

## اقدام خودسرانه فرماندهان نظامی به جنگ و تعمیم مجازات آن به غیر فرماندهان با تکیه بر اسناد حقوق بین الملل و موازین فقهی بر جرایم ارتكابی<sup>۱</sup>

رحیم رحیمی میلّاشی،<sup>۲</sup> کیومرث کلانتری،<sup>۳</sup> جعفر صادق منش<sup>۴</sup>  
(تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۱/۱۲، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۶/۸)

### چکیده

قاعده تحریم جنگ از اصول بنیادین و از قواعد آمره در اسلام و حقوق بین الملل معاصر است که به موجب آن، کشورها از توسل به زور و دخالت در امور یکدیگر منع شده‌اند. بر اساس حقوق اسلام و اسناد بین المللی هرگونه حمله و توسل به زور تحت عناوینی چون حمله یا دفاع پیشگیرانه در برابر حمله قریب الوقوع ممنوع است. رعایت اصل مذکور، موجب حفظ حاکمیت و استقلال کشورها و موجب صلح و امنیت بین المللی خواهد شد. اصولاً دیدگاه اسلام و حقوق بین الملل، کاهش آثار شوم جنگ و برداشتن گام مؤثر در حذف آن است؛ ولی از آنجا که این امر ممکن نیست، تلاش شده است تا پیامدهای جنگ محدود شود. از جمله این تلاشها، تعیین مقرراتی است که در زمان درگیریهای مسلحانه و دفاع، طرفین تخاصم باید آنها را به عنوان حقوق بشردوستانه رعایت کنند. این موضوع هم در اسناد، کنوانسیونها و قطعنامه‌های بین المللی اشاره شده است. پس از انقلاب اسلامی،

---

۱. این مقاله برگرفته از پایان نامه دوره دکتری با موضوع سیاست جنایی تقنینی در قبال جرایم امنیتی نظامیان در ایران است.

۲. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم شناسی، واحد گرگان، دانشگاه آزاد اسلامی، گرگان، ایران /  
rahimimilashi@gmail.com

۳. استاد گروه حقوق دانشگاه مازندران (نویسنده مسئول) / kalatar@nit.ac.ir

۴. استادیار گروه حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه امام صادق(ع) /  
sadeghmanesh@gmail.com

قانونگذار با تأسی از فقه اسلام و حقوق بین‌الملل، هرگونه عملیات و حمله بدون امر و اجازه یا بدون اینکه به عملیات متقابل وادار شده باشد و یا پس از دستور توقف، جنگ را در اراضی یا علیه نیروهای نظامی یا اتباع دولتی که با ایران در حال جنگ نیست در مواد ۳۴ و ۳۵ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح اقدام خودسرانه تلقی و برای فرماندهان مجازات سنگین در نظر گرفته است که ایرادهایی بر این مواد وارد و اصلاح آن جهت رفع ایرادها پیشنهاد می‌شود. هم‌چنین ضمن بیان مبانی نظری اسلام و حقوق بین‌الملل، این پرسش مطرح است که آیا حقوق نظامی ایران به این مهم توجه داشته یا خیر؟ و می‌تواند بر صلح بین‌المللی تأثیرگذار باشد؟ نویسنده با استفاده از شیوه تبیینی و تحلیلی در صدد محاسن و معایب آن و پاسخ به سؤال این مقاله است. روش این تحقیق هم تحلیلی توصیفی با ابزار گردآوری کتابخانه‌ای است.

**کلیدواژه‌ها:** فرمانده، اقدام خودسرانه، اقدام متقابل، حقوق بشردوستانه، حقوق بین‌الملل، مجازات.

### طرح مسئله

از نظر حقوقی، جنگ، مجموعه عملیات قهرآمیز و مسلحانه است که در چارچوب مناسبات کشورها روی می‌دهد و ممکن است به دنبال اعلان یا از طریق اعلام یک دولت مبنی بر درگیر بودن با دولت دیگر یا به طرز ساده، متعاقب انجام اقدامات خصمانه مبتنی بر زور علیه دولت دیگر آغاز شود (ضیایی بیگدلی، ۱۳۸۰ش، ۴۵). تاریخ بشر از آغاز تاکنون مملو درگیری‌های بزرگ و کوچک بوده که بخش مهم و غم‌انگیزی از تجربه زندگی بشر را روایت می‌کنند، جنگ چنان با تار و پود تاریخ جهان عجین شده که بسیاری از متفکران و صاحب‌نظران، آن را جزء جدایی‌ناپذیر روابط بین اقوام و ملل دانسته‌اند.

منازعات مسلحانه معمولاً همراه با صرف هزینه‌های فراوان انسانی، مالی و روانی است که مهمترین جنبه آنها تلفات فراوان بشری به صورت مرگ و میر و معلول و آواره شدن هزاران انسان بی‌گناه می‌شود. از این‌رو، تأکید بر حل و فصل مسالمت‌آمیز مناقشات، به منظور پرهیز از وقوع جنگ و محدودکردن دامنه آن و نیز قانونمندکردن آن در صورت وقوع، وجهه همّت بسیاری از احکام و تعالیم واردشده در ادیان الهی به‌ویژه اسلام بوده است. هم‌چنین پس از جنگ جهانی دوم، اسناد و مقررات بین‌المللی (حقوق بین‌الملل) نیز تلاشهایی برای محدودکردن جنگ صورت داده که شایسته است قبل از ورود به بحث اصلی

و به منظور روشن شدن موضوع به جایگاه حقوق بین الملل در فقه اسلام، نظام و مقررات جنگ در فقه، اسناد بین المللی و حقوق ایران پرداخته شود.

### جایگاه حقوق بین الملل در فقه

به اعتقاد ما مهمترین مبنای حقوق به طور کلی و حقوق بین الملل به طور خاص، عدالت است. قوانین نه تنها در تعریف کلی، احکامی الزامی هستند که به منظور تأمین عدالت و نظم عمومی وضع شده اند بلکه مبنای این قوانین نیز عدالت است. قرآن کریم یکی از اهداف نزول کتابهای آسمانی را اقامه قسط و عدل معرفی کرده است.

وقتی مبنای حقوق را عدالت دانستیم، طبعاً عدالت در همه مسائل و شاخه های آن نیز ساری و جاری است و اساساً در این زمینه تفاوتی بین روابط اشخاص حقیقی و حقوقی و روابط دولتها وجود نخواهد داشت. افزون بر تأکیدی که در قرآن کریم بر عدالت شده است، در پاره های از روایات وارده از رسول خدا ﷺ و امیرالمؤمنین ﷺ نیز عدالت به عنوان میزان (العدل میزان الله)، ملاک (العدل ملاک) و مبنای حکم (العدل اساس الحكم) معرفی شده است (حر عاملی، ۱۳۶۷ش، ۱۱/۳۱۰). فارغ از نگاه فقه و شرع به موضوع عدالت، در سیره و بنای عقلاء مفاهیمی هم چون «عدالت» مفهومی است که نظام و اجتماع بشری بر آن مبتنی است و بهترین وسیله برای تحقق مفهوم بنیادین عدالت، استفاده از «علم حقوق» برای مطالعه ابعاد مختلف مؤلفه های آن است و حقوق بین الملل نیز شاخه ای از این علم است که عدالت بین المللی و نقل و عقل، مینا و مرجع توجیه کننده آن می باشد.

مع الوصف، با نگاهی دقیق به فقه، معلوم می شود که فقه مجموعه قواعد و گزاره هایی است که عملاً ناظر بر همه جنبه های زندگی انسانهاست. با این مینا، قواعد حقوق بین الملل ناظر به طرز رفتار دولتها در زمان جنگ و صلح و حالت بی طرفی نیز بخشی از فقه را تشکیل می دهد؛ چرا که موضوع علم فقه «افعال مکلفان» است و بنابراین فقه عهده دار بیان حکم آن چیزی است که از مکلف صادر می شود.<sup>۵</sup> برای مثال، انعقاد معاهده در نزد اعراب جاهلی قبل از اسلام نیز امری رایج بوده است. قبایل عرب پیمانهای مختلف اتحاد و قرارداد کمک

۵. در توصیف فقه نیز گفته اند: «الفقه هو مجموعة الاحكام والقواعد المشروعة في الاسلام التي تنظم علاقة المسلم بره و بافراد المجتمع الذي يعيش فيه و كذا علاقة مجتمعة بالمجتمعات والدول الاخرى» (ر.ک: علی منصور، ۱۳۹۱ق، ۱۳۹).

متقابل (مانده) و یا صلح و عدم تجاوز (موادعه) منعقد می‌کردند که با ظهور اسلام امضاء و با ارائه دین جهانی و طرح اخوت و برادری انسانی به جای پیوستگی محدود قبیله‌ای موجب گسترده‌شدن دامنه انعقاد معاهدات شد.<sup>۶</sup> شبیه این قرارداد (آتش‌بس، پناهندگی و...) نیز در حقوق بین‌الملل به رسمیت شناخته شده است. الزام‌آور بودن معاهدات و قداست آن در بسیاری از آیات قرآن کریم تأکید شده و انعقاد معاهدات متعدد از سوی پیامبر اکرم ﷺ نیز مؤید این معنی است.<sup>۷</sup>

افزون بر آن، نگارش کتابهایی مستقل با عنوان «السیر» - که بیانگر روش برخورد مسلمانان با غیرمسلمانان در زمان جنگ و صلح است - در میان فقهای متقدم، به‌ویژه اهل سنت، متداول بوده است. در این میان السیرُ الکبیرُ شیبانی (متوفی ۱۸۹)، به دلیل قدمت و جامعیت مباحث آن، اهمیت بسیار دارد، به گونه‌ای که حکومت عثمانی آن را به‌مثابه قانون روابط بین‌الملل خود می‌دانست (سرخسی، ۱۹۷۱م، ۱/۱۴).

بدون تردید معاهدات و موافق بین‌المللی یکی از منابع حقوق بین‌الملل است (توحیدی، ۱۳۹۹ش، ۱/۳۵) که در برخی موارد، مورد تأیید منابع اسلامی نیز هست و دولت اسلامی می‌تواند در روابط خود با دولت‌های غیراسلامی به این منبع اعتماد ورزد. معاهدات بین‌المللی همواره مورد توجه کشورها بوده و از زمانهای پیشین، روابط متقابل کشورها به وسیله تعهدات قراردادی که عموماً معاهده نام داشتند برقرار شده است. حقوق بین‌الملل نوین نیروی

---

۶. در فقه اسلام از معاهداتی مانند صلح (موادعه)، ترک مخاصمه (مهادنة)، امان فرستادگان و سفیران، امان بازرگانان، تبعی خانواده و فرزندان و اموال مستأمن یاد می‌شود که بر اساس مصلحت و ضرورت منعقد می‌گردند.

۷. اولین آنها معاهده‌ای بود که در شهر مدینه در اولین روزهای هجرت پیامبر ﷺ از مکه به آن شهر منعقد شد. سند مزبور حاوی یک میثاق بین قبایل مختلف مسلمان که مهاجرین مکه نامیده می‌شدند با پیروان آن حضرت در مدینه (انصار) از یک طرف و قبایل یهودی از طرف دیگر است و در آن اتحاد امت بر اساس برادری اسلامی وضع گردیده و بر آزادی مذهب، مدارا و همکاری، آزادی شخصی، حمایت از مالکیت خصوصی، منع جنایت و اصول اساسی مانند آن تأکید شده است. معاهده مهم دیگری که توسط آن حضرت ﷺ منعقد شد، معاهده صلح حدیبیه بود که بین پیامبر ﷺ و قبیله قریش در مکه در سال ۶۲۸ میلادی انعقاد یافت. این معاهده شامل پیمان عدم تجاوز بین مسلمانان مدینه و مشرکین مکه است و سابقه معتبری برای صحت انعقاد معاهدات با غی مسلمانان محسوب می‌شود.

الزام آور معاهدات را همانند آنچه برای قراردادهای خصوصی تحت حقوق داخلی مقرر است به رسمیت می‌شناسد.

بنابراین با فحص در منابع فقهی اعم از قواعد کلی و گزاره‌های جزئی چنین مستفاد می‌شود که جایگاه حقوق بین‌الملل در فقه و نگاه فقه به گزاره‌های قواعد بین‌المللی یک نگاه کلی با تکیه بر بیان و خطابات عام است و به عبارت دیگر: فقه به گزاره‌های حقوق و روابط بین‌الملل به شکل عموماً نگریده و از نگاه جزئی پرهیز کرده است که این خطابات عام می‌تواند منشأ تدوین قواعد جزئی‌تر باشد. مع‌الوصف بیشتر گزاره‌های حقوق بین‌الملل از نگاه فقه، یک نگاه عقلی ارشادی امضایی است نه نگاه شرعی مولوی تأسیسی.

### نظام و مقررات جنگ در فقه اسلام، اسناد بین‌المللی و حقوق ایران

حال که جایگاه حقوق بین‌الملل در فقه مشخص شد، جا دارد نظر فقه اسلام، اسناد بین‌المللی و حقوق ایران راجع به نظام و مقررات جنگ به شرح ذیل بررسی شود.

#### ۱. نظام و مقررات جنگ در اسلام و فقه

با مراجعه به پاره‌ای از آیات قرآن کریم و تاریخ حکومت پیامبر خدا ﷺ معلوم می‌شود که در اسلام صلح و روابط مسالمت‌آمیز بین دولت اسلامی و دیگر دولت‌ها به عنوان یک اصل ضروری مطرح است و جنگ صرفاً یک حالت استثنایی به‌شمار می‌رود. اصل ممنوعیت شروع به جنگ، خاستگاه قرآنی دارد: «أُذِنَ لِلَّذِينَ يُقَاتِلُونَ بَأَنَّهُمْ ظَلَمُوا وَاِنَّ اللَّهَ عَلَىٰ نَصْرِهِمْ لَقَدِيرٌ الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ بِغَيْرِ حَقٍّ إِلَّا أَنْ يَقُولُوا رَبُّنَا اللَّهُ: به آنها که مورد تهاجم دشمن و جنگ قرار گرفته‌اند اجازه جهاد داده شده است و خداوند قادر بر یاری آنها است، همان کسانی که به ناحق از خانه و کاشانه خود بدون هیچ دلیلی اخراج شدند جز اینکه می‌گفتند پروردگار ما خداوند یکتاست» (حج، ۴۰-۳۹). در روایات نیز ممنوعیت شروع به جنگ تأیید شده است. بر اساس فرمایش امام علی ﷺ مسلمانان نباید آغازگر جنگ باشند (نهج البلاغه، نامه ۱۴) و باید خویشتن‌داری در جنگ و پرهیز از شتاب‌زدگی را رعایت کنند (مجلسی، ۱۹۸۳ م، ۴۶۶/۲۲ و ۹۷/۲۴).

با توجه به عبارات و کلمات مشهور فقهای امامیه نیز می‌توان اذعان نمود که اصل اولی در روابط اسلامی با دیگر ملل بر مبنای تفاهم استوار است نه جنگ و صلح و دوستی

بین‌المللی اصلی است که مردم باید به آن پایبند باشند. به همین جهت خداوند به ما فرمان داده تا آن را بر جنگ برگزینیم (رشید رضا، ۱۴۰۸ق، ۳۱۲/۲) و دلیل آن هم آیه قرآن است.<sup>۸</sup> این نظریه در میان فقهای شیعه و متأخرین از اهل سنت طرفداران زیادی دارد. شلتوت می‌نویسد: «هدایت اسلامی ما را به سوی صلح و دوستی فرا می‌خواند تا جایی که مخالفت نسبت به دین حق را از اسباب دشمنی و تجاوز نمی‌داند» (شلتوت، ۱۳۹۹ق، ۹۳). زحیلی با این اعتقاد که اصل در روابط دولت اسلامی با دیگر دولتها بر مسالمت است تا جایی که بر شهرها یا بر مبلغان دینی و نوامیس اسلام و مسلمین دشمنی صورت گیرد، در اینجا جنگ ضرورتی برای دفاع از جان، مال و عقیده است، این نظر را تقویت می‌کند (زحیلی، ۱۴۰۱ق، ۱۲۰).

استثناء اصل ممنوعیت جنگ در نگاه اسلام، منحصرأ در بحث «جهاد» است. جهاد عبارت است از: «مبارزه در راه خدا با جان، مال و داراییهای دیگر با هدف گسترش اسلام یا دفاع از آن» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۳/۲۱). فقهای دیگر مذاهب اسلامی هم تعریف شبیه آن دارند: «جهاد یعنی بذل توان و انرژی برای قتال در راه خدا به هر وسیله ممکن، اعم از جان مال و زبان» (کاسانی، ۱۴۱۷ق، ۹۷/۷). مالکیه نیز جهاد را به معنای مقاتله با آن دسته از کفار که عهد و پیمانی با مسلمانان ندارند عنوان و هدف از آن را اعتلای کلمه الله می‌دانند (خطاب، ۱۹۹۵م، ۳۴۷/۳). شافعیه جهاد را جنگ با کفار به منظور یاری و نصرت اسلام تعریف می‌کنند (عجیلی، بی‌تا، ۱۷۹/۵) و حنابله نیز جهاد را محصور در قتال با کفار می‌دانند (بهوتی، ۱۴۰۲ق، ۳۲/۳).

فلسفه و هدف جهاد دفاع از مستضعفان در برابر تجاوز، رفع فتنه و نابودی شرک و بت پرستی و حفظ کرامت انسانی است.<sup>۹</sup> توجه اسلام به جهاد و تشریح دستور آن پس از مسئله هجرت نیز نشان می‌دهد که روح جهاد در اسلام دفاع است نه تهاجم و تنها ابزار حفظ مسلمانان در مقابل ظلم، دفاع از مذهب بوده و هرگز مصداق عنوان اقدام متجاوزانه نیست. دفاعی که در برابر دشمنانی که مسلمانان را به جرم اعتقاد به توحید، مجبور به هجرت

۸. «و ان جنحوا للسلم فجنح لها و توکل علی الله انه هو السميع العليم» (انفال، ۶۱).

۹. نساء، ۷۵، توبه، ۱۴، بقره، ۱۹۳ و انفال، ۳۹.

کرده بودند (زحیلی، ۱۴۱۱ق، ۱-۱۷۸/۲)<sup>۱۰</sup>. هم‌چنین جهاد خاستگاه عقلانی نیز دارد، به طوری که به لحاظ عقلی، سکوت در برابر دشمن متجاوز با هیچ منطقی سازگاری ندارد. فقها جهاد را به دو نوع ابتدایی و دفاعی تقسیم کرده‌اند (منتظری، ۱۴۱۱ق، ۱/۱۱۵) و جهاد ابتدایی را در برابر سه گروه واجب می‌دانند: ۱. کفار غیرذمی؛ ۲. کفار ذمی که شرایط ذمه را نادیده گرفته‌اند؛ ۳. باغیان<sup>۱۱</sup> (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۲۱/۴۶). جهاد دفاعی نیز به معنای جنگ برای دفاع از مسلمانان و سرزمینهای اسلامی است (منتظری، ۱۴۱۱ق، ۱/۱۱۵). از نظر فقهای اهل سنت جهاد به معنای قتال در سه حالت قابل فرض است: ۱. رویارویی با کفار به هنگام شعله‌ور شدن جنگ؛ ۲. یورش دشمن خارجی به کشور مسلمان؛ ۳. در صورت دستور ولی‌امر به جهاد.

البته این تقسیم‌بندی در کتابهای فقهی متقدم صریحاً ذکر نشده و آنان معمولاً احکام جهاد ابتدایی را به گونه‌ای مبسوط و احکام جهاد تدافعی را به‌طور ضمنی بیان کرده (شافعی، ۱۴۰۳ق، ۴/۱۷۰؛ سرخسی، ۱۹۷۱م، ۱/۱۸۹-۱۸۷). فقها برای جهاد شرایط، فروع و احکامی ترسیم کرده‌اند از جمله:

### ۱-۱. اذن پیامبر ﷺ، امام معصوم ﷺ و یا ولی فقیه

قرائتی در تفسیر آیه «أذن للذین یقاتلون...» می‌نویسد: «این آیه اجازه جهاد و جنگ مسلحانه را به پیامبر ﷺ داده است، زیرا کار پیامبر ﷺ چند مرحله داشت: دعوت و اصلاح قلبی، خودسازی نیروها، تشکیل و بسیج نیروها و دفاع یا حمله. وی در پیام این آیه قید می‌کند که مظلومان، مجازند با دشمنان خود جهاد کنند و جهاد بدون اذن خدا و رسول ﷺ جایز نیست» (قرائتی، ۱۳۷۴ش، ۶/۴۹). البته در این خصوص اختلاف نظر هم وجود دارد.

۱۰. از جمله کسانی که در ذیل آیه شریفه به نخستین آیه جهادی بودن آن تصریح کردند، مرحوم طبرسی در مجمع البیان، طباطبایی در المیزان، برسویی در روح البیان، مشهدی در کنز الدقایق، آلوسی در روح المعانی هستند؛ هر چند بعضی دیگر، آیه ۱۹۰ سوره بقره را و برخی نیز آیه ۱۱۱ سوره توبه را نخستین آیه جهاد می‌دانند. علمای عامه مانند احمد در مسند خود و ترمذی در صحیح خویش و حاکم در المستدرک از ابن عباس نقل می‌کنند که وقتی پیامبر ﷺ از مکه خارج شدند، ابوبکر گفت آنهایی که پیامبر را از مکه راندند، نابود و هلاک خواهند شد. سپس این آیه نازل شد.

۱۱. جهاد با باغیان به جهت نقض پیمان و خروج از بیعت با امام ﷺ و وادار کردن ایشان به بیعت مجدد است (فاضل آبی، ۱۴۰۸ق، ۱/۴۲۲-۴۱۸).

به عنوان مثال، بیشتر فقیهان امامیه، وجوب و مشروعیت جهاد ابتدایی را منوط به اجازه امام معصوم علیه السلام یا نایب او می‌دانند. البته مرادشان از نایب امام، نایب خاص است و شامل نایبان عام امام (فقها) در عصر غیبت نمی‌شود (طوسی، ۱۳۸۷ق، ۸/۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ۹/۳؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ۱۱/۲۱).

برخی هم جهاد ابتدایی را منوط به حضور امام معصوم علیه السلام دانسته و در عصر غیبت جایز نمی‌دانند (رک: ابن بابویه، ۱۳۸۶ق، ۴۶۴/۲؛ زحیلی، ۱۴۰۱ق، ۱۳۶؛ رشید رضا، ۱۴۰۸ق، ۳۵۲/۱۰). علتش هم آن است که مسئولیت جهاد بسیار بزرگ است و از آن جهت که در ارتباط با دعوت اسلام است و با جان و ناموس مردم سر و کار دارد، پس نباید اختیار آن به دست افراد ناآگاه به اسلام یا ستمگر و جائز باشد. مؤمن قمی می‌نویسد: «اقتضای انصراف به حکم عقلا در مواردی مثل جهاد این است که اقدام به جهاد نباید بی‌برنامه و بدون رهبری باشد. اما وقتی مسلمانان یک دولت اسلامی را بنیان‌گذاری کرده و دارای رهبری باشند، شکی نیست که آیات جهاد آنها را در بر می‌گیرد و به موجب عموم این آیات جهاد بر آنها واجب می‌شود» (مؤمن قمی، ۱۳۸۰ش، ۲۳).

شاید علت قایم به شخص بودن جهاد ابتدایی این باشد که مصلحت قطعیه اسلام را در جهاد، فقط امام تشخیص می‌دهد و لکن نسبت به نواب عام احتمال خطا در تشخیص وجود دارد. به عبارتی جهاد ابتدایی نوعی تسلط بر عرض، دماء و انفال دیگران وجود دارد که اصل بر حفظ آنهاست و عدول از این اصل، تشخیص دقیق و انتفاء خطا در آن، فقط از ناحیه امام صادر می‌شود. اما به نظر می‌رسد اگر فقیه جامع‌الشرایط اقدام به تشکیل حکومت کرد و صاحب قدرتی شد که در سایه آن گسترش اسلام و اقامه عدل ممکن شود، شرایط وجوب و وجود جهاد فراهم و باید این امر تحقق پیدا کند.

همه فقها اسلام جهاد دفاعی را مشروط به اذن یا حضور معصوم و نایب او نکرده‌اند. چون معتقدند که دفاع از جان و مال و حیثیت مسلمانان بر همگان تکلیف شرعی و واجب است و نیازی به اذن نیست (خیمینی، ۱۳۸۵ش، ۲۴۰/۱۵؛ حلی، ۱۴۱۴ق، ۳۷/۹؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ۱۶/۲۱-۱۵ و ۶۵۱/۴۱-۶۵۰). از نظر برخی فقها، جهاد ابتدایی منوط به اذن امام معصوم علیه السلام یا نایب خاص او نیست و نایب عام او نیز می‌تواند برای بسط توحید و عدل و جلوگیری از ظلم و استبداد ظالمان و حمایت از مظلومان، به حکم عقل به جهاد امر کند (خویی، ۱۴۱۰ق، ۳۶۴/۱؛ منتظری، ۱۴۱۱ق، ۱۱۵/۱؛ خامنه‌ای، ۱۴۱۵ق، ۳۳۱/۱). به نظر



این فقها اجماع مورد ادعا در این زمینه، مناقشه‌پذیر است و تعبیر «امام عادل» در احادیث جهاد به معنای امام معصوم علیه السلام نیست (منتظری، ۱۴۱۱ق، ۱/۱۱۸).

فقهای بزرگ اهل سنت نیز در بحث جهاد ابتدایی، وجود امام و ولی امر را ضروری می‌دانند<sup>۱۲</sup>. هم‌چنین آنان جهاد ابتدایی را در صورت وجود مصلحت اسلام و مسلمانان به تشخیص حاکم عادل یا فاسق واجب دانسته‌اند (جصاص، ۱۴۱۵ق، ۳/۱۵۴؛ سرخسی، ۱۹۷۱م، ۱/۱۵۷-۱۵۶؛ شوکانی، بی تا، ۷/۲۴۳-۲۴۲). به نظر آنان، اطاعت از حاکم در امر جهاد مانند نمازهای پنج‌گانه واجب است.

جهاد در اندیشه زیدیه،<sup>۱۳</sup> اصل است، نه فرع و بخش اعظمی از عقاید آنها بر جهاد بنا شده است. با توجه به روایتی از امام صادق علیه السلام<sup>۱۴</sup> قیام زیدیان در برهه‌ای از زمان معمولاً

۱۲. همه مذاهب فقهی به ولایت فقیه اعتقاد دارند و واژه ولی امر، امامت کبری و امام اعظم را درباره امام مسلمین به کار می‌برند، اما مسئله این است که فرد دارای ولایت کبری در جامعه اسلامی از نظر بعضی از مذاهب ضرورتاً باید فقیه باشد که در صورت بیعت مردم با او، ولایتش بر جامعه فعلیت پیدا می‌کند و بعضی دیگر از مذاهب فقیه بودن را برای تصدی او و ولایت و امامت در جامعه ضروری نمی‌دانند. اگر صاحب ولایت کبری و امام اعظم فقاقت، فقیه نباشد بر او واجب است برای اداره جامعه بر اساس دین و شریعت حتماً از ولی فقیه بهره ببرند. حتی شوکانی که گرایش سلفی داشته و سابقاً از علمای زیدیه بود، در ذیل شرط سلامت امام مسلمین می‌گوید: «جعل ولایت عمومی برای جامعه اسلامی تدبیر عموم مردم به صورت عمومی و خصوصی به جریان انداختن امور در مجراهای خودش و قراردادن در جایگاههای خودشان است. از کسی که حواس او اختلالی وجود دارد میسر نیست چون وجود اختلال در حواس مقتضی نارسایی و ناقص بودن تدبیر است (شوکانی، ۱۴۳۲ق، ۹۳۷).

۱۳. با توجه به اینکه عنصر امامت نزد زیدیان به گونه‌ای تعریف شده است که غیبت و حضور برایشان بی‌مفهوم است، از نظر زیدیه هر کسی از نوادگان حسن و حسین (فرزندان علی از فاطمه) و عالم به دین و متقی باشد، قیام مسلحانه کرده باشد، خواهان تأسیس حکومت باشد و مردم را به پشتیبانی فرا بخواند دارای شرایط امام می‌دانستند. از نظر آنها لازم نبود امام منصوب باشد یعنی خداوند او را منصوب کرده باشد. حتی برخی از زیدیان بر این باور بودند که ممکن است فردی اعلم و اتقی (یعنی عالم‌ترین و متقی‌ترین) هم نباشد ولی امامت را به عهده بگیرد. زیدیان هم‌چنین قائل به عصمت امام نبودند. آنچه در روایات و تاریخ از انگیزه‌های جهاد در زیدیان بیان شده است، مواردی چون خشنودی خدا، نفی سلطه و ظلم، احیای احکام اسلام و سنت الهی و نبوی و رضای آل محمد بوده است.

۱۴. در این روایت عبدالملک بن عمرو می‌گوید: «قال لی ابو عبدالله علیه السلام: یا عبدالملک ما لی لا اراک تخرج الی هذه المواضع التی یخرج الیها اهل بلادک؟ قال: قلت و این؟ فقال جده و عبادان و المصیصة و قروین فقلت: انتظار الامرکم و الاقتداء بکم فقال ای و الله لو کان خیرا ما سبقونا الیه قال: قلت له: فان الزیدیه یقولون لیس

بدون علم کافی بوده است که دلیل عمده آن، عدم لزوم اذن امام معصوم علیه السلام بوده و منبع علم است. تفکیکی بین جهاد ابتدایی و دفاعی نیست و در هیچ یک از انواع جهاد اذن از امام لازم نیست (کلینی، ۱۴۲۹ق، ۳۹۱/۹). اگر مصادیق جهاد را در این روایت، جهاد ابتدایی بدانیم، در شرایط جهاد ابتدایی بین زیدیه و شیعه اختلاف وجود دارد؛ به طوری که اساساً در اقدام به تمام مصادیق جهاد، شیعه سرزنشهای بسیاری از زیدیه شنیده است (ابن بابویه، ۱۳۹۵ش، ۱/۱۲۶).

### ۱-۲. لزوم اعلان جنگ

از آنجا که جنگ یک اقدام جدی و مهم برای یک کشور است، به موجب رویه مسلم حقوق بین‌المللی و قوانین اساسی کشورها صدور اعلامیه آن، عموماً بر عهده بالاترین مقام مسئول است. به همین ترتیب در حقوق اسلامی، تنها خلیفه یا امام اختیار اعلام جهاد دارد (ماوردی، ۱۴۰۶ق، ۲۲ و ۳۳). حتی در جهاد ابتدایی هم برخی از فقها نوشته‌اند: نباید شروع به جنگ کرد، مگر اینکه ایشان را اسلام فرا خواند و این دعوت هم باید از طرف امام یا منصوب از طرف امام باشد (محقق حلی، ۱۳۷۴ش، ۱/۱۱۲). برخی هم گفته‌اند: نباید جنگ را آغاز کرد مگر پس از اتمام حجت و زمانی که آنان جنگ را آغاز کنند. برخی از مفسران در تفسیر آیه ۵۸ سوره انفال معتقدند: «پیش از اعلام الغای پیمان‌شکنی به مشرکان خیانت‌کننده به عهد، آغاز به جنگ خیانت است و خداوند خیانت‌کاران را دوست ندارد و به نوعی آن را فریبکاری می‌داند» (واحدی، ۱۴۱۵ق، ۲۴۱؛ طبری، ۱۴۱۲ق، ۱۹-۱۰؛ طبرسی، ۱۳۷۲ش، ۴/۸۵۰؛ فیضی، ۱۴۱۷ق، ۲/۴۱۴؛ ابن عجبیه، ۱۴۱۹ق، ۲/۳۴۱).

با توضیح بیان‌شده، اصل اولی در جنگ، حسب موازین فقهی حرمت است و مبادرت به جنگ ابتدایی یا دفاعی، محتاج دلیل خارجی است و بدون چنین دلیلی، نه تنها واجد حرمت عقلی و شرعی است و بلکه اقدامی خودسرانه محسوب می‌شود و مستوجب مجازات است.

---

بیننا و بین جعفر خلاف الا انه لا یری الجهاد فقال: انرا لا، اراه؟ بلی والللهانی لاراه و لکن اکره ان ادع علمی الی جهلهم» (کلینی، ۱۴۲۹ق، ۳۹۱/۵).

### ۱-۳. ضوابط و مقررات مربوط به زمان درگیری

بر اساس حقوق اسلامی، جنگ متجاوزانه ممنوع است و فقط در مواردی مانند دفاع مشروع، اقدام متقابل و یا جهاد ابتدایی مجاز است که قبلاً در مورد آنها توضیح داده شد. چنانچه به هر کدام از دلایل بالا جنگی در گرفت، یک سری مقررات به عنوان استاندارد وجود دارد که فرمانده، رزمنده و همه کسان حاضر در معرکه جنگ باید به رعایت آنها پایبند باشند. در غیر این صورت هم رزمنده و فرمانده‌ای که مرتکب عمل مجرمانه شده و یا فرمان آن را داده است و هم دولت متبوع آنها مسئول شناخته می‌شوند. به خاطر اهمیت این مقررات از آنها به عنوان اصل یاد شده است.

#### ۱-۳-۱. اصل محدودیت

اقدامات جنگی فقط باید علیه رزمندگان دشمن و اهداف نظامی استفاده شود. قرآن کریم در آیه ۱۹۰ بقره با منع صریح از تجاوز در منازعات مسلحانه، محدودیت در جنگ را به مثابه یک اصل تأکید نموده است که مقتضای اصل عدالت است. مطابق قانون جهاد در اسلام، جنگ فقط به انگیزه انسانی و دفاع از حق مشروعیت دارد (مغنیه، ۱۴۲۴ق، ۱/۲۹۷). از نظر اسلام، نقض پیمان، دست‌درازی به غنایم جنگی، قطع اعضای زنده یا مرده دشمن، کشتن توأم با شکنجه، قطع درختان، آتش‌زدن نخلها و کشتزارها، آب‌بستن به نخلستانهای سرزمین دشمن به غرض نابودی آنها، استفاده از سموم و سلاح سمی، کشتن چهارپایان، تخریب مراکز عبادی- فرهنگی و انهدام بناهای تاریخی، از اقدامات ممنوعه در جنگ به‌شمار می‌رود (نهج البلاغه، نامه ۱۴؛ ابن بابویه ۱۳۷۶ش، ۱۷۳؛ طباطبایی، ۱۴۱۹ق، ۷۹-۷۱؛ بیهقی، بی‌تا، ۱۸۰/۸).

علت منع کاربرد سلاحهای معینی از قبیل گلوله‌هایی با تخریب وسیع، گازهای سمی و خفه‌کننده ... در اسلام به خاطر این است که این‌گونه از سلاح فاقد تشخیص نظامی از غیرنظامی است. دیگر اینکه استفاده از آنها باعث نابودی همه انسانها، حیوان و نبات و در یک کلمه انقراض حرث و نسل می‌شود. به موجب آیه ۲۰۵ سوره بقره یهلک الحرث و نسل باعث فساد در روی زمین است و خداوند فساد را دوست ندارد.

در میان فقهای اهل سنت ابوحنیفه نخستین کسی است که اصطلاح «سیر» را به مجموعه دروس خاص خود درباره حقوق جنگ و صلح اسلامی وارد کرده است. پس از او شاگردانش کتابهایی مستقل با عنوان «السیر» - که بیانگر روش برخورد مسلمانان با

غیرمسلمانان در زمان جنگ و صلح است نگاشته‌اند. هم فقهای اهل سنت و هم جمهور شیعه و فقهای شیعه زیدیه در قاعده فقهی «لایقتل غیر مقاتل»، حکم عدم جواز کشتن غیرمقاتلین در جنگها، هم نظر بوده و آن را یک حکم کلی می‌دانند (به نقل از عمید زنجانی، ۱۳۹۰ش، ۱۷۹/۵) که بر مصادیق آن قابل تطبیق است. یعنی غیرمقاتل مانند زنان، کودکان، سالخورده‌گان و... که توانایی و اهلیت جنگ را ندارند و یا کسانی هم چون عابدان، راهبان، خبرنگاران و... که توانایی و اهلیت جنگ را دارند اما در مقام و قصد جنگ نیستند، مصادیق غیرمقاتل هستند، از حمایت برخوردار و کشته نمی‌شوند (حمیدالله، ۱۳۸۳ش، ۲۳۹؛ قرطبی، ۱۴۱۳ق، ۳۳/۲). البته استثنایی هم قایل شده‌اند. سرخسی از فقهای اهل سنت به نقل ابویوسف که می‌گوید ابوحنیفه کشتن راهبانی که با مردم سر و کار دارند و آنها را در امر جنگ راهنمایی می‌کنند یا در جنگ دارای دیدگاه بوده و از این دیدگاه رأی صادر کنند، چون به طور غیرمستقیم وارد جنگ شدند، جایز می‌داند و یا حلی قتل پیرمردانی که اهل مخاصمه نیستند ولی اهل تدبیر جنگی بوده و در جنگ شرکت دارند را جایز می‌داند.

### ۱-۳-۲. اصل تناسب

اصل تناسب به این معناست که اقدام متقابل نظامی باید با اقدام اولیه صورت گرفته تناسب داشته باشد و بیش از آن نباشد. بر اساس این اصل، صدمات اتفاقی ناشی از یک حمله در مقایسه با مزیت نظامی مستقیم و قطعی حاصل از آن عملیات، باید متناسب باشد (عمید زنجانی، ۱۳۹۰ش، ۱۲۸/۵). خسارت و صدمات اتفاقی ناشی از حمله به اهداف نظامی در مقایسه با مزیتها و فواید نظامی مستقیم و قطعی که از آن حمله به دست می‌آید، نباید بیش از لزوم باشد. قرآن کریم (آیات ۱۹۴ بقره، ۵۹ انفال، ۴۰ شورا، ۸ و ۴۵ مائده و ۱۲۵ نحل) سالها قبل از حقوق بین‌الملل به آن پرداخته است. تعدی از اصل تناسب بدون مصلحت اهم، ممنوع است (طباطبایی، ۱۴۱۷ق، ۶۱/۲؛ ابوحیان اندلسی، ۱۴۲۰ق، ۲۲۴/۲؛ آل سعیدی، ۱۴۰۸ق، ۹۶). واژه اعتدوا به معنای تجاوز از حدود الهی است. مطابق آن، حقوق همه انسانها اعم از مسلمان و غیرمسلمان، مؤمن، کافر، منافق، محارب، معاهد، بی طرف و... به تناسب حالات آنان، به حکم عقل، شرع و وجدان، محترم و رعایت آن الزامی است. حتی کافر حربی بودن اقتضاء نمی‌کند که اضافه بر دفاع و مقابله، همه حقوق - حتی خانواده، اطفال و اموال - او مورد تجاوز قرار گیرد (مصطفوی، ۱۳۸۵ش، ۳-۵-۴).

## ۲. نظام و مقررات جنگ در اسناد بین‌المللی

مقدمه منشور سازمان ملل متحد «محموظداشتن نسلهای آینده از بلای جنگ» را به عنوان هدف و فلسفه وجودی سازمان عنوان و در بند ۴ از ماده ۲ مصوب ۱۹۷۰م نیز «تهدید به زور یا استفاده از آن» را منع کرده است. هم‌چنین بر اساس بند ۴ ماده ۲ منشور سازمان ملل متحد و نیز قطعنامه شماره ۳۳۱۴، هرگونه توسل به زور ممنوع است و تنها استثنائات موجود هم دفاع مشروع و عمل متقابل مسلحانه<sup>۱۵</sup> بین‌المللی است. پس هرگونه حمله تحت عناوین مختلفی نظیر حمله پیش‌گیرانه و یا دفاع پیش‌گیرانه در برابر حمله قریب‌الوقوع، اساساً فاقد جاهت قانونی بوده و کراراً غیرقانونی و نامشروع بودن آنها توسط سازمان ملل متحد بیان شده است؛ نظیر حمله اسرائیل به راکتورهای هسته‌ای عراق در سال ۱۹۸۱ میلادی تحت عنوان حمله پیش‌گیرانه.

ماده ۳ قطعنامه شماره ۳۳۱۴ سال ۱۹۷۴ میلادی، اقداماتی مانند: الف) تهاجم یا حمله نیروهای مسلح یک دولت به سرزمین دولت دیگر، یا هرگونه اشغال نظامی؛ ب) بمباران سرزمین یک دولت توسط نیروی مسلح دولت دیگر یا کاربرد هر نوع سلاح توسط یک دولت علیه سرزمین دولت دیگر؛ ج) محاصره بنادر یا سواحل یک دولت توسط نیروهای مسلح دولت دیگر؛ د) حمله نیروهای مسلح یک دولت به نیروهای مسلح دولت دیگر؛ هـ) ادامه حضور آن نیروها در آن سرزمین پس از پایان مدت توافق و هرگونه حمله تحت عناوین مختلفی نظیر حمله پیش‌گیرانه و یا دفاع پیش‌گیرانه در برابر حمله قریب‌الوقوع را بدون توجه به اعلام جنگ، تجاوز محسوب کرده است.

۱۵. دفاع مشروع دلالت بر موقعیتی دارد که یک کشور مورد تجاوز مسلحانه، حق دارد در دفاع از خود به زور متوسل شده و متجاوز را عقب براند. این دفاع می‌تواند فردی یا جمعی باشد (علیخانی، ۱۳۹۴ش، ۲۵-۲۱). ماده ۵۱ منشور سازمان ملل متحد مقرر می‌دارد: «در صورت حمله مسلحانه علیه یک عضو سازمان ملل متحد، تا زمانی که شورای امنیت اقدامات لازم را برای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی به عمل آورد، هیچ‌یک از مقررات این منشور به حق دفاع مشروع انفرادی یا دسته‌جمعی اعضا لطمه‌ای وارد نخواهد کرد. اعضا باید اقداماتی را که در اعمال این حق دفاع از خود، به عمل می‌آورند، فوری به شورای امنیت گزارش دهند. این اقدامات به هیچ وجه در اختیار و مسئولیتی که شورای امنیت طبق این منشور دارد و به موجب آن برای حفظ و اعاده صلح و امنیت بین‌المللی در هر موقع که ضروری تشخیص دهد اقدام لازم را به عمل خواهد آورد، تأثیری نخواهد داشت».

بنابراین با توجه به اسناد بالادستی بین‌المللی بیان‌شده، هرگونه عملی که خارج از مفاد اسناد بین‌المللی باشد، ممنوع بوده و تحت عنوان جنایت جنگی موجب مجازات بین‌المللی است. هم‌چنین قواعد و مقرراتی مانند اعلان جنگ، نهی از انتخاب اهداف و شیوه‌های غیرانسانی، اصل تفکیک نظامیان از غیرنظامیان و اصل تناسب، اصل تحدید تسلیحات مانند سلاح کشتار جمعی، رفتار انسانی با دشمن هنگام جنگ و رفتار انسانی با اسرای جنگی را تحت عنوان حقوق بشر دوستانه در اسناد بین‌المللی قانونگذاری کرده است (لطفی، ۱۳۸۸ش، ۱۸۴-۱۷۲).

### ۳. نظام و مقررات جنگ در حقوق ایران

اصل ۱۵۲ قانون اساسی ایران، مبنای سیاست خارجی کشور را «نهی هرگونه سلطه‌جویی و سلطه‌پذیری، حفظ استقلال همه‌جانبه و تمامیت ارضی کشور، دفاع از حقوق مسلمانان و عدم تعهد در برابر قدرتهای سلطه‌گر و روابط صلح‌آمیز متقابل با دول غیرمحراب» اعلام داشته است. از این اصل می‌توان چنین برداشت کرد که در قانون اساسی، اصل روابط صلح‌آمیز پذیرفته شده و تنها «دول محارب» هستند که از این اصل مستثنی می‌شوند. بنابراین آغاز جنگ، غیرقانونی و تجاوز محسوب و بر اساس حقوق اساسی ایران ممنوع است. از طرفی به موجب اصول قانون اساسی، ولایت و صاحب اختیاری جامعه اسلامی در زمان غیبت امام زمان علیه السلام با ولی فقیه است. تعیین سیاستهای کلی نظام، حاکمیت بر سه قوه، فرماندهی نیروهای مسلح و اعلان و اجازه جنگ و صلح و بسیج عمومی هم بر اساس اصل ۱۱۰ بر عهده مقام ولایت و تشخیص ضرورت و مصلحت جنگ و صلح نیز با اوست. بنابراین هرگونه اقدام بدون مجوز آن مقام، ممنوع و جرم خواهد بود.

خداوند متعال در آیات ۸ سوره ممتحنه و ۹۰ سوره نساء<sup>۱۶</sup> یک قاعده کلی برای مسلمانان وضع می‌کند که در برابر دولت غیرمسلمانی که نسبت به اسلام و مسلمانان موضع خصمانه نداشته و در کار آنها دخالت نکنند، رابطه مسالمت‌آمیز داشته باشند. هم‌چنین به موجب آیه ۱۹۰ سوره بقره که می‌فرماید: «و قاتلوا فی السبیل الله الذین یقاتلونکم و لا تعدوا» صریحاً

۱۶. «لا ینهاکم الله عن الذین لم یقاتلواکم فی الدین و لم یخرجوکم من ديارکم ان تبروهم و تقسطوا الیهم و.... فلم یقاتلواکم و القوا علیکم سلم فما جعل الله لکم علیهم سبیلاً.»

جنگ را مختص کسی می‌داند که عملاً درگیر جنگ هستند. از طرفی چون جنگ یک حالت غیرعادی و موقت است، انتظار می‌رود تا دیر یا زود خاتمه پذیرد.

در حقوق اسلام همانند روابط بین‌الملل جدید عللی مانند تسلیم دشمن، پیروزی بر نیروهای نظامی، معاهده صلح و ترک خصومت را به عنوان علل خاتمه جنگ پذیرفته است. به محض وقوع چنین شرایطی، جنگ باید متوقف شود و ادامه عملیات پس از دستور توقف جنگ غیرشرعی است. لذا قانونگذار ایران پس از انقلاب اسلامی، در قوانین عادی<sup>۱۷</sup> با تأسی از فقه اسلام، حقوق بین‌الملل و قانون اساسی هرگونه عملیات و حمله بدون امر و اجازه یا بدون اینکه به عملیات متقابل وادار شده باشد و یا ادامه عملیات پس از دستور توقف جنگ را در اراضی یا علیه نیروهای نظامی یا اتباع دولتی که با ایران در حال جنگ نباشد را اقدام خودسرانه تلقی و برای مرتکبان آن (فرماندهان یا مسؤولان نظامی) مجازات سنگین در نظر گرفته است که در ذیل ضمن ورود به مباحث اصلی مقاله، به شرح این مواد و عناصر تشکیل‌دهنده و در نهایت به ایرادهای وارد بر آن به صورت مختصر پرداخته می‌شود.

### عناصر جرایم

جرایم موضوع مواد ۳۴ و ۳۵ هم مانند سایر جرایم، دارای ارکان تشکیل‌دهنده، موضوع و شرایطی هستند که به اختصار بیان خواهد شد.

۱۷. ماده ۳۴ قانون مجازات نیروهای مسلح مصوب ۱۳۸۲: «هر یک از فرماندهان یا مسئولین نظامی بدون اجازه یا بدون اینکه به عملیات متقابل وادار شده باشد علیه نیروهای نظامی یا اتباع دولتی که با ایران در حال جنگ نباشد حمله مسلحانه یا دیگران را وادار به حمله نماید یا با نیروی تحت فرماندهی خود در اراضی دولتی که با ایران در حال جنگ نباشد مرتکب عملیات خصمانه شود؛ هرگاه اقدامات فوق موجب اختلال در امنیت داخلی یا خارجی کشور گردد به مجازات محارب و در غیر این صورت به حبس از سه تا پانزده سال محکوم می‌شود.» ماده ۳۵: «هر یک از فرماندهان یا مسئولین نظامی که پس از دریافت دستور توقف عملیات جنگی، عملیات را ادامه دهد، در صورتی که عمل وی موجب اختلال در امنیت نظام (به هم خوردن امنیت کشور) و یا شکست جبهه اسلام گردد به مجازات محارب و در غیر این صورت به حبس از سه تا پانزده سال محکوم می‌شود.»

## ۱. عنصر مادی

عملیات خصمانه در اراضی دولتی، حمله مسلحانه علیه نیروهای نظامی یا اتباع دولت غیرمتخاصم و وادارکردن عده‌ای به حمله و ادامه عملیات پس از دستور توقف جنگ عنصر مادی مواد قانونی بالا هستند.

## ۲. شرایط و اوضاع و احوال جرایم

این جرم همانند دیگر جرایم دارای شرایطی است که در صورت اجتماع آن شرایط، مجازات مندرج در قانون علیه مرتکب اجرا خواهد شد که به قرار زیر است.

### ۲-۱. مرتکب جرم

مرتکب این جرم فرمانده و یا مسئول نظامی است. فرمانده شخصی است که به اتکاء شغل یا مقام رسمی که به او داده می‌شود، مسئولیت هدایت فعالیت‌های یگانی یا قسمتی از یگان را به عهده دارد و مسئولیت‌های خود را از طریق سلسله مراتب فرماندهی اعمال می‌کند. وی تنها مقامی است که در قبال اعمالی که یگان انجام می‌دهد یا از انجام آن باز می‌ماند، مسئولیت دارد (رستمی، ۱۳۸۱ش، ۶۱۴). منظور از مسئول نظامی نیز، رؤسا یا مدیران یا سایر افرادی هستند که در ردیف فرماندهی بوده اما عنوان فرماندهی را ندارند و مطابق مقررات و شرح وظایف سازمانی مشغول حفاظت یا دفاع هستند. (ر.ک: یزدانیان، ۱۳۸۳ش، ۴۹).

### ۲-۲. موضوع جرم

اراضی، نیروهای نظامی و اتباع دولتی که با ایران در حال جنگ نیست، موضوع جرم هستند که مورد حمایت مقررات حقوق بین‌الملل، قانون اساسی ایران، قانون عادی (مجازات و جرایم نیروهای مسلح و خصوصاً دین اسلام قرار گرفته است. در دیدگاه اسلامی، مقرر شده است که هرگاه مردم یک سرزمین اشغال‌نشده و مورد تجاوز قرار ننگرفته، به ناحق علیه اتباع و نیروهای مسلح دولت و ملت دیگر برخیزند و با حمل و به‌کارگرفتن سلاح جنگی به اقدامات مسلحانه دست به زنند، محارب محسوب و از شمول مقررات مربوط به غیرنظامیان خارج می‌شوند (عمید زنجانی، ۱۳۹۰ش، ۵/۲۳۰).



### ۲-۳. اقدام متقابل

اقدام متقابل یک قاعده حقوقی در نظام حقوق معاهدات است که در یک معاهده دوجانبه، یکی از طرفین معاهده را نقض کند، طرف دیگر را مجاز می‌نماید تا به نقض مذکور به عنوان مبنای فسخ یا تعلیق کامل یا بخشی از آن استناد نماید. اسلام تأکید فراوان به وفای به عهد و عدم نقض آن دارد. قرآن کریم پیمان‌شکنی را همانند حقوق بین‌الملل تنها و تنها پس از نقض ابتدایی طرف مقابل روا دانسته (عمل مقابله به مثل) و گرنه اصل بر پایبندی به پیمان است (طباطبایی، ۱۴۱۷ق، ۱۴۷/۹؛ مبینی، ۱۳۷۱ش، ۴/۲۸۹۰). البته نظر دیگری است که می‌فرماید: در جهاد ابتدایی در صورتی که اهل ذمه یا امان، بر خلاف معاهده با دولت اسلامی عمل نکرده باشند، نمی‌توان مواد عهدنامه با ایشان را نقض کرد، ولی در جهاد دفاعی مسلمانان می‌توانند در صورت ضرورت و مصلحت در امر دفاع از سرزمینهای خود، عهد ذمه یا امان یا مهاده و امثال آن را نقض کنند، حتی اگر طرف آن قرارداد، به شرایط ملتزم باشد (حلی، ۴۲/۳۱ و ۵۱).

### ۲-۴. امر و اجازه

بر اساس فقه امامیه و قانون اساسی ایران جنگ و صلح باید با اذن و اجازه<sup>۱۸</sup> ولی فقیه باشد. منشور ملل متحد هم مقرر می‌دارد که کشورهای عضو باید هرگونه دفاع مشروع و اقدام متقابل را فوری به شورای امنیت گزارش دهند. مقنن نیز در مواد ۳۴ و ۳۵ با الهام از نظر فقها و حقوق بین‌الملل به عبارات «اجازه» و «اقدام متقابل» اشاره کرده است. یعنی اگر فرمانده بدون اجازه مقامات صلاحیت‌دار و بدون اینکه به عمل متقابل وارد شده باشد و یا پس از دستور توقف جنگ، آن را ادامه دهد، مرتکب جرم اقدام خودسرانه شده و باید مجازات گردد.

۱۸. اذن در لغت به معنای دستور، رخصت و اجازه تصرف آمده است. اما باید گفت اذن یک مرحله قبل از اجازه است. یعنی اذن همراه با عمل حقوقی است اما اجازه بعد از انجام آن است (ر.ک: جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱ش، ۲۳۷/۱).

### ۳. نتیجه و مجازات جرایم

جرایم مواد یادشده از جرایم مطلق است. یعنی صرف انجام عمل خصمانه - بدون توجه به نتیجه این اقدام - در قلمرو حاکمیت کشوری که با ایران در حال جنگ نیست و یا حمله به اتباع آن کشور یا ادامه عملیات پس از دستور توقف، اگر موجب اخلال در امنیت داخلی یا خارجی شود، به مجازات محارب و در غیر این صورت به سه تا پانزده سال حبس محکوم می‌شود.

### ۴. عنصر معنوی جرایم

همان‌گونه که در بند مربوط به نتیجه گفته شد، جرایم موضوع مواد ۳۴ و ۳۵ قانون مورد بحث، جرم مطلق است و در جرم مطلق سوءنیت منحصر به اراده ارتکاب اعمالی که به نتیجه مجرمانه منتهی می‌گردد، می‌شود و چون حصول نتیجه از ارکان جرایم یادشده نیست، بنابراین نیازی به سوءنیت خاص ندارد. یعنی در صورت اجتماع همه شرایط و وجود سوءنیت عام، جرم محقق می‌گردد.

به نظر می‌رسد که مقنن در تنظیم و تصویب مواد ۳۴ و ۳۵ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح، تا اندازه‌ای به مبانی مذکور توجه داشته است، زیرا با ارتکاب جرم در خارج از قلمرو کشور، باعث بدنامی کشور شده و به منافع ملی صدمه وارد کرده است. از طرفی مقنن به موجب مواد ۵ تا ۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، اصول صلاحیت سرزمینی، صلاحیت حفاظتی صلاحیت مبتنی بر ملیت و صلاحیت جهانی را حمایت نموده است و بنابراین می‌تواند به جرایم نظامیان خود در خارج از قلمرو حاکمیت را مطابق قانون خود رسیدگی نماید. اما ایراداتی در این مواد وجود دارد که به صورت مختصر به آن پرداخته می‌شود:

### ایرادهای وارد بر مواد ۳۴ و ۳۵ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح

به موجب ماده ۵۸ کمیسیون حقوق بین‌الملل، مسئولیت دولت، رافع مسئولیت مأموران - خصوصاً در رفتارهایی هم‌چون جنایات جنگی، جنایت علیه بشریت و نسل‌کشی - نیست. یعنی هم دولت و هم رزمنده و فرمانده‌ای که مرتکب عمل مجرمانه شده و یا فرمان آن را داده است، مسئول خواهند بود. کشورها برای جلوگیری از خودکامگی نیروهای مسلح، حفظ روابط مسالمت‌آمیز و عدم پرداخت تاوان سنگین به کشور مورد تجاوز و دیگر کشورها،

مبادرت به جرم‌انگاری این عمل (حمله مسلحانه یا عملیات خصمانه علیه کشوری در حال جنگ نیست) نموده و مجازات سنگین برای فرماندهان خاطی و خودکامه در نظر گرفته‌اند. قانونگذار ایران نیز در مواد ۳۴ و ۳۵ قانون مذکور، ضمانت اجرای شدیدی برای فرمانده و مسئول نظامی در نظر گرفته است<sup>۱۹</sup> و اما این جرم‌انگاری، دارای ایرادهایی به شرح زیر است:

### ۱. عدم مسئولیت فرمانده در قبال فعل مجرمانه زیردستان

قانونگذار در ماده ۳۴ رفتار ارتكابی فرمانده را به دو صورت: ۱. مباشرت در عملیات مسلحانه و حمله به اتباع دولت دیگر و ۲. وادارکردن (اجبار یا اکراه) افراد تحت امر خود بیان کرده است که تکلیف هر دو مشخص است<sup>۲۰</sup>. اما در اینجا فرض سومی هم مطرح است و آن امر فرمانده به زیردستان است. اگر فرمانده به افراد تحت امر خود امر به عملیات مسلحانه و یا حمله به اتباع دولت دیگر نماید تکلیف چیست؟ آنچه عیان است، در نیروهای مسلح رعایت سلسله مراتب و روابط بین آمر و مأمور و احترام به مافوق از اصول ابتدایی است. به طوری که بیشتر افراد مأمور امر فرمانده و مافوق را بدون چون و چرا اجرا می‌کنند و اما مقنن این فرض را در ماده فوق پیش‌بینی نکرده است.

در پاسخ به سؤال باید گفت این موضوع دو حالت مختلف دارد: یکی مسئولیت کیفری فرمانده در قبال دستور غیرقانونی به زیردستان است و دیگری مسئولیت کیفری فرمانده در قبال رفتار غیرقانونی زیردستان (به خاطر عدم جلوگیری از جرم وی یا عدم مجازات او). حالت اول (مسئولیت کیفری فرمانده در قبال دستور غی قانونی به زیردستان) است که تکلیف آن از مدتها پیش در حقوق اسلام، بین‌الملل و حقوق داخلی مشخص و به رسمیت

۱۹. هرگاه اقدامات فوق موجب اخلال در امنیت داخلی یا خارجی کشور گردد به مجازات محارب و در غیراین صورت به حبس از سه تا پانزده سال محکوم می‌شود.

۲۰. ماده ۱۵۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲: «هرگاه کسی بر اثر اکراه غیر قابل تحمل مرتکب رفتاری شود که طبق قانون جرم محسوب می‌شود، مجازات نمی‌گردد. در جرایم موجب تعزیر اکراه‌کننده به مجازات فاعل جرم محکوم می‌شود. اما ماده ۳۷۵ همان قانون اکراه در قتل را مجوز قتل نمی‌داند، مرتکب قصاص و اکراه‌کننده به حبس ابد محکوم می‌گردد. بند d (۱) ماده ۳۱ اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی نیز برای شخص به اجبار یا اکراه مرتکب جرم شده باشد حتی قتل، مسئولیت کیفری قائل نشده است.

شناخته شده است.<sup>۲۱</sup> بنا به تأکید فقهای هر دو فرقه اسلامی: «هیچ مسلمانی نمی‌تواند فرمان غیرشرعی مافوق را اجرا و او را در جلوگیری از شعائر اسلام و غضب حقوق و آزادیهای مشروع و کارهای ضد اسلامی کمک کند و نیز جعل قوانین خلاف شرع و اجبار مردم بر عمل به آن و کمک به اجراکنندگان این قوانین حرام است.»

اما تکلیف حالت دوم موضوع یعنی مسئولیت فرمانده در قبال رفتار غیرقانونی مأموران زیردست در حقوق داخلی روشن نیست. ماده ۲۸ اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی، تکلیف را با بیان دو حالت مشخص کرده است یا فرمانده در مورد جرایم نیروهای تحت‌الامر خود علم و آگاهی واقعی دارد که این وضعیت برای انتساب مسئولیت کیفری وی کافی است. اما حالت دیگر این است که از اقدامات زیردستان خود آگاهی کامل ندارد ولی وجود این آگاهی آنان فرض می‌شود: «مقام مافوق نظامی در صورتی مسئولیت خواهد داشت که نسبت به جرایم ارتكابی زیردستان مطلع بوده یا باید از این امر اطلاع می‌داشت» (میرمحمدصادقی، ۱۳۸۸ش، ۱۴۹).

برای توضیح این حالت هم دو نظر ارائه شده است: عده‌ای معتقدند که فرمانده باید از اقدامات نیروهای خود از باب پیش‌گیری آگاهی داشته باشد (معیار موسع) و برخی هم معتقد هستند، فرمانده زمانی مسئول اقدامات نیروهای خود شناخته می‌شود که در کشف اقدامات آنها به کمک اطلاعاتی که قبلاً در اختیار و دسترس داشته کوتاهی کند (معیار مضیق).

۲۱. ماده ۱۵۹ قانون مجازات اسلامی: «هرگاه به امر غیرقانونی یکی از مقامات رسمی، جرمی واقع شود آمر و مأمور به مجازات مقرر در قانون محکوم می‌شوند. لکن مأموری که امر آمر را به علت اشتباه قابل قبول و به تصور اینکه قانونی است، اجرا کرده باشد، مجازات نمی‌شود. ماده ۳۳ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری در توصیف امر آمر قانونی چنین آورده است که: «این واقعیت که یک جنایت مشمول صلاحیت دیوان توسط شخصی به دستور یک حکومت یا مقام مافوق نظامی یا غیرنظامی ارتکاب یافته است، شخص را از مسئولیت کیفری مبری نمی‌کند مگر آنکه: ۱. شخصی الزام قانونی بر اطاعت از دستورات حکومت یا مقام مافوق داشته باشد؛ ۲. شخص علم به غیرقانونی بودن دستور نداشته باشد؛ ۳. دستور آشکارا غیرقانونی نبوده باشد. از نظر این ماده دستور ارتکاب نسل‌زدایی یا جنایات علیه بشریت آشکارا غیرقانونی است.» برابر نص ماده ۳۳ اساسنامه شرایط معافیت از مجازات عبارتند از: ۱. تکلیف قانونی برای اطاعت کردن؛ ۲. آگاه‌نبودن از غیرقانونی بودن دستور؛ ۳. آشکارا غیرقانونی نبودن (ر.ک: آقایی، ۱۳۸۶ش، ۱۸۳).

به هر حال، در مواد (۳) ۷ و (۳) ۶ و (۳) ۶ اساسنامه دیوانهای بین‌المللی یوگسلاوی سابق، رواندا و سیرالئون، آمده است: «ارتکاب جرمی که در صلاحیت دیوانهای مذکور است از سوی شخص زیردست، مقام مافوق را از مسئولیت کیفری معاف نمی‌کند. مشروط بر اینکه: ۱. مقام مافوق کنترل یا اقتدار مؤثر بر مرتکب داشته باشد؛ ۲. اقدام لازم را برای جلوگیری از جرم یا سرکوب آن و یا مراتب را جهت تحقیق و تعقیب نزد مقام صلاحیت‌دار گزارش نکرده باشد.» عوده در کتاب بررسی تطبیقی حقوق جزایی اسلام و حقوق عرفی می‌نویسد: «در قوانین وضعی جدید اصل شخصی بودن مجازاتها به دقت رعایت نشده است مقنن مصری مدیر مسئول روزنامه را به ازاء آنچه در روزنامه نوشته شده و نیز پدر یا کسی که سرپرستی کودکی را عهده‌دار گردیده، در قبال ارتکاب عمل مجرمانه مسئول شناخته است. دانشمندان در حقوق در توجیه این استثناء می‌گویند: در حقیقت کسی به سبب جرم ارتکاب دیگران کیفر نمی‌بیند، بلکه مجازاتشان به دلیل خطا و سهل‌انگاری خودشان است.» فرمانده نیز همانند مدیر مسئول روزنامه، پدر یا سرپرست کودک و... به جهت مسئولیت فرماندهی باید به خاطر سهل‌انگاری و خطا و عدم نظارت بر اقدام زیردستان مسئولیت کیفری داشته باشد، اما جای این بحث و اینکه برای احراز قصد مجرمانه و انتساب مسئولیت کیفری به فرماندهان نظامی تا چه اندازه باید در مورد اقدامات نیروی تحت فرماندهی خود علم و آگاهی داشته باشند؟ در قانون کیفری نظامی ایران و مواد یادشده خالی است.

## ۲. اقدام خودسرانه غیرفرماندهان

در حقوق بین‌الملل سنتی در انواع جرایم بین‌المللی، تعهد دولت مرتکب فقط متوقف‌کردن عمل نادرست و جبران خسارت بود. اما امروزه و بر اساس بند ۲ ماده ۲۵ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی «هر کسی که مرتکب یکی از جرایم در صلاحیت دیوان شود، به‌طور شخصی مسؤول خواهد بود و مطابق اساسنامه مجازات خواهد شد.» هر چند در فقه اسلام از شریک تعریف نشده بلکه به مناسبت‌های مختلف، به اشکال گوناگون به اشتراک در جنایت اشاره داشته‌اند حتی در لسان فقهای اهل سنت، شریک جرم به گونه‌ای تعریف و تفسیر می‌شود که شامل معاون (شریک سببی) هم می‌شود. یعنی به دو نوع شریک مباشرتی و سببی معتقد هستند ولی همه فقها مباشر، شریک و معاون را حسب مورد و در صورت داشتن شرایط مسئولیت کیفری مشمول مجازات می‌دانند. در اینجا بحث از مجازات همه افرادی

است که به نوعی در ارتکاب جنایت جنگی، مباشرت، مشارکت و یا معاونت کرده‌اند و یا برنامه‌ریزی و یا تحریک به ارتکاب جنایات جنگی نقش داشته‌اند دارای مسئولیت کیفری و مدنی هستند (هنکرتز، ۱۳۸۷ش، ۷۸۱). به عبارتی، هیچ مجرمی نباید بدون مجازات بماند.

در بسیاری از مواقع جرم با همکاری اشخاص مختلف ارتکاب می‌یابد. مثلاً تعدادی از مأموران به سمت غیرنظامیان تیراندازی کنند و یا برخی برای ارتکاب جرم مساعدت می‌کنند. مطابق حقوق اسلام<sup>۲۲</sup>، قوانین عادی و بین‌الملل باید همه آنها حسب مورد مسئول جرم شناخته شوند<sup>۲۳</sup>. مقنن در مواد ۳۴ و ۳۵ قانون صرفاً به رفتار (عملیات خصمانه، حمله مسلحانه و ادامه جنگ) بدون مجوز فرماندهان و مسئولان نظامی اشاره کرده است. حال اگر نیروها تحت‌الامر فرماندهان در عملیات اجرایی مشارکت کنند و یا بدون اطلاع فرمانده خود مرتکب جرم شوند، به استناد کدام ماده از قانون محاکمه و مجازات خواهند شد، تعیین تکلیف نشده است. واکنش به جرایم از طریق اقدامات قضایی و پس از اثبات و احراز، تابع اصول معینی چون اصل قانونی بودن جرم و مجازات، اصل شخصی بودن و فردی کردن مجازات است.

بر اساس ماده ۱۵ میثاق بین‌المللی مدنی و سیاسی، ماده ۲۲ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، بند ۲ ماده ۱۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر، اصول ۳۶ و ۱۳۷ قانون اساسی و قاعده فقهی «قیح عقاب بلا بیان» وقتی که رفتاری در قانون جرم‌انگاری نشده، نمی‌توان فاعل آن را تحت تعقیب، محاکمه و مجازات قرار داد. مگر اینکه بگوییم فلسفه جعل ماده ۳۴ را دایر مدار اخلال در امنیت داخلی و خارجی بدانیم، که در این صورت مرتکب جرم خصوصیتی پیدا نخواهد کرد. در نتیجه هرگونه اقدامی در قالب ارکان مادی جرم ماده ۳۴ موجب به خطر افتادن امنیت داخلی و خارجی گردد، محقق موضوع ماده ۳۴ می‌شود. یا شاید گفته

۲۲. فقهای اهل سنت نیز همه شرکای در جرم اعم از مباشرتی و سببی (معاونت) را مستحق مجازات می‌دانند. البته در مجازات شرکت در جرم اتفاقی و توافقی با هم اختلاف دارند. مثلاً ابوحنیفه و برخی از فقهای شافعی و مذهب احمد معتقدند که هر دو (چه شریک اتفاقی باشند و چه توافقی و با سبق تصمیم، فقط در مقابل عمل خود مسئول هستند و برخی میان آن دو تفاوت می‌گذارند).

۲۳. بند (a) (۳)، (b) (۳) و (c) (۳) ماده ۲۵ اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی و مواد ۱۲۵ و ۱۲۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲.

شود که عمل سایر نظامیان لغو دستور است و دستور هم اعم از دستور فرماندهان، قوانین، آیین‌نامه‌ها و دستورالعملها است. در مواد ۷۱ تا ۷۶ آیین‌نامه انضباطی نیروهای مسلح ایران، به قسمتی از قوانین و مقررات مربوط به رزم منطبق با مقررات ژنو اشاره شده و همه نظامیان ملکف به اجرا هستند.<sup>۲۴</sup> بنابراین می‌توان عمل آنها را با ماده ۳۸ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح منطبق دانست و آنها را مجازات نمود. اما مجازات مندرج در ماده مذکور تا یک سال حبس است، حتی اگر باعث اخلال در امنیت کشور و شکست جبهه اسلام گردد. این در حالی است که مجازات فرمانده با عمل ارتكابی مشابه ۱۵ سال حبس و یا محاربه است. یا بگوییم می‌توان عمل نظامیان را منطبق با بند ب ماده ۳۳ دانست که این هم غیرممکن

۲۴. ماده ۷۲: با کلیه اسیران و کسانی که در جنگ زخمی شده‌اند و از کار می‌افتند باید با انسانیت رفتار نموده و از به کار گماردن اسیران جنگی در منطقه رزم و یا رجوع کارهای خطرناک به آنان خودداری شود. ماده ۷۳: مجروحین، بیماران و مغروقین باید تحت مواظبت قرار گرفته و برای درمان آنان اقدام گردد. ماده ۷۴: بناهای بیمارستانها و محل تجمع بیماران و مجروحین نظامی، غیرنظامی، بناهای مذهبی، علمی و هنری مربوط به امور خیریه و هم‌چنین وسایل نقلیه که به علامت ویژه جهت حمل بیماران و مجروحین مورد استفاده قرار می‌گیرد (مشروط بر اینکه از لحاظ نظامی مورد استفاده دشمن واقع نشود) از تعرض مصون و محفوظ خواهد بود، نسبت به بیماران زخمی و مغروقین دشمن نباید صدمه بدنی وارد آید یا آنها را مقتول ساخت یا افراد ملت دشمن را وارد به شرکت در عملیات جنگی علیه کشور خود نمود. تیراندازی به سوی سرنشینان و مسافرن هواپیماهای نظامی و یا غیرنظامی دشمن که در خطر بوده و با چتر نجات به خارج پریده‌اند به استثناء افرادی که در عملیات هوابرد شرکت داشته‌اند مجاز نیست. نباید کشتیها و هواپیماهای تجارتي بی‌طرف را خراب یا توقیف نمود، مگر اینکه در قاچاق یا شکستن محاصره شرکت کرده و یا مرتکب اعمالی بر خلاف مقررات بی‌طرف گردند. ماده ۷۵: پرسنل مجاز نیستند: الف) دشمن را که تسلیم شده و یا اسیر گردیده و یا با او قرار آتش‌بس گذارده شده است زیر آتش گرفته، مجروح و یا مقتول سازند؛ ب) اشیاء همراه اسرا را که ارزش عاطفی دارند تصاحب نمایند؛ ج) با قبول تسلیم بلاشرط از طرف دشمن، اعلام نمایند جان تسلیم‌شدگان در امان نخواهد بود؛ د) به غارت و چپاول مبادرت کرده و بدون دستور، بی‌جهت بناها را خراب نمایند؛ ه) با آزار و شکنجه از اسرا اطلاعات بیشتری غیر از درجه، نام، نام خانوادگی، تاریخ تولد، و شماره پرسنلی کسب نمایند و اقدام به گروگان‌گیری کرده، مبادرت به مقابله و انتقام نموده و یا تنبیهات دسته‌جمعی در آن اجرا نمایند؛ ز) اشخاص را بدون محاکمه در دادگاههای قانونی، مجازات نمایند، مگر در مورد تخلفات انضباطی؛ ح) نماینده دشمن را که با پرچم سفید به منظور مذاکره می‌آید مورد حمله و آزار و اذیت قرار یابد یا او را زندانی نمایند؛ ط) بدون علت از پرچم سفید یا پرچم ملی یا علائم مشخصه مؤسسات بین‌المللی استفاده نمایند؛ ی) غیرنظامیان را برای جرمهایی که شخصاً مرتکب نشده‌اند مجازات نمایند.

است، چون رفتار قیدشده در ماده ۳۳ مربوط به شورش نظامیان است.<sup>۲۵</sup> در هر حال عنصر قانونی جرم برای سایر نظامیان مفقود است و این نوع قانون‌نویسی باعث سردرگمی و صدور آراء متفاوت خواهد شد (البته ما منکر مجازات غیرفرماندهان نیستیم و حتماً تحت عنوان مجرمانه دیگر و مطابق مواد دیگر قوانین کیفری مجازات خواهند شد، ولی بهتر بود مقنن در همین مواد برای غیرفرماندهان هم مجازات تعیین می‌کرد).

### ۳. عدم جرم‌انگاری جرایم جنگی

با ارتکاب جنایت بین‌المللی، تعهدات بین‌المللی اساسی دولتها در حفاظت از منافع بنیادین جامعه بین‌المللی که در مصادیقی هم چون منع تجاوز، منع ایجاد و حفظ سلطه استعماری به زور، نسل‌کشی و... متبلور می‌گردد، نقض می‌شود که از آنها به عنوان اصول بنیادین در جنگ یاد می‌شود. این موارد به عنوان استاندارد یک جهاد و جنگ در حقوق اسلام و حقوق بین‌الملل ذکر شده است که رزمنده باید در طول جنگ رعایت کند در غیر این صورت اقدام وی خودسرانه محسوب و مستحق مجازات خواهد بود. اما متأسفانه مقنن در قوانین کیفری ایران این قبیل اقدامات که ممکن است همتراز با جنایات جنگی و حقوق بشر باشد را جرم‌انگاری نکرده است. شاید در پاسخ بگوییم که اصل تناسب و محدودیت، در جنگی موضوعیت پیدا می‌کند که اصل جنگ مشروع باشد. چنانچه جنگی نامشروع باشد، اهداف آن هم نامشروع است، بنابراین هر اقدامی برای دستیابی به این هدف، نامشروع بوده و مزیت نظامی که دستیابی به این هدف را تسریع کند هم نامشروع می‌شود و دیگر جایی برای بررسی اصل تناسب باقی نمی‌ماند (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹ق، ۳۸). در مانحن‌فیه عمل اقدام خودسرانه و بر خلاف قانون و شرع شناخته شده است و در اینجا نمی‌توان او را به عدم رعایت تناسب متهم کرد. به علاوه یک‌سری از اعمال مانند جرم نسل‌کشی و... از ماهیتی برخوردار هستند که اساساً کسب مزیت نظامی درباره آنها مطرح نیست.

۲۵. بند ب ماده ۳۳: نظامیانی که در ارتباط با خدمت به صورت دسته‌جمعی و با سلاح گرم یا سرد به جان یا مال یا ناموس مردم یا اموال عمومی تعدی یا تجاوز نمایند. چنانچه محارب محسوب نشوند به حبس از سه تا پانزده سال محکوم می‌شوند.



## نتیجه

قاعده تحریم جنگ از اصول بنیادین و از قواعد آمره در اسلام و حقوق بین‌الملل معاصر است که به موجب این اصول، کشورها از توسل به زور و دخالت در امور یکدیگر منع شده‌اند. در اسلام از جنگ، به «جهاد»<sup>۲۶</sup> یاد شده است. هر چند معدودی جهاد را مستحب می‌دانند ولی جمهور فقها معتقد به وجوب آن هستند. مسلمانان فقط در دو صورت حق جهاد دارند؛ یکی دعوت به اسلام و بسط عدل و دیگری دفاع در مقابل حمله به بلاد اسلامی و اموال و اعراض و نفوس خود در برابر تهاجم دشمن و اعتقاد بر این است که قرآن جهاد را منحصرأ نوعی دفاع می‌داند» (مطهری، ۱۳۷۴ش، ۶۲).

یکی اصول مسلم به رسمیت شناخته در دنیای امروز «حق دفاع مشروع» است. این مسئله تا حدی بدیهی است که حتی منشور ملل متحد نیز آن را محترم شناخته و به ملتها این اختیار را می‌دهد تا در صورت تجاوز یکی از کشورها به قلمرو سرزمینی آنها، به مقابله با آن برخیزند. یعنی اسلام و حقوق بین‌الملل دفاع مشروع یا عمل متقابل مسلحانه را یک استثناء بر قاعده تحریم جنگ می‌دانند.

با این حال نیروهای متخاصم آزادی عمل مطلق نداشته و ملزم به رعایت مقرراتی و اصولی چون اصل محدودیت، تناسب و حقوق بشردوستانه هستند، زیرا جنگ الزاماً تابع اصل محدودیت است. به علاوه اینکه در اسلام هرگونه دفاع هم باید به اذن پیغمبر ﷺ یا امام ﷺ و یا نایب خاص امام باشد.

دلایلی چون احترام به اصل تمامیت ارضی، حق دفاع مشروع یا عمل متقابل مسلحانه، مسئولیت دولت و... باعث شده تا کشورهای دنیا (مسلمان و غیرمسلمان) الزاماً این دسته از حقوق را به عنوان تضمینهای بنیادین در قوانین داخلی خود جرم‌انگاری نمایند.

در قانون مجازات نیروهای مسلح در مواد ۳۴ و ۳۵ است که اشاره‌ای مختصر به جنایات جنگی دارد که عنصر مادی جرایم موضوع مواد فوق از چهار قسمت تشکیل شده است: ۱. عملیات خصمانه در اراضی دولتی که با ایران در حال جنگ نیست؛ ۲. حمله مسلحانه؛ ۳. وادارکردن عده‌ای به حمله علیه نیروهای نظامی یا اتباع دولتی که با ایران در حال جنگ نباشند؛ ۴. ادامه جنگ پس از دریافت دستور توقف عملیات جنگی، عملیات را ادامه دهد.

۲۶. عبارت است از بذل جان و مال در راه خدا در نبرد با کافران و باغیان، یا بذل جان، مال و توان خود در راه اعتلای اسلام و برپاداشتن شعائر آن (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۳/۲۱).

مقنن با تصویب این مواد خواسته تا فرماندهان از اقدامات خودسرانه و خودکامگی پرهیز نموده و مطیع محض سلسله مراتب باشند، خواه فرمان سلسله مراتب جنگ باشد، خواه دفاع و پایداری در مقابل دشمن و یا رعایت آتش‌بس. چه بسا حمله و یا عملیات خصمانه مانند شرح بالا، موجب اخلال در امنیت داخلی و خارجی کشور و نظام شده و ضرر جبران‌ناپذیری به خود فرد، کشور و حکومت وارد نماید. تجربه تاریخی بسیاری از درگیریها و جنگها در جهان مؤید این نظر است.

رفتارهای موضوع ماده ۳۴ در صورتی جرم و دارای مجازات است که اولاً به اقدام متقابل وادار نشده باشد و ثانیاً بدون امر و اجازه باشد. به نظر می‌رسد که مقنن در تنظیم و تصویب مواد فوق، به نظریات فقها، قانون اساسی و مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل توجه داشته و می‌تواند بر صلح بین‌المللی تأثیرگذار باشد. اما ایرادهایی مانند عدم جرم‌انگاری جنایات جنگی، عدم مسئولیت فرمانده در قبال فعل مجرمانه زیردستان و عدم جرم‌انگاری برای سایر نیروهای رزمنده وجود دارد که باید مورد توجه مقنن قرار گرفته و نسبت به اصلاح آن اقدام نماید.

## فهرست منابع

- قرآن کریم.
- ابن بابویه، محمد بن علی، *امالی*، ترجمه محمدباقر کمره‌ای، تهران، نشر کتابچی، ۱۳۷۶ ش.
- همو، *علل الشرایع*، قم، کتابفروشی داوری، ۱۳۸۶ ق.
- همو، *کمال الدین و تمام النعمه*، تهران، دارالکتب الإسلامیه، ۱۳۹۵ ش.
- ابن عجبیه، احمد، *البحر المدید فی تفسیر القرآن المجید*، قاهره، بی‌نا، ۱۴۱۹ ق.
- ابو حیان اندلسی، محمد بن یوسف، *البحر المحیط*، بیروت، دارالفکر، ۱۴۲۰ ق.
- آقایی، حسین، *محاكمه قدرت*، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۶ ش.
- آل سعدی، عبدالرحمن بن ناصر، *تیسیر الکریم الرحمن*، بیروت، مکتب النهضه العربیه، ۱۴۰۸ ق.
- بهوتی، منصور بن یونس، *کشاف التناع عن متن الإقناع*، بیروت، دارالفکر، ۱۴۰۲ ق.
- بیهقی، احمد بن حسین، *السنن الکبری*، بیروت، دارالمعرفه، بی‌تا.
- توحیدی، احمد رضا، *تحول و تکامل حقوق بین الملل کیفری*، تهران، انتشارات قوه قضائیه، ۱۳۹۹ ش.
- جصاص، احمد بن علی، *احکام القرآن*، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۵ ق.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *مبسوط*، تهران، گنج دانش، ۱۳۹۱ ش.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*، تهران، دارالکتب الإسلامیه، ۱۳۶۷ ش.
- خطاب، محمد بن محمد، *مواهب الجلیل فی شرح مختصر خلیل*، بیروت، دارالفکر، ۱۹۹۵ م.
- حلی، حسن بن یوسف، *تذکره الفقهاء*، قم، مؤسسه آل‌البیت، ۱۴۱۴ ق.
- حمیدالله، محمد، *سلوک بین‌المللی دولت اسلامی*، ترجمه مصطفی محقق داماد، تهران، بی‌نا، ۱۳۸۳ ش.
- خامنه‌ای، سید علی، *اجوبه الاستفتائات*، کویت، بی‌نا، ۱۴۱۵ ق.
- خمینی، سید روح‌الله، *صحیفه امام*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۸۵ ش.
- خویی، سید ابوالقاسم، *منهاج الصالحین*، قم، مدینه العلم، ۱۴۱۰ ق.
- رستمی، محمود، *فرهنگ واژه‌های نظامی*، تهران، نشر ارتش جمهوری اسلامی، ۱۳۸۱ ش.
- رشید رضا، محمد، *تفسیر المنار*، بیروت، دارالمعرفه، ۱۴۰۸ ق.
- زحیلی، وهبه، *آثار الحرب فی الفقه الاسلامی*، دمشق، دارالفکر، ۱۴۰۱ ق.
- همو، *التفسیر المنیر فی العقیده و الشریعه و المنهج*، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۱ ق.
- سرخسی، محمد بن احمد، *شرح السیر الکبیر*، قاهره، چاپ صلاح‌الدین منجد، ۱۹۷۱ م.
- شافعی، محمد بن ادريس، *الأم*، بیروت، دارالفکر، ۱۴۰۳ ق.

- شریف رضی، محمد بن حسین، نهج البلاغه.
- شلتوت، محمود، من توجيهات الاسلام، بيروت، دارالشروق، ۱۳۹۹ق.
- شهيد ثانی، زين الدين بن علی، مسالك الأفهام الى تنقيح شرائع الإسلام، قم، مؤسسة المعارف الإسلامية، ۱۴۱۳ق.
- شوکانی، محمد بن علی، السيل الجرار المدفق على حدائق الازهار، بيروت، دار ابن حزم، ۱۴۳۴ق.
- همو، نبيل الاوطار من احاديث سيد الاخبار، قاهره، مكتبه مصطفى البابی الحلبي، بی تا.
- ضیایی بیگلدي، محمدرضا، حقوق جنگ، تهران، نشر علامه طباطبایی، ۱۳۸۰ش.
- طباطبایی، سيد علی بن محمد علی، رياض المسائل في بيان الأحكام باللائل، قم، مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۹ق.
- طباطبایی، سيد محمد حسين، الميزان في تفسير القرآن، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
- طبرسی، فضل بن حسن، مجمع البيان في تفسير القرآن، تهران، ناصر خسرو، ۱۳۷۲ش.
- طبری، محمد بن جرير، جامع البيان في تفسير القرآن، بيروت، دارالمعرفة، ۱۴۱۲ق.
- طوسی، محمد بن حسن، المبسوط في فقه الإمامية، تهران، المكتبة المرتضوية، ۱۳۸۷ق.
- عجیلی، سليمان بن عمر، حاشية الجمل على شرح المنهج، بيروت، دار إحياء التراث العربي، بی تا.
- علی منصور، علی، المدخل للعلوم القانونيه و الفقه الاسلامي، بيروت، بی تا، ۱۳۹۱ق.
- علیخانی، مهدی، «قاعده منع توسل به زور و دفاع مشروع در شرایط قابل پیش بینی»، فصلنامه مطالعات بین المللی، شماره ۴، بهار ۱۳۹۴ش.
- عمید زنجانی، عباسعلی، فقه سیاسی، تهران، امیرکبیر، ۱۳۹۰ش.
- فاضل آبی، حسن بن ابی طالب، كشف الرموز في شرح المختصر النافع، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۸ق.
- فیضی، ابوالحسن بن مبارک، سواطع الالهام في الكلام ملك العلام، قم، دارالمنار، ۱۴۱۷ق.
- قرائتی، محسن، تفسير نور، تهران، نشر مؤسسه راه حق، ۱۳۷۴ش.
- قرطبی، محمد بن احمد، الجامع لأحكام القرآن، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ۱۴۰۵ق.
- کاسانی، ابوبکر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت، دارالفکر، ۱۴۱۷ق.
- کاشف الغطاء، محمدحسین، تحرير المجله، نجف، مكتبه المرتضويه، ۱۳۵۹ق.
- کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، قم، دارالحدیث، ۱۴۲۹ق.
- لطفی و همکاران، بررسی تحقیقی حقوق بشر دستانه در منابع اسلامی بین المللی (اشخاص مورد حمایت در مخاصمات مسلحانه)، تهران، هستی نما، ۱۳۸۸ش.
- ماوردی، علی بن محمد، الأحكام السلطانيه، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۰۶ق.

- مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی، بحار الأنوار، بیروت، مؤسسة الوفاء، ۱۹۸۳م.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۴ش.
- مصطفوی، حسن، التحقیق فی کلمات القرآن کریم، تهران، مرکز نشر علامه مصطفوی، ۱۳۸۵ش.
- مطهری، مرتضی، جهاد، تهران، صدرا، ۱۳۷۴ش.
- مغنیه، محمدجواد، تفسیر الکاشف، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۲۴ق.
- منتظری، حسین علی، دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الإسلامیة، قم، مکتب الاعلام الإسلامی، ۱۴۱۱ق.
- مؤمن قمی، محمد، «جهاد ابتدایی در عصر غیبت»، فقه اهل بیت، شماره ۲۶، ۱۳۸۰ش.
- میبدی، احمد بن محمد، کشف الاسرار و عده الابرار، تهران، امیرکبیر، ۱۳۷۱ش.
- میرمحمدصادقی، حسین، دادگاه کیفری بین المللی، تهران، دادگستر، ۱۳۸۸ش.
- نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.
- هنکرتز، زان ماری؛ دواسوالدبک، لوئیس، حقوق بین الملل بشردوستانه عرفی، تهران، مجد، ۱۳۸۷ش.
- واحدی، ابوالحسن بن علی، الوجیز فی کتاب العزیز، بیروت، دارالقلم، ۱۴۱۵ق.
- یزدانیان، محمدرضا، «شرح قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح»، ماهنامه دادرسی سازمان قضایی، شماره ۴۸، بهمن و اسفند ۱۳۸۳ش.