICTY. Prosecutor v. Pavle Strugar. Case No. IT-01-42-T. TC II, Judgment. 2005. Para 373.

مجازات بر زیردستان»، برای مافوق است. درحالیکه، پیش از وقوع جرم یا در زمان وقوع آن توسط زیردستان، وظیفه «اعمال مجازات» برای فرمانده حاصل نشده است و به دنبال آن مبنای مسئولیت کیفری مافوق نیز قابلیت تحقق ندارد. رکن معنوی نیز تا زمانی که مبنای مسئولیت محقق نشود، ایجاد نمی‌شود.

رکن معنوی درباره کوتاهی در اعمال کیفر بر زیردستان، آگاهی مافوق از ارتکاب جرم توسط زیردستان است. این آگاهی نیز به شرحی که گذشت باید پس از وقوع جرم ثابت شود. در چنین شرایطی دیگر تفاوت نمی‌کند که آیا مافوق در زمان ارتکاب جرم زیردستان نیز از وقوع جرم مذکور آگاه بوده است یا خیر؟ چون آگاهی یا عدم آگاهی او در این زمان، هیچ تاثیری بر شناسایی مسئولیت وی بابت کوتاهی در اعمال مجازات بر زیردستان ندارد و آنچه که می‌تواند موجبات مسئولیت مافوق را فراهم نماید، آگاهی او از وقوع جرم توسط زیردستان، «پس از ارتکاب جرم مذکور» است. در واقع، آگاهی فرمانده از وقوع جرایمی که زیردستان در زمان گذشته مرتکب شدند، می‌تواند موجب مسئولیت وی بابت کوتاهی در اعمال مجازات گردد.

مسئله فوق موضوعی بود که قاضی هانت نیز در مقام مخالفت با استدلال شعبه تجدیدنظر مبنی بر عدم مسئولیت کوبورا، آن را به شیوه دیگر بیان کرد. قاضی هانت اظهار داشت:

اصل مسئولیت فرماندهی را نمی‌توان محدود به موقعیت‌هایی کرد که رابطه رئیس - مرئوس در زمان ارتکاب جرم توسط مرئوس یا در زمانی که وی در شرف ارتکاب جنایتی جنگی است، وجود داشته باشد ... زیرا مسئولیت کیفری مافوق، پاسخگویی مستقیم نسبت به اعمال زیردستان نیست. بلکه کوتاهی در پیشگیری از وقوع جرم یا اعمال کیفر بر زیردستان است ... که موجب مسئولیت برای وی می‌شود.^{۳۹} قاضی هانت به درستی اشاره کرده است که مبنای مسئولیت کیفری فرمانده، رفتار وی مبنی بر کوتاهی در اعمال مجازات است. در واقع اگرچه عناوین محکومیت مقام مافوق و زیردست، منطبق با یکدیگر است، اما علت محکومیت آن‌ها متفاوت است و هر یک بابت رفتارهای خود مسئول هستند. بر این اساس مبنای مسئولیت کیفری فرمانده نیز رفتار او مبنی بر کوتاهی در اعمال کیفر است و بابت رفتار مجرمانه زیردستان متحمل مجازات نمی‌شود. به همین واسطه نیز احراز رابطه فرماندهی هنگام وقوع جرم زیردستان در موارد بررسی مسئولیت فرمانده بابت کوتاهی در اعمال کیفر، خلاف مقررات مسئولیت کیفری و اصل شخصی بودن مسئولیت است.

در نهایت نیز باید توجه داشت که تحلیل مسئولیت فرمانده جانشین و احراز رکن روانی در خصوص وی برای جرم کوتاهی در اعمال کیفر، باید با توجه به واقعیات قضیه انجام پذیرد. در این راستا شعبه تجدیدنظر دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگوسلاوی سابق در قضیه کارادزیچ اظهار داشت: «ادعای کارادزیچ در این خصوص که دادگاه به واسطه ریاست جمهوری وی، او را نسبت به وقوع جرایم، آگاه دانسته است، غیر قابل قبول است. چون دادگاه شرایط خاص را مورد بررسی قرار داده است و از این رهگذر دریافت که کارادزیچ از کشتارهای وسیعی که در انبار کرایچا صورت پذیرفته، آگاه بوده است...».^{۴۰} در قضیه میلوسویچ نیز دادستان جهت اثبات دکتربین

39. ICTY. Prosecutor v. Enver Hadžihasanović, Mehmed Alagic and Amir Kubura. Case No. IT-01-47-AR72. Separate and Partially Dissenting Opinion of Judge David Hunt Command Responsibility Appeal. 2003. Para 9.

40. ICTY. Prosecutor v. Radovan Karadzic. Case No. MICT-13-55-A. AC, Judgement. 2019. Para 643.

این نکته قابل ذکر است که در قضیه کارادزیچ، در صورتی که وی ادله‌ای را در اختیار داشت که با توجه به آن ادله، فرض آگاهی در خصوص وی قابل تصور بود، امکان احراز رکن معنوی وجود داشت.

مسئولیت مافوق در خصوص متهم توضیح داد: «تایید، رضایت و حمایت مستمر متهم در پی ارتکاب جرم توسط نیروهای تحت کنترل وی، تصویرگر رکن روانی او است».^{۴۱} تبیین شرایط خاص در قضیه کارادزیچ و تحلیل رفتارهای میلوسویچ، آشکار می‌کند که دادگاه از رهگذر بررسی شرایط و اوضاع و احوال واقعی در زمان ترک وظیفه، رکن معنوی را احراز می‌کند.

واقعیت فوق موجب می‌شود تا استدلال متهم که در دفاعیه خود بدان استناد کرد، خللی به قابلیت احراز مسئولیت فرمانده جانشین بابت جرایم زیردستان پیش از فرماندهی وی، وارد نسازد. امیر کوبورا در دفاعیه خود اذعان داشت که: «در صورت پذیرش مسئولیت فرمانده جانشین بابت جرایم ارتكابی زیردستان پیش از فرماندهی وی، «هر مافوقی که ماه‌ها یا سال‌ها پس از ارتکاب جرایم، کنترل مؤثری بر مرتکبین داشته باشد، طبق قوانین بین‌المللی، به دلیل کوتاهی در مجازات آن‌ها، مسئول کیفری خواهد بود. این بدان معناست که هیچ محدودیتی در پیگردی قانونی که می‌تواند علیه مافوق بعدی آغاز شود، وجود نخواهد داشت».^{۴۲}

استدلال متهم، پذیرفته نیست. چون تبیین مسئولیت فرمانده جانشین، با توجه به اوضاع و احوال واقعی، موجب می‌شود تا فاصله زمانی قابل توجه میان زمان آگاهی فرمانده از وقوع جرم زیردستان و زمان ارتکاب جرم مذکور، مانند آنچه که در فرض کوبورا بیان شد، موجب عدم مسئولیت فرمانده جانشین شود. اما در مقابل، جرایمی که در گذشته، با فاصله کمی از زمان آگاهی فرمانده جانشین ارتکاب یافته یا جرایمی که در جریان انتقال سمت فرماندهی رخ داده و بلافاصله نیز فرمانده جانشین، از آن مطلع می‌شود، در صورتی که با کوتاهی فرمانده در اعمال مجازات بر زیردستان مواجه گردند، موجب مسئولیت مافوق جانشین خواهند شد.

۳- مسئولیت بابت کوتاهی در پیشگیری از وقوع جرم یا مجازات زیردستان: مسئولیت مستقل یا وابسته؟^{۴۳}

در خصوص مسئولیت فرمانده بابت کوتاهی در اعمال مجازات و کوتاهی در پیشگیری، با مطالعه در روبه دادگاه‌های کیفری بین المللی، می‌توان دو رویکرد را شناسایی کرد: نخست، رویکرد مسئولیت وابسته و دوم، رویکرد مسئولیت مستقل. در رویکرد نخست، مسئولیت مافوق به صورت شکلی از مسئولیت ارائه می‌شود که گویا وی، بابت جرم زیردستان گناهکار است و با او در مقام مداخله در جرم مذکور رفتار می‌شود. در واقع، رویکرد مذکور، کوتاهی فرمانده را در وقوع جرم زیردستان موثر دانسته و جرم یاد شده را زمینه اولیه بررسی نحوه مجازات فرمانده قرار می‌دهد.^{۴۴} بدین ترتیب، مسئولیت فرمانده در این رویکرد، وابسته به جرم زیردستان است. در جریان رسیدگی به قضیه حاجی حسن و امیر کوبورا، شعبه تجدید نظر باور داشت: فرد باید در زمان وقوع جرم مذکور، از سمت فرماندهی برخوردار باشد تا بتوان او را بابت کوتاهی در پیشگیری و کوتاهی در اعمال مجازات، مسئول دانست.^{۴۵} این باور، آشکار می‌کند که دادگاه رسیدگی کننده، با پذیرش رویکرد نخست، متهم را تبرئه کرده است. چون پذیرش این رویکرد موجب می‌شود تا احراز رابطه فرماندهی، در زمان وقوع جرم زیردستان ضروری باشد؛ به این واسطه که بتوان، کوتاهی فرمانده را در وقوع جرم مذکور کارساز

41. ICTY. Prosecutor v. Slobodan Milosevic. Case No. IT-02-54-T. TC I, Decision on Motion for Judgment of Acquittal. 2004. Para 302.

42. ICTY. Prosecutor v. Enver Hadžihasanović, Mehmed Alagic and Amir Kubura. Case No. IT-01-47- PT. Written Submission of Amir Kubura on Defence Challenges to Jurisdiction. 2002. Para 48.

۴۳. مفهوم سازی مسئولیت وابسته و مستقل، توسط نگارنده مقاله صورت گرفته است.

۴۴. آنتونیو کاسسه و دیگران، حقوق بین الملل کیفری، ترجمه حسن پیران، (تهران: نشر نو، ۱۴۰۱)، ۲۸۵-۲۸۷.

45. ICTY. Prosecutor v. Enver Hadžihasanović, Mehmed Alagic and Amir Kubura. Case No: IT-01-47-AR72. AC, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility. 2003. Para 43- 57.

دانست. همچنین، شعبه تجدیدنظر در استدلالی دیگر بیان داشت: در بررسی موضوع مسئولیت فرمانده بابت «جرائمی که توسط زیردستان پیش از فرماندهی وی رخ می‌دهد»، باید عرف جاری در زمان وقوع جرائم را مدنظر داشت.^{۴۶}

همانگونه که مشخص است، شعبه تجدیدنظر بنا دارد تا مسئولیت فرمانده را بابت «جرائمی که توسط زیردستان ارتکاب یافته است»، بررسی می‌نماید و نه بابت کوتاهی وی. بر این اساس، شعبه مذکور با امیر کوبورا در مقام مداخله در تحقق جرم زیردستان، برخورد می‌کند که آشکار کننده رویکرد وابسته است.

در جریان رسیدگی به قضیه امپامبارا، دادگاه کیفری بین‌المللی برای رواندا نیز مسئولیت فرمانده را در مواردی که زیردستان مرتکب جرم می‌شوند، استثنایی بر اصل شخصی بودن جرم دانست.^{۴۷} برشمردن مسئولیت فرماندهان به‌عنوان استثنایی بر اصل شخصی بودن جرائم، آشکار می‌کند که به باور دادگاه، فرمانده بابت جرم ارتكابی توسط زیردستان مسئول است و با وی در مقام مداخله در این جرم برخورد می‌شود. از مجموع این دیدگاه‌ها می‌توان رویکرد وابسته را برداشت کرد.

در مقابل، رویکرد دوم، کوتاهی فرمانده را متمایز از جرم زیردستان دانسته و مسئولیت کیفری مستقلی را برای وی شناسایی می‌کند. در واقع، این رویکرد، فرمانده را بابت اعمال خودش، یعنی کوتاهی وی در اعمال مجازات یا پیشگیری از جرم مسئول قلمداد می‌کند و با او در مقام مداخله در جرم زیردستان، برخورد نمی‌کند. همچنین، این رویکرد، «درجه عدم ایفا وظیفه فرمانده» را به‌عنوان زمینه اولیه بررسی نوع مجازات، پیش روی خود قرار می‌دهد.^{۴۸}

شعبه بدوی دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگوسلاوی سابق، در قضیه هالیووویچ، به روشنی، فرمانده را بابت کوتاهی وی، مسئول دانست و بر این باور بود که فرمانده باید به‌واسطه جرائم زیردستان، مسئولیت «اقدامات خود» را بپذیرد.^{۴۹} همچنین، شعبه بدوی دادگاه مذکور، در قضیه اوربیچ نیز بر این باور بود که فرمانده، مسئولیت اقدامات خویش، مبنی بر کوتاهی در اعمال مجازات و پیشگیری از وقوع جرم را بر عهده می‌گیرد و نمی‌توان با وی در مقام مداخله در جرم زیردستان، برخورد کرد.^{۵۰} مسئول دانستن فرمانده بابت کوتاهی در انجام وظایف خویش که به روشنی در آرا مذکور مورد اشاره قرار گرفته است، رویکرد مستقل را به ذهن متبادر می‌کند. در واقع با تکیه بر آرای که فرمانده را بابت کوتاهی در انجام وظایف خود و نه بابت جرم زیردستان، مسئول می‌شناسد، می‌توان رویکرد مستقل را برداشت نمود.

آنگونه که گذشت، تصمیم شعبه تجدیدنظر در قضیه حاجی حسن و کوبورا، مبنی بر عدم مسئولیت مافوق جانشین^{۵۱}، ناشی از پذیرش رویکرد نخست بود و بر همین اساس، دادگاه رسیدگی کننده، امیر کوبورا را بابت اهمال در اعمال مجازات بر زیردستان، مسئول ندانست. با وجود استدلال مذکور، به نظر می‌رسد که تعیین رویکرد مسئولیت کیفری، متناسب با اعمال فرمانده، مبنی بر کوتاهی در پیشگیری از وقوع جرم و کوتاهی در اعمال مجازات، نیازمند بررسی دقیق ماهیت اعمال مذکور و تعیین ارتباط آن‌ها با جرم

46. ICTY. Prosecutor v. Enver Hadžihasanović, Mehmed Alagic and Amir Kubura. Case No: IT-01-47-AR72. AC, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility. 2003. Para 44.

47. ICTR. Prosecutor v. Jean Mpambara. Case No: ICTR-01-65-T. TC, Judgement. 2006. Para 26.

۴۸. همان، ۲۸۵-۲۸۷.

49. ICTY. Prosecutor v. Sefer Halilović. Case No. IT-01-48-T. TC, Judgement. 2005. Para 54.

50. ICTY. Prosecutor v. Naser Orić. Case No. IT-03-68-T. TC II, Judgement. 2006. Para 293.

51. ICTY. Prosecutor v. Enver Hadžihasanović, Mehmed Alagic and Amir Kubura. Case No: IT-01-47-AR72. AC, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility. 2003. Para 37-57.

زیردستان، به صورت جداگانه است. در واقع باید به هر یک از تکالیف فرمانده، مبنی بر «پیشگیری از وقوع جرم» و «اعمال مجازات بر زیردستان»، به عنوان وظایفی مستقل نگرست و ارتباط هر یک را با جرم ارتكابی توسط زیردستان، به صورت جداگانه بررسی کرد.

در خصوص رابطه میان «کوتاهی فرمانده در انجام وظیفه پیشگیری» و «جرایم زیردستان»، شعبه بدوی در رسیدگی به قضیه دلایچ توضیح می‌دهد: اگرچه مفهوم سنتی رابطه علیت به عنوان یک اصل ضروری مسئولیت کیفری، در حقوق کیفری بین‌المللی پذیرفته نشده است؛ اما، میان کوتاهی فرمانده در پیشگیری از وقوع جرم و ارتكاب جرم مذکور توسط زیردستان، رابطه علیت مفروض است.^{۵۲} شعبه بدوی دیوان، در قضیه بمبا نیز اذعان داشت: «برای اثبات مسئولیت کیفری مافوق بر اساس ماده (۱) ۲۸، کافی است آشکار گردد که کوتاهی فرمانده، منجر به افزایش خطر جرم متهم گردیده است».^{۵۳} بدین ترتیب میان کوتاهی فرمانده در پیشگیری از جرم زیردستان و تحقق جرم مذکور، رابطه علیت منفی برقرار است. بدین معنا که ترک فعل، موجب تحقق یک نتیجه می‌شود.^{۵۴}

بر اساس استدلال‌های فوق، میان کوتاهی فرمانده در پیشگیری از وقوع جرم و ارتكاب جرم مذکور توسط زیردستان، رابطه علیت مفروض است و در واقع رابطه مذکور جزء ذاتی مسئولیت فرمانده تلقی می‌شود.^{۵۵} رابطه علیت در این معنا، با مفهوم سنتی رابطه علیت متفاوت است. به گونه‌ای که در مسئولیت فرماندهان، نیازی به اثبات رابطه علیت وجود ندارد و همانطور که ذکر شد، این رابطه جزء ذاتی و مفروض مسئولیت فرمانده بابت کوتاهی در پیشگیری از وقوع جرم، در نظر گرفته می‌شود.^{۵۶} این امر درحالی است که، اگر رابطه علیت در مفهوم سنتی حقوق کیفری مورد نظر بود، اثبات این رابطه به‌عنوان امری مستقل ضروری تلقی می‌شد و احراز نمودن آن، موجب عدم مسئولیت فرمانده می‌گردید. با این حال، اگرچه تکلیفی بر قضات بابت اثبات رابطه مذکور وجود ندارد، اما رابطه علیت، حتی در چنین شرایطی، بر مسئولیت فرمانده جانشین اثرگذار است.

مفروض دانستن رابطه علیت، موجب می‌شود تا در مورد مسئولیت فرمانده بابت کوتاهی در پیشگیری از وقوع جرم، احراز رابطه فرمانده - فرمانبر در زمان وقوع جرم زیردستان، الزامی و ضروری باشد. چون در صورت احراز نمودن رابطه فرماندهی، پذیرش علیت مفروض نیز خدشه دار می‌گردد. در واقع رابطه علیت مفروض، میان کوتاهی فرمانده جانشین در پیشگیری از تحقق جرم و ارتكاب جرم مذکور توسط زیردستان، مخدوش است. چون وی در زمان وقوع جرم توسط زیردستان از سمت فرماندهی برخوردار نبوده است.

با این وجود، میان «کوتاهی در اعمال مجازات» توسط فرمانده و «جرم زیردستان»، رابطه‌ای برقرار نیست. در قضیه دلایچ شعبه بدوی توضیح داد: میان جرم ارتكابی توسط زیردستان و کوتاهی فرمانده در مجازات جرم مذکور، ارتباطی وجود ندارد.^{۵۷} دیوان نیز در

52. ICTY. Prosecutor v. Zejnir Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic and Esad landzo (Celebici Case). Case No. IT-96-21-T. TC, Judgement. 1998. Para 398-399.

53. ICC. The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Case No. ICC-01/05-01/08-424. PTC II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo. 2009. Para 425.

54. Robert Cryer et al, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, (Cambridge University Press, 2010), 397.

۵۵. البته وجود این ارتباط به این معنا نیست که فرمانده مستقیماً به واسطه جرایم ارتكابی توسط زیردستان نیز محاکمه خواهد شد.

۵۶. برای مطالعه بیشتر در خصوص رابطه علیت در مورد مسئولیت فرماندهان، نک.

- Guenael Mettraux, "Command Responsibility as Sui Generis from of Liability for Omission". In *The law of Command Responsibility*, (Oxford: Oxford Academic, 2009), 4.

- Miles Jackson, Causation and the Legal Character of Command Responsibility after Bemba at the International Criminal Court, *Journal of International Criminal Justice*, 20, 2, (2022), 437-458.

57. ICTY. Prosecutor v. Zejnir Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic and Esad landzo (Celebici Case). Case No. IT-96-21-T. TC, Judgement. 1998. Para 400.

قضیه بمبا در راستای تفسیر و تعیین دقیق دامنه ماده (۱) ۲۸^{۵۸} اساسنامه رم توضیح داد: عدم رعایت وظایف مربوط به سرکوب^{۵۹} یا ارجاع موضوع به مراجع صالح جهت تعقیب یا محاکمه [زیردست] در حین یا پس از ارتکاب جرم [زیردستان] رخ می‌دهد. بنابراین غیر منطقی است که ادعا نماییم نقض وظایف مذکور می‌تواند موجب وقوع جرم [زیردستان] شود.^{۶۰} در واقع ماده (۱) ۲۸ به واسطه بیان کلی خود، مبنی بر اینکه «جرم در نتیجه کوتاهی مافوق رخ می‌دهد»، این شائبه را به ذهن متبادر می‌کند که وجود علیت در تمام تکالیف فرمانده، مبنی بر پیشگیری، سرکوب یا گزارش جرم به مراجع صالح (که جایگزین وظیفه مجازات در اساسنامه یوگوسلاوی شده است)، شرط الزامی است. به همین واسطه نیز شعبه دیوان در قضیه بمبا، دامنه ماده فوق را تعیین کرد. استدلال دیوان در قضیه بمبا و دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگوسلاوی سابق در قضیه دلایچ، به لحاظ منطقی نیز صحیح جلوه می‌کند. در واقع، فاصله زمانی میان جرم زیردستان و کوتاهی در اعمال مجازات و همچنین تقدم زمان وقوع جرم توسط زیردستان بر کوتاهی مافوق، آشکار می‌کند که اهمال فرمانده در اعمال مجازات، هیچ اثری بر تحقق جرم زیردستان نمی‌گذارد. بنابراین، مقام مافوق را نمی‌توان به واسطه کوتاهی در اعمال مجازات، در تحقق جرم زیردستان سهیم دانست. بر این اساس، آشکار می‌گردد که جرم مذکور و تکلیف فرمانده به اعمال مجازات، متمایز و مستقل از یکدیگر هستند.

فقدان ارتباط میان کوتاهی در اعمال مجازات و جرم زیردستان، موجب می‌شود تا احراز رابطه فرمانده - فرمانبر در زمان وقوع جرم مذکور، فاقد اثر باشد و به عبارتی احراز یا عدم احراز آن در مسئولیت فرمانده بابت کوتاهی در اعمال کیفر، اثری نداشته باشد. بدین ترتیب، مسئولیت مافوق بابت کوتاهی در اعمال کیفر، باید از رویکرد مستقل تبعیت کرده و فرض مسئولیت فرمانده جانشین نیز صحیح تلقی شود. چون تکلیف فرمانده به اعمال مجازات، مستقل از جرم زیردستان است. به همین واسطه، نیازی به احراز رابطه فرمانده - فرمانبر در زمان وقوع جرم مذکور، بابت کوتاهی مافوق در اعمال مجازات، وجود ندارد و فرمانده مکلف است تا همه جرایمی را که نسبت به آن‌ها آگاهی پیدا می‌کند، صرف نظر از زمان وقوع، مجازات نماید.^{۶۱} بدین ترتیب، موضع شعبه تجدیدنظر در رسیدگی به قضیه حاجی حسن اوویچ و امیر کوبورا، مبنی بر عدم مسئولیت کوبورا بابت کوتاهی در اعمال مجازات بر زیردستان، به واسطه جرایمی که پیش از فرماندهی وی ارتکاب یافته، قابل نقد است و صحیح به نظر نمی‌رسد.

نتیجه‌گیری

۵۸. بند اول ماده ۲۸ اساسنامه رم مقرر می‌کند: «فرمانده نظامی یا شخصی که عملاً به‌عنوان فرمانده نظامی عمل می‌کند، نسبت به جرایمی که رسیدگی به آن‌ها در صلاحیت دیوان است و توسط نیروهایی که تحت فرماندهی و کنترل موثر او یا تحت اختیار وی هستند، انجام شده‌اند، به‌واسطه کوتاهی در اعمال کنترل مناسب بر نیروهای مذکور مسئول است به شرطی که: الف) فرمانده نظامی یا شخص مذکور با توجه به اوضاع و احوال قضیه می‌دانسته و یا باید می‌دانسته است که نیروهای تحت امر او مرتکب جنایت‌های مذکور شده یا در آستانه ارتکاب هستند و ب) فرمانده نظامی یا شخص مذکور در انجام اقدامات لازم و معقول برای جلوگیری یا ممانعت از ارتکاب جرایم مذکور یا گزارش به مقام صالح جهت تعقیب و تحقیق، به‌رغم آن که در توانش بوده، خودداری نماید.

۵۹. همانگونه که پیشتر نیز در پژوهش ذکر شد، سرکوب یا Repress، تکلیفی است که بر مبنای آن، فرمانده وظیفه دارد، «در حین ارتکاب جرم» از ادامه فرایند جرم مذکور، جلوگیری نماید و به عبارتی جرم را سرکوب کند. وظیفه سرکوب با تکلیف «گزارش جرم» یا «اعمال مجازات» که پس از وقوع جرم توسط زیردستان، محقق می‌شوند، متفاوت است. قابل توجه است که فرمانده جانشین بابت عدم سرکوب جرم نمی‌تواند مسئول تلقی شود، مگر آن که جرم مستمر باشد و پس از فرماندهی وی نیز ادامه یابد.

60. ICC. The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Case No. ICC-01/05-01/08-424. PTC II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo. 2009. Para 424.

۶۱. برای دیدن نظر موافق، نک.

حسین آقایی جنت مکان، «مسئولیت کیفری مقامات مافوق و زیردستان آنان در حقوق بین‌الملل کیفری» (رساله دکترا، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۴)، ۱۰۳.

بررسی مسئولیت کیفری فرمانده جانشین در چارچوب دکترین مسئولیت کیفری مافوق، دو موضع متفاوت را به تصویر می‌کشد. نخست عدم مسئولیت کیفری فرمانده جانشین بابت کوتاهی در پیشگیری از وقوع جرم و دوم، مسئولیت کیفری فرمانده جانشین بابت کوتاهی در اعمال مجازات بر زیردستان. یافته‌های این پژوهش آشکار کرد که رابطه فرمانده - فرمانبر در خصوص مقام مافوق، باید در زمان ترک فعل وی وجود داشته باشد. بر این اساس در خصوص فرمانده جانشین، وی به واسطه نداشتن سمت فرماندهی در زمان وقوع جرم توسط زیردستان و پیش از آن، بابت کوتاهی در پیشگیری از وقوع جرم مسئول تلقی نمی‌شود. در حقیقت لزوم تقدم ترک فعل فرمانده، بر زمان تحقق جرم توسط زیردستان، موجب می‌شود تا رابطه فرمانده - فرمانبر پیش و در آستانه وقوع جرم مذکور نیازمند احراز باشد. بدین ترتیب چون فرمانده جانشین در این زمان از سمت فرماندهی برخوردار نبوده، مسئولیت کیفری ندارد. از سوی دیگر، رکن معنوی لازم نیز برای مسئولیت کیفری فرمانده در خصوص فرمانده جانشین، محرز نیست.

بعلاوه آشکار گردید که مسئولیت کیفری بابت کوتاهی در پیشگیری از وقوع جرم از رویکرد وابسته تبعیت کرده و به واسطه «فرض وجود رابطه علیت»، میان ترک فعل فرمانده مبنی بر اهمال در پیشگیری از وقوع جرم با ارتکاب جرم توسط زیردستان، در هنگام بررسی مسئولیت کیفری فرمانده بابت کوتاهی در پیشگیری از وقوع جرم، باید رابطه فرمانده - فرمانبر در زمان وقوع جرم توسط زیردستان نیز احراز شود که این رابطه در زمان وقوع جرم مذکور، برای فرمانده جانشین، محرز نیست. همچنین فرمانده جانشین، هیچگونه رفتاری مبنی بر کوتاهی در پیشگیری از وقوع جرم، انجام نداده و بر همین اساس تحقق رکن مادی نیز از ناحیه وی قابل تصور نیست. با این حال حتی در صورت انجام رفتار مبنی بر کوتاهی در وقوع جرم نیز به واسطه عدم احراز رابطه فرماندهی در آستانه ارتکاب جرم، مسئولیت کیفری فرمانده جانشین، منتفی است. بنابراین هر سه رکن مربوط به تحقق مسئولیت مافوق، در خصوص فرمانده جانشین بابت کوتاهی در پیشگیری از وقوع جرم، قابلیت اثبات ندارد و نمی‌توان وی را مسئول کیفری تلقی کرد.

در نقطه مقابل و در خصوص مسئولیت کیفری فرمانده جانشین بابت کوتاهی در اعمال مجازات، هر سه رکن مذکور محرز است. در واقع، در زمان ترک فعل مافوق مبنی بر کوتاهی در اعمال کیفر، رابطه فرمانده - فرمانبر میان مافوق و زیردستان شایسته مجازات، برقرار است. رکن معنوی فرمانده نیز در این زمان قابلیت احراز دارد که در صورت احراز، مافوق، بابت کوتاهی در اعمال مجازات، مسئول تلقی می‌گردد. رکن مادی کوتاهی در اعمال مجازات نیز، در صورتی که توسط فرمانده جانشین انجام پذیرد، به واسطه احراز شروط پیشین، موجب مسئولیت وی می‌شود. همچنین، علاوه بر موارد فوق، در یک تحلیل دقیق آشکار شد که مسئولیت کیفری درباره کوتاهی در اعمال مجازات، از رویکرد مستقل تبعیت کرده و بر این اساس، مسئولیت کیفری فرمانده بابت جرم مذکور، مستقل از مسئولیت کیفری زیردستان است. بنابراین، استقلال مسئولیت کیفری فرمانده بابت «کوتاهی در اعمال مجازات» از «جرم زیردستان»، موجب می‌شود تا احراز رابطه فرمانده - فرمانبر در زمان وقوع جرم مذکور، بابت ارزیابی مسئولیت کیفری ناشی از کوتاهی در اعمال مجازات، بیهوده تلقی گردد و بر همین اساس، فرض مسئولیت کیفری مافوق جانشین بابت کوتاهی در اعمال مجازات، قابل تصور و مطابق با قانون باشد.

نتایج حاصل از پژوهش به شرح فوق، یکی دیگر از ایرادات وارده از سوی شعبه تجدیدنظر در قضیه حاجی حسن اوویچ و کوبورا بر مسئولیت فرمانده جانشین را نیز پاسخ می‌دهد. شعبه تجدیدنظر در پاسخ به نظرات مخالف قاضی هانت و شهاب‌الدین، توضیح می‌دهد که مخالفان با استدلال دادگاه مبنی بر عدم مسئولیت فرمانده جانشین، هیچگونه اصل صریح عرفی مبنی بر مسئولیت

فرمانده جانشین را معرفی نمی‌کنند و این فقدان اصل، نظر دادگاه را تقویت می‌کند.^{۶۲} به‌رغم استدلال دادگاه تجدیدنظر، یافته‌های پژوهش حاضر نمایان می‌کند که قلمرو مقررات موجود در خصوص مسئولیت مافوق، به‌گونه‌ای است که مسئولیت فرمانده جانشین نیز در همان چارچوب قابل تصور است. در حقیقت مراجع رسیدگی با تدقیق در مقررات مربوط به دکترین مسئولیت مافوق، می‌توانند حکم به مسئولیت فرمانده جانشین بابت کوتاهی در اعمال مجازات صادر نمایند.^{۶۳} با این حال، به‌واسطه اختلاف نظرهایی که در مورد مسئولیت فرمانده جانشین در روبه قضایی دادگاه‌های بین‌الملل کیفری دیده می‌شود، شایسته است که مقررات اساسنامه رم، اصلاح شده و به روشنی فرمانده جانشین را بابت کوتاهی در مجازات زبردستان یا عدم گزارش جرم به مراجع صالح، مسئول تلقی نماید. در این صورت با «بی‌کیفرمانی» فرماندهان نیز مقابله می‌شود.

فهرست منابع

آقایی جنت مکان، حسین. «مسئولیت کیفری مقامات مافوق و زبردستان آنان در حقوق بین‌الملل کیفری» رساله دکترا، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۴.

پورشریعی، جواد؛ رضایی‌نژاد، ایرج و قربانی، علی. «بررسی ماهیت و ابعاد مسئولیت کیفری فرماندهان و مقامات مافوق در حقوق بین‌الملل کیفری و حقوق کیفری ایران»، فقه جزای تطبیقی، ۲، ۵ (۱۴۰۱)، ۶۲۹-۶۴۰. Doi: 10.22034/jccj.2024.413232.1348.

صلاحی، سهراب. «مسئولیت کیفری مافوق در نقض قواعد و مقررات حقوق بشر و بشردوستانه از سوی مأمورین امریکایی در اشغال عراق»، مجله حقوقی بین‌المللی، ۳۲، ۵۳ (۱۳۹۵)، ۲۵۵-۲۸۶. Doi: 10.22066/cilamag.2015.18539.

عسکری راد، حسین و زمانی، سید قاسم. «تحولات انتساب مسئولیت کیفری آمر و مامور در حقوق بین‌الملل»، پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، ۸، ۱۵ (۱۳۹۹)، ۷۵-۹۸.

قربشی، سید رسول. «تحلیل رابطه مافوق مادون بعنوان عنصر ساختاری مسئولیت کیفری مقامات مافوق در اسناد بین‌المللی و روبه قضایی»، فصلنامه علمی مطالعات بین‌المللی پلیس، ۵، ۴ (۱۳۹۳)، ۵۹-۸۶.

کاسسه، آنتونیو؛ پاتولو گایتا، لورل بیگ، ماری فان، کریستوفر گاسنل و الکس ویتینگ. حقوق بین‌الملل کیفری. ترجمه حسن پیران. تهران: نشر نو، ۱۴۰۱.

یاراحمدی، حسین؛ محبوبی، داود و بیراموند، رضا. «مسئولیت کیفری آمر و مأمور در حقوق کیفری بین‌المللی با نگاهی به قوانین داخلی ایران»، فصلنامه علمی مطالعات بین‌المللی پلیس، ۲، ۳ (۱۳۹۰)، ۱۳۹-۱۶۸.

Bantekas, Ilias. *International Criminal Law*. Hart Publishing, 2010.

Cryer, Robert, Hakan Friman, Darryl Robinson, Elizabeth Wilmschurst. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. Cambridge University Press, 2010.

62. ICTY. Prosecutor v. Enver Hadžihasanović, Mehmed Alagic and Amir Kubura. Case No: IT-01-47-AR72. AC, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility. 2003. Para 53.

۶۳. قاضی هانت نیز در نظریه خود به این موضوع اذعان داشته است، اما نظر ایشان متکی بر یک بررسی دقیق در مقررات دکترین مسئولیت کیفری نیست. در این خصوص نک.

ICTY, Prosecutor v. Enver Hadžihasanović, Mehmed Alagic and Amir Kubura, Case No. IT-01-47-AR72, Separate and Partially Dissenting Opinion of Judge David Hunt Command Responsibility Appeal, 2003.

International Criminal Court (ICC). The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Case No. ICC-01/05-01/08-424. PTC II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo. 2009.

International Criminal Court (ICC). The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Case No. ICC-01/05-01/08-3343. TC III, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute. 2016.

International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR). Prosecutor v. Jean Mpambara. Case No: ICTR-01-65-T. TC, Judgement. 2006.

International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY). Prosecutor v. Enver Hadžihasanović, Mehmed Alagic and Amir Kubura. Case No. IT-01-47- PT. Written Submission of Amir Kubura on Defence Challenges to Jurisdiction. 2002.

International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY). Prosecutor v. Enver Hadžihasanović, Mehmed Alagic and Amir Kubura. Case No: IT-01-47-AR72. AC, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility. 2003.

International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY). Prosecutor v. Enver Hadžihasanović, Mehmed Alagic and Amir Kubura. Case No. IT-01-47-AR72. Separate and Partially Dissenting Opinion of Judge David Hunt Command Responsibility Appeal. 2003.

International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY). Prosecutor v. Pavle Strugar. Case No. IT-01-42-T. TC II, Judgment. 2005.

International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991 (ICTY). Prosecutor v. Vidoje Blagojević and Dragan Jokić. Case No. IT-02-60-T. TC I, Judgement. 2005.

International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991 (ICTY). Prosecutor v. Sefer Halilović. Case No. IT-01-48-A. AC, Judgement. 2007.

International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991 (ICTY). Prosecutor v. Sefer Halilović. Case No. IT-01-48-T. TC, Judgement. 2005.

International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991 (ICTY). Prosecutor v. Radovan Karadzic. Case No. MICT-13-55-A. AC, Judgement. 2019.

International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991 (ICTY). Prosecutor v. Dario Kordić and Mario Čerkez. Case No. IT-95-14/2-T. TC, Judgement. 2001.

International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991 (ICTY). Prosecutor v. Slobodan Milosevic. Case No. IT-02-54-T. TC I, Decision On Motion For Judgment Of Acquittal. 2004.

International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991 (ICTY). Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic and Esad landzo (Celebici Case). Case No. IT-96-21-A. AC, Judgement. 2001.

International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991 (ICTY). Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic and Esad landzo (Celebici Case). Case No. IT-96-21-T. TC, Judgement. 1998.

International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991 (ICTY). Prosecutor v. Naser Orić. Case No. IT-03-68-T. TC II, Judgement. 2006.

Mettraux, Guenael. "Command Responsibility as Sui Generis from of Liability for Omission". *In The law of Command Responsibility*, 61-130. Oxford: Oxford Academic, 2009. DOI:10.1093/acprof:oso/9780199559329.003.0004.

Miles Jackson, Causation and the Legal Character of Command Responsibility after Bemba at the International Criminal Court, *Journal of International Criminal Justice*, 20, 2, (2022), 437–458.<https://doi.org/10.1093/jicj/mqac018>.

Sprial Court For Sierra Leone (SCSL). Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbo. Case No. SCSL-04-15-A. AC, Judgement. 2009.