

تحوّلات انتساب مسؤلیت کیفری آمر و مأمور در حقوق بین الملل

دکتر سید قاسم زمانی* - حسین عسکری راد**

چکیده:

مفهوم مسؤلیت مافوق ریشه در مختصات کشورها، ملل و تمدن‌ها دارد. به طور تاریخی مفهوم «حق با قدرت است» با اقدامات دول پیروز، بدون توجه به ماهیت مجرمانه این اعمال، توجیه شده است. این موضوع به خصوص از قرن هفدهم در مفهوم استعمار غربی به ثبوت رسیده و برتری نظامی، کارت سبز دول قدرتمند برای تجاوز بدون پاسخگویی بوده است. تلاش‌های زیادی برای برطرف نمودن این خلأ از جمله در وستفالیا و توسط اروپائیان صورت گرفته است. با وجود این، در خارج از اروپا، در کشورهای استعمارزده، این وضعیت باقی ماند تا در سال‌های ۱۸۰۰، نظریه «عمل دولت» پا به عرصه وجود گذاشت.

چالش مسؤلیت و عدم مسؤلیت در میانه دو جنگ جهانی دوباره مطرح شد. منشور نورمبرگ، برای اولین بار با رویکرد «موقعیت رسمی نمی‌تواند موجب سلب مسؤلیت گردد» و سربازان قبل از مأمور بودن انسانند، نقطه پایانی بر بی‌مسؤلیتی گذاشت. به موجب این منشور، فرماندهان نه فقط در قبال فرامین خود که در قبال اعمال زیردستان نیز مسؤلند، چنین مسؤلیت خاص نظامیان نیست بلکه سیاستمداران را نیز در برمی‌گیرد.

کلیدواژه‌ها:

آمر، مأمور، مسؤلیت کیفری، اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی.

* استاد گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران،
Email: zamani@atu.ac.ir
ایران
** دانشجوی دوره دکترای حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی،
Email: askariradd@gmail.com
واحد علوم تحقیقات، تهران، ایران، نویسنده مسؤل

مقدمه

در بررسی چگونگی انتساب مسئولیت کیفری به اشخاص، یکی از دفاعیاتی که در حقوق کیفری ملی و بین‌المللی همواره بدان استناد شده است، اطاعت از مافوق و امر آمر قانونی بوده است در نظام کیفری بین‌المللی تا قبل از محاکمات تاریخی جنگ جهانی دوم دفاع امر آمر قانونی، تابع امور شکلی و بر بستر «اصل حاکمیت» و «عمل حاکم» استوار بود؛ اما بعد از جنگ جهانی دوم و هنگام محاکمه مرتکبین جنایات ناشی از جنگ، در منشور نورمبرگ این دکتترین موردِ گرونی قرار گرفت؛ به‌نحوی که در این منشور هرگونه دفاع مبتنی بر امر آمر را در رابطه با جرایم تحت صلاحیت دیوان نظامی بین‌المللی نورمبرگ رد می‌کند. ماده ۳۳ اساسنامه رم نیز سعی کرده است میان دو اندیشه حاکم در مقوله امر آمر قانونی ارتباطی منطقی برقرار کند به‌گونه‌ای که بین قاعده عرفی بین‌المللی که امر آمر را به‌عنوان یک دفاع در رابطه با کلیه جرایم بین‌المللی می‌پذیرد و رویکرد حقوق ملی که مبتنی بر ضابطه دستور آشکارا غیرقانونی می‌باشد و مسئولیت مباشر جرم، توازی برقرار نموده و مسئولیت آمر و مأمور به‌نحو واقع‌گرایانه و به‌تناسب نقش و اهمیت آن مورد‌رزیابی گیرد.

به‌لحاظ تاریخی تا قبل از جنگ اول جهانی، به اعتبار اصل حاکمیت و عمل حاکم که همواره بالاترین مقامات حکومتی حق فرماندهی داشتند و البته در قبال دستورات خود نیز کمتر پاسخگو بودند، به‌لحاظ اختیار نامحدود آمر در فرماندهی و لاجرم لزوم عقلی توازن اختیار و مسئولیت، رویه غالب در تشخیص مسئولیت آمر و مأمور، مسئولیت آمر متبادر به ذهن بود و کمتر زیردستان مجری اوامر، مورد‌محاکمه و مسئولیت قرار می‌گرفتند مگر به‌دلیل سرپیچی از فرمان فرمانده که محاکمات صحرایی به آن واکنش نشان می‌دادند.

«طی قرون متمادی اصل اطاعت از سلسله‌مراتب حاکم بود، همان اطاعتی که ایشمن در برابر دادگاه اورشلیم آن را اطاعت مجسمه‌وار نامید.»^۱

شاید بشود اوج بی‌مسئولیتی را در اعصار منتهی به قرون وسطی جستجو کرد. با فروپاشی امپراتوری روم غربی، تمدن قاره اروپا پاره‌پاره شد و به صدها دولت کوچک که محور اقتدارشان «زمین» و نظام حکومتی‌شان فئودالیسم بود، تقسیم گردید. این نظام بر بیعت و سوگند وفاداری و سرسپردگی بین اربابان و خدمت‌گذاران و هر دوی آنها درمقابل خداوند به‌نحو قدسی استوار بود.

۱. حسین آقایی جنت‌مکان، محاکمه قدرت (تهران: چاپ گنج دانش، ۱۳۸۶)، ۱۵۶.

دو سلسله‌مراتب پادشاهی و کلیسایی وجود داشت که خدمت‌گذاران در قبال بالادستان مسئول بودند و بالادستان را بازخواستی نبود.

در حکومت کلیسایی، گرگوریوس هفتم بیان داشت: «(حکومت) کلیسا، نهادی است که نه خطایی از او سر زده و نه برابر نصّ انجیل سر خواهد زد.» خلیفه‌ای که نصّ پاپی برابر حکم شرع به نام او شده باشد هیچ‌کس در مقامی نیست که قیدی بر احکام پاپ وارد کند اما او می‌تواند احکام هرکسی را تغییر دهد.

پاپ یگانه کسی است که همه شهریان باید بر پاهای او بوسه زنند و او تنها مقامی است که می‌تواند قانون‌های نو بگذارد. پاپ به‌عنوان خلیفه مشهود عیسی مسیح، دارای همان امتیازاتی است که فرزند خدا از آن برخوردار است - صرف اراده پاپ، عین شریعت است حتی اگر فسق پاپ آشکار شود، اقتدار او همچنان غیرقابل‌تعرض است. او بر جان‌ها فرمانروایی می‌کند و جسم‌ها به طریق اولی در ید قدرت اوست.

با افول قدرت کلیسا، امپراتوران، چنین جایگاهی برای خود قائل بودند چراکه معتقد بودند، شمشیر دست امپراتور، یکی از دو شمشیر عیسی مسیح است که برای اقتدار زمینی باید به خون آلوده شود.^۲

با این توصیفات بی‌مسئولیتی مقامات مافوق اعم از کلیسایی یا پادشاهی و شهریاری هویدا است.

اما تحولات حقوق جزای بین‌الملل، ما را به نقطه‌ای رهنمون شد که اصل مسئولیت فرمانده در قبال فرمانبران تئوریزه شد و سه عنصر برای تحقق آن پیش‌بینی گردید:

۱- عنصر نوع رابطه فرمانده و فرمان‌بر؛ ۲- عنصر آگاهی؛ ۳- عنصر انفعال.^۳

در عنصر رابطه، فرمان‌بر مکلف به اطاعت از مافوق است.

در عنصر آگاهی، فرمانده می‌دانسته که جرم اتفاق افتاده و عنصر انفعال نیز در جایی مطرح است که فرمانده بر اساس وظایف خود مداخله نمی‌نماید.^۴

مجریان امر، در پناه سپر اصل «دستوردهنده مسئول است» در امان بودند. به‌عبارت‌دیگر، اصل مافوق مسئول است و مأمور معذور است، اصلی حاکم بر دوره طولانی از تاریخ جوامع

۲. مهدی هداوند، *حقوق اداری تطبیقی* (تهران: سازمان سمت، ۱۳۹۵)، ۱۷-۱۲.

3. Greg R. Vetter, "Command Responsibility of Nonmilitary Superiors in the International Criminal Court," *Yale Journal of International Law* 25 (2000): 97.

4. *Ibid*, 98.

بشری بوده است.^۵ حتی دانشمندی چون اپنهایم^۶ نیز این دیدگاه را تئوریزه نمود و بیان داشت: «زیردستان نباید مجازات شوند چون چاره‌ای جز اطاعت ندارند و لذا فقط فرماندهان مسئولیت دارند.»^۷

برخی صلاحیت‌ها تکلیفی هستند اما برخی تصمیمات در حوزه صلاحیت‌های اختیاری قرار دارند که موجبات مسئولیت را فراهم می‌کند.^۸ لذا در این مقاله سعی شده است صرفاً به رابطه مسئولیت آمر و مأمور بر اساس ضابطه بین‌المللی اشاره شود و مهم‌ترین مسئله تحقیق، تشخیص مسئولیت فردی آمر و مأمور می‌باشد.

۱- تاریخ تحولات امر آمر و مسئولیت فرمانده

قبل از تصویب اساسنامه رم، به‌لحاظ تاریخی دو رویکرد درخصوص مسئولیت مافوق وجود داشته است:^۹

اول، مسئولیت مشروط که غالباً توسط نظام‌های ملی پذیرفته شده بود و دوم، مسئولیت مطلق بود.

در اولی، زیردستان ممکن بود به همراه مافوق تحت شرایط ویژه‌ای مانند زمانی که «او می‌دانسته یا باید می‌دانسته» که دستور آشکارا بزهکارانه است، مسئول تلقی شوند. اولین بار این اصل در دادگاه نظامی اتریش - مجارستان در سال ۱۹۱۵ اعلام گردید و متعاقباً در دستورالعمل‌های نظامی کشورهای دیگر از جمله هلند، رژیم صهیونیستی، آلمان، ایتالیا، سوئیس و ایالات متحده گنجانیده شد.^{۱۰}

اما اصل مسئولیت مطلق در آرای دیوان نظامی نورمبرگ به نمایش در آمد و در ماده ۸ منشور لندن، منشور دیوان نظامی توکیو و قانون شماره ۱۰ شورای کنترل پذیرفته شد. توجه اصل مسئولیت مطلق بر این مبنا استوار بود که سرباز قبل از اینکه سرباز باشد،

۵. هداوند، پیشین، ۱۷-۱۲.

6. Oppenheim

7. L. Oppenheim, *International Law: A Treatise* (London, New York: Longmans, Green, and co. 1905), vol. 2, 264.

۸. محمدعلی فلاح‌زاده، *حقوق اداری تطبیقی* (تهران: انتشارات مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۴)، ۱۲۰.

9. Alan M. Wilner, "Superior Order as a Defense to Violations of International Law," *Maryland Law Review* 26(2) (1966): 128.

10. Paola Gaeta, "The Defense of Superior Orders, the Statue of International Criminal Court versus Customary International Law," *Gjil* 10 (1999): 777.

انسان عاقل است و به‌نحو بالقوه توانایی تشخیص دستورات تبهکارانه را دارد و زمانی که از دستور مجرمانه‌ای تبعیت می‌نماید یعنی آثار اجرای دستور تبهکارانه را پذیرفته است.^{۱۱}

اصل «مسئولیت فرمانده» یا اصل «مسئولیت مافوق» که دکترین پاسخگویی سلسله‌مراتبی در پرونده‌های جرایم جنگی می‌باشد، توسط کنوانسیون‌های شماره ۴۰ و ۱۰ لاهه ۱۹۰۷ ایجاد شد و برای اولین بار بعد از جنگ جهانی اول توسط دیوان عالی آلمان در لیبزیگ در سال ۱۹۲۱ در محاکمه امیل مولر^{۱۲} اعمال گردید.^{۱۳} در میانه دو جنگ، جهان در برزخی از مسئولیت مافوق و مادون به‌سر می‌برد. از طرفی در پرونده داور کاسل^{۱۴}، سرهنگ کارل نورمان^{۱۵}، فرمانده جنگی، با این دفاع که به اعتقاد فرماندهانش، متفقین کشتی‌های بیمارستانی را برای مقاصد نظامی استفاده می‌کردند و غرق داور با این پیش‌فرض و این دفاع که بنا به امر آمر قانونی انجام شده است، دیوان عالی لایبزیگ او را تبرئه کرد و از طرفی دیگر در پرونده Llandovery Castle که یک کشتی بیمارستانی بود که مورد حمله یک زیردریایی آلمانی قرار گرفت، فرمانده دستور شلیک به نجات‌یافتگان از غرق کشتی را داده بود، دادگاه برخلاف پرونده قبلی، دفاع اطاعت از مافوق را نپذیرفت و این بدعت را تحکیم کرد که «آتش گشودن به قایق‌های نجات، یک جرم علیه حقوق ملل است و دستور فرمانده، متهم را از اتهام تبرئه نمی‌کند» و دستور مافوق را فقط در حد عامل مخففه تلقی نمود.^{۱۶}

وقتی دستور غیرقانونی است، مافوق و مادون هر دو مقصرند.^{۱۷}

ضابطه یاماشیتا نیز به‌وسیله دیوان عالی ایالات‌متحده آمریکا در پرونده ژنرال ژاپنی یاماشیتا پایه‌گذاری شد. او در سال ۱۹۴۵، در یک دادرسی جدال‌آمیز برای بی‌رحمی‌هایی که نیروهای تحت امرش در فیلیپین مرتکب شده بودند، مورد تعقیب قرار گرفت.^{۱۸}

یاماشیتا متهم بود که در انجام وظایفی که به‌عنوان فرمانده در کنترل اعمال نیروهای تحت امرش داشت، قصور ورزیده بود.^{۱۹}

11. Ibid, 180.

12. Emil Muller

13. Maria L. Nybondas-Maarschalkerweerd, *The Responsibility Doctrine in International Criminal and its Applicability to Civilian Superiors* (Amsterdam: University of Amsterdam, 2009), 31.

14. Dover Castle

15. Karl Norman

۱۶. آقایی جنت‌مکان، پیشین، ۱۶۱-۱۵۷.

17. M. Cherif Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Law* (Oxford: Kluwer Law International, 1999), 465.

18. Nybondas-Maarschalkerweerd, op.cit. 33.

19. Jonathan Crowther, *A Person of Higher Rank, Status or Position* (Oxford: Oxford

ضابطه دیگر ضابطه مدینا برمبنای تعقیب سرکرده آمریکا، ارنست مدینا، در ارتباط با قتل‌عام مای لای^{۲۰} در طول جنگ ویتنام است که مقرر می‌دارد: «ام‌فسر فرمانده از تجاوز علیه حقوق بشر یا جنایت جنگی آگاه است، وقتی نظارتی نداشته باشد، به لحاظ کیفری مسئول است.» ماهیت بی‌سابقه آن اقدامات، دشواری‌های زیادی را برای اداره‌کنندگان اقدامات قضایی به وجود آورد. یکی از این چالش‌ها این بود که حقوق بین‌الملل به سطحی از تکامل نرسیده است که پیچیدگی‌های حقوقی آن را حل کند.

حقوق کیفری بین‌المللی توسعه نیافته بود و شکافی عمیق بین اعمالی که ضداخلاق شناخته می‌شدند و رفتارهایی که جرایم کیفری شناخته می‌شدند، وجود داشت؛ بنابراین ضرورت دستیابی به معیار رفتار منطبق با حقوق بین‌الملل و مکانیسم قضایی «معیار کیفر» به منظور ضمانت نقض فاحش آزادی و منزلت انسانی که تا آن زمان در پس قلمرو حقوق جزای بین‌الملل پنهان شده بود، وجود داشت.^{۲۱}

هنگامی که برخی از شرکت‌کنندگان در جنگ که به‌عنوان کشورهای متمدن شناخته می‌شدند، از اصول نجابت، احترام، عدالت و انسانیت تجاوز کردند، باید مجازات می‌شدند.^{۲۲} طبقات جدیدی از جرایم باید شکل می‌گرفتند و دفاعیات قدیمی مثل دفاع از امر آمر قانونی یا دفاع «مصونیت رئیس دولت» منسوخ می‌آمدند. در نورمبرگ بر اساس منشور آن، افراد می‌توانستند مسئول قلمداد شوند، موقعیت رسمی فرد نمی‌توانست به کسی که مرتکب جرم شده است، مصونیت بدهد.^{۲۳}

اشخاص در مقابل حقوق بین‌الملل تکالیفی دارند که فراتر از تعهدات ملی آنها یعنی لزوم اطاعت تحمیل‌شده به‌وسیله دولت بر آنهاست. عمل مجرمانه این اشخاص نظم عمومی بین‌المللی را برهم می‌زند.^{۲۴} اگر شخصی قواعد جنگ را بر اساس اختیاراتی که دولت به او

University Press, 1995), 63.

۲۰. قتل‌عام مای لای، کشتار جمعی غیرنظامیان جنوب ویتنام در ۱۶ مارس ۱۹۶۸ به‌وسیله نیروهای نظامی آمریکا بود.

21. Statement of the Law Member of the Toyoda War Crimes Tribunal Toyoda, War Crimes Tribunal Court House, Tokyo, 1949, 5004.

22. Nybondas-Maarschalkerweerd, op.cit. 33.

۲۳. کریانگ ساک کیتی چایساری، حقوق کیفری بین‌المللی، ترجمه حسین آقایی جنت‌مکان (تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۸۸)، ۲۸.

۲۴. علی خالقی، جستارهایی از حقوق جزای بین‌الملل (تهران: انتشارات مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۸)، چاپ اول، ۴۴.

داده است، نقض کند، درحالی‌که دولت خارج از صلاحیتش طبق حقوق بین‌الملل عمل کرده، نمی‌تواند به این دلیل که بر اساس اجازه دولت عمل کرده، مصونیت تحصیل کند. هیچ پیشرفتی چشمگیرتر از اجرای عملی اصل مسئولیت کیفری فردی در مورد شمار زیادی از مقامات کشوری و رهبران نظامی که در ماه‌ها و سال‌های آخر جنگ به محاکمه کشیده شدند، نبود. کاستی‌های حقوق کیفری بین‌المللی موجود در مواجهه با آنچه که در واقع مبتنی بر سیستم کیفری دارای ضمانت‌اجرای کشوری بود، مستلزم این بود که مفاهیم ابدایی و سازکارهای جدیدی شناسایی شود تا اشکال معینی از مشارکت در ارتکاب جرم را شناسایی کند.

یکی از مهم‌ترین پیشرفت‌های دوران پس از جنگ توسعه اصولی بود که مسئولیت را به فرماندهان نظامی و غیرنظامی نسبت می‌داد؛ نه تنها در جایی که آنها نقش شخصی یا مستقیم در ارتکاب جرم داشتند، بلکه در جایی که آنها نتوانسته بودند از جرایم افراد تحت امر خود جلوگیری کنند یا آنها را مجازات کنند. قبل از این تحول، حقوق بین‌الملل سازکارهای مناسبی برای جرم‌انگاری رضایت انفعالی و چشم‌پوشی یک فرمانده در ارتکاب جرایم به وسیله افراد تحت امر خود را به دست نمی‌داد.

آنچه که بعدها به عنوان دکترین «مسئولیت فرمانده» مطرح شد آن خلأ را با پیش‌بینی یک ضابطه حداقلی دارای ضمانت‌اجرای کیفری در رابطه با رهبران و فرماندهان نسبت به زبردستانشان پر نمود.^{۲۵}

قدرت حکومت باید مقید و مبنی بر مسئولیت‌پذیری سلسله‌مراتبی باشد و این تقید از آن نمی‌کاهد.^{۲۶}

شناسایی اینکه فرماندهان نظامی و رهبران غیرنظامی می‌توانند بر اساس حقوق بین‌الملل برای قصور در وظایفشان مسئول شناخته شوند، نشان از یک جهش کیفی در تکامل حقوق کیفری بین‌المللی داشت.

۲- مبنای توجیه دکترین مسئولیت فرمانده

چرا فرمانده حق فرماندهی دارد؟ منشأ مشروعیت اوامر فرمانده کجاست؟ شاید تئوری «دولت حاکم» و «عمل شهریار» کوتاه‌ترین پاسخ به پرسش‌های فوق باشد.

25. Nybondas-Maarschalkerweerd, op.cit. 36.

۲۶. مارتین لاگلین، مبنای حقوق عمومی، ترجمه محمد راسخ (تهران: نشر نی، ۱۳۸۸)، ۳۳۹.

تجربه بشر به وی آموخت، جمعیت بدون سازمان و سازمان بدون رهبر، از نظر شکلی، راه به‌جایی نمی‌برد. ماهیت و اهداف سازمان امر جداگانه‌ای است که باید پاسخش را در فلسفه حقوق جستجو کرد.

توماس هابز^{۲۷} با ارائه تصویری گویا از زندگی در وضعیت طبیعی، یعنی وضعیت «جنگ همه علیه همه» که در آن «انسان زندگی منزوی، فقیرانه، نامطبوع، خشن و کوتاهی» دارد نشان می‌دهد که تنها راه برای فراهم آوردن صلح و امنیت این است که هرکس با رضایت و توافق، حقوق طبیعی خود را رها کند و تسلیم اقتدار متعلق به قدرت حاکم شود.^{۲۸}

از دید او «لویاتان»^{۲۹} از آنچنان قدرت و استحکامی برخوردار است که قادر است با اتکاء بر ترس از این قدرت، اراده همگان را در جهت برقراری صلح در سرزمین و کمک به مطیع ساختن دشمنان خارجی اعمال نماید.^{۳۰} به نظر هابز، این قدرت جنبه شخصی ندارد بلکه به نمایندگی از ملت به‌عنوان «مقام حاکم» اعمال قدرت می‌نماید.^{۳۱} ماکس وبر نیز استفاده از زور مشروع در سرزمین معینی را در انحصار حاکم می‌داند.^{۳۲}

ساموئل پوفندرف^{۳۳} معتقد به توافق دوجانبه حاکم و اتباع است که اتباع مکلف به تبعیت می‌شوند. برآیند نظریات اندیشمندان فوق مشروعیت نظریه «عمل شهریار» را توجیه می‌نماید.

گرچه این مبنا روزگاری فرماندهی را حق فرماندهان و رهبران دانسته و آنان را غیرپاسخگو معرفی می‌نماید اما تحولات نظری و تجارب بشر که از قساوت‌های جنگ‌های منطقه‌ای و بین‌المللی به‌دست آمده نمی‌توانست فرمانده را مصون از خطا و مسئولیت بدارد. لذا به تدریج فرماندهان هم در قبال فرامین ضدانسانی خود و هم در قبال تخطی زیردستانشان از رعایت آداب جنگ مسئول شناخته شدند.

27. Thomas Hobbes, 1588-1679.

28. Thomas Hobbes. *Leviathan (1651)*, ed. Richard Tuck (Cambridge: Cambridge University Press, 1996), 8.

۲۹. *Leviathan*، به‌معنای نهنگ و موجود عظیم‌الجثه و قدرتمند در سال ۱۶۵۱ نوشته شده و بنیان بسیاری از نظریه‌های قرارداد اجتماعی را در فلسفه سیاسی به‌وجود آورد. هابز در نگارش لویاتان تحت تأثیر اندیشه‌های ارسطو، توسیدید، تاسیتوس (تاریخ‌نگار)، رنه دکارت، هوگو گروسیوس، نیکلای ماکیاولی و فرانسیس بیکن قرار داشت.

۳۰. لاکلین، پیشین، ۱۴۰.

۳۱. همان، ۱۴۲.

۳۲. همان، ۳۲۸.

33. Samuel Pufendorf, 1632-1694.

عصر خرد^{۳۴} و عصر روشنگری^{۳۵} اروپایی مفهومی تکامل یافته به «عمل شه‌ریار» بخشید. تجربه به انسان آموخت، اختیارات با مسئولیت‌ها باید تناسب داشته باشند. جنگ‌های سی‌ساله، صدساله و سایر جنگ‌های محدود منطقه‌ای عملاً به بشر آموخت که مقامات مافوق مطلق‌العنان نیستند و باید در قبال فرامین و جایگاه فرماندهی خود مسئولیت‌پذیر باشند. از این رو، هم در قراردادهای ۱۹۰۷ لاهه و هم در کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹ و نهایتاً در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی ۱۹۹۸، توازی بین اختیارات فرمانده و مسئولیت وی پیش‌بینی گردید.^{۳۶}

بنیاد نظری این مسئولیت بر بستر «ترک فعل» استوار گردید و همان‌گونه که قبلاً بیان شد، متضمن سه مؤلفه می‌شد: ۱- احراز رابطه مافوق و مادون؛ ۲- اطلاع مافوق؛ ۳- انفعال فرمانده؛ که در مبحث بعدی به‌عنوان عنصر روانی جرم بیشتر بحث خواهد شد.

۳- عنصر معنوی مسئولیت کیفری فرمانده

در تمام جرایم و در تمام نظام‌های حقوقی، عمده‌ترین جرایم باید سه رکن اساسی برای تشکیل و انتساب مسئولیت داشته باشند: ۱- عنصر مادی؛ ۲- عنصر قانونی؛ و نهایتاً ۳- عنصر معنوی جرم.

عنصر مادی و قانونی مفروض بر وجود است اما آنچه چالش ذهنی می‌طلبد عنصر روانی این بزه است چراکه فرمانده باید در قبال عمل مجرمانه دیگران، مسئولیت بپذیرد؛ مسئولیتی که از عدم کنترل فرمانده نسبت به زیردستانش ایجاد می‌شود. مسئولیت ناشی از ترک فعل و برگرفته‌شده از وظیفه فقدان مراقبت منتج به آموزش و انضباط ناکافی زیردستان است.

مسئولیت مافوق نه از باب برنامه‌ریزی و دستور مطرح می‌شود^{۳۷}؛ بلکه بدین دلیل مطرح می‌شود که عوامل تحت امر مافوق مرتکب جرمی می‌شوند و مسئولیت کیفری مافوق را ایجاد می‌نمایند و این مسئولیت از ناتوانی وی در پیشگیری یا تنبیه زیردستان ناشی می‌شود زیرا جرایم بین‌المللی در چهارچوبی از یک سازمان نظامی یا شورش‌گرانی شکل می‌گیرد که رابطه آمر و مأموری دارند.^{۳۸}

مسئولیت مافوق نه بدین دلیل است که او شخصاً مرتکب عملی بزهکارانه شده است بلکه

34. The Age of Reason

35. The Age of Enlightenment

36. Vetter, op.cit. 92.

37. Ibid, 93.

38. Rene Vark, "Superior Responsibility," *ENDC Proceeding* 15 (2012): 143-161.

از این حیث است که زبردستانش به گناه آلوده‌اند و بدین لحاظ در حقوق بین‌الملل کیفری جدید برجسته شده است که قصد مشترکی بین مافوق و مادون در ارتکاب بزه وجود نداشته است و احراز آن عقیم می‌نماید و به همین دلیل عنصر روانی آن بر بستر «ترک فعل» توجیه و پیش‌فرض شده است^{۳۹}، ترک فعلی که خود بر بستر آگاهی از احتمال بروز جرم سرچشمه می‌گیرد.

درحقیقت درست است که مافوق مباشرتاً مرتکب جرم نشده است اما عنصر «اطلاع» وی اعم از اطلاع واقعی یا تلویحی مکمل عنصر معنوی این جرم را تشکیل می‌دهد. عنصر «اطلاع» مافوق غالباً یا از موقعیت برتری مافوق در سلسله‌مراتب استنتاج می‌شود و یا از گستردگی و برجستگی جرایم ارتكابی توسط مادون برمی‌آید. هر فرمانده باید کاملاً آگاه باشد که زبردستانش چه می‌کنند و نمی‌تواند از جرایم فاجعه‌آمیز و گسترده آنان بی‌اطلاع فرض شود.^{۴۰}

دیوان بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق و دیوان کیفری رواندا نیز همین رویکرد را در احراز عنصر «اطلاع» فرمانده به‌ویژه در پرونده زینیل دلالیچ^{۴۱} مطرح نمودند. «یک مقام مافوق ممکن است به دو اعتبار در فرماندهی مسئول شناخته شود:

۱- هنگامی که که «اطلاع» وافقی دارد که زبردستانش مرتکب جرم می‌شوند یا ممکن است مرتکب جرم شوند اعم از اینکه این اطلاع مستقیماً یا به‌وسیله قرائن قویه تحصیل شده باشد؛

۲- هنگامی که اطلاعاتی دارد که به‌لحاظ طبیعت آن اطلاعات بعداً باید دستور تعقیب زبردستانی که مرتکب جرم شده‌اند را بدهد.»^{۴۲}

همین مسئولیت نه‌تنها بر فرماندهان نظامی بار است بلکه برای مقامات عالی‌رتبه غیرنظامی مانند وزرا - شهرداران و مدیران کارخانجات که نقشی در منازعات داشته‌اند نیز قابل‌تصور است.^{۴۳}

البته فرمانده مکلف به تفحص در «کسب اطلاع» نیست بلکه اطلاعاتی که عرفاً به اعتبار وظیفه در دسترس وی قرار می‌گیرد یا اطلاعاتی که بنا به موقعیت احساس می‌نماید باید

39. Ibid, 150.

40. Ibid, 155.

41. Zejnil Delalic

42. Zejnil Delalic et.al. case no, 17-95-14/2, ICTY, Trial.

43. Jamie Allen Williamson, "Some Consideration on Command Responsibility and Criminal Liability," *International Review of Red Cross* 90(870) (2008): 307.

به‌دست آورد، ضروری است. این اطلاعات لازم نیست از مجاری رسمی یا طبق گزارش‌های مکتوب حاصل شده باشند بلکه همان‌قدر که به هر وسیله‌ای حتی غیررسمی و شفاهی توسط مافوق تحصیل شده باشد برای ایجاد مسئولیت کیفری وی و تکمیل عنصر معنوی جرم کفایت می‌کند.^{۴۴}

علاوه بر آن لازم نیست مافوق حتماً در سلسله‌مراتب رسمی، فرمانده تلقی شود بلکه همان‌قدر که عملاً فرماندهی کند و جلوی ارتکاب جرم زیردستان را نگیرد و یا در صورت ارتکاب، آنان را تعقیب و مجازات ننماید، خود مسئولیت دارد.^{۴۵}

با تصویب اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، مسئولیت فرماندهی نظامی و شبه‌نظامی از مسئولیت فرمانروایان غیرنظامی تفکیک گردید. مسئولیت فرماندهان نظامی و سایر مقامات مافوق باتوجه‌به قوانین ملی و پروتکل شماره یک کنوانسیون‌های ژنو تحت دو عنوان «مسئولیت فرماندهی» و «مسئولیت مافوق» مورد‌شناسایی قرار گرفت.^{۴۶}

۱- یک فرمانده نظامی یا کسی که در مقام عملی فرماندهی نظامی است، مسئولیت کیفری دارد؛

۲- یک مقام مافوق (به‌طورکلی) در قبال جرایم تحت صلاحیت دیوان که توسط زیردستانش ارتکاب یابد، مسئولیت کیفری دارد.^{۴۷}

مسئولیت جزایی فرمانده نظامی در ماده ۲۸A و مسئولیت کیفری مقام مافوق در ماده ۲۸B اساسنامه منعکس و پیش‌بینی شده است هرچند بسیاری از شرایط و مقتضیات این دو جرم هم‌پوشانی دارند.^{۴۸}

البته مسئولیت مافوق و فرمانده با این تفکیک و تصریح در اساسنامه‌های دیوان‌های بین‌المللی شده مقطعی از جمله دیوان بین‌المللی یوگسلاوی - رواندا، تیمور شرقی و سیرالئون که قبل از اساسنامه رم تدوین شده بودند، منعکس نگردیده بود ولی در دادگاه ویژه کامبوج (۲۰۰۴)، دیوان عالی عراق (۲۰۰۵) و دادگاه ویژه لبنان (۲۰۰۷) که بعد از تدوین اساسنامه رم به رشته تحریر درآمدند مسئولیت فرمانده و مافوق به‌نحو بارزتری تبیین گشته بود.^{۴۹} هرچند این خلأ را دیوان بین‌المللی برای رواندا در پرونده روزیندانا هنگامی که ارکان مسئولیت

44. Vark, op.cit. 155-156.

45. Ibid, 159.

46. Case Matrix Network CMN, *Command Responsibility* (International Criminal Guideline, 2016), 2nd Edition, 14.

47. Ibid.

48. Ibid.

49. Ibid, 17-18.

کیفری بین‌المللی را برمی‌شمرد، بیان نمود و شاید بستری شد برای تدوین کامل‌تر ماده ۲۸ اساسنامه رم.

ما فوق یا باید از ارتکاب جرم جلوگیری نماید یا مرتکبین جنایات را تنبیه نماید.^{۵۰}

۴- مسئولیت فرماندهی در اساسنامه دیوان‌های بین‌المللی

نخستین اقدام سیستماتیک برای تدوین فهرستی از اعمال ممنوعه که عمدتاً وصف بین‌المللی داشتند، مربوط به سال ۱۸۶۳ و دستورالعمل آبراهام لینکلن، رئیس‌جمهور آمریکا است که به «لیبر» معروف است.

پس از آن کنوانسیون ۱۹۰۷ لاهه و سپس کمیسیون ۱۹۱۹ و معاهده ورسای است که محاکمه بین‌المللی و جرم بین‌المللی را به رسمیت می‌شناسند البته، دادگاه محاکمه جنایتکاران جنگ جهانی اول هرگز تشکیل نشد و نهایتاً تبدیل به دادگاه داخلی لایپزیک شد که نتیجه آن مطلوب جامعه بین‌المللی نبود.

اما دیوان نظامی نورمبرگ بعد از جنگ جهانی دوم، فراگرد تجربه بشر و بر بستر جنازه پنجاه میلیون انسان در منشور لندن پایه‌گذاری شد. منشور لندن یا منشور نورمبرگ در آگوست ۱۹۴۵ به‌وسیله کمیسیون مشورت اروپایی تدوین شد و در آن سه دسته: ۱- جرایم علیه صلح؛ ۲- جرایم جنگی؛ و ۳- جرایم علیه بشریت پیش‌بینی شد تا جنایتکاران کشورهای اروپایی محور قابل‌محاکمه بشوند. ماده ۸ این منشور مقرر می‌نمود موقعیت رسمی متهمین مانع از محاکمه آنها نیست و امر آمر صرفاً در جایی قابل‌استناد است که عدالت اقتضاء نماید. استدلال واضعان منشور این بود که در شرایطی که پیشرفت تکنولوژی امکان ارتکاب هرگونه جرم و ایجاد خطر را برای فرد مهیا نموده، به‌ویژه باتوجه‌به خودکشی هیتلر و دیگر سران آلمان، امکان استناد متهمین به این اصل و رفع مسئولیت کیفری ایشان به اعتبار مسئولیت فرماندهی که دیگر نبود، وجود داشت.^{۵۱}

طبق بند (ج) ماده ۶ اساسنامه دادگاه نورمبرگ، ما فوق حتی اگر مستقیم دستوری نداده باشد ولی از اقدامات زیردستان خود اطلاع داشته باشد یا اطلاع نداشته ولی می‌توانسته اطلاع حاصل کند و اقدام به جلوگیری ننماید، دارای مسئولیت کیفری است و فقط اگر ثابت کند که با تمام توان درصدد جلوگیری از اقدامات زیردستان خود برآمده ولی قادر به مهار آن نبوده

50. Patrick Shaun Wood, "Superior Responsibility and Crimes of Specific Intent," (Master Degree, University of Pretoria, 2013), 19.

51. K. Kittichaisaree, *International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2010), 37.

است از مسئولیت معاف خواهد بود.^{۵۲}

طبق بند ۴ اساسنامه دیوان بین‌المللی یوگسلاوی سابق، استناد متهم به اینکه حسب دستور دولت یا مافوق خود اقدام به ارتکاب جرم کرده او را از پاسخگویی رها نمی‌کند بلکه صرفاً ممکن است با تشخیص دیوان موجب لحاظ تخفیفی در مجازات وی گردد.

برخی در تحلیل مسئولیت کیفری فردی در اساسنامه دادگاه یوگسلاوی سابق این‌گونه بیان داشته‌اند که: «مسئولیت کیفری، بر اساس بند ۱ ماده ۷، متوجه افرادی است که در هر یک از جنایات مذکور در مواد ۲ تا ۵ اساسنامه، مرتکب طراحی، تحریک، صدور دستور یا مباشرت شده یا به هر شکل دیگری در طراحی، فراهم ساختن مقدمات یا اجرای جنایات موردنظر معاونت نموده باشند.» به موجب ماده ۷ اساسنامه، این دادگاه نسبت به اشخاص حقیقی صلاحیت خواهد داشت. بند ۱ ماده ۷ اساسنامه این اصل حقوق کیفری را بازتاب می‌نماید که مسئولیت کیفری تنها متوجه افرادی نیست که به‌طور فیزیکی جنایتی را مرتکب می‌شوند بلکه همچنین به کسانی تسری داده می‌شود که در ارتکاب جنایت به روش‌های مختلفی، مشارکت و نقش دارند، وقتی که چنین مشارکتی به‌طور کافی مرتبط با جنایت است و تابع اصول مسئولیت ناشی از معاونت در جنایت می‌باشد.

بنابراین، هم فردی که رفتار غیرقانونی را انجام می‌دهد و هم مافوق وی که در این رفتار به‌واسطه عدم شرکت، مثلاً با دستور دادن یا تحریک آن نقش داشته، مشمول بند ۱ ماده ۷ بوده و مسئول شناخته می‌شوند. برای نمونه، مافوقی که کشتن یک غیرنظامی را دستور می‌دهد بر اساس بند ۱ ماده ۷ مسئول شناخته می‌شود، همانند یک رهبر سیاسی که برنامه‌ریزی می‌کند برخی غیرنظامیان یا گروه‌های غیرنظامی باید اعدام شوند و این دستورها را خطاب به یک فرمانده نظامی صادر می‌کند. مسئولیت چنین افراد مافوقی، اعم از نظامی یا غیرنظامی، در چنین شرایطی، به‌خاطر نتیجه ارتباط مستقیم آنها با ارتکاب فیزیکی جنایت، شخصی یا مستقیم است. مسئولیت کیفری مافوق برای چنین اقدامات ایجابی، تابع اصول کلی مسئولیت ناشی از معاونت در جنایت است این نوع از مسئولیت، بجز در جایی است که مافوق ارتکاب جنایتی را دستور می‌دهد که در این صورت وی اساساً مسئول ارتکاب آن است.

از این رو می‌توان گفت تبانی، تحریک، شروع به جنایت و معاونت که به پیروی از

52. G. Kirk McDonald, O. Swee-Goldman, *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law* (The Hague: Kluwer Law International, 2000), 224.

کنوانسیون نسل‌زدایی صرفاً در ماده ۴ اساسنامه به آن تصریح شده است، به دیگر جنایات مشمول صلاحیت دادگاه نیز تعمیم داده می‌شود. از طرفی به‌موجب بند ۱ ماده ۷ کسانی که اقدام به تدارک کمک‌های مالی و جنسی برای متخاصمین نموده‌اند نیز قابل تعقیب می‌باشند، چراکه این مقرر در پایان از طریق عبارت «یا به هر شکل دیگری» دامنه مسئولیت را توسعه می‌دهد که این خود می‌تواند با اصول حقوق کیفری نیز مغایرت داشته باشد؛ بنابراین و به‌طور کلی بر اساس اساسنامه دادگاه، شیوه‌ها و اشکال متنوع و مختلفی از مسئولیت کیفری می‌تواند وجود داشته باشد.

فراگرد نهایی مسئولیت فرمانده را می‌توان در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی به عینة ملاحظه نمود. ماده ۲۵ اساسنامه^{۵۳} اساس مسئولیت کیفری را بر اعمال فرد قرار داد. فرد صرف‌نظر از اینکه فرمانده باشد یا فرمان‌بر در قبال اعمال شخصی منتسب به خود مسئولیت کیفری دارد. البته که این افراد موضوع جرایم بین‌المللی هستند صرف‌نظر از اینکه در عرصه سرزمین کشورها نیز نمی‌توان معیاری جایگزین مسئولیت فردی کیفری نمود.

اما تأکید بر مسئولیت فردی در جرایم بین‌المللی در ماده ۲۵ اساسنامه، اولاً محدود به کارگزاران دولتی نیست چراکه اساسنامه اساساً شرطی یا حتی اشاره‌ای به انتساب این مسئولیت به افراد به اعتبار موقعیت سیاسی‌شان ننموده و برعکس در جای دیگر تأکید نموده که جایگاه سیاسی متهمین و مصونیت‌های ایشان در نظام‌های حقوق ملی ایشان، رافع مسئولیت ایشان نمی‌باشد و از طرفی با توجه به اینکه سال‌ها بحث مسئولیت کیفری دولت‌ها مطرح بوده است نه در مقام اثبات و نه در مقام نفی در بند ۴ همین ماده مسئولیت کیفری فرد را منصرف از مسئولیت دولت‌ها شناخته است.

اساسنامه در بند ۳ مباشرت و آمریت در جرایم را نیز تفکیک و هر دو را واجد مسئولیت کیفری دانسته است.

افزون بر آن، اساسنامه، فرماندهان را حتی در ایفای نقش ضرورت آگاهی از اعمال زیردستان خود نیز مسئول شناخته است. ماده ۲۸ اساسنامه درحقیقت ترک فعل و لزوم آگاهی از اقدامات افراد تحت امر فرمانده را نیز مستوجب مسئولیت کیفری دانسته است.^{۵۴}

مفهوم دستور در ماده ۳۳ اساسنامه رم باید در حوزه وسیع تفسیر شود و به هر ارتباط نوشته و نانوشته بین آمر و مادون در توازن قدرت تعمیم یابد. دستور باید به مخاطبش برسد و

53. Rome Statue /17/July/1998.

۵۴. نک: ماده ۲۸ اساسنامه رم ۱۹۹۸.

صراحتاً بیان کند که چه چیزی از وی انتظار دارد. دستور ممکن است خطاب به شخص یا نهاد باشد که در حالت اخیر دستور می‌تواند به‌عنوان دستور به شخص تلقی گردد. این دستور که «هیچ پناهی داده نخواهد شد» خطاب به نیروی نظامی را می‌توان به‌عنوان دستور به هر شخص که متعلق به آن ارتش است به حساب آورد، حتی اگر از شخصی نام برده نشده باشد. دستورات دولت یا مافوق معمولاً مرتبط با دستورات ناشی از سلسله‌مراتب دولتی به فرماندهان واحدهای نظامی است که به مأموران مادون آنها داده می‌شود.

چنین فرماندهی ممکن است به‌سادگی دستور را به فرمانده دیگر یا به‌طور مستقیم به مادون خود ارجاع دهد. دولت و مافوق معمولاً به مقامات دولتی محدود می‌شود.^{۵۵}

روابط مافوق و مادون در زمینه دستورات مافوق نسبت به مسئولیت مافوق باید محدودتر تفسیر شود؛ بنابراین اشتباه است اگر بگوییم که مواد ۲۸ و ۳۳ اساسنامه رم هر یک دو روی یک سکه را نشان می‌دهند.^{۵۶} در زمینه مسئولیت مافوق (ماده ۲۸) این‌گونه استنباط می‌شود که روابط به‌صورت غیررسمی و بر اساس کنترل مؤثر می‌باشد^{۵۷} تا جایی که یک مافوق غیرنظامی موظف است از ارتکاب جرایم توسط زیردستانش ممانعت به‌عمل آورده یا در صورت ارتکاب، آنها را مجازات نماید که روابط غیررسمی و اطاعت غیراداری با موضوع استناد به تبعیت از دستورات مافوق بی‌ارتباط باشد.

تنها مقام غیرنظامی در زمینه دستورات، آمر سیاسی یا نماینده دولت می‌باشد. به همین دلیل است که واژه غیرنظامی در ماده ۳۳ تحت شمول "Civilian" قرار گرفته است. این واژه به واحدها و مدیران غیرنظامی دولت اشاره دارد. دولت‌ها در ساختار خود به‌طور سنتی به دو قسمت نظامی و غیرنظامی تقسیم می‌شوند.

استثنای گفته فوق در خصوص مقامات مافوق، آمر بالفعل است که به‌طور مؤثر به‌عنوان فرمانده نظامی قانونی عمل می‌کند. به‌طور مثال مأمور تحت فرماندهی یک فرمانده نظامی که هنوز به‌طور رسمی به‌عنوان فرمانده منصوب نشده است ولی قبل از موعد مقرر انتصاب رسمی عمل می‌کند.^{۵۸}

دلیل تمایز بین مواد ۲۸ و ۳۳ اساسنامه در خصوص رابطه مافوق و مادون به اساس استناد

55. E.van Sliedregt, "Defence in International Criminal Law," (Paper Presented at the Conference, "Convergence of Criminal Justice System: Building Bridge the Gap," The International Society for Reform of Criminal Law, 17th International Conference, 2003).

56. Triffterer in Triffterer (ed) (1999), margin No. 33, 588.

57. ICTY, Celebici Judgment, paras 377-378, Endorsed by the Appeals Chamber in Celebici Appeal Judgment, paras 197-199.

58. ICTY, Krstic Judgment, paras.328, 300 and 625.

به دستور مافوق برمی‌گردد: رابطه منحصر به فرد مافوق و مادون بر اساس وظیفه نظامی تبعیت و به دنبال آن فرض قانونی بودن دستورات است. در واقع دفاع با استناد به تبعیت از دستورات مافوق به ارتش اختصاص دارد.^{۵۹}

باید رابطه سببیت بین دستور و رفتار برقرار باشد. مراد ماده ۳۳ این است که جرم باید متعاقب دستور مافوق و توسط شخص ارتکاب یابد. اگر شخص بدون هیچ دستوری، مستقلاً مرتکب جرم شود، نمی‌تواند به ماده ۳۳ استناد کند.

دستور باید منشأ و الهام‌بخش مادون برای ارتکاب عمل باشد. علاوه بر این همان‌طور که در حقوق بین‌الملل عرفی در خصوص دستورات مافوق (در ارتباط با اجبار) بیان شده است^{۶۰}، استناد به دستورات مافوق هنگامی که جرم با خواست خود مادون انجام شده است، قابل استناد نیست.^{۶۱}

۵- شرایط تبری از مسئولیت کیفری

برابر اصل مندرج در اساسنامه رم، این واقعیت که جرایم واقع در صلاحیت دیوان که متعاقب دستور مقام نظامی یا غیرنظامی صادر شده باشد، متهم را از مسئولیت کیفری مبرا نمی‌کند مگر اینکه:^{۶۲}

- شخص تحت یک وظیفه قانونی برای تبعیت از دستورات مافوق یا دولت مورد نظر بوده است؛

- شخص نمی‌دانسته که دستور غیرقانونی است؛

- دستور آشکارا غیرقانونی نباشد.

از نظر ماده ۳۳ اساسنامه رم، دستور به ارتکاب نسل‌زدایی و جنایت علیه بشریت آشکارا غیرقانونی دانسته می‌شوند. در تحلیل ماده ۳۳ باید گفت که اساسنامه رم دستورات مافوق را به خودی خود یک دفاع می‌شناسد تا استناد به اشتباه. با وجود این، ماده ۳۳ صریحاً این قاعده را بیان می‌کند که دستورات مافوق شخص را از مسئولیت کیفری اش مبرا نمی‌کند مگر اینکه شرایط معینی محقق شود؛ بنابراین باید گفت ماده ۳۳ از قاعده بی‌ارتباط بودن دستورات

59. E.van Sliedregt, op.cit.

60. United Nation War Crimes Commission (UNWCC), 174.

61. Shakespeare in Hamlet: Rosencrantz and Guildenstern act under Orders as well, yet Hamlet Punishes them as they did Make Love to Their Employment, Hamlet, Act V scene 2.

۶۲. نک: ماده ۳۳ اساسنامه رم.

ما فوق تبعیت می‌کند و علی‌رغم اینکه این دفاع را به رسمیت می‌شناسد نسبت به قبول آن برای معافیت از مجازات سختگیر است. اگرچه هر استنادی به دفاع تبعیت از دستورات مافوق طبق ماده ۳۳ اساسنامه یک استثناء و در نتیجه یک دفاع است، این ماده در تطبیق با قواعد تفسیر باید مضمیق تفسیر شود. طبق بند ۱ ماده ۳۳، دستور مافوق باید از سوی یک دولت یا مافوق صادر شده باشد اما مجری دستور لزوماً مقام دولتی یا نظامی نیست و اشخاص خصوصی را نیز دربرمی‌گیرد.

دستور ممکن است ناشی از یک دولت باشد مثلاً در شکل قانونگذاری یا با صدور بخشنامه‌ای که طبق اساسنامه یک جرم بین‌المللی را تشکیل دهد. به همین دلیل عنوان ماده ۳۳ دستور مافوق و تجویز قانون است. از طرف دیگر دستور ممکن است از یک قاعده مافوق صادر شده باشد که در سلسله‌مراتب زنجیره دستور در بالاترین مرتبه قرار دارد.^{۶۳} قاعده کلی طبق ماده ۳۳ این است که استناد به تبعیت از مافوق به‌عنوان دفاع وجود ندارد؛ بنابراین به‌عنوان یک استثناء وظیفه متهم است که وجود سه شرط را اثبات کند. این سه شرط باید ماهیتاً جمع باشند؛ یعنی دستورات مافوق در صورت تحقق هر سه شرط زیرین قابل‌استناد است.^{۶۴}

۵-۱- متهم قانوناً ملزم به تبعیت از مافوق بوده است

شرط اول این است که شخصی که مدعی لزوم تبعیت از دستور است باید قانوناً ملزم به پیروی از دستور صادره باشد. در این مورد و اینکه آیا متهم قانوناً ملزم به پیروی از دستورات مافوق بوده است یا خیر، ماده مورد بحث تلویحاً پاسخ آن را به نظام حقوق داخلی که هم مقام مافوق و هم دولت مورد نظر و همچنین متهم در آن مجری هستند، ارجاع می‌دهد. لذا دادگاه باید تأثیر الزام‌آور چنین دستوراتی را طبق نظام حقوق داخلی متبوع متهم مورد بررسی قرار دهد؛ یعنی دیوان باید تحقیق کند آیا در سیستم قانونی کشوری که متهم متبوع آن است، چنین قیدی در خصوص الزام تبعیت از مافوق وجود دارد یا خیر. به این ترتیب باید وظیفه قانونی برای اطاعت از دستور مافوق وجود داشته باشد و این وظیفه در زمان ارتکاب جرم نیز باید موجود باشد.

63. E.van Sliedregt, op.cit.

64. Abdul Ghafur Hamid, Khin Maung sein, "The Defense of Superior Orders, Manifest Illegality Principle and the Statute of the International Criminal Court," *Asian Journal of International Law* 3 (1&2) (2008), 25.

در موردی که مقام مادون اشتباهاً خود را از نظر قانونی موظف می‌داند، دفاع دیگری پدیدار می‌شود که در ماده ۳۲ اساسنامه رم اشتباه موضوعی یا حکمی نامیده می‌شود. به‌عنوان عامل لازم در نخستین شرط، مافوق معین باید قانوناً اختیار تحمیل یک دستور قانوناً الزام‌آور را برای مادون داشته باشد.^{۶۵}

۵-۲- متهم نمی‌دانسته که دستور غیرقانونی است

شرط دوم برای عدم تحقق مسئولیت مأمور در چهارچوب ماده ۳۳ اساسنامه رم، اثبات جهل متهم است. متهم می‌تواند به تبعیت لزوم از دستور مافوق استناد کند، اگر اثبات کند که نمی‌دانسته است که دستور غیرقانونی بوده است. در اینجا ضابطه شخصی مورد توجه است. قانونی بودن یا نبودن بستگی دارد به اینکه طبق اساسنامه جرم قابل مجازات است یا خیر و آیا اساسنامه آن عمل را جرم بین‌المللی می‌داند؛ بنابراین، اینکه عمل طبق سیستم حقوق داخلی دولت متبوع متهم جرم است یا خیر، اهمیت چندانی ندارد. این شرط یک معیار ذهنی صرف نیست، چراکه مسئله اصلی در اینجا علم و اطلاع واقعی متهم است.

با این معیار مضمولین ارتکاب جرم کمتر می‌شوند چراکه متهم به راحتی می‌تواند ادعای جهل کند. مثل هر موضوع دیگری، آگاهی شخص متهم ممکن است با یک سری دلایل مبتنی بر شواهد و قرائن اثبات شود که از این حقایق بتوان فهمید که او چنین اطلاعی را داشته است ولی چنین شرطی به وسیله شرط سوم قابل رفع است که مقرر می‌دارد عمل نباید آشکارا غیرقانونی باشد.^{۶۶}

برابر اساسنامه دیوان، فرض بر این است که وقتی جرم واقع در صلاحیت دادگاه ارتکاب یافته است، همه دستورات غیرقانونی است.

بر اساس نظر تریفتر در موارد شک، اساسنامه این‌طور به نفع متهم مادون تفسیر می‌شود که مادون نمی‌دانسته دستور غیرقانونی است، پس باید آگاهی او به غیرقانونی بودن دستور اثبات شود. در فقدان چنین علمی، شرط بند ۱ قسمت b ماده ۳۳ محقق نشده است. اساسنامه این موضوع را با تشخیص امکان اشتباه در ارتباط با غیرقانونی بودن دستور توجیه می‌کند.^{۶۷}

65. G. J. Alexander Knoops, *Defense in Contemporary International Criminal Law* (The Hague, Netherlands: Martinus Nijhoff, 2008), 2nd Edition, 33.

66. Hamid, op.cit, 26.

67. Knoops, op.cit, 39.

۵-۳- دستور آشکارا غیرقانونی نباشد

شرط سوم این است یک دستور باید آشکارا غیرقانونی دانسته شود. اگر عدم مشروعیت نزد شخصی با فهم متعارف واضح باشد. در اینجا اساسنامه یک ضابطه نوعی را در ارتباط با قانونی بودن و یا غیرقانونی بودن دستور مافوق مورد توجه قرار می‌دهد و آن اینکه آیا یک شخص متعارف در شرایط متهم، دستور را غیرقانونی می‌داند یا خیر؟ در تعیین غیرقانونی بودن دستور، سیستم حقوق داخلی اهمیتی ندارد. عامل تعیین‌کننده این است که دستور طبق حقوق بین‌الملل آشکارا غیرقانونی باشد؛ بنابراین معیار این است که یک شخص متعارف، تنها با داشتن اطلاعات اولیه از حقوق بشردوستانه بین‌المللی باید می‌دانسته که عمل مورد نظر غیرقانونی است.

بر اساس ماده ۳۳ بند ۲، دستور به ارتکاب نسل‌زدایی یا جرایم علیه بشریت آشکارا غیرقانونی دانسته می‌شود و بنابراین استناد به دفاع تبعیت از دستورات مافوق در این موارد قابل‌اعمال نیست. به عبارت دیگر این دفاع فقط در خصوص دستور به ارتکاب جرایم جنگی و تجاوز قابل‌اعمال است. در واقع این شرط در ماده ۳۳ وارد شد تا دولت‌هایی که از دکتربین مسئولیت مطلق حمایت می‌کردند و مخالف شمول این دفاع در اساسنامه رم بودند را راضی کند^{۶۸} و هدف اصلی آن محدود کردن حوزه اعمال این دفاع تا حد ممکن است. اگرچه بسیاری از اندیشمندان منتقد بند ۲ ماده ۳۳ هستند. در گزارش تفسیری اساسنامه رم بیان شده است که خط تمایزی که بین جرایم جنگی از یک‌سو و جرایم علیه بشریت و نسل‌زدایی از سوی دیگر ترسیم شده است، ابداع اساسنامه رم است. رقت‌انگیز است که این تمایز دو ضابطه کاملاً متفاوت را به وجود می‌آورد. از یک طرف اعمال نسل‌زدایی و جرایم علیه بشریت و از سوی دیگر جرایم جنگی این تمایز نه بر حقوق بین‌الملل عرفی مبتنی است و نه در حقوق داخلی هیچ کشوری وجود دارد.^{۶۹}

علاوه بر این، به نظر می‌رسد ماده ۳۳ که این‌گونه بیان می‌کند که ارتکاب جرایم جنگی نسبت به اعمال نسل‌زدایی یا جرایم علیه بشریت آسیب کمتری نسبت به بشریت دارد، نادرست است. به خاطر تمایز اعمال شده در ماده ۳۳(۲) مردم ممکن است فکر کنند که قربانیان جنگ درجه کمتری از حمایت را نسبت به قربانیان نسل‌زدایی و جرایم علیه بشریت

68. Charles Garraway, "Superior Orders and the International Criminal Court: Justice Delivered or Justice Denied," *International Review of the Red Cross* 836 (1999): 52.

69. Antonio Cassese, P. Gaeta, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Oxford: Oxford University Press, 2002), Vol. 1, 971.

دارند.^{۷۰}

سومین شرط طبق نظر تریفترر نوعی از جبران خسارت را برای پذیرش سختگیرانه اشتباه توسط مادون دربرمی‌گیرد همان‌طور که در تشریح دومین شرط موردتوجه قرار گرفت. همانند شرط اول این شرط یک معیار عینی را شکل می‌دهد که حتی اگر دو شرط اول محقق شده باشند و دستور آشکارا غیرقانونی باشد، مادون معاف نمی‌شود در اینجا نیز دوباره باید عنصر آشکارا غیرقانونی بودن اثبات شود که البته در این خصوص به این فرض منتهی می‌شود که تا جایی که نسبت به دستور تردید وجود دارد به نفع مادون، آشکارا غیرقانونی دانسته نمی‌شود تا بدین‌وسیله مادون تبرئه شود.^{۷۱}

نتیجه

تاریخ اوامر مافوق به قدمت تاریخ زندگی بشر است و به موازات سایر عرصه‌های زندگی بشر تکامل یافته است.

زندگی و تنازع بقا همراه یا اوامر پیر قبیله، متعاقباً اوامر خوانین و فئودال‌ها و دیگر گاه، صاحبان سرمایه و ثروت و در کنار همه این تحولات، فرمان جنگ‌آوران و فرماندهان مدیریت منازعات تاریخ بشر را رقم زده است.

پدیده مسئولیت و در کنار آن مسئولیت کیفری نیز همه فراز و فرودهای تاریخی زندگی آدمیان را پشت سر نهاده است. از بی‌مسئولیتی مطلق تا مسئولیت مطلق و جدی.

اگر روزگاری بی‌مسئولیتی مافوق در پرتو «عمل شه‌ریار» قابل‌توجه بود در گذر زمان و به مدد نزدیکی ارتباطات و پیشرفت فناوری‌های متنوع و لاجرم کشتار بی‌گناهان، بیداری مردمان و وجدان بشریت دیگر تحمل مصونیت حاکم را برنمی‌تابد.

قرن بیستم شاید به اندازه تمام تاریخ بشر، تجربه اندوخت. جنگ‌های اول و دوم جهانی، جنگ‌های نیابتی، جنگ‌های داخلی یوگسلاوی سابق، سومالی، رواندا، خشونت‌های جانکاه کامبوج و صدام حسین و برخی رهبران مرتجع و بیمار کشورهای دیگر، وجدان هوشیار بشر قرن بیست و یکم را واداشت تا سیر مسئولیت کیفری مافوق را از بی‌مسئولیتی محض به مسئولیت جدی مافوقان در قبال رفتارهای بیمارگونه، سبانه و تبه‌کارانه زیردستان، به رسمیت بشناسد.

70. Hamid, op.cit. 27.

71. Knoops, op.cit. 40.

رهبران و فرماندهان نظامی و آمران سیاسی ایشان نه تنها دیگر نمی‌توانند در دخمه‌های امن، فرمان کشتار بدهند و چتر مصونیت را بر سر خود بگسترانند، بلکه در قبال اعمال بزهکارانه زیردستان خود نیز مسئولیت کیفری دارند چراکه مافوق باید بر زیردستان کنترل داشته باشد، به ایشان آموزش داده باشد، نظارت بنماید و اگر تخلفی ملاحظه کند با جمع‌آوری ادله تبهکاران را تعقیب و محاکمه ایشان را خواستار شود.

مافوق باید بداند که زیردستانش چه می‌کنند و جایگاه فرمانروایی وی اقتضاء می‌نماید که او باید می‌دانسته که زیردستان چه می‌کنند به وجهی که مرتکب جرم نشوند.

به لحاظ تاریخی، دیرزمانی زیردستان مکلف به اطاعت محض بودند همان اطاعتی که ایشمن در دادگاه اورشلیم آن را «اطاعت مجسمه‌وار» توصیف کرد.

اما امروز نه آن مصونیت مطلق مافوق و نه آن اطاعت مجسمه‌وار مسموع دیوان افکار عمومی و دیوان‌های بین‌المللی کیفری نیست.

اولین شکست پیکره اندیشه «مأمور معذور» به پرونده پزشک سروان ویرتز سوئیسی برمی‌گردد که دادگاه داخلی آمریکا در سال ۱۸۶۵ او را به جرم شکنجه و قتل زندانیان تحت حفاظتش محکوم به اعدام نمود.

تا قبل از این تاریخ و البته مدت‌ها بعد از آن زیردستان مسئول نبودند زیرا که مکلف به تبعیت محض از مافوق بودند و مافوق نیز نهایتاً در پرتو اوامر مافوق خود، غیرمسئول انگاشته می‌شد. بالاترین مقام فرمانروایی نیز به عمل شه‌ریار و مصونیت حاکم اقتدا می‌کرد و لاجرم، آنچه نادیده انگاشته می‌شد، انسان، کرامت و حیات وی بود و آنچه قربانی می‌شد، عدالت بود. در میانه دو جنگ جهانی، اصل مسئولیت مافوق و مادون (به شرط اطلاع از ماهیت مجرمانه دستور) پذیرفته شد؛ اما اولین تجلی رسمی توسعه مسئولیت کیفری، بعد از جنگ جهانی دوم ماده ۸ منشور نورمبرگ بود.

دستور مافوق، فقط می‌تواند عامل تخفیف باشد و اصل بر مسئولیت در عمل مجرمانه است.

در اساسنامه‌های دیوان بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و رواندا، مسئولیت فرماندهان و امربران نظامی پذیرفته شد هرچند در عمل و رویه قضایی، دیوان، مسئولیت فرماندهان نظامی را به مقامات مافوق سیاسی نیز در آرای خود تسری داد.

اساسنامه رم، با تجارب جنگ‌های اول و دوم جهانی و خلأ قانونی اساسنامه‌های محاکم یوگسلاوی سابق و رواندا در ماده ۲۸ خود، باب مسئولیت کیفری را برای فرماندهان نظامی و

مقامات مافوق غیرنظامی پذیرفت و امروزه نه فرماندهان عالی‌رتبه نظامی و نه مقامات مافوق سیاسی نمی‌توانند از بار مسئولیت کیفری زیردستان خود، شانه خالی کنند و در قبال جنایات ارتكابی مباشرتی خود نیز به طریق اولی مسئولیت دارند.^{۷۲}

فرماندهان جزء و امربران نیز نمی‌توانند در پرتو اطاعت از دستور مافوق، از بار مسئولیت کیفری تبرّی جویند و نتیجه آنکه انسان، آزادی‌ها و کرامت وی در صلح و جنگ باید محترم داشته شود و هر عمل تبهکارانه‌ای به حریم امن آدمی مستوجب مجازات است، چه این عمل از ناحیه مافوق باشد یا منسوب به مادون تلقی شود.

و البته این برآیند با همه پیشرفت‌های خود همچنان در آغاز راهی است تا انسان بتواند به ماهو انسان، از نعمت امنیت و آزادی بهره‌مند شود و عدالت کیفری بازدارنده و همه‌گیر شود.

72. Vetter, op.cit. 91-92.

فهرست منابع

الف. منابع فارسی

- آقایی جنت‌مکان، حسین. محاکمه قدرت. تهران: چاپ گنج دانش، ۱۳۸۶.
- اساسنامه رم سال ۱۹۹۸.
- چایساری، کریانگ ساک کیتی. حقوق کیفری بین‌المللی. چاپ سوم. ترجمه حسین آقایی جنت‌مکان. تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۸۹.
- خالقی، علی. جستارهایی از حقوق جزای بین‌الملل. چاپ اول. تهران: انتشارات مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۸.
- فلاح‌زاده، محمدعلی. حقوق اداری تطبیقی. تهران: انتشارات مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۴.
- لاگلین، مارتین. مبانی حقوق عمومی. ترجمه محمد راسخ. تهران: نشر نی، ۱۳۸۸.
- هداوند، مهدی. حقوق اداری تطبیقی. تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۵.

ب. منابع خارجی

- Bassiouni, M. Cherif. *Crimes against Humanity in International Law*. Oxford: Kluwer Law International, 1999.
- Case Matrix Network CMN. *Command Responsibility*. 2nd Edition. Brussels: International Criminal Guideline ICJ Tool kits, 2016.
- Cassese, Antonio, P. Gaeta. *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. Vol. 1. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- Crowther, Jonathan. *A Person of Higher Rank, Status or Position*. Oxford: Oxford University Press, 1995.
- Delalic, Zejnir and Others. case no, 17-95-14/2, ICTY, Trial.
- Gaeta, Paola. "The Defense of Superior Orders, the Statue of International Criminal Court versus Customary International Law." *Gjil* 10 (1999): 766-807.
- Garraway, Charles. "Superior Orders and the International Criminal Court: Justice Delivered or Justice Denied." *International Review of the Red Cross* 836 (1999): 303-317.
- Hamid, Abdul Ghafur, Khin Maung Sein. "The Defense of Superior Orders, Manifest Illegality Principle and the Statute of the International Criminal Court." *Asian Journal of International Law* 3 (1 & 2) (2008): 172-191.
- Hobbes, Thomas. *Leviathan (1651)*. ed. Richard Tuch. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.
- ICTY, Celebici Judgment, Endorsed by the Appeals Chamber in Celebici Appeal Judgment.
- ICTY, Kristic Judgment.
- Kittichaisaree, K. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Knoops, G.J.alexander. *Defense in Contemporary International Criminal Law*. 2th

- Edition. The Hague, Netherlands: Martinus Nijhoff, 2008.
- McDonald, G. Kirk, O. Swee-Goldman. *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*. The Hague: Kluwer Law International, 2000.
- Nybondas-Maarschalkerweerd, Maria L. *The Responsibility Doctrine in International Criminal and its Applicability to Civilian Superiors*. Amsterdam: University of Amsterdam, 2009.
- Oppenheim, L. *International Law: A Treatise*. Vol. 2. London, New York: Longmans, Green, and co. 1905.
- Rosencrantz and Guildenstern. Shakespeare in Hamlet: Act under Orders as Well Yet Hamlet Punishes them as they did Make Love to Their Employment.
- Shaun Wood, Patrick. "Superior Responsibility and Crimes of Specific Intent." Master Degree, University of Pretoria, 2013.
- Sliedregt, E.van. "Defence in International Criminal Law." Paper Presented at the Conference, "Convergence of Criminal Justice System: Building Bridge the Gap," The International Society for Reform of Criminal Law, 17th International Conference, 2003.
- Statement of the Law Member of the Toyoda War Crimes Tribunal Toyoda, War Crimes Tribunal Court House, Tokyo, 1949.
- Triffterer in Triffterer (ed) (1999), Margin No. 33.
- United Nation War Crimes Commission (UNWCC), vol. XV.
- Vark, Rene. "Superior Responsibility." *ENDC Proceeding* 15 (2012): 143-161.
- Vetter, Greg R. "Command Responsibility of Nonmilitary Superiors in the International Criminal Court." *Yale Journal of International Law* 25 (2000): 89-143.
- Williamson, Jamie Allen. "Some Consideration on Command Responsibility and Criminal Liability." *International Review of Red Cross* 90(870) (2008): 303-317.
- Wilner, Alan M. "Superior Order as a Defense to Violations of International Criminal Law." *Maryland Law Review* 26(2) (1966): 127-142.