

1837
2017
XRONIA



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
Εθνικόν και Καποδιστριακόν
Πανεπιστήμιον Αθηνών

ΝΟΜΙΚΗ ΣΧΟΛΗ

Πρόγραμμα Μεταπτυχιακών Σπουδών
Τομέας Ποινικών Επιστημών
Πανεπιστημιακό Έτος 2016-2017

ΔΙΠΛΩΜΑΤΙΚΗ ΕΡΓΑΣΙΑ

Του ΓΕΩΡΓΙΟΥ ΕΜΜ. ΣΑΡΡΗ

A.Μ.: 870

Η áρση της ευθύνης éπειτα από προσταγή
ιεραρχικώς ανωτέρου στο πλαίσιο του
διεθνούς ποινικού δικαίου

Επιβλέπων καθηγητής:
Δημήτριος Κιούπης

ΑΘΗΝΑ, ΝΟΕΜΒΡΙΟΣ 2017

**Η άρση της ευθύνης έπειτα από προσταγή
ιεραρχικώς ανωτέρου στο πλαίσιο του διεθνούς
ποινικού δικαίου**

Copyright © Γεώργιος Εμμ. Σαρρής, 2017

Με επιφύλαξη παντός δικαιώματος. All rights reserved.

Απαγορεύεται η αντιγραφή, αποθήκευση και διανομή της παρούσας, εξ ολοκλήρου ή τμήματος αυτής, για εμπορικό σκοπό. Επιτρέπεται η αποθήκευση και διανομή για σκοπό μη κερδοσκοπικό, εκπαιδευτικής ή ερευνητικής φύσης, υπό την προϋπόθεση να αναφέρεται η πηγή προέλευσης και να διατηρείται το παρόν μήνυμα.

Οι απόψεις και θέσεις που περιέχονται στην παρούσα εργασία εκφράζουν τον συγγραφέα και δεν πρέπει να ερμηνευθεί ότι αντιπροσωπεύουν τις επίσημες θέσεις του Εθνικού και Καποδιστριακού Πανεπιστημίου Αθηνών.

Περιεχόμενα

1.	Εισαγωγή: Το δίλημμα του στρατιώτη	1
2.	Η διαχρονική αντιμετώπιση της προσταγής στο Διεθνές Εθιμικό Δίκαιο	4
2.1	Πριν από τον Α' Παγκόσμιο Πόλεμο	5
2.2	Μετά τον Α' Παγκόσμιο Πόλεμο: Οι δίκες της Λειψίας	9
2.3	Η αναβίωση της αρχής respondeat superior στις αρχές του 20 ^ο αιώνα	12
2.4	Μετά το Β' Παγκόσμιο Πόλεμο: Το Διεθνές Στρατιωτικό Δικαστήριο της Νυρεμβέργης	15
3	Οι τρεις προσεγγίσεις της προσταγής στο διεθνές ποινικό δίκαιο	23
3.1	Αρχή της πλήρους άρσης της ευθύνης (Respondeat Superior doctrine)	23
3.2	Αρχή της πλήρους/απόλυτης ευθύνης (absolute liability/ Nuremberg doctrine)	27
3.3	Σχετική ευθύνη υπό προϋποθέσεις (conditional liability)	31
4	Η προσταγή στο Διεθνές Ποινικό Δικαστήριο: Το άρθρο 33 του Καταστατικού της Ρώμης	36
4.1	Παρέκβαση: Η προσταγή από ιεραρχικώς ανώτερο ως λόγος άρσης του αδίκου ή του καταλογισμού	42
4.2	Ανάλυση των όρων του άρθρου 33	45
4.3	Η παράγραφος 2 του άρθρου 33	50
4.4	Αποτίμηση του άρθρου 33	54
5	Η προσέγγιση του άρθρου 33 σε σχέση με το διεθνές εθιμικό δίκαιο	56
6	Η προσταγή και άλλοι λόγοι άρσης της ποινικής ευθύνης	62
6.1	Προσταγή και πλάνη (mistake of fact/law)	64
6.2	Προσταγή και κατάσταση ανάγκης (duress/compulsion)	71
6.3	Υπόθεση Erdemovic	74
7	Συμπερασματικές παρατηρήσεις	83
8	Βιβλιογραφία	86

1. Εισαγωγή: Το δίλημμα του στρατιώτη

Η προβληματική της προσταγής αποτελεί ζήτημα διαχρονικό που απαντάται ήδη από τις απαρχές της οργανωμένης με νόμους κοινωνικής συμβίωσης των ανθρώπων, μέρος της οποίας είναι οι θεσμοθετημένες ιεραρχικά θέσεις εξουσίας και οι δυναμικές που αναπτύσσονται γύρω από αυτές, μεταξύ ιεραρχικώς ανωτέρων και κατωτέρων προσώπων, προσταζόντων και προστασσομένων.

Η έννοια του άδικου νόμου ή της παράνομης διαταγής και της δεσμευτικότητας αυτών απασχολεί από την αρχαιότητα λοιπόν τη νομική σκέψη, χωρίς όμως να περιορίζεται σε αυτήν, καθώς αναπόσπαστες είναι και οι φιλοσοφικές, ηθικές και ψυχολογικές διαστάσεις του θέματος.

Για μεγάλο διάστημα της ανθρώπινης ιστορίας, τα φιλοσοφικά και θεολογικά διδάγματα που εκπορεύονταν από τη θεοκρατική θεώρηση των πραγμάτων αλλά και την αντίστοιχη κοινωνική οργάνωση, κήρυτταν την απόλυτη υπακοή στην εξουσία. Η υποχρέωση προς αναντίρρητη συμμόρφωση παρουσιαζόταν από τους στενά συνδεδεμένους εκκλησιαστικούς και κρατικούς φορείς ως δρόμος προς την αρετή, ως φυσικός μονόδρομος δηλαδή για μια ανθρωπότητα γαλουχημένη με παρωπίδες, στο πλαίσιο μιας τυφλής θρησκευτικής πίστης.

Ήδη όμως από τα σκοτεινά χρόνια του μεσαίωνα η ανθρωπότητα ξεκίνησε να προβληματίζεται στις περιπτώσεις που η ιεραρχική υπακοή προσέβαλλε τους τεθειμένους κανόνες συμβίωσης και ακόμα περισσότερο όταν η πράξη που προήλθε από την υπακοή παραβίαζε και προκαλούσε το κοινό περί δικαίου αίσθημα.

Στο επίκεντρο του προβληματισμού τοποθετείται η ιεραρχική σχέση και τα αντικρουόμενα ερεθίσματα από τα οποία βάλλεται το κατώτερο ιεραρχικά στέλεχος αυτής. Είναι σκόπιμο, κατ' αρχάς, για να αποσαφηνίσουμε τη φύση του ζητήματος, να το εντοπίσουμε κυρίως στο πεδίο των στρατιωτικών ιεραρχικών σχέσεων όπου τα ανακύπτοντα προβλήματα φαίνονται εντονότερα, παρότι αυτό εκτείνεται σε κάθε επίσημη σχέση ιεραρχικής εξάρτησης του προτασσόμενου δράστη από τις διαταγές του προστάζοντος, ακόμη και στο πλαίσιο πολιτικής ή διοικητικής ιεραρχίας.

Η άρση της ευθύνης έπειτα από προσταγή ιεραρχικώς ανωτέρου στο πλαίσιο του διεθνούς ποινικού δικαίου

Η ιδιαίτερη φύση της ιεραρχικής εξάρτησης ανωτέρου και κατώτερου στελέχους βασίζεται στην έννοια της απαιτούμενης στρατιωτικής πειθαρχίας και τη σημασία του καθήκοντος υπακοής του στρατιώτη σε διαταγές, τόσο για την επιχειρησιακή αποτελεσματικότητα και επιτυχία μιας στρατιωτικής αποστολής αλλά και για την ασφάλεια του ίδιου του προσωπικού, ειδικά στη διάρκεια ενόπλων συγκρούσεων. Υπό το πρίσμα αυτό αναδύεται η έννοια της προσταγής ως λόγου άρσης της ευθύνης του ιεραρχικώς κατωτέρου, του οργάνου αυτού που η λειτουργία του και η εκπαίδευση του εντός ενός στρατιωτικού σχηματισμού δεσμεύουν στην «άνευ αντιλόγου» υπακοή διαταγών, και ενδεχομένως έτσι του παρέχουν προστασία από οιαδήποτε ποινική ευθύνη προκύψει από την εκτέλεση των διαταγών του.

Ο κεντρικός ρόλος της στρατιωτικής υπακοής είναι αδιαμφισβήτητος, δεν είναι όμως απαραίτητα απόλυτος, κι εδώ τίθεται η προβληματική της οριοθέτησης του. Ποιες πράξεις βρίσκονται στα άκρα όρια αυτής της προστασίας; Σε ποιο σημείο υποχωρεί η επιταγή της υπακοής μπροστά σε ένα υπέρτερο καθήκον διαφύλαξης της νομιμότητας; Και το καθήκον αυτό είναι σαφώς υπαρκτό, και τίθεται ως διεθνής υποχρέωση που διαπερνά το οποιοδήποτε καθήκον υπακοής στην κρατική εξουσία και τη στρατιωτική ιεραρχία. Αντιδιαμετρικά απέναντι στη συμμόρφωση με τις διαταγές ανωτέρων, τίθεται η παγκόσμια επιταγή προς τους κοινωνούς, ακόμη και τα στρατιωτικά όργανα, να απόσχουν από πράξεις παράνομες, παρανομίες που στο πλαίσιο μιας πολεμικής σύρραξης μόνο μικρής απαξίας δεν είναι συνήθως, αλλά αντίθετα προκαλούν το κοινό αίσθημα.

Διαφαίνονται έτσι δύο αντιμαχόμενες προτεραιότητες ανάμεσα στις οποίες ο υφιστάμενος καλείται να δράσει όταν δεχτεί διαταγές ανωτέρου προς διάπραξη ενεργειών που αποτελούν αξιόποινη πράξη – είτε σε εθνικό, είτε σε διεθνές επίπεδο. Το καθήκον υπακοής συγκρούεται με την επιταγή διατήρησης της νομιμότητας, σύγκρουση που έχει αποδοθεί στη διεθνή θεωρία με τον όρο «το δίλημμα του στρατιώτη» (soldier's dilemma). Το δίλημμα όμως αυτό δεν τίθεται μόνο σε επίπεδο δικαιοπολιτικών επιλογών και αξιακών προτεραιοτήτων, αλλά είναι καθόλα υπαρκτό για τον προστασόμενο, ο οποίος, ανάλογα με την επιλογή του, θα βρεθεί αντιμέτωπος είτε με τις συνέπειες της ανυπακοής, που μπορεί να είναι άμεσες και βαρύτατες και εν καιρώ πολέμου να επισύρουν και θάνατο, αν δε συμμορφωθεί, ή να

κατηγορηθεί για το ποινικό αδίκημα που θα προκύψει από την εκτέλεση της διαταγής και να δικαστεί ακόμη και ως εγκληματίας πολέμου.

Την ένταση του διλήμματος αυτού αποτυπώνει γλαφυρά ο Dicey, λέγοντας ότι ο υφιστάμενος την ίδια στιγμή μπορεί να βρεθεί στο εκτελεστικό απόσπασμα ενός στρατοδικείου αν δεν υπακούσει, ή στην αγχόνη του δικαστή και των ενόρκων, αν συμμορφωθεί στην παράνομη διαταγή¹.

Τις πτυχές αυτού του διλήμματος θα προσπαθήσει να φωτίσει η παρούσα εργασία, εκθέτοντας όσο πληρέστερα γίνεται το θεωρητικό προβληματισμό γύρω από την αποδοχή ή μη της προσταγής ως υπερασπιστικό μέσο (Superior Orders Defence), αλλά και την αντιμετώπιση της από τη διεθνή νομολογία διαχρονικά. Αρχικά παρουσιάζονται δικαστικές αποφάσεις από διάφορες περιόδους και έννομες τάξεις, που, αν και λιγότερο γνωστές στα διεθνή δεδομένα, κρίνονται σημαντικές για τη διαχρονική διαμόρφωση της θέσης του διεθνούς εθιμικού δικαίου για την προσταγή, καθώς επίσης και θεμελιώδεις δικαιοδοτικές κρίσεις διεθνών δικαστηρίων που αποτέλεσαν σημεία καμπής για την προσέγγιση του ζητήματος. Ακολουθεί η παράθεση των θεωρητικών προσεγγίσεων που επέδρασαν αλλά και αποκρυσταλλώθηκαν μέσα από τις νομολογιακές αυτές θέσεις και εκτίθενται η ratio, τα πλεονεκτήματα και τα μειονεκτήματα της καθεμίας. Έπειτα παρουσιάζεται η τρέχουσα θέση του διεθνούς ποινικού δικαίου για την προσταγή, όπως εκφράζεται από τη σχετική ρύθμιση του Καταστατικού του Διεθνούς Ποινικού Δικαστηρίου, με την ανάλυση των επιμέρους στοιχείων του, και επιχειρείται η κριτική αποτίμηση της. Τέλος, θίγονται ειδικότερες προβληματικές, όπως η διαφοροποίηση της αντιμετώπισης της προσταγής ανάλογα με το είδος και το χαρακτήρα του διεθνούς εγκλήματος, η σχέση της προσταγής και η αλληλεπίδραση με άλλους προβλεπόμενους λόγους άρσης της ποινικής ευθύνης, καθώς και εξετάζεται η εξέλιξη της θέσης της διεθνούς έννομης τάξης απέναντι στην προσταγή εν συνόλῳ, προκειμένου να διαλευκανθεί, αν είναι δυνατόν, ποια είναι η πράγματι παγιωμένη εθιμικώς ταυτότητά της.

¹ «[a soldier] may be liable to be shot by a court-martial, if he disobeys, and to be hanged by a judge and jury if he obeys it.», *Liang J.*, Defending the Emergence of the Superior Orders Defense in the Contemporary Context, *Goettingen Journal of International Law*, vol. 2, 2010, σελ. 873

2. Η διαχρονική αντιμετώπιση της προσταγής στο Διεθνές Εθιμικό Δίκαιο

Για την αξιολόγηση του ρόλου της προσταγής και των έννομων συνεπειών της στην ποινική ευθύνη του ιεραρχικώς υφισταμένου διαμορφώθηκαν στα νομικά χρονικά τρεις διαφορετικές προσεγγίσεις. Βασικός άξονας πάνω στον οποίο κινούνται και διαφοροποιούνται οι προσεγγίσεις αυτές είναι ο βαθμός ευθύνης που βαραίνει των ιεραρχικώς κατώτερο, του οποίου οι κινήσεις προς εκτέλεση διαταγής που λαμβάνει στοιχειοθετούν ταυτόχρονα και παραβίαση του διεθνούς δικαίου.

Προέκυψαν έτσι τρεις βασικές αρχές που αναλύουν το ζήτημα της προσταγής διαφορετικά: Οι δύο βρίσκονται στα άκρα και επιρρίπτουν είτε καθόλου είτε πλήρη ποινική ευθύνη στον υφιστάμενο για την εγκληματική πράξη που διέπραξε στο πλαίσιο της προσταγής, ενώ η τρίτη πρεσβεύει την απαλλαγή του υπό συγκεκριμένες προϋποθέσεις. Οι τρεις αυτές αρχές βρήκαν απήχηση σε διαφορετικές ιστορικές περιόδους και η ανάδυσή τους συσχετίστηκε στενά με τις εκάστοτε πολιτικές και ιστορικές συγκυρίες.

Από την παραδοσιακή θέση περί πλήρους άρσης της ευθύνης του υφισταμένου και της ευθύνης μόνο του προστάζοντος ανωτέρου άρχισαν να αποκλίνουν προς μια σχετικοποίηση οι αποφάσεις που ακολουθούν κατωτέρω, και παρότι η αρχή respondeat superior επεκράτησε, τουλάχιστον στη θεωρία, όπως θα φανεί, μέχρι και το Β' ΠΠ, η δικαστηριακή αντιμετώπιση της προσταγής είχε διηθηθεί ήδη με κριτήρια που μπορούσαν δυνητικά να στοιχειοθετήσουν προσωπική ποινική ευθύνη για τον υφιστάμενο. Στη συνέχεια η εμπειρία και μιας δεύτερης παγκόσμιας πολεμικής σύρραξης επέφερε κάθετη τομή στο εν λόγω ζήτημα, φέρνοντας στο προσκήνιο την αρχή περί απόλυτης ευθύνης του ιεραρχικώς κατωτέρου και απαλείφοντας a priori οποιαδήποτε «κάλυψη» στην οποία θα μπορούσε να ελπίζει ο κατώτερος από τις διαταγές των ανωτέρων του. Το νομολογιακό προηγούμενο που τότε διαμορφώθηκε απετέλεσε και τη γραμμή που ακολούθησαν διεθνή δικαστήρια καθ' όλη τη διάρκεια του 20^{ου} αιώνα, με το καταστατικό του Διεθνούς Ποινικού Δικαστηρίου πάντως να επιλέγει να επιτρέψει υπό αυστηρές προϋποθέσεις την επίκληση της προσταγής ως λόγου άρσης της ευθύνης του υφισταμένου.

2.1 Πριν από τον Α' Παγκόσμιο Πόλεμο

Η προσταγή βρέθηκε στο προσκήνιο ήδη από τα χρόνια του μεσαίωνα και, παρότι η ουσιαστική ανάπτυξη του διεθνούς δικαίου και του δικαίου του πολέμου και οι προσπάθειες κωδικοποίησής του συντελέστηκαν αρκετά αργότερα, υπήρξαν από τότε προσπάθειες να αναδειχθούν κοινώς παραδεδεγμένα όρια στον τρόπο διεξαγωγής των ενόπλων συρράξεων και διαγωγής των συμμετεχόντων σε αυτές. Αυτές βέβαια επικεντρώθηκαν κυρίως στην οριοθέτηση της ποινικής ευθύνης του ανώτερου αξιωματικού που δίδει στους υφισταμένους του εγκληματικές διαταγές² και αποτυπώνεται έτσι για πρώτη φορά η αρχή *respondeat superior*³, καθώς και η αρχή της command responsibility (ευθύνη της διοικούσας αρχής). Η τελευταία αρχή αυτή επιβιώνει μέχρι σήμερα στο πεδίο του διεθνούς ποινικού δικαίου και του δικαίου του πολέμου⁴ και αποτελεί συμπληρωματική όψη της ατομικής ποινικής ευθύνης του πράττοντος υφισταμένου, η οποία απασχόλησε την ποινική θεωρία και πράξη αρκετά αργότερα και αποκρυσταλλώθηκε μόλις τους τελευταίους δύο αιώνες.

Ήδη πάντως από τον 14^ο αιώνα απαντώνται στρατιωτικές οδηγίες που απαγόρευαν συγκεκριμένες πολεμικές πρακτικές, ενώ κάποιες προέβλεπαν διεξαγωγή δίκης και επιβολή ποινής σε περίπτωση παραβίασης τους εκ μέρους των ίδιων στρατιωτικών δυνάμεων. Ως μια πρώτη έκφανση του δικαίου του πολέμου, κωδικοποιήθηκαν οδηγίες που εξέφραζαν το ιπποτικό ιδεώδες της εποχής, που απαγόρευε συμπεριφορές αντίθετες με τις αρχές των ευγενών και του ιπποτισμού, και υιοθετήθηκαν ηθικές επιταγές που μετουσιώθηκαν σε σωρεία πρακτικών, εθίμων και κανόνων στρατιωτικής πειθαρχίας που ρύθμιζαν τη σφαίρα των στρατιωτικών πραγμάτων⁵.

² Γιαρένη Ε., Η υπακοή σε προσταγές ανωτέρων ως υπερασπιστικός ισχυρισμός κατηγορουμένων για εγκλήματα πολέμου, Ποινικά Χρονικά ΝΕ' (2005), σελ. 20

³ «Ας λογοδοτήσει ο ανώτερος», κατά λέξη μετάφραση από τα λατινικά. Η φράση *respondeat superior* καθιερώθηκε ως υπέρτιτλος του δόγματος που πρεσβεύει ότι ο ιεραρχικώς κατώτερος δεν φέρει ευθύνη για τις εγκληματικές πράξεις στις οποίες προέβη κατά την εκτέλεση διαταγών ανωτέρων του, στους οποίους μετακυλύεται η ποινική ευθύνη.

⁴ Στο άρθρο 28 του καταστατικού του Διεθνούς Ποινικού Δικαστηρίου με τίτλο «Ευθύνη διοικητών και άλλων ανωτέρων» εγκαθιδρύεται ποινική ευθύνη του στρατιωτικού διοικητή για διεθνή εγκλήματα που τελέστηκαν από δυνάμεις υπό τον ουσιαστικό έλεγχό του ή την εξουσία του, συνεπεία παράλειψης άσκησης καταλλήλου ελέγχου στις δυνάμεις αυτές. Το εν λόγω άρθρο αποδίδει ποινική ευθύνη στα πρόσωπα της διοικούσας αρχής παράλληλα με την όποια ευθύνη βαρύνει τον ιεραρχικώς κατώτερο που εκτελεί παράνομες διαταγές κατά το αρ. 33.

⁵ Green L. C., Superior orders and command responsibility, Canadian Yearbook of International Law, vol. 27, 1989, σελ. 173

Το ίδιο το ζήτημα της ποινικής ευθύνης του κατωτέρου ετέθη για πρώτη φορά υπόψη «διεθνούς» δικαστηρίου ήδη από το 1474, συγκροτημένου με πρωτοβουλία διαφόρων κρατιδίων της Αλσατίας, της Άνω Ρηνανίας, και της Βέρνης και με Αυστριακό προεδρεύοντα⁶, δίκη που χαρακτηρίζεται ως η πρώτη διεθνής δίωξη για εγκλήματα πολέμου, αν και ο διεθνής της χαρακτήρας και το περιεχόμενο των επίδικων πράξεων ως εγκλημάτων πολέμου αμφισβητούνται⁷. Σε κάθε περίπτωση αποτελεί ιστορική απόφαση που πρωτοεισήγαγε στη νομολογιακή σφαίρα το ζήτημα της προσταγής και μάλιστα διέσπασε την επικρατούσα αντίληψη ότι ο προσταζόμενος καλύπτεται σε κάθε περίπτωση από της διαταγές του ανωτέρου του. Ενώπιον του δικαστηρίου του Breisach της Αυστρίας δικάστηκε ο *Peter von Hagenbach*, για εγκλήματα πολέμου που είχε διαπράξει υπό τις διαταγές του Δούκα Καρόλου της Βουργουνδίας. Κατηγορείτο για τη βάναυση συμπεριφορά με την οποία μεταχειρίστηκε τους κατοίκους της περιοχής που είχε καταλάβει στο όνομα του άρχοντα του, η οποία μεταξύ άλλων περιελάμβανε δολοφονίες, βασανιστήρια, βιασμούς και βίαιη επιβολή φόρων και κατασχέσεων. Ως βασική υπερασπιστική γραμμή ο ν. Hagenbach επικαλέστηκε το γεγονός ότι οι πράξεις του αποτελούσαν απλή υλοποίηση των διαταγών του άρχοντά του, διαταγές αναμφισβήτητα, κατά την άποψη του, μη υποκείμενες σε έλεγχο ή δυνατότητα ανυπακοής από τα υποκείμενα του Δούκα. Αναρωτήθηκε μάλιστα πώς είναι δυνατό να μην είναι γνωστό σε όλους ότι οι στρατιώτες πρέπει να δηλώνουν πλήρη υποταγή στους ανωτέρους τους⁸. Η κατηγορούσα αρχή αντέτεινε ότι, στο όνομα οποιουδήποτε κι αν ενεργούσε, με τις πράξεις του ο ίδιος ο κατηγορούμενος είχε καταπατήσει τους ανθρώπινους και θεϊκούς νόμους⁹. Το δικαστήριο εν τέλει ενστερνίστηκε την άποψη αυτή και ο ν. Hagenbach καταδικάστηκε σε θάνατο.

Για πρώτη φορά λοιπόν ετέθησαν όρια στον απόλυτο χαρακτήρα της προσταγής ως λόγου άρσης της ευθύνης του ιεραρχικώς κατωτέρου. Παρόμοια στάση κράτησαν δύο σχεδόν αιώνες αργότερα τα αγγλικά δικαστήρια στις δίκες των βασιλοκτόνων που ακολούθησαν την επανάσταση του Cromwell και τον αγγλικό εμφύλιο. Το ζήτημα που ετέθη αφορούσε την υπακοή στις δυνάμεις της Βρετανικής

⁶ Green L. C., ο.π.

⁷ Γιαρένη Ε., ο.π., σελ. 21

⁸ Green L. C., ο.π., σελ. 174

⁹ Green L. C., Superior orders and the reasonable man, Canadian Yearbook of International Law, vol. 8, 1970, σελ. 77

Κοινοπολιτείας κατά την περίοδο που ο *de facto* βασιλιάς δεν ήταν και *de jure* βασιλιάς, υπακοή που καθιστούσε τους συμμορφούμενους υπαίτιους προδοσίας προς το στέμμα¹⁰. Στην υπόθεση *Cooke*, όταν δικαστής βρέθηκε αντιμέτωπος με την κατηγορία της εσχάτης προδοσίας για τη συμμετοχή του στη δίωξη και καταδίκη σε θάνατο του εκτελεσθέντος *de jure* βασιλιά Καρόλου Α', επικαλέστηκε ότι δεν ήταν η δική του κρίση, αλλά τα λόγια και η κρίση των επαναστατών που τον οδήγησαν στην καταδικαστική απόφαση. Το δικαστήριο απέρριψε τον ισχυρισμό λέγοντας ότι κανένα νόμιμο δικαστήριο δεν έχει τη δικαιοδοσία να δικάσει το Βασιλιά, πόσο μάλλον όταν υποτίθεται ότι αποτελείται από δικαστές που γνωρίζουν το νόμο – ένα πραγματικό δικαστήριο που δεν αναγνωρίζει κάτι τέτοιο παύει να έχει οποιαδήποτε δικαιοδοσία και όποιος συμμετέχει ή συμμορφώνεται με τέτοιες αποφάσεις είναι ο ίδιος δολοφόνος αν πρόκειται για δολοφονία, ή προδότης αν πρόκειται για εσχάτη προδοσία¹¹. Ομοίως δεν έγινε δεκτός και ο ισχυρισμός του διοικητή επί των εκτελέσεων *Axtell* ότι η συμμετοχή του στη βασιλοκτονία ήταν απλά έκφραση στρατιωτικής υπακοής στην ιεραρχικώς ανώτερη αρχή στην οποία οφείλει υπακοή ή θάνατο¹². Το δικαστήριο έκρινε ότι ακόμη και ο απλός στρατιώτης οφείλει να γνωρίζει ότι η συμμετοχή στην εκτέλεση του βασιλιά αποτελεί καθαυτή πράξη προδοσίας, από τη στιγμή που και η ίδια η ανώτερη αρχή είχε διαπράξει προδοσία καταδικάζοντας το βασιλιά σε θάνατο¹³.

Η υπόθεση *Regina v. Smith* της οποίας επελήφθη Βρετανικό δικαστήριο στη Νότιο Αφρική το 1900, κατά την περίοδο του πολέμου των Boer, αφορούσε την εκτέλεση ενός γηγενούς από κάποιον στρατιώτη, σύμφωνα με διαταγές ανωτέρου του¹⁴. Η εν λόγω απόφαση χαρακτηρίζεται ως σημείο καμπής, καθώς διατυπώθηκε για πρώτη φορά και ένα κριτήριο βάσει του οποίου θα κρίνεται η έκταση της σχετικής πλέον προστασίας του ιεραρχικώς κατώτερου από την προσταγή του ανωτέρου. Συγκεκριμένα, κατά την άποψη του δικαστηρίου θα ήταν τερατώδες να

¹⁰ *Green L. C.*, ο.π., σελ. 69

¹¹ "You know by a printed authority, that where a settled court, a true court is, if that court meddle with that which is not in their cognizance, it is purely void; the minister that obeys them is punishable; if it be treasonable matter, it is treason; if murder, it is murder. [...] No courts whatsoever could have any power over a king in a coercive way as to his person .", *Green L. C.*, ο.π., σελ. 69-70

¹² *Grayson J. W.*, The defence of superior orders in the International Criminal Court, *Nordic Journal of International Law*, vol. 64, 1995, σελ. 245

¹³ *Green L. C.*, ο.π., σελ. 70

¹⁴ *Wilner A. M.*, Superior orders as a defense to violations of international law, *Maryland Law Review*, vol. 26, 1966, σελ. 130

Η άρση της ευθύνης έπειτα από προσταγή ιεραρχικώς ανωτέρου στο πλαίσιο του διεθνούς ποινικού δικαίου

υποτεθεί ότι ο υφιστάμενος προστατεύεται από μια διαταγή υπερβολικά ή χυδαία (grossly) παράνομη¹⁵, η απόφαση δεν παρέλειψε πάντως να αναγνωρίσει τη σημασία της άμεσης και αναντίρρητης υπακοής, ειδικά σε πολεμικές συνθήκες¹⁶. Κατέληξε έτσι στην πρωτότυπη διατύπωση ενός κανόνα σχετικοποιημένης ευθύνης που είχε ως εξής: «αν ο στρατιώτης ειλικρινά πιστεύει ότι δια της υπακοής στη διαταγή επιτελεί το καθήκον του, και η διαταγή δεν είναι τόσο προδήλως παράνομη, ώστε να όφειλε να γνωρίζει την παράνομη φύση της, τότε αυτός προστατεύεται από τη διαταγή ανωτέρου που εκτελεί»¹⁷.

Απομάκρυνση κατ' εξαίρεση από την αρχή *respondeat superior* και συμπόρευση με το πνεύμα των παραπάνω αποφάσεων σημειώθηκε και ενώπιον των αμερικανικών δικαστικών αρχών (στρατιωτική επιτροπή με δικαστικά καθήκοντα) στην υπόθεση *Wirz*, στην οποία διαφαίνεται και η θέση υπέρ της υποχρέωσης του ιεραρχικώς κατωτέρου να υπακούει μόνο νόμιμες διαταγές. Ο *Wirz* διετέλεσε κατά τη διάρκεια του αμερικανικού εμφυλίου διοικητής της διαβόητης φυλακής *Andersonville* των Νοτίων, ενώ κατά τη θητεία του εκεί σημειώθηκε σωρεία παραβιάσεων του δικαίου του πολέμου με τη βάναυση μεταχείριση των κρατουμένων¹⁸. Ο ισχυρισμός του κατηγορουμένου ότι απετέλεσε μόνο το μέσο και το εργαλείο στα χέρια των ανωτέρων του, των οποίων τις διαταγές απλά εκτελούσε, απερρίφθη και αντίθετα η στρατιωτική επιτροπή τόνισε ότι ο ιεραρχικώς ανώτερος δεν δύναται να υποχρεώσει τον υφιστάμενο του σε εκτέλεση παράνομης διαταγής, αποτέλεσμα της οποίας αποτελούν τέτοιες καταστροφικές συνέπειες, για τις οποίες ευθύνονται τόσο ο προστάζων όσο και ο προσταζόμενος¹⁹. Ο *Wirz* κατέληξε στην αγχόνη.

¹⁵ “it is monstrous to suppose that a soldier would be protected where the order is grossly illegal. [But that he] is responsible if he obeys an order not strictly legal...is an extreme position which the Court cannot accept”, *Green L. C.*, ο.π., σελ. 78

¹⁶ *Penny C. K.*, Obeying restraints: Applying the plea of superior orders to military defendants before the International Criminal Court, *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 48, 2010, σελ. 11

¹⁷ “[...]if the soldier honestly believes he is doing his duty in obeying...and the orders are not so manifestly illegal that he...ought to have known they were unlawful, [he] will be protected by the orders.”, *Green L. C.*, ο.π., σελ. 79

¹⁸ *Green L. C.*, ο.π., σελ. 78

¹⁹ Το δικαστήριο εδώ τονίζει την παράλληλη συνδρομή ποινικής ευθύνης τόσο του ιεραρχικώς ανωτέρου, όσο και του κατωτέρου: «A superior officer cannot order a subordinate to do an illegal act, and if a subordinate obey such an order and disastrous consequences result, both the superior and the subordinate must answer for it”.

2.2 Μετά τον Α' Παγκόσμιο Πόλεμο: Οι δίκες της Λειψίας

Ευρύτερης νομολογιακής αναγνώρισης έτυχε η σχετικοποίηση της προστασίας του ιεραρχικώς κατώτερου, όταν το ζήτημα επανήλθε στο προσκήνιο, με τις περίφημες δίκες της Λειψίας που ακολούθησαν την ήττα της Γερμανίας στον Α' ΠΠ. Επρόκειτο για ένα μεγαλεπήβολο σχέδιο απόδοσης δικαιοισύνης από τους συμμάχους για τα εγκλήματα πολέμου του Αξονα, που αρχικά προέβλεπε την παράδοση από τη γερμανική κυβέρνηση όλων των εγκληματιών πολέμου προκειμένου να δικαστούν σύμφωνα με το αρ. 228 της συνθήκης των Βερσαλλιών²⁰²¹. Η απροθυμία της Γερμανίας να συμμορφωθεί οδήγησε σε μια σειρά δικών που χαρακτηρίστηκαν «παρωδίες»²², καθώς από τα 896 άτομα που διώχθηκαν, δικάστηκαν εν τέλει μόλις 12, ενώπιον του ανωτάτου δικαστηρίου της Λειψίας (Reichsgericht) και σύμφωνα με το γερμανικό στρατιωτικό ποινικό κώδικα, έξι εκ των οποίων μάλιστα αθωώθηκαν. Εν τούτοις, του ζητήματος της προσταγής επελήφθη το δικαστήριο σε δύο αρκετά παρόμοιες υποθέσεις μάλιστα, με διαφορετική όμως κατάληξη.

Εν προκειμένω το δικαστήριο ανέτρεξε στο αρ. 47 του γερμανικού Στρατιωτικού Ποινικού Κώδικα που όριζε ότι μόνο ο προστάξας ιεραρχικώς ανώτερος και όχι ο υφιστάμενος φέρει την ποινική ευθύνη του αδικήματος που διαπράχτηκε κατά την εκτέλεση της προσταγής, υπό την προϋπόθεση ότι ο τελευταίος δεν γνώριζε ότι η διαταγή αντιβαίνει σε πολιτικό ή στρατιωτικό νόμο, οπότε και αν γνώριζε, ευθύνεται και ο ίδιος ως συνεργός²³.

Στην υπόθεση *Llandovery Castle*, το πλήρωμα γερμανικού υποβρυχίου (U-Boat), μετά τη βύθιση του ομώνυμου πλωτού νοσοκομείου υπό καναδική σημαία, αναδύθηκε και υπό της διαταγές του πλοιάρχου άνοιξε πυρ εναντίον των ναυαγών

²⁰ Γιαρένη Ε., ο.π.

²¹ Εν όψει της υπογραφής ειρηνευτικής συνθήκης, συστάθηκε επιτροπή για να μελετήσει το ζήτημα της ευθύνης για τον πόλεμο. Αν και στη συνθήκη τελικά δεν περιελήφθη ρύθμιση περί ατομικής ευθύνης του ιεραρχικώς κατωτέρου και περί επίκλησης της προσταγής ως υπερασπιστικού ισχυρισμού, κατέστη σαφές από τις προτάσεις της επιτροπής και τη σάση των συμμάχων εν γένει ότι η προσταγή δε θα ήταν επιτρεπτό να οδηγεί σε πλήρη άρση της ποινικής ευθύνης, αλλά παρά μόνο να λαμβάνεται υπόψη κατά περίπτωση. Κατά το σχόλιο του Garner, όπως μεταφέρεται από τον Wilner, στο αρ. 228 της Συνθήκης των Βερσαλλιών, αυτή αποτελεί την πρώτη ειρηνευτική συνθήκη με την οποία γίνεται προσπάθεια εφαρμογής μιας αρχής ατομικής ποινικής ευθύνης για εγκλήματα που διαπράχθηκαν κατά τον πόλεμο, εκ μέρους των νικηφόρων μερών έναντι των ήττημένων αντιπάλων τους. Wilner A. M., ο.π., σελ. 134

²² Wilner A. M., ο.π.

²³ Green L. C., Superior orders and command responsibility, Canadian Yearbook of International Law, vol. 27, 1989, σελ. 178

Η άρση της ευθύνης έπειτα από προσταγή ιεραρχικώς ανωτέρου στο πλαίσιο του διεθνούς ποινικού δικαίου

και όσων αγωνίζονταν να διασωθούν με τις σωσίβιες λέμβους του πλοίου, προκειμένου να εξαφανίσουν τα ίχνη και τις μαρτυρίες του χτυπήματος²⁴ - που σημειωτέον αντέβαινε το δίκαιο του πολέμου, καθώς τα πλοία-νοσοκομεία προστατεύονταν ήδη από τη Σύμβαση της Χάγης του 1907²⁵. Ο πλοίαρχος Patzig διέφυγε τη δίκη, οι αξιωματικοί όμως που βρέθηκαν κατηγορούμενοι επικαλέστηκαν την προσταγή ως λόγο άρσης της ευθύνης τους. Το δικαστήριο αρχικά σημείωσε πως το γεγονός ότι οι ιεραρχικώς κατώτεροι δεν έχουν υποχρέωση σε καμία περίπτωση να αμφισβητήσουν άνωθεν διαταγές και επομένως μπορούν καλόπιστα να βασίζονται στη νομιμότητα της διαταγής που εκτελούν, πρέπει να καταλογιστεί υπέρ των κατηγορουμένων. Τόνισε όμως ότι εν προκειμένω τέτοια πίστη στο νόμιμο των διαταγών είναι αδύνατον να νοηθεί, καθώς το παράνομο μιας τέτοιας διαταγής είναι γνωστό τοις πάσι²⁶. Ως αξιωματικοί του ναυτικού, οι κατηγορούμενοι δε θα μπορούσαν παρά να γνωρίζουν ότι σκοτώνοντας ανυπεράσπιστους ανθρώπους, άοπλους ή ήδη τραυματίες μέσα σε σωσίβιες λέμβους, διέπρατταν μια κατάφορη παραβίαση του νόμου²⁷. Επιπλέον, το δικαστήριο απέκρουσε και τον ισχυρισμό των κατηγορουμένων αξιωματικών ότι ο πλοίαρχος είχε καταστήσει σαφή την πρόθεσή του να επιβάλει με τη βία τέτοιες διαταγές στο πλήρωμά του. Τέλος, το δικαστήριο σημείωσε ότι είναι μεν κατανοητή η δυσκολία ενός υφισταμένου, και μάλιστα σε συνθήκες διαβίωσης και αλληλεξάρτησης του πληρώματος όπως αυτές εντός ενός υποβρυχίου, να παραβεί τις διαταγές του πλοιάρχου του, και τέτοια ανυπακοή απαιτεί υψηλό βαθμό αποφασιστικότητας εκ μέρους του, εκ του γεγονότος όμως

²⁴ Penny C. K., ο.π., σελ. 13

²⁵ Ο πλοίαρχος λανθασμένα ή σκόπιμα θεώρησε ότι το πλωτό νοσοκομείο λειτουργούσε ως μεταγωγικό μάχιμων δυνάμεων και πολεμικού υλικού, κάτι που αν όντως ίσχυε θα αποτελούσε παραβίαση της Σύμβασης της Χάγης από πλευράς Συμμάχων. Όταν διαπίστωσε ότι υπήρχαν επιζώντες του τορπιλισμού που διέφευγαν σε λέμβους και ότι όντως επρόκειτο για τραυματίες και ιατρικό προσωπικό, διέταξε την εκτέλεσή τους προκειμένου να συγκαλύψει την παραβίαση του δικαίου του πολέμου στην οποία αυτός και το πλήρωμά του είχαν προβεί. Lippman M. R., Humanitarian law: The development and scope of the superior orders defense, Penn State International Law Review, vol. 20, 2001-2002, σελ.168

²⁶ "It is certainly to be urged in favor of the military subordinates that they are under no obligation to question the order of their superior officer, and that they can count upon its legality. But no such confidence can be held to exist, if such an order is universally known to everybody, including the accused, to be without any doubt whatever against the law", σκεπτικό δικαστηρίου όπως αποδίδεται σε Wilner A. M., ο.π.

²⁷ Green L. C., Superior orders and the reasonable man, Canadian Yearbook of International Law, vol. 8, 1970, σελ. 80

αυτού και μόνο δεν καταφάσκεται και η αθωότητα του²⁸. Σύμφωνα με την απόφαση, οι κατηγορούμενοι έπρεπε να μην υπακούσουν, και εφόσον το έκαναν θα υπόκειντο στην ανάλογη τιμωρία. Έτσι οι τελευταίοι καταδικάστηκαν σε 4 χρόνια φυλάκιση έκαστος²⁹.

Με τη βύθιση επίσης πλωτού νοσοκομείου υπό βρετανική σημαία, του *Dover Castle*, ασχολήθηκε το ίδιο δικαστήριο. Το γερμανικό υποβρύχιο είχε εντολή από το γερμανικό αρχηγείο του ναυτικού να βυθίσει το πλοίο, με την αιτιολογία ότι οι Βρετανοί χρησιμοποιούσαν την προστατευόμενη ιδιότητά του για στρατιωτικούς σκοπούς, πράγμα που επικαλέστηκε ο κατηγορούμενος πλοίαρχος Neumann ως υπερασπιστικό ισχυρισμό. Εν αντιθέσει με την προηγούμενη περίπτωση όμως, το πλήρωμα δεν άνοιξε πυρ κατά των ναυαγών αλλά παρέμεινε στην περιοχή μέχρι να ολοκληρωθεί η διάσωση των επιζώντων, οπότε και προέβη στην τελική βύθιση του πλοίου³⁰. Το ζήτημα άρα εδώ κρίθηκε στο επίπεδο της εκτέλεσης της διαταγής προς βύθιση, οπότε ηγέρθη και το θέμα του χαρακτηρισμού της επίθεσης ως νόμιμα αντίποινα (lawful reprisals), προβλεπόμενες δηλαδή εξαιρέσεις που επιτρέπουν, υπό συγκεκριμένες συνθήκες, την παραβίαση του δικαίου του πολέμου, καθώς η παράνομη πρακτική του να χρησιμοποιούνται πλοία-νοσοκομεία για επιχειρησιακούς σκοπούς ήταν γνωστή και οι Βρετανοί είχαν πολλάκις προειδοποιηθεί. Το δικαστήριο τελικά δεν εντόπισε ότι η φύση της διαταγής ήταν τέτοια ώστε να θεωρηθεί παράνομη σε βαθμό που να εμπίπτει στην πρόβλεψη του αρ. 47 του Γερμ. ΣΠΚ και ο πλοίαρχος Neumann αθωώθηκε. Το δικαστήριο στήριξε το συμπέρασμά του αυτό στο γεγονός ότι υπήρχε πράγματι γενική εντολή προς τα υποβρύχια να προβαίνουν σε αντίστοιχες επιθέσεις από τη γερμανική ναυτική διοίκηση, με τη δικαιολογία ότι δεν αντιβαίνουν στο δίκαιο του πολέμου, αφού εντάσσονταν στο πλαίσιο των νομίμων αντιποίνων, καθώς και στο ότι ο πλοίαρχος πράγματι θεωρούσε την επίθεση νόμιμη, καθώς αμέσως ενημέρωσε τους ανωτέρους του και δεν προσπάθησε να τη

²⁸ Green L. C., Superior orders and command responsibility, Canadian Yearbook of International Law, vol. 27, 1989, σελ. 178

²⁹ Lippman M. R., ο.π., σελ.168

³⁰ Wilner A. M., ο.π., σελ. 135

συγκαλύψει³¹ και επομένως, εκτελώντας καλή τη πίστει διαταγή της ανώτατης αρχής υπό την ασπίδα των νόμιμων αντιποίνων, δεν υπείχε ποινική ευθύνη³².

2.3 Η αναβίωση της αρχής *respondeat superior* στις αρχές του 20^{ου} αιώνα

Παρά τη σταδιακή ανάδυση του περιορισμού της προσταγής ως πλήρους λόγου άρσης της ποινικής ευθύνης στη νομολογία, με τις αποφάσεις που αναφέρθηκαν ανωτέρω, και την κριτική που το δόγμα *respondeat superior* δέχθηκε ως προσέγγιση-προπύργιο της ατιμωρησίας και αντίθετη με την προσπάθεια εξανθρωπισμού του πολέμου μέσα από την υπεροχή του δικαίου³³, στις αρχές του 20^{ου} αιώνα και μέχρι το Β' ΠΠ αυτή γνώρισε σημαντική αποδοχή. Αποφάσεις όπως η *Smith* και οι δύο κρίσεις του Reichsgericht, καθώς και η ρύθμιση της προσταγής στο αρ. 47 του γερμανικού ΣΠΚ που το τελευταίο εφήρμισε περί μη παροχής δυνατότητας πλήρους άρσης της ποινικής ευθύνης σε κάθε περίπτωση, δεν απετέλεσε την κρατούσα άποψη.

Στο έργο του περί διεθνούς δικαίου ο καθηγητής Oppenheim, ήδη από το 1906 είχε ταχθεί υπέρ της παραδοσιακής προσέγγισης της πλήρους άρσης της ευθύνης του ιεραρχικώς κατωτέρου και ευθύνης μόνο του ιεραρχικώς ανωτέρου, εντελώς ανεξάρτητα από τον παράγοντα της γνώσης του παρανόμου³⁴:

«σε περίπτωση που στελέχη των ενόπλων δυνάμεων παραβιάσουν το νόμο κατά της διαταγές της κυβέρνησης, δε θεωρούνται εγκληματίες πολέμου και δεν μπορούν να τιμωρηθούν από τον εχθρό. Σε περίπτωση που στελέχη των ενόπλων δυνάμεων παραβιάσουν το νόμο κατά της διαταγές των διοικητών τους, τα στελέχη δε μπορούν να τιμωρηθούν αφού οι διοικητές και μόνον αυτοί φέρουν την ευθύνη»³⁵.

³¹ Lippman M. R., ο.π., σελ.166

³² Green L. C., Superior orders and the reasonable man, Canadian Yearbook of International Law, vol. 8, 1970, σελ. 79

³³ «Η ανεπιφύλακτη αποδοχή της αρχής ότι οι ιεραρχικώς κατώτερος δεν ευθύνεται για όσα πράττει υπό τις διαταγές των ανωτέρων του θα καταστήσει πρακτικά αδύνατη την επιβολή καταλλήλων ποινών για παραβιάσεις του δικαίου του πολέμου, το οποίο σχεδιάστηκε προς εξανθρωπισμό, αν κάτι τέτοιο είναι δυνατό, της σκοτεινής αυτής καταφυγής», σε μετάφραση, άποψη του Finch όπως καταγράφεται σε Wilner A. M., ο.π.

³⁴ Grayson J. W., ο.π., σελ. 246

³⁵ Άποψη του Oppenheim στην πρώτη έκδοση του έργου του International Law, όπως μεταφέρεται σε Green L. C., ο.π., σελ. 81

Η άρση της ευθύνης έπειτα από προσταγή ιεραρχικώς ανωτέρου στο πλαίσιο του διεθνούς ποινικού δικαίου

Η άποψη του αυτή υιοθετήθηκε ακολούθως σχεδόν αυτούσια από τον Στρατιωτικό κανονισμό της Βρετανίας το 1912³⁶, τον οποίο συνέταξε ο ίδιος, και δύο χρόνια αργότερα από αυτόν των ΗΠΑ³⁷, η ευθυγράμμιση του οποίου με το δόγμα *respondeat superior* απετέλεσε απομάκρυνση από τη σχετικοποιημένη αντιμετώπιση της προσταγής όπως διαμορφώθηκε για τα αμερικανικά δεδομένα στη *Wirz*. Η κρατούσα αγγλοαμερικανική θέση, ενσωματωμένη πλέον στα στρατιωτικά εγχειρίδια κορυφαίων δυνάμεων, απηχούσε πλήρως την αρχή *respondeat superior*.

Στη θέση αυτή ενέμεινε ο Oppenheim και σε μεταγενέστερες εκδόσεις του *Διεθνούς Δικαίου* του, καθώς και σε αυτές που επιμελήθηκε ο Lauterpacht. Ακόμα και μετά το κύρος που περιεβλήθη ο περιορισμός της προσταγής ως απολύτου λόγου άρσης της ευθύνης με τις δίκες της Λειψίας, η απόφαση *Llandovery Castle* περιλαμβάνεται μόνο ως υποσημείωση στην έκδοση του 1935, με τη μνεία ότι είναι αμφίβιο λόγον αν οι τελευταίες εξελίξεις επί του ζητήματος έχουν οδηγήσει στη δημιουργία ενός νέου κανόνα εθιμικού δικαίου³⁸.

Η προσέγγιση αυτή επεκράτησε στη θεωρία παρά τη δυσφορία που προκάλεσε εν όψει των όσων διεξήχθησαν στον Α' ΠΠ και παρέμεινε στα στρατιωτικά κείμενα ακόμη και μετά το ξέσπασμα του Β' ΠΠ³⁹. Εξαίρεση αποτελούν κείμενα προσανατολισμένα στο ηπειρωτικό δίκαιο, όπως ο Γερμανικός ΣΠΚ που άπτεται του θέματος στο αρ. 47 όπως εκτέθηκε ανωτέρω, ο οποίος ίσχυσε αυτούσιος από το 19^ο αιώνα μέχρι και μετά τη λήξη του Β' ΠΠ⁴⁰.

³⁶ Αρ. 443 του 1912 Handbook on the Rules of Land Warfare

³⁷ «μέλη των ενόπλων δυνάμεων δεν θα τιμωρούνται για αυτά τα εγκλήματα, αν αυτά διαπράχθηκαν υπό τις διαταγές ή την αιγίδα της κυβέρνησης ή της διοίκησης. Οι διοικητές που προστάζουν τη διάπραξη τέτοιων πράξεων μπορούν να τιμωρηθούν από το εμπόλεμο κράτος στα χέρια του οποίου θα βρεθούν», σε μετάφραση, αρ. 336 του Αμερικανικού Rules of Land Warfare, όπως μεταφέρεται σε *Maogoto J.N.*, The superior orders defence: a game of musical chairs and the jury is still out, Flinders Journey of Law Reform, 2007, σελ. 187

³⁸ Green L. C., Superior orders and command responsibility, Canadian Yearbook of International Law, vol. 27, 1989, σελ. 178-179

³⁹ Η θέση αυτή απαντάται σε επίσημους αγγλοαμερικανικούς κανονισμούς μέχρι ακόμη και το 1944. Ο Green πάντως σημειώνει ότι η υιοθέτηση της θέσης του Oppenheim από στρατιωτικά εγχειρίδια δεν την ανάγει αυτόματα σε επικρατούν διεθνές δίκαιο. Η επιλογή που κάθε χώρα κάνει προς ρύθμιση της στρατιωτικής της οργάνωσης αποτελεί έκφραση συγκεκριμένης πολιτικής, δε συνιστά δυνητική πηγή δικαίου και δεν περιβάλλεται με το κύρος νομοθετικής ή νομολογιακής κρίσης, και άρα δεν είναι κατάλληλο μέγεθος για τη διαπίστωση της επικράτησης ή όχι μιας αρχής στο διεθνές εθιμικό δίκαιο, Green L. C., o.p. , σελ. 180

⁴⁰ Maogoto J. N., o.p.

Η άρση της ευθύνης έπειτα από προσταγή ιεραρχικώς ανωτέρου στο πλαίσιο του διεθνούς ποινικού δικαίου

Ενόψει πάντως της πολιτικής και στρατιωτικής κατάστασης στην Ευρώπη το 1940 ο Lauterpacht απομακρύνθηκε από τη θέση του προκατόχου του Oppenheim και συντάχθηκε με την άποψη περί υποχρέωσης υπακοής μόνο σε νόμιμες διαταγές και στον περιορισμό της προστασίας του ιεραρχικώς κατώτερου από μια προσταγή που αποτελεί παραβίαση των αδιαμφισβήτητων κανόνων του πολέμου και προσβολή του γενικού ανθρωπιστικού αισθήματος⁴¹. Ο προβληματισμός του ερειδόταν επίσης στο γεγονός της επικράτησης στην κεντρική Ευρώπη συστημάτων κεντρικής διακυβέρνησης, με τρανό παράδειγμα την κεντρική οργάνωση της γερμανικής κυβέρνησης και του Ναζιστικού κόμματος, βάσει του οποίου, κατά την εφαρμογή της αρχής *respondeat superior*, η ευθύνη θα συγκεντρωνόταν αποκλειστικά σε ελάχιστα ή μόνο ένα πρόσωπο, τον αρχηγό του κράτους, πράγμα που θα καθιστούσε αδύνατη τη δίωξη μεγάλου αριθμού ναζί εγκληματιών πολέμου⁴². Την άποψη όμως αυτή συνεχίζουν να αγνοούν οι στρατιωτικοί κανονισμοί και να αντιμάχονται κορυφαίοι θεωρητικοί του δικαίου όπως ο Kelsen, που το 1943 σημειώνει τη σημασία της στρατιωτικής πειθαρχίας, την οποία μόνο η θέση περί απόλυτης άρσης της ευθύνης του ιεραρχικώς κατωτέρου μπορεί να διαφυλάξει⁴³. Η απομάκρυνση όμως από την αρχή αυτή βρίσκει και σημαντικούς υπέρμαχους που κινούνται σε παρόμιο σκεπτικό με τον Lauterpacht, όπως ο Glueck⁴⁴.

Τα αμέσως επόμενα χρόνια η θηριωδία του πολέμου φτάνει στο απόγειο της και αρχίζει να διαφαίνεται καθαρά πλέον μια απόλυτη νίκη των συμμάχων και η ολοκληρωτική κατάρρευση του ναζιστικού καθεστώτος. Τότε επέρχεται στροφή 180 μοιρών στους στρατιωτικούς κανονισμούς Βρετανίας και ΗΠΑ που ενστερνίζονται τη νέα θέση του Lauterpacht και σπεύδουν να προλάβουν τα εμπόδια που θα έθετε το δόγμα της πλήρους άρσης της ευθύνης του ιεραρχικώς κατωτέρου στην απόδοση δικαιοσύνης κατά των πρωτεργατών αλλά και των απλών αυτουργών της θηριωδίας του Γ' Ράιχ⁴⁵. Επικρατεί έτσι πλέον μια πραγματιστική τάση υπέρ του περιορισμού

⁴¹ Green L. C., Superior orders and the reasonable man, Canadian Yearbook of International Law, vol. 8, 1970, σελ. 82

⁴² Maogoto J. N., ο.π., σελ. 192

⁴³ Παρόμοιες ανησυχίες εκφράζει και ο Eagleton, Lippman M. R., ο.π., σελ.171

⁴⁴ Maogoto J. N., ο.π., σελ. 192-193 και Lippman M. R., ο.π., σελ.173

⁴⁵ Τον Απρίλιο του 1944 εισάγεται στο βρετανικό στρατιωτικό κανονισμό η τροποποίηση υπ' αριθμ. 34 που ενσωματώνει επί λέξει την αναθεωρημένη άποψη του Lauterpacht, ενώ το Νοέμβριο του 1944 το αρ. 346 του Αμερικανικού στρατιωτικού κανονισμού τροποποιείται, θέτοντας την ατομική

της προστασίας από την προσταγή, που, όπως ήταν αναμενόμενο, θα ήταν η κύρια υπερασπιστική γραμμή όσων θα δικάζονταν για εγκλήματα πολέμου⁴⁶. Τότε τελειώνει ουσιαστικά και αυτό που έχει χαρακτηριστεί στη θεωρία ως 40ετής περίοδος πειραματισμού της στρατιωτικής διοίκησης με το δόγμα *respondeat superior*⁴⁷.

2.4 Μετά το Β' Παγκόσμιο Πόλεμο: Το Διεθνές Στρατιωτικό Δικαστήριο της Νυρεμβέργης

Πλησιάζοντας το τέλος του πολέμου και στην άνευ όρων παράδοση της Γερμανίας, οι συμμαχικές δυνάμεις, προσανατολισμένες πλέον στην επόμενη μέρα του πολέμου, εντείνουν τις διαδικασίες για την κατάστρωση ενός μηχανισμού απόδοσης ποινικής ευθύνης στους εγκληματίες πολέμου. Τον Αύγουστο του 1945, Μ. Βρετανία, Γαλλία, ΕΣΣΔ και ΗΠΑ, συνέρχονται και καταρτίζουν τη Συνθήκη του Λονδίνου (γνωστή και ως Χάρτης του Λονδίνου ή London Charter), με την οποία συστάθηκε το Διεθνές Στρατιωτικό Δικαστήριο της Νυρεμβέργης (International Military Tribunal – IMT)⁴⁸ και καταστρώθηκε το Καταστατικό του. Αν και έχει υποστηριχθεί ότι τόσο το ΔΣΔ της Νυρεμβέργης όσο και το αντίστοιχο δικαστήριο για την Άπω Ανατολή που συνεστήθη την ίδια περίοδο στο Τόκυο, απετέλεσαν προϊόντα της λεγόμενης «δικαιοισύνης των νικητών», καθώς λειτουργησαν για να τιμωρήσουν τις ηττημένες δυνάμεις του άξονα, χωρίς προγενέστερη πρόβλεψη μέσω συνθήκης που και οι ίδιες αυτές δυνάμεις θα αναγνώριζαν και θα είχαν προσυπογράψει, η συμβολή τους στη διαμόρφωση του διεθνούς ποινικού δικαίου είναι αδιαμφισβήτητη, ειδικά μάλιστα για το ζήτημα της απόδοσης ατομικής ποινικής ευθύνης και των έννομων συνεπειών της προσταγής⁴⁹.

Εν προκειμένω, πλέον όχι μόνο η εντολή δεν παρείχε πλήρη άρση της ποινικής ευθύνης στον ιεραρχικώς κατώτερο, αλλά ούτε μπορούσε να λειτουργήσει ως δυνάμει λόγος άρσης της ευθύνης, αν πληρούντο συγκεκριμένες προϋποθέσεις – σύμφωνα με τη θέση περί σχετικοποιημένης ευθύνης, όπως είχε εκφραστεί

ποινική ευθύνη ως κανόνα και την προσταγή ως εξαίρεση που μπορεί να ληφθεί υπόψη είτε για την στοιχειοθέτηση της ενοχής, είτε κατά την επιμέτρηση της ποινής, Wilner A. M., ο.π., σελ. 136

⁴⁶ Maogoto J. N., ο.π., σελ. 193

⁴⁷ Inscō J. B., Defense of superior orders before military commissions, Duke Journal of Comparative and International Law, vol. 13, 2003, σελ. 404

⁴⁸ Maogoto J. N., ο.π., σελ. 194

⁴⁹ Γιαρένη Ε., ο.π., σελ. 23

Η άρση της ευθύνης έπειτα από προσταγή ιεραρχικώς ανωτέρου στο πλαίσιο του διεθνούς ποινικού δικαίου

νομολογιακά στο παρελθόν, αλλά και όπως επίσης προβλεπόταν σε ποινικές νομοθεσίες της ηπειρωτικής Ευρώπης. Αντιθέτως η προσταγή πότε δε μπορούσε να επηρεάσει την ποινική ευθύνη του υφισταμένου δράστη, παρά μόνο να μετριάσει ενδεχομένως την ποινή, μετά την κατάφαση της ενοχής.

Συγκεκριμένα, το αρ. 8 του Καταστατικού της Νυρεμβέργης που έμεινε γνωστό ως Χάρτης του Λονδίνου όριζε ότι:

«Το γεγονός ότι ο κατηγορούμενος έδρασε υπό τις διαταγές ιεραρχικώς ανωτέρου δεν τον απαλλάσσει από την ευθύνη, αλλά μπορεί να ληφθεί υπόψη προς ελάφρυνση της ποινής, εάν το δικαστήριο το κρίνει αναγκαίο.»⁵⁰

Παρουσιάζεται έτσι άλλη μια τομή στην αντιμετώπιση της προσταγής από το διεθνές ποινικό δίκαιο, που ενσαρκώνει μια προσέγγιση με βάση την απόλυτη ευθύνη του ιεραρχικώς κατωτέρου, που έμεινε γνωστή ως δόγμα της Nuremberg Standard. Υποστηρίζεται ότι η προσέγγιση αυτή είχε εξ αρχής συλληφθεί και διαμορφωθεί ώστε να απευθύνεται κατάλληλα στα υψηλόβαθμα στρατιωτικά και πολιτικά στελέχη που βρίσκονταν κατηγορούμενοι, οι οποίοι δε θα μπορούσαν να υπόκεινται σε διαταγές. Όπως τόνισε κατά την έναρξη της διαδικασίας ο προεδρεύων αμερικανός δικαστής Jackson, οι κατηγορούμενοι είχαν δράσει με μεγάλο περιθώριο διακριτικής ευχέρειας και εξουσίας, ώστε η μετακύληση της ποινικής τους ευθύνης σε άλλα πρόσωπα να μην ευσταθεί⁵¹.

Το δικαστήριο εξέθεσε ότι το διεθνές δίκαιο αναγνωρίζει και επιβάλλει υποχρεώσεις και ευθύνες τόσο στο πρόσωπο κρατών, όσο και μεμονωμένων προσώπων, και αναγνωρίζοντας πανηγυρικά την ατομική ποινική ευθύνη, τόνισε ότι τα εγκλήματα πολέμου διαπράττονται από ανθρώπους και όχι από «αφηρημένες οντότητες», και μόνο τιμωρώντας συγκεκριμένα πρόσωπα διαφυλάττονται και εφαρμόζονται οι προβλέψεις της διεθνούς έννομης τάξης⁵². Την απόλυτη αυτή θέση του Καταστατικού πάντως μετρίασε στην πράξη το ΔΣΔ της Νυρεμβέργης, ξεπερνώντας το στενό γράμμα του αρ. 8 και προσθέτοντας ερμηνευτικά τα εξής:

⁵⁰ Wilner A. M., ο.π., σελ. 138

⁵¹ Lippman M. R., ο.π., σελ.181

⁵² Lippman M. R., ο.π., σελ.183

«Το γεγονός ότι ένας στρατιώτης διετάχθη να σκοτώσει ή να βασανίσει κατά παράβαση του δικαίου του πολέμου, δεν έχει πότε αναγνωριστεί ως υπερασπιστική γραμμή/λόγος άρσης τις ευθύνης για πράξεις τόσο μεγάλης βαρβαρότητας, συνεπάws το Καταστατικό προβλέπει ότι η προσταγή μπορεί να ληφθεί υπόψη προς ελάφρυνση της ποινής. Το πραγματικό κριτήριο, το οποίο απαντάται σε διάφορους βαθμούς στο ποινικό δίκαιο των περισσότερων εθνών, είναι όχι η ύπαρξη καθαυτή της προσταγής, αλλά το αν ήταν ή όχι δυνατή η ηθική επιλογή»⁵³.

Φαίνεται έτσι να εισάγεται με την αναφορά στο περιθώριο ηθικής επιλογής μια σύνδεση της ευθύνης του υφισταμένου με την κατάσταση ανάγκης που αίρει τον καταλογισμό (duress), σκεπτικό που χαρακτηρίζεται από τον Lippman ως έλεγχος συνδρομής της πρόθεσης του δράστη, η οποία ελλείπει, όταν εκμηδενίζεται το περιθώριο ηθικής επιλογής και οδηγεί έτσι στη μοναδική περίπτωση που η προσταγή δεν επισύρει και την ποινική ευθύνη του ιεραρχικώς κατωτέρου⁵⁴.

Παρότι πάντως θεωρητικά το ΔΣΔ της Νυρεμβέργης φάνηκε αμέσως να αναγνωρίζει τη σχετικοποίηση της απόλυτης απαγόρευσης που εγκαθίδρυσε το καταστατικό, αρνήθηκε στην πράξη να αναγνωρίσει με βάση τα πραγματικά περιστατικά την προσταγή, ακόμη και στο επιτρεπτό από το αρ. 8 επίπεδο της επιμέτρησης της ποινής. Στον ισχυρισμό του Στρατάρχη Keitel, ανωτάτου διοικητή των ενόπλων δυνάμεων και απευθείας υπόλογο στον Χίτλερ, περί εκτέλεσης διαταγών του Fuhrer το δικαστήριο απάντησε ότι για εγκλήματα τέτοιας έκτασης και απαξίας, τα οποία διεπράχθησαν συνειδητά, χωρίς έλεος ή κανένα λόγο στρατιωτικής αναγκαιότητας που να τα δικαιολογεί, η προσταγή δεν μπορεί να ληφθεί υπόψη ούτε για τη μείωση της ποινής⁵⁵. Επίσης στον αντίστοιχο ισχυρισμό του στρατηγού Jodl, το δικαστήριο προσέθεσε ότι ο στρατιώτης δεν μπορεί πλέον να προστατευτεί πίσω από τη μυθική επιταγή στρατιωτικής υπακοής με κάθε κόστος⁵⁶.

Επιπλέον, αν και η ερμηνευτική προσθήκη του Δικαστηρίου αποτελεί αξιοσημείωτη νομολογιακή απόκλιση από τις δεσμευτικές προβλέψεις του αρ. 8, το στενό γράμμα του καταστατικού της Νυρεμβέργης δημιούργησε μεγάλο ρεύμα υπέρ

⁵³ Wilner A. M., ο.π., σελ. 139

⁵⁴ Lippman M. R., ο.π., σελ.185

⁵⁵ Cassese A., Gaeta P., Jones J. R. W. D., The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary, Vol. 1, Oxford University Press, 2002, σελ. 963

⁵⁶ Maogoto J. N., ο.π., σελ. 196

Η άρση της ευθύνης έπειτα από προσταγή ιεραρχικώς ανωτέρου στο πλαίσιο του διεθνούς ποινικού δικαίου

της προσέγγισης της προσταγής υπό το πρίσμα της απόλυτης ευθύνης του ιεραρχικώς κατωτέρου, που υιοθετήθηκε τόσο από το καταστατικό του ΔΣΔ της Άπω Ανατολής στο Τόκυο το 1946 (International Military Tribunal for the Far East – IMTFE), αλλά ενσωματώθηκε και στο 10^ο Νόμο του Συμβουλίου Ελέγχου (Control Council Law N.10), βάσει του οποίου λειτούργησαν τα επιμέρους στρατιωτικά δικαστήρια που οργανώθηκαν στα κατεχόμενα από τους συμμάχους γερμανικά εδάφη, από τη λήξη του πολέμου έως τα τέλη της δεκαετίας του '40, και δίκασαν ως εγκληματίες πολέμου μεσαία και κατώτερα στελέχη του ναζιστικού καθεστώτος και της Wehrmacht. Και τα δύο αυτά κείμενα υιοθέτησαν σχεδόν αυτολεξεί τη ρύθμιση του αρ. 8 του καταστατικού της Νυρεμβέργης⁵⁷.

Η πληθώρα περιπτώσεων⁵⁸ στις οποίες η προσταγή επηρεάζει την ποινική ευθύνη με την οποία ασχολήθηκαν τα αμερικανικά στρατιωτικά δικαστήρια υπό το 10^ο Νόμο του Συμβουλίου Ελέγχου παρήγαγε σημαντική νομολογία και έδωσε το στίγμα για την ερμηνευτική προσέγγιση του προβλήματος της προσταγής, εντός αλλά και εκτός των στενών γραμματικών ορίων του αρ. 8. Οι εν λόγω αποφάσεις αποσαφήνισαν την ως τότε στάση του διεθνούς δικαίου επί της προσταγής, εδραιώνοντας κατ' αρχάς ως κανόνα την αδυναμία της να επιφέρει πλήρη άρση της ποινικής ευθύνης. Η απόλυτη θέση του καταστατικού και του 10^{ου} Νόμου όμως προσεγγίστηκε ερμηνευτικά, υπό το φως και της ρύθμισης του γερμανικού ΣΠΚ που αναγνωρίζει το ρόλο της προσταγής όταν ο υφιστάμενος δεν γνώριζε τον παράνομο χαρακτήρα της, και συνεπώς δόθηκε βάρος και σε περαιτέρω υποκειμενικά στοιχεία, αλλά και αντικειμενικά, που θα μπορούσαν να καταδείξουν αν η προσταγή ήταν εμφανώς παράνομη στα μάτια κάποιου με το βαθμό και τη στρατιωτική εμπειρία του εκάστοτε κατηγορουμένου⁵⁹. Το κριτήριο της ηθικής επιλογής (moral

⁵⁷ Liang J., ο.π., σελ. 877

⁵⁸ Επιγραμματικά, υποθέσεις όπου ετέθη το ζήτημα της προσταγής: *Einsatzgruppen* – δίκη διοικητών μονάδων «θανάτου» *Einsatzgruppen*, ασχολήθηκε με το συσχετισμό προσταγής και απειλής ή βίας για την εκτέλεσή της που δημιουργεί στον υφιστάμενο συνθήκες κατάστασης ανάγκης (*duress*), *Hostage* – δίκη προσώπων που διέπραξαν ή συμμετείχαν σε ομαδικές εκτελέσεις και εκκαθαρίσεις αντιστασιακών στοιχείων κατά την κατοχή στα βαλκάνια, *High Command* – δίκη επιτελικών αξιωματικών που ασχολήθηκε με την ποινική ευθύνη όσων καταρτίζουν ή διαβιβάζουν εγκληματικές διαταγές της επιτελικής διοίκησης σε κατώτερους αξιωματικούς προς εκτέλεση, Lippman M. R., ο.π., σελ.185-203

⁵⁹ Lippman M. R., ο.π., σελ.20, βλ. Και Gaeta P., The defense of superior orders: The statute of the International Criminal Court versus customary international law, European Journal of International Law, vol. 10, 1999, σελ. 181

choice standard) που το ίδιο το ΔΣΔ της Νυρεμβέργης έθεσε πρώτο⁶⁰, επεκτάθηκε ερμηνευτικά προς την κατεύθυνση της κατάστασης ανάγκης: η προσταγή έγινε δεκτό πως λειτουργεί ως ελαφρυντικό της ποινής στις περιπτώσεις που παράνομη διαταγή εκτελέστηκε προκειμένου ο υφιστάμενος να αποφύγει άμεσο και αναπότρεπτο κίνδυνο⁶¹, καθώς και στην περίπτωση που έγινε προσπάθεια παρεμπόδισης εκτέλεσης τέτοιας διαταγής, μέσω σοβαρά εκπεφρασμένων αντιρρήσεων ή μετασχηματισμού της διαταγής ώστε να είναι όσο το δυνατό περισσότερο ευθυγραμμισμένη με τις αρχές του ανθρωπιστικού δικαίου⁶².

Πέραν όμως της Νυρεμβέργης και των περιφερειακών δικών που διεξήχθησαν στην ίδια νομοθετική βάση, αξιοσημείωτη είναι η υπόθεση *Peleus*, η οποία ασχολήθηκε με την προσταγή το 1945, πριν ακόμα ξεκινήσουν οι διαδικασίες στο ΔΣΔ. Βρετανικό δικαστήριο, εν προκειμένῳ υπό τη βρετανική νομοθεσία, βρέθηκε ενώπιον περίπτωσης βύθισης ελληνικού εμπορικού πλοίου και εκτέλεσης των επιζώντων από γερμανικές δυνάμεις, ιστορικό σχεδόν πανομοιότυπο με τη *Llandovery Castle*. Στην κρίση του το δικαστήριο κατέφυγε μάλιστα και σε παρόμοια κριτήρια περί καταφανώς παρανόμου της διαταγής με την ανωτέρω απόφαση, γεγονός που βρίσκεται σε εμφανή αντιδιαστολή με την ευρύτερη νομοθετική και νομολογιακή στάση της εποχής:

«Το καθήκον υπακοής περιορίζεται στις νόμιμες διαταγές. Δεν υφίσταται καθήκον υπακοής σε μη νόμιμη διαταγή. [...] Αναμφίβολα, ένα δικαστήριο που έρχεται αντιμέτωπο με την επίκληση της προσταγής ως υπεράσπισης για εγκλήματα πολέμου, πρέπει να λάβει υπόψη ότι η υπακοή διαταγών όχι προφανώς παράνομων αποτελεί καθήκον κάθε μέλους των ενόπλων δυνάμεων, το οποίο δεν καλείται, υπό συνθήκες πολεμικής πειθαρχίας, να εξετάσει εξαντλητικά τη νομική ευστάθεια της διαταγής. [...] οι ένοπλες δυνάμεις δεσμεύονται με υπακοή μόνο νομίμων διαταγών και δεν μπορούν

⁶⁰ Υποστηρίζεται ότι η εισαγωγή του moral choice standard απετέλεσε κίνηση σημαντικού μετριασμού της απόλυτης θέσης του καταστατικού, ουσιαστικό μετασχηματισμό της αυστηρής αντιμετώπισης της προσταγής και απομάκρυνση από το συλλήβδην αποκλεισμό οποιασδήποτε επιρροής της στην ποινική ευθύνη του ιεραρχικώς κατωτέρου, *Maogoto J. N.*, ο.π., σελ. 198

⁶¹ Υποστηρίζεται ότι η διαφαινόμενη σχετικοποίηση της απόλυτης στάσης για την προσταγή κατά της επακολουθούσες της κεντρικής δίκης διαδικασίες, ενδεχομένως οφείλεται στην ιδιότητα των κατηγορουμένων ως μεσαίων και κατώτερων στελεχών που αυξάνει τις πιθανότητες λόγω της θέσης τους στη στρατιωτική ιεραρχία να ήταν περισσότερο ευάλωτα σε εξαναγκασμό υπακοής (*coercion*), *Sato H.*, The defense of superior orders in international law: Some implications for the codification of international criminal law, International Criminal Law Review, vol. 9, 2009, σελ. 125

⁶² *Lippman M. R.*, ο.π., σελ.203-204

Η άρση της ευθύνης έπειτα από προσταγή ιεραρχικώς ανωτέρου στο πλαίσιο του διεθνούς ποινικού δικαίου

επομένως να διαφύγουν της ποινικής τους ευθύνης αν υπακούοντας προβούν σε πράξεις που παραβιάζουν αδιαμφισβήτητους κανόνες του πολέμου και προκαλούν το γενικότερο ανθρωπιστικό αίσθημα. [...] Δεν είναι αρκετά εμφανές ότι η εκτέλεση διαταγής αφορά τη δολοφονία ανυπεράσπιστων ναναγών, η διαταγή αυτή δεν είναι νόμιμη, και ότι πρέπει να ήταν προφανές ακόμα και σε ένα άτομο με την πιο βασική νοημοσύνη ότι δεν επρόκειτο για νόμιμη διαταγή;⁶³»

Το παράδειγμα της Νυρεμβέργης, εξαιτίας, σε μεγάλο βαθμό, του βεληνεκούς της υπόθεσης, δημιούργησε τεράστια επιρροή, αλλά παρότι μετά το Β' ΠΠ και καθ' όλη τη διάρκεια του 20^{ου} αιώνα έγιναν προσπάθειες να κωδικοποιηθεί σε συμβατικά κείμενα διεθνούς ισχύος μια συγκεκριμένη στάση έναντι της προσταγής, εν όψει πολιτικών σκοπιμοτήτων στο πλαίσιο του ψυχρού πολέμου, αυτές είτε ναυάγησαν, είτε επίτηδες αγνόησαν εντελώς το ζήτημα. Τη θέση του αρ. 8 του καταστατικού της Νυρεμβέργης μαζί με το στοιχείο της ηθικής επιλογής που προστέθηκε ερμηνευτικά απηχεί η συγκέντρωση των Αρχών της Νυρεμβέργης (Nuremberg Principles) που εκπονήθηκε το 1950 από τη Επιτροπή Διεθνούς Δικαίου (International Law Commission – ICL) του ΟΗΕ, η οποία εν συνεχεία ασχολήθηκε με την κατάστρωση του Κώδικα Εγκλημάτων κατά της Ειρήνης και της Ασφάλειας της Ανθρωπότητας (Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind). Η επιτροπή αρχικά διατήρησε το δόγμα της Νυρεμβέργης, αργότερα όμως κλήθηκε να αποσαφηνίσει το κριτήριο της ηθικής επιλογής και επέλεξε τελικά να μην ασχοληθεί καθόλου με το πεδίο των λόγων άρσης της ποινικής ευθύνης⁶⁴. Ήδη από το 1949 η Διεθνής Επιτροπή του Ερυθρού Σταυρού (International Commission of the Red Cross – ICRC) είχε εισηγηθεί στις εργασίες κατάρτισης της Συνθήκης της Γενεύης την υιοθέτηση της σχετικής προσέγγισης για την προσταγή, ελλείψει όμως συμφωνίας κατά τη συζήτηση, δε συμπεριελήφθη καμία ρύθμιση περί προσταγής στο τελικό κείμενο⁶⁵. Την ίδια αδράνεια επί του ζητήματος επέδειξαν οι δημιουργοί του 1^{ου} Πρόσθετου Πρωτόκολλου το 1977⁶⁶. Η συζήτηση και η διαχρονική διαφωνία της διεθνούς κοινότητας σχετικά με την αξιολόγηση της προσταγής, έχει υποστηριχθεί ότι, καταδεικνύει πως ενδεχομένως η επιλογή της Νυρεμβέργης δεν αποτελεί

⁶³ Απόσπασμα της απόφασης *Peleus*, σε μετάφραση, όπως καταγράφεται σε *Green L. C.*, ο.π., σελ. 82

⁶⁴ *Cassese A., Gaeta P., Jones J. R. W. D.*, ο.π., σελ. 960

⁶⁵ *Sato H.*, ο.π., σελ. 127

⁶⁶ *Cassese A., Gaeta P., Jones J. R. W. D.*, ο.π., σελ. 959-960

Η άρση της ευθύνης έπειτα από προσταγή ιεραρχικώς ανωτέρου στο πλαίσιο του διεθνούς ποινικού δικαίου

εδραιωμένο κανόνα του διεθνούς εθιμικού δικαίου, δεν επιτρέπει όμως και την αναγνώριση με ξεκάθαρο τρόπο μιας άλλης προσέγγισης ως επικρατούσας⁶⁷.

Συνεπώς δεν προκαλεί έκπληξη που σχεδόν μισό αιώνα μετά τη Νυρεμβέργη, τα δύο σημαντικά ad hoc διεθνή στρατιωτικά δικαστήρια που συστήθηκαν κατά τη δεκαετία του '90, αυτά για τη Ρουάντα (International Criminal Tribunal for Rwanda – ICTR) και την πρώην Γιουγκοσλαβία (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia - ICTY)⁶⁸, νιοθέτησαν την προσέγγιση περί απόλυτης ευθύνης του ιεραρχικώς κατωτέρου⁶⁹, επιλέγοντας σχεδόν κατά γράμμα τη διατύπωση του δόγματος της Νυρεμβέργης⁷⁰ ως της καθαρότερης και ασφαλέστερα παγιωμένης θέσης και αποφεύγοντας να πάρουν θέση στο διαρκή διάλογο που περιέβαλε την προσταγή κατά το δεύτερο μισό του 20^{ου} αιώνα.

Παρ' όλα αυτά, η έλλειψη consensus στην προσπάθεια διεθνούς κωδικοποίησης και η αποκλίνουσα δικαστηριακή πρακτική, ακόμα και σε διεθνές επίπεδο και μάλιστα κατά παρέκκλιση διεθνών κειμένων με αυστηρό υπέρ της απόλυτης απαγόρευσης γράμμα⁷¹, αλλά βέβαια και η αντίθετη στάση στη ρύθμιση του ζητήματος της προσταγής σε εθνικό επίπεδο⁷², ενδεχομένως καταδεικνύουν ότι η προσέγγιση της Νυρεμβέργης δεν απετέλεσε και εγκαθίδρυση μιας νέας αρχής του εθιμικού διεθνούς δικαίου. Την πολυπλοκότητα του θέματος έρχεται να ενισχύσει στα τέλη της δεκαετίας του '90 η ρύθμιση που νιοθετεί για την προσταγή το

⁶⁷ Liang J., ο.π., σελ. 877

⁶⁸ Καθώς επίσης και αυτά για το Τάιμορ (Panel for Timor – Leste), το Λίβανο (Special Tribunal for Lebanon), τη Σιέρα Λεόνε (Special Court for Sierra Leone) και το Ιράκ (Iraqi Special Tribunal), Liang J., ο.π.

⁶⁹ Αξιοσημείωτη είναι πάντως η έντονη προσπάθεια της αμερικανικής αντιπροσωπείας στο Συμβούλιο Ασφαλείας υπό τη Madeline Albright να πείσει τα μέλη να υιοθετηθεί στο καταστατικό του ICTY αποκλεισμός της άρσης της ευθύνης από την προσταγή μόνο σε περιπτώσεις καταφανώς παρανόμων διαταγών και όχι a priori για οποιαδήποτε διαταγή, Gaeta P., ο.π.

⁷⁰ Maogoto J. N., ο.π., σελ. 204

⁷¹ Βλ. σχόλιο για αποκλίσεις από το αυστηρό γράμμα του νόμου στις αποφάσεις δικαστηρίων του Control Council Law N. 10 ανωτέρω.

⁷² Πρέπει να σημειωθεί ότι ακόμη και μετά τη Νυρεμβέργη οι περισσότερες εθνικές ποινικές νομοθεσίες, στρατιωτικές και μη, ενέμειναν σε μια σχετικοποιημένη προσέγγιση, χρησιμοποιώντας κριτήρια περί γνώσης του παρανόμου της διαταγής ή του προδήλως παρανόμου αυτής – εξέλιξη που σε μεγάλο βαθμό αποτελεί επιλογή της εθνικής έννομης τάξης να διαχειριστεί με περισσότερη επιείκεια τα υποκείμενά της σε συνδυασμό με το γεγονός ότι κατά πάσα πιθανότητα οι παραβιάσεις του ανθρωπιστικού δικαίου σε αμιγώς εθνικό επίπεδο δεν αναμένεται να είναι τέτοιας έκτασης και βαρύτητας ώστε να επισύρουν μια αυστηρή και αυτόματη ολοσχερή απόρριψη οποιασδήποτε προστασίας του ιεραρχικώς κατωτέρου δράστη αυτών από την προσταγή, Gaeta P., ο.π., σελ. 178-179

Η άρση της ευθύνης έπειτα από προσταγή ιεραρχικώς ανωτέρου στο πλαίσιο του διεθνούς ποινικού δικαίου

Καταστατικό του Διεθνούς Ποινικού Δικαστηρίου, όπως θα αναλυθεί κατωτέρω, υπέρ μιας υπό προϋποθέσεις άρσης της ποινικής ευθύνης του υφισταμένου, σε αντίθετη δηλαδή κατεύθυνση με το απόλυτο δόγμα της Νυρεμβέργης.

3 Οι τρεις προσεγγίσεις της προσταγής στο διεθνές ποινικό δίκαιο

Όπως ήδη καταδείχθηκε, η αντιμετώπιση της ποινικής ευθύνης του ιεραρχικώς κατωτέρου που διαπράττει διεθνή εγκλήματα υπό προσταγές χαρακτηρίζεται διαχρονικά από αμφιταλάντευση. Ακόμη και αν είναι δυνατό να υποστηριχθεί ότι στο χώρο του σύγχρονου διεθνούς ποινικού δικαίου το τοπίο γύρω από την προσταγή αποκρυσταλλώνεται με τις σχετικές επιλογές του καταστατικού ενός διεθνούς δικαιοδοτικού οργάνου, θέση που, όπως θα θιγτεί κατωτέρω, αμφισβητείται στη θεωρία, είναι σίγουρα χρήσιμη μια προσεκτικότερη ματιά στις τρεις διαχρονικά επικρατούσες προσεγγίσεις. Και αυτό, τόσο για ιστορικούς λόγους, όσο κυρίως διότι διαφωτίζει το σκεπτικό, τις αλληλοσυγκρουόμενες προτεραιότητες και τις εκάστοτε διαφορετικές αξιολογήσεις που διαμόρφωσαν τη θέση του διεθνούς ποινικού δικαίου και συνεχίζουν να έχουν επιρροή επί του ζητήματος και σήμερα. Τα χαρακτηριστικά κάθε διαφορετικής κατεύθυνσης είναι βέβαια άρρηκτα συνδεδεμένα με την ιστορική συγκυρία, όπως παρατέθηκε ανωτέρω, και τις δικαιοπολιτικές επιλογές που αυτή επιβάλλει.

3.1 Αρχή της πλήρους άρσης της ευθύνης (Respondeat Superior doctrine)

Όπως αναφέρθηκε, η πρώτη και παραδοσιακή θέση επί του ζητήματος αντιλαμβανόταν την προσταγή του ιεραρχικώς ανωτέρου ως λόγο πλήρους, αυτόματης και μάλιστα *a priori* άρσης της ευθύνης του πράττοντος υφισταμένου⁷³. Στην περίπτωση παραβίασης του δικαίου του πολέμου, του διεθνούς δικαίου ή του ανθρωπιστικού δικαίου από την πράξη του ιεραρχικώς κατωτέρου που «απλά εκτελούσε διαταγές», η ποινική ευθύνη βέβαια δεν απαλείφεται ολοκληρωτικά, ούτε νοείται ως εξ υπαρχής ανύπαρκτη, αλλά μετακυλύεται⁷⁴ αποκλειστικά στον ανώτερο που εξέδωσε τη διαταγή. Πρόκειται λοιπόν για επιλογή που καταφάσκει μόνο την ευθύνη της διοικούσας αρχής (command responsibility), στο επίπεδο της ατομικής ποινικής ευθύνης πάντα, και ποτέ του υφισταμένου.

Στο πεδίο τώρα της επιρροής της στο γνωστό δίλημμα του στρατιώτη, αυτό στην ουσία προσπερνάται με την πλήρη «κάλυψη» που του παρέχει η διαταγή, η οποία τίθεται ως φωτεινό σημείο αναφοράς: υπακοή σε κάθε διαταγή ανωτέρου με

⁷³ Bakker J. L., Obedience to superior orders, American Journal of Criminal Law, vol. 17, 1989, σελ. 57

⁷⁴ Bakker J. L., o.p.

Η άρση της ευθύνης έπειτα από προσταγή ιεραρχικώς ανωτέρου στο πλαίσιο του διεθνούς ποινικού δικαίου

μηδενικό κόστος για τον κατώτερο ή αλλιώς καμία ποινική ευθύνη με μοναδικό αντάλλαγμα την πλήρη υπακοή⁷⁵. Η ανάδυση της στάσης αυτής μπορεί να εντοπισθεί σε προηγούμενους αιώνες, οπότε και το συγκεκριμένο δόγμα παραδοσιακά επεκράτησε, όταν το κόστος της ανυπακοής για το στρατιώτη μπορούσε να είναι μέχρι και ο θάνατος⁷⁶ – διαμορφώνοντας έτσι ένα ξεκάθαρο όριο: «ασυλία» για την παρανομία που έπειται της υπακοής, βαρύτατες ποινές για την ανυπακοή.

Σκοπός της προσέγγισης αυτής είναι προφανώς η ενίσχυση της στρατιωτικής πειθαρχίας που ανάγεται σε υπέρτατη προτεραιότητα στο πλαίσιο της στρατιωτικής αποτελεσματικότητας, ακόμη και εις βάρος της νομιμότητας⁷⁷. Η δικαιολογητική βάση της στηρίζεται σε μια έκφανση της έννοιας της άγνοιας του δικαίου ή της νομικής πλάνης, στην άποψη δηλαδή ότι ο απλός στρατιώτης δεν διαθέτει τα κατάλληλα γνωστικά εφόδια προκειμένου να εισέλθει σε μια διαδικασία επίλυσης του διλήμματος, μέσω μιας ενημερωμένης αξιολόγησης του χαρακτήρα της διαταγής⁷⁸. Επιπλέον, δικαιολογητικό έδαφος βρίσκει η αρχή *respondeat superior* στην έννοια ενός ιδιότυπου καταναγκασμού ή μιας κατάστασης ανάγκης (*compulsion/duress*), η οποία μπορεί να θεωρηθεί ότι πηγάζει από τη βεβαιότητα της σκληρής τιμώρησης σε περίπτωση μη συμμόρφωσης με την προσταγή. Περαιτέρω υποστηρίχθηκε από ωφελιμιστικής χροιάς θεωρήσεις ότι κάτι τέτοιο δε συνάδει καν με τη θέση του στρατιώτη και με την εκπαίδευση του ως εκτελεστικό όργανο-γρανάζι μέσα σε μια ευρύτερη πολεμική μηχανή, όπου η άμεση και αναντίρρητη υπακοή σε διαταγές γίνεται δεύτερη του φύση⁷⁹.

Αναμφισβήτητα, το στοιχείο της υπακοής είναι άκρας σημασίας τόσο για τη διοικητική οργάνωση, όσο και για την επιχειρησιακή ετοιμότητα και αποτελεσματικότητα των ενόπλων δυνάμεων, ενός συνόλου μονάδων και ατόμων, ενός συστήματος που, για την εξυπηρέτηση των εξωτερικών του σκοπών, πρέπει να χαρακτηρίζεται από την πειθαρχημένη αλληλεξάρτηση και αλληλοσυνδρομή των

⁷⁵ Seal J., Superior orders as a defense before the International Criminal Court, ISIL Yearbook of International and Refugee Law, vol. 12-13, σελ. 212

⁷⁶ Liang J., ο.π., σελ. 879

⁷⁷ Insco J. B., ο.π., σελ. 392

⁷⁸ Seal J., ο.π. και Bakker Jeanne L., ο.π., σελ. 58

⁷⁹ Η Bakker παραθέτει γλαφυρά την άποψη αυτή: «η συνήθεια της υπακοής που ο στρατός μεταγγίζει στο ίδιο το αίμα του στρατιώτη την καθιστά δεύτερη φύση, παραλύοντας την ελεύθερη βούληση και τις νοητικές ικανότητες, και μετατρέποντας τους στρατιώτες σε μαριονέτες που αντιδρούν αυτόματα σε κάθε διάθεση ή καπρίτσιο των ανωτέρων που κινούν τα νήματα», σε μετάφραση, Bakker J. L., ο.π., σελ. 61

μερών στο εσωτερικό του. Η στρατιωτική πειθαρχία πρέπει λοιπόν να θεωρηθεί εγγενής απαράβατη αναγκαιότητα, δεν φαίνεται όμως αυτονόητο ότι αυτό μπορεί να γίνει με κάθε κόστος, ως δηλαδή το σημείο που η στρατιωτική αναγκαιότητα θα φτάσει να αγνοεί πλήρως τη νομιμότητα και να αντίκειται στις παραδεδεγμένες αρχές μιας ευνομούμενης κοινωνίας, όσο ισχνές κι αν φαντάζουν αυτές εν καιρώ πολέμου, προκειμένου να εξυπηρετήσει τους στόχους της⁸⁰.

Το επιχείρημα περί του ακατάλληλου του απλού στρατιώτη να αναγνωρίσει τον παράνομο χαρακτήρα της προσταγής αντικρούστηκε πανηγυρικά σε μια από τις δίκες που ακολούθησαν την κύρια διαδικασία στη Νυρεμβέργη, αυτή των ταγμάτων θανάτου (*Einsatzgruppen Case*), μονάδων των SS που ακολουθούσαν τις δυνάμεις του τακτικού γερμανικού στρατού κατά την προέλασή του στο ανατολικό μέτωπο και σκορπούσαν το θάνατο σε Εβραίους, μέλη της αντίστασης και σοβιετικούς αξιωματούχους. Το δικαστήριο διακήρυξε ότι:

«η υπακοή ενός στρατιώτη δεν είναι αυτόματη, αλλά αντίθετα αυτός αποτελεί μια έλλογη μονάδα. Δεν αντιδρά, ούτε πρέπει να αναμένεται να αντιδρά ως μηχανή. Είναι λανθασμένη η ευρέως διαδεδομένη άποψη ότι ο στρατιώτης επιβάλλεται να υπακούει σε οποιαδήποτε διαταγή ανωτέρου»⁸¹⁸².

Περαιτέρω, υποστηρίζεται ότι οι τεχνολογικές εξελίξεις έχουν μεταβάλει στη σύγχρονη εποχή άρδην τον τρόπο διεξαγωγής των ενόπλων συγκρούσεων, με αποτέλεσμα πλέον η άτεγκτη στρατιωτική πειθαρχία να μη διαδραματίζει εκ των πραγμάτων κεντρικό ρόλο για τη στρατιωτική αποτελεσματικότητα⁸³. Πλέον η

⁸⁰ Η Liang τονίζει ότι ραγδαία ανάπτυξη και κωδικοποίηση του διεθνούς δικαίου τους τελευταίους αιώνες και η είσοδος του, πέρα από την κρατική/δημόσια σφαίρα, και στην ατομική, με τη σταδιακή ανάπτυξη της ατομικής ποινικής ευθύνης και στο διεθνές επίπεδο, μαρτυρά την αιχμηρή αντίθεση του δόγματος *respondeat superior* με τη σύγχρονες δικαιικές θεωρήσεις, Liang J., ο.π., σελ. 880

⁸¹ Κείμενο της απόφασης, σε μετάφραση, όπως μεταφέρεται από Bakker J. L., ο.π., σελ. 62

⁸² Παρά την ηχηρή απόρριψη ενός δόγματος πλήρους άρσης της ευθύνης του υφισταμένου ήδη από το τέλος του Β' ΠΠ, η προσέγγιση αυτή απετέλεσε αρκετά αργότερα, ανεπιτυχώς, τη βασική υπερασπιστική γραμμή του Adolf Eichmann, στη δίκη του που διεξήχθη στην Ιερουσαλήμ το 1961. Όταν το δικαστήριο του επισήμανε ότι στη Νυρεμβέργη είχαν καταδικαστεί σε θάνατο για τη συμμετοχή τους στο ολοκαύτωμα των εβραίων πολλά σημαίνοντα πρόσωπα του Ναζιστικού καθεστώτος, αυτός αντέκρουσε ότι όλοι εκείνοι έδιναν διαταγές και καλώς τους αποδόθηκαν ευθύνες. Αντιθέτως, υποστήριξε, αυτός που εκτελεί διαταγές δεν βαρύνεται με ποινική ευθύνη, καθώς μόνο να τις υπακούσει μπορεί, ενώ αυτοί που τις εκδίδουν μπορούν να τις μεταβάλουν ή να τις αποσύρουν, Bakker J. L., ο.π., σελ. 58

⁸³ Liang J., ο.π.

τελευταία βασίζεται στην εκπαίδευση και εξειδίκευση του προσωπικού ανά τομέα και αντικείμενο δράσης, που συνεπικουρείται σε τέτοιο βαθμό από τεχνολογικά μέσα, που η παραδοσιακή πειθαρχία μιας μονάδας πεζικού καθίσταται δευτερευούσης σημασίας⁸⁴. Την ίδια στιγμή η χαλάρωση των ποινών στο στρατιωτικό δίκαιο παγκοσμίως καθιστά το κόστος της ανυπακοής λιγότερο σοβαρό, καθιστώντας συνεπώς και την a priori λύση του διλήμματος υπέρ της υπακοής υπερβολική⁸⁵.

Τέλος η προσέγγιση της πλήρους άρσης της ευθύνης του κατωτέρου, που, όπως, αναφέρθηκε οδηγεί σε μετακύλυση αυτής στα ανώτερα ιεραρχικά στρώματα, δημιουργεί ένα ενδεχομένως απαράδεκτα ευρύ πεδίο ατιμωρησίας για βαρύτατες παραβάσεις του δικαίου. Ιδιαίτερα σε συστήματα με συγκεντρωτική ιεραρχική/διοικητική οργάνωση το ζήτημα γίνεται εντονότερο, καθώς η μετάθεση της ευθύνης προς τα πάνω μπορεί να οδηγήσει στον παραλογισμό να μπορεί να διωχθεί τελικά μόνο ο ανώτατος στρατιωτικός ή πολιτικός ηγέτης⁸⁶.

Συμπερασματικά, το δόγμα *respondeat superior* κρίνεται ανεπαρκές τόσο πρακτικά όσο και δογματικά, καθώς αποφεύγεται οποιαδήποτε ουσιαστική στάθμιση και η προσταγή αξιολογείται μόνο επιφανειακά, στο επίπεδο απλά και μόνο της επίσημης ύπαρξης της, ανεξαρτήτως του πόσο αυτή πραγματικά επηρεάζει την ευθύνη του κατωτέρου ιεραρχικώς. Θεωρείται επίσης υπερβολικά περιορισμένη ως αρχή, αφού δημιουργεί έναν πολύ μικρό ή και ανύπαρκτο κύκλο απόδοσης ποινικής ευθύνης, προστατεύοντας ακόμη και δράστες που είχαν προσωπική γνώση του παρανόμου της διαταγής ή ακόμη επιδοκίμαζαν την άδικη πράξη την οποία εκτέλεσαν υπό την «ασπίδα» της⁸⁷.

Το συγκεκριμένο δόγμα έχει πλέον εγκαταλειφθεί πλήρως, τόσο από την εθνική και διεθνή νομοθετική αντιμετώπιση της προσταγής, όσο και από τη νομολογία, ως μη συμβαδίζον με τη σύγχρονη θεώρηση της ατομικής ποινικής ευθύνης και το επίκεντρο του προβληματισμού, ειδικά μετά το προηγούμενο της Νυρεμβέργης, έχει πλέον οριστικά απομακρυνθεί από το πεδίο της πλήρους άρσης της ποινικής ευθύνης του ιεραρχικώς κατωτέρου.

⁸⁴ *Liang J.*, ο.π., σελ. 885-886

⁸⁵ *Liang J.*, ο.π., σελ. 880

⁸⁶ *Gaeta P.*, ο.π., σελ. 175

⁸⁷ *Inscos J. B.*, ο.π., σελ. 393

3.2 Αρχή της πλήρους/απόλυτης ευθύνης (absolute liability/ Nuremberg doctrine)

Ακριβώς στον αντίποδα της αρχής *respondeat superior* βρίσκεται η προσέγγιση περί απόλυτης ευθύνης του ιεραρχικώς κατωτέρου, όπως αυτή αποκρυσταλλώθηκε από το καταστατικό του ΔΣΔ της Νυρεμβέργης. Σύμφωνα με αυτή, όπως καταδείχθηκε ήδη, η προσταγή ανωτέρου δεν δύναται ποτέ να άρει την ποινική ευθύνη του υφισταμένου που παραβιάζει το νόμο εκτελώντας τις επιταγές της, με άλλα λόγια δεν έχει καμία επιρροή στην κατάφαση ή μη της ενοχής του⁸⁸. Μόνη συμβολή της προσταγής στην ελάφρυνση της θέσης του χωρεί στο σημείο της επιμέτρησης της ποινής, όπου η προσταγή μπορεί να λειτουργήσει προς μείωσή της.

Η προσέγγιση αυτή βασίζεται στη θέση περί υπεροχής του φυσικού δικαίου και της ηθικής, όπως ενσαρκώνονται από το δίκαιο το πολέμου και το διεθνές ανθρωπιστικό δίκαιο, έναντι άλλων σκοπιμοτήτων, η οποία επιτάσσει την προτεραιότητα της νομιμότητας επί της στρατιωτικής αναγκαιότητας και πειθαρχίας. Η προσέγγιση αυτή επομένως επιτάσσει την υπακοή μόνο νομίμων διαταγών⁸⁹ και επιβάλλει ανυπακοή των παρανόμων επί ποινή απόδοσης πλήρους ποινικής ευθύνης στον ιεραρχικώς κατώτερο για την παρανομία που διέπραξε στο πλαίσιο εκτέλεσης της παράνομης διαταγής⁹⁰.

Μια τέτοια απόλυτη στάση προς την προσταγή μπορεί να νοηθεί ως η μόνη δικαιικά επιτρεπτή στο πλαίσιο μιας κοινωνίας που επιθυμεί να οδηγείται από ανθρωπιστικές αξίες και να τις περιφρουρεί σθεναρά, ειδικά στην περίπτωση ειδεχθών διεθνών εγκλημάτων όπως αυτά που απασχόλησαν τη δίκη της Νυρεμβέργης, βασισμένη κυρίως σε μια πανανθρώπινη ηθική δικαιοσύνη και στην ανάγκη ικανοποίησης του περί δικαίου αισθήματος. Δεν είναι όμως λιγότερο

⁸⁸ Bakker J. L., ο.π., σελ. 63

⁸⁹ Ο βασικός άξονας της προσέγγισης αυτής, πέραν των προβλέψεων των καταστατικών των ΔΣΔ της Νυρεμβέργης και του Τόκου, εμπεδώθηκε και νομολογιακά στο κείμενο της απόφασης *Einsatzgruppen*: «*Μια διαταγή, για να επισύρει την υπακοή της, πρέπει να αφορά στρατιωτικά καθήκοντα. [...] Όσα δεν εμπεριέχονται σε αυτά, ο στρατιώτης δεν υποχρεούται να τα πράξει. Ακόμη και αν η διαταγή αφορά σε στρατιωτική δραστηριότητα, αυτή πρέπει να συμπεριλαμβάνεται σε εκείνες που ο ανώτερος είναι εξουσιοδοτημένος, υπό τις παρούσες συνθήκες, να δώσει. Ο υφιστάμενος υποχρεούται σε υπακοή μόνο των νόμιμων διαταγών του ανωτέρου του.*», σε μετάφραση, όπως μεταφέρεται σε Bakker J. L., ο.π., σελ. 64

⁹⁰ Ο Locke σημειώνει ότι η υπακοή νοείται μόνο ως υπακοή στο νόμο και υποχωρεί όταν αυτός παραβιάζεται – δεν νοείται βούληση ή εξουσία άλλη από αυτή του νόμου. Στο ίδιο πνεύμα και ο Grotius: «*Αν η αρχές εκδώσουν διαταγή αντίθετη με το φυσικό δίκαιο ή με τις θεϊκές επιταγές αυτή οφείλει να μείνει ανεκτέλεστη*», σε μετάφραση, Liang J., ο.π., σελ. 880

υπεραπλουστευτική από την διαμετρικώς αντίθετή της, μολονότι προς το αντίθετο άκρο.

Και αυτό διότι βασίζεται στη λανθασμένη προϋπόθεση ότι η υφή μιας διαταγής, ο παράνομος ή μη χαρακτήρας αυτής είναι ξεκάθαρος και απολύτως ευδιάκριτος στον ιεραρχικώς κατώτερο, στον απλό στρατιώτη⁹¹. Έχει κατακριθεί δε ως υπερβολικά γενικευτική, διότι τόσο η ίδια η ουσία της διαταγής, η πολυσύνθετη φύση των όσων επιτάσσει, αλλά και ο τρόπος που αυτή διατυπώνεται και μεταφέρεται, και ακόμα περισσότερο ο τρόπος, ο χρόνος και οι συνθήκες υπό τις οποίες ο υφιστάμενος καλείται να την αξιολογήσει, δεν οδηγούν κατά λογική αναγκαιότητα στην ορθή αναγνώριση της ως νόμιμης ή μη. Επιπλέον, ο απλός στρατιώτης ενδεχομένως δεν διαθέτει την κατάλληλη εκπαίδευση, τα γνωστικά εφόδια, την κριτική σκέψη, αλλά και πρόσβαση σε όλες της απαραίτητες πληροφορίες. Οι ακραίες καταστάσεις ενός πεδίου μάχης ενδεχομένως θα θόλωναν την κρίση ενός έμπειρου και καλά εκπαιδευμένου ανώτερου αξιωματικού, με πλήρη ενημέρωση επί των τακτικών σχεδίων και σκοπών που επιτελεί η εκτέλεση μιας διαταγής στο γενικότερο πλαίσιο της επιχειρησιακής στρατηγικής, πόσο μάλλον δε αυτή ενός απλού στρατιώτη⁹².

Η απόδοση ευθύνης στον υφιστάμενο σε κάθε περίπτωση, φαίνεται μάλιστα να παραγκωνίζει το καθόλα υπαρκτό δίλημμα του στρατιώτη, αν δεν το επιτείνει κιόλας: ο ιεραρχικώς κατώτερος θα υποστεί έτσι κι αλλιώς τις συνέπειες μιας επιλογής που τον βαραίνει επιτακτικά, την οποία όμως δεν είναι απαραίτητα σε θέση να κάνει, από τη στιγμή που η αναγνώριση του χαρακτήρα της διαταγής δεν είναι μια απλή διαδικασία – να υπακούσει επωμιζόμενος την ποινική ευθύνη εκ της πράξης του αν η διαταγή εκ των υστέρων κριθεί παράνομη, ή να τιμωρηθεί, συνήθως βαριά, για ανυπακοή αν δε ρισκάρει να εκτελέσει μια διαταγή της οποίας η νομιμότητα δεν είναι σίγουρη. Καμία από τις πιθανές εναλλακτικές που αντιμετωπίζει ο υφιστάμενος δεν του επιτρέπει να δράσει σύμφωνα με τις επιταγές της νομιμότητας χωρίς να κινδυνεύει από τις δυσβάσταχτες συνέπειες της στρατιωτικής ανυπακοής⁹³.

⁹¹ *Inscō J. B.*, ο.π., σελ. 391

⁹² *Inscō J. B.*, ο.π.

⁹³ *Bakker J. L.*, ο.π., σελ. 65

Η άρση της ευθύνης έπειτα από προσταγή ιεραρχικώς ανωτέρου στο πλαίσιο του διεθνούς ποινικού δικαίου

Όσον αφορά τώρα στην άμβλυνση της απόλυτης ευθύνης από την ερμηνευτική προσθήκη του κριτηρίου της ηθικής επιλογής⁹⁴ στη δίκη της Νυρεμβέργης, η προσοχή συγκεντρώνεται στην ίδια τη διαμόρφωση του κριτηρίου αυτού. Στη θεωρία κατακρίθηκε ως κριτήριο δημιουργημένο με σημείο αναφοράς την ηθικώς αποδεκτή συμπεριφορά ενός πολίτη σε ειρηνικές συνθήκες που όμως εφαρμόστηκε σε πραγματικά περιστατικά που απείχαν πολύ από μια τέτοια κατάσταση, αγνοώντας το γεγονός ότι οι ιδιαίτερες συνθήκες και ο τρόπος που αυτές επηρεάζουν το άτομο τόσο διαχρονικά όσο και στιγμιαία⁹⁵, μπορούν αναπόφευκτα να στενέψουν και τις δυνατότητες του για ηθική αντίληψη των πραγμάτων και να μπλοκάρουν επιλογές που σε ομαλές συνθήκες θα ήταν προσβάσιμες αλλά τώρα παρουσιάζονται απαγορευτικές ή να καταστήσουν κάποιες κανονικά απαράδεκτες ηθικά οδούς ως τις μόνες εφικτές⁹⁶.

Συμπερασματικά, η ακραία στενότητα της θέσης περί πλήρους ευθύνης, έχει κατακριθεί για το ότι προσεγγίζει σχεδόν τα όρια της αντικειμενικής ευθύνης, προσπερνώντας την αρχή της ενοχής και το τεκμήριο αιθωότητας με μια *ex post* κρίση επί της νομιμότητας της διαταγής⁹⁷. Διαμορφώνεται έτσι ένα ευρύτατο πεδίο

⁹⁴ Σύμφωνα με τον May, η δυσκολία της εξαγωγής ενός πράγματι παγκόσμιου ηθικού κανόνα οδήγησε στην υιοθέτηση μιας μινιμαλιστικής προσέγγισης που επικεντρώνεται κυρίως στο βασικό και αδιαμφισβήτητο συμφέρον ασφαλείας των πολιτών. Ακόμη όμως και σε αυτό το βασικό επίπεδο η αναγνώριση μιας ηθικώς δέουσας συμπεριφοράς εμπεριέχει την προϋπόθεση μιας βασικής ηθικής αντίληψης εκ μέρους του απλού στρατιώτη που καλείται να ενεργήσει μέσα στις πιο αντίξοες και απαιτητικές συνθήκες, May L., *Crimes against humanity: A normative account*, Cambridge University Press, 2005, σελ. 183.

⁹⁵ Περαιτέρω προβληματική φαίνεται η προσπάθεια αναγόρευσης σε κανόνα μιας ηθικής αντίληψης και συμμόρφωσης με ηθικές επιλογές, όταν η παραμικρή διαφοροποίηση στις συνθήκες που αντιμετωπίζει κάθε υποκείμενο, καθώς και στον τρόπο που βιώνει, επεξεργάζεται και φιλτράρει τις συνθήκες αυτές, μπορεί να επιφέρει σημαντικές διαφοροποιήσεις στη διαμόρφωση ηθικών κριτηρίων. Επίσης τέτοια κριτήρια είναι εξ αρχής ακατάλληλα αν εδράζονται σε συνθήκες μακρινές από αυτές που αντιμετωπίζει το υποκείμενο – δεν μπορούμε να αξιολογήσουμε ηθικά τη συμπεριφορά κάποιου υπό συνθήκες μάχης αν δεν συνυπολογίσουμε ακριβώς αυτές τις συνθήκες. Ενδεχομένως τότε πολλά κριτήρια ηθικώς αναμενόμενης και αποδεκτής συμπεριφοράς να μην ευσταθούν και να αναστρέφονται, πχ. Η φυσιολογική αντιμετώπιση υπό ειρηνικές συνθήκες ενός αγνώστου ως ακίνδυνου ατόμου μέχρι αποδείξεως του εναντίου, αναστρέφεται υπό εχθρικές συνθήκες, όποτε ο άγνωστος πρέπει να αποδείξει ο ίδιος τις φιλικές του διαθέσεις, May L., ο.π., σελ. 187.

⁹⁶ Κατά τον May, ως ηθική επιλογή ορίζεται η ύπαρξη εναλλακτικών οδών δράσης που θεωρούνται ηθικά επιτρεπτές αλλά και λογικώς αποδεκτές για το δρών υποκείμενο. Συνεπώς η ύπαρξη ηθικής επιλογής καταφέσκεται όταν όχι μόνο υπάρχει εναλλακτική που δεν παραβιάζει κάποιες βασικές ηθικές επιταγές, αλλά και όταν ταυτόχρονα η εναλλακτική αυτή δεν συνοδεύεται από μεγάλη πιθανότητα το υποκείμενο να υποστεί δυσμενείς συνέπειες ακλούθωντας την, May L., ο.π., σελ. 193

⁹⁷ Liang J., ο.π., σελ. 881

απόδοσης ποινικής ευθύνης⁹⁸, αυτομάτως και χωρίς καμία προϋπόθεση σε όλους τους υφισταμένους και αποκλείεται εξ αρχής ένα υπερασπιστικό μέσο εξαιτίας και μόνο της ύπαρξης της διαταγής και όχι της αξιολόγησης της επιρροής αυτής επί της ενοχής του δράστη⁹⁹. Δεν είναι ασήμαντη φυσικά η τοποθέτηση της προσταγής στο επίπεδο της επιμέτρησης, όπου σε πολλές περιπτώσεις η κατάγνωση πολύ μικρών ποινών στην πράξη αναίρεσε τον αυστηρό χαρακτήρα της απόλυτης προσέγγισης, αφήνοντας παρ' όλα αυτά ανέπαφο το βαρύ στύγμα του εγκληματία πολέμου στους καταδικασθέντες¹⁰⁰. Επίσης θεωρείται και πρακτικά ανεπαρκής στο βαθμό που η υπεροχή ηθικών αρχών παραμερίζει εντελώς την πραγματική ανάγκη μιας εύρυθμα λειτουργούσας στρατιωτικής οργάνωσης, που αναπόφευκτα βασίζεται στην πειθαρχία. Η τελευταία υποσκάπτεται από την προσέγγιση αυτή, καθώς οι ιεραρχικώς κατώτεροι, υπό την αβεβαιότητα για το νόμιμο της διαταγής και το φόβο των συνεπειών από την εκτέλεση μιας παράνομης τέτοιας διαταγής – της δίκης τους δηλαδή για εγκλήματα πολέμου – ενθαρρύνονται να προβούν σε πράξεις ανυπακοής. Με τη σειρά του αυτό μπορεί να οδηγήσει σε πλήρη αποδιοργάνωση και αναποτελεσματικότητα των ενόπλων δυνάμεων, που είναι φυσικά ανεπιθύμητη¹⁰¹.

Αποτυγχάνεται έτσι η εξένυρεση μιας κατάλληλης ισορροπίας ανάμεσα στην επιταγή προς συμμόρφωση στη νομιμότητα και στην ανάγκη για στρατιωτική πειθαρχία. Την ισορροπία αυτή προσπαθεί να επιτύχει, γεφυρώνοντας τα δύο άκρα, η σχετικοποιημένη προσέγγιση, θέτοντας προϋποθέσεις και κριτήρια που άπτονται όσο το δυνατόν καλύτερα του ζητήματος της αναλογίας αποδιδόμενης ποινικής ευθύνης με την πραγματική ενοχή του υφιστάμενου¹⁰².

⁹⁸ *Inscō J. B.*, ο.π., σελ. 391

⁹⁹ Επιχειρείται κατά μια άποψη ο κατηγορηματικός αποκλεισμός της προσταγής ως υπερασπιστικού μέσου μέσω απλώς και μόνο μιας γλωσσικής χειραγώγησης/διαστροφής ("by mere linguistic manipulation"), *Inscō J. B.*, ο.π., σελ. 392

¹⁰⁰ *Inscō J. B.*, ο.π., σελ. 391

¹⁰¹ Κατά τον *Inscō*, η απόλυτη προσέγγιση προασπίζεται τη νομιμότητα, επιτάσσοντας την απόδοση πλήρους ποινικής ευθύνης αδιακρίτως σε όσους εκτελούν παράνομες διαταγές. Κατ' αυτόν τον τρόπο καταφέρνει ουσιαστικά να εξοστρακίσει εντελώς από το δίλημμα το σκέλος της στρατιωτικής υπακοής *Inscō J. B.*, ο.π.

¹⁰² *Bakker J. L.*, ο.π., σελ. 66

3.3 Σχετική ευθύνη υπό προϋποθέσεις (conditional liability)

Κατά την προσέγγιση αυτή αναζητείται μια μέση οδός που να ανταποκρίνεται πραγματικά τόσο στις επιταγές του δικαίου, όσο και τις πραγματικές αναγκαιότητες που τα υποκείμενά του καλούνται να αντιμετωπίσουν, αλλά πολύ περισσότερο μια λύση που να αντιμετωπίζει επαρκώς δογματικά την προσταγή, στο βαθμό που αυτή όντως επηρεάζει την ευθύνη του δράστη.

Προκρίνεται συνεπώς η τοποθέτηση της προσταγής στο πεδίο ενός δυνάμει λόγου πλήρους άρσης της ποινικής ευθύνης, η οποία όμως αποκλείεται αν συντρέχουν συγκεκριμένες συνθήκες, ή με άλλα λόγια αν δεν πληρούνται κριτήρια, τα οποία αναδύθηκαν διαχρονικά νομολογιακά και αποτυπώνουν τόσο υποκειμενικά όσο και αντικειμενικά χαρακτηριστικά. Κατ’ αρχήν δηλαδή, η προσταγή εν προκειμένω νοείται ως λόγος άρσης της ποινικής ευθύνης και είναι η ίδια η φύση της διαταγής που αποκλείει ή καταφάσκει την ποινική ευθύνη του ιεραρχικώς κατωτέρου¹⁰³.

Κατά το πρώτο κριτήριο, η προσταγή κρίνεται ως προστατευτική του εκτελούντος αυτήν ιεραρχικώς κατωτέρου μόνο στην περίπτωση που δεν είναι προδήλως παράνομη (manifest illegality test/principle). Με άλλα λόγια η συμμόρφωση του υφισταμένου με μια καταφανώς παράνομη διαταγή αποκλείει και την άρση της ευθύνης του. Η εκτέλεση μιας αδιαμφισβήτητα παράνομης προσταγής βρίσκεται εκτός των ορίων προστασίας του δράστη¹⁰⁴, όπου η κατάφορη παραβίαση του ανθρωπιστικού δικαίου γίνεται τόσο έντονη που υπερισχύει οποιασδήποτε άλλης αναγκαιότητας ή σκοπιμότητας. Η συμμόρφωση με καταφανώς παράνομες διαταγές προεξιφλεί έτσι, θέτοντας ένα κατώτατο όριο, την ποινική ευθύνη του υφισταμένου, ο οποίος δε μπορεί παρά να έχει πλήρη γνώση της εγκληματικής φύσης της διαταγής και παρ’ όλα αυτά την εκτελεί. Ουσιαστικά πρόκειται για τη διαμόρφωση ενός αμάχητου τεκμηρίου, που προσδίδει αντικειμενικό χαρακτήρα στο συγκεκριμένο κριτήριο: αρκεί η κατηγορούσα αρχή να επικαλεστεί και να αποδείξει την προδήλως παράνομη υφή της εκτελεσθείσας διαταγής για να καταφαθεί η ευθύνη του ιεραρχικώς κατωτέρου¹⁰⁵.

Προσοχή πρέπει να δοθεί στην έννοια και την έκταση του προφανώς παρανόμου. Πότε μια διαταγή είναι τόσο αδιαμφισβήτητα παράνομη που επισύρει το

¹⁰³ Bakker J. L., ο.π.

¹⁰⁴ Bakker J. L., ο.π.

¹⁰⁵ Bakker J. L., ο.π.

δίχως άλλο την ευθύνη του υφισταμένου που όφειλε να μην την εκτελέσει; Την οριοθέτηση του κριτηρίου φώτισε παραστατικά το Ισραηλινό δικαστήριο στην απόφασή του κατά του *Eichmann*:

«Το αναγνωριστικό στοιχείο μιας «προδήλως παράνομης» διαταγής πρέπει να κυματίζει σαν μαύρη σημαία πάνω από τη διαταγή, ως προειδοποίηση που λέει: «Απαγορεύεται». Δεν έχει εν προκειμένω σημασία ο χαρακτήρας της διαταγής ως επισήμως παράνομης, κρυπτόμενης ή σχεδόν κρυπτόμενης, ή η δυνατότητα να εντοπιστεί η παρανομία από νομικούς, αλλά αναζητείται μια εμφανής και ζεκάθαρη παραβίαση του νόμου, μια συγκεκριμένη και προφανής παρανομία που πηγάζει από την ίδια τη διαταγή, τον εγκληματικό χαρακτήρα αυτής ή των πράξεων που απαιτεί να διαπραχθούν, μια παρανομία που διαπερνά και αναστατώνει την καρδία – αν τα μάτια δεν εθελοτυφλούν και η καρδιά δεν είναι κλεισμένη και διεφθαρμένη. Τέτοιος είναι ο βαθμός του καταφανώς παρανόμου που απαιτείται ώστε να εκμηδενιστεί το καθήκον υπακοής του στρατιώτη και να καταστεί αυτός ποινικά υπεύθυννος για τις πράξεις του»¹⁰⁶

Ο εντοπισμός όμως της έννοιας του προδήλως παρανόμου δεν αρκεί αν δεν τεθεί και ένα σημείο αναφοράς βάσει του οποίου θα αναγνωρίζεται ή όχι η ύπαρξη μιας διαταγής προδήλως παράνομης. Με άλλα λόγια, ανακύπτει το ερώτημα με ποια ακριβώς βάση θα κριθεί το πόσο προφανώς παράνομη ή όχι είναι μια διαταγή, δεδομένου ότι μια απλώς και όχι προφανώς παράνομη διαταγή δεν αποκλείει αυτομάτως την άρση της ποινικής ευθύνης. Εν προκειμένω νομολογιακά φαίνεται να υπερισχύει το κριτήριο του μέσου λογικού ατόμου (*reasonable man*) ή άλλιώς του ατόμου με φυσιολογική αντίληψη των πραγμάτων (*man of ordinary understanding*)¹⁰⁷, αν και υποστηρίζονται στη θεωρία και απόψεις υπέρ του

¹⁰⁶ Σε μετάφραση, όπως μεταφέρεται σε *Bakker J. L.*, ο.π.

¹⁰⁷ Τη συγκεκριμένη θέση έχει υιοθετήσει ο Κανονισμός Στρατιωτικών Δικαστηρίων των ΗΠΑ: «[...]ο λόγος άρσης της ευθύνης όμως δεν συντρέχει όταν οι πράξεις προφανώς εκφεύγουν του πεδίου εξουσιοδότησης, ή η διαταγή είναι τέτοια που ένα άτομο με φυσιολογική αίσθηση και αντίληψη θα την αναγνώριζε ως παράνομη». Σχεδόν επί λέξει η άποψη αυτή επαναλαμβάνεται στην απόφαση *Kinder*, όπου αμερικανός στρατιώτης στον πόλεμο της Κορέας εκτέλεσε κρατούμενο που δεν αποτελούσε απειλή ή δεν επεχείρησε να διαφύγει, έπειτα από διαταγές ανωτέρου: «Δεδομένου ότι η ανθρώπινη ζωή θεωρείται ιερή και κατά του αφανισμού της διατείνονται ηθικοί, θρησκευτικοί και πολιτικοί κανόνες που απαντώνται στο σύνολο της κοινωνίας, θεωρούμε ότι διαταγή επιτάσσει πράξη τόσο προφανώς εκτός του πεδίου εξουσίας του ανώτερου αξιωματικού και τόσο καταφανώς

Η άρση της ευθύνης έπειτα από προσταγή ιεραρχικώς ανωτέρου στο πλαίσιο του διεθνούς ποινικού δικαίου

κριτηρίου του μέσου λογικού στρατιώτη¹⁰⁸ ή του μέσου στρατιώτη υπό τις εκάστοτε συνθήκες του πραγματικού.

Η βάση αυτή καθιστά το manifest illegality test σημαντικά αντικειμενικοποιημένο κριτήριο, καθώς, παρά τις αποκλίνουσες απόψεις, επικρατεί η υιοθέτηση ενός μέσου πήχη, ο οποίος είναι μεν λειτουργικός για την οριοθέτηση των απώτατων άκρων προστασίας που μπορεί να παράσχει στον υφιστάμενο η προσταγή, εν τούτοις δεν είναι δίχως αδυναμίες: η διαταγή που δεν είναι τόσο παράνομη ώστε να αναγνωρισθεί βάσει της αντίληψης του μέσου λογικού ατόμου ως επιτάσσουσα μια κατάφορη παραβίαση του δικαίου οδηγεί στην άρση της ευθύνης του ιεραρχικώς κατωτέρου, ακόμα κι αν ο ίδιος αναγνώριζε προσωπικά τον παράνομο χαρακτήρα της.

Το κενό αυτό έρχεται να καλύψει η δεύτερη προϋπόθεση που είναι υποκειμενική και απευθύνεται στην αντίληψη του εκάστοτε ιεραρχικώς κατωτέρου συγκεκριμένα. Για να αρθεί η ευθύνη του υφισταμένου πρέπει η διαταγή όχι μόνο να μην είναι προδήλως παράνομη, αλλά ο δράστης να μην γνώριζε προσωπικά τον

παράνομη που ο παράνομος χαρακτήρας είναι αδιαμφισβήτητος για ένα άτομο με φυσιολογική αίσθηση και αντίληψη». Στην ίδια απόφαση το δικαστήριο πάντως έλαβε υπόψη του τις ιδιαίτερες συνθήκες του πραγματικού, όπως την απόσταση από το μέτωπο, τη νεαρή ηλικία του κατηγορουμένου, το ικανοποιητικό επίπεδο εκπαίδευσής του και τη στρατιωτική του σταδιοδρομία, για να καταλήξει ότι, ακόμη και υπό αυτές, ένα άτομο με φυσιολογική αντίληψη θα κατάφερνε να διακρίνει το προφανώς παράνομο της διαταγής. Παρόμοια θέση έλαβαν αμερικανικά στρατιωτικά δικαστήρια για υποθέσεις με αντίστοιχο ιστορικό στις αποφάσεις *Keenan* και *Griffen*, *Green L. C.*, ο.π., σελ. 97-100

¹⁰⁸ Ο *Green* επισημαίνει ότι η λήψη υπόψη από το δικαστήριο ιδιαίτερων συνθηκών και χαρακτηριστικών του κατηγορουμένου στις *Kinder*, *Keenan* και *Griffen*, αλλά και η αναφορά στη νομική παιδεία του κατηγορουμένου και στην ιδιότητά του ως δικαστή στην πολύ παλαιότερη *Cooke*, που αναφέρθηκε ανωτέρω, θέτει υπό αμφισβήτηση τη θέση ότι κατάλληλο σημείο αναφοράς για τη διάγνωση του προφανώς παρανόμου είναι απλώς το άτομο με φυσιολογική αντίληψη των πραγμάτων. Αυτό, κατά την άποψη του, φαίνεται εντονότερα σε περιστάσεις εντός του επιχειρησιακού περιβάλλοντος, όπου ο ιδιαίτερος ρόλος του στρατιώτη έρχεται στο προσκήνιο, οπότε προκρίνει το κριτήριο του μέσου λογικού στρατιώτη – σε αυτές τις περιπτώσεις η εκτίμηση ευρύτερου αποδεικτικού υλικού, που αφορά τις γενικότερες συνθήκες μέσα στις οποίες κλήθηκε να δράσει ο κατηγορούμενος, όπως ακριβώς η διάρκεια της εμπλοκής του σε εμπόλεμη ζώνη, το είδος των εχθροπραξιών, το είδος των δυνάμεων του εχθρού και οι μέθοδοι διεξαγωγής της μάχης, συντελούν σε μια δικαιότερη κρίση. Τέλος τονίζει τη σημαντική διαφορά που μπορεί να διαχωρίζει ένα κριτήριο μέσου πολίτη από αυτό του μέσου στρατιώτη και ότι δεν είναι προτιμητέα η υιοθέτηση ενός ενιαίου κριτήριου. Ίσως ο «πήχης» να πρέπει να τίθεται με αμιγώς στρατιωτικά ή πολιτικά κριτήρια, κατά περίπτωση – και πάλι βέβαια μια διαταγή για αδιάκριτη εκκαθάριση ενός ολόκληρου χωριού από όλα τα ζώντα στοιχεία, ανεξαρτήτως ηλικίας ή φύλου, όπως αυτή στην υπόθεση *Calle* (*My Lai Massacre, Vietnam*), δε θα μπορούσε παρά να είναι προδήλως παράνομη ακόμα και για έναν στρατιώτη που αντιμετωπίζει τις δυσχερείς και απειλητικές συνθήκες μιας εμπόλεμης ζώνης, *Green L. C.*, ο.π., σελ. 100-102

παράνομο χαρακτήρα της (personal knowledge/knew or should have known standard)¹⁰⁹.

Φαίνεται, συνεπώς, ότι η συγκεκριμένη προσέγγιση σκιαγραφεί ένα οριοθετημένο με κριτήρια πεδίο, εντός του οποίου η προσταγή λειτουργεί προστατευτικά για τον υφιστάμενο. Στο χώρο αυτό, όπως φάνηκε ήδη, είναι ανεκτή η εκτέλεση διαταγών που είναι μεν παράνομες, αλλά ο πράττων δεν το γνωρίζει και αυτές, σε κάθε περίπτωση, δεν είναι καταφανώς παράνομες. Εδώ μοιάζει να υποχωρεί στο πρόσωπο του απλού στρατιώτη η γενική αρχή του δικαίου *ignorantia juris non excusat*, όχι όμως αδικαιολόγητα, σύμφωνα με άποψη της θεωρίας¹¹⁰, διότι ζητούμενο είναι να αποδοθεί ευθύνη σε αυτόν που κακή τη πίστει επικαλείται άγνοια του νόμου/αξιοποίουν ενώ όφειλε να γνωρίζει. Στην περίπτωση προσταγής απλώς παράνομης ο υφιστάμενος καλόπιστα εμπιστεύεται ότι μια όχι προδήλως παράνομη διαταγή, νομίμως εκδοθείσα από υπεύθυνες αρχές δεν μπορεί παρά να εμπίπτει στο πεδίο της νομιμότητας και να πρέπει να εκτελεστεί, βρίσκεται δηλαδή σε ένα είδος συγγνωστής νομικής πλάνης. Η παραπάνω βασική αρχή του δικαίου όμως δεν εξαλείφεται εντελώς και το κενό ευθύνης εδώ καλύπτεται αναπληρωματικά από την αρχή περί ευθύνης του ανωτέρου (command responsibility). Σε περίπτωση βέβαια που δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις της παροχής προστασίας στον ιεραρχικώς κατώτερο, τότε η δική του ευθύνη, όσο και του ανωτέρου που εξέδωσε την παράνομη διαταγή συντρέχουν παράλληλα¹¹¹.

Κριτική έχει δεχθεί η προσέγγιση αυτή στο βαθμό που θεωρείται ότι τα όρια που τίθενται είναι πολύ ευρέα ή ότι, με άλλα λόγια, ο πήχης, σε ότι αφορά την κατάφαση του προδήλως παρανόμου, τίθεται τόσο ψηλά που σπάνια, παρά μόνο στις πιο στυγερές παραβιάσεις του δικαίου δύναται να αποκλειστεί η προστασία της προσταγής, με αποτέλεσμα η συγκεκριμένη υπερασπιστική γραμμή να είναι ανοιχτή σε κατάχρηση¹¹².

¹⁰⁹ *Seal J.*, ο.π., σελ. 216

¹¹⁰ *Inscō J. B.*, ο.π., σελ. 394-395

¹¹¹ Το πεδίο προστασίας του ιεραρχικώς κατωτέρου εξαντλείται όταν πρόκειται για προδήλως παράνομη διαταγή. Εκεί, στις περιπτώσεις των βαρύτερων παραβιάσεων του ανθρωπιστικού δικαίου δηλαδή, το εμπόδιο της διερεύνησης της προσωπικής γνώσης του παρανόμου της διαταγής ξεπερνιέται πλασματικά, με την υιοθέτηση του αμάχητου τεκμηρίου που αναφέρθηκε ανωτέρω: η διαταγή είναι τόσο εμφανώς παράνομη που ο υφιστάμενος όφειλε να το γνωρίζει, *Inscō J. B.*, ο.π., σελ. 394

¹¹² *Penny C. K.*, ο.π., σελ. 22

Η θέση αυτή περί σχετικής ευθύνης, φαίνεται πάντως να αποτελεί σημαντική μέση οδό καθώς επιτυγχάνει έναν έντιμο συμβιβασμό των δύο αντικρουόμενων προτεραιοτήτων: Στο ευρύ μέσο έδαφος της προβλέπει το επιτρεπτό της προστασίας σε περίπτωση απλώς παρανόμου της διαταγής, αντιμετωπίζοντας ως πλασματικά νόμιμες όσες διαταγές δεν είναι προδήλως παράνομες, διασώζοντας έτσι την πολύτιμη στρατιωτική πειθαρχεία. Ταυτόχρονα αποκλείει την προστασία και προασπίζεται τη νομιμότητα όταν ο παράνομος χαρακτήρας της διαταγής ξεπερνά τη μέση «γκρίζα» ζώνη και γίνεται πλέον καταφανής. Επιπλέον, ταυτόχρονα και εντός του ίδιου του πεδίου προστασίας αυτή ανατρέπεται όταν ο υφιστάμενος είχε προσωπική γνώση επί του (απλώς) παρανόμου.

Όπως προαναφέρθηκε, η μέση αυτή προσέγγιση προτιμήθηκε σε εθνικό επίπεδο και απαντάται σε στρατιωτικούς κανονισμούς αλλά και στους στρατιωτικούς ποινικούς κώδικες διαφόρων κρατών όπως η Γερμανία, η Δανία, η Ελβετία, οι ΗΠΑ, το Ισραήλ, η Ιταλία, η Ελλάδα, η Ισπανία και η Νορβηγία¹¹³.

Σε ό, τι αφορά τις ημέτερες διατάξεις, η προσταγή ορίζεται ως ειδικός λόγος άρσης του αδίκου του εγκλήματος της ανυπακοής στο αρ. 53 παρ. 2 ΣΠΚ. Υιοθετείται και εδώ το κριτήριο του προδήλως παρανόμου και ο υφιστάμενος απαλλάσσεται από την ποινική ευθύνη της ανυπακοής αν δεν εκτέλεσε προδήλως παράνομη διαταγή ή υπηρεσία. Στο αρ. 21 ΠΚ η προσταγή ορίζεται ως γενικός λόγος άρσης του αδίκου.

Η ελαστικότητα της σχετικής υπό προϋποθέσεις ευθύνης απετέλεσε και φωτεινή απόκλιση από το δόγμα της απόλυτης άρσης της ευθύνης αλλά και ενδεχομένως δίκαιη, ως διαλλακτικότερη, παρέκκλιση από το δόγμα της Νυρεμβέργης. Το Καταστατικό του Διεθνούς Ποινικού Δικαστηρίου ήρθε στα τέλη του 20^ο αιώνα να νιοθετήσει, με κάποιες παραλλαγές προς το αυστηρότερο, την προσέγγιση αυτή, όπως θα αναλυθεί κατωτέρω.

¹¹³ Γιαρένη Ε., ο.π., σελ. 26-27

4 Η προσταγή στο Διεθνές Ποινικό Δικαστήριο: Το άρθρο 33 του Καταστατικού της Ρώμης

Τα ανωτέρω καταδεικνύουν τη διαχρονική αμφιταλάντευση του νομοθέτη, της θεωρίας και της νομολογίας επί του ζητήματος της προσταγής. Παρότι αφαιρέθηκε από την «εξίσωση» το απαρχαιωμένο δόγμα *respondeat superior*, που παρά την ανανεωμένη δημοφιλία του στις αρχές του 20^{ου} αιώνα, αναγνωρίστηκε ήδη απ τις απαρχές του Β' παγκοσμίου πολέμου ως απολύτως ανεπαρκές, το ζήτημα δεν έλαβε σαφή απάντηση και παρέμεινε στο επίκεντρο των άλλων δύο αντικρουόμενων προσεγγίσεων σε εθνικό και διεθνές επίπεδο. Δείγμα του ασαφούς κλίματος υπό το οποίο αναπτύχθηκε η προσέγγιση της προσταγής είναι η αποτυχία κωδικοποίησης μιας σχετικής ρύθμισης κατά την εξέλιξη του τελευταίου αιώνα και η χαρακτηριστική αδυναμία εντοπισμού διεθνούς παγιωμένου *opinio juris*. Ή, κατά μια πρώτη ανάγνωση, επικρατούσα απόλυτη θέση, όπως αποτυπώθηκε στο κείμενο των καταστατικών της Νυρεμβέργης και του Τόκυο, αποτέλεσε το παράδειγμα σε διεθνές επίπεδο από τη δεκαετία του '40 και έπειτα, με την επιρροή της να είναι εμφανέστατη ακόμα και μέχρι τη δεκαετία του '90 στα καταστατικά των *ad hoc* διεθνών ποινικών δικαστηρίων για την πρώην Γιουγκοσλαβία και τη Ρουμανία, που την υιοθέτησαν αυτολεξεί. Ακόμη όμως και αμέσως μετά τα γεγονότα της Νυρεμβέργης, η κυριαρχία της απόλυτης προσέγγισης τίθεται υπό αμφισβήτηση, αφού οι μεγάλες συμβάσεις ανθρωπιστικού δικαίου που ακολούθησαν, όπως οι Συμβάσεις της Γενεύης του 1949 και η Σύμβαση κατά της γενοκτονίας του 1948, απέφυγαν να αναφερθούν στο ζήτημα, ενώ όπως αναφέρθηκε, οι πολυετείς προσπάθειες της Επιτροπής Διεθνούς Δικαίου να αποσαφηνίσει και να διατυπώσει ξεκάθαρα μια ενιαία αρχή για την αντιμετώπιση των διαταγών ανωτέρων στα σχέδια του Κώδικα Εγκλημάτων κατά της Ειρήνης και της Ασφάλειας της Ανθρωπότητας απέβησαν άκαρπες¹¹⁴. Την ίδια στιγμή τα περισσότερα εθνικά δίκαια υιοθετούν την προσέγγιση περί σχετικής υπό προϋποθέσεις ευθύνης του κατωτέρου, τροφοδοτώντας περεταίρω την ασάφεια.

Συνεπώς, όταν κατά τη δεκαετία του 1990 η διεθνής κοινότητα επεχείρησε, στο πλαίσιο δημιουργίας ενός μονίμου διεθνούς δικαιοδοτικού οργάνου για τη διασφόλιση της απονομής ποινικής δικαιοισύνης και της προστασίας των ανθρωπίνων

¹¹⁴ Δασκαλοπούλου-Λιβαδά Φ., Διεθνές Ποινικό Δικαστήριο – από τη Νυρεμβέργη ως τη Χάγη, Εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, σελ. 219

Η άρση της ευθύνης έπειτα από προσταγή ιεραρχικώς ανωτέρου στο πλαίσιο του διεθνούς ποινικού δικαίου

δικαιωμάτων από παραβιάσεις του διεθνούς ανθρωπιστικού δικαίου, να λάβει θέση για την αντιμετώπιση της προσταγής, δεν είχε καθόλου εύκολο έργο. Το ζήτημα ρυθμίζεται στο άρθρο 33 του Καταστατικού του Διεθνούς Ποινικού Δικαστηρίου (International Criminal Court Statute), η κατάστρωση του οποίου περιλαμβάνει αρκετό πολιτικό παρασκήνιο, ενώ το τελικό αποτέλεσμα παραμένει αμφιλεγόμενο.

Ενώπιον της Επιτροπής Προετοιμασίας (Preparatory Committee), κατά τις εργασίες της Διάσκεψης της Ρώμης το 1998, για άλλη μια φορά οι δύο βασικές προσεγγίσεις για την προσταγή βρέθηκαν αντιμέτωπες. Τη θέση περί απόλυτης ευθύνης του ιεραρχικώς κατωτέρου, όπως ακολουθήθηκε στη Νυρεμβέργη και σε άλλα ad hoc στρατιωτικά δικαστήρια¹¹⁵, υποστήριξε ένθερμα η Γερμανική αλλά και η Βρετανική αντιπροσωπεία, με το επιχείρημα ακριβώς ότι η νιοθέτηση της από διεθνή δικαιοδοτικά όργανα κατά τον 20^ο αιώνα μαρτυρά την παγίωσή της ως κανόνα του διεθνούς εθιμικού δικαίου¹¹⁶. Αντίθετα, την προσέγγισης της σχετικής ευθύνης υπό όρους του δράστη υποστήριξαν σθεναρά οι ΗΠΑ, με το επιχείρημα ότι η απόλυτη στάση του καταστατικού της Νυρεμβέργης δικαιολογείται μόνο από τις ειδικές συνθήκες τις οποίες κλήθηκε να αντιμετωπίσει και δεν εκφράζει έναν γενικό κανόνα, κατάλληλο προς νιοθέτηση στο καταστατικό ενός μονίμου παγκόσμιου δικαιοδοτικού οργάνου¹¹⁷. Από κοινού ΗΠΑ και Καναδάς υποστήριξαν ότι, όταν δεν πρόκειται για προδήλως παράνομη διαταγή και ο ιεραρχικώς κατώτερος δεν γνωρίζει το παράνομο αυτής, γίνεται ευρέως από το διεθνές ποινικό δίκαιο δεκτή η προσταγή ως λόγος άρσης της ευθύνης του. Ο Γερμανικός αντίλογος τόνισε πως στις περιπτώσεις που, κατά το απόλυτο δόγμα της Νυρεμβέργης, δεν επιτρέπεται η επίκληση της προσταγής προς άρσης της ποινικής ευθύνης, ο κατηγορούμενος μπορεί να στραφεί σε άλλους λόγους άρσης όπως η κατάσταση ανάγκης (duress) και η πλάνη (mistake), που ενδεχομένως στοιχειοθετούνται με βάση τα ίδια πραγματικά περιστατικά¹¹⁸.

Επιπλέον, οι ΗΠΑ επεδίωξαν την υπό όρους αποδοχή της προσταγής ως λόγου άρσης της ευθύνης προκειμένου να προστατέψουν όσο το δυνατόν καλύτερα το

¹¹⁵ Η άποψη αυτή βασίστηκε εν μέρει στη βαρύτητα που αποδόθηκε στην απόλυτη προσέγγιση ως νομολογιακό προηγούμενο, *Cassese A., Gaeta P., Jones J. R. W. D.*, ο.π., σελ. 967

¹¹⁶ *Γιαρένη Ε.*, ο.π., σελ. 27

¹¹⁷ *Γιαρένη Ε.*, ο.π.

¹¹⁸ *Seal J.*, ο.π., σελ. 247

Η άρση της ευθύνης έπειτα από προσταγή ιεραρχικώς ανωτέρου στο πλαίσιο του διεθνούς ποινικού δικαίου

στρατιωτικό τους προσωπικό, που βρίσκεται σε διάφορες ειρηνευτικές - και μη - αποστολές ανά τον κόσμο, από την πιθανότητα να βρεθεί στο εδώλιο του κατηγορουμένου για εγκλήματα πολέμου που διαπράχθηκαν ως αποτέλεσμα διαταγών ιεραρχικώς ανωτέρου¹¹⁹.

Το αρ. 33 απετέλεσε έτσι αποτέλεσμα συμβιβασμού απόλυτης και σχετικής θέσης¹²⁰. Η πρώτη ακολουθήθηκε για τα εγκλήματα κατά της ανθρωπότητας και τη γενοκτονία, όπου οι αμερικανικές αντιρρήσεις υποχώρησαν, εν όψει της μικρότερης πιθανότητας να διαπράξει το στρατιωτικό τους προσωπικό τόσο ειδεχθή εγκλήματα¹²¹, ενώ η δεύτερη για τα κοινά εγκλήματα πολέμου που απαριθμούνται στο αρ. 8 του καταστατικού. Το αρ. 33 επομένως διαμορφώθηκε ως εξής:

Article 33¹²²

Superior orders and prescription of law

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 the Government or the superior in question;

(b) The person did not know that the order was unlawful; and

¹¹⁹ *Gaeta P.*, ο.π., σελ. 189

¹²⁰ *Seal J.*, ο.π., σελ. 248

¹²¹ Πιθανώς η αντιπροσωπία των ΗΠΑ θεώρησε ότι εγκλήματα τέτοιας κλίμακας θα μπορούσαν να αποτελέσουν αποτέλεσμα διαταγών μόνο ενός απολυταρχικού καθεστώτος και ποτέ ενός δημοκρατικού κράτους, *Gaeta P.*, ο.π.

Πάντως ενδεικτικό του γενικότερου κλίματος και της διστακτικότητας των ΗΠΑ απέναντι στο καταστατικό είναι το γεγονός ότι οι αμερικανοί το υπέγραψαν την τελευταία μέρα της προβλεπόμενης προθεσμίας. Εκτιμάται δε ότι η γενικότερη εμπλοκή τους οφείλεται στο γεγονός ότι εθεωρείτο βέβαιο, μετά την υπερψήφιση του καταστατικού από μεγάλο αριθμό κρατών, ότι στο εδώλιο του ΔΠΔ θα έρχονταν και αμερικανοί πολίτες, ακόμα και αν οι ΗΠΑ δεν υπέγραφαν το καταστατικό. Υπέγραψαν έτσι τελικά, προκειμένου να έχουν λόγο στην εκπόνηση των αποδεικτικών κανόνων και στη διαμόρφωση των στοιχείων των ειδικών υποστάσεων των εγκλημάτων που θα προβλέποντο στο καταστατικό.

¹²² Πηγή: https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aeff7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome_statute_english.pdf

(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.*

Άρθρο 33¹²³

Προσταγές ανωτέρων και επιταγές του νόμου

I. Το γεγονός ότι ένα έγκλημα που εμπίπτει στη δικαιοδοσία του Δικαστηρίου τελέστηκε από πρόσωπο συμμορφούμενο προς εντολή Κυβερνήσεως ή ανωτέρου, είτε στρατιωτικού είτε πολιτικού, δεν αναιρεί την ποινική του ευθύνη, εκτός αν τούτο:

(α) είχε νομική υποχρέωση να υπακούει σε εντολές της Κυβερνήσεως ή του κατά περίπτωση ανωτέρου

(β) δεν γνώριζε ότι η προσταγή ήταν παράνομη

(γ) η προσταγή δεν ήταν καταφανώς παράνομη

2. Για τους σκοπούς του παρόντος άρθρου, η διαταγή προς τέλεση γενοκτονίας ή εγκλημάτων κατά της ανθρωπότητας είναι καταφανώς παράνομη.

Με μια πρώτη ματιά λοιπόν, το καταστατικό προβλέπει απαλλαγή του ιεραρχικώς κατώτερου δράστη λόγω προσταγής ανωτέρου αν και μόνο αν συντρέχουν τρεις προϋποθέσεις: α) η νομική υποχρέωση του δράστη να υπακούσει στην προσταγή του ανωτέρου, β) η άγνοια του δράστη για το παράνομο της προσταγής και γ) ο μη καταφανώς παράνομος χαρακτήρας της προσταγής. Παράλληλα προκύπτει ex lege θεώρηση ως παράνομης της προσταγής εκείνης που η εκτέλεσή της συνιστά διάπραξη του εγκλήματος της γενοκτονίας ή εγκληματών κατά

¹²³ Πρωτότυπο και μετάφραση του έλληνα νομοθέτη, όπως περιλαμβάνεται στο Ν.3003/2002 περί Κύρωσης του Καταστατικού του Διεθνούς Ποινικού Δικαστηρίου, Ν.3003/2002, ΦΕΚ Α 75, 08.04.2002

Η άρση της ευθύνης έπειτα από προσταγή ιεραρχικώς ανωτέρου στο πλαίσιο του διεθνούς ποινικού δικαίου

της ανθρωπότητας, όπως αυτά στοιχειοθετούνται κατά το καταστατικό στα αρ. 6 και 7 αυτού¹²⁴.

Συνεπώς, για τη μεγάλη πλειοψηφία των εγκλημάτων της δικαιοδοσίας του ΔΠΔ νιοθετείται η σχετική ευθύνη υπό προϋποθέσεις, με τη διαφορά ότι η συνήθης εικόνα αναστρέφεται. Ενώ συνήθως ο κανόνας είναι ότι παρέχεται προστασία και κατ' εξαίρεση αυτή αποκλείεται αν πληρούνται κάποια συγκεκριμένα κριτήρια, τώρα ο κανόνας είναι ότι η προσταγή δεν αίρει την ποινική ευθύνη, εκτός αν πληρούνται οι αυστηρές προϋποθέσεις του άρθρου. Έτσι τίθεται ευθύνες εξ αρχής στο επίκεντρο η ατομική ποινική ευθύνη του ιεραρχικώς κατωτέρου, εν είδει τεκμηρίου (presumption), μαχητού όμως, που θα ανατραπεί αν και μόνο αν ικανοποιηθούν οι προϋποθέσεις που θέτει περεταίρω το αρ. 33. Αυτό έχει ως αποτέλεσμα να αναστρέφεται και το βάρος απόδειξης της συνδρομής των προϋποθέσεων αυτών, το οποίο φέρει ενώπιων του ΔΠΔ η υπεράσπιση¹²⁵¹²⁶¹²⁷.

¹²⁴ Συμεωνίδου – Καστανίδου Ε., Καιάφα – Γκμπάντι Μ., Μπιτζιλέκη Ν., Παπαδαμάκη Α., Παπακυριάκου Θ., Νούσκαλη Γ., Ναζίρη Γ. – Ινστιτούτο Αμυντικών Αναλύσεων, Τα Εγκλήματα πολέμου – Οι διεθνείς υποχρεώσεις της Ελλάδας και τα αναγκαία μέτρα προσαρμογής, Εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, 2006, Αθήνα, σελ.184

¹²⁵ Gaeta P., o.p., σελ. 190

¹²⁶ Όπως ελέχθη, σύμφωνα με την «κλασσική» μορφή της conditional liability principle, η κατηγορούσα αρχή πρέπει να αποδείξει τη συνδρομή του αμάχητου τεκμηρίου του προδήλως παρανόμου ή της γνώσης του παρανόμου χαρακτήρα των διαταγών – πέραν τούτου, αν αυτό επιτευχθεί, δεν απαιτείται τίποτα περισσότερο για την κατάφαση της ενοχής. Κατά το αρ. 33 η αντιμετώπιση του κατηγορουμένου γίνεται αυστηρότερη με την αναστροφή του βάρους απόδειξης που ακολουθεί τη θέση περί ευθύνης του ιεραρχικώς κατωτέρου ως κανόνα. Η ευθύνη του καταφάσκεται το δίχως άλλο αν δεν καταφέρει να αποδείξει ότι η διαταγή που εκτέλεσε δεν ήταν προδήλως παράνομη ή δεν γνώριζε την παράνομη φύση της (βλ. Gaeta P., o.p.). Αντίθετη άποψη εκφράζει η Δασκαλοπούλου-Λιβαδά για το βάρος απόδειξης στην τρίτη προϋπόθεση περί του προδήλως παρανόμου (αρ. 33 απρ. 1 περ. γ), κατά την οποία το βάρος απόδειξης στο αρ. 33 φέρει γενικά ο ιεραρχικώς κατώτερος, ενώ ειδικά για την τρίτη προϋπόθεση αυτό αντιστρέφεται και το φέρει αυτός που επικαλείται τον προδήλως παράνομο χαρακτήρα της διαταγής, βλ. Δασκαλοπούλου-Λιβαδά Φ., ο.π., σελ. 220. Σε κάθε περίπτωση, η αναστροφή του βάρους απόδειξης κρίνεται προβληματική αναφορικά με το τεκμήριο αθωότητας και την προάσπιση των υπερασπιστικών δικαιωμάτων του κατηγορουμένου.

¹²⁷ Ο Triffterer διαπιστώνει, ότι στο γράμμα του αρ. 33 προτάσσεται, μέσω της αναστροφής αυτής, μια αυστηρότερη εκδοχή της υπό προϋποθέσεις απαλλαγής, όχι μόνο για ουσιαστικούς λόγους που αφορούν την αποδεικτική διαδικασία αλλά και για ψυχολογικούς/συμβολικούς (πρβλ. και Minow Martha, Living up to the rules: Holding soldiers responsible for abusive conduct abs the dilemma of the superior orders defence, McGill Law Journal, vol. 52, 2007, σελ. 36). Ενδεχομένως διακρίνει λοιπόν την εσκεμμένη προσπάθεια του νομοθέτη να εντυπώσει στο γράμμα της ρύθμισης χαρακτήρα με όσο το δυνατόν πιο αποτρεπτικά αποτελέσματα – πλέον κατά κανόνα δεν εκφεύγει ο κατηγορούμενος της ευθύνης αλλά μόνο κατ' εξαίρεση!, Triffterer O., Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, σελ. 581

Η άρση της ευθύνης έπειτα από προσταγή ιεραρχικώς ανωτέρου στο πλαίσιο του διεθνούς ποινικού δικαίου

Περαιτέρω οι τρεις προϋποθέσεις της παραγράφου 1 πρέπει να πληρούνται σωρευτικά προκειμένου κατ' εξαίρεση η προσταγή να παρέχει προστασία στον υφιστάμενο¹²⁸. Το στοιχείο αυτό σε συνδυασμό με την υιοθέτηση της απόλυτης απαγόρευσης της προστασίας στην περίπτωση της γενοκτονίας και των εγκλημάτων κατά της ανθρωπότητας αφήνει στην ουσία πολύ στενά πλαίσια¹²⁹ επίκλησης του αρ. 33, και η προσέγγιση του έχει χαρακτηριστεί ως υποκύπτουσα τη θέση περί απόλυτης ευθύνης συνολικά¹³⁰.

Σημειωτέον ότι η πρόβλεψη του αρ. 33 αφορά μόνο τα διεθνή εγκλήματα της δικαιοδοσίας του δικαστηρίου. Έτσι οι εθνικές έννομες τάξεις των χωρών που έχουν κυρώσει το καταστατικό του μπορούν ελεύθερα να υιοθετούν διαφορετικές προσεγγίσεις και κριτήρια, όσον αφορά στην αποδοχή ή όχι της προσταγής ως λόγου άρσης της ευθύνης, για τα κοινά ή στρατιωτικά εγκλήματα ή ακόμα και τα διεθνή εγκλήματα που δεν καλύπτονται από το καταστατικό¹³¹. Σε ότι αφορά όμως ακριβώς τα εγκλήματα της δικαιοδοσίας του ΔΠΔ, οι εθνικές έννομες τάξεις υποχρεούνται να ευθυγραμμίσουν τη νομοθεσία τους με τις προβλέψεις του καταστατικού. Έτσι και η χώρα μας, με το Ν. 3849/2011 υιοθέτησε ρητά την πρόβλεψη του αρ. 33 παρ. 2 περί απόλυτης απαγόρευσης της άρσης της ευθύνης στη γενοκτονία και τα εγκλήματα κατά της ανθρωπότητας στο αρ. 5 παρ. 1 του νόμου αυτού, ορίζοντας ότι ουδέποτε η προσταγή αίρει τον άδικο χαρακτήρα αυτών των πράξεων¹³².

¹²⁸ Seal J., ο.π., σελ. 249

¹²⁹ Cassese A., Gaeta P., Jones J. R. W. D., ο.π., σελ. 967

¹³⁰ O Harris σχολιάζει ότι πλέον η ενεργοποίηση της προσταγής ως υπερασπιστικού μέσου είναι προφανώς πολύ δύσκολη: εύλογα φαντάζεται κανείς πόσο δύσκολο είναι για τον κατηγορούμενο να ισχυριστεί ότι – στην περίπτωση των κοινών εγκλημάτων πολέμου της παραγράφου 1 πάντα- η διαταγή που προστάζει διάπραξη εγκλήματος πολέμου, που μάλιστα προβλέπεται στο ίδιο το καταστατικό και είναι τιμωρητέα, δεν είναι προδήλως παράνομη κατά την έννοια του αρ. 33 (βλ. κατωτέρω περί εσωτερικής αντίφασης του καταστατικού στο εν λόγω ζήτημα). Το περιθώριο θεωρητικά είναι υπαρκτό, αλλά η στενότητά του αποτελεί αποτέλεσμα συντονισμένης προσπάθειας να παραγκωνιστεί εξ ολοκλήρου η σχετικοποιημένη προσέγγιση και να αντικατασταθεί ουσιαστικά από το δόγμα της Νυρεμβέργης, Harris L., The International Criminal Court and the Superior Orders Defence, University of Tasmania Law Review, vol. 22, 2003, σελ. 202

¹³¹ Triffterer O., ο.π., σελ. 581

¹³² «Η προσταγή από ιεραρχικά ανώτερο, στρατιωτικό ή πολιτικό, προς το δράστη των αξιοποίηνων πράξεων των άρθρων 7 και 8 δεν αίρει τον άδικο χαρακτήρα τους», αρ. 5 παρ 1 του Ν.3849/2011. Στην επόμενη παράγραφο ο έλληνας νομοθέτης αναφέρεται στα κοινά εγκλήματα πολέμου, τα οποία περιγράφονται στα αρ. 9 έως 15 του ίδιου νόμου, και η διάπραξη των οποίων κατόπιν προσταγής, υπό τις προϋποθέσεις του αρ. 33 του Κατ.ΔΠΔ, μένει ατιμώρητη και δεν καταλογίζεται.

4.1 Παρέκβαση: Η προσταγή από ιεραρχικώς ανώτερο ως λόγος άρσης του αδίκου ή του καταλογισμού

Στην προσπάθεια εντοπισμού της εννοιολογικής φύσης της προσταγής στο πλαίσιο του διεθνούς ποινικού δικαίου ανακύπτει το πολύ σημαντικό εμπόδιο της διαφορετικής νομικής παράδοσης των αγγλοσαξονικών ποινικών συστημάτων και αυτών που έχουν επηρεαστεί από το ηπειρωτικό δίκαιο, όπως το Ελληνικό. Οι διαφορές αυτές, τόσο απλά σημασιολογικές, όσο όμως και ουσιαστικές, δεν επιτρέπουν τη δημιουργία ενός σταθερού δογματικού σημείου αναφοράς και δυσχεραίνουν τη διαλεύκανση του ζητήματος.

Το ιστορικό υπόβαθρο της νομοθετικής και νομολογιακής διαμόρφωσης της προσταγής διεθνώς είναι, όπως είδαμε, κατά κύριο λόγο προσανατολισμένο στο αγγλοσαξονικό δίκαιο, σε ένα νομικό χώρο δηλαδή όπου συγκεκριμένες έννοιες του ποινικού δόγματος, όπως εμείς το γνωρίζουμε, δεν είναι το ίδιο ευδιάκριτες. Συγκεκριμένα, είναι δυσχερής η διάκριση του αδίκου και του καταλογισμού κατά τη διαδικασία εντοπισμού της ποινικής ευθύνης του δράστη. Η τελευταία περικλείεται στη φράση *actus reus non facit reum nisi mens sit rea*, η οποία ουσιαστικά αποτελεί τον κανόνα επικάλυψης της αντικειμενικής υπόστασης από το ψυχικό στοιχείο/mental element/mens rea. Με άλλα λόγια, ο δράστης μιας άδικης (unlawful) πράξης είναι ένοχος για αυτήν από τη στιγμή που βρίσκεται σε ψυχική σύνδεση μαζί της. Επομένως, στο απλούστερο αυτό, βασισμένο στην ψυχολογική θεωρία της ενοχής, σχήμα, η ενοχή ταυτίζεται με την υπαιτιότητα, το δόλο δηλαδή ή την αμέλεια¹³³.

Αντίθετα το ηπειρωτικό δίκαιο έχει ξεπεράσει την ψυχολογική θεωρία και στηρίζεται σε μια αξιολογική/κανονιστική θεωρία, όπως αυτή εκφράστηκε από τον Frank. Σύμφωνα με αυτήν ενοχή και υπαιτιότητα δεν ταυτίζονται. Η δεύτερη είναι απαραίτητη προϋπόθεση του αδίκου, ως έκφραση ακριβώς της ψυχικής σύνδεσης του δράστη με την πράξη του αλλά και της ενοχής, της οποίας τη βαρύτητα επηρεάζει. Η πρώτη όμως δεν εξαντλείται μόνο στην υπαιτιότητα αλλά περιλαμβάνει επίσης τα στοιχεία της ικανότητας προς καταλογισμό (ακόμα και ο ακαταλόγιστος παράφρων μπορεί να έχει ανθρωποκό δόλο και άρα να πράττει άδικη πράξη, όχι όμως

¹³³ Μυλωνόπουλου Χ. Χ., Ποινικό Δίκαιο – Γενικό Μέρος Ι, Εκδόσεις Π. Ν. Σάκκουλα, 2007, Αθήνα, σελ. 578

καταλογιστή) καθώς και το στοιχείο του «άλλως δύνασθαι πράττειν», που είναι ιδιαίτερης σημασίας για την προσταγή συγκεκριμένα¹³⁴.

Στο βαθμό λοιπόν που θα μπορούσαμε να πούμε ότι η προσταγή μπορεί να λειτουργήσει προστατευτικά για τον υφιστάμενο ως λόγος κατάλυσης του ψυχικού συνδέσμου με την πράξη, του mens rea κατά το common law, θα συγκαταλεγόταν, κατά τα κριτήρια της κανονιστικής θεωρίας, όπως το ηπειρώτικο και μεταξύ άλλων και το ελληνικό δίκαιο την αναγνωρίζουν, στους λόγους άρσης του αδίκου, αφού μη πληρουμένης της υποκειμενικής υπόστασης και καταλυθέντος του δόλου, η πράξη δεν είναι τελειωτικά άδικη. Τη διάκριση όμως αυτή δεν κάνει το αγγλοσαξονικό δίκαιο και οι διεθνείς προβλέψεις περί προσταγής διαχρονικά, οπότε αυτή παραδοσιακά χαρακτηρίζεται με το γενικό όρο defense, δηλαδή υπερασπιστικό μέσο και αφορά την άρση της ποινικής ευθύνης γενικά (relieving/freeing from criminal responsibility) και όχι ως λόγος άρσης του αδίκου ή του καταλογισμού.

Ενδεχομένως, άρα, δεν είναι σκόπιμο να επιχειρηθεί καν μια ακριβής δογματικά θεώρηση ενός θεσμού που, παρά την ύπαρξή του και στα εθνικά δίκαια και άρα και σε αυτά που είναι επηρεασμένα από το ηπειρωτικό δόγμα, έχει στη διεθνή του μορφή διαμορφωθεί κατά κύριο λόγο σύμφωνα με τις χαλαρότερες αρχές του αγγλοσαξονικού συστήματος. Πρέπει πάντως να σημειωθεί ότι κατά την κανονιστική θεωρία της ενοχής, η επιρροή που έχει η προσταγή, σε συνδυασμό με τη συνδρομή άλλων στοιχείων που ενεργοποιούν ενδεχομένως και άλλους λόγους άρσης της ευθύνης, άλλοτε μπορεί να καταλύει εντελώς το δόλο (σε περίπτωση που η προσταγή αποτελεί στοιχείο πραγματικής πλάνης) και άρα, ελλείψει υπαιτιότητας οδηγούμαστε σε άρση του αδίκου, ενώ άλλοτε να επενεργεί στο άλλως δύνασθαι πράττειν, και παρότι υπάρχει δόλος και άρα άδικο, να μην οδηγούμαστε σε κατάφαση της ενοχής, με τη στοιχειοθέτηση δηλαδή ενός λόγου άρσης του καταλογισμού.

Στην περιορισμένη ελληνική βιβλιογραφία πάντως, η οποία έχει ασχοληθεί με το ζήτημα της προσταγής διεθνώς μόνο στο πλαίσιο της σχετικής πρόβλεψης του Καταστατικού του ΔΠΔ, φαίνεται να υποστηρίζεται η θέση ότι αυτή εμπίπτει στον

¹³⁴ Μυλωνόπουλος Χ. Χ., ο.π., σελ.579-580

Η άρση της ευθύνης έπειτα από προσταγή ιεραρχικώς ανωτέρου στο πλαίσιο του διεθνούς ποινικού δικαίου

κύκλο λόγων άρσης του καταλογισμού¹³⁵. Το εν λόγω καταστατικό κυρώθηκε στη χώρα μας με το Ν. 3003/2002, ο οποίος περιλαμβάνει ουσιαστικά τη μεταφορά των ρυθμίσεων στην ελληνική γλώσσα, όπου στην περίπτωση της προσταγής έχει γίνει πιστή μετάφραση της αγγλικής ορολογίας: ο όρος «shall not relieve [this person] from criminal responsibility», μεταφράστηκε επακριβώς σε «δεν αναιρεί την ποινική [του] ευθύνη», όποτε αποφεύχθηκε και η σαφής κατάταξη της προσταγής στους λόγους που αίρουν το άδικο ή τον καταλογισμό. Αργότερα όμως, όπως αναφέρθηκε και ανωτέρω, με το Ν. 3948/2011, ο Έλληνας νομοθέτης υλοποίησε την υποχρέωσή που είχε αναλάβει με την κύρωση του καταστατικού να προσαρμόσει τις εθνικές διατάξεις με αυτές του καταστατικού, σε ό,τι αφορά πάντα στα διεθνή εγκλήματα που υπάγονται στην δικαιοδοσία του ΔΠΔ. Ο εν λόγω νόμος προβλέπει στο ειδικό του μέρος ειδικές υποστάσεις τέτοιων εγκλημάτων, ενώ στο γενικό μέρος ευθυγραμμίζει την αντιμετώπιση ζητημάτων γενικού ουσιαστικού ποινικού δικαίου με τις διεθνής ρυθμίσεις. Κατά το αρ. 1 ορίζεται ότι για τα προβλεπόμενα διεθνή εγκλήματα εφαρμόζονται οι υπάρχουσες γενικές διατάξεις του ΠΚ και του ΣΠΚ στο βαθμό που δεν ορίζεται διαφορετικά στο συγκεκριμένο νόμο. Δυνάμει της πρόβλεψης αυτής, στο αρ. 5 παρ. 2, ο Έλληνας νομοθέτης επεμβαίνει δραστικά και ξεκαθαρίζει το ζήτημα της δογματικής τοποθέτησης της προσταγής στα διεθνή

¹³⁵ Στη Θεωρία παρατηρείται ότι και το πρωτότυπο γράμμα του καταστατικού στην αγγλική γλώσσα δεν βοηθά στην εξαγωγή ενός καθαρού συμπεράσματος για την υπαγωγή της προσταγής στους λόγους άρσης του αδίκου ή του καταλογισμού. Η εναλλαγή των όρων από «δεν αναιρεί/shall not relieve» στο αρ. 33 ειδικά για την προσταγή, σε «exclude of criminal responsibility» στο αρ. 31 για τους λόγους άρσης της ποινικής ευθύνης γενικά αφήνει περιθώριο υπαγωγής της προσταγής και στις δύο κατηγορίες. Είναι όμως η συνδυαστική χρήση υποκειμενικού και αντικειμενικού κριτηρίου, της γνώσης/άγνοιας μιας απλώς παράνομης διαταγής με την *ex lege* υποχρέωση μη υπακοής σε καταφανώς παράνομες διαταγές που αθεί κατά τη συγκεκριμένη άποψη την υπαγωγή της προσταγής στο πεδίο των λόγων άρσης του καταλογισμού – η άγνοια του καταφανώς παρανόμου είναι πάντα ασύγγνωστη και ως αμάχητο τεκμήριο οδηγεί σε πλήρη καταλογισμό, ενώ η γνώση του απλώς παρανόμου οδηγεί επίσης σε αποξιολόγηση του φρονήματος του δράστη του οποίου δε συγχωρείται η πράξη ακριβώς διότι στοιχειοθετείται υποκειμενικός, ψυχικός σύνδεσμος (*mens rea* κατά την αγγλοσαξονική ορολογία) με αυτήν, Συμεωνίδου – Καστανίδου Ε., et al., ο.π., σελ.183-185. Επίσης, ο Triffterer σχολιάζει σχετικά ότι είναι αυτονότο πως η προσταγή δε δύναται να δικαιολογήσει (ο όρος *justify* παραπέμπει στα αγγλοσαξονικά *justifications* που προσομοιάζουν με τους ημέτερους λόγους άρσης του αδίκου) τη διάπραξη εγκλήματος που προβλέπεται και τιμωρείται από άλλες διατάξεις του καταστατικού. Άρα στην εξαιρετική περίπτωση που πληρούνται η προϋποθέσεις της παρ. 1 του αρ. 33, μπορούμε να μιλάμε μόνο για μη τιμώρηση του δράστη (ο όρος *excuse* παραπέμπει αντιστοίχως στα αγγλοσαξονικά *excuses*, που προσομοιάζουν με τους λόγους άρσης του καταλογισμού) – η προσταγή δεν καθιστά λιγότερο ή καθόλου άδικη την πράξη, αλλά ο δράστης δεν τιμωρείται διότι δεν γνώριζε προσωπικά το παράνομο της διαταγής και αυτή δεν ήταν προδήλως παράνομη, *Triffterer O.*, ο.π., σελ. 586

εγκλήματα, με σημείο αναφοράς το καταστατικό του ΔΠΔ, προκρίνοντας την άποψη περί άρσης του καταλογισμού¹³⁶.

4.2 Ανάλυση των όρων του άρθρου 33

Πέραν των ανωτέρω γενικών παρατηρήσεων, είναι απαραίτητο, για την πλήρη αποσαφήνιση της νομοθετικής επιλογής για την προσταγή, να προσεγγιστούν ερμηνευτικά τα επιμέρους στοιχεία του αρ. 33. Ήδη από την επικεφαλίδα του άρθρου πάντως, είναι εμφανές, εν όψει του όρου «επιταγές του νόμου», ότι επιτάσσεται η θέαση της προσταγής πάντα υπό το πρίσμα των απαιτήσεων της νομιμότητας, με άλλα λόγια δηλαδή καθίσταται σαφές ότι οι διαταγές ανωτέρων δε δύνανται ποτέ να αποσυνδεθούν από το κατά πόσον είναι ή όχι σύννομες. Συνεπώς ως γενικός κανόνας προκύπτει ότι οι παράνομες διαταγές δεν δημιουργούν νομική υποχρέωση εκτέλεσης τους¹³⁷.

i. Έννοια της προσταγής

Πιο συγκεκριμένα λοιπόν, το άρθρο αφορά σε προσταγή, ήτοι προφορικά ή γραπτά εκπεφρασμένη απαίτηση προς πρόσωπο ή συγκεκριμένη ομάδα προσώπων (ή ακόμα και όχι συγκεκριμένη ομάδα ειδικά αλλά σε οποιαδήποτε ομάδα που τα μέλη της χαρακτηρίζονται από συγκεκριμένες ιδιότητες – π.χ. όλοι οι διοικητές τοπικών στρατιωτικών μονάδων) να «δράσει» κατά συγκεκριμένο τρόπο. Η συγκεκριμένη συμπεριφορά που η διαταγή επιτάσσε μπορεί να συνίσταται είτε σε πράξη είτε σε παράλειψη. Ως προς το περιεχόμενο, μπορεί να είναι γενική, να επιτάσσει δηλαδή ή να απαγορεύει γενικά συμπεριφορά ή συμμόρφωση με ορισμένα κριτήρια, ή ειδική, να απαιτεί ή να απαγορεύει δηλαδή συγκεκριμένη δράση σε συγκεκριμένες, ατομικά ή ομαδικά ορισμένες περιπτώσεις. Η έννοια της προσταγής προϋποθέτει φυσικά την ύπαρξη μιας «ιεραρχικής αλυσίδας», όπου στο πρόσωπο του ανωτέρου αναγνωρίζεται, αρχικά τουλάχιστον, το δικαίωμα να απαιτήσει από τους

¹³⁶ «Μένουν ατιμώρητες και δεν καταλογίζονται οι πράξεις των άρθρων 9 έως 15, τις οποίες κάποιος επιχειρεί για να εκτελέσει προσταγή που του έδωσε, σύμφωνα με τους νόμιμους τύπους, η αρμόδια αρχή, εφόσον δε γνωρίζει ότι η προσταγή είναι παράνομη και αυτή δεν είναι προδήλως παράνομη. Στην περίπτωση αυτή εκείνος που έδωσε την προσταγή τιμωρείται ως αυτουργός.», αρ. 5 παρ. 2, Ν.3849/2001, ΦΕΚ Α 71, 05.04.2011

¹³⁷ Triffterer O., o. π., σελ. 580

υφισταμένους του υπακοή, βασισμένη στην ιεραρχική μεταξύ τους σχέση, στη διαφορετική θέση που προστάζων και προσταζόμενος βρίσκονται ιεραρχικά¹³⁸.

ii. «κυβερνήσεως ή ανωτέρου»

Ως προς την πηγή της διαταγής, αυτή πρέπει να προέρχεται από κυβέρνηση ή ανώτερο. Σε ό,τι αφορά λοιπόν εντολές κυβερνήσεως, ως τέτοιες νοούνται κυβερνητικές πράξεις, διατάγματα ή κανονισμοί¹³⁹ που υποχρεώνουν τους αποδέκτες τους σε διάπραξη εγκλημάτων της δικαιοδοσίας του ΔΠΔ. Στην έννοια της κυβερνήσεως εντάσσονται όλοι οι κυβερνητικοί κλάδοι και όλο το προσωπικό που μπορεί να θεωρηθεί εντεταλμένο, εξαιτίας της υπεύθυνης θέσης του στη διοίκηση συγκεκριμένων κυβερνητικών λειτουργιών, να δρα στο όνομα της κυβέρνησης. Τέτοιες διαταγές μπορεί να απευθύνονται σε όλους τους διοικούμενους από την κυβέρνηση, δηλαδή ακόμα και στο σύνολο των πολιτών ενός κράτους, δεν απαιτείται άρα, όπως ήδη αναφέρθηκε ιδιαίτερη εξειδίκευση των αποδεκτών της. Συνήθως όμως οι κυβερνητικές διαταγές διακινούνται καθοδικά στην ιεραρχική αλυσίδα, ξεκινώντας με συγκεκριμένους αποδέκτες πρόσωπα επικεφαλής συγκεκριμένων διοικητικών λειτουργιών που αναλαμβάνουν να τη μεταβιβάσουν στους υφισταμένους τους, είτε προωθώντας την αρχική διαταγή, είτε απαιτώντας οι ίδιοι από τους ιεραρχικώς κατώτερους εκτέλεση του περιεχομένου της αρχικής διαταγής της κυβερνήσεως¹⁴⁰.

Αμφιβολία προκύπτει για το κατά πόσο το άρθρο καλύπτει μόνο εντολές αναγνωρισμένων κυβερνήσεων ή και de facto κυβερνητικών αρχών. Αποφασιστικό κριτήριο εδώ είναι το κατά πόσο ο ανώτερος έχει δυνατότητα άσκησης πίεσης και εξουσίασης τέτοιας που να προσομοιάζει στην πράξη με την κυριαρχική θέση που κατέχει μια de jure κυβέρνηση επί του υφισταμένου. Σε καμία περίπτωση δεν καλύπτονται διαταγές που προέρχονται από ιδιώτες ή ιδιωτικούς οργανισμούς, καθώς

¹³⁸ Triffterer O., ο. π., σελ. 582

¹³⁹ Εκεί, κατά μια άποψη, εντοπίζεται και η έννοια των επιταγών του νόμου που απαντάται στον τίτλο του άρθρου, Cassese A., Gaeta P., Jones J. R. W. D., ο.π., σελ. 967

¹⁴⁰ Triffterer O., ο. π., σελ. 583

Η άρση της ευθύνης έπειτα από προσταγή ιεραρχικώς ανωτέρου στο πλαίσιο του διεθνούς ποινικού δικαίου

απαιτείται τουλάχιστον μια τυπική υφή επισημότητας της αρχής που εκδίδει την προσταγή¹⁴¹¹⁴².

iii. «είτε στρατιωτικού, είτε πολιτικού»

Ο εν λόγω διαχωρισμός δεν έχει σημασία αν αναφέρεται μόνο στον όρο «ανώτερος», ή αν αφορά και την κυβέρνηση, καθώς πρακτικά και οι κυβερνήσεις είναι διαχωρισμένες σε πολιτικό και στρατιωτικό κλάδο. Στρατιωτικός και πολιτικός τομέας λοιπόν αποτελούν συσχετιζόμενα πεδία που περιλαμβάνουν όλους τους κυβερνητικούς κλάδους και όλους τους τομείς δράσης όπου απαντώνται σχέσεις ιεραρχικώς ανωτέρου και κατωτέρου. Σημαντικό είναι αντιθέτως το κατά πόσο οι σχέσεις αυτές υπάρχουν πραγματικά και παράγουν όντως τις ιδιαίτερες συνθήκες που καθιστούν δεσμευτική μια διαταγή¹⁴³. Αυτές θεωρούνται κατ' αρχήν δεδομένες στο πλαίσιο της στρατιωτικής ιεραρχίας, ενώ στο βαθμό που η προσταγή προέρχεται από πολιτικό ανώτερο, απαιτείται αυτός να έχει δυνατότητα άσκησης πραγματικού ελέγχου (effective control) στον υφιστάμενο, τέτοιου που να προσομοιάζει με αυτόν που ασκείται στο πλαίσιο της στρατιωτικής ιεραρχίας¹⁴⁴.

iv. Συνάφεια προσταγής και συμπεριφοράς του ιεραρχικώς κατωτέρου

Ο όρος «συμμορφούμενο προς εντολή/pursuant to an order» υποδηλώνει την απαιτουμένη συνάφεια μεταξύ προσταγής και πράξης που αποτελεί έγκλημα της δικαιοδοσίας του ΔΠΔ. Η πρόθεση του δράστη πρέπει άρα εξαντλείται στο σημείο

¹⁴¹ Cassese A., Gaeta P., Jones J. R. W. D., ο.π., σελ. 969. Ο Triffterer παρατηρεί αντίθετα ότι ενδεχομένως οι ιεραρχικές σχέσεις που απορρέουν από μια ιδιωτική σύμβαση να δημιουργούν τη νομική υποχρέωση συμμόρφωσης προς εντολές. Θεωρεί ότι μια κατ' αρχήν ευρεία θεώρηση των ορίων του αρ. 33 δεν είναι προβληματική, καθώς οι στενές προϋποθέσεις που τίθενται ακολούθως στα στοιχεία α έως γ της παρ. 1 λειτουργούν ως επαρκές φίλτρο. Συμφωνεί όμως ότι τέτοια νομική υποχρέωσης υπακοής δεν μπορεί να απορρέει από την ιεραρχία μιας εγκληματικής οργάνωσης – εδώ ο ίδιος ο τίτλος του αρ. 33 («επιταγές του νόμου») αποκλείει από την αρχή μια τέτοια περίπτωση, Triffterer O., ο. π., σελ. 583

¹⁴² Κατά την άποψη του Triffterer, η διάζευξη μεταξύ κυβερνήσεως ή ανωτέρου δεν υποδηλώνει ότι ο ανώτερος πρέπει αναγκαστικά να μην είναι μέρος ενός κυβερνητικού σχηματισμού. Αντίθετα καταδεικνύει ότι δεν είναι απαραίτητο η διαταγή να προέρχεται από το ανώτατο διοικητικό όργανο του εκάστοτε κυβερνητικού κλάδου για να εμπίπτει στις προβλέψεις του αρ. 33, όπως για παράδειγμα, αν πρόκειται για στρατιωτική διαταγή, από τον ίδιο τον υπουργό εθνικής άμυνας, αλλά αρκεί και διαταγή τοπικού στρατιωτικού διοικητή, του οποίοι η διακριτική ευχέρεια καλύπτεται από το αρ. 33. Ο Triffterer παρατηρεί επίσης ότι είναι απίθανο κάποια συγκεκριμένη περίπτωση διαταγής να μην εμπίπτει σε καμία από τις δύο κατηγορίες πηγών του άρθρου και επομένως η διαφοροποίηση τους είναι πρακτικά ασήμαντη. Το αρ. 33 μοιάζει έτσι να καλύπτει καταρχήν όλων των ειδών τις ιεραρχικές σχέσεις μεταξύ ανωτέρου και υφισταμένου.

¹⁴³ Triffterer O., ο. π., σελ. 584

¹⁴⁴ Cassese A., Gaeta P., Jones J. R. W. D., ο.π., σελ. 969

που δρα αποκλειστικά προς εκπλήρωση της διαταγής, ενώ αντιθέτως, αν πράττει ανεξάρτητα από αυτήν, δεν καλύπτεται από το αρ. 33. Τα κίνητρα του δράστη δεν είναι αναγκαίο όμως να περιορίζονται στην υποχρέωση υπακοής στη διαταγή. Πάντως αυτή αρκεί, ακόμη και αν ο ιεραρχικώς κατώτερος ανέμενε ή και επιθυμούσε την «κάλυψη» από τη διαταγή μιας πράξης την οποία είχε ήδη διαφορετικό κίνητρο να πράξει. Η διαπίστωση της συνδρομής ή μη της συνάφειας αυτής γίνεται βέβαια αναγκαστικά *ex post*¹⁴⁵.

v. Εξαίρεση και προϋποθέσεις αυτής

α) «νομική υποχρέωση να υπακούει»

Η νομική υποχρέωση υπακοής¹⁴⁶, πρέπει να συντρέχει κατά το χρόνο που ο ιεραρχικώς κατώτερος λαμβάνει την απόφαση να διαπράξει έγκλημα κατά το Κατ.ΔΠΔ. Για την εκτίμηση του κριτηρίου αυτού το δικαστήριο θα ανατρέξει στις προβλέψεις της εθνικής έννομης τάξης που διέπουν την ιεραρχική σχέση ανωτέρου και υφισταμένου, για να αξιολογήσει το κατά πόσο η διαταγή έχει θεσμικά και ουσιαστικά δεσμευτικό χαρακτήρα¹⁴⁷. Το στοιχείο αυτό αφορά γενικώς την υπακοή σε δεσμευτικές διαταγές και όχι τη συγκεκριμένη διαταγή κατά την εκτέλεση της οποίας διεπράχθη το συγκεκριμένο έγκλημα. Έτσι στην περ. α της παρ. 1 του αρ. 33 τίθεται εν είδει αντικειμενικού κριτηρίου η συγκεκριμένη προϋπόθεση. Αν συντρέχει, πρέπει να διερευνηθεί και η συνδρομή των στοιχείων β και γ, καθώς, όπως ελέχθη, τα τρία κριτήρια λειτουργούν σωρευτικά. Σε περίπτωση νομιζόμενης συνδρομής της νομικής υποχρέωσης υπακοής, αν δηλαδή λανθασμένα πιστεύει ο υφιστάμενος ότι δεσμεύεται από τη διαταγή, το ζήτημα θα υπαχθεί στις περιπτώσεις περί πλάνης του αρ. 32. Το εν λόγω στοιχείο προϋποθέτει επίσης ότι όλες οι διαταγές κυβερνήσεως είναι νομικά δεσμευτικές, ενώ για της διαταγές του «εκάστοτε ανωτέρου» ο υφιστάμενος πρέπει να γνωρίζει ειδικά ο συγκεκριμένος ανώτερος έχει δικαίωμα να

¹⁴⁵ Triffterer O., ο. π., σελ. 584-585

¹⁴⁶ Για το περιεχόμενό της βλ. και ανωτέρω περί της έννοιας της προσταγής

¹⁴⁷ Cassese A., Gaeta P., Jones J. R. W. D., ο.π.

Η άρση της ευθύνης έπειτα από προσταγή ιεραρχικώς ανωτέρου στο πλαίσιο του διεθνούς ποινικού δικαίου

του επιβάλλει την εκτέλεση διαταγών γενικά και όχι μόνο την εκτέλεση της εν λόγω διαταγής¹⁴⁸.

β) «δεν γνώριζε ότι η προσταγή ήταν παράνομη»

Το στοιχείο β της παρ. 1 του αρ. 33 απαιτεί ο υφιστάμενος να μην γνώριζε τον παράνομο χαρακτήρα της προσταγής. Αρχικά, η έννοια του παρανόμου αφορά οποιαδήποτε πράξη απαριθμείται ως αξιόποινη κατά το ειδικό μέρος του ίδιου του καταστατικού, όποτε είναι άνευ σημασίας το αν η πράξη μένει ατιμώρητη βάσει οποιουδήποτε άλλου διεθνούς ή εθνικού νομοθετήματος. Το δυσχερές της απόδειξης της υποκειμενικής γνώσης του δράστη καθιστά αρκετά ευρύ το πεδίο πλήρωσης του συγκεκριμένου κριτηρίου. Το δικαστήριο θα ανατρέξει στην εκτίμηση όλων των πραγματικών περιστατικών και ολόκληρου ου αποδεικτικού υλικού για να εντοπίσει ενδείκτες ότι ο κατηγορούμενος βρισκόταν πράγματι σε γνώση του παρανόμου της διαταγής¹⁴⁹.

Σε περίπτωση αμφιβολίας θεωρείται ότι τέτοια γνώση δεν συντρέχει και η εν λόγω προϋπόθεση πληρούται. Τίθεται έτσι μια ευνοϊκή ρύθμιση για τον υφιστάμενο, με την αποδοχή στην ουσία μιας συγγνωστής νομικής πλάνης, αποσυνδεμένης από τα αίτια της¹⁵⁰. Τα κριτήρια του συγγνωστού άρα δεν παίζουν ρόλο, και ο δράστης συγχωρείται – λογικώς και επομένως, αφού κάτι τέτοιο αρκεί για να αποδειχθεί ότι δεν γνώριζε – ακόμα και αν αγνόησε σημαντικά στοιχεία που θα μπορούσε να έχει υπόψη του και που υπό άλλες συνθήκες θα καθιστούσαν την πλάνη του ασύγγνωστη.

γ) «η προσταγή δεν ήταν καταφανώς παράνομη»

Ο καθαρά υποκειμενικός χαρακτήρας της παραπάνω προϋπόθεσης εξισορροπείται με την υιοθέτηση του γνωστού κριτηρίου του προδήλως παρανόμου της προσταγής (manifest illegality test), στο στοιχείο γ της παρ. 1 του αρ. 33. Το καταστατικό στο σημείο αυτό φαίνεται να ακολουθεί το νομολογιακά διαμορφωμένο

¹⁴⁸ Triffterer O., ο. π., σελ. 586

¹⁴⁹ Cassese A., Gaeta P., Jones J. R. W. D., ο.π., σελ. 969-970

¹⁵⁰ Triffterer O., ο. π.

αυτό κριτήριο με βάση την αντίληψη του μέσου λογικού ατόμου (reasonable man), λαμβάνοντας υπόψη όλα τα σχετικά πραγματικά περιστατικά και τις συνθήκες που αντιμετώπιζε ο κατηγορούμενος τη στιγμή που κλήθηκε να εκτιμήσει αν η διαταγή είναι προδήλως παράνομη ή όχι. Έτσι το αντικειμενικοποιημένο κριτήριο της μέσης αντίληψης προσαρμόζεται στο εκάστοτε πραγματικό, ενώ οποιαδήποτε στοιχεία βρίσκονταν στην αντίληψη του κατηγορουμένου, αλλά δε θα μπορούσε να γνωρίζει υπό τις συγκεκριμένες συνθήκες ο μέσος άνθρωπος, καθίστανται νομικώς αδιάφορα – το πραγματικό ερώτημα είναι αν ένα κοινό άτομο στην κατάσταση του κατηγορουμένου θα μπορούσε να διαγνώσει ότι η διαταγή είναι καταφανώς παράνομη. Σημείο αναφοράς είναι το παράνομο της διαταγής στο πλαίσιο του διεθνούς δικαίου, που αφορά και τη δικαιοδοσία του ΔΠΔ, και όχι η γνώση ή άγνοια του προδήλως παρανόμου σε σχέση με οποιαδήποτε εθνική έννομη τάξη. Στην ουσία για να κριθεί προδήλως παράνομη μια διαταγή θα πρέπει να μπορεί ακόμη και ένα άτομο ανειδίκευτο, με βασικές μόνο γνώσεις διεθνούς δικαίου, να συμπεράνει ότι η πράξη την οποία αυτή επιτάσσει συνιστά διεθνές έγκλημα¹⁵¹.

4.3 Η παράγραφος 2 του άρθρου 33

Στην παρ. 2 του αρ. 33, το καταστατικό απομακρύνεται από τη θέση περί σχετικής ευθύνης του κατωτέρου και υιοθετεί ένα αμάχητο τεκμήριο, μια αντικειμενική ex ante νομική κρίση περί του καταφανώς παράνομου της προσταγής, όταν αυτή αφορά σε διάπραξη γενοκτονίας ή εγκλημάτων κατά της ανθρωπότητας, όπως αυτά ορίζονται στα άρ. 6 και 7. Αναμιγνύεται έτσι εντός του ίδιου άρθρου ουσιαστικά και η θέση περί απόλυτης ευθύνης¹⁵². Στην πράξη, η δυνάμει ενεργοποίηση της προστασίας από την προσταγή με την πλήρωση των κριτηρίων των περ. α έως γ της παρ. 1 του αρ. 33, αφορά μόνο την τρίτη κατηγορία διεθνών εγκλημάτων στη δικαιοδοσία του ΔΠΔ, τα κοινά εγκλήματα πολέμου, όπως απαριθμούνται στο αρ. 8 του καταστατικού, και ουδέποτε τη γενοκτονία και τα εγκλήματα κατά της ανθρωπότητας – εκεί η συνδρομή της προσταγής είναι νομικά αδιάφορη¹⁵³.

¹⁵¹ Cassese A., Gaeta P., Jones J. R. W. D., ο.π., σελ. 970

¹⁵² Seal J., ο.π., σελ. 249

¹⁵³ Συμεωνίδου – Καστανίδου E., et al., ο.π., σελ.188

Η άρση της ευθύνης έπειτα από προσταγή ιεραρχικώς ανωτέρου στο πλαίσιο του διεθνούς ποινικού δικαίου

Η διαφορετική αντιμετώπιση που επιφυλάσσει το καταστατικό της Ρώμης στα διάφορα διεθνή εγκλήματα μπορεί να δικαιολογηθεί στο ότι, όπως ελέχθη, το αρ. 33 απετέλεσε αποτέλεσμα συμβιβασμού των δύο αντίθετων προσεγγίσεων, δικαιοπολιτικών επιλογών και συμφερόντων που εκφράστηκαν και πολιτικών πιέσεων που ασκήθηκαν κατά την κατάστρωσή του¹⁵⁴.

Περαιτέρω όμως η διαφοροποίηση είναι ενδεχομένως και δογματικά στέρεη, αφού βασίζεται στην ίδια τη διαφορετική φύση των αναφερομένων στην παρ. 2 εγκλημάτων σε σχέση με τα κοινά εγκλήματα πολέμου. Η γενοκτονία και τα εγκλήματα κατά της ανθρωπότητας δεν επηρεάζουν μόνο το θύμα ή έναν αριθμό θυμάτων, αλλά χαρακτηρίζονται ως συντονισμένες επιθέσεις κατά του ανθρώπινου είδους και της ανθρώπινης αξιοπρέπειας. Αποτελούν απαραίτητα μέρος ενός οργανωμένου σχεδίου, μιας συστηματικής και ευρείας πρακτικής διάπραξης τέτοιων εγκλημάτων, που εκφράζεται με το χαρακτήρα γενικής πολιτικής¹⁵⁵. Η ιδιαίτερη αυτή φύση των εγκλημάτων αυτών αποκλείει εκ των προτέρων οποιαδήποτε αμφιβολία ότι ο δράστης έχει πλήρη γνώση του χαρακτήρα των πράξεών του ως εγκλημάτων. Με άλλα λόγια, μια ευρεία και συστηματική πολιτική εξολόθρευσης, δεν γίνεται να διαφεύγει ποτέ από το γνωστικό ορίζοντα του δράστη που διατάσσεται να συμμετέχει σε αυτήν και δε δύναται να καταλύει συνεπώς το *mens rea*¹⁵⁶. Αποκλείεται εξ ορισμού έτσι το συγγνωστό οποιασδήποτε πλάνης μπορεί να δημιουργηθεί από την προσταγή. Ο νομοθέτης χρησιμοποιεί ως όχημα για να εξωτερικεύσει το ακλόνητο υποκειμενικό στοιχείο, θεωρώντας τη συνδρομή του στα εν λόγω εγκλήματα ως αντικειμενικά βέβαιη, τη δημιουργία ενός αμάχητου τεκμηρίου, του ίδιου με αυτό της περ. γ της παρ.1 του αρ. 33 – η διαταγές προς διάπραξη γενοκτονίας ή εγκλημάτων κατά της ανθρωπότητας είναι πάντοτε καταφανώς παράνομες και ο υφιστάμενος φέρει πλήρη ευθύνη για τη διάπραξή τους.

¹⁵⁴ Γιαρένη Ε., ο.π., σελ. 27

¹⁵⁵ Cassese A., Gaeta P., Jones J. R. W. D., ο.π., σελ. 971

¹⁵⁶ Για τα εγκλήματα κατά της ανθρωπότητας προαπαιτείται η συνδρομή ενός ευρύτερου υποκειμενικού στοιχείου που συνίσταται ακριβώς στη γνώση ότι η μεμονωμένη πράξη του δράστη αποτελεί μέρος μιας ευρύτερης ή συστηματοποιημένης επίθεσης κατά άμαχου πληθυσμού. Η δε γενοκτονία αποτελεί έγκλημα υπερχειλούς υποκειμενικής υπόστασης (σκοπού), όπου, ως υποκειμενικό στοιχείο του αδίκου προστίθεται στην ειδική υπόσταση του εγκλήματος ο σκοπός εν όλω ή εν μέρει καταστροφής εθνικής, εθνοτικής, φυλετικής ή θρησκευτικής ομάδας. Η διάκριση λοιπόν των δύο αυτών κατηγοριών εγκλημάτων από τα υπόλοιπα εγκλήματα πολέμου εδράζεται στο επαυξημένο υποκειμενικό στοιχείο που απαιτείται για τη στοιχειοθέτησή τους, Maogoto J. N., ο.π., σελ. 199

Παρ' όλα αυτά, η νιοθέτηση δύο διαφορετικών προσεγγίσεων για το ίδιο ζήτημα κρίνεται συστηματικά αλλά και ουσιαστικά προβληματική. Ο διαχωρισμός της αντιμετώπισης της προσταγής ανάλογα με το είδος του διαπραγματικού εγκλήματος δεν απαντάται πουθενά στο διεθνές εθιμικό δίκαιο, ούτε στις εθνικές έννομες τάξεις. Την ίδια στιγμή, υπάρχει κίνδυνος να θεωρηθεί ότι το γράμμα του άρθρου υπονοεί, μέσω της χαλαρότερης αντιμετώπισης που επιφυλάσσει για την προσταγή στα εγκλήματα πολέμου, ότι θεωρεί τα τελευταία μικρότερης σοβαρότητας και απαξίας, ενώ το κόστος για την ανθρωπότητα μπορεί να είναι το ίδιο υψηλό ή και μεγαλύτερο¹⁵⁷. Υποστηρίζεται βέβαια ότι το καταστατικό δεν νιοθετεί «δύο μέτρα και δύο σταθμά», καθώς το γνωστό κριτήριο του προδήλως παρανόμου θα λειτουργούσε επαρκώς προς την ίδια κατεύθυνση για όλες τις κατηγορίες διεθνών εγκλημάτων. Δεν προκρίνεται δηλαδή σε καμία περίπτωση η ευνοϊκή μεταχείριση των εγκλημάτων πολέμου καθώς και για αυτά ισχύει η προϋπόθεση του καταφανώς παρανόμου της διαταγής και μόνο κατ' εξαίρεση μπορούν να μείνουν ατιμώρητα¹⁵⁸. Κατ' αυτή την άποψη, ενώ η προσθήκη αυτή δεν είναι καν απαραίτητη¹⁵⁹, οι δημιουργοί του καταστατικού θέλησαν μάλλον να καταστήσουν σαφέστερο αυτό που έτσι κι αλλιώς θα ίσχυε και αν δεν υπήρχε ειδική πρόβλεψη στην παρ. 2: οι διαταγές που οδηγούν στη διάπραξη γενοκτονίας και εγκλημάτων κατά της ανθρωπότητας δεν μπορούν παρά να είναι πάντα προδήλως παράνομες και άρα δεν προστατεύουν τον ιεραρχικώς κατώτερο¹⁶⁰.

Τα προβλήματα όμως της ρύθμισης δεν ξεπερνιούνται στην περίπτωση που τα ίδια πραγματικά περιστατικά στοιχειοθετούν τόσο την ειδική υπόσταση της γενοκτονίας ή των εγκλημάτων κατά της ανθρωπότητας, ή και των δύο, και ταυτόχρονα αυτή ενός ή περισσοτέρων εγκλημάτων πολέμου της δικαιοδοσίας του ΔΠΔ. Ο κατηγορούμενος εδώ θα μπορεί ενδεχομένως, αν πληρούνται τα κριτήρια του αρ. 33, να επικαλεστεί υπέρ του την προσταγή προς απόκρουση της κατηγορίας

¹⁵⁷ Cassese A., Gaeta P., Jones J. R. W. D., ο.π.

¹⁵⁸ Η πρόβλεψη του αρ. 33 απέχει πολύ από το να θεωρηθεί *carte-blanche* για τη διάπραξη εγκλημάτων πολέμου υπό το πρόσχημα της προσταγής και αφήνει τόσο περιθώριο όσο χρειάζεται για να προστατευθούν πρόσωπα που οδηγήθηκαν αθέλητα σε παράνομη συμπεριφορά, χωρίς γνώση ή πρόθεση, McCourtney H., From Nuremberg to Rome: Restoring the defence of superior orders, International & Comparative Law Quarterly, vol. 50, 2001, σελ. 394

¹⁵⁹ McCourtney H., ο. π.

¹⁶⁰ Συμεωνίδου – Καστανίδου Ε., et al., ο.π., σελ.188

για τα εγκλήματα πολέμου αλλά όχι για τα άλλα δύο ειδή εγκλημάτων, καίτοι όλα συντελέστηκαν με την ίδια πράξη¹⁶¹.

Υποστηρίζεται έτσι ότι η χωριστή αυτή πρόβλεψη της παρ. 2 του αρ. 33, που αφήνει μεν στενό, αλλά υπαρκτό δε περιθώριο άρσης της ευθύνης στα εγκλήματα πολέμου μονάχα, δημιουργεί εσωτερική αντίφαση στο ίδιο το καταστατικό. Από τη μια προβλέπεται παροχή προστασίας λόγω της προσταγής σε περιπτώσεις που διαπράχθηκαν εγκλήματα πολέμου έπειτα από προσταγή, γίνεται δηλαδή δεκτό το ενδεχόμενο ύπαρξης μιας όχι προδήλως παράνομης διαταγής. Την ίδια στιγμή στο άρθρο 8 του καταστατικού απαριθμείται περιοριστικά σειρά εγκλημάτων πολέμου που εμπίπτουν στη δικαιοδοσία του δικαστηρίου, που αναμφίβολα αποτελούν πράξεις φανερά εγκληματικές. Πώς είναι δυνατόν να είναι ανοιχτός ο δρόμος για την άρση της ευθύνης λόγω προσταγής σε αυτές ακριβώς τις καταγεγραμμένες στο ίδιο νομοθέτημα περιπτώσεις που αναγνωρίζονται ως αξιόποινες, πως είναι δυνατόν να γίνει δεκτός ο ισχυρισμός σύμφωνα με το αρ. 33 ότι η διαταγή για τη διάπραξη ενός εγκλήματος που συγκαταλέγεται στο αρ. 8 δεν είναι προδήλως παράνομη; Η ασυνέπεια αυτή φαίνεται εντονότερα αν ανατρέξουμε στο προοίμιο στουν καταστατικού, όπου τα συμβαλλόμενα μέρη εκφράζουν την πρόθεσή τους να βάλουν ένα τέλος στην ατιμωρησία των δραστών των πιο σοβαρών εγκλημάτων που απασχολούν τη διεθνή κοινότητα – μεταξύ αυτών φυσικά και των εγκλημάτων πολέμου. Η δυνάμει ατιμωρησία που μπορεί να παρέχει το αρ. 33, παρά τις αυστηρές του προϋποθέσεις βέβαια, φαίνεται να αντιβαίνει στον ίδιο τον καταστατικό σκοπό του ΔΠΔ¹⁶².

Η κριτική που συγκεντρώνει ο χειρισμός αυτός του καταστατικού τροφοδοτεί και την άποψη ότι η προσέγγιση περί απόλυτης ευθύνης που θεσπίζεται για τη γενοκτονία και τα εγκλήματα κατά της ανθρωπότητας πρέπει να ακολουθηθεί για όλα τα εγκλήματα της αρμοδιότητας του δικαστηρίου. Κάτι τέτοιο βρίσκει έρεισμα και στη σκοπιμότητα επίτευξης γενικοπροληπτικών αποτελεσμάτων από τη ρύθμιση του ζητήματος της προσταγής. Η βεβαιότητα της τιμώρησης όσων διαπράττουν διεθνές έγκλημα κατά το καταστατικό, συμπεριλαμβανομένων και αυτών του αρ. 8, ακόμα και παρά την ενδεχόμενη μη προφανή παρανομία της διαταγής ή την

¹⁶¹ Cassese A., Gaeta P., Jones J. R. W. D., ο.π., σελ. 972

¹⁶² Gaeta P., ο.π., σελ. 190

ενδεχόμενη άγνοιά τους περί του παρανόμου αυτής, μπορεί να συντείνει στην καλύτερη συμμόρφωση των εμπλεκομένων μιας μελλοντικής ένοπλης σύγκρουσης προς τις επιταγές του διεθνούς ανθρωπιστικού δικαίου και του δικαίου του πολέμου¹⁶³.

4.4 Αποτίμηση του άρθρου 33

Αναμφίβολα, παρά την έντονη κριτική που συνεχίζει να δέχεται το αρ. 33, αποτελεί σημαντική πρόοδο το γεγονός ότι το καταστατικό ενός δικαιοδοτικού οργάνου παγκοσμίου βεληνεκούς λαμβάνει θέση στο ζήτημα της προσταγής δίνοντας ένα πιο ξεκάθαρο στίγμα στο ομιχλώδες τοπίο που επεκράτησε για σχεδόν 50 χρόνια. Δημιουργεί ένα προστατευτικό πεδίο για τα ανθρώπινα δικαιώματα, τουλάχιστον στις περιπτώσεις της πιο βάναυσης παραβίασής τους, αποκλείοντας ρητά την προστασία του ιεραρχικώς κατωτέρου από την προσταγή στα εγκλήματα της γενοκτονίας και στα εγκλήματα κατά της ανθρωπότητας. Επιπλέον θέτει στενά πλαίσια ενεργοποίησης της προσταγής ως λόγου άρσης της ποινικής ευθύνης σε όλες τις άλλες περιπτώσεις παραβίασης του ανθρωπιστικού δικαίου, προτάσσοντας, όπως ελέχθη, ως κανόνα την ευθύνη του υφισταμένου και μόνο ως εξαίρεση την υπό προϋποθέσεις απαλλαγή του, την οποία μάλιστα για να επιτύχει επωμίζεται και το αποδεικτικό βάρος¹⁶⁴.

Σημαντική κατάκτηση για το διεθνές ανθρωπιστικό δίκαιο είναι συνεπώς το ότι μια τέτοια ρύθμιση, με τα όποια προβλήματά της, απετέλεσε απότοκο διεθνούς νομικού διαλόγου και εν τέλει συμβιβασμού διαφόρων προσεγγίσεων και επιρροών από τη διεθνή και τις εθνικές έννομες τάξεις. Περαιτέρω, το αρ. 33 - αλλά και γενικά το καταστατικό του ΔΠΔ - μεταφέροντας σε *lex scripta* τους κανόνες του διεθνούς ποινικού δικαίου περιφρουρεί καλύτερα και τα δικαιώματα του κατηγορουμένου και φωτίζει το σκιώδες τοπίο γύρω από τη μεταχείριση της προσταγής¹⁶⁵, βάζοντας παράλληλα τέλος στην πολυετή αδράνεια και σιωπή επί του ζητήματος από

¹⁶³ Ο Γιαρένης τονίζει ότι κεντρικό ζήτημα σήμερα στο χώρο του διεθνούς ανθρωπιστικού δικαίου είναι η όσο το δυνατόν ευρύτερη διάδοση των κανόνων του, η γνώση των οποίων θα οδηγήσει και σε ορθή εφαρμογή του. Προς τούτο είναι απαραίτητη η σαφήνεια των σχετικών ρυθμίσεων, άρα και η βεβαιότητα ότι θα απορριφθεί η προσταγή ως υπερασπιστικός ισχυρισμός για οποιαδήποτε προσβολή των δικαιωμάτων που προστατεύονται από το ΔΑΔ, *Γιαρένη Ε.*, ο.π., σελ. 28

¹⁶⁴ *Gaeta P.*, ο.π.

¹⁶⁵ *Gaeta P.*, ο.π.

Η άρση της ευθύνης έπειτα από προσταγή ιεραρχικώς ανωτέρου στο πλαίσιο του διεθνούς ποινικού δικαίου

σημαντικές διεθνείς συμβάσεις για τα ανθρωπιστικά δικαιώματα. Προάγεται έτσι ή ασφάλεια δικαίου σε έναν δικαιικό τομέα αρκετά ρευστό ακόμη και αυξάνεται το κύρος και η αναγνώριση της δικαιοδοσίας του ΔΠΔ με την καταστατική ρύθμιση ενός πολυσύνθετου ζητήματος – τα κράτη έχουν συμφωνήσει και γνωρίζουν εκ των προτέρων τις έννομες συνέπειες της διάπραξης διεθνούς εγκλήματος έπειτα από διαταγές ανωτέρου και μπορούν έτσι να προετοιμάσουν και να προστατεύσουν καλύτερα το πολιτικό και στρατιωτικό προσωπικό τους.

Διαφωνίες βέβαια έχουν εκφραστεί ακόμη και για την καθόλου ένταξη μιας ρύθμισης που επιτρέπει δυνάμει προστασία του ιεραρχικώς κατωτέρου από την προσταγή. Την άποψη αυτή υιοθετούν κυρίως ανθρωπιστικές οργανώσεις όπως η Διεθνής Αμνηστία και η Human Rights Watch, θεωρώντας ότι ο παντελής αποκλεισμός της κάλυψης από την προσταγή αποτελεί παγιωμένη θέση του διεθνούς εθιμικού δικαίου, κρυσταλλωμένη κατά τη διάρκεια του 20^{ου} αιώνα, από τη Νυρεμβέργη μέχρι και τα ad hoc διεθνή ποινικά δικαστήρια της δεκαετίας του '90. Κατά την άποψη αυτή, η θέση του αρ. 33 αντιβαίνει στη φυσική εξέλιξη του διεθνούς ποινικού δικαίου και αποτελεί λανθασμένη στροφή στη διασφάλιση των ανθρωπίνων δικαιωμάτων¹⁶⁶. Ο ενδιαφέρων αντίλογος στην υπεραπλουστευτική αυτή άποψη συζητείται στο επόμενο κεφάλαιο της παρούσας εργασίας.

¹⁶⁶ Harris L., ο. π., σελ. 202

5 Η προσέγγιση του άρθρου 33 σε σχέση με το διεθνές εθιμικό δίκαιο

Έχει υποστηριχθεί από τον Dinstein ότι οι δύο αντίθετες προσεγγίσεις που έχουν επικρατήσει, απόλυτης και σχετικής ευθύνης, είναι σε τέτοιο βαθμό ασύμβατες και εκφράζουν τόσο διαφορετικούς τρόπους σκέψης, που οποιαδήποτε προσπάθεια εξεύρεσης κοινού εδάφους είναι καταδικασμένη και ότι συνεπώς, ελλείψει *communis opinio*, δεν μπορεί να συναχθεί κανένας παγιωμένος εθιμικός κανόνας που να ρυθμίζει το ζήτημα της προσταγής¹⁶⁷.

Η αντίθετη άποψη, εκπεφρασμένη κυρίως από την Paola Gaeta, θεωρεί ότι η ασυμβατότητα των δύο θέσεων είναι μόνο φαινομενική και ότι αν ερευνήσουμε προσεκτικά την εξέλιξη της αντιμετώπισης της προσταγής στο πλαίσιο του τελευταίου τουλάχιστον αιώνα και κυρίως υπό το φως της ιστορικής συγκυρίας, μπορούμε να συμπεράνουμε ίσως μια σύγκλιση των απόψεων¹⁶⁸. Αυτό ακριβώς επιχειρεί η Gaeta και συμπεραίνει: το γεγονός ότι σε μεγάλο βαθμό η σχετική προσέγγιση επεκράτησε στις εθνικές νομοθεσίες, σε αντίθεση με τα διεθνή κείμενα που επέλεξαν την απόλυτη, οφείλεται στο διαφορετικό περιβάλλον εντός του οποίου αναπτύχθηκαν και τις συγκεκριμένες συνθήκες που καλούνται να αντιμετωπίσουν, ήτοι όχι αποκλειστικά και μόνο σοβαρότατες παραβιάσεις του δικαίου του πολέμου και του ανθρωπιστικού δικαίου, αλλά και άλλα στρατιωτικά εγκλήματα μικρότερης απαξίας. Άρα η συναγόμενη ασυμβατότητα προέρχεται από τη σύγκριση δύο προσεγγίσεων με διαφορετικό παρονομαστή και δεν οδηγεί σε ασφαλή συμπεράσματα – το πραγματικό κριτήριο βρίσκεται στη διερεύνηση του πώς τα

¹⁶⁷ Η κριτική του συγκεντρώνεται στη θέση που συμπερασματικά εκφράστηκε από τους συντάκτες της Νομικής Έκθεσης της Επιτροπής περί Εγκλημάτων Πολέμου των Ηνωμένων Εθνών (Law Report of the United Nations War Crimes Commission) κατά το σχολιασμό της νομολογίας σχετικά με το ζήτημα της προσταγής, στην οποία θεωρεί ότι αγνοείται σκοπίμως η ασυμβατότητα των δύο προσεγγίσεων. Συγκεκριμένα θεωρεί πως, υποστηρίζοντας ότι δείγματα των βασικών αρχών της σχετικής προσέγγισης απαντώνται σε πολυάριθμα εθνικά και διεθνή νομοθετήματα, ακόμη και στο καταστατικό του ΔΣΔ της Νυρεμβέργης αλλά και στον Control Council Law N.10, επιχειρούν να «συμβιβάσουν τα ασυμβίβαστα», καθώς τα νομοθετήματα αυτά δεν δέχονταν σε καμία περίπτωση τη συνδρομή της προσταγής, ούτε ως παραδεκτό υπερασπιστικό μέσο γενικώς, αλλά ούτε και σε έκτακτες περιστάσεις, *Gaeta P.*, ο.π., σελ. 182

¹⁶⁸ Η θέση αυτή του Dinstein βρίσκεται στήριξη από μεγάλο μέρος της θεωρίας, που συνήθως διαχωρίζει απόλυτα τις δύο προσεγγίσεις και ασχολείται με τη στήριξη της μιας και την αποδόμηση της άλλης αποκλειστικά. Κατά τη Gaeta, μια τέτοια θέαση του ζητήματος δεν είναι πειστική, καθώς δεν λαμβάνει υπόψη της τη συνολική εικόνα, με όλες τις διαχρονικές ασάφειες και ασυνέπειες στην αντιμετώπιση της προσταγής, ώστε να καταφέρει να εντοπίσει επαρκώς το πραγματικό περιεχόμενο του σχετικού εθιμικού κανόνα, *Gaeta P.*, ο.π.

Η άρση της ευθύνης έπειτα από προσταγή ιεραρχικώς ανωτέρου στο πλαίσιο του διεθνούς ποινικού δικαίου

εθνικά δίκαια διαχειρίζονται την προσταγή στην περίπτωση εγκλημάτων πολέμου συγκεκριμένα¹⁶⁹.

Σε αυτές ακριβώς τις περιπτώσεις, που αποτελούν το κοινό αντικείμενο των δύο προσεγγίσεων, τα εθνικά δίκαια, ακόμα κι αν εφαρμόζουν το manifest illegality test, ανέκαθεν αρνούνται την προστασία του υφισταμένου από την προσταγή. Όπως ήδη ετέθη, μια διαταγή προς διάπραξη σοβαρότατων παραβιάσεων του διεθνούς δικαίου και του δικαίου του πολέμου, παραβιάσεις που αναγνωρίζονται αναμφισβήτητα ως εγκληματικές και σε εθνικό επίπεδο, δεν μπορούν παρά να είναι προδήλως παράνομες. Συνεπώς, εκ των πραγμάτων στις περιπτώσεις αυτές υιοθετείται μια απόλυτη στάση και σε εθνικό επίπεδο. Άρα, συμφώνα με τη Gaeta, ανακύπτει μια σύμπτωση διεθνούς και εθνικής πρακτικής, που επιτάσσει την απόρριψη της προστασίας του ιεραρχικώς κατωτέρου από την προσταγή, ανεξάρτητα από το ποια προσέγγιση απετέλεσε την αφετηρία. Είτε η άρση της ευθύνης απορριφθεί a priori ως ζήτημα αρχής, είτε εκ των πραγμάτων, επειδή πληρούται η προϋπόθεση του προδήλως παρανόμου, το αποτέλεσμα είναι κοινό¹⁷⁰ και καταδεικνύει, σύμφωνα με αυτή την άποψη, ότι υπάρχει *communis opinio* υπέρ της απόλυτης ευθύνης του υφισταμένου¹⁷¹, και επομένως είναι λανθασμένη και επιπόλαιη η εκτίμηση περί ασυμβατότητας, εξαιτίας της διαφορετικής σκοπιάς από την οποία εξετάζουν στις περισσότερες περιπτώσεις την προσταγή η διεθνής και η εκάστοτε εθνική έννομη τάξη.

Μικρή σημασία δίνει στο σχετικό αντίλογο η θέση αυτή. Η προσπάθεια μετριασμού της απόλυτης θέσης από διεθνή ακόμα δικαιοδοτικά όργανα, δεσμευμένα από διατάξεις και καταστατικά με ιδιαιτέρως αυστηρό γράμμα επί της προσταγής, αποδίδεται στη φυσική και αναμενόμενη τάση των δικαστών και των εισαγγελέων να ανατρέχουν στην προσέγγιση και τη φιλοσοφία της εθνικής τους νομοθεσίας, εντός της οποίας έχουν γαλουχηθεί, η οποία όμως σε καμία περίπτωση δεν οδήγησε σε ουσιαστική απομάκρυνση από τις βασικές αρχές της απόλυτης προσέγγισης¹⁷². Επιπλέον, η διαχρονική αποτυχία εξεύρεσης ενός διεθνώς *consensus*, ώστε να κωδικοποιηθεί μια ρύθμιση για την προσταγή σε διεθνή σύμβαση, θεωρείται ότι

¹⁶⁹ *Gaeta P.*, ο.π., σελ. 183

¹⁷⁰ *Cassese A.*, International Criminal Law, Oxford University Press, 2008, σελ. 271-273

¹⁷¹ *Gaeta P.*, ο.π. 183-185

¹⁷² *Gaeta P.*, ο.π., σελ. 187

Η άρση της ευθύνης έπειτα από προσταγή ιεραρχικώς ανωτέρου στο πλαίσιο του διεθνούς ποινικού δικαίου

υποκινήθηκε περισσότερο από τις πολιτικές ανησυχίες των κρατών, που δίσταζαν να πάρουν αυστηρή θέση σε ένα ζήτημα που επηρεάζει άμεσα τη λειτουργία των ενόπλων δυνάμεων τους, και προτίμησαν να επιφυλαχτούν για τη ρύθμιση του σε εθνικό επίπεδο, και λιγότερο από το ενδεχόμενο αυτά να αντιτίθενται στην ουσία ενός κανόνα απόλυτης ευθύνης¹⁷³.

Από όσους λοιπόν θεωρούν την απόλυτή θέση ως παγιωμένο κανόνα διεθνούς εθιμικού δικαίου, η στάση του καταστατικού της Ρώμης κατακρίνεται σφοδρά. Η νιοθέτηση από το αρ. 33 μιας δυνατότητας πλήρους άρσης της ποινικής ευθύνης για μια μεγάλη πλειοψηφία διεθνών εγκλημάτων χαρακτηρίζεται τουλάχιστον ως αμφιλεγόμενη ή ακόμα και άκρως αδικαιολόγητη απομάκρυνση από έναν παγιωμένο εθιμικό κανόνα¹⁷⁴, ο οποίος εξάλλου τυποποιήθηκε στο αρ. 8 του καταστατικού της Νυρεμβέργης και ακολουθήθηκε από πλειάδα άλλων πανομοιότυπων στα καταστατικά ad hoc δικαστηρίων, τα οποία αγνοούνται¹⁷⁵. Στοχοποιείται επίσης από τους επικριτές της προσέγγισης του ΔΠΔ και η αντίφαση, όπως περιγράφηκε ανωτέρω, εντός του ίδιου του καταστατικού, που νιοθετεί μια σχετική θέση προς εφαρμογή σε περιπτώσεις που εξ αρχής θεωρεί απόλυτες παραβιάσεις του διεθνούς δικαίου, οι οποίες είναι αδιανόητο, να διαφεύγουν του ποινικού ελέγχου. Ειδομένη από αυτή τη σκοπιά, η θέση που νιοθετεί το καταστατικό του ΔΠΔ στο αρ. 33 χαρακτηρίζεται ως καταδικαστέο «πισωγύρισμα» του διεθνούς δικαίου στο προ του Β' ΠΠ καθεστώς.

Η αντίθετη άποψη επικεντρώνεται ακριβώς στον τρόπο με τον οποίο διαμορφώθηκε και επεκράτησε η θέση περί απόλυτης ευθύνης στη δίκη της Νυρεμβέργης, για να καταδείξει ότι ουσιαστικά δεν υπήρξε αλλαγή πορείας προς το αυστηρότερο του εθιμικού δικαίου στο ζήτημα της προσταγής μετά το 1945. Σημασία κατά τον κύριο υποστηρικτή της θέσης αυτής McCourbey, έχει, όπως ήδη αναφέρθηκε, η επιθυμία της διεθνούς κοινότητας να παρακάμψει τα εμπόδια που η προσταγή έθετε στο πλαίσιο μιας συγκεντρωτικής διοικητικής οργάνωσης, στην οποία όλες οι διαταγές προέρχονταν από τον Χίτλερ και επομένως όλη η ευθύνη

¹⁷³ *Gaeta P.*, ο.π., σελ. 187-188

¹⁷⁴ Ansermet L., *Manifest Illegality and the Superior Orders Defense: Schuldtheorie Mistake of Law Doctrine as an Article 33(1)(c) Panacea*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 47, 2014, σελ. 1451-1452

¹⁷⁵ *Gaeta P.*, ο.π., σελ. 190

Η άρση της ευθύνης έπειτα από προσταγή ιεραρχικώς ανωτέρου στο πλαίσιο του διεθνούς ποινικού δικαίου

συγκεντρωνόταν στο πρόσωπό του, ώστε να μπορούν να διωχθούν οι πρωτεργάτες της ναζιστικής θηριωδίας και να αποδοθεί επαρκώς δικαιοσύνη. Αυτή η σκοπιμότητα, σε συνδυασμό με τον ίδιο το χαρακτήρα των κατηγορουμένων στη Νυρεμβέργη και στο Τόκυο ως ανώτατων πολιτικών και στρατιωτικών στελεχών, μόνο στο αποτέλεσμα της απόρριψης της προστασίας της προσταγής θα μπορούσε να οδηγήσει. Οι συγκεκριμένοι κατηγορούμενοι κάθε άλλο παρά απλοί στρατιώτες ή «πιόνια» ήταν, δέσμιοι των απόλυτων διαταγών μιας αυταρχικής στρατιωτικής ή πολιτικής ηγεσίας. Αντιθέτως μάλιστα, ήταν και οι ίδιοι ηγετικά στελέχη του αυταρχικού καθεστώτος και συμμετείχαν απευθείας στην κατάστρωση και υλοποίηση της καταστροφικής πολιτικής του. Επομένως δε θα μπορούσαν παρά να γνωρίζουν ότι οι πράξεις του αποτελούσαν παραβίαση του διεθνούς δικαίου που επισύρει την ποινική τους ευθύνη. Εφαρμόζοντας άρα τα κριτήρια της νομολογιακά παγιωμένης μέχρι το Β' ΠΠ θέσης περί σχετικής υπό προϋποθέσεις ευθύνης, οι κατηγορούμενοι τις Νυρεμβέργης δε θα μπορούσαν ποτέ να απολάβουν της προστασίας της προσταγής¹⁷⁶.

Συνεπώς υποστηρίζεται ότι το καταστατικό του ΔΣΔ δεν επενέβη απαραίτητα προς μεταβολή της αντιμετώπισης της προσταγής αλλά μάλλον εξέφρασε τη φυσιολογική εφαρμογή των κριτηρίων της σχετικής ευθύνης, της γνώσης δηλαδή του παρανόμου και του προδήλως παρανόμου, εντός του πολύ συγκεκριμένου συγκειμένου στο οποίο κλήθηκε να λειτουργήσει.

Ο McCourtley θεωρεί περαιτέρω, ότι το παραπάνω νόημα δεν έγινε επαρκώς κατανοητό και οδήγησε στην παρεμπνεία ότι η προσταγή αποκλείεται εκ των προτέρων ως λόγος άρσης της ευθύνης, “on principle” και όχι εξ αιτίας των ιδιαίτερων και ασυνήθιστων πραγματικών συνθηκών. Συντελέσθηκε έτσι μια μετάλλαξη της θέσης της Νυρεμβέργης, από μια πολύ ειδική έκφραση και έκφανση της σχετικής προσέγγισης, σε μια υποτίθεται νέα, αυστηρότερη αρχή προς γενική χρήση¹⁷⁷.

Η λανθασμένη εκτίμηση των όσων έλαβαν χώρα υπό την επιρροή των ιδιαίτερων συνθηκών του Β' ΠΠ είχε έτσι γενικότερο παραμορφωτικό αντίκτυπο – η

¹⁷⁶ McCourtley H., o. π., σελ. 393-394

¹⁷⁷ McCourtley H., o. π., σελ.394

Η άρση της ευθύνης έπειτα από προσταγή ιεραρχικώς ανωτέρου στο πλαίσιο του διεθνούς ποινικού δικαίου

απόλυτη ευθύνη θεωρήθηκε ο κανόνας και υιοθετήθηκε σε διεθνές επίπεδο κατά το δεύτερο μισό του 20^{ου} αιώνα με αποτέλεσμα να θεωρείται ως έκφραση πάγιας θέσης του διεθνούς εθιμικού δικαίου, κατά την αντίθετη άποψη. Υπό το πρίσμα αυτό λοιπόν, η υιοθέτηση της σχετικής ευθύνης στο αρ. 33 είναι μόνο φαινομενικά πισωγύρισμα και αδικαιολόγητη επιστροφή σε ένα ξεπερασμένο δόγμα. Στην πραγματικότητα αποτελεί μια καθυστερημένη διόρθωση της πορείας που απέκλινε μετά το 1945 από τον παγιωμένο κανόνα λόγω παρερμηνείας, άτοπης γενίκευσης και προσπάθειας γενικής αντιμετώπισης ομαλότερων καταστάσεων με κριτήρια ακραίων συνθηκών¹⁷⁸. Η προσέγγιση της Νυρεμβέργης οδήγησε σε συγκεκριμένα απόλυτα αποτελέσματα, και αναπόφευκτα βέβαια, μέσω της εφαρμογής του κανόνα της σχετικής ευθύνης υπό ακραίες συνθήκες¹⁷⁹. Η γενική εφαρμογή αυτού που εν προκειμένω ήταν το αποτέλεσμα μιας διαδικασίας πλήρωσης ή μη συγκεκριμένων προϋποθέσεων, ως γενικής και απόλυτης αρχής, οδήγησε, κατά τον McCourbey, σε μια παρεξήγηση που διήρκεσε 50 χρόνια. Συνεπώς η θέση του καταστατικού του

¹⁷⁸ *McCourbey H.*, ο. π.

¹⁷⁹ Το συγκυριακό χαρακτήρα της πρόβλεψης του αρ. 8 του καταστατικού του ΔΣΔ διακρίνει και ο Harris. Ο αποκλεισμός της προσταγής ως λόγου άρσης της ποινικής ευθύνης ήρθε εν μέρει ως αντίδραση στο μοναδικό πλέγμα γεγονότων που συνέθεσαν το τοπίο γύρω από την επιταγή να αποδοθεί δικαιούσνη για τη θηριωδία του πολέμου. Σημαντικό άρα ρόλο έχουν τα ίδια τα επίδικα εγκλήματα, ο χαρακτήρας και η βαρύτητα των οποίων δε θα τους επέτρεπε απαρέγκλιτα να «περάσουν» το manifest illegality test, καθώς βέβαια, όπως παρατηρεί ο McCourbey και ο βαθμός ανάμειξης των ανώτατα ισταμένων στρατιωτικών και πολιτικών προσώπων που βρέθηκαν στο εδώλιο στην έμπνευση και εκτέλεση αυτών των εγκλημάτων. Επομένως η υιοθέτηση στο καταστατικό της Νυρεμβέργης της απόλυτης απαγόρευσης της προστασίας του υφισταμένου από την προσταγή απετέλεσε κατά το χρόνο εκείνο έκφραση νομικού πραγματισμού και δεν εισέφερε ουσιαστικά τίποτα καινούριο ή ανατρεπτικό στη θέαση της προσταγής. Οι ιδιαίτερες συνθήκες δεν αρκούν για να μετατρέψουν την προσέγγιση που ελήφθη τότε από μια απλά κοινότυπη στάση (σαφώς βέβαια τροφοδοτούμενη από ακραία δεδομένα και οδηγώντας σε ακραία αποτελέσματα) στην πεποίθηση ότι ο παντελής αποκλεισμός της προστασίας του ιεραρχικώς κατωτέρου από την προσταγή είναι η θηικά και νομικά επιθυμητή προς υιοθέτηση θέση, Harris Lachlan, ο. π., σελ. 207 Άξιο αναφοράς είναι το σχόλιο του Rowe: Η λύση της Νυρεμβέργης και των μεταγενέστερων εκτάκτων Διεθνών Στρατιωτικών Δικαστηρίων, απευθυνόταν στους ανωτάτους διοικητές, οι οποίοι συνέθεσαν ένα σχέδιο που υλοποιήθηκε από άλλους. Το δικαστήριο της Χάγης, ως μόνιμο δικαιοδοτικό όργανο, αντίθετα, αναμένεται να ασχοληθεί κυρίως με τα «μικρά ψάρια», στελέχη δυνάμεων με άκρως αυστηρά πειθαρχικά συστήματα και ταυτόχρονα με χαμηλό επίπεδο εκπαίδευσης του προσωπικού, οι οποίοι συχνότερα αποτελούν κι οι ίδιοι θύμα της ίδιας της πλευράς τους, όπως και οι εχθρικές δυνάμεις κατά των οποίων απευθύνονται οι εγκληματικές πράξεις που διετάχθησαν να εκτελέσουν, Bowers A., A Concession to Humanity in Killing of Innocents – Validating the Defences of Duress and Superior Orders in International Law, Windsor Review of Legal and Social Issues, vol. XV, 2003, σελ. 36

ΔΠΔ αποτελεί τελικά ευπρόσδεκτη αποκρυστάλλωση του ανέκαθεν επικρατούντος δόγματος¹⁸⁰.

Σε αυτό το σημείο υπάρχει όμως και αντίλογος: Το γεγονός ότι η σύνθεση του αρ. 8 του καταστατικού της Νυρεμβέργης επηρεάστηκε από το πλέγμα των ιδιαίτερων συνθηκών μέσα στο οποίο αναπτύχθηκε δεν αποκλείει τη μεταγενέστερη ωρίμανση και διάπλαση του σε πραγματική θέση του διεθνούς ποινικού δικαίου, ανεξαρτήτως πλέον περιστάσεων. Ιδιαίτερο πάντα ρόλο, εξάλλου, παίζει στη σύνθεση του εθιμικού δικαίου η ιστορική συγκυρία, και ο μοναδικός ίσως χαρακτήρας αυτής της συγκυρίας, που δημιούργησε το αρ. 8 του καταστατικού του ΔΣΔ, δεν αρκεί για να δικαιολογήσει μια μεταγενέστερη οπισθοχώρηση στο προ του πολέμου καθεστώς.. Κατά την άποψη αυτή, οι ειδικές περιστάσεις θωρακίζουν το νομοθέτη με κουράγιο, ώστε να διαχειριστεί δύσκολα νομικά ζητήματα με περισσότερη θέρμη και τόλμη, και σίγουρα η μεταγενέστερη εξάλειψη των ειδικών αυτών συνθηκών δεν πρέπει να οδηγεί αυτομάτως στη αναδίπλωση του θετικού δικαίου. Κριτική λοιπόν δέχεται η θέση αυτή περί του μοναδικού γεγονοτικού πεδίου που επηρέασε τη στροφή στην απόλυτη προσέγγιση της προσταγής εν όψει της δίκης της Νυρεμβέργης, κυρίως διότι δεν απαντά πειστικά στο επιχείρημα ότι η πορεία αυτή απετέλεσε στάδιο της φυσιολογικής εξέλιξης του διεθνούς ποινικού και ανθρωπιστικού δικαίου που εκφράζει την παγκοσμίως επικρατούσα ηθική και νομική ατμόσφαιρα γύρω από το ζήτημα της προσταγής¹⁸¹.

¹⁸⁰ McCourbey H., o. π.

¹⁸¹ Harris L., o. π. , σελ. 209-210

6 Η προσταγή και άλλοι λόγοι άρσης της ποινικής ευθύνης

Πέραν όμως από το δύσκολο εγχείρημα του εντοπισμού της προσταγής στο δογματικό πεδίο και τις εννοιολογικές διαφορές μεταξύ των νομικών οικοδομημάτων, είναι σκόπιμο να δούμε πως αναλύεται αυτή στην ουσία της και τι αντίκτυπο αυτό έχει για την πρόκριση της μίας ή της άλλης προσέγγισης, αλλά και για τη σχέση της προσταγής καθαυτής με άλλους αυτόνομους λόγους άρσης της ποινικής ευθύνης.

Υποστηρίζεται ότι τα δύο ακραία δόγματα περί προσταγής, παρά την όποια στέρεη δικαιολογητική βάση, δεν συλλαμβάνουν επαρκώς την ουσία του ζητήματος που είναι η πραγματική επίδραση στα στοιχεία που συναποτελούν την ενοχή του, η οποία θα ανατραπεί είτε ήδη από το πεδίο του αδίκου, είτε απώτερα στο πεδίο του καταλογισμού.

Η αδυναμία αυτή εκτίθεται από την πλευρά της απόλυτης άρσης της ευθύνης αν εξετάσουμε τα δύο βασικά επιχειρήματα των υποστηρικτών της με προσοχή. Το γεγονός ότι ο απλός στρατιώτης δεν διαθέτει τα νομικά εφόδια για να προβεί στην απαραίτητη αξιολόγηση της νομιμότητας μιας διαταγής ίσως αποτελεί άλλη μια υπεραπλούστευση, αλλά ακόμα και αν αναγθεί σε κανόνα, δεν εξαντλεί όλες τις περιπτώσεις. Έτσι στο βαθμό που το δόγμα respondeat superior στηρίζεται σε μια εκ των προτέρων συναγόμενη νομική πλάνη, αποτυγχάνει να αποκλείσει την προστασία στις περιπτώσεις που ο υφιστάμενος ουδόλως πλανάται αλλά εκτελεί τη διαταγή με πλήρη γνώση του αδίκου χαρακτήρα της. Ταυτόχρονα η επίκληση της άτεγκτης στρατιωτικής πειθαρχίας, της οποίας η παραβίαση επισύρει σκληρή τιμωρία ως δικαιολογητική βάση της θέσης αυτής, έχει οδηγήσει στην άποψη ότι στον ιεραρχικώς κατώτερο δημιουργείται μια εκ του νόμου πηγάζουσα κατάσταση ανάγκης που αποκλείει το άλλως δύνασθαι πράττειν και δικαιολογεί την άρση της ποινικής ευθύνης του. Εδώ όμως δεν πρόκειται για μια αυθεντική κατάσταση ανάγκης, όπως θα αναλυθεί κατωτέρω, αλλά για μια συνθήκη που δεν αποκλείει το ενδεχόμενο κάποιος να συμμορφώνεται σε παράνομη διαταγή, όχι μόνο εν γνώσει του παρανόμου, αλλά και με πρόθεση, επιδοκιμάζοντας ο ίδιος το παράνομο αποτέλεσμα. Η παροχή a priori προστασίας εξαιτίας μιας και πάλι συναγόμενης θεσμικής κατάστασης ανάγκης δεν κρίνεται επαρκής. Είναι άρα φανερό ότι η ανελαστικότητα της θέσης αυτής την εμποδίζει από το να απευθυνθεί στο καίριο

στοιχείο της πραγματικής επιρροής της διαταγής στον γνωστικό και βουλητικό ορίζοντα του δράστη.

Στην άλλη όψη του νομίσματος η θέση περί απόλυτης ευθύνης αποκλείει ολωσδιόλου κάθε προστασία πριν την επιμέτρηση σε όλες αυτές τις περιπτώσεις που η απόλυτη άρση της ευθύνης σωστά συμπεριλαμβάνει. Αγνοεί και πάλι την πραγματική επιρροή της προσταγής και αρνείται την άρση της ευθύνης ακόμα και σε εκείνες τις περιπτώσεις που αυτή δικαιολογείται από την κατάλυση του *mens rea*.

Αντίθετα υποστηρίζεται, και ορθώς, ότι μόνο η μέση λύση της σχετικής ευθύνης, ως αμάλγαμα στοιχείων που αφορούν ακριβώς το *mens rea*, μπορεί να συλλάβει σε επαρκή έκταση την ενοχή του δράστη. Ο συνδυασμός του υποκειμενικού κριτηρίου της γνώσης του παρανόμου και του αντικειμενικού κριτηρίου του προδήλως παράνομου χαρακτήρα της διαταγής συγκροτούν ένα εργαλείο κατάλληλο για την ανεύρεση και απόδοση της ποινικής ευθύνης και ταυτόχρονα για τη χάραξη των ορίων της προστασίας που παρέχει η προσταγή, διαφυλάσσοντας έτσι τη νομιμότητα.

Η διαπίστωση ότι η ουσία της προσταγής ως λόγου άρσης της ευθύνης του ιεραρχικώς κατωτέρου έγκειται στην κατάγνωση της συνδρομής ή κατάλυσης του *mens rea*¹⁸², έχει οδηγήσει μέρος της θεωρίας, κυρίως υπό την επιρροή του έργου του Dinstein, στο συμπέρασμα ότι αυτή δεν μπορεί να λογίζεται καν ως καθαυτός λόγος προστασίας του δράστη, ως *per se* υπερασπιστικό μέσο που ενεργοποιείται εκ μόνης της ύπαρξης μιας διαταγής, αλλά μπορεί να ειδωθεί μόνο σε συνδυασμό με άλλα αυτόνομα κατά το διεθνές και εθνικό ποινικό οικοδόμημα μέσα απαλλαγής από την ποινική ευθύνη¹⁸³. Η προσταγή κατ’ αυτή την άποψη αποβάλλει τον ακραίο χαρακτήρα που της προσδίδουν οι δύο απόλυτες θέσεις και λειτουργεί προσαρμοζόμενη στο μέσο έδαφος, όπου πληρούνται ή όχι οι σχετικές προϋποθέσεις και μόνο στο βαθμό που η επιρροή της στο *mens rea* οδηγεί στην κατάφαση της συνδρομής της πλάνης, νομικής ή πραγματικής (*mistake of law/fact*) και της κατάστασης ανάγκης (*duress*). Είναι δηλαδή πλέον απλώς ένα στοιχείο του

¹⁸² Ιδωμένου κατά περίπτωση είτε ως έκφανση της υποκειμενικής υπόστασης και άρα ως κατάλυση του αδίκου, είτε ως συστατικού της ενοχής και άρα ως κατάλυση του «άλλως δύνασθαι πράττειν» και του καταλογισμού.

¹⁸³ Dinstein Y., *The Defence of “Obedience to Superior Orders” in International Law*, A. W. Sijthoff – Leyden, 1965, σελ. 82

πραγματικού που πρέπει να αξιολογηθεί όπως όλα τα άλλα και όχι μια αυτοματοποιημένη και αυτόνομη υπεράσπιση. Σύμφωνα με τη θέση αυτή, εάν συντρέχουν μαζί με την προσταγή γεγονότα που στοιχειοθετούν είτε πλάνη, είτε κατάσταση ανάγκης, λόγοι άρσης της ευθύνης που πάντως δύνανται να συντρέξουν σε κάθε περίπτωση ανεξάρτητα από την ύπαρξη της διαταγής, ουσιαστικά μόνο αυτοί οι αυτόνομοι τρόποι προστασίας του δράστη έχουν σημασία ως υπερασπιστικοί ισχυρισμοί¹⁸⁴, ενώ η διαταγή λογίζεται ως γεγονοτικός παράγοντας που βοηθά τη θεμελίωσή τους.

Κατά τον Dinstein, η κατάλυση του *mens rea* ανάγεται σε βασική αρχή που αποκρυσταλλώνει το ζήτημα της απόδοσης ποινικών ευθυνών στην περίπτωση της προσταγής, κατάλυση που δεν δύναται να επιτύχει η προσταγή από μόνη της αλλά μόνο σε συνδυασμό με τις υπόλοιπες προϋποθέσεις, αν συντρέχουν, της πλάνης και της κατάστασης ανάγκης. Αυτός είναι ο κοινός παρονομαστής και το αποτέλεσμα, το αν ο ιεραρχικά κατώτερος θα προστατευθεί, δεν εξαρτάται απλά από το αν ή όχι η υπακοή στη συγκεκριμένη διαταγή είναι δικαιικά ανεκτή, αλλά από το αν αυτή συνέδραμε στο να συντρέξουν άλλα στοιχεία που συνδυαστικά είτε αποκλείουν συγγνωστά τη σωστή εκτίμηση μιας πραγματικής ή νομικής κατάστασης, ή το άλλως δύνασθαι πράττειν¹⁸⁵.

Πάντως, είτε θεωρήσουμε ότι η προσταγή χρήζει αυτόνομης ρύθμισης είτε όχι, είναι ξεκάθαρο πως στη σφαίρα των πραγματικών περιστατικών αυτή συμπλέκεται συχνά με άλλες συνθήκες που ταυτόχρονα αποτελούν προϋποθέσεις της πλάνης και της κατάστασης ανάγκης, και άρα είναι σκόπιμο να εξετάσουμε με ποιο τρόπο συμβαίνει αυτό.

6.1 Προσταγή και πλάνη (mistake of fact/law)

Οι προβλέψεις του αρ. 33 του Καταστατικού της Ρώμης πρέπει να ειδωθούν συνδυαστικά με τις ρυθμίσεις του αρ. 32¹⁸⁶ περί πλάνης, πραγματικής και νομικής.

¹⁸⁴ Dinstein Y., ο.π., σελ. 83

¹⁸⁵ Dinstein Y., ο.π., σελ. 88

¹⁸⁶ Το αρ. 32 ορίζει συγκεκριμένα τα εξής: «Πραγματική και νομική πλάνη: 1. Η πραγματική πλάνη αποτελεί λόγο άρσης της ποινικής ευθύνης μόνο αν αναιρεί την πλήρωση των στοιχείων της υποκειμενικής υπόστασης. 2. Η νομική πλάνη ως προς το αν συγκριμένο είδος συμπεριφοράς αποτελεί έγκλημα υπαγόμενο στη δικαιοδοσία του Δικαστηρίου δεν συνιστά λόγο άρσης της ποινικής ευθύνης. Η νομική πλάνη μπορεί, όμως, να αποτελέσει λόγο άρσης της ποινικής ευθύνης αν

Στην περίπτωση της πλάνης περί τα πράγματα, το εν λόγω άρθρο θεσπίζει λόγο άρσης της ποινικής ευθύνης υπό την προϋπόθεση ότι αναιρείται η συνδρομή των στοιχείων της υποκειμενικής υπόστασης του εγκλήματος. Στη μεταφορά του πρωτότυπου κειμένου του καταστατικού στην ελληνική γλώσσα, ο έλληνας νομοθέτης αναφέρεται και εδώ γενικά στην άρση της ποινικής ευθύνης και δεν κατατάσσει την πλάνη στους λόγους άρσης του αδίκου ή του καταλογισμού. Η αναφορά όμως στην υποκειμενική υπόσταση παραπέμπει, κατά τις αγγλοσαξονικές πηγές του καταστατικού, στο *mens rea*, που εν προκειμένω, κατά το ηπειρωτικό δίκαιο αφορά στο δόλο - και άρα άπτεται δογματικά του αδίκου. Ο δόλος λοιπόν καταλύνεται, καθώς ο δράστης αγνοεί πραγματικά περιστατικά που συνιστούν παράνομη πράξη.

Ειδικά στην περίπτωση της προσταγής τώρα, πραγματική πλάνη μπορεί να ανακύψει όταν ο υφιστάμενος αγνοεί πραγματικά περιστατικά τα οποία αν γνώριζε θα είχε διαπιστώσει τον παράνομο χαρακτήρα της διαταγής¹⁸⁷¹⁸⁸.

Συχνό παράδειγμα τέτοιου συνδυασμού προσταγής και πλάνης αποτελεί η περίπτωση των λεγόμενων «νόμιμων αντιποίνων» (lawful reprisals). Ως τέτοια ορίζονται οι κατ' εξαίρεση επιτρεπτές παραβιάσεις του δικαίου του πολέμου, δικαιολογημένες και αναγκαίες ως αντίμετρο για την αποτροπή άλλων παραβάσεων εκ μέρους του εχθρού¹⁸⁹. Λόγου χάριν, ο στρατιώτης που ανοίγει πυρ εναντίον νοσοκομείου, καίτοι γνωρίζει ότι τέτοιες εγκαταστάσεις προστατεύονται από το διεθνές δίκαιο, επειδή πίστεψε τις διαβεβαιώσεις των ανωτέρων του ότι το νοσοκομείο χρησιμοποιείται από τον εχθρό για επιχειρησιακούς σκοπούς - πράγμα που αν συνέβαινε θα κατέτασσε την πράξη και τη διαταγή προς τέλεση αυτής στα νόμιμα αντίποινα - βρίσκεται σε πραγματική πλάνη¹⁹⁰. Η πλάνη του αυτής οφείλεται

αναιρεί τα στοιχεία της υποκειμενικής υπόστασης που απαιτείται για την τέλεση ενός τέτοιου εγκλήματος ή αν πληρούνται οι προϋποθέσεις του αρ. 33», από τη μετάφραση του αρ. 32 του Κατ.ΔΠΔ στο Ν. 3003/2002, ΦΕΚ Α 75, 08.04.2002.

¹⁸⁷ Εδώ ενώ στοιχειοθετείται το *actus reus*, ελλείπει το *mens rea*, καθώς ο δράστης βρισκόταν ειλικρινά και για αυτό και συγγνωστά υπό την πλανεμένη πεποίθηση ότι οι πραγματικές συνθήκες καθιστούν την πράξη του νόμιμη, *Seal J.*, ο.π., σελ. 217.

¹⁸⁸ Έτσι, σε κάθε περίπτωση που εκτελείται από ιεραρχικώς κατώτερο παράνομη διαταγή, η τελευταία μπορεί να ενεργοποιήσει την πλάνη περί τα πράγματα της παρ 1 ρου αρ.32 ως υπερασπιστικό ισχυρισμό, αν αποδειχθεί από την υπεράσπιση ότι συνέτρεχε άγνοια που αφορούσε πραγματικά περιστατικά, *Cassese A.*, ο.π., σελ. 291

¹⁸⁹ *Bakker J. L.*, ο.π., σελ. 68

¹⁹⁰ *Cassese A.*, ο.π.

ακριβώς στο ότι μια κατά τα άλλα παράνομη διαταγή περιβάλλεται με την υφή των – νομίμων - αντιποίνων.

Το οξύμωρο αυτό σχήμα, όπου μια κατά τα άλλα παράνομη πράξη μπορεί, υπό το πρίσμα των αντιποίνων, να ειδωθεί ως νόμιμη δημιουργεί ακόμα ένα δίλημμα στον υφιστάμενο. Υπό κανονικές συνθήκες αυτός καλείται να αξιολογήσει τον παράνομο ή μη χαρακτήρα μιας διαταγής, ή ακόμα και να λάβει υπόψη του ότι η διαταγή είναι τόσο παράνομη που εμπίπτει στην κατηγορία των καταφανώς παρανόμων, κινούμενος στο περιθώριο που του δίνουν οι ιδιαίτερες συνθήκες και οι δεξιότητές του. Αυτή η ευθύνη της αξιολόγησης είναι αναμενόμενο και παραδεκτό βάρος για τον υφιστάμενο γενικά, αλλά όχι ενδεχομένως υπό τις ακόμα πιο ιδιαίτερες περιπτώσεις όπου μια διαταγή, που είναι ολωσδιόλου αντίθετη στο διεθνές δίκαιο, περιβάλλεται με το χαρακτήρα των αντιποίνων έναντι σε θεωρητικά αντιστοίχου απαξίας παράνομες πράξεις του εχθρού¹⁹¹. Ο υφιστάμενος συνήθως δεν είναι σε θέση να ελέγξει το κατά πόσο δικαιολογημένα και νόμιμα είναι τα αντίποινα και σε κάθε περίπτωση δεν του δίνεται καν πρόσβαση σε όλο το απαραίτητο φάσμα πληροφοριών, ώστε από τη στιγμή που πιστεύει καλόπιστα στη νομιμότητα της διαταγής προστατεύεται από αυτήν¹⁹².

Κρίσιμο στοιχείο λοιπόν εδώ είναι το ερώτημα κατά πόσο ο ιεραρχικά κατώτερος, καλή τη πίστει, επείσθη ότι η διαταγή που εκτέλεσε συνιστούσε νόμιμα αντίποινα, υπό το φως των οδηγιών και εξηγήσεων που του δόθηκαν και των υπολοίπων συνθηκών¹⁹³. Η εγκαθίδρυση στο αρ. 32 της πραγματικής πλάνης ως λόγου άρσης της ποινικής ευθύνης ενώπιον του ΔΠΔ, επιτρέπει τη συγκομιδή από τον υφιστάμενο όλων των αποδεικτικών μέσων που θα συνυπολογίσει το δικαστήριο

¹⁹¹ Bakker J. L., ο.π., σελ. 69

¹⁹² Seal J., ο.π., σελ. 218

¹⁹³ Κατά τον Greenspan, το γεγονός ότι ένας ιεραρχικά ανώτερος διατάζει τον υφιστάμενο να παραβιάσει το δίκαιο του πολέμου δεν μπορεί από μόνο του να αποκλείει την ευθύνη του δράστη, καθώς είναι πιθανό τα αντίποινα να αποτελούν απλά πρόφαση για τη διάπραξη παράνομων τακτικών. Παράδειγμα αποτελεί η περίφημη Commando Order ή Führerbefehl του Hitler το 1942, η οποία επέτασσε την άμεση εκτέλεση όσων στρατιωτών συλλαμβάνονταν κατά τη διεκπεραιώση ειδικών επιχειρήσεων πίσω από τις γερμανικές γραμμές. Ο ίδιος δικαιολογούσε τη διαταγή πάνω στο πρόσχημα των αντιποίνων, λέγοντας ότι ήδη για καιρό οι σύμμαχοι μεταχειρίζονταν και οι ίδιοι πολεμικές τακτικές και μεθόδους που αντίκειντο στις διεθνείς συμβάσεις της Γενεύης για το δίκαιο του πολέμου. Ο Glueck, εν σχέση με τα παραπάνω ορθά συμπεραίνει ότι η ίδια η σύλληψη της έννοιας των νομίμων αντιποίνων, ως μέσου τιμώρησης της μη συμμόρφωσης των κρατών στο δίκαιο του πολέμου, οδηγεί ουσιαστικά σε έναν διαγωνισμό βαρβαρότητας, όπου τα πιο αδίστακτα κράτη έχουν πάντα το πλεονέκτημα, Bakker J. L., ο.π.

Η άρση της ευθύνης έπειτα από προσταγή ιεραρχικώς ανωτέρου στο πλαίσιο του διεθνούς ποινικού δικαίου

της ουσίας, ώστε να βρεθεί εγγύτερα στην κατάφαση ή όχι της πλήρωσης της υποκειμενικής υπόστασης και να κρίνει *in concreto* τη συνδρομή της πλάνης¹⁹⁴.

Εδώ η προσταγή λειτουργεί λοιπόν σαν «σκαλοπάτι» προς τη διαμόρφωση μιας πλανημένης εκτίμησης του υφισταμένου για τα πραγματικά περιστατικά. Χαρακτηριστική περίπτωση στη νομολογία αποτελεί η υπόθεση Dover Castle, που αναφέρθηκε ήδη¹⁹⁵.

Άλλη περίπτωση ταυτόχρονης συνδρομής προσταγής και πραγματικής πλάνης συντρέχει και στην περίπτωση εκτέλεσης προσωπικού του εχθρού από υφιστάμενο με την πεποίθηση ότι είχε προηγηθεί νόμιμη δίκη και είχαν καταδικαστεί σε θάνατο, ενώ κάτι τέτοιο δεν συνέβαινε στην πραγματικότητα. Σε τέτοιες περιπτώσεις έγινε παραδεκτή η πραγματική πλάνη ως υπερασπιστικό μέσο, απορρίφθηκε όμως συνήθως διότι δεν αποδείχθηκε επαρκώς η συνδρομή των πραγματικών περιστατικών για τη στήριξή του¹⁹⁶.

Η παρ. 2 του αρ. 32 του Κατ.ΔΠΔ αναφέρεται και στη νομική πλάνη ως δυνάμει λόγο άρσης της ποινικής ευθύνης. Αυτό συμβαίνει παρά μόνο αν αποκλείεται, όπως και στην πραγματική πλάνη, η συνδρομής της υποκειμενικής υπόστασης, καταλύεται δηλαδή το *mens rea*. Σύμφωνα με την προσέγγιση του καταστατικού αυτό συμβαίνει και στις περιπτώσεις που πληρούνται οι προϋποθέσεις του αρ. 33: σημαίνοντας εδώ είναι το στοιχεία β της παρ. 1, όπου, όπως αναφέρθηκε, δημιουργείται από το νομοθέτη ένα πεδίο συγγνωστού της άγνοιας του παρανόμου της προσταγής και άρα του αδίκου της πράξης, πάντοτε εντός των ορίων που θέτει το στοιχείο γ, υπό την προϋπόθεση δηλαδή να μην είναι η προσταγή προδήλως παράνομη.

¹⁹⁴ Bakker J. L., ο.π.

¹⁹⁵ Seal J., ο.π.

¹⁹⁶ Στην υπόθεση *Stalag Luft III*, που ετέθη ενώπιον Βρετανικού Στρατιωτικού Δικαστηρίου το 1947, οι κατηγορούμενοι δικάστηκαν με την κατηγορία ότι σκότωσαν περίπου πενήντα Βρετανούς αξιωματικούς που είχαν δραπετεύσει από στρατόπεδο κράτησης. Ορισμένοι κατηγορούμενοι υποστήριξαν ότι είχαν πυροβολήσει τους Βρετανούς έπειτα από διαταγές ανωτέρων και χωρίς να γνωρίζουν ότι επρόκειτο για κρατουμένους πολέμου που επιχειρούσαν να δραπετεύσουν, αλλά πιστεύοντας ότι ήταν νομίμως καταδικασθέντες προς εκτέλεση. Στις περιπτώσεις των κατηγορουμένων Jacobs, Preiss και Schulz, το δικαστήριο έκανε δεκτή την πλάνη ως λόγο άρσης της ποινικής ευθύνης, υπό την προϋπόθεση να στηριχτεί επαρκώς αποδεικτικά, Cassese A., ο.π., σελ. 292

Η άρση της ευθύνης έπειτα από προσταγή ιεραρχικώς ανωτέρου στο πλαίσιο του διεθνούς ποινικού δικαίου

Η προσταγή συμπλέκεται με την πλάνη περί το άδικο στην περίπτωση που ο ιεραρχικώς κατώτερος εκτελεί παράνομη διαταγή έχοντας εκτιμήσει λανθασμένα το νόμιμο χαρακτήρα της. Όπως αναφέρθηκε ήδη στο πλαίσιο της δικαιολογητικής βάσης της προσέγγισης περί σχετικής ευθύνης, πρόκειται για μια νομική πλάνη, το συγγνωστό της οποίας δικαιολογείται από το γεγονός ότι ο υφιστάμενος δεν είναι συνήθως εφοδιασμένος με τη νομική γνώση για να κάνει μια ενημερωμένη εκτίμηση της διαταγής, ενώ επιπλέον το πρόβλημα εντείνεται από τον πολλές φορές ομιχλώδη και ασταθή χαρακτήρα των ρυθμίσεων του διεθνούς δικαίου¹⁹⁷. Ο στρατιώτης, κατά την άποψη του Cassese¹⁹⁸, συγχωρείται ακριβώς γιατί στο γκρίζο πεδίο μιας όχι καταφανώς παράνομης διαταγής, καλείται να λύσει αμφιλεγόμενα νομικά ζητήματα, ενώ δεν είναι εφοδιασμένος για κάτι τέτοιο¹⁹⁹. Στην περίπτωση που η διαταγή είναι καταφανώς παράνομη, το αμάχητο τεκμήριο που διαμορφώνει το manifest illegality test ουσιαστικά αποκλείει πλασματικά την περίπτωση πλάνης: η διαταγή είναι τόσο προφανώς παράνομη που καμία πλάνη δεν είναι συγγνωστή. Και εδώ η προσταγή

¹⁹⁷ Στην υπόθεση *Kinder*, που ετέθη ενώπιον Στρατιωτικού Δικαστηρίου των ΗΠΑ το 1954, έγινε κατ' αρχήν δεκτή η νομική πλάνη ως προς τη νομιμότητα της προσταγής ως λόγος άρσης της ποινικής ευθύνης, απορρίφθηκε τελικά όμως ως αστήρικτη από το αποδεικτικό υλικό. Ο σμηνίτης *Kinder*, υπηρετώντας σε αμερικανική αεροπορική βάση στην Κορέα με καθήκοντα φρουρού κατηγορείτο για τη δολοφονία ενός Κορεάτη πολίτη που είχε συλληφθεί κοντά στη βάση και κρατείτο, του οποίου το νομικό status παρέμενε ακόμα ανεξιχνίαστο. Εκτός από την προσταγή χωριστά, η υπεράσπιση επικαλέστηκε νομική πλάνη ως προς τη νομιμότητα της διαταγής και ως προς το αν ο κατηγορούμενος ως υφιστάμενος ήταν υποχρεωμένος να υπακούει όλες ανεξαιρέτως τις διαταγές των ανωτέρων του. Το δικαστήριο επικαλέστηκε τον αμερικανικό κανονισμό των στρατιωτικών δικαστηρίων, όπου, αν και ως γενικός κανόνας θεσπίζεται το αξίωμα *ignorantia juris non excusat*, όπου ο νόμος απαιτεί πλήρωση συγκεκριμένων υποκειμενικών στοιχείων, όπως εν προκειμένῳ ανθρωποκτόνου δόλου, χωρεί προς κατάλυση αυτών ενδεχομένως και νομική πλάνη, συμπεριλαμβανομένης και της συγγνωστής πλάνης περί των εννόμων συνεπειών των πραγματικών περιστατικών. Περεταίρω το δικαστήριο παρατηρεί ότι στην εν λόγω υπόθεση η πλάνη αυτή δεν απεδείχθη συγγνωστή (*honest and reasonable*). Ο υφιστάμενος πρέπει καλή τη πίστει, ειλικρινά και εύλογα, να διατηρούσε την πεποίθηση ότι η διαταγή είναι νόμιμη – άρα εξ ορισμού ασύγγνωστη είναι η πλάνη σε περιπτώσεις που ο νόμος είναι ξεκάθαρος ή πρέπει να είναι γνωστός σε κάθε στέλεχος των ΕΔ (πρβλ. και κριτήρια συγγνωστού πλάνης περί το άδικο, *Μυλωνόπουλο Χ. Χ.*, ο.π., σελ. 653 επ.), και βέβαια, όπως ελέχθη, *ex lege* ασύγγνωστη όταν πρόκειται για καταφανώς παράνομη διαταγή, *Cassese A.*, ο.π., σελ. 300-301

¹⁹⁸ *Cassese Antonio*, ο.π., σελ. 299-300

¹⁹⁹ Η ποινική ευθύνη δεν αίρεται γιατί ξαφνικά αναγνωρίζεται η νομιμότητα της διαταγής – ο χαρακτήρας της μένει απαράλλαχτος-, αλλά διότι το δίκαιο που διέπει το συγκεκριμένο ζήτημα είναι ασαφές και όχι καθολικώς αναγνωρισμένο, πράγμα όχι σπάνιο στο πεδίο του διεθνούς δικαίου, κι επομένως η έννομη τάξη δεν μπορεί να απαιτεί από τους ιεραρχικώς κατωτέρους να λύσουν σύνθετα και αμφιλεγόμενα νομικά προβλήματα προτού εκτελέσουν μια διαταγή, *Cassese A.*, ο.π., σελ. 300

Η άρση της ευθύνης έπειτα από προσταγή ιεραρχικώς ανωτέρου στο πλαίσιο του διεθνούς ποινικού δικαίου

αποτελεί το «κατώφλι», την αφορμή που γεννά την πλάνη και καταλύει, όπως και η πραγματική πλάνη, το γνωστικό στοιχείο του *mens rea*²⁰⁰.

²⁰⁰ Παρατηρήσεις: Η στάση του διεθνούς ποινικού δικαίου, όπως διαμορφώνεται στο αρ. 32 του καταστατικού της Ρώμης ακολουθεί τα αγγλοσαξονικά πρότυπα στο πεδίο της συνείδησης του αδίκου – η ποινική ευθύνη αίρεται κατ' εξαίρεση καθώς η αδυναμία διάγνωσης του αδίκου της πράξης συμπαρασύρει συνολικά την υποκειμενική υπόσταση, δεν υπάρχει δηλαδή το απαιτούμενο στοιχείο του *mens rea*, ο δόλος ή η αμέλεια για να καλύψει την αντικειμενική υπόσταση, το *actus reus*. Έτσι η πλάνη περί το άδικο καταλύει το δόλο και η πράξη δεν είναι καν άδικη. Αντίθετα το ηπειρωτικό δίκαιο, και το ελληνικό, ακολουθεί τη γερμανική *Sculdtheorie* περί νομικής πλάνης. Αυτή δομείται πάνω στην κανονιστική/αξιολογική θεωρία της ενοχής, όπου η συνείδηση του αδίκου δεν εμπίπτει στα στοιχεία της υποκειμενικής υπόστασης και η έλλειψη της δεν επηρεάζει το άδικο της πράξης. Η διάγνωση του αδίκου και η συμμόρφωση με την επιταγή του νόμου αποτελούν περαιτέρω στοιχεία της ενοχής και άρα εμπίπτουν στο πεδίο καταλογισμού της ήδη άδικης πράξης του δράστη σε ενοχή του. Επομένως κυρίαρχο ρόλο με βάση αυτή τη διάρθρωση έχει το συγγνωστό της πλάνης, για τη διάγνωση του οποίου χρησιμοποιούνται συγκεκριμένα κριτήρια που λαμβάνουν υπόψη τις συγκεκριμένες περιστάσεις και ικανότητες του υποκειμένου, προκειμένου να διαλευκανθεί το κατά πόσο ήταν δυνατό να διαγνώσει το άδικο της πράξης του αλλά δεν το έπραξε. Η κατάφαση της ενοχής και η δόμηση του πλαισίου συγγνώμης του δράστη εδράζεται στο κοινωνικό καθήκον του να διαπιστώνει και να συμμορφώνεται με τις επιταγές του δικαίου – άρα μη αναπότρεπτη πλάνη είναι συγγνωστή και η έννομη τάξη δεν αξιώνει την τιμώρηση ενός κοινωνού που δεν είχε εν προκειμένω καν δυνατότητα να διαγνώσει το άδικο της πράξης του, βλ. Μυλωνόπουλο Χ. Χ., ό.π. και *Ansermet L.*, ο.π., σελ. 1435-1442

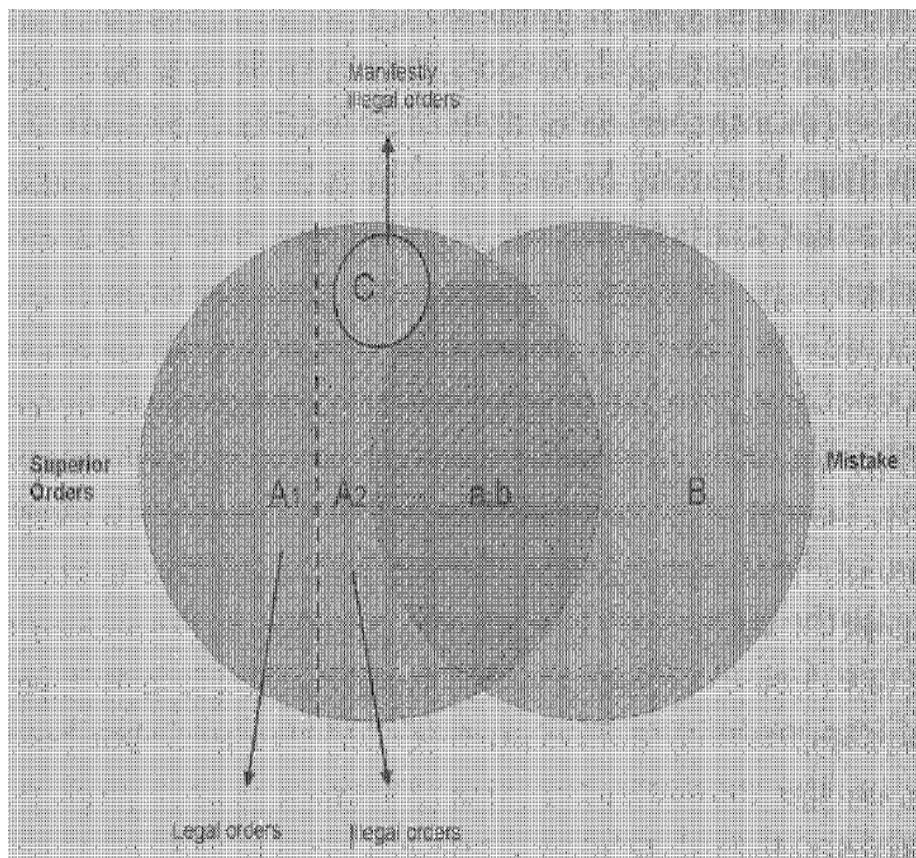
Η διαφορετική προσέγγιση των δύο σχολών του δικαίου δεν δημιουργεί προβλήματα όσον αφορά στην επιλογή του αρ. 32 για την πραγματική πλάνη, καθώς αυτή σε κάθε περίπτωση απευθύνεται στην υποκειμενική υπόσταση, καταλύοντας το δόλο/*mens rea*. Προβληματικότερη δογματικά είναι η αντιμετώπιση της νομικής πλάνης, καθώς οι αποκλίσεις γίνονται πιο αισθητές, με την αγγλοσαξονική θέση που υιοθετήθηκε να εγείρει και εδώ το ζήτημα της κατάλυσης του *mens rea* ως αποφασιστικό κριτήριο και την ηπειρωτική θέση να παραπέμπει στο πεδίο της άρσης του καταλογισμού.

Υποστηρίζεται μάλιστα ότι ο τρόπος που συνδυαστικά τα αρ. 33 και 32 απευθύνονται στο ζήτημα της πλανημένης πεποίθησης περί του παρανόμου της προσταγής είναι ανεπαρκής, και αυτό διότι δεν επιχειρείται μια πραγματική αξιολόγηση της ενοχής, αλλά κατά πλάσμα δικαίου, όσες διαταγές δεν είναι προδήλως παράνομες ή δεν είναι γνωστές στον υφιστάμενο ως απλώς παράνομες, τον προστατεύουν. Αυτό συμβαίνει καίτοι ο μέσος λογικός υφιστάμενος θα μπορούσε να γνωρίζει, με βάση τα κριτήρια του συγγνωστού, τον παράνομο χαρακτήρα της διαταγής. Με άλλα λόγια η άποψη αυτή θεωρεί απαράδεκτη την πλασματική παράκαμψη της αξιολόγησης του συγγνωστού ή μη της άγνοιας του παρανόμου από τη μια, αλλά και τη θέση ενός πολύ υψηλού πήχη με τη θέσπιση του manifest illegality test: Σε περιπτώσεις που ο υφιστάμενος καλείται να χρησιμοποιήσει την κρίση του για να αξιολογήσει και να διαπιστώσει αν η επιτασσόμενη συμπεριφορά είναι σύμφωνη με το δίκαιο, εξυπακούεται ότι η διαταγή, αφού απαιτεί κριτική διερεύνηση, δεν είναι *prima facie* παράνομη και το manifest illegality test αποβαίνει υπέρ του. Την ίδια στιγμή αν δεν μπορεί να αποδειχθεί και γνώση του παρανόμου, αυτός απαλλάσσεται, πράγμα που δίνει περιθώριο προστασίας σε όσους προβαίνουν σε μη λογικές ή και καθόλου περαιτέρω αξιολογήσεις του παρανόμου, παρότι θα μπορούσαν, και, βάσει της *sculdtheorie*, θα όφειλαν να το κάνουν. Πέρα από τις όποιες δογματικές αδυναμίες, αυτή η προσέγγιση καθιστά το υψηλό αυτό κριτήριο του προδήλως παρανόμου και αναποτελεσματικό, αποθαρρύνοντας τους ιεραρχικώς κατωτέρους από το να προβαίνουν σε σοβαρές αξιολογήσεις του δικαίου και των έννομων συνεπειών των πράξεών τους, *Ansermet L.*, ο.π., σελ. 1453-1454

Προτείνεται έτσι η ερμηνευτική προσέγγιση των αρ. 33 και 32 μέσω της πιο προσαρμοστικής *schuldtheorie* του γερμανικού δικαίου, με βάση τη θεωρία περί κατάφασης ή μη της συνείδησης του αδίκου και του συγγνωστού ή μη της άγνοιας: Κατ' αρχήν αν προκύπτει ότι ο υφιστάμενος έχει συνείδηση του αδίκου, με άλλα λόγια γνωρίζει το παράνομο της διαταγής κατ' αρ. 33.2β, τότε δεν

Η άρση της ευθύνης έπειτα από προσταγή ιεραρχικώς ανωτέρου στο πλαίσιο του διεθνούς ποινικού δικαίου

Η προσταγή μπορεί έτσι να χαρακτηριστεί ότι είναι ουσιαστικό μέσο για την άρση της ευθύνης.²⁰¹ Τα πραγματικά στοιχεία της προσταγής και της πλάνης συμπίπτουν στις περιπτώσεις που η άγνοια του παρανόμου της πράξης ή των περιστάσεων που στοιχειοθετούν το έγκλημα έχει προκληθεί ακριβώς από τη δικαιολογημένα πεπλανημένη πεποίθηση του υφισταμένου ότι η διαταγή είναι νόμιμη. Το κάτωθι διάγραμμα απεικονίζει πιο παραστατικά τη σχέση προσταγής και πλάνης.



Σχήμα I: Προσταγή και πλάνη²⁰²

μπορεί να επικαλεστεί την προσταγή ως υπερασπιστικό μέσο. Περαιτέρω αν δεν υπάρχει συνείδηση του αδίκου προχωρούμε στην διερεύνηση του συγγνωστού αυτής για να διαπιστωθεί κατά πόσο ήταν αναπότρεπτη. Κατ' αυτόν τον τρόπο, υποστηρίζεται, η αντιμετώπιση της προσταγής θα έμενε πιο πιστή στο διεθνές εθιμικό δίκαιο αλλά κυρίως θα ήταν δογματικά και ουσιαστικά ορθότερη: η δικαιολογητική βάση της απαλλαγής από την ποινική ευθύνη εντοπίζεται όχι στο ότι η πράξη ήταν αξιόποινη κατ' αρχήν και εν τέλει δεν τιμωρείται λόγω της διαταγής, αλλά στο ότι ο υφιστάμενος δεν είχε καν τη δυνατότητα να αναγνωρίσει τον άδικο χαρακτήρα της συμπεριφοράς του και άρα δεν είναι εξ αρχής άξιος τιμωρίας, Ansermet L., o.p., σελ. 1456-1461

²⁰¹ Seal J., o.p., σελ. 220

²⁰² Πηγή: Seal J., Superior orders as a defense before the International Criminal Court, ISIL Yearbook of International and Refugee Law, vol. 12-13, σελ. 220

Κατ’ αρχήν ταυτόχρονη στοιχειοθέτηση πραγματικών περιστατικών που ενεργοποιούν τόσο την πλάνη όσο και την προσταγή ως υπερασπιστικό ισχυρισμό συντρέχει μόνο στο πεδίο (A2), καθώς αν η προσταγή δεν είναι παράνομη, είναι ποινικά αδιάφορη. Το υποσύνολο (C) εξαιρείται επίσης και δεν μπορεί να συντρέξει με την πλάνη, καθώς οι καταφανώς παράνομες διαταγές αποκλείουν a priori τη δημιουργία συγγνωστής πλάνης – άρα εκεί ούτε η πλάνη ούτε η προσταγή μπορεί να λειτουργήσει προστατευτικά για τον υφιστάμενο. Η προσταγή λοιπόν απομένει ως «κάλυψη» μόνο στο πεδίο (a2b), όπου τα πραγματικά περιστατικά προσταγής και πλάνης συμπίπτουν. Στο υπόλοιπο πεδίο (A2), όπου δεν συντρέχει πλάνη, ο υφιστάμενος γνωρίζει το παράνομο της διαταγής και επομένως δεν μπορεί να την επικαλεστεί ως υπεράσπιση. Το διάγραμμα κατά μια άποψη καταδεικνύει ότι προσταγή και πλάνη είναι αλληλένδετες – δεν μπορεί να στοιχειοθετηθεί η προσταγή ως λόγος άρσης της ευθύνης αν δεν συντρέχει και ένα είδος πλάνης²⁰³.

6.2 Προσταγή και κατάσταση ανάγκης (duress/compulsion)

Αν θεωρήσουμε ότι το manifest illegality test παρέχει τελικά ένα σχετικά μόνο ασφαλές εργαλείο στην αντιμετώπιση της προσταγής, το ζήτημα γίνεται δυσκολότερο και εγείρονται σοβαρά ερωτήματα, πρωτίστως ηθικής και φιλοσοφικής και έπειτα νομικής υφής, όταν η προσταγή συνοδεύεται από απειλή κατά της ζωής ή της σωματικής ακεραιότητας. Τα στοιχεία ψυχολογικού εξαναγκασμού, η δικαιολογητική βάση της συμμόρφωσης με την προσταγή δηλαδή, δεν εδράζονται πλέον απλώς στην δυναμική της στρατιωτικής ιεραρχίας, δεν περιορίζονται σε αυτήν την ιδιότυπη σύγκρουση καθηκόντων, όπου η υποχρέωση διαφύλαξης του διεθνούς δικαίου συγκρούεται με την υποχρέωση κατά το εθνικό δίκαιο εκτέλεσης της διαταγής. Ειδικά μάλιστα όταν η διαταγή αφορά στην εκτέλεση αθώων ανθρώπων, στη «ζυγαριά» βρίσκονται αντιμέτωπες η προστασία ανθρωπίνων ζωών με την αυτοσυντήρηση του ίδιου του υποκειμένου. Απομακρυνόμαστε έτσι από το πεδίο της προσταγής και εισερχόμαστε σε αυτό της κατάστασης ανάγκης (duress)²⁰⁴²⁰⁵.

²⁰³ Seal J., ο.π., σελ. 220-221

²⁰⁴ Τέτοια κατάσταση δεν αποτελεί, όπως ελέχθη, η απαίτηση του νόμου προς συμμόρφωση μόνο με νόμιμες διαταγές, παράβαση την οποία μπορεί βέβαια να συνοδεύουν σοβαρότατες κυρώσεις, όπως υποστηρίζει η προσέγγιση περί απόλυτης άρσης της ευθύνης. Ο στρατιώτης δεν απεκδύεται την ανθρώπινη πτυχή του προς τυφλή υπακοή εντολών. Ταυτόχρονα όμως δεν μπορεί να κληθεί να επιλέξει το θάνατο από την παράβαση του νόμου, να γίνει ήρωας ή μάρτυρας προκειμένου να

Νομολογιακά, μια πρώτη συνθετική αντιμετώπιση προσταγής σε συνδυασμό με την κατάσταση ανάγκης έγινε στην υπόθεση *Einsatzgruppen*, όπου το δικαστήριο αποπειράθηκε να αποσαφηνίσει την έννοια της απειλής ή του κινδύνου για τη ζωή ή τη σωματική ακεραιότητα που δύναται να άρει την ποινική ευθύνη: Ο κίνδυνος πρέπει να είναι άμεσος, υπαρκτός και αναπόφευκτος (*imminent, real, inevitable*).

Στο ζήτημα των χαρακτηριστικών αυτών του κινδύνου και πότε αυτά συντρέχουν αναφέρθηκε η απόφαση *High Command*, όταν έκρινε ότι ένας τέτοιος κίνδυνος, ικανός να επηρεάσει την ποινική ευθύνη, είναι εκείνος που αποκλείει το δράστη από το να διαλέξει ελεύθερα μεταξύ σωστού και λάθους, να συμμορφωθεί δηλαδή με τις επιταγές του δικαίου. Με άλλα λόγια, η κατάσταση ανάγκης σχετίζεται με τον αποκλεισμό της ηθικής επιλογής, όπως ετέθη ερμηνευτικά από το ΔΣΔ της Νυρεμβέργης. Πρόκειται ακριβώς για τον αποκλεισμό του βουλητικού στοιχείου του *mens rea*, ή αντιστοίχως του στοιχείου τους άλλως δύνασθαι πράττειν του καταλογισμού (no free will, no volition)²⁰⁵.

Δογματικά και πάλι δεν μπορούμε να μιλάμε για άρση του αδίκου, καθώς ο δόλος παραμένει ενεργός: η απόφαση του απειλούμενου, του οποίου η σταθερότητα υποσκελίζεται και υποκύπτει στην απειλή, δεν παύει να είναι μια συνειδητά ειλημμένη απόφαση να πράξει κάτι που γνωρίζει ότι είναι παράνομο. Ακόμη και στις περιπτώσεις που οι συνθήκες δημιουργούν στο υποκείμενο ένα δίλημμα του τύπου «σκότωσε για να σωθείς» (kill or be killed dilemma), αυτό έχει συνειδητή γνώση της κατάστασης και των ενδεχόμενων συνεπειών της δράσης του, και αν αποφασίσει να σκοτώσει, το πράττει με πλήρη πρόθεση, δηλαδή άμεσο δόλο. Άρα, κατά τη διαπίστωση του Ambos, η κατάσταση ανάγκης δεν αναιρεί το υποκειμενικό στοιχείο, καθώς ο δράστης γνωρίζει και επιθυμεί όσα πράττει – η ποινική δικαιοσύνη μπορεί όμως να απόσχει από την τιμώρησή του, αν θεωρηθεί ότι δεν είναι δυνατό να

διαφυλάξει τη νομιμότητα. Η απειλή πάντως κυρώσεων για την ανυπακοή δεν μπορεί από μόνη της να θεωρηθεί αρκετή ώστε να δικαιολογηθεί μια εκ του νόμου κατάσταση ανάγκης και να απαλλαγεί της ποινικής ευθύνης ο υφιστάμενος που εκτελεί παράνομη διαταγή. Το αμερικανικό στρατιωτικό δικαστήριο επί κατεχόμενου γερμανικού εδάφους μετά τη λήξη του Β' ΠΠ έριξε αρκετό φως στο ζήτημα αυτό στην υπόθεση *Einsatzgruppen*: «Δεν υφίσταται νόμος που να υποχρεώνει έναν αθώο να πληρώσει με τη ζωή του ή να υποστεί σοβαρή σωματική βλάβη προκειμένου να αποφύγει την διάπραξη εγκλήματος το οποίο καταδικάζει», *Green L. C.*, ο.π., σελ. 92

²⁰⁵ *Bowers A.*, ο.π., σελ. 36

²⁰⁶ *Seal J.*, ο.π., σελ. 222

Η άρση της ευθύνης έπειτα από προσταγή ιεραρχικώς ανωτέρου στο πλαίσιο του διεθνούς ποινικού δικαίου

αναμένεται η συμμόρφωση του υποκειμένου με τις επιταγές του νόμου, καθώς η απειλή κατά της ζωής ή της σωματικής ακεραιότητας δεν του άφηνε περιθώριο πραγματικής επιλογής – σε αυτήν την περίπτωση η πράξη που διέπραξε υπό την κατάσταση ανάγκης δεν μπορεί να καταλογιστεί σε ενοχή του²⁰⁷²⁰⁸.

Στην υπόθεση *Einsatzgruppen* το δικαστήριο επισήμανε επίσης το στοιχείο της αναλογικότητας ως προϋπόθεση: η βλάβη που προξένησε η εκτέλεση της παράνομης διαταγής δεν πρέπει να είναι δυσανάλογα μεγαλύτερη από την απειλούμενη βλάβη που συνοδεύει την ανυπακοή του υφισταμένου²⁰⁹²¹⁰. Και εδώ αφορμή για να

²⁰⁷ Bowers A., ο.π., σελ. 39

²⁰⁸ Σημαντικό στοιχείο λοιπόν εδώ δεν είναι η κατάλυση του *mens rea* καθαυτού αλλά πως εξασθενεί η θέληση του υποκειμένου να συμμορφωθεί με αυτό που ορθά διακρίνει ως δίκαιο. Η θέληση αυτή, κατά μια άποψη συνιστά τον όρο *volition*, που συναποτελείται από τη δυνατότητα εξάσκησης ελεύθερης βούλησης και από το κίνητρο. Το τελευταίο αν και δεν αποτελεί στοιχείο της ειδικής υπόστασης του εγκλήματος, ανασύρεται όμως στα θολά νερά μιας κατάστασης ανάγκης για να φωτίσει την ψυχολογική φόρτιση που βαραίνει και επηρεάζει τη δημιουργία της βούλησης – το κίνητρο της αυτοσυντήρησης αποκλείει κάθε άλλη οδό δράσης και οδηγεί στη διάπτραξη της εγκληματικής πράξης. Με άλλα λόγια, όπως υιοθετείται από τα ηπειρωτικά δικαιικά συστήματα, η κατάσταση ανάγκης δεν αφήνει περιθώριο στο δράστη να συμμορφωθεί με το δίκαιο, καταλύει δηλαδή το «άλλως δύνασθαι πράττειν». Όμως, αρκεί αυτό για να αποφύγει ο δράστης την τιμωρία; Σε κάθε περίπτωση και απόφαση και άδικη πράξη υπάρχει και συνέπειες/αποτελέσματα που απορρέουν από αυτήν. Εδώ είναι χρήσιμη σαν γενικό πλαίσιο η αναλογικότητα, ώστε να θέτει κάποια όρια και να διαφυλάττει ως ένα βαθμό τις δικαιικές επιταγές: η αναλογικότητα αποτυπώνει την έκφραση της κοινωνικής ηθικής κρίσης επί της συμπεριφοράς του δράστη. Έχει όμως και αυτή, όπως αναλύεται κατωτέρω τα όριά της. Η μόνη περίπτωση που δε χωρεί αναλογική στάθμιση του βάρους της πραγματωθείσας και της απειληθείσας βλάβης είναι αυτή κατάσταση ανάγκης που θέτει απέναντι στη ζωή του δράστη μια ή περισσότερες ανθρώπινες ζωές. Και αυτό όχι μόνο διότι η ανθρώπινη ζωή δε μπορεί παρά να θεωρείται απόλυτο και αστάθμητο μέγεθος, αλλά και γιατί δεν μπορεί να αξιώνει η έννομη τάξη από ένα υποκείμενό της να αγνοήσει το ένοστικτο της αυτοσυντήρησης, το οποίο αυτομάτως παραμερίζει την εφαρμογή από μέρους του δράστη, και μάλιστα υπό άκρως αντίξοες για τον ίδιο συνθήκες, οποιασδήποτε στάθμισης, Bowers A., ο.π., σελ. 40-42

²⁰⁹ Seal J., ο.π.

²¹⁰ Σημαντικά προβλήματα δημιουργεί αυτή ρήτρα αναλογικότητας, γνωστή και ως *lesser of two evils test*, στις περιπτώσεις όπου υπό καθεστώς κατάστασης ανάγκης ο δράστης αφαίρεσε αθώα ζωή ή ζωές για να διασώσει τη δική του. Αν για παράδειγμα ο ιεραρχικώς κατώτερος σκότωσε δέκα ανθρώπους έπειτα από προσταγή που συνοδευόταν από απειλή για την ίδια του τη ζωή, η εφαρμογή ενός κανόνα αναλογικότητας, ιδωμένη από ωφελιμιστική σκοπιά, αποβαίνει εις βάρος του: δέκα ζωές έναντι μιας, η προκληθείσα βλάβη είναι κατά πολύ δυσανάλογη με την απειληθείσα, που ουσιαστικά σημαίνει ότι ζητείται από τον υφιστάμενο να καταθέσει την ίδια του τη ζωή, να μαρτυρήσει για να σωθούν περισσότερες. Αντίστροφα, αν σκότωσε δύο ανθρώπους υπό την απειλή κατά της ζωής της τετραμελούς του οικογένειας, η προϋπόθεση αναλογικότητας ικανοποιείται, καθώς η απειληθείσα βλάβη ξεπερνά ποσοτικά την προκληθείσα. Τα ακραία αυτά αποτελέσματα καθιστούν φανερό ότι, στην περίπτωση που απειλούνται ανθρώπινες ζωές, η εισαγωγή ενός κριτηρίου αναλογικότητας είναι ανεπαρκής, αν όχι πλήρως διαστροφική. Στην Erdemovic, ο δικαστής Cassese διαπιστώνει ότι οι φιλοσοφικές, ηθικές και νομικές δυσκολίες που ανακύπτουν όταν στη ζυγαριά μπαίνουν ανθρώπινες ζωές είναι τεράστιες – ο δικαστής δε δύναται ούτε και πρέπει να προβαίνει σε μια τέτοιου είδους στάθμιση, μια στάθμιση που ορίζει ότι ο αφανισμός μιας ζωής αποτελεί μικρότερο κακό από τον αφανισμό μιας άλλης. Αυτό διότι δεν μπορεί να νοηθεί εντός του

συντρέξουν οι προϋποθέσεις της κατάστασης ανάγκης είναι η προσταγή και ο κίνδυνος που απειλεί τον ιεραρχικώς κατώτερο αν δε συμμορφωθεί, χωρίς όμως εν προκειμένω αυτό να σημαίνει ότι, απούσης της διαταγής αλλά συντρέχοντος του κινδύνου, δε θα στοιχειοθετείτο μια αμιγής κατάσταση ανάγκης. Ουσιαστικά, η άποψη αυτή, όπως εκφράστηκε νομολογιακά, εξαρτά την ενδεχόμενη προστασία του υφισταμένου από την προσταγή από τη συνδρομή της κατάστασης ανάγκης, καθώς αν δεν στοιχειοθετηθεί η τελευταία, η προσταγή δεν επηρεάζει από μόνη της την ποινική ευθύνη του ιεραρχικώς κατωτέρου²¹¹ (αυτό φυσικά με σημείο αναφοράς μια απόλυτη προσέγγιση για την προσταγή)²¹². Η θέση αυτή αλλά και η αλληλοσύνδεση προσταγής και κατάστασης ανάγκης ετέθη υπό αμφισβήτηση στην υπόθεση *Erdemovic*, ενώπιων του Διεθνούς Στρατιωτικού Δικαστηρίου για την Πρώην Γιουγκοσλαβία (ICTY).

6.3 Υπόθεση *Erdemovic*

Ο Drazen Erdemovic, κροατικής καταγωγής, κατετάγη το 1994, όντας 23 χρονών, στο Σερβοβοσνιακό στρατό. Όταν η προηγουμένως φρουρούμενη από τα H.E. περιοχή της Srebrenica έπεσε το 1995, χλιάδες μουσουλμάνοι παραδόθηκαν ή συνελήφθησαν από τις σερβοβοσνιακές δυνάμεις. Στις 16 Ιουλίου του 1995 ο Erdemovic και επτά άλλα μέλη του Σερβοβοσνιακού στρατού στάλθηκαν σε ένα αγρόκτημα της περιοχής Pilica προς διεκπεραίωση μιας αδιευκρίνιστης αποστολής. Αμέσως μόλις έφθασαν διατάχθηκαν να ξεκινήσουν την εκτέλεση μουσουλμάνων αιχμαλώτων που κατέφθαναν σε μεγάλους αριθμούς. Ο Erdemovic αρχικά αρνήθηκε να συμμετάσχει στην επιχείρηση, του κατέστη σαφές όμως ότι αν εξακολουθήσει να αρνείται θα εκτελείτο με τους αιχμαλώτους. Ισχυρίστηκε μάλιστα ότι είδε ο ίδιος να

δικαιικού πλαισίου ένας μηχανισμός μέτρησης της αξίας της ανθρώπινης ζωής, ώστε να χρησιμεύσει σε μια στάθμιση αναλογικότητας. Η όλη έννοια της αναλογικότητας, όσον αφορά την ανθρώπινη ζωή, καταρρέει από φιλοσοφικής και ηθικής πλευράς και ακολούθως και νομικής και υποστηρίζεται ότι δεν πρέπει να παίζει κανένα αποφασιστικό ρόλο στη στοιχειοθέτηση της κατάστασης ανάγκης που αίρει την ποινική ευθύνη. Σημαίνον πρέπει να είναι μόνο το κατά πόσον η *mens rea* ή αποτρέπει το άλλως δύνασθαι πράττειν, *Bowers A.*, ο.π., σελ. 38

Η θέαση της ανθρώπινης ζωής ως απόλυτης αστάθμητης αξίας μας είναι γνωστή στο ελληνικό και γενικότερα στο ηπειρωτικό δίκαιο, μια τέτοια όμως ανάλυση είναι απαραίτητη με δεδομένο ότι οι κύριες επιρροές του διεθνούς εθιμικού δικαίου είναι κυρίως αγγλοσαξονικής προέλευσης.

²¹¹ *Bowers A.*, ο.π., σελ. 43

²¹² Ελλείψει δυνατότητας προστασίας από την προσταγή απευθείας, αυτή μπορεί μόνο να έχει το ρόλο πραγματικού στοιχείου που θα βοηθήσει στη στοιχειοθέτηση ή μη μιας κατάστασης ανάγκης.

Η άρση της ευθύνης έπειτα από προσταγή ιεραρχικώς ανωτέρου στο πλαίσιο του διεθνούς ποινικού δικαίου

εκτελείται άλλος ομόσταυλός του που αρνήθηκε να συμμορφωθεί με τη διαταγή. Κατόπιν αυτών πήρε θέση στο εκτελεστικό απόσπασμα και συμμετείχε στη μαζική σφαγή που στοίχησε τη ζωή σε περίπου 7000 ανυπεράσπιστους ανθρώπους, γνωστή «ως σφαγή της Srebrenica». Ο ίδιος ισχυρίστηκε ότι προσωπικά ευθύνεται για την εκτέλεση 70 ατόμων. Αργότερα, αυτός και άλλοι σύντροφοί του κατάφεραν να απόσχουν από τον επόμενο κύκλο εκτελέσεων. Έπειτα από σοβαρή απόπειρα κατά της ζωής του από άλλο σύντροφό του επειδή αρνήθηκε να συμμετάσχει στις υπόλοιπες εκτελέσεις, που οδήγησε σε τραυματισμό και νοσηλεία του στο Βελιγράδι, ο Erdemovic αποφάσισε να διηγηθεί την ιστορία του σε ένα δημοσιογράφο. Συνελήφθη το Μάρτιο του 1996 και αμέσως εξέφρασε μεταμέλεια αλλά και την πρόθεση του να θέσει εαυτόν ενώπιον του Διεθνούς Στρατιωτικού Δικαστηρίου για την Πρώην Γιουγκοσλαβία (ICTY) που είχε ήδη αρχίσει τις εργασίες του²¹³.

Η δίκη του Erdemovic απετέλεσε την πρώτη ενώπιων διεθνούς στρατιωτικού δικαστηρίου όπου στο εδώλιο βρέθηκε ένας ήσσων εγκληματίας πολέμου και όχι ένας ανώτατος στρατιωτικός ή πολιτικός ηγέτης. Ο ίδιος δήλωσε ένοχος αλλά επανέλαβε το τραγικό δίλημμα που του τέθηκε: «όταν αρνήθηκα μου είπαν: αν τους λυπάσαι, σήκω, στάσου στη γραμμή μαζί τους και θα σκοτώσουμε και εσένα».

Τα νομικά ζητήματα που ετέθησαν λοιπόν στην εν λόγω υπόθεση αφορούσαν τόσο την προσταγή όσο και την κατάσταση ανάγκης, μα κυρίως τη μεταξύ τους σχέση. Όμως το καταστατικό του δικαστηρίου δεν περιελάμβανε πρόβλεψη για την κατάσταση ανάγκης, ενώ την ασάφεια δεν διαλεύκανε η έκθεση του γενικού γραμματέα, όπου θεωρητικά αποτυπώνεται η βούληση του νομοθέτη, εν είδει αιτιολογικής έκθεσης, η οποία ανέφερε τη δυνατότητα να ληφθεί υπόψη η προσταγή ως παράγοντας που θα οδηγήσει στη στοιχειοθέτηση άλλου υπερασπιστικού μέσου, όπως ο εξαναγκασμός/κατάσταση ανάγκης. Όπως ορθά παρατηρήθηκε, κάτι τέτοιο αφήνει περιθώριο ακόμα και για αποδοχή της κατάστασης ανάγκης ως αυτόνομου λόγου άρσης της ευθύνης και της προσταγής ως πραγματικού στοιχείου-ενδείκτη της στοιχειοθέτησής της²¹⁴.

²¹³ Bowers A., ο.π., σελ. 44-45

²¹⁴ Bowers A., ο.π., σελ. 45

Σε αυτό το ασαφές πεδίο κινούμενη, η πρωτοβάθμια σύνθεση του δικαστηρίου (Trial Chamber I) καταδίκασε τον Erdemovic σε δεκαετή κάθειρξη, ενώ επί του νομικού ζητήματος έκρινε ότι η κατάσταση ανάγκης μπορεί να ληφθεί υπόψη μόνο κατά την επιμέτρηση της ποινής και μόνο εάν αποδεικνύεται ότι υπάρχει προσταγή που δημιουργεί ακραία πίεση στον κατηγορούμενο και δεν του αφήνει καμία ηθική επιλογή πέρα από το να υπακούσει²¹⁵.

Η θέση αυτή του δικαστηρίου αντιστρέφει την οπτική της *Einsatzgruppen* και εξαρτά τώρα τη στοιχειοθέτηση της κατάστασης ανάγκης από της συνδρομή μιας αρκούντως πιεστικής προσταγής. Σε δεύτερο βαθμό το δικαστήριο (Appeals Chamber) στην υπόθεση *Erdemovic* χαρακτήρισε την πρωτοβάθμια αυτή κρίση ανεπαρκή, στο βαθμό που παραμορφώνει τη διασύνδεση των δύο υπερασπιστικών μέσων. Συγκεκριμένα ο δικαστής Cassese, μέλος της δευτεροβάθμιας σύνθεσης εξέθεσε τη θεμελιώδη δογματική διαφοροποίηση των δύο εννοιών, τονίζοντας ότι δεν είναι απαραίτητη η σύνδεση των²¹⁶. Η προσταγή μπορεί να μη συνοδεύεται από καμία απειλή ή κίνδυνο ζωής ή σωματικής ακεραιότητας. Στην περίπτωση αυτή πρέπει να εφαρμοστεί το επικρατούν δίκαιο περί αντιμετώπισης της προσταγής, κι αν υποτεθεί ότι αυτό είναι η σχετική ευθύνη του υφισταμένου, τότε αυτός πρέπει να αρνηθεί την εκτέλεση διαταγής προδήλως παράνομης ή διαταγής που αναγνωρίζει ως παράνομη, ειδάλλως ευθύνεται. Αν μετά την άρνησή του αυτή η προσταγή συνοδευτεί από την ανάλογη απειλή, τότε αναδύεται η κατάσταση ανάγκης και η προσταγή καθίσταται νομικά αδιάφορη. Αντιστοίχως μια κατάσταση ανάγκης μπορεί να προκύψει εντελώς ανεξάρτητα από την ύπαρξη δεσμευτικής προσταγής: όταν π.χ. η απειλή προέρχεται από ομοιόβαθμο και όχι ανώτερο²¹⁷.

Έπειτα από τις ανωτέρω διαπιστώσεις, κατέστη σαφές ότι στην εν λόγω υπόθεση, συντρεχούσης μιας ακραίας κατάστασης όπου απειλήθηκε άμεσα η ζωή

²¹⁵ *Bowers A.*, ο.π.

²¹⁶ Ο *Bowers* αναφέρει το σχόλιο του *Knoops* που βοηθά στη δογματική διαλεύκανση του ζητήματος: Παρότι η κατάσταση ανάγκης μπορεί να εμπλέκεται σε πολλές περιπτώσεις όπου μπορεί να εγερθεί η προσταγή ως υπερασπιστικό μέσο, δεν παύει να είναι ξεχωριστή έννοια. Η κατάσταση ανάγκης περικλείει κάθε κίνδυνο ζωής ή σωματικής ακεραιότητας, ακόμα και αν δεν προέρχεται από ιεραρχικώς ανώτερο – επίκεντρο εδώ είναι η ίδια η φύση της απειλής και οι ψυχολογικές τις συνέπεις στην ενοχή τους δράστη. Αντίθετα η προσταγή εδράζεται στην έννοια του καθήκοντος υπακοής και της στρατιωτικής πειθαρχίας – εκεί επίκεντρο είναι, όπως προαναφέρθηκε η σύγκρουση καθηκόντων που θέτουν οι διαφορετικές επιταγές του διεθνούς και εθνικού δικαίου, *Bowers A.*, ο.π., σελ. 46

²¹⁷ *Bowers A.*, ο.π.

του κατηγορούμένου προκειμένου να εκτελέσει τη διαταγή, η τελευταία παύει να έχει νομικό ενδιαφέρον. Το δευτεροβάθμιο δικαστήριο λοιπόν επεχείρησε να διερευνήσει κατά πόσο η συγκεκριμένη κατάσταση ανάγκης μπορούσε να λειτουργήσει προς άρση της ευθύνης του Erdemovic. Στο σημείο αυτό προέκυψε διχογνωμία σχετικά με το αν μπορεί ποτέ να απαλλάξει μια κατάσταση ανάγκης, ακόμα και ακραίου βαθμού, όπως όταν συνίσταται σε απειλή άμεσης εκτέλεσης, από την ποινική του ευθύνη το δράστη που αφαίρεσε ζωές αθώων ανθρώπων. Αναζητώντας το δικαστήριο ένα διεθνές νομοθετικό consensus για την αντιμετώπιση της κατάστασης ανάγκης σε τέτοιες περιπτώσεις, πάνω στο οποίο θα μπορούσε να βασιστεί, ανακάλυψε ότι τέτοιο δεν υπάρχει και διαπίστωσε θεμελιώδες χάσμα – για άλλη μια φορά – μεταξύ ηπειρωτικού δικαίου και common law: στους ποινικούς κώδικες 14 εννόμων τάξεων του civil law η κατάσταση ανάγκης ορίζεται ως γενικός όρος άρσης του καταλογισμού, για όλα τα εγκλήματα, ενώ οι έννομες τάξεις του common law κατηγορηματικά απορρίπτουν την κατάσταση ανάγκης ως υπερασπιστικό μέσο στην ανθρωποκτονία²¹⁸.

Οι πλειοψηφούντες δικαστές McDonald και Vohrah, θέλοντας να παρακάμψουν το παραπάνω αδιέξοδο, αποφάσισαν ότι, για την προαγωγή και αποτελεσματικότητα του διεθνούς ανθρωπιστικού δικαίου, η θέση του αγγλοσαξονικού δικαίου περί εξαίρεσης της άρσης της ευθύνης λόγω κατάστασης ανάγκης στις περιπτώσεις ανθρωποκτονίας είναι ο κατάλληλος κανόνας με βάση τον οποίο πρέπει να κριθεί η περίπτωση του Erdemovic. Συμφώνησαν έτσι με την – ακραία – θέση του πρωτοβάθμιου δικαστηρίου ότι εν προκειμένω η ζωή του κατηγορούμένου και των θυμάτων δεν είναι πλήρως ισάξιες και ότι η παραβίαση δεν πλήγτει πλέον τη ζωή ως φυσική ακεραιότητα, ως προσωπικό έννομο αγαθό του κάθε θύματος αλλά της ανθρωπότητας συνολικά²¹⁹. Επεχείρησαν έτσι, απαγορεύοντας την προστασία από την κατάσταση ανάγκης όταν έχουν αφαιρεθεί ανθρώπινες ζωές, να θέσουν ένα «απόλυτο ηθικό αξίωμα» για την ξεκάθαρη και αδιαμφισβήτητη

²¹⁸ Τη διαφέρουσα οπτική αυτή σχολιάζει ο Bassioupi: Η κατάσταση ανάγκης είναι μια παραχώρηση του δικαίου στο ανθρώπινο ένστικτο της αυτοσυντήρησης αλλά περιορίζεται για πολιτικούς και ηθικούς λόγους. Ο βαθμός που οι εθνικές έννομες τάξεις επιτρέπουν τη χρήση τέτοιων υπερασπιστικών μέσων ποικίλει σημαντικά και επομένως είναι δύσκολο να εξαχθεί μια γενική αρχή που να ξεπερνά την αναγνώριση του υπερασπιστικού αυτού μέσου μόνο για ορισμένα εγκλήματα και να καθίσταται εφαρμόσιμη στο διεθνές ποινικό δίκαιο, Bowers A., ο.π., σελ. 47

²¹⁹ Bowers A., ο.π., σελ. 48

Η άρση της ευθύνης έπειτα από προσταγή ιεραρχικώς ανωτέρου στο πλαίσιο του διεθνούς ποινικού δικαίου

εφαρμογή του διεθνούς ανθρωπιστικού δικαίου. Το αξίωμα αυτό θεμελιώνεται σε μια λογική πολιτικής διαχείρισης του ζητήματος – η βαρύτητα των εγκλημάτων πολέμου, των εγκλημάτων κατά της ανθρωπότητας και της γενοκτονίας δεν επιτρέπει την αναγνώριση της κατάστασης ανάγκης ως υπερασπιστικού μέσου, πόσο μάλλον όταν αυτό δεν επιτρέπεται από πολλά εθνικά δίκαια για μια απλή ανθρωποκτονία.

Η πρόταξη ζητημάτων πολιτικής σκοπιμότητας από την πλειοψηφία προκάλεσε, και ορθά, σφοδρές αντιδράσεις. Μεταξύ αυτών και η μειοψηφούσα θέση του δικαστή Cassese, ο οποίος αντέτεινε ότι το εν λόγω όργανο αποτελεί διεθνές δικαστήριο και καθοδηγείται μόνο από το διεθνές δίκαιο – επομένως πρέπει να απέχει από μετα-νομικές αναλύσεις. Μια πολιτικά προσανατολισμένη προσέγγιση αντιτίθεται στη βασική εθιμική αρχή *nullum crimen sine lege*. Υποστήριξε ότι το δικαστήριο πρέπει να εφαρμόζει τη *lex lata*, τους υπαρκτούς κανόνες του διεθνούς δικαίου όπως διαμορφώνονται από τις πηγές του διεθνούς νομικού συστήματος και ότι στο ζήτημα της κατάστασης ανάγκης τέτοιοι είναι οι κανόνες που μπορούν να εξαχθούν από τη μεταπολεμική νομολογία (κυρίως από την *Einsatzgruppen*). Κατέληξε λέγοντας ότι η λήψη υπόψη πολιτικών προτεραιοτήτων και ηθικών αρχών²²⁰ συνιστά σε κάθε περίπτωση *ultra vires*²²¹ δράση του δικαστηρίου και παράβαση καθήκοντος εκ μέρους του²²².

Σε αντίθεση με τη δημιουργική ακροβασία της πλειοψηφίας, που οδήγησε σε μια ιδιαίτερα στριφνή λύση χάριν απότερων συμφερόντων, ο Cassese υποστήριξε

²²⁰ Ο Sato σχολιάζει ότι η κατηγορηματική απόρριψη της κατάστασης ανάγκης από την πλειοψηφία στην *Erdemovic* στη βάση πολιτικής ευαισθησίας ομοιάζει με την κατάστρωση του καταστατικού της Νυρεμβέργης, όπου η υπερισχύουσα ανάγκη να αποδοθούν ευθύνες για τα εγκλήματα πολέμου παραμέρισε την πιο ελαστική σχετική υπό προϋποθέσεις προσέγγιση, χάριν της απόλυτης, *Sato H.*, ο.π., σελ. 129

²²¹ Η πλειοψηφία, κατά γενική ομολογία στη θεωρία, καταπιάστηκε με τα «policy considerations» του αγγλικού δικαίου και υπέπεισε σε θεμελιώδη ατοπήματα σχετικά με την κατάλληλη και απαιτουμένη μεθοδολογία της οποίας πρέπει να μετέρχεται ένα δικαιοδοτικό όργανο. Ο δικαστής Arbour, που διετέλεσε εκπρόσωπος της κατηγορίας στο ICTY και το ICTR δήλωσε το 1997 ότι οι διεθνείς κανόνες δεν πρέπει αποτελούν απλή αντανάκλαση των πολιτικών συμβιβασμών μεταξύ αντιτιθέμενων υποτίθεται εθνικών προσεγγίσεων. Αντίθετα στοιχειοθετούν ένα σύστημα που περικλείει δημιουργικά την ποικιλομορφία των διαφόρων συμφερόντων, μεταξύ των οποίων και τα δικαιώματα του κατηγορουμένου. Ο Liston παρατηρεί ότι το Τμήμα Εφέσεων συνέχισε από εκεί που λανθασμένα είχε σταματήσει το πρωτοβάθμιο τμήμα, θεωρώντας ότι, λόγω βαρύτητας των εγκλημάτων του, δε χωρεί αναμόρφωση του κατηγορουμένου. Έριξε έτσι το βάρος στο στιγματισμό, την ανταπόδοση και τα γενικοπροληπτικά αποτελέσματα ως ζητούμενα στην υπόθεση *Erdemovic*, *Bowers A.*, ο.π., σελ. 49

²²² *Bowers A.*, ο.π.

Η άρση της ευθύνης έπειτα από προσταγή ιεραρχικώς ανωτέρου στο πλαίσιο του διεθνούς ποινικού δικαίου

ότι, δεδομένης της ασάφειας του διεθνούς εθιμικού δικαίου στο ζήτημα, δεν πρέπει να αποκλειστεί εκ των προτέρων η δυνατότητα επίκλησης της κατάστασης ανάγκης ως λόγου άρσης της ευθύνης, ακόμα και όταν έχουν διαπραχθεί μαζικές ανθρωποκτονίες. Αφικνούμενος από το γεγονός ότι το εθιμικό δίκαιο δεν αποκλείει ρητά την κατάσταση ανάγκης ως υπερασπιστικό μέσο και επηρεασμένος από το ηπειρωτικό δίκαιο που ρητά τη δέχεται, πρότεινε μια κατά περίπτωση ανάλυση, όπου το δικαστήριο θα εξετάζει *in concreto* όλο το αποδεικτικό υλικό²²³ για να διαπιστώσει αν είναι δυνατή η εφαρμογή του γενικού κανόνα, που κατά τον Cassese είναι η αποδοχή της κατάστασης ανάγκης για όλες τις κατηγορίες εγκλημάτων. Πρότεινε όμως και μια σειρά αυστηρών προϋποθέσεων υπό τις οποίες και μόνο μπορεί να γίνει δεκτός αυτός ο κανόνας: α. η εγκληματική πράξη να έγινε υπό την άμεση και σοβαρή απειλή κατά της ζωής ή της σωματικής ακεραιότητας, β. η απειλούμενη βλάβη να ήταν άλλως αναπότρεπτη, γ. η προκληθείσα βλάβη να μην ήταν δυσανάλογη με την απειληθείσα (*lesser of two evils*)²²⁴, δ. η κατάσταση ανάγκης να μην προκλήθηκε με υπαιτιότητα²²⁵ του ίδιου του το δράστη²²⁶.

²²³ Η διερεύνηση των προϋποθέσεων της κατάστασης ανάγκης είναι ζήτημα του δικαστηρίου ουσίας που καλείται να λάβει υπόψη του *in concreto* και όλα τα πραγματικά στοιχεία που συνομολογούν ότι πράγματι ο δράστης δεν μπορούσε να πράξει άλλως από το να εκτελέσει τη διαταγή: το πόσο χαμηλόβαθμος ή όχι ήταν, το αν τα καθήκοντά του ειδικά αφορούσαν εκτελέσεις σε απόσπασμα, τις προσπάθειες που κατέβαλε για να σώσει τα θύματα και το κατά πόσο πιθανό ήταν τα θύματα να είχαν εκτελεστεί από τη σκανδάλη άλλου στρατιώτη, το αν ο κατηγορούμενος προσπάθησε να συγκαλύψει τη συμμετοχή του, δείγμα ενδεχομένως δόλου, ή αν εξ αρχής καταδίκασε τη συμπεριφορά επικαλούμενος στην κατάσταση ανάγκης.

²²⁴ Όπως αναφέρεται και ανωτέρω, ο Cassese παρατηρεί ότι στην περίπτωση που η απειληθείσα και η προκληθείσα βλάβη συνίσταται στην αφαίρεση της ζωής του δράστη και του θύματος ή των θυμάτων αντίστοιχα, η ρήτρα αναλογικότητας δε δύναται να λειτουργήσει. Η αξία της ανθρώπινης ζωής έχει απόλυτο χαρακτήρα, δεν μπορεί να ζυγιστεί και να ιδωθεί ως σκέλος ενός ωφελιμιστικού υπολογισμού. Αν η αφαίρεση της ζωής απετέλεσε πράγματι ηθικά ακούσια πράξη (με άλλα λόγια αν κατελύθη το στοιχείο του «άλλως δύνασθαι πράττειν»), τότε ο αριθμός των θυμάτων δεν μπορεί να προσδίδει στις περισσότερες αφαιρεθείσες ζωές μεγαλύτερη αξία από την απειληθείσα ζωή του δράστη, *Bowers A.*, ο.π., σελ. 51

²²⁵ Επικριτές του κριτηρίου αυτού ισχυρίζονται ότι η ιδιότητα του κατηγορουμένου ως μέλους των ενόπλων δυνάμεων που συμμετέχει σε ένοπλες συγκρούσεις τον καθιστά τουλάχιστον συνυπαίτιο στη δημιουργία των κινδύνων που συνιστούν μια κατάσταση ανάγκης και ότι η θέση του αυτή δημιουργεί υποχρέωση έκθεσης στους εν λόγω κινδύνους. Η άποψη είναι εν μέρει σωστή, είναι όμως εύλογο να θεωρείται ένας εκ των κινδύνων αυτών και η απειλή κατά της ζωής ή της σωματικής ακεραιότητας που προέρχεται από τους ίδιους τους ανωτέρους ή τους συντρόφους ενός κατηγορουμένου; Αρκεί η στρατιωτική ιδιότητα ή σε κάθε περίπτωση η θέση τους ως κρίκου σε μια αλυσίδα ιεραρχίας για να τους απονεμηθεί ευρύτερο πεδίο ευθύνης, μια υψηλότερη απαίτηση έκθεσης και αντοχής στους κινδύνους και τις απειλές από όπου και αν αυτές προέρχονται; *Bowers A.*, ο.π., σελ. 56

²²⁶ Ο Cassese τονίζει επίσης, ως στοιχείο υπέρ του κατηγορουμένου το γεγονός ότι τα θύματα θα πέθαιναν άμεσα κατά πάσα πιθανότητα, ακόμη και αν ο δράστης δεν είχε συμμετάσχει προσωπικά

Η άρση της ευθύνης έπειτα από προσταγή ιεραρχικώς ανωτέρου στο πλαίσιο του διεθνούς ποινικού δικαίου

Οι προβληματισμοί και οι διχογνωμία του δικαστηρίου στην *Erdemovic* μπορεί να μην διαλεύκαναν πλήρως το τοπίο, έδωσαν όμως αρκετή τροφή ώστε να γίνει καλύτερα αντιληπτή η σχέση προσταγής και κατάστασης ανάγκης. Η πρώτη απόφαση θεωρήθηκε ευρέως λανθασμένη, στη βάση του ότι επεχείρησε τη δημιουργία ενός υβριδικού υπερασπιστικού μέσου, μέσω μιας στενής αλληλεξάρτησης προσταγής και κατάστασης ανάγκης, και αναθεωρήθηκε σε δεύτερο βαθμό: παρά τη συμπλοκή τους σε γεγονοτικό επίπεδο τα δύο αυτά μέσα είναι εννοιολογικά και δογματικά εντελώς ξεχωριστά.

Την οδό του διαχωρισμού ακολουθεί και το καταστατικό της Ρώμης, που δεν κάνει συγκεκριμένη σύνδεση μεταξύ προσταγής και κατάστασης ανάγκης, προβλέποντας τες ως ξεχωριστούς λόγους άρσης της ποινικής ευθύνης, σε διαφορετικά άρθρα. Δεδομένης όμως της συχνής σύμπτωσης του πραγματικού που μπορεί να στοιχειοθετεί και τους δύο αυτούς λόγους ταυτόχρονα, αλλά και της δυσχερούς ενεργοποίησης του αρ. 33 εξαιτίας των αυστηρών του προϋποθέσεων, η κατάσταση ανάγκης της περ. δ της παρ. 1 του αρ. 31²²⁷ μπορεί να κληθεί να παίξει

στην εκτέλεση. Τα κριτήρια που δημιουργεί αφορούν στην ενοχή του δράστη και στην κοινωνική βλάβη που η προσωπική του δράση προκάλεσε: στην περίπτωση του *Erdemovic* οι εγκληματικές πράξεις του, λόγω της κατάστασης ανάγκης, δεν μπορούν να καταλογιστούν σε ενοχή του, ενώ δεν προκάλεσαν καμία περαιτέρω κοινωνική βλάβη από μόνες τους, καθότι δεν επηρέασαν την τελική μοίρα των θυμάτων - η κατάσταση ανάγκης πρέπει να γίνεται δεκτή όταν υπάρχει υψηλή πιθανότητα ο δράστης να μην μπορέσει να σώσει τις ζωές των θυμάτων ό, τι κι αν κάνει. Η άποψη αυτή κατακρίνεται ως αντιτιθέμενη στη βασική αρχή της επιμέτρησης ότι η ποινή υπολογίζεται με βάση το βαθμό της ενοχής και όχι πάνω σε υποθετικές αιτιώδεις διαδρομές οι οποίες βρίσκονται εκτός του ελέγχου του δράστη. Αντίθετη ήταν και η πλειοψηφία, *Bowers A.*, ο.π., σελ. 51-52

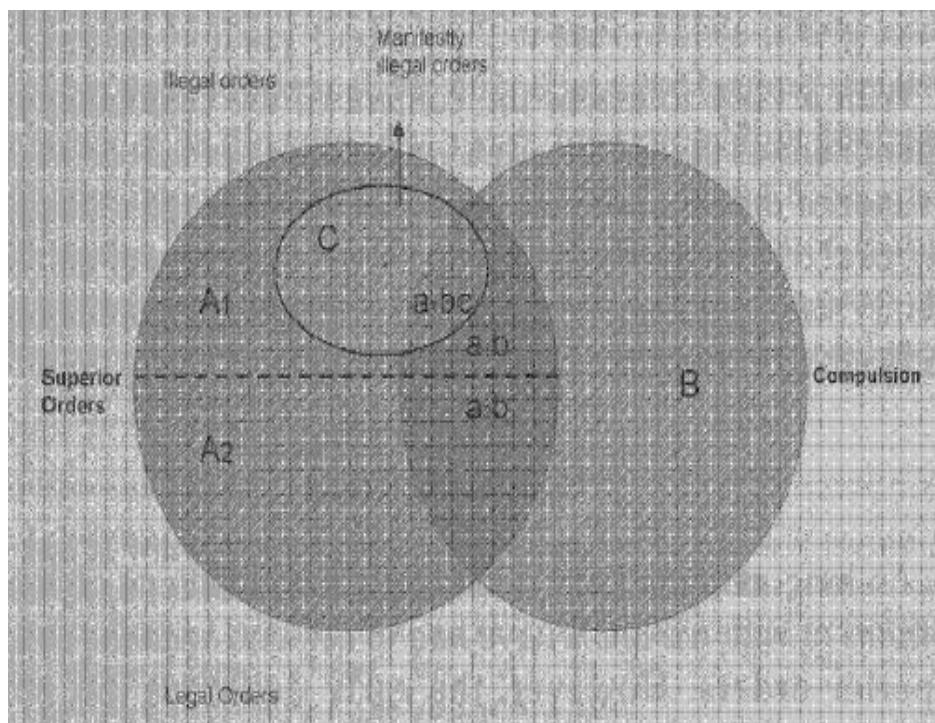
²²⁷ Το αρ. 31.1.δ ορίζει τα εξής: «Λόγοι άρσης της ποινικής ευθύνης: 1. Εκτός από τους άλλους λόγους άρσης της ποινικής ευθύνης, που περιέχονται στο παρόν Καταστατικό, ένα πρόσωπο δεν υπέχει ποινική ευθύνη, εάν, κατά το χρόνο της συμπεριφοράς του [...] (δ) η συμπεριφορά, η οποία φέρεται ότι συνιστά έγκλημα υπαγόμενο στη δικαιοδοσία του Δικαστηρίου, προεκλήθη με εξαναγκασμό κατόπιν απειλής επικείμενου θανάτου ή συνεχιζόμενης ή επικείμενης βαρείας σωματικής βλάβης εναντίον αυτού ή άλλου προσώπου, και τούτο ενεργεί αναγκαστικά και ευλόγως για να αποφύγει την απειλή αυτή, με την προϋπόθεση ότι δεν έχει σκοπό να προκαλέσει μεγαλύτερη βλάβη από την απειλή που επεδίωξε να αποφύγει. Τέτοια απειλή μπορεί: (ι) είτε να προέρχεται από άλλα πρόσωπα, (ιι) είτε να δημιουργείτε από άλλες περιστάσεις πέραν του ελέγχου του.», από τη μετάφραση του αρ. 31 του Κατ.ΔΠΔ στο Ν. 3003/2002, ΦΕΚ Α 75, 08.04.2002.

Είναι φανερό ότι το καταστατικό προτίμησε να αποβάλει τις δικαιοπολιτικές επιλογές της πλειοψηφίας στην *Erdemovic*, επιλέγοντας την *duress*, ως γενικό λόγο άρσης της ποινικής ευθύνης για όλα τα προβλεπόμενα σε αυτό εγκλήματα, συμπεριλαμβανομένων και όσων αφορούν την αφαίρεση ζωής. Η μετακίνηση της ρήτρας αναλογικότητας από το πεδίο των πραγματικών αποτελεσμάτων στο πεδίο του σκοπού προσδίδει στη διάταξη μεγαλύτερη ευελιξία, η οποία συνοδεύεται όμως από τη σχετική αποδεικτική δυσκολία της υποκειμενικής κατάστασης του κατηγορουμένου. Τέλος, ο *Bowers* σχολιάζει ότι αν ο *Erdemovic* δικαζόταν από το ΔΠΔ βάσει του αρ. 31 θα είχε κατά πάσα πιθανότητα αθωαθεί, *Bowers A.*, ο.π., σελ. 64

Η άρση της ευθύνης έπειτα από προσταγή ιεραρχικώς ανωτέρου στο πλαίσιο του διεθνούς ποινικού δικαίου

ρόλο σε πληθώρα περιπτώσεων όπου υπάρχει προσταγή: Για παράδειγμα, ο υφιστάμενος συμμορφώνεται με παράνομη διαταγή την οποία γνωρίζει ως παράνομη ή είναι προδήλως παράνομη και η οποία, σε περίπτωση ανυπακοής, συνοδεύεται από απειλή κατά της ζωής ή της σωματικής ακεραιότητας του ίδιου του υφισταμένου ή τρίτου. Αντίστροφα βέβαια, ακόμα και αν συντρέχει κατάσταση ανάγκης, αλλά ικανοποιούνται τα κριτήρια του αρ. 33, η ποινική ευθύνη του ιεραρχικώς κατωτέρου αίρεται απευθείας από το εν λόγω άρθρο. Επιπλέον όμως, στην παρ. 2 του αρ. 31, το καταστατικό προβλέπει τη διακριτική ευχέρεια του Δικαστηρίου να διαπιστώνει αν συντρέχουν οι όροι για την άρση της ευθύνης σύμφωνα με τους προβλεπόμενους στο καταστατικό λόγους, σε κάθε συγκεκριμένη υπόθεση.

Η διασύνδεση προσταγής και κατάστασης ανάγκης απεικονίζεται παραστατικότερα κατωτέρω.



Σχήμα II: Προσταγή και κατάσταση ανάγκης (duress/compulsion)²²⁸

²²⁸ Πηγή: Seal J., Superior orders as a defense before the International Criminal Court, ISIL Yearbook of International and Refugee Law, vol. 12-13, σελ. 225

Η άρση της ευθύνης έπειτα από προσταγή ιεραρχικώς ανωτέρου στο πλαίσιο του διεθνούς ποινικού δικαίου

Ανεξαρτήτως του είδους της προσταγής ως νόμιμης, παράνομης ή καταφανώς παράνομης, αυτή μπορεί να συνοδεύεται από απειλή που δημιουργεί συνθήκες κατάστασης ανάγκης (a1b, a2b. a1bc). Ταυτόχρονα οι ίδιες διαταγές μπορεί να μην εμπεριέχουν απειλή (A1, A2, C). Η προσταγή μπορεί να χρησιμοποιηθεί ενδεχομένως έτσι ως υπερασπιστικό μέσο στις περιπτώσεις απλώς παράνομων διαταγών (A1), όπου ταυτόχρονα μπορεί να εγερθεί, αν συντρέχει, και κατάσταση ανάγκης (a1b), όχι όμως στο σημείο που η προσταγή είναι προδήλως παράνομη (a1bc, C) – εκεί είναι δυνατή μόνο η επίκληση της κατάστασης ανάγκης, αν αυτή συντρέχει προς άρση της ποινικής ευθύνης (a1bc), ειδάλλως δεν είναι ανοικτό στον κατηγορούμενο κανένα υπερασπιστικό μέσο (C)²²⁹.

²²⁹ Seal J., ο.π., σελ. 226

7 Συμπερασματικές παρατηρήσεις

Η ανωτέρω ανάπτυξη σκιαγραφεί τις προβληματικές και τις προσπάθειες ερμηνευτικής προσέγγισης τους που τίθενται από την προσταγή διαχρονικά και οι οποίες είναι τόσο θεωρητικές, και έτσι στενά δεμένες με τις επικρατούσες ηθικοφιλοσοφικές και δικαιοπολιτικές αξιολογήσεις, αλλά και πρακτικές, στο βαθμό που πράγματι διαμορφώνουν τα πλαίσια της δικαιικά ανεκτής συμπεριφοράς του ιεραρχικώς κατώτερου κατά την εκτέλεση διαταγών ανωτέρων του και την αντιμετώπιση που η διεθνής έννομη τάξη του επιφυλάσσει όταν υπερβαίνει αυτά τα πλαίσια.

Η θέαση της ενδεχόμενης προστασίας που μπορεί να παρέχει στον υφιστάμενο η προσταγή και ο βαθμός κατά τον οποίο δύναται αυτή να άρει την ποινική του ευθύνη για το έγκλημα που διεπράχθη συνεπεία της κινήθηκε πάνω σε έναν κεντρικό άξονα με ακραίες και μέση πρόταση, από την πλήρη άρση της ευθύνης δηλαδή μέχρι την απόλυτη απαγόρευση της, και ενδιαμέσως σε μια σχετική θέση που επιτρέπει υπό προϋποθέσεις στον ιεραρχικώς κατώτερο να επικαλεστεί την προσταγή ως υπερασπιστικό μέσο.

Ανέκαθεν η προσταγή δεν έθετε καμία αμφιβολία σχετικά με την απόλυτη προστασία που παρείχε στον υφιστάμενο, καθώς η άκρα σημασία που αποδιδόταν από τους παραδοσιακούς στρατιωτικούς σχηματισμούς στην πειθαρχεία και στις βαρύτατες κυρώσεις στις οποίες η παραβίασή της οδηγούσε, θεωρείτο ότι καθιστούσε τον ιεραρχικώς κατώτερο γρανάζι του στρατιωτικού μηχανισμού, ανίκανο για αυτόβουλη κρίση και δράση, και απέδιδε ευθύνες μόνο στη διοικούσα αρχή που εξέδωσε τις παράνομες διαταγές.

Οι ιστορικές εξελίξεις στους τελευταίους τρείς αιώνες και η διεύρυνση των οριζόντων της νομικής σκέψης προς τη χαραυγή του διεθνούς ανθρωπιστικού δικαίου κατά την περίοδο αυτή, οδήγησε στην παραμετροποίηση του δόγματος respondeat superior με προϋποθέσεις. Αναδύθηκε έτσι, παρότι ακόμη και τότε δεν νιοθετήθηκε επισήμως, εν όψει της κλίμακας και της βαναυσότητας των εχθροπραξιών του Α' ΠΠ, μια σχετικοποιημένη προσέγγιση της προσταγής, η οποία θεωρήθηκε ότι δύναται να άρει την ποινική ευθύνη του ιεραρχικώς κατωτέρου, υπό την προϋπόθεση ότι αυτός δεν γνώριζε ότι η διαταγή που εκτέλεσε ήταν παράνομη και ότι σε κάθε περίπτωση αυτή δεν ήταν προδήλως παράνομη.

Η λήξη και του Β' ΠΠ έφερε την πανηγυρική αναγνώριση της ατομικής ποινικής ευθύνης και προκειμένου να μπορεί ουσιαστικά να λειτουργήσει μια διαδικασία απόδοσης ευθυνών κατά των πρωτεργατών αλλά και των «μικρότερων παικτών» της ναζιστικής θηριωδίας, προκρίθηκε η απόλυτη απαγόρευση της προστασίας του ιεραρχικώς κατωτέρου από την προσταγή. Οι δίκες της Νυρεμβέργης και του Τόκου, καθώς και τα περιφερειακά συμμαχικά δικαστήρια στην κατεχόμενη πλέον Γερμανία έφεραν στο προσκήνιο του διεθνούς ποινικού δικαίου την αρχή της *a priori* απόλυτης απαγόρευσης της άρσης της ευθύνης του υφισταμένου από την προσταγή, ενώ το δόγμα *respondeat superior* παραγκωνίζεται πλέον εντελώς. Ταυτόχρονα όμως, οι εθνικές έννομες τάξεις διατηρούν την σχετική υπό προϋποθέσεις προσέγγιση, που αφήνει ευρύ περιθώριο για την άρση της ευθύνης του ιεραρχικώς κατωτέρου.

Κατά τη μεταπολεμική εποχή, διεθνής και εθνική νομοθεσία, *ad hoc* διεθνή δικαιοδοτικά όργανα, αλλά και νομική θεωρία αμφιταλαντεύονται για το ποια από τις δύο αντιμαχόμενες θεωρήσεις της προσταγής είναι δογματικά ορθότερη και ουσιαστικά σκοπιμότερη, αλλά και ποια μπορεί, μέσα από την πορεία της στη διεθνή νομική πράξη, να αναχθεί σε κανόνα του διεθνούς εθιμικού δικαίου.

Έτσι, στα τέλη του 20^ο αιώνα το Καταστατικό του Διεθνούς Ποινικού Δικαστηρίου επιλέγει μια συμβιβαστική προσέγγιση, που συνδυάζει την απόλυτη απαγόρευση της άρσης της ευθύνης από την προσταγή στις πιο βαριές παραβιάσεις του διεθνούς ανθρωπιστικού δικαίου, αντές που στοιχειοθετούν εγκλήματα κατά της ανθρωπότητας ή το έγκλημα της γενοκτονίας, με την υπό πολύ αυστηρές προϋποθέσεις ανατροπή και άρση της ευθύνης για τη διάπραξη των «κοινών» εγκλημάτων πολέμου που απαριθμούνται στο καταστατικό, αν η προσταγή δεν ήταν προδήλως παράνομη και εφόσον ο υφιστάμενος δεν γνώριζε τον παράνομο χαρακτήρα της.

Η διαφορετική αυτή προσέγγιση ανά είδος διεθνούς εγκλήματος, που βασίζεται στη διαφορετική βαρύτητα και φύση τους, εγείρει θεωρητικά και πρακτικά «ερωτηματικά», ενώ το περιθώριο που το αρ. 33 του Καταστατικού αφήνει για την υπό, αυστηρότατες πάντως, προϋποθέσεις άρση της ποινικής ευθύνης του ιεραρχικώς κατωτέρου, συγκεντρώνει αρκετή κριτική, ως αμφισβητούμενης σκοπιμότητας

Η άρση της ευθύνης έπειτα από προσταγή ιεραρχικώς ανωτέρου στο πλαίσιο του διεθνούς ποινικού δικαίου

απομάκρυνση από το «προηγούμενο» της Νυρεμβέργης και ως χαλάρωση της προστασίας του ανθρωπιστικού δικαίου και της νομιμότητας που δε συμβαδίζει με το διεθνές εθιμικό δίκαιο.

Πάντως, σε κάθε περίπτωση, η ενσωμάτωση μιας ρύθμισης για την προσταγή, με τις όποιες αδυναμίες της, στο καταστατικό ενός δικαιοδοτικού οργάνου παγκόσμιας κλίμακας συντελεί ευεργετικά στη διασαφήνιση της σύγχρονης προσέγγισης της, στην επίτευξη περισσότερης ασφάλειας δικαίου, αλλά και αποτελεσματικότερης προάσπισης του διεθνούς ανθρωπιστικού δικαίου, παραχωρώντας ταυτόχρονα, στο δικαιικά ανεκτό βαθμό, ένα περιθώριο προστασίας του κατηγορουμένου από τις διαταγές ανωτέρων και περιφρουρώντας έτσι αρκούντος τα δικαιώματά του.

8 Βιβλιογραφία

A. Ελληνική

i. Συγγράμματα

1. Δασκαλοπούλου-Λιβαδά Φανή, Διεθνές Ποινικό Δικαστήριο – από τη Νυρεμβέργη ως τη Χάγη, Εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, Αθήνα
2. Μυλωνόπουλος Χρίστος Χ., Ποινικό Δίκαιο – Γενικό Μέρος Ι, Εκδόσεις Π. Ν. Σάκκουλα, 2007, Αθήνα
3. Συμεωνίδου – Καστανίδου Ε., Καιϊάφα – Γκυπάντι Μ., Μπιτζιλέκης Ν., Παπαδαμάκης Α., Παπακυριάκου Θ., Νούσκαλης Γ., Ναζίρης Γ. – Ινστιτούτο Αμυντικών Αναλύσεων, Τα Εγκλήματα πολέμου – Οι διεθνείς υποχρεώσεις της Ελλάδας και τα αναγκαία μέτρα προσαρμογής, Εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, 2006, Αθήνα

ii. Αρθρα

1. Γιαρένης Ευγένιος, Η υπακοή σε προσταγές ανωτέρων ως υπερασπιστικός ισχυρισμός κατηγορουμένων για εγκλήματα πολέμου, Ποινικά Χρονικά ΝΕ' (2005)

B. Ξενόγλωσση

i. Συγγράμματα

1. Cassese Antonio, International Criminal Law, Oxford University Press, 2008
2. Cassese A., Gaeta P., Jones J. R. W. D., The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary, Vol. 1, Oxford University Press, 2002
3. Dinstein Yoram, The Defence of “Obedience to Superior Orders” in International Law, A. W. Sijthoff – Leyden, 1965

4. *May Larry*, Crimes against humanity: A normative account, Cambridge University Press, 2005

5. *Triffterer Otto*, Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999

ii. Αρθρα

1. *Ansermet Lydia*, Manifest Illegality and the Superior Orders Defense: Schuldtheorie Mistake of Law Doctrine as an Article 33(1)(c) Panacea, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 47, 2014
2. *Bakker Jeanne L.*, Obedience to superior orders, *American Journal of Criminal Law*, vol. 17, 1989
3. *Bowers Andrew*, A Concession to Humanity in Killing of Innocents – Validating the Defences of Duress and Superior Orders in International Law, *Windsor Review of Legal and Social Issues*, vol. XV, 2003
4. *Gaeta Paola*, The defense of superior orders: The statute of the International Criminal Court versus customary international law, *European Journal of International Law*, vol. 10, 1999
5. *Grayson James W.*, The defence of superior orders in the International Criminal Court, *Nordic Journal of International Law*, vol. 64, 1995
6. *Green L. C.*, Superior orders and command responsibility, *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 27, 1989
7. *Green L. C.*, Superior orders and the reasonable man, *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 8, 1970
8. *Harris Lachlan*, The International Criminal Court and the Superior Orders Defence, *University of Tasmania Law Review*, vol. 22, 2003
9. *Insco James B.*, Defense of superior orders before military commissions, *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 13, 2003

10. *Liang Jessica*, Defending the Emergence of the Superior Orders Defense in the Contemporary Context, Goettingen Journal of International Law, vol. 2, 2010
11. *Lippman Matthew R.*, Humanitarian law: The development and scope of the superior orders defense, Penn State International Law Review, vol. 20, 2001-2002
12. *Maogoto Jackson Nyamuya*, The superior orders defence: a game of musical chairs and the jury is still out, Flinders Journey of Law Reform, 2007
13. *Minow Martha*,Living up to the rules: Holding Soldiers responsible for abusive conduct abs the dilemma of the superior orders defence, McGill Law Journal, vol. 52, 2007
14. *McCoubrey Hilaire*, From Nuremberg to Rome: Restoring the defence of superior orders, International & Comparative Law Quarterly, vol. 50, 2001
15. *Penny Christopher K.*, Obeying restraints: Applying the plea of superior orders to military defendants before the International Criminal Court, Canadian Yearbook of International Law, vol. 48, 2010
16. *Sato Hiromi*, The defense of superior orders in international law: Some implications for the codification of international criminal law, International Criminal Law Review, vol. 9, 2009
17. *Seal Julian*, Superior orders as a defense before the International Criminal Court, ISIL Yearbook of International and Refugee Law, vol. 12-13
18. *Wilner Alan M.*, Superior orders as a defense to violations of international law, Maryland Law Review, vol. 26, 1966

Η áρση της ευθύνης έπειτα από προσταγή ιεραρχικώς ανωτέρου στο
πλαίσιο του διεθνούς ποινικού δικαίου