

مسئولیت مأموران مادون و مقامات مافوق در اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی

دکتر حسین میرمحمد صادقی*

چکیده

دو موضوع مهم در حقوق جزای بین‌الملل، که گاهی در پرونده‌های مطروحه در محاکم کیفری بین‌المللی هم مورد بحث واقع و از سوی وکلای مدافع متهمان طرح شده، عبارت است از مسئولیت کیفری مقامات مافوق در قبال اعمال مجرمانه مأموران زیردست، و مسئولیت کیفری مأموران زیردست به دلیل ارتکاب اعمال مجرمانه‌ای که در راستای اطاعت از اوامر مقامات مافوق ارتکاب یافته‌اند. در این مقاله تاریخچه و مفهوم این دو موضوع، که در واقع دو روی یک سکه می‌باشند، در دو بخش مختلف مورد بحث قرار گرفته‌اند و ضمن اشاره به برخی از پرونده‌های مطروحه در محاکم بین‌المللی، موضع اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی در مورد این دو موضوع، ضمن تفسیر و تحلیل مواد ۲۸ و ۳۳ اساسنامه، توضیح داده شده است.

*. دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی - رئیس دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری.

این موضوع که مأمور مادون در صورت اطاعت از دستور غیرقانونی مقام مافوق تا چه حد مسئولیت کیفری خواهد داشت و برعکس، مقام مافوق تا چه میزان در قبال اعمال غیرقانونی مأموران زیردست خود از مسئولیت کیفری برخوردار است همواره در حقوق جزای داخلی و حقوق جزای بین‌الملل مورد بحث بوده است. هدف از این مقاله بررسی این دو موضوع در پرتو اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی می‌باشد.

۱- مسئولیت مأموران زیردست

دفاع اطاعت از دستور مافوق توسط مجرمان بین‌المللی در همه مواردی که رابطه دستور دهی و دستورگیری بین مقامات مافوق و مأموران زیردست وجود دارد (به ویژه در جرایم جنگی) قابل طرح است. این مشکل در جایی پدید می‌آید که مأمور زیردست با یک دستور غیرقانونی برای ارتکاب جرم بین‌المللی روبرو می‌شود که در صورت اطاعت از دستور، مرتکب نقض حقوق جزای بین‌الملل و در صورت عدم اطاعت از آن احیاناً مرتکب تخلف به خاطر نافرمانی می‌شود.

در قرن نوزدهم سرباز، ابزاری مثل سایر آلات جنگی محسوب می‌شد، بنابراین وظیفه‌ای جز اطاعت کامل از اوامر مافوق نداشت. اُپنهایم در کتاب خود تحت عنوان «حقوق بین‌الملل»، که برای اولین بار در سال ۱۹۰۶ چاپ شد، اظهار داشت که تنها فرماندهان به خاطر نقض مقررات جنگی مسئولیت کیفری دارند و سربازان، چون چاره‌ای جز اطاعت ندارند، مسئولیتی نیز در این باره نخواهند داشت.^۱ همین موضع در بسیاری از

1. L. Oppenheim, *International Law*, (1st ed. 1906), vol. 2, 264 – 265.

مقررات و آئین نامه‌های نظامی، از جمله در انگلستان، پیش‌بینی شده بود. پس از جنگ جهانی اول، محاکمات لایپتزیگ^۲ برگزار شد^۳ که هرچند نتایج قابل توجهی برای محکوم کردن مجرمان جنگی نداشت لیکن بدین علت که نقطه عطفی در محاکمه جنایتکاران جنگی محسوب می‌شد و نظرات خوبی در آرای صادره وجود داشت از اهمیت برخوردار بود. در پرونده «قلعه لاندووری»،^۴ دادگاه در رأی خود اظهار داشت که اگر مأمور زبردست در حالی دستور مافوق را اطاعت کند که بدانند دستور مشتمل بر نقض قوانین مدنی یا نظامی است مشمول مجازات قرار می‌گیرد. البته بر این نکته نیز تأکید شد که مأمور زبردست وظیفه تحقیق در مورد دستور مافوق را ندارد و می‌تواند آن را قانونی فرض کند، جز در مواردی که غیرقانونی بودن دستور برای همه و از جمله مأمور زبردست مسلم باشد. این موضوع، که با نظر اُپنهایم تفاوت داشت، تغییری در مقررات و آئین‌نامه‌های نظامی کشورها ایجاد نکرد، لیکن پس از آن که اُپنهایم در چاپ جدید کتاب خود در سال ۱۹۴۰ به این پرونده اشاره کرد (به ویژه با توجه به تصمیم متفقین دایر بر پی‌گیری جنایات جنگی در اثنای جنگ جهانی دوم) مقررات نظامی در کشورهای مثل انگلستان به تدریج شروع به تغییر کرد تا حدی که برای سربازان عادی نیز در ارتکاب جنایات جنگی مسئولیت کیفری در نظر گرفته شد. بدین ترتیب، این تغییر بیش از آن که ناشی از تغییر در مبانی نظری باشد مرهون مصلحت‌گرائیهای عملی بود. در سال ۱۹۴۱،

2. Leiptzig.

۳. در این مورد، رک. دکتر حسین میرمحمدصادقی «حقوق جزای بین‌الملل و جرایم علیه بشریت» در حقوق جزای بین‌الملل، ص ۳۶.

4. Llandoverly Castle Case.

«کمیسیون جنایات جنگی» بوجود آمد، که بعداً بخشی از سازمان ملل متحد شد و تا مارس ۱۹۴۸ به فعالیت خود ادامه داد.^۵ وظیفه این کمیسیون، جمع آوری مدارک مربوط به جنایات جنگی و شناسایی مرتکبان این جرایم بود. کمیسیون مزبور درباره دفاع اطاعت از اوامر مقام مافوق اظهار نظر می کند که این دفاع در صورتی قابل پذیرش است که دستور صادره در محدوده وظایف مقام مافوق باشد و به علاوه آشکارا غیرقانونی نباشد. همین کمیسیون در سال ۱۹۴۵ اظهار داشت، صرف این که مرتکب جنایات جنگی در ارتکاب جرم از مافوق خود دستور می گرفته است فی نفسه وی را از مسئولیت مبری نمی سازد. بدیهی است این موضع از موضع اول سخت تر است، زیرا مطابق موضع اول اصل بر آن است که اطاعت از دستور مافوق دفاع محسوب می شود، مگر در صورت مغایرت صریح دستور با قانون، در حالی که مطابق موضع دوم، اطاعت از دستور مافوق دفاع محسوب نمی شود مگر در صورت وجود شرایط خاص.

در جریان کنفرانس لندن در سال ۱۹۴۵، طرح آمریکا برای تأسیس محکمه نورنبرگ آن بود که اطاعت از دستور مافوق فی نفسه دفاع محسوب نمی شود لیکن در صورت اقتضای عدالت، محکمه می تواند این موضوع را به عنوان یک دفاع یا برای تخفیف مجازات در نظر بگیرد. با این حال منشور محکمه نورنبرگ در ماده ۸ خود به دفاع محسوب شدن اطاعت از دستور مافوق برای مأموران مادون هیچ اشاره ای نکرده و بیان داشته است که صرف این که متهم در پی اطاعت از دستور دولت خود یا مقام مافوق عمل می کرده است وی را از مسئولیت مبری نمی سازد ولی، در صورت اقتضای

5. United Nations War Crimes Commission, 1941.

عدالت، این امر می‌تواند برای تخفیف مجازات متهم مد نظر قرار گیرد. این که منشور محکمه نرنبرگ اطاعت از امر مافوق را نیز نه به عنوان یک دفاع، بلکه فقط به عنوان یک کیفیت مخففه پذیرفته است، ناشی از ملاحظات مصلحت‌گرایانه بوده است. این موضع در عمل مشکلاتی را برای محکمه نرنبرگ ایجاد کرد، زیرا در مواردی واقعاً محکمه با مقامات زیردستی روبرو بود که آنها را مسؤول و قابل مجازات نمی‌دانست، ولی طبق منشور راهی برای معاف کردن آنها از مسئولیت نداشت. برای مثال در پرونده معروف به «فرماندهی عالی»^۶ دادگاه با کسی روبرو بود که صرفاً واسطه ارسال پیام‌ها بود و مقرر داشت که فرماندهان نظامی که در صحنه جنگ مسئولیت‌های گسترده‌ای دارند نمی‌توانند، به موجب حقوق بین‌الملل، به مشارکت کیفری در صدور دستوراتی متهم شوند که جنبه کیفری آشکاری نداشته باشد یا نتوان اثبات کرد که آنان از مجرمانه بودن دستورات بر طبق مقررات حقوق بین‌الملل مطلع بوده‌اند. در پرونده دیگری که به پرونده «گروگان‌ها»^۷ مشهور بود مقرر شد که اگر غیرقانونی بودن دستوری برای مقام مادی شناخته شده نباشد و از او به طور معقولی انتظار آگاهی نسبت به غیرقانونی بودن آن نیز نرود، در چنین حالتی نیت مجرمانه لازم برای ارتکاب جرم وجود ندارد و مأمور مادی مورد حمایت قرار می‌گیرد.

این‌گونه تفسیرها در واقع تلاشی بود برای تبرئه کردن مأموران بی‌گناهی که منشور محکمه نرنبرگ راهی را برای معاف کردن آنها از

6. High Command Case, U.S. v. Von Leeb.

7. Hostages Case, U.S. v. List.

مسئولیت کیفری پیش‌بینی نکرده بود.

بعد از جنگ جهانی دوم در محافل دانشگاهی دو نظریه میان حقوقدانان در مورد مسئولیت کیفری مأموران زیردست که از دستورات غیرقانونی مقامات مافوق اطاعت می‌کردند گسترش یافت. نظریه اول، براساس منشور محکمه نورنبرگ، رعایت دستور مقام مافوق را هیچ‌گاه موجب معافیت مأمور ندانسته و حداکثر آن را به عنوان یک کیفیت مخففه می‌پذیرفت. نظریه دوم مبتنی بر آن بود که، در صورت غیرقانونی نبودن دستور به طور آشکار، مأمور مادون می‌تواند در مواردی از مسئولیت کیفری معاف شود. تلاش در جهت انعکاس این نظریات در کنوانسیون‌های ژنو در جریان کنفرانس دیپلماتیک ژنو در سال ۱۹۴۹ با شکست مواجه شد. عکس‌العمل کنفرانس دیپلماتیک در مورد پیشنهاد کمیته بین‌المللی صلیب سرخ در این مورد آن بود که کنفرانس دیپلماتیک قصد ورود به مباحث حقوق جزای بین‌الملل، که نهادهای شایسته‌تری در مورد آن طی سالها تلاش کرده‌اند را ندارد. در پیش‌نویس ماده ۷۷ پروتکل الحاقی اول در این مورد آمده بود که تنها این واقعیت که متهم پیرو دستور مقام مافوق خود عمل می‌کرده است وی را از مسئولیت کیفری معاف نخواهد ساخت به شرط آن که اثبات شود وی مطلع بوده یا باید می‌دانسته که با انجام فعل خاصی طبق پیش‌نویس مورد اشاره مرتکب نقض شدید کنوانسیون‌ها یا این پروتکل می‌شود. البته این امر می‌توانست برای تخفیف مجازات متهم مدنظر قرار گیرد. هرچند که اکثریت با این متن موافق بودند اما به دلیل عدم کسب دو سوم آرا، این متن در پروتکل نهایی وارد نشد.

در ماده ۵ پیش‌نویس جدید «قانون جرایم علیه صلح و امنیت بشری»

در ۱۹۹۶، کمیسیون حقوقی مجدداً به آنچه که در ماده ۸ منشور محکمه نورنبرگ (منشور لندن) پیش‌بینی شده بود بازگشت. همین‌طور ماده (۴) ۷ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق نیز مجدداً موضع اتخاذ شده در منشور محکمه نورنبرگ را پذیرفت و اظهار کرد، متهمی که پیرو دستور دولت یا مقام مافوق خود عمل می‌کند از مسئولیت کیفری مبری نمی‌شود ولی در صورت اقتضای عدالت، این امر می‌تواند، بنا به نظر دیوان، موجب تخفیف مجازات وی شود. همین‌طور موضع در ماده (۴) ۶ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی برای رواندا و ماده (۳) ۲ «کنوانسیون ۱۹۴۸ علیه شکنجه و سایر رفتارها و مجازاتهای ظالمانه، غیرانسانی یا تحقیر کننده» اتخاذ شد.

در بحث راجع به اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی، اکثریت دولتها خواستار حفظ همین موضع و اقلیتی (مثل آمریکا) طرفدار نظر اُپنهایم در سال ۱۹۰۶ بودند. تعداد دیگری از دولتها نیز معتقد بودند که باید حد وسط را اختیار کرد و مأمور را در صورت غیرقانونی نبودن آشکار دستور مافوق از مسئولیت کیفری مبری دانست که در واقع این نظریه باعث ایجاد نوعی سازش بین دو نظریه دیگر بود. نهایتاً ماده ۳۳ اساسنامه به گونه‌ای تدوین شد که ضابطه سه‌گانه‌ای را برای مسئول نبودن مأمور زیردست در نظر گرفت. ماده مذکور مقرر نمود:

«این حقیقت که یکی از جرایم مشمول صلاحیت دادگاه به وسیله شخصی پیرو دستور دولت یا مقام مافوق، اعم از نظامی یا غیرنظامی، ارتکاب یافته است، آن شخص را از مسئولیت کیفری مبری نخواهد ساخت، مگر این‌که:

- الف) شخص مورد نظر برای اطاعت از دستورات دولت یا مقام مافوق وظیفه قانونی داشته باشد،
- ب) آن شخص از غیرقانونی بودن دستور مطلع نباشد،
- ج) آن دستور به طور آشکاری غیرقانونی نباشد».

بدین ترتیب، برای دفاع محسوب شدن اطاعت از اوامر مافوق و به عبارت دیگر مبری شدن مأمور زبردست از مسئولیت کیفری، وجود سه شرط فوق ضروری است. در صورت فقدان یکی از این شروط سه گانه دادگاه فقط ممکن است مجازات مرتکب را تخفیف دهد. این مسأله کاملاً بسته به نظر دادگاه می باشد. برای مثال، محکمه نورنبرگ در یکی از پرونده‌های خود صراحتاً اظهار داشته که در جنایات بسیار فجیع و گسترده رعایت دستور مافوق موجب تخفیف مجازات نمی شود. برعکس، در برخی از پرونده‌های دیگر تخفیف‌هایی برای مأموران دون پایه‌ای که حسب دستور مقامات مافوق مرتکب جرایم سبک‌تری شده‌اند پیش‌بینی شده است.^۸

آنچه از بند (الف) فوق استنباط می‌شود این است که باید وظیفه قانونی برای اطاعت از مقام مافوق وجود داشته باشد و صرف وجود وظیفه اخلاقی یا نظایر آن برای معاف شدن مأمور زبردست از مسئولیت کفایت نمی‌کند. به علاوه، این بند به طور کلی به اطاعت از «دستورات» (orders) و نه دستور خاص (the order) اشاره کرده است، زیرا واضح است که

8. See; Y. Dinstein, "Defences" in Mc Donald & Swaak, Substantive & Procedural Aspects of International Criminal Law (2000). p. 383.

هیچ کس وظیفه اطاعت از یک دستور غیرقانونی را ندارد. بند (ب) از عدم اطلاع مأمور زبردست نسبت به غیرقانونی بودن دستور و بند (ج) از لزوم قانونی بودن آن بطور آشکار سخن گفته است. بنابراین اگر مثلاً مقام مافوق دستور استفاده از سلاح خاصی را به مأمور زبردست دهد که نظرات مختلفی در مورد ممنوع بودن یا نبودن آن وجود دارد و مأمور از این دستور اطاعت کند وی را نمی‌توان مسؤول دانست، حتی اگر دادگاه نظر به ممنوع بودن آن سلاح داده باشد، زیرا با وجود اختلاف آرا در مورد ممنوعیت آن سلاح، نمی‌توان گفت که دستور مقام مافوق آشکارا غیرقانونی بوده است.

در این جا باید نکته‌ای را در مورد ماده ۳۳ در مقایسه با جمله انتهایی بند (ج) از ماده (۱) ۳۱ بیان کنیم. مطابق جمله انتهایی ماده (۱) (c) ۳۱، صرف این حقیقت که عملیاتی که فرد در آنها درگیر است عملیات دفاعی محسوب می‌شود به معنی آن نیست که هر آن چه که او در اثنای آن عملیات انجام می‌دهد را بتوان دفاع مشروع محسوب نمود. همین طور صرف این که مقام زبردست می‌داند که جنگی که در آن درگیر است غیرقانونی است، به منزله علم او به غیرقانونی بودن هر دستور خاصی که در اثنای چنین جنگی دریافت می‌کند (مطابق ماده (b) (۱) ۳۳)، بلکه در چنین مواردی رهبران اصلی به خاطر راه اندازی این جنگ غیرقانونی و احياناً تجاوز ارضی مقصر می‌باشند و سرباز نیز، اگر با توجه به مفاد ماده ۳۳ عمل مجرمانه‌ای را در راستای اجرای دستور مقام مافوق مرتکب شود، مقصر خواهد بود.

قبل از پرداختن به بند دوم ماده ۳۳ ذکر نکته دیگری در مورد بند (۱) ضروری به نظر می‌رسد و آن این که هرچند در بند (۱)، برخلاف آنچه

که از تصمیمات بعضی از محاکم مستفاد می‌شود،^۹ دفاع محسوب شدن اطاعت از دستور مافوق منوط به این نشده است که دستور در صحنه نبرد داده شده باشد، لیکن تردیدی وجود ندارد که اثبات بند (ب)، یعنی جهل مأمور زیر دست نسبت به غیرقانونی بودن دستور مافوق، در صورتی که فرد در کوران نبرد قرار نداشته و فرصت کافی برای ارزیابی قانونی یا غیرقانونی بودن دستور داشته باشد، مشکل تر خواهد بود.

بند دوم ماده ۳۳ صریحاً دستوراتی را که در مورد ارتکاب نسل کشی یا جنایات علیه بشریت هستند جزو دستورات آشکارا غیرقانونی دانسته و در واقع دفاع «اطاعت از دستور مافوق» را در این جرایم تحت هیچ شرایطی قابل پذیرش ندانسته است. به عبارت دیگر، این دفاع تنها در جنایات جنگی، در صورت وجود شرایط سه گانه می‌تواند مورد پذیرش قرار گیرد که اتخاذ این موضع نشانگر اهمیت بیشتر نسل کشی و جنایات علیه بشریت نسبت به جنایات جنگی از دید طراحان اساسنامه است.

این موضع که غیرقانونی بودن آشکار تمامی دستورات راجع به ارتکاب نسل کشی و جنایات علیه بشریت مفروض انگاشته شده موضع درستی به نظر نمی‌رسد، به ویژه از آن جهت که هم در اساسنامه و هم در «عناصر تشکیل دهنده جرایم» مصادیق این جرایم به تفصیل (مخصوصاً در بند ۲ از ماده ۷ اساسنامه) شرح داده شده‌اند که خود نشانگر آن است که معنی و مفهوم حقوقی آنها همیشه آشکار و واضح نمی‌باشد. بنابراین احتمال

۹. برای مثال رک. پرونده kōtalla در محکمه کیفری آمستردام در ۱۴ دسامبر ۱۹۴۸ و پرونده U.S. v. Calley در دادگاه تجدید نظر نظامی آمریکا در ۲۱ دسامبر ۱۹۷۳، مذکور در International Criminal Law, Antonio Cassese, p. 239

این که غیرقانونی بودن دستور مقام مافوق در مورد ارتکاب این جرایم برای مأمور زیردست آشکار نباشد کاملاً وجود دارد، همان‌طور که در جنایات جنگی چنین است. مسلماً در چنین حالتی مجازات کردن مأمور به دلیل فقدان عنصر روانی لازم برای ارتکاب جرم، نادرست خواهد بود، اعم از این که دستور در مورد ارتکاب جنایات جنگی باشد یا برای ارتکاب نسل‌کشی و جنایات علیه بشریت. نادرستی تفکیک بین جنایات علیه بشریت و نسل‌کشی با جنایات جنگی از جهت دیگری نیز قابل توجه است. عمل واحد ممکن است مشتمل بر دو یا چند عنوان مجرمانه مشمول صلاحیت دادگاه باشد. در چنین حالتی مرتکب می‌تواند در دفاع از خود در قبال اتهام ارتکاب جنایات جنگی به دستور مقام مافوق استناد کند، در حالی که این حق را در قبال اتهام نسل‌کشی یا جنایات علیه بشریت ندارد. این تفکیک، با توجه به این که وی عمل واحدی را مرتکب شده که دارای بیش از یک عنوان مجرمانه است، معقول به نظر نمی‌رسد. علاوه بر آنچه گفته شد، نمی‌توان قائل به آن شد که جنایات جنگی همواره از جنایات علیه بشریت و نسل‌کشی خفیف‌تر هستند و بنابراین دفاع اطاعت از اوامر مافوق باید فقط در مورد آنها پذیرفتنی باشد. مسلماً کشتن تعداد زیادی از اسرای جنگی (که یک جرم جنگی است) از بازداشت غیرقانونی تعدادی از افراد غیرنظامی (که می‌تواند یک جنایات علیه بشریت باشد) شدیدتر است، و معلوم نیست چرا در مورد اول اطاعت از دستور مافوق می‌تواند با وجود شرایطی پذیرفته شود در حالی که در مورد دوم به هیچ عنوان پذیرفتنی نیست.

در پایان این بخش اشاره به موضوع اطاعت از قانون داخلی مفید به

نظر می‌رسد. به تعبیر دیگر، مرتکب ممکن است با موقعیتی روبرو شود که در آن انتظار حقوق داخلی از وی با انتظاری که حقوق بین‌الملل از او دارد متفاوت است. در موارد غیر کیفری، معمولاً حقوق داخلی در کشور اجرا می‌شود هرچند که دولت، به دلیل تعارض حقوق داخلی‌اش با موازین حقوق بین‌الملل، ممکن است مسئولیت بین‌المللی پیدا کند، اما در امور کیفری این چنین نیست. هرگاه حقوق جزای بین‌الملل تکلیفی را بر افراد بار کند، که با حقوق جزای داخلی در تعارض باشد، چنین تکلیفی نمی‌تواند سالب مسئولیت افراد در برابر محاکم کیفری بین‌المللی شود. یک محکمه نظامی آمریکایی در پرونده «فرماندهی عالی» در سال ۱۹۴۸ اظهار داشت:

«حقوق جزای بین‌الملل برتر است و در صورت تعارض داشتن با حقوق ملی یا دستورات صادره از سوی مقامات دولتی داخلی، نسبت به آنها تفوق دارد. بنابراین، دستورالعمل مبتنی بر نقض حقوق جزای بین‌الملل باطل است و (این دستورالعمل) نمی‌تواند کسی را که حقوق جزای بین‌الملل را به اتکای چنین دستوری نقض می‌کند مورد حمایت قرار دهد».^{۱۰}

در پرونده دیگری یک محکمه نظامی آمریکایی در سال ۱۹۴۷ اظهار داشت که دفاع تبعیت از قانون داخلی مبتنی بر یک سوء برداشت است:

«هرگاه حقوق داخلی (مثلاً قوانین آلمان نازی) فردی را مجبور به ارتکاب جنایات جنگی و جنایات علیه بشریت بنماید، تصویب یا

10. German High Command Trial, 15 I.L.R. 376, 396 (U.S. Military Tribunal, 1948).

اجرای چنین قانونی، خود به منزله معاونت در ارتکاب جرم است و معاونت هیچ گاه دفاع محسوب نمی شود.^{۱۱}

۲- مسئولیت مقامات مافوق

در اساسنامه‌های دیوان‌های کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و رواندا و دیوان اختصاصی سیرالئون، به ترتیب در مواد (۳) ۷ و (۳) ۶ تصریح شده است که ارتکاب جرمی که در صلاحیت دیوان‌های مذکور توسط شخص زیردست است، مقام مافوق را از مسئولیت کیفری مبری نمی‌سازد، مشروط بر آن که وی مطلع بوده یا شواهد و قرائنی مبنی بر آگاهی وی وجود داشته، دال بر این که جرم مذکور توسط مأمور زیردست در شرف ارتکاب می‌باشد یا قبلاً ارتکاب یافته است و مقام مافوق، علیرغم این اطلاع، اقدامات لازم و معقول را برای جلوگیری از این عمل یا تنبیه مرتکب آن معمول ندارد.

در ماده ۲۸ اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی نیز به مسئولیت مقامات مافوق اشاره شده است. با بررسی ماده مزبور درمی‌یابیم ایرادی که در مواد (۳) ۷ و (۳) ۶ فوق وجود داشت، در این ماده هم مشاهده می‌شود، یعنی عدم تفکیک بین مقام مافوقی که صرفاً از تنبیه مأمور زیردست یا گزارش کردن مورد به مقامات ذی‌صلاح خودداری می‌کند و کسی که عمداً از ارتکاب جرم از سوی مأمور زیردست جلوگیری نمی‌نماید. هرچند در تأیید این عدم تفکیک می‌توان گفت با توجه به این که جرایم تحت کنترل مقام مافوق، به موجب ماده ۲۸، در حال یا در شرف ارتکاب است؛

11. Justice Trial, 14 I.L.R. 278, 286 - 87 (U.S Military Tribunal, Nuremberg 1947).

گزارش کردن به موقع آن فقط از لحاظ تنبیه شدن مرتکب اهمیت ندارد بلکه، می‌تواند جلوی ارتکاب یا تکرار آن را نیز بگیرد. با این حال به نظر می‌رسد که، هم از لحاظ قابلیت سرزنش و هم به لحاظ رعایت مصلحت، این تفکیک مطلوب باشد. این تفکیک در قانون مصوب ۲۶ ژوئن ۲۰۰۲ آلمان تحت عنوان «قانون جرایم علیه حقوق بین‌الملل»، که در اجرای مفاد اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی در آلمان تصویب شده است نیز مشاهده می‌شود. ماده سه قانون مذکور، به موردی اشاره می‌کند که مقام مافوق عمداً از ارتکاب جرم مأمور زبردست جلوگیری نمی‌کند و در چنین حالتی مجازات مقام مافوق را مساوی با مجازات مرتکب دانسته است. از سوی دیگر، ماده ۱۳ این قانون برای کوتاهی عمدی^{۱۲} در اعمال وظایف فرماندهی یا سرپرستی، مجازات حداکثر ۵ سال حبس و برای قصور مسامحه آمیز،^{۱۳} مجازات حداکثر سه سال حبس را تعیین کرده است. ماده ۱۴ نیز مجازات گزارش نکردن ارتکاب نسل‌کشی، جرایم علیه بشریت و جرایم جنگی از سوی فرمانده نظامی یا مقام مافوق غیرنظامی را حداکثر ۵ سال حبس دانسته است.

با این حال ماده ۲۸ اساسنامه تفکیک دیگری را بین فرماندهان نظامی و سایر مقامات مافوق قائل شده است که در واقع راه حلی است که از سوی نمایندگان دولت آمریکا برای ایجاد سازش بین نظر دو دسته از دولتها پیشنهاد شد. نظر اکثریت آن بود که مقررات ماده ۲۸ باید شامل کلیه مقامات مافوق، اعم از فرماندهان نظامی یا اشخاص غیرنظامی شود. از سوی

12. International violation of the duty of supervision.

13. Negligent violation of the duty of supervision.

دیگر، نمایندگان دولت چین مخالف تسری دادن مفاد ماده ۲۸ به مقامات غیرنظامی بودند. نهایتاً ماده ۲۸، هرچند به هر دو فقره تسری یافت، لیکن در هر مورد معیارهای جداگانه‌ای را برگزید. مقام نظامی مافوق در صورتی مسئولیت خواهد داشت که نسبت به ارتکاب جرم از سوی زیردستان مطلع بوده^{۱۴} یا باید اطلاع می‌داشته است (Should have Known) در حالی که مقام مافوق غیرنظامی باید می‌دانسته که افراد تحت امر او مرتکب جرم می‌شوند و یا از اطلاعاتی که به وضوح دلالت بر چنین امری داشته است به طور آگاهانه غمض عین کرده باشد. به عبارت دیگر، برای مسؤل دانستن مقام نظامی مافوق، صرف احراز آنچه که در نظر عرف مسامحه محسوب شود کفایت می‌کند، در حالی که در مورد مقام غیرنظامی، معیار سخت‌تری، که همانا اثبات علم واقعی (Actual) یا علم اعتباری (Constructive) وی نسبت به موضوع است، به کار گرفته می‌شود. با این حال، هیچ یک از این دو مورد را نمی‌توان در زمره جرایم مادی صرف دانست بلکه احراز نوعی عنصر روانی، که البته لزوماً عنصر قصد و نیت نمی‌باشد، در هر دو مورد ضروری است. به علاوه در هر دو مورد، اعم از مافوق نظامی یا غیرنظامی، اثبات شروط ذیل الزامی است.

۱- مقام مافوق باید فرماندهی، کنترل یا اقتدار مؤثر بر مرتکب داشته باشد. وجود سلسله مراتب رسمی اداری ضرورت ندارد، بلکه کنترل

۱۴. در این مورد شعبه بدوی دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق احراز «علم» را از طریق ادله مستقیم یا امارات و قرائن ممکن دانسته است. از جمله این قرائن، نوع و گستردگی اعمال غیرقانونی، مدت استمرار آنها، تعداد نیروهای تحت امر، مکان جغرافیایی ارتکاب اعمال، سرعت عملیات و مکان حضور فرمانده در زمان ارتکاب جرایم می‌باشد. رک. پرونده‌های Celebic (پساراگراف ۳۸۶)، Blaskic (پاراگراف ۳۰۷) و Kordic & Cerkez (پاراگراف ۴۲۷) که در این زمینه از گزارش کمیسیون خبرگان که متعاقب قطعنامه ۷۸۰ شورای امنیت در سال ۱۹۹۲ بوجود آمد، پیروی کرده است.

عملی کفایت می‌کند.^{۱۵} از سوی دیگر، صرف وجود مقام رسمی، بدون آن که صاحب منصب مذکور عملاً قادر به اعمال کنترل بر افراد زیردست باشد، برای احراز مسئولیت وی کافی نیست.^{۱۶} در این مورد شعبه تجدید نظر دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق اشعار می‌دارد، «کنترل مؤثر از جمله در رویه دیوان به عنوان معیاری برای تعیین مسئولیت مافوق پذیرفته شده است. اثبات کنترل مؤثر در مورد مقام مافوق رسمی و غیر رسمی ضروری است. در تعیین مسئولیت باید به اعمال مؤثر قدرت یا کنترل و نه عناوین رسمی توجه کرد. در زمینه مسئولیت کیفری نیز همین طور است. به طور کلی برخورداری از قدرت رسمی و قانونی به تنهایی برای مسؤول شناخته شدن مافوق کافی نیست مگر آن که نشانگر کنترل مؤثر باشد، هرچند که دادگاه ممکن است برخورداری از چنین قدرتی را نشانه وجود کنترل مؤثر بداند مگر آن که خلاف آن ثابت شود. شعبه تجدید نظر بر این باور است که توانایی اعمال قدرت مؤثر برای احراز فرماندهی واقعی یا مسئولیت مافوق ضرورت دارد...»^{۱۷}

۲- شرط دوم آن است که مقام مافوق اقدامات لازم را برای جلوگیری از جرم یا سرکوب کردن آن و یا طرح موضوع نزد مقامات صلاحیتدار جهت تحقیق و تعقیب انجام نداده باشد. وظیفه مقام مافوق نسبت به «جلوگیری» از جرم از نظر شعبه بدوی دیوان کیفری بین‌المللی

۱۵. این موضوع در پرونده Delalic & Others در دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق مورد تأیید شعب بدوی و تجدید نظر قرار گرفت. به پرونده Celebic در شعبه تجدید نظر و Kordic & Cerkez در شعب بدوی نیز رجوع نمایید.

16. See: Cappellini & Others in the Milan Court of Cassation.

17. Celebic Appeal Judgment, paras. 196 & 197.

برای یوگسلاوی سابق، در هر مرحله‌ای قبل از ارتکاب جرم وقتی که مقام مافوق نسبت به ارتکاب جرم از سوی شخص زیردست آگاه شود یا به طور معقولی چنین ظنی پیدا کند، ایجاد می‌شود.^{۱۸} وظیفه گزارش کردن به مقامات مافوق معمولاً پس از ارتکاب جرم حاصل می‌شود، هرچند که ممکن است در صورت قریب‌الوقوع بودن ارتکاب جرایم از سوی فرد مادون نیز این وظیفه برای مقام مافوق به وجود آید. بدیهی است مقام مافوق تنها با ارائه گزارش، وظیفه خود را انجام داده و از وی انتظار نمی‌رود که بر سیستم قضایی و نظامی کنترل داشته و از تعقیب و مجازات فرد متخلف در سیستم‌های مذکور اطمینان پیدا کند.

18. Kordic & Cerkez, Trial Judgment, para. 445.