

دفاع مشروع و جایگاه دفاع پیشگیرانه در حقوق بین الملل کیفری

ذاکر حسین رضایی ۱ و امان الله نذیری ۲

۱ دکتری حقوق جزا و جرم شناسی، استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی و عضو هیات علمی دانشگاه بلخ

۲ دکتری حقوق و استادیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه بلخ

چکیده

حقوق بین الملل کیفری شاخه از حقوق بین الملل است که به جنبه جزایی آن می پردازد. دفاع مشروع در حقوق بین الملل کیفری از جمله مصادیق علل رافع مسئولیت کیفری تلقی می گردد. اما در حقوق داخلی دفاع مشروع یکی از مصادیق علل موجهه جرم می باشد. تعیین ملاک و معیار برای تفکیک عوامل موجهه جرم از علل رافع مسئولیت کیفری در حقوق بین الملل کیفری امر اجتناب ناپذیر است. زیرا آثار هریک از دو نهاد حقوقی متفاوت اند. وقوع تجاوز، ضرورت، فوریت، تناسب، عدم مداخله شورای امنیت و عدم نقض قواعد آمره بین المللی از جمله شرایط دفاع مشروع در حقوق بین الملل کیفری می باشند. برخی ها خطر قریب الوقوع را نیز از جمله شرایط دفاع مشروع در حقوق بین الملل کیفری اضافه می کند. یعنی کشور مورد تهدید، قبل از وقوع حمله مسلحانه، می تواند در مقام دفاع، اقدام به تهاجم علیه کشور مورد اشاره نماید. درمقابل برخی حقوقدانان بر این باورند که وجود خطر و فعلیت آن جزء شرایط اساسی دفاع مشروع می باشد، احتمال وقوع حمله و خطر برای کشور مورد تهدید، حق دفاع پیشگیرانه را به وجود نمی آورد. نگارنده با استفاده از محتوای ماده ۵۱ منشور ملل متحد، بر این باورند که اصل بر فعلیت خطر و تجاوز است، مگر اینکه دولت دفاع کننده، تحقق خطر قریب الوقوع را بصورت متعارف اثبات و توجیه کنند.

واژگان کلیدی: دفاع مشروع، دفاع پیشگیرانه، عوامل موجهه جرم، علل رافع مسئولیت جزایی، حقوق بین الملل کیفری

مقدمه

حقوق کیفری بین الملل و حقوق بین الملل کیفری در عمر کوتاه خود که شاید به یک قرن هم نرسد، مورد توجه حقوقدانان بین المللی قرار گرفته است. و با شکل گیری دادگاههای موردی پس از جنگ جهانی دوم، توجه حقوقدانان به این رشته از حقوق بین الملل افزایش یافته است. امروزه با تأسیس دادگاه بین المللی کیفری، حقوق بین المللی کیفری به رشته ای جدید و پر اهمیت تبدیل شده است که قلم فرسایی حقوقدانانی را که دغدغه صلح و امنیت بین المللی را دارند، بیشتر از پیش می طلبد.

حقوق بین الملل کیفری در مباحث خود بیش از همه به حقوق داخلی وام دار بوده و به نظر می رسد مبانی و مفاهیم خود را از حقوق داخلی کشورهای متمدن اخذ نموده است. چراکه از یکطرف، حقوق کیفری داخلی کشورها، مقدم بر حقوق بین الملل کیفری بوده و این امر مسلم و بدیهی است که معتقد باشیم حقوق بین الملل کیفری در بیان اسلوب و قواعد اساسی خود از ذخیره تقنینی حقوق داخلی کشورها بهره مند گردیده است. از طرف دیگر، پاراگراف ج ماده ۲۱ اساسنامه دیوان بین الملل کیفری تصریح می دارد که: «در هر موردی که اساسنامه دیوان در آن موضوع خاص ساکت بوده و معاهدات قابل اجرا و اصول و قواعد حقوق بین الملل نیز حکمی در آن مورد صادر نکرده باشند، اصول عمومی حقوق که توسط دیوان از قوانین نظامهای حقوقی جهان استخراج شده باشد، قابل اجرا خواهد بود». با این وجود حقوق بین الملل کیفری تأسیسات حقوقی نظیر علل رافع مسئولیت کیفری و عوامل موجهه جرم را از همدیگر تفکیک نکرده است. طورمثال، اساسنامه دیوان بین المللی کیفری طی مواد ۳۱ الی ۳۳ به شش عامل معافیت از مسئولیت جزایی که شامل جنون، مستی، دفاع مشروع، اکراه، اضطرار، اطاعت از دستور مافوق و اشتباه می گردد، اشاره نموده است. بدین معنا که در حقوق بین الملل کیفری، عوامل موجهه جرم و علل رافع مسئولیت کیفری تحت یک عنوان و آن هم عوامل رافع یا مانع مسئولیت کیفری آمده است. درحالیکه لزوم تفکیک این دو تأسیس حقوقی بر کسی پوشیده نبوده و هردو تأسیس حقوقی دارای پیامد و آثار حقوقی متفاوتی می باشند. طورمثال، در علل رافع مسئولیت کیفری، معاون و شریک جرم هریک مسئول اقدامات خود در قبال وقوع جرم می باشد. برعکس در عوامل موجهه جرم فرض وجود معاون و شریک جرم، بخاطر اینکه فعل اصولاً غیر قانونی نیست، منتفی است. باوجود اینکه دفاع مشروع یکی از اصول هفتگانه حقوق بین الملل به شمار می رود اما در حقوق بین الملل کیفری بعنوان مصداق علل رافع مسئولیت کیفری تلقی شده است.

یکی از شرایط اساسی استفاده از حق دفاع مشروع وقوع تجاوز است. یعنی باید تجاوزی صورت بگیرد تا به منظور مقابله با آن استفاده از دفاع مشروع مجاز گردد. لذا اصطلاح دفاع مشروع و تجاوز لازم و ملزوم یکدیگر می باشند. بدین معنا که اقدام به عمل تجاوز کارانه از طرف یک دولت، حق دفاع مشروع را برای دولت دیگر به وجود می آورد. اما اینکه تجاوز باید فعلیت داشته باشد یا همینکه خطر قریب الوقوع باشد، بحث دفاع مشروع مطرح می گردد یا خیر؟ بین حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد. برخی حقوقدانان نظیر والداک^۱، استون^۲، باوت^۳، دفاع پیشگیرانه را بعنوان صور دفاع دانسته و از آن طرفداری می کند. در مقابل، برخی حقوقدانان همچون براونلین^۴ و لامبرت^۵ به بنابر دلائلی که بعداً خواهد آمد، مخالف تئوری توجیه دفاع مشروع پیشگیرانه است. اساسی ترین اهداف این تحقیق، تعریف تأسیسات حقوقی دفاع مشروع و دفاع پیشگیرانه، بررسی تئوری و مبنای دفاع پیشگیرانه، توضیح شرایط دفاع پیشگیرانه و بررسی جایگاه دفاع پیشگیرانه در حقوق بین الملل کیفری است. این امر باعث می گردد که اساتید و دانش پژوهان حقوق در حوزه شناخت موضوع دفاع پیشگیرانه آگاه و درصوت توجیه درست از دفاع پیشگیرانه، امکان شرح و تفسیر اساسنامه رم به نفع رفع تهدیدات خطرات ناشی از تجاوزات خودسرانه و غیر متعارف بشتابد.

1 .Waldock.

2 .Stone.

3 .Bowett.

4 .Brownline.

5 .Lambertizendari.

سؤالات که این تحقیق در صدد ارائه پاسخ به آنهاست، دفاع مشروع چیست؟ دفاع پیشگیرانه چیست؟ چگونه می توان تئوری دفاع پیشگیرانه را توجیه کرد؟ خطر قریب الوقوع دفاع پیشگیرانه را توجیه می کند؟ دفاع پیشگیرانه در حقوق بین الملل کیفری از چه جایگاهی برخوردار است؟ لذا جهت ارائه پاسخ دقیق به سؤالات فوق، نگارنده تحقیق خویش را طی دو گفتار طوری سامان داده است که در گفتاریکم، مفاهیم مرتبط به موضوع در حقوق بین الملل کیفری تعریف و تبیین می گردد. و در گفتار دوم، دفاع پیشگیرانه و جایگاه آن در حقوق بین الملل کیفری بشرح ذیل مورد بحث و بررسی قرار می گیرد.

گفتار یکم: تبیین مفاهیم

در این گفتار به تعریف مباحث مقدماتی و کلی تحقیق که شامل حقوق بین الملل کیفری، علل موجهه جرم، دفاع مشروع و پیشگیرانه است، پرداخته ایم. طوریکه در جزء یکم، حقوق بین الملل کیفری را تعریف و در جزء دوم، علل موجهه جرم در حقوق بین الملل کیفری را تبیین و در نهایت در جزء سوم، دفاع مشروع که یکی از مصادیق علل رافع مسئولیت کیفری در حقوق بین الملل کیفری است را بشرح ذیل مورد بحث و بررسی قرار می دهیم.

جزء یکم: تعریف حقوق بین الملل کیفری

قبل از پرداختن به تعریف حقوق بین الملل کیفری باید توجه داشت که حقوق کیفری بین الملل را نباید با حقوق بین الملل کیفری خلط نمود. بدین معنا که حقوق کیفری بین الملل، شاخه ای از حقوق جزای داخلی است که به جنبه بین المللی آن می پردازد. بدین معنا که در این رشته ای از حقوق تأکید بر گسترش صلاحیت تقنینی و قضائی یک کشور مطرح می گردد اما حقوق بین المللی کیفری، « شاخه ای از حقوق بین الملل است که به جنبه جزایی آن می پردازد(رضایی، ۱۳۹۹). یعنی تأکید بیشتر بر اعمال صلاحیت اساسنامه دیوان بین المللی کیفری و دیوان بین المللی کیفری دارد.

جزء دوم: تعریف علل موجهه جرم

علل موجهه جرم یا اسباب اباحه عبارت از عوامل عینی است که با تأثیر بر عنصر قانونی جرم در شرایط و اوضاع و احوالی خاص باعث می شوند که قانونگذار آن فعل را مباح دانسته و حتی در مواردی ارتکاب آنرا از سوی افراد، لازم و ضروری تشخیص دهد(افشین پور، ۱۳۸۹).

درحقوق داخلی، علل موجهه جرم و علل رافع مسئولیت کیفری از همدیگر متفاوت هستند(رضایی، ۱۳۹۸؛ شگری، ۱۳۸۱) اما چنین تفکیکی در حقوق بین الملل کیفری به چشم نمی خورد(Bantedas, 2003). بعنوان مثال، اساسنامه دیوان بین الملل کیفری طی مواد ۳۱ الی ۳۳ به شش عامل معافیت از مسئولیت کیفری که شامل جنون، مستی، دفاع مشروع، اکراه، اضطرار، اطاعت از دستور مافوق و اشتباه می گردد، اشاره کرده است. این درحالی است که دفاع مشروع و اطاعت از دستور مافوق از جمله مصادیق عوامل موجهه جرم تلقی می گردد. برعکس در حقوق بین الملل کیفری عوامل موجهه جرم و علل رافع مسئولیت کیفری تحت یک عنوان و آن هم عوامل رافع یا مانع مسئولیت کیفری آمده است. اما در مورد اینکه چرا تا کنون در حقوق بین الملل کیفری به این تمایزات اشاره ای نگردیده است، حقوقدانان نظریات مختلفی را در این خصوص بشرح ذیل مطرح نموده اند.

برخی بر این باور اند که چون در کشورهای کامن لا بین علل رافع مسئولیت کیفری و عوامل موجهه جرم تفکیکی آنچنانی وجود ندارد و این دیدگاه باعث شده است که در حقوق بین الملل کیفری نیز چنین تمایزی مطرح نشود. زیرا کشورهای کامن لا خود را به تقاضای اعلام مسئولیت متهم از سوی دادگاه، محدود می کند، بنابراین، در دادرسی های بین المللی نیز دادستان ها و دیوانهای بین المللی به صدور حکم در مورد مسئولیت متهم یا در مورد اینکه او مستحق استناد به علل رافع مسئولیت کیفری هست اکتفاء می کنند(کسسه، ۱۳۸۷).

درمقابل برخی از حقوقدانان بر این باور اند که اثری خاصی بر این تفکیک و تمایز بار نیست و در واقع این تفکیک بی فایده است. چراکه یک عمل تنها بدین دلیل نادرست است که قانون برای آن مسئولیت قائل شده است. بنابراین، اگر برای عملی خاص مسئولیت وجود نداشته باشد، منطقاً نمی توان آنرا نادرست دانست(مستقیم؛ طارم سری، ۱۳۷۷). حال آنکه در حقوق کیفری

داخلی بر عوامل موجهه جرم و علل رافع مسئولیت کیفری آثار خاصی بار است و نمی توان پذیرفت که بر این تقسیم بندی ها در حقوق بین الملل کیفری اثری بار نشود. چراکه از یکطرف، در علل رافع مسئولیت کیفری معاون و شریک جرم هریک مسئول اقدامات خود در قبال وقوع جرم معاف از مجازات هستند اما در عوامل موجهه جرم، فرض وجود معاون و شریک بخاطریکه فعل اصولاً غیر قانونی نیست، منتفی است. از طرف دیگر، در علل رافع مسئولیت کیفری، هر اقدامی که مجنی علیه فعل مجرمانه معاف از مجازات، از باب دفاع مشروع انجام دهد، مجاز است، مشروط بر اینکه آن اقدام مطابق ضوابط دفاع مشروع انجام گیرد. برعکس در مورد فعلی که فاقد جنبه مجرمیت یا عوامل موجهه جرم است، دفاع مشروع مجنی علیه آن فعل، جایز نیست. بخاطریکه فعل مورد بحث را باید از ابتدا قانونی در نظر گرفت، درحالیکه دفاع مشروع زمانی مجاز است که با تجاوز غیر قانونی دیگر مقابله شود. همینطور، در مورد معافیت از مجازات، مباشر جرم ممکن است مسئول پرداخت غرامت بابت خسارت ناشی از تخلف خود شود اما اگر فعل فاقد جنبه مجرمیت تشخیص داده شود، چنین تعهدی مطرح نمی شود، چراکه فعل غیر قانونی تلقی نمی شود. بنابراین، همانطوریکه ملاحظه شد، لزوم تفکیک بین عوامل موجهه جرم و علل رافع مسئولیت کیفری در حقوق بین الملل کیفری بر کسی پوشیده نمانده است و باید گفت که آثاری که بر هریک از عناوین علل رافع مسئولیت کیفری و عوامل موجهه جرم در حقوق داخلی بار است، در حقوق بین الملل کیفری نیز همین آثار به قوت خود باقی خواهند بود و این تعدد آثار بیش از پیش ما را به لزوم تمایز بین این دو عنوان در حقوق بین الملل کیفری رهنمون می سازد. اما به نظر می رسد، مبنای عدم تمایز بین عوامل موجهه جرم و علل رافع مسئولیت کیفری در حقوق بین الملل کیفری از این حقیقت ناشی می شود که حقوق بین الملل کیفری همچون نهالی است که از عمرش زمان چندانی نمی گذرد، درحالیکه حقوق داخلی همچون درخت کهنسالی است که شاخ و برگ بسیار دارد و به همین دلیل است که در حقوق داخلی مفاهیم مشابه از یکدیگر تفکیک شده و بر هر عنوان اثر خاصی بار است و گذشت این روند در حقوق بین الملل کیفری نیاز به سپری شدن زمان و بحث و تدقیق فراوان در این حوزه می باشد. حال سوال مطرح می شود که اگر در شرایط کنونی، مواد مرتبط به علل رافع مسئولیت کیفری و عوامل موجهه جرم در اساسنامه دیوان بین الملل کیفری را بر طبق معیارهای حقوق داخلی شرح و تفسیر نمایم، چنین تمایزی مبتنی بر ملاک و معیارهای حقوق داخلی از پشتوانه قانونی برخوردار است یا خیر؟

قبل از ارائه پاسخ دقیق به این سوال باید گفت که باتوجه به پیشینه شکل گیری حقوق بین الملل کیفری که تدقیق و تفحص در آن از حوصله این تحقیق خارج است، بیانگر آن است که حقوق بین الملل کیفری به نوعی گرده برداری از حقوق داخلی کشورها است و در بیان مفاهیم و شکل بندی اصول و اسلوبهای خود از حقوق داخلی کشورها استفاده نموده است (افشین پور، ۱۳۸۹). عبارت دیگر، حقوق بین الملل کیفری چکیده اندیشه حقوقدانان داخلی کشورها و قوانین آنها است که همگام با روند جهانی شدن حقوق کیفری، در معاهدات و اساسنامه های بین المللی که مبنای بحث پیرامون حقوق بین الملل کیفری می باشد، نمود یافته است. بنابراین، اساسی ترین مبنا و پشتوانه قانونی برای تمایز عناوین علل رافع مسئولیت کیفری و عوامل موجهه جرم که حقوق داخلی کشورها ارائه داده اند، پاراگراف ج ماده ۲۱ اساسنامه دیوان بین الملل کیفری است که مقرر می دارد: در هر موردی که اساسنامه دیوان در آن موضوع خاص ساکت بوده و معاهدات قابل اجرا و اصول و قواعد حقوق بین الملل نیز حکمی در آن مورد صادر نکرده باشند، اصول عمومی حقوق که توسط دیوان از قوانین نظامهای حقوقی جهان استخراج شده باشد قابل اجرا خواهد بود (Rome statute of the international criminal court). بدین معنا که اساسنامه دیوان بین المللی کیفری پذیرفته است که در موارد سکوت قانون به اصول عمومی حقوق کیفری داخلی کشورها مراجعه گردد. لذا با این توضیحات به نظر می رسد که در مورد تفکیک بین عوامل موجهه جرم و علل رافع مسئولیت کیفری نیز اساسنامه اجازه رجوع به قوانین داخلی کشورها را داده است و اینکه ما نیز مبنای تمایز بین این دو مفهوم را معیارهای حقوق داخلی بدانیم در حقوق بین الملل کیفری نیز به نوعی از پشتوانه قانونی برخوردار است. اما از آنجایی که بررسی تمامی مصادق علل رافع مسئولیت کیفری و عوامل موجهه جرم در این

تحقیق مقذور نیست، نگارنده سعی نموده است به بررسی دفاع مشروع و صور مختلف دفاع مشروع از جمله دفاع پیشگیرانه بعنوان عوامل موجهه جرم در حقوق جزای بین الملل بشرح ذیل پردازد.

جزء سوم: تعریف دفاع مشروع

مسئله دفاع مشروع مسئله تازه و جدیدی نیست، بلکه از همان ابتدایی که بشر خود را شناخته ناگزیر بود در قبال حمله دیگران از خود دفاع و متجاوز را به هر ترتیب که ممکن است از خود براند و حتی همین مقاومت شرط اولیه حیات و بقا بشر بوده است. جوامع متمدن دنیای قدیم نیز با الهام از این غریزه اولیه دفاع، مقرراتی در این زمینه وضع نمودند و دفاع از جان و مال را از تعقیب و مجازات معاف دانستند. در قوانین یونان قدیم، در الواح دوازده گانه روم قدیم، در شریعت یهود و سائر قوانین دنیای قدیم مقرراتی در این خصوص وجود داشته است (محسنی، ۱۳۷۶). همینطور از لحاظ تحول تاریخی حقوق کیفری، دفاع مشروع باقی مانده یک سیستم کیفری مبتنی بر انتقام خصوصی است. اساسی ترین دلائلی که دفاع را مشروعیت می بخشد بر می گردد به اینکه، دفاع از جمله حقوق طبیعی انسان اند، دفاع به منزله اثبات حق است، دفاع از حقی حمایت می کند که دارای اهمیت بیشتری است (پیمانی، ۱۳۵۷) و دفاع باعث رفع خطر می گردد. یعنی درست است که قاعدتاً اجرای عدالت وظیفه اجتماع است نه حق اشخاص ولی در مورد دفاع مشروع، چون از یکطرف دولت نتوانسته از خطری که متوجه یکی از افراد اش گردیده به موقع جلوگیری کند و از طرف دیگر به علت ناگهانی بودن آن خطر، مجال توسل به قوای دولتی نیز نبوده است، بنابراین، منطقی و اخلاقاً بایستی به شخص تهدید شده حق داد که از خود رفع خطر کند و همینطور، اعطای این حق علاوه بر آنکه به نفع شخص مزبور است از جهت آنکه عمل متعرض را که موجب بر هم زدن نظم جامعه نیز خواهد گردید، خنثی می سازد و از حق و منفعت جامعه هم حمایت می کند. درنهایت، کسی که مورد تهدید قرار گرفته است در اثر غریزه حفظ حیات دچار اضطراب و هیجانی می شود که اراده اش معلول و مختل می گردد و در این حال است که دست به ارتکاب قتل یا هر جرم دیگری می زند. بنابراین، در صورتی که مبنای مشروعیت دفاع مشروع را فقدان اراده و اختیار و یا متزلزل بودن آن نزد دفاع کننده بدانیم و او را در اعمال مجرمانه ای که انجام می دهد مختار و آزاد و قاصد ندانیم، طبیعتاً عمل مجرمانه فاقد عنصر معنوی جرم خواهد بود و به آن جرم اطلاق نخواهد شد.

در تعریف دفاع مشروع آمده است که: «دفاع مشروع حقی است قانونی که شخص با توسل به آن می تواند در موقعیتی ضروری و با رفتاری به ظاهر مجرمانه، تجاوزی قریب الوقوع یا بالفعل و نا روا را که نفس، آزادی تن، ناموس، مال او یا دیگری را مورد تهدید قرار داده را دفع نماید (شمس ناتری؛ عبدالله بار، ۱۳۸۹). اما بند ج پاراگراف ۱ ماده ۳۱ اساسنامه دیوان بین المللی کیفری دفاع مشروع را چنین تعریف می نماید: «کسی که به طور منطقی برای دفاع از خود یا شخص دیگری (یا در مورد جرایم جنگی از اموالی که برای حیات وی یا شخص دیگر و یا انجام یک مأموریت نظامی ضروری بوده است)، در برابر استفاده قریب الوقوع و غیر قانونی از زور (با روشی متناسب با درجه وجود خطر برای خود یا دیگری یا اموال حمایت شده) اقدام کند (Rome statute of the International criminal court). یعنی برای اینکه دفاع مشروع محسوب شود، فرد متهم باید به طور معقولی برای دفاع از خود یا شخص دیگری یا در مورد جنایت جنگی دفاع از اموالی که برای بقای آن شخص یا شخص دیگری حیاتی باشد یا اموالی که برای انجام مأموریت نظامی ضروری باشد بر آمده باشد. این دفاع باید در مقابل یک توسل قریب الوقوع و غیر قانونی به زور انجام گرفته و با میزان خطری که متوجه آن شخص یا شخص دیگری یا اموال مورد حمایت عمل است، متناسب باشد (گیتی شیپزری، ۱۳۸۷).

شرایط دفاع مشروع در حقوق داخلی قرار ذیل اند:

یکم: دفاع باید در مقابل تعرض مجرمانه اعمال گردد. بنابراین، دفاع در مقابل تعرضات قانونی و عادلانه به هر نحویکه باشد جایز و مشروع نیست.

دوم: دفاع بایستی در مقابل تعرض فعلی اعمال شود. یعنی تعرضی که در مقابل آن دفاع جایز است تعرضی است که فعلیت و واقعیت داشته باشد.

سوم: دفاع باید به منظور جلوگیری از وقوع تعرض اعمال گردد. بنابراین، یکی از شرایط دفاع اینست که اعمالی که انسان به قصد و به عنوان دفاع انجام می دهد بایستی به منظور جلوگیری از وقوع تعرض اعمال گردد.

چهارم: دفاع باید علیه مباشر تعرض اعمال گردد. یعنی دفاع فقط بر ضد اشخاصی جائز و مشروع خواهد بود که شخصاً و مستقیماً فاعل تجاوز و تعرض شناخته شود.

پنجم: دفاع ضرورت داشته باشد. طبق قاعده الاسهل فالاسهل یعنی اینکه اگر مهاجم با تذکر و اخطار دفع شود باید به آن اکتفا شود. اگر با فریاد و تهدید ترسناک دفع شود باید به همان اکتفا شود. زیرا اگر مدافع بتواند از راه مسالمت آمیز و بدون اعمال زور از تهدید رهایی یابد اما تقصیر غیر معقولی انجام دهد دیگر نخواهد توانست به دفاع مشروع به عنوان یکی از عوامل موجهه جرم استناد نماید (Hrring, 2004).

ششم: دفاع باید متناسب با تجاوز و خطر باشد. یعنی اعمالی که بعنوان دفاع واقع می شوند با شدت تعرضی که خوف آن می رود تناسب داشته باشد. این شرط را می توان مکمل شرط ضرورت دانست. چراکه اگر برای دفاع ضرورتی وجود نداشته باشد، مسلماً دفاع به هر نحوی که اعمال گردد واجد شرط تناسب نیز نخواهد بود. برای درک تفاوت میان تناسب و ضرورت می توان از تناسب میان مقاومت و شدت حمله کمک گرفت.

هفتم: یکی دیگر از شرایط دفاع مشروع این است که دفاع برای رد تجاوز و خطری که ناشی از تحریک خود شخص مدافع است اعمال نشده باشد. طورمثال، اگر الف وارد خانه ب گردد و ب برای دفاع از مال خود به قصد ایراد صدمه به سوی او حمله ور گردد و الف در مقام دفاع از جان خود اقدام به ایراد ضرب و جرح شخص ب کند، دفاع او هرچند واجد شرایط ضرورت و تناسب دفاع باشد، اما از آنجاییکه وقوع آنها ناشی از تحریک خود او بوده است، یک چنین دفاعی مشروع و از تعقیب قانونی معاف نخواهد بود.

هشتم: شرایط دیگر دفاع مشروع توجیه پذیر بودن دفاع است. بدین معنا که امکان توسل به نیروهای امنیتی و دولتی بدون فوت وقت ممکن نباشد.

نهم: تجاوز قریب الوقوع یا فعلیت داشته باشد. منظور از فعلیت داشتن تقارن زمانی بین حمله و دفاع است. طورمثال، کسی با چوب یا چاقو به دیگری حمله ببرد. حال آنکه منظور از خطر قریب الوقوع زمانی است که تجاوز به حد فعلیت نرسیده است اما به نحوی است که هر گونه اقدام دیگری برای مدافع به غیر از دفاع، غیر ممکن است. بنابراین، در دفاع استفاده زود هنگام و دیر هنگام ممنوع است.

دهم: تجاوز باید غیر قانونی باشد. بعبارت دیگر، حمله یا تعرض باید بر خلاف قانون باشد. بنابراین، مقاومت در برابر قوای امنیتی و انتظامی در مواقع که مشغول انجام وظیفه خود باشند، دفاع محسوب نمی شود.

یازدهم: تجاوز باید مخاطره آمیز باشد. مدافع باید خود را در معرض خطر ببیند تا بتواند دفاع کند. طورمثال، کسی به سمت دیگری تیر اندازی کند و در مدافع به طور معقول این احساس به وجود آید که خطر تیر اندازی ادامه دارد و رفع نشده است.

دوازدهم: یکی دیگر از شرایط دفاع، عمدی بودن تعرض است. یعنی دفاع در برابر جرم عمدی جایز است و ارتکاب جرایم غیر عمدی که عنصر روانی آن خطاست توجیه گر عمل عمدی دفاع نمی باشد. بنابراین، اگر کسی با دیگری به غیر عمد تصادف کند، عمل متقابل که ضروتاً عمدی است دفاع محسوب نمی شود.

اما شرایط دفاع مشروع در حقوق بین الملل کیفری با اندک تفاوت عبارتند از:

یکم: یکی از شرایط اساسی استفاده از حق دفاع مشروع، وقوع تجاوز است. یعنی باید تجاوزی صورت بگیرد تا به منظور مقابله با آن استفاده از دفاع مشروع مجاز باشد.

دوم: شرط دیگر از شرایط اساسی برای استفاده از حق دفاع مشروع در حقوق بین الملل کیفری ضرورت است. ممکن است بعضاً امکان توسل به راههای مسالمت آمیز وجود داشته باشد ولی ممکن است طی مراحل صلح آمیز زمان زیادی را نیازمند باشد و در این فرصت مهاجم از وجود ثمرات تجاوز خود بهره مند گردد.

سوم: شرط دیگری که هنگام انجام دفاع مشروع رعایت آن الزامی است، حفظ تعادل و تناسب است. بدین معنا که اقدامات متخذه به منظور اعمال حق دفاع مشروع نباید بیشتر از آنچه که برای دفع حمله یا از بین بردن حمله ضرورت دارد، صورت گیرد و پس از رفع احتیاجات دفاعی قطع شود (خسروی، ۱۳۷۳).

چهارم: یکی دیگر از شرایط استفاده از حق دفاع، شرط عدم دخالت سازمان ملل متحد است. زیرا در ماده ۵۱ منشور ملل متحد آمده است که حق دفاع مشروع تا موقعی که شورای امنیت اقدامات لازم را برای حفظ و تأمین امنیت بین المللی به عمل نیاورده است، مجاز می باشد.^۱ البته بدیهی است که صرف اتخاذ تصمیم از طرف شورای امنیت، حق دفاع مشروع را منتفی نمی سازد، بلکه اقدامات متخذه از طرف شورای باید کفایت خود را ظاهر سازد و باعث دفع تجاوز گردد.

پنجم: فوریت نیز یکی دیگر از شروط دفاع مشروع در حقوق جزای بین الملل است. بعبارت دیگر، برای استفاده از حق دفاع مشروع، ضرورت موقعی وجود خواهد داشت که اقدام به دفاع و استفاده از زور به منظور مقابله با تجاوز فوریت داشته باشد. یعنی دفاع باید بلافاصله پس از وقوع حمله آغاز شود.^۲

ششم: یکی دیگر از شرایط استفاده از حق دفاع مشروع، شرط عدم نقض قواعد آمره بین المللی است. یعنی دولت نمی تواند مغایر با تعهدات ناشی از یک قاعده آمره حقوق بین الملل عام اقدام نماید و در صورت اقدام، فعل دولت رافع وصف متخلفانه نخواهد بود. در پایان لازم است که واضح گردد اینکه آیا دفاع تنها وسیله دفع خطر است یا اینکه مقاومت در برابر متعرض و سرکوبی متجاوز نیز جایز و مشروع اند؟ طورمثال، فردی مورد حمله قرار گرفته و امکان فرار وی موجود است. بنابراین، آیا فرد مذکور با توسل به فرار از وقوع خطر و تعرض جلوگیری کند یا اینکه بایستد و اقدام به دفاع کند. در این خصوص دو رویکرد از سوی حقوقدانان مطرح شده است:

رویکرد نخست: برخی بر این باورند که حتی در صورت امکان فرار، دفع تعرض و مقاومت در برابر متعرض جایز و مشروع خواهد بود. یعنی در جایی که منافع حیاتی فردی در معرض خطر است، بایستی اجازه داده شود که شخص در مورد خطر مصلحت خود را تشخیص داده و برای حفظ جان و مال و ناموس خود بهترین و مناسب ترین راه را انتخاب کند (پیمانی، ۱۳۵۷). بنابراین، امکان فرار به دلائلی نظیر اینکه در هیچ یک از مقررات موضوعه به چنین فرضی اشاره نکرده است که فرار در مقابل مهاجم به قرار و دفاع در مقابل او مرجح است و اینک به مصلحت جامعه هم نمی باشد که افراد در صورت امکان دفاع و سرکوبی متجاوز، میدان را در مقابل عناصر متجاوز خالی کنند و از این طریق آنها را گستاخ تر کنند. همینطور، از آنجایی که یکی از وظایف هیأت حاکمه و قوای دولتی سرکوبی و مجازات فرد متجاوز و بزهکار است که به نیابت از طرف جامعه اعمال می دارد و در اجرای این وظیفه اجتماعی،

^۱. در صورت وقوع حمله مسلحانه علیه یک عضو ملل متحد تا زمانی که شورای امنیت اقدام لازم برای حفظ صلح و امنیت بین المللی را به عمل آورد هیچیک از مقررات این منشور به حق ذاتی دفاع از خود خواه فردی یا دسته جمعی لطمه ای وارد نخواهد کرد. اعضاء باید اقداماتی را که در اعمال این حق دفاع از خود به عمل می آورند فوراً به شورای امنیت گزارش دهند. این اقدامات به هیچ وجه در اختیار و مسئولیتی که شورای امنیت بر طبق این منشور دارد و به موجب آن برای حفظ و اعاده صلح و امنیت بین المللی و در هر موقع که ضروری تشخیص دهد اقدام لازم به عمل خواهد آورد تأثیری نخواهد داشت (ماده ۵۱ منشور ملل متحد).

^۲. البته این بدین معنا نیست که حتماً ظرف چند روز پس از شروع حمله آغاز گردد. چراکه انتقال امکانات و تجهیزات مدت زمانی لازم دارد ولی این زمان باید تحت شرایط مربوط توجیه گردد (محمدعلی پور، ۱۳۷۹).

^۳ see: article 26 of Draft Articales on the Responsibility of International Organizations, with Commentaries 2001, adopted by the International Law Commission at sixty-third session in 2001 and submitted to the General Assembly as a part of the Commission report covering the work of that session A/66/10.

امتناع از سرکوبی متجاوز و خالی کردن میدان تجاوز به وسیله فرار، هیچ وقت به عنوان یکی از طرق انجام این وظیفه اجتماعی در استقرار نظم جامعه و حفظ حقوق افراد پیش بینی نشده است.

رویکرد دوم: برخی معتقدند که دفاع مشروع در مواقعی است که ارتکاب جرم تنها وسیله رهایی از حمله باشد. لذا چنانچه مشخص شود، مدافع طریق دیگری غیر از ارتکاب جرم نداشته است، عمل او دفاع مشروع محسوب نمی گردد. بعبارت دیگر، در صورتیکه وسائل و طرقی همچون، امکان دفع خطر از طریق خلع سلاح کردن مهاجم، محبوس کردن وی، امکان توسل به مأموران دولتی و قوای امنیتی، امکان استمداد از دیگران و امکان فرار، موجود باشد، مقاومت کردن و سرکوبی متجاوز ممنوع می باشد (افراسیابی، ۱۳۷۷).

رویکرد سوم: نگارنده بر این باورند که اصل بر دفع خطر است مگر اینکه فرد مدافع تشخیص دهد که واقعاً تجاوز مزبور با دفع خطر کارساز نبوده و احتمال وقوع چنین تجاوز در آینده محتمل است، می تواند در برابر فرد متجاوز مقاومت کند و اقدام به سرکوبی وی نمایند. طورمثال، اگر فرد متجاوز دارای سابقه جرمی بوده یا اینکه با فرد مدافع مشکل قبلی و کینه دیرینه دارد و احتمال دارد که در آینده باز هم از سوی وی مورد تجاوز قرار گیرد، فرد مدافع می تواند در چنین حالات و سائر اوضاع و احوال و شرایط اقدام به سرکوبی و مقاومت در برابر وی نمایند.

گفتار دوم: دفاع پیشگیرانه در حقوق جزای بین الملل

دفاع مشروع در حقوق بین الملل بیشتر ناظر بر دفاع مشروع یک دولت در مقابل تهاجم دولت دیگر است. این در حالی است که در اساسنامه دیوان بین الملل کیفری دفاع مشروع هم ناظر بر دفاع مشروع شخصی است و هم دفاع مشروع جمعی که یک دولت در مقابل تهاجم دولت دیگر انجام می دهد را شامل می گردد. بنابراین، دفاع مشروع صورت های مختلف را شامل می شود. اما از لحاظ اقدام زمانی، گاه دولت ها بخاطر حمایت از جمعیت، قلمرو و حاکمیت بصورت بالفعل اقدام به دفاع می نماید اما بعضاً قبل از وقوع حمله در مقام دفاع اقدام می کند. دلایل و شرایط نوع اول دفاع مشروع در حقوق جزای بین الملل همانند مواردی است که قبلاً در حقوق داخلی مورد بحث و بررسی قرار گرفت. اما در مورد نوع دوم دفاع مشروع که می توان آنرا تحت عنوان دفاع پیشگیرانه یا پیش دستانه یاد کرد و ذیلاً در طی دو جزء طوریکه در جزء یکم، دفاع پیشگیرانه را تعریف و در جزء دوم انواع و حالات دفاع پیشگیرانه را بررسی می نمایم.

جزء یکم: تعریف و ماهیت دفاع پیشگیرانه

در تعریف دفاع پیشگیرانه در حقوق جزای بین الملل آمده است که «دفاع پیشگیرانه حالتی را در بر می گیرد که کشور مورد تهدید قبل از وقوع حمله مسلحانه از سوی کشور تهدید کننده در مقام دفاع اقدام به تهاجم علیه کشور مورد اشاره بنماید (افشین پور، ۱۳۸۹). آنچه که در این دسته از دفاع مهم و جالب است این می باشد که حمله مسلحانه از سوی کشور تهدید کننده به وقوع نپیوسته است و استناد کشور مورد تهدید برای حمله ای پیش دستانه، احتمال حمله ای قریب الوقوعی است که در فرض مذکور می رود.

جزء دوم: انواع حالات دفاع پیشگیرانه

در این باره دو حالت کلی را می توان در نظر گرفت: حالت نخست حالتی است که شواهد متقاعد کننده ای نه صرفاً مبتنی بر خطر یا تهدید بالقوه، بلکه مبنی بر حمله ای قریب الوقوع وجود دارد و بنابر آن احتمالاً حمله ای صورت می گیرد و در این حالت دولت می تواند به دفاع مشروع پیش دستانه اقدام کند. زیرا «در گزارش ۲ دسامبر سال ۲۰۰۴ میلادی سازمان ملل آمده است که دبیر کل پیشنهاد می کند که ماده ۵۱ منشور ملل متحد بایستی دوباره بازنویسی و مجدداً تفسیر گردد به گونه ای که قلمرو از پیش تعیین شده گسترش یابد. این گسترش قلمرو باید اقدامات بازدارنده در مقابل تهدیدات قریب الوقوع را در بر گیرد (افشین پور، ۱۳۸۹). حالت دوم این است که دولتی که یک بار مورد حمله مسلحانه قرار گرفته و در حال حاضر شواهد آشکار و دلایل متقاعد

کننده ای مبنی بر آمادگی دشمن برای حمله مجدد وجود دارد. در این حالت نیز گفته اند نیازی نیست که دولت قربانی منتظر وقوع حمله مسلحانه دیگری بماند و می تواند به دفاع مشروع پیش دستانه متوسل گردد (موسوی؛ حاتمی، ۱۳۸۵).

جزء سوم: رد یا قبول دفاع پیشگیرانه

در باره اینکه در حقوق بین الملل کیفری دفاع پیشگیرانه به عنوان یکی از صور دفاع مشروع و در مرتبه بعدی به عنوان یکی از مصادیق علل موجهه جرم پذیرفته شده است یا خیر دو دیدگاه کلی وجود دارد. عده ای از حقوقدانان دفاع پیشگیرانه را قبول دارند. در مقابل عده ای دیگر مخالف تئوری توجیه دفاع مشروع پیشگیرانه هستند.

استدلال طرفداران دفاع مشروع پیشگیرانه این است که در عصر موشک و سلاح های اتمی و روشهای پیچیده کشف و شناسایی، بیهوده و خود نابود کردن است اگر از این فرضیه دفاع شود که یک کشور در حالی که کاملاً از جنبه ویران کننده وسائل تخریبی به کار گرفته شده آگاه است و باید منتظر این باشد تا حمله صورت گیرد (ساعد، ۱۳۸۷). عبارت دیگر، در عصر تسلیحات مدرن و فوق مدرن و چند کاره، دیگر بسیار خنده دار است که خود را در یک حالت انتظار انفعالی قرار دهیم. از اینروست که طرفداران دفاع پیشگیرانه استدلال می کنند که آسیب بالقوه ای برخی از تهدیدات نظیر تروریستهای مسلح به سلاح های هسته ای آنقدر شدید است که کسی نمی تواند منتظر بماند تا این خطر دور از ذهن به خطری قریب الوقوع بدل شود. از اینرو وجود خطر قریب الوقوع در کنار سایر شروط دفاع مشروع مثل ضرورت، فوریت و تناسب به عنوان شرایط دفاع مشروع تلقی می گردد.

در مقابل برخی بر این باورند که وجود خطر و فعلیت آن جزء شرایط اساسی و غیر قابل انکار دفاع مشروع می باشد و احتمال وقوع حمله و خطر برای کشور مورد تهدید، حق دفاع پیشگیرانه را به وجود نمی آورد. زیرا لزوم وقوع حمله مسلحانه برای اعمال دفاع مشروع باتوجه به ماده ۵۱ منشور ملل متحد، رویه قضائی و عملکرد غالب دولتها محرز است و در بسیاری از پیمانهای که دفاع مشروع را پیش بینی کرده اند، شرط وقوع حمله مسلحانه درج شده و استنادات نادر برخی از دولتها به دفاع مشروع پیش دستانه توسط اکثریت دولتها رد شده است. طورمثال، سازمان ملل متحد استدلال اتحاد جماهیر شوروی سابق مبنی بر اینکه وجود پایگاه های آمریکایی در قلمرو مجارستان برای اقدامات خرابکارانه علیه شوروی استقرار یافته و از اینرو حمله به پایگاه های مذکور را یک نوع دفاع مشروع پیشگیرانه تلقی کرده بود، رد کرده است (ساعد، ۱۳۸۷).

نگارنده، از عبارت «در صورت حمله مسلحانه» ماده ۵۱ منشور ملل متحد برداشت می شود که اصل بر فعلیت خطر و تجاوز است، مگر اینکه دولت دفاع کننده، تحقق خطر قریب الوقوع را بصورت متعارف اثبات و توجیه نماید. زیرا از یکطرف، امکانات اطلاعاتی و امنیتی کنونی امکان پیش بینی حمله از سوی دولتهای دیگر را فراهم آورده است. از طرف دیگر، با عنایت به گستردگی خسارات جنگهای امروزه که بعضاً جبران ناپذیر نیز می نماید، در صورتیکه که خطر حمله از سوی دولت متخاصم به اندازه ای قریب الوقوع باشد که وقوع حمله را مسلم بنماید، امکان حمله ابتدائی بعنوان تمسک به دفاع پیشگیرانه از سوی کشور مورد تهدید، توجیه پذیر خواهد بود.

نتیجه گیری و پیشنهادات

حقوق جزای بین الملل بیشتر در صدد توسعه صلاحیت قوانین جزایی داخلی کشورها در خارج از مرز آن کشور است. بنابراین، تأسیس حقوقی علل رافع مسئولیت جزایی و عوامل موجهه جرم از همدیگر تفکیک شده است. اما تأسیس حقوقی مزبور در حقوق بین الملل جزا که بیشتر در صدد اعمال احکام اساسنامه دیوان بین الملل جزایی است، از همدیگر تفکیک نشده و هردو تحت عنوان عوامل معافیت از مسئولیت جزایی مطرح است. بدین معنا که مصادیق عوامل معافیت از مسئولیت جزایی در حقوق بین الملل جزا شامل، جنون، مستی، دفاع مشروع، اکراه، اضطرار، اطاعت از دستور مافوق و اشتباه می گردد. بنابراین، مفهوم دفاع مشروع بعنوان علل رافع مسئولیت جزایی در حقوق بین الملل جزا بحث بر انگیز بوده و دقیق نمی باشد. چراکه هردو تأسیس حقوقی دارای آثار و پیامدهای متمایزی از همدیگر بوده و هیچگاهی نمی توان تأسیسات حقوقی مذکور را یکی دانست. از اینرو به نظر می رسد در حقوق بین الملل جزا لازم است که باتوجه به معیارهای حقوق داخلی چنین تمایزی بین این عناوین صورت گیرد.

اما در سائر موارد باتوجه به صراحت پارگراف ج ماده ۲۱ اساسنامه دیوان بین المللی کیفری، رعایت قواعد و اصول حقوق داخلی در حقوق بین الملل جزا مانع قانونی ندارد.

هرچند درخصوص جایگاه دفاع مشروع پیشگیرانه یا پیش دستانه تاکنون دو نظریه در خصوص قبول و رد آن مطرح شده است اما نگارنده بر این باورند که اصل بر فعلیت خطر و تجاوز است، مگر اینکه دولت دفاع کننده، تحقق خطر قریب الوقوع را بصورت متعارف اثبات و توجیه نماید. چراکه امروزه امکانات اطلاعاتی و امنیتی دولت‌ها را قادر می سازد که تجاوز از سوی دولت‌ها را پیش بینی کند و همینطور، با عنایت به گستردگی خسارات جنگهای امروزه که بعضاً جبران ناپذیر نیز می نماید، در صورتیکه که خطر حمله از سوی دولت متخاصم به اندازه ای قریب الوقوع باشد که وقوع حمله را مسلم بنماید، امکان حمله ابتدائی بعنوان تمسک به دفاع پیشگیرانه از سوی کشور مورد تهدید، توجیه پذیر خواهد بود.

فهرست منابع

الف: فارسی

۱. افراسیابی، محمد اسماعیل. (۱۳۷۷). حقوق جزای عمومی، جلد یکم، تهران، انتشارات فردوسی، صص ۲۴۸ الی ۲۵۰.
۲. افشین پور، مصطفی. (۱۳۸۹). بررسی تطبیقی علل موجهه جرم در حقوق بین الملل کیفری و نظام حقوقی ایران، پایان نامه جهت اخذ درجه کارشناسی ارشد، دانشگاه اصفهان، دانشکده علوم اداری و اقتصاد. ص ۱۰. ص ۳۰. ص ۶۸. ص ۶۸.
۳. پیمانی، ضیاء الدین. (۱۳۵۷). تفضیل قواعد دفاع مشروع در حقوق جزای ایران، تهران، انتشارات دانشگاه ملی، چاپ اول، ص ۳۷. ص ۲۱۲.
۴. خسروی، علی اکبر. (۱۳۷۳). حقوق بین الملل دفاع مشروع، تهران، انتشارات فرهنگی آفرینه، چاپ اول، صص ۲۳۹ الی ۲۷۳.
۵. رضایی، ذاکر حسین. (۱۳۹۹). جزوه حقوق جزای بین الملل ۱، دانشگاه رهنورد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، صص ۲ الی ۵.
۶. _____ (۱۳۹۸). جزوه حقوق جزای عمومی ۲، دانشگاه بلخ، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ص ۲۰.
۷. ساعد، نادر. (۱۳۸۷). حقوق بین الملل معاصر (نظریه ها و رویه ها)، تهران، انتشارات خرسندی، چاپ اول، ص ۵۸. ص ۸۵.
۸. شکر، رضا؛ سیروس، قادر. (۱۳۸۱). قانون مجازات اسلامی در نظم حقوق کنونی، تهران، انتشارات مهاجر، چاپ اول، ص ۱۱۸.
۹. شمس ناتری، محمدابراهیم؛ عبدالله یار، سعید. (۱۳۸۹). دفاع مشروع و مبانی مشروعیت آن، فصلنامه مطالعات حقوقی، سال دوم، شماره ۲، پاییز و زمستان، ص ۴.
۱۰. کسسه، آنتونیو. (۱۳۸۷). حقوق کیفری بین المللی، ترجمه اردشیر امیر ارجمند، حسن پیران و زهرا موسوی، تهران، انتشارات جنگل، چاپ اول، ص ۲۷۷.
۱۱. گیتی شیایزری، کریانگ ساک. (۱۳۸۷). حقوق کیفری بین المللی، ترجمه: حسین آقایی جنت مکان، تهران، انتشارات جنگل، چاپ دوم، ص ۲۱۰.
۱۲. محسنی، مرتضی. (۱۳۷۶). دوره حقوق جزای عمومی (مسئولیت کیفری)، جلد سوم، تهران، انتشارات گنج دانش، چاپ اول، ص ۲۱۴.
۱۳. محمدعلی پور، فریده. (۱۳۷۹). دفاع مشروع در حقوق بین الملل، تهران، انتشارات مرکز چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه، چاپ اول، ص ۱۰۲.

۱۴. مستقیمی، بهرام؛ طارم سری، مسعود.(۱۳۷۷). مسئولیت بین المللی دولت باتوجه به تجاوز عراق به ایران، تهران، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، چاپ اول، ص ۱۴۱.

۱۵. موسوی، فضل الله؛ حاتمی، مهدی.(۱۳۸۵). دفاع مشروع پیش دستانه در حقوق بین الملل، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۷۲، صص ۳۰۵ الی ۳۱۳.

ب: خارجی

1. Bantekas, I, Nash, S.(2003). International Criminal Law, Laondon, Cavandish Publication, p. 128.
2. Herring, Jonathan.(2004). Criminal Law(Text, Cases and Materials), Oxford Publiction, p. 612.
3. Draft Articales on the Responsibility of International Organizations, with Commentaries 2001, adopted by the International Law Commission at sixty-third session in 2001 and submitted to the General Assembly as a part of the Commission report covering the work of that session A/66/10.
4. Rome Statute of the International Criminal Court.
5. Charter of the United Nations.