الدفع بإطاعة الأوامر العليا بين القانون الداخلي والقانون الدولي

بحث مقدم للنشر في

مجلة الحقوق
للبحوث القانونية والاقتصادية
(كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية)

الباحث الأول
د. ثقل سعد العجمي
مدرس بقسم القانون الدولي
كلية الحقوق – جامعة الكويت

الباحث الثاني
د. علي سيف النامي
أستاذ مساعد بقسم القانون الدولي
كلية الحقوق – جامعة الكويت

٢٠٠٧/٢/١٧

الدفع بإطاعة الأوامر العليا بين القانون الداخلي والقانون الدولي

تمهيد وتقسيم:

إذا كانت النزاعات المسلحة أو الحرب إنما تحصل تنفيذاً لأمر من مجموعة قليلة من الأفراد - وفي بعض الحالات قد يكون فرداً واحداً مثل رئيس الدولة - فإن من يتحمّل تبعة هذا الأمر هم مئات الآلاف إن لم نقل الملايين من الجنود، إضافة إلى ضحايا النزاعات المسلحة الأخرى من مدنيين وأعيان وبيئة .... إلخ. المهم أن هؤلاء الجنود، الذين هم وقود الحرب، يبدؤون ويستمرون بالاقتتال، وقد ينجم عن ذلك ارتكاب أفعال غير مشروعة بمقتضى القانون الدولي الإنساني. لذلك قد يحصل أن تتم مساءلة هؤلاء الجنود عن هذه الأعمال غير المشروعة، فيكون جوابهم: نحن قمنا بهذه الأعمال لأن رؤساءنا أمرونا بذلك. لذا فالتساؤل في هذه الدراسة سوف يكون حول كيفية تعامل القانون الدولي مع هذا الدفع، فهل يُعد القانون الدولي هؤلاء الجنود غير مسئولين على الرغم من فداحة بعض الأعمال التي ارتكبوها وفظاعتها، أو يُعدهم مسئولين عن هذه الأعمال ولا يعتد بالدفع بإطاعة الأوامر العليا.

كذلك تحاول هذه الدراسة أن تبين موقف قواعد القانون الدولي من هذه المسألة، وذلك أولا بمناقشة موقف الفقه الدولي ثم ثانيا ببيان الكيفية التي تعامل بها القضاء مع هذا الدفع. وفي هذا الشأن سوف يتم الرجوع إلى محاكمات ليبزغ في تعاملها مع الدفع بإطاعة الأوامر العليا، وهذه المحاكمات هي التي تلت الحرب العالمية الأولى، ولعل السبب في اختيار هذه المحاكمات واضح، ذلك أنها جاءت في أعقاب أكبر حرب مدمرة لم يشهدها العالم قبل ذلك من حيث عدد ضحاياها ومساحتها الجغرافية. ثم بعد ذلك سوف تتم مناقشة القواعد التي أقرتها محاكمات نورمبرغ بعد الحرب العالمية الثانية في هذا الصدد. كذلك سوف تتم مناقشة هذه المسألة على ضوء النظام الأساسي لكل من المحكمة الجنائية الخاصة بيوغسلافيا والمحكمة الجنائية الدولية الخاصة برُواندا بحسبانهما تُعدان مرجعاً مهماً من مراجع القانون الدولي الجنائي.

ويقصد بالقانون الدولي الجنائي "مجموعة القواعد القانونية المعترف بها في نطاق العلاقات الدولية، والتي تهدف إلى حماية النظام القانوني أو الاجتماعي الدولي، عن طريق العقاب على صور السلوك التي تشكل عدواناً على هذا النظام"، أو "مجموعة القواعد القانونية الموضوعة للعقاب على مخالفة أحكام ومبادئ القانون الدولي العام".[1] وبناءً على ذلك فإن هذا الفرع الجديد من فروع القانون الدولي يهتم بوضع القواعد الخاصة بتجريم بعض الأفعال التي يكيفها هذا القانون على أنها جرائم دولية، وذلك دون النظر إلى صفة مرتكب هذه الجرائم.

والسؤال عن كيفية التعامل مع هذا الدفع في إطار النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، والتي تعتبر وبحق أهم تطور حصل للقانون الدولي الجنائي في العقد الماضي. أخيراً سوف تتناول هذه الدراسة وضع الدفع بإطاعة الأوامر العليا في قانون إنشاء المحكمة الجنائية العراقية العليا، وهي محكمة قائمة الآن وما زالت تنظر في كثير من القضايا التي أتهم فيها بعض أفراد النظام العراقي السابق.

ولكن قبل أن نشرع في الحديث عن كيفية التعامل مع الدفع بإطاعة الأوامر العليا في هذه الأنظمة القضائية المختصة بالجرائم الدولية، سوف نحاول أن نبين القواعد القانونية التي بمقتضاها نظم القانون الداخلي هذه المسألة باعتبارها أيضا من المسائل المهمة التي كثيراً ما يلجأ إليها المرؤوسين بهدف درء أي نوع من المسؤولية عن الأعمال التي يقومون بها تنفيذاً لأوامر عليا صادرة إليهم من رؤسائهم سواء كانت هذه المسؤولية إدارية أو مدنية أو جزائية. كذلك فإن إبراز هذه المسألة في ضوء قواعد القانون الداخلي يؤكد - بما لا يدع مجالاً للشك -

---

[1] للمزيد من الشرح والتفصيل حول تعريف القانون الدولي الجنائي، انظر كل من:
- د. محمد محي الدين عوض، دراسات في القانون الدولي الجنائي، ١٩٦٦، ص ١٩١.
- د. محمد بهاء الدين باشات، المعاملة بالمثل في القانون الدولي الجنائي: الأعمال الانتقامية وفكرة العقاب الدولي، الهيئة العامة للمطابع الأميرية (١٩٧٤)، ص ٤.
- د. محمد عبدالمنعم عبدالخالق، الجرائم الدولية -دراسة تأصيلية للجرائم ضد الإنسانية والسلام وجرائم الحرب، الطبعة الأولى (١٩٨٩)، ص ١١٦-١٢٠.
- د. منى مصطفى محمود، الجريمة الدولية بين القانون الدولي الجنائي والقانون الجنائي الدولي، دار النهضة العربية (القاهرة – ١٩٨٩)، ص ٦٦-٧١.
- د. فتوح عبدالله الشاذلي، القانون الدولي الجنائي، دار المطبوعات الجامعية (الإسكندرية – ٢٠٠٢)، ص ١٨-٤٢.
- د. سعيد عبداللطيف حسن، المحكمة الجنائية الدولية، دار النهضة العربية (القاهرة – ٢٠٠٤)، ص ٢٩-٣٤.

أهمية هذه المسألة من جهة القانون الداخلي ومن جهة القانون الدولي كما سوف نشرح لاحقاً. كما أن مناقشة هذه المسألة من وجهة نظر القانون الداخلي سوف يساهم في تأصيل هذه المسألة على مستوى القانون الدولي ويفيد في إعطاء صورة كاملة وشاملة لهذا الدفع من كل وجوهه وذلك قبل الولوج في الحديث عن هذا الدفع على مستوى قواعد القانون الدولي.

كذلك، فإنه وعند مناقشة قواعد القانون الداخلي ذات الصلة، سوف نحاول أن نسلط بعض الضوء على الشريعة الإسلامية ببيان الكيفية التي تعاملت بها الشريعة الإسلامية الغراء مع مسألة طاعة الأوامر العليا (طاعة ولي الأمر). والسبب في ذلك هو أن الشريعة الإسلامية، بالإضافة إلى شموليتها، تُعد مصدراً مهماً لكثير من قواعد القانون الداخلي، كما أن الشريعة الإسلامية تجد لها تطبيقاً مباشراً في بعض الدول.

وبناءً على ذلك فإن هذه الدراسة سوف يتم تقسيمها على النحو التالي:

- المبحث الأول: الدفع بإطاعة الأوامر العليا في القانون الداخلي.
  - المطلب الأول: الدفع بإطاعة الأوامر العليا في الشريعة الإسلامية.
  - المطلب الثاني: الدفع بإطاعة الأوامر العليا في القانون الوضعي.
    أولا: القانون الإداري.
    ثانيا: القانون المدني.
    ثالثا: القانون الجنائي.
- المبحث الثاني: الدفع بإطاعة الأوامر العليا في القانون الدولي الجنائي.
  - المطلب الأول: موقف الفقه من الدفع بإطاعة الأوامر العليا
  - المطلب الثاني: موقف القضاء من الدفع بإطاعة الأوامر العليا
    أولا: محاكمات ليبزغ
    ثانيا: محاكمات نورمبرغ.
    ثالثا: المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا ورواندا.
    رابعا: المحكمة الجنائية الدولية.
    خامسا: المحكمة الجنائية العراقية العليا.

المبحث الأول

الدفع بإطاعة الأوامر العليا في القانون الداخلي

في هذا المبحث سوف نحاول أن نسلط بعض الضوء على هذه المسألة في الشريعة الإسلامية على اعتبار أنها نظمت كثيراً من المسائل التي يتساءل كثير من الناس حولها الآن، لذلك لابد أن تكون مسألة الأوامر هي من بين تلك المسائل التي قالت الشريعة الإسلامية فيها كلمتها. هذا بالإضافة إلى كون الشريعة الإسلامية هي مصدر أصيل لكثير من قواعد القانون الداخلي. كذلك سوف تتم مناقشة هذه القضية في إطار قواعد القانون الوضعي، حيث سوف يتم بيان فروع القانون الوضعي التي تناولتها وكيفية التناول هذه.

المطلب الأول

الدفع بإطاعة الأوامر العليا في الشريعة الإسلامية

إذا كان الفقه الدولي لم يتعرف أو يتعرض للدفع بإطاعة الأوامر العليا بحسبانه سبباً من أسباب الإباحة من المسؤولية الجزائية أو مانعاً من موانع هذه المسؤولية إلا في عام ١٤٧٤ وذلك في قضية (Breisach)[٢]، فإن الشرع الإسلامي - وكما هو الحال في كثير من المسائل الأخرى - قد احتاط لهذه المسألة ونظمها، وذلك ببيان مفهومها وحدودها على النحو الآتي:

١ - مفهوم طاعة ولي الأمر

إن الأصل العام في الشريعة الإسلامية هو وجوب طاعة ولي الأمر على المسلم، وذلك لقوله عز وجل في سورة النساء: "يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم"[٣]. وبناء عليه فقد ربط الله تعالى طاعته وطاعة رسوله الكريم (ص) بطاعة ولي الأمر وهذا دليل على أهمية هذه المسألة ومنزلتها عند الله عز وجل. والقول بعدم وجوب

---

[٢] Leslie C. Green, Superior Orders in National and International Law: A. W. Sijthhof (Leyden – 1976), at 263.

[٣] سورة النساء، آية ٥٩.

طاعة ولي الأمر يعني - بطبيعة الحال- عدم الاعتراف لهذا الشخص باعتباره وليا للأمر، لأن الولاية لا يتحقق لها أي معنى ما لم يتوافر فيها واجب الطاعة على الرعية.

٢- حدود طاعة ولي الأمر: التقيد بالمشروعية

إذا كان الأصل العام في الشريعة الإسلامية هو، كما ذكرنا أعلاه، وجوب طاعة ولي الأمر، فإن هذه الطاعة مقيدة بالمشروعية والتي تعني عدم وجوب الطاعة فيما يخالف شرع الله عز وجل، والدلائل على هذا التقييد كثيرة منها:

أولا: إن الله تعالى في الآية السابق ذكرها قال: "وأولي الأمر منكم" و"منكم" هنا عائدة على قوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا" التي بدأ بها الرحمن هذه الآية. وهذا يفيد بأن أولي الأمر يجب أن يكونوا من الذين آمنوا وهؤلاء لا يفترض فيهم أن يأمروا بما فيه مخالفة لشريعة الله التي بها آمنوا والتي لولا إيمانهم بها لما توافرت بهم أهم شروط الولاية، وهي الإيمان بالله عز وجل كما يفهم من هذه الآية.

ثانيا: إن الله عز وجل قد أردف الآية السابقة بما يفيد أيضا بوجوب طاعة ولي الأمر فيما ليس فيه مخالفة لشرع الله، حيث يقول تعالى "يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم، فإن تنازعتم في شيء فردّوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا".

وإذا كانت طاعة الله وطاعة الرسول لا يتصور فيها أن تثير التنازع والاختلاف فيما بين المؤمنين، فإن طاعة أولي الأمر في بعض الحالات التي قد تشوبها شبهة مخالفة شرع الله هي التي قد يتنازع بشأنها المؤمنون. وإذا ما حصل ذلك وجب على المؤمنين في هذه الحالة أن يردّوا هذا التنازع إلى الله والرسول لتقرير مدى شُرعية هذا الأمر، ومن ثم الامتثال له إن كان مشروعاً أو عدم الامتثال إذا كان خلاف ذلك.

ثالثا: إن هناك كثيراً من الأحاديث النبوية الشريفة، والتي تُعد مكملة للأحكام الشرعية الواردة في القرآن الكريم ومفسرة لها، قد بينت على نحو واضح عدم وجوب طاعة ولي الأمر فيما فيه مخالفة للشريعة الإسلامية. من ذلك قول الرسول (ص):

- "الطاعة على المرء المسلم فيما أحب وكره ما لم يؤمر بمعصية"[٤].
- "السمع والطاعة فإن أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة" [٥].
- "الطاعة في المعروف"[٦].
- "لا طاعة لمن لم يطع الله"[٧].
- "لا طاعة في معصية الله"[٨].
- "لا طاعة لمن عصى الله"[٩].

وإذا كان الشرع الإسلامي قد أجاز في بعض الأحوال إتيان بعض الأفعال المنهي عنها لضرورة أو لحاجة كما جاء في وصية أبي بكر رضي الله عنه لأسامة بن زيد عندما أرسله لفتح الشام، والتي تُعد وبحق موجزاً مهماً للقانون الدولي الإنساني، حيث قال له: "لا تخونوا ولا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا طفلاً صغيراً ولا شيخاً كبيراً ولا امرأة ولا تقطعوا نخلاً ولا تحرقوه ولا تقطعوا شجرة مثمرة ولا تذبحوا شاة ولا بقرة ولا بعيراً إلا لمأكله، وسوف تمرون على قوم قد فرغوا أنفسهم في الصوامع فدعوهم وما فرغوا أنفسهم له"[١٠]. وبناءً على ذلك فإن أمر القائد العسكري المسلم لجنوده بإتيان أي من الأفعال المنهي عنها سوف يجعل من طاعة هذا القائد غير واجبة ما لم تكن هناك أسباب مشروعة لمثل هذا الأمر، مثال على ذلك ما جاء في الوصية السابقة في أن يكون الهدف من قتل الشاة والبقرة والبعير هو سد حاجة الجوع وليس الإفساد والعبث.

---

(٤) صحيح البخاري.
(٥) صحيح مسلم وسنن الترمذي.
(٦) صحيح البخاري وصحيح مسلم.
(٧) مسند أحمد.
(٨) مسند أحمد.
(٩) أحمد والطبراني.
(١٠) لمزيد من التفصيل حول قواعد الحرب في الإسلام والعلاقة فيما بينها وبين القانون الدولي، راجع على سبيل المثال: د. إحسان الهندي، الإسلام والقانون الدولي، دار طلاس للدراسات والترجمة والنشر، ط١ (دمشق – ١٩٨٩)، د. عدنان السيد حسين، العلاقات الدولية في الإسلام، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط١ (بيروت – ٢٠٠٦).

وكذلك الحال فيما يتعلق بالنهي عن قطع الشجر المثمر وهدم البناء العامر، وذلك لأن الغرض من الحرب - كما يذكر الدكتور محمد أبو زهرة - هو "دفع أذى الحاكم الظالم لا إيذاء الرعية" أما "إذا تبين أن قطع الشجر وهدم البناء ضرورة حربية لا مناص منه، حيث يستتر العدو بها ويتخذ منه وسيلة لإيذاء الجيش الإسلامي فإنه لا مناص من قطع الشجر وهدم البناء"[١١].

غير أن الشريعة الإسلامية قد تشددت في بعض المحرمات ولم تجز الطاعة فيها لأي سبب كان ولو كان هناك إكراه ملجئ يعدم الرضا ويفسد الاختيار. وهذه المحرمات هي القتل وقطع الطرف والضرب المهلك للنفس التي حرم الله[١٢]، حيث اعتبرت الشريعة الإسلامية أن هذا الإكراه ولو كان ملجئا لا يعفي المرؤوس (وبالطبع الرئيس) من العقوبة إذا ما ارتكب أياً من الأفعال السابقة. وإذا كان هذا هو الحال فيما يتعلق بالإكراه الملجئ، فإن الإكراه الأدبي لا يعفي من العقوبة من باب أولى[١٣].

وهكذا رأينا كيف أن الشريعة الإسلامية - ومنذ القدم – قد اهتمت بمسألة طاعة الأوامر العليا فأمرت بوجوب طاعة ولي الأمر كأصل عام، غير أنها قيدت هذا الأصل - وهو وجوب الطاعة - بالمشروعية بحيث لم تجز طاعة ولي الأمر فيما فيه مخالفة للشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني

الدفع بإطاعة الأوامر العليا في القانون الوضعي

كذلك اهتمت قواعد القانون الوضعي بهذه المسألة والتي تُعد من المسائل التي كثيراً ما يدور الخلاف حولها. ومما يؤكد أهمية مسألة طاعة الأوامر العليا من وجهة نظر القانون الداخلي هو أن غير من فرع من فروع هذا القانون قد وضع قواعد خاصة بهذه المسألة. فنجد أن

---

[١١] د. محمد أبو زهرة، العلاقات الدولية في الإسلام، الدار القومية للطباعة والنشر (القاهرة – ١٩٦٤)، ص ١٠١- ١٠٤.

[١٢] عبدالقادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، الجزء الأول، ط ١٣ (بيروت – ١٩٩٤)، ص ٥٦١، ٥٦٨.

[١٣] المرجع السابق، ص ٥٦١.

ثلاثة فروع من فروع القانون الداخلي (القانون الإداري والقانون المدني والقانون الجنائي) قد تناولت هذه المسألة، كل فرع من الزاوية التي تعنيه، وذلك على النحو التالي:

أولا: القانون الإداري

إذا كانت للسلطة الرئاسية التي يمارسها الرئيس الإداري الأعلى على موظفيه من مظاهر عدة، فإن سلطة الرئيس الإداري الأعلى في إصدار الأوامر - التي تتعلق بحسن سير المرفق العام - على الموظفين الأدنى في الدرجة الوظيفية في ذات الاختصاص النوعي هي من أبرز مظاهر هذه السلطة. وفي مقابل هذه السلطة الرئاسية فإن من أهم واجبات المرؤوس هي طاعة هذه الأوامر، والقول خلاف ذلك يعني أن السلطة الرئاسية غير منتجة لآثارها وعديمة الجدوى.

لذلك نص عديد من التشريعات الداخلية على التزام المرؤوس بإطاعة أوامر رؤسائه، من ذلك مثلا:

- المادة ٧٦ من قانون العاملين المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨، حيث ألزمت العامل "أن ينفذ ما يصدر إليه من أوامر بدقة وأمانة، وذلك في حدود القوانين واللوائح والنظم المعمول بها"[١٤].
- المادة ٢٤ فقرة (٣) من قانون الخدمة المدنية الكويتي والتي نصت على "أن على الموظف أن ينفذ ما يصدر إليه من أوامر بدقة وأمانة، وذلك في حدود القوانين واللوائح والنظم المعمول بها"[١٥].
- المادة ٤ من قانون انضباط موظفي الدولة العراقي رقم ٦٩ لسنة ١٩٣٦ (المعدل) والتي نصت على أن: "١- على كل موظف اتباع الوجائب الآتية:

أ- القيام بالواجبات المودعة إليه وفق القوانين والأنظمة والتعليمات وامتثال الأوامر الصادرة إليه من رؤسائه ضمن واجبات وظيفته"[١٦].

---

[١٤] المادة ٧٦ من قانون العاملين المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨.

[١٥] المادة ٢٤ (٣) من المرسوم بقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٧٩ في شأن الخدمة المدنية.

[١٦] المادة ٤ من قانون انضباط موظفي الدولة العراقي رقم ٦٩ لسنة ١٩٣٦.

غير أن هذه النظرية تنتقد بأنها تؤدي إلى إهدار مبدأ المشروعية، وخصوصا عندما تكون عدم مشروعية الأوامر ظاهرة، وهذا سوف يشجع الرؤساء على مخالفة القوانين واللوائح[١٩]. كذلك فإن هذه النظرية بإلزامها المرؤوسين بالطاعة العمياء وعدم مناقشتهم لرؤسائهم حول مشروعية أوامرهم تسلب فكر المرؤوسين وتلغي أي شجاعة أدبية يملكونها والتي يمكن أن يقنعون بها رؤساءهم، ومن ثم يعدلون عن الأوامر التي لا يعلمون عدم مشروعيتها.

٢- نظرية المشروعية

تذهب هذه النظرية إلى أن المشروعية يجب أن تسمو على الطاعة، فالرئيس والمرؤوس كلاهما يخضع في تصرفاته القانونية للقانون. لذا إذا كان أمر الرئيس فاقدا للمشروعية كان المرؤوس غير ملزم بطاعته، بل يجب عليه عدم الطاعة لأن الرئيس في هذه الحالة لم يعد ممثلاً للسلطة العامة، حيث أصبح فرداً عادياً لا موجب لطاعته[٢٠].

وتتميز هذه النظرية بأنها تمنع أي استبداد للسلطة الإدارية، حيث يكون مبدأ المشروعية سبباً مباشراً في رفض أوامر هذه السلطة وإلزامها بعدم المضي قدما في هذه النوعية من الأوامر قبل حدوث أي ضرر لأي شخص كان.

إلا أن هذه النظرية تنتقد بأنها تؤدي إلى إعاقة العمل الإداري، حيث سوف يقوم المرؤوس، الذي هو غالباً ما يكون أقل خبرة ودراية، بمناقشة كل أمر يصدر إليه من رئيسه وربما الامتناع عن تنفيذه إذا اعتقد هذا المرؤوس عدم مشروعيته. ثم إن هذه النظرية قد تعطي الموظف المهمل حجة في عدم تنفيذ الأوامر الصادرة إليه من رئيسه بحجة اعتقاده بعدم مشروعيتها، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى نتائج عكسية تضر بسير المرفق العام[٢١].

---

(١٩) المرجع السابق، ص ٤٥ ، د. عادل الطبطبائي، مرجع سابق، ص ٣٠٢.

(٢٠) د. حكمت موسى سلمان، المرجع السابق، ص٤٥، د. عادل الطبطبائي، المرجع السابق، ص٣١٠، د. عزيزة الشريف، مرجع سابق، ص٢٧٣.

(٢١) د. حكمت موسى سلمان، المرجع السابق.

٣- نظرية الوسط

تحاول هذه النظرية التوفيق بين اعتبار سيادة القانون الذي تقوم عليه نظرية المشروعية وبين اعتبار المحافظة على حسن سير المرفق العام الذي تقوم عليه نظرية الطاعة، غير أن هذه النظرية لها وجهان:

الوجه الأول: وهو أنه إذا كانت المخالفة التي ينطوي عليها أمر الرئيس بسيطة؛ فيجب على المرؤوس التنفيذ بعد أن يقوم بتنبيه الرئيس إلى هذه المخالفة وإصرار الرئيس على أمره. أما إذا كانت المخالفة جسيمة فيجب على المرؤوس عدم التنفيذ بأي حال من الأحوال وإلا عرّض نفسه للمساءلة القانونية[٢٢].

وهذا هو ما أخذ به القانون السعودي، حيث يعفى الموظف من العقاب في المخالفات المالية والإدارية إذا كانت هذه المخالفات عادية (بسيطة) وكان ارتكابه لها بناء على أمر مكتوب صادر إليه من رئيسه، على الرغم من مكاشفة الموظف له بأن الفعل المرتكب يؤدي إلى وقوع مثل هذه المخالفات. أما إذا كانت المخالفة غير عادية (جسيمة)، فإن الموظف لا يعفى من العقوبة ولو كان تنفيذه للأمر قد تم بناء على أمر مكتوب[٢٣].

والحقيقة أن هذا الوجه من نظرية الوسط وإن كان فيه محاولة للتوفيق بين النظريتين السابقتين، فإنه قد فتح الباب أمام بعض الموظفين للتحجج بأن هذه المخالفة أو تلك هي من المخالفات الجسيمة التي لا ينبغي تنفيذها. ذلك أنه طبقا لهذه النظرية بوجهها السابق فإن الذي يقدر ما إذا كانت المخالفة عادية أو غير عادية، ومن ثم تنفيذ الأمر أو عدم تنفيذه هو الموظف، وهذا الموظف قد يكون - كما هو الحال في الغالب - قليل الخبرة وليس لديه الدراية اللازمة لتقدير مسائل من هذا النوع، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى تعويق العمل الإداري.

---

(٢٢) المرجع السابق، ص ٤٦، د. عزيزة الشريف، مرجع سابق، ص ٢٧٤.

(٢٣) عبدالله السنيدي، مرجع سابق، ص ٢٢٥.

الوجه الثاني: وهو أنه إذا انطوى تنفيذ الأمر المكتوب الصادر من الرئيس على مخالفة تأديبية سواء كانت عادية أو غير عادية فيجب على المرؤوس التنفيذ بعد تنبيه الرئيس لهذه المخالفة سواء شفاهة أو كتابة.

وهذا هو ما أخذ به القانون الكويتي، حيث نص في المادة (٢٧) من قانون الخدمة المدنية رقم ١٥ لسنة ١٩٧٩ على أنه " ... ويعفى الموظف من العقوبة التأديبية إذا ثبت أن ارتكابه المخالفة كان تنفيذا لأمر كتابي صدر إليه من رئيسه بالرغم من تنبيهه إلى المخالفة، وفي هذه الحالة تكون المسؤولية على مصدر الأمر "[٢٤].

كذلك فإن المشرع المصري أخذ بهذا الحل مع إضافة شرط وهو أن يكون تنبيه الموظف لرئيسه بشأن المخالفة مكتوباً، وهذا من شأنه أن يساعد في إثبات صدور التنبيه من الموظف إلى الرئيس. وفي ذلك تنص المادة ٧٨ من قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ على أنه " ... ولا يعفى العامل من الجزاء استنادا إلى أمر صادر إليه من رئيسه إلا إذا أثبت أن ارتكابه المخالفة كان تنفيذا لأمر مكتوب بذلك صادر إليه من هذا الرئيس بالرغم من تنبيهه كتابة إلى المخالفة، وفي هذه الحالة تكون المسؤولية على مصدر الأمر وحده"[٢٥].

---

(٢٤) المادة ٢٧ من المرسوم بقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٧٩ في شأن الخدمة المدنية.

(٢٥) وقد يحصل ألا يتمكن العامل من طلب كتابة الأمر الصادر إليه من رئيسه أو أن يقوم بتنبيه الرئيس لهذه المخالفة عن طريق الكتابة نتيجة وجود إكراه أو مانع معنوي. وفي هذه الحالة تقول المحكمة الإدارية العليا في مصر على أنه إذا كان المشرع قد "أعفى العامل من الجزاء بشرط أن يكون الأمر الصادر إليه مكتوبا وأن يقوم العامل بتنبيه رئيسه إلى المخالفة، إلا إذا ثبت أن ثمة إكراهاً أدبياً أو معنوياً قد شاب إرادة العامل المرؤوس وفقد حريته سواء في طلب كتابة الأمر الصادر إليه، أو في التنبيه إلى المخالفة ولم يجد إزاء ذلك سوى الانصياع لما صدر إليه من أمر لم يجد فكاكا من تنفيذه - فإن من شأن ذلك إعفاء العامل من توقيع الجزاء، غير أنه قد تحيط بالمرؤوس ظروف لا تصل في مداها إلى مرتبة الإكراه الذي يبرر عدم طلب كتابة الأمر أو التنبيه إلى المخالفة، ولكن تمثل هذه الظروف قيدا على حرية المرؤوس وتشكل صعوبة تدفعه إلى التسليم بالأمر الواقع بالامتثال لتنفيذ الأمر المخالف، ولا شك في أنه يتعين أن يكون لمثل هذه الظروف أثرها الذي يشفع تخفيف الجزاء وإلا كان الجزاء مشوبا بالغلو، والمعيار في كل ذلك يرجع فيه إلى كل حالة على حدة تبعا لظروفها وملابساتها، وبما يقتضيه ذلك من استظهار لطبيعة العلاقة بين الرئيس والمرؤوس ومدى ما يملكه الرئيس قبل المرؤوس من سلطات." انظر: المحكمة الإدارية العليا الطعنين رقمي ٥٢٤ و٥٢٧ لسنة ٣٠ ق. جلسة ١٩٨٦/٤/٢٢.
أنظر كذلك: د. سمير يوسف البهي، شرح قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ وتعديلاته حتى القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٤، دار الكتب القانونية (١٩٩٦)، ص ٥٩٢.

وهذا هو الحل الأسلم من وجه نظرنا، إذ إنه لا يترك الباب مفتوحا للموظف لتقرير إذا ما كانت المخالفة بسيطة أو جسيمة، ومن ثم الامتناع عن التنفيذ إذا كانت المخالفة جسيمة بحسب تقدير هذا الموظف، وهذا من شأنه أن يخل بسير المرفق العام. أما هنا فيجب على الموظف التنفيذ إذا كان أمر الرئيس مكتوباً وكان هناك تنبيه من المرؤوس لهذه المخالفة فهنا يتحمّل الرئيس مصدر الأمر المسؤولية وحده.

ثانيا: القانون المدني

تُعد قواعد القانون المدني هي أيضا من قواعد القانون الداخلي التي تعرضت لمسألة طاعة الأوامر العليا الصادرة من الرؤساء، وذلك في إطار قواعد المسؤولية التقصيرية عن الفعل الضار. ذلك أنه لما كانت الدولة - وعن طريق مرافقها العامة - تقوم بتقديم خدماتها أو تمارس أنشطتها عن طريق موظفيها أو العاملين لديها، فإن هذا الموظف أو العامل قد يتصرف على نحو قد يضر بالغير بحيث يكون لهذا الأخير الحق في الحصول على تعويض لجبر الضرر الذي أصابه.

ولقد احتاط عديد من القوانين المدنية لهذه الحالة بهدف تشجيع الموظف على القيام بواجباته دون خوف من المساءلة القانونية، وفي المقابل وضعت هذه القوانين بعض الشروط التي يجب توافرها لقيام حالة عدم مساءلة الموظف العام مدنياً. ومن الأمثلة على هذه القوانين:

- المادة ٢٣٧ من القانون المدني الكويتي والتي نصت على أنه "لا يكون الموظف العام مسئولاً عن عمله الذي أضر بالغير، إذا أداه تنفيذاً لأمر القانون أو لأمر صدر إليه من رئيسه، متى كانت إطاعة الأمر واجبة عليه، أو كان يعتقد لمبررات مقبولة أنها واجبة، وأثبت أنه كانت لديه أسباب معقولة جعلته يعتقد مشروعية العمل الذي أتاه، وأنه راعى في عمله الحيطة والحذر"[٢٦].

---

[٢٦] المادة ٢٣٧ من القانون المدني الكويتي.

- المادة ١٦٧ من القانون المدني المصري والتي تنص على أنه "لا يكون الموظف العام مسئولا عن عمله الذي أضر بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيس، متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه، أو كان يعتقد أنها واجبة، وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذي وقع منه، وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة، وأنه راعى في عمله جانب الحيطة"[٢٧].

- المادة ٢١٥ من القانون العراقي والتي نصت على أنه "١- يضاف الفعل إلى الفاعل لا الآمر ما لم يكن مجبراً على أن الإجبار المعتبر في التصرفات الفعلية هو الإكراه الملجئ وحده. ٢- ومع ذلك لا يكون الموظف العام مسؤولاً عن عمله الذي أضر بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيسه متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه أو يعتقد أنها واجبة. وعلى من أحدث الضرر أن يثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذي آتاه بأن يقيم الدليل على أنه راعى في ذلك جانب الحيطة وأن اعتقاده كان مبنياً على أسباب معقولة"[٢٨].

- المادة ٢٦٣ من القانون الأردني، حيث تنص على أنه "١- يضاف الفعل إلى الفاعل لا الآمر ما لم يكن مجبراً على أن الإجبار المعتبر في التصرفات الفعلية هو الإكراه الملجئ وحده. ٢- ومع ذلك لا يكون الموظف العام مسئولاً عن عمله الذي أضر بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيسه متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه أو كان يعتقد أنها واجبة وأقام الدليل على اعتقاده بمشروعية العمل الذي وقع منه وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة وأنه راعى في عمله جانب الحيطة والحذر"[٢٩].

---

[٢٧] المادة ١٦٧ من القانون المدني المصري، أسامة أحمد شتات، القانون المدني حسب أحدث التعديلات، دار الكتب القانونية (المحلة الكبرى – ٢٠٠٦).

[٢٨] المادة ٢١٥ من القانون المني العراقي، أحمد صفاء الدين العطيفي، القانون المدني، مجموعة الأعمال التحضيرية، المجلد الثاني - مصادر الالتزام، ص ٨٥٥.

[٢٩] المادة ٢٦٣ من القانون المدني الأردني، المرجع السابق.

وبذلك، وطبقاً للنصوص السابقة، فإنه يشترط لقيام هذه الحالة وهي حالة عدم تحمّل الموظف العام لأية مسؤولية مدنية بسبب تنفيذه لأمر من رئيسه أدى إلى الإضرار بالغير:

أ- أن يكون محدث الضرر هو موظفاً عاماً طبقاً لما تنص عليه القوانين الإدارية في تحديدها للموظف العام.

ب-أن يكون العمل الذي أدى إلى حدوث الضرر قد وقع منه تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيس إداري أعلى، ولو لم يكن الرئيس المباشر. وعلى ذلك لا تنطبق النصوص السابقة على الموظف الذي يقوم بتصرف من تلقاء نفسه ودون أمر من القانون أو من رئيسه.

ج- أن تكون طاعة هذا الرئيس واجبة أو يعتقد أنها كذلك.

د- أن يعتقد مشروعية الفعل الذي أتاه وراعى في إتيانه هذا الفعل جانب الحيطة والحذر[٣٠].

ثالثا: القانون الجنائي

إن مناقشة قواعد القانون الجنائي المتعلقة بمسألة الدفع بإطاعة الأوامر العليا للتخلص من المسؤولية الجنائية تُعد من أهم المسائل التي يتعين معرفتها تمهيدا لدراسة هذه المسألة على صعيد القانون الدولي الجنائي. إذ إنها - وكما هو الحال في القانون الدولي الجنائي - تتعلق بارتكاب أفعال يجرمها القانون يدفع مرتكبوها بإطاعة الأوامر العليا. كما أن القانون الدولي الجنائي لا بد أن يكون قد تأثر بقواعد القانون الجنائي الداخلي بشكل أو بآخر، خصوصا إذا علمنا أن بعض المحاكمات الدولية لبعض مجرمي الحرب - مثل ليبزغ - قد استند إلى قواعد القانون الجنائي الداخلي ذات الصلة.

وفي فقه القانون الجنائي الداخلي فإن طاعة الأوامر العليا لا تتعدى كونها سبباً من أسباب الإباحة أو مانعاً من موانع المسؤولية الجزائية. وتختلف القوانين الداخلية في هذه المسألة

---

(٣٠) راجع: محمد كمال عبدالعزيز، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه -مصادر الالتزام- (٢٠٠٣)، ص ١٣٥٣-١٣٥٦، د. عبدالرسول عبدالرضا ود. جمال فاخر النكاس، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات -الكتاب الأول (مصادر الالتزام والإثبات)، ص ٢٢١.

فنجد أن بعض القوانين الداخلية يُعدها سبباً من أسباب الإباحة إذا كانت تتعلق بارتكاب فعل مشروع أصلا، في حين يُعدها بعضها من أسباب الإباحة سواء تعلقت بارتكاب فعل مشروع أو غير مشروع، وذلك على النحو التالي:

١- الأوامر المشروعة فقط كسبب من أسباب الإباحة

يُعد بعض القوانين أن الدفع بإطاعة الأوامر العليا لا يكون سبباً من أسباب الإباحة إلا إذا تعلقت هذه الأوامر بارتكاب فعل مشروع قد أباحه القانون للموظف العام بشروط معينة. مثال على ذلك ما تنص عليه المادة ٣٧ من قانون الجزاء الكويتي من أنه "لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف عام، استعمالا لسلطة يقررها القانون له أو تنفيذا لأمر يوجب عليه القانون طاعته، بشرط أن يلتزم في حدود السلطة والأمر"[٣١].

وبناء على هذا النص فإن الفعل المجرّم تزول عنه الصفة التأثيمية إذا قام به الموظف العام في أي من الصورتين التاليتين:

<u>الصورة الأولى:</u> وهي إذا كان ارتكاب الفعل قد تم من قبل الموظف العام نتيجة لاستعمال السلطة التي قررها القانون له. وهذه الحالة قد تشتمل على فرضين: الفرض الأول وهو أن يقوم الموظف العام بتنفيذ ما يمليه عليه القانون بشكل مباشر. والأمثلة على ذلك كثيرة منها:

- قيام رجل الضبط القضائي بالقبض على المتهم الحاضر[٣٢].
- قيام مدير السجن بحبس الأفراد.
- قيام رجل الشرطة باعتقال مرتكب الجريمة المشهودة[٣٣].

---

(٣١) المادة ٣٧ من قانون الجزاء الكويتي.

(٣٢) د. عبدالفتاح بيومي حجازي، المحكمة الجنائية الدولية، دار الفكر الجامعي (الإسكندرية – ٢٠٠٤)، ص ١٦٦.

(٣٣) أ. تركي سطام المطيري، الحماية القانونية للموظف العام (الحماية الجنائية والمدنية والإدارية)، مذكرات مقدمة إلى موظفي العمدة، ص ٢٥.

أما الفرض الثاني فيتضمن قيام الموظف باستعمال السلطة التي أعطاها القانون له طبقا للحالة المعروضة أمامه. ومن الأمثلة على ذلك قيام المحقق بحبس المتهم احتياطيا مدة معينة إذا رأى أن مصلحة التحقيق تقتضي ذلك أو كان يخشى هربه[٣٤].

وفي كلا الفرضين السابقين يصبح العمل مشروعاً إذا مارسه الموظف المختص، أما إذا مارسه غيره فيكون جريمة يعاقب عليها القانون. غير أن الموظف المختص ينبغي أن يلتزم بحدود السلطة التي أقرها القانون له وإلا عرّض نفسه للمساءلة القانونية.

الصورة الثانية: وهي أن يكون ارتكاب الموظف للفعل ناجماً عن قيامه بتنفيذ أمر الرئيس المطابق للقانون. والأمثلة على هذا النوع من الأوامر، بحسبانهما سبباً من أسباب الإباحة طبقا للنص المشار إليه أعلاه، كثيرة منها:

- قيام رجل الضبط القضائي بالقبض على المتهم تنفيذاً للأوامر الصادرة إليه من النيابة العامة المختصة.
- قيام الإدارة المعنية في مصلحة السجون بتنفيذ حكم الإعدام في حق الشخص المحكوم عليه نهائياً بهذه العقوبة[٣٥].

وتوجد مجموعة من الشروط ينبغي توافرها حتى نكون بصدد هذه الحالة:

أولا: يجب أن يكون الأمر صادراً من رئيس مختص له الحق والسلطة في إصدار هذا الأمر. ويستوي في هذه الحالة أن يكون الرئيس ملزما بإصدار هذا الأمر أم أنه يتمتع بسلطة تقديرية في هذا الصدد.

ثانيا: أن يكون المرؤوس - الذي نفذ الأمر - خاضعاً للسلطة الرئاسية للرئيس مصدر الأمر حسب قواعد التدرج الإداري والتبعية الرئاسية، وهذا يستلزم أيضا أن يكون المرؤوس مختصا بتنفيذ هذا الأمر.

---

[٣٤] د. مبارك عبدالعزيز النويبت، شرح القواعد العامة في قانون الجزاء الكويتي، ط ١ (١٩٩٧)، ص ٢٦٤.

[٣٥] د. عبدالفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص ١٦١-١٦٢.

ثالثا: عدم تجاوز الرئيس لحدود السلطة القانونية المقررة له وعدم تجاوز المرؤوس لحدود الأمر الصادر إليه. وطبقا لذلك لا يجوز مثلا أن يصدر الرئيس أوامره إلى أحد مرؤوسيه بالقيام بتعذيب المتهم من أجل الحصول على اعترافه وقيام المرؤوس بذلك، فإن حصل ذلك فكلاهما يُعد مرتكبا لجريمة يعاقب عليها القانون[٣٦]. كذلك لا يجوز أن يتجاوز المرؤوس حدود أمر الرئيس المطابق للقانون أو أن يسيء تنفيذه بسوء نية كما لو صدر إليه أمر باحتجاز متهم في قضية معينة فيقوم بضربه أو تعذيبه أو إهانته دون سبب مشروع[٣٧].

رابعا: أن يكون الأمر قد استوفى جميع الشروط الموضوعية والشكلية التي يتطلبها القانون لإصداره، كأن ينص القانون على صدور أمر معين عن طريق الكتابة[٣٨].

وهكذا إذا توافرت هذه الشروط فإن أمر الرئيس يكون سبباً من أسباب الإباحة حتى ولو كان الموظف الذي نفذ الأمر يجهل أن الأمر مطابق للقانون، إذ إن الجهل بالإباحة لا يحول دون الاستفادة منها[٣٩].

وجدير بالذكر أن بعض القوانين قد وسّع من نطاق تطبيق أسباب الإباحة لتشمل بالإضافة إلى الموظفين العموميين - كما جاء في القانون الكويتي على النحو السابق ذكره - الأفراد العاديين إذا كان القانون قد ألزمهم أو أن السلطة قد ألزمتهم بأمر معين. مثال على ذلك ما تنص عليه المادة ١٨٥ من قانون العقوبات اللبناني من أنه "لا يعد جريمة الفعل المرتكب

---

[٣٦] وفي ذلك تقول محكمة الاستئناف العليا - دائرة التمييز في الكويت إن "طاعة المرؤوس لرئيسه في حكم المادة (٣٧) من قانون الجزاء لا تكون في أمر من الأمور التي يجرمها القانون، ومن ثم فليس على المرؤوس أن يطيع الأمر الصادر إليه من رئيسه بارتكاب فعل يعلم هو أن القانون يعاقب عليه.." محكمة الاستئناف العليا (دائرة التمييز)، طعن بالتمييز رقم (٨٩/٢٨٨) جزائي، جلسة ١٩٩٠/١/١٥ (الطعن رقم ٢٨٨ لسنة ٨٩ كتاب رقم ١٨ ص٢٩١).

[٣٧] وفي ذلك تقول محكمة التمييز الكويتية إن المادة (٣٧) من قانون الجزاء قد "دلت على أن الأمر الصادر من رئيس تجب طاعته تجيز في حدوده- ارتكاب فعل كان يعد في الأصل جريمة فيخرجه من دائرة التأثيم والعقاب إلى دائرة الإباحة، ما دام الأمر قد أستوفى شرائط صحته، التي تطلبها القانون، وكان المتهم وهو يقوم بالحراسة والتفتيش في إحدى نقاط التحكم إنما يباشر عملا له صفة عسكرية، يلتزم بمقتضاه الأوامر العسكرية الصادرة إليه، قد ارتكب فعلا تنفيذا لهذه الأوامر وفي حدودها، فإنه لا يكون مسئولا إذ خرج فعله من دائرة التجريم..." طعن بالتمييز رقم (٩٢/٢٣) جزائي، جلسة ١٩٩٢/١٢/٢١ (الطعن رقم ٢٣ لسنة ٩٢ كتاب رقم ٢٠ ص ٣٦٢). وفي حكم آخر تقول محكمة التمييز في الكويت إن "مفاد نص المادة (٣٧) من قانون الجزاء أن الفعل الذي يرتكبه الموظف العام أثناء مباشرة اختصاصه لا يكون مباحا إلا إذا كان تنفيذا لأمر يوجب عليه القانون طاعته مع التزام حدود الأمر.." الطعن رقم (٢٠٠١/٧٢) جزائي، جلسة ٢٠٠١/٩/٢٥ محكمة التمييز، س ٢٩، ج ٢، ص ٥٧٥.

[٣٨] د. حكمت موسى سلمان، مرجع سابق، ص ٢٠٦-٢٠٩، د. عبدالفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص ١٦٢.

[٣٩] د. عبدالفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص١٦٢.

إنفاذاً لنص قانوني أو لأمر شرعي صادر عن السلطة"[٤٠]. والأمثلة التي تضمنها القانون اللبناني على حالات يكون فيها الفرد ملتزماً بالقيام بأمر معين تنفيذاً لأمر القانون مباشرة أو لأمر شرعي صادر عن السلطة، كثيرة منها مثلا:

- التزام المواطن الذي يحضر جرماً مشهوداً أن يقوم بإلقاء القبض على الجاني ويسلمه للشرطة.
- التزام المواطن بالإبلاغ عن الجرائم والتزام الشاهد بالإدلاء بجميع المعلومات التي يمتلكها عن الجرائم التي يصل علمه إليها[٤١].

وكون الأفعال السابقة سواء ما تعلق منها بالموظف أو الفرد العادي هي أفعال مباحة هو أمر منطقي، إذ لا يعقل أن يأمر القانون الفرد بفعل معين ثم يعاقب هذا الفرد على إتيان هذا الفعل الذي أمر به.

٢- الأوامر غير المشروعة كمانع من موانع المسؤولية

يجعل بعض القوانين الجنائية من إطاعة الأوامر غير المشروعة - إذا توافرت شروط معينة - مانعاً من موانع المسؤولية الجزائية. ومن الأمثلة على ذلك:

- نص المادة (٣٨) من قانون الجزاء الكويتي والتي تنص على أنه "لا يسأل الموظف إذا ارتكب فعلا استعمالا لسلطة يعتقد أن القانون يقرها له أو تنفيذا لأمر يعتقد أن القانون يوجب عليه طاعته، ويجب على الموظف أن يثبت أن اعتقاده بني على أسباب معقولة، وأنه قد قام بالتثبت والتحري اللازمين للتحقق من مشروعية الفعل"[٤٢].
- نص المادة ٥١ من قانون العقوبات الإيطالي لسنة ١٩٣٠، والتي تحدثت عن مسؤولية الموظف إذا صدر إليه أمر بفعل يعد جريمة، ومن ثم وجوب معاقبته على

---

[٤٠] المادة ١٨٥ من قانون العقوبات اللبناني.

[٤١] د. مصطفى العوجي، القانون الجنائي العام، الجزء الثالث -المسؤولية التقصيرية، نوفل (بيروت - ١٩٩٢)، ص ٤٨٩-٤٩٠.

[٤٢] المادة ٣٨ من قانون الجزاء الكويتي.

هذا الفعل "إلا إذا كان يعتقد بناء على خطأ في الوقائع، أنه يقوم بتنفيذ أمر مشروع قانونا، أو لم يكن في استطاعته تبين عدم مشروعية الأمر"[٤٣].

وهكذا طبقا للنصين السابقين فإن الاعتقاد بمشروعية الفعل - بجميع عناصره التي تبيحه من اعتقاد بوجود سلطة أو اختصاص بالقيام بالفعل أو اختصاص للرئيس بإصدار الأمر بالقيام بهذا الفعل - وبعد إثبات حسن النية والقيام بالتثبت والتحري، هو خطأ بواقعة معينة تعد ركنا أساسيا في أي جريمة، ومن ثم تنفي الركن المعنوي الواجب توافره لقيام المسؤولية الجزائية.

والأمثلة على هذا النوع من الاعتقاد الخاطئ بمشروعية الفعل كثيرة، منها على سبيل المثال ما يلي:

- قيام رجل الشرطة عند رؤيته لجريمة مشهودة بملاحقة شخص يعتقد أنه الفاعل فيقبض عليه[٤٤].
- قيام رجل الضبط القضائي بالقبض على شخص لم يرتكب جريمة تنفيذا لأمر النيابة العامة في هذا الشأن.
- قيام رجل الضبط القضائي بالقبض أو التفتيش تنفيذا لأمر من النيابة العامة لم يستوف شروطه الشكلية أو الموضوعية اللازمة لصحته[٤٥].

كما يذهب الفقه الجنائي إلى أن موانع المسؤولية الجزائية تقوم إذا كان تنفيذ الأمر غير المشروع مقترناً بإكراه معنوي واقع على المرؤوس بحيث لم يدع له مجالاً للتثبت والتحري عن مشروعية الفعل الذي تضمنه أمر الرئيس[٤٦]. مثال على ذلك الأمر العسكري الصادر من القائد العسكري إلى أحد جنوده في ميدان القتال، حيث يضع معظم القوانين العسكرية

---

(٤٣) المادة ٥١ من قانون العقوبات الإيطالي لسنة ١٩٣٠.

(٤٤) د. مبارك عبد العزيز النويبت، مرجع سابق، ص ٢٦٧.

(٤٥) د. عبدالفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص ١٦٥.

(٤٦) انظر: د. حسنين إبراهيم صالح عبيد، الجريمة الدولية - دراسة تحليلية تطبيقية، دار النهضة العربية، ط ١ (القاهرة - ١٩٧٩)، ص ٨٨، د. عبدالله سليمان سليمان، المقدمات الأساسية في القانون الدولي الجنائي، ديوان المطبوعات الجامعية (الجزائر - ب.س)، ص ١٦٥.

عقوبات صارمة على رفض أوامر القادة العسكريين، وخصوصا في أثناء المعركة. من هذه القوانين قانون المحاكمات والعقوبات العسكرية الكويتي والذي نص في المادة ٤١ منه على أن "يعاقب بالإعدام أو الحبس المؤبد كل عسكري ارتكب جريمة من الجرائم المرتبطة بالعدو الآتية:

٣- رفضه أثناء المعركة القيام بواجب العمليات المكلف بها.

٩- وقوعه أسيرا لعدم اتخاذه عمدا ما يلزم من احتياطات أو بسبب تعمده مخالفة الأوامر أو عدم تأديته واجباته عمدا".

وتنص المادة ٤٧ من القانون نفسه على أنه "يعاقب بالحبس لا تزيد على سبع سنوات كل عسكري رفض بإصرار إطاعة أمر متعلق بالواجبات الرسمية صادر إليه من رؤسائه، ويعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على ثلاث سنوات كل عسكري تعمد عدم إطاعة الأوامر والتعليمات العسكرية، وتكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنة وغرامة لا تجاوز مائة دينار إذا وقعت الجريمة بطريقة الإهمال، وتضاعف العقوبة المنصوص في الحالات السابقة إذا وقعت الجريمة في زمن الحرب"[٤٧].

وللتحقق من وجود الإكراه يجب النظر في كل حالة على حدة مع الأخذ بعين الاعتبار العلاقة بين الرئيس والمرؤوس والظروف المحيطة والمستوى التعليمي والثقافي للمرؤوس ومعرفة إن كان القانون ذا الصلة يجيز للمرؤوس التحقق من شرعية الأمر الصادر إليه من رئيسه أم لا يجيز له ذلك.

وهذه الاعتبارات قد أخذ بها بعض القوانين، فها هو قانون العقوبات اللبناني ينص في المادة ١٨٥ منه على أنه "إذا كان القانون لا يجيز للفاعل التحقق من شرعية الأمر الصادر إليه،

---

[٤٧] مرسوم بالقانون رقم (١٣٦) لسنة ١٩٩٢ بإصدار قانون المحاكمات والعقوبات العسكرية (الكويت اليوم - ملحق العدد ٧٣- السنة الثامنة والثلاثون).

كالجندي تجاه قائده، فإن فعله يصبح مبرراً لأن عليه إطاعة رؤسائه وفقا لنصوص القانون الذي يفرض عليه ذلك"[٤٨].

هذا أيضا ما أخذت به محاكمات نورمبرغ - كما سوف نرى لاحقا - حيث كان من أبرز المبادئ التي أقرتها تلك المحاكمات وهو أن "في القانون الدولي فإن أوامر الحكومة أو السلطة لا تعفي الفاعل من المسؤولية إذا كان قادرا على الاختيار (عند صدور الأمر إليه)"[٤٩].

واعتبار أن طاعة الأوامر غير المشروعة هي مانع من موانع المسؤولية وليست سبباً من أسباب الإباحة يعني أن الصفة التأثيمية للفعل لا تزال قائمة، ومن ثم يمكن معاقبة الشريك دون الفاعل. في حين أن قيام سبب من أسباب الإباحة يعني زوال التجريم عن الفعل، ومن ثم يصبح فعلاً مباحاً لا يستفيد منه الفاعل فقط بل كذلك الشريك.

٣- الأوامر غير المشروعة كسبب من أسباب الإباحة

يتوسع بعض القوانين الوطنية في معاملة الأوامر غير المشروعة - إذا توافرت شروط معينة - حيث يُعدها سبباً من أسباب الإباحة تزيل أي صفة تجريمية عن الفعل المرتكب وليس كما ذكرنا بقصر أسباب الإباحة على الأوامر المشروعة وجعل الأوامر غير المشروعة مانعاً من موانع المسؤولية الجزائية على النحو السابق بيانه.

ومن الأمثلة على هذه القوانين:

- المادة ٦٣ من قانون العقوبات المصري، حيث تنص على أنه "لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف أميري في الأحوال التالية:

---

(٤٨) المادة ١٨٥ من قانون العقوبات اللبناني.

(٤٩) مزيداً من التفاصيل سوف تكون في المبحث الثاني (المطلب الثاني).

انظر أيضا:

- Jacques Verhaegen, " le refus d obeissance aux ordres manifestement criminels" R.I.C.R,2002,n 845,P36.

أولا: إذا ارتكب الفعل تنفيذا لأمر صادر إليه من رئيس وجب عليه طاعته أو اعتقد أنها واجبة عليه.

ثانيا: إذا حسنت نيته وارتكب فعلاً تنفيذاً لما أمرت به القوانين أو ما اعتقد أن إجراءه من اختصاصه.

وعلى كل حال يجب على الموظف أن يثبت أنه لم يرتكب الفعل إلا بعد التثبت والتحري، وأنه كان يعتقد مشروعيته، وأن اعتقاده كان مبنيا على أسباب معقولة"[٥٠].

- المادة ٤٠ من قانون العقوبات اللبناني رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩، حيث نصت على أنه "لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف أو شخص مكلف بخدمة عامة في الحالات التالية:

أولا: إذا قام بسلامة نية بفعل تنفيذاً لما أمرت به القوانين أو اعتقد أن إجراءه من اختصاصه.

ثانيا: إذا وقع الفعل منه تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيس تجب عليه طاعته أو اعتقد أن طاعته واجبة عليه.

ويجب في الحالتين أن يثبت أن اعتقاد الفاعل مشروعية الفعل كان مبنيا على أسباب معقولة وأنه لم يرتكبه إلا بعد اتخاذ الحيطة المناسبة، ومع ذلك فلا عقاب في الحالة الثانية إذا كان القانون لا يسمح للموظف بمناقشة الأمر الصادر إليه"[٥١].

وبناءً على ذلك فإن هذه الحالة تفترض صدور أمر من رئيس تجب طاعته أو أن المرؤوس يعتقد ذلك وأن هذا الأمر يتضمن القيام بفعل مخالف للقانون. والافتراض أيضا أن المرؤوس يستطيع عدم تنفيذ الأمر الصادر إليه إذا ما تبين له عدم مشروعيته، أما إذا كان لا يستطيع التحقق من مشروعية الفعل أو أن عليه التنفيذ بغض النظر عن مشروعية الفعل فإننا نكون بصدد حالة من حالات الإكراه التي لا يجوز بمقتضاها مساءلة المرؤوس على نحو ما بينا

---

(٥٠) المادة ٦٣ من قانون العقوبات المصري.

(٥١) المادة ٤٠ من قانون العقوبات اللبناني رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩.

سابقا. وهذا هو ما أشارت إليه الفقرة السابقة من المادة ٤٠ من قانون العقوبات اللبناني المشار إليه أعلاه، حيث قالت: "لا عقاب في الحالة الثانية [حالة أمر الرئيس] إذا كان القانون لا يسمح للموظف بمناقشة الأمر الصادر إليه".

وهكذا وطبقا للنصوص السابقة فإنه ينبغي توافر ثلاثة شروط حتى يمكن القول بتوافر سبب الإباحة في حق الموظف الذي قام بتنفيذ أمر مخالف للقانون من رئيس تجب طاعته أو اعتقد هذا المرؤوس أنها كذلك. وهذه الشروط هي:

١- حسن نية المرؤوس أو سلامتها: فيجب أن يكون المرؤوس قد اعتقد صحة الأمر الصادر إليه وأن ما قام به من عمل هو من صميم اختصاصاته، ولابد أن تكون هناك أسباب معقولة تبرر هذا الاعتقاد مثل طبيعة عمله أو درجته الوظيفية ...إلخ.

٢- الاعتقاد بمشروعية الفعل: فيجب على المرؤوس أن يثبت أنه كان يعتقد أن ما قام به من عمل هو عمل مشروع بالنظر إلى فهمه للقانون الذي اعتقد مخطئاً أنه ألزمه بالقيام بهذا العمل عند صدور أمر من رئيسه في ذلك أو أن ما قام به من عمل يستند إلى السلطة التي اعتقد مخطئاً أن القانون أعطاه إياها. وهذه الحالة هي غلط في القانون يؤدي إلى انعدام القصد الجنائي وليست جهلاً بالقانون بالمعنى التقليدي لهذا المبدأ والذي لا يجوز الاعتذار بالجهل به[٥٢].

٣- سبق التثبت والتحري واتخاذ الحيطة: فيجب على المرؤوس أن يكون قد قام بكل ما يمكن في سبيل التحقق من مشروعية الفعل، كأن يقوم باستقاء المعلومات وجمع البيانات المتاحة وأن يكون متبصرا فيما يقوم به من عمل.

---

[٥٢] ولبيان الفرق بين الجهل بالقانون والغلط بالقانون يقول الدكتور محمود نجيب حسني: إن من أهم المبادئ في التشريع الجنائي الداخلي أن العلم مفترض في حق كل إنسان فرضاً لا يقبل إثبات العكس، فلا يعد الجهل بالقانون مانعاً من موانع المسؤولية، غير أن الجهل إذا انصب على ركن من أركان الجريمة فالقصد لا يتوافر حينئذ إلا إذا كان الفاعل يعلم به. فإذا كان يجهل ذلك فلا يتوافر القصد في حقه، سواء كان الجهل راجعاً إلى الغلط في القانون عندما ينصرف اعتقاده إلى صواب تصرفه، ويلاحظ أن الجهل أو الغلط لا علاقة له بالفعل المرتكب، وإنما يتعلق بالتفسير الخاطئ الذي يعطيه الفاعل للقاعدة القانونية، أي أن الفاعل يعترف بوجود القانون إلا أنه يرتكب خطأ في معناه الحقيقي، ومثاله أن الفاعل يعلم مقدماً بأن اختلاس شيء منقول يعود للغير يعد سرقة إلا أنه يجهل أن القانون يعاقب الشخص الذي يختلس شيئاً من مال مدينه تسديدا لدينه. انظر: د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات -القسم الأول، دار النهضة العربية، ط ٥ (القاهرة - ١٩٨٢)، ص ٤٢٥.

رأينا فيما سبق كيف أن قواعد القانون الداخلي المتعلقة بمسألة طاعة الأوامر العليا قد اختلفت باختلاف فروع القانون التي تنظمها. ذلك إن هذه المسألة لم يقتصر تنظيمها على فرع واحد من فروع القانون الداخلي، بل اهتمت بها ثلاثة فروع من فروع هذا القانون وهذا يؤكد بما لا يدع مجالاً للشك أهمية هذه المسألة حتى في نطاق القانون الداخلي. وحتى في نطاق كل فرع من فروع القانون الداخلي وجدنا اختلافاً كبيراً سواء في الفقه أو في النصوص القانونية فيما يتعلق بكيفية استعمال هذا الدفع على نحو صحيح بحيث يعفى المرؤوس من المسؤولية الإدارية أو المدنية أو الجزائية.

المبحث الثاني

الدفع بإطاعة الأوامر العليا في القانون الدولي الجنائي

قبل أن ندلف إلى مناقشة الكيفية التي تعامل بها القضاء ممثلاً بالمحاكم الجنائية سواء كانت هذه المحاكم دولية أو وطنية ولكنها اضطلعت بمقاضاة بعض الجرائم الدولية كمحكمة ليبزغ والمحكمة الجنائية العراقية العليا، سوف نحاول أن نوضح موقف الفقه من هذه المسألة وإذا ما كان يعتبر هذا الدفع بمثابة دفاع كامل أو غير ذلك.

المطلب الأول

موقف الفقه من الدفع بإطاعة الأوامر العليا

إذا كانت مسألة إطاعة الأوامر العليا قد أدت إلى اختلاف فقهي كبير بين فقهاء القانون الداخلي على النحو السابق إيضاحه، على الرغم مما تتسم به عادة قواعد القانون الداخلي من دقة وتحديد واتساق بالمقارنة مع قواعد القانون الدولي وذلك بسبب اختلاف مصادر كل منهما، فإن التساؤل حول القيمة القانونية للدفع بإطاعة الأوامر العليا في القانون الدولي الجنائي يُعد من أصعب القضايا التي تتباين حولها وجهات النظر وأبرزها، حيث يوجد رأيان بارزان في هذا الشأن. فهناك رأي يرى أن هذا الدفع يجب - إذا ما توافرت شروطه - أن يكون سبباً من أسباب الإعفاء من المسؤولية الجزائية بالنسبة إلى المرؤوس إما بسبب كونه سبباً من أسباب الإباحة وإما بسبب كونه مانعاً من موانع المسؤولية. في حين أن الرأي

الآخر يرفض تماما اعتبار هذا الدفع دفاعاً كاملاً يعفي مرتكب الفعل غير المشروع من المسؤولية.

١- الأوامر العليا بحسباتها دفاعاً كاملاً

يستند الرأي القائل بضرورة معاملة الدفع بإطاعة الأوامر العليا باعتباره دفاعاً كاملاً يعفي المرؤوس من المسؤولية الجزائية إلى ما يلي:

أولا: إن النظام العسكري لأي دولة من الدول لا يتصور قيامه (أو أن يكون ذا فاعلية) دون أن يكون هناك طاعة تامة يدين بها المرؤوس لرؤسائه في العمل. لذلك فإنه من غير المتصور - طبقا لهذا النظام - أن يتاح المجال للمرؤوسين بمناقشة رؤسائهم في العمل حول مشروعية الأوامر التي يصدرونها، خصوصا في أثناء الأزمات والحروب التي يكون فيها عامل السرعة في تنفيذ الأوامر عنصراً حاسماً[٥٣].

ولعل هذه الحجة هي التي دفعت بكثير من المواطنين الأمريكيين إلى الاعتقاد بمشروعية الأعمال الوحشية التي ارتكبها الملازم وليام كالي (William Calley) فيما عرف بمجزرة (My Lai) إبان الحرب الأمريكية - الفيتنامية، حيث قام الملازم كالي مع بعض من جنوده بقتل ما يقارب ١٠٢ من كبار السن والأطفال والنساء والمدنيين في مارس من عام ١٩٦٨. وفي استطلاع للرأي العام الأمريكي حول الحكم بإدانة كالي اعترض على إدانته ما نسبته

---

[٥٣] انظر: د. أشرف توفيق شمس الدين، مبادئ القانون الجنائي الدولي، دار النهضة العربية (القاهرة - ١٩٩٨)، ص ٩٩، د. عبدالفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص ١٧٣.

See also:

- Hans Kelsen, "Collective and Individual Responsibility in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", 31 California Law Review (1943) at 556.
- Glaeser S. "droit penal international conventionnel" Bruylant,1970.
- Huet A.et Koering-joulin R. " droit penal internatinal" Themis,1993.
- W. Hays Parks, "A Few Tools in the Prosecution of War Criminals", 149 Military Law Review (Summer – 1995), at 78.
- Paola Gaeta, "The Defense of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court Versus Customary International Law", in 10 European Journal of International Law (1999), at 173.
- Natalia M. Restivo, "Defense of Superior Orders in International Criminal Law as Portrayed in Three Cases: Eichmann, Calley and England", Cornell Law School –LL.M. Paper Series (2006), at 171.

٧٩% من الأمريكيين الذين تم سؤالهم، في حين قال ٦٩% إنهم سوف ينفذون مثل هذه الأوامر لو وضعوا في ذات موقف الملازم كالي ورفاقه[٥٤].

كذلك فإن من ضمن ما يقال في سياق هذه الحجة إن القانون الدولي قد أعطى لكل دولة الحق في أن يكون لها نظام عسكري تستعين به في الدفاع عن وجودها. وبما أن الطاعة التامة هي أحد أهم مقومات هذا النظام، فإن الأفعال التي ترتكب طبقا لهذا الطاعة يجب أن تكون أفعالا مطابقة لما تقضي به قواعد القانون الدولي[٥٥].

ثانيا: إن قيام المرؤوس بتنفيذ أمر الرئيس إنما يقوم به استناداً إلى قواعد قانونه الوطني التي تأمره بذلك، وهذا القانون غالبا ما يتسم بقدر كبير من الوضوح والتحديد، ومن ثم وجب منعا لأي تناقض الاعتراف لفعله بصفة المشروعية. أما قواعد القانون الدولي فيغلب عليها الغموض وعدم التحديد، ومن ثم فإن عدم المشروعية فيها لا تكون واضحة في كثير من الحالات، ذلك الفعل الواحد في القانون الدولي قد يكون مشروعاً في نظر بعض الفقهاء وغير مشروع في نظر بعضهم الآخر. ومن الأمثلة على ذلك هو مهاجمة سفن العدو التجارية المسلحة تسليحا دفاعيا دون إنذار مسبق[٥٦].

ثالثا: إن القول بإعفاء المرؤوس من المساءلة الجزائية لا يعني بأي حال من الأحوال إعفاء الرئيس مصدر الأمر غير المشروع - الذي يفترض أن يكون أكثر خبرة ودراية من المرؤوس - ومن ثم فإن هناك من يتحمّل تبعة هذا الأمر غير المشروع ولكن ليس المرؤوس. ثم إن عدم مساءلة المرؤوس في هذه الحالة لا يعني عدم مساءلتهم في الأحوال الأخرى، إذ يمكن مساءلة المرؤوس الذي تصرف دون إذن أو تفويض أو أمر من رؤسائه أو

---

(٥٤) Matthew Lippman, "Civil Resistance: Revitalizing International Law in the Nuclear Age", in 13 Whittier Law Review (1992), at 27.

(٥٥) د. أشرف توفيق شمس الدين، مرجع سابق، ص ٩٩، د. عبدالفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص ١٧٣.

(٥٦) د. أشرف توفيق شمس الدين، المرجع السابق، ص ١٠٢.

See: Anthony D'Amato, "Superior Orders v.s. Command Responsibility", in 80 American Journal of International Law (July – 1986), at 605-607; Paola Gaeta, note 53 at 173.

ذلك المرؤوس الذين تصرف بالمخالفة لهذا الأمر. كذلك فإن مساءلة المرؤوسين الذين يقومون فقط بتنفيذ الأوامر قد تؤدي إلى صعوبات عملية تتعلق بمحاكمتهم وسجنهم - إذا استلزم الأمر ذلك - حيث قد تصل أعداد هؤلاء المرؤوسين إلى أرقام كبيرة، ومن ثم فإن مثل هذه المحاكمات أو العقوبات (كالسجن) قد تكون غير متصورة في هذه الحالة[٥٧].

٢ - الأوامر العليا لا ينبغي اعتبارها دفاعاً كاملاً

على النقيض من الرأي السابق فهناك من فقهاء القانون الدولي من يرى وجوب عدم اعتبار الدفع بإطاعة الأوامر العليا دفاعاً كاملاً يؤدي إلى إعفاء المرؤوس من المسؤولية الجنائية، وذلك للأسباب التالية:

أولا: إنه إذا كانت الطاعة هي أحد المقومات الرئيسة التي يقوم عليها النظام العسكري في كل الدول، فإن ذلك لا يعني أن المرؤوس يجب أن يكون كالآلة الصماء التي يجب عليها أن تقوم بتنفيذ كل ما يملى عليها من أوامر بشكل تلقائي، بل هو إنسان قبل كل شيء لديه من الوعي والإدراك ما يجعله يفكر في كل ما يقوم بتنفيذه[٥٨]. كذلك فإن المرؤوس لا يقوم بتنفيذ كل ما يأمره به رئيسه، فهو لا يقوم بقتل نفسه إذا ما أمره رئيسه بذلك، وهو حتى وإن فعل ذلك فإن ذلك لا يجيز له قتل الآخرين أو إلحاق الأذى بهم.

ثانيا: إن القول بأن قواعد القانون الداخلي قد جعلت من الفعل الذي أتاه المرؤوس تنفيذا لأمر رئيسه هو فعل مشروع هو قول غير ملزم لقواعد القانون الدولي، والتي بوسعها - بحسب المصالح الدولية التي تحميها - أن تقرر عدم مشروعية مثل هذه الأفعال[٥٩]. ذلك أن حماية الأرواح البشرية من القتل والتعذيب هي من أبرز المصالح التي تحميها قواعد القانون

---

(٥٧) Matthew R, Lippman, "Humanitarian Law: The Development and Scope of the Superior Order Defense", in 20 Pennsylvania State International Law Review (Fall – 2001), at 171.

(٥٨) د. أشرف توفيق شمس الدين، مرجع سابق، ص ٩٩. كذلك انظر: حكم المحكمة العسكرية الأمريكية في نورمبرغ في قضية:

(United States v. Otto. Ohlendorf et al., in 4 Trials of War Criminals Before Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10 (1950), at 470 (Einsatzgruppen Judgment).

(٥٩) د. أشرف توفيق شمس الدين، المرجع السابق، د. عبدالفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص ١٧٢.

الدولي، والقول بغير ذلك يعني السماح بارتكاب الجرائم الوحشية بحجة إطاعة الأوامر العليا. بل إنه بسبب أهمية هذه المصالح فإن القانون الدولي قد تجاهل أحد مصادره ألا وهي المبادئ التي تؤمن بها الشعوب المتمدنة كما نص على ذلك في المادة ٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية[٦٠]، ذلك أن معظم القوانين الداخلية يُعد الدفع بإطاعة الأوامر العليا عند توافر شروط معينة سبباً من أسباب الإعفاء من المسؤولية الجزائية[٦١].

ثالثا: إن كثيراً من القوانين الداخلية، وخصوصا العسكرية منها، ينص على ضرورة احترام قواعد القانون الدولي في أي عمل يقوم به المخاطبون بهذه القوانين. ومن الأمثلة على ذلك:

- قانون الانضباط العسكري الفرنسي لعام ١٩٦٦، حيث تضمن في المادتين ٣٤ و ٣٥ منه تعداداً لقوانين الحرب وأعرافها تلك التي تسبب مخالفتها مسؤولية مرتكبها، من ذلك مثلا (الاعتداء على المستشفيات، وأخذ الرهائن، وتعذيب الأسرى وقتلهم)[٦٢].
- قانون العقوبات في جمهورية ألمانيا الديمقراطية السابقة والذي نص في المادة ٢٥٨ منه على أنه "لا يعتبر العسكري مسئولا عن عدم إطاعة أمر مخالف... لقانون الشعوب"[٦٣].
- قانون العقوبات العسكري لألمانيا الاتحادية السابقة، حيث نص في المادة ١٠ منه على أنه "يجب ألا يصدر الرئيس أوامره إلا لتحقيق غاية تتعلق بالخدمة، مع مراعاة أحكام القانون الدولي العام والقوانين والأنظمة الألمانية". كما نصت المادتان ١١ و

---

(٦٠) تنص المادة ٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، والتي تُعد مرجعا مهما في بيان مصادر القانون الدولي العام، على أن:
"١- وظيفة المحكمة أن تفصل في المنازعات التي ترفع إليها وفقا لأحكام القانون الدولي، وهي تطبق في هذا الشأن:
أ- الاتفاقات الدولية العامة والخاصة التي تضع قواعد معترفا بها صراحة من جانب الدول المتنازعة.
ب- العادات الدولية المرعية المعتبرة بمثابة قانون دلّ عليه تواتر الاستعمال.
ج- مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتمدنة.
د- أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام في مختلف الأمم".

(٦١) كذلك فإن قواعد القانون الداخلي وعلى خلاف قواعد القانون الدولي إنما تطبق على العدو الذي يقبض عليه عند انتهاك قواعد القانون الدولي الإنساني. مثال على ذلك المادة ٨ من قانون المحاكمات والعقوبات العسكرية الكويتي، والتي تنص على أنه "كما يختص بنظر جرائم الحرب - المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية التي انضمت إليها دولة الكويت أو في أي قوانين أخرى - التي يرتكبها العدو أيا كانت صفته". مرسوم بالقانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٩٢ بإصدار قانون المحاكمات والعقوبات العسكرية.

(٦٢) المادتان ٣٤ و٣٥ من قانون الانضباط العسكري الفرنسي لعام ١٩٦٦. د. مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص ٤٩٧.

(٦٣) المادة ٢٥٨ من قانون العقوبات لألمانيا الديموقراطية السابقة. د. حكمت موسى سلمان، مرجع سابق، ص١١٥.

١٢ منه على أن "الجندي ملزم بإطاعة رؤسائه، ولا طاعة لأمر يمتهن كرامة الإنسان أو يتنافى مع أغراض الخدمة"[٦٤].

رابعا: إن أغلب دول العالم قد أصبحت الآن دولاً أطرافاً في اتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩، وبذلك تكون الجرائم المنصوص عليها في هذه الاتفاقيات قد أصبحت جزءاً لا يتجزأ من القانون الداخلي للدول الأطراف. ومن ثم فإن مقولة إن قواعد القانون الدولي تتسم بالغموض وعدم الوضوح هو قول في غير محله عند الحديث عن الأفعال التي تجرمها هذه الاتفاقيات. بل إنه حتى بالنسبة للدول غير الأطراف في اتفاقيات جنيف فإنها تكون ملزمة بالقواعد العرفية التي تضمنتها هذه الاتفاقيات، كما نصت على ذلك المادة ٣٨ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات[٦٥]، بحيث لا تكون هذه الاتفاقيات منشئة لجرائم دولية وإنما كاشفة لها[٦٦]، أو إذا كانت هذه القواعد هي قواعد آمرة حيث تكون ملزمة لجميع الدول سواء الدول الأطراف أو غير الأطراف في المعاهدات الشارعة التي تضمنت هذه القواعد.[٦٧]

كذلك فإن القائلين بعدم دقة قواعد القانون الدولي ووضوحها فيما يتعلق بعدم مشروعية بعض الأفعال قد استغلوا هذه الحقيقة على نحو مبالغ فيه، حيث إنهم لم يقولوا لنا ماذا هو الحال بشأن الأعمال التي يحظرها القانون الدولي بشكل واضح وجلي مثل قتل الأسرى أو تعذيبهم.

---

[٦٤] المواد ١٠، ١١، و١٢ من قانون العقوبات العسكري لألمانيا الاتحادية السابقة، المرجع السابق.

[٦٥] تنص المادة ٣٨ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩ على أنه "ليس في هذه المواد .... ما يحول دون أن تصبح قاعدة واردة في معاهدة ملزمة للدولة الغير باعتبارها قاعدة عرفية من قواعد القانون الدولي معترف بها بهذه الصفة".

[٦٦] للمزيد من الشرح والتفصيل حول مبدأ الشرعية في القانون الدولي الجنائي، راجع كل من:
- د. حسنين إبراهيم صالح عبيد، مرجع سابق، ص ٢٠-٢٥.
- د. محمد عبدالمنعم عبدالخالق، مرجع سابق، ص ١٢٣-١٣٠.
- د. محمد محمود خلف، الدفاع الشرعي في القانون الجنائي الدولي، دار النهضة العربية (القاهرة -١٩٧٣)، ص ٣٤٣.

[٦٧] يقصد بالقاعدة الآمرة "القاعدة المقبولة والمعترف بها من قبل المجتمع الدولي ككل على أنها القاعدة التي لا يجوز الإخلال بها والتي لا يمكن تعديلها إلا بقاعدة لاحقة من القواعد العامة للقانون الدولي لها ذات الطابع". انظر المادة ٥٣ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩. وللمزيد من الشرح والتفصيل حول الطبيعة القانونية للقواعد الآمرة في القانون الدولي، انظر:
- د. مدوس فلاح الرشيدي، محاولة تأصيل آلية دولية لاندماج المعاهدة في القانون الوطني، مع إشارة خاصة إلى القانون الكويتي، مجلة الحقوق، العدد ١، السنة ٣- (الكويت - مارس ٢٠٠٦)، ص ٩٩-١٠٢.

خامسا: إن القول بأن أمر الرئيس هو سبب من أسباب الإباحة يتناقض مع طبيعة القاعدة القانونية والتي يجب أن تتسم بالتجريد بحيث تسري على كل من تنطبق عليهم دون استثناء لطائفة معينة من الأفعال بالنظر إلى أشخاص مرتكبيها. لذا فإنه لا يمكن القول بأن مشروعية الفعل أو عدم مشروعيته تعتمد على إذا ما كان مقترفه قد أتاه بناءً على أمر من رئيسه أو دون ذلك[٦٨]. ولما كانت قواعد القانون الدولي هي قواعد قانونية تتسم بالعموم والتجريد، فيجب أن تتضمن التجريم لمن يرتكب أفعالاً بالمخالفة لهذه القواعد وبغض النظر عما إذا كان ارتكاب هذا الفعل غير المشروع قد تم تنفيذاً لأمر الرئيس أو بغير ذلك.

سادسا: إن القول بمساءلة الرئيس فقط - باعتباره من أصدر الأمر غير المشروع - سوف يؤدي إلى نتائج غير منطقية، إذ سوف يحتج هذا الرئيس بأن ما فعله هو تنفيذ لأمر صادر إليه من رئيسه الأعلى، وهكذا حتى تصل الأمور في نهاية هذا التسلسل إلى مساءلة شخص واحد هو القائد الأعلى أو رئيس الدولة[٦٩].

سابعا: إن المرؤوس هو أيضا ملتزم بقواعد القانون الدولي، وخصوصا قواعد القانون الدولي الإنساني، شأنه في ذلك شأن الرئيس الذي يصدر الأوامر من حيث كونهم جميعا ملتزمين بما تفرضه عليهم هذه القواعد من التزامات.

وهذا هو الرأي الذي سارت عليه قواعد القانون الدولي الجنائي - وإن كان بدرجات مختلفة - بحسبان أن الدفع بإطاعة الأوامر العليا هو دفاع غير كامل، ومن ثم لا يعفي المرؤوس في حال ارتكابه لأفعال مخالفة للقانون الدولي.

---

(٦٨) د. اشرف توفيق شمس الدين، مرجع سابق، ص١١٠، د. عبدالفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص١٧٢.
- M.Aubert," la question de l ordres superieur et la respensabilite des commandants dans le protocole additionnel aux conventions de geneve du 12 aout 1949 relatif a la protection des victimes des conflis armes internationaux du 8 juin 1977" RICR.n 770,1988, P109.

(٦٩) د. اشرف توفيق شمس الدين، المرجع السابق.
Paola Gaeta, note 53 at 195.

المطلب الثاني

موقف القضاء من الدفع بإطاعة الأوامر العليا

بعد أن استعرضنا موقف الفقه من هذه مسألة إطاعة الأوامر العليا، نأتي إلى بيان الكيفية التي تعامل بها القضاء مع هذا الدفع. وهذا القضاء يتمثل بالمحاكم الجنائية الدولية - كمحكمة نورمبرغ والمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا والمحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا والمحكمة الجنائية الدولية - أو المحاكم الجنائية الوطنية - كمحكمة ليبزغ والمحكمة الجنائية العراقية العليا. ويرجع السبب في اختيار المحكمتان الأخيرتان هو أهميتهما على مستوى القانون الدولي الجنائي نظراً لاضطلاعهما بمعاقبة مجرمي الحرب والأشخاص المتهمون بارتكاب جرائم إبادة وجرائم ضد الإنسانية. وعلى ذلك سوف نتناول تباعاً هذه المحاكم آخذين في الاعتبار التسلسل التاريخي لهذه المحاكم وذلك حتى يتسنى لنا متابعة التطور الذي لحق بقواعد القانون الدولي الجنائي في تعامله مع الدفع بإطاعة الأوامر العليا.

أولا: محاكمات ليبزغ

بعد انتهاء الحرب العالمية الأولى، وما خلفته من خسائر بشرية ومادية هائلة، كانت ألمانيا (أهم دول المحور) على استعداد للتعامل مع الطلبات المتوقعة من الحلفاء بتسليم بعض مجرمي الحرب الألمان. وهذا التوقع يستند إلى معاهدة فرساي لعام ١٩١٩ التي وقعتها ألمانيا مع دول الحلفاء، حيث تنص المادة ٢٢٨ منها على أن "الحكومة الألمانية تعترف بحق دول الحلفاء وشركائهم بمحاكمة الأشخاص المتهمين بارتكاب أفعال مخالفة لقوانين وعادات الحرب أمام المحاكم العسكرية. هؤلاء الأشخاص - متى تمت إدانتهم - سوف يحكم عليهم بعقوبات طبقا للقانون. هذا النص سوف يطبق على الرغم من أي إجراء أو تحقيق يتم أمام المحاكم الألمانية أو في أراضي أي من حلفائها. الحكومة الألمانية سوف تسلم الحلفاء أو أياً من شركائهم، متى طلب ذلك، كل الأشخاص المتهمين بارتكاب أفعال مخالفة لقوانين

وعادات الحرب متى تم التعريف بهم سواء بأسمائهم أو رتبهم أو مناصبهم أو وظائفهم التي كانوا يتولونها تحت السلطة الألمانية"[٧٠].

وفي الثالث من فبراير لعام ١٩٢٠، وطبقا لمعاهدة فرساي، قدم الحلفاء إلى الحكومة الألمانية قائمة تشمل (٨٩٥) شخصاً يطلب الحلفاء من ألمانيا تسليمهم تمهيداً لمحاكمتهم بحسبانهم مجرمي حرب[٧١]. إلا أن الحكومية الألمانية رفضت السماح بمحاكمة أي من مواطنيها خارج أراضيها، وأمام هذا التعنت الألماني وافق الحلفاء على أن تتم محاكمة هؤلاء المتهمين في ألمانيا بشرط أنه إذا لم تتم هذه المحاكمات بصورة موضوعية؛ فإن الحلفاء يحتفظون بحقهم في إعادة المحاكمة أمام محاكمهم الوطنية[٧٢]. ولأسباب كثيرة ومتنوعة لا يتسع المقال لذكرها قامت الحكومة الألمانية بتقليص عدد هؤلاء المتهمين من ٨٩٥ إلى ٤٥، ومن بين هذا العدد الأخير فإن ١٢ فقط منهم هم الذين تمت محاكمتهم بشكل فعلي (٦ تمت تبرئتهم و٦ آخرون تم الحكم عليهم بالسجن مدد تتراوح بين سنة وثلاث سنين)[٧٣].

---

(٧٠) Article 228 of Versailles Treaty states that "The German Government recognizes the right of the Allied and Associates Powers to bring before military tribunals persons accused of having committed acts in violation of the laws and customs of war. Such persons shall, if found guilty, be sentenced to punishments laid down by the law. This prosecution will apply notwithstanding any proceedings or prosecution before a tribunal in Germany or in the territory of her allies. The German Government shall hand over to the Allied and Associated Powers, or to such one of them as shall be requested, all persons accused of having committed an act in violation of the laws and customs of war, who are specified either by name or by the rank, office or employment which they held under the German authorities.

يذكر أنه في فرساي تم إنشاء ما عرف بلجنة البحث عن المسئولين عن الحرب العالمية (The Commission on Responsibility)، والتي توصلت إلى اتفاق حول مسؤولية دول المحور (ألمانيا والنمسا وتركيا وبلغاريا) عن قيام الحرب وعلى ضرورة مساءلة الأفراد المتهمين بارتكاب جرائم ضد قوانين الحرب وعاداتها. غير أن مثل هذا الاتفاق لم يتوصل إليه عند مناقشة الدفع بإطاعة الأوامر العليا والقيمة القانونية لمثل هذا الدفع، حيث قالت اللجنة إن بحث مثل هذا الأمر متروك للمحكمة التي يثار أمامها هذا الدفع.

Matthew Lippman, note 57 at 163.

(٧١) - Becker J. " les proces de leipzig, in les proces de nuremberg et tokyo" complexe, 1996.
- M. Cherif Bassiouni, "World War 1: 'The War to End All Wars' and the Birth of a Handicapped International Criminal Justice System", 30 Denver Journal of International Law and Policy (Summer – 2002), 281.

(٧٢) Ibid. at 282.

(٧٣) Gary D. Solis, "Obedience of Orders and the Law of War: Judicial Application in American Forums", in 15 American University International Law Review (1999), at 498-499.

ومن بين المحاكمات التي قامت بها محكمة الرايخ العليا في ليبزغ، فإن الدفع بإطاعة الأوامر العليا لم يثر إلا في ثلاث قضايا هي:

- قضية قلعة دوفر (Dover Castle)

تتلخص وقائع هذه القضية في أن الملازم أول في البحرية الألمانية وقائد الغواصة (U.C.67) كارل نيومان قام باستهداف السفينة البريطانية قلعة دوفر، والتي كانت تستعمل كمستشفى متحرك، مما تسبب في غرقها ومقتل ستة من جنودها. ادعى نيومان أنه كان يقوم بتنفيذ أوامر عليا صادرة إليه من البحرية الألمانية. وكانت البحرية الألمانية قد أصدرت مذكرة في ١٩١٧/٣/١٩ ذكرت فيها أن السفن التي هي مخصصة أصلا لاستعمالها كمستشفيات، والتي تعبر البحر المتوسط قد تم تغيير استعمالها من قبل الأعداء لأغراض عسكرية على نحو مخالف للقانون الدولي، ولهذا فإن هذه السفن سوف تعامل بحسبانها سفناً حربية[٧٤].

وفي تبرئتها لنيومان استناداً إلى الدفع بإطاعة الأوامر العليا قالت المحكمة:

"إنه من المبادئ العسكرية أن يكون المرؤوس ملزماً بإطاعة الأوامر الصادرة إليه من رؤسائه. هذا الالتزام بالطاعة له أهمية قصوى من وجهة نظر القانون الجنائي، ذلك أن من آثاره [أي الالتزام بالطاعة] أنه إذا كان من شأن تنفيذ هذا الأمر ارتكاب فعل بالمخالفة للقانون الجنائي، فإن مَن أصدر الأمر هو وحده من يتحمل المسؤولية. ولما كانت البحرية الألمانية هي السلطة العليا للمتهم، لذلك فهو ملزم بإطاعة الأوامر الصادرة إليه من هذه السلطة إذا كانت متعلقة بالخدمة. ولما كان ما قام به نيومان تنفيذاً لهذا الأمر، فإنه غير مسئول جزائياً عن إغراق السفينة قلعة دوفر استناداً إلى هذا الأمر"[٧٥].

---

(٧٤) See: Gary Solis, ibid. at 499-500; M. Bassiouni, ibid. at 283; Matthew Lippman, "Conundrums of Armed Conflict: Criminal Defense to Violation of the Humanitarian Law of War", in 15 Dickinson Journal of International Law (Fall – 1996), at 8.

(٧٥) Judgments of the Supreme Court of Leipzig at 4 June 1921, in 16 American Journal of International Law (1922), at 706-708.

فبمقتضى المادة ٤٧ من قانون العقوبات العسكرية الألمانية يوجد استثناءان يجوز بتحقق أي منهما معاقبة المرؤوس: الاستثناء الأول يحصل عندما يتجاوز المرؤوس حدود الأمر الصادر إليه، وهو ما لم يحصل في هذه القضية كما تقول المحكمة. ذلك أنه من المستحيل في هذه القضية أن يقوم نيومان بإنذار السفينة قلعة دوفر قبل استهدافها، لأنها في تلك الأثناء كانت برفقة سفينتين حربيتين. أما فيما يتعلق بالاستثناء الثاني فيتحقق إذا كان المرؤوس يقوم بتنفيذ أمر صادر من رئيس وكان هذا المرؤوس يعلم أن أمر الرئيس يتضمن ارتكاب جريمة عسكرية أو مدنية أو مخالفة[٧٦].

وأي من الاستثناءين السابقين لم يحصل في هذه القضية، كما تقول المحكمة، ذلك أن المذكرة التي أصدرتها الحكومة الألمانية والمتعلقة بسوء استخدام هذا النوع من السفن كانت معلومة للكل، ومن ثم فإن المتهم نيومان كان يعتقد أن الإجراء الذي قام به ضد السفينة قلعة دوفر لا يخالف القانون الدولي وإنما هو فعل من أفعال الانتقام المشروع[٧٧].

- قضية قلعة لاندوفيري (Llandovery Castle)

وتدور أحداث هذه القضية في أن السفينة البريطانية قلعة لاندوفيري، والتي كانت أيضا تستعمل كمستشفى متحرك، قد تعرضت في أثناء عبورها للبحر الأيرلندي لهجوم من غواصة ألمانية (U-Boat-86) بقيادة الملازم أول هلمت باتزغ مما أدى إلى غرق هذه السفينة. ومن بين طاقم هذه السفينة البالغ عددهم ٢٥٨ فرداً استطاع ٢٤ منهم فقط الصعود إلى قوارب النجاة الثلاثة قبل غرق السفينة بالكامل. قرر باتزغ إزالة كل آثار الجريمة عن طريق إغراق كل شهودها ففتحت غواصته النار على قوارب النجاة فأغرقت قاربين منها. ولأن الجهود الألمانية فشلت في جلب باتزغ إلى المحاكمة بسبب هربه إلى خارج ألمانيا

---

(٧٦) Ibid. see also: Leslie.C. Green, note 2 at 263-268.

نصت المادة ٤٧ من قانون العقوبات العسكرية الألماني على أنه "إذا كان تنفيذ الأمر العسكري في أثناء الخدمة يخل بقانون العقوبات، يتحمل الضابط الأعلى المسؤولية بأجمعها إلا أن المرؤوس الذي أطاع يعاقب كشريك إذا:

أ- تجاوز الأمر الصادر إليه أو

ب- كان يعلم أن أمر ضابطه الأعلى يتعلق بعمل يقصد به ارتكاب جريمة عسكرية أو مدنية أو مخالفة".

(٧٧) Judgments of the Supreme Court of Leipzig, note 75.

ولجوئه إلى دولة أخرى، تمت محاكمة كل من وتمار وبولت لأنهما خدما في الغواصة نفسها وقاما بمساعدة باتزغ بقتله للناجين.

ادعى المتهمان في أثناء المحاكمة بأنهما كانا يطيعان الأوامر التي صدرت إليهما من باتزغ، غير أن المحكمة رفضت هذا الدفع، وقالت: "إن كون الأمر قد صدر من باتزغ فإن ذلك لا يعفي المتهمين من المسؤولية. ذلك أنه وإن كان صحيحا، طبقا لنص المادة ٤٧ من قانون العقوبات العسكرية الألماني، أنه إذا كان تنفيذ الأوامر العليا المتعلقة بالخدمة الذي يتضمن مخالفة قانونية معاقب عليها فإن الضابط الأعلى الذي أصدر هذا الأمر يعتبر مسئولا وحده، فإنه طبقا لنص المادة نفسها فإن المرؤوس يقع تحت طائلة العقاب إذا كان يعلم أن أمر رئيسه يتضمن خرقا للقانون المدني أو العسكري، وهذا هو ما ينطبق على المتهمين في هذه القضية. كذلك فإنه من صالح هذين المتهمين التحجج بعدم استطاعتهما التحقق من مشروعية الأمر الصادر إليهما باعتباره سندا قانونيا. بيد أن مثل هذه الحجة لا محل لتصورها ووجودها إذا كان مثل هذا الأمر معروفا لكل فرد وبشكل عالمي أنه مخالف للقانون ودون أدنى شك بما في ذلك للمتهمين. وعلى الرغم من أن مثل هذه الحالات المعروفة عالميا بعدم مشروعيتها هي حالات نادرة جدا، فإن هذه الحالة هي واحدة منها. ذلك أن قتل أشخاص غير مسلحين في قوارب النجاة هو أمر يجب أن يكون واضحاً للمتهمين بأنه خرق للقانون، لذلك كان يجب عليهما في هذه الحالة أن يرفضا تنفيذ هذه الأوامر، وبما أنهما لم يفعلا ذلك فيجب أن يعاقبا"(٧٨).

---

(٧٨) Judgments of the Supreme Court of Leipzig at 16 July 1921, in 16 American Journal of International Law (1922), at 721-723)

يذكر أن كلا المتهمين قد تم الحكم عليه بالحبس مدة أربع سنوات، حيث عد الدفع بإطاعة الأوامر العليا سببا لتخفيف العقوبة. للمزيد من التفاصيل حول هذه القضية، انظر: د. حكمت موسى سلمان، مرجع سابق، ص ١٩٨-١٩٩

See also: - Gary Solis, note 73 at 500-501; Ilias Bantekas, 'Defences in International Criminal Law', in The Permanent International Criminal Court –Legal and Policy Issues, (Dominic McGoldrick et al eds.), Hart Publishing: Oxford, Portland (2004), at 270; Leslie Green, note 2 at 269-273; M. Bassiouni, note 71 at 284; Matthew Lippman, note 74 at 9; Matthew Lippman, note 57 at 168-169; and Natalia Restivo, note 53 at 3.

- Geneviere Dufour " la defense d ordres superieurs existe-t-elle vraiment?" revue internatonale de la croix-rouge n 840,2000,P969-992.

- قضية ستينغر (Stenger Case)

تُعد هذه القضية أيضا من القضايا التي أثار فيها المتهم أن ما قام به من عمل غير مشروع هو تنفيذ لأوامر عليا صادرة إليه من رؤسائه. وتتلخص وقائع هذه القضية في أن الجنرال الألماني كارل ستينغر، أحد أبطال الحرب كما يُعده الشعب الألماني، قد تم إعفاؤه من أي مسؤولية جزائية بسبب إصداره لأوامر بقتل الجرحى من أسرى الحرب الفرنسيين. في هذه القضية قبلت المحكمة الإفادة التي تقدم بها ستينغر بأنه بعد وقف الأعمال العدائية سمع أصوات طلق نار متفرقة من جهة الجرحى الفرنسيين، فقال بغضب واستفزاز إنه يجب قتل مثل هؤلاء الأشخاص. وبعد أيام وعندما كان جيش ستينغر في طريق العودة من المعارك، قال ستينغر إنه - وبشكل غير رسمي - حذر جنوده من الفرنسيين الذين يتظاهرون بالجرح والإصابة ثم يقومون بالهجوم من الخلف. وأضاف إنه قال لجنوده أنه في هذه الحالة فإن الجنود الفرنسيين يعدون محاربين مسلحين يجوز استهدافهم. عدّت المحكمة أن ما قاله ستينغر من تحذير لا يشكل أمراً صريحاً يتعلق بكل الجرحى من أسرى الحرب وأن مثل هذه التحذيرات متوافقة مع مقتضيات القانون.

قام كرسويس ومجموعة من جنوده بإبلاغ وتنفيذ ما اعتقدوا أنه أمر من ستينغر فقاموا بقتل مجموعة من الجرحى الفرنسيين. عدّت المحكمة أن ما قام به كرسويس هو أمر غير جائز، ذلك أن صدور أمر على هذا النحو بقتل الأسرى هو أمر غير مشروع (وهو ما لم يحصل في الحقيقة)، كما أن تنفيذ مثل هذا الأمر هو شيء كان يجب ألا يحدث. وفي ذلك تقول المحكمة إنه:

"إذا كان الأمر الذي صدر يتعلق باستهداف الجرحى الذين يحملون السلاح مرة أخرى للقتال، فإن هذا الأمر هو أمر قانوني ومتوافق مع قواعد القانون الدولي المتعلقة بالقتال البري، ذلك أن الجريح الذي يحمل السلاح يكون قد تنازل عن الحماية التي أعطاه إياها

القانون الدولي، ومن ثم يجوز استهدافه. أما إذا كان الأمر هو بقتل كل الجرحى، حتى أولئك الذين لم يقوموا بأي عمل غير مشروع، فإن هذا الأمر هو غير قانوني ولا يجوز تنفيذه"[٧٩].

وهكذا يلاحظ أن المحكمة الألمانية في ليبزغ قد أعملت نص المادة ٤٧ من قانون العقوبات العسكرية الألماني -المشار إليه سابقا- في تبرئة نيومان في قضية قلعة دوفر، حيث رأت أنه لم يتجاوز الأمر الصادر إليه ولم يعلم بعدم مشروعية الفعل الذي تضمنه الأمر. أما في قضية قلعة لاندوفيري فإن المحكمة قد أضافت تفسيراً للعلم الشخصي الذي نصت عليه المادة ٤٧، والمتعلق بعلم المرؤوس بعدم مشروعية العمل الذي ينطوي عليه أمر الرئيس، حيث قالت المحكمة إن مثل هذا العلم مفترض إذا كانت عدم مشروعية الفعل مسألة عالمية وواضحة للوهلة الأولى. وفي قضية ستينغر نجد أن المحكمة عدّت أن فهم المرؤوس الخاطئ للأمر الصادر إليه لا يعفي من المسؤولية، غير أنه يغير من تكييف الفعل المرتكب بناءً عليه، فبدلاً من إدانة كرسويس بتهمة القتل العمد عدّت المحكمة أن ما قام به هذا الأخير هو قتل عن طريق الإهمال.

يذكر أن القوانين الداخلية السائدة آنذاك لا تقل تشدداً في اعتبار أن طاعة الأوامر العليا - خصوصا في تلك العسكري - هي سبب من أسباب الإعفاء من المسؤولية الجزائية لا يجوز بمقتضاها محاسبة المرؤوس عما أتاه من عمل تنفيذاً لهذه الطاعة. ومن الأمثلة على هذه القوانين ما يلي:

- القانون العسكري البريطاني لعام ١٩١٤ والذي ينص في المادة ٤٤٣ منه على أن "أعضاء القوات المسلحة الذين يرتكبون أعمال.... بالمخالفة للقوانين المعترف بها في

---

(٧٩) In the words of the Court "Such an order, if it were issued, would not have been contrary to international law principles, for the protection afforded by the regulations for land warfare, does not extend to such wounded who take up arms again and renew the fight. Such men have by so doing forfeited the claim for mercy granted to them by the laws of warfare. On the other hand, an order of the nature maintained by the accused would have had absolutely no justification".

يذكر أن كرسويس قد عوقب بالحبس مدة سنتين بتهمة القتل عن طريق الإهمال وليس عن تهمة القتل العمد.

See: Leslie .C. Green, "Superior Orders and Command Responsibility", in 175 Military Law Review (March – 2003), at 324-325; Matthew Lippman, note 74 at 10-11; and Matthew Lippman, note 54 at 167-168.

الحروب على نحو ما أمروا به بواسطة حكوماتهم أو قادتهم ليسوا مجرمي حرب، ولا يجب معاقبتهم بواسطة العدو"(٨٠).

- القانون العسكري الأمريكي لعام ١٩١٤ والذي ينص في المادة ٣٦٦ منه على أن "أفراد القوات المسلحة لن تتم معاقبتهم .... في حال أن ارتكاب هذه الأفعال قد تم بناء على أوامر أو تفويض من حكوماتهم أو قادتهم. والقادة الذين يصدرون هذه الأوامر أو الذين ترتكب هذه الأفعال تحت سلطتهم، يمكن معاقبتهم بواسطة العدو الذي يقبض عليهم"(٨١).

كذلك فإن هذا الموقف هو أيضا ما كان يتخذه بعض فقهاء القانون الدولي، ومن أبرزهم أوبنهايم، والذي يرى أن مخالفة القواعد الخاصة بشؤون الحرب لا تعد جرائم حرب إلا إذا ارتكبت دون أمر من حكومة مشتركة فعليا في الحرب. ويضيف أنه "إذا ارتكب أفراد القوات المسلحة مخالفات بأمر من حكومتهم، فإنهم لا يعتبرون مجرمي حرب، ولا مجال لمعاقبتهم من قبل العدو، ويستطيع الأخير على أي حال من الأحوال أن يلجأ إلى الانتقام، أما في حالة ارتكاب أفراد القوات المسلحة مخالفات قد أمرهم بها قادتهم فلا تجوز معاقبتهم لأن قادتهم هم وحدهم المسئولون، ولهذا فإن بالإمكان معاقبة الآخرين [أي القادة] كمجرمي حرب عند أسرهم من قبل العدو"(٨٢).

ثانيا: محاكمات نورمبرغ

بعد انتصار الحلفاء على ألمانيا النازية كان هناك نوعان من المحاكمات لمجرمي الحرب النازيين: النوع الأول من المحاكمات كان يتعلق بمحاكمة كبار مجرمي الحرب النازيين في محكمة نورمبرغ التي تم إنشاؤها وفقا لاتفاقية لندن لعام ١٩٤٥. أما النوع الآخر من المحاكمات فكان يتعلق بمجرمي الحرب الآخرين وذلك في محاكم عسكرية تم إنشاؤها بوساطة كل دولة من الدول الحلفاء على الأفراد المتهمون بارتكاب جرائم دولية الذين تم

---

(٨٠) Matthew Lippman, ibid at 5.

(٨١) Ibid.

(٨٢) Lasa Oppenheim, International Law, Vol. 2 (3 rd ed.), 1921, at 242.

القبض عليهم في الأراضي التي تسيطر عليها أي من هذه الدول طبقا للقانون رقم ١٠ الصادر من مجلس الحكم. لذلك سوف نقوم بمناقشة كلا النوعان من المحاكمات وذلك ببيان الكيفية التي تم التعامل بها مع الدفع بإطاعة الأوامر العليا.

١- الأوامر العليا طبقاً لميثاق نورمبرغ

إذا كانت المبادئ التي أقرتها محاكمات نورمبرغ كثيرة وبالغة الأهمية، وخصوصا تلك المتعلقة بمسؤولية القادة والرؤساء[٨٣]، وإقرار قواعد المسؤولية الجنائية الفردية[٨٤]، ومبدأ سمو قواعد القانون الدولي على قواعد القانون الداخلي عند التعارض[٨٥]، فإن مبدأ رفض الاعتداد بالدفع القائل بإطاعة الأوامر العليا بحسبانه دفاعاً كاملاً يُعد أيضا من المبادئ التي أقرتها هذه المحاكمات ويُعد بحق أول تدخل لقواعد القانون الدولي في تنظيم هذه المسألة.

ولقد ثار الجدل في مؤتمر لندن الذي عقد في ١٩٤٥/٦/٢٦، بين كل من الولايات الأمريكية المتحدة وبريطانيا والاتحاد السوفييتي السابق وفرنسا حول كيفية تنفيذ مقررات مؤتمر

---

(٨٣) تنص المادة ٤ من ميثاق محكمة نورمبرغ على أن "الوضع الرسمي للمتهمين سواء كانوا رؤساء دول أو موظفين مسئولين في أقسام الحكومة، سوف لن يكون عذرا يعتد به لإعفائهم من المسؤولية أو تخفيف العقاب".

(٨٤) وفي ذلك تقول محكمة نورمبرغ: "إن من يخرق قوانين الحرب لا يمكن أن يتمتع بحصانة متأتية من كونه قد أتى ذلك التصرف طبقا لسلطات الدولة، إذا تجاوزت هذه الدولة نطاق اختصاصها طبقا للقانون الدولي الذي فوّضها للقيام بذلك التصرف، ذلك لأن القانون الدولي يفرض واجبات ومسؤوليات على الأفراد، كما هي مفروضة على الدول، وإن الجرائم ضد القانون الدولي يرتكبها أفراد وليست كائنات خيالية، وبمعاقبة الأفراد الذين ارتكبوا تلك الجرائم يمكن فقط أن توضع قواعد القانون الدولي موضع التنفيذ".

(Trials of German Major War Criminals (1946), at 41).

(٨٥) وفي ذلك تقول محكمة نورمبرغ إن "الواجبات الدولية المفروضة على الأفراد مقدمة على واجب الطاعة إلى الدول التي يتبعونها، وبأن نصوص القانون الدولي ملزمة للأفراد حتى ولو كان القانون الداخلي لا يلزمهم بذلك".

(Trials of German Major War Criminals (1946), at 40).

انظر: د. عبدالله سليمان سليمان، مرجع سابق، ص ١٦٧.

- Proces de grands criminales de guerre devant le tribunal militaire internationale, nuremberg,14 november-1er october1946, tome I, jugement, P235- 236.

- Pierre-Henri, in Reve de droit international et de sciences diplomatiqes et politiques,0ctobre 1946,P 165 et suivantes.

موسكو ضد مجرمي الحرب[٨٦]، حول مدى اعتبار تنفيذ أمر الرئيس أو القائد الأعلى سبباً من أسباب الإعفاء من المسؤولية الجزائية. ففيما يتعلق بالموقف الأمريكي فقد عبر عنه القاضي الأمريكي روبرت جاكسون في تقريره المقدم إلى الرئيس روزفلت، حيث يقول إن مبدأ حصانة القادة والرؤساء عادة ما يكون وثيق الصلة بمبدأ الأوامر العليا. ويضيف أن الجمع بين هاتين الفكرتين يعني أن لا أحد سوف يكون مسئولا، وهذه النتيجة لا يمكن للمجتمعات المتمدنة أن تقبل بها. ومع ذلك، يقول جاكسون، إنه قد توجد بعض الظروف التي يكون فيها الاعتراف بدفاع الأوامر العليا هو أمر منطقي، ومن ذلك مثلاً المجند الإلزامي الذي يعين في فرق الإعدام، حيث لا ينبغي مساءلته عن الإعدامات غير المشروعة. غير أن هذا الدفاع لا ينبغي أن يتعلق بالأفراد الذين هم بسبب رتبهم العسكرية أو طبيعة الأوامر الصادرة إليهم يتمتعون بقدر كاف من الحرية في عدم التنفيذ. كما أن هذا الدفاع يجب أن لا ينطبق على الأشخاص الذين تطوعوا للعمل في بعض المنظمات الإرهابية أو الإجرامية مثل الشرطة النازية السرية. ومع ذلك يختم جاكسون تقريره بالقول إنه يجب إعطاء المحكمة الدولية سلطة تقدير مدى إمكانية قبول أمر الرئيس الأعلى دفعاً لمسؤولية المتهم، حتى لا يغدو ذا قوة مطلقة في إباحة فعله أو درء المسؤولية عنه[٨٧].

وبهذا المعنى جاء المقترح الأمريكي لنص المادة التي تتعامل مع هذه المسألة والذي جاء فيه أن حقيقة أن المتهم قد عمل طبقاً لأوامر عليا صادرة إليه من قادته لا تشكل دفاعاً مطلقاً وإن

---

(٨٦) إن من أبرز مقررات مؤتمر موسكو لعام ١٩٤٣،الذي وقعه كل من روزفلت وتشرشل وستالين، الآتي:
أ- إنهم - أي الرؤساء الثلاثة - يرفضون فكرة العفو التي كثيرا ما تتضمنها شروط الهدنة بحيث يعتبر القادة الألمان مسئولين عن الفظائع التي ارتكبوها ويجب محاكمتهم في أسرع وقت ممكن.
ب- وجوب القبض على هؤلاء المسئولين أثناء قيام الهدنة مع تسليمهم إلى محاكم الدول التي ارتكبوا فيها جرائم لتتولى محاكمتهم، فإن تعذر تحديد المكان الجغرافي لجرائمهم، فإنهم يحاكمون أمام محكمة خاصة يصدر بتشكيلها قرار مشترك من الحلفاء.
ج- التأكيد على فكرة محاكمة كبار مجرمي الحرب، مع إرجاء تشكيلها إلى وقت لاحق.
راجع: د. حسنين إبراهيم صالح عبيد، مرجع سابق، ص٥٨، د. عبدالفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص ١٧٠.
See also: Matthew Lippman, note 54 at 26.

(٨٧) د. حسنين إبراهيم صالح عبيد، المرجع السابق، ص ٩٠.
Matthew Lippman, note 57 at 178-179.

كان يمكن اعتبارها دفاعاً قانونياً أو عذراً مخففاً للعقاب إذا قررت المحكمة أن العدالة تتطلب ذلك، وذلك في كل حالة على حدة[٨٨].

أما المقترح السوفييتي فينص على أن الأوامر العليا لن تحد من مسؤولية المتهم، ومع ذلك فإن للمحكمة الحق في تخفيف العقوبة عن هذا المتهم إذا رأت أن المتهم كان منساقاً لهذه الأوامر[٨٩].

لذلك وكمحاولة للتوفيق بين هذين المقترحين جاء نص المادة الثامنة من اتفاقية لندن لعام ١٩٤٥ المنشئة لمحكمة نورمبرغ، حيث نصت على أنه "لا يعد سبباً معفياً من المسؤولية دفاع المتهم بأنه كان يعمل بناء على تعليمات رئيس أعلى وإنما يعتبر هذا سبباً مخففاً للعقوبة إذا رأت المحكمة أن العدالة تقتضي ذلك".

وإعمالاً لاتفاقية لندن نصت المادة الثالثة من لائحة محكمة نورمبرغ، والذي ألحق باتفاقية لندن، على أن "حقيقة أن المتهم قد عمل طبقاً لأوامر صادرة إليه من حكومته أو رئيسه سوف لن تعفيه من المسؤولية، ولكن يمكن أن تؤخذ بعين الاعتبار كسبب مخفف للعقوبة إذا قررت المحكمة أن العدالة تقتضي ذلك". وهذا هو أيضا ما نصت عليه المادة السادسة من لائحة محكمة الشرق الأقصى[٩٠].

---

(٨٨)

(٨٩) Ibid.

Ibid.

(٩٠) تنص المادة (٦) من ميثاق المحكمة العسكرية الدولية في الشرق الأقصى على ما يلي: "لا الوضع الرسمي للمتهم ولا حقيقة كونه قد تصرف بناء على أوامر صادرة من حكومته أو رئيسه الأعلى تكون وحدها كافية لإعفائه من المسؤولية عن أي جريمة متهم بها".

ومن بين المحاكمات التي تمت لاثنين وعشرين من كبار مجرمي الحرب النازيين المتهمين بارتكاب جرائم حرب وجرائم ضد السلام وجرائم ضد الإنسانية[٩١]، فقد أثير الدفع بإطاعة الأوامر العليا في أكثر من قضية من أبرزها:

- قضية جودل (Alfred Jodl)

أتهم جودل بأنه هو من بدأ وأصدر أوامر هتلر لغزو النمسا وألبانيا وروسيا، وهو من قام بتدوير ما عرف بـ(Commando Order) والذي يقضي بالإعدام السريع لأي من مقاتلي الحلفاء الذين يقبض عليهم خلف الخطوط الألمانية في تشيكوسلوفاكيا وفرنسا وإيطاليا والنرويج، واتهم جودل أيضا بتوزيع أمر هتلر القاضي بإخلاء شمال النرويج وحرقها. دفع جودل بأنه جندي من جنود هتلر وأن عليه طاعة أوامر هذا الأخير، ومع ذلك يقول جودل إنه قام بتأخير بعض هذه الأوامر والاعتراض على بعضها الآخر مثل اعتراضه على الأمر القاضي بقتل طياري التحالف الذين يقبض عليهم ودون أي محاكمة.

رفضت محكمة نورمبرغ هذا الدفع وقالت إنه "لا يوجد هنا ما يدعو إلى تخفيف العقوبة. ذلك أن الاشتراك في مثل هذه الجرائم هو أمر غير متطلب من أي عسكري، ومن ثم يجب ألا يحتمي مثل هؤلاء خلف هذه المطالب الخرافية بالطاعة العسكرية كعذر لارتكاب مثل هذه الجرائم"[٩٢].

---

[٩١] يذكر أنه من بين المتهمين الاثنين والعشرين تمت تبرئة ثلاثة، في حين حكم على سبعة منهم بالسجن مدى الحياة واثني عشر متهما بالإعدام شنقا.

Matthew Lippman, note 54 at 51.

[٩٢] In the words of the Court that "there is nothing in mitigation. Participation in such crimes as these has never been required of any soldier and he can not now shield himself behind a mythical requirement of soldierly obedience at all costs as his excuse for commission of these crimes".

يذكر أن جودل حكم عليه بالإعدام شنقا.

For more details on this case, see: Lara Leibman, "From Nuremberg to Bosnia: Consistent Application of International Law", in 42 Cleveland State Law Review (1994), at 718; Matthew Lippman, note 57 at 183; and William A. Schabas, "Sentencing by International Tribunals: A Human Rights Approach", in 7 Duke Journal of Comparative and International Law (Spring – 1997), at 487.

- قضية كايتل (Wilhem Keitel)

يُعد كايتل المتهم الأعلى رتبة عسكرية في محاكمات نورمبرغ، حيث اتهم بأمور عدة منها التحضير والإعداد لغزو النمسا وتشيكوسلوفاكيا والاتحاد السوفييتي واليونان ويوغسلافيا. كذلك ما عرف عن كايتل بإصداره أوامر إلى القادة العسكريين بقتل من ٥٠ إلى ١٠٠ من الرهائن المحتجزين في منطقة البلقان في مقابل كل جندي ألماني تقتله المقاومة في تلك المنطقة. دفع كايتل بأن ما فعله هو تنفيذ لأوامر هتلر وأنه لا يمكن في تلك الأثناء منع مثل هذه الأوامر. رفضت المحكمة هذا الدفع وقالت إن "حقيقة أن قانون الحرب قد تم انتهاكه تنفيذا لأوامر صادرة من سلطة عليا لا يعد دفاعاً مقبولاً لدى المحكمة إلا إذا كان المتهم لا يعلم أو لا يمكن - وبشكل معقول - أن يتوقع منه أن يعلم أن الأفعال التي أمر بالقيام بها هي أفعال غير مشروعة"(٩٣).

وهكذا يتضح من المحاكمات السابقة أن الدفع بإطاعة الأوامر العليا لا يُعد سبباً من أسباب الإعفاء من المسؤولية الجزائية. بل إنه، وعلى الرغم من أن ميثاق نورمبرغ قد أجاز اعتبار مثل هذا الدفع سبباً لتخفيف العقوبة، فإن المحكمة لم تفعل ذلك. والسبب في ذلك ربما يعود إلى فظاعة الجرائم المنسوبة إلى هؤلاء المتهمين وإلى وضوح المخالفة للقانون الدولي في هذه الأفعال.

جدير بالذكر أن محكمة الشرق الأقصى، وإن لم تتعرض بالتفصيل إلى الدفع بإطاعة الأوامر العليا، فإنها قد صرحت باتفاقها التام مع الموقف الذي تبنته محكمة نورمبرغ في هذا الصدد. وفي هذا تقول محكمة الشرق الأقصى: "إن هذه المحكمة على اتفاق تام مع أحكام نورمبرغ والأسباب التي ذكرتها هذه الأخيرة في تدنيها لهذه القرارات. ذلك أنه، وبالنظر إلى التطابق

---

(٩٣) The Court stated, *inter alia*, that "the fact that the law of war been violated pursuant to an order of a superior authority ... does not constitute a defence in the trial of an accused individuals, unless he did not know and could not reasonably have been expected to know that the act required by the order was unlawful".
See: Mark S. Martins, "War Crimes During Operations Other Than War: Military Doctrine and Law Fifty Years after Nuremberg and Beyond", in 149 Military Law Review (Summer – 1995), at 155; and Matthew Lippman, note 57 at 183-184.
يذكر أن كايتل قد حكم عليه ايضا بالإعدام شنقا.

بين ميثاق هذه المحكمة وميثاق محكمة نورمبرغ، فإن هذه المحكمة تفضل أن تعبر عن تضامنها غير المشروط مع قرارات محكمة نورمبرغ ذات الصلة دون حاجة للقيام بذلك عن طريق لغة مختلفة، ومن ثم تفتح المجال للاختلاف حول تفاسير هذه القرارات"[٩٤].

٢ـ الأوامر العليا طبقا لقانون مجلس الحكم رقم (١٠)

اهتم قانون مجلس الحكم المشكل من دول الحلفاء (الولايات الأمريكية المتحدة، وفرنسا، وبريطانيا، والاتحاد السوفييتي السابق) بمعالجة محاكمة مجرمي الحرب الأخرين، الذين لم تتم محاكمتهم بمحكمة نورمبرغ، وذلك بهدف وضع قواعد قانونية واحدة للحلفاء في محاكمة هؤلاء المتهمين. وفيما يتعلق بالدفع بإطاعة الأوامر العليا فقد نص القانون وعلى نحو مشابه لما جاء في ميثاق نورمبرغ على أن "كون الفرد قد تصرف طبقاً لأوامر من حكومته أو رؤسائه لا تعفيه من المسؤولية في حال ارتكاب جرائم، ولكن يمكن أن يؤخذ هذا الدفع بالاعتبار من أجل تخفيف العقوبة"[٩٥].

وفيما يلي بعض المحاكمات العسكرية الأمريكية التي تمت طبقاً لهذا القانون والتي تعرضت للدفع بإطاعة الأوامر العليا، حيث تُعد هذه المحاكمات هي الأشهر مقارنة بالمحاكمات الأخرى في معالجتها لهذه المسألة:

---

(٩٤) The Court for the Far East stated that "with the forgoing opinions of the Nuremberg Tribunal and the reasoning to which they are reached this Tribunal is in a complete accord. In view of the fact that in all material respects the charters of the Tribunal and the Nuremberg Tribunal are identical, this Tribunal prefers to express its unqualified adherence to the relevant opinions of the Nuremberg Tribunal rather than by reasoning the matters now in somewhat different language to open the door to controversy by way of conflicting interpretations of the two statements of opinions". (Judgments of the International Military Tribunal for Far East, Part A, Ch 11). Leslie Green, note 2 at 279.
- Statut de tribunal militaire internationale de l extreme- orient, reproduit en francais dans S.Glaser, droit international penal conventionnel,vol.I, Bruxelles,1970,P225-230.

(٩٥) Control Council Law No. 10, Reprinted in VI Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10, XVIII (1952), art. 4(b).

- قضية أيشتزغروبن (Einsatzgruppen Case)

تتلخص وقائع هذه القضية في أن الأيشتزغروبن (أو فرق الموت) كانت ترافق القوات النازية عند غزوها للأراضي السوفييتية، فكانت تقوم - وبكل قسوة ودون أي محاكمة - بقتل اليهود والغجر والمعاقين والمتشردين والمتخلفين عقليا وأنصار الحركة الشيوعية.

دفع المتهمون في هذه القضية التي كانت تنظرها المحكمة العسكرية الأمريكية بأن ما قاموا به من أعمال كان تنفيذاً لأوامر عليا وأنه ليس باستطاعتهم رفض تنفيذ مثل هذه الأوامر. وفي ردها على هذا الدفع قالت المحكمة إن الجندي وإن كان ملزماً بإطاعة أوامر رؤسائه إلا أن ذلك لا يعني أن هذا الجندي هو عبارة عن آلة ميكانيكية تقوم بتنفيذ الأوامر بشكل تلقائي، بل هو إنسان يحمل عقلاً، لذلك يجب أن يفكر في صحة العمل الذي يقوم بتنفيذه أو عدم صحته. والقول خلاف ذلك سوف يؤدي إلى نتيجة غير منطقية، ألا وهي أن يقوم كل شخص يحمل رتبة عسكرية عالية بأمر الشخص الذي يدنوه رتبة بقتل من هو أقل منه رتبة وهكذا.

فالمرؤوس يطلب منه فقط إطاعة الأوامر المشروعة ولا يمكن له أن يتحجج بالأوامر العليا في الأحوال التي يقوم فيها - وبشكل تطوعي ومعرفة - بتنفيذ الأوامر الإجرامية. وتضيف المحكمة أنه لا يمكن للمرؤوس الادعاء بالجهل بعدم مشروعية الأمر إذا كانت هذه الأوامر تتجاوز حدود سلطة الرئيس على نحو ظاهر، بل يجب على المرؤوس أن يجد عذراً مقبولاً يثبت جهله بعدم مشروعية الأمر.

كذلك قالت المحكمة عندما تم ربط الإكراه والتهديد بإطاعة الأوامر العليا إنه من غير المقبول أن يطلب من المرؤوس أن يضحي بحياته أو يعرض نفسه لأذى جسيم في سبيل عدم تنفيذ الأمر غير المشروع، بل يكفي أن يثبت هذا المرؤوس أن تنفيذه لهذه الأوامر غير المشروعة كان من أجل تجنب ضرر وشيك وحقيقي وحال حتى يقبل اعتذاره. غير أن التهديد والإكراه لا يمكن التحجج بهما إذا كان المرؤوس يشترك مع رئيسه في النية الإجرامية والهدف

نفسيهما كما كان عليه الحال عند كثير من النازيين. كذلك فإنه لا يجوز الاعتذار بالتهديد والإكراه إذا كانت مثل هذه الأوامر متوقعة منذ البداية كنتيجة طبيعية لبرنامج هو غير قانوني منذ ولادته[٩٦].

- قضية الرهائن (Hostage Case)

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن القوات النازية بعد احتلالها لليونان ويوغسلافيا واجهت مقاومة عنيفة في هاتين الدولتين ألحقت بها كثيراً من الخسائر البشرية. لذلك وكمحاولة لردع المقاومة، قامت القوات النازية بقتل مئات الألوف من المدنيين الذين كانت تحتجزهم هذه القوات على دفعات ودون أي محاكمة، حيث كان يقتل ما بين ٥٠ إلى ١٠٠ محتجز في مقابل كل جندي ألماني يتم قتله كما جاء في قضية كايتل.

وفي رفضها المحكمة الدفع الذي تقدم به المتهمون في هذه القضية، من أن ما قاموا به لا يعدو كونه تنفيذاً لأوامر عليا صادرة إليهم من السلطات العليا، قالت إن "المبدأ القاضي بأن الأوامر العليا ليست دفاعاً كاملاً عند ارتكاب الأعمال الإجرامية هو من المبادئ الأساسية في العدالة الجنائية التي تنتهجها الدول المتمدنة". كما قالت المحكمة إن الطاعة لا تكون إلا فيما يتعلق بالأوامر المشروعة وإن النية الإجرامية للمرؤوس سوف تكون قائمة عندما يكون هذا المرؤوس يعلم أو كان بإمكانه أن يعلم بعدم مشروعية الأمر الصادر إليه. وأضافت المحكمة أن من المسائل التي يمكن أخذها في الاعتبار لبيان إذا ما كان المرؤوس يعلم أو يجب أن يعلم بعدم مشروعية الأمر هي الخبرة العسكرية لهذا المرؤوس؛ فالشخص الذي عمل مدة أربعين

---

(٩٦) يذكر أن المحكمة العسكرية الأمريكية قد عدت أن الدفع بإطاعة الأوامر العليا يمكن اعتباره سبباً لتخفيف العقاب إذا تبين أن المتهم لا يتفق مع هذا الأمر بأي شكل من الأشكال. لذلك حكمت المحكمة على أحد المتهمين في هذه القضية بالسجن مدى الحياة، بدل الإعدام، لأنها وجدت أن هذا المتهم كان في إحدى المرات قد رفض أمراً من رئيسه كان يتضمن القتل. كما حكمت على متهم آخر بالسجن ٢٠ سنة لأنه اعترض على تنفيذ بعض الأوامر العليا التي عدّها غير مشروعة.
(United States v. Otto. Ohlendorf et al., in 4 Trials of War Criminals Before Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10 (1950), at 470-470 (Einsatzgruppen Judgment).
See: Andreas Zimmermann, 'Superior Order', in The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Vol. 1 (Antonio Cassese et al. eds.), Oxford University Press: Oxford and New York (2002), at 964; Mathew Lippman, note 74 at 20-24; Matthew Lippman, note 57 at 188-192; and William Schabas, note 92 at 486-487.

سنة لابد أن يكون لديه من الخبرة ما يكفي لمعرفة إذا ما كان الأمر مشروعاً أو خلاف ذلك. كذلك فإن الرتبة العسكرية هي أيضا من المسائل التي يمكن التعويل عليها في افتراض هذه المعرفة، فالضابط الأعلى لابد أن يكون أعلم من الشخص الذي يقل منه رتبة عسكرية كما أن قدرة الضابط الأعلى على رفض الأوامر لابد أن تكون أكبر من الذين هم أدنى منه رتبة[٩٧].

- قضية الأوامر العليا (The High Command Case)

تتعلق هذه القضية بجرائم كثيرة اتهم فيها بعض القادة النازيين مثل إساءة استعمال أسرى الحرب، وذلك بسبب تشغيلهم في بناء بعض الحصون العسكرية. ومن بين الإضافات البارزة للمحكمة في هذه القضية - بعد تكرارها للمبادئ التي ذكرناها في القضايا السابقة - هي:

أولا: وجوب افتراض المشروعية في أمر الرئيس بالنسبة للمرؤوس ما لم تكن عدم المشروعية واضحة.

ثانيا: وجوب عدم مساءلة المرؤوس عن أفعال تكون عدم مشروعيتها هي أصلا غير متفق عليها وغامضة في القانون الدولي.

وفي ذلك تقول المحكمة عند تبرئتها للمتهمين باستغلال الأسرى في بناء الحصون العسكرية إن "مشروعية مثل هذا الاستعمال [للأسرى] غير واضحة، إن استعمال الأسرى في بناء الحصون العسكرية هي التهمة الموجهة إلى القادة الميدانيين في هذه القضية وإن هذه المحكمة ترى أن - وبالنظر إلى الغموض الذي هو عليه القانون الدولي في هذه المسألة - الأوامر بمثل هذا الاستعمال والصادرة من الجهات العليا، متى كانت لا تتضمن استعمال

---

[٩٧] كما في القضية السابقة فقد عدت المحكمة أن الدفع بإطاعة الأوامر العليا قد يكون سببا في تخفيف العقوبة إذا تبين للمحكمة أن أيا من المتهمين سبق له وأن أبدى عدم موافقته مع أي من الأوامر غير المشروعة. لذلك حكمت المحكمة على أحد المتهمين بالسجن مدة ١٢ سنة على ضوء الأدلة التي أثبتت أنه سبق له أن رفض أو قاوم تنفيذ بعض الأوامر الإجرامية.

(United States v. Wilhekm List, XI Trials of War Criminals Before Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10 (1950), at 1271 (Hostage Judgment).
See: Andreas Zimmermann, ibid. at 963; Mathew Lippman, note 74 at 24-28; Matthew Lippman, note 57 at 194-195; and William Schabas, note 92 at 488.

الأسرى في مناطق خطيرة، ليست إجرامية على نحو واضح، ولكن هي مسألة يحق للقائد الميداني أن يتوقع أن مشروعيتها قد تم تقريرها من الجهات القانونية في السلطات العليا"[٩٨].

وهكذا يمكن القول إن المحكمة العسكرية في نورمبرغ رفضت الدفع بإطاعة الأوامر العليا كدفاع كامل عندما تكون عدم مشروعية الفعل واضحة أو عندما يكون المرؤوس يعلم أو يستطيع أن يعلم بعدم مشروعية الأمر. كذلك فإن هذه المحكمة تشترط لوجود التهديد المرتبط بالدفع بإطاعة الأوامر العليا أن يكون الخطر الذي ينطوي عليه هذا التهديد خطراً وشيكاً وحقيقياً وحالاً وأن تتجاوز خطورة هذا التهديد الضرر الذي سوف يسببه الفعل غير المشروع الذي يرتكبه المرؤوس. غير أن المحكمة عدّت أن الدفع بإطاعة الأوامر العليا يمكن أن يعد سبباً من أسباب تخفيف العقوبة إذا ثبت أن المرؤوس قد أبدى في السابق ما يفهم منه أنه يرفض أو يعترض على مضمون الأمر غير المشروع. وأخيرا عدّت المحكمة أن الدفع بإطاعة الأوامر العليا يعد دفاعاً كاملاً، ومن ثم يكون معفيا من المسؤولية الجزائية إذا كانت عدم مشروعية الفعل التي يتضمنها الأمر هي مسألة غير واضحة وغامضة في القانون الدولي.

---

(٩٨) The Court Stated that "The legality of such use was by no means clear. The use of prisoners of war in the construction of fortification is a charge directed against the field commanders on trial here. This Tribunal is of the opinion that in view of the uncertainty of international law as to this matter, orders providing of such use from superior authority, not involving the use of prisoners of war in dangerous areas, were not criminal upon their face, but a matter which a field commander had the right to assume were properly determined by the legal authority upon higher levels". (United States v. Wilhem von Leeb, XI Trials of War Criminals Before Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10 (1950), at 560-568 (High Command Judgment).

See: Andreas Zimmermann, ibid at 963; Mark J. Osiel, "Obeying Orders: Atrocity, Military Discipline, and the Law of War", in 86 California Law Review (October – 1998), at 970; Mathew Lippman, ibid. at 28-36; Matthew Lippman, ibid. at 197-202; Paola Gaeta, note 53 at 187;and William Schabas, ibid. at 488.

انظر كذلك: د. عباس هاشم السعدي، مسؤولية الفرد الجنائية عن الجريمة الدولية، دار المطبوعات (الإسكندرية – ٢٠٠٢)، ص ٣٧.

يذكر أن قرارات محاكمات نورمبرغ قد دفعت كثيراً من الدول إلى تعديل قوانينها الوطنية حتى تواكب ما استقرت عليه قواعد القانون الدولي حول مسألة الدفع بإطاعة الأوامر العليا، ومن الأمثلة على تلك القوانين:

- القانون العسكري البريطاني لعام ١٩٤٤ والذي نص في المادة ٤٤٣ منه على أن "أعضاء القوات المسلحة ملزمون فقط بإطاعة الأوامر المشروعة و ... لا يستطيعون التخلص من المسؤولية إذا كانوا، عند إطاعتهم لأوامر عليا، قد ارتكبوا أفعالاً تنتهك القواعد المستقرة في الحروب وتغضب العاطفة الإنسانية"(٩٩).
- القانون العسكري الأمريكي لعام ١٩٤٤ والذي نص على أن "الأفعال التي يرتكبها المرؤوس عند إطاعته لأوامر غير مشروعة صدرت إليه من رئيسه يعتبر معفاة ولا تحمله أي مسؤولية جزائية، ما لم يكن أمر الرئيس هو من الأوامر التي يستطيع الرجل العادي - في نفس الظروف - أن يتبين عدم مشروعيتها أو متى كانت هذه الأوامر معلومة فعلا بالنسبة للمتهم من حيث عدم مشروعيتها"(١٠٠).
- القانون البلجيكي لعام ١٩٤٧ والذي نص في المادة ٣ منه على أن "الأوامر العليا لا يمكن استعمالها كدفاع... متى كانت الأفعال التي ترتكب طبقاً لهذه الأوامر تشكل انتهاكاً صارخاً للقانون الدولي العرفي لحقوق الإنسان"(١٠١).

أما على مستوى القانون الدولي فنجد أن كثيراً من التطورات الدولية اللاحقة - حتى إنشاء المحاكم الجنائية الخاصة بيوغسلافيا ورواندا - قد تضمنت القواعد التي تضمنتها أحكام نورمبرغ، وذلك على النحو التالي:

---

(٩٩) Matthew Lippman, note 57 at 175.

(١٠٠) يذكر أن النص الألماني الحالي مطابق لهذا النص.

(١٠١) Mark Osiel, note 98 at 97.
- Paola Gaeta, note 53 at 179.
-J.J.Hans, principes generaux des droit penal beleg, ed 1879,n 612.
- J.verhaegens " l ordre illegal et son executant devant les juridictions penales" journal des tribunaux,Bruxelles,1986,P449 a 454.

- إقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٩٤٧/١١/٢١ بالمبادئ التي تضمنها ميثاق محكمة نورمبرغ والأحكام الصادرة من هذه المحكمة واعتبار هذه القواعد القانونية الأساس لمزيد من تقنين قواعد القانون الدولي[١٠٢].
- ما جاء في مشروع تقنين الجرائم ضد سلام البشرية وأمنها في نسخه المختلفة لأعوام ١٩٥٤، و١٩٨٧، و١٩٩١ من أن الأوامر العليا لا تعفي من المسؤولية الجزائية متى كان للمرؤوس مكنة عدم إطاعة الأمر في الظروف التي ارتكب فيها الفعل[١٠٣].
- اتفاقية منع إبادة الجنس البشري لعام ١٩٤٨، حيث نصت في المادة ٤ منه على أنه "يعاقب الأشخاص الذين يرتكبون جريمة إبادة جنس بشري أو أي من الأفعال المنصوص عليها في المادة ٣، سواء كانوا حكاماً دستوريين أو موظفين عامين أو أفراداً"[١٠٤].
- اتفاقية تحريم التعذيب والتي نصت في المادة ٢ (٣) على أنه "لا يجوز التذرع بالأوامر الصادرة من موظفين أعلى رتبة أو عن سلطة عامة كمبرر للتعذيب"[١٠٥].

أخيرا وليس آخرا، فإنه وعلى مستوى الفقه الدولي فقد حصل أيضا تعديل لبعض المواقف الفقهية السابقة حتى تتوافق مع القرارات الدولية في نورمبرغ. فنجد مثلا الفقيه الدولي أوبنهايم في النسخة الرابعة من كتابه القانون الدولي العام لعام ١٩٢٦ كان يقول إن أفراد القوات المسلحة الذين يرتكبون جرائم حرب طبقاً لأوامر عليا صادرة إليهم ليسوا مجرمي حرب ولا يمكن معاقبتهم بواسطة العدو إذا ألقى القبض عليهم[١٠٦]. غير أن هذا الموقف قد تغير كليا في النسخة السادسة لعام ١٩٤٤، حيث يقول أوبنهايم إن حقيقة أن قوانين الحرب قد تم انتهاكها تنفيذاً لأوامر عليا لا يعني أن هذا الفعل محل التساؤل لا يُعد جريمة حرب أو أن

---

[١٠٢] راجع قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ١٧٧ الصادر في ١٩٤٧/١١/٢١.

[١٠٣] -Annuaire de la commission du droit international 1985, vol II (2 eme partie) P8.
Draft Codes of Crimes Against Peace and Security of Mankind (1994), (1987), and (1991).

[١٠٤] المادة ٤ من اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها لعام ١٩٤٨.

[١٠٥] المادة ٢ (٣) من اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة لعام ١٩٨٢.

[١٠٦] Lasa Oppenheim, International Law, A Treatise: Disputes, War and Neutrality (4th ed. 1926), at 410.

ذلك يعطي الفاعل أي حصانة من العقوبة بواسطة الطرف المتضرر. وختم أوبنهايم قوله بأن أفراد القوات المسلحة ملزمون فقط بإطاعة الأوامر العليا المشروعة ولا يمكنهم عند ارتكابهم لأفعال تنفيذاً لأوامر عليا أن يتهربوا من المساءلة الجنائية إذا كانت هذه الأفعال تنتهك قواعد قانون الحرب المستقرة وتغضب الضمير العالمي(١٠٧).

وكذلك فعل الفقيه الدولي لوثر باخت والذي كان يقول في عام ١٩٣٥ إن الأوامر العليا تشكل دفاعاً مشروعاً في مقابل المسؤولية الجزائية الفردية. ذلك أن انتهاك قوانين الحرب تعد جرائم حرب فقط عندما ترتكب من دون أمر صادر من الحكومة المتحاربة والرئيس مصدر الأمر هو وحده المسئول وتجوز معاقبته بواسطة العدو الذي يقبض عليه(١٠٨).

غير أنه بعد ذلك وفي عام ١٩٤٤ عدل عن هذا الموقف وقال - تماشيا مع ما قضت به محاكم نورمبرغ - إن أياً من أفراد القوات المسلحة لا يمكن أن يتهرب من المسؤولية الجزائية بحجة الأوامر العليا إذا كان الفعل المرتكب تنفيذاً لهذه الأوامر ينتهك القواعد المستقرة في قوانين الحرب ويغضب الضمير العالمي(١٠٩).

ثالثا: المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا ورواندا

نحاول من خلال هذا الجزء أن نناقش تباعاً كل من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا والنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا باعتبارهما يجسدان تطوراً مهماً جداً طرأ على القانون الدولي الجنائي، حيث نحاول أن نبين كيف تعاملت هذه المحاكم مع الدفع بإطاعة الأوامر العليا وإذا ما كانت قد حذت في هذا الصدد حذو محاكمات نورمبرغ على النحو السابق بيانه.

---

(١٠٧) Lasa Oppenheim, International Law, A Treatise: Disputes, War and Neutrality (6th ed. Rev. 1944), at 453.

(١٠٨) H. Lauterpacht, The Function of Law in International Community, Oxford: Clarendon (1933), at 434.

(١٠٩) H. Lauterpacht, "The Law of Nations and the Punishment of War Crimes", in 21 British Yearbook of International Law (1944).

١- إطاعة الأوامر العليا في المحكمة الجنائية الخاصة بيوغسلافيا

لم تختلف النصوص التي تضمنها النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا، والتي تم إنشاؤها بمقتضى قرار مجلس الأمن رقم ٨٠٨ الصادر في ١٩٩٣/٢/٢٢ وذلك بغرض مساءلة المتسببين عن ارتكاب جرائم إبادة وجرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية إبان الحرب في البلقان، عن تلك التي تضمنها ميثاق نورمبرغ في معالجة مسألة الأوامر العليا. فمن جانب جاءت هذه النصوص مطابقة لنصوص نورمبرغ من حيث رفض اعتبار الدفع بإطاعة الأوامر العليا دفاعاً كاملاً يعفي المرؤوس من أية مسؤولية جنائية. ومن جانب آخر أخذت هذه النصوص في اعتبارها متطلبات الانضباط العسكري الذي يلزم بالطاعة والظروف التي يكون فيها المرؤوس، بحيث لا يعلم أو لم يكن بوسعه أن يعلم بعدم مشروعية الفعل الذي ينطوي عليه أمر الرئيس أو عندما يكون هناك إكراه واقع على المرؤوس يلزمه بإطاعة أمر الرئيس، لذلك نصت على إمكانية اعتبار هذا الدفع سبباً في تخفيف العقوبة إذا كانت العدالة تقتضي ذلك[١١٠].

لذلك نصت المادة ٧ (٤) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا على أنه "حقيقة كون الشخص المتهم قد تصرف طبقاً لأمر من حكومة أو رئيس أعلى سوف

---

(١١٠) هذا يستفاد من تقرير الأمين العام للأمم المتحدة المقدم إلى مجلس الأمن حول مشروع النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا (والذي اعتمد فيه الأمين العام على ردود كثير من الدول) حيث قال: "إن ارتكاب عمل غير مشروع استنادا إلى أمر من الحكومة أو الرئيس الأعلى لا يعفي الفاعل من المسؤولية الجنائية". غير أنه أضاف أن المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا يمكن أن تنظر بعين الاعتبار للدفع بإطاعة الأوامر العليا بالارتباط مع دفوع أخرى كالدفع بوجود إكراه أو تهديد.

See: Report of the Secretary General Pursuant to Paragraph 2 of the Security Council Resolution 802 (1993), S/2704, Corr. 1 and Add. 1, para.57.

See also:

-Andreas Zimmermann, note 96 at 961; James B. Insco, "Defense of Superior Order Before the Military Commission", in 13 Duke Journal of Comparative and International Law (Spring – 2003), at 393; Louis B. Sohn, "International War Crime Tribunal", in International Lawyer (Summer – 1999), at 450; Matthew Lippman, note 57 at 233; and Sienho Yee, "The Erdemovic Sentencing Judgment: A Questionable Milestone for the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", in 26 Georgia Journal of International Comparative Law (Spring – 1997), at 286.

- Herve ascensio et Rafaelle Maison,"l activite des tribunaux penaux internationaux pour l ex-yougoslavie (1995-1997) et pour le rwanda (1994-1997) A.F.D.I 1997 XLIII P 368-402.

لن تعفيه من المسؤولية الجنائية، ولكن يمكن أخذها في الاعتبار في تخفيف العقوبة إذا رأت المحكمة أن العدالة تستلزم ذلك"[١١١].

يذكر أنه من المحاولات التي بذلت من أجل الحد من المسؤولية المطلقة التي تضمنها النص السابق ما قامت به السيدة أولبرايت (مندوبة الولايات الأمريكية المتحدة لدى الأمم المتحدة آنذاك)، حيث إنها كانت تدعم، وبشدة، الرأي القائل بأن الدفع بإطاعة الأوامر العليا يجب أن لا يكون محل اعتبار عندما تكون عدم مشروعية الأمر واضحة. وأن هذا الدفع يجب أن يكون دفعاً كاملاً عندما يكون المرؤوس لا يعلم بعدم مشروعية الأمر كما أن الشخص العادي لا يستطيع أن يعرف ذلك إذا ما وضع في الظروف نفسها[١١٢].

غير أن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا جاء، كما في النص المشار إليه أعلاه، مؤسساً على فكرة المسؤولية المطلقة للمرؤوس من حيث رفض معاملة الدفع بإطاعة الأوامر العليا كدفاع كامل، في حين تضمن ما يفيد في تخفيف العقوبة في أحوال كثيرة منها تلك التي جاءت في اقتراح السيدة أولبرايت إذا وجدت المحكمة أن العدالة تتطلب ذلك.

- قضية اردموفك (Erdemovic Case)

تعد هذه القضية أول قضية تصدر فيها المحكمة الخاصة بيوغسلافيا حكمها بالسجن ١٠ سنوات (تم تخفيضه إلى ٥ سنوات لاحقا) على اردموفك المتهم بارتكاب جرائم ضد الإنسانية كما اعترف هو بذلك. وتتلخص وقائع هذه القضية في أن الجندي اردموفك، وهو من أصل

---

(١١١) Article 7 (4) of the Statute of International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia states that "The fact that an accused person acted pursuant to an order of a Government or of a superior shall not relieve him of criminal responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if the international Tribunal determines that justice so requires".

(١١٢) للمزيد من الشرح والتفصيل حول المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا، راجع:
- Mohammed Bu Zubar " le tribunal penal international pour l ex-yougoslavie" These, universite de poitiers,1999.
Paola Gaeta, note 53 at 181.

كرواتي، انضم إلى الجيش الصربي في البوسنة إبان فترة الحرب في البلقان. وفي ١٩٩٥/٧/١٦ وجد اردموفك نفسه، كما يقول، يعمل عضواً في إحدى فرق القتل الصربية، وكان ذلك في إحدى المزارع في شرق البوسنة وبالقرب من منطقة سيربينيتشا، حيث يوجد بها ما يقارب ١٢٠٠ من المدنين المسلمين تم احتجازهم بوساطة الجيش الصربي. ادعى المتهم بأن رئيسه أمره بقتل هؤلاء المدنيين وأنه عندما رفض ذلك، قال له رئيسه: إذا كنت تشعر بالحزن والأسى لأجل هؤلاء فاذهب واصطف معهم حتى نقتلكم جميعا. ولهذا يقول اردموفك إنه بسبب خشيته على نفسه وزوجته وأولاده اضطر إلى الاشتراك في قتل هؤلاء المدنيين الذين لم يستغرق قتلهم سوى خمس ساعات.

رفضت المحكمة سواء في الدرجة الأولى أو في الاستئناف اعتبار الدفع بالإكراه والتهديد دفاعاً كاملاً يعفي من المسؤولية الجزائية في الجرائم ضد الإنسانية، في حين عدّت أن هذا الدفع بسبب ارتباطه الوثيق مع الدفع بإطاعة الأوامر العليا قد يكون من أسباب تخفيف العقوبة(١١٣).

ومما جاء في تعليق المحكمة على مسألة كون المرؤوس - وبسبب كونه أدنى رتبة من رئيسه - غالبا مَن يقوم بتنفيذ أوامر هذا الرئيس ولو كانت غير مشروعة بسبب خشيته من هذا الأخير، قالت المحكمة إنه يجب أن يكون لمثل هذه الأوامر تأثير في سلوك المرؤوس في

---

(١١٣) Chambre de premiere instance,jugement portant condanation, le procureur C./D.Erdemovic,affaire n IT-96-22-Tbis,5 mars1998.

جدير بالذكر أن القوانين الجزائية في الدول التي تتبع النظام اللاتيني - مع وجود بعض الاستثناءات - تعتبر الإكراه أو التهديد دفاعاً كاملاً لكل الجرائم، في حين أنه في الدول التي تنتمي إلى النظام الأنجلوسكسوني لا تعامل الدفع بالإكراه والتهديد كدفاع كامل في جرائم القتل، إذ تفرق هذه القوانين بين حالة إذا ما كان التهديد هو لإجبار شخص على الاختيار بين حياته وحياة الآخر أو بين حياة الآخر أو حياتهما معاً.

See: Theoder Meron, "Crimes and Accountability in Shakespeare", in 92 American Journal of International Law (January – 1998), at 16.

ارتكابه الفعل غير المشروع، أما إذا كان المرؤوس مستعداً أصلا للقيام بهذا الفعل فإنه لا يستفيد من هذا الظرف في تخفيف عقوبته[١١٤].

٢- إطاعة الأوامر العليا في المحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا

وعلى نحو مطابق للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا فيما يتعلق بالدفع بإطاعة الأوامر العليا سار النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا التي تم إنشاؤها بمقتضى قرار مجلس الأمن رقم ٩٥٥ الصادر في ١٩٩٤/١١/١٨ بغرض معاقبة المسئولين عن جرائم الإبادة البشرية التي وقعت في رواندا وراح ضحيتها أكثر من مليوني شخص في الاقتتال الداخلي بين قبائل الهوتو والتوتسي. وقد نص النظام في المادة ٦(٤) منه، وعلى نحو شبه مطابق لما نص عليه في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الخاصة بيوغسلافيا، من أنه " حقيقة كون الشخص المتهم قد تصرف طبقاً لأمر من حكومة أو رئيس أعلى سوف لن تعفيه أو تعفيها من المسؤولية الجنائية، ولكن يمكن أخذها في الاعتبار في تخفيف العقوبة إذا رأت المحكمة الدولية الخاصة برواندا أن العدالة تستلزم ذلك"[١١٥]. لذلك وبسبب هذا التطابق بين المحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا والمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا فيما يتعلق بالنص ذا الصلة بالدفع بإطاعة الأوامر العليا، سوف نكتفي بما سبق ذكره في هذا الخصوص عند مناقشة النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا.

---

(١١٤) (Prosecution v. Erdemovic, Case N. IT-96-22-T, Sentencing Judgment, 29 November 1996), (Prosecution v. Erdemovic, Case N. IT-96-22-A, Judgment, 7 October 1997), and (Prosecution v. Erdemovic, Case N. IT-96-22-Tbis, Sentencing Judgment, 5 March 1998). For more discussion on this case, see: Matthew Lippman, note 57 at 233; Theoder Meron, ibid.; Valerie Epps, "The Soldiers' Obligation to Die When Ordered to Shoot Civilians or Face Death Himself", 37 New England Law Review (Summer – 2003), at 991-992; and William Schabas, note 92 at 400.

(١١٥) Article 6 (4) of the Statute of International Criminal Tribunal for Rwanda states that "The fact that an accused person acted pursuant to an order of a Government or of a superior shall not relieve him or her of criminal responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if the International Tribunal for Rwanda determines that justice so requires".

رابعا: المحكمة الجنائية الدولية

إذا كان هناك من إنجاز حقيقي حصل في القرن الماضي على صعيد القضاء الجنائي الدولي، فإن هذا الإنجاز يتمثل في إنشاء المحكمة الجنائية الدولية الدائمة والتي - وحتى وقت قريب جدا - لم يكن متصور إنشاؤها وذلك بسبب هيمنة مجلس الأمن والذي تهيمن عليه بعض الدول على كل ما يتعلق بإنشاء المحاكم الجنائية الدولية. وكما هو الحال فيما يتعلق بمعظم النصوص التي تضمنها ميثاق روما الخاص بإنشاء المحكمة الجنائية الدولية، فقد كان هناك اختلاف بين فريقين من الدول حول مضمون المادة ٣٢ (أصبحت لاحقا المادة ٣٣) والمتعلقة بأوامر الرؤساء. فمجموعة من الدول بقيادة الولايات الأمريكية المتحدة وكندا ترى ضرورة إعفاء أفراد القوات المسلحة الذين يتصرفون طبقاً لأوامر حكوماتهم أو رؤسائهم العسكريين من أي مسؤولية جنائية ما لم يكن هؤلاء المرؤوسين يعلمون بعدم مشروعية الأمر الصادر إليهم أو متى كانت عدم المشروعية واضحة بشكل جلي.

أما الفريق الآخر من الدول والذي كان بقيادة ألمانيا وبريطانيا ونيوزلندا فكان يرى ضرورة التشدد في معاملة هذا الدفع. فكانت هذه الدول ترى ضرورة اتباع القواعد القانونية التي سارت عليها محاكمات نورمبرغ والمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا ورواندا والتي تقضي بعدم معاملة الدفع بإطاعة الأوامر العليا باعتباره معفياً من المسؤولية الجزائية عند ارتكاب الجرائم الداخلة في اختصاص المحكمة، وإن كان يمكن اعتبار هذا الدفع سبباً لتخفيف العقوبة إذا كانت العدالة تقتضي ذلك[١١٦].

وكمحاولة للتوفيق بين الرأي الأول المتضمن لفكرة المسؤولية المقيدة، والتي بمقتضاها لا يكون المرؤوس مسئولا إلا إذا كان يعلم بعدم مشروعية الأمر الصادر إليه أو أن عدم مشروعية هذا الأمر هي شيء واضح، وبين الرأي الثاني المتضمن لفكرة المسؤولية المطلقة، والتي بمقتضاها يكون المرؤوس مسئولا عند ارتكابه العمل غير المشروع دون الالتفات إلى مسألة وجود أمر صادر إليه من رئيسه يقضي بذلك، وإن كان ذلك يمكن أن يفيد

(١١٦) Andreas Zimmermann, note 96 at 967; Ilias Bantekas, note 78 at 273; and Paola Gaeta 53 at 187-188.

في تخفيف العقوبة، جاءت المادة ٣٢ من مشروع النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بالنص على أنه "لا يعفي الشخص من المسؤولية الجنائية حقيقة أن سلوكه كان امتثالاً لأمر من الحكومة أو رئيس له سواء كان عسكريا أو مدنيا إذا كان الأمر معلوماً أنه غير قانوني، أو يبدو غير قانوني بشكل جلي، كما لا يعفى مرتكب جريمة الإبادة الجماعية أو جريمة ضد الإنسانية أو الشريك فيها من المسؤولية الجنائية لمجرد أن سلوكه كان امتثالاً لأمر من حكومته أو من رئيس له، أو عملاً بتشريعات أو أنظمة وطنية"[١١٧].

غير أنه في وقت لاحق تم تعديل صياغة المادة ٣٢ من مشروع النظام الأساسي لتصبح الصياغة أكثر وضوحا وتحديدا وبالمعنى نفسه، وذلك في المادة ٣٣ من النظام الأساسي، والتي نصت على أنه:

"١- في حالة ارتكاب أي شخص لجريمة من الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة، لا يعفى الشخص من المسؤولية الجنائية إذا كان ارتكابه لتلك الجريمة قد تم امتثالاً لأمر حكومة أو رئيس، عسكرياً كان أو مدنياً، عدا في الحالات التالية:

أ- إذا كان على الشخص التزام قانوني بإطاعة أوامر الحكومة أو الرئيس المعني.

ب-إذا لم يكن الشخص على علم بأن الأمر غير مشروع.

ج- إذا لم تكن عدم مشروعية الأمر ظاهرة.

٢- لأغراض هذه المادة تكون عدم المشروعية ظاهرة في حالة أوامر ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية أو الجرائم ضد الإنسانية"[١١٨].

ويتضح من نص المادة ٣٣ أعلاه أنها قد أقرت في البداية فكرة المسؤولية المطلقة كأصل عام، كما في محاكمات نورمبرغ والمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا ورواندا، وهي أن الدفع بإطاعة الأوامر العليا يجب ألا يعتد به للتخلص من المسؤولية الجزائية. غير

---

[١١٧] راجع وثائق مؤتمر الأمم المتحدة الدبلوماسي للمفوضين المعني بإنشاء محكمة جنائية دولية، تقرير اللجنة التحضيرية، الجزء الأول، مشروع النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، ص ٦٢.

- Gilles Cottereau " statut en vigueur la cour penale internationale s installe" A.F.D.I 2002, P129.

[١١٨] المادة ٣٣ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

أن هذه المادة عادت وتحفظت وذكرت أن هذا الدفع يمكن أن يعتد به ويصبح دفاعاً كاملاً إذا توافرت شروط معينة، وهي بذلك تكون قد أخذت بفكرة المسؤولية المقيدة على نحو ما تنص عليه القوانين الجزائية الداخلية - كما بينا سابقا - حيث يكون من شأن الدفع بإطاعة الأوامر العليا إذا توافرت شروط معينة أن يتم إعفاء المرؤوس من المسؤولية الجزائية.

غير أن إقرار مبدأ المسؤولية المقيدة على النحو السابق لا يعدو كونه استثناءً من الأصل العام، وهو مبدأ المسؤولية المطلقة، وهذا يعني وجوب التعامل مع هذا الاستثناء على هذا النحو حيث لا يجوز التوسع في تطبيقه. كذلك فإن مما يؤكد غلبة مبدأ المسؤولية المطلقة على مبدأ المسؤولية المقيدة في هذه المادة هو ما تضمنته الفقرة الأخيرة من هذا النص من أنه يجب، وفي كل الأحوال، عدم الاعتداد بالدفع بإطاعة الأوامر العليا عند ارتكاب جريمة ضد الإنسانية أو جريمة إبادة بشرية.

وهكذا فإنه، طبقا لهذه المادة، يجب عدم الاعتداد بالدفع بإطاعة الأوامر العليا ما لم تتوافر ثلاثة شروط مجتمعة:

١- وجود التزام قانوني على الشخص (المرؤوس) بإطاعة أوامر الحكومة أو الرئيس المعني. وهذا يعني أن يكون للشخص مصدر الأمر، سواء كان يمثل الحكومة أو هو الرئيس الإداري الأعلى وسواء كان مدنيا أو عسكريا، سلطة تخوله إصدار الأوامر وأن تكون مثل هذه الأوامر من صلاحياته وأن يكون الأمر متضمنا للقيام بعمل معين وليس عاماً لا تحديد فيه. ولمعرفة إذا ما كان هناك التزام قانوني يجب الرجوع إلى النظام القانوني الداخلي للدولة التي ينتمي إليها المرؤوس. وبناءً على ذلك فإن الأفعال التي ترتكب تطبيقاً لأوامر صادرة من منظمات إرهابية أو أشخاص خاصين لا يعتد بها في هذا الدفع.

٢- ألا يكون الشخص (المرؤوس) على علم بعدم مشروعية الأمر الصادر إليه. وهذا معيار شخصي يتم الرجوع فيه إلى شخص المرؤوس فينظر في علمه وثقافته وخبرته

ودرجته الوظيفية أو رتبته العسكرية. والبحث فيما إذا كان الفعل مشروعاً أو خلاف ذلك يكون بالنظر إلى قواعد القانون الدولي وليس بالنظر إلى قواعد القانون الداخلي الذي ليس له أي اعتبار طبقاً لمبدأ سمو القانون الدولي على القانون الداخلي كما جاء في محاكمات نورمبرغ. ومع ذلك فقد يقول بعض الفقهاء إن المرؤوس قد يرتكب الفعل حتى وإن كان يعلم بأنه غير مشروع بسبب وقوعه تحت إكراه أو تهديد من قبل رئيسه. هذا الوضع قد أخذه النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في حسبانه وعدّه مانعاً من موانع المسؤولية الجزائية إذا توافرت بعض الشروط طبقا لنص المادة ٣١ (١) "د" من النظام الأساسي[١١٩].

٣- ألا تكون عدم مشروعية الفعل ظاهرة. وهذا معيار موضوعي يتم الرجوع فيه إلى معيار الشخص العادي إذا وجد في الظروف نفسها من حيث معرفته، وبسهولة، بعدم مشروعية الأمر الصادر إليه.

يذكر أن بعض فقهاء القانون الدولي يتعامل مع الشروط الثلاثة السابقة الواردة في المادة ٣٣ من النظام الأساسي باعتبار أن كلاً منها يمثل حالة مستقلة من حالات الإعفاء من المسؤولية الجزائية، ومن ثم ينتهون إلى القول بأن هذا الشخص يستفيد من الإعفاء من المسؤولية الجزائية إذا كان هناك التزام قانوني بالطاعة حتى ولو كان هذا الشخص يعلم عدم مشروعية الأمر أو أن عدم مشروعية الفعل ظاهرة[١٢٠].

---

(١١٩) تنص المادة ٣١ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على أنه:
"١- بالإضافة إلى الأسباب الأخرى لامتناع المسؤولية الجنائية المنصوص عليها في هذا النظام الأساسي لا يسأل الشخص جنائيا:

(د)- إذا كان السلوك المدعى أنه يشكل جريمة تدخل في اختصاص المحكمة قد حدث تحت تأثير إكراه ناتج عن تهديد بالموت الوشيك أو بحدوث ضرر بدني جسيم مستمر أو وشيك ضد ذلك الشخص أو شخص آخر، وتصرف الشخص تصرفا لازما ومعقولا لتجنب هذا التهديد، شريطة ألا يقصد هذا الشخص أن يتسبب في ضرر أكبر من الضرر المراد تجنبه، ويكون ذلك التهديد:
١- صادرا عن أشخاص آخرين.
٢- أو تشكل بفعل ظروف أخرى خارجة عن إرادة ذلك الشخص".

- Gilles Cottereau " statut en vigueur la cour....."op. cite,P159.

(١٢٠) د. منتصر سعيد جودة، المحكمة الجنائية الدولية - النظرية العامة للجريمة الدولية - أحكام القانون الدولي الجنائي، دار الجامعة الجديدة (الإسكندرية – ٢٠٠٦)، ص ٢٢٣-٢٢٤.

- Genevieve Dufour," la defense d ordres superieurs.." op.cite, P972.

والحقيقة أن هذا الفهم وإن كان له ما يبرره بسبب الصياغة العربية لنص المادة ٣٣ من النظام الأساسي والتي استخدمت عبارة "عدا في الحالات التالية" في تعدادها للشروط التي يجب توافرها لإعفاء المرؤوس من المسؤولية الجزائية، فإننا نعتقد أن هذه الصياغة غير صحيحة للأسباب التالية:

أولا: إن معرفة التطور التاريخي لنص المادة ٣٣ على نحو ما جاء في أصلها وهي المادة ٣٢ من مشروع النظام الأساسي يؤكد أن الحديث هنا هو ليس عن حالات متفرقة بل عن شروط مجتمعة.

ثانيا: إن النص باللغة الإنجليزية، والتي منها تمت الترجمة إلى اللغة العربية، يقول "unless" بدلا من "عدا في الحالات التالية". و "unless" تعني في اللغة العربية "إلا إذا" أو "ما لم" ثم تبعها تعداد للشروط الثلاثة دون استعمال ما يفيد المخايرة أو المغايرة مثل "or"، بل استخدم ما يفيد الارتباط والتلازم وهي كلمة "and"[١٢١].

ثالثا: إن القول بأن ما جاء من تعداد في نص المادة ٣٣ لحالات مختلفة يعفى بمقتضاها الشخص من المسؤولية الجزائية يعني الخروج على الأصل العام الذي أقرته هذه المادة في فقرتها الأولى والمتمثل في مبدأ المسؤولية المطلقة القاضي بعدم الاعتداد بالدفع بإطاعة الأوامر العليا. ذلك أن كون الشخص ملزماً قانوناً بإطاعة أوامر الحكومة أو الرئيس سوف يكون هو الحال في الغالب من حالات انتهاك القانون الدولي الإنساني كما جاء في محاكمات نورمبرغ.

---

[١٢١] نص المادة ٣٣ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية هو بالشكل التالي:

"1- The fact that a crime within the jurisdiction of the court has been committed by a person pursuant to an order of a Government or of a superior, whether military or civilian, shall not relieve that person of criminal responsibility unless:

a- the person was under a legal obligation to obey orders of Government or the superior in question;

b- the person did not know that the order was unlawful; and

c- the order was not manifestly unlawful.

2- for the purposes of this article, orders to commit genocide or crimes against humanity are manifestly unlawful".

ومن المسائل التي تميز بها نص المادة ٣٣ هو التحفظ الأخير، والذي كان استدراكاً لما ذكر في الشرط الثالث الذي يستلزم عدم ظاهرية عدم مشروعية الأمر، حيث نصت في الفقرة الثانية منها على أنه "لأغراض هذه المادة تكون عدم المشروعية ظاهرة في حالة أوامر ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية أو الجرائم ضد الإنسانية". وبذلك لا يجوز الدفع بإطاعة الأوامر العليا في أي حال من الأحوال التي يكون الفعل المرتكب طبقاً لهذه الأوامر يشكل جريمة إبادة جماعية أو جريمة ضد الإنسانية. وهذا يعني أن الدفع بإطاعة الأوامر العليا يمكن اعتباره دفاعاً كاملاً إذا توافرت الشروط الثلاثة المنصوص عليها في المادة ٣٣ إذا كان الفعل المرتكب طبقاً لهذه الأوامر يشكل جريمة حرب أو جريمة عدوان إذا تم وضع تعريف لهذه الأخيرة في المستقبل(١٢٢).

لذا فالتساؤل الذي يطرح هو: لماذا هذه الخصوصية في التعامل مع جرائم الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية بخلاف الجرائم الأخرى فيما يتعلق بالدفع بإطاعة الأوامر العليا؟ الحقيقة أنه لا توجد إجابة متفق عليها في هذا الخصوص، ولكننا يمكن أن نذكر الأسباب التي قد تساعد على التوصل إلى الإجابة عن هذا التساؤل المشروع.

أولا: إن المفاوضات التي سبقت تبني المادة ٣٣ قد أثبتت أن بعض الدول، وخصوصاً الولايات الأمريكية المتحدة، كانت تقف ضد الرفض الكامل للدفع بإطاعة الأوامر العليا كسبب من أسباب الإعفاء من المسؤولية الجزائية. لذلك وللتخفيف من حدة موقف هذه الدول ذهب واضعو النظام الأساسي إلى القبول بهذا الدفع فيما يتعلق بجرائم الحرب - إذا توافرت الشروط اللازمة لذلك - والرفض التام إذا تعلق الأمر بارتكاب جرائم إبادة جماعية أو جرائم ضد الإنسانية.

---

(١٢٢) تنص المادة ٥ (٢) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية على أن "تمارس المحكمة الاختصاص على جريمة العدوان متى اعتمد حكم بهذا الشأن وفقا للمادتين ١٢١و١٢٣ يعرف جريمة العدوان ويضع الشروط التي بموجبها تمارس المحكمة اختصاصها فيما يتعلق بهذه الجريمة، ويجب أن يكون هذا الحكم متسقا مع الأحكام ذات الصلة في ميثاق الأمم المتحدة".
- Jean-Francois Dobelle" la convention de rome portant statut de la cour penale international" A.F.D.I,1998,P356 a 369.

والحقيقة أن القلق الأمريكي له ما يبرره، خصوصاً في ظل الانتشار الحالي للقوات الأمريكية في كثير من الدول التي تشهد عدم استقرار وعمليات قتالية، لذلك فهي تخشى على أفراد قواتها المسلحة من تهم ارتكاب جرائم حرب، والتي هي الأكثر شيوعاً مقارنة بغيرها من الجرائم، في حين أن الخشية من تهم ارتكاب جرائم إبادة أو جرائم ضد الإنسانية تبقى محدودا جداً[١٢٣].

ثانيا: بسبب الطبيعة الخاصة لجرائم الإبادة الجماعية، وهي التي تستهدف جماعة معينة لأسباب عرقية أو قومية أو دينية أو إثنية، والجرائم ضد الإنسانية، وهي التي تستلزم أن يكون الفعل قد تم ارتكابه في إطار هجوم واسع النطاق وبشكل منهجي، فإن هذه الجرائم ظاهرة بطبيعتها ومن الصعب تصور عدم العلم بمشروعيتها[١٢٤].

ثالثا: إن جرائم الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية لا يقتصر تأثيرها في فرد أو أفراد معينين بل تهز الضمير العالمي وتفزع البشرية جمعاء.

والواقع أن هذا التحفظ بالنسبة لجرائم الإبادة الجماعية أو الجرائم ضد الإنسانية، باعتباره ممارسة جديدة لم تكن موجودة في السابق، عليه بعض الملاحظات التي ينبغي ذكرها. وهذه الملاحظات هي:

أولا: إنه من المتصور أن يشكل الفعل الواحد جريمة ضد الإنسانية وجريمة حرب في آن واحد، ومن الأمثلة على ذلك مثال جريمة القتل العمد وجريمة التعذيب. لذلك فإن مدى إمكانية الاستفادة من الدفع بإطاعة الأوامر العليا سوف تعتمد على التكييف القانوني الذي تعطيه المحكمة للفعل التي هي بصدده.

---

(١٢٣) Andreas Zimmermann, note 96 at 971.

(١٢٤) Paola Gaeta, note 53 at 173.

ثانيا: إنه كما لا يجوز الاعتذار بالجهل بقواعد القانون الدولي التي تحرم ارتكاب جرائم الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية، فإنه كان يجب على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية أن يتعامل مع جرائم الحرب بالطريقة نفسها، وذلك لتضمن النظام الأساسي في مادته الثامنة لقائمة كاملة بكل الأفعال التي تشكل جرائم حرب.

ثالثا: يثير هذا التحفظ إشكالية فيما يتعلق بجريمة الإبادة الجماعية. فمن جهة استلزم النظام الأساسي في المادة ٦ منه وجود نية خاصة لقيام هذه الجريمة[١٢٥]، في حين أن المادة ٣٣ (٢) تقول إن جرائم الإبادة تعد ظاهرة في كل الأحوال مما يعني مساءلة المرؤوس الذي يدعي ارتكابه للفعل غير المشروع امتثالاً لأمر من حكومته أو رئيسه دون النظر إلى مسألة توافر هذه النية أو عدم توافرها.

أخيرا وليس آخرا فإن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية يقوم على مبدأ التكاملية، والذي يعني في جوهره إعطاء الأولوية للقضاء الوطني إذا كان مختصا، لذلك فالتساؤل هو: ماذا لو عد القضاء الوطني الدفع بإطاعة الأوامر العليا دفاعاً كاملاً فيما يتعلق بجريمة إبادة جماعية أو جريمة ضد الإنسانية. فهل يُعد هذا الإجراء القانوني الصحيح طبقاً لقواعد القانون الداخلي بمثابة إجراء اتخذ بغرض حماية المتهم من المساءلة الجنائية وأن هذه الدولة غير راغبة (أو قادرة) على الاضطلاع بالمقاضاة في الدعوى، ومن ثم تكون المحكمة

---

(١٢٥) تنص المادة ٦ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على أنه "لغرض هذا النظام الأساسي تعني الإبادة الجماعية أي فعل من الأفعال التالية يرتكب بقصد إهلاك جماعة قومية أو إثنية أو عرقية أو دينية بصفتها هذه، إهلاكا كليا أو جزئيا.."

الجنائية الدولية مختصة بنظر هذه الدعوى كما تنص على ذلك المادة ١٧ من النظام الأساسي[١٢٦].

ومن جماع ما سبق يتضح أن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية قد أتى بقواعد تعد مستحدثة فيما يتعلق بكيفية التعامل مع الدفع بإطاعة الأوامر العليا، حيث عدّت هذه القواعد أن هذا الدفع لا يعتد به إلا في جرائم الحرب (أو جرائم العدوان مستقبلاً) إذا توافرت شروط معينة. غير أن هذه القواعد لم تبين لنا إذا ما كان يمكن اعتبار هذا الدفع سبباً لتخفيف العقوبة عندما يكون الفعل المرتكب يشكل جريمة إبادة جماعية أو جريمة ضد الإنسانية. والحقيقة أن هناك من يرى أنه لا يوجد ما يمنع ذلك إذا رأت المحكمة أن العدالة تتطلب ذلك[١٢٧].

خامسا: المحكمة الجنائية العراقية العليا

تشكلت هذه المحكمة بعد غزو العراق في ٢٠٠٣/١٠/١٠ بمقتضى القانون رقم ١ من قبل مجلس الحكم في العراق الذي كان تحت سلطة الائتلاف المؤقتة وبمقتضى الأمر رقم (٤٨) الصادر من المدير الإداري لسلطة الائتلاف بول بريمر. ولقد تأسست المحكمة استناداً إلى

---

[١٢٦] تنص المادة ١٧ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على أنه:
"١- مع مراعاة الفقرة ١٠ من الديباجة والمادة ١ تقرر المحكمة أن الدعوى غير مقبولة في حالة:
أ- إذا كانت تجري التحقيق أو المقاضاة في الدعوى دولة لها ولاية عليها. ما لم تكن الدولة حقا غير راغبة في الاضطلاع بالتحقيق أو المقاضاة أو غير قادرة على ذلك.
ب- إذا كانت قد أجرت التحقيق في الدعوى دولة لها ولاية عليها وقررت الدولة عدم مقاضاة الشخص المعني. ما لم يكن القرار ناتجاً عن عدم رغبة الدولة أو عدم قدرتها حقاً في المقاضاة.
ج- إذا كان الشخص المعني قد سبق أن حوكم على السلوك موضوع الشكوى. ولا يكون من الجائز للمحكمة إجراء محاكمة طبقاً للفقرة ٣ من المادة ٢٠.
د- إذا لم تكن الدعوى على درجة كافية من الخطورة تبرر اتخاذ المحكمة إجراء آخر.
٢- لتحديد عدم الرغبة في دعوى معينة، تنظر المحكمة في مدى توافر واحد أو أكثر من الأمور التالية، حسب الحالة، مع مراعاة أصول المحاكمات التي يعترف بها القانون الدولي:
أ- جرى الاضطلاع بالإجراءات أو يجري الاضطلاع بها أو جرى اتخاذ القرار الوطني بغرض حماية الشخص المعني من المسئولية الجنائية عن جرائم داخلة في اختصاص المحكمة على النحو المشار إليه في المادة ٥.
ب- حدث تأخير لا مبرر له في الإجراءات بما يتعارض في هذه الظروف مع نية تقديم الشخص المعني للعدالة.
ج- لم تباشر الإجراءات أو لا تجري مباشرتها بشكل مستقل أو نزيه أو بوشرت أو تجري مباشرتها على نحو لا يتفق في هذه الظروف مع نية تقديم الشخص المعني للعدالة.
٣- لتحديد عدم القدرة في دعوى معينة، تنظر المحكمة فيما إذا كانت الدولة غير قادرة، بسبب انهيار كلي أو جوهري لنظامها القضائي الوطني أو بسبب عدم توافره على إحضار المتهم أو الحصول على الأدلة والشهادة الضرورية أو غير قادرة لسبب آخر على الاضطلاع بإجراءاتها".

[١٢٧] د. عباس هشام السعدي، مرجع سابق، ص ٢٩٠.

أحد بنود قانون إدارة الدولة للفترة الانتقالية في العراق والذي كان بمثابة دستور مؤقت للعراق وعدّت المحكمة نفسها مختصة في "جرائم الإبادة الجماعية وجرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية" بما في ذلك الجرائم المرتبطة بالحرب ضد دولتي إيران والكويت. وتشمل هذه الجرائم أيضا تلك التي ارتكبت بحق الشعب العراقي بكل أطيافه من سنة وشيعة وعرب وكرد وتركمان وآشوريين وسواء ارتكبت في نزاعات مسلحة أو غير ذلك[١٢٨]. ويكون اختصاص المحكمة مقصوراً على الجرائم التي وقعت في الفترة ما بين ١٩٦٨/٧/١٧ (وهو التاريخ الذي تولى فيه حزب البعث مقاليد الحكم في العراق) و ٢٠٠٣/٥/١ (وهو اليوم الذي أعلن فيه الرئيس الأمريكي وقف العمليات العدائية). وسواء ارتكبت هذه الجرائم من قبل عراقيين أو مقيمين في العراق أو خارجها. وقد بقي قانون إنشاء المحكمة العراقية نافذاً حتى صدور القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٥ والذي أقرته الجمعية الوطنية استنادا إلى أحكام المادة ٣٣ من قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية والمصادق عليه من قبل مجلس الرئاسة.

وأيا كان الأساس القانوني لهذه المحكمة فإن المهم وما يعنينا في هذا البحث هو كيفية تعامل هذه المحكمة مع الدفع المتوقع اللجوء إليه من قبل أفراد النظام العراقي السابق، ألا وهو التحجج بأن ما قام به هؤلاء الأفراد كان تنفيذاً لأوامر عليا صادرة إليهم من جهات عليا بما فيها الرئيس العراقي السابق.

---

(١٢٨) تشمل الجرائم التي ارتكبت بحق الشعب العراقي والتي سوف تنظرها المحكمة الجنائية العراقية ما يلي:
- قضية الدجيل
- قضية الأنفال
- قمع الانتفاضة الشعبانية في الجنوب
- تصفية وقتل رجال الدين والشخصيات المستقلة
- تصفية عشيرة البارزانيين
- القتل والنقل القسري في الأهوار
- تهجير الكرد الفيليين
- هدر أموال الدولة
- قضية إعدام التجار
- تصفية الأحزاب الدينية
- انتهاكات حقوق الإنسان المتفرقة
- قضية حلبجة
- التطهير العرقي للأكراد والتركمان في كركوك.

وفي ذلك تنص المادة ١٥ من قانون إنشاء المحكمة الجنائية العراقية العليا على أنه "خامسا: في حالة قيام أي شخص متهم بارتكاب فعل تنفيذا لأمر صادر إليه من الحكومة أو من رئيسه فإن ذلك لن يعفيه من المسؤولية الجنائية، ويجوز أن يراعى ذلك في تخفيف العقوبة إذا رأت المحكمة أن تحقيق العدالة يتطلب ذلك"[١٢٩].

وهكذا يتضح أنه وعلى خلاف النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية والذي نقل منه قانون هذه المحكمة ما يتعلق بالجرائم التي تختص هذه الأخيرة بنظرها (وهي جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الإبادة)، فإن هذه المحكمة قد تبنت مبدأ المسؤولية المطلقة التي سارت عليه محكمة نورمبرغ والمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا وتلك الخاصة برواندا. وهذا المبدأ يعني أنه لا يمكن الاعتداد بالدفع بإطاعة الأوامر العليا لإعفاء المرؤوس من المسؤولية الجنائية وإنما يمكن، والمحكمة مخيرة في ذلك، أن يكون هذا الدفع سبباً من أسباب تخفيف العقوبة. في حين أن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، باعتباره آخر تطور دولي في هذا الشأن، قد أقر مبدأ المسؤولية المطلقة كأصل عام أورد عليه استثناء يجوز بتوافر شروطه إعفاء المرؤوس من المسؤولية الجنائية، وذلك ما لم يكن الفعل الذي ارتكبه المرؤوس يشكل جريمة إبادة جماعية أو جريمة ضد الإنسانية على النحو السابق بيانه.

وحتى كتابة هذه الدراسة لم تقض المحكمة الجنائية العراقية العليا إلا في قضية واحدة وهي قضية الدجيل وبدأت من فورها بنظر قضية أخرى هي قضية الأنفال.

- قضية الدجيل

تتلخص وقائع هذه القضية في أنه في يوم ١٩٨٢/٧/٨ وفي أثناء زيارة كان يقوم بها الرئيس العراقي السابق (صدام حسين) تعرض موكبه لإطلاق النار، فقام على إثرها أفراد

---

[١٢٩] لمراجعة نصوص قانون إنشاء المحكمة الجنائية العراقية الخاصة راجع: موقع المحكمة الجنائية العراقية على الإنترنت <www.iraq-iht.org> وانظر كذلك: د. محمود شريف بسيوني ومحمد عبدالعزيز جاد الحق إبراهيم، المحكمة الجنائية العراقية المختصة بالجرائم ضد الإنسانية، دار الشروق، ط ١ (القاهرة – ٢٠٠٥).

المخابرات والجيش الشعبي باحتجاز عديد من الأفراد وتعذيبهم وتهجيرهم وقتلهم ممن اتهموا باشتراكهم في هذه المؤامرة، ونجم عن ذلك قتل ١٤٨ شخصا[١٣٠].

وعلى الرغم من أن الحكم الصادر في هذه القضية في ٢٠٠٦/١١/٥ قد تضمن الإشارة إلى المادة ١٥ (خامسا) آنفة الذكر من قانون إنشاء المحكمة العراقية والمتعلقة بالدفع بإطاعة الأوامر العليا بالحكم بإدانة طه ياسين رمضان، حيث قضت المحكمة عليه بالسجن مدى الحياة لارتكابه القتل المتعمد كجريمة ضد الإنسانية[١٣١]، وذلك "بدلالة المادة ١٥/ ... ، خامسا" من قانون إنشاء المحكمة[١٣٢]. وهذا ما حصل أيضا مع المدانين (عبدالله كاظم رويد وعلي دايح علي ومزهر عبدالله كاظم)، حيث حكمت عليهم المحكمة بالسجن مدة ١٥ سنة لارتكابهم القتل العمد كجريمة ضد الإنسانية[١٣٣]، وذلك "بدلالة المادة ١٥/.. خامسا من قانون إنشاء المحكمة[١٣٤]. فإننا نستطيع أن نقول إنه وبعد فحص وتمحيص لكل كلمة وجملة وردت في حكم الدجيل البالغ عدد صفحاته (٢٩٨) لم نجد أي إشارة لهذا الدفع لا من قبل المتهمين أو محاميهم ولا من قبل المحكمة، وإنما اقتصر الأمر على الحديث، وفي مواقع عدة، عن مسؤولية الرئيس مصدر الأمر وليس حول مسؤولية المرؤوس الذي نفذ هذا الأمر باعتباره موضوع هذه الدراسة.

---

(١٣٠) لمزيد من التفصيل راجع: الموقع المشار إليه أعلاه.

(١٣١) يذكر أن طه ياسين رمضان كان يشغل منصب نائب رئيس الوزراء والقائد العام للجيش الشعبي، حيث أتهم هذا الجيش بالقيام بأعمال القتل والتهجير والتعذيب والاحتجاز لكثير من سكان الدجيل. كما كان رئيسا للجنة دراسة أوضاع عوائل الدجيل والتي تم إنشاؤها بأمر من الرئيس صدام حسين بعد الحادثة والتي قامت بأعمال كثيرة من بينها القيام بتجريف بساتين الدجيل.

(١٣٢) قضية الدجيل (القضية رقم ١/ج أولى/٢٠٠٥) الحكم الصادر في ٢٠٠٦/١١/٥. الحكم منشور بالكامل في الموقع الخاص بالمحكمة: <www.iraq-iht.org>.

(١٣٣) يذكر أن كل المدانين الثلاثة كانوا يعملون أعضاءً في الفرقة الحزبية في الدجيل وأعضاء في الجيش الشعبي أيضا. ومن أبرز التهم الموجهة إليهم هي قيامهم بكتابة تقارير أمنية تضمنت أسماء كثير من ضحايا الدجيل، حيث رفعوا هذه التقارير إلى وزير الداخلية ونجم عنها احتجاز العديد من هؤلاء الأفراد وتعذيبهم وإبعادهم وقتلهم أولئك الذين وردت أسماؤهم في تلك التقارير.

(١٣٤) راجع: الحكم في الموقع المذكور أعلاه.

الخاتمة:

رأينا فيما سبق كيف تم التعامل مع مسألة الأوامر العليا في الشريعة الإسلامية والتي لا تجيز الطاعة فيما فيه مخالفة لشرع الله عز وجل. أما قواعد القانون الداخلي فقد اختلفت قواعده باختلاف فروعه التي تناولت هذه المسألة: فالقانون الإداري أوجب الطاعة على المرؤوس ولو كانت متضمنة لمخالفة تأديبية ما دام الرئيس قد أصر على طلبه بالكتابة إلى المرؤوس بعد تنبيه هذا الأخير له بالمخالفة التي ينطوي عليها هذا الأمر؛ أما قواعد القانون المدني والقانون الجنائي فلم ترتب أي مسؤولية مدنية أو جنائية على المرؤوس إذا نفذ أمر الرئيس وتوافرت مجموعة من الشروط أهمها؛ أن يعتقد هذا المرؤوس مشروعية العمل الذي تضمنه أمر هذا الرئيس.

أما على صعيد القانون الدولي الجنائي فلقد رأينا كيف أن الفقه الدولي قد اختلف حول القيمة القانونية للدفع بإطاعة الأوامر العليا من حيث اعتباره دفاعاً كاملاً يعفي من المسؤولية الجزائية أو عكس ذلك لا يعفي تماماً من المسؤولية الجزائية وإن كان يمكن أن يساهم في تخفيف العقوبة. ومن جهة تعامل القضاء فلقد رأينا كيف أن محكمة ليبزغ قد عدّت أن الدفع بإطاعة الأوامر العليا هو دفاع كامل إذا كان المرؤوس لم يتجاوز حدود الأمر الصادر إليه ولم يعلم بعدم مشروعية الفعل الذي أتاه، ما لم تكن عدم المشروعية هذه أمراً واضحاً وجلياً على نحو عالمي. أما في محاكمات نورمبرغ فلم يعتد بهذا الدفع على الإطلاق باعتباره سبباً من أسباب الإعفاء من المسؤولية الجزائية، وإن كان يمكن أخذه في الاعتبار كسبب لتخفيف العقوبة. وبالنهج نفسه سارت المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا وتلك الخاصة برواندا.

أما فيما يتعلق بالمحكمة الجنائية الدولية فقد جاءت بقواعد جديدة لم تكن معروفة من قبل في تنظيمها لهذه المسألة، فعدّت أن هذا الدفع استثناءً - من الأصل العام القاضي بعدم الاعتداد بالدفع بإطاعة الأوامر العليا للإعفاء من المسؤولية الجنائية - قد يكون دفاعاً كاملاً، ومن ثم يكون معفياً من المساءلة الجزائية إذا كان على المرؤوس التزام قانوني بإطاعة أمر الرئيس

وكان لا يعلم بعدم مشروعية عملة ولم تكن عدم المشروعية ظاهرة. ثم عادت وذكرت ما يُعد مستحدثاً في القانون الدولي الجنائي وهو أن عدم مشروعية الفعل سوف تكون ظاهرة في حال ارتكاب جرائم ضد الإنسانية أو جرائم إبادة جماعية. أخيرا وفيما يتعلق بالمحكمة الجنائية العراقية العليا فلقد رأينا كيف أن هذه المحكمة لم تأخذ بما تضمنه نظام المحكمة الجنائية الدولية من قواعد في هذا الصدد وتبنت مسلك محكمة نورمبرغ والمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا ورواندا من حيث عدم اعتبار الدفع بإطاعة الأوامر العليا سبباً من أسباب الإعفاء من المسؤولية، وإن كان يمكن اعتباره من أسباب تخفيف العقوبة.

والحقيقة أن هذا المسلك هو الأسلم في نظرنا، إذ يجب ألا يكون هناك أي عذر لأي شخص يرتكب جرائم دولية كجرائم الحرب وجرائم الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية ثم يسمح له بالإفلات من العقوبة بحجة أن فعله كان تنفيذاً لأوامر عليا. ولكن لما كانت هناك بعض الظروف التي لا يكون فيها لدى المرؤوس أي خيار سوى تنفيذ أمر الرئيس أو حتى لا يمكن له مناقشة هذا الأمر، فإن ترك المجال للمحكمة لاعتبار الدفع بإطاعة الأوامر العليا سبباً من أسباب تخفيف العقوبة يتيح للمحكمة النظر في وجود مثل هذه الظروف، ومن ثم الحكم على المرؤوس بما يتناسب مع هذه الظروف وبحسب ما تتطلبه العدالة الإنسانية.