

ژوئنه حقوق کيفرى

سال چهارم، شماره دوم، پائيز زمستان ۱۳۹۲

صفحات ۲۲۷-۲۵۴

مبانى و شرايط استناد به دفاع امر آمر در حقوق جزاى بين المللى

دکتر محمدرضا نظرى نژاد ✉

استاديار گروه حقوق دانشگاه گيلان

رضا پرستش

عضو هيات علمى گروه حقوق دانشگاه گيلان و دانشجوى دکترى حقوق عمومى دانشگاه شهيد بهشتى

چکيده:

در حقوق جزاى داخلى، پيروي از دستور غيرقانونى آمر، على الاصول رافع مسؤوليت کيفرى مأمور نيست، مگر در شرايط استثنائى. در اين شرايط استثنائى، صرف تبعيت از دستور غيرقانونى آمر، دفاع محسوب نشده، بلکه اين ادعا در صورتى که متضمن اثبات عدم آگاهى به غيرقانونى بودن دستور آمر، اشتباه موضوعى و يا اکراه باشد، قابل استماع خواهد بود. محدوديت امکان استناد به امر غيرقانونى آمر، در حقوق جزاى بين المللى بيش از حقوق کيفرى داخلى است. زيرا موضوع حقوق جزاى بين المللى، جرايم بين المللى است که احساسات جامعه بشرى را جريحه دار مى سازند. از اين رو در اکثر اين جرايم، به منظور تضمين حيات انسانهاى بي گناه، امکان استناد به امر غيرقانونى آمر به عنوان دفاع وجود ندارد و استناد به آن تنها در جنايات جنگى مجاز است. شرط پذيرش دفاع مذکور در جنايات جنگى نيز جهل به غيرقانونى بودن دستور آمر (اشتباه حکمى) است. بنابراين در فرض اثبات اطلاع متهم از غيرقانونى بودن دستور آمر، نمى توان به اين دفاع استناد کرد. بررسى مبانى دفاع امر آمر و شرايطى که به موجب آن مأمور مى تواند به اين دفاع استناد کند، موضوع مقاله حاضر است.

کلید واژه ها: امر آمر قانونى، اشتباه حکمى، اشتباه موضوعى، اکراه، عنصر معنوى، ديوان کيفرى بين المللى.

۱۳۹۲/۳/۲۵

تاريخ دريافت:

۱۳۹۲/۱۰/۱۹

تاريخ پذيرش نهايى:

✉ پست الكترونيكى نويسنده مسؤول:

m.nazarinejad@gmail.com

* اين مقاله حاصل طرح پژوهشى است که توسط نويسندگان در دانشگاه گيلان انجام شده است.

۱. مقدمه:

در بسیاری از نظام‌های حقوقی که بین جرم (offence) و دفاع (defense) تفکیک قایل می‌شوند، جرم با وجود دو عنصر مادی و معنوی محقق محسوب می‌گردد^۱، اما ارتکاب جرم در پاره‌ای موارد نه تنها مستوجب مجازات نیست بلکه مطابق اصول حقوق کیفری مصداق «حق» محسوب گردیده (Chiesa, 2007: 10) و ترجیح بر انجام آن است (Fletcher, 2000: 562). مصادیق مذکور در حقوق کیفری، اسباب اباحه نام دارند که در تعریف آن گفته شده است: «علل و عواملی هستند که به جهت جلوگیری از ضرر بیشتر و یا تحقق منفعت عالی‌تر، سبب مجاز و مشروع شدن رفتاری خواهند شد که در حالت عادی، جرم است» (Robinson, 1997: 95).

از جمله مصادیق اسباب اباحه، اجرای امر قانونی آمر است. عمل مأموری که دستور آمر را اجرا می‌کند و این امر نیز مخالف قوانین داخلی و بین‌المللی محسوب نمی‌گردد، قانونی و مصداق علة موجهه می‌باشد (Fletcher, 2002: 642). اما مأموری که امر غیرقانونی آمر را انجام می‌دهد و انجام آن، متضمن ارتکاب جرم است، نمی‌تواند ادعای موجه بودن عمل و استناد به اسباب اباحه نماید. این ادعا به یکسان در حقوق جزای داخلی و حقوق جزای بین‌المللی، مردود محسوب می‌گردد.

اما پرسش این است که آیا جنایات بین‌المللی که در راستای اطاعت از اوامر مقامات مافوق (توسط مأمورین زبردست) واقع می‌شوند، در همه موارد، مجازات مأمورین را بدنبال دارد؟ آیا مأمورین از هرگونه دفاعی بی‌بهره‌اند؟

موضوع نوشتار حاضر بررسی دفاعیات رافع مسؤولیت کیفری مأمورین است. دفاعیاتی مانند اشتباه حکمی، اشتباه موضوعی یا اکراه که موجب مباح و موجه شدن عمل مرتکب نبوده اما

۱. بدیهی است وقتی که از جرم سخن به میان می‌آید، عمل ممنوعه جزایی از نظر قانونگذار به ذهن متبادر خواهد شد (اصل قانونی بودن جرم و مجازات) اما پرسش این است که از نظر قانونگذار و پس از بیان عمل ممنوعه جزایی، چه ارکانی و عناصری برای اثبات جرم، ضروری است. به نظر فلچر و بسیاری دیگر از حقوقدانان، در نظام حقوقی کامن لا و نیز بسیاری از نظام‌های حقوقی نوشته، جرم مرکب از دو عنصر مادی و عنصر معنوی است (فلچر، ۱۳۸۴: ۱۵۱ به بعد). تنها در معدودی از کشورها از جمله آلمان است که می‌توان عنصر قانونی را رکنی از جرم محسوب دانست. به این توضیح که اگر یکی از عوامل انتفاء جرم و قانونی شدن عمل را علة موجهه جرم یا اسباب اباحه بدانیم، و از این نظر، علة موجهه جرم یا اسباب اباحه را زایل کننده عنصر قانونی تلقی نماییم، تنها در نظام حقوقی آلمان و معدودی از کشورها اثبات عدم وجود علة موجهه (اثبات غیرقانونی بودن عمل) وظیفه دادستان یا مقام تعقیب است. اما در نظریات دو عنصری جرم، دادستان تنها مکلف به اثبات عنصر مادی و عنصر معنوی است و بار اثبات علة موجهه جرم و سایر دفاعیات با متهم است. از این نظر بین جرم (offence) و دفاع (defense) تفکیک ایجاد می‌گردد (رهامی، نظری‌نژاد، ۱۳۸۹).

در مواردی مسؤولیت کیفری را از مأمور مرتفع می‌کند (fletcher, 2002: 642) پرسش این است که اطاعت از دستورات مافوق در چه مصادیقی و با لحاظ چه شرایطی، مسؤولیت کیفری مأمورین را زایل می‌کند؟ با بررسی پیشینه دفاع امر آمر، به مبانی و شرایط هر یک از دفاعیاتی که مأمور پس از اجرای دستور غیرقانونی آمر، امکان استناد به آنها را دارد، پرداخته خواهد شد.

۲. پیشینه دفاع امر آمر در حقوق جزای بین‌المللی:

طی قرون متمادی اصل اطاعت از سلسله مراتب حاکم بود؛ همان اطاعتی که «آی‌شمن» (Eichman) در برابر دادگاه اورشلیم در سال ۱۹۶۰ آن را «اطاعت کورکورانه» نامید (کاسسه، ۱۳۷۵: ۱۳۸). اطاعت محض از دستورات آمر بر مبنای لزوم انضباط نظامی، عدم امکان تمرد از فرماندهان نظامی و وجود ضمانت اجراهای سخت و خشن برای متمرّدین، توجیه می‌شد (Kudo 2007: 8, Hamid, 2008: 5). به نظر «راجر»، کارایی نظامی، مستلزم اطاعت فوری و بدون چون و چرا از دستورات فرماندهان است، به گونه‌ای که سربازان، آماده جانفشانی برای اجرای دستور آنها باشند (Roger, 2004: 2008). این اطاعت کورکورانه، سربازان و افراد زیردست را به پذیرش فرض قانونی بودن کلیه دستورات فرماندهان مجاب می‌کند (Green, 1999: 282). مطابق این دیدگاه، سربازان و مأمورین، ابزار دست مقامات عالی‌ه هستند. ابزار بودن مأمور در دستان فرماندهان، دکترین «مسؤولیت آمرین» را شکل می‌داد که «اوپنهایم» در شرح آن بیان می‌دارد که «نقض قواعد جنگ در صورتی محقق‌کننده جرایم جنگی است که بدون وجود دستور از سوی دولت (متبوع) دخیل در جنگ، ارتکاب یابد. اگر عضوی از نیروهای نظامی مرتکب این عمل در راستای دستورات دولت متبوع خود گردد او مجرم جنگی نبوده و نمی‌تواند به این علت توسط دشمن محاکمه گردد» (Oppenheim, 1906: 254-255).

دکترین مذکور در طول زمان و به ویژه بعد از جنگ جهانی اول در سلسله محاکماتی که برای نظامیان آلمان در دیوان عالی لایپزیگ برپا گردید، تعدیل شد (کاسسه، ۱۳۷۵: ۱۴۲). مبنای دکترین عدم مسؤولیت مطلق، آن بود که سربازان و اشخاص زیردست، به علت عدم اطلاع از قوانین، فرض را بر قانونی بودن دستورات فرماندهان قرار می‌دهند. اما در صورتی که دستور صادره، آشکارا غیرقانونی باشد و یا مشخص شود که مأمور از غیرقانونی بودن آن مطلع بوده است، مبنای نظریه عدم مسؤولیت مطلق به چالش کشیده خواهد شد. بنابراین در طول زمان، نظریه عدم مسؤولیت مطلق جای خود را به نظریه مسؤولیت مشروط مأمورین داد، که مطابق آن، مأمور تنها در صورتی مسؤولیت ندارد که نداند دستور

غیرقانونی است و یا دستور صادره آشکارا غیرقانونی نباشد (Gaeta, 1999: 175, Cryer & etal, 2007: 342-343). این نظریه خواستار آشتی بین ضرورت‌های حفظ انضباط نظامی و الزامات حقوق کیفری است. به این توضیح که در مواردی که دستور فرماندهان آشکارا غیرقانونی نباشد و یا مأمور اطلاعی از غیرقانونی بودن آن ندارد، فرض ضرورت پیروی از دستور فرماندهان، متضمن معافیت مأمور از مجازات عمل غیرقانونی است که در راستای دستور غیرقانونی آمر به انجام رسانده است. اما در صورتی که دستور صادره آشکارا غیرقانونی است و یا مأمور از غیرقانونی بودن آن مطلع است، حقوق کیفری از تقصیرات مأمور قابل سرزنش نخواهد گذشت (Hamid, 2008: 7-8). جنگ جهانی دوم و جنایات ارتكابی واقع در آن، پیدایش دکترین مسؤولیت مطلق را بدنبال داشت. بین سال‌های ۱۹۴۳ و ۱۹۴۵ کمیسیون ملل متحد در خصوص جنایات جنگی مرکب از ۱۷ کشور متفق از جمله برمبنای پیشنهادهای آمریکا و شوروی، قاعده بین‌المللی ویژه‌ای تدوین کرد. این قاعده بعداً (۱۹۴۵) تبدیل به ماده ۸ منشور اساسنامه دادگاه نظامی بین‌المللی نورنبرگ شد که بدین شرح است:

«این موضوع که متهم طبق دستورهای دولت یا مافوق خود رفتار کرده است او را از مسؤولیت مبرا نمی‌سازد ولی در صورتی که دادگاه معتقد باشد که ضرورت اجرای عدالت ایجاب می‌کند، می‌تواند در حد دلیلی برای تخفیف مجازات مورد توجه قرار گیرد» (کاسسه، ۱۳۷۵: ۱۴۷).

مبنای دکترین مسؤولیت مطلق، این است که زیردستان آدمک‌های مصنوعی در اختیار فرماندهان نیستند، بلکه از اراده آزاد برخوردار بوده و موظفند در هر مورد در رزمگاه، دستورات را تجزیه و تحلیل نمایند (Kudo, 2007: 10). در غیر این صورت و در فرض غیرقانونی بودن دستور آمر، مأمور با اجرای آن، خطر پذیرش مجازات را به جان خریده است (Gaeta, 1999: 178).

در کلیه محاکم بین‌المللی تا قبل از تشکیل اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، نظریه مسؤولیت مطلق مأمورین حاکم بود. در دوران حاکمیت این نظریه، آنچه که در مواردی نه در معافیت از مجازات، بلکه تخفیف مجازات تأثیر داشت استناد مأمورین و اشخاص زیردست به فقدان آزادی معنوی یا اختیار انتخاب بود (Dinstein, 1965: 26-27). کاسسه، ۱۳۷۵: ۱۴۹. در این دوران در عرصه بین‌المللی سربازان و اشخاص زیردست مکلف به امتناع از اجرای دستور خلاف قانون بودند و اجرای چنین دستوراتی سبب معافیت از مجازات نبود مگر در صورتی که به زور و اکراه، آنان به رعایت آن مجبور شده باشند (Eser, 1995: 205). (Minow, 2007: 19-20).

بنابراین در این دوره با توجه به تفاوت دفاع امر آمر (که تأثیری در معافیت از مجازات نداشت) با دفاعیاتی مانند اکراه و اشتباه (که استناد به آنها می توانست در مواردی معافیت از مجازات مرتکب را به دنبال داشته باشد)، ترجیح مرتکبین بر استناد به دفاع اکراه و یا اشتباه موضوعی بود (Kudo, 2007: 87 , Hamid, 2008: 19).

اما ماده ۳۳ اساسنامه دیوان کیفری بین المللی، تحت شرایطی امر آمر را به عنوان موجبات معافیت از مسؤولیت کیفری به رسمیت شناخته است. مطابق ماده ۳۳:

۱- «این واقعیت که ارتکاب یکی از جرایم مشمول صلاحیت دیوان، در اجرای دستور یک دولت یا یک مقام مافوق نظامی یا غیرنظامی، انجام گرفته، شخص را از مسؤولیت کیفری معاف نمی کند مگر اینکه:

- الف- شخص الزام قانونی به اطاعت از دستورات دولت یا مقام مافوق مورد بحث داشته است.
 ب- شخص نمی دانسته که دستور صادره غیرقانونی بوده است.
 ج- دستور صادره آشکارا غیرقانونی نبوده است.
 ۲- مطابق این ماده، دستور ارتکاب نسل کشی یا دستور ارتکاب جنایت علیه بشریت، جرایمی که آشکارا غیرقانونی هستند، تلقی خواهند شد.
 با بیان پیشینه دفاع امر آمر در حقوق جزای بین المللی^۱، در مباحث آتی به مبانی دفاع مذکور و امکان یا عدم امکان استناد مأمور به دفاعیات مشابه پرداخته خواهد شد.

۳. امر آمر و اشتباه حکمی:

فرض اساسی در مورد دفاع امر آمر قانونی این است که مأمور با دو وضعیت کاملاً متعارض مواجه است؛ از یک طرف ناگزیر به احترام به نظم و سلسله مراتب نظامی است که او را مکلف به اجرای کلیه دستورات مافوق می کند، اعم از اینکه قانونی باشد یا غیرقانونی؛ از طرف دیگر، مطالبات جدی اخلاقی او را ناگزیر به عدم اطاعت از دستوراتی می کند که

۱. در قوانین داخلی کشورهایی مانند انگلیس، فرانسه، آلمان، اسرائیل، سوئیس، نظریه مسؤولیت مشروط مأمورین قابل ملاحظه است (Kudo, 2007: 176-177, Gaeta, 1999: 37-50) در قوانین کشورهای مانند چین، ژاپن و روسیه نیز، نظریه عدم مسؤولیت مطلق مأمور حاکم است که مطابق قانون، مأمور موظف به اجرای دستورات فرماندهان بوده و هیچ تکلیفی به عدم اطاعت ندارد (Kudo, 2007: 51-60). در برخی دیگر از کشورها از جمله آمریکا نیز نظریه مسؤولیت مطلق مأمور حاکم است (Kudo, 2007: 40-42). در حقوق کیفری ایران، در قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح، نظریه عدم مسؤولیت مطلق مأمورین و در قوانین جزایی عمومی از جمله قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ نظریه مسؤولیت مشروط مأمورین پذیرفته شده است.

غیرقانونی بودن آنها آشکار است. مأمور از یک طرف تکلیف به تیراندازی دارد و در صورت استنکاف در دادگاه نظامی محاکمه می‌گردد و از طرف دیگر مکلف به عدم تیراندازی قباحت‌بار و مجرمانه است زیرا در این صورت در محاکم بین‌المللی محاکمه و مجازات می‌گردد (Cassesse, 2008: 267-268).

دکترین مذکور در طول زمان مردود اعلام گردید، اما دلیل آن، مبنای نظریه «عدم مسؤولیت مشروط» شد؛ به این توضیح که، سربازان آموزش می‌بینند از فرماندهان خود پیروی کنند؛ آنها همواره تصور می‌کنند دستور صادره از سوی فرمانده، قانونی است. از طرف دیگر حقوق و ضوابط حاکم بر جنگ نیز همواره روشن و قابل فهم نیست تا بتوان از سربازان، انتظار تشخیص غیرقانونی بودن آن را داشت. وانگهی بسیاری از ضوابط و قوانین حاکم بر جنگ، محل تفسیر و تحلیل‌های متعدد است. به علاوه، فقدان معلومات قانونی نزد بسیاری از سربازان و عدم وجود زمان کافی برای احراز درستی یا نادرستی دستور صادره، آنها را وادار به اطاعت از دستورات فرماندهان می‌کند (4: Yeo, 1993; 92: slidregt, 2003). البته، جهل به غیرقانونی بودن دستور آمر یا اشتباه در تشخیص غیرقانونی بودن دستور (اشتباه حکمی) در مصادیقی قابل استناد است که دستور صادره آشکارا غیرقانونی نباشد. (Cassesse, 2008: 276).

اما حتی در شرایط غیرمعمول و استثنایی جنگ، نمی‌توان از مأمورین انتظار اطاعت کورکورانه داشت. در این شرایط ویژه نیز سربازان موظف به ارزیابی قانونی یا غیرقانونی بودن دستورات آمرین هستند. بنابراین این دفاع تنها برای اشخاصی قابل استناد است که علی‌رغم اندیشه نسبت به قانونی یا غیرقانونی بودن عمل، نتوانسته‌اند غیرقانونی بودن آن را احراز کنند (5: Yeo, 1993). از این رو در صورتی که دستور صادره آشکارا غیرقانونی باشد، یا در صورتی که علی‌رغم آشکارا غیرقانونی نبودن، مأمور از غیرقانونی بودن آن مطلع باشد، استناد به امر آمر، ناممکن است.

پرسش این است که در کلیه مواردی که غیرقانونی بودن دستور، آشکار نیست، آیا امکان استناد به دفاع اشتباه حکمی وجود دارد؟ آیا در مواردی که غیرقانونی بودن دستور آشکار است، اساساً امکان استناد به دفاع اشتباه حکمی وجود ندارد؟ با بررسی معیار اشتباه حکمی به پاسخ پرسش‌های فوق خواهیم پرداخت.

۱.۳. معیار پذیرش اشتباه حکمی:

در مورد معیار جهل به غیرقانونی بودن دستور آمر، اختلاف نظر وجود دارد. «دنستین» با ذکر دو مثال به بیان عقیده خود می‌پردازد. در مثال اول دستور صادره آشکارا غیرقانونی

نمی‌باشد، اما سرباز می‌داند که این دستور غیرقانونی است. در مثال دوم، دستور صادره آشکارا غیرقانونی است، اما سرباز از غیرقانونی بودن آن مطلع نمی‌باشد. وی در مثال اول قائل به مسؤولیت سرباز و در مثال دوم قائل به عدم مسؤولیت وی است (Dinstein, 1965: 27-30). نظر وی را می‌توان معیار شخصی علم دانست که در محاکمه آیشمن توسط دادگاه اسرائیلی مورد تبعیت قرار گرفت. در این محاکمه دادگاه علاوه بر استدلال بر غیرقانونی بودن آشکار عمل، به دلایل و مدارکی استناد نمود که مطابق آن آیشمن نیز به غیرقانونی بودن اقدامات خود واقف بوده است (Restivo, 2006: 7؛ Hamid, 2008:13).

در مقابل نظریه مذکور، قائلین به معیار عینی علم قرار دارند که مطابق آن در فرضی که غیرقانونی بودن دستور صادره آشکار است، نمی‌توان به دفاع اشتباه حکمی استناد جست (Hamid, 2008:15.16). مبنای نظریه اخیر، تفکیک بین اطاعت کورکورانه از اطاعت ناآگاهانه است. در صورتی که دستور صادره آشکارا غیرقانونی باشد، اطاعت مأمور از این دستور، بیانگر سنگدل بودن اوست، بنابراین ادعای جهل او نباید مسموع باشد؛ به عبارت بهتر، پذیرش دفاع اشتباه حکمی در فرضی است که مأمور نمی‌داند که عمل، غیرقانونی است و نمی‌توانست بداند که عمل، غیرقانونی است (Yeo, 1993:8). بنابراین در فرضی که می‌توانست با اندکی اندیشه، غیرقانونی بودن دستور را احراز کند، استناد به عدم علم، ناممکن است. در فرض غیرقانونی بودن آشکار دستور، به نحو معقول از مأمور می‌توان انتظار درک و تشخیص قانونی بودن دستور صادره را داشت. بنابراین بی‌توجهی به این موضوع و اطاعت کورکورانه دستور، بیانگر سنگدل بودن مأمور است. به این علت نمی‌توان او را برخوردار از حمایت قانون (علل رافع مسؤولیت کیفری) دانست. عقیده مذکور مبنای وضع بند ج - ۱ و نیز ماده ۳۳ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی است که مطابق صراحت آن، در صورتی که دستور صادره آشکارا غیرقانونی باشد و یا جنایت ارتكابی، نسل‌کشی و جنایت علیه بشریت باشد، امکان استناد به دفاع امر آمر وجود نخواهد داشت، اگرچه مأمورین و اشخاص فرودست، واقعاً از غیرقانونی بودن دستور صادره اطلاعی نداشته‌اند.

اما پرسش این است که اساساً معیار غیرقانونی بودن چیست؟ آیا به غیر از نسل‌کشی و جنایت علیه بشریت که مطابق صراحت بند ۲ ماده ۳۳ اساسنامه آشکارا غیرقانونی هستند، معیاری وجود دارد که برابر آن بتوان در مصادیقی از جنایات جنگی نیز، پاره‌ای از دستورات را آشکارا غیرقانونی دانست؟ در پاسخ به این پرسش نیز اختلاف نظر وجود دارد. مطابق یک دیدگاه در مواجهه با این موضوع باید پرسید، آشکار برای چه کسی؟ آیا وکلای آموزش دیده نظامی یا افسران ارشد، قابل مقایسه با سربازان مادونی هستند که برای اولین بار اعزام

گردیده‌اند؟ مطابق این عقیده در احراز غیرقانونی بودن آشکار، باید نقش فرهنگ، تبلیغات، اطلاعات عمومی و... را مدنظر قرار داد. (Cryer & et. al., 2007: 343)

در مقابل این دیدگاه، نظریه دیگر معتقد است که طبع غیرقانونی پاره‌ای از اعمال، به نحوی آشکار است که بدون هیچ تفکیک و تمیزی بین اشخاص، باید آنرا مشمول عبارت «غیرقانونی بودن آشکار» دانست. مطابق این عقیده، «آشکارا غیرقانونی بودن» بر عمل تأکید دارد و نه بر اعتقاد متهم (Yeo, 1993: 14)، از این نظر فارق از اعتقاد متهم و یا گروهی که او به آن تعلق دارد، باید عمل را آشکارا غیرقانونی دانست.

در تأیید این نظر و همراهی با آن می‌توان به استدلال دادگاه نظامی آمریکا در پرونده «گرامپکت» (Grumpekt) و «کیندر» (Kinder) در سال ۱۹۵۴ اشاره کرد. در این پرونده دادگاه با ذکر مثال‌هایی مانند: دستور افسر مافوق به تجاوز، سرقت، و... استدلال می‌کند که در این مصادیق ادعای اشتباه حکمی، بی‌معنی است؛ زیرا، غیرقانونی بودن دستور به اندازه کافی آشکار است. (Cassese, 2008: 300)^۱

غیرقانونی بودن آشکار دستورات، در مصادیقی که عمل به نحو روشن، مجرمانه است، فرض غیرقابل ردی است که نمی‌توان دلیل مخالف آن ارائه نمود و با اثبات عدم علم از مسؤلیت رهید. اما پرسش این است که اگر دستورات صادره آشکارا غیرقانونی نباشند، آیا سربازان و اشخاص فرودست لزوماً از مسؤلیت خواهند گریخت؟

در بند ب (۱) ماده ۳۳ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی در این مصادیق عبارت «شخص نمی‌دانست که دستور غیرقانونی است» آمده است. در تفسیر این ماده گفته شده است که معیار شخصی بر آن حاکم بوده و به علم عملی متهم تکیه دارد (Hamid, 2008:28). اما به نظر می‌رسد که در این مصداق نیز احراز عدم علم متهم تنها با تکیه بر معیاری نوعی ممکن است. معیاری نوعی که از طریق مقایسه متهم با یک انسان متعارف در وضعیت او، قابل دستیابی است.

از جمله عوامل مهم در احراز عقلانیت و صادقانه بودن اشتباه، می‌توان موارد زیر را مورد اشاره قرار داد: روشنی یا ابهام در غیرقانونی بودن دستور آمر، سن، تجربه و آموزش شخص مأمور، موقعیت شخص مأمور در نیروهای نظامی (بطور مثال از مقامات عالی نظامی انتظار

۱. استدلال مذکور در پرونده مطروحه علیه «فینتا» (Finta) در سال ۱۹۹۴ در دادگاه کانادا نیز مورد تأیید قرار گرفت. در این پرونده قاضی «پیتر کوری» (Peter Cory) در توصیف دستورات آشکارا غیرقانونی و تفاوت آن با دیگر دستورات، معتقد است، این دستورات وجدان هر شخص متعارف و حق اندیش را جریحه‌دار می‌کند. دستوراتی که به نحو واضح و روشن غیرقانونی است (Hamid, 2008: 15).

اطلاع از قوانین و مقررات حاکم بر جنگ است، درحالیکه از مقامات مادون، بی‌اطلاعی از قوانین دور از انتظار نیست)، اهمیت ارزش حفظ شده در مقایسه با نقض ارزش، آیا دلایل خوبی برای نقض ارزش وجود داشته است یا خیر؟ آیا زمان کافی برای تشخیص قانونی یا غیرقانونی بودن دستور آمر وجود داشته است یا خیر؟ (Hobel, 2008:298-299- Cassesse, 2011: 574)

معیارهای نوعی مذکور برای احراز جهل مأمور به غیرقانونی بودن دستور آمر است، بنابراین در هر مصداقی که احراز شود مأمور از غیرقانونی بودن دستور آمر، اطلاع داشته است، نمی‌توان او را به استناد «دفاع امر آمر» از مسؤولیت معاف دانست. (Bantekas, 2007: 16 Yeo, 1993: 58)

به عبارت بهتر، در فرض غیرقانونی نبودن آشکار دستورات آمر، احراز اشتباه متکی بر معیاری نوعی است اما این معیار در فرض احراز علم مأمور به غیرقانونی بودن دستور آمر، قابل رد است.

۲.۳. امکان یا عدم امکان استناد غیرنظامیان به دفاع امر آمر در حقوق جزای بین الملل:

مراد از عبارت «غیرقانونی» در دفاع امر آمر موضوع ماده ۳۳ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، غیرقانونی بودن به موجب حقوق جزای بین‌المللی است و نه حقوق جزای داخلی (Hamid, 2008:28). به عبارت بهتر، در صورتی که دستور آمر متضمن ارتکاب جنایات بین‌المللی مصرحه در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی باشد، دستور مذکور، جز شرایط پیش گفته، موجب رفع مسؤولیت کیفری مأمور نمی‌گردد. اما پرسش این است که آیا مأمورینی که مطابق ماده ۳۳ اساسنامه، امکان استناد به دفاع امر آمر (به عنوان یکی از علل رافع مسؤولیت کیفری) را دارند، منحصر به مأمورین نظامی بوده یا غیرنظامیان نیز مشمول خواهند بود؟

پاسخ به این پرسش منوط به تفسیر قسمت الف بند ۱ ماده ۳۳ اساسنامه است. در این قسمت، یکی از شرایط استناد مأمور به ماده ۳۳، آن است که «وی قانوناً متعهد و ملزم باشد از دستورات حکومت و یا دستورات مافوق اطاعت کند.» مطابق یک نظر، الزام و تعهد مذکور در قسمت الف بند ۱ ماده ۳۳ اساسنامه، از حقوق داخلی نشأت می‌گیرد و نه حقوق جزای بین‌المللی (Heller, 2008:35-Hamid, 2008: 27).

مطابق این استدلال و ظاهر ماده، در نظامهای حقوقی که شخص نظامی تحت هر شرایط مجبور به اطاعت از دستورات مافوق است، در صورت وجود شرایط مقرر در ماده ۳۳

اساسنامه، امکان استناد به دفاع امر آمر را دارد، اما در صورتی که در حقوق داخلی کشوری برای مأمور حق تمرد از دستورات غیرقانونی فرماندهان پیش‌بینی شده باشد (آن‌چنان‌که در حقوق پاره‌ای کشورها از جمله آلمان، فرانسه، انگلیس و... چنین است) آیا به علت فقد یکی از شرایط مقرر در ماده ۳۳ اساسنامه (عدم وجود الزام قانونی به اطاعت)، مأمور تحت فرمان غیر قانونی آمر، امکان استناد به دفاع مقرر در ماده ۳۳ اساسنامه را ندارد؟

ظاهر ماده ۳۳ اساسنامه، حکایت از عدم امکان استناد دارد. به این توضیح که، یکی از شرایط لازم برای استناد به امر آمر، الزام قانونی مأمور به اطاعت است، بنابراین در فرضی که در حقوق داخلی شخص مأمور، الزام قانونی به رعایت دستورات غیرقانونی فرماندهان نباشد، امکان استناد به این ماده نیز برای مأمور وجود نخواهد داشت. اما مشکل این استدلال آن است که مبنای ماده ۳۳ اساسنامه، عدم امکان تشخیص غیرقانونی بودن دستور آمر برای شخص مأمور است و این مشکل در هر دو فرض الزام و یا عدم الزام به اطاعت، وجود دارد. به سخن دیگر، حتی در نظام‌های حقوقی که مأمورین ملزم به عدم اطاعت از دستورات غیرقانونی فرماندهان هستند، آنچه که در پاره‌ای موارد، اطاعت از دستور غیرقانونی فرمانده را موجب می‌شود، عدم تشخیص قانونی بودن دستور آمر است. با لحاظ این موضوع، ظاهراً پیش‌بینی قسمت الف بند ۱ ماده ۳۳ اساسنامه با مبنای دفاع اشتباه حکمی مقرر در ماده ۳۳ اساسنامه، ناسازگار است.^۱

با لحاظ ایرادی که بر تفسیر فوق وارد است، نظر دیگر بر آن است که پیش‌بینی قسمت الف بند ۱ ماده ۳۳ اساسنامه، هدفی غیر از تبعیض پیش‌گفته را دنبال می‌کند. مطابق این نظر، بند مذکور به دستور ظاهراً «لازم‌الاتباع» نظر دارد و نه «الزام قانونی به اطاعت» به-موجب حقوق داخلی، دستور لازم‌الاتباع نیز در روابط بین نظامیان قابل مشاهده است. از این رو دفاع مقرر در ماده ۳۳ اساسنامه خاص نظامیان است. به عبارت بهتر، این بند بدان جهت پیش‌بینی شده است که استناد به دفاع امر آمر را برای اشخاص غیرنظامی ممنوع نماید. در توضیح این استدلال بیان داشته می‌شود که امر آمر به عنوان یکی از مصادیق عمل رافع مسؤولیت کیفری، استثنایی است بر قاعده «جهل به قانون رافع مسؤولیت کیفری نیست». این استثناء با لحاظ موقعیتی که پاره‌ای از اشخاص در آن قرار دارند، قابل توجیه است. اشخاص مذکور، نظامیانی هستند که آموزش می‌بینند که صرفاً اطاعت و پیروی کنند. آنان به نحو معقول و صادقانه تصور می‌کنند که اراده حکومت را اجرا کرده و حکومت نیز

۱. ناگفته نماند که پاره‌ای از کشورها از جمله آلمان در تدوین مقررات راجع به امر آمر در حقوق داخلی خود، اشاره‌ای به قسمت الف بند ۱ ماده ۳۳ اساسنامه ننموده و الزام قانونی به اطاعت را از شرایط این دفاع محسوب نکرده‌اند (Wirth, 2003: 153).

باید آنها را تشویق کند. همچنین تصور آنها بر این است که عدم پیروی از دستورات، محاکمه در دادگاه نظامی را در پی دارد. این ویژگی‌ها در مشاغل غیرنظامی دیده نمی‌شود (Yeo,1993:15. Cryer & et. al. 2007: 344).

مطابق این عقیده، مواد ۲۸ و ۳۳ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی دو روی یک سکه هستند، مسؤولیت آمرین نسبت به اعمال زیردستان به علت تفاوتی است که آنها نسبت به زیردستان دارند. قدرت و اختیار فرماندهان سبب پیدایش تکلیف به اطاعت زیردستان از اوامر فرماندهان از یک طرف و حق تنبیه و مجازات مأمورین و پیشگیری آنها از انجام اعمال خلاف قانون، از سوی دیگر است. جنبه ایجابی این قدرت، توانایی آنها در الزام مأمورین به اطاعت است و جنبه سلبی آن، بازداشتن مأمورین از انجام اعمال غیرقانونی است. به تبع قدرت فرماندهان است که پیش‌شرط استناد به ماده ۳۳ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، وجود دستور و وجود مقام دستوردهنده است. این ماده ناظر به وضعیتی است که مطابق آن، آمر حق دارد که اطاعت و پیروی از دستور را انتظار داشته باشد. و مأمور نیز تصور الزام به اطاعت را دارد. پرواضح است که این وضعیت تنها در روابط فرماندهان و زیردستان نظامی قابل مشاهده است (Yeo,1993: 38). مطابق این عقیده غیرنظامیان مشمول ماده ۳۳ اساسنامه نمی‌شوند، به این علت که، رابطه فرماندهی و امربری بین آنها متصور نیست و به تبع آن، الزام به اطاعت نیز برای آنها قابل تصور نمی‌باشد (kudo, 2007: 25).

عقیده مخالف این نظر بر شمول ماده ۳۳ اساسنامه بر غیر نظامیان نیز تأکید دارد. مطابق این عقیده اگرچه مواد ۲۸ و ۳۳ اساسنامه با یکدیگر مرتبط بوده در هر دو از رابطه دستوردهنده و امر بر سخن در میان است، اما ماده ۲۸ اساسنامه شامل مقامات سیاسی و اقتصادی نیز می‌گردد. رویه قضایی و اسناد بین‌المللی نیز قاعده مقرر در ماده ۳۳ اساسنامه را به رؤسای غیرنظامی که قدرت و اختیارات لازم را در دست دارند، گسترش داده است (گیتی شیایزری، ۱۳۸۳: ۴۶۶، Knoops. 2007: 40). به تبع این موضوع، مأمورین مقرر در ماده ۳۳ اساسنامه نیز منحصر به نظامیان نبوده و قابل گسترش به غیرنظامیان نیز هستند.

مطابق این عقیده، غیرنظامیان نیز امکان استناد به ماده ۳۳ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی را دارند. لازم به یادآوری است که هر دو نظر موافق و مخالف شمول ماده ۳۳ اساسنامه به غیرنظامیان، در این نکته توافق دارند که عبارت تکلیف قانونی بر اطاعت از دستور که در ماده ۳۳ اساسنامه ذکر شده است، اشاره به «دستور ظاهراً لازم‌الاتباع» دارد و نه تکلیف قانونی به اطاعت از دستوری که منتهی به ارتکاب جنایت بین‌المللی می‌گردد. از این رو قسمت الف بند ۱ ماده ۳۳ اساسنامه باید اینگونه تفسیر شود؛ «شخص با توجه به

شرایط و اوضاع و احوال عملی، مکلف به اطاعت از دستور بوده است.» (Knooks, 2007):42.

در جمع نظریات مطروحه به نظر می‌رسد با توجه به اینکه در ماده ۳۳ اساسنامه به موازات دستورات مافوق به حکومت نیز اشاره شده و حکومت نیز اعم از نظامی و غیرنظامی است و مخاطبین دستورات حکومت نیز، صرفاً نظامیان نبوده بلکه اشخاص غیرنظامی نیز تحت الزام و تکلیف حکومت قرار می‌گیرند، باید نتیجه گرفت که مأمورین مقرر در ماده ۳۳ اساسنامه صرفاً نظامیان نبوده، بلکه اشخاص غیرنظامی نیز، تحت شرایطی مشمول این ماده خواهند شد، اما اشخاص غیرنظامی که واجد ویژگی‌های پیش گفته باشند؛ یعنی در وضعیتی باشند که اطاعت و پیروی از دستورات مقامات مافوق را مصداق تکلیف و دستور لازم‌الاتباع دانسته و تصور آنها نیز بر قانونی بودن دستور، تعلق گرفته باشد. بنابراین تأکید بند الف ماده ۱-۳۳ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، بیش از هر چیز بر وضعیت مأمور و نوع رابطه او با آمر است و نه انحصار ماده ۳۳ اساسنامه به نظامیان. شرط تکلیف قانونی به اطاعت نیز از ماده ۳۳ اساسنامه استخراج نمی‌گردد. زیرا صرفنظر از مبنای پذیرش دفاع اشتباه حکمی، اگر عبارت بند الف ماده ۱-۳۳ اساسنامه را تنها براساس ظاهر آن مدنظر قرار دهیم، از تعارض این بند با بند ب و ج ماده ۱-۳۳ نمی‌توان به راحتی گذشت. زیرا، از یک سو در بند الف با «قانونی» مواجه هستیم که مأمور را مکلف به اطاعت کرده است و از سوی دیگر در بند ج همین ماده، دستور لازم‌الاتباع قانونی، خلاف قانون و مصداق جرم دانسته شده است. چگونه قانون از طرفی الزام به اطاعت می‌کند و از طرف دیگر دستور صادره را غیرقانونی و مصداق جرم می‌شناسد.

ممکن است در پاسخ گفته شود که عبارت «قانونی» در بند الف از نظر حقوق داخلی به موضوع می‌نگرد و عبارت «غیرقانونی» در بند ب و ج از نظر حقوق جزای بین‌المللی. این نظر صحیح و درست به نظر نمی‌رسد؛ زیرا، در این صورت دفاع مقرر در ماده ۳۳ اساسنامه خاص کشورهایی خواهد شد که در حقوق داخلی خود، نظریه اطاعت محض مأمور از آمر را پذیرفته‌اند و نه کشورهایی که نظریه مسؤولیت مأمور یا مسؤولیت مشروط او را مورد پذیرش قرار داده‌اند، به علاوه نمی‌توان عبارت «قانوناً ملزم به اطاعت باشد» (مذکور در بند الف) را تنها از منظر حقوق داخلی نگریست. در حقوق بین‌المللی نیز در مواردی رابطه فرماندهی و فرمانبری وجود دارد که می‌تواند مشمول بند الف ماده ۱-۳۳ شود. بطور مثال الزام صلحبانان بین‌المللی به اطاعت از دستورات مافوق، الزامی متأثر از حقوق بین‌المللی است و نه حقوق داخلی (slidregt, 2003: 38).

۴. امر آمر به عنوان دفاع نافی عنصر معنوی:

۱.۴. پیشینه این نظر:

در دکترین مسؤولیت مطلق که پس از جنگ جهانی دوم تا لازم الاجرا شدن اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، حاکمیت داشت، امر آمر دفاعی مستقل محسوب نمی‌شد اما با وجود شرایط خاص، سربازانی که به این دفاع استناد می‌کردند، به علت فقد عنصر معنوی، از مسؤولیت کیفری رهایی می‌یافتند. دیسننتین از قائلین به این عقیده بود (Desentein, 1965: 253).

عقیده مذکور در زمان حاضر نیز طرفدارانی داشته و قائلین به آن با پذیرش یک مفهوم گسترده از عنصر معنوی و ارتباط دادن آن با سوء نیت با سبق تصمیم و قابلیت سرزنش جزایی، مأموری را که دستور آمر را اجرا می‌کند، فاقد این ویژگیها می‌پندارند (Knoops, 2001: 38-46-54).

این نظریه هم اکنون در تأیید استدلال خود که امر آمر، نافی عنصر معنوی است، بند ب ماده ۱-۳۳ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی را گواه می‌گیرد که شرط مسؤولیت مأمور را علم به غیر قانونی بودن دستور آمر دانسته و جهل او را نافی مسؤولیت می‌داند. (Knoops, 2001: 14-16).

این نظریه، تفاوت تفکیک جنایت جنگی از جنایات علیه بشریت و نسل‌کشی در ماده ۳۳ اساسنامه را، که در اولی امکان استناد به دفاع امر آمر وجود دارد اما در دو جنایت دیگر، خیر، لزوم علم و آگاهی مجرمانه در جنایت علیه بشریت و نسل‌کشی (به عنوان شرط تحقق جرم) و عدم لزوم آن در جنایت جنگی می‌داند. چرا که، با توجه به شرط گسترده و سیستماتیک بودن ارتکاب این دو جرم، نمی‌توان آگاهی مجرمانه مرتکب را نادیده گرفت. از این‌رو، با توجه به آگاهی وی از آثار عمل خود و وجود عنصر معنوی، نمی‌توان در این جرایم، امر آمر را نافی عنصر معنوی دانست. در حالیکه در جنایت جنگی در موارد بسیاری این آگاهی وجود نداشته و از این‌رو در این جرم، امر آمر، نافی عنصر معنوی است (MaoGoto, 2007: 24-25).

مطابق این عقیده، عدم علم و آگاهی مرتکب به غیرقانونی بودن عمل، نافی عنصر معنوی پنداشته می‌شود؛ قائلین به این عقیده، عدم علم و آگاهی به غیرقانونی بودن عمل را معادل اشتباه موضوعی دانسته و با ذکر مثالهایی از اشتباه موضوعی، مدعی هستند که در این مصادیق اشتباه موضوعی مرتکب، نافی قصد مجرمانه و عنصر معنوی او است. (Cassese, 2008: 293).

کاسسه در شرح اشتباه موضوعی و ارتباط آن با دفاع امر آمر می‌نویسد: «در بسیاری از قضایا، متهم مدعی شده که به این دلیل افراد دشمن را [متعاقب دستور فرماندهان] از بین

برده است که به نحو معقولی تصور می‌کرده است که قربانیان به نحو درست محاکمه و به مرگ محکوم شده‌اند در صورتیکه بعد مشخص شد که اینگونه نبوده است»^۱.(Cassesse,2008: 292)

پرونده‌های مذکور، مثالهایی هستند از «اشتباه در علل موجهه» (mistake of justification)؛ شخص تصور می‌کند که عملش مجاز است، در حالیکه متعاقباً کاشف به عمل می‌آید که عملش قانونی نبوده است. پرسش این است که آیا می‌توان «اشتباه در علل موجهه» را مصداق اشتباه موضوعی و نتیجتاً نافی عنصر معنوی دانست؟ اساساً مفهوم عنصر معنوی چیست؟

۲.۴. مفهوم عنصر معنوی و امکان یا عدم امکان زوال آن در فرض امر آمر:

برای بحث در مورد پرسش پیشین باید دریافت که چه دیدگاهی از عنصر معنوی، در حقوق کیفری و اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی حاکم است. آیا عنصر معنوی معادل قابلیت سرزنش مرتکب است یا معنایی دیگر دارد. در ارتباط با عنصر معنوی دو رویکرد قابل ملاحظه است:

رویکرد اول که می‌توان آن را تئوری روانی یا توصیفی نام نهاد در بحث عنصر معنوی جرم، این پرسش را مطرح می‌کند که آیا جرم نشأت گرفته از خود متهم بوده است یا خیر؟ به عبارت دیگر، آیا متهم ارتکاب جرم را برگزیده است یا خیر؟ آیا می‌دانسته است که عمل او منجر به وقوع جرم، خواهد شد یا خیر؟ آیا او ارتکاب جرم را پیش بینی کرده یا خیر؟ در صورتی که پاسخ به سؤالات فوق مثبت باشد و بتوان گفت که عمل از خود آگاه شخص نشأت گرفته است، شخص در قبال نتایج رفتار خود، مسؤول خواهد بود. در این رویکرد، وضعیت روانی مرتکب، معیار عنصر ذهنی جرم است. در صورتی که مرتکب از وضعیت روانی مناسبی برخوردار باشد و عنصر مادی را با علم و عمد، انتخاب کرده باشد، او مجرم محسوب خواهد شد (فلچر، ۱۳۸۴: ۱۵۱ به بعد).

اما رویکرد دوم که می‌توان آن را هنجاری یا اخلاقی نام نهاد، چنین به طرح پرسش می‌پردازد که آیا می‌توان متهم را در قبال رفتار مجرمانه‌اش مسؤول بشناسیم؟ در این نظر، بحث، صرفاً نشأت گرفتن خطا، از خود آگاه شخص نیست، بلکه پرسش این است که آیا با

۱. در قضیه «مایکل ای شوارتز» وکیل متهم استدلال کرد که او به اشتباه گمان کرده است که در معرض حمله قرار گرفته است. در این پرونده توجیه قاضی دادگاه نظامی به هیئت منصفه این بود که اگر آنها تشخیص دهند که متهم به اشتباه اما به نحو معقول و قابل قبول گمان می‌کرد که در مقابل حمله واکنش نشان می‌دهد باید رأی براءت او صادر شود. (Cassesse,2008: 290-291)

توجه به مجموعه اوضاع و احوال، عادلانه است که شخص را به خاطر ارتکاب جرم سرزنش کرده و او را قابل مجازات بدانیم؟

«در این رویکرد، انتساب جرم به فرد، تنها، مبتنی بر وقایع خاص پرونده نیست بلکه تمام وقایع اجتماعی و قانونی، مورد ارزیابی قرار می‌گیرد. ارزیابی به منظور احراز قابلیت سرزنش یا عدم آن» (فلچر، ۱۳۸۴: ۱۵۲)

مطابق رویکرد اول عنصر معنوی، به ذهن حسابگر متهم تعبیر می‌شود که بر اساس آن، اگر او فکر کند، نقشه بکشد و بعد کسی را بکشد، چنین قتلی عامدانه و هدفمند است؛ اگر او پیش بینی کند که نتیجه‌ای حادث خواهد شد و علیرغم این پیش‌بینی، به انجام عمل مبادرت کند، این عمل عالمانه می‌باشد؛ اگر پیش‌بینی کند که انجام عمل متضمن خطر بزرگی است، این مصداق بی‌پروایی است (Nourse, 2002: 382). مطابق این گفتمان، جرم محصول وجود عنصر مادی و عنصر معنوی و ارتباط بین او است (Aswhorth, 1992: 128-129).

به همین علت با توجه به اینکه عنصر مادی از اجزاء متفاوتی تشکیل شده است، عنصر معنوی نیز به اجزاء و عناصری تقسیم می‌گردد، تا بتواند قابل انطباق با آن باشد.^۱ این طرز تلقی از عنصر معنوی جرم نتایج دیگری نیز داشت. با توجه به لحاظ دو عنصر مادی و عنصر معنوی برای جرم و پذیرش دیدگاه توصیفی از عنصر معنوی، دفاعیات تبرئه کننده (که در حقوق قدیم وجود آنها نافی جرم بود)، بخش جداگانه‌ای را در حقوق جزا اشغال کردند و به این جهت تفکیک بین جرم و دفاعیات ایجاد شد (Nourse, 2002: 380). با توجه به این دیدگاه، شخص مرتکب جرم می‌گردد اما پس از آن می‌تواند مدعی وجود یک دفاع گردد.

عنصر معنوی در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، برگرفته از الگوی توصیفی و روانی است. به این معنا که در جرایم عمدی، هوشیاری مرتکب و علم و اراده او در ارتکاب عنصر مادی، محقق‌کننده جرم است. در اساسنامه و نیز سند عناصر جرایم، مکرراً از قصد، علم و آگاهی سخن به میان آمده است؛ قصد، علم و آگاهی به اجزا و ارکان عنصر مادی. صرفنظر از

۱. عنصر مادی در حقوق کامن لا، مرکب است از «رفتار»، «اوضاع و احوال جرم» و «نتیجه جرم» عنصر معنوی نیز در این سیستم مرکب است از «هدفمندی»، «علم و آگاهی»، «بی‌پروایی» و «غفلت» (Robinson, 1997: 129 clark, 2001: 302). «هدفمندی یا نیت» زمانی به کار می‌آید که جرم، مرکب از «رفتار» یا «رفتار» به علاوه «نتیجه مجرمانه» باشد. «عالمانه» زمانی مصداق خواهد یافت که جرم مرکب از «اوضاع و احوال خاص» و «نتیجه» باشد.

اینکه قصد، علم و آگاهی در بردارنده قابلیت سرزنش مرتکب باشد یا خیر (fletcher, 2004: 991).

به تبع پذیرش دیدگاه مذکور از عنصر معنوی، در اساسنامه، بین جرم و دفاعیات به شرح مواد ۳۰ و ۳۱ اساساً تفکیک صورت گرفته است. جرم، با وجود عنصر مادی و عنصر معنوی (در معنای توصیفی و روانی) کامل است اما شخص مجرم، می‌تواند علیرغم وقوع جرم، به دفاعیاتی مثل دفاع مشروع، اضطرار و ... استناد کند. البته پاره‌ای از دفاعیات از جمله اشتباه موضوعی به شرح ماده ۳۲ اساسنامه نافی عنصر معنوی جرم است.

ماده ۳۰ اساسنامه متأثر از قانون جزای نمونه آمریکا با تفکیک عنصر مادی به سه بخش عمل فیزیکی، شرایط و اوضاع و احوال لازم برای تحقق جرم و نتیجه جرم، عنصر معنوی مورد نیاز برای هر بخش را، به تفکیک مشخص کرده است (میرمحمد صادقی، ۱۳۸۳: ۱۴). به این توضیح که در بند ۱ در بحث «عمل فیزیکی»، عنصر معنوی مورد نیاز را «قصد» معرفی کرده است. در بند ب، در بحث «نتیجه جرم»، عنصر معنوی مورد نیاز را قصد یا آگاهی محسوب نموده و در بند ج، در بحث «اوضاع و احوال لازم» برای ارتکاب جرم، «علم به وجود شرایط و اوضاع و احوال»، عنصر معنوی مورد نیاز، معرفی شده است.

با توجه به دیدگاه توصیفی از عنصر معنوی که در ماده ۳۰ اساسنامه پذیرفته شده است و با توجه به اینکه علم و آگاهی به عنوان جزئی از عنصر معنوی، در دو جزء «نتیجه» و «اوضاع و احوال» شرط تحقق جرم است، اشتباه، در صورتی، نافی عنصر معنوی تلقی خواهد شد که علم به این دو جزء را زایل کند. این مصداق از اشتباه، «اشتباه موضوعی» است، از این رو تنها اشتباه موضوعی است که نافی رکن معنوی جرم محسوب خواهد شد، اما «اشتباه حکمی» و «اشتباه در علل موجهه جرم» ماهیتاً امکان نافی علم به این دو جزء از عنصر مادی را نداشته و از این رو این دو مصداق از اشتباه، نافی رکن معنوی جرم محسوب نگردیده، حداکثر از علل رافع مسؤولیت کیفری محسوب می‌گردند. به عبارت دیگر، «علم به غیر قانونی بودن عمل ارتكابی» شرط عنصر معنوی مورد نظر در حقوق جزای داخلی و نیز اساسنامه نبوده و از این رو «اشتباه حکمی» و «اشتباه در علل موجهه جرم» که مثالهایی از فقد علم به قانونی بودن عمل هستند، نافی عنصر معنوی جرم محسوب نخواهند شد. اگر «علم به غیر قانونی بودن» جزئی از عنصر معنوی و فقد این علم نیز نافی عنصر معنوی محسوب گردد، لازم می‌آید که تمام اقسام دفاع اشتباه، در ماده ۳۲ اساسنامه به‌عنوان دفاعیات نافی عنصر معنوی پیش‌بینی گردند، درحالی‌که اشتباه مأمور در عدم تشخیص غیر قانونی بودن

دستور آمر، در ماده ۳۳ اساسنامه لحاظ شده است.^۱ بنابراین، سربازی که غیرنظامی را به تصور قانونی بودن اعدام او، به قتل می‌رساند (اشتباه در علت موجهه) عنصر مادی و عنصر معنوی مورد نیاز اساسنامه را دارد و عمل او جرم نظامی است. از این رو اشتباه او مشمول ماده ۳۲ اساسنامه نمی‌شود، زیرا عنصر معنوی مورد نیاز را دارد. (Amboss, 2007: 2071-344) به این علت که عنصر معنوی در اساسنامه در ارتباط با اجزاء عنصر مادی معنا دارد و اعتقاد مرتکب به قانونی بودن عمل ارتكابی نیز نافی این واقعیت نمی‌باشد که وی عنصر مادی را با عنصر معنوی (ذهنی) مورد نیاز به منصفه بروز رسانده باشد (Scaliotti, 2002: 14). با توجه به وجود عنصر مادی و عنصر معنوی در این مثال و نتیجتاً انطباق آن با جرم نظامی، تنها دفاع مرتکب، استناد به ماده ۳۳ اساسنامه است که از علل رافع مسؤولیت کیفری است.^۲

حال پرسش این است که آیا اشتباه موضوعی که نافی عنصر معنوی است، از سوی مأمور تحت هیچ شرایطی قابل استناد نمی‌باشد؟ موارد زیر مثال‌هایی از اشتباه موضوعی است که مرتکب به علت فقد عنصر معنوی، امکان استناد به ماده ۳۲ اساسنامه را دارد.

به سربازی دستور آتش گشودن به سمت پست فرماندهی دشمن که در ساختمان خاصی واقع است، داده می‌شود. سرباز با این تصور که دستور را اجرا می‌کند، اقدام به آتش گشودن می‌نماید. بعد از اجرای دستور مشخص می‌شود که او مدرسه‌ای را از بین برده، در

۱. تفاوت ماده ۳۲ و ۳۳ اساسنامه از این قرار است که در ماده ۳۲ اساسنامه به علت فقد عنصر معنوی، جرم شکل نمی‌گیرد اما در ماده ۳۳، جرم کامل است ولی مرتکب به علت اشتباه حکمی یا اشتباه در وجود علت موجهه جرم، قابل سرزنش نمی‌باشد. این علت دفاع مقرر در ماده ۳۲ را باید از دفاعیات نافی ارکان جرم و دفاع مقرر در ماده ۳۳ اساسنامه را باید از علل رافع مسؤولیت کیفری دانست. (برای مطالعه بیشتر نک Robinson, 1997: 11 – 12).

به‌علاوه چون ماده ۳۲ اساسنامه به طور کلی به زوال عنصر معنوی جرم اشاره دارد، در تمام جنایات بین‌المللی قابل استناد است در حالیکه ماده ۳۳، خاص جنایت جنگی است و در جنایات علیه بشریت، تجاوز و نسل‌کشی قابل استناد نمی‌باشد.

۲. در تفاوت عنصر معنوی و شرایط مسؤولیت کیفری در نظامهای حقوقی که قایل به دو عنصر برای جرم هستند، باید اشاره داشت که، عنصر معنوی یکی از ارکان جرم است در حالی که پس از تحقق جرم، از شرایط مسؤولیت کیفری بحث می‌شود و این پرسش مطرح می‌گردد که آیا مرتکب از عقل، بلوغ، اختیار و یا علم به قانون برخوردار بوده است یا خیر؟ اشتباه موضوعی از دفاعیاتی است که نافی رکن معنوی جرم است، در حالی که در مصادیقی مانند، جنون، صغر، اکراه، اشتباه حکمی، مستی و ... جرم و ارکان آن محقق است و مرتکب از مسؤولیت کیفری برخوردار نیست (علل رافع مسؤولیت کیفری).

حالی که نسبت به این موضوع هیچ آگاهی نداشته است. در این مثال سرباز به اتهام جنایت جنگی قابل محاکمه نیست، زیرا او فاقد عنصر معنوی مورد نیاز برای از بین بردن یک هدف غیر نظامی بوده است (cassesse, 2008: 29).

مثال دیگر شق سیزده جزء ب بند ۲ ماده ۸ اساسنامه است که برابر آن، تخریب یا توقیف اموال دشمن جز در مواردی که ناشی از ضرورت‌های جنگ باشد، مصداق جنایت جنگی است، سربازی که مطابق دستور فرمانده مبنی بر تخریب یا توقیف اموال به تصور اینکه این اقدامات ناشی از ضرورت جنگی است، به تخریب یا توقیف اموال مبادرت می‌کند، فاقد عنصر معنوی محسوب می‌گردد (Carter, 2002: 178).

همینطور است در مصادیقی از این ماده که اقدامات مرتکبین در تخریب ساختمان‌های آموزشی یا بمباران یا هدف حمله قرار دادن شهرها ... ، در صورتی مصداق جنایت جنگی است که مکان‌های مذکور هدف نظامی محسوب شده باشند، حال اگر سربازی مفهوم «هدف نظامی» را نداند و یا در تشخیص مصداق آن دچار اشتباه شده باشد، اقدام او متعاقب دستور فرمانده، مصداق اشتباه موضوعی نافی عنصر معنوی است؛ زیرا او در جزئی از اجزاء عنصر مادی که نیازمند علم و آگاهی است، دچار اشتباه شده است.

مصادیق مذکور، مثالهایی از اشتباه در اجزاء قانونی عنصر مادی (Mistake of legal Element) هستند که ماهیتاً مانند اشتباه موضوعی، عنصر معنوی را از بین می‌برند. زیرا، عباراتی مانند «هدف نظامی» یا «جمعیت غیرنظامی» از جمله اوضاع و احوال لازم برای تحقق جرم است. در مورد اوضاع و احوال جرم، مطابق ماده ۳۰ اساسنامه، لازم است که مرتکب به موضوع، علم و آگاهی داشته باشد. بنابراین جهل او نافی عنصر معنوی خواهد بود. بنابراین اشتباه موضوعی و اشتباه در اجزاء قانونی عنصر مادی، نافی عنصر معنوی جرم بوده و اقدام مرتکب را مشمول ماده ۳۲ اساسنامه خواهد کرد اما اشتباه حکمی و یا اشتباه در علل موجهه از شمول ماده ۳۲ اساسنامه خارج است و عمل مرتکب با فرض وجود دیگر شرایط، مشمول ماده ۳۳ اساسنامه خواهد بود.

۵. امر آمر و امکان یا عدم امکان استناد به اکراه برای اشخاص تحت فرمان:

در مورد امکان استناد به اکراه برای سربازان و سایر اشخاص تحت فرمان، نظریات متفاوتی ابراز شده است. با بیان نظرات موافق و مخالف و بحث در مورد مبنای دفاع اکراه و شرایط آن، به امکان یا عدم امکان استناد به دفاع اکراه برای سربازان و سایر اشخاص تحت امر، پرداخته خواهد شد.

۱.۵. استدلال موافقین و مخالفین:

مطابق نظر موافقین، استناد به دفاع امرآمر، مبتنی است بر جهل مأمور به غیر قانونی بودن دستور، در حالیکه دفاع اکراه مبتنی است بر فشار و سلب حق انتخاب از شخص در معرض تهدید^۱ (Kudo, 2007: 19 - Knoops, 2001: 130). بنابراین اگر امرآمر به نحو واضح و آشکار غیر قانونی باشد، اگر چه امکان استناد به دفاع «امر آمر» برای اشخاص زیردست و تحت فرمان وجود ندارد، اما امکان استناد به دفاع اکراه وجود خواهد داشت، البته در صورتی که سربازان و اشخاص تحت فرمان در معرض تهدید و اکراه فرماندهان قرار گرفته باشند (Paust, 1972: 167-170-Bassioni, 1999: 483, schabas, 2009: 306-337).

۲۴۵

مبانی و شرایط استناد به دفاع امرآمر در حقوق جزای بین الملل

قائلین به این عقیده با توجه به تفاوت مبنای امرآمر از اکراه، با نظر قضاتی که در پرونده «اردموویچ»^۱ به استناد فقد شرایط امرآمر، اکراه را نیز مورد پذیرش قرار ندادند، مخالفت می نمایند و اعتقاد دارند که وجود امرآمر شرط استناد به دفاع اکراه نیست، بلکه، فشاری که از سوی فرمانده به سربازان و اشخاص زیردست وارد می شود، مبنای اکراه است. این فشار و تهدید می تواند جسمی یا روحی باشد (Kudo, 2007: 19, Knoops, 2001: 199). بنابراین اگر فشار و تهدید مذکور باشد، اگر چه امکان استناد به ماده ۳۳ اساسنامه (امرآمر) وجود ندارد، اما عدم وجود شرایط این ماده، نافی استناد به دفاع اکراه (موضوع بند د ماده ۱ - ۳۱ اساسنامه) نمی باشد.

با توجه به تفاوت دفاع امرآمر از اکراه و تفاوت مبنای این دو، در کلیه جرایم بین المللی از جمله نسل کشی، جنایت علیه بشریت و جنایات جنگی، امکان استناد به دفاع اکراه برای اشخاص مکره وجود دارد، در حالیکه دفاع امرآمر مطابق صراحت ماده ۳۳ اساسنامه، خاص جنایات جنگی است (Knoops, 2001: 130).

موافقین استناد به دفاع اکراه، همچنین استناد به این دفاع را نه تنها برای سربازان و اشخاص تحت فرمان، بلکه برای فرماندهان و آمرین نیز در صورت وجود شرایط، ممکن می دانند (Schabas, 2009: 388 - 389). در مقابل، نظر مخالف بر آن است که محتوای حقوق جزای بین الملل متفاوت از حقوق جزای داخلی است؛ جرایم بین المللی موضوع حقوق جزای بین الملل، اعمالی هستند که در سطح وسیع و گسترده ارتکاب می یابند (Gur-Arye,

۱. (Erdmovic) اردموویچ عضو یک واحد نظامی صرب بوسنیایی در ژوئیه ۱۹۹۵ به عنوان عضو جوخه اعدام در تیرباران و قتل بسیاری از مسلمانان غیر مسلح بوسنیایی شرکت کرد. وی در دادگاه بین المللی یوگسلاوی سابق، اتهام خود را پذیرفت و مدعی شد که از تیرباران افراد غیر نظامی استنکاف کرده بود چون دلش برای آنها سوخته اما فرمانده او به وی گفته بود که اگر دلت برای آنها می سوزد بلند شو و در صف آنها قرار بگیر و من تو را خواهم کشت (chiesa, 2007; 9)

(12: 2012) با توجه به شدت جرایم بین‌المللی و ضرورت پیش‌بینی تدابیری برای محدود کردن ارتکاب این جرایم و در نتیجه حمایت از اشخاص ناتوان و آسیب‌پذیر، اکراه حتی به‌عنوان مصداقی از عمل رافع مسؤولیت کیفری، نباید توسط سربازان و اشخاص تحت فرمان قابل استناد باشد (Gur-Arye, 2012: 13). مطابق این نظر، اگر پیش‌بینی الزام مأمور به اطاعت از دستور آمر، در حقوق جزای داخلی موجب تضمین نظم است، اما در حقوق جزای بین‌الملل اطاعت مادون از مافوق، حتی در فرض اکراه، اگر متضمن ارتکاب جنایات بین‌المللی باشد، نباید قابل پذیرش تلقی گردد (Gur-Arye, 2012: 13).

مطابق این عقیده، مجازات سربازانی که تحت شرایط اکراه، مرتکب جنایات بین‌المللی شده‌اند ایزاری است برای انذار و باز داشتن آنان، در عدم اطاعت از دستورات غیر قانونی فرماندهان (Gur-Arye, 2012: 17). عدم پذیرش دفاع اکراه، سربازان را وادار خواهد کرد مانع از استفاده ایزاری خود برای ارتکاب چنینی جنایاتی شوند^۱ (Gur-Arye, 2012: 18). زیرا، هدف حقوق جزای بین‌الملل آن است که، پیش‌بینی مجازات رفتار درست را به افراد نشان دهد. بنابراین، سربازان و اشخاص تحت فرمان باید حتی در فرض اکراه، آماده مردن باشند، نه اینکه با ارتکاب جرم، جان خود را حفظ کنند (Henson, 2004: 21).

۲.۵. مبنای اکراه و شرایط آن:

در مورد مبنای اکراه، نظرات متفاوتی ابراز شده است، برخی، مبنای اکراه را غیر ارادی بودن رفتار شخص مکره می‌دانند (western, 2003: 921)، دسته‌ای دیگر، علت رفع مسؤولیت کیفری از مکره را فقدان وضعیت منصفانه دانسته و معتقدند که در این حالت، اگرچه شخص توانایی انتخاب دارد، اما او از موقعیت و فرصت منصفانه برای انتخاب برخوردار نمی‌باشد (Dressler, 1988-1989: 1367). نظریه سوم در توجیه اکراه به عنوان عامل رفع مسؤولیت کیفری به ضعف انسانی اشاره کرده و رفع مسؤولیت از شخص مکره را به علت ضعف و ناتوانی می‌داند که قرار گرفتن در موقعیت فشار و تهدید برای او ایجاد می‌کند (Kadish, 1987: 265-273). در جمع‌بندی این نظریات و پذیرش نظریه مختار باید اظهار داشت که، متهم در دفاع اکراه، اگرچه آزادی اراده ندارد ولی بی‌اراده هم نیست. همچنین

۱. همانطور که به‌نظر اکثریت قضات صادرکننده رأی محکومیت پرونده اردموویچ هدف حقوق جزای بین‌الملل، حمایت از اشخاص ناتوان است که در فرض اکراه به ارتکاب این جنایات نیز اشخاص تحت فرمان نباید در راستای حفظ جان خود، مرتکب جنایات مذکور گردند (Henson, 2004: 21).

اگرچه از موقعیت منصفانه برخوردار نمی‌باشد، اما نمی‌تواند به این بهانه مرتکب هر جرمی به علت اکراه و تهدید شود.

بنابراین باید مبنای اکراه را تصمیم و اراده اجتماعی دانست؛ اراده‌ای که مطابق آن، اضرار به غیر، در صورتی رافع مسؤولیت کیفری است که به نحو کافی قابل فهم و پذیرش برای همگان باشد (Chiesa, 2007: 35).

مطابق این نظر، انتخاب معقول و قابل فهم مرتکب، اساس رفع مسؤولیت کیفری از اوست و نه فشار روانی و یا سلب موقعیت منصفانه از شخص در معرض تهدید. بنابراین گاه علیرغم فشار روانی بر مرتکب و یا سلب موقعیت منصفانه از او، عملکرد شخص در معرض تهدید را نمی‌توان از نظر اجتماعی معقول و قابل پذیرش دانست، از این رو امکان استناد به دفاع اکراه وجود نخواهد داشت (Chiesa, 2007: 36).

با توجه به مبنای اخیر است که دفاع اکراه حاوی شرایط و محدودیتهای ویژه‌ای است از جمله:

الف) در اکثر نظام‌های حقوقی، مصادیق خطر موجد استناد به دفاع اکراه، محدود به ارزش‌های اساسی است. بطور مثال تهدید به جان، عضو و آزادی، امکان استناد به دفاع اکراه برای رفع مسؤولیت کیفری را فراهم می‌کند اما تهدید نسبت به مال یا اعتبار، حتی اگر منتهی به کاهش قدرت انتخاب و یا سلب موقعیت منصفانه شود، موجبی برای استناد به اکراه نمی‌باشد.

ب) در بسیاری از نظام‌های حقوقی شرط استناد به دفاع اکراه این است که واکنش شخص مکره، متناسب باشد. بطور مثال در کامن لاء، در بحث تناسب، واکنش شخص مکره با معیار «انسان متعارف» سنجیده می‌شود و پرسش می‌شود که آیا شخص متعارف، در وضعیتی مشابه وضعیت متهم، همان اقدام را انجام می‌داد یا خیر؟ (Willson, 1998: 271, Hearing, 2002: 392, lafave, 2000: 471)

ج) یکی دیگر از شرایط اکراه با لحاظ مبنای سابق‌الذکر، نداشتن وظیفه در مقابل تهدید و خطر است. به این توضیح که در صورتی شخص امکان استناد به دفاع اکراه را دارد که، وظیفه او حفظ نظم اجتماعی و امنیت عمومی نباشد. در این صورت او مکلف به مقابله با خطر و تهدید است و نه پذیرش تهدید و تمکین در مقابل تهدیدکننده. با توجه به شرایط اخیر، سربازان، مأموران نظامی، آتش‌نشانان و... که وظیفه مقابله با خطر و تهدید را دارند، نمی‌توانند متوسل به دفاع اکراه گردند (Chiesa, 2007: 40). در صورتی که بطور مثال پلیس با تمکین از تهدیدکننده، شخص بی‌گناهی را بکشد، عمل وی از نظر اجتماعی معقول و قابل پذیرش نبوده و به این علت او امکان استناد به دفاع اکراه را ندارد. حقوقدانان آلمانی

مبنای این شرط را آن می‌دانند که اجتماع به افرادی که وظیفه‌ای در مقابله با خطر و تهدید دارند، تکیه می‌کند. این افراد نمی‌توانند با شانه خالی کردن از تعهدات و تکالیف قانونی، تنها در پی منافع فردی و نجات خود باشند (Chiesa, 2007: 41)

با توجه به مبنا و شرایط اکراه، به این پرسش باز می‌گردیم که آیا امکان استناد به اکراه برای سربازان و سایر اشخاص تحت فرمان در حقوق جزای بین‌الملل و اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی وجود دارد، یا خیر؟

۳.۵. شرایط اکراه در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی و امکان یا عدم امکان استناد به آن برای سربازان:

در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، در بحث اکراه شرایطی در بند د ماده ۱-۳۱ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی پیش‌بینی شده است، از جمله اینکه:

الف) مصادیق تهدید و خطری که به استناد آن مکره امکان ارتکاب عمل ممنوعه را دارد عبارت است از تهدید به مرگ یا آسیب شدید جسمی مستمر یا آنی. دیگر مصادیق خطر و تهدید از جمله تهدید به آزادی، مال و... مشمول این ماده نمی‌باشد. (Werle, 2005: 145)

ب) در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، مانند حقوق جزای کامن‌لا به معیار انسان متعارف اشاره شده است به عبارت دیگر، واکنش شخص مکره با معیار «انسان متعارف» سنجیده می‌شود.

ج) عدم اراده مکره به ایراد آسیب بیشتر نیز قید دیگری است که سبب محدودیت دایره اکراه در بند د ماده ۱-۳۱ اساسنامه است. به این توضیح که اگر واکنش شخص در معرض تهدید، معقول و ضروری باشد، اما قصد او ارتکاب صدمه بیشتر باشد، نمی‌توان او را معاف از مسؤولیت کیفری دانست (Werle, 2005: 147).

د) عدم خطای مرتکب در ایجاد خطر، شرط دیگری است که از عبارت «تهدید مستقل از اراده شخص باشد» استنباط می‌گردد. شروط مذکور مبین آن است که از نظر اساسنامه مبنای اکراه، «انتخاب معقول و قابل پذیرش مکره» است. با توجه به این مبنا است که قیود پیش‌گفته موجه خواهد شد. اما در اساسنامه دیوان، به شرط «وظیفه مقابله با خطر و تهدید» به عنوان قیدی در استناد به دفاع اکراه، اشاره نشده است. بنابراین صراحتاً تعیین تکلیف نشده که آیا پلیس، سربازان، مقامات نظامی و... که قانوناً موظف به حفاظت از جان شهروندان و مقابله با خطرات خارجی و... هستند، امکان استناد به دفاع اکراه را دارند یا خیر؟ به عبارت دیگر آیا برای سربازان و اشخاص تحت فرمان امکان استناد به بند «د» ماده ۱-۳۱ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی وجود دارد؟ ممکن است با توجه به صراحت این

بند استدلال شود که مانعی برای استناد این اشخاص به دفاع مقرر در این ماده وجود ندارد، اما اگرچه در بند «د» ماده ۱-۳۱ اساسنامه شرط «وظیفه مقابله با خطر و تهدید» اشاره نشده است، اما به نظر می‌رسد که پیش‌بینی معیار «انسان متعارف» (که همین پذیرش مبنای «انتخاب قابل پذیرش شخص مکره» است)، مانعی برای سربازان و سایر اشخاص تحت فرمان، در استناد به دفاع اکراه مقرر در بند «د» ماده ۱-۳۱ اساسنامه است. در همین راستا در ماده ۳۳ اساسنامه که در مقام بیان معاذیر شخص مادون است، هیچ اشاره‌ای به دفاع اکراه نشده است. با توجه به سکوت این ماده که در مقام بیان معاذیر شخص مأمور است، باید نتیجه گرفت که شرط «ظیفه مقابله با خطر»، مانعی در استناد به دفاع اکراه خواهد بود.

بررسی شرایط تصویب ماده ۳۳ اساسنامه نیز موید این نظریه است. به این توضیح که، در جریان تصویب ماده ۳۳ اساسنامه، نمایندگی آمریکا خواستار آن بود که دستور مافوق به‌عنوان دفاعی مستقل از دیگر دفاعیات در اساسنامه پیش‌بینی شود، اما این نظریه مورد مخالفت نمایندگان کشورهای انگلیس، نیوزلند و آلمان قرار گرفت، که اعتقاد داشتند، دستور مافوق را نمی‌توان فی‌نفسه دفاع محسوب نمود، بلکه، در صورت انطباق شرایط آن با اکراه یا اشتباه (اعم از حکمی و موضوعی)، می‌توان آن را از علل رافع مسؤلیت کیفری دانست. با لحاظ این موضوع، ماده ۳۳ نوشته شد که نظری بینابین را پذیرفت. (Amboss, 1999: 30-31)

بنابراین، علی‌رغم طرح بحث اکراه در جریان تصویب این ماده و عدم پیش‌بینی آن، مشخص خواهد شد که اکراه برای سربازان و اشخاص تحت فرمان، دفاع محسوب نمی‌گردد. از این رو بند «د» ماده ۱-۳۱ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی منصرف از ماده ۳۳ اساسنامه است که خاص سربازان و اشخاص و نظامی تحت فرمان است. در ماده ۳۳ اساسنامه، علی‌رغم در مقام بیان بودن دفاعیات قابل استناد برای مأمورین تحت فرمان، اشاره‌ای به دفاع اکراه نشده است. بنابراین نمی‌توان قایل به استناد بند «د» ماده ۱-۳۱ اساسنامه برای مشمولین ماده ۳۳ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی شد.

مبنای اجتماعی دفاع اکراه نیز اجازه استناد به دفاع اکراه را برای سربازی که بین انتخاب جان خود و جان هزاران بی‌گناه دیگر مخیر شده است، نمی‌دهد. جامعه در این زمان از شخص سرباز، انتظار فداکاری و گذشتن از جان خود را دارد و نه ارتکاب قتل هزاران بی‌گناه (Cheisa, 2007: 38-39).

البته حقوقدانانی که با توجه به مبنای فوق قایل به ممنوعیت استناد به دفاع اکراه برای سربازان و سایر اشخاص تحت امر هستند، در موارد استثنایی، واکنش شخص را مشمول

دفاع اکراه می‌دانند. در این موارد واکنش شخص تحت خطر و تهدید با معیار انسان متعارف انطباق دارد از جمله این مصادیق عبارت است از:

- ۱- مواردی که خطر مورد تهدید بیش از عمل مورد درخواست باشد. به‌طور مثال تهدید به جان برای ارتكابی اعمالی علیه عضوی از بدن (ایراد ضرب و جرح) (Chiesa, 2007: 42).
- ۲- مواردی که انجام یا عدم کار مورد درخواست شخص مکره، علی‌السویه است. به‌طور مثال راننده زندانیان محکوم به اعدام، تهدید به مرگ می‌شود که یکی از آنها را با تیر بکشد. در صورت عدم تیراندازی نیز زندانیان کشته خواهند شد. در این مثال انجام یا عدم انجام کار مکره علی‌السویه است. (Chiesa, 2007: 46-47)

در نتیجه، باید استدلال نمود که استناد به دفاع اکراه برای سربازان یا اشخاص تحت امر که وظیفه مقابله با خطر و تهدید را دارند، ناممکن است. اگر اکراه به ارتکاب قتل عمد باشد، این ممنوعیت حتی شامل اشخاص عادی نیز خواهد بود. تنها در موارد خاص که کار مورد درخواست کمتر از تهدید باشد و انجام یا عدم انجام آن یکسان باشد، امکان استناد به اکراه برای اشخاص نظامی، سربازان و... وجود خواهد داشت.

۶. نتیجه‌گیری:

شدت جرایم بین‌المللی و لزوم پیش‌بینی مقرراتی که ارتکاب این جرایم را تا سر حد امکان کاهش دهد، سبب محدودیت دایره استناد به امر آمر به عنوان دفاع رافع مسئولیت کیفری در حقوق جزای بین‌المللی است. اگرچه، اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی با پذیرش نظریه مسئولیت مشروط مأمورین، قاعده مسئولیت مطلق مأمورین را تا اندازه‌ای تعدیل نموده است، اما در این اساسنامه نیز استناد به این دفاع، خاص جنایات جنگی است و در جرایم نسل‌کشی، جنایت علیه بشریت، جنگ تجاوزکارانه، امکان استناد به آن وجود نخواهد داشت. مبنای ماده ۳۳ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی نیز عذر عدم اطلاع مأمور از غیر قانونی بودن دستور آمر است. به سخن دیگر، این ماده در همان محدوده اندک، در فرضی قابل استناد است که مأمور از غیر قانونی بودن دستور آمر اطلاع نداشته باشد (اشتباه حکمی). بنابراین در فرض اطلاع او از غیرقانونی بودن دستور آمر، استناد به آن ناممکن است. با توجه به تفاوت شرایط ماده ۳۲ و ۳۳ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی و نیز مبنای پذیرش اشتباه حکمی که برابر آن جرم محقق است ولی مرتکب قابل سرزنش نیست، دفاع مقرر در ماده ۳۳ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی را باید از علل رافع مسئولیت کیفری دانست. از طرف دیگر با لحاظ سابقه تاریخی وضع ماده ۳۳ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی و عدم پیش‌بینی دفاع اکراه برای سربازان و اشخاص تحت فرمان در این ماده و

توجهاً به محدودیت امکان استناد به معاذیر معاف کننده مسئولیت در جرایم بین‌المللی، نمی‌توان قائل به پذیرش دفاع اکراه برای سربازان و مأمورین نظامی شد.

شدت جرایم بین‌المللی و لزوم اطلاع همگان از قباحت این جرایم، حقوق داخلی کشورها را نیز تحت تأثیر قرار داده و در بسیاری از کشورها نظریه عدم مسئولیت مطلق مأمورین از قوانین کیفری رخت بر بسته و مأموریت تحت شرایطی وظیفه بررسی قانونی یا غیر قانونی بودن دستور فرماندهان را دارند. این در حالی است که در قوانین دادرسی و کیفر ارتش قبل از انقلاب و نیز قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح مصوب ۱۳۸۲ ایران در مورد نیروهای نظامی مادون، تنها وظیفه مأمورین اطاعت و پیروی از دستورات فرماندهان دانسته شده و به تبع آن باید نتیجه گرفت که در حقوق داخلی و در فرض اطاعت از دستورات مافوق نظامی، نظریه عدم مسئولیت مطلق مأمورین حاکم است. ملاحظه مقررات فصل سوم و چهارم قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح مصوب ۱۳۸۲ بیانگر عدم پیش‌بینی هرگونه توجیه یا عذری برای مأمور در عدم اطاعت از دستورات مافوق و در مقابل پیش‌بینی ضمانت اجرای کیفری برای تمرد و مقاومت در مقابل دستورات است.

بنابراین، با توجه به بند ب ماده ۱۳ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی که امکان اعمال ضمانت‌اجراهای مقرر در اساسنامه را در مورد کشورهای غیرعضو با رعایت شرایط پیش‌بینی کرده است، در نظر گرفتن امر آمر در حقوق جزای نظامی ایران به عنوان علل موجهه جرم به‌هیچ‌رو نافی مسئولیت کیفری مأمورین در حقوق جزای بین‌المللی نبوده و از این رو ضروری است که به منظور تضمین اجرای اصول عالیه اخلاق و احتراز از دامنگیر شدن نتایج ناخوشایند اعمال ضمانت‌اجراهای کیفری بین‌المللی، در حقوق جزای نظامی داخلی، پیش‌بینی شود که مأمورین در صورتی که دستور صادره را آشکارا غیرقانونی بیابند، مکلف به عدم اطاعت خواهند بود.

۷. منابع و مأخذ:

الف) فارسی:

۱. رهامی، محسن و نظری‌نژاد، محمدرضا (۱۳۸۹)، «بررسی نظریه‌ها راجع به عناصر جرم با نگاهی به اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی»، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی تهران، دوره ۴ شماره ۷، ۱۰۰-۸۰.
۲. شیایزی، کریانگ ساک کیتی (۱۳۸۳)، حقوق کیفری بین‌المللی، ترجمه بهنام یوسفیان و محمد اسماعیلی، تهران: انتشارات سمت.

۳. فلچر، جورج پی (۱۳۸۴)، مفاهیم بنیادین حقوق کیفری، ترجمه سیدمهدی سیدزاده ثانی، مشهد: مؤسسه چاپ و انتشارات آستان قدس رضوی.
۴. کاسسه، آنتونیو (۱۳۸۷)، حقوق کیفری بین‌المللی، ترجمه حسین پیران، اردشیر امیر ارجمند و زهرا موسوی، تهران: نشر جنگل.
۵. _____ (۱۳۷۵)، نقش زور در روابط بین‌المللی، ترجمه مرتضی کلانتریان، تهران: انتشارات آگاه.
۶. میرمحمد صادقی، حسین (۱۳۸۳)، دادگاه کیفری بین‌المللی تهران: نشر دادگستر.

(ب) خارجی:

1. Amboss, Kai (1999), "General Principles of Criminal Law in The Rome statute", **Criminal Law Forum**, 10.
2. Amboss, Kai (2007), "Toward a Universal System of Crime: Comments on George Fletcher's Grammar of Criminal Law", **Cardozo Law Review**, Vol. 28: 6
3. Ambos, Kai (2011), "Defense in international Criminal Law" Bertram S. Brown (ed.), **Research hand book on international criminal Law**, Chettenham etal: Elgar.
4. Bakker Jeannel (1989), "The Defense of superior order: The Mens Rea Requirement", 17 **AJIL** 57
5. Bantekas, Ilias and Nash, Susan (2007), "**International Criminal Law**", Routledge – cavandish.
6. Bassiouni. M.C (1999), "**Crimes Against Humanity in International criminal law**", Kluwer law International, (Netherland).
7. Carter, Kims (2002), "**command Responsibility and superior order in the Rome statute**", The Changing face of International Criminal Law, selected papers.
8. Cassese, Antonio (2008), "**International criminal Law**", oxford university press.
9. Chiesa, Luis E (2007), "**Duress Demanding Heroism and proportionality**", peace Law School, <http://digital commons. Pace.edu/Law faculty/404>
10. Clark. Roger, (2001), "The **Mental Element in International Criminal Law**", Criminal Law Forum, 12
11. Cryer, Robert, Friman, Hakan, Robinson, Darry, wilmshurts, Elizabeth, (2007), An "**Introduction to International Criminal Law and procedure**", Cambridge press.
12. Dinstein, Yoram (1965), "**The defense of obedience to superior orders in International Law**", A.W. sijnthoff leyden
13. Dressler, Joshua (1988-1989), "Exegesis of The Law of duress", 62 **California Law Review**
14. Elwa Bader, Mohammad (2005), "Mens Rea. Mistake of Fact in Germany", **International Criminal Law Review**, vol, 15.

15. Eser, Albin (1999), "Article 31- Ground for excluding criminal Responsibility", **Otto triffterer: Commentary on the Rome statute of the International Criminal Court.**
16. Eser, Albin (1995), "**Defense in war trials**", Israel Yearbook on human rights, vol.24.
17. Fletcher, George p (2002), "**Excuse: Theory**" **Encyclopedia of crime and justice**, second edition, Macmillan Reference U.S.A, Gale Group, Thomson Learning vole 2.
18. Fletcher, George P (2009), "From Rethinking to Internationalizing Criminal Law", **Tulsa Law Review**, Vol. 39.
19. Fletcher, George (2000), "**Rethinking Criminal Law**", New York, Oxford university press.
20. Gaeta, Paola (1999), "The Defense of superior order: The statute to the International criminal court versus customary International Law" **EJIL**10.
21. Gur-Arye, Miriam (2012), "**should duress be treated differently under ICL?**" Hebrew university of Jerusalem, faculty of Law.
22. Hamid , Abdul Gohafar, sein, khin Maung (2008), "The Defense of superior orders, Manifest illegality principles and the statute the international criminal court" , **Asian journal of International Law** vol. 3 Issue11-2.
23. Hearing, Jonathan (2002), "**Criminal Law**", New York, Palgrave Mac Milam.
24. Heller, Kevin Jon (2008), "The Rome statute in comparative perspective", **Melbourne Law school, Legal studies Research paper**, No 370
25. Henson, Christopher M (2004), "**superior orders and duress as defense in international Law and The international Criminal Tribunal for The former Yugoslavia**" paper based on an expository Essay prepared for PSC 14820: international law, department of political science, university of North Texas.
26. Hobel, Mark W.S. (2001), "So vast and Area on Legal Irresponsibility? The superior orders defense and good faith Reliance on advice of counsel" **Columbia Law Review**, vole 111.
27. Kadish. Sanford. H (1987), Excusing Crime, **California Law Review**, Vol. 75.
28. Knoops, Geert-Jan G.J (2001), "**Defenses in Contemporary International Law**", transnational publishers, Inc.
29. Kudo, Koji (2007), "**Command Responsibility and the Defense of superior order**", The Thesis submitted for The Degree of Doctor of philosophy at the university of Leicester.
30. Lafave, Wayne (2000), **Criminal Law**, West.
31. Maogoto, Jackson (2007), "the superior orders defense: A game of musical chairs and the jury is still out" **Flinders Journal of Law Rerom** Vol. 10.

32. Minow, Martha (2007), "living up to Rules: Holding soldiers Responsible for abusive conduct and the Dilemma of the superior Orders defense" **Mc Gill Law journal**, vol.52.
33. Nourse. V.F (2002), "Hearts and Minds": Understanding the New Culpability, **Buffalo Criminal Law Review**, Vol.6, NO.I.
34. Paust, Jordan J (1972), "Mylai and Vietnami norms, Myths and Leader Responsibility" **military Law Review**, 57.
35. Paust, Jordan (1999), "**Bassiouni (eds) superior orders and Command Responsibility**", International Criminal Law, 2nd edition Transnational publishers.
36. Restivo, Natalia M (2006), "Defense of superior order in International criminal Law as portrayed in Three Trials: Eichmann, Calley and England" **Cornell Law school Graduate student paper**. Paper18.
37. Robinsin, Paul H. (1997), "**structure and Function in Criminal Law**", Clarendon Press. Oxford.
38. Rogers, A.P.V. "(2004), **Law on the Battlefield**", Juris publishing.
39. Scaliotti, Massimo (2002), "Defenses before the International Criminal court", **International Criminal Law Review**, Vol.2, No1.
40. Schabas, William A (2009), "**Genocide in International Law, The crime of crimes**", Cambridge press.
41. Slidregt, Elies Van (2003), "**Defense in International Criminal Law**", paper to be presented at the conference convergence of Criminal Justice Systems: Building Bridge Bridges the Gap, The International Society for The Reform of Criminal law. 17th International Conference, 25 August 2003.
42. Werle, Gerhard (2005), "**Principles of International Criminal Law**", AT.M.C. Asser press.
43. Western, Peter and James Mangiaficio (2003), "The Criminal Defense of Duress", **Buffalo Criminal Law Review**, Vol. 6.
44. William Wilson (1998), "**Criminal Law**", London and New York, Longman.
45. Wirts, steffen (2003), "Germany, New International crimes code: Bringing a case to court" **Journal of international criminal justice** 1.
46. Yeo, Stanley (1993), "mistakenly obeying unlawful superior orders", **Bond law Review**, vol.5.