

## پژوهشهای حقوق جزا و جرم‌شناسی

علمی - پژوهشی

شماره ۵

هزار و سیصد و نود و چهار - نیمسال اول

- الزامات و سازوکارهای پلیس اطفال و نوجوانان در ایران (مطالعه تطبیقی: حقوق امریکا)  
۵  
حسنعلی مؤذن‌زادگان - حسین جوادی
- حمایت از کودکان در سازوکارهای قضایی و غیرقضایی تعقیب کیفری  
۴۹  
نقض حقوق آنان  
رضا اسلامی - فروزان باقری
- قانونمندی: بنیاد پوزیتیویستی تأسیسات کیفری حقوق بین‌الملل  
۷۵  
آرامش شهبازی
- تطبیق فرآیند تفتیش و بازرسی در الگوی دادرسی کیفری ایران و امریکا  
۹۵  
غلامحسن کوشکی - سحر سهیل مقدم
- راهکارهای حل تعارض میان تعهدات ناشی از استرداد و تعهدات حقوق بشری  
دولتها  
۱۳۵  
سیدقاسم زمانی - فرشته باقری
- خون‌صلح؛ حل‌وفصل سنتی قتل  
۱۵۷  
حسین غلامی - حسین مرادقلی





[http://jcl.ac.ir/article\\_42364.html](http://jcl.ac.ir/article_42364.html)

# قانونمندی: بنیاد پوزیتیویستی تأسیسات کیفری حقوق بین الملل

آرامش شهبازی\*

## چکیده:

پوزیتیویسم حقوقی که رکن رکن شکل‌گیری و قوام بسیاری از تعهدات و تأسیسات حقوقی بین‌المللی شناخته می‌شود، گاهی مترادف با فورمالیسم حقوقی تلقی شده و به مؤلفه‌ای تقلیل می‌یابد که منحصرأ به منظور قالب‌بندی هنجارهای حقوقی به کار می‌رود. با این حال، پوزیتیویسم، نه تنها در شکل‌گیری صورت هنجارها، که عاملی بنیادین در تبلور ماهیت و جوهر تعهدات محسوب می‌شود. از این حیث، تحلیل بنیادهای فلسفی پدیده‌های حقوقی بین‌المللی در استیلاي حقوقدانان طبیعی، ارزش‌مدار نبوده و قانونمندی قواعد و نهادهای حقوقی که علاوه جنبه‌های شکلی، به جوهر و سرشت پدیده‌ها نیز نظر دارد، مدخلی را فراهم آورده تا پوزیتیویسم، به انگاره‌ای غایت‌مدار بدل شود. شناخت قواعد و هنجارهای کیفری حقوق بین‌الملل نیز از این امر مستثنا نیست. از این حیث، همزمان که جرم‌انگاری جنایات بین‌المللی در چارچوب حقوق بین‌الملل کیفری، نشان از رسوخ اندیشه‌های حقوق طبیعی در جوهر حقوق بین‌المللی کیفری دارد، قانونمندی قواعد و تأسیسات این حوزه می‌تواند مبین پدیداری خاستگاه‌های پوزیتیویسم حقوقی در این قلمرو محسوب شود.

## کلیدواژه‌ها:

پوزیتیویسم، محکمه کیفری نورنبرگ، قانونمندی، فورمالیسم حقوقی، مشروعیت، حقوق بین‌الملل کیفری، عدالت جزائی.

Email: a.shahbazi@atu.ac.ir

\* استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی

این مجیزه را به روان پاک استادم تقدیم می‌کنم که در روزمرگی روزگار، آرام اما با اقتدار؛ با قلم، بیان، عمل و اعتقادش، درس بزرگی و مردانگی می‌داد و پاک و سبکبار، در جامه سپید احرام، به دیدار معشوق آسمانی‌اش شتافت؛ تقدیم به زنده‌یاد دکتر ناصر قربان‌نیا.

## مقدمه

توجه به فرد در حقوق بین‌الملل معاصر و به تبع آن ورود حقوق بین‌الملل به عرصه تنبیه و مجازات جنایتکاران بین‌المللی، سابقه دیرینه‌ای در حقوق بین‌الملل ندارد. انسانی‌تر شدن حقوق بین‌الملل، جرم‌انگاری جنایات بین‌المللی، پررنگ شدن مرز میان مسؤلیت کیفری فردی و مسؤلیت بین‌المللی دولت و در یک کلام، توجه به ارزش‌های جامعه بین‌المللی که عمدتاً مورد توجه حقوقدانان طبیعی است، چنین به ذهن متبادر می‌کند که حقوق بین‌الملل کیفری، از حیث ماهیت، منحصرأ از آبشخور اندیشه‌های حقوق طبیعی نشأت گرفته است و لاجرم پوزیتیویسم، تنها در قالب فورمالیسم حقوقی و در شکل و ساختار حقوقی که این حوزه در بستر آن نضج گرفته، هویداست. این بدان معناست که حقوق بین‌الملل کیفری که عمدتاً در پی مجازات مرتکبان جنایات بین‌المللی است، با حمایت از ارزش‌های برخاسته از وجدان بشریت، مشروعیت خود را وامدار حقوق طبیعی است و تنها قالب، ساختار و تشریفات شکلی وضع و تدوین هنجار و تأسیسات حقوقی که به قانونمندی حقوق بین‌الملل کیفری می‌انجامد، مدخلی برای ورود پوزیتیویسم به این حوزه از حقوق بین‌الملل فراهم می‌کند. این، خود در حالی است که مرز میان مشروعیت و قانونمندی در حقوق بین‌الملل معاصر، نیز همواره محل بحث و نظر حقوقدانان بین‌المللی بوده و هست. از این حیث، همزمان که ورود به حوزه مبانی مشروعیت پدیده‌های حقوقی را می‌توان در رویکردهای حقوق طبیعی جست‌وجو کرد و عیار قانونمندی را نیز به مدد رویکردهای پوزیتیویستی سنجید، با این حال، چنین به نظر می‌رسد که قانونمندی، فارغ از شکل و صورت، با ماهیت حقوقی پدیده‌ها نیز سروکار داشته و در اندیشه‌های پوزیتیویستی قلمرو به مراتب گسترده‌تری از صرف فورمالیسم حقوقی دارد.<sup>۱</sup>

اعمال و اجرای حقوق بین‌الملل کیفری به ویژه در مراجع کیفری بین‌المللی، خود می‌تواند تجلی اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها باشد. در اصل، بسیاری از قواعد کیفری، هرچند نه همه آنها، بر اصل اساسی قانونی بودن استوارند.<sup>۲</sup> تجلی این اصل در بسیاری از قواعد حقوقی در حقوق کیفری ملی و بین‌المللی قابل ملاحظه است. از جمله اینکه هیچ عملی که در زمان یک قانون قابل اعمال، عملی مجرمانه نبوده است، نمی‌تواند مصداقی از عمل مجرمانه و لاجرم، قابل مجازات باشد. هیچ عملی توسط هیچ مرجعی که در زمان ارتکاب

۱. نک: شهبازی، حقوق بین‌الملل: دیالکتیک ارزش و واقعیت.

2. See Endo, "Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege and the ICTY and ICRT", 2006-ff.

دارای صلاحیت رسیدگی نبوده، مورد رسیدگی قرار نمی‌گیرد. هیچ عملی که توسط قانونی که به اندازه کافی و با شفافیت، عمل مورد نظر را جرم‌انگاری نکرده است، مورد مجازات قرار نمی‌گیرد و ... بی‌تردید، اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها، خود می‌تواند تجلی اصل قانونمندی در حقوق بین‌الملل کیفری باشد که شاید در دو معنای عام و خاص بتوان در خصوص آن گفت هیچ عملی جرم نیست مگر اینکه: اولاً، قانونگذار قبل از ارتکاب عمل، آن را جرم انگاشته باشد و ثانیاً، هیچ مجازاتی قابلیت اعمال ندارد، مگر اینکه قانونگذار قبل از ارتکاب عمل آن را مورد توجه قرار داده باشد.<sup>۳</sup>

در این نوشته، به اختصار به شکل‌گیری یکی از نخستین مراجع کیفری بین‌المللی یعنی نورنبرگ و قانونمندی به عنوان مؤلفه‌ای ماهوی در اساس شکل‌گیری آن می‌پردازیم. بی‌تردید این تأمل کوتاه با تحول معیارهای شکلی و ماهوی در شکل‌گیری سایر مراجع کیفری بین‌المللی از جمله دیوان کیفری بین‌المللی تکمیل خواهد شد که البته خود موضوع تحقیق مستقلی است. فارغ از اقتضات دیوان کیفری نورنبرگ، و تجربه نخستین مراجع کیفری بین‌المللی، اثبات قانونمندی، با تأکید بر این فرض که اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها می‌تواند تجلی قانونمندی در حقوق بین‌الملل کیفری باشد، مبین آن است که هر چند بنیادهای فلسفی حقوق بین‌الملل کیفری، به ویژه آنجا که به ارزش‌های انسانی نظر دارد، برخاسته از اندیشه‌های حقوق طبیعی است، می‌تواند ملهم از رویکردهای پوزیتیویستی باشد. هر چند به نظر می‌رسد دیوان بین‌المللی کیفری بر خلاف نورنبرگ از آزمون قانونمندی سربلند به در آمده و پوزیتیویسم قانونمند، همگام با حقوق طبیعی ارزش‌مدار، به ترسیم بنیادهای شکل‌گیری آن انجامیده است، در این مجال از ورود به بحث اخیر امتناع کرده و این موضوع را به دیوان کیفری بین‌المللی منحصر می‌کنیم.

### ۱- پوزیتیویسم قانونمند: تفکیک میان صورت و سیرت

گستره و قلمرو مکاتب حقوقی، به ویژه مکاتب حقوقی کلاسیک به حدی است که پرداختن به چارچوبی کلی به عنوان قدر متیقن در میان نظریه‌پردازان این مکاتب، دشوار به نظر می‌رسد، با این حال، پوزیتیویسم کلاسیک علی‌رغم تفاوت‌های ماهوی، در موارد قابل ملاحظه‌ای به صرف فورمالیسم حقوقی تقلیل می‌یابد و در قالب‌های شکلی محبوس می‌شود.

۳. میلانی، «اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها در بستر تاریخ»، ۱۷۲-۱۷۸.

این در حالی است که پوزیتیویسم تنها قابل تقلیل به فورمالیسم نبوده و در ذات خود نوعی غایت حقوقی نیز محسوب می‌شود.<sup>۴</sup> این امر به ویژه آنگاه که پوزیتیویسم از شکل و صورت پدیده‌ها می‌گذرد و محک رضایت و اراده دولت را به بازی فرا می‌خواند، نشان از آن دارد که پوزیتیویسم در قالب شکل و صورت اسیر نمی‌ماند و به ماهیت نیز ورود کرده و فلسفه‌ای غایت‌مدار است.

عمده پوزیتیویست‌ها برای سیستم حقوقی خود، واقعیتی عینی<sup>۵</sup> را در نظر می‌گیرند که برای رسیدن به آن باید از «باید»ها فاصله گرفت و به «هست»ها پرداخت.<sup>۶</sup> پوزیتیویسم کلاسیک معیارهایی عینی و مشخص برای تعیین اعتبار حقوقی ادله خود دارد. به نظر پوزیتیویست‌ها استدلال‌های غیرمدون یا مبتنی بر مبانی انتزاعی و تاریخی صرف، به تحلیل‌های حقوقی نمی‌انجامند. از این حیث، تمامت و وحدت سیستم حقوقی مبتنی بر حقوق وضعی یک پاسخ قطعی را برای تمام معضلات و مسائل موجود در سیستم به همراه دارد که راهنمایی مشخص و قطعی برای پاسخ‌گویی به سؤالات احتمالی محسوب می‌شود<sup>۷</sup> و آنچه به عنوان قواعد حقوقی قوام نیافته<sup>۸</sup> حقوق بین‌الملل شناخته می‌شود در روند خلق قواعد حقوقی جدید و تحول قواعد موجود نقش مؤثری ایفا می‌کند.

به هر حال، در یک چارچوب کلی‌تر، پوزیتیویسم بر نظریاتی متمرکز است که حقوق را صرفاً همان‌گونه که هست توصیف می‌کند، برای آن ضمانت اجرایی خاص در نظر می‌گیرد، به معیارهای شکلی اهمیتی فراوان می‌دهد و حقوق را از ملاحظات اخلاقی جدا می‌کند.<sup>۹</sup> در فقدان مرجعی صلاحیت‌دار برای تعیین اعتبار قواعد حقوقی در صحنه بین‌المللی، حقوق‌دانان وضعی معتقدند که دولت‌ها آزادی عمل کامل دارند تا خود را به تعهداتی که به آنها تمایل دارند مکلف سازند.<sup>۱۰</sup>

این در حالی است که پوزیتیویسم مدرن، رویکردی به مراتب وسیع‌تر نسبت به حقوق

4. [http://www.sjsu.edu/faculty/harris/Eng101\\_TQpositivism.htm](http://www.sjsu.edu/faculty/harris/Eng101_TQpositivism.htm) (03.01.2015).

5. Objective reality

6. Ought

7. Is

8. Legal Statements and Positivism: A Reply to Joseph Raz, in Eugenio Bulygin, *Essays in Legal Philosophy*, Oxford University Press, 2015, p. 143.

9. Symposium on Method in International Law, 305.

10. Soft Law

11. Kelsen, *Principles of International Law*, 418.

12. Symposium on Method in International Law, 239; See D'Aspremont, *Non-state actors from the perspective of legal positivism: the communitarian semantics for the secondary rules of international law*.

بین‌الملل در خصوص شیوه و جایگاه ابراز اراده دولت‌ها به عنوان مبنای حقوق بین‌الملل دارد. از این حیث، دغدغه اصلی و عمده حقوقدانان وضعی جدید<sup>۱۳</sup>، پرداختن به واقعیات و رویه معمول و جاری بین دولت‌ها است تا اینکه صرفاً به مباحث فلسفی و مبنایی در ارتباط با چند و چون عنصر اراده و رضایت در شکل‌گیری تعهدات پردازند.<sup>۱۴</sup> البته همزمان که حتی برخی نظریه‌پردازان پوزیتیویستی معتقدند در قلمرو حقوق بین‌الملل که کنترل و نظارت بر اعمال قوانین صرفاً در حد انتظاری بی‌مورد یا حتی یک آرمان است و نمی‌تواند جنبه ملموس و واقعی داشته باشد، قائل به تفکیک میان جنبه بیرونی و درونی حقوق از یکدیگر نیستند؛ از این رو، برخی حقوق بین‌الملل را صرفاً بخشی از یک فرایند اجتماعی وسیع می‌دانند که دو بُعد دارد، سطح داخلی و سطح بین‌المللی. به این ترتیب، حقوق برای اینکه بتواند با سیاست ارتباط برقرار کند صرفاً نباید در آن ادغام یا به گونه‌ای در آن هضم شود که تشخیص آنها از یکدیگر امکان‌پذیر نباشد، بلکه حقوق باید تلاش کند تا روابط خود با سیاست و منافع ملی را با توجه به واقعیات اجتماعی مورد قبول و ملموس تنظیم نماید. اما نباید از یاد برد که حقوق صرفاً محدودکننده سیاست نیست زیرا رابطه حقوق و سیاست، رابطه‌ای دوسویه است.<sup>۱۵</sup> از آنجا که حقوق بین‌الملل از ارزش‌ها و باورهای مشترکی شکل می‌گیرد، ارتباط بین این ارزش‌ها با منافع خاص هر کشور که مبین سیاست ملی آن کشور است، درک بهتر حقوق بین‌الملل را در زمان حاضر و حتی آینده میسر می‌کند.<sup>۱۶</sup> پوزیتیویست‌های مدرن تا حدی خود را به واقعیات اجتماعی نزدیک کرده‌اند که صورت حقوق را از فحوا و سیاق آن جدا نمی‌دانند.<sup>۱۷</sup> از این حیث، به نظر می‌رسد شباهت بسیار زیادی بین حقوق وضعی و واقعیت‌های سیاسی موجود وجود دارد، واقعیت‌های غیرقابل انکاری که صرفاً در اراده و نحوه ابراز رضایت دولت‌ها منحصر نمی‌شوند.<sup>۱۸</sup>

با این حال، پوزیتیویسم مدرن و سنتی، وجه اشتراک قابل ملاحظه‌ای دارند و آن این است که با تفکیک میان صورت و سیرت پدیده‌ها، فورمالیسم را از مکتب اصالت اراده<sup>۱۹</sup> جدا

13. See D'Amato, "The Neo-Positivist Concept of International Law", 321-324.

14. Symposium on Method in International Law, 411.

۱۵. نک: شهبازی، پی.اس.آی. در آیین حقوق بین‌الملل: ایده الیسم در گفتار، رئالیسم در کردار، مقدمه.

16. Paulus, "Law and Politics in the Age of Globalization", 472.

۱۷. برای مطالعه بیشتر در خصوص نحوه ارتباط میان واقعیات اجتماعی و ماهیت تعهدات بین‌المللی، نک: Koskeniemi, *From Apology to Utopia, The Structure of International Legal Arguments*, 8-50.

18. Weil, "Towards Relation Normativity in International Law", 441-442.

19. Voluntarism

می‌کنند و حقوق وضعی را چیزی فراتر از صرف اراده محض قلمداد می‌کنند. به این ترتیب، همزمان با تفکیک میان قواعد حقوقی لازم‌الاجرا که ناشی از رعایت الزامات قانونی است، حتی فاکتورهای غیرحقوقی مثل اخلاق و ایدئولوژی‌های سیاسی نیز در جای خود قابل توجه و تأثیر تلقی می‌شوند، هرچند الزاماً در شکل‌گیری هنجارهای حقوقی ایفای نقش نمی‌کنند.<sup>۲۰</sup>

## ۲- محکمه کیفری نورنبرگ: پوزیتیویسم در آزمون قانونمندی

در نتیجه رسیدگی‌های دادگاه نظامی نورنبرگ، اعم از دادگاه اصلی و فرعی، ۳۶ نفر محکوم به مرگ و ۲۳ نفر از جرائم انتسابی تبرئه شدند. همچنین این دادگاه ۳۳ نفر را به حبس ابد و عده‌ای را به ۲۵ سال زندان محکوم کرد که کمترین میزان محکومیت نیز یک سال زندان بود. در مورد ماهیت دادگاه نورنبرگ در زمینه‌های حقوقی و غیرحقوقی بحث‌های زیادی شده است. از جمله اینکه آیا رسیدگی در این دادگاه از طرف کشورهای فاتح برای محاکمه سران یک کشور شکست خورده منطبق با اصول انصاف و عدالت و موازین حقوقی بوده یا خیر؟<sup>۲۱</sup> با این حال در این مجال در صدد یافتن پاسخی در زمینه شکل‌گیری، ساختار و تشکیلات و طرز کار این مرجع کیفری نیستیم. بلکه صرفاً در صددیم تا قانونمندی به عنوان مبنایی پوزیتیویستی شکل‌گیری این دادگاه را مورد ارزیابی قرار دهیم.

در اصل، تشکیل محکمه کیفری نورنبرگ<sup>۲۲</sup> و رسیدگی به اتهامات مورد نظر از سوی این

20. Symposium on Method in International Law, 305.

۲۱. فیوضی، «دادگاه نظامی نورمبرگ، پس از چهل سال»، ۱۳۴-۱۳۹.

۲۲. در طول جنگ جهانی دوم اعمال جنایتکارانه‌ای همچون خشونت و شکنجه و تبعید، نابودی افراد به دلایل غیرانسانی، پاکسازی قومی و نژادی، قرار دادن میلیون‌ها نفر در اردوگاه‌های خاص و موارد دیگری از این قبیل خاطرات تلخی را در تاریخ به جای گذارد. این اعمال جنایتکارانه، زمینه‌ای را برای تعقیب و مجازات جنایتکاران آلمانی و متحدین آن فراهم کرد. به همین جهت در اثنای جنگ جهانی دوم، متفقین قصد خود را دایر بر تعقیب جنایتکاران جنگی در اعلامیه‌های مختلف اعلام کردند و در جریان کنفرانس دیپلماتیکی در ۲۰ اکتبر ۱۹۴۳ در شهر لندن «کمیسون جنایات جنگی سازمان ملل متحد» تأسیس شد و تا پایان مارس ۱۹۴۸ به فعالیت خود ادامه داد. وظیفه اصلی کمیسیون مذکور، انجام تحقیقات و جمع‌آوری مدارک راجع به جرایم جنگی و شناسایی مجرمان و شهود و ارائه گزارش به دولت‌ها بود. همچنین قصد متفقین دایر بر تعقیب جنایتکاران جنگی اندکی پس از تسلیم بدون قید و شرط آلمان در ۸ مه ۱۹۴۵ در توافقنامه پوستانامه مورد اشاره قرار گرفت. نهایتاً در ۸ اوت ۱۹۴۵ چهار کشور فاتح (آمریکا، انگلیس، شوروی و دولت موقت فرانسه) با انعقاد موافقتنامه‌ای، ایجاد یک دادگاه نظامی بین‌المللی کیفری را پیش‌بینی کردند تا در آن به محاکمه جنایاتی که محدوده جغرافیایی خاصی ندارند پرداخته شود. این دادگاه به «دادگاه نورنبرگ» مشهور شد و فعالیت آن بر اساس «منشور محکمه نظامی بین‌المللی برای

محکمه<sup>۲۳</sup>، در این مجال از حیث توجه به مبانی رویکردهای پوزیتیویستی از حیث التزام به مقوله قانونمندی<sup>۲۴</sup> مورد توجه قرار می‌گیرند. پوزیتیویست‌های کلاسیک، با توجه به مبانی نظری رویکردهای پوزیتیویستی کلاسیک، عمدتاً شکل‌گیری این محکمه را مطابق معیار قانونمندی تلقی نمی‌کنند. عمده‌ترین ادله‌ای که پوزیتیویست‌های کلاسیک اقامه می‌کنند عمدتاً بر سه محور اساسی استوار است: نخست؛ اصل دفاع از عمل دولت<sup>۲۵</sup>، دوم؛ اصل فرمان مافوق<sup>۲۶</sup>، و در نهایت چالش جدی در خصوص عطف بماسبق شدن اعمال قوانین.<sup>۲۷</sup>

رسیدگی در محکمه نورنبرگ دومرحله‌ای بود. بخش نخست آن به محاکمه عاملان اصلی و اولیه جنایات پیش از محاکمه در محکمه نظامی بین‌المللی<sup>۲۸</sup> اختصاص داشت که صرفاً به مجازات ۲۴ نفر از سران رژیم نازی و همدستان‌شان می‌پرداخت و از ۲۰ نوامبر



محاکمه جنایتکاران اصلی جنگی» صورت گرفت. این منشور که در اصل، پیوست توافقنامه لندن (مورخ ۸ اوت ۱۹۴۵) است، نخست به امضای چهار متفق اصلی یعنی فرانسه، انگلستان، آمریکا و شوروی رسید و بعدها ۱۹ کشور دیگر نیز به آن پیوستند که عبارت بودند از: اتریش، لوکزامبورگ، هلند، نیوزلند، نروژ، پاناما، پاراگوئه، لهستان، اوروگوئه، ونزولا، بلژیک، چکسلواکی، دانمارک، اتیوپی، یونان، هائیتی، هندوراس، هندوستان و یوگسلاوی. این دادگاه، که در اصل، مجرمان اصلی در جبهه اروپا را محاکمه می‌کرد، از هشت عضو تشکیل می‌شد؛ یعنی هر یک از چهار کشور آمریکا، انگلستان، فرانسه و شوروی یک عضو اصلی و یک عضو علی‌البدل معرفی کرده بودند. کیفرخواست‌ها نیز توسط کمیته‌ای متشکل از وکلای هر چهار کشور بود، صادر می‌شد. محکمه کیفری بین‌المللی نورنبرگ منشور خود را محصول اعمال قوه قانونگذاری حاکم به وسیله کشورهای که رایش آلمان بدون قید و شرط تسلیم آنها شده بود، می‌دانست و تصریح می‌کرد که حق غیرقابل تردید این کشورها در قانونگذاری برای سرزمین‌های اشغالی، به وسیله جهان متمدن به رسمیت شناخته شده است. نک:

<http://www.iccnw.org/documents/BenFerenczAddress.pdf> (08.01.2015).

۲۳. برای آگاهی از نحوه رسیدگی و بررسی ساختار حقوقی این محکمه از نظر حقوق و روابط بین‌الملل، نک:

Falk, "Keeping Nuremberg Alive", 494-513.

24. Legality

25. Defense of act of state

این اصل دکترین حاکمیت کشور نیز ترجمه شده است. با این حال به نظر می‌رسد اعمال حاکمیت تجلی عمل دولت باشد. فرهنگ حقوق بین‌الملل این اصل را این گونه بیان می‌کند: «به موجب این قاعده اعمال اجرایی، قضایی و قانونگذاری کشوری که در سرزمین آن مؤثرند از طرف دولت‌های دیگر قابل رسیدگی نیستند.» برای اطلاعات بیشتر می‌توان به کتب و مقالات موجود و فرهنگهای مختلف رجوع کرد برای مثال، نک: بلدسو و بوسچک، فرهنگ حقوق بین‌الملل، ۱۳۷۵.

26. Superior order

27. Ex post facto

28. International military tribunal



۱۹۴۵ تا اول اکتبر ۱۹۴۶ در نورنبرگ آلمان برگزار شد. اما بخش دوم به مجازات جنایتکاران درجه اول نمی‌پرداخت، بلکه صرفاً در خصوص رسیدگی به اتهامات جنایتکارانی بود که به تشخیص شورای حقوقی شماره ۱۰ محکمه نظامی نورنبرگ متهم شناخته شده بودند که رسیدگی به اتهامات مورد نظر در این مرحله چندین سال به درازا انجامید.<sup>۲۹</sup>

اساسنامه مبتنی بر صلاحیت محکمه کیفری نورنبرگ به منظور مجازات عاملان جنایات‌های علیه صلح و امنیت بشری و جنایتکاران جنگی مطابق با ماده ۶ اساسنامه مبتنی بود که بر همین اساس ۲۴ نفر از سران ارتش ارشد نازی مورد تعقیب قرار گرفتند. دیوان طی رسیدگی‌های خود اعلام کرد که توسل به جنگ تجاوزکارانه صرفاً عملی غیرقانونی<sup>۳۰</sup> نیست بلکه عملی مجرمانه<sup>۳۱</sup> نیز محسوب می‌شود.<sup>۳۲</sup>

## ۲-۱- اصل عمل دولت

در ماده ۷ اساسنامه دادگاه نورنبرگ بحث از جرم‌انگاری اقداماتی است که افراد به نام کشور متبوعشان انجام می‌دهند و اینکه آیا چنین اعمالی موجد مسؤولیت بین‌المللی دولت هست یا خیر. در این ماده اشاره شده است که وضعیت خاص متهم، چه به عنوان یکی از سران مملکتی و چه به عنوان یکی از مأموران دولتی، توجیهی برای فرار از مسؤولیت یا مجازات کیفری نخواهد بود. به این ترتیب، در واقع استناد به عمل دولت وقتی محقق می‌شود که اشخاصی با عناوین رسمی و مشخص عملی را از جانب دولت و به نام آن انجام می‌دهند.

پوزیتیویسم حقوقی سنتی<sup>۳۳</sup> مبتنی بر دو فرضیه بنیادین است: فرمان حاکم<sup>۳۴</sup> و حاکمیت مطلق.<sup>۳۵</sup> در این قسم از پوزیتیویسم، که به «پوزیتیویسم آستینی» نیز مشهور است، نخست، حکمران قصد می‌کند که افراد باید عملی را به شیوه‌ای خاص به انجام برسانند. دوم اینکه این قصد را به مرحله اجرا در می‌آورد و سوم اینکه پس از اجرای دو مرحله قبل در صورتی که شهروندان از حکم حاکم متابعت نکردند یا خود را با آن تطبیق نداده‌اند، مورد مجازات قرار

29. Greppi, "The Evolution of Individual Criminal Responsibility under International Law", 531-553.

30. Illegal

31. Criminal

۳۲. فیوضی، «دادگاه نظامی نورمبرگ، پس از چهل سال»، ۱۴۳-۱۴۸.

۳۳. بر اساس الگوی پوزیتیویستی جان آستین.

34. Command Theory

35. Absolute Sovereignty

می‌گیرند.<sup>۳۶</sup> از این حیث، در چنین الگویی، هیچ‌گونه تکلیف یا محدودیتی برای حاکم در نظر گرفته نمی‌شود. به گونه‌ای که حتی ملاحظات و دلایل اخلاقی نیز نمی‌تواند محدودیتی در جایگاه، تصمیمات یا قصد حاکم ایجاد کند. به همین دلیل، پوزیتیویسم کلاسیک شدیداً بر جدایی اخلاق و حقوق از یکدیگر مبتنی است.<sup>۳۷</sup> هر چند، همان‌طور که گفته شد، این به هیچ وجه به معنی نادیده انگاشتن یا نفی ارزش‌های اخلاقی در رویکردهای پوزیتیویستی نیست.<sup>۳۸</sup> به این ترتیب، بین طبقه «حاکم»<sup>۳۹</sup> و «زیر دست»<sup>۴۰</sup> فاصله قابل ملاحظه‌ای وجود دارد، حاکم صرفاً دستور می‌دهد و زیردست صرفاً از دستور تبعیت می‌کند.<sup>۴۱</sup> با چنین تفسیری، به هیچ‌وجه محدودیتی در قدرت تصمیم‌گیری یا اقتدار حاکم و قلمرو اعمالش متصور نیست؛ که خود، می‌تواند نوعی تفسیر موسع از اصل عمل دولت باشد. چرا که هیچ‌گونه محدودیتی در اعمال و اجرای فرامین دولت، قابل فرض نیست.

با این حال، باید توجه داشت که پوزیتیویسم مدرن، قیود و محدودیت‌هایی را در اراده حاکم می‌پذیرد<sup>۴۲</sup> و از این حیث، بر اساس نظریه عمل دولت، هر شخصی که در جایگاه حاکم یا مافوق قرار دارد، نمی‌تواند هر آنچه را اراده کند به عنوان قانون به زیردستانش تحمیل کند، بلکه این اعمال صرفاً باید در چارچوب صلاحیت و در حوزه اختیاراتش قرار گرفته باشد.<sup>۴۳</sup> به این ترتیب، صلاحیت و اختیار قانونی حاکم، نیز مشروط و مقید به قانون خواهد بود. لذا عمل مأمور دولتی فراتر از اقتدار و اختیار قانونی<sup>۴۴</sup>، مسؤلیت فردی اعمال صورت گرفته را نیز به

36. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, 11.

۳۷. محور اندیشه و تفکرات آنها در اراده سیاسی یک قدرت برتر یا یک حاکم خلاصه می‌شود. همزمان با این دکترین رایج در انگلیس، همین ایده در آلمان و به خصوص با تئوری هگل و طرفدارانش رونق یافت. به نظر آگو از نظر تئوریسین‌های اخیر حقوق وضعی، حقوق پدیده‌ای نبود که بتوان آن را با برخی خصوصیات و ویژگی‌های خاص شناخت یا حتی به واسطه آثار و تجلیات خارجی آن، پی به وجودش برد. بلکه حقوق وضعی مرکب از مجموعه قواعدی است که از سوی ترکیبی معین و برای اهدافی خاص تنظیم شده است. با این دیدگاه حقوق در داخل کشور اراده دولت صلاحیت‌دار و در حقوق بین‌الملل مجموعه‌ای از اراده دولت‌های متعدد است که نسبتاً سمت و سویی واحد دارند. نک:

Agó, "Positivism Law and International Law", 698-701.

۳۸. نک: شهبازی، *حقوق بین‌الملل: دیالکتیک ارزش و واقعیت*.

39. Superior

40. Inferior

41. Patterson, *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, 244-46.

42. Kammerhofer, "The Pure Theory of Law and Its Modern Positivism: International Legal Uses for Scholarship", 365-367.

43. Kelsen, "Collective and Identical Responsibility in International Law", 530-533.

44. Mack, "The Law on Ultra Vires Acts and Contracts of Private Corporations", 212-ff.

همراه خواهد داشت.<sup>۴۵</sup>

از حیث می‌توان مدعی شد که با برداشت آستین از فقدان قواعد حقوقی وضعی در روابط بین‌المللی<sup>۴۶</sup>، تأسیس دادگاه نورنبرگ و رسیدگی به جرایم متهمان، در عمل با دکتربین کلاسیک عمل دولت سازگار محسوب نمی‌شود.<sup>۴۷</sup> نظر آستین و آستینی‌ها در این خصوص این است که حاکمیت مطلق کشور را به هیچ‌وجه نمی‌توان محدود کرد و مجازات و تعقیب سران مملکتی یا مأموران دولتی مغایر با اصول و مبانی فکری آنهاست.

شاید بتوان ادعا کرد که آلمان نازی تمام قدرت حاکمیتی را به نوعی در اختیار یک فرد به نام هیتلر متمرکز کرده بود و این شخص می‌توانسته است همان مصداق «حاکم»<sup>۴۸</sup> در نظریه آستین باشد.<sup>۴۹</sup> با این حال، دیوان ضمن رد این نظر معتقد است «حقوق» صرفاً فرمان مافوقی نیست که به زیردستانش تحمیل شود، بلکه چیزی ماورای آن است.<sup>۵۰</sup> چنین استدلالی، خود، نشانگر ورود محکمه نورنبرگ به حوزه ارزش‌هایی ماورای قانون محض است.<sup>۵۱</sup> دیدگاهی که غالب پوزیتیویست‌های کلاسیک آن را نمی‌پذیرند. از این حیث به نظر می‌رسد عبارت‌پردازی ماده ۷ اساسنامه دیوان نورنبرگ، حاکی از آن است که چنین رویکردی چندان با پوزیتیویسم کلاسیک منطبق نیست. دیوان معتقد است که ماهیت اساسنامه به گونه‌ای است که بر اساس آن، افراد وظایفی بین‌المللی دارند که ماورای تعهدات ملی‌شان در داخل کشور است. ماهیت این تعهدات به نظر دیوان اگرچه متفاوت از تعهدات داخلی است، اما لزوماً بر خلاف آن نیست.<sup>۵۲</sup>

## ۲-۲- اصل فرمان مافوق

دومین مسأله قابل توجه، ماده ۸ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی است. این ماده مقرر

45. Dixon, McCorquodale, and Williams, *Cases and Materials on International Law*, 401-403.

۴۶. از نظر آستین، حقوق بین‌الملل، تنها مجموعه‌ای از قواعد اخلاقی موضوعه است. نک:

<http://web.nmsu.edu/~dscoccia/376web/376lpaut.pdf> (last visited at 03.01.2015).

47. Paulson, "Classical Legal Positivism at Nuremberg", 142.

48. Sovereign

49. Paulson, "Classical Legal Positivism at Nuremberg", 144.

50. Cf. Adams, *Philosophical Problems in the Law*, 46.

۵۱. چنین استدلالی با مبانی حقوقی حقوق طبیعی سازگاری بیشتری دارد.

۵۲. چنین تعهداتی، الزاماً مانع الجمع نیستند و می‌توانند رویکرد اشتغال مضاعف (debulement

fouctionnel) را به ذهن متبادر کنند. نک:

Cassese, "Remarks on Scelle's Theory of Role Splitting (Dedublemet Fouctionnel) in International Law", 210- 215.

می‌دارد «اگر چه واقعیت این است که متهمان اعمالشان را در جهت و در راستای دستور حاکم یا مافوق خود انجام داده‌اند با این حال، این امر، از مسؤولیت آنها نمی‌کاهد.» به این ترتیب، مسؤولیت مادون، متفاوت از مسؤولیت مافوق بوده و مورد شناسایی قرار گرفته است. این در حالی است که دیوان در نهایت معتقد است در صورتی که مصلحت و عدالت اقتضا کند می‌توان جهات مخفقه‌ای را در خصوص این متهمان اعمال کرد. با این حال، باید توجه داشت که بررسی تطبیقی این ماده از اساسنامه دیوان با قوانین نظامی ملی عمدتاً نشان از مغایرت مقررات موجود دارد. بر طبق قانون نظامی آلمان<sup>۵۳</sup> زبردست موظف است فرامین مافوق خود را به همان گونه که او دستور می‌دهد اعمال نماید و حق هیچ‌گونه مخالفتی با آن را ندارد، اما در هر حال، می‌تواند آن را به مقامات بالاتر گزارش دهد.<sup>۵۴</sup> در رویه این مرجع

53. See the military manuals, Germany § 482, cited in Rule 152. Command Responsibility for Orders to Commit War Crimes available at [https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1\\_rul\\_rule152](https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule152) (24.1.2015).

۵۴. در قانون ملی ایران لازم‌الاجرا بودن امر قانونی یا مافوق برای مأمور مستلزم این است که امر دارای ویژگی‌هایی باشد که در نتیجه داشتن این ویژگی‌ها چنانچه مأمور از اجرای امر تخطی کند مأمور مسؤول شناخته شود. این ویژگی‌ها عبارتند از:

#### ۱- رسمیت امر

یکی از شرایط لازم‌الاجرا بودن دستور امر رسمیت داشتن امر است. از بررسی تطبیقی مواد ۵۶ و ۵۷ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۰ و مواد ۱۵۸ و ۱۵۹ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ این گونه برمی‌آید که امر قانونی باید مقام رسمی باشد و مقام رسمی مقام دولتی صلاحیت‌دار است برای انجام عملی و یا اظهار مطلبی. مقام رسمی کسی است که قسمتی از قدرت عمومی برابر قانون در اختیار او است و منظور از قدرت عمومی قدرتی است که مظهر آن قوای سه گانه حاکم بر مملکت می‌باشند که در دولت متجلی می‌گردند و منشأ آن اراده عمومی مملکت است.

امر امر قانونی به کارمندان و مأموران دولتی اعم از کشوری و لشگری اختصاص دارد به طوری که ضمن لزوم وجود قانون، عمل مستخدمین دولتی باید متکی و مبتنی بر امر مقام صلاحیت‌دار باشد.

بنابراین، امر قانونی باید یکی از مستخدمین و مقام‌های رسمی باشد که از نظر سلسله مراتب در مقام بالاتر از مأمور قرار گرفته و در چارچوب وظایف و اختیارات قانونی خود مبادرت به صدور دستور کرده باشد. در خصوص اعمال اختیارات فرماندهی در غیر موارد قانونی و شرح وظایف ماده ۳۲ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح جمهوری اسلامی ایران مصوب نهم دی‌ماه ۱۳۸۲ نیز مقرر می‌دارد: هر یک از فرماندهان و مسؤولین خارج از محدوده اختیارات فرماندهی و آیین‌نامه انضباطی به افراد تحت امر خود اهانت یا آنها را تنبیه نماید به حبس از یک تا شش ماه محکوم و هرگاه به موجب قوانین جزایی دیگر مستلزم حد یا قصاص یا دیه باشد به آن مجازات محکوم می‌گردد.

#### ۲- صلاحیت امر

کیفری نیز در عمل در پرونده «گروگان‌ها» دیوان اظهار می‌دارد: «اگر غیرقانونی بودن دستور برای مأمور شناخته شده نباشد و از او به طور معمول انتظار آگاهی نسبت به غیرقانونی بودن دستور نرود، چون در این خصوص نیت مجرمانه‌ای وجود ندارد لذا مأمور مورد حمایت قرار می‌گیرد.»<sup>۵۵</sup>

در حقوق بین‌الملل کلاسیک به نظر می‌رسد تنها فرماندهان به خاطر نقض مقررات جنگی مسؤولیت کیفری دارند و از آنجا که چنین فرض می‌شده است که سربازان، چاره‌ای جز اطاعت نداشته‌اند، مسؤولیتی نیز در این باره نداشته‌اند.<sup>۵۶</sup> در لزوم دفاع از امر مافوق در رویه کیفری بین‌المللی نیز در پرونده داور کاسل<sup>۵۷</sup> سرهنگ کارل نومان فرمانده یک زیردریایی آلمانی، متهم به غرق یک کشتی بیمارستانی بود که وظیفه حمل مجروحان و مصدومان را انجام می‌داد. وی در دفاع از خود اظهار داشت که او مطابق دستور مافوق عمل

←

یکی دیگر از شرایط خاص برای توجیه امر آمر قانونی این است که علاوه بر این که صدور دستور باید از طرف مقام رسمی باشد، آمر نیز باید صلاحیت‌دار باشد. این امر در ماده ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ به خوبی بیان شده است و در دو قالب قابل بررسی است:

الف) صلاحیت ذاتی آمر: این نوع صلاحیت عبارت است از صلاحیت آمر در نوع وظیفه و اختیاراتی که به او محول شده است مانند صلاحیت دادرس برای صدور قرار جلب یا بازداشت یا صلاحیت مدیر کل یک اداره در خصوص اختیاراتی که بر اساس قانون یا مصوبه یا اساسنامه آن اداره به او واگذار شده است. به عنوان مثال اگر این مدیر کل بر اساس این اساسنامه مجاز است به کارمندان زیرمجموعه خود دستور دهد که برخی مواقع روزانه به دلیل انجام کارهای عقب افتاده دو ساعت دیرتر از حالت عادی اداره را ترک نمایند، این فرد صلاحیت ذاتی چنین دستوری را دارد و اگر کسی این دستور را اجرا نکند مسؤول شناخته می‌شود.

ب) صلاحیت نسبی آمر: عبارت است از حدود اختیارات و وظایف آمر نسبت به اموری که قانوناً یا از طرف مقام صلاحیت‌دار بالاتر به او محول شده است. بنابراین فرمانده یا رئیس پلیس حوزه استحفاظی شهر «الف» در خصوص برخورد با جرایم مشهود می‌تواند دستور صادر نماید، ولی همین فرمانده صلاحیت صدور دستور در خصوص جرایم مشهود حوزه استحفاظی شهر «ب» را ندارد. نک:

پاراحمدی، بیرانوند، و محبوبی، «مسؤولیت کیفری آمر و مأمور در حقوق کیفری بین‌المللی با نگاهی به قوانین داخلی ایران»، ۱۴۲-۱۴۷.

55. Hostage Case, U.S. Military Tribunal, Nuremberg, Judgment of 19 February 1948, 1273, available at <http://werle.rewi.hu-berlin.de/Hostage%20Case090901mit%20deckblatt.pdf> (last visited at 02.01.2015).

۵۶. میر محمدصادقی، «مسؤولیت مأموران مادون و مقامات مافوق در اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی»،

کرده و ادعا کرد آنها اعتقاد داشته‌اند که متفقین، کشتی‌های بیمارستانی را برای اهداف نظامی مغایر با مقررات جنگی مورد استفاده قرار می‌داده‌اند. دادگاه لایپزیک فرمانده مذکور را تبرئه کرد و توضیح داد این یک اصل نظامی است که زیردست ملزم به اطاعت از دستورات مقامات مافوق است و هنگامی که اجرای یک دستور نظامی مستلزم جرمی بر ضد قوانین کیفری است، مقام مافوق صادر کننده دستور به تنهایی مسؤول است.<sup>۵۸</sup>

با این حال، فرض مسؤولیت مادون در تأسیسات کیفری حقوق بین‌الملل، همواره با ابراز مواضع مخالف نیز همراه بوده است. چنان که پیش از این اشاره شد پوزیتیویست‌های کلاسیک غالباً اخلاق و حقوق را از یکدیگر جدا می‌دانند، اما این امر پای اخلاق و رعایت ارزش‌های اخلاقی را به گونه‌ای به فضای حقوق می‌کشاند. بحث اینجاست که آیا در صورتی که عدم رعایت قانون از سوی زیردست توجیهی اخلاقی داشته باشد آیا او می‌تواند رأساً از اجرای قانون ممانعت کرده و با استناد به رجحان ارزش‌های اخلاقی، دستور مافوق را نادیده انگارد؟

از جمله مخالفان سرسخت رویکردی که در اساسنامه دیوان اتخاذ شده، برخی معتقدند که «فرامین مافوق همیشه باید مراعات شوند، ... به علاوه، حتی در صورت مخالفت این اوامر با ارزش‌های اخلاقی یا عقاید مذهبی اجرای آنها برای زیردست ضروری است.»<sup>۵۹</sup> چنین رویکردی بر این استدلال مبتنی است که اگر به زیردست این اختیار داده شود که آنچه را که خود غیراخلاقی یا غیرعادلانه یا مخالف با باورهای اعتقادی، اخلاقی یا مذهبی تلقی می‌کند، رأساً انجام ندهد، مبانی ارزشی و اخلاقی قاعده حقوقی تضعیف شده و چه بسا به نابودی سپرده می‌شود.<sup>۶۰</sup> با این حال، باید توجه داشت که در هر حال، سلسله مراتب موجود در حاکمیت کشور اجازه اتخاذ هرگونه تصمیمی را به فرد نمی‌دهد. قوانین از پیش معین می‌شوند و از سوی طبقه مافوق به زیردست تحمیل می‌شوند و این در عمده سیستم‌های حقوقی، امری تخطی‌ناپذیر است.<sup>۶۱</sup>

در پاسخ به چنین استدلالی، هارتلی شاکروس<sup>۶۲</sup> به «وجدان مشترک بشریت» و «ملاحظات انسانی» استناد می‌کند و بر این اساس معتقد است که مشروعیت تصمیمات و

۵۸. آقای جنت‌مکان، محاکمه قدرت، ۱۵۸.

59. D'Amato, Superior Orders vs. Command Responsibility, 604.

60. Ibid.

61. Paulson, "Classical Legal Positivism at Nuremberg", 148.

62. Shawcross

اقدامات در حقوق بین‌الملل باید در قالب ارزش‌های بین‌المللی، ساختار، تشکیلات و هنجارهای خاص حقوق بین‌الملل و نه سیستم حقوقی ملی مورد ملاحظه قرار گیرد.<sup>۶۳</sup> از این حیث، تکلیف به رعایت فرامین مافوق را در جهت دفاع از اصل عمل دولت می‌داند و از نظر او به هر حال حتی اگر بتوان در آن زمینه مسؤولیت زبردست را نادیده گرفت یا در آن تخفیفی قائل شد، به هر حال، مسؤولیت مافوق غیرقابل انکار است.<sup>۶۴</sup> البته به نظر می‌رسد چنین رویکردی با آموزه‌های حقوق بین‌الملل معاصر نیز سازگاری و انطباق بیشتری داشته باشد.

### ۲-۳- عطف بماسبق شدن قوانین

اصل عطف بماسبق نشدن قوانین در قلمرو حقوق بین‌الملل کیفری، اصلی مورد قبول و شناخته شده است.<sup>۶۵</sup> برخی معتقدند که در واقع رعایت این اصل، پایبندی به یک ارزش اخلاقی نیست بلکه اعمال یک قضیه منطقی از سوی دیوان است. در حالی که عمدتاً دیدگاه‌های پوزیتیویستی مبتنی بر عدم ضرورت وجود صراحتی اعلامی در قواعد از پیش موجود، برای مجازات مرتکبان است. دسته اخیر معتقدند برای مثال، درست است که پیمان بریان کلوگ جنگ را به عنوان ابزاری در جهت «اعمال سیاست ملی»<sup>۶۶</sup> یک کشور محدود نمود یا جامعه ملل<sup>۶۷</sup> توسل به جنگ تجاوزکارانه را محدود کرد، اما اعمالی که در اساسنامه دیوان به عنوان جرم بین‌المللی به آنها اشاره شده است تا پیش از آن هیچ‌گاه صراحتاً مجرمانه قلمداد نشده بودند. به نظر شاکروس تنها نوآوری اساسنامه نورنبرگ در این بوده است که سازوکاری برای اعمال قوانین از پیش موجود ابداع کرده است و این امر به هیچ‌وجه به معنای قانونگذاری از سوی دیوان و تسری اعمال مجازات به جرایمی که از قبل جرم‌انگاری نشده بوده است، محسوب نمی‌شود.<sup>۶۸</sup> لذا از دید وی دیوان در این مورد نیز دارای صلاحیت برای رسیدگی به اقدامات مرتکبان است.

راجع به قانونی بودن تسری اعمال قوانین اساسنامه بماسبق، دادگاه در رأی خود چنین

63. Nuremberg Trail, Closing Speech of Prosecution, 466.

64. Ibid, 149.

۶۵ نک: رحیمی‌نژاد، «بررسی تطبیقی قاعده عطف بماسبق نشدن قوانین جزایی (در حقوق اسلام، حقوق موضوعه ایران و نظام حقوقی کامن‌لا)».

66. National Policy

67. The Covenant of the League of Nations, art. 16, para. 1.

68. Paulson, "Classical Legal Positivism at Nuremberg", 152.

اظهار می‌دارد که تنظیم مقررات اساسنامه کاملاً در حدود اختیارات قانونی تهیه‌کنندگان آن بوده است؛ نه برای اینکه آنها دول فاتح بوده‌اند بلکه از این جهت که آلمان در مقابل آنها بدون قید و شرط تسلیم شده و اداره مملکت و حق قانونگذاری را به این دولت‌ها واگذار کرده و آنها هم در حدود صلاحیت خود متنی قانونی به نام اساسنامه وضع کرده‌اند و به علاوه مقررات اساسنامه همان مقررات عهدنامه‌های بین‌المللی است که تهیه‌کنندگان اساسنامه کوشیده‌اند تا قوانین از پیش موجود را تکمیل و تدوین نمایند. به علاوه، راجع به این قاعده که اعلام جرم و چگونگی مجازات باید قبل از ارتکاب عمل به موجب قانون پیش‌بینی شده باشد<sup>۶۹</sup>، محکمه نورنبرگ معتقد است که ممنوع بودن جنگ تهاجمی مدت‌ها قبل از شروع جنگ جهانی دوم به موجب عهدنامه‌های بین‌المللی به رسمیت شناخته شده بوده و به علاوه قواعد مزبور به هیچ‌وجه حاکمیت دولت‌ها را محدود نمی‌سازد و غیرعادلانه شناختن مجازات برای دولتی که بر خلاف تمام تعهدات خود مبادرت به جنگ تهاجمی کرده است غلط و ناپسند است زیرا دولت مزبور از موقع شروع جنگ، خود متوجه بوده که مرتکب جرم می‌شود. در واقع، اغلب آنهایی که در کابینه رایش بودند از عهدنامه‌های منعقد شده بین آلمان و دول دیگر با اطلاع بودند. قطع نظر از این امر، قوانین جنگ فقط شامل آنچه که در اسناد بین‌المللی نوشته شده نمی‌شوند بلکه قوانین جنگی از عرف و عادات تدریجی راجع به جنگ، از نظریات علمای حقوق بین‌الملل و از رویه قضایی محاکم نظامی هم استخراج و استنتاج می‌شوند. با این وصف، در خصوص جنگ تهاجمی، ماده ۱ قراردادی که در ۱۹۲۳ از طرف جامعه ملل تهیه و به امضای بیست و نه دولت رسیده صریحاً مقرر می‌دارد که جنگ تهاجمی یک جنایت بین‌المللی است و امضاکنندگان آن متعهد هستند که هیچ‌گاه مبادرت به چنین جنگی نکنند.<sup>۷۰</sup> این در حالی است که وکلای مدافع، این سؤال که آیا اساساً با توجه به قواعد حقوق بین‌الملل در سال ۱۹۳۹، یعنی سال آغاز جنگ، می‌توان جنگ تهاجمی را یک جنایت بین‌المللی تلقی و در صلاحیت محکمه نورنبرگ دانست یا نه، چنین پاسخ دادند که جنگ تعرضی را منحصرأً از تاریخ امضای منشور لندن، یعنی سال ۱۹۴۵، می‌توان جنایت بین‌المللی دانست نه قبل از آن. در غیر این صورت، اطلاق این جرم به جنگ‌های تهاجمی قبل از این تاریخ منجر به این می‌شود که عملی که در گذشته جرم نبوده، بعداً جرم به شماره آید، که

69. Nullum crimen Nulla poena sine lege

70. Finch, "The Nuremberg Trial and International Law", 22-24.



مغایر با اصول دموکراسی و قوانین اساسی کشورهای متفق است.<sup>۷۱</sup>

در هر صورت، رأی دادگاه، اصل مسؤلیت فردی را در مورد جرم «جنایات علیه صلح» که در منشور لندن پیش‌بینی شده و قواعد آن برای همگان لازم‌الاجرا بود، مورد قبول قرار داد و به این ترتیب نظر واضعان منشور که این جرم را از جرائمی قلمداد کرده بودند که در حقوق بین‌الملل وجود داشته است، تأمین کرد. از همین حیث، با توجه به اینکه به نظر می‌رسد چنین قاعده‌ای تا پیش از تدوین منشور، نه در حقوق بین‌الملل سنتی وجود داشته و نه در حقوق بین‌الملل عرفی، اظهار نظر حقوقی دادگاه بر اساس این قاعده جای تردید و بحث باقی می‌گذارد.<sup>۷۲</sup>

### نتیجه

محکمه کیفری نورنبرگ از روز ۲۰ نوامبر ۱۹۴۵ در شهر نورنبرگ آغاز به کار کرد و از روز اول اکتبر ۱۹۴۶ رأی خود را در مورد متهمان آلمانی صادر نمود. به این ترتیب، روند رسیدگی تاریخی‌ترین دادگاه بین‌المللی کیفری یازده ماه به طول کشید. در این مدت ورزیده‌ترین متخصصان حقوق بین‌الملل عمومی و حقوق کیفری با عنوان دادستان و وکیل مدافع و یا کارشناس در دادگاه حاضر شده و حساس‌ترین مسائل حقوق بین‌الملل ناظر به جنگ و قواعد آن و جرائم ضدانسانی مطرح شد. ساعت‌ها فیلم از وقایع دلخراش جنگ و اردوگاه‌های جنگی و غیرجنگی و اعدام اشخاص بی‌گناه به معرض نمایش دادگاه گذاشته شد و شخصیت‌های مختلفی از دو طرف برای ادای شهادت به دادگاه احضار شدند. به متهمان آلمانی همه‌گونه تسهیلات دفاعی داده شد، ولی به هر حال از آغاز معلوم بود که پایان دادگاه برای آنها امیدوارکننده نخواهد بود و ایرادات و اعتراض‌های آنان نیز به جایی نخواهد رسید. رئیس هیأت دادستانی امریکا در جلسه افتتاح دادگاه اعلام کرده بود که تشکیل این دادگاه را باید در حقیقت ادامه کوشش‌های جنگی ملل متفق تلقی کرد و به این دلیل و بنا بر ملاحظات و الزامات جنگی، دادگاه نمی‌تواند پای‌بند و مقید به بعضی از اصول دادرسی و ظرافت و ریزه‌کاری‌های سیستم حقوقی و یا قانون اساسی کشورهای تشکیل‌دهنده آن باشد؛ زیرا صلاحیت دادگاه نه تنها مبتنی بر قواعد حقوق بین‌الملل، بلکه ضمناً ناشی از رویه‌های قضایی و قواعدی است که مجموع آنها بنیان سیستم‌های حقوقی جوامع بشر متمدن را تشکیل

71. Ibid, 24-26.

۷۲. فیوضی، «دادگاه نظامی نورمبرگ، پس از چهل سال»، ۱۵۰.

می‌دهند.<sup>۷۳</sup>

به این ترتیب، با توجه به صراحت اساسنامه محکمه که مبین آن است که قواعد بین‌المللی موجد تأسیس نهادهای کیفری بین‌المللی را می‌توانیم از قواعد عرفی نیز استنباط نماییم و همیشه احتیاج به تدوین قواعد حقوقی برای شناسایی آنها نخواهد بود، به اختصار به تحلیل این امر پرداختیم که آیا فارغ از شکل و ساختار تشکیلاتی این مرجع کیفری، رعایت برخی اصول در اساسنامه مجالی را فراهم می‌سازد تا بتوان این دیوان را از حیث پوزیتیویسم حقوقی، مرجعی قانونمند تلقی نمود یا خیر؟

ماده ۷ اساسنامه صریحاً بیان می‌کند که مقام رسمی متهمان خواه به عنوان رئیس دولت و خواه به عنوان یک مقام عالی رتبه کشوری مانع مجازات نبوده و به علاوه اگر دولتی در مقابل دولت دیگر تعهداتی داشت افراد موظفند تکالیف دولتی را مادام که مخالف تعهدات بین‌المللی دولت نباشد اجرا نمایند. زیرا از نظر دیوان دستوری که دولت بر خلاف تعهدات بین‌المللی خود می‌دهد فرمانی قانونی نیست و همان‌گونه که بیان شد ماده ۸ اساسنامه نیز در این خصوص صریحاً مقرر داشته است که ایراد متهم به اینکه وی طبق دستورات دولت خود اقدام نموده است رافع مسؤولیت او نیست. دو ماده فوق با توجه به رویکردهای پوزیتیویستی کلاسیک که حقوق را فرمان حاکم تلقی می‌نماید مورد تحلیل قرار گرفت. با توجه به آنچه گفته شد، در نهایت به نظر می‌رسد محکمه کیفری نورنبرگ با عدم پذیرش مبانی حقوقی پوزیتیویسم کلاسیک به مجازات متهمان پرداخته است چرا که قانونمندی، اصل عمل دولت و عطف بمسابق نشدن مجازات، نتیجه پذیرش رویکرد پوزیتیویستی کلاسیک در شکل‌گیری تأسیسات کیفری در حقوق بین‌الملل محسوب می‌شود. این امر می‌تواند مؤید عدم تقلیل پوزیتیویسم به فورمالیسم حقوقی و لزوم در نظر گرفتن مؤلفه‌های احراز قانونمندی پوزیتیویستی در بنیاد و شالوده تأسیسات حقوقی بین‌المللی از جمله تأسیسات کیفری ذی‌ربط باشد.

۷۳. فیوضی، «دادگاه نظامی نورمبرگ، پس از چهل سال»، ۱۵۵.

## فهرست منابع

- بلدسو، رابرت. و بوسلاو بوسچک. فرهنگ حقوق بین‌الملل. ترجمه و تحقیق علیرضا پارسا. تهران: نشر قومس، ۱۳۷۵.
- جنت مکان آقایی، حسین. محاکمه قدرت. تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۶.
- رحیمی‌نژاد، اسماعیل. «بررسی تطبیقی قاعده عطف بماسبق نشدن قوانین جزایی (در حقوق اسلام، حقوق موضوعه ایران و نظام حقوقی کامن‌لا)». نامه مفید ۴ (۱۳۸۸).
- شهبازی، آرامش. پی‌اس‌ای در آیین حقوق بین‌الملل: ایده‌الیسم در گفتار، رئالیسم در کردار. تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۴.
- شهبازی، آرامش. حقوق بین‌الملل: دیالکتیک ارزش و واقعیت. چاپ دوم. تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۴.
- فیوضی، رضا. «دادگاه نظامی نورنبرگ، پس از چهل سال». مجله حقوقی بین‌المللی ۹ (۱۳۶۷): ۱۳۴-۱۳۹.
- میرمحمدصادقی، حسین. «مسئولیت مأموران مادون و مقامات مافوق در اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی». مجله تحقیقات حقوقی ۳۹ (۱۳۸۳).
- میلانی، علیرضا. «اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها در بستر تاریخ». مجله حقوقی دادگستری ۶۲-۶۳ (۱۳۸۷): ۱۷۲-۱۷۸.
- یاراحمدی، حسین، رضا بیرانوند، و داوود محبوبی. «مسئولیت کیفری آمر و مأمور در حقوق کیفری بین‌المللی با نگاهی به قوانین داخلی ایران». فصلنامه مطالعات بین‌المللی پلیس ۷ (۱۳۹۰): ۱۴۲-۱۴۷.
- Adams, David M. *Philosophical Problems in the Law*. 3<sup>rd</sup> ed. Canada: Thomson Learning, 2000.
- Austin, John. *The Province of Jurisprudence Determined*. Edited by H.L.A. Hart. London: Weidenfeld and Nicolson, 1954.
- Bulygin, Eugenio. "Legal Statements and Positivism: A Reply to Joseph Raz." in *Essays in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- Cassese, Antonio, "Remarks on Scelle's Theory of Role Splitting (Dedoublement Fonctionnel) in International Law." *European Journal of International Law* 1 (1990).
- D'Amato, Anthony. "The Neo-Positivist Concept of International Law." *American Journal of International Law* 59 (1965): 321-324.
- D'Amato, Anthony, "Superior Orders vs. Command Responsibility." *American Journal of International Law* 80 (1986).
- D'Aspremont, Jean. *Non-state actors from the perspective of legal positivism: the communitarian semantics for the secondary rules of international law*. Amsterdam Center for International Law, Routledge, 2011.
- Dixon, Martin, Robert McCorquodale, Sarah Williams. *Cases and Materials on International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Edoardo, Greppi. "The Evolution of Individual Criminal Responsibility under International Law." *International Review of Red Cross* 835 (1999): 531-553.
- Endo, Guillaume. "Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege and the ICTY and ICRT." *Revue Quebecoise de droit international* 15 (2002): 2006-ff.
- Falk, Richard. *Keeping Nuremberg Alive, International Law. A Contemporary Perspective*, Edited by Kratochwil Falk, 494-513. Westview Press, 1985.
- Finch, George A. "The Nuremberg Trial and International Law." *American Journal of International Law* 41: 1 (1947).

Kammerhofer, Jorg. "The Pure Theory of Law and Its Modern Positivism: International Legal Uses for Scholarship." *Proceedings of the 106th Annual Meeting of the American Society of International Law* (2012): 365-367.

Kelsen, Hans. "Collective and Identical Responsibility in International Law." *California Law Review* 3 (1943).

Kelsen, Hans. *Principles of International Law*. Second ed., New York, 1956.

Koskenniemi, Martti. *From Apology to Utopia, The Structure of International Legal Arguments*. Helsinki, 1989.

Mack, Frank A. "The Law on Ultra Vires Acts and Contracts of Private Corporations." *Marquette Law Review* 14: 4 (1930).

Patterson, D. (ed.) *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. Blackwell, 1999.

Paulson, Stanley L. "Classical Legal Positivism at Nuremberg." *Philosophy and Public Affairs* 4: 2 (1975).

Paulus, Andreas L. "Law and Politics in the Age of Globalization." *European Journal of International Law* 11: 2 (2000).

Roberto, Ago. "Positivism Law and International Law." *American Journal of International Law* 51: 2 (1975): 698-701.

Symposium on Method in International Law, Bruno Simma and Andreas I. Paulus Report, *American Journal of International Law* (1999).

Weil, Prosper. "Towards Relation Normativity in International Law." *American Journal of International Law* 77 (1983): 441-442.

#### Websites

<http://web.nmsu.edu/~dscoccia/376web/376lpaust.pdf>

<http://www.iccnw.org/documents/BenFerenczAddress.pdf> (08.01.2015).

[http://www.sjsu.edu/faculty/harris/Eng101\\_TQpositivism.htm](http://www.sjsu.edu/faculty/harris/Eng101_TQpositivism.htm)(03.01. 2015).

The military manuals, Germany § 482, cited in Rule 152. Command Responsibility for Orders to Commit War Crimes available at [https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1\\_rul\\_rule152](https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule152)

#### Precedent

Hostage Case, US. Military Tribunal, Nuremberg, Judgment of 19 February 1948, 1273, available at <http://werle.rewi.hu-berlin.de/Hostage%20Case090901mit%20deckblatt.pdf>

Judgment in the Case of Commander Karl Nemann, Hospital Ship, Dover Castle, in Judicial Decisions Involving Questions of International Law, *American Journal of International Law* 16 (1992).

# Legality: Positivistic Foundation of the Penal Institutions in International Law

*Aramesh SHAHBAZI (Ph.D.)*

Assistant Professor of International Law, Allameh Tabataba'i University,  
a.shahbazi@atu.ac.ir

## **Abstract**

Positivism is distinct from natural law theories in that it holds that there is no necessary conceptual connection between law and morality, but Positivism sometimes has been diminished into pure formalism. While Formal procedures of formation of the rules and institutions in international law could be considered as a formalistic aspect of positivism, positivism may also enter into foundational frameworks in which the norms and the procedures could be formed. In this context the positivistic aspect of creation of legal institutions in international criminal law could be considered as an important element in evaluation of the legality of institutions. The principle of non-retroactivity of obligations, doctrine of act of State and the superior order are some of the relevant examples. In this article by focusing on the legal foundations for formation of the criminal institutions in international law, we will consider whether the Nuremberg was a legal criminal institution in international criminal law and how it is possible to generalize the criteria of legality to other international criminal institutions.

**Keywords:** legality, positivism, Nuremberg, legitimacy, formalism, International Criminal Law, criminal justice.

# Journal of CRIMINAL LAW AND CRIMINOLOGY

VOL. III, No. 1

2015-1

- **Juvenile Police, Requirements and Mechanism in Iran (A Comparative Study: American Legal System)**  
*Hassan-Ali MOAZEN ZADEGAN & Hossein JAVADI*
- **Protection of Children in Judicial and Non Judicial Mechanisms of Criminal Prosecution of Violation of Their Rights**  
*Reza ESLAMI & Forouzan BAGHERI*
- **Legality: Positivistic Foundation of the Penal Institutions in International Law**  
*Aramesh SHAHBAZI*
- **The Comparison of the Search and Inspection in the Criminal Procedures of Iran and the U.S.A.**  
*Gholam-Hassan KOOSHKI & Sahar SOHEIL MOGHADAM*
- **The Necessity of Avoidance of Human Rights Violations during the Extradition**  
*Seyed Ghasem ZAMANI & Fereshteh BAGHERI*
- ***Khoonsolh*; dealing with Murder in a Traditional Manner**  
*Hossein GHOLAMI & Hossein MORADGHOLI*



S. D. I. L.

The S.D. Institute of Law  
Research & Study