الدفع بطاعة الأوامر العليا في القانون الدولي الجنائي

خضري محمد

أستاذ مساعد "أ"

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو

مقدمة:

أشار الفقيه lauterpacht سنة 1944 بأن الدفع بطاعة الأوامر العليا يشكل واحدا من الدفوع الأكثر تعقيدا سواء على المستوى الوطني أو الدولي؛ وهذا بدليل أنه لا توجد أي قاعدة عرفية تحكم وتضع مفهوما واحدا للمسألة بشكل مستقر وثابت وواضح.

ولقد شكل الدفع بإطاعة الأوامر العليا أهم الدفوع المثارة أمام المحاكم العسكرية الدولية و الوطنية بعد الحرب العالمية الثانية على الإطلاق[1]؛ كما أن غالبية المتهمين الماثلين أمام هذه المحاكم قدموا دفوعا بطاعة أوامر رؤسائهم السلميين.

فمنذ التصديق على ميثاق محكمة نورمبرغ ونفي الميثاق لقبول الدفع كمبرر للإعفاء من العقوبة؛ اعتقد الفقه بأن الأمر يتعلق بمبدأ من مبادئ القانون الدولي إلا أن ما جرى به العمل على المستوى الوطني والداخلي أمر مغاير تماما لما حدث أمام محكمة نورمبرغ ومناقض له بحيث استقرت التشريعات الوطنية على

[1] See : **takemura** : «Rights and duties of the individual to disobey manifestly illegal orders under international law», in www.lse.ac.uk/Depts/global/PDFs /Peaceconference/ Takemura.doc, p : 08, last visited : 2008.11.23 .

اعتبار الدفع بطاعة الأوامر على أنه دفع مقبول وسبب من أسباب الإباحة أو مبرر لنفي المسؤولية الجزائية في حق المنفذ .

فالتشريعات الوطنية للدول تعتبر الدفع بطاعة الرؤساء والقادة من قبيل طاعة القوانين وأنه سبب لإباحة الفعل بحيث تخرجه من دائرة التجريم إلى دائرة الإباحة؛ وهذا التصرف قد يكون منصوصا عليه في القوانين الجزائية أو في التشريعات العسكرية أو فيهما معا بشكل متكامل ويخدم بعضه البعض الآخر.

أما على المستوى الدولي فبالنظر للمعاهدات الدولية والاجتهادات القضائية الصادرة في المسألة أو بالنسبة لمواثيق المحاكم الدولية لنورمبرغ وطوكيو وكذا بالنسبة للمحكمة الدولية الخاصة ليوغسلافيا سابقا والمحكمة الدولية الخاصة لرواندا فإن هذا الدفع قد تراوح بين الرفض كسبب للإباحة أصلا أو أن يكون عنصرا لاستبعاد المسؤولية الجزائية للفاعل وجعله كوسيلة للتخفيف من العقوبة بحسب اجتماع ظروف معيّنة على أن يدخل ذلك ضمن اختصاص المحكمة الفاصلة في الموضوع .

والمثير للانتباه هو أن أحد الفقهاء أشار إلى أن أول انطباع تتركه دراسة الدفع بطاعة الأوامر العليا هو أنها سهلة الإحاطة ولكن التطرق إليها يبعث على الكثير من التعقيد والتداخل [1] .

وتسعى الدراسة الحالية إلى فتح نافذة لفهم إشكالية التعارض الموجود بين النظامين الداخلي والدولي حول الدفع بطاعة الأوامر العليا ومحاولة رفع هذا التعارض وذلك بعد التطرق للنظريات الثلاث المعالجة للمسألة :

[1] Voir : **G.Dufour** : «la défense d`ordres supérieurs existe-t-elle vraiment ? », revue internationale de la croix rouge, n° 840, 2000, Pp : 969-992 , At : 969 .

أولا- نظرية المسؤولية الخاصة للقائد .

ثانيا- نظرية المسؤولية الكاملة .

ثالثا- نظرية المسؤولية المحدودة .

وفي صلب كل نظرية يتم الرجوع إلى تعريفها وتطورها التاريخي والاجتهادات القضائية الداخلية والدولية المصاحبة لها والآراء الفقهية المساندة لها مع النقد المناسب والتقييم .

أولا- نظرية المسؤولية الخاصة للقائد :

تعتمد هذه النظرية على تحميل الرئيس السُلمي المسؤولية الجزائية عن الأوامر التي يصدرها إلى الخاضعين لسلطته بحيث يعفى المرؤوس الخاضع من كل مسؤولية جزائية عند تنفيذه الأمر وهذا بشكل تام .

وبناءا على هذه النظرية فمُصدر الأمر هو الذي يتحمل المسؤولية أي القائد أما الخاضع فيستفيد من عذر الإباحة، وتعرف هذه النظرية في النظام الرومانوجرماني بـ : " la théorie de l`obeissance passive ", أما في النظام الأنجلوساكسوني فتعرف بـ : "The Doctrine of Respondeat Superior " [1].

وفي الاصطلاح يقصد بها: "دع القائد يرد let the superior reply ".

---

[1] كما عرفت في الفقه الألماني بـ : The Befehl ist Befehl Theoryوتجدر الإشارة في هذه الصدد بأن فقهاء القانون الإنجليز يعتمدون على النظرية بصفة أخص في القانون الاجتماعي أو العمالي أين يتطرقون إلى العلاقة بين رب العمل والمستخدم وبيان تقسيم المسؤوليات المدنية بينهما ومصطلح respondeat superior شائع من حيث الاستعمال بهذا المفهوم في القانون الخاص (الاجتماعي) عنه في القانون الجنائي الدولي .

و تجدر الإشارة إلى أن أحكام المادة : 136 وما يليها من القانون المدني الجزائري تعكس إلى حد كبير محتوى مفهوم respondeat superior. المتعلقة بالقانون الخاص .

وتثار النظرية كلما وجدت علاقة بين الرئيس والمرؤوس فيقبل الرئيس أو السيّد تحمل المسؤولية كلما قام المرؤوس بارتكاب خطأ نتيجة لعلاقة: رئيس – مرؤوس التي تربطهما؛ وللعلم فإن قبول الدفع بطاعة الأمر ينقل المسؤولية الجزائية من المرؤوس إلى الرئيس مُصدِر الأمر غير المشروع [1] .

ويرى مؤيدو الفكرة بأنه من المنطقي عدم متابعة المرؤوس الخاضع نظرا لحسن نيّته الناجمة عن الجهل بالقانون bona fide ؛ لأن المرؤوس لا يمكنه أن يحكم ويبحث إن كان الأمر الصادر إليه مشروع أم غير مشروع لأنه يجهل تماما الظروف القانونية التي صدر فيها الأمر؛ كما أن الجندي من جهة أخرى يجد نفسه تحت واجب الطاعة الذي يفرض عليه تنفيذ الأمر؛ فمن المستحيل على الجندي الامتناع عن التنفيذ لأنه ليس له أي بديل لأن طاعة الأوامر حجر زاوية في أي نظام عسكري وكما صرح به أحد الفقهاء :

« **فإن الجندي بانضمامه إلى الخدمة العسكرية يصبح جسده ملكا للقيادة التي وظفته** » [2] .

وتجد النظرية أصولها التاريخية في القرون الوسطى عندما كان انتقاء وتوظيف العسكريين والجنود يتّم من الطبقة الشعبية أما انتقاء الرؤساء والقادة فيتم

---

[1] See : Black`s law Dictionary (5th ed 1979) AT p:1179, in **Bakker (Jeanne L):**« The Defense Of Obedience To Superior Orders : The Mens Rea Requirement », In Transitional Justice : How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes, Par Neil J. Kritz Editor, Publié par US Institute of Peace Press, 1995, Pp: 441-455.AT p : 442, note : 07 .

[2] Ibid, p : 443-446 .

من طبقة النبلاء وهذا ما يعطي للأمر طابع الإلزام [1]، كما يجعل الجندي بمثابة أداة لتنفيذ الأوامر دون الخشية من العقوبة أو المتابعة .

وبالعودة إلى ما تضمنته الألواح الإثنتي عشر فإن أي انتهاك إذا ما تمّ ارتكابه من طرف شخص تحت potestas فإن عائلته أو عشيرته paterfamilias تقوم بدفع وتعويض الأضرار اللاّحقة بالضحية ولذلك فإن المسؤولية هنا ترجع إلى the paterfamilias ومنه فإن الفرد يعفى من المسؤولية .

كما أنه بالرجوع إلى the digests of Justinian فإننا نجد أن:

« الشخص الذي يتصرف بناءا على أمر والده أو سيّده فإنه يعتبر قد تصرف بدون إرادة وأنه لا يمكن معاقبة من تصرف بناءا على عذر الطاعة»[2].

كما أن Cicero كتب بأنه إذا كان الخاضع ملزما بتنفيذ الأمر فإن الرئيس وليس الخاضع هو الذي ارتكب الفعل أو الانتهاك [3].

ولقد تمّ اعتماد هذه النظرية من طرف الفقيه "l.oppenheim" في كتاباته الأولى[4] والذي يعتبر هو من قام بتطويرها بشكل جوهري ويرى oppenheim

---

[1] See : **G.Sacerdoti** : «individual responsibility and superior orders for war crimes : current developments», in A.E.Kellermann et als, Israel among the Nations, kluwer law international, 1998, Pp : 343-352, At : 344 .

[2] See : **N.Keijzer** : «A plea for the defence of superior order», Israel yearbook on human rights, vol : 08, 1978, Pp : 78-103, At : 80

[3] Ibid

[4] ولقد بقي Oppenheim على موقفه حتى الطبعة الخامسة لمؤلفه " القانون الدولي : المعاهدات " سنة 1935, غير أنه في الطبعة السادسة له سنة 1940 تراجع عن هذا الموقف

See : **Ilias bantekas and s.nash**, international law, second edition, routledge Cavendish, 2003, p : 131, and

بأن الدفع بطاعة الأوامر العليا يعتبر في حد ذاته وبشكل آلي وقبلي A priori وبشكل كلي ومطلق بمثابة " دفع A defence" تجاه كل متابعة جزائية موجهة ضد المنفذ [1].

ولقد وضع oppenheim المبدأ في الإصدار الأول لكتابه " القانون الدولي: المعاهدات..." سنة 1906 كما أنه عندما قام بصياغة المدونة العسكرية البريطانية سنة 1912 قام بوضع المادة 443 والتي تضمنت :

« أن أعضاء القوات العسكرية الذين يرتكبون جرائم متعلقة بقانون الحرب تنفيذا لأوامر حكومتهم أو لرؤسائهم السُلميون لا يمكن اعتبارهم على أنهم مجرموا حرب كما لا يمكن متابعتهم من طرف العدو هذا الأخير يمكنه متابعة مصدر الأمر وحده »,

وبعد سنتين من ذلك أوردت المدونة الأمريكية لقانون الحرب البرية نفس المعيار والموقف في المادة: 347 منها [2]. واستمرارا لنفس الفكرة فقد علّق الفقيه Telford taylor على المدونتين الأمريكية والبريطانية بأن كلا المادتين تعفي

E.Mallea : «l`éxcuse des ordres superieurs et le droit international humanitaire», in F.kalshoven (ed), implementation international humanitarian law, martinus nijhoff publishers, 1989, Pp : 197-331, At : 306.

See : **Kelsen (H)** : «collective and individual responsibility in international law with particular regard to the punishment of war criminals», California law review, vol : 31, 1943, Pp : 530-571 .

[1] See : **M.scaliotti** : «defences before the international criminal court : substantive grounds for excluding criminal responsibility par : I», international criminal law review, 2001, 1, Pp : 111-172, At : 127-128 .

[2] See : **Mallea,** *op.cit*,.at : 305, and see : **j.N.Maogoto** : « the superior orders defence : A Game of musical chairs and the jury is still out », flinders journal of law reform, 10 (2007), Pp : 1-26, At : 3 .

من المسؤولية منفّذ الأمر إذا كان صادرا من حكومته أو رئيسه الأعلى وأنهما صرحتا بأن مصدر الأمر أو الذي صرح به هو من تتمّ معاقبته[1].

كما تمّ اعتماد النظرية من طرف الفقيه H.Kelsen الذي آمن بفكرة المسؤولية الخاصة للدولة Acts of state وحسبه فإنه لا يمكن لأية دولة أن يكون لها اختصاص تجاه دولة أخرى وأنه إذا قام أي فرد بصفته قائم بمهام لصالحها بانتهاك القانون الدولي فإن تبعات تصرفه تتحملها الدولة؛ وأنه لا يمكن متابعة أي فرد أمام محكمة دولة أجنبية [2] .

كما يرى بأن الانضباط لا يمكن أن يتمّ إلا بطاعة لامشروطة من طرف الخاضع للرئيس الأعلى وأن هذه الطاعة لا يمكن أن تتم إلا بتحميل الرئيس الأعلى وحده المسؤولية [3].

ويعتبر الدفع بطاعة الأوامر العليا (في مفهوم النظرية) من طرف الخاضع على أنه دفع مقبول (Admissible defence per se) وهذا بصفة آلية وبقوة القانون كلما تمّت إثارته [4] .

---

[1] See : **V.A Roling** : «criminal responsibility for violation of the law of war», Revue Belge de droit international, vol : XII, 1976-1, Pp : 8-26, At : 18.

[2] See : **E.ven.sliedregt**, the criminal respensility of individuals for violations of international humanitarian law,
Cambridge university press,2003 , Pp : 227-228 .

[3] See : **Kelsen (H)** : «collective and individual responsibility in international law with Punishment of war criminals», California law review, vol : 31, particular regard to the 1943, Pp : 530-571, At : 356 .

[4] See : **y.Dinstein** : «defences», in G.K.Mc Donald and O.G.swaak (eds), substantive and procedural aspects of international criminal law, vol : 1, 2000, Pp : 369-388, At : 380 .

ولذلك فإنه قبل الحرب العالمية الثانية فإن جميع الخاضعين لأوامر هتلر صرحوا بأن كل ما حدث كان من خطأ هتلر وحده (it was all Hitler's fault) [1]؛ وأن الأوامر التي كان يصدرها هتلر كانت تسمى : The fuhrerprinzip وأن الفلسفة التي تأسس عليها الرايش الثالث مبنية على فلسفة هيجل والتي يجعل فيها الدولة السلطة العليا وأن أوامر هتلر تعتبر أسمى الأوامر في هذه الدولة , ويرى الأستاذCh.Bassiouni بأن هذه المفاهيم مستمدة كذلك من كتابات E.Kant والتي يذكر فيها أن كل سلوك يعتبر مشروع إذا كان متوافقا مع القانون وأن سلطة الفوهرر تعتبر المصدر المشروع للأمر الواجب على الآخرين إتباعه وعليه فالفوهرر وحده من يمكن متابعته وكل من قاموا باتباع الأوامر لا يمكن معاقبتهم [2].

ويظهر جليا من المحاكمات التي تمت في Leipzig أن أشهر أربع محاكمات ارتبطت بطاعة الأوامر العليا قد اعتمدت في جلها على نظرية

---

[1] See : **G.werle**, principle of international criminal law, Asser press, 2005, p : 154 .

[2] See **: Ch.Bassiouni**, crimes against humanity in international criminal law, second revised Edition, 1999, p : 455 .

واستمرارا لنفس الفكرة فإنه من خصائص هذه الأوامر Fuhrerprinzip بحسب ما شرحه المحامي Jahrreiss عن المتهم Jodl في دفاعه أمام المحكمة العسكرية أن أوامر هتلر أصبحت تشكل عنصر مركزي في ألمانيا؛ وبأنها «الكلمات الأخيرة أو النهائية the last word» التي لا يمكن الاعتراض عليها في أي حال من الأحوال؛ وبأن العقوبة عن هذه الأوامر لها طابع ومجال خاص؛ وأن الموظفين ليس لهم أي حق أو واجب لرقابة وفحص هذه الأوامر وفي نظرهم فهذه الأوامر لا يمكن أبدا أن تكون غير مشروعة.

C.Luther.N.Norene, obedience to orders as defence to A criminal Act, Tesis presented to the judge Advocate G.Scool, **US**, 1971, p : 44.

المسؤولية الخاصة للقائد؛ رغم أن اتفاقية فرساي لم تتضمن أية إشارة صريحة إلى الدفع بطاعة الأوامر العليا [1] .

فبالرجوع إلى قضية Robert Neumann والذي تمّت متابعته على أساس أنه أساء معاملة الأسرى البريطانيين وأن هذه الإساءة تمّ إثباتها ضده؛ فدفع Neumann بطاعة الأوامر الصادرة إليه ضد أحد الأسرى بصفة خاصة وذلك عندما قام بضربه لما امتنع عن العمل مما أدى بالمحكمة إلى القول بأن المتهم ليس مسؤولا عن هذا الفعل الذي تمّ بناءا على أوامر رؤسائه استنادا على نص المادة 47 من القانون الجزائي العسكري الألماني والتي تنص:

« على أن الخاضع يمكن أن يكون مسؤول جزائيا فقط عندما يعلم بأن الأوامر الصادرة إليه تؤدي إلى سلوك يعتبر على أنه جريمة في نظر القانون العسكري أو المدني » [2].

وفي قضية du dover castle والتي تمّ فيها إغراق سفينة المستشفى البريطانية dover castle من طرف غواصة ألمانية وعلى إثر ذلك تمّت متابعة قائد الغواصة karl neuman والذي دفع أمام المحكمة بأنه إلتزم بأوامر الأمرالية الألمانية والتي تعطي له الحق في إسقاط كل سفينة لا تتوفر على شروط معيّنة وذلك لكون دول الإتحاد تستعمل السفن العلاجية لأغراض حربية مخالفة بذلك أحكام اتفاقية لاهاي العاشرة لسنة 1907.

---

[1] See : **Scaliotti**, *op.cit*, p : 130 .

وينبغي التذكير هنا بأن محاكمات Leipzig لم تعتمد فقط على نظرية المسؤولية الخاصة للقائد وإنما اعتمدت بشكل نادر كذلك على نظرية المسؤولية المحدودة , ارجع إلى القسم المخصص لهذه النظرية .

[2] See : **E.Mallea**, *op.cit*, p : 302 .

ولقد تمّت تبرئة ساحة المتهم k.neuman لكون المحكمة اعتبرت أنه :

« من المبادئ الثابتة في النظام العسكري أن الخاضع ملزم بطاعة أوامر رؤسائه ... وأنه عند تقديم الخاضع لخدماته وقيامه بتنفيذ أوامر تؤدي إلى انتهاك القانون الجزائي فإن الرئيس السلمي مُصدر الأمر وحده المسؤول » [1].

وفي قضية du LIendevery castle وهي قضية مشابهة للأولى تمّ فيها إغراق سفينة المستشفى البريطانية من طرف غواصة ألمانية من جهة ومن جهة أخرى فإن قائد الغواصة أصدر قائدها أوامر بقتل وتتبع باقي طاقم السفينة الفارين في زوارق الإنقاذ فمن مجمل 258 فرد لم ينجو سوى 24؛ ولقد وُجهت التهم لكل من: L.Ludwig وكذا Jobn boldt بعد فقدان القائد Hulmut patzik وهذا على أساس أنهما ساعدا القائد على قتل جزء من ربان السفينة الفارين [2] ولقد فصلت المحكمة على النحو التالي:

« أن إطلاق النار على سفينة ما يشكل انتهاكا لقانون جل الأمم .... وأن القواعد الثابتة في القانون الدولي سهلة الإدراك وهي معروفة عالميا فالأوامر الصادرة عن الرئيس الأعلى لا يمكن أن تبرئ المتهم من الجرم المنسوب إليه؛ وصحيح أن المادة 47 من القانون الجزائي العسكري تجعل من تنفيذ الأمر الصادر عن الرئيس الأعلى وحده الذي يتحمل المسؤولية في الأحوال العادية؛ ولكن الخاضع الذي ينفذ مثل هذا الأمر يتحمل العقوبة إذا كان يعلم بأن الأمر مخالف لقواعد القانون الجزائي أو العسكري » .

---

[1] See : **Ch.Bassiouni**, *op.cit*, p : 467 .

[2] See : **LC.Green**, superior orders in national and international law, sijthoff publisher, 1976, p : 269 .

ولقد فصلت المحكمة في هذه القضية بالإدانة على أساس مخالفة القواعد الثابتة لدى جلّ الأمم "an offence against the law of all nations" واعتبرت الدفع بطاعة الأوامر من جانب المتهمين لا يدخل في تحديد مسؤوليتهم وإنما يساهم في تخفيف العقوبة عنهم وهو ما جعل الحكم على كل واحد منهما بأربع سنوات حبسا فقط [1].

أما في قضية Stenger et Grusius فقد أظهرت أن الجنرال Stenger أصدر أمرا بإعدام سجناء حرب فرنسيين أما الماجور Grusius فتمّ اتهامه بأنه نفّذ هذا الأمر ولقد قررت المحكمة بأن الماجور Grusius لم يكن يعلم بعدم مشروعية الأمر واعتبرتهما بأنهما متهمان على أساس سوء معاملة الأسرى بالإهمال par négligence وكان الحكم الصادر ضدهما بعامين حبس.

وعند تقييم المحاكمات التي جرت في Leipzig فإن الأستاذ dinstein يرى :

1- أنه كقاعدة عامة أن الخاضع الذي ارتكب سلوكا إجراميا تنفيذا لأمر رئيسه لا يرتب مسؤوليته .

2- أن هذه القاعدة لا يمكن تطبيقها إذا كان الخاضع يعلم بأن تنفيذ الأمر يؤدي إلى ارتكاب جرائم ورغم ذلك قام بتنفيذه .

3- إن المحكمة تلجأ على تطبيق المعيار الاحتياطي: معيار كون الأمر **ظاهر اللامشروعية** عندما تتأكد من أن الخاضع لم يكن على اطلاع كافي بالوقائع وقام بارتكاب سلوك إجرامي [2].

---

[1] See : **Ch.Bassiouni**, *op.cit*, p : 468

[2] Ibid.

وليس غريبا أن تستند محاكماتLeipzig على نظرية المسؤولية الخاصة للقائد وهذا لكونها تخدم بصفة أخص الوضع السائد آنذاك من منطلق أن المادة 228 من معاهدة فرساي اعترفت بحق الدول المنتصرة في محاكمة مجرمي الحرب الألمان[1] ولكن من جهة أخرى نظرا لعدم إمكانية تسليم المتهمين L`extradition خارج ألمانيا فقد تولت المحكمة العليا الألمانية Reichsgericht والمتواجدة بـ Leipzig مهمة محاكمتهم وعليه فإن هذه القضايا تمّت أمام محكمة ألمانية ضد رعاياها وأن القانون الواجب التطبيق فيها هو قانون العقوبات الألماني وهذا حتما ما أدى إلى الوصول إلى النتائج والأحكام الصادرة فيها وهي أحكام لا تتناسب في غالبيتها مع جسامة الجرائم المرتكبة من طرف المتهمين.

تقييم النظرية :

تعتبر نظرية المسؤولية الخاصة للقائد ذات أهمية بالغة لأن تطبيقاتها استمرت تاريخيا حتى بعد الحرب العالمية الثانية وبأنها النظرية الأكثر مصلحة وحماية لنظام وآداب الخدمة العسكرية والأكثر فعالية من حيث ضمان الالتزام من جانب الجنود والخاضعين لأنها لا تترك للخاضع أي مبرر لمناقشة الأمر أو

---

[1] وتجدر الإشارة إلى أن اتفاقية فرساي لم تتضمن أيّه إشارة إلى الدفع بطاعة الأوامر العليا؛ ولكن بالرجوع إلى التقرير المعد من طرف لجنة تحديد

مسؤوليات مبتدئي الحرب وتنفيذ العقوبات فإن اللجنة أوردت ما يلي : « **أن السلطات العسكرية والمدنية لا يمكن أن تعفى أو تتخلص من المسؤولية لكون أعضاء السلطات الأعلى منها تمت متابعتهم بناءا على نفس الجرم وأنه يرجع إلى المحكمة القرار إن كان الدفع بطاعة الأوامر العليا يكفي لتبرئة المتهم محل المتابعة من المسؤولية** »

See : **LC.Green**, superior orders in national..., *op.cit*, p : 265 .

مشروعيته وهذا ما يعطي سرعة أكبر في التنفيذ وبشكل دقيق لكون المنفذ يعلم مسبقا بأنه لا يتحمل أية مسؤولية قانونا.

وتوجد الكثير من المبررات التي تعطي للنظرية أبعادا تطبيقية وآثار والتي من بينها أن الخاضع مادام ينفذ الأمر في نظام لا يسمح له بمناقشة مشروعية الأمر وحتى ينفذه بكامل راحة ينبغي أن يكون الأمر في حد ذاته وسيلة لحماية المنفذ من المتابعة الجزائية [1].

كما أن من الآثار التي توصلت إليها النظرية هو أن ضرورات الخدمة العسكرية والقواعد التأديبية لها وكون منفذ الأمر رجل تابع للدولة و نظامها كما أن الخاضع غالبا ما يجهل الوقائع التي هو بصدد تنفيذ مهامه في ظلها وأنه لا يتصرف من تلقاء نفسه وإنما بناءا على إرادة رئيسه السُلمي[2]، كل هذه المعطيات جعلت من النظرية الأكثر انتشارا على المستوى الداخلي والوطني وأن كل الدول تقريبا اعتمدتها في تشريعاتها الداخلية سواء على مستوى قوانين العقوبات أو المدونات العسكرية.

ولقد تمّ تجاوز هذه النظرية اليوم بحسب تعبير G.werle [3] لأنه من بين أهم خصائصها هي أنها **تنقل** المسؤوليات مما يؤدي بالتبعية إلى الإفلات من العقاب [4]؛ وهذه الفكرة لديها أبعاد جد مهمة فالجندي يدفع بكونه نفذ أوامر رئيسه

---

1 voir: **Haggemmacher** : «le problème de l'obéissance A un ordre supérieur : le recours a la force Armée», Pp : 1-20, At : 06

2 See: **Keijzer**, military .. , *op.cit*, p : 151 .

3 See : **G.werle**, *op.cit*, At :153 .

4 voir: **Haggemmacher** , *op.cit* , At : 07. il écrit qu : «`il s'agie d`éviter des transferts infinis de responsabilité» .

الأعلى الأكثر منه درجة والرئيس الأعلى يدفع بكونه نفذ أوامر القيادة المركزية وصولا حتى رئيس الدولة أو قائد الأركان في الجيش وهنا كل فرد **ينقل** مسؤوليته إلى من هو أعلى منه وفي النهاية لا نجد أي شخص للقيام بمتابعته وهذا ما حدث بالفعل في نورمبرغ عندما وجدت هيئة الدفاع عن النازيين بأن الفوهرر وحده المسؤول وبأن الفوهرر ذاته لا يمكن متابعته لأن تصرفاته هي تصرفات محمية دستوريا وبأنه لديه حصانة؛ وبحسب الأستاذ**Gaeta** فإن النظرية قد أثبتت عدم جدواها وذلك لسببين؛ الأول أنه للقيام بردع فعال لإنتهاكات القانون الدولي الإنساني لابد من متابعة كل الأطراف القائمة بالسلوك الإجرامي وعلى مختلف الأصعدة ولا ينبغي الاكتفاء بالقائد وحده وثانيا: أن النظرية قد تؤدي إلى نوع من Reductio Ad Absurdumو ذلك أنه في الوقت الذي ينبغي فيه معاقبة القائم بالفعل فإننا نعاقب الرئيس السلمي وصعودا في سلم الترتيبات إلى غاية الرئيس الأعلى [1] .

كما أن هذه النظرية حسب الفقه تجعل من الخاضع عبارة عن أداة أو آلة في يد القائد في حين أن المنفذ إنسان يتمتع بعقل و إدراك يمكنه أن يُميز ويختار بين الفعل والامتناع ويفاضل بينهما.

ثانيا- نظرية المسؤولية الكاملة:

تعتمد نظرية المسؤولية الكاملة على تحميل الخاضع المسؤولية التامة والشخصية عن الانتهاكات التي يرتكبها تنفيذا للأمر غير المشروع الصادر عن رئيسه السلمي. ولا تعطي هذه النظرية للخاضع أي حق في إثارة الدفع بطاعة

[1] See: **Gaeta**, *op.cit*, p : 175 .

الأوامر العليا بصفة آلية per se [1]، كما لا يمكن الأخذ بهذا الدفع مختلطا مع أي دفع آخر وعلى الجندي مراقبة كل أمر صادر إليه من طرف رئيسه فإذا كان الأمر الصادر إليه يقضي بارتكاب فعل إجرامي فإن الجندي يجب عليه رفض تنفيذ الأمر, ولا يمكن بالتبعية معاقبته على أنه امتنع عن التنفيذ [2].

وبعبارة أخرى فإن النظرية تجعل الجندي ملزم بإتباع وتنفيذ الأوامر المشروعة فقط و هذا ما يجبره على ضرورة الاطلاع والفهم بما يحيط به من وقائع فإذا ما رأى بأن الأمر الصادر إليه غير مشروع امتنع عن تنفيذه وهو ما يعطي فعالية أكبر وسمو لقواعد قانون الحرب وقواعد القانون الدولي الإنساني[3].

وتعرف النظرية في الفقه الفرنسي بـ des baïonnettes intelligentes وفي الفقه الإنجليزي بـ the doctrine of fall responsibility ويستعمل بعض الفقهاء اصطلاحا آخر لها تحت تسمية Absolute liability doctrine [4].

---

[1] See : **N.Keijzer**, A plea, *op.cit*, p : 79 .

[2] See : **Norene**, obdience to orders..., *op.cit*, p: 08 . .

[3] See : **James B.insco** : « Defense of superior orders before military commissions », Duke journal of comparative and international law , vol : 13 , 2003 , Pp :389-418 ,At : 391.

[4] See : **N.Keijzer**, A plea, *op.cit*, p : 79 .

و لقد استعمل الفقيه y.Dinstein في كتابه الدفع بطاعة الأوامر العليا في القانون الدولي 1965 اصطلاح Absolute liability doctrine بدلا عن: the doctrine of fall responsibility كما استعملتها J.L Bakker في مقالها :

« the defense of obedience to superior orders : the Mens Rea Requirement », in transitional Justice, Neil`y .kritz (edi), volume I. general considerations, United States institute of peace press, 1995, Pp : 441-455, At : 447 .

وكذا : P.Gaeta في مقاله :

« the defence of superior orders : the statute of the international criminal court versus customary international law », EJIL, 1999, Pp : 172-191, At : 175 .

ولقد ساند النظرية تاريخيا الفقيه Grotius عندما اعتبر بأن أية سلطة يمكنها أن تصدر أمرا مخالفا لقانون الطبيعة أو للتعليمات الإلهية فإن الأمر يجب ألا ينفذ و أن الخاضع الذي ينفذ هذا الأمر فإنه يتحمل المسؤولية الشخصية [1].

كما تمّ تطبيقها في الحكم ضد peter of Hagenbach سنة 1474 والتي ثبت بمقتضاها أن الجندي الخاضع لا ينفذ سوى الأوامر المشروعة الصادرة إليه [2] وذلك لكون حاكم المدينة Hagenbach صرح للمحكمة بأنه كان يتلقى الأوامر من طرف دوق بيرقندي Duke of burgundy وأنه يقع تحت واجب الطاعة الذي تفرضه السلطة التسلسليّة للدوق [3].

ولقد اعتبرت المحكمة بأن حاكم المدينة Hagenbach صادق على جميع الأوامر الصادرة إليه من طرف الدوق ولم يمتنع عن تنفيذها رغم أن مثل هذه الأوامر – كالأمر بقتل الناس في منازلهم وأين تمّ القبض عليهم بما في ذلك النساء والأطفال – مخالفة للقانون الإلهي وأنه وضع تحت رجليه كلا من القانون الإلهي والبشري [4].

---

[1] See : **B.insco**, *op.cit*, p : 390 .

[2] See :**Scaliotti**, *op.cit*, p : 335 .

وعلى العموم فالمحاكمة تمّت من طرف 28 قاضي وتمّ فيها الحكم على Hagenbach بالإعدام عن الجرائم المرتكبة من طرف قواته ضد سكان مدينة breisach وذلك عندما امتنع عن منع ارتكاب جرائم القتل والاغتصاب والتعذيب وذلك بصفته حاكم للمدينة المستعمرة .

and See : **W.H.Parks** : «command responsibility for war crimes», military law review, 62, 1973, Pp: 1-104, At :4-5 .

[3] See : **S.Hinek** : «the superior orders defence : Embraced At last ?», the Newzealand post graduate law E-journal, ISSue 2/2005, pp : 02-50, At : 04 .

[4] See : **LC.Green**, *op.cit*, Pp : 263-264 .

وفي سنة 1660 تمت متابعة قائد الحرس الكابتن Axtell الذي كان مسؤولا عن تنفيذ عملية إعدام شارل الأول وعند استعادة العرش من طرف الملك شارل الثاني تمّت محاكمته عن ذلك ودفع بطاعته لأوامر رؤسائه إلاّ أن المحكمة البريطانية اعتبرت بأن الدفع غير مقبول لأن رئيسه السلمي خائن والمنفذ لهذا الأمر هو الآخر خائن كذلك [1].

ويعمد الكثير من الفقهاء تفسير المادة 08 من ميثاق محكمة نورمبرغ على أنها تأكيد لمبدأ المسؤولية الكاملة للمرؤوس والتي تنص :

« أن تصرف المتهم بناءا على أمر حكومته أو أمر رئيسه لا يعفيه من المسؤولية ولكن يمكن اعتباره ظرفا مخففا للعقوبة إذا رأت المحكمة أن دواعي العدالة تقتضي ذلك » .

وحتى أن المحكمة في حد ذاتها رفضت التمسك بالدفع بطاعة الأوامر من طرف الخاضعين واعتبرت أن المعيار الحقيقي المعمول به في مختلف القوانين الجزائية الداخلية للدول لا يتعلق أبدا بوجود " الأمر " وإنما عن مدى تواجد إرادة الاختيار في المنفذ[2].

---

[1] See : **Ch.Bassiouni**,Crimes Against humanity in international criminal law, second revised edition, kluwer law international, 1999, P : 463-364 .

[2] **The tribunal said** : «... the international law of war has never been recegnised as a defence ... the true test, which is
found in varing degrees in the criminal law of most nations is not the existence of the order, but
whether **moral choise** in fact possible» .
See : **Leslie Green** : «superior orders and command responsibility», military law review, march 2003,
vol : 175, Pp : 309-384, At : 329 .

وعلى اعتبار أن اجتهاد محكمة نورمبرغ قد اعتمد على معيار "حرية الاختيار Moral choice test" فإنها تكون قد قللت من دور الدفع بطاعة الأوامر ما لم يكن مقرونا بالدفع بالإكراه حسب الأستاذ K.Ambos ذلك لأن معيار إرادة الاختيار يؤدي إلى أن الخاضع قد يكون ناقص الإرادة أو عديمها وهذا ما يشكل أهم ركن من أركان الإكراه، وللعلم فإن قبول المحكمة للدفع بطاعة الأمر سيؤدي على إعفاء المنفذ من العقوبة Excused وليس إلى أن يصبح الفعل مباحا Not Justified.[1]

ويعتبر ميثاق محكمة نورمبرغ والإجتهاد المصاحب له في المسألة نقطة الإنطلاق لدراسة الدفع بطاعة الأمر الذي لامناص منه؛ فقد أثار **مبدأ معيار حرية الإختيار** الكثير من النقاش؛ ويمكن تعريفه على أنه:

« علم الخاضع بأن تنفيذ الأمر سيؤدي إلى ارتكاب جريمة؛ مع قدرته على الإمتناع عن التنفيذ وفي هذه الحالة تقوم مسؤوليته الشخصية عن ذلك » [2].

أو على أنه:

« الحالة التي لا يكون فيها للخاضع أية إمكانية للإختيار في التصرف أو التمييز بين الخطأ والصواب بدون أن يتحمل أية عقوبة » [3].

---

[1] See : **Kai Ambos** : «current issues in international criminal law», criminal law forum, 14 (2003), Pp : 225-260,
At : 254 .

[2] See : **Ilias Bantekas** and susan Nash, international criminal law, second edition, routledge Cavendish, 2003, Pp : 131-132 .

[3] See : **S.linton and C.Reiger** : «the evolving jurisprudence and practice of east timor special panels for serious crimes on admissions of gilt, duress and superior orders», yearbook of international humanitarian law, vol : 04, 2001, Pp : 1-48, At : 08 .

ويرى الأستاذ Dinstein أنه بالرجوع إلى الأعمال التحضيرية الخاصة بالمادة الثامنة للميثاق فإن صياغة النص تمت بطريقة تجعل من الدفع بطاعة الأوامر العليا لا يشكل أي دور في تحديد المسؤولية الجزائية وتقييمها وهذا حتى مع اتحادها مع دفوع أخرى وإنما الدور الوحيد لها هو أنها تساهم في تخفيف العقوبة [1].

ويرى الأستاذ G.solis بأن صياغة النص تمّت من أجل المتابعة الشخصية لأعضاء الحزب النازي ليس فقط عن الجرائم التي ارتكبوها وإنما أيضا عن الجرائم التي أمروا بارتكابها وبذلك فقد أصبح أهم مبدأ جوهري يعالج المسؤولية الجزائية للفرد [2] .

والثابت أن المادة 08 من ميثاق المحكمة قد كانت محل مناقشات عديدة بين الولايات المتحدة والإتحاد السوفياتي تبنّت فيه كل دولة موقفا متطرفا عن الأخرى فالولايات المتحدة أوردت النص التالي:

« أن الدفع بطاعة الأوامر لا يجب أن يشكل دفعا بصفة مطلقة ولكن يمكن اعتماده إما كدفع أو كظرف مخفف للعقوبة فقط أمام المحكمة التي تَجري المتابعات أمامها عندما تستدعي مقتضيات العدالة ذلك »

أما نص الإتحاد السوفياتي فإنه يرفض كل اقتراح يجعل من الدفع سبب من أسباب الإباحة أو لتخفيف العقوبة وفقا لما يلي:

---

[1] See : **Y.Dinstein** : «defences», in substantive and procedural aspects of international criminal law, G.kirk Mcdonald and O.Swaak-Goldman(eds), BRILL 2000, Pp : 369-388, At : 380 .

[2] See : **G.Solis**, *op.cit*, p : 515 .

« الواقع أن تصرف المتهم بناءا على دفع أمر رئيسه السلمي أو حكومته لا يمكن أن يعتبر كسبب للإباحة » .

وفي الأخير فقد تمّ التوصل إلى حل توفيقي A compromise بين الدولتين يجعل من الدفع كظرف مخفف للعقوبة [1]؛ وهذا الحل لقي قبولا من طرف الروس لسبب واحد وهو أن نص المادة 08 ينطبق على المجرمين الكبار فقط ولا يمتد إلى باقي المجرمين الآخرين. وحسب Bakker فإن اعتماد ميثاق محكمة نورمبرغ على نظرية المسؤولية الكاملة لا يعكس أبدا أن ذلك هو موقف القانون الدولي تجاه المسألة[2].

والشيء الثابت أيضا من جهة أخرى فإن اجتهاد المحكمة الذي أورد بأن طاعة الأوامر العليا لا يشكل دفعا استنادا على القوانين الجزائية الداخلية لغالبية الدول اجتهاد مناقض تماما لما هو معمول به على المستوى الداخلي للدول [3].

---

[1] See : **Ch.Bassioun**, *op.cit*, p : 469, note : 85 .

[2] **J.L.Bakker**, *op.cit*, p : 449 .

[3] ويشاطر الأستاذ E.DAVID نفس الرأي بحيث يرى بأن مبادئ نورمبرغ متعارضة مع القانون الداخلي لغالبية الدول.

Voir : **Eric David** : «l`excuse de l`ordre supérieur et l`état de nécessité», revue belge de droit international, vol : XIV, 1978-79-1, Pp : 65-84, At : 68 .

كما لا يجب أن يفوتنا رأي الأستاذ Gaeta في هذا الصدد الذي يرى بأن موقف المحكمة الذي صرحت فيه بأن :

« The provision of this article <u>are in conformity with the</u> law of all nation that a soldier Was <u>ordred kill</u> or <u>torture</u> in violation of the international law of the war has never Been recognized as a defence to such acts of brutality » .

يعتبر رأي صحيح جزئيا فقط لأن تشريعات غالبية الدول تعتبر طاعة الأوامر بمثابة دفع مقبول و ليس كما ذهب إليه الميثاق هذا من جهة و من جهة أخرى فإن المحكمة عندما استندت على القوانين الداخلية للدول استعملت أمثلة قائمة على أوامر ظاهرة اللامشروعية كالقيام بأعمال وحشية كالقتل و التعذيب أو الانتهاكات الجسيمة لقانون الحرب و هذه الأوامر حتى القانون الداخلي لا يقبل الدفع بطاعة الأمر تجاهها و هو ما يجعل المادة 8 من الميثاق لم تستبعد الدفع بطاعة الأوامر في أية حالة ما لم يكن الأمر ظاهر اللامشروعية .

See : **Gaeta**, *op.cit*, p : 180 .

فبالرجوع إلى المدونة العسكرية البريطانية والأمريكية المعمول بهما آنذاك فكلاهما تعتبر طاعة الأوامر بمثابة دفع تام وكلي وأن هذين المدونتين حسب الأستاذ SUNGA تعتبران بمثابة opinio juris وحسب رأيه فقد ثبت حاليا بأن ميثاق محكمة نورمبرغ لم يتضمن أحكاما صحيحة A correct statement حول المسؤولية الجزائية عن جرائم الحرب [1]، وأن سعي المحكمة نحو قطع الطريق لاستعمال الدفع كمبرر لانتهاكات قانون الحرب سعي صحيح حسب رأيه وضروري ولكن المعيار المستعمل من طرفها معيار عالي وهو ما يجعله غير واقعي unrealistically high standard أمام ما يفرضه واقع الحرب على الجندي من خلال إلحاق أكبر الأضرار الممكنة بالعدو و من جهة أخرى فإن أي تراخي من طرف الجندي يؤدي إلى مقتل الجميع [2].

ويجب ألا يفوتنا أن ماحدث في نورمبرغ له أهمية كبيرة لأنه أزاح آراء **كلسن** المبنية على فكرة سلطة الدولة Act of state ومسؤولية الدولة عن أعمال موظفيها وأن متابعة القائمين بالانتهاكات الجسيمة للقانون الإنساني من اختصاص القضاء الداخلي وحده وليس من اختصاص القانون الدولي لتحل

كما اعتبر الأستاذ R.cryer بأن ما ذهبت إليه المحكمة عند اعتبارها بأن ذلك متطابق مع قانون كل الأمم « يعتبر خاطئ بشكل جوهري is patently false ».

See:**Robert cryer**:«the Boundaries of Liability In International Criminal Law or Selectivity by STEALTH»,journals of conflict, and security law,2001,vol 6,N 1,3-31 At:12.

[1] See : **Lyal.S.SUNGA**, individual responsibility in international Law for serious humains rights violations, hartinus NIJHOFF publishers, 1992, At : 55-56 .

[2] See : **L.SUNGA**, *op.cit*, p : 57 .

محلها أفكار أخرى كجعل الفرد يتحمل نتائج سلوكه غير المشروع وبروز فكرة القانون الدولي الجنائي [1] وغيرها.

ويرى P.Gaeta أن المادة 08 من الميثاق هي من أنشأ مبدأ المسؤولية المطلقة للمنفذ principle of absolute liability والذي بمقتضاه لا يتم قبول الدفع بطاعة الأوامر العليا أبدا وإنما تكون فقط لتخفيف العقوبة؛ وأن هذا المبدأ قد تمّ إدراجه في ميثاق محكمة طوكيو (المادة 06) كما تمّ تَبَنّيه في مواثيق المحكمتين الخاصة بيوغوسلافيا (المادة 07 فقرة 04) ورواندا (المادة 06 فقرة 04)؛ والسبب الجوهري لانتشار هذا المبدأ بهذه الطريقة حسب Gaeta على المستوى الدولي هو أن هذه المحاكم تقوم بمتابعة ومحاكمة أفراد غير وطنيين (وغير تابعين) non-national للدول التي قامت بإنشاء هذه المحاكم [2].

والاتجاه الذي سلكه طائغوا نص المادة 08 والاجتهاد الذي أصدرته محكمة نورمبرغ بخصوص الدفع بطاعة الأوامر قد لاقى الكثير من النقد والنقاش من طرف الفقه؛ وهذا لكون غالبية الدول آنذاك تعتمد الدفع بطاعة الأوامر العليا كسبب معفى مانع من قيام المسؤولية وهذا كمبدأ من مبادئ القانون الثابتة غير أن الاتجاه الذي أخذه طائغوا النص معاكس تماما لذلك فهو يرفض قبول الدفع وحسب Maogoto فهو سعي نحو فرض نظام قانوني إلى خارج ووراء حدود الدولة – الأمة– [3].

---

[1] See : **Sliedregt**, *op.cit*, p : 228 .
[2] See : **Gaeta**, *op.cit*, Pp : 179-180 .
[3] See **: Maogoto**, *op.cit*, p : 11 .

ولقد استمر الإشكال إلى أبعد من ذلك عندما أصدرت المحكمة اجتهادات عديدة حول المسألة؛ فتوصل البعض مثلS.Ratner and J.Abrams إلى أن ميثاق محكمة نورمبرغ قد حذف Elimineted الدفع بطاعة الأوامر العليا [1].

ويرى الأستاذ G.Solis بأن ما ذهب إليه الأستاذين ratner and Abrams " ليس صحيحا بشكل كلي it is not entirely correct " لأن المحكمة أوضحت بأن المعيار الحقيقي ليس في وجود الأمر أصلا وإنما في تواجد حرية الاختيار لدى المنفذ وبأن الدفع بطاعة الأمر يبقى موجودا ويبقى مستعملا [2]؛ وهذا الموقف كذلك اعتمده الأستاذ Gaeta بحيث صرّح بأن محكمة نورمبرغ لم تستبعد الدفع بطاعة الأوامر في أيّة حال ما لم يكن الأمر ظاهر اللامشروعية.

أما الأستاذ A.Eser فقد اتخذ حسب رأيي موقفا وسطا عندما صرحّ بأن الميثاق لم يعترف بالدفع بطاعة الأمر بشكل كلي ولم يرفضه بشكل كلي **لكنه هيّأ المجال نحو آفاق جديدة** وأن الميثاق يكون أول من أشار صراحة للدفع بطاعة الأوامر العليا في تاريخ القانون الدولي [3]. وقد تمّ تطبيق نفس النظرية في المادة II (4) (b) من قانون مجلس الرقابة رقم 10 بحيث نصت المادة:

« إن حقيقة تصرف شخص ما بناءا على أمر حكومته أو رئيسه لا يعفيه من المسؤولية عن الجريمة ولكن قد تساهم في تخفيف العقوبة ».

---

[1] See : **Steven R.Ratner and Juanson S Abrams**, Accountability for Humain Rights Atrocities in international law
beyond the Nuremberg legacy, second edition, oxford university press, 2001, At : 06 .

[2] See : **Garyd.Solis** : «obedience of orders and the law of war : judicial application in American forums», American university international law review, 2000, Pp : 481-526, At : 516.

[3] See : **A.Eser**, *op.cit*, p : 255 .

ويختلف نص هذه المادة عن المادة 08 من ميثاق محكمة نورمبرغ في كونه لم يتضمن جزئية: « **إذا استدعت مقتضيات العدالة ذلك** »; وتمّ إضافة جزئية : «**عن الجريمة** » في المادة II (4) (b) وحسب dinstein فإن هاتين المادتين متشابهتين وليس لهذه التفرقة أثرا جوهريا يثير اختلافا بينهما [1].

كما تم إعادة نفس الصياغة في المادة 06 من ميثاق محكمة طوكيو; وبالرجوع إلى مبادئ نورمبرغ المعتمدة من طرف لجنة القانون الدولي فإن مبدأ IV منه ينص على أن:

« **تصرف الفرد بناءا على أمر حكومته أو أمر رئيسه الأعلى لا يعفيه من المسؤولية في القانون الدولي , إذا كان لديه حرية الاختيار في ذلك** [2] ».

وتعليقا على حذف جملة:

« ...**يمكن اعتباره كظرف مخفف للعقوبة؛ إذا رأت المحكمة أن دواعي العدالة تقتضي ذلك** »؛ الواردة في نص المادة 08 من ميثاق محكمة نورمبرغ؛ فقد جعلت لجنة القانون الدولي مسألة تخفيف العقوبة تدخل في اختصاص المحكمة الفاصلة في الموضوع وبالتالي لا داعي لذكرها في المبدأ بصفة مستقلة [3].

ولقد صادقت الجمعية العامة للأمم المتحدة بالإجماع على القرار 95 (I) الصادر في: 11 ديسمبر 1946؛ والذي أكد بالإجماع مبادئ القانون الدولي الواردة في ميثاق المحكمة الدولية لنورمبرغ وأحكامها; من بينها المبدأ IV المتضمن الدفع بطاعة أمر الرئيس الأعلى والتي يمكن اعتبارها على أنها مثال

---

[1] See : **sliedreg**, *op.cit*, p : , not : 224 .
[2] See : Yearbook of international law commission, 1950, vol : II, p : 375, Para : 105 .
[3] Ibid, Para : 106 .

لمبادئ القانون الدولي المعترف بها والتي تعتبر من مصادر القانون الدولي وفقا لمدلول المادة 38 من ميثاق محكمة العدل الدولية [1].

أما فيما يخص ميثاق المحكمة الخاصة ليوغسلافيا سابقا فإنه لم يتطرق لمسألة الدفوع بشكل مستقل; غير أنه بالرجوع إلى الفقرة 58 من تقرير الأمين العام للأمم المتحدة والذي تضمن نوايا صائغي نص الميثاق; فقد أوردت ما يلي:

« إن المحكمة الدولية ذاتها هي التي يجب عليها أن تقرر من بين مختلف الدفوع الشخصية التي يمكنها أن تعفي الشخص من المسؤولية الجزائية الشخصية ... » [2] .

ولقد نصت المادة 07 فقرة (4) من ميثاق المحكمة الخاصة ليوغسلافيا سابقا على ما يلي:

« أن حقيقة تصرف المتهم بناءا على أمر حكومته أو أمر رئيسه لا يعفيه من المسؤولية الجزائية ولكن يمكن اعتباره ظرفا مخففا للعقوبة إذا رأت المحكمة الدولية أن دواعي العدالة تقتضي ذلك »

والملاحظ أن المادة 07 (04) تعتبر نسخة طبق الأصل A copy عن المادة 08 من ميثاق محكمة نورمبرغ؛ وبذلك تكون هذه المادة هي الأخرى قد استبعدت صراحة الدفع بطاعة الأوامر العليا كمبرر للإعفاء من المسؤولية [3]. أو كما عبّرت عنه المحكمة ذاتها في قضية Drazen Erdemovic من أن المادة

---

[1] See : **Anthony Aust**, handbook of international law, Cambridge university press, 2005, p : 07 .

[2] See **: Sienho yee**, towards an international law of co-progressiveness, martinus nijhoff publishers, 2004, p : 139 .

[3] Ibid, p : 140 .

ويختلف نص هذه المادة عن المادة 08 من ميثاق محكمة نورمبرغ في كونه لم يتضمن جزئية: « **إذا استدعت مقتضيات العدالة ذلك** »; وتمّ إضافة جزئية : «**عن الجريمة** » في المادة II (4) (b) وحسب dinstein فإن هاتين المادتين متشابهتين وليس لهذه التفرقة أثرا جوهريا يثير اختلافا بينهما [1].

كما تم إعادة نفس الصياغة في المادة 06 من ميثاق محكمة طوكيو; وبالرجوع إلى مبادئ نورمبرغ المعتمدة من طرف لجنة القانون الدولي فإن مبدأ IV منه ينص على أن:

« **تصرف الفرد بناءا على أمر حكومته أو أمر رئيسه الأعلى لا يعفيه من المسؤولية في القانون الدولي , إذا كان لديه حرية الاختيار في ذلك** [2] ».

وتعليقا على حذف جملة:

« ...**يمكن اعتباره كظرف مخفف للعقوبة؛ إذا رأت المحكمة أن دواعي العدالة تقتضي ذلك** »؛ الواردة في نص المادة 08 من ميثاق محكمة نورمبرغ؛ فقد جعلت لجنة القانون الدولي مسألة تخفيف العقوبة تدخل في اختصاص المحكمة الفاصلة في الموضوع وبالتالي لا داعي لذكرها في المبدأ بصفة مستقلة [3].

ولقد صادقت الجمعية العامة للأمم المتحدة بالإجماع على القرار 95 (I) الصادر في: 11 ديسمبر 1946؛ والذي أكد بالإجماع مبادئ القانون الدولي الواردة في ميثاق المحكمة الدولية لنورمبرغ وأحكامها; من بينها المبدأ IV المتضمن الدفع بطاعة أمر الرئيس الأعلى والتي يمكن اعتبارها على أنها مثال

---

[1] See : **sliedreg**, *op.cit*, p : , not : 224 .
[2] See : Yearbook of international law commission, 1950, vol : II, p : 375, Para : 105 .
[3] Ibid, Para : 106 .

لمبادئ القانون الدولي المعترف بها والتي تعتبر من مصادر القانون الدولي وفقا لمدلول المادة 38 من ميثاق محكمة العدل الدولية [1].

أما فيما يخص ميثاق المحكمة الخاصة ليوغسلافيا سابقا فإنه لم يتطرق لمسألة الدفوع بشكل مستقل; غير أنه بالرجوع إلى الفقرة 58 من تقرير الأمين العام للأمم المتحدة والذي تضمن نوايا صائغي نص الميثاق; فقد أوردت ما يلي:

« إن المحكمة الدولية ذاتها هي التي يجب عليها أن تقرر من بين مختلف الدفوع الشخصية التي يمكنها أن تعفي الشخص من المسؤولية الجزائية الشخصية ... » [2] .

ولقد نصت المادة 07 فقرة (4) من ميثاق المحكمة الخاصة ليوغسلافيا سابقا على ما يلي:

« أن حقيقة تصرف المتهم بناءا على أمر حكومته أو أمر رئيسه لا يعفيه من المسؤولية الجزائية ولكن يمكن اعتباره ظرفا مخففا للعقوبة إذا رأت المحكمة الدولية أن دواعي العدالة تقتضي ذلك »

والملاحظ أن المادة 07 (04) تعتبر نسخة طبق الأصل A copy عن المادة 08 من ميثاق محكمة نورمبرغ؛ وبذلك تكون هذه المادة هي الأخرى قد استبعدت صراحة الدفع بطاعة الأوامر العليا كمبرر للإعفاء من المسؤولية [3]. أو كما عبّرت عنه المحكمة ذاتها في قضية Drazen Erdemovic من أن المادة

---

[1] See : **Anthony Aust**, handbook of international law, Cambridge university press, 2005, p : 07 .

[2] See **: Sienho yee**, towards an international law of co-progressiveness, martinus nijhoff publishers, 2004, p : 139 .

[3] Ibid, p : 140 .

08 من ميثاق محكمة نورمبرغ والمادة 7 (4) تعتبران من الناحية التطبيقية متماثلتان [1].

تقييم النظرية:

تعتبر نظرية المسؤولية الكاملة رد فعل عكسي وطبيعي على نظرية المسؤولية الخاصة للقائد وهي نظرية نقيض للأولى Antithesis [2] أو مناقضة هندسيا لها diametrically opposed [3].

ولقد شكل ميثاق محكمة نورمبرغ أهم محور لتأكيد هذه النظرية لسيما وأن صياغته تمّت بطريقة مناقضة لما هو معمول به على المستوى الداخلي نابعة من عدم رضا صريح عن الوضعية الناجمة عن النظرية السابقة حسب تصريح Deinstein [4].

وبالنظر إلى الاجتهاد الصادر من طرف المحكمة فإنا نجده يسعى دائما إلى ردع جميع الانتهاكات التي قام بها النازيون سواء تلك التي ساهموا في ارتكابها بصفة شخصية أو أمروا القيام بها وهو ما جعل المحكمة تسعى إلى قطع الطريق لاستعمال هذا الدفع كمبرر لانتهاكات قانون الحرب وبذلك تكون قد خالفت ما استقر عليه العمل في النظام الداخلي مؤكدة مبدأ سُمُو القانون الدولي و فرض لنظام قانوني إلى خارج ووراء حدود الدولة –الأمة– وهيأ المجال نحو آفاق جديدة

---

[1] **TPIY**, affaire le procureur C. Drazen Erdemovic, trial chamber, case n° : IT-96-22-T, du 29 november 1996, par : 48.

[2] See : **Bakker**, *op.cit*, p : 447 .

[3] See : **Scaliotti**, *op.cit*, p : 127 .

[4] See : **theodor Meron** : «the normative impact on international law of the international tribunal for former Yugoslavia», Israel yearbook on humain rights, 1995, 24, Pp : 163-182, at : 178 .

لتصبح مثالا حذت حذوه محكمة طوكيو (المادة 06) والمادة II (4) (b) من قانون مجلس الرقابة رقم 10؛ كما تمّ اعتماده كمبدأ من مبادئ القانون الدولي (المبدأ IV) كما تمّ تبنيه في مواثيق المحكمتين الخاصة بيوغسلافيا (المادة 07 فقرة 04) ورواندا (المادة 06 فقرة 04).

وتقتضي هذه النظرية علما واسعا من طرف الجندي بالوقائع حتى يمتنع عن تنفيذ الأوامر غير المشروعة وهو ما يقتضي وضع ثقة كبيرة في الجندي على حساب النظام الذي ينتمي إليه ومن جهة أخرى فإن الجندي يمكن أن يجد نفسه محل مساءلة على المستوى الداخلي أمام القضاء الوطني عند امتناعه عن التنفيذ ولذلك فإن هذه النظرية تشكل بحق تأكيد لقواعد القانون الدولي الإنساني وقانون الحرب على حساب باقي المعطيات الوطنية .

ومما لا شك فيه أهم ما يعاب على النظرية هو أنها تحمل الجندي المسؤولية الجزائية في حين أن هذا الأخير قد يجهل الوقائع محل التنفيذ والظروف المحيطة بالأمر الصادر إليه لاسيما زمن الحرب أو التوتر فهي تطلب منه مناقشة الأمر وتحليله والإحاطة بالظروف الصادر في ظلها ثم التنفيذ في حين أن الجندي لا يمتلك الإمكانات والوقت والإجراءات [1] الضرورية التي تسمح بذلك.

عن الإجراءات التي يمكن للمنفذ أو الخاضع القيام بها عند صدور أمر مخالف Verhaegen و ينبغي الإشارة هنا إلى الدراسة التي قام بها[1]

للقانون ذلك أن هذا الفقيه أشار إلى أن تشريعات غالبية الدول لا تمنح المنفذ أي إجراء يمكنه القيام به في حالة صدور أمر مخالف للقانون. ولذلك فقد أوصى المؤتمر الرابع عشر لقانون الحرب المنعقد في أثينا سنة 1997 بأن : " **القوانين العسكرية لابد أن تتضمن إجراءات تسمح للمنفذ أن يمارس بدون ضرر عليه و في ظل احترام القانون ؛حقه وواجبه في عدم تنفيذ الأوامر التي تؤدي إلى ارتكاب جرائم حرب** " ؛ إذ أن

ثالثا- نظرية المسؤولية المحدودة :

وهي نظرية وسط بين المسؤولية الخاصة للقائد والمسؤولية الكاملة [1] وتستند على قبول الدفع بطاعة الأوامر العليا ولكن شريطة أن لا يكون المنفذ يعلم بأن الأمر غير مشروع أو أن الأمر لا يعتبر في حد ذاته ظاهر اللامشروعية ورغم ذلك يقوم بتنفيذه [2].

وتعرف في النظام الأنجلوساكسوني بـ : the limited or responsibility partial وتعرف في النظام الرومانوجرماني بـ la théorie de la responsabilité limitée ou de l`obéissance avec réserves . كما تمّ تسمية النظرية في الفقه تحت اصطلاح آخر بـ the conditional liability doctrine .

وبناءا على هذه النظرية فإن الدفع بطاعة الأمر الصادر عن الرئيس لا يكون دفعا مقبولا إذا كان الأمر ظاهر اللامشروعية (أ)؛ أو إذا كان الخاضع يعلم أو يجب عليه أن يعلم بأن الأمر غير مشروع (ب)؛ وهذا ما سيتم التطرق إليه على التوالي:

الخاضع لا يمكنه في كثير من الأحيان التصرف بشكل منفرد بالامتناع عن التنفيذ فإذا ما أعطي الحق في الامتناع بموجب القانون فإن ذلك يسهل على الجندي مهامه .

Voir : **Jacques Verhaegen** : «le refus d'obéissance aux ordres manifestement criminels : pour une procédure accessible aux subordonnés », revue international de la croix rouge, mars2002,vol :84,N 845 ,Pp : 35-50

[1] See : **A.Eser**, *op.cit*, p : 259 .

[2] See : **G.werle**, *op.cit*, p : 154 .

أ- الطبيعة القانونية لمبدأ اللامشروعية الظاهرة [1]:

حسب الأستاذ osiel فإن التشريعات الوطنية للدول نادرا ما تضع و تحدد مفهوما لمعيار «ظاهر اللامشروعية» فهي تضع المصطلح دون تبيان أو توضيح له [2] .

وتطبيقا لهذا المعيار فإن مفهوم ظاهر اللامشروعية يتبين لكل شخص ذو منطق فلا يقع له أي شك أو خطأ على أن هذا الأمر قانوني [3]؛ وأن عدم مشروعية هذا الأمر معروفة عالميا لكل شخص " universally known to every body" فهناك بعض الأشياء التي لا يشك الجندي على أن تنفيذها يتضمن أمور خاطئة كاغتصاب النساء وقتل الأطفال والرضع والسلب...

---

[1] ومن الضروري في هذا الصدد الإشارة إلى الإحصاء الممتاز الذي وضعه E.Mallea للمصطلحات الملحقة بكلمة : غير مشروع « illégal » فبالإضافة إلى مصطلح: manifestement يوجد بالفرنسية: – sensiblement – clairement – indiscutablement

و بالإنجليزية: palpably – grossly – indisputably – obviously.

Voir : **E.Mallea**, *op.cit*, p : 297 .

illégalité manifeste : كما تجدر الإشارة بالنسبة للتسمية التي يأخذها المبدأ قياسا على ترجمته باللغة العربية بالفرنسية و : manifest illegalityبالإنجليزية, و بالعربية : "مبدأ اللامشروعية الظاهر" أو "مبدأ اللامشروعية الظاهرة" ففي الأولى كلمة "الظاهر" ترجع إلى المبدأ وفي الثانية ترجع إلى اللامشروعية و كلاهما صحيح .

ويستعمل العميد ح ع ما الله مصطلح : واضح عدم المشروعية و كلها تتضمن نفس المعنى .

انظر : العميد **حسين عيسى ما الله** : « مسؤولية القادة والرؤساء و الدفع بإطاعة الأوامر العليا » , في أحمد فتحي سرور و آخرون , القانون الدولي الإنساني دليل للتطبيق على الصعيد الوطني , الطبعة الأولى , 2003 , ص ص : 381-406 , في ص : 390.

[2] See : **G.Solis**, *op.cit*, p : 520 .

[3] See : **M.Osiel**, «obeying orders : Atrocity, Military Discipline, and the law of war», California law review, vol : 86,
n° 5, October 1998, Pp : 939-1129, At : 975 .

وغيرها، والسلوكات ظاهرة اللامشروعية هي التي يظهر بشكل واضح وفي جميع الحالات على أنها تشكل جرائم [1] ويصنف التعذيب على أنه ظاهر اللامشروعية في جميع الحالات [2] .

وحسب Bakker فإن معيار ظاهر اللامشروعية هو معيار موضوعي يستند على ذكاء الرجل العادي والمنطقي [3]؛ وهو لابد أن يستبين لدى كل شخص ذو فهم متوسط وعادي [4] .

أما اللامشروعية فهي تلك التي « تستبين عيانا qui saute aux yeux » بدون الحاجة إلى أي تحليل معمق لأمر الرئيس أو القائد؛ ويمكن الاستعانة في هذا الإطار ببعض المعايير الموضوعية كالرتبة والسن ودرجة الأقدمية وأهمية الجريمة؛ كما يمكن الاستعانة بمعايير ذاتية كشخصية الخاضع [5].

ويكون الأمر غير مشروع عندما لا يكون له أي ارتباط مع الخدمة العسكرية أو إذا كان مخالفا لقانون الحرب سواء العرفي أو الإتفاقي.

وتوضيحا لهذه الفكرة فإن الفقه يعتبر بأن مسألة شرعية الأمر أو عدم شرعيته لا ترتبط فقط بالقانون الوطني ولكن ترتبط أيضا بالقانون الدولي؛ وفي نظر القانون الدولي فإن شرعية الأمر لابد أن تقدر بناءا على قواعد وأعراف الحرب و بناءا على مبادئ القانون الجزائي وكذا القانون الداخلي [6].

وتشير الفقرة 504 من قانون الحرب البرية الأمريكي على أنه :

---

[1] Ibid , At : 971 .
[2] Ibid , At : 972 .
[3] See : **Bakker**, *op.cit*, p : 450
[4] See : **M.scaliotti**, *op.cit*, p : 129 .
[5] See : **E.Mallea**, *op.cit*, p : 298 .
[6] Ibid

« يحظر على القائد إصدار أوامر في جميع الحالات مما يأتي ... الأمر باستعمال السموم وكل الأسلحة المحظورة ;الأمر بتشويه الجثث، إطلاق النار على مواقع غير عسكرية أو بدون أن تكون أهدافا عسكرية، التعدي على مواقع وشارات الصليب الأحمر; النهب... وغيرها ».

ومثل هذه الأوامر تعتبر غير مشروعة في ظاهرها ولا يمكن لأي جندي أن يتذرع بطاعة هذا الأمر تجاهها [1]. وقد عمدت المحكمة الابتدائية الإسرائيلية في قضية إيشمان الاستناد على قضية أخرى سابقة وهي ofer c.chief military prosecutor (l`afaire kafr Qassem) وضع مفهوم لفكرة ظاهر اللامشروعية فصرحت بأن:

« المعيار الحقيقي وعلامة تمييز الأمر ظاهر اللاّمشروعية ينبغي أن ترقى فوق الأمر مثل علم أو راية سوداء كعلامة انتباه تفيد وتصرخ : « ممنوع ! » وهذه اللامشروعية ظاهرة بشكل واضح وتتجه مباشرة إلى القلب واللامشروعية المقصودة هنا ليست اللامشروعية الشكلية أو المخفية أو نصف الظاهرة أو تلك التي لا يمكن اكتشافها إلا من طرف فقهاء القانون وإنما هي تلك التي تصطدم مع القانون والتي تنبع من الأمر في حد ذاته, الأمر ذو الطابع الإجرامي أو من الوقائع الخطيرة الناجمة عن تنفيذ هذا الأمر والمقصود هنا هو درجة اللامشروعية التي تلغي وتنفي واجب الطاعة والتي تحمل بالتبعية الجندي المسؤولية الجزائية عند تنفيذه لها » [2].

[1] See : **M.Osiel**, *op.cit*, p : 974 .

[2] The district court of Jerusalem, case against A.Aichmann, judgment 1961, Para : 219.

وحسب المحكمة فإن إصدار الأمر بتحويل اليهود ونقلهم من موطنهم الأصلي إلى أماكن أخرى يعتبر بمثابة أمر ظاهر اللامشروعية، وحتى بالنسبة للأوامر الأخرى التي صدرت ضد اليهود وهذا بالنظر إلى جنسهم أي إلى كونهم يهود فقط وهذه الأوامر حسب المحكمة دائما تنم عن تمييز عنصري مخالف لأحكام قواعد العدالة والمبادئ الكبرى للقانون [1] .

ولقد استند المتهم Eichmann على إتباع أوامر رؤسائه للدفاع عن نفسه غير أن المحكمة لم تقبل هذا الدفاع لكون الأوامر الصادرة إلى Eichmann كانت ظاهرة اللامشروعية وبالتالي فهو ليس مجبرا بتنفيذها.

كما أن جهة الاستئناف هي الأخرى أيدت نفس منطوق حكم المحكمة الابتدائية واستندت في تعليلها هذا التأييد على عدة أسانيد; ومن بينهما ما ذهبت إليه محكمة Leipzig في قضية LIndovery castle بأن الطابع غير المشروع أو غير القانوني للأمر يُنظر إليه:

« إذا كان هذا الأمر عالميا معروف لكل شخص بما في ذلك المتهم نفسه أو على أنه بدون أدنى شك ودائما مخالفا للقانون وفي القضية الحالية فإنه واضح بشكل تام للمتهم على أن قتل أشخاص مجردين من أي وسيلة للدفاع عن أنفسهم أو أي أسلحة يعتبر مخالف للقانون ... » [2].

وحسب محكمة الاستئناف فإن قبول الدفع بطاعة الأمر لابد أن يأخذ بعين الاعتبار القصد الجنائي لدى المنفذ زمن ارتكابه الفعل وبصفة أخص إذا كان يعلم بأن الأمر الصادر إليه مخالف للقانون; فالأمر الذي قضى بنقل اليهود هو

---

[1] Ibid .

[2] See : l`appel, p : 38, Para : 15 .

أمر ظاهر اللامشروعية كما أنه مخالف لقواعد العدالة ومبادئ القانون والأكثر من ذلك فإنه منفذ الأمر أي Eichmann كان يعلم بأنه جزء من مشروع للقيام بأبشع الانتهاكات والجرائم [1].

واستمرارا لنفس الفكرة فإن المحكمة الابتدائية الإسرائيلية اعتبرت بأن مسألة إذا كان الأمر ظاهر اللامشروعية أم لا ؟ هي « مسألة قانون » ويرجع الأمر في التصريح بوجودها إلى « المحكمة » وهذا بناءا على « معايير موضوعية »[2] .

وفي قضية finta أشارت المحكمة العليا الكندية إلى أن أولى استعمالات معيار ظاهر اللاّمشروعية كان في قضية R.C.Smithe سنة 1900 فصل فيها القاضي Solomon وهي قضية جندي التزم بأوامر قيادته حال الحرب المسماة : guerre des boets؛ أين قام الجندي بقتل أحد الرعايا حين امتنع عن القيام بالأشغال المفروضة عليه فصرحت المحكمة بأنه:

« من غير المعقول أن تتم حماية الجندي إذا كان الأمر الصادر إليه ظاهر اللامشروعية ...

فإذا كان الجندي بتنفيذه الأمر الصادر إليه يعتقد بشكل جازم على أنه يقوم بواجبه وإذا كانت هذه الأوامر غير ظاهرة اللامشروعية و كان لا يعلم أو لا يمكنه أن يعلم بعدم مشروعيتها فإن الجندي البسيط سوف تتم حمايته [3] ».

وحسب المحكمة فإن معيار ظاهر اللاّمشروعية أصبح أحد المعايير المعترف بها بشكل كلي على المستوى الدولي ؛وبحسبها فإنه يكون أي أمر ظاهر

---

[1] Ibid .
[2] Para : 221 .
[3] See : **R. C. Finta** , 1994, p:163 .

اللاّمشروعية عندما يخدش ضمير كل شخص ذو منطق بحيث ينبغي أن يكون وبشكل واضح على أنه كذلك فلا ينبغي أن يتمركز في منطقة رمادية – *مقارنة بين المنطقتين القصويين البيضاء والسوداء أي بين الشرعية واللاشرعية* – أو أن يوجد حوله شك، فالأمر الذي أصدره الملك hérode بقتل كل الرضع الأقل من سنتين يخدش ضمير كل جندي وهو أمر ظاهر اللامشروعية [1] .

ولقد اعتبرت المحكمة الدولية الخاصة بيوغسلافيا سابقا في قضية DRAZEN ERDEMOVIC بأنه عندما يتعلق الأمر بأوامر ظاهرة اللاّمشروعية فإن الواجب يصبح الامتناع عن الطاعة وليس الالتزام بالطاعة [2] والثابت أن معيار ظاهر اللاّمشروعية المعتمد عليه في النظرية قد تمّ اعتباره على أنه "قاعدة من القواعد العرفية للقانون الدولي الإنساني" والتي مفادها أن « كل محارب يقع تحت واجب الامتناع عن تنفيذ الأوامر ظاهرة اللاّمشروعية » – القاعدة 154– وهذا لكون هذه القاعدة معززة بعدة اجتهادات صادرة عن المحاكم الدولية والداخلية و لكونها متضمنة في عدة قوانين عسكرية وتشريعات داخلية لعدة دول[3]. كما تشير المادة 33 الفقرة (ج) من ميثاق المحكمة الجنائية الدولية على أنه:

« 1- في حالة ارتكاب أي شخص لجريمة من الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة, لا يعفى الشخص من المسؤولية الجنائية إذا كان ارتكابه

---

[1] Ibid , p:166 .

[2] TPIY, affaire le procureur C.DRAZEN ERDEMOVIC trial chamber, case n° IT-96-22-T, du 29 november 1996, par : 18 .

[3] **JEAN-MARIE HENCRAERTS** et **luise dos wald-beck**, Droit international Humanitaire Coutumier, Volume I : Règles,
Etablissement Emile bruylant, 2006, p : 744 et suiv.

لتلك الجريمة قد تمّ امتثالا لأمر حكومة أو رئيس، عسكريا كان أو مدنيا عدا في الحالات التالية :

ج- إذا لم تكن عدم مشروعية الأمر ظاهرة .

2- لأغراض هذه المادة تكون عدم المشروعية ظاهرة في حالة أوامر ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية أو الجرائم ضد الإنسانيّة »

ويشير الأستاذ R.cryer بأن معيار ظاهر اللاّمشروعية – *الوارد في المادة 33 من الميثاق* – ظهر بعد تراجع العمل بنظرية المسؤولية الخاصة للقائد وتصاعد هذا المعيار بدلا عنها [1]؛ كما يرى بأن تضمين معيار ظاهر اللاّمشروعية في ميثاق المحكمة يهدف إلى رجحان الكفة في الميزان ضد متطلبات الطاعة العسكرية [2]، والمقصود من ذلك بأن العسكري ليس من واجبه الطاعة العمياء وطاعة كل الأوامر الصادرة إليه بحسب ما يفرضه النظام والإدارة العسكرية فهو ليس ملزما بطاعة الأوامر ظاهرة اللاّمشروعية وبذلك ترجح الكفة وتصبح الطاعة ليست مطلقة وإنما تكون تجاه الأوامر المشروعة فقط.

ويجب الملاحظة أن المادة 33 قد أوضحت أن عدم المشروعية تكون ظاهرة في جميع الأوقات في حالة ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية [3].

---

[1] See : **Robert cryer** : «Superior Orders and the International Criminal Court», In international conflict and security law, Essay in Memory of Hilaire Mc Coubrey, edited by R.Burchill and authers, Cambridge University Press, 2005, Pp : 49-67, at : 54 .

[2] Ibid, p : 55 .

[3] أنظر : **محمود شريف بسيوني**, المحكمة الجنائية الدولية : مدخل لدراسة أحكام وآليات الإنفاذ الوطني للنظام الأساسي, دار الشروق, الطبعة الأولى 2004, ص : 230 .

ب- عنصر العلم بعدم المشروعية:

أشار الأستاذ lauterpacht بأنه لفهم مسألة الدفع بطاعة الأوامر العليا لابد من التطرق إليها من جانب المبادئ العامة للقانون الجزائي وينطبق نفس الأمر كذلك على العنصر المعنوي ***Mens Rea*** كركن في الجريمة[1].

وحتى تقوم المسؤولية الجزائية للفرد على المستوى الدولي لابد أن تتوفر في الجريمة نفس الأركان بما في ذلك السلوك الإجرامي***Actus Rus*** وكذا العنصر المعنوي إذ لابد أن يكون مرتكب الفعل لديه نية وقصد جنائي في ارتكاب السلوك المادي المجرّم كما أنه لابد أن يكون على علم بالوقائع[2].

وأشار الأستاذ **Roling** إلى أن أهم جانب في الدفع بطاعة الأوامر العليا يرتبط **بعنصر العلم**؛ وحسبه فإن منفذ الأمر إذا كان لا يعلم أو لا يمكن أن يفترض فيه أن يعلم بأن الأمر الصادر إليه غير مشروع واعتقد بكل حسن نية بأن رئيسه السُّلمي لا يمكنه أن يأمر بارتكاب جريمة حرب فإن المنفذ في هذه الحالة لا يمكن معاقبته ويعفى من المسؤولية لأنه لم يكن على علم بأن ما يقوم به يعتبر سلوكا إجراميا [3].

وفي مقابل ذلك فإنه إذا علم بأن الأمر يعتبر غير مشروع وطُلب منه تنفيذ سلوك إجرامي لكن خوفه على نفسه من القتل و تواجده في حالة إكراه نتيجة

---

[1] See :**Hitomi Takemura**,International Human Right to Conscience to Military Service and Individual Duties to Disobey Manifestly illegal Orders,Springer edi,2008,p:158.

[2] وهذا ما نصت عليه المادة 30 من ميثاق المحكمة الجنائية الدولية عندما اعتبرت الركن المعنوي في الجريمة ينقسم إلى قسمين:القصد l'intention و العلم la connaissance (أنظر المادة30 من الميثاق بفقرتيها) .

[3] See : **V.A Roling** ,*op.cit*,p:18-19 .

علمه بأن عقوبة عدم الطاعة جسيمة فإن ذلك قد يؤدي إلى إفادته بظروف التخفيف أو عدم معاقبته كلية [1].

ولا يكون الدفع بطاعة الأمر الصادر عن الرئيس السُلمي مقبولا إذا كان الخاضع يعلم بأن الأمر غير مشروع؛ وعنصر العلم هنا لابد أن يكون حالياactuel knowledge بحيث يثبت بموجب أدلة إثبات مباشرة أو أنه قد يثبت بشكل غير مباشر من خلال الظروف المحيطةconstructive knowledge [2] ؛ وقد يتحمل الرئيس السُلمي المسؤولية رفقة الخاضع المنفذ إذا علم هو الآخر بسعي الخاضع نحو ارتكاب جريمة و لكنه امتنع عن اتخاذ تحقيقات أو تحريات إضافية [3].

وتجدر الإشارة إلى أن معيار العلم يختلف بين ما يفرضه القانون الدولي العرفي على القائد وما يفرضه على الخاضع؛ فالمسؤولية الجزائية للقائد قد تكون مسؤولية مباشرة ناجمة عن الأوامر الصادرة من طرفه بارتكاب جرائم وبإصدار أوامر ظاهرة اللاّمشروعية وفي هذه الحالة يكون الرئيس السُلمي ليس مجرد شريكا بل فاعلا أصليا حسب K.AMBOS [4] ؛ كما قد تقوم مسؤوليته بشكل غير

---

[1] Ibid.

[2] See : **Ilias Bantekas** : « the Contemporary Law of Superior Responsibility »,American journal of International law , V93, N3 ,July 1999,Pp: 573-595

[3] See :**Alex Obote-Odora**: « the Statue of the International Criminal Tribunal for Rwanda: Article 6 Responsibility» , the law and practice of international court and tribunals ,1,2002,Klumer law International ,Pp:343-366- ,AT :59 .

[4] Affidavit of JULES LOBEL on direct and indirect responsibility of commanders and superiors for war crimes and crimes against humanity under international law .

مباشر أو بالامتناع [1] عندما يعلم أو لديه أسباب تسمح له بالعلم بأن الأشخاص الخاضعين لسلطته ورقابته سوف يرتكبون جريمة أو ارتكبوا جريمة حرب ورغم ذلك اخفق أو امتنع عن اتخاذ الإجراءات القانونية والضرورية للردع أو المنع [2].

وهذا النوع من المسؤولية يعتبر على أنه مسؤولية بالامتناع أو كما ورد في تقرير الأمين العام للأمم المتحدة على أنه " *imputed responsibility or criminal negligence* " [3] ولعله من السابق لأوانه عند هذا الحد تكييف نوع المسؤولية التي يتحملها القائد.

ولقد تراوح المعيار المعتمد عليه في عنصر العلم وتعدد بحسب القضاء الدولي – قضية الجنرال ياماشيتا– وبحسب ما ورد في البروتوكول الإضافي الأول والمناقشات التي صاحبت مشروع إعداده وبحسب مواثيق المحاكم الخاصة والمحكمة الجنائية الدولية.

---

[1] و قد اعتبر الأستاذRoling أن المسؤولية الجزائية بالامتناع تقوم عندما يكون الشخص تجاه واجب التصرف:

«...The question of criminal responsibility for omission to act .where a person has the duty to act .It is a responsibility not unknown in international law »

See :**V.A Roling** ,*op.cit*,p:14-15 .

[2] See :**Michal stryzak** : «Command Responsibility : How much should a commander be Expected to know? »,in http:www.usafa. af.mil/df/dfl/documents/stryszak.doc , Pp:1-42, At:22,last visited:11/12/2008.

[3] See: **William a .Schabas** : « Mens Rea and the international Criminal Tribunal for the former Yugoslavia », New England Law Review, vol :37 n4, Pp: 1015-1036, at : 1026.

وترجع الأصول التاريخية المعالجة لمسألة العلم المفترض في نظرية الرئيس السُلمي إلى قضية الجنرال ياماشيتا[1] أين تمت متابعة هذا الأخير من طرف لجنة عسكرية أمريكية بتهمة قيام القوات اليابانية التي تحت سلطته بارتكاب جرائم حرب في الفلبين و لقد توصلت اللجنة إلى أن:

« هناك مجموعة من الانتهاكات و كذا جملة من الجرائم الجسيمة تم ارتكابها من طرف القوات العسكرية اليابانية وهذا تحت سلطة الجنرال ياماشيتا والتي لم تكن تتم بصفة منعزلة و إنما تمت بصفة ممنهجة و مخطط لها من طرف قيادات يابانية ...إن النتائج المتوصل إليها أثبتت أن المتهم أظهر عدم انتباه كلي وسلبية كبيرة من طرفه بصفته قائد للقوات وهذا للتقليل من حدة الانتهاكات أو معاقبة القائمين بها. ومن خلال البحث في الوقائع وظروف القضية فقد ثبت أن المتهم يعلم أو لديه من الأسباب ما يجعله يعلم بحكم عموم وكثافة الأفعال بالإنتهاكات المرتكبة من طرف قواته... [2]» .

ولقد توصلت اللجنة في حكمها إلى السابقة المشهورة:

«... إنه لمن غير المنطقي اعتبار القائد قاتل أو سارق لكون واحد من جنوده ارتكب جريمة قتل أو سرقة؛ ولكن إذا كان القتل أو السرقة ارتكبت بصفة كثيفة وموسعة وإنه لم يكن هناك محاولات فعالة من طرف القائد لوقف

---

[1] See:**Major William H.Parks:**«Command Responsibility for Wars Crimes», Military law Review,vol:62, 1973, Pp:1- 104,At : 22 et suit. And See : **CH.Bassiouni.** ,*op.cit* ,p 427 .

[2]See:**W.H.Parks,** *op.cit,p:30.*

أو رقابة هذه السلوكات الإجرامية ، فإن هذا القائد يمكن تحميله المسؤولية بما في ذلك المسؤولية الجزائية[1] ».

ولقد صرحت اللجنة أن الدفع الذي تقدم به المتهم والذي مفاده أنه افتقد إلى عنصر العلم بهذه الجرائم بحكم انشغاله بالقيام بالخطط للدفاع عن مانيلا ضد الأمريكيين وأن قواته كانت غير منظَّمة وخارج إطار رقابته فلم تكن لديه *رقابة فعلية* على جنوده بحكم عدم إمكانية الاتصال بهم فلم يكن يعطي الأوامر أو يتلقى التقارير لكون القوات الأمريكية خربت أجهزة الاتصال والبنية التحتية وأنه حتى وإن علم بهذه الجرائم لم يكن لديه أية إمكانية لوقف ارتكابها يعتبر دفع غير مقبول لأنه سمح بارتكاب هذه الجرائم وأن الكثير من الجرائم ارتكبت بالقرب من مركز القيادة و غيرها و لذلك فقد وجدته اللجنة مذنبا[2] .

ولقد *افترضت* اللجنة العلم في الجنرال ياماشيتا تماشيا مع الطرح الذي أوردته جهة المتابعة فهو حسبها حتى وإن لم يكن يعلم بهذه الجرائم؛ فقد كان يمكنه العلم بها بحكم التزامه وواجبه كقائد لكون هذه الجرائم تمت بصفة شاملة وواسعة وهو *امتناع ذو طابع إجرامي* من طرفه وهذا لكون القائد لديه التزام ايجابي برقابة قواته و التحكم فيها بما يتلاءم وقواعد قانون الحرب.

وحسب sliedregt فقد اعتمدت اللجنة معيار " يجدر به أن يعلم *must have known* " الذي يستند على انتهاك الواجبات القيادية للرئيس السُّلمي [3].

---

[1]See:**Lawrence P.Rockwood,**Walking Away from Nuremerg:just War and the doctrine of Command Responsibility in the American Military profession,University Massachusetts Press,2007,p:79-80.

[2]See:**Parks,***op.cit,*At:33.

[3]See:**E.Van sliedregt,***op,cit,*p:121-122.

ولقد عبرت المحكمة العليا الأمريكية بعبارات أكثر وضوحا من اللجنة العسكرية في نظرها استئناف الحكم المرفوع من طرف الجنرال ياماشيتا في فيفري 1946 بقولها بأن القائد ياماشيتا لم يقم بواجباته والتزاماته التي تفرضها عليه وظيفته بما في ذلك رقابة قواته وذلك بالسماح لهم بارتكاب جرائم واسعة وجسيمة؛ وأن القانون الدولي وقانون الحرب يفترض أن الانتهاكات الجسيمة له يتم تلافيها من خلال التزام القائد بواجباته[1].

ويعتبر البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف المبرمة في 12 أوت1949 المتعلقة بحماية ضحايا النزاعات المسلّحة لسنة 1977 (المادة 86) هي أول اتفاقية عالجت مسألة العلم لمسؤولية الرئيس السُّلمي والتي تنص:

« إن حقيقة ارتكاب الخاضع لإحدى الانتهاكات الواردة في الاتفاقية (اتفاقية جنيف 1949) أو البروتوكول لا تعفي الرئيس السُّلمي من المسؤولية الجزائية والتأديبية؛ إذا كان يعلم أو لديه من المعلومات ما يسمح له بالاستنتاج في ظروف الحال على أنه الخاضع لسلطته ارتكب أو أنه يشرع في ارتكاب جريمة ولم يتخذ الوسائل الضرورية المتاحة له لمنع أو ردع الانتهاك »[2].

وبالرجوع إلى ميثاق المحكمة الجزائية الخاصة بيوغوسلافيا فإن المادة 7 (3) نصت على أن:

« حقيقة ارتكاب جريمة من طرف الخاضع لا يعفي رئيسه السُّلمي من المسؤولية الجزائية إذا كان يعلم أو لديه من الأسباب ما يجعله يعلم بأن

---

[1] See:**Anne E.mahle:**« the Yamachita Standard»,In www.pbs.org/wnet/justice/world issues_yam.html ,last visited 12/12/2008 .

[2] See :**M.stryzak** ,*op.cit*,p: 22.

الخاضع بصدد ارتكاب أو ارتكب جريمة ورغم ذلك امتنع عن اتخاذ الإجراءات الضرورية والمنطقية لمنع ارتكاب مثل هذه السلوكات أو لمعاقبة الفاعلين عنها .»

ولقد تضمنت المادة معيارين الأول هو "**عنصر العلم الحالي**" والثاني هو "**معيار لديه أسباب للعلم**" ولقد سعت المحكمة تفسير وبيان العنصر المعنوي لقيام مسؤولية القائد بناءا على المادة 7 (3) في قضائها في قضيتي CELEBICI وBLASKIC فقد توصلت المحكمة في كلى القضيتين إلى أن القانون الدولي العرفي يفرض علي الرئيس السلمي التزاما يوجب عليه معرفة والإطلاع على سلوكات الخاضعين لسلطته [1] ولكنها إختلفت في بيان المعيار الثاني. ففي قضية CELEBICI فقد فسرت المحكمة معيار لديه أسباب للعلم had reason to know بقولها:

« إن الرئيس السُلمي يمكن أن يكون مسؤولا جزائيا عندما تكون لديه معلومات والتي تعطيه معرفة بأن جريمة ما ارتكبت من طرف الخاضع لسلطته وأن هذه المعلومات لا ينبغي أن تكون تامة أو كافية بما يؤكد ارتكاب الجريمة بل يكفي أن تجعل من الرئيس يجري تحقيقا في الوضع؛يسمح بتأكيد ارتكاب الخاضع للجريمة أوأنها بصدد الإرتكاب » .

أما في قضية Blaskic فقد فسرت المحكمة المعيار كالتالي:

[1]See:**Daryl A.Mundis**:«Crimes of the Commander: Superior Responsibility under Article 7(3)of the ICTY statute»,In International Criminal Law Development in the case law of the ICTY,*Boas and Schabas eds*,Martunus Nijhoff Publisher, 2003, Pp:239-278, At:256-258.

«إن الرئيس السلمي عندما يبذل السعي الكافي للتخلص من الإلتزام المفروض عليه الإلتزام بالعلم، ولم تكن لديه معلومات كافية بأن جريمة ما بصدد الإرتكاب؛ فإن هذا النقص لا يمكن أن يحسب عليه غير أنه و أخذا بعين الإعتبار المركز القيادي الذي يحتله والظروف المحيطة في ذات الوقت فإن هذا الجهل لا يمكن أن يكون بمثابة دفع عندما يكون نقص المعلومات نتيجة عن الإهمال الصادر عن الرئيس القائد لكونه امتنع من التخلص من التزاماته »[1] .

تقييم النظرية:

إن المساهمة التي تقوم بها المحاكم الدولية الخاصة في تفسير قواعد القانون الدولي العرفي كما هو الحال في الدفع بطاعة الأومر العليا بحيث أكدت تحمل المنفذ عسكريا كان أو مدنيا متمتعا بسلطة قانونية أو سلطة فعلية للمسؤولية الجزائية الفردية لتنفيذه أمرا غير مشروع صادرا إليه من سلطة عليا؛ كما سارت مواثيق هذه المحاكم على هذا النهج وساهم النقاش الذي تم بصدد إنشاء المحكمة الجنائية الدولية وميثاقها في وضع معالم وأركان هذه المسؤولية وتشكل نظرية المسؤولية المحدودة مزيجا بين النظريتين السابقتين تأخذ بها الكثير من التشريعات .

الخاتمة:

يعتبر الدفع بطاعة الأوامر العليا في القانون الوطني لغالبية الدول دفعا مقبولا و مبررا بل ويعتبر دفعا قانونيا منصوصا عليه في التشريعات الداخلية؛

---

[1] See:**D A.Mundis** ,*op.cit*, 258:.

غير أنه في نظر القانون الدولي لا يعتبر كذلك بل هو دفع مشروط بتوافر حالة انعدام الإرادة والحرية لدى المنفذ إذ قد يتطلب قبوله وجوده مع حالة الإكراه أو أخذه ضمن إطار الوقائع و السياق الذي صدر فيه والحالة النفسية للمنفذ وهذا إذا كان غير ظاهر اللامشروعية أما إذا كان ظاهر اللامشروعية فإن المنفذ يتحمل المسؤولية الجزائية لأنه ليس آلة أو أداة خالية من الإرادة؛ وعلى العموم فإن التأثير المباشر للتطور الذي يعرفه القانون الدولي في هذا الإطار **يدفع الدول إلى تغيير تشريعاتها الوطنية بما يتلاءم و متطلبات القانون الدولي .**