

## رویکرد افتراقی به عنصر معنوی جرم در نظریه فعالیت مجرمانه مشترک در پرتو آرای دادگاه‌های کیفری بین‌المللی موردی

مرتضی میرزایی مقدم<sup>۱</sup>

ابوالفتح خالقی<sup>۲</sup>

### چکیده

تحقق اهداف حقوق بین‌الملل کیفری از جمله جلوگیری از بی‌کیفرمانی مجرمان، مستلزم طرح نظریه فعالیت مجرمانه مشترک و اعمال آن در دادرسی‌های بین‌المللی بود. وفق این نظریه، عدم دخالت مستقیم فرد در ارتکاب رکن مادی جرم مانع اعمال مسئولیت و کیفر بر وی نیست؛ مشروط بر اینکه از عنصر معنوی لازم برخوردار باشد. محاکم بین‌المللی کیفری در احراز عنصر معنوی نظریه یادشده رویکردی متفاوت برگزیده‌اند و مفاهیم مختلفی مطرح نموده‌اند؛ با این توضیح که در گونه نخست یا بنیادین، مفهوم «قصد مشترک» اساس تحقق عنصر معنوی قرار گرفت. در گونه دوم یا گونه نظام‌مند، «قصد پیشبرد نظام مجرمانه» شرط اصلی مسئولیت متهم عنوان گردید و در گونه سوم یا گونه گسترده نظریه فعالیت مجرمانه مشترک، «قابلیت پیش‌بینی جرم» ستون اصلی عنصر معنوی را بنیاد نهاد. اگرچه طرح این مفاهیم، حقوق بین‌الملل کیفری را به اهداف خود نزدیک ساخت، لکن به‌کارگیری آن‌ها سرآغاز چالش‌ها و پرسش‌های فراوانی در خصوص حدود و چارچوب مفاهیم یادشده، امکان انطباق آن‌ها با جرایم با سوءنیت خاص و... شد؛ چالش‌هایی که نشان‌دهنده ضرورت هرچه بیشتر واکاوی عنصر معنوی نظریه فعالیت مجرمانه مشترک با عنایت به اصول حقوق کیفری و اساس و ماهیت نظریه پیش‌گفته است.

**واژگان کلیدی:** پیش‌بینی جرم، قصد پیشبرد نظام مجرمانه، قصد مشترک، نظریه فعالیت مجرمانه مشترک.

## مقدمه

نظریه «فعالیت مجرمانه مشترک» به عنوان نظریه مرتبط با مسئولیت کیفری بین‌المللی به دنبال اعمال مسئولیت و کیفر بر همه افراد درگیر در ارتکاب جنایات بین‌المللی است. اگرچه در اساسنامه‌های دیوان‌های کیفری بین‌المللی مرتبط با یوگسلاوی سابق و رواندا به این نظریه اشاره نشده، اما در برخی تصمیمات این دو دیوان مطرح و پذیرفته شده است. شعبه تجدیدنظر در پرونده «تادیچ» نخستین محکمه‌ای بود که از این نظریه به عنوان یکی از مبانی ایجاد مسئولیت در حقوق کیفری بین‌المللی یاد کرد (میرمحمدصادقی، ۱۳۸۳، ۱۶۵).

بر اساس این نظریه در صورت وجود طرح یا برنامه مشترکی که ارتکاب جرایم مقرر در قانون را در خود گنجانده باشد، اگر فردی با عده‌ای دیگر در اجرای این طرح مشترک همکاری نماید، او مسئول کلیه جرایم خواهد بود (Prosecutor v. vasilevic, 2004, para 95). مطابق این مفهوم، اعضای گروهی که دارای هدف یا برنامه مشترک هستند در پاره‌ای اوقات علاوه بر مسئولیت در برابر جرایم مورد توافق، در مقابل همه جرایمی که نتیجه طبیعی و قابل انتظار آن طرح مشترک بوده و پیش‌بینی آن برای اعضا امکان‌پذیر باشد، مسئول شناخته می‌شوند. در حقوق بین‌الملل کیفری عموماً بین افراد درگیر در جرم از جهت مسئولیت تفاوتی نیست (کاسسه، ۱۳۸۷، ۲۲۲).

نظریه فعالیت مجرمانه مشترک بر دو عنصر مهم مادی و معنوی جنایت متمرکز است. عنصر مادی، امکان مداخله و میزان مشارکت در رفتار جنایی را بررسی می‌کند و عنصر معنوی نیز بر فرض وجود قصد و اراده متهم در ارتکاب عمل انتسابی تکیه دارد. در مقاله حاضر، قسمت اخیر (عنصر معنوی) در نظریه فعالیت مجرمانه مشترک محل بررسی و تأمل است.

در قلمرو حقوق بین‌الملل کیفری، نظریه فعالیت مجرمانه مشترک بر اساس رویه قضایی دیوان‌های کیفری به سه گونه بنیادین، نظام‌مند و گسترده تقسیم شده است. گونه اول که «گونه پایه‌ای یا بنیادین فعالیت مجرمانه مشترک» نام گرفته، به دنبال ایجاد مسئولیت و

تعیین کیفر برای اشخاصی است که در اجرای طرحی مجرمانه که ارتکاب یک یا چند جنایت بین‌المللی را در خود دارد، مشارکت می‌کنند ( Prosecutor v. Tadic, 1997, para 196). لذا شرایط اصلی تحقق این گونه، وجود طرح و قصد مشترک در اجرای آن است.

در «گونه نظام‌مند فعالیت مجرمانه مشترک» وجود چند شرط ضرورت دارد: ۱. وجود سیستم سرکوب سازمان‌یافته؛ ۲. مشارکت فعال متهم در اجرایی کردن آن سیستم؛ ۳. آگاهی از ماهیت نظام‌یافته؛ ۴. هدف، پیشبرد آن نظام باشد ( Prosecutor v. kernojela, 2003, para 246).

گونه سوم نیز که به «گونه گسترش‌یافته مفهوم فعالیت مجرمانه مشترک» شهرت یافته است، هنگامی محقق می‌شود که «یکی از مجرمان مرتکب فعلی شود که هرچند خارج از آن طرح مشترک بوده، اما نتیجه طبیعی و قابل پیش‌بینی اجرای آن طرح باشد» (Prosecutor v. Tadic, 1999, para 204).

بررسی عنصر معنوی نظریه یادشده از آن جنبه اهمیت دارد که از یک سو، با عنایت به ابهامات موجود، چالش‌ها و مشکلاتی را در مسیر اعمال این نظریه ایجاد کرده است و از سوی دیگر، با عنایت به شدت بسیار کیفر جنایات بین‌المللی، با تعیین چارچوب این عنصر می‌توان از اعمال کیفرهای شدید بر افراد بی‌گناه جلوگیری نمود. همچنین نظر به توسعه جرایم سازمان‌یافته و جمعی در دنیای کنونی، پرداختن به عنصر معنوی مرتبط با این نظریه، می‌تواند راه را برای تدوین مبانی حقوقی مناسب برای اعمال کیفر بر مجرمان گروهی هموار نماید.

عنصر پیش‌گفته در دادگاه‌های موقتی رسیدگی به جنایات بین‌المللی در یوگسلاوی سابق و رواندا مورد توجه و بحث فراوان واقع شده است. واضح نظریه یادشده، یعنی دادگاه تجدیدنظر، در پرونده «تادیچ» در این خصوص بیان می‌دارد:

«رکن روانی در خصوص هریک از گونه‌های فعالیت مجرمانه مشترک متفاوت است. در خصوص گونه اول، وجود قصد ارتکاب یک جرم مشخص (که در بین همه شرکا و افراد مشترک است) ضرورت دارد. در مورد گونه دوم آگاهی فرد از نظام و سازمانی از رفتارهای

غیرقانونی (که یا با ادله قطعی قابل اثبات است یا از مقام و موقعیت فرد) و قصد پیشبرد این نظام ضرورت دارد. در خصوص گونه سوم، قصد شرکت در فعالیت مجرمانه یا تحقق هدف مجرمانه در خصوص فعالیت مجرمانه یا هر ترتیبی برای ارتکاب جرم از سوی گروه نیاز است. افزون بر آن، صرف نظر از توافق نسبت به طرح مشترک، تحقق مسئولیت کیفری بر مبنای این گونه، مشروط به آن است که متهم وقوع جرم را از سوی یک یا چند نفر از اعضای گروه پیش‌بینی کرده، با وجود آن، خطر وقوع آن جرایم را عمداً بخواهد» (ibid, para 228).

همان‌طور که مشاهده می‌شود دادگاه در مقام تعیین چارچوب عنصر معنوی نظریه فعالیت مجرمانه مشترک، سه رویکرد اصلی مبتنی بر قصد مشترک، قصد پیشبرد نظام مجرمانه، و پیش‌بینی ارتکاب جنایت را معرفی کرد. با وجود این با توجه به تفاوت رویکرد یادشده با رویکردهای راجع به عنصر معنوی در سایر موارد که عموماً مبتنی بر قصد و علم هستند، این رویکرد منشأ پرسش‌ها و چالش‌های فراوانی در خصوص تمییز مفهوم قصد مشترک، نوعی یا شخصی بودن شیوه استنباط قصد، تعیین مفهوم و حدود قصد پیشبرد نظام و قابلیت پیش‌بینی، چگونگی انطباق آن در خصوص جرایم با سوءنیت خاص و... قرار گرفت. نگارندگان این مقاله کوشیده‌اند با تمرکز بر رویه دادگاه‌های کیفری بین‌المللی پاسخ مناسبی برای این پرسش‌ها ارائه نمایند.

## ۱. رویکرد مبتنی بر قصد مشترک

این رویکرد در خصوص گونه اول یا گونه بنیادین نظریه فعالیت مجرمانه مشترک مطرح شد. همان‌گونه که در دادگاه تجدیدنظر در پرونده «تادیچ» بیان گردید، در خصوص این گونه، رکن معنوی نیازمند وجود قصد شرکت در ارتکاب جرم و اشتراک در قصد است. بنابراین پیش از بررسی مفهوم قصد مشترک، پردازش مفهوم قصد شرکت در ارتکاب جرم ضروری به نظر می‌رسد.

### ۱.۱. قصد شرکت در ارتکاب جرم

بند ۲ ماده ۳۰ اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی در خصوص مفهوم قصد بیان می‌دارد:

«شخص هنگامی قاصد است که قصد ارتکاب اصل عمل را داشته و در مورد نتیجه نیز از قصد آن برخوردار باشد یا آگاه باشد که آن نتیجه در روند طبیعی امور رخ خواهد داد».

همچنین برخی در تعریف قصد به عناصر مختلف مادی جرم توجه کرده و بیان داشته‌اند که شرکت‌کننده هنگامی قصد مشارکت در طرح مشترک را دارد که به‌طور خاص قصد اجرای عناصر مادی جرایم اصلی را داشته باشد ( Prosecutor v Simic, 2003, para 158). در پرونده «لوبانگا» نیز در خصوص تحقق مفهوم قصد به دو شرط اشاره شده است: ۱. متهم می‌داند که فعل یا ترک فعلش به ایجاد عناصر مادی جرم منجر خواهد شد. ۲. متهم آن فعل یا ترک فعل را با تمرکز و قصد واقعی انجام می‌دهد ( Lubanga Case, 2007, para 326).

به هر ترتیب، اثبات قصد و عمد فرد در مشارکت در اجرای طرح مشترک ضروری است. بنابراین در صورتی که وی بدون قصد و بر مبنای اضطرار یا اجبار در اجرای طرح مشترک مشارکت نماید، مسئولیتی متوجه وی نخواهد بود.

اکنون مسئله قابل طرح این است که آیا می‌توان با توجه به نوع، میزان، کیفیت و حجم مشارکت فرد در اجرای طرح ارتکاب رفتار مجرمانه، قاصد بودن وی را احراز کرد و به مسئولیت کیفری فرد رسید؟

در خصوص این موضوع مواردی وجود دارد که دادگاه‌ها به امکان آن نظر داده‌اند. برای مثال، قاضی دادگاه بین‌المللی مرتبط با یوگسلاوی سابق در پرونده «کوردیچ» در خصوص مسئولیت ماریو سرکز بیان داشت: «با توجه به اینکه ۱. از نوامبر ۱۹۹۱ تا ۱۹۹۴م گروهی برای آزار و اذیت جمعیت مسلمان بوسنی در بوسنی مرکزی تشکیل شده بود و ۲. ماریو سرکز به‌عنوان فرمانده Viteska Brigade نقش خود را در آن گروه با فرماندهی سربازان درگیر در برخی اتفاقات مانند حمله به ویتز و استاری ویتز ایفا نمود، بنابراین او شریک در اجرای طرح بوده و رکن روانی از مقام وی در گروه قابل استنباط است» ( Prosecutor v Kordic, 2001, para 831).

همچنین در پرونده «کراجیسنیچ» دادگاه بیان داشت: «متهم با توجه به اطلاعاتی (حتی

به صورت کلی) که به سردهسته صربستانی بوسنی (نه لزوماً فقط به وی) گزارش می‌شد، از جریان وقوع اتفاقات مثل توقیف شهروندان، اخراج یا انتقال اجباری آن‌ها، برخورد ظالمانه یا غیرانسانی، قتل، سلب حیات، تخریب اموال شخصی و فرهنگی مسلمانان و کروات‌ها از سوی نیروهای صرب بوسنی آگاه بود. در نتیجه وی نه تنها مخزن منفعل اطلاعات نبود، در مورد اطلاعات فاش شده، مشتاق کسب جزئیات آن‌ها هم بوده است. او روزانه با اشخاص آگاه تماس می‌گرفت و مرکز مشاوره‌ای برای مدیران ایالات صرب بوسنی بوده است. دادگاه تردید ندارد که او و نزدیک‌ترین همکارش، رادوان کارادزیچ، از همه اطلاعات مهم مرتبط با امور صرب بوسنی آگاه بوده‌اند» (Prosecutor v Krajisnik, 2006, para 123).

دادگاه بدوی در پرونده «راکو ملادیچ» نیز قصد متهم در خصوص جرایم آزار و اذیت، قتل، نابودی و اعمال غیرانسانی علیه مسلمانان و کروات‌های بوسنی را از موقعیت وی به عنوان فرمانده، دریافت ریز گزارش‌ها، درگیری متهم در فعالیت‌ها، اطلاع‌رسانی گسترده ارتکاب جرایم از رسانه‌ها استنباط نمود (Prosecutor v mladic, 2017, para 4685).

اگرچه موارد یادشده دلالت بر رویه دادگاه‌ها در استنباط قصد مرتکب از اوضاع و احوال مختلف و چگونگی مشارکت فرد در اجرای طرح دارند، لکن می‌بایست صرفاً در خصوص افرادی که نقش برجسته‌ای در اجرای طرح داشته یا از مقام بالایی برخوردار بودند، از این رویه پیروی کرد. استفاده از این رویه در خصوص افرادی که دخالت اندکی در اجرای طرح داشتند یا فاقد مقام مهمی بودند، می‌تواند با انداختن بار اثبات بی‌گناهی برعهده آن‌ها به بی‌عدالتی و نقض اصول منجر شود.

موضوع دارای اهمیت آن است که آیا می‌توان افزون بر قصد، وجود سهل‌انگاری یا غفلت را نیز برای مسئول شمردن افراد بر مبنای این‌گونه کافی شمرد؟ منظور از سهل‌انگاری، نادیده گرفتن یک خطر آشکار و پیش‌بینی‌شده از سوی مرتکب و منظور از مسامحه بی‌توجهی کامل نسبت به معیارهای بدیهی مورد رعایت اشخاص متعارف جامعه است (میرمحمدصادقی، همان، ۱۵۴).

برخی علاوه بر قصد، وجود سهل‌انگاری عمدی را برای مسئول شمردن فرد کافی

می‌دانند و برای توضیح نظر خود به این نمونه اشاره می‌کنند که اگر گروهی از نظامیان به منظور الزام افراد غیرنظامی به ساختن یک پل برای عملیات نظامی، تصمیم به محروم کردن آن افراد از آب و غذا بگیرند یا آن‌ها را وادار به افشای نام غیرنظامیان دیگری کنند که در حملات غیرقانونی شرکت داشته‌اند و بعد از آن برخی از این غیرنظامیان بمیرند، افراد نظامی آن گروه نه فقط به علت شرکت در یک فعالیت مجرمانه مشترک برای ارتکاب جرایم جنگی، یعنی بردگی، گرفتن عمدی غیرنظامیان و وادار کردن افراد یک ملت به مشارکت در عملیات جنگی علیه کشور خودشان مسئول هستند، بلکه در خصوص قتل عمدی نیز باید پاسخگو باشند، زیرا مرگ آن افراد نتیجه طبیعی آن طرح مجرمانه مشترک بوده است (Cassese, op.cit, 111).

#### ۲.۱. قصد مشترک

نظریه فعالیت مجرمانه مشترک در پی مجازات افرادی است که اگرچه به طور مستقیم در ارتکاب رکن مادی جرایم واقع شده دخالتی نداشته‌اند، لکن چون اقدامات آن‌ها در اجرای طرح مجرمانه مؤثر بوده است، می‌توان آنان را مسئول دانست و مجازات نمود. در این باره حقوق کیفری بین‌المللی گرچه از ضرورت دخالت مستقیم فرد در اجرای رکن مادی صرف نظر نموده است، ولی بر وجود انطباق قصد فرد متهم و فاعل مادی تأکید می‌کند. بنابراین در صورتی که طرح کشتاری وجود داشته باشد، هرچند ممکن است نقش هریک در ارتکاب جرم و اجرای طرح متفاوت باشد، لکن با عنایت به اینکه قصد قتل بین همه افراد وجود داشته و مشترک است، می‌توان بدون توجه به تفاوت نقش افراد، همه آن‌ها را به کیفر رساند. لذا اثبات اشتراک قصد بین متهم و فاعل مادی از ضروریات تحقق رکن روانی در گونه اول است. (prosecutor v Krstic, 2001, para 613) دادگاه‌های بدوی و تجدیدنظر در پرونده «وسیلوویچ» که در آن اتهام قتل هفت مسلمان مورد رسیدگی قرار گرفت، به موضوع قصد مشترک اشاره کردند. در دادگاه بدوی، وجود قصد مشترک قتل مسلمانان بین متهم و فاعل مادی پذیرفته و طبق آن رأی صادر شد (prosecutor v Vasiljevic, ) (ibid, para 209).

در تجدیدنظرخواهی از این نظر، این گونه دفاع شد که دادگاه بدوی در توجه به شرط ضرورت وجود قصد مشترک بین متهم و فاعلان مادی دچار اشتباه شده، چراکه قصد قتل مسلمانان بین همه اعضا مشترک نبوده و متهم در واقع چنین قصدی نداشته است.

دادگاه تجدیدنظر همسو با این دفاع بیان داشت که متهم اطلاعی از طرح تیراندازی به مجنی‌علیهم نداشته و اینکه وی از فرار آن‌ها از هتل جلوگیری کرده است، ملاک قطعی تعیین و اثبات قصد قتل نیست (prosecutor v. Vasiljević, ibid, para 126). در واقع از نظر دادگاه تجدیدنظر، قتل مسلمانان به‌عنوان یک طرح مشترک بین همه متهمان مطرح نبوده، لذا نمی‌توان تمام آن‌ها را بدون احرازِ بدون شک و تردید قصد قتل محکوم کرد.

در خصوص توجه به شرط اشتراک در قصد، پرداختن به چند مسئله و موضوع اهمیت دارد:

اول، مفهوم و معیار اشتراک در قصد چیست و آیا صرف آگاهی افراد از قصد مجرمانه که بین همه وجود دارد، کافی است یا اینکه این قصد باید به حد توافق برسد؟

«معنا و جایگاه شرط «قصد مشترک» در اغلب دادگاه‌ها مشخص نشده است، زیرا بین تفسیر نظری و کاربرد عملی قصد مشترک در پرونده خاص اختلاف وجود دارد. در بُعد نظری، محاکم به اتفاق اعتقاد داشتند که متهم باید با فردی که شخصاً مرتکب جرم شده است در قصد مورد نیاز آن جرم مشترک باشد؛ به این معنا که فردی که به‌طور مستقیم مرتکب جرم نمی‌شود، اما به‌طور غیرمستقیم در اجرای فعالیت مجرمانه مشارکت دارد، تنها برای جرایمی که فاعل مادی واقعاً قصد نموده مسئول است. برای مثال فردی که به‌طور غیرمستقیم در طرح آزار و اذیت فعالیت دارد، تنها هنگامی برای ارتکاب جرایم ناشی از اجرای آن طرح مسئول است که او و فاعل مادی از قصد مشخص و مشترکی برخوردار باشند. از نظر عملی نیز تنها دادگاه رسیدگی‌کننده به پرونده «کرنوچلیچ» به‌طور قطعی و عمیق به این شرط پرداخت. در هیچ‌یک از دادگاه‌های رسیدگی‌کننده به مسئولیت اشخاص که به‌طور غیرمستقیم در اجرای طرح مشارکت دارند، رکن روانی این افراد، که در اکثر پرونده‌ها از شمار زیادی برخوردار بودند، بررسی نشد» (Haan, 2005, at 185).



مفهوم شرط «اشتراک در قصد» را می‌توان با توجه به ماهیت نظریه فعالیت مجرمانه مشترک تشریح و تبیین نمود. از ارکان اساسی این نظریه، وجود طرح یا سازمانی است که ارتکاب برخی جرایم را در خود گنجانده باشد. این طرح هنگامی قابلیت اجرا می‌یابد که عده‌ای از افراد نسبت به فراهم نمودن مقدمات و نیز اجرای ارکان مختلف آن اقدام نمایند. بنابراین موضوع وجود طرح و وجود عده‌ای از افراد درگیر در اجرای فعالیت به‌عنوان ارکان اصلی نظریه یادشده تداعی‌کننده نوعی توافق بین افراد درگیر در آن است. باین‌حال، تلقی توافق به توافق کلامی و گفتاری نیز صحیح نبوده، همین که بتوان با توجه به اقدامات و فعالیت‌های افراد، نوعی توافق عملی را میان آن‌ها تشخیص داد، کفایت می‌کند. بنابراین در خصوص جرایمی که متهم در اجرای آن دخالت مستقیم نداشته و در عمل نیز اقدامی مؤثر در راستای آن انجام نداده، اعمال مسئولیت بر مبنای نظریه فعالیت مجرمانه مشترک خلاف ماهیت و ارکان آن است؛ اگرچه متهم از وقوع آن جرایم آگاه باشد. البته باید خاطر نشان ساخت که وجود گروهی از افراد در این نظریه ضروری است، اما این به معنای ضرورت ساماندهی گروه در قالب واحد اداری یا نظامی نیست (کیتی چایساری، ۱۳۸۷، ۲۸۳).

دوم، در برخی جرایم، رکن مادی متشکل از سوءنیت عام و خاص است. در این جرایم، اگر فاعل مادی از هر دو جزء برخوردار باشد، آیا مفهوم قصد مشترک به معنای اشتراک فاعل مادی و متهم در سوءنیت خاص است؟ بنابر اعتقاد محاکم موقتی مرتبط با جرایم بین‌المللی، در این خصوص نه تنها اثبات قصد عام ارتکاب جرم در متهم ضروری است، بلکه برخورداری وی از سوءنیت خاص برای ارتکاب آن جرم نیز الزامی می‌باشد.

دادگاه رسیدگی‌کننده به پرونده «کوکا» بیان نمود: «اگر جرم موضوع فعالیت مجرمانه مشترک نیازمند سوءنیت خاص باشد، مثل جرم آزار و اذیت، در اینجا متهم باید تمام ارکان رکن معنوی جرم را دارا باشد. بنابراین در جرم آزار و اذیت وجود قصد تبعیض نژادی، مذهبی در متهم ضروری است» (Prosecutor v. Kvočka, 2001, para 288).

همین دیدگاه مورد توجه دادگاه رسیدگی‌کننده به پرونده «سیمبا» در محاکم مرتبط با رواندا بوده است. سیمبا به علت قتل هزاران توتسی در مدرسه فنی مورامبی و کادوها متهم به نسل‌کشی گردید. دادگاه در این خصوص اظهار داشت: با توجه به مقیاس قتل‌ها، قصد

نابودی جزء یا کل گروه در همه شرکت کنندگان وجود داشته است، لذا می‌توان همه افراد را به جرم نسل‌کشی محاکمه کرد (Prosecutor v. Simba, 2004, para 416).

بنابراین در صورتی که در فعالیت مجرمانه مشترک، اجرای جنایت ژنوسید موضوع فعالیت قرار گیرد، هنگامی می‌توان افراد دخیل در اجرای آن فعالیت را بر مبنای ژنوسید مسئول دانست که اولاً این جرم در عمل واقع شده باشد و ثانیاً تمام افراد اعم از فاعلان مادی و مستقیم و مرتکبان غیرمستقیم از رکن روانی لازم برای ارتکاب آن جرم شامل مسئولیت عام و خاص برخوردار باشند.

گفتنی است، با وجود توجه دادگاه رسیدگی کننده به پرونده «تادیج» و نیز محاکم دیگر به بحث ضرورت وجود قصد مشترک، در پرونده «استاکیج» دادگاه رسیدگی کننده مسئولیت متهم را منوط به اثبات قصد مشترک وی با فاعلان مادی ندانست، به گونه‌ای که نه قصد مشترک در زمره شرایط واقع شد و نه هدف فاعل مادی. بنابراین، ژنرال کرسٹیج و سیمیچ در دادگاه‌های مرتبط با جنایات یوگسلاوی سابق به علت قصد مشترک با مرتکبان مادی جرایم مجازات نشدند، بلکه کیفر آنان به علت جایگاه آن‌ها در سیستم قدرت بود؛ چراکه شرایطی را فراهم کردند که فاعلان مادی در انجام جنایات خود از مصونیت مطلق یا جنبی برخوردار باشند (Haan, ibid, at 185).

عملکرد دادگاه بدوی در خصوص پرونده پیش‌گفته در دادگاه تجدیدنظر نیز تأیید شد. به نظر این دادگاه، الزام به اثبات قطعی قصد متهم و فاعلان مادی برای ارتکاب تمام رفتارها به حمایت غیرقابل توجیه فرماندهان منجر شده، ممکن است با روح و هدف این محاکمات در تعارض قرار گیرد (prosecutor v. Stakic, 2003, para 742).

به نظر می‌رسد این استدلال دادگاه تجدیدنظر تنها در خصوص فرماندهان و رهبران فعالیت‌های مجرمانه قابل استفاده باشد. لذا در مورد افراد دیگر عدم اشتراک در قصد می‌تواند به کیفر ناعادلانه افرادی منجر شود که نه تنها به‌عنوان حامیان معنوی ارتکاب جرم یا جرایم خاص مطرح نبودند، بلکه هیچ تصویری از آن جرایم نیز نداشتند.

سرانجام اینکه همان‌طور که در حقوق داخلی مطرح است، در خصوص نظریه فعالیت

مجرمانه مشترک نیز انگیزه اثری در ایجاد یا الغای مسئولیت کیفری ندارد. به عبارت دیگر، همان طور که پیش تر گفته شد، در صورتی که عناصر قصد محقق شوند، وجود انگیزه‌هایی نظیر ترحم و رضایت خدا به زوال عنصر روانی منجر نخواهد شد.

## ۲. رویکرد مبتنی بر قصد پیشبرد نظام مجرمانه

رویکرد مبتنی بر قصد پیشبرد نظام مجرمانه در گونه نظاممند نظریه فعالیت مجرمانه مشترک مد نظر قرار گرفت. دادگاه تادیب در خصوص رکن روانی گونه دوم یا گونه نظاممند نظریه فعالیت مجرمانه مشترک، به دو جزء اشاره کرد؛ آگاهی شخص از بدرفتاری‌های نظاممند و نیز قصد پیشبرد آن نظام. لذا قبل از پرداختن به مفهوم قصد پیشبرد نظام، بررسی شرط آگاهی شخص از بدرفتاری‌های نظاممند ضروری است.

### ۱.۲. آگاهی شخص از بدرفتاری نظاممند و ارتکاب جرم

ویژگی نظاممند بودن گونه دوم نظریه فعالیت مجرمانه مشترک باعث شد محاکم رسیدگی کننده به جنایات بین‌المللی، آگاهی متهم از وجود این ویژگی را به عنوان عنصری از رکن روانی تلقی نمایند.

اگرچه دادگاه رسیدگی کننده به پرونده «تادیب» از عبارت «آگاهی از بدرفتاری نظاممند» استفاده کرد و اغلب محاکم نیز این تعبیر را به کار بردند، با این حال در برخی پرونده‌های دیگر، قضات از عبارت دیگری استفاده کردند؛ برای مثال دادگاه تجدیدنظر در پرونده «کوکا» در سال ۲۰۰۳م اظهار داشت: تحقق گونه نظاممند نظریه فعالیت مجرمانه مشترک مشروط به آگاهی متهم از «ماهیت مجرمانه» نظام است (Prosecutor v. Kvočka, 2005, para 28).

شرط آگاهی متهم از ماهیت و سرشت نظاممند مجرمانه چیزی بیشتر از صرف آگاهی وی از وجود نظامی از بدرفتاری است. طبق این شرط باید آگاهی متهم از اینکه نظام صرفاً برای ارتکاب جرم تشکیل شده و در واقع دلیل وجودی آن انجام رفتارهای مجرمانه بوده است، اثبات شود. بدیهی است این تفسیر و تعبیر باعث دشوارتر شدن اثبات رکن روانی شده، اعمال مسئولیت بر مبنای گونه دوم نظریه فعالیت مجرمانه مشترک را سخت تر خواهد کرد.

آگاهی متهم مستلزم مشاهده رفتارهای خلاف قانون یا جنایات واقع شده از سوی وی نیست، بلکه همین که شاهد آثار و نتایج جنایات و یا موضوعات مرتبط با آنها باشد، کفایت می‌کند. از سوی دیگر چگونگی جنایات واقع شده نیز اثری در استنباط آگاهی فرد ندارد و لذا متهم ممکن است با مشاهده آزار و اذیت سطحی زندانیان، نسبت به وجود نظامی از آزار و اذیت و رفتارهای مجرمانه آگاه شده، به این ترتیب رکن روانی لازم برای برخورداری از مسئولیت کیفری محقق شود. دادگاه رسیدگی کننده به پرونده «کوکا» در این خصوص اظهار داشت:

آگاهی متهم از فعالیت مجرمانه مشترک از عواملی نظیر موقعیتی که متهم در آن قرار گرفته است، مدت زمان سپری شده در اردوگاه، اقدامات اجرایی متهم، تحرکاتش در اردوگاه و هر تماس وی با بازداشت شدگان و کارکنان یا افراد خارج از کمپ که از آن دیدن می‌کنند، قابل استنباط است. همچنین آگاهی متهم می‌تواند از احساسات جاری وی نیز حاصل شود. حتی اگر متهم شاهد جرایم واقع شده در اردوگاه اومارسکی نبود، وی می‌توانست با مشاهده بدن‌های زخمی، جرحی و آغشته به خون افراد زندانی و نیز با مشاهده انبوه اجساد که در کانال‌های اطراف اردوگاه قرار داشته‌اند و با توجه به شرایط دشوار و سخت افراد محبوس و نیز با مشاهده امکانات محدود و دیوارهای خون‌آلود، نسبت به جرایم ارتكابی آگاهی یابد (Ibid, para 201).

شایان ذکر است در این گونه، اثبات توافق رسمی بین افراد ضرورت ندارد و علم و اطلاع شرکت کننده نسبت به سیستم بدرفتاری کفایت می‌کند (نژندی منش، ۱۳۹۴، ۱۳۱).

## ۲.۲. قصد پیشبرد نظام مجرمانه

شرط اصلی تحقق عنصر معنوی در گونه دوم، اثبات قصد پیشبرد نظام مجرمانه است. مطابق این شرط، متهم هنگامی مسئول خواهد بود که قصد کمک در دستیابی نظام مجرمانه به اهداف خود را داشته باشد.

البته دادگاه‌های رسیدگی کننده به جنایات بین‌المللی علاوه بر قصد پیشبرد نظام بدرفتاری، بر ضرورت اثبات قصد متهم در ارتكاب هریک از رفتارها و اقدامات تأکید

کرده‌اند. دادگاه رسیدگی‌کننده به پرونده «وسیلویچ» از دادگاه‌هایی بود که از این نظر حمایت کرد. این دادگاه داوران را به اثبات قصد متهم (رئیس زندان (Kp Dom) در ارتکاب هریک از جرایم متفاوتی که بنابه گفته برخی، بخشی از نظام بدرفتاری اجرا شده در این زندان بوده است، ملزم نمود. دادستان در تجدیدنظرخواهی از این رأی اشاره کرد که این معیار سختگیرانه بوده، حدود اعمال گونه دوم نظریه فعالیت مجرمان مشترک را بسیار مضیق می‌کند. دادگاه تجدیدنظر بیان داشت که «... رویکرد اتخاذ شده از سوی دادگاه بدوی اگرچه بیشتر با گونه اول نظریه فعالیت مجرمانه مشترک انطباق دارد تا با گونه دوم، اما این رویکرد اشتباه نیست، زیرا دادستان وقتی به گونه نظام‌مند فعالیت مجرمانه ارجاع می‌داد، به تعریف مناسب‌تری اشاره نکرد» (Prosecutor v Krnojelac, 2003, paras 93-94).

این نظر که در گونه نظام‌مند نظریه، وجود قصد ارتکاب جنایات و یا مشارکت ضروری است، به شباهت بیش از پیش این‌گونه با گونه اول نظریه منجر گردید؛ به‌گونه‌ای که در پرونده‌های دیگر، قضات به انطباق عنصر معنوی دو گونه نظریه فعالیت مجرمانه مشترک نظر دادند. در این زمینه دادگاه رسیدگی‌کننده به پرونده «بردانین» بیان نمود:

«همان‌گونه که دادگاه تجدیدنظر پیشنهاد نمود، گونه دوم با گونه اول تفاوت اساسی ندارد. موقعیت متهم در گونه دوم دقیقاً مشابه موقعیت وی در گونه اول است. در هر دو، متهم برای تأمین اهداف فعالیت اقدام می‌کند. نقش متهم در گونه دوم همان اجرای طرح به‌وسیله کمک و یاری رساندن است. در هر دو، باید قصد ارتکاب جرم موضوع اتهام وجود داشته باشد. تحت تأثیر همین نظریه بود که دادگاه بدوی پیشنهاد کرد گونه‌های اول و دوم تحت یک گونه و با عنوان گونه پایه‌ای نظریه فعالیت مجرمانه مشترک به همراه گونه سوم مطرح شود» (Prosecutor v. Brdanin and Talic, 2001, para 27).

اعمال شرط وجود قصد ارتکاب جرایم در متهم در پرونده‌های «کوکا» و «کرنویلیچ» تقویت گردید. زیرا طبق نظر این دادگاه‌ها، وقتی در نظامی از بدرفتاری‌ها و جرایم، جرم با سوءنیت خاص واقع می‌شود، متهم با عنوان شریک مسئول بوده، باید پاسخگو باشد. اما اگر متهم سوءنیت نداشته باشد، تنها بر مبنای کمک و یاری رساندن مجازات خواهد شد (Prosecutor v Krnojelac, ibid. at para 111, and prosecutor v. Kvocka ibid., ) (at para 110).

با این حال در برخی موارد دیگر به تفاوت رکن روانی در این دو گونه اشاره و بیان شده است. اثبات قصد متهم در گونه اول نیازمند تحلیل کامل و محتاطانه شرایط در هر پرونده است. اما در گونه دوم این میزان از تحلیل و بررسی نیاز نبوده، قصد متهم می‌تواند از مقام و موقعیت وی استنباط گردد (prosecutor v. Tadić, 1999, para 203).

به نظر می‌رسد استدلال پیش‌گفته بر این تحلیل استوار شده است که در گونه دوم شکلی از نظام‌مندی و سازمان‌یافتگی محصور وجود دارد و این نظام‌مندی حاصل نمی‌شود مگر اینکه اعضای آن از مبنا و ماهیت و نیز اهداف نظام آگاه باشند و با قصد و توجه خاص به ایفای نقش پردازند. لذا صرف آگاهی از وجود نظام و ماهیت مجرمانه آن کافی است و ضرورتی در قصد خاص در هریک از جرایم یا اقدامات نیست.

موضوع دیگری که مورد توجه دادگاه‌های کیفری بین‌المللی قرار گرفته، بحث شخصی یا نوعی بودن معیارهای اثبات قصد پیشبرد نظام در افراد است. در خصوص معیار شخصی، بدیهی است فرض وجود قصد پیشبرد و یا استنباط آن از اوضاع و احوال و شرایط خاص کافی نبوده، باید دلایلی وجود داشته باشد که این قصد بدون هرگونه تردیدی در متهم اثبات شود. اما در معیار عینی، قصد متهم می‌تواند از اوضاع و احوال و چگونگی مشارکت و ایفای نقش از سوی متهم استنباط شده، بر این مبنا محاکمه گردد. دادگاه‌های کیفری بین‌المللی که آرمان بی‌کیفرمانی مجرمان را پیش روی خود قرار داده‌اند، از معیار شخصی گذشته و به پیروان معیار نوعی یا عینی گرویده‌اند. برای نمونه دادگاه رسیدگی‌کننده به پرونده «کوکا» توضیح داد:

«برای مثال ممکن است متهم هیچ نقشی در ایجاد فعالیت مجرمانه نظام‌مند نداشته باشد و پس از آن حاضر شده، به‌طور موقت و کوتاه در اجرائش شرکت کند، بدون اینکه از ماهیت آن آگاه باشد. با وجود این، ماهیت مجرمانه بعداً بر وی آشکار شده، از آن پس با آگاهی در آن نظام شرکت کرده باشد. در اینجا همین که دلایلی باشد که شخص به‌طور مؤثر به اجرای طرح که دربردارنده اهدافی است کمک می‌کند، در آن اهداف سهیم بوده، به‌عنوان شریک تلقی خواهد شد» (prosecutor v. Kvočka, 2001, para 110).

استنباط قصد متهم از شرایط عینی در پرونده «کرنولیچ» نیز تأیید شد. دادگاه تجدیدنظر در بررسی رکن روانی متهم اظهار داشت: قصد ارتکاب جرایم در زندان Kr Dom از وظایف متهم به‌عنوان رئیس زندان، دوره زمانی تصدی آن مقام، آگاهی وی از بدرفتاری نظام‌مند در آن مکان، جرایم ارتکاب‌یافته به‌عنوان بخشی از آن نظام قابل استنباط است (Prosecutor v Krnojelac, ibid).

گرایش به رویکرد عینی استنباط قصد، از ملاحظات خاصی نشئت می‌گیرد؛ ملاحظاتی همچون شدت جرایم ارتكابی در فعالیت‌های مجرمانه گروهی و گستردگی آن، توسل رهبران و سایر اعضای گروه به توجیهات مختلف برای بی‌اطلاع نشان دادن خود که گاه به ظاهر عقلانی نیز هستند و ممکن است به عدم مسئولیت آن‌ها منجر شود، هدف نظام کیفری بین‌المللی در اعمال مجازات بر تمام افراد درگیر در ارتکاب جنایات و جلوگیری از بی‌کیفرمانی آن‌ها. همه این ملاحظات سبب شده است که محاکم بین‌المللی به سمت فرضیه وجود رکن روانی حرکت کنند؛ فرضیه‌ای که با مفاهیمی نظیر طرح مشترک، هدف مشترک، سازمان و نظام، حمایت و توجیه می‌شود.

به همین ترتیب در گونه دوم نظریه فعالیت مجرمانه مشترک، صفت نظام‌مند بودن و سازمان‌یافتگی نقشی مهم در اتخاذ معیار عینی برای استنباط رکن روانی داشته است. این ویژگی که نمودار وجود مقررات، نظم، سلسله‌مراتب، مراحل مختلف استخدام و چارچوب‌بندی نقش‌هاست، نبود رکن روانی در گونه دوم را به حدی از چالش می‌کشد که می‌تواند به اتخاذ فرضیه وجود رکن روانی و قصد بینجامد. در این مورد گفته شده است:

«در نگاه اول به‌نظر می‌رسد شرط معیار شخصی در گونه دوم نظریه فعالیت مجرمانه مشترک، با گونه اول شباهت داشته باشد. این نگاه صحیح نبوده، تفاوتی اساسی در خصوص استنباط قصد از شرایط و اوضاع و احوال در هر دو گونه وجود دارد. رکن روانی در گونه اول که همان آگاهی و قصد مشترک در ارتکاب جرم است، تنها پس از بررسی عمیق و دقیق هر مورد خاص می‌تواند از همه شرایط و اوضاع و احوال یک پرونده استنباط شود. اما در گونه دوم نیازی به اثبات قصد متهم در هر مورد نیست، بلکه این قصد می‌تواند به صورت اتوماتیک استنباط شود. ویژگی نظام‌مند گونه دوم، توجیه‌کننده این فرضیه عمومی است که

شخصی که از شرایط عینی فعالیت مجرمانه مشترک برخوردار است، مانند شخصی که به طور برجسته‌ای در ایجاد یا تقویت اردوگاه زندان تأثیرگذار است، حتماً با اطلاع از ماهیت مجرمانه آن نهاد عمل کرده و در طول دوران خدمتش در آن سازمان، همه جرایم ارتکاب یافته در آنجا را قصد کرده است» (Haan, Ibid, 189).

سرانجام اینکه اگرچه وجود قصد پیشبرد نظام در متهم ضروری است، اما اشتیاق یا رغبت متهم در این خصوص ضرورتی ندارد. به عبارت دیگر، رکن روانی گونه دوم به انگیزه‌های درونی متهم بی‌توجه بوده و لذا در صورتی که وی بدون اشتیاق یا علاقه در اجرای نقش خود یا پیشبرد نظام کمک کند، باز هم مسئول و شایسته کیفر است.

### ۳. رویکرد مبتنی بر پیش‌بینی جرایم

این رویکرد در گونه سوم یا گونه گسترده نظریه فعالیت مجرمانه مشترک اتخاذ گردید. کانون اصلی عنصر معنوی در این گونه بر مفهوم «قابلیت پیش‌بینی جرایم» است. با این حال، پیش شرط تحقق این مفهوم، اثبات قصد مشارکت و قصد پیشبرد فعالیت مجرمانه در متهم است. لذا پس از بیان این موارد، به تحلیل رویکرد مبتنی بر پیش‌بینی جرایم می‌پردازیم. در این تحلیل سه جزء قابل بیان است:

#### ۳.۱. قصد مشارکت و پیشبرد فعالیت مجرمانه

دادگاه تجدیدنظر در بیان این جزء از عنصر معنوی گونه سوم اعلام کرد: متهم باید قصد ایفای نقش در فعالیت مجرمانه مشترک و قصد پیشبرد اهداف مجرمانه آن فعالیت را داشته باشد (Prosecutor v. Tadic, ibid, 220). همچنین در موضعی دیگر مقرر داشت: «در خصوص گونه سوم، قصد مشارکت در فعالیت مجرمانه یا قصد پیشبرد هدف مجرمانه گروه و قصد پیوستن به فعالیت یا به هر ترتیب، قصد ارتکاب جرم به وسیله گروه ضروری است» (ibid, 228).

از نظر دادگاه یادشده، اعمال مسئولیت بر مبنای گونه سوم از نظر رکن معنوی مشروط به وجود و تحقق این رکن، وفق گونه اول و دوم است. به همین دلیل همانند گونه بنیادین نظریه، وجود قصد مشارکت عمدی در فعالیت و همانند گونه نظام‌مند، وجود قصد پیشبرد آن



را ضروری دانسته است. بنابراین در صورت نبود این شرایط، اعمال کیفر بر مبنای گونه سوم ممکن نیست؛ اگرچه اجزای دیگر عنصر معنوی محقق شوند.

نظر دادگاه رسیدگی کننده به پرونده «تادیچ» در دادگاه‌های دیگر هم پذیرفته شد. برای نمونه گفته شده است: «شکل گسترده نظریه فعالیت مجرمانه مشترک نیازمند قصد مشارکت در طرح مجرمانه گروه و نیز پیشبرد آن و قصد پیوستن به فعالیت و به طور کلی ارتکاب جرم از سوی گروه است» (Prosecutor v. Ntakirutimana, 2004, 467).

### ۲.۳. قابلیت پیش‌بینی ارتکاب جرم از سوی متهم

دادگاه تجدیدنظر در پرونده «تادیچ» در سه عبارت متفاوت به بیان این جزء از رکن روانی پرداخته است:

- «اعمال مسئولیت کیفری نسبت به همه شرکت کنندگان در فعالیت مجرمانه مشترک هنگامی ممکن است که خطر مرگ هم نتیجه قابل پیش‌بینی اجرای طرح مشترک بوده و هم متهم نسبت به خطر آن بی‌تفاوت یا سهل‌انگار باشد» (Prosecutor v. Tadic, ibid, para 204).
- «شرط مورد نیاز، آن حالت روانی است که شخص اگرچه قصد ایجاد نتیجه مشخصی را ندارد، اما آگاه است که اقدامات گروه به احتمال قوی به سمت آن نتیجه رفته، منجر به آن خواهد شد. با این حال، داوطلبانه آن خطر را می‌پذیرد» (ibid, 220).
- «مسئولیت کیفری برای جرایمی که در خصوص آن‌ها در طرح مشترک توافق نشده است، هنگامی محقق می‌شود که با توجه به شرایط هر پرونده ۱. امکان ارتکاب جرم از جانب یک یا چند نفر از اعضای گروه قابل پیش‌بینی باشد و ۲. متهم داوطلبانه خطر آن را بپذیرد» (ibid, 228).

با عنایت به این عبارات، می‌توان بیان داشت که افزون بر عناصر قصد ایفای نقش در فعالیت مجرمانه مشترک و پیشبرد هدف مجرمانه، سه عنصر دیگر برای گونه سوم ضروری است: اول، وجود قابلیت پیش‌بینی ارتکاب جرایم خارج از توافق در طرح مشترک از سوی

یک یا چند نفر؛ دوم، متهم قادر به پیش‌بینی احتمال قوی ارتکاب جرم از جانب یک یا چند نفر از اعضای دخیل در فعالیت مجرمانه مشترک باشد؛ سوم، متهم با وجود آن پیش‌بینی، داوطلبانه خطر را بپذیرد و در این فعالیت شرکت نماید.

بر اساس این توضیحات، باید به چند موضوع در خصوص گونه گسترده نظریه یادشده پرداخت:

الف) در خصوص قابل پیش‌بینی بودن ارتکاب جرم، آیا قابلیت نوعی ملاک است یا شخصی یا هر دو؟ اگر معیار نوعی ملاک باشد، هر شخص معقول و منطقی باید بتواند از شرایط و اوضاع و احوال موجود، ارتکاب جرایم خارج از طرح را پیش‌بینی نماید. اما در صورتی که معیار شخصی مورد توجه قرار گیرد، ضروری است اثبات شود که متهم شخصاً امکان ارتکاب جرایم خارج از طرح را پیش‌بینی کرده است.

دادگاه رسیدگی‌کننده به پرونده «تالیچ» ضمن پذیرفتن نظر دادگاه تجدیدنظر در این پرونده، دادستان را مکلف به اثبات دو موضوع نمود:

اول اینکه جرم نتیجه قابل پیش‌بینی و طبیعی اجرای فعالیت مجرمانه باشد و دوم، متهم آگاه باشد که این جرم نتیجه ممکن اجرای آن فعالیت بوده است و با وجود آگاهی در اجرای آن فعالیت مشارکت نماید. این دادگاه از معیار اول به عنصر عینی جرم تعبیر نمود که ارتباطی با حالت روانی شخص متهم ندارد و معیار دوم را حالت شخصی ذهن متهم نامید که دادستان ناگزیر از اثبات آن است (Prosecutor v. Brdanin and Talic, ibid, para 30).

البته این دادگاه در ادامه، به سمت معیار شخصی حرکت کرده، بیان داشت: «اگر جرم اتهامی از اهداف فعالیت مجرمانه مشترک باشد، دادستان باید اثبات نماید که متهم و شخصی که خود مرتکب جرم می‌شود، در خصوص عنصر روانی مشترک‌اند. اما اگر جرم اتهامی خارج از موضوع فعالیت مجرمانه مشترک باشد، دادستان فقط باید ثابت کند که متهم از اینکه جرم پیامد نتیجه ممکن اجرای فعالیت بوده، آگاهی داشته و با این آگاهی در اجرای آن شرکت کرده است» (ibid, para 31).

دادگاه رسیدگی کننده به پرونده «کرسٹیچ» نیز پس از اینکه نامبرده را در خصوص انتقال اجباری شهروندان مسلمان به خارج از سربرنیکا (Srebrenica) محکوم کرد، در مورد قتل‌ها، زنا‌ی به عنف، آزار و اذیت‌ها و ... که نسبت به پناهندگان پاتوکاری (Potocari) اتفاق افتاد، اظهار داشت: اگرچه این نتایج خارج از طرح مشترک قرار داشتند، اما نتایج طبیعی و قابل پیش‌بینی طرح پاک‌سازی قومی‌اند. لذا آن دادگاه کرسٹیچ را در خصوص آن جرایم نیز مسئول دانسته و اظهار داشته است: «ژنرال کرسٹیچ با توجه به شرایط زمان اجرای طرح، می‌بایست آگاه می‌شد که این جرایم ممکن است نتیجه اجتناب‌ناپذیر عنوان پناهگاه، ازدحام جمعیت، شرایط آسیب‌زای پناهندگان، حضور واحدهای نظامی و شبه نظامی منظم و نامنظم در منطقه و فقدان محض تعداد کافی سربازان محافظ باشد» (Prosecutor v. Krstic, 2001, para 616).

بنابراین، دادگاه یادشده نیز هر دو معیار را پذیرفت و اثبات آن‌ها را از وظایف دادستان دانست. پس از این در سال ۲۰۰۴م دادگاه رسیدگی کننده به پرونده «بردانین» اظهار داشت: صرف این‌که جرم خارج از طرح، نتیجه قابل پیش‌بینی و طبیعی اجرای طرح باشد کفایت نمی‌کند، بلکه متهم باید از این موضوع آگاه باشد (Prosecutor v. Brdanin, 2004, paras 5-6). به عبارت دیگر، بنابر نظر این دادگاه، متهم باید نسبت به تحقق معیار نوعی در آن شرایط نیز آگاهی داشته باشد و با این آگاهی در اجرای طرح مشارکت نماید. این نظر در پرونده مرتبط با میلوسویچ نیز پذیرفته شده است (Prosecutor v. Milosevic, 2004, para 290).

سرانجام باید به نظر دادگاه رسیدگی کننده به پرونده «کراجینیک» در سال ۲۰۰۶م اشاره نمود. وفق این نظر: دو شرط در خصوص قابل پیش‌بینی بودن جرم وجود دارد؛ یک شرط نوعی و یک شرط شخصی. عنصر نوعی به حالت ذهنی و روانی متهم ارتباطی ندارد. این شرط به این معناست که جرم پیامد، نتیجه طبیعی و قابل پیش‌بینی اجرای فعالیت مجرمانه مشترک باشد. این موضوع از حالت فردی ذهن متهم متفاوت است؛ چراکه طبق آن حالت، متهم آگاه است که جرم پیامد نتیجه ممکن اجرای فعالیت مجرمانه مشترک بوده است و با این آگاهی در اجرای آن شرکت می‌کند (Prosecutor v. Krajisnik, 2006. Para 882).

ب) موضوع دیگر میزان امکان وقوع جرایم خارج از چارچوب است. دادگاه‌های بین‌المللی در رویارویی با این موضوع از عباراتی نظیر «ممکن» (Possible)، «محتمل» (Probable) و یا «احتمال قوی» (most Likely) بهره برده‌اند. واژه «محتمل» نسبت به «ممکن» از امکان وقوع قوی‌تر جرم حکایت دارد.

برای مثال، دادگاه رسیدگی‌کننده به پرونده تادیب در جایی از «احتمال قوی» و در جایی دیگر از واژه «ممکن» بهره برده است.

دادگاه رسیدگی‌کننده به پرونده «تالیچ» در مخالفت با شرط احتمال یادشده اظهار نمود: متهم تنها باید از وقوع جرم پیامد به‌عنوان نتیجه ممکن اجرای فعالیت مجرمانه مشترک آگاه باشد و نیازی به احتمال قوی وقوع آن نیست (Prosecutor v. Brdanin and Talic, ibid).

باین‌حال، دادگاه بدوی رسیدگی‌کننده به پرونده «کرتیچ» پیرو نظر دادگاه رسیدگی‌کننده به پرونده «تادیب» اظهار داشت: متهم باید با آگاهی از احتمال (Probability) وقوع جرایم پیامد، در فعالیت مجرمانه مشترک شرکت کند (Prosecutor v. Krstic, 2004, para 150) و این درحالی است که دادگاه تجدیدنظر دیدگاه دیگری داشته و بیان نموده است:

«در خصوص جرایم خارج از طرح اصلی مجرمانه، حتی اگر فاعل می‌دانست که ارتکاب چنین جرمی صرفاً نتیجه ممکن (Possible) و نه نتیجه به‌طور قابل‌توجهی محتمل، دخالت در اجرای طرح بوده و با وجود این در اجرای طرح مشارکت کرده است، مسئولیت کیفری خواهد داشت» (Prosecutor v. Blaskic, 2004, para 33). همچنین دادستان در پرونده «پرلیچ و دیگران»، در مقام تجدیدنظرخواهی از رأی بدوی اظهار داشت که دادگاه بدوی در خصوص گونه سوم نظریه فعالیت مجرمانه مشترک بیان داشت: متهمان باید از این «احتمال» که این جرایم «ممکن است» (would) نتیجه طبیعی و قابل پیش‌بینی اجرای طرح باشد، آگاه باشند و این درحالی است که صحیح آن است که اعضا بدانند این جرایم می‌تواند (might) ارتکاب یابد (Prosecutor v. prlic and others, 2017, para 3019).

در داوری بین این دیدگاه‌ها و استخراج نظر صحیح‌تر، می‌توان از ویژگی شدت جنایات بین‌المللی بهره برد. با این توضیح که این جنایات از نظر شدت و گستردگی در حدی هستند که اگر فردی در شرایطی وقوع آن‌ها را پیش‌بینی نمود، باید بتوان وی را مسئول دانست و مجازات کرد؛ اگرچه این پیش‌بینی در حد احتمال قوی قرار نداشته باشد. همچنین اینکه نظر به دشوار بودن بررسی و تشخیص معیار شخصی و حتی عینی، عنایت به معیار «احتمال قوی» و درگیر نمودن دادستان و دادگاه در تمییز بین این دو و انطباق حالت روانی متهم با هریک از آن‌ها، به‌سان تکلیف مالایطاق بوده، ممکن است با کاهش سرعت رسیدگی و دادن بهانه به دست متهم، رسیدگی به جرم وی و اعمال مجازات قانونی را دشوار سازد. بنابراین، همین که متهم وقوع جرایم خارج از طرح مشترک را پیش‌بینی نموده، ممکن بداند، برای اعمال مجازات بر وی کافی است.

ج) مسئله دیگری که در خصوص رکن روانی گونه سوم یا گونه گسترده نظریه فعالیت مجرمانه مشترک، موضوع نظریات و رویه‌های مختلفی بوده، امکان اعمال این گونه در جرایمی است که نیازمند رکن روانی قوی‌تری هستند.

برای مثال در پرونده «استاکیچ» این‌گونه دفاع شد که گونه گسترده نظریه به‌عنوان یک نظریه مشارکتی که به اعمال مسئولیت درجه اول منجر می‌شود، نمی‌تواند در خصوص جرایمی که نیازمند سوءنیت عام هستند، اعمال شود؛ چراکه این رکن روانی قوی‌تر از صرف پیش‌بینی ارتکاب جرم و پذیرش داوطلبانه خطر آن است. در غیر این صورت با گسترش افراطی سوءنیت عام در جرایمی که به آن نیاز دارند، تعریف جرایم تغییر کرده، اصل قانونی بودن پایمال می‌شود (Prosecutor v Stakic, 2006, para 116).

البته دادگاه تجدیدنظر در مخالفت با این دیدگاه بیان نمود که نظریه فعالیت مجرمانه مشترک از حقوق بین‌المللی عرفی نشئت گرفته و هیچ تعارضی با اصل قانونی بودن ندارد. این مسئله در خصوص جرایمی که به سوءنیت خاص نیاز دارند، محل بحث‌های عمیق‌تری شد (ibid, para 100).

برای نمونه دادگاه رسیدگی‌کننده به پرونده «بردانین» اظهار داشت، گونه سوم نظریه

فعالیت مجرمانه مشترک نمی‌تواند در مورد جرایمی که به سوءنیت خاص نیاز دارند، مانند نسل‌کشی، اعمال شود، زیرا طبق تعریف جرم نسل‌کشی، فاعل باید قصد نابود کردن کلی یا جزئی یک گروه را داشته باشد.

با این حال دادگاه تجدیدنظر در رد دیدگاه دادگاه بدوی اظهار داشت:

«گونه سوم نظریه فعالیت مجرمانه مشترک، همراه با دیگر اشکال مسئولیت کیفری مانند مسئولیت مافوق، یاری و کمک رساندن، یک منبع مسئولیت تلقی می‌شود نه عنصری از یک جرم خاص. این نظریه بیانگر روشی از مسئولیت است که متهم بر مبنای آن از نظر فردی و کیفری با اینکه مباشر جرم نیست، مسئول پنداشته خواهد شد. ضرورتی ندارد متهمی که بر مبنای گونه سوم نظریه یادشده محکوم می‌شود، قصد ارتکاب جرم یا حتی علم قطعی به وقوع جرم داشته باشد. همین که متهم با قصد ارتکاب جرم وارد فعالیت مجرمانه شده و آگاه است که با ارتکاب جرم مورد توافق می‌توان وقوع جرم موضوع اتهام را پیش‌بینی کرد، ولی با وجود این، آن جرم را انجام می‌دهد، برای محکوم نمودن وی کافی است» (prosecutor v. Brdanin, ibid, para 5-7).

دادگاه رسیدگی‌کننده به پرونده «استاکیچ» نیز هم‌رأی با دادگاه بدوی رسیدگی‌کننده به پرونده «بردانین»، مخالف اعمال گونه سوم نظریه در خصوص جرایم با سوءنیت خاص بوده و اظهار داشته است:

«انطباق گونه سوم نظریه و جرم نسل‌کشی ممکن است سوءنیت خاص را تا حدی ضعیف نماید که به نابودی آن منجر شود. لذا برای ارتکاب جرم نسل‌کشی، عناصر جرم از جمله سوءنیت خاص باید محقق شود. مفاهیم تعدیل نسل‌کشی یا نسل‌کشی به‌عنوان نتیجه طبیعی و فاعل پیش‌بینی فعالیت مجرمانه با تعریف این جرم در ماده 4(2) سازگار نیست» (Prosecutor v. Stakic, 2003, para 530 and Prosecutor v. Stanic, 2016, para 614).

در برخی موارد، دکترین حقوقی در خصوص موضوع حاضر پیرو نظر پیش‌گفته بوده و معتقد است که نظریه عدم نیاز به وجود سوءنیت در جرم نسل‌کشی در خصوص اعمال گونه

سوم نظریه فعالیت مجرمانه مشترک با ضرورت گریزناپذیر اثبات این موضوع که مد نظر قانون‌گذار نیز قرار گرفته است، در تعارض می‌باشد. نتیجه اینکه هدف قانون‌گذار در توجه به این جنایت به عنوان جنایتی بسیار شدید تأمین نخواهد شد. همچنین در صورت پذیرش این نظریه، تفاوتی بین جنایت نسل‌کشی به عنوان شدیدترین جنایات و دیگران باقی نخواهد ماند (Prof.dr.sc. Igor Bojanić and others, 2001, 159).

بنابراین وقتی گروه کثیری از افراد درگیر جرم می‌شوند، یا باید به عنوان مباشر مؤاخذه شوند یا به عنوان معاون. میزان رکن روانی هر کدام از مباشر و معاون نیز به صراحت در قانون مشخص شده است. لذا اگر مرتکب فاقد رکن روانی لازم به عنوان مباشر در خصوص جرم ارتكابی باشد، نمی‌توان وی را در مورد آن جرم به اندازه مباشر کیفر نمود. اما این به معنی عدم مسئولیت مرتکب نیست، چراکه می‌توان وی را به عنوان معاون مسئول دانست و مجازات کرد (Héctor Olásolo, 2009, 179).

با این حال، برخی دیگر با بازتعریف عنصر معنوی در جرم نسل‌کشی به دنبال اعمال گونه سوم نظریه در خصوص این جرم بوده‌اند. برای نمونه، کرس در انتقاد از «تفسیر مبتنی بر قصد» و حمایت از «تفسیر مبتنی بر علم» معتقد است که با پذیرش تفسیر اولی بین رکن مادی و رکن روانی جرم نسل‌کشی رابطه‌ای معکوس برقرار می‌شود. جرم نسل‌کشی که اشاره به فعالیت‌های گروهی دارد نمی‌تواند با نوعی از رکن روانی اثبات گردد که نوعاً مختص رهبران گروه است، زیرا در غیر این صورت ابهامات مفهومی را حاصل می‌گرداند. او پیشنهاد می‌کند که برای رهایی از این تعارض و ابهامات حاصله باید تفسیر مبتنی بر علم را پذیرفت و نیز بیان می‌دارد که قصد نسل‌کشی در دو حالت حاصل می‌شود: الف) آگاهی از اینکه حمله جمعی به هلاکت حداقل بخشی از گروه مورد حمایت می‌انجامد. ب) محتمل دانستن وقوع چنین هلاکتی (kress, 2005, 577).

در نهایت به نظر می‌رسد یافتن پاسخ این مسئله در گرو کاوش در ماهیت رکن روانی گونه سوم و هدف از طرح آن باشد. اساس عنصر معنوی گونه سوم بر مفهوم پیش‌بینی استوار شده است. همین که متهم وقوع جرم را پیش‌بینی نماید و این پیش‌بینی نیز موافق با وضعیت طبیعی و عادی امور باشد، مسئولیت وی محرز و اعمال کیفر بر وی ممکن می‌شود.

بنابراین، موضوع مهم، پیش‌بینی جرم با تمام ارکان و عناصرش است. نتیجه اینکه اگر متهم بتواند پیش‌بینی نماید که اجرای طرح مجرمانه ممکن است به وقوع جرم نسل‌کشی با تمام شرایطش اعم از رکن مادی و معنوی از سوی اعضای گروه منجر شود، اعمال مجازات به خاطر آن جرم منعی ندارد. بدیهی است اگر متهم تنها توانست رکن مادی جرم نسل‌کشی را پیش‌بینی نماید و از اینکه رکن مادی ممکن است با قصد از بین بردن تمام یا بخشی از یک گروه قومی، ملی، نژادی هیچ ذهنیتی نداشته باشد، امکان کیفر وی بر مبنای جرم نسل‌کشی نخواهد بود. این برداشت با هدف طرح این گونه نیز سازگار است. دادگاه‌های بین‌المللی به دنبال پیشگیری از جنایات بین‌المللی از طریق بازدارندگی و ارعاب نیز هستند. در این صورت اگر مرتکبی که در اجرای طرح مجرمانه نقش دارد، بداند که به علت پیش‌بینی جرم نسل‌کشی به مجازات آن خواهد رسید، ممکن است از طرح مجرمانه خارج‌شده یا از نقش خود بکاهد.

### نتیجه

نظریه فعالیت مجرمانه مشترک به دنبال اعمال مجازات نسبت به همه افراد مؤثر در فعالیت‌های گروهی مجرمانه است و در راستای رسیدن به این مقصود در برخی موارد رویکردی متفاوت و افتراقی از نظام‌های حقوقی داخلی برگزیده است. از جمله این موارد، موضوع عنصر معنوی است. برخلاف حقوق کیفری که عنصر معنوی در آن عموماً بر مفاهیم سوءنیت خاص و سوءنیت عام استوار است، در نظریه یادشده مفاهیم دیگری همچون قصد مشترک و پیش‌بینی جرم، معیار اثبات این عنصر قرار گرفته است. مفروض‌انگاری عنصر معنوی و اتخاذ رویکرد افتراقی در اثبات رکن روانی با توسل به معیارهای پیش‌گفته، اگرچه به حرکت روان‌تر و آسان‌تر نظام عدالت کیفری می‌انجامد، می‌تواند با نقض برخی قواعد حقوق کیفری، نظیر اصل بی‌گناهی، به تضییع حقوق افراد و اعمال مجازات ناعادلانه منتهی شود. این نظر به این معنا نیست که نتوان از شرایط و اوضاع و احوال خاص هر پرونده عنصر معنوی لازم را استنباط کرد، برعکس با توجه به اینکه در بیشتر فعالیت‌های مجرمانه گروهی، فرماندهان و طراحان اصلی جرایم در پس پرده‌های متعددی قرار دارند و می‌توانند با توجیهات متفاوت به انکار مسئولیت خود بپردازند، توجه به



ملاک‌های عینی برای استنباط عنصر معنوی ضروری است. بنابراین، به‌کارگیری نظریه فعالیت مجرمانه مشترک، به‌خصوص از جنبه عنصر معنوی، به‌سان حرکت بر لبه تیغ بوده، مستلزم توجه به ملاحظات و شرایط خاص است.

به‌هرروی، ضروریست نظریه فعالیت مجرمانه مشترک با توجه به اصول حقوق کیفری و نیز اوضاع و شرایط خاص اعمال شود. در جنایات بین‌المللی از یک سو افراد متعددی وجود دارند که نقشی مستقیم در ارتکاب جرایم ندارند، اما با توجه به جایگاه و مقامشان و نیز شیوه و نوع فعالیتشان، به‌طور غیرمستقیم در ارتکاب جنایات اثرگذارند و مداخله دارند. لکن از سوی دیگر، افرادی هستند که به دلیل وجود شرایط خاص، از جمله حمایت از خانواده یا دفاع از خود و یا تحت تأثیر شدید شرایط زمانی، به سوی مداخله در فعالیت مجرمانه رفته، خودآگاه یا ناخودآگاه به گردانندگان اصلی طرح مجرمانه کمک می‌کنند. بدیهی است در خصوص افراد پیش‌گفته، بهره‌گیری از مفاهیم موسع نظریه فعالیت مجرمانه مشترک ناعادلانه بوده و کیفر آن‌ها به اندازه مباشر اصلی صرفاً به علت پیش‌بینی جرایم واقع‌شده یا آگاهی از نظام مجرمانه با موازین حقوقی در تعارض است. بنابراین بایسته است استناد به نظریه یادشده با توجه به شرایط خاص هر مورد و با لحاظ موازین حقوق کیفری عادلانه انجام گیرد.

## منابع و مأخذ

## الف) فارسی

## - کتابها

۱. خالقی، ابوالفتح (۱۳۹۴)، *حقوق بین الملل کیفری عمومی*، چاپ اول، تهران: انتشارات مجد .
۲. کاسسه، آنتونیو (۱۳۸۷)، *حقوق کیفری بین المللی*، مترجم: حسین پیران و دیگران، چاپ اول، تهران.
۳. کیتی چایساری، ساک کریانگ (۱۳۸۷)، *حقوق کیفری بین المللی*، مترجم: حسین آقایی جنت مکان، تهران: نشر دادگستر.
۴. میرمحمدصادقی، حسین (۱۳۸۳)، *دادگاه کیفری بین المللی*، چاپ اول، تهران: نشر دادگستر.
۵. نژندی منش، هیبت الله (۱۳۹۴)، *حقوق بین المللی کیفری در رویه قضایی*، چاپ اول، تهران: نشر خرسندی.

## - مقالات

۶. جانی پور مجتبی و لادمخی، معصومه (بهار ۱۳۹۳)، «مفهوم موسع اقدامات مجرمانه در حقوق کیفری بین الملل»، *پژوهش حقوق کیفری*، دوره اول، شماره ۶.
۷. جانی پور، مجتبی و میرزائی مقدم، مرتضی (بهار و تابستان ۱۳۹۲)، «مسئولیت کیفری بین المللی در پرتو نظریه فعالیت مجرمانه مشترک»، *فصلنامه پژوهشنامه حقوق کیفری*، دانشگاه گیلان، سال چهارم، شماره ۱.

## ب) انگلیسی

## - کتابها

8. Prof.dr.sc. Igor Bojanić and others, (2001), *theory of joint criminal enterprise and international criminal law- challenges and controversies*, Academy of Croatian Legal Sciences.
9. Hector Olásolo, (2009), *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crime*, hart publishing, oxford and Portland.

– مقالات

10. C. Kress (2005), "*The Darfur Report and Genocidal Intent*", 3 Journal of International Criminal Justice 562-578.
11. Antonio Cassese (2007), "*the Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise*". Journal of International Criminal Justice 5 109-133.
12. Haan, (2005), "*The Development of the Concept of Joint Criminal Enterprise at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*" 5 International Criminal Law Review 170.

– پرونده‌ها

13. Lubanga Case (Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/04-01/06, 29 Jan 2007.
14. Prosecutor v Simic (Judgment) ICTY-95-9-T, 17 Oct 2003.
15. Prosecutor v Kordic (Judgment) ICTY-95-14/2-T, 26 Feb 2001.
16. Prosecutor v Krajisnik (Judgment) ICTY-00-39-T, 27 Sep 2006.
17. Ntakirutimana Case Appeals Judgment (Above n 384), at paras 448, 483-4.
18. Prosecutor v. Kvočka, Kos, Radic, Zigic and Prcac, Case No. IT-98-30/1-T, Trial Judgement, 2 November 2001.
19. Prosecutor v. Kvočka, Radic, Zigic and Prcac, Case No. IT-98-30/1-A, Appeal Judgement, 28 February 2005.
20. Prosecutor v. Simba, Case No. ICTR-2001-76-I, Amended Indictment, 10 May 2004.
21. Prosecutor v Krnojelac (Appeals Chamber Judgment) ICTY-97-25-A, 17 Sep 2003.
22. Prosecutor v. Brdanin and Talic, Case No. IT-99-36PT, Decision on Form of Further Amended Indictment and Prosecution Application to Amend, 26 June 2001.
23. prosecutor v. Tadic (IT-94-1-T), ICTY Trial Chamber, 11 November 1997.

24. Prosecutor v. Tadic ´, Case No. IT-94-1-A, Appeal Judgement, 15 July 1999.
25. Prosecutor v. Ntakirutimana and Ntakirutimana, Case Nos. ICTR-96-10-A and ICTR-96-17-A, Appeal Judgement, 13 December 2004.
26. Prosecutor v. Krstic ´, Case No. IT-98-33-T, Judgement, 2 August 2001.
27. Prosecutor v. Krstic ´, Case No. IT-98-33-A, Appeal Judgement, 19 April 2004.
28. Prosecutor v. Brdanin (IT-99-36-T), Trial Chamber II, 1 September 2004.
29. Prosecutor v. Milos's evic´, Case No. IT-02-54-T, Decision on Motion for Judgement of Acquittal, 16 June 2004.
30. Prosecutor v. Krajisnik, Case No. IT-00-39-T, Judgement, 27 September 2006.
31. Prosecutor v. Blaskic ´, Case No. IT-95-14-A, Judgement, 29 July 2004.
32. Prosecutor v Stakic (Appeals Chamber Judgment) ICTY-97-24-A, 22 Mar 2006.
33. Prosecutor v. Stakic, Case No. IT-97-24-T, 2003.
34. Prosecutor V. Vasilevice, Icty Appeals champer, case No: IT-98-32-T, 2004.
35. Prosecutor v. mico stanisic, case No: IT-98-32-T, 2016.
36. Prosecutor v. Ratco mladic, case No: IT-08-91-A, 2017.
37. Prosecutor v. prlic, stojic, praljak, petkovic, coric, pusic, case no: IT-04-Z4-A, 2017.