

دفاع مقابله به مثل از منظر رویه محاکم کیفری بین المللی

نادیا باقری* مجتبی جانی پور** مهین سبحانی***

(تاریخ دریافت: ۹۵/۸/۱۸ تاریخ پذیرش: ۹۶/۷/۳۰)

چکیده؛

مقابله به مثل برگردان اصطلاح لاتین «تو نیز هم» است. این اصطلاح بدین معناست که «شما نباید مرا مجازات کنید، چرا که شما نیز مرتکب همان جرم شده‌اید». این دفاع نخستین بار در خلال محاکمات نورنبرگ در پرونده دریا سالار/داتیتیر به صورت ضمنی مورد پذیرش قرار گرفت. مبنای اصلی این استدلال دکترین دستان پاک است که به موجب آن «اگر یک طرف منازعه مرتکب جرایم معینی شود، دستانش برای تعقیب یا مجازات اتباع طرف مقابل به دلیل ارتکاب جرایم مشابه پاک نیست». اخیراً محاکم کیفری جدیدتر در پرونده صدام حسین و اسلوبودان میلسویچ هم با ایراد چنین دفاعی از سوی متهمان مواجه شدند. در واقع، اگرچه برخی به صراحت از بی‌اعتباری چنین دفاعی در برابر ارتکاب جرایم بین‌المللی سخن رانده‌اند، به دلیل ابهام‌های موجود و عدم توجه کافی حقوقدانان، این دفاع همچنان توسط متهمان به جرایم بین‌المللی ایراد می‌گردد و مشخص نیست که حقوق کیفری بین‌المللی تا چه حد برای چنین دفاعی اعتبار قابل است. این مقاله با بررسی رویه قضایی دادگاه نورنبرگ و سایر دادگاه‌های کیفری بین‌المللی به این نتیجه می‌رسد که دفاع مقابله به مثل در جنایات علیه بشریت و نسل‌کشی نمی‌تواند دفاع مقبولی باشد، اما در برخی جنایات جنگی و جرم تجاوز ارضی این دفاع تحت شرایطی قابل پذیرش است.

واژگان کلیدی: مقابله به مثل، تلافی، دکترین دستان پاک، حقوق کیفری بین‌المللی، رویه قضایی

بین الملل

* دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی پردیس دانشگاه علامه طباطبائی

** دانشیار حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه گیلان (نویسنده‌ی مسئول):

janipour@guilan.ac.ir

*** استادیار حقوق بین‌الملل دانشگاه گیلان

مقدمه

تحولات جهان معاصر که از یک سو به تحکیم و توسعه ارزش‌های مشترک میان تمامی جوامع بشری انجامیده، دیوار مرزهای ملی را هر چه کوتاه‌تر و فرهنگ‌ها را به هم نزدیک‌تر ساخته است. از دیگر سو، این امر نیازها و آرمان‌ها و نگرانی‌های مشترکی را برای آحاد بشر پدید آورده و موجب توسعه روزافزون حقوق بین‌الملل شده است. در عین حال، تاریخ بشر هیچ‌گاه تا به این اندازه که در قرن بیستم و مع‌الأسف در آغاز هزاره جدید شاهد آن بوده‌ایم، نقض هنجارها و بی‌اعتنایی آشکار به بدیهی‌ترین ارزش‌های انسانی در ابعادی این چنین وسیع را به خود ندیده است (کیتی شیایزری، ۱۳۸۳: ۱). چنین جنایات شنیعی در صحنه بین‌المللی از دیرباز مشاهده می‌شده و واکنش‌های متفاوتی را برمی‌انگیخته است. انتقام‌گیری همواره یکی از طبیعی‌ترین واکنش‌ها در قبال جنایات ارتكابی بوده است که مسلماً با توجه به عدم رعایت تناسب بین کنش و واکنش و عدم امکان انتقام‌گیری برای افراد ضعیف در مقابل قدرتمندان، راه‌حل مناسبی محسوب نمی‌شده است. به تدریج و با درک این نکته که افزون بر بزه‌دیده مستقیم جرم، جامعه نیز از ارتكاب آن مورد تهدید قرار می‌گیرد، دخالت دولت‌ها در امر اجرای عدالت کیفری آغاز شد و بزه‌کاران در مقابل نهادهای قضایی یا شبه قضایی داخلی به محاکمه کشیده و با تحمل مجازات پاسخ‌گوی اعمال خود شدند. (کیتی شیایزری، ۱۳۸۳: ۲). بدین ترتیب و برای تضمین صلح و امنیت جهانی، پاسخ‌گو کردن مرتکبان جنایات بین‌المللی در مقابل محاکم یا نهادهای قضایی یا شبه قضایی ضروری به نظر می‌رسید. این امر باعث اجرای عدالت می‌شود و حس انتقام‌گیری را در بزه‌دیدگان خاموش می‌کند و حتی آنان را برای از سرگیری یک زندگی مسالمت‌آمیز در کنار جنایتکاران سابق آماده می‌سازد. بنابراین، با رسیدگی به جنایات ارتكابی در دادگاه‌های کیفری، نسل آینده از ارتكاب این جنایات آگاه می‌شود و از به فراموشی سپرده شدن این وقایع و بزه‌دیدگان آن‌ها جلوگیری می‌شود. همچنین، هدف عبرت‌آموزی کیفر برای مجرمان بالقوه تأمین می‌شود (Cassese, 2003: 5-6).

نگاهی به دفاعیات متهمان در حقوق کیفری بین‌المللی نشان از نقش حاشیه‌ای دفاعیات در ابتدای کار دادگاه‌های کیفری بین‌المللی دارد. دفاعیات (یا در اصطلاح اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی «دلایل برائت از مسئولیت کیفری») یک جنبه فراموش شده از حقوق کیفری بین‌المللی است. رویه قضایی دادگاه‌های کیفری بین‌المللی در این حوزه بسیار پراکنده هستند. این امر بنا به دلایل متعددی است که یکی از آنها عدم توجه دکتربین به اغلب دفاعیات مرسوم در نظام‌های حقوقی داخلی و قابلیت اعمال آنها در حقوق کیفری بین‌المللی است. چنین گرایشی در راستای عدم همدردی با متهمان در دادرسی‌های کیفری بین‌المللی است (Cryer, 2010: 402). در بین اسناد مربوط، اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی نخستین معاهده‌ای است که به شکل سازمان‌یافته‌ای به دفاعیات متهمان در حقوق کیفری بین‌المللی پرداخته است و از دفاعیاتی مانند جنون، مستی و دفاع مشروع سخن رانده است. با وجود این، سند اخیر نیز به طور جامع و مانع به تمامی دفاعیات در دسترس متهمان اشاره نکرده است (Cryer, 2010: 404)، چنانکه ماده ۳۱ (۳) اساسنامه دیوان نیز بدان اذعان داشته است و به حصری نبودن دفاعیات مصرح در اساسنامه دیوان اشاره نموده است. ماده ۳۱ (۳) اساسنامه به دیوان اجازه استناد به دفاعیات غیرمصرح در اساسنامه دیوان بر اساس سایر منابع حقوق بین‌الملل یعنی معاهدات، عرف و اصول کلی حقوق را داده است. از جمله دفاعیات غیرمصرح در اساسنامه دیوان، دفاع مقابله به مثل است که از وضعیت مبهمی در حقوق کیفری بین‌المللی برخوردار است.

دفاع مقابله به مثل در اکثر موارد به دنبال دفاع تلافی مطرح می‌گردد. برخلاف تلافی، ردی از مقررات ناظر به مقابله به مثل در حقوق بین‌الملل معاهداتی به چشم نمی‌خورد و همین امر کار را برای تحقیق در این زمینه با مشکل مواجه کرده است. مشکل دیگر این است که این دفاع همچون دفاع تلافی خاص حقوق بین‌الملل است و در نظام‌های حقوق داخلی اثری از این دفاع با شرایطی که آورده خواهد شد، به چشم نمی‌خورد (سیدزاده ثانی، ۱۳۸۴: ۱۱۶). به همین دلیل برخلاف سایر دفاعیات که به علت مطرح بودن در حقوق داخلی در خلال سال‌ها و مباحث صورت گرفته غنی شده‌اند، مباحث مربوط به مقابله به مثل تنها ریشه در چندین رویه قضایی

بین‌المللی دارد و آموزه علمای حقوق نیز در این خصوص بسیار ضعیف است، چنانکه برخی از منابع معتبر حقوق کیفری بین‌المللی تنها به برشمردن این دفاع بسنده کرده‌اند. از گذشته بسیاری از طرفین درگیر در مخاصمات مسلحانه پاسخ کوچک‌ترین بی‌رحمی طرف مقابل را با بی‌رحمی می‌دادند. در سده اخیر نیز به خصوص در جنگ‌های جهانی اول و دوم، جهان شاهد ارتکاب جنایات متعددی بود که بسیاری از آنها در پاسخ به جنایات ارتكابی دشمن و به نوعی در مقابله به مثل با دشمن صورت می‌گرفت (Berlin, 1992: 460-461). به عنوان نمونه می‌توان به انجام مقابله به مثل در جنگ ایران و عراق اشاره کرد. پس از حمله عراق به شهرهای مسکونی ایران، ایران نیز در اقدامی مشابه، بغداد را هدف بمبارن هوایی قرار داد. همین مسئله در جنگ نفت کش‌ها نیز تکرار شد (گاتری و رونزیتی، ۱۳۷۴: ۲۸۴).

سابقه استناد به دفاع مقابله به مثل در محاکم کیفری، به دادگاه نظامی نورنبرگ در پرونده مشهور دریاسالار/دنیتر^۱ برمی‌گردد. بعد از آن این دفاع در دادرسی‌های بعدی در دادگاه‌های کیفری بین‌المللی مورد استناد واقع شد که هیچ یک موفقیت‌آمیز نبوده‌اند. با وجود این، اخیراً در برخی دادگاه‌های رسیدگی‌کننده به جنایات جنگی به عنوان یک دفاع از سوی متهمان مطرح گردیده است. این مقاله بر آن است که با نگاهی به ماهیت مقابله به مثل و مفاهیم مشابه آن به این پرسش پاسخ دهد که آیا می‌توان مقابله به مثل را به عنوان یک دفاع در حقوق کیفری بین‌المللی پذیرفت؟

تدقیق موضع حقوق کیفری بین‌المللی در رابطه با این دفاع از این جهت اهمیت دارد که در حال حاضر دیوان کیفری بین‌المللی برخلاف دادگاه‌های کیفری پیشین به متهمان این حق را داده که بتوانند به دفاعیاتی خارج از دفاعیات مندرج در اساسنامه دیوان هم استناد نمایند. با توجه به عدم وجود دادگاه‌های کیفری بین‌المللی با صلاحیت اجباری و امکان‌گزینشی عمل کردن دادگاه‌های کیفری همواره امکان استناد به این دفاع از سوی متهمان به جرایم بین‌المللی وجود دارد. این مقاله ضمن ارائه تعریف از دفاع مقابله به مثل و ارتباط آن با مفاهیم مشابه، به تبیین انواع

1. Admiral Karl Doenitz.

دفاع مقابله به مثل پرداخته و سپس رویکرد دادگاه‌های کیفری بین‌المللی را در قبال این دفاع تشریح می‌کند.

۱. ماهیت دفاع مقابله به مثل و ارتباط آن با تلافی

۱-۱. ماهیت مقابله به مثل

دفاع مقابله به مثل معادل عبارت لاتین «you too» به معنای «تو نیز هم» است. به‌طور کلی، استدلال «تو نیز هم» دفاعی است که ممکن است متهم در یک تعقیب بین‌المللی یا به عبارت دقیق‌تر در یک تعقیب با مفهوم بین‌المللی در یک دادگاه ملی یا بین‌المللی، علیه دادستان مطرح نماید. این دفاع که خطاب به دادستان است چنین به میان می‌آید که «طرف شما نیز مرتکب همان جرم شده است؛ چرا شما فقط در حال تعقیب و محاکمه من هستید؟ یا شما هم مرتکب همان جرم شده‌اید چرا فقط من را مجازات می‌کنید؟».

بنابراین، در این دفاع یک طرف در دفاع از عملکرد نادرست خود به‌منظور رهایی از مسئولیت کیفری به عملکرد نادرست و مشابه طرف مقابلش استناد می‌کند. می‌توان گفت که دفاع مقابله به مثل ریشه در آموزه کلی‌تر معامله متقابل^۱ دارد. در هیچ یک از معاهدات، قوانین و موافقت‌نامه‌ها معنای دقیق معامله متقابل نیامده است. بر اساس فرهنگ حقوقی بلک، معامله متقابل به معنای عقلانیت موجود بین طرفین یک رابطه است به‌نحوی که هر کدام به‌طرف دیگر امتیازاتی می‌دهد، به شرطی که از امتیازات مشابه طرف مقابل بهره‌گیرند (Bryan, 1991: 87). به‌طور کلی معامله متقابل به معنای انجام عمل مشابه طرف مقابل است. در واقع، اگرچه معامله متقابل در هیچ یک از اسناد لازم‌الاجرای حقوق بین‌الملل تعریف نشده است، می‌توان آثار آن را در جای‌جای روابط حقوقی کشورها شاهد بود. بر اساس ماده ۶۰ کنوانسیون وین در حقوق معاهدات بین‌دولتی، اگر یکی از طرفین معاهده ملاحظه کند که طرف مقابل، معاهده فی‌مابین را به شکل اساسی نقض کرده است، طرف اخیر می‌تواند آن معاهده را فسخ نماید و از این بابت هیچ

1. Reciprocity.

مسئولیتی متوجه دولت اخیر نیست، زیرا این از آثار تقابل در معاهدات است و حق قانونی وی محسوب می‌گردد. ماده ۲۸ کد لیبِر مقرر می‌کند که «اقدام متقابل هیچ‌گاه هم‌عرض انتقام صرف نخواهد بود، بلکه سزایی است که کارکرد پشتیبانی داشته، با رعایت احتیاط کامل انجام می‌شود و گریزی از آن وجود ندارد» (Darcy, 2011: 187). بنابراین، توسل به اقدام متقابل تحت شرایطی در روابط بین دولت‌ها مجاز خواهد بود.

۲-۱. ارتباط مقابله به مثل با تلافی

در این گام به طور مختصر به بررسی مفهوم مشابه مقابله به مثل یعنی تلافی^۱ و تشریح وجه تمایز آن از مقابله به مثل خواهیم پرداخت. تلافی در حقوق مخاصمات مسلحانه عبارت است از: «نقض عمدی قواعد حقوق جنگ توسط یکی از طرفین در گیر با هدف وادار ساختن طرف مقابل به توقف نقض آن قاعده یا قاعده دیگری از حقوق جنگ». برخی بر این اعتقاد هستند که چنانچه یکی از طرفین مخاصمه در نقض حقوق بشردوستانه بین‌المللی نقش داشته باشد، می‌توان علیه آن دست به تلافی زد. (Kalshoven, 1971: 190). ماده ۸۴ دستورالعمل آکسفورد که مؤسسه حقوق بین‌الملل آن را تنظیم نموده چنین مقرر می‌کند که «اگر طرف آسیب‌دیده، نقض مقررات را چنان جدی بباید که آگاه کردن دشمن از لزوم رعایت مقررات را ضروری ببیند، هیچ راهی جز تلافی پیش‌روی وی وجود نخواهد داشت» (Oxford Manual, 1880: 188). در واقع تلافی بدین معنا همان اقدامات متقابل در روابط حقوقی بین دولت‌هاست که در ماده ۲۲ طرح مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها توسط کمیسیون حقوق بین‌الملل به عنوان معاذیر رافع وصف متخلفانه رفتار پیش‌بینی شده است. از نظر واژگانی به طور سنتی اصطلاح اقدامات تلافی‌جویانه برای دربرگرفتن رفتارهایی از جمله اقدامات قهری به کار رفته که به عنوان خودیاری و در واکنش به یک نقض انجام می‌گرفته‌اند که در غیر این صورت غیرقانونی تلقی می‌شدند. هدف اقدامات اخیر باید جهت ترغیب طرف مقابل به رعایت حقوقی باشد که قبلاً نقض کرده بود. اخیراً اصطلاح اقدامات

1. Reprisal.

تلافی جویانه محدود به اقداماتی شده‌اند که به هنگام مخاصمات مسلحانه بین‌المللی انجام می‌شوند. پس منظور همان اقدامات متقابل حقوقی هستند، اما چون در هنگام مخاصمه مورد استفاده واقع می‌شوند، اقدامات تلافی جویانه خصمانه هستند (ابراهیم گل، ۱۳۸۹: ۲۸۸). با وجود پذیرش صریح اقدامات متقابل به عنوان عوامل رافع وصف متخلفانه رفتار، استناد به آنها تابع شرایط و محدودیت‌هایی است. بنابراین، شابهت دفاع تلافی و مقابله به مثل آن است که هر دو پاسخ به نقض پیشین مقررات حقوق بین‌الملل در خلال مخاصمات مسلحانه هستند. در هر دو آموزه پاسخ از سوی طرف صدمه‌دیده انجام می‌گیرد و نهادهای بین‌المللی نظیر سازمان ملل نقشی در آن ندارند. لیکن مهم‌ترین تفاوت این دو آموزه آن است که هدف از انجام تلافی الزام طرف مقابل بر اجرای حقوق جنگ است. در واقع، عملی برای کمک به خود از سوی طرف آسیب‌دیده در پاسخ به خسارت ناموجه نسبت به عمل خلاف حقوق بین‌الملل ارتکاب‌یافته توسط طرف دیگر بوده و اثری تعلیقی در رعایت کردن قواعد حقوق جنگ دارد. در حالی که مقابله به مثل با هدف ترغیب دشمن به کوتاه آمدن از رفتار غیرقانونی‌اش نیست، بلکه برای پاسخ به رفتار دولت مقابل از طریق رفتار مشابه بوده و در واقع نوعی عمل سزادهنده است. به عبارت دیگر، هدف از مقابله به مثل انتقام گرفتن از طرف مقابل است (Berlin, 2002: 11).

۲. مقابله به مثل در حقوق کیفری بین‌المللی

به‌طور کلی در حقوق بین‌الملل معاهداتی اشاره‌ای به بحث مقابله به مثل و پذیرش یا عدم پذیرش آن نشده است. در اساسنامه دادگاه‌های کیفری بین‌المللی روآندا^۱ و یوگسلاوی سابق نیز سخنی از دفاعیات در حقوق کیفری بین‌المللی از جمله دفاع مقابله به مثل به میان نیامده است. هرچند این مطلب به معنای عدم قبول دفاعیات نخواهد بود و این دادگاه‌ها مجازند تا با استفاده از اصول کلی حقوق بین‌الملل و سایر منابع پذیرفته‌شده، دفاعی را بپذیرند یا رد کنند. بنابراین، با توجه به عدم ذکر دفاع مقابله به مثل در اسناد بین‌المللی، یکی از راه‌حل‌ها مراجعه به رویه قضایی

1. International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR).

دادگاه‌های نظامی سابق جهت تبیین موضع حقوق کیفری بین‌المللی است. اعتبار رویه قضایی بین‌المللی در پرونده آلكسووسکی^۱ مورد تأیید قرار گرفته است. دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق در این پرونده ضمن تأکید بر تضمین اصول دقت و قابلیت پیش‌بینی در حقوق کیفری اعلام نمود که دادگاه جز در موارد استثنائی می‌تواند به رویه قضایی دادگاه‌های سابق مراجعه نماید (Berlin, 2002: 13). اگرچه دادگاه‌های بین‌المللی ملزم به رعایت رویه قضایی پیشین نیستند و باید به موازین حقوق بین‌الملل عرفی در زمان ارتکاب جرم توجه داشته باشند، سوابق قضایی به تبیین مسائل مبهم حقوق بین‌الملل کمک می‌کنند.

در خصوص دفاع مقابله به مثل باید گفت که پیش از جنگ جهانی دوم بسیاری از کشورها در مخاصمات مسلحانه خود به این دفاع استناد می‌کرده‌اند. با توجه به اینکه دادگاه نورنبرگ در حقیقت نخستین دادگاه بین‌المللی برای رسیدگی به جنایات جنگی بوده است، رویه قضایی پیش از نورنبرگ در خصوص دفاع مقابله به مثل بسیار ضعیف است. به هر حال، با توجه به عدم تفاوت عملی دفاع مقابله به مثل و تلافی و استناد فراوان به دفاع تلافی پیش از جنگ جهانی دوم می‌توان گفت که دفاع مقابله به مثل پیش از جنگ جهانی دوم، به موجب حقوق بین‌الملل عرفی دفاع پذیرفته شده‌ای بوده است. به عنوان نمونه، در جنگ جهانی اول، انگلستان در توجیه استفاده از سلاح‌های شیمیایی به استفاده متقابل آلمان از این سلاح‌ها استناد کرد. انگلستان از آلمان انتظار نداشت که استفاده از این سلاح‌ها را متوقف نماید - آن گونه که دفاع تلافی مستلزم چنین امری است - بلکه با استفاده از این منطق، سعی در توجیه استفاده خود از این سلاح‌ها داشت (Berlin, 2002: 16).

به هر حال، می‌توان گفت که نخستین دادگاهی که در آن دفاع مقابله به مثل مطرح شد، دادگاه نورنبرگ بود. پس از آن نیز در دادرسی‌های بعدی به موجب قانون ۱۰ شورای کنترل متفقین (Cc110) و دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق به این دفاع اشاره شد. در ادامه ابتدا به بیان انواع معیارهای ارائه شده از دفاع مقابله به مثل و پیشینه آن در دادگاه‌های کیفری بین‌المللی

1. Aleksovski.

پرداخته می‌شود. سپس شرایط پذیرش این دفاع نسبت به جنایات بین‌المللی و رویکرد دیوان کیفری بین‌المللی^۱ نسبت به این مسئله بررسی می‌شود.

۱-۲. مقابله به مثل و معیارهای آن

در خصوص دفاع مقابله به مثل سه معیار ارائه شده است: نخست اینکه این دفاع منجر به قانونی شدن رفتار ارتكابی موضوع دعوا می‌شود، در حالی که دو مورد دیگر صرف‌نظر از رفتار ارتكابی، قانونی بودن تلاش‌ها را برای تعقیب و مجازات متهم زیر سؤال می‌برند. بر این اساس سه معیار این دفاع عبارتند از: مقابله به مثل به عنوان یک دفاع نسبت به جرم،^۲ یک دفاع نسبت به تعقیب^۳ و یک دفاع نسبت به مجازات.^۴

۱-۱-۲. مقابله به مثل به عنوان یک دفاع نسبت به جرم

این معیار این‌گونه تعبیر می‌شود که «تو نیز هم این هنجار را نقض کردی، بنابراین من هم می‌توانم آن را نقض کنم» یا «تو نیز هم این هنجار را نقض کردی پس نقض این هنجار از سوی من نیز قانونی است یا موجه است یا عذر محسوب می‌شود». در واقع، این دفاع می‌تواند یکی از علل موجه جرم تلقی گردد. اگر چنین استدلالی پذیرفته شود، متهم باید از اتهام تبرئه شود (Yee, 2004: 97). جزئیات اعمال این معیار جالب است. این دیدگاه ادعا نمی‌کند که اصولاً هیچ هنجاری نقض نشده است. در زمانی که متهم رفتار مورد بحث را انجام می‌دهد، یک هنجار وجود دارد که متهم ظاهراً آن را نقض کرده است. با این حال، مطابق این معیار، نقضی که در غیر این صورت غیرقانونی می‌بود، به یک نقض قابل توجیه تبدیل می‌شود، زیرا این امر احراز می‌شود که طرف دیگر نیز همان خلاف را مرتکب شده است (Yee, 2004: 97). به عبارت بهتر، اعتبار هنجار همچنان حفظ شده است، اما فقط به دلیل شرایط موجود نسبت به متهم اعمال نمی‌شود،

1. International Criminal Court (ICC).
2. Tu quoque as a defence to the crime.
3. Tu quoque as a defence to the prosecution.
4. Tu quoque as a defence to the punishment.

زیرا طرف مقابل نیز مرتکب همان نقض شده است. استدلال‌های «تو نیز هم» به عنوان یک دفاع نسبت به تعقیب یا مجازات بیشتر بر روی این مسئله تمرکز دارند که آیا مقام تعقیب‌کننده به طور قانونی یا اخلاقی این حق را دارد که به دنبال تعقیب مرتکب باشد و یا اینکه آیا مقام تعقیب محق است تا مرتکب را مجازات نماید؟ بنابراین اصولاً چنین دیدگاه‌هایی توجّه کمتری را نسبت به این مسئله داشته‌اند که آیا رفتار ارتكابی قانونی بوده است؟ و اصلاً راجع به این مسئله که ناقض اولیّه که بوده یا نسبت به این نکته که آیا متهم از نقض‌های ارتكابی طرف دیگر محاصمه اطلاع داشته یا خیر، توجّهی را مبذول نداشته‌اند (Yee, 2004: 98). در واقع، این دفاع طبق معیار نخست ریشه در اصل تقابل دارد. متهم به دلیل ارتكاب عمل مشابه از سوی طرف مقابل، مرتکب این جرم شده است، در حالی که دو شکل بعدی به دکرترین دستان پاک و اصل عدم تبعیض مربوط می‌شوند. با توجّه به ممنوعیت اقدام متقابل در قواعد حقوق بشری و برخی قواعد حقوق بشردوستانه، به اعتقاد حقوقدانان چنین دفاعی در زمان حاضر نمی‌تواند از طرف دادگاه‌های بین‌المللی مورد قبول واقع شود (Yee, 2004: 99).

به موجب ماده ۵۰ طرح مسئولیت بین‌المللی دولت، اقدامات متقابل نباید برخی تعهدات بین‌المللی را تحت تأثیر قرار دهند. از جمله تعهداتی که اقدام متقابل در آن‌ها ممنوع است و نمی‌تواند دفاع معتبری در عرصه مسئولیت بین‌المللی محسوب شود، تعهدات مربوط به حمایت از حقوق بنیادین بشری و تعهدات با ماهیت بشردوستانه هستند که اقدامات تلافی‌جویانه را منع می‌کنند. به موجب بند ۱ (ج) ماده ۵۰ تعهدات با ماهیت بشردوستانه که اقدامات تلافی‌جویانه را منع می‌نمایند نباید تحت تأثیر اقدامات متقابل قرار گیرند. متن ماده به گونه‌ای تنظیم شده است که گویای ممنوعیت مطلق اقدامات متقابل در تعهدات حقوق بشردوستانه نیست. گویا برخی تعهدات حقوق بشردوستانه هستند که اقدامات تلافی‌جویانه را منع نمی‌نمایند. بر اساس شرح کمیسیون حقوق بین‌الملل این قسمت از ماده ۵۰ از بند ۵ ماده ۶۰ کنوانسیون ۱۹۶۹ وین الگوبرداری شده است که بیانگر ممنوعیت اقدام تلافی‌جویانه علیه اشخاص غیرنظامی است (ابراهیم گل، همان: ۲۹۸). در واقع، این ممنوعیت‌ها به طور مطلق علیه اشخاص تحت حمایت در

حقوق بشردوستانه وجود دارد. در نتیجه، در رابطه با اشخاصی که تحت حمایت نیستند، یعنی نظامیانی که در حال جنگیدن هستند، امکان اقدام متقابل تحت شرایطی می‌تواند پذیرفته شود.

۲-۱-۲. مقابله به مثل به عنوان یک دفاع نسبت به تعقیب

بر اساس این معیار «طرف شما هم مرتکب همان جرایم شده است؛ شما نمی‌توانید به‌طور قانونی من را تعقیب یا متهم کنید». چنین استدلالی در ماهیت، استدلالی شکلی است. این معیار در جلوگیری از تعقیب یا بی‌اثر کردن آن - در صورتی که قبلاً شروع شده باشد - اثر دارد، اما این نوع دفاع نسبت به مشروعیت یا عدم مشروعیت رفتار مورد بحث بی‌اعتناست. چنانچه این استدلال پذیرفته شود، تعقیب را به‌طور کامل منع می‌کند و منجر به رد و یا تبرئه از اتهام در مرحله دادرسی می‌شود (Yee, 2004: 100). در واقع، چنین دفاعی در صورت پذیرش همانند سایر موانع تعقیب مثل مصونیت، عفو و امثال آن عمل می‌کند. بر اساس چنین دفاعیاتی، بحثی در خصوص غیرقانونی و جرم بودن رفتارهای ارتكابی وجود ندارد، اما بنا به شرایطی خاص امکان تعقیب متهم به جرایم ارتكابی وجود ندارد. در واقع، در این حالت مقابله به مثل یک مانع تعقیبی و نه یک دفاع ماهوی است.

۲-۱-۳. مقابله به مثل به عنوان یک دفاع نسبت به مجازات

این معیار مدلی ظریف‌تر از دو گونه دیگر است. متهم ممکن است استدلال خود را نسبت به دادگاه بدین شیوه تدوین کند که «حتی اگر چیزی که من انجام داده‌ام غلط باشد، حتی اگر شما بتوانید من را تعقیب کنید و حتی اگر شما بتوانید من را محکوم نمایید، شما نمی‌توانید نسبت به من هیچ‌گونه مجازاتی را تحمیل نمایید». این‌گونه استدلال چنانچه پذیرفته شود، مستلزم رد اتهام یا برائت متهم نیست. در عوض، تعقیب و محاکمه را مجاز می‌کند، لیکن اجرای مجازات و نه خود مجازت را منتفی می‌کند. بر اساس این استدلال دادگاه ممکن است متهم را به ارتكاب جرم مورد بحث محکوم کند، اما نمی‌تواند او را مجازات کند. چنانکه بیان شد این استدلال با ظرافت بیشتری دفاع مقابله به مثل را به‌عنوان یک دفاع نسبت به مجازات توصیف می‌کند. بنابراین،

داستان می‌تواند اعلام کنند که نقض‌های معینی اتفاق افتاده، ولی به دلایل پیش گفته امکان مجازات مرتکب چنین رفتارهای وجود ندارد. در مقایسه با معیار مقابله به مثل به عنوان یک دفاع نسبت به جرم که به ماهیت رفتار ارتكابی می‌پردازد، معیارهای مقابله به مثل به عنوان یک دفاع نسبت به تعقیب یا مجازات از یک مزیت برخوردارند: مؤثر واقع گشتن چنین استدلال‌هایی لزوماً از نیروی قانونی حقوق کیفری یا حقوق بشردوستانه بین‌المللی نمی‌کاهند، زیرا این دسته از استدلال‌ها، غیرقانونی بودن رفتار مورد بحث را زیر سؤال نمی‌برند (Yee, 2004: 100). مزیت استدلال اخیر نسبت به موارد پیشین در این است که در صورت پذیرش چنین استدلالی محکومیت صادر می‌گردد، اما اجراء نمی‌شود. از این زاویه چنین دفاعی شباهت زیادی با عفوهای شخصی خواهد داشت؛ یعنی متهم بعد از یک محاکمه کامل به جهت برقراری صلح و سازش در جامعه درگیر مشمول عفو می‌گردد. البته تفاوت دفاع مقابله به مثل به عنوان یک دفاع نسبت به مجازات با عفو در مبنا و اهداف متفاوت است. عفوهای بعد از محاکمه به معنای بخشیدن متهم به جهت رسیدن به یک هدف والاتر است، اما دفاع مقابله به مثل به معنای عدم اجرای مجازات به دلیل نداشتن صلاحیت اخلاقی و قانونی جهت اجرای مجازات است (Yee, 2004: 102).

۲-۲. رویکرد دادگاه‌های کیفری بین‌المللی

۲-۲-۱. رویه دادگاه نظامی بین‌المللی نورنبرگ

تنها پرونده‌ای که می‌توان استدلال کرد در آن دادگاه نظامی نورنبرگ به صورت ضمنی دفاع مقابله به مثل را پذیرفته است، پرونده دیاسالار کارل دانیتر^۱ است. دانیتر از اعضای سابق نیروی دریایی آلمان بود. وی در سال ۱۹۴۵ توانست به سمت فرمانده کل نیروی دریایی آلمان دوران هیتلر منصوب گردد. یکی از اتهامات وارده به وی اقدام به جنگ دریایی نامحدودی بود که بدون هشدار قبلی به غرق کردن کشتی‌های تجاری کشور انگلستان و دیگر کشورها در اقیانوس اطلس منجر شده بود. اتهام از این قرار بود که وی پروتکل زیردریایی لندن (یا پروتکل نیروی

1. Admiral Karl Doenitz.

دریایی (۱۹۳۶) و توافقنامه لندن مصوب ۱۹۳۰ را که اغلب با هم به معاهده لندن معروف هستند و آلمان نیز عضو آن بوده نقض کرده است (Heise, 2007: 10).

به عبارت دیگر *دنیتر* برخلاف معاهده لندن مصوب ۱۹۳۰ که بین ایالات متحده، فرانسه، ایتالیا، ژاپن و بریتانیا لازم‌الاجراء بوده، عمل کرده و دستور داده بود که «هیچ کسی را نجات ندهید، از هیچ قایقی مراقبت نکنید». تنها نگرانی وی تأمین امنیت نیروهای خودی بود. *دنیتر* به دلیل مشارکت در جنگ تجاوزکارانه آلمان طی جنگ جهانی دوم و اقدام به غرق نمودن کشتی‌های غیرنظامی دولت‌های طرف محاصمه و نقض قواعد حاکم در جنگ در دادگاه نورنبرگ محاکمه شد. (Heise, 2007: 10) سه فقره اتهامی که طی محاکمات نورنبرگ علیه *دنیتر* مطرح شد عبارت بودند از تبانی برای اقدام به جنگ تجاوزکارانه (اتهام اول)، اقدام به جنگ تجاوزکارانه (اتهام دوم) و ارتکاب جنایات جنگی (اتهام سوم). (Office of the United States Chief of Counsel for Prosecution of Axis Criminality, 1947: 137)

یکی از ایرادهای وارده به جریان رسیدگی به اتهام‌های *دنیتر* و در کل محاکمات نورنبرگ اجرای عدالت توسط فاتحان^۱ جنگ است (Cryer, 2010, 114). روند رسیدگی دادگاه نورنبرگ به اتهام‌های *دنیتر* طولانی، پیچیده و ناهمگون بود. علت آن بود که دادرس آمریکایی پرونده، دادرس *بیدل*^۲ به دلیل استناد به دفاع مقابله به مثل از سوی متهم به تبرئه *دنیتر* اعتقاد داشت. در دادگاه نورنبرگ، *دنیتر* دفاعیات مرسوم را نسبت به اتهام اول و دوم مطرح کرد. لیکن در پاسخ به اتهام سوم، دفاع مقابله به مثل را ارائه نمود و چنین استدلال کرد که چون دولت آمریکا نیز در جنگ زیردریایی شدید و نامحدود شرکت داشت، او نباید برای همان رفتار مجرم

1. Victors Justice.

دادگاه‌های تشکیل شده بعد از جنگ جهانی دوم به دور از هرگونه تعهد به اجرای قواعد حقوقی، مانند بازی ای بودند که در آن برندگان صرفاً به دنبال مجازات بازندگان به خاطر خسارات حاصل از جنگ بودند. بعد از پیروزی متفقین، آمریکایی‌ها و دیگر شرکای آن‌ها در جنگ، متحدین را به خاطر ارتکاب جرایمی که خود نیز مرتکب آن شده بودند، محاکمه و مجازات کردند بدون اینکه کوچک‌ترین مجازاتی برای نیروهای خود در نظر بگیرند (Eisikovits, 2011).

2. Biddle.

شناخته شده و مجازات شود. به عبارت بهتر، وکیل مدافع *د/نیتزر* بر این باور بود که نیروی دریایی آمریکا تحت فرماندهی دریاسالار چستر *نمیتز*^۱، فرمانده کل نیروی دریایی ایالات متحده در زمان جنگ در اقیانوس آرام نیز همان کار را نسبت به کشتی‌های تجاری ژاپنی انجام داده بود. از این رو، به دنبال این بود که آن عمل را به عنوان دلیلی برای توجیه اعمال موکل خود نزد دادگاه ارائه دهد (Yee, 2004: 103).

بنابراین، وکیل مدافع متهم سؤالی را مبنی بر انجام این اقدامات توسط نیروی دریایی آمریکا خطاب به دریاسالار *نمیتز* مطرح کرد. شهادت دریاسالار *نمیتز* در دادگاه نورنبرگ، توجّه افکار عمومی را به این موضوع جلب نمود و عرصه را برای استفاده *د/نیتزر* از دفاع مقابله به مثل آماده کرد. این امر منجر به نگرانی‌های زیادی در میان دادرسان ایالات متحده شد. به عبارت بهتر، ایالات متحده و ژاپن نیز معاهده لندن را پذیرفته بودند. وکیل مدافع *د/نیتزر* چنین استدلال نمود که «به دلیل مقاومت کشتی‌های تجاری، معاهده لندن نسبت به چنین کشتی‌هایی قابل اعمال نبود. افزون بر آن، اجرای این معاهده در مناطق عملیاتی معین شده که یک هشدار کلی نسبت به همه کشتی‌ها داده شده بود، قابل اجراء نبود. بنابراین، هشدار اختصاصی پیش از حمله ضروری به نظر نمی‌رسید ... از طریق طرح سؤال از دریاسالار *نمیتز* من می‌خواهم ثابت کنم که دریاسالار آمریکایی در عمل موافقت‌نامه لندن را دقیقاً به همان شیوه‌ای که دریاسالار آلمانی تفسیر کرد، تفسیر نمود و بنابراین ثابت می‌شود که رفتار آلمان در جنگ دریایی نامحدود کاملاً قانونی بوده است» (Yee, 2004: 104-105).

در ۲ ژوئیه ۱۹۴۶ دریاسالار *نمیتز* به عنوان یک دلیل در پرونده *د/نیتزر* معرفی گردید. در فاصله حدود ۵ دقیقه دریاسالار *نمیتز* با ادای سوگند ثابت کرد که پیشتر همان کاری را که آلمان توسط دریاسالار *د/نیتزر* انجام داد، ایالات متحده نیز در جنگ دریایی نامحدود انجام داده است. این در واقع همان اتهامی بود که علیه *د/نیتزر* در دادگاه مطرح شده بود. افزون بر این افشاگری‌ها، دریاسالار *نمیتز* همچنین ثابت کرد که زیردریایی‌های ایالات متحده آموزش دیده بودند تا برای

1. Nemitez.

نجات افراد غیرنظامی در صورتی که انجام آن امنیت زیردریایی را به مخاطره افکند، هیچ تلاشی نکنند. به نظر می‌رسید که این رویه تخلف از ماده ۲۲ معاهده لندن باشد (Heise, 2007: 12). بر همین اساس بود که *دایتز* دفاع مقابله به مثل را علیه اتهام جنایات جنگی در دادگاه نورنبرگ مطرح ساخت. بنابراین، هیئت دادستانی عبارت از ویلیام جی دونوان^۱ و جکسون^۲ در اکتبر ۱۹۴۵ پیشنهاد کردند که کیفرخواست جدیدی صادر گردد تا برخی اتهام‌های *دایتز* تغییر کند و یا کنار گذاشته شوند (Heise, 2007: 12). مطابق نظر دادرس *بیبل*، هربرت وکسلر^۳ و تلفورد تیلر^۴ استدلال وکیل مدافع *دایتز* استادانه، قانع‌کننده و غیرقابل رد بود. اگر *دایتز* در آتلانتیک دقیقاً همان طوری جنگید که در یاسالار چستر نمینر در اسکاگراک^۵ جنگیده بود، ما چگونه می‌توانیم موکل او را محکوم کنیم؟ (Yee, 2004: 103).

در نتیجه *دایتز* به اتهام ارتکاب جنایت علیه صلح (اتهام دوم) به ده سال حبس محکوم شد. نسبت به اتهام اول (تبانی برای شرکت در جنگ تجاوزکارانه) مجرم شناخته نشد.^۶ با این حال، برای اتهام جنایات جنگی (اتهام سوم) یعنی تنها اتهامی که در آن دفاع مقابله به مثل را مطرح کرده بود، به هیچ‌گونه مجازاتی محکوم نشد؛ گرچه مجرم به ارتکاب آن شناخته شد. دادگاه نورنبرگ بدون دادن هرگونه توضیح اضافی، صرفاً به دلیل اینکه این رویه توسط ارتش انگلستان و آمریکا نیز اجراء می‌شد، در این خصوص مجازاتی برای *دایتز* در نظر نگرفت (Office of the United States Chief of Counsel for Prosecution of Axis Criminality, 1947: 139). اگرچه فقدان هیچ‌گونه مجازات خاصی برای محکومیت به یک جرم بین‌المللی ممکن

1. William J Donovan.
2. Jackson.
3. Herbert Wechsler.
4. Telford Tylor.
5. Skagerrak.

۶. در رابطه با رد اتهام تبانی در جنگ تجاوزکارانه دادگاه نورنبرگ به این دلیل استناد نمود که از آنجا که *دایتز* در جلسات تصمیم‌گیری برای شروع به جنگ تجاوزکارانه آلمان نازی شرکت داده نمی‌شد، بنابراین ادله‌ای برای اثبات این اتهام وی وجود ندارد. (Office of the United States Chief of Counsel for Prosecution of Axis Criminality, 1947, p. 137)

7. Judgement: Doenitz, <http://avalon.law.yale.edu/imt/juddoeni.asp>.

است بی‌اهمیت تلقی گردد، نسبت به وضعیت دفاع مقابله به مثل و چگونگی برخورد با آن در حقوق کیفری اهمیت خاصی دارد. در حقوق کیفری غیرمعمول است که کسی به اتهام یک جرم بین‌المللی، مجرم شناخته شود، اما برای آن جرم مجازاتی تعیین نشود (Heise, 2007: 13).

این امر حاکی از آن است که دادگاه نورنبرگ نسبت به اتهام سوّم کاملاً مطمئن به محکومیت دانیتزر نبود و از این رو تمایلی به اعمال مجازات اضافی بر اساس اتهام وارده نداشت.^۱ همچنین، دادگاه در یک مسئله جداگانه مقرر کرد که دفاع مقابله به مثل نسبت به حقوق بشردوستانه بین‌المللی اعمال نمی‌شود. بنابراین، می‌توان گفت که دادگاه نورنبرگ این دفاع را صراحتاً رد نکرد، بلکه به صورت تلویحی با عدم وضع مجازات برای اتهام سوّم دانیتزر آن را پذیرفت (Heise, 2007: 14).

با توجه به رای دادگاه نورنبرگ در خصوص پرونده دریاسالار دانیتزر مبنی بر مجرم شناختن آن به اتهام سوّم و عدم اعمال هیچ‌گونه مجازاتی نسبت به آن، تحلیل نظر دادگاه نسبت به معیارهای سه‌گانه و در نتیجه اتخاذ یکی از آنها به منظور پذیرش ضمنی دفاع مقابله به مثل، ضروری به نظر می‌رسد.

معیار مقابله به مثل به عنوان یک دفاع نسبت به جرم به طور آشکاری مغایر با تصمیم دادگاه بود، زیرا دادگاه به این نتیجه رسید که نسبت به نجات کشتی‌های تجاری قصور شده و بنابراین معاهده لندن نقض شده است. ظاهراً این امر که نیروی دریایی انگلستان و ایالات متحده نیز همان رفتار را انجام دادند، دیدگاه دادگاه را نسبت به جرم بودن رفتار ارتكابی تغییر نداد (Heise, 2007: 11). به عبارت دیگر، تلاش و کیل مدافع نسبت به تجویز رفتار موکلش موفقیت‌آمیز نبود، نه به این دلیل که او نتوانست رفتارهای مشابه ارتكاب یافته از سوی دولت‌های متخاصم را ثابت

۱. برخی بر این عقیده هستند که دادگاه نورنبرگ در این پرونده دفاع مقابله به مثل را به طور ضمنی در رابطه با جنایات علیه صلح پذیرفته است، (Heise, 2007: 13) اما متن رای صادره حاکی از پذیرش این دفاع در جنایات جنگی است. از آنجا که نقض قواعد حقوقی حاکم در جنگ مصداق جنایات جنگی و نه جنایات علیه صلح است. جنایات علیه صلح به دلیل نقض قواعد بر جنگ رخ می‌دهند. برای اطلاع از نظر موافق رجوع شود به: (Cryer, 2010: 114).

کند، بلکه به این دلیل که با اثر مدّ نظر وی از رفتارهای ارتكابی موافقت نگردید. بر اساس این نتیجه، بدون شك معیار مقابله به مثل به عنوان يك دفاع نسبت به جرم رد می‌شود. تحلیل بالا همچنین ثابت می‌کند که معیار دفاع نسبت به تعقیب نیز با این مفهوم مردود است. در واقع، دادگاه نه تنها در یاسالار دانیتر را تحت تعقیب قرار داد، بلکه همچنین وی را در خصوص نقض معاهده مجرم شناخت. بنابراین، در مواجهه با چنین بیان صریحی در رای، نمی‌توان ادعا کرد که دادگاه معیار دفاع نسبت به تعقیب را پذیرفته است. این موضع مزیت معیار سوّم را نشان می‌دهد که به متهمان امکان پیروزی کامل را نمی‌دهد (Heise, 2007: 12). معیار مقابله به مثل به عنوان يك دفاع نسبت به مجازات استدلالی بود که دادگاه به سود در یاسالار دانیتر پذیرفت. دادگاه آشکارا به دنبال پاسخ دادن به دفاع ایرادشده در یاسالار آلمانی بود که اعلام کرده بود که «ما ممکن است مرتکب جرم شده باشیم، اما به این دلیل که در یاسالار شما نیز همان کار را انجام داده، شما نمی‌توانید ما را مجازات کنید». بنابراین دادگاه تصمیم گرفت مقابله به مثل به عنوان يك دفاع نسبت به مجازات را بپذیرد (Heise, 2007: 12).

به هر حال، جریان کامل دادگاه نورنبرگ و رای صادره، بهترین دلیل را برای اثبات اینکه دکتین دستان پاک^۱ به اتخاذ چنین تصمیمی کمک کرده، ارائه نمود. وکیل مدافع دانیتر تلاش کرد تا ثابت کند که نیروی دریایی انگلیس و آمریکا که مرتکب همان جرم شده‌اند، دستشان برای تعقیب و مجازات اتباع دولت متخاصم پاک نیست. بنابراین، دادگاه نورنبرگ به‌طور ضمنی و تلویحی به معیار مقابله به مثل به عنوان يك دفاع نسبت به مجازات ترتیب اثر داد و دو معیار دیگر را رد کرد (Heise, 2007: 13).

یکی از انتقادات اصلی به دادگاه نورنبرگ، بحث عدالت فاتحان بود، زیرا در این دادگاه نظامی بین‌المللی، متهمان از يك دادرسی منصفانه برخوردار نشدند. مهم‌ترین دلیل آن، این بود که متفقین خود در خلال جنگ جهانی دوّم مرتکب جنایات زیادی شدند که قابل قیاس با جنایات جنگی ارتكابی توسط نازی‌ها بود، اما تنها برای جنایات اخیر محاکمه برگزار گردید. این مطلب

1. Clean hands doctrine.

که متفقین برای جنایات جنگی خود تحت تعقیب قرار نگرفتند، ایراد وارده بر دادگاه‌های نورنبرگ و توکیو مبنی بر اجرای عدالت فاتحان را تأیید و لزوم وجود راه‌حل‌هایی جهت حمایت از حقوق متهمان و ایجاد شرایط برابر را اثبات می‌کند (Cryer, 2010, 113-115). از جمله این راه‌حل‌ها کمک به تضمین منصفانه بودن آرای دادگاه‌های بین‌المللی از طریق مجاز دانستن دفاعیاتی از جمله دفاع مقابله به مثل است. بر اساس دکترین دستان پاک «اگر دستان یک طرف آلوده به رفتار اشتباه مشابهی باشد، آن طرف از قضاوت کردن اعمال خلاف مشابه طرف دیگر، محروم است». به منظور تضمین عادلانه بودن محاکمه، طرفی که مرتکب عمل خلاف مشابه می‌گردد به لحاظ اخلاقی موقعیت بالاتری ندارد و حق قضاوت کردن اشتباهات دیگران را نخواهد داشت؛ اشتباهاتی که خود نیز مرتکب آن‌ها شده است. از این رو، بسیاری از منتقدین بر این باورند که متفقین در جنگ جهانی دوم حق نداشتند با توجه به جنایات ارتكابی خود در خلال جنگ، مسند قضا را در دست گیرند و رفتار آلمان و ژاپن را قضاوت کنند، بلکه حداقل باید رفتار آلمان و ژاپن را با در نظر گرفتن رفتارهای خود، مورد رسیدگی قرار می‌دادند. با وجود این، استماع دفاعیاتی نظیر دفاع مقابله به مثل از جمله مواردی است که به تضمین دادرسی منصفانه و رعایت حقوق متهمان کمک شایانی خواهد نمود.

در کنار صدور رای در پرونده دایتتر مبنی بر پذیرش ضمنی دفاع مقابله به مثل نسبت به اتهام جنایات جنگی، هیچ یک از متهمان آلمان نازی بابت بمباران مناطق مسکونی در بریتانیا از جمله لندن محاکمه نشدند. علت این امر این بود که متفقین خود نیز اقدام به بمباران شهرهای آلمان از جمله درزدن و هامبورگ و از همه مهم‌تر بمباران اتمی شهرهای هیروشیما و ناگازاکی در ژاپن نموده بودند. در واقع، این عدم محاکمه حاکی از پذیرش ضمنی دفاع مقابله به مثل در دادگاه نورنبرگ است (Bassiouni, 2011: 635).

۲-۲-۲. رویکرد دادگاه نظامی بین‌المللی توکیو

منشور توکیو موضع قاطع تری را نسبت به دفاع مقابله به مثل اتخاذ نمود و در دادگاه مربوط اصلاً اجازه طرح چنین دفاعی به وکلای مدافع داده نشد. به موجب منشور توکیو که به تشکیل دادگاه نظامی بین‌المللی توکیو منجر شد، دادگاه می‌بایست «صرفاً به بررسی موضوعات» پردازد و از هرگونه اطالۀ ناموجه دادرسی خودداری کند. به استناد همین مطلب دادگاه از دادن اجازه طرح موضوعات مرتبط با سؤرفتار نیروهای متفقین طی جنگ خودداری کرد. دادگاه از این می‌هراسید که اجازه طرح چنین مباحثی به طرح استدلال‌هایی در خصوص بمباران توکیو و استفاده از سلاح‌های هسته‌ای در هیروشیما و ناکازاکی بیانجامد. به عبارت بهتر، دادرسان دادگاه چنین استدلال می‌کردند که قبول دفاع مقابله به مثل دری را به سوی سیل انبوهی از استدلال‌های مرتبط با بمباران توکیو و بمباران هسته‌ای ناکازاکی و هیروشیما باز خواهد کرد (Berlin, 2002: 23). یک شاهد دادرسی‌های توکیو اظهار داشت که «اگر یک وکیل مدافع به سمت طرح دفاع مقابله به مثل می‌رفت ... توسط دادگاه متوقف می‌شد». از این رو، به منظور اجتناب از چنین وضعیتی، دفاع مقابله به مثل در دادگاه نظامی توکیو اصلاً اجازه طرح نیافت (Berlin, 2002: 23). با وجود این، در یکی از پرونده‌های مطرح در این دادگاه، متهم به قتل عمد و تجاوز به زنان چینی، با این استدلال که سربازان چینی هم مرتکب جنایات مشابه شده‌اند، در صدد استناد به دفاع مقابله به مثل برآمد که توسط دادگاه صراحتاً رد شد (Bassiouni, 2011: 635).

البته این نکته حائز اهمیت است که چنین دادگاه‌هایی صرفاً مجری عدالت فاتحان جنگ بودند و طبیعی بود که در عمل منافع آنان را در نظر بگیرند. عدم استماع دفاع و رد بدون دلیل آن، مبین چنین واقعیتی است. این امر با در نظر گرفتن انتقادات وارد بر این دادگاه نظیر نادیده گرفتن اصل عطف به ما سبق نشدن قوانین کیفری و یا عدم تعقیب جنایتکاران جنگی متفقین، بیشتر قابل درک است. به دیگر سخن، دادگاه‌های نظامی به ظاهر دادگاه‌هایی قانونی بودند، اما در عمل هر آنچه را به آنان دیکته می‌شد، انجام می‌دادند، زیرا اگر غیر این بود، این دادگاه‌ها

می‌توانستند با استدلال، عدم قابلیت پذیرش این قبیل دفاعیات را پاسخ دهند و یا دست کم اجازه بیان آن را به وکلای مدافع متهمان بدهند (Heise, 2007: 102).

۲-۳. مقابله به مثل در دادرسی‌های پیش از تأسیس دادگاه‌های موردی

پس از دادگاه‌های نظامی بین‌المللی دفاع مقابله به مثل در چند پرونده دیگر نزد دادگاه نظامی ایالات متحده به موجب قانون ۱۰ شورای کنترل متفقین مطرح شد. در این دعاوی به نظر می‌رسید که دادگاه در ذهن خود معیار دفاع نسبت به جرم را در نظر داشته، از این رو با اصطلاحات قاطع و صریح دفاع مقابله به مثل را رد کرد. بنابراین، به‌طور کلی می‌توان گفت که در کلیه دعاوی پس از نورنبرگ به موجب قانون ۱۰ شورای کنترل متفقین، مقابله به مثل به عنوان یک دفاع نسبت به جرم مطرح شده و توسط دادگاه‌ها رد شده است. در پرونده «وزراء»^۱ در دادگاه آمریکایی طبق قانون ۱۰ شورای کنترل، دادگاه با این جمله که «اشتباه یک نفر حق همان اشتباه را برای دیگری به وجود نمی‌آورد»، دفاع مقابله به مثل متهم را صراحتاً رد کرد (Bassiouni, 2011: 635). به عبارت دیگر، از آنجایی که در سایر دعاوی مربوط به جنگ جهانی دوم، مقابله به مثل به عنوان یک دفاع نسبت به مجازات مطرح نشد، این دفاع در این دعاوی مورد پذیرش قرار نگرفت و انتظاری که به تبع صدور رای پرونده دانیتز می‌رفت، محقق نشد (Yee, 2004: 113-114).

۲-۴. رویه دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق

در حالی که دفاع مقابله به مثل در دادگاه نظامی بین‌المللی نورنبرگ به رسمیت شناخته شد، طرح آن در دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق نتیجه چندان خوبی نداشت. دادگاه یوگسلاوی سابق در پرونده کوپرسکیچ^۲ به ریاست دادرسی کسسه دفاع مقابله به مثل را مورد رسیدگی قرار داد. در ۱۶ آوریل ۱۹۹۳ کروات‌های بوسنی با حمله به مناطق مرکزی بوسنی، بیش از صد شهروند مسلمان را کشتند و بیش از ۲۴ نفر را مجروح کردند. همچنین، آنها به تخریب اموال از جمله

1. Ministries case.
2. Kupreskic.

حمله به دو مسجد مسلمانان متهم شدند. دادگاه در رابطه با واقعه فوق به اتهام شش نفر رسیدگی کرد. آنان به برنامه‌ریزی، سازمان‌دهی و اجرای حمله علیه مسلمانان با هدف پاک‌سازی و نسل‌کشی تمام مسلمانان بوسنی متهم شدند (Yee, 2004: 117). افزون بر آن عملیات‌ها، این شش نفر به آموزش نیروهای نظامی و شبه‌نظامی نیز پرداخته بودند. ایشان به استناد بند سی از ماده ۵ اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق متهم به ارتکاب جنایت علیه بشریت نیز شدند. در نهایت دادگاه تشخیص داد که کشتار جمعی و دیگر خشونت‌های اعمال‌شده از پیش برنامه‌ریزی و سازمان‌دهی شده بودند و هدف از میان بردن مسلمانان در روستای آهمیک^۱ بود.

از نظر دادگاه نخستین، وکلای مدافع متهمان به طور غیرمستقیم به دفاع مقابله به مثل استناد نموده‌اند؛ بدین معنا که طرف مقابل - در این پرونده مسلمانان - هم مرتکب جرایم مشابه شده است. این استدلال بر ماهیت متقابل تعهدات حقوق بشردوستانه مبتنی شده است. از این نظر نقض‌های حقوق بشردوستانه از سوی یکی از طرفین محاصمه، نقض‌های مشابه طرف مقابل را موجه می‌کند. دادگاه با استناد به رویه قضایی پس از جنگ جهانی دوم استناد به چنین دفاعی را مطلقاً رد می‌کند. از نظر دادگاه تعهدات حقوق بشردوستانه متقابل نیستند، بلکه تعهدات یک‌جانبه‌ای هستند که هر یک از طرفین محاصمه صرف‌نظر از رعایت آنها از سوی طرف مقابل بر عهده دارند. این امر در ماده ۱ کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو چنین تصریح شده است که «طرفین متعاقد ... به کنوانسیون حاضر در هر شرایطی احترام خواهند گذاشت». به موجب مواد ۵۱، ۵۲، ۱۳۱ و ۱۴۸ کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو هیچ یک از طرفین نمی‌توانند خود و یا دولت دیگر را از مسئولیت بین‌المللی بابت نقض این مقررات مبری نماید. این بدان معناست که تعهدات این کنوانسیون‌ها مطلق هستند و نمی‌توان با استناد به قوانین و راهکارهای قانونی مانند عفو از مسئولیت بین‌المللی ناشی از این تخلفات شانه خالی نمود. اگرچه این مقررات ناظر بر مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها هستند، می‌توان گفت که به طریق اولی شامل مسئولیت کیفری ناشی از نقض این معاهدات هم خواهند شد. متقابل نبودن تعهدات حقوق بشردوستانه از این امر ناشی می‌شود که

1. Ohmic.

دی‌نفع این تعهدات نه دولت‌ها بلکه افراد بشر هستند. همان گونه که دیوان بین‌المللی دادگستری در دعوی بارسلونا تراکشن اعلام نمود تعهدات حقوق بشردوستانه تعهدات عام‌الشمول هستند؛ بدین معنا که برای کل جامعه بین‌المللی تعهد ایجاد می‌کنند. افزون بر این، اغلب تعهدات حقوق بشردوستانه به ویژه تعهدات ناظر بر ممنوعیت جنایات جنگی، جنایات علیه بشریت و نسل‌کشی از نوع قواعد آمره هستند که به هیچ وجه نمی‌توان توافق بر خلاف آنها منعقد نمود. در نتیجه، برخلاف آنچه که در ماده ۶۰ کنوانسیون وین در حقوق معاهدات بین دولت‌ها مقرر شده، قابلیت تعلیق در این دسته از تعهدات راه ندارد. چنانکه بند ۵ ماده ۶۰ کنوانسیون مذکور نیز به این امر تصریح نموده و تعهدات حقوق بشری و حقوق بشردوستانه را غیرقابل تعلیق دانسته است (Prosecutor v. Kupreskic et al, 2000, para. 515-520). دادگاه تجدیدنظر نیز این دفاع متهمان را گرچه تحت عنوان دفاع مقابله به مثل مطرح نشده بود، رد کرد. (Prosecutor v. Kupreskic et al, 2001, para. 25)

از نظر دادگاه به موجب این دفاع، نقض حقوق بشردوستانه بین‌المللی توسط دشمن، اقدامات مشابه طرف دیگر را توجیه نمی‌کند. بنابراین، از نظر دادگاه دفاع مقابله به مثل به عنوان یک دفاع نسبت به جرم اساساً غلط بوده و در رویه نیز مورد پذیرش قرار نگرفته است. البته در این محدوده، دادگاه درست استدلال کرده است. انتقاد اساسی وارده به نظر دادگاه زمانی محقق می‌شود که دادگاه صرفاً به این دلیل که این دفاع مقابله به مثل به عنوان دفاع نسبت به جرم غیر قابل قبول است، چنین نتیجه‌گیری نمود که عموماً در جرایم بین‌المللی متعاقب جنگ جهانی دوم دفاع مقابله به مثل رد شده است؛ بدون اینکه در خصوص معیارهای دیگر بحث و استدلال کند و یا حتی آنها را پیش‌بینی نماید و همچنین بدون اینکه استدلال دادگاه نورنبرگ در پرونده *دانیتز* را تحلیل نماید (Yee, 2004: 113-114). با نادیده گرفتن موارد موجود ثابت می‌گردد که نتیجه‌گیری دادگاه مبنی بر اینکه هیچ گونه حمایتی در رویه از چنین دفاعی نشده است، کاملاً بی‌اساس است. در حالی که به نظر می‌رسد دادگاه دفاع مقابله به مثل را به‌طور کامل رد کرده است، در واقع به طور ضمنی تنها یک نوع دفاع مقابله به مثل یعنی دفاع نسبت به جرم را رد کرده است. این امر

نشان می‌دهد که دیدگاه دادگاه مذکور ارزش نسبی دارد و از ارزش رویه‌ای رای دادگاه نورنبرگ در قضیه دایتز نمی‌کاهد.

۲-۵. رویه دیوان کیفری بین‌المللی

دفاع مقابله به مثل همچون سایر دفاعیات از قبیل تلافی و ضرورت نظامی^۱ در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی نفاً و اثباتاً مورد توجه قرار نگرفته است. البته این امر به معنای عدم پذیرش دفاعیات غیرمصرح در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی نخواهد بود، زیرا بند ۳ از ماده ۳۱ اساسنامه دیوان چنین مقرر می‌کند که «در موقع محاکمه دیوان می‌تواند افزون بر آنچه در بند ۱ مورد اشاره قرار گرفته است، سایر عوامل نافی مسئولیت کیفری را نیز که ناشی از حقوق قابل‌اجراء، مذکور در ماده ۲۱، می‌باشند را مد نظر قرار دهد». ماده ۲۱ اساسنامه مزبور تحت عنوان «حقوق قابل‌اجراء» سلسله مراتب قواعد تفسیر اساسنامه دیوان را به شرح پیش‌رو مشخص می‌کند: «۱. دیوان حقوق زیر را اجراء خواهد کرد: الف) در وهله اول، این اساسنامه، عناصر تشکیل‌دهنده جرایم و مقررات آیین دادرسی و ادله؛ ب) در مرحله بعد و در صورت اقتضاء، معاهدات معتبر و اصول و قواعد حقوق بین‌الملل از جمله قواعد به رسمیت شناخته شده حقوق بین‌الملل مخاصمات مسلحانه؛ ج) در غیر این صورت، اصول کلی مقتبس دیوان از قواعد حقوق ملی نظام‌های حقوقی جهان، از جمله و در صورت اقتضاء قواعد حقوق ملی دولت‌هایی که قاعدتاً نسبت به جرم مورد نظر اعمال صلاحیت می‌نمایند، مشروط بر اینکه اصول مزبور، مغایر با این اساسنامه، حقوق بین‌الملل و یا هنجارها و ضوابط شناخته شده بین‌المللی نباشند. ۲. دیوان مجاز است اصول و قواعد حقوقی را به شکلی که در آراء گذشته خود تفسیر نموده، رعایت کند».

دیوان کیفری بین‌المللی نیز مانند اسلاف خود یعنی دادگاه‌های کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق و رواندا، برای آنکه بتواند «حقوق قابل‌اجراء» خود را هماهنگ با تحولات زمان و منعکس‌کننده واقعیات نگاه دارد، باید در تفسیر اساسنامه و عناصر تشکیل‌دهنده جرایم به

1. Military necessity.

معاهدات و اصول و قواعد قابل اجرای حقوق بین‌الملل متوسل گردد (کیتی شیایزری، ۱۳۸۳: ۱۱۰).

با توجه به مطالب مطرح شده، دفاع مقابله به مثل صراحتاً در اساسنامه دیوان ذکر نشده، بنابراین آنچه می‌ماند منابع پذیرفته شده حقوق بین‌الملل است. چنانکه گفته شد در حقوق بین‌الملل معاهداتی سخنی در نفی یا اثبات دفاع مقابله به مثل به میان نیامده است. بنابراین، تنها منبع قابل استناد در خصوص قابلیت پذیرش این دفاع در دیوان کیفری بین‌المللی، حقوق بین‌الملل عرفی است. به‌طور کلی می‌توان به رویه محاکم کیفری بین‌المللی قبل از دیوان کیفری بین‌المللی از جمله دادگاه نورنبرگ، به عنوان رویه قضایی استناد نمود. اگرچه دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق رای بر نفی اعمال چنین دفاعی نسبت به تخلفات حقوق بشردوستانه صادر نموده است، با توجه به انتقادات وارده نسبت به کاستی‌های رای صادره و ماده ۵۰ طرح مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها باید چنین نتیجه گرفت که دفاع مقابله به مثل، در برخی موارد نقض حقوق بشردوستانه بین‌المللی که اقدامات تلافی‌جویانه را منع می‌کنند، مجاز شناخته نخواهد شد. در واقع، دفاع مقابله به مثل در رابطه با جرایم ارتكابی علیه جمعیت غیرنظامی یا اسرا و سایر موارد تحت حمایت معاهدات بشردوستانه که صراحتاً تلافی را نفی نموده‌اند، قابل پذیرش نخواهد بود. در این راستا می‌توان به برخی مواد کنوانسیون‌های ۱۹۴۹ ژنو و پروتکل‌های الحاقی آن از جمله ماده ۶ مشترک سه کنوانسیون اول، ماده ۷ کنوانسیون چهارم و ماده ۵۲ پروتکل اول اشاره نمود که صراحت بر ممنوعیت اقدامات تلافی‌جویانه دارند. با تصریح این مواد بر ممنوعیت اقدامات تلافی‌جویانه می‌توان این استنباط را داشت که در موارد غیرمصرح امکان اقدامات تلافی‌جویانه وجود دارد. در واقع، باید گفت که در چنین فضا و شرایطی اهمیت اصل تقابل در توسعه حقوق بشردوستانه فروگاسته شده است. هرچند ماهیت بین‌الدولی روابطی که تحت حاکمیت حقوق بشردوستانه قرار دارد، رد کامل اصل تقابل را در این حوزه ناممکن می‌سازد (قربان‌نیا، ۱۳۹۰، ۲۶۸-۲۶۷). به عنوان نمونه، با وجود معاهده منع استفاده از سلاح‌های شیمیایی و معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای و با وجود پافشاری کشورهای عضو جنبش عدم تعهد، ممنوعیت

سلاح‌های هسته‌ای و شیمیایی در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی منظور نشده است. استدلال ارائه شده در خصوص سلاح‌های هسته‌ای این است که با صراحت نمی‌توان گفت که استفاده از این سلاح‌ها منع شده و در این مورد به رای مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری در سال ۱۹۹۶^۱ استناد می‌شود، زیرا به نظر دادرسان دیوان، «امکان نتیجه‌گیری قطعی درباره مشروعیت یا عدم مشروعیت بکارگیری سلاح‌های اتمی در مقابل اعمال دفاع مشروع و در شرایطی که حیات و بقای دولت تحت تجاوز در خطر جدی است، وجود ندارد». گفته شده است که دیوان از این طریق قصد بستن قطعی باب بکارگیری سلاح‌های هسته‌ای را نداشته است (سواری، ۱۳۸۲: ۲۳۴).

در کنار قواعد حقوق بشردوستانه، نقض سنگین و سازمان‌یافته برخی قواعد حقوق بشری هم منجر به ارتکاب جرایم بین‌المللی مانند نسل‌کشی و جنایات علیه بشریت می‌شود. در مقایسه قواعد حقوق بشری با قواعد حقوق بشردوستانه، باید به عمومیت حقوق بشر نسبت به حقوق بشردوستانه اذعان نمود. حقوق بشر به انسان به عنوان انسان اعطاء می‌شود؛ نه به انسان به دلیل وابستگی او به یک دولت و یا گروه خاص. بر همین اساس، حقوق بشر بدون قید و شرط و بی‌توجه به اصل تقابل لازم‌الرعایه است (قربان‌نیا، همان، ۲۷۶). در نتیجه، دفاع مقابله به مثل در آن دسته از جرایم بین‌المللی مانند نسل‌کشی و جنایات علیه بشریت که مصداق بارز نقض حقوق بشر هستند، به هیچ وجه قابل اعمال نیست. در عین حال، با توجه به اعتقاد به وجود سلسله مراتب هرچند غیررسمی بین جرایم بین‌المللی (بیگ‌زاده، ۱۳۹۴: ۶۹)، هنگامی که در جنایات جنگی از ممنوعیت دفاع مقابله به مثل سخن رانده می‌شود، به طریق اولی در جنایات علیه بشریت و نسل‌کشی دفاع مقابله به مثل به هیچ وجه قابل استناد نیست. این ممنوعیت مطلق از بند ب ماده ۵۰ طرح مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها هم قابل استنباط است. افزون بر این، باید به این نکته اشاره کرد که مقابله به مثل تنها محدود به مخاصمات بین‌المللی می‌شود، زیرا اصل تقابل محدود به روابط

1. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of 8 July 1996, No. 95.

بین دولت‌هاست. در نتیجه، در نسل‌کشی و جنایات علیه بشریت که لزوماً در زمان مخاصمات بین‌المللی ارتکاب نمی‌یابند، اصلاً زمینه دفاع مقابله به مثل فراهم نیست.

در مقابل، رویه قضایی دادگاه‌های بین‌المللی و همچنین رویه طرف‌های متخاصم هم حاکی از آن است که دفاع مقابله به مثل در خصوص برخی جرایم بین‌المللی ممکن است تحت شرایطی قابل پذیرش شناخته شود. چنانکه دادگاه نورنبرگ در پرونده *دایتز*، دفاع مقابله به مثل را به طور ضمنی در خصوص اتهام حمله به کشتی‌های تجاری دشمن بدون اخطار قبلی توسط زیردریایی‌های آلمانی پذیرفت (سیدزاده ثانی، ۱۳۸۹: ۱۸-۱۷). اگرچه در عمل دادگاه برای دو اتهام اقدام به جنگ تجاوزکارانه و جنایات جنگی متهم را محکوم شناخت و در مجموع و بدون تفکیک بین اتهام‌های وارده، وی را به یک مجازات حبس ده ساله محکوم نمود، ماهیت اتهام وارده که در آن دفاع مقابله به مثل پذیرفته شد، یعنی عدم اخطار به کشتی‌های غیرنظامی و هدف قراردادن آن‌ها، در واقع عدم رعایت حقوق حاکم در جنگ^۱ و نه حقوق حاکم بر جنگ^۲ بوده است. حقوق حاکم بر جنگ به آن حوزه‌هایی از حقوق بین‌الملل عمومی اطلاق می‌شود که شیوه‌های قابل پذیرش در شروع به جنگ را تبیین می‌نماید. از این رو، نقض آن و توسل به جنگ از راه‌های نامشروع بین‌المللی می‌تواند ذیل عنوان مجرمانه تجاوز ارضی یا اقدام به جنگ تجاوزکارانه یا جنایت علیه صلح قرار گیرد. حقوق حاکم در جنگ به قواعد حاکم در جنگ یعنی حقوق و تکالیف کشورها در زمان جنگ می‌پردازد که اغلب این قواعد در زمره قواعد حقوق بشردوستانه قرار می‌گیرند.^۳ بنابراین، نقض فاحش و جدی آنها منجر به ارتکاب جنایت جنگی می‌شود. در واقع، نقض هر دو قاعده منجر به مسئولیت کیفری می‌شود، اما عناوین مجرمانه متفاوتی برای این دو وجود دارد. در جنایت تجاوز ارضی که از سوی دولت‌ها علیه یکدیگر ارتکاب می‌یابد، امکان استناد به دفاع مقابله به مثل به نظر موجه می‌آید؛ به این دلیل که نه تنها

1. *jus ad bellum*.

2. *jus in bello*.

۳. برای اطلاع بیشتر رجوع شود به:

<https://www.icrc.org/en/document/what-are-jus-ad-bellum-and-jus-bello-0>.

هیچ ممنوعیتی در اقدام متقابل نسبت به دولت متجاوز وجود ندارد، بلکه حق طبیعی دولت برای اقدام، دفاع مشروع محسوب می‌شود.^۱ حال اگر اقدام دولت در دفاع مشروع فراتر از اصول حاکم بر دفاع مشروع یعنی تناسب و ضرورت بود، باز هم راه برای دولت جهت استناد به دفاع مقابله به مثل وجود دارد، مگر اینکه در این مسیر دولت مرتکب نقض قواعد حقوق بشری و بشردوستانه شده باشد؛ زیرا اصل بر متقابل بودن تعهدات بین‌المللی است، مگر اینکه به متقابل نبودن آن تصریح شده باشد. این صراحت تنها در رابطه با تعهدات حقوق بشری و برخی تعهدات حقوق بشردوستانه وجود دارد.

رویه قضایی پس از دادگاه‌های نورنبرگ بیانگر این است که دفاع تلافی در پرونده‌های گروگان‌ها،^۲ و *اینساترگرپن*^۳ با رعایت محدودیت‌هایی اجازه داده شده است، اما در برخی دادرسی‌های ملی مانند پرونده کلی و پریکه به طور کلی ممنوع دانسته شده است. در پرونده گروگان‌ها، دادگاه بر این عقیده است که تلافی به عنوان آخرین راه‌حل برای اعاده صلح در سرزمین‌های اشغالی و بازدارندگی از ارتکاب جرایم بیشتر مجاز است، اما تلافی‌هایی که از حد تناسب تجاوز نمایند، منجر به مسئولیت کیفری تلافی‌کنندگان می‌شوند. در پرونده *اینساترگرپن*، متهم در اجرای برنامه نابودسازی یهودیان به دفاع تلافی استناد نمود. اما دادگاه در پاسخ اعلام نمود که بزه‌دیدگان از اشخاص بی‌گناه بوده‌اند، در حالی که باید حداقل ارتباط نزدیکی بین بزه‌دیدگان تلافی و عاملان حمله اولیه وجود داشته باشد. دادگاه اعلام نمود که ۲۱۰۰ یهودی مستقر در یک اردوگاه خارج شده و در یک اقدام تلافی جویانه به دلیل کشته شدن ۲۱ سرباز آلمانی که مایل‌ها دورتر از این اردوگاه اتفاق افتاده بود، اعدام شدند. از نظر این دادگاه بدیهی است که یک تخلف آشکار از حقوق بین‌الملل رخ داده است. با وجود این، دادگاه اعلام

۱. برای اطلاع از شرایط حاکم بر دفاع مشروع رجوع شود به:

Bethlehem, Daniel, *Principles Relevant to the Scope of a States Right of Self-defence against an Imminent or Actual Armed by Non-state Actors*, Available at:

<http://www.un.org/law/counsel/Bethlehem%20-%20Self-Defense%20Article.pdf>.

2. Hostages.

3. Einsatzgruppen.

نمود که تلافی تحت شرایط خاصی ممکن است مجاز باشد، اگر بزه دیده تلافی خود نیز مرتکب اعمال غیرقانونی شده باشد و تلافی به عنوان آخرین راه حل و به منظور بازدارندگی از ارتکاب تخلفات مشابه توسط طرف مقابل در آینده مورد استفاده قرار گیرد. (Bassiouni, 2011: 630)

دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق هم در پرونده کوپرسکیچ اعلام نمود که تحت شرایطی امکان تلافی مشروع نسبت به غیرنظامیان وجود دارد که با توجه به شباهت دفاع مقابله به مثل با دفاع تلافی می‌توان از شرایط ذیل در رابطه با دفاع مقابله به مثل استفاده نمود:

الف) تلافی باید آخرین راه حل در تلاش جهت اجبار دشمن به رعایت استانداردهای حقوقی باشد. (تلافی باید بعد از صدور اخطار جهت جلوگیری از تداوم جرایم ارتكابی دشمن اجراء شود.)؛ ب) پیش از اجرای تلافی، تعهدی مبنی بر انجام اقدامات احتیاطی وجود دارد. (انجام تلافی تنها بعد از تصمیمی که در بالاترین سطح سیاسی یا نظامی اتخاذ شده، صورت می‌گیرد. به عبارت دیگر، تصمیم بر انجام تلافی نمی‌تواند توسط مقام‌های محلی اتخاذ شود)؛ پ) اصل تناسب در انجام تلافی باید رعایت شود. (تناسب در اینجا بدین معناست که تلافی نباید فراتر از تخلف ارتكابی دشمن باشد. همچنین، باید بلافاصله پس از توقف تخلفات دشمن، خاتمه یابد)

و ت) در انجام تلافی «اصول اولیه حقوق بشردوستانه» باید رعایت شود (Kupreskic et al, 2000, para. 535). دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق در پرونده مارتیچ هم با تکرار شرایط فوق امکان استناد به دفاع تلافی را تحت شرایطی می‌پذیرد. این دادگاه در بیان شرط آخر اعلام می‌کند که تلافی عملی استثنائی است که باید با رعایت اصول و قواعد حقوق بشردوستانه به ویژه با رعایت ممنوعیت اقدام علیه غیرنظامیان صورت پذیرد (Prosecutor v. Martić, 2007, para. 464-468).

با توجه به شرایط فوق، هیچ دلیلی برای اینکه این دفاع نسبت به نسل‌کشی و جنایات علیه بشریت پذیرفته شود، وجود ندارد. در رابطه با جنایات جنگی هم با توجه به مواد ۴۶، ۴۷، ۱۳ و ۳۳ کنوانسیون‌های اول تا چهارم ژنو مبنی بر ممنوعیت انجام تلافی علیه زخمی‌ها، بیماران و غرق‌شدگان، اسرای جنگی، غیرنظامیان محبوس و ساکنان سرزمین‌های اشغالی می‌توان به این

نتیجه رسید که تلافی در جنایات جنگی در این موارد هم به طور مطلق منع شده است (Cryer, 2010: 422-423). اگرچه مقابله به مثل متفاوت از تلافی است، حداقل دو شرط اخیر را می‌توان به شکل مشابهی در دفاع مقابله به مثل نیز تسری داد و در غیر موارد مذکور امکان استناد به مقابله به مثل در برخی جنایات جنگی را پذیرفت.

به همین دلیل همچنان شاهد استناد متهمان به دفاع مقابله به مثل در دادگاه‌های کیفری بین‌المللی جدید هستیم. برای نمونه در دو پرونده اسلوبودان میلوسویچ^۱ و صدام حسین،^۲ دفاع مقابله به مثل از سوی متهمان مورد استناد واقع شد. هر دو مورد به رویه دادگاه نورنبرگ در خصوص دفاع مقابله به مثل استناد کردند (Heise, 2007: 7). صدام حسین در پی دفاع از خویش علیه اتهام نسل‌کشی با اعلام این امر که دولت آمریکا نیز مرتکب نسل‌کشی شده بود، سعی در توجیه اعمال خود داشت. با توجه به این نکته که دفاع مقابله به مثل قابلیت طرح در خصوص جنایت علیه بشریت و به طریق اولی نسل‌کشی را ندارد، دفاع مطرح‌شده توسط مرتکبان در این دادگاه‌ها مورد استماع و پذیرش واقع نشد (Heise, 2007: 14). همچنین، دیوان بین‌المللی دادگستری در دعوای بوسنی و هرزگوین علیه صربستان در رابطه با ارتکاب نسل‌کشی از سوی صربستان،^۳ با این دفاع از سوی صربستان مواجه شد که ارتکاب نسل‌کشی محدود به نیروهای صرب نبوده، بلکه مسلمانان بوسنی نیز مرتکب اعمال مشابهی شدند. دولت بوسنی در پاسخ به این دفاع اعلام نمود که ارتکاب اعمال مشابه از سوی طرف مقابل رافع مسئولیت عامل نسل‌کشی نخواهد بود. یکی از دادرسان دیوان^۴ در نظر جداگانه خود با تأیید این استدلال، مشخص نمود که در رابطه با جرایمی مانند نسل‌کشی دفاع مقابله به مثل قابل پذیرش نیست (Bassiouni, 2011: 636).

1. Slobodan Milosevic.

2. Saddam Hussein.

3. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Counter- Claims, Order of 17 December 1997, 1997 I.C.J. 243.

4. Weeramantry.

در پرتو این مصادیق و استدلال‌های ارائه‌شده در مباحث پیشین، منطقی است که گفته شود معیار مقابله به مثل به عنوان یک دفاع نسبت به مجازات و نسبت به برخی جرایم بین‌المللی هنوز یک دفاع معتبر در حقوق بین‌الملل است. تجاوز ارضی و جنایات جنگی دو جرم بین‌المللی هستند که امکان استناد به این دفاع نسبت به آنها قابل تصور و قابل پذیرش است.

نتیجه؛

بشر در حالی هزارهٔ دوم را پشت سر نهاد که در آخرین سدهٔ این هزاره، شاهد جنایات بسیاری در سرتاسر نقاط گیتی بود؛ جنایاتی که با گسترش و پیشرفت فناوری و دستیابی دولت‌ها به سلاح‌های ویران‌گر و خانمان‌برانداز، ابعاد هولناک‌تری یافته و هر لحظه اصول و ارزش‌های انسانی را در معرض تهدیدات تازه قرار می‌دهد. در این میان، حقوق کیفری بین‌المللی به عنوان آن بخش از حقوق بین‌الملل که بر پایهٔ مسئولیت فردی و در جهت حفظ اساسی‌ترین ارزش‌ها و هنجارهای مشترک جامعهٔ بین‌المللی، مصادیق جنایات بین‌المللی، آیین رسیدگی به آنها، دفاعیات موجود برای این مرتکبان و کیفیت به کیفر رساندن آنان را مشخص می‌سازد، نقش بسزایی دارد. حقوق‌دانان از مسئلهٔ دفاعیات به عنوان جنبهٔ اغلب فراموش‌شدهٔ حقوق کیفری بین‌المللی یاد می‌کنند. در این میان، از جمله دفاعیاتی که در خلال دادرسی‌های نورنبرگ مطرح بوده، لیکن توجه علمی کافی را دریافت نکرده، دفاع مقابله به مثل است. همان‌گونه که در این نوشتار به تفصیل بیان شد، مقابله به مثل در عرصهٔ حقوق کیفری بین‌المللی غالباً دارای ماهیت تنبیهی و انتقام‌گونه است. توجه به آرای مراجع کیفری بین‌المللی حاکی از آن است که این دفاع نخستین بار در دادگاه نورنبرگ مطرح شده و معیار سوّم آن - مقابله به مثل به عنوان یک دفاع نسبت به مجازات - به طور تلویحی توسط دادرسان مورد پذیرش قرار گرفت. در تمام دادرسی‌های پیش از دیوان کیفری بین‌المللی به علت عدم توجه به استدلال دادرسان دادگاه نورنبرگ دفاع مقابله به مثل رد شد. اساسنامهٔ دیوان کیفری بین‌المللی به صراحت از این دفاع سخن نرانده، لیکن به موجب بند ۳ مادهٔ ۳۱ اساسنامه، دیوان می‌تواند در زمان دادرسی دفاعیات دیگری را که ناشی از

حقوق قابل اجراء است، مورد ملاحظه قرار دهد. از زمره حقوق قابل اجراء در ماده ۲۱ اساسنامه، اصول و قواعد حقوق بین‌الملل است. در حقوق بین‌الملل معاهداتی سخنی در نفی یا اثبات دفاع مقابله به مثل به میان نیامده است. بنابراین، تنها منبع قابل استناد در خصوص قابلیت پذیرش این دفاع در دیوان کیفری بین‌المللی، حقوق بین‌الملل عرفی است. به‌طور کلی می‌توان به استدلال دادگاه نورنبرگ به‌عنوان رویه قضایی در این زمینه استناد نمود.

بنابراین، در پاسخ به این پرسش که آیا می‌توان مقابله به مثل را به‌عنوان یک دفاع پذیرفت یا خیر، باید گفت که با توجه به موارد ذکر شده در آراء و نظرات دادرسان و دادگاه‌های بین‌المللی به نظر می‌رسد که امکان طرح دفاع مقابله به مثل نسبت به جنایت علیه بشریت و نسل‌کشی وجود ندارد. نسل‌کشی، جنایت جنایت‌ها محسوب می‌گردد و سنگین‌ترین نوع نقض حقوق بشر است. در نتیجه، امکان طرح چنین دفاعی نسبت به آن وجود ندارد. این ممنوعیت به دلیل ممنوعیت مطلق اقدام متقابل در قواعد حقوق بشری نیز قابل استنباط است. این استدلال نسبت به جنایات علیه بشریت هم قابل اعمال است. در رابطه با جنایات جنگی هم آن دسته از جنایاتی که نقض سنگین قواعد بشردوستانه‌ای هستند که نسبت به آنها اقدام تلافی‌جویانه مطلقاً ممنوع شده است، امکان استناد موفق به دفاع مقابله به مثل وجود ندارد. در نتیجه دفاع مقابله به مثل فقط در خصوص برخی جنایات جنگی آن هم در صورت رعایت شرایط مقرر شده، قابلیت طرح در دادگاه‌های کیفری بین‌المللی را خواهد داشت. بنابراین، انجام مقابله به مثل نسبت به جمعیت غیرنظامی یا اسرا نمی‌تواند مصداق مقابله به مثل موجّه باشد، اما در خصوص سایر جنایات جنگی حداقل به‌عنوان یک دفاع نسبت به مجازات قابلیت استناد دارد. در خصوص جنایت تجاوز ارضی که در واقع جرم دولت‌ها علیه یکدیگر است، امکان استناد به این دفاع وجود خواهد داشت. به نظر می‌رسد که در خصوص اقدام به عمل تجاوزکارانه از سوی یک دولت در پاسخ به اقدام تجاوزکارانه دولت مقابل می‌توان دفاع مقابله به مثل را حتی نسبت به خود جرم هم مطرح کرد.

منابع

الف. فارسی

- ابراهیم گل، علیرضا. (۱۳۸۹). *مسئولیت بین‌المللی دولت*، چاپ دوم، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی (شهر دانش).
- بیگ‌زاده، ابراهیم، میرزاده، منا. (۱۳۹۴). «مقایسه شدت جرم و مجازات جنایات علیه بشریت و جنایات جنگی»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، شماره ۷۱، دوره ۱۸، شماره ۳، صص. ۷۳-۴۳.
- سواری، حسن. (۱۳۸۲). «سلاح‌های هسته‌ای نقطه تلاقی حقوق توسل به زور و حقوق بشردوستانه بین‌المللی، در پرتو رأی مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری (۱۹۹۶)»، *مجله پژوهش‌های حقوقی*، شماره ۴، صص. ۲۴۳-۲۲۱.
- سیدزاده ثانی، سید مهدی. (۱۳۸۴). *دفاعیات در حقوق بین‌الملل کیفری*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی.
- سیدزاده ثانی، سید مهدی. (۱۳۸۹). «دفاع مقابله به مثل در حقوق بین‌الملل کیفری»، *مجله حقوقی داور*، نشریه دانشجویان دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، صص. ۲۹-۹.
- قربان‌نیا، ناصر. (۱۳۹۰). *حقوق بشر و حقوق بشردوستانه*، چاپ دوم، تهران، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- کیتی شیایزری، کریانگ ساک. (۱۳۸۳). *حقوق بین‌الملل کیفری*، مترجمان یوسفیان، بهنام و دیگران، چاپ اول، تهران، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت).
- گاتری، آندره و دیگران. (۱۳۷۴). *جنگ ایران و عراق و حقوق جنگ دریایی*، مجموعه اسناد و شرح تفسیرهای مربوطه در رویه دریایی، مترجمان ملک محمدی نوری و دیگران، چاپ اول، تهران، وزارت امور خارجه: مؤسسه چاپ و انتشارات.

ب. انگلیسی

- Bassiouni, Cherif. M. (2011). *Crimes Against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*, First Published, New York, Cambridge University Press.
- Berlin, Stephanie. (2002). “International War Crimes”, Project Memorandum for The Office of The Prosecutor. pp. 1-28.
- Bethlehem, Daniel. Principles Relevant to the Scope of a States Right of Self-defence against an Imminent or Actual Armed by Non-state Actors, Available at: <http://www.un.org/law/counsel/Bethlehem%20-%20Self-Defense%20Article.pdf>
- Bryan, A. Garner. (1991). *Blacks Law Dictionary*, Standard Ninth Edition Hardcover – June 25, 2009.
- Cassese, Antonio. (2003). Justifications and Excuses in International Criminal Law, in Cassese, Antonio, Gaeta, Paola, Jones , Jhon R.W.D.(eds.), Oxford.
- Cryer, Robert, et. al. (2010). *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, New York, Cambridge University Press.
- Darcy, Shane. (2011). “Defences to International Criminal Law”, *Journal of International Criminal Justice* , pp . 231-245.
- Eisikovits, Nir. (2011). Transitional Justice, The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Edward N.Zalta (ed.) Available at: <http://plato.stanford.edu/archives/win2011/entries/justice-transitional/>
- Heise, Nicole A. (2007). “Deciding not to Decide: Nuremberg and The Ambiguous History of The Tu Quoque Defense”, *Journal of Southern Religion*, pp. 3-24.
- <https://www.icrc.org/en/document/what-are-jus-ad-bellum-and-jus-bello-0>.
- Judgement : Doenitz, <http://avalon.law.yale.edu/imt/juddoeni.asp>.
- Kalshoven, Frits. (1971), *Belligerent Reprisals*, Oxford Universitr Press.
- Office of the United States Chief of Counsel for Prosecution of Axis Criminality, Nazi Conspiracy and Aggression. (1947). Vol. I: Opinion and Judgement, United States Government Printing Office, Washington.
- Oxford Manual. (1880), Adopted by the Instutute of International Law at Oxford.
- Prosecutor v. Milan Martić, Case No. IT-95-11-T, 12 June 2007.
- Prosecutor v. Zoran Kupreskic et al., Case No. IT-95-16-A, 23 October 2001.

- Prosecutor v. Zoran Kupreskic et al, Case No. IT-95-16-T, 14 January 2000.
- Yee, Sienho. (2004). “The Tu Quoque Argument as a Defence to International Crimes, Prosecution or Punishment”, *Chinese Journal of International Law*, pp. 87-133.

***Tu quoque* Defense from the Perspective of the Practice of International Criminal**

Nadia Bagheri¹ Mojtaba Janipour² Mahin Sobhani³

(Received: 8/ 11/ 2016 - Accepted: 22/ 10/ 2017)

Abstract

The aim of this paper is to consider the *Tu quoque* defence in the context of international criminal law by the analytical-descriptive approach. Simply put, *Tu quoque* is the Latin term (equal to: You too) and often is stated in this context: (You should not punish me because you did it too). This defence, for the first time was implicitly accepted during the Nuremberg tribunal (following World War II) in the Admiral Karl Doenitz case. The original base of this argument is the clean hands doctrine: (if one of the parties of armed conflict has committed certain crimes, his hands to prosecute or punish other parties of conflict for the same crimes are not clean). Recently, criminal tribunals such as International Criminal Tribunal for Yugoslavia have been faced with *Tu quoque* as a defence. Despite the existence of an ambiguous history for this defence, jurists have not paid enough attention to this defence. This paper, by examining the jurisprudence of IMT and other international criminal courts, concludes that *Tu quoque* defence in Genocide and Crimes against humanity cannot be accepted, but in some War Crimes and the Crime of Aggression, this defence is acceptable under certain circumstances.

Keywords: *Tu Quoque*, Reprisal, Clean Hands Doctrine, International Criminal Law, International Jurisprudence.

1. PhD. Student in Criminal Law and Criminology, Allameh Tabataba'i University, Tehran.

2. Associate Professor in Criminal Law and Criminology, Guilan University, Guilan (Corresponding author): janipour@guilan.ac.ir

3. Assistant Professor in International Law, Guilan University, Guilan.