

ارزیابی دفاع مشروع پیشگیرانه علیه تروریسم

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۷/۲۸ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۳/۲۱)

محمود جلالی^۱، رضا زیب^۲

۱. دانشیار گروه حقوق دانشگاه اصفهان*

۲. دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل دانشگاه آزاد اسلامی واحد اصفهان (خوراسگان)

چکیده

حقوق‌دانان به درستی مهم‌ترین دستاورد منشور ملل متحد را «منع توسل به زور» ذیل ماده (۴) ۲ منشور دانسته‌اند. تنها استثنای پیش‌بینی شده در منشور، توسل به زور ذیل ماده ۵۱، در چارچوب «دفاع مشروع» است؛ لکن تحقق این حق صراحتاً موقوف به وقوع تجاوز نظامی شده است. در عین حال، حقوق بین‌الملل عرفی پیش‌دستی کشورها برای دفاع در برابر یک حمله قریب‌الوقوع و اجتناب‌ناپذیر را نیز پذیرفته است. پس از حادثه ۱۱ سپتامبر و گسترش تهدید فرامرزی تروریسم، برخی کشورها در روندی فزاینده تلاش نموده‌اند با اطلاق عنوان «تروریستی» به گروه‌های مخالف خود، به استناد ماده ۵۱ منشور علیه این گروه‌ها حتی در قلمرو سایر کشورها متوسل به زور شوند. گروهی از حقوق‌دانان برای توجیه حقوقی این اقدام دولت‌ها، نظریه «دفاع مشروع پیشگیرانه» را در قالب تفسیر موسع از ماده ۵۱ منشور برای مقابله با یک تهدید غیرفوری تروریستی ارائه نموده‌اند. پرسش این است که آیا این نظریه در پرتو رویه و اصول و روش‌های تفسیر حقوقی قابل دفاع است؟ پاسخ مقاله حاضر آن است که برآیند نظریه‌های تفسیر این رویکرد حقوقی را تأیید نمی‌کند و رویه مدونی هم نزد دولت‌ها یا نهادهای بین‌المللی در حمایت از این نظریه شکل نگرفته است. اما این ارزیابی به معنی نادیده گرفتن ضرورت ارائه یک راه حل حقوقی برای مبارزه با تروریسم نیست. لذا پژوهش حاضر معیار سه‌گانه‌ای را بعنوان راه حل حقوقی برای مسئله مبارزه با تهدید تروریستی ارائه می‌نماید.

کلیدواژگان: تروریسم، دفاع مشروع، تفسیر، رویه‌ی دولتی، منشور ملل متحد.

مقدمه

پدیده تروریسم در دومین دهه‌ی قرن جاری، از یک مشکل امنیتیِ موردی و درون مرزی به تهدیدی فرامرزی تبدیل شده که صلح و امنیت بین‌الملل را تهدید می‌کند. به موازات افزایش تهدید تروریسم، و در یک روند فزاینده، تمایل دولت‌ها هم برای سرکوب مخالفان خود، تحت عنوان مبارزه با تروریسم فزونی یافته است. ماده ۵۱ منشور ملل متحد، حق کشورها بر دفاع مشروع در برابر یک حمله مسلحانه را به رسمیت شناخته است. در عین حال بر آید نظر حقوق‌دانان ناظر بر آن است که «رویه بعدی دولت‌های عضو ملل متحد بر مفاد ماده ۵۱ تأثیر گذاشته و آن را به نحوی اصلاح کرده که امروزه توسل به زور بعنوان واکنشی در برابر یک حمله قریب‌الوقوع و حتمی ...، همانند دفاع مشروع سنتی از حقوق ذاتی دولت‌ها برای دفاع از خود محسوب شده و برای مشروعیت حقوقی نیازی به مجوز شورای امنیت نداشته باشد» (ممتاز و صابری، ۱۳۹۱: ۱۹۶). در عین حال، «بررسی رویه دولت‌ها و عکس‌العمل جامعه جهانی نشان می‌دهد که از ابتدای دهه ۹۰ تقریباً اقدامات نظامی دولت‌ها در قبال تروریسم بر مبنای حق دفاع از خود با مخالفت چندانی مواجه نگردیده است» (کدخدایی و سادات، ۱۳۸۰: ۶۱-۶۲)^۱. به موازات این باور گسترده در میان حقوق‌دانان، در ادامه مقاله بحث خواهد شد که رویه دولتی و سازمان ملل نیز موید این رویکرد بوده و اجمالاً می‌توان گفت «دفاع مشروع پیش‌دستانه^۲» در حقوق بین‌الملل پذیرفته شده است.

۱. البته این دیدگاه همچنان از باب عنوان حقوقی «اقدام علیه گروه تروریستی» و جایگاه آن در ایجاد رویه، محل مناقشه است. مثلاً شریفی معتقد است «این قاعده عرفی فقط مصادیق حمله مسلحانه را گسترش داد و نمی‌توان برای دفاع مشروع پیش‌دستانه به آن استناد نمود» (شریفی، ۱۳۸۲: ۱۰۵-۱۰۶). کرم‌زاده نیز با توسعه این دیدگاه، آن را در چارچوب برداشت کلاسیک از ماده ۵۱ منشور قرار می‌دهد: «زمانی که حملات تروریستی به طور مستمر، منظم و سازمان یافته علیه حاکمیت و تمامیت ارضی دولت قربانی صورت گیرد، اینگونه حملات از مصادیق حمله مسلحانه مندرج در ماده ۵۱ خواهد بود. بنابراین دولتی که از سوی گروه‌های تروریستی مورد تهاجم قرار گرفته می‌تواند با استناد به ماده ۵۱ در برابر این حملات از خود دفاع کند (کرم‌زاده، ۱۳۸۲: ۱۷۸).

۲. دفاع مشروع پیش‌دستانه (Pre-emptive Self-Defence) به وضعیتی گفته می‌شود که کشور مورد تهدید به استناد سوابق و یا قرائن روشن از احتمال قریب‌الوقوع توسل کشور دیگری به تجاوز نظامی، با توسل به زور از این اقدام پیشگیری می‌کند.

گروهی از حقوق دانان^۱ نظریه «دفاع مشروع پیشگیرانه»^۲ را تا جایی توسعه داده‌اند که بر اساس آن و با تفسیر موسع از ماده ۵۱ می‌توان برای مبارزه با «تهدید بالقوه تروریسم» در قلمرو کشور دیگر به نیروی نظامی متوسل شد. مقاله‌ی حاضر امکان و امتناع این نظریه را از نظر مبانی تفسیری و رویه، با تمرکز بر رویه سازمان ملل و دیوان، مورد بررسی و ارزیابی قرار می‌دهد.

ابعاد متفاوت بحث دفاع مشروع، از جمله در زمینه مبارزه با تروریسم در ادبیات حقوق بین‌الملل تبیین شده است. مقاله‌ی حاضر تلاش دارد از زاویه متفاوتی به موضوع تفسیر موسع از ماده ۵۱ برای مبارزه با تروریسم نگاه کند به این معنی که آیا نظریه‌های تفسیر امکان تفسیر موسع از ماده ۵۱ را تأیید می‌کند؟ پس از این بحث که عمدتاً یک چالش نظری است، پرسش دوم آن است که آیا تفسیر موسع از ماده ۵۱ و نظریه دفاع مشروع پیشگیرانه در پرتو رویه قابل تأیید است یا خیر؟ مقاله حاضر در راستای پاسخگویی به پرسش‌های فوق، این فرضیه را به آزمون می‌گذارد که در نظریه‌های تفسیر و رویه، اعم از مبانی نظری رویه و رفتار عملی دولت‌ها و سازمان‌های ذیربط بین‌المللی، قرینه مدونی در تأیید تفسیر موسع از ماده ۵۱ منشور برای پیشگیری از یک تهدید بالقوه تروریستی وجود ندارد؛ لذا نظریه دفاع مشروع پیشگیرانه حداقل از نظر حقوقی مردود است.

از آنجا که سازماندهی، مقاله‌ی حاضر در دو بخش ترتیب داده شده است، ابتدا در بحث تفسیر، انواع مکاتب تفسیر در حقوق بین‌الملل و مفاهیم جدید در ادبیات تفسیر بررسی می‌شود تا امکان تفسیر موسع از ماده ۵۱ در پرتو این مباحث ارزیابی شود. در بخش دوم پس از مرور مبانی نظری رویه در حقوق بین‌الملل عرفی و بررسی جایگاه رویه دولت‌ها در آراء دیوان بین‌المللی دادگستری،

۱. از جمله این حقوق دانان می‌توان به «دلاهورنتی» استاد حقوق دانشگاه سنت توماس، «جان یو» استاد حقوق دانشگاه برکلی، «ماگس» استاد حقوق دانشگاه جورج تاون و «تامس» استاد حقوق دانشگاه گلاسکو اشاره نمود. دیدگاه‌های این حقوق دان‌ها از جمله در مقاله‌های زیر قابل مطالعه است:

Robert J. Delahunty and John Yoo (2009), the Bush Doctrine: Can Preventive War Be Justified, 32 Harv. J.L. & Pub. Pol'y, P. 8443-865.

Gregory E. Maggs (2006), The Campaign to Restrict the Right to Respond to Terrorist Attacks in Self-Defense Under Article 51 of the U.N. Charter and What the United States Can Do About It, 4 Regent J. Int'l L., P. 149-174,

Tams, Christian J. (2009), the Use of Force against Terrorists, EJIL, Vol. 20, No. 2, P. 359-397.

۲. دفاع مشروع پیشگیرانه (Preventive Self-Defence) به وضعیتی گفته می‌شود که کشوری با وجود قرینه‌ای مبنی بر احتمال وقوع یک تهدید یا تجاوز قریب‌الوقوع، علیه کشور دیگر یا اهدافی در آن کشور متوسل به قهوه قهریه می‌شود.

رویه ارکان سه گانه سازمان ملل در مبارزه با تروریسم مورد بحث قرار می‌گیرد تا روشن شود آیا رویه‌ای در تأیید نظریه تفسیر موسع از ماده ۵۱ شکل گرفته است یا خیر.

۱. مفهوم و ابعاد تفسیر

تفسیر بصورت ارائه برداشتی نو و متفاوت از یک اصل حقوقی، قانون یا مقرر با هدف رفع ابهام از معنی یا تبیین ابعاد متفاوت آن است. این کار از راه‌های مختلف مانند تلاش برای کشف معنای مورد نظر قانون‌گذار، استدلال مفسر مبتنی بر موضوع یا هدف از تدوین سند مورد بحث و معیارهای مشابه انجام می‌شود. این راهکارها اجمالاً دو مکتب تفسیری مضیق و موسع میان حقوق‌دانان ایجاد نموده است. مکتب اول عموماً اصالت را به متن مورد تفسیر می‌دهد و تفسیر را امری فرع بر متن و صرفاً با کارکرد ایضاح متن می‌داند؛ لذا در صورت ضرورت توسل به تفسیر، آن را در چارچوب نص متن یا حداکثر گزارش مذاکرات تدوین سند جستجو می‌کند. در مقابل، مکتب دوم برای خود تفسیر اصالت و کارکردهای متفاوت قائل است؛ لذا به راهکارهای متفاوتی فراتر از متن و اسناد مربوطه برای دستیابی به تفسیر متوسل می‌شود. انواع متفاوت تفسیر، بازتابی از تلاش‌های فکری صاحب نظران در این دو مکتب است.

ابعاد مختلف تفسیر پیمان‌های بین‌المللی ذیل مواد ۳۱ تا ۳۳ کنوانسیون حقوق معاهدات تبیین شده است. ماده ۳۳ (بحث زبان معاهدات و اختلافات ناشی از آن) ارتباطی با موضوع مقاله حاضر ندارد؛ اما مواد ۳۱ شامل بند (۱) ۳۱ در بحث چگونگی تفسیر یک مقرر و حدود آن و بند (۳b) ۳۱ در بحث نقش رویه در تفسیر و ماده ۳۲ در مورد وسایل تکمیلی تفسیر، برای اهداف مقاله حاضر موضوعیت پیدا می‌کند که در جای خود به آن‌ها استناد می‌شود.

۱-۱. انواع تفسیر در حقوق بین‌الملل

ادبیات سنتی و نوین حقوق بین‌الملل در مجموع شش گونه تفسیر یا مکتب تفسیری را معرفی می‌نماید. این مکاتب عبارتند از: تفسیر متن‌گرا^۱؛ تفسیر نیت‌گرا^۲؛ تفسیر غایت‌گرا^۳؛ تفسیر ارزش- پایه^۴؛ تفسیر وجودی^۵؛ تفسیر مبتنی بر عناصر فرااثبات‌گرایانه^۶.

رویکرد «متن‌گرا» که موسوم به مکتب فرانسوی تفسیر است، نمونه روشن از تفسیر مضیق است که تلاش دارد ابهامات در مورد یک مقرره را با اتکا بر منطوق متن یا اسناد مرتبط با آن برطرف کند. «رابرت کولب»^۷ معتقد است: «مکتب فرانسوی تفسیر با این اصطلاح درآمیخته است که متن همه چیز است» (Waible, 2011: 576). به سخن دیگر، اگر به صورت عمومی سه عنصر نیت قانون‌گذار، متن و مفسر را در امر تفسیر دارای نقش بدانیم؛ مکتب متن‌گرا اصالت را به متن می‌دهد و نقش مفسر را صرفاً به تشخیص، تبیین و اطلاق معانی متعارف به مفاد یک معاهده محدود می‌کند. این مکتب، نیت تدوین‌کنندگان سند را حداکثر در حد بررسی گزارش مذاکرات تدوین سند تجویز می‌کند که همچنان به معنی ارجاع راه حل به یک متن مرتبط با معاهده برای دستیابی به تفسیر است. ماده (۱) ۳۱ کنوانسیون حقوق معاهدات با الهام از این مکتب مقرر می‌دارد که برداشت از متن یک معاهده باید در چارچوب معانی متعارف واژگان انجام شود.^۸

تفسیر «نیت‌گرا» به نوعی توسعه یکی از ابعاد تفسیر متن‌گرا است که در امر تفسیر، اتکای عمده را بر جستجوی نیت تدوین‌کنندگان یک معاهده می‌گذارد. این مکتب معتقد است ابهام در یک مقرره معاهده ممکن است به دلیل فاصله میان نیت تدوین‌کنندگان و متن نهایی معاهده باشد؛ لذا

۱. Textualism

۲. Intentionalist

۳. Teleological

۴. Value - Oriented

۵. Existential

۶. Meta-positive elements

۷. Robert Kolb

۸. ماده (۱) ۳۱ - معاهده باید بر اساس موضوع و هدف آن، بصورت صادقانه و با معانی متعارفی که به مفاد آن در بستر مربوطه داده می‌شود، تفسیر گردد.

کار مفسر آن است که اینگونه ابهام‌ها را بر اساس قرائن ناظر بر نیت تدوین‌کنندگان برطرف کند. ماده ۳۲ کنوانسیون حقوق معاهدات با الهام از این مکتب تفسیری، کارهای مقدماتی و شرایط تدوین یک معاهده را به‌عنوان منابع احراز نیت تدوین‌کنندگان برای تفسیر یک سند معرفی می‌کند.^۱

در تفسیر «غایت‌گرا»، موضوع یک سند و هدف از تدوین آن به‌عنوان ابزارهای اصلی تفسیر عمل می‌کند؛ لذا بخش مقدمه معاهدات اهمیت زیادی پیدا می‌کند. زیرا «مقدمه معاهده نه تنها حاوی موضوع و هدف معاهده است بلکه در بعضی موارد مقام و موضع آن را در نظام حقوقی بین‌المللی نیز تعیین کرده است» (فلسفی، ۱۳۷۱: ۱۸۹). در این روش، مفسر تا اندازه زیادی از مقررره مورد مناقشه یا نیت تدوین‌کنندگان سند فراتر می‌رود و تلاش می‌کند ابهامات پیش آمده در متن را با ارائه تفسیری مبتنی بر شناخت و تبیین بهتر از هدف و موضوع سند مورد مناقشه حل نماید؛ لذا برخی پژوهشگران از این مکتب بعنوان مکتب هدف‌گرا^۲ یاد نموده‌اند (Bederman et al, 2003: 1). ماده (۱) ۳۱ کنوانسیون حقوق معاهدات مبتنی بر رویکرد این مکتب تدوین شده است. این ماده پس از تأکید بر ضرورت اطلاق معنای متعارف بر واژه‌های یک معاهده، تصریح می‌نماید که تفسیر باید با توجه به موضوع و هدف معاهده باشد.^۳

۱. ماده ۳۲ - در صورتی که تفسیر معاهده ذیل ماده ۳۱ - الف) معنایی مبهم یا بی‌مفهوم القا کند، یا ب) منجر به نتیجه‌ای شود که آشکارایی مفهوم یا ناموجه باشد، می‌توان از وسایل تکمیلی تفسیر، از جمله کارهای مقدماتی و شرایط ناظر بر انعقاد معاهده، برای تأیید معنای برگرفته از اجرای ماده ۳۱ یا تعیین معنای معاهده استفاده نمود.

۲. Purposivism

فالون این اصطلاح را در معنای گسترده‌تری به کار برده است. بنگرید به:

Richard H. Fallon, Jr., (2014), Three Symmetries between Textualist and Purposivist Theories of Statutory Interpretation and the Irreducible Roles of Values and Judgment within Both, *Cornell Law Review*, Volume 99, 4 May 2014.

۳. افزون بر کاربرد مستقیم «هدف و موضوع» در تفسیر معاهده ذیل مواد ۳۱ و ۳۲ کنوانسیون حقوق معاهدات، «ساندرز» و «یوناس» شش کارکرد دیگر «هدف و موضوع» را احصاء کرده‌اند: منع اقدام علیه هدف و موضوع در فاصله امضاء و تصویب توسط یک کشور (ماده ۱۸)، امکان اعلام تحفظ نسبت به معاهده مگر اینکه در تعارض با هدف و موضوع معاهده باشد (ماده ۱۹)، ضرورت پذیرش تحفظ یک کشور توسط همه اعضا در شرایط خاص (ماده ۲۰)، توافق دو کشور عضو برای اصلاح یک ماده از کنوانسیون (ماده ۴۱) یا تعلیق یک ماده از آن میان خود (ماده ۵۸) مشروط به اینکه مغایر با هدف و موضوع معاهده نباشد، و نهایتاً ماده ۶۰ که معیار نقض فاحش معاهده از طریق نقض ماده‌ای که برای دستیابی به هدف و موضوع معاهده نقش بنیادین دارد. (Saunders & Jonas, 2010: 571-577).

تفسیر مبتنی بر «عناصر فرااثبات گرایانه» همانگونه که از عنوان آن روشن است، نسبت به مسائل حقوق بین‌الملل رویکردی فرااثبات‌گرا دارد. «کولب» برای تبیین این نظریه، از دو رویکرد «تفسیر فرااثبات‌گرا با لحاظ نمودن ابعاد قضایی، سیاسی یا اجتماعی موضوع» و «تفسیر بر اساس دستیابی به نتیجه مطلوب در بستر فرااثبات‌گرایی» یاد می‌کند. در این دیدگاه، تفسیر سه عنصر دارد: ارزش‌های بنیادین؛ نتیجه محوری؛ نوسان دائم میان رفاه فردی و اجتماعی. کولب توضیح می‌دهد که برخلاف مکتب فرانسوی تفسیر، دکترین‌های غیر پوزیتیویست بر محتوایی بودن امر تفسیر از جمله مبتنی بر بستر سیاسی اجتماعی (موضوع)، شخصیت مفسرین، باورها و رویکرد آن‌ها تاکید دارند. دکترین‌ها تاکید دارند که تفسیر صرفاً امری مربوط به خوانش درست متن نیست؛ بلکه امری مرتبط با ارزش‌هاست (Waibel, Op.cit: 574-577).

مطالعه «لویجی کرما» نشان می‌دهد که تفسیر ارزش پایه در دو دوره حقوق بین‌الملل مطرح بوده است، دوره اول پیش از دوره محوریت حاکمیت ملی در عرصه بین‌المللی و دیگری در دوره متأخر و به‌عنوان یکی از نمادهای رویکرد فرااثبات‌گرا در حقوق بین‌الملل (Crema, 2010: 682-684). تفسیر «ارزش پایه» در دوره اول کارکردی مضیق و به سود ارزش‌های حاکم داشته است اما در دوره اخیر بازتابی از تحول نظری به سود فرد در برابر نهادهای اجتماعی و بویژه حاکمیت شده است. به تعبیر «کرما»، این رویکرد تفسیری «یک راهنما برای تفسیر معاهدات، و در حوزه عمومی حقوق بشر، به سود افراد است» (Ibid: 698) لذا تفسیر ارزش پایه را در دوره معاصر باید در شمار تفسیرهای موسع قرار داد.

حامیان مکتب «تفسیر وجودی» معتقدند رویکردهای سنتی، تفسیر را امری منحصر به کشف و اطلاق معنای یک مقرر کرده‌اند اما تفسیر کارکردهای دیگری هم دارد که مغفول مانده است. «دونکن هولیس» در مقاله مبسوط خود با عنوان «کارکرد وجودی تفسیر در حقوق بین‌الملل»^۱ پس

۱. Hollis, Duncan B. (2013). The Existential Function of Interpretation in International Law. Interpretation in International Law (Andrea Bianchi, Daniel Peat & Matthew Windsor, eds., Oxford University Press 2014).

از معرفی کارکردهای ابداعی^۱، ارتباطی^۲ و وجودی^۳ برای تفسیر به موازات کارکرد متعارف تبیینی^۴، در توضیح نظریه خود می‌نویسد: «تفسیر به آنچه تفسیر می‌شود اعتبار می‌بخشد. ... اینکه مسئولیت حمایت در حقوق بین‌الملل وجود دارد یا خیر، متضمن نوع متمایزی از تفسیر است که آن را «تفسیر وجودی» می‌نامم. تفاسیر وجودی، کاربرد دوگانه دارند. فرایندی برای تصمیم‌گیری در مورد اینکه موضوع تفسیر وجود دارد یا خیر و اینکه معتبر است یا نه. تفاسیر وجودی عمدتاً در رد یا تائید قواعد جدید حقوق بین‌الملل مانند مسئولیت حمایت قابل دیدن هستند (Hollis, 2013: 2-3). در پایان این بخش، نسبت این مکاتب تفسیری با رویکرد تفسیر موسع را با نگاهی تحلیلی ارزیابی خواهیم نمود.

۱-۲. مفاهیم جدید در تفسیر

روند تاریخی تطور مکاتب تفسیر که در قسمت پیشین تبیین شد، از یک‌سو متأثر از تحولات روش‌شناسی و معرفت‌شناسی علم حقوق بوده است، همانگونه که نظریه «کولب» در واقع تحول روش از اثبات‌گرایی به فراتر اثبات‌گرایی در تفسیر است، اما از سوی دیگر به موازات تحول در مناسبات و معاهدات بین‌المللی از نیمه دوم قرن بیستم به این سو پیش رفته است که تضعیف مفهوم حاکمیت و برجسته شدن جایگاه فرد و معاهدات بین‌المللی مهم‌ترین ویژگی آن بوده است. «فلسفی» برای تبیین این تحول می‌نویسد: «حقوق بین‌الملل قدیم اصولاً با حاکمیت دولت‌ها و سیستم به اصطلاح وستفالیا سروکار دارد و حقوق بین‌الملل جدید با ارزش‌های مرتبط با بشریت، یا در حد نازل‌تر با ارزش‌های «جامعه مشترکات بین‌المللی» که غالباً آن‌ها را با قواعد آمره^۵ یا تعهدات کلی^۶ معرفی می‌کنند» (فلسفی، ۱۳۸۳: ۴۹۵).

-
۱. Inventive
 ۲. Relational
 ۳. Existential
 ۴. Expositor
 ۵. Jus Cogenes
 ۶. Erga Omnes

با تضعیف مکتب تفسیر مضیق در فرآیند تحولات یادشده، برخی حقوق‌دانان تلاش نمودند با تحول در جهت‌گیری مفهوم «تفسیر مؤثر»^۱ و عرضه مفهوم «حاشیه صلاح‌دید»^۲، انعطافی در روش تفسیر مضیق ایجاد نمایند تا شانس ماندگاری آن افزایش یابد. «کرما» در مقاله خود توضیح می‌دهد که مفهوم تفسیر مؤثر ابتدا در جهت ارائه یک معنای معقول برای یک مقرر در برابر یک برداشت بی‌معنا بود؛ اما تدریجاً به سود ارائه مؤثرین تفسیر در پرتو «هدف و موضوع» معاهده متحول شد (Crema, OpCit: 690). در عین حال حقوق‌دانانی مانند «اسکروئر»^۳ به این حد نیز بسنده نکرده و با هدف دستیابی به حداکثر کارایی، «تفسیر موسع یا فزاینده»^۴ را پیشنهاد کرده‌اند. هرچند خود اسکروئر اذعان می‌کند ارزش این نوع از تفسیر محل تردید بوده و در عمل بصورت گسترده‌ای مورد اقبال قرار نگرفته، اما «ویبل»^۵ با ابراز تردید در مورد عملی بودن چنین تفسیری، تأکید می‌کند: «نگرانی‌ها در مورد برداشت بسیار گسترده از تفسیر مؤثر امری مسبوق به سابقه است. زمانی که کنوانسیون حقوق معاهدات در حال تدوین بود، والداک^۶ گزارشگر ویژه کمیسیون نگران بود که تدوین اصل کارآمدی، موجب تفسیر بی‌حد و حصر بشود» (Waibel, 2011: 581-582).

مفهوم «حاشیه صلاح‌دید» ناظر بر رعایت مصلحت عامه برای ایفای مسئولیت دولت در راستای حمایت از مردم آن است که «با توجه به مسئولیت سنگینی که دولت در برابر هرگونه تهدید علیه حیات ملت دارد، باید صلاحیت مشخصی - یا یک حاشیه صلاح‌دید - برای دولت قائل شد تا بتواند تشخیص دهد آیا یک نگرانی آشکار وجود دارد که ایجاب نماید با اقدامات خاص و خارج از تعهدات خود نسبت به معاهده (مورد نظر) با آن برخورد نماید یا خیر» (Crema, OpCit: 695-696).

۱-۳. ارزیابی نظریه دفاع مشروع پیشگیرانه در پرتو نظریه‌های تفسیر

پس از معرفی مکاتب تفسیر، لازم است با ارزیابی این مکاتب و مفاهیم نوین تفسیر، نظریه دفاع مشروع پیشگیرانه در پرتو این مکاتب مورد ارزیابی قرار گیرد.

-
۱. Effective interpretation
 ۲. Margin of Appreciation
 ۳. Schreuer
 ۴. Extensive or expansive interpretation
 ۵. Waibel
 ۶. Waldoc

در این مکاتب، تفسیر متن گرا با اتکا به متن معاهده احتمال خطا در تفسیر را به حداقل کاهش می‌دهد؛ اما دایره مانور مفسر در آن بسیار محدود است. این مکتب با استناد به نص ماده ۵۱ منشور، حمله‌ی مسلحانه را شرط مشروعیت توسل به حق دفاع مشروع می‌داند؛ لذا هیچ امکانی برای تأیید نظریه دفاع مشروع پیشگرا نه باقی نمی‌گذارد.

مکتب نیت گرا با بهره‌گیری از عنصر نیت متعاهدین در قالب «هدف و موضوع»، دایره منابع را به کارهای مقدماتی و شرایط تدوین معاهده گسترش می‌یابد؛ اما مفسر همچنان باید در فضای پیش از عملیاتی شدن معاهده در جستجوی قرائنی برای پاسخگویی به ابهامات باشد. از این جهت و به لحاظ کمک به تنوع منابع تفسیر، مکتب نیت گرا و غایت گرا به همدیگر شباهت دارند؛ اما در نهایت تفسیری نظری ارائه می‌دهند که لزوماً در مرحله اجرای معاهده کمک مؤثری نمی‌کند. تفسیر نیت گرا به دلیل اتکا به «هدف و موضوع»، فاقد ظرفیت لازم برای توجیه نظریه دفاع مشروع پیشگرایانه است؛ زیرا اولاً منع توسل به زور بعنوان هدف اصلی منشور مورد اجماع حقوق دانان است و ثانیاً هدف حمایت از حق ذاتی دفاع مشروع نیز وفق نص ماده ۵۱، مشروط به وقوع حمله مسلحانه شده است.

مکتب غایت گرا نیز نمی‌تواند این رویکرد موسع را تأیید کند؛ زیرا اولاً منابع مورد استناد این مکتب در زمانی شکل گرفته که به جز سابقه «کشتی کارولین»^۱، وضعیت مشابهی مانند حوادث تروریستی کنونی وجود نداشته تا تدوین کنندگان متن منشور بخواهند بر اساس آن به چنین وضعیتی توجه کرده باشند. ثانیاً تقدم منع توسل به زور ذیل ماده (۴) بر ماده ۵۱ نشان می‌دهد که تدوین کنندگان منشور، دفاع مشروع را در پرتو اصل منع توسل به زور مد نظر داشته‌اند و احتمالاً به همین دلیل بر وقوع حمله مسلحانه به عنوان پیش شرط تحقق حق دفاع مشروع تصریح نموده‌اند.

برخلاف وفاداری مطلق یا نسبی سه مکتب کلاسیک یاد شده به معاهده برای ارائه تفسیر؛ مکاتب ارزش پایه، وجودی و تفسیر بر اساس عناصر فرااثبات گرایانه؛ عملاً اصالت نتیجه را جایگزین اصالت

۱. قضیه معروف کشتی کارولین (The Caroline affair) که در سال ۱۸۳۷ اقدام نیروهای انگلیسی در غرق آن موجب اعتراض امریکا گردید اما انگلیس این اعتراض را با استناد به اصل دفاع مشروع رد کرد. پاسخ دانیل وبستر وزیر خارجه وقت امریکا معیار سه گانه ای را تبیین نمود که بعنوان معیار دفاع مشروع پیشدستانه در حقوق بین الملل پذیرفته شد. بنگرید به این منبع، دیده شده به تاریخ خرداد ۹۶:

متن و دیگر معیارها در مکاتب گروه اول می‌کنند؛ لذا استفاده از منابع و قرائن حقوقی و غیر حقوقی را برای دستیابی به نتیجه مطلوب در تفسیر تجویز می‌کنند. امتیاز این مکاتب آن است که حقوق بین‌الملل قراردادی را با ارائه راه‌حل‌های تفسیری، به نیازهای نوین حقوق بین‌الملل نزدیک‌تر می‌کنند؛ اما اشکال اساسی آن‌ها در این است که عملاً مبانی شناخته شده حقوق بین‌الملل را نادیده گرفته و احیاناً تضعیف می‌کنند. به‌عنوان نمونه، در حالی که منع توسل به زور به‌عنوان یک قاعده آمره مورد اجماع است، توجیه توسل به زور با ارائه تفسیر موسع از ماده ۵۱ ذیل این روش‌های تفسیری بهترین مصداق این ارزیابی است. دکتر فلسفی این دو گرایش کلان تفسیری را به ترتیب روش‌های «عینی»^۱ و «ذهنی»^۲ می‌خواند و تأکید می‌نماید که روش دوم ارزش حقوقی ندارد (فلسفی، ۱۳۷۱: ۱۵۶-۱۵۹).

تفسیر «مؤثر»، رویکردی وفادار به متن دارد اما نتیجه‌گراست و از این جهت به گروه دوم از تفاسیر نزدیک است. ایراد اساسی این تفسیر آن است که حدود مشخصی به‌عنوان شاخص یا مبنا برای مفهوم «مؤثر» ندارد و به سخن دیگر فاقد شرط «مانع» بودن است؛ لذا موجد از جنس نگرانی ارائه تفسیرهای بی‌حد و حصر، فراتر از تفسیر موسع شده است. تفسیر «ارزش‌پایه» عموماً در حوزه حقوق بشر و متمایل به حمایت از حقوق فردی مطرح شده است؛ بنابراین اصولاً در بحث مقاله حاضر موضوعیت پیدا نمی‌کند. در رویکرد حاشیه‌صلاح‌دید، اساساً تفسیر در راستای تأمین مصلحت عامه به امری نسبی تبدیل می‌شود؛ از این رو حامیان هر دو دیدگاه تفسیر مضیق و موسع پاسخ‌های متعارضی به این پرسش خواهند داد که آیا توسل به زور و نادیده گرفتن قید منصوص در ماده ۵۱، برای واکنش به یک تهدید بالقوه، مصلحت عامه را تأمین می‌کند یا برعکس.

شاید تفسیر «وجودی» بتواند توجیه نسبی برای نظریه دفاع مشروع پیشگیرانه فراهم نماید؛ زیرا این نظریه تلاش می‌کند مبارزه با تروریسم در چارچوب دفاع مشروع را ذیل حقوق بین‌الملل قرار دهد؛ اما برای این امر باید به دو سؤال پاسخ داده شود. نخست آن که آیا مصداقی برای آن وجود داشته است یا خیر که طبعاً پاسخ مثبت است. چون کشورهایمانند امریکا مواردی از حمله نظامی خود به سایر کشورها را بر این اساس توجیه کرده‌اند. دوم آن که آیا ذیل حقوق بین‌الملل می‌تواند

۱. Objective method

۲. Subjective method

نظریه معتبری باشد یا خیر؟ دیدگاه‌های پرشمار حقوق دانان و مخالفت‌های رسمی با این رویکرد، اجمالاً نشان می‌دهد این نظریه فاصله زیادی با دریافت تأیید عام در حقوق بین‌الملل به‌عنوان یک نظریه معتبر حقوقی دارد.

شاید بتوان نظریه دفاع مشروع پیشگیرانه را با تسامح در دایره «تفسیر مؤثر فزاینده» یا نوع دوم از تفاسیر فرااثبات‌گرایانه قرار داد. دیدگاه اول نه تنها مورد اجماع نیست بلکه «اسکروئر» که آن را معرفی کرده اذعان می‌کند این رویکرد مورد اقبال جامعه حقوقی قرار نگرفته است. نوع دوم تفسیر «کولب» یا تفسیر بر اساس «نتیجه مطلوب در بستر فرااثبات‌گرایی»، شاید بهترین تبیین برای توجیه نظریه دفاع مشروع پیشگیرانه باشد. اما سه ایراد بر این دیدگاه وارد است. اول اینکه «کولب» تصریح می‌کند مبانی این تفسیر غیرحقوقی است و همانگونه که اشاره شد، حقوق دانان برجسته‌ای مانند «فلسفی» اصولاً اعتباری برای اینگونه تفسیر قائل نیستند، دوم اینکه از حمایت محدودی در ادبیات حقوقی برخوردار شده است، اما سوم و مهم‌تر اینکه خود «کولب» تصریح می‌کند این تفسیر در واقع از جنس «توسعه» حقوق بین‌الملل است (Waible, Op cit: 576). اگر روند گنبد «تدوین» قواعد در حقوق بین‌الملل را در نظر بگیریم که بعضاً چند دهه زمان می‌برد، بدون تردید تأیید نظریه‌ای که از باب توسعه حقوق بین‌الملل باشد به مراتب نیازمند زمان زیادتری خواهد بود؛ لذا حتی اگر سایر ابهامات این رویکرد برطرف شود، هنوز فاصله بسیار زیادی تا تبدیل شدن به یک نظریه پذیرفته شده تفسیری دارد و لذا نمی‌تواند توجیه حقوقی مناسب برای دفاع مشروع پیشگیرانه باشد.

«ماگس» به‌عنوان یکی از حقوق دانان حامی نظریه دفاع مشروع پیشگیرانه، اذعان می‌کند که این نظریه سه ایراد اساسی دارد. اول آنکه در چارچوب منشور ملل متحد قابل توجیه نیست. دوم اینکه از جهت حدود موضوع، مبهم است؛ لذا اکنون که مبارزه با تروریسم یا سلاح‌های کشتار جمعی به‌عنوان دلیل ارائه این نظریه مطرح است، هر کشوری می‌تواند به بهانه دیگری نیز متوسل به دفاع مشروع پیشگیرانه بشود. به این ترتیب ضعف کلان «غیرمانع» بودن، متوجه این نظریه هم می‌شود. ماگس در همین چارچوب، ایراد سوم این نظریه را پیشینه خطرناک آن معرفی می‌کند زیرا ژاپن و آلمان نازی هم در جنگ جهانی دوم به بهانه تهدید بالقوه آمریکا و روسیه به این کشورها حمله کرده‌اند (Maggs, 2007: 479-480).

مباحث فوق نشان می‌دهد که نظریه دفاع پیشگیرانه در مجموع مبانی قابل اتکایی در نظریه‌های تفسیر در حقوق بین‌الملل ندارد. به بیان دیگر، چنین تفسیری از ماده ۵۱ مبنی بر آن دسته از گرایشات

تفسیری است که مورد مناقشه و به شدت نسبی بوده و ایرادهای وارد بر آنها بعضاً مورد اذعان حامیانش نیز هست.

۲. بررسی امکان تفسیر موسع از ماده ۵۱ منشور در پرتو عرف

پس از ارزیابی دفاع مشروع پیشگیرانه در پرتو مکاتب تفسیر، در این بخش به پرسش دوم پژوهش حاضر می‌پردازیم: آیا عرف حقوقی از این نظریه حمایت می‌کند یا خیر؟

نص ماده ۵۱ منشور کاملاً روشن است؛ اما در عین حال به «ذاتی بودن حق دفاع مشروع»^۱ هم تصریح کرده است. این امر موجب شده تا حامیان نظریه تفسیر موسع استدلال کنند که منشور در صدد محدود کردن این اصل عرفی نبوده است لذا امکان تفسیر این ماده در چارچوب حقوق بین‌المللی عرفی وجود دارد. ماده (۱b) ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، عرف بین‌المللی را «رفتار عمومی پذیرفته شده به‌عنوان قانون» تعریف می‌کند. ارکان عرف عبارتند از رفتار بازیگران حقوقی شامل دولت‌ها و نهادهای بین‌المللی ذیربط ذیل مفهوم «رویه»^۲ و «درک حقوقی»^۳ که دولت‌ها از رفتار خود دارند. به تعبیر دیوان بین‌المللی دادگستری برای ساخت عرف دو شرط باید محقق گردد: اول وجود رویه‌ای تثبیت شده که برخوردار از شرایط لازم باشد و دومی باور به این که چنین رویه‌ای به‌واسطه وجود قواعد حقوقی الزام‌آور است (زرنشان، ۱۳۹۳: ۷۸). حقوق دانان در مورد جایگاه هر یک از این دو رکن در تدوین عرف اختلاف نظر دارند. (برای مطالعه بیشتر در مورد عنصر درک حقوقی در عرف بنگرید به: زرنشان، ۱۳۹۰: ۱۵-۳۴) کسانی مانند «گلدسمیت»^۴ و «پوسنر»^۵، حقوق بین‌الملل عرفی را صرفاً برآیند رفتار دولت‌ها بدون نیاز به هرگونه درکی حقوقی از کار خود دانسته‌اند. در مقابل نویسندگانی مانند «ویسبور»^۶ با ارائه ادله و قرائنی از رویه قضایی بین‌المللی،

۱. Inherent right of self-defense

۲. در ادبیات حقوقی، سه مقوله رویه دولت‌ها (State Practice)، مراجع قضایی بین‌المللی و سازمان‌های بین‌المللی ذیل عنوان کلی «رویه» مورد بحث قرار می‌گیرد.

۳. *Opinio juris sive necessitatis* (an opinion of law or necessity) به معنی درک یا باور حقوق فاعل مبنی بر انجام کار مورد نظر به‌واسطه یک تعهد حقوقی است که در این مقاله اجمالاً به «درک حقوقی» ترجمه شده است.

۴. Jack L. Goldsmith

۵. Eric A. Posner

۶. Mark Weisburd

تأکید دارند که درک حقوقی کنش‌گر دولتی از رفتار خود می‌تواند برای شکل‌گیری رویه کفایت نماید.

در این بخش برای بررسی فرضیه پژوهش حاضر در پرتو ارکان دوگانه عرف، چهار بحث تبیین می‌شود: ویژگی‌های شکلی عرف، نظریه‌های برتری رفتار دولتی یا درک حقوقی از آن در تدوین عرف، رویکرد دیوان بین‌المللی دادگستری نسبت به رویه دولتی و رویه سازمان ملل در قبال توسل به دفاع مشروع پیشگراانه. جمع‌بندی بحث در این بخش نشان خواهد داد که آیا عرف جدیدی در تأیید نظریه دفاع مشروع پیشگراانه شکل گرفته است یا خیر؟

۲-۱. ویژگی‌های شکلی در تدوین رویه

رفتار دولت‌ها، سازمان‌های بین‌المللی و مراجع قضایی بین‌المللی مانند دیوان بین‌المللی دادگستری موجب شکل‌گیری بعد مادی عرف در حقوق بین‌الملل است. ابعاد شکلی عرف مانند ویژگی‌های رفتار عرف‌ساز یا اینکه رفتار کدام بازیگران و چه تعداد بازیگر می‌تواند ایجاد عرف کند، توسط حقوق‌دانان حامی عنصر مادی عرف تبیین شده است (برای مطالعه بیشتر در مورد عنصر مادی عرف بنگرید به: André da Rocha, Ferreira Cristieli, 2013; Formation and Evidence of Customary International Law, 2013: 182-201 و زرنشان، ۱۳۹۳: ۷۷-۱۰۰) رفتار عرف‌ساز در یک توصیف عام باید مستمر، یکسان و غالب باشد تا بتواند عنصر مادی عرف را تشکیل بدهد. پذیرش رویه جدید توسط شمار زیادی از کشورها، معیاری است که هنجار یا رویه مورد نظر را تبدیل به عرف می‌کند. در مورد اطلاق عنوان رویه به یک رفتار دولتی، «پیشنهاد برخی حقوق‌دانان آن است که اطلاق عبارت رویه دولتی، به رفتارهایی محدود شود که در حد اقدام مستقیم بوسیله دولت مورد نظر بوده یا تأثیر مستقیم بر آن دولت دارد» (Weisburd, 2009: 303). گزارش انجمن حقوق بین‌الملل از اجلاس لندن، ویژگی‌های رفتار مورد نظر را اینگونه تعریف می‌کند: «برای اینکه رویه دولتی بتواند یک قاعده حقوق عرفی ایجاد نماید، باید به لحاظ داخلی و دسته جمعی یکسان باشد. یکسان بودن داخلی به این معنی است که دولت مد نظر باید در همه‌ی مواردی که درگیر عمل مورد بحث بوده به صورت یکسانی رفتار نموده باشد. یکسان بودن دسته جمعی به این معنی است که دول مختلف نباید رفتار متفاوتی (نسبت به موضوع مورد بحث) داشته باشند» (ILA, 2000: 21). در نگاهی دیگر همان‌گونه که رفتار دولت‌های درگیر در یک مسئله می‌تواند تأثیر تعیین‌کننده‌ای بر شکل‌گیری قواعد داشته باشد،

موضع آن‌ها می‌تواند از پیدایش یک قاعده جلوگیری نماید و به عبارت دیگر کارکرد یک رفتار را داشته باشد. انجمن حقوق بین‌الملل در این زمینه اعلام نموده: «مشروط بر آنکه مشارکت از پراکندگی کافی برخوردار باشد، معمولاً نیازی نیست که حتی اکثریت کشورها در رفتار مورد نظر دخیل بوده باشند البته موقوف به آنکه مخالفت جدی نسبت به آن رفتار وجود نداشته باشد.» (Scharf, 2014: 316).

دیوان بین‌المللی دادگستری با انعطاف در مورد تعداد کشورهای تأییدکننده عرف، بر کیفی بودن این مشارکت تأکید نموده است. «دیوان (در قضیه ماهیگیری) به پیش نیاز اقدام گسترده دولت‌ها اشاره کرده و در عین حال تأکید نموده که رفتار دولت‌هایی که منافع آن‌ها بصورت اخص متأثر شده، مهم‌ترین رفتار (در تدوین رویه) است. این بدان معنی است که پذیرش وجود یک قاعده عرفی صرفاً بحث اعداد و آمار نیست بلکه یک بعد کیفی مهم در این زمینه وجود دارد. به سخن دیگر و تا جایی که شامل کشورهایایی باشد که منافع آن‌ها بصورت اخص متأثر شده است، ممکن است شاخص بودن یک رفتار دولتی کفایت کند؛ لذا دیوان در قضیه فلات قاره (لیبی در برابر مالت) مقرر نمود پس از اینکه چند کشور مهم ساحلی ادعای مناطق انحصاری اقتصادی نموده‌اند، این اصل به یک قاعده حقوق بین‌الملل تبدیل شده هرچند که اکثریتی از دولت‌های ذی‌صلاح ساحلی هنوز ادعایی در مورد منطقه انحصاری اقتصادی مطرح ننموده‌اند (Ibid: 315). در عین حال این نکته مهم باید مدنظر باشد که موضوعی مانند فلات قاره با دفاع مشروع که مستقیماً مرتبط با کاربرد قوه قهریه است، تفاوت اساسی دارد زیرا دفاع مشروع به تعهدات عام‌الشمول و قواعد آمره مرتبط می‌شود؛ پس به سختی می‌توان پذیرفت که محدودیت عنصر مادی عرف در مورد آن مصداق داشته باشد.

«اسکارف» در دو مقاله ارزشمند خود، پس از اشاره به سنت چند دهه‌ای یا حتی چند قرنی برای شکل‌گیری عرف حقوقی در کشورهای مختلف، تأثیر رویه بین‌المللی بر شکل‌گیری عرف در موارد خاص را بر اساس مفهوم «نقطه عطف گروسیوسی»^۱ تبیین می‌کند: «مفهوم نقطه عطف گروسیوسی به معنی مقطعی از چنان تحول بنیادینی در نظام بین‌الملل است که طی آن، یک اصل حقوق بین‌الملل عرفی می‌تواند با سرعتی استثنایی شکل بگیرد. ... کمیسیون حقوق بین‌الملل اذعان نموده است که منشور و احکام دادگاه نورنبرگ موجب تولد پارادایم بین‌المللی مسئولیت کیفری فرد شد. ... فاصله

۱. The Grotian Moment

پایان جنگ تا جلسه مجمع عمومی که اصول نورنبرگ را تصویب نمود، یکسال بیشتر نبود ... اما علی‌رغم رفتار دولتی محدود و زمان حداقلی، ... منشور و احکام نورنبرگ بلافاصله وارد حقوق بین‌المللی کیفری گردید» (Ibid: 332-334).

در کنار مباحث ناظر بر رویه و درک حقوقی به‌عنوان منابع سنتی عرف، در سال‌های اخیر نظریه‌ای مبنی بر ایفای نقش معاهدات بین‌المللی هنجارساز در تأسیس عرف شکل گرفته است. «روزبه باکر» در مقاله‌ای می‌نویسد: «در دهه‌های اخیر شاهد یک جریان منسجم در میان پژوهشگران حقوقی بوده که خواسته‌اند منابع حقوق بین‌المللی عرفی را فارغ از اتکای مطلق بر این دو منبع بازتعریف نمایند. این جریان پژوهشی نهایتاً استدلال می‌کند که معاهدات بین‌المللی، به‌ویژه معاهداتی که شامل تعهدات حقوق بشری است، در واقع هنجارهای حقوقی بین‌المللی ایجاد می‌نماید زیرا اینگونه کنوانسیون‌ها بصورت اجتناب‌ناپذیری صرفاً تدوین هنجارهای موجود حقوقی نیستند بلکه برعکس، هنجارهای جدید خلق می‌نمایند» (Baker, 2010: 178).

۲-۲. نظریه‌های برتری محوریت عنصر «درک حقوقی» یا «رفتار دولتی» در تدوین عرف پژوهشگران و حقوق‌دانان در حقوق بین‌المللی عرفی عموماً به دو دسته حامیان برتری «درک حقوقی» یا برتری «رفتار دولت‌ها» در شکل‌گیری عرف دولتی تقسیم می‌شوند؛ اما برخی بر امکان برقراری یک تعادل سیال میان این دو عنصر نیز استدلال کرده‌اند.

حامیان نظریه برتری «درک حقوقی» دولت از رفتار خود، یا همان عنصر معنوی / روانی عرف، معتقدند؛ این عنصر اولاً موجب تفکیک رفتارهای فاقد ماهیت حقوقی از رفتارهای بالقوه حقوقی می‌شود و دوم اینکه رفتارهای اخیر را به هنجارهای حقوقی تبدیل می‌کند. «اسکارف» با گسترش این بحث معتقد است: به طور کلی دو تفکر کاملاً متعارض نسبت به ماهیت و نقش عنصر معنوی وجود دارد؛ «نظریه اختیار»^۱ می‌گوید چون دولت‌ها حاکمیت دارند، نمی‌توان آن‌ها را بدون رضایتشان به تعهدات حقوقی متعهد نمود (اعم از اینکه به‌واسطه معاهده باشد یا حقوق عرفی). لذا حقوق بین‌الملل عرفی از نظر باورمندان به نظریه اختیار، تجلی رضایت دولت تلقی می‌شود. نظریه

۱. Theory Voluntarist

رقیب یا نظریه «باور»^۱ معتقد است نیروی تعهدآور عرف مبتنی بر باور دولت به ضرورت حقوقی یا مجاز بودن رفتار مورد نظر است» (Scharf, Op cit: 322-323).

به هر ترتیب رویه یا رفتار دولت‌ها به‌عنوان نماد بیرونی حاکمیت دولت‌ها تلقی می‌شود. بر این اساس، تحول در روابط بین‌الملل و توسعه مباحث آکادمیک به زیان حاکمیت موجب شده است طیفی از حقوق‌دانان اهمیت بیشتری برای درک حقوقی در مقایسه با رفتار دولت‌ها قائل شوند و نقش رویه نسبت به درک حقوقی را امری غیرضروری تعریف نمایند (Aishabibi, 2013: 1090). به سخن دیگر و بر اساس این باور، اگر دولت‌ها وجود برخی هنجارهای حقوقی را بپذیرند، برای تدوین عرف نیازی به احراز وجود سایر عناصر مانند رویه دولتی نیست. «پیترسون» در مقاله خود پس از بحث مفصل در مورد دلایل نظری امر - که در ادامه بحث مورد اشاره قرار می‌گیرد - معتقد است رفتار دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه نیکاراگوا نیز موید این برداشت است؛ زیرا علیرغم اذعان دیوان به اینکه حقوق عرفی شامل رویه و درک حقوقی است، اما در تحلیل داده‌های پرونده، صرفاً بر عنصر درک حقوقی تمرکز نموده است. او در نهایت نتیجه می‌گیرد که کارکرد رویه دولتی در حد نشان دادن قرائنی از وجود درک حقوقی است؛ اما برای اثبات وجود حقوق عرفی، نیازی به اثبات وجود رویه نیست (PETERSEN, 2008: 280). برخلاف برداشت پیترسون از رأی دیوان، عدم اتکای رأی دیوان بر رویه را نمی‌توان دلیل یا قرینه معتبری برای نفی اهمیت رویه دانست؛ زیرا ممکن است دیوان در این مورد خاص، اتکا بر عنصر معنوی را برای استدلال خود کافی دانسته و ضرورتی برای ارجاع به عنصر مادی عرف ندیده باشد.

گروه دیگری از حقوق‌دانان برخلاف نظریه پیشین و با تبیین انگیزه‌های رفتار بازیگران، استدلال می‌نمایند که درک حقوقی در انگیزه کنش‌گر دولتی بی‌تأثیر است؛ لذا دلیلی ندارد که برای آن نقشی در تدوین عرف قائل بشویم. «گلدسمیت» و «پوسنر» در مقاله مستدل خود رفتارهای کنش‌گران دولتی برای پیگیری منافع خود را در قالب چهار الگوی تقارن منافع^۲، اجبار^۳، هماهنگی^۴ و

۱. Belief Theory

۲. Coincidence of Interest

۳. Coercion

۴. Coordination

همکاری دوسویه ذیل معمای زندانی^۱ تبیین می‌کند و نتیجه می‌گیرند: «برخلاف برداشت سنتی در حقوق بین‌الملل عرفی، اینگونه نیست که قواعد بین‌المللی رفتار دولت‌ها نتیجه تمکین نسبت به هنجاری باشد که احساس می‌کنند به لحاظ حقوقی متعهد به پیروی از آن هستند. سمت و سوی علیت (در این قضیه) برعکس است. موضوع این نیست که پدیده‌ای بنام حقوق بین‌الملل عرفی موجب می‌شود تا دولت‌ها به شکل خاصی رفتار کنند؛ بلکه برعکس، حقوق بین‌الملل عرفی برجسیبی است که به قواعد رفتاری ناشی از تعامل مللی که منافع خود را پیگیری می‌کنند، الصاق می‌شود (Goldsmith & Posner, 1999: 10).

به موازات دو دسته نظریه‌های فوق‌الذکر، گروهی از حقوق‌دانان نیز تلاش نموده‌اند با ارائه «نظریه رابطه متوازن شونده»^۲، نسبت سیالی میان دو نقش عناصر دوگانه معنوی و مادی در ایجاد عرف برقرار نمایند. «فردریک کیرگیس» این نظریه را بر اساس ماهیت توازن‌بخش غلبه هر یک از دو عنصر عرف تبیین نموده است: «در معادله متوازن شونده (رویه و درک حقوقی)، رویه دولتی مستمر و مکرر می‌تواند بدون نیاز به نمایش زیاد (یا هرگونه نمایش) درک حقوقی، یک قاعده عرفی ایجاد کند؛ مشروط به اینکه مخالفی نداشته باشد. اما زمانی که استمرار و تکرار رویه کاهش پیدا می‌کند، نمایش قوی‌تر از وجود یک درک حقوقی (برای ایجاد قاعده عرفی) ضرورت خواهد داشت. در سوی دیگر معادله، یک درک حقوقی کاملاً مشهود هم قاعده عرفی ایجاد می‌کند؛ بدون نیاز به اینکه نشان داده شود دولت‌ها به وفور (یا حتی هیچ) طبق قاعده مورد ادعا رفتار کرده‌اند» (Kirgis, 1987: 149). «پترسون» و «کلارک آرنند»^۳ تلاش نموده‌اند رابطه بین رویه و درک حقوقی را از طریق معرفی نسبت اصول و قواعد تبیین کنند. پترسون در این راستا اصول را مفاهیمی ارزش‌پایه و قواعد را مفاهیمی رفتارپایه معرفی می‌نماید و در جمع‌بندی بحث مفصل خود، اصول را در سه موضع حائز ارجحیت بنیادین معرفی می‌کند: «در مواردی که قاعده خاصی بر آن‌ها حاکم نیست، در شرایطی که مجموعاً قواعد مورد نظر بصورت صریح یا ضمنی به اصول خاصی ارجاع بدهد، و زمانی که قواعد موضوع تفسیر قرار گرفته و می‌توان به واسطه اصول زیربنایی آن‌ها را تحدید نمود»

۱. bilateral repeat prisoner's dilemma

۲. Sliding Scale Theory

۳. Clark Arend

(PETERSEN, Op.cit: 287-291). بنابراین پترسون در نهایت اصول را بر قواعد غالب می‌داند. «کلارک آرند» نیز در چارچوب همین معیار، حل مشکل تعارض قواعد را بر اساس اصل رضایت دولت بعنوان رکن حقوق بین‌الملل و معیار «کنترل و قدرت قاعده حقوقی»^۱ پیشنهاد می‌کند. «از آنجایی که عرف و معاهدات بصورت برابری، منبع حقوق بین‌الملل تلقی می‌شوند؛ تعارض میان آن‌ها بوسیله قواعدی حل می‌شود که مورد رضایت و توافق دولت است. این امر می‌تواند از این طریق محقق گردد که احراز شود کدام قاعده دربرگیرنده دو عنصر کنترل و قدرت است. قاعده مورد نظر برای اینکه قدرت داشته باشد باید از نظر دولت، قانون حاکم تلقی بشود. به زبان سنتی حقوق، قاعده مورد نظر باید در موضع «درک حقوقی» باشد. دوم اینکه آن قاعده باید رفتار دولت را کنترل کند و در رفتار عملی دولت منعکس بشود» (Clark Arend, 2003: 99).

هر دو گروه از معتقدان به برتری رویه یا درک حقوقی، استدلال‌های ملموسی در حمایت از نظر خود دارند؛ لیکن همانگونه که در ادامه خواهیم دید، دیوان بین‌المللی دادگستری هیچ‌گاه اهمیت یکی از این دو عنصر عرف نسبت به دیگری را کاهش یا افزایش نداده است. هرچند که ظاهراً در آرای نهایی خود استناد کمتری به رویه نموده است. بنابراین و به اعتبار منطبق «نظریه رابطه متوازن شونده» میان رویه و درک حقوقی، به نظر می‌رسد این نظریه بهتر توانسته است جایگاه هر دو عنصر در ایجاد عرف را تبیین کند.

۲-۳. رویکرد دیوان بین‌المللی دادگستری نسبت به رویه‌ی دولت‌ها

موضوع کلان رویه در حقوق بین‌الملل عرفی عموماً ذیل رویه‌ی دولت‌ها، رویه قضایی بین‌المللی از جمله آرای دیوان بین‌المللی دادگستری و رویه سازمان‌های بین‌المللی ذیربط از جمله سازمان ملل متحد مطرح می‌شود. بر این اساس، برخی از حقوق‌دانان در کنار رویه و درک حقوقی بعنوان مبانی شناخته شده حقوق عرفی، برای قطعنامه‌های سازمان ملل و آرای دیوان شأن تأسیسی در عرف و حقوق بین‌الملل عرفی قائل شده‌اند (Baker, Op.cit: 175). البته دیوان به واسطه توجه به رویه دولت‌ها، نقش برجسته‌ای در شناسایی عرف و ایجاد رویه قضایی در این زمینه داشته است.

دیوان بین‌المللی دادگستری در آرای متعددی به بحث رویه پرداخته است. در عین حال و صرف نظر از محتوای رویکرد دیوان نسبت به رویه، مطالعه «ویسبورد» در یک دوره تقریباً ۲۵ ساله

۱. Authority and control

حاکمی از تعامل دیوان با این موضوع نشان می‌دهد که این نهاد در آرای خود بصورت محدودی بر رویه اتکا داشته است. همچنین این بررسی نشان می‌دهد که دیوان در این دوره راجع به شش پرونده ترافیعی و دو رأی مشورتی بر اساس حقوق بین‌المللی عرفی رأی صادر نموده است؛ لذا بطور طبیعی به بحث رویه نیز پرداخته است. «بین سال‌های ۱۹۸۴ تا ۲۰۰۷ دیوان شماری از پرونده‌ها را بر اساس حقوق بین‌الملل عرفی حل و فصل کرد؛ اما صرفاً یک پرونده بر اساس قاعده حقوق بین‌الملل عرفی برگرفته از رویه دولتی نهایی شد. دو پرونده دیگر نیز بر اساس رویه دولتی بعنوان یکی از منابع قاعده مورد استناد نهایی شد؛ اما در عین حال بر منابع غیر رویه‌ای نیز متکی بود. بالاخره دیوان یک پرونده را هم بر اساس فقدان رویه دولتی در حمایت از قاعده‌ای که شاکی به آن متوسل شده بود؛ نهایی کرد (Weisburd, Op cit: 310-316).

به‌رغم اهمیت برداشت کلان و بیسپرد، عدم اتکای برجسته آرای دیوان بین‌المللی دادگستری بر حقوق بین‌المللی عرفی یا رویه مانع از اظهار نظر دیوان نسبت به بحث دفاع مشروع نبوده است. بررسی انجام شده توسط «قاسمی و چهاربخش» نشان می‌دهد که «رویه قضایی دیوان پس از واقعه یازدهم سپتامبر حاکمی از اعتقاد به عام‌الشمول بودن قاعده منع توسل به زور و ارائه تفسیری موسع از قاعده مذکور و در عوض، با رویکردی مضیق به استثنائات، از جمله دفاع مشروع است. دیوان در رویه خود، بر مبنای حقوق معاهده‌ای و عرفی، در رأی سکوه‌ای نفتی به تقویت شرط حمله مسلحانه پرداخت و تلاش کرد تفسیر مضیقی از مفهوم حمله مسلحانه ارائه بدهد به گونه‌ای که موارد توسل به زور با شدت کم‌تر و در مقیاس کوچک، حمله‌ی مسلحانه محسوب نشوند. همچنین ضرورت وجود عنصر روانی قصد حمله‌ی مسلحانه را جهت وقوع حمله مسلحانه برای اولین بار مطرح کرد. دیوان رعایت شروط ضرورت و تناسب را نیز در دفاع مشروع ضروری دانست و بر مشروع بودن هدف نظامی به موجب حقوق بین‌الملل بشردوستانه تأکید ورزید. دیوان در نظریه مشورتی دیوار حائل تأکید کرد که ماده ۵۱ منشور صرفاً وجود حق ذاتی دفاع مشروع را در قبال حملات مسلحانه یک کشور علیه کشور دیگر مورد شناسایی قرار می‌دهد. در قضیه فعالیت‌های مسلحانه در سرزمین کنگو، دیوان ضمن تأکید و وفاداری به اصول پرونده نیکاراگوئه، به ویژه بر معیار کنترل مؤثر به عنوان آستانه تحقق مسئولیت دولت در حملات نیروهای نامنظم، تأکید کرد» (قاسمی و چهاربخش، ۱۳۹۰: ۱۹۲).

نفی و دیوار حائل، به این نتیجه رسیده‌اند که «حقوق بین‌الملل کنونی چیزی به نام دفاع مشروع پیش‌دستانه را شناسایی نکرده است» (موسوی و حاتمی، ۱۳۸۵: ۳۲۲).

۲-۴. رویه‌ی سازمان ملل نسبت به تفسیر موسع از ماده ۵۱ برای مقابله با تروریسم

تأثیر اقدامات سازمان‌های بین‌المللی بر شکل‌گیری رویه، میان حقوق‌دانان محل اتفاق نظر است. استدلال بنیادین در این بحث آن است که «چون سازمان‌های بین‌المللی شخصیت حقوقی عینی دارند از تابعان فعال و مستقل نظام حقوق بین‌الملل محسوب می‌شوند و در کنار دولت‌ها می‌توانند در فرایند خلق حق و تکلیف در جامعه بین‌المللی نقش آفرینی کنند ... از این رهگذر، سازمان می‌تواند مستقلاً و در کنار دولت‌ها، سازنده رفتاری باشد که در نهایت منجر به خلق قاعده عرفی شود» (زرنشان، ۱۳۹۴: ۲۱۲). بدون تردید رفتار سازمان ملل و مشخصاً شورای امنیت که وفق ماده ۲۴ منشور، متولی اولیه صلح و امنیت بین‌المللی شناخته می‌شوند، نقشی تعیین‌کننده در این زمینه دارند؛ لذا مطالعه آن در بحث این مقاله نیز اجتناب‌ناپذیر است.

موضوع تروریسم از اوایل دهه هفتاد مورد توجه شورای امنیت، مجمع عمومی و دبیرکل سازمان ملل قرار گرفته است (جلالی و همکاران، ۱۳۹۴: ۸۵-۱۱۲). شورای امنیت از سال ۱۹۷۰ تاکنون ۵۳ قطعنامه^۱ و مجمع عمومی از سال ۱۹۷۲ حداقل ۸۱ قطعنامه^۲ در مورد مبارزه با تروریسم تصویب نموده است. قطعنامه‌های (۲۰۰۱) ۱۳۶۸ و (۲۰۰۱) ۱۳۷۳ شورای امنیت، «استراتژی جامع ضد تروریسم سازمان ملل^۳» و قطعنامه (۲۰۰۵) ۳۱۴/۵۹ اجلاس سران سازمان ملل^۴ همراه با گزارش

۱. برای مشاهده فهرست و لینک این قطعنامه‌ها بنگرید به این پایگاه سازمان ملل مشاهده شده در خردادماه ۹۶:

<http://www.securitycouncilreport.org/>

۲. برای مشاهده فهرست و لینک این قطعنامه‌ها بنگرید به این پایگاه سازمان ملل مشاهده شده در تیرماه ۹۶:

http://www.un.org/apps/news/infocus/terrorism/ga_resolution.asp

۳. The United Nations Global Counter-Terrorism Strategy.

این استراتژی ۸ سپتامبر ۲۰۰۶ ذیل قطعنامه ۲۸۸/۶۰ به تصویب مجمع عمومی رسید و متعاقباً طی قطعنامه‌های (۲۰۰۸) ۲۷۲/۶۲، (۲۰۱۰) ۲۷۹/۶۴ و (۲۰۱۲) ۲۸۲/۶۶ مورد بازنگری و تکمیل قرار گرفته است. برای لینک این اسناد بنگرید به این پایگاه اینترنتی مشاهده شده در خرداد ۹۶:

<http://www.un.org/en/sc/ctc/resources/res-ga.html>

۴. UN General Assembly Resolution A/RES/59/314

«توصیه‌های دبیرکل برای مبارزه فراگیر با تروریسم^۱» مهم‌ترین اسناد در این زمینه هستند. اما این اسناد چه رویکردی نسبت به دفاع مشروع پیشگیرانه به عنوان مصداق تفسیر موسع از ماده ۵۱ منشور دارند؟

گسترده‌گی ورود شورای امنیت به این موضوع که موجب تاسیس ساختارهای متعدد زیر نظر شورا شده به حدی است که «فلسفی» عملکرد شورای امنیت را خارج از حدود اختیارات این نهاد ارزیابی می‌نماید (فلسفی، ۱۳۸۹: ۲۴۶-۲۴۷). بنا بر این شورا در این شرایط بصورت بالقوه می‌توانسته است وارد بحث دفاع مشروع و به دنبال آن، تفسیر موسع از ماده ۵۱ نیز بشود.

به رغم آمار قابل توجه قطعنامه‌های شورای امنیت در مورد تروریسم و پرداختن به ابعاد مختلف موضوع در این قطعنامه‌ها، شورا صرفاً در دو قطعنامه (۲۰۰۱) و ۱۳۶۸ (۲۰۰۱) و ۱۳۷۳ به دفاع مشروع اشاره کرده است.^۲ بند سوم از مقدمه قطعنامه ۱۳۶۸ مقرر می‌دارد: «با اذعان به حق ذاتی دفاع مشروع فردی یا جمعی وفق منشور ملل متحد». بند چهارم مقدمه قطعنامه ۱۳۷۳ نیز با تکرار همین ادبیات عنوان می‌نماید: «با تأیید دوباره حق ذاتی دفاع مشروع فردی یا جمعی آن‌گونه که در منشور شناسایی شده و در قطعنامه ۱۳۶۸ مورد تأکید قرار گرفته است». با توجه به اینکه هر دو قطعنامه در مورد مبارزه کشورها با تروریسم در قلمرو کشور دیگر است، دو بند یادشده را اجمالاً می‌توان قرینه‌ای بر امکان بالقوه تفسیر موسع از دفاع مشروع ذیل ماده ۵۱ دانست؛ اما چون متن قطعنامه‌ها تصریحی بر این امر ندارد، تأیید این احتمال نیز مستلزم بررسی عمیق‌تر است.

از نظر شکلی پاراگراف‌های یادشده در قطعنامه‌هایی مطرح شده که به تروریسم می‌پردازد؛ لیکن تصریحی مبنی بر ارتباط میان دفاع مشروع و تروریسم یا ابعاد مختلف آن ندارد و صرفاً بر حق دفاع مشروع تأکید نموده است. این نکته از آن جهت مهم است که شورا به لحاظ سیاسی و فضای روانی حاکم پس از حادثه ۱۱ سپتامبر، هیچگونه محدودیتی برای بیان دیدگاه‌های خود نداشته است. از طرف دیگر هر دو پاراگراف در بخش‌های مقدماتی قطعنامه‌ها درج شده که بار اجرایی ندارد؛ اما بخش اجرایی دو قطعنامه هیچ‌گونه اشاره‌ای به موضوع دفاع مشروع ندارد.

۱. Resolution No. A/60/825 (2006): Uniting against terrorism: recommendations for a global counter-terrorism strategy.

۲. قطعنامه (۲۰۱۴) ۲۱۸۵ شورا با موضوع نیروهای حافظ صلح نیز در پاراگراف ششم بخش مقدماتی به مفهوم دفاع مشروع اشاره‌ای دارد اما بدون هرگونه ورود به موضوع و صرفاً به صورت شکلی، استثناء کاربرد زور ذیل این مفهوم را یادآوری کرده است.

در قطعنامه ۱۳۶۸ که بلافاصله پس از حادثه ۱۱ سپتامبر صادر شد، بند ۱ اجرایی بدون هرگونه اشاره به تعرض به یک کشور عضو، این اقدام را صرفاً تهدید علیه صلح و امنیت بین‌المللی خوانده است؛ ضمن اینکه در بند ۵ آمادگی شورا برای اتخاذ همه اقدامات لازم «ذیل منشور» را اعلام می‌نماید. بنابراین، شورا در این قطعنامه هیچ مجالی برای باز نمودن بحث دفاع مشروع باقی نگذاشته است. از نظر محتوایی، در متن هر دو پاراگراف بلافاصله پس از اشاره به حق ذاتی کشورها در توسل به دفاع مشروع، تصریح می‌نماید: «وفق منشور؛ آن‌گونه که در منشور شناسایی گردیده است». بنابراین حدود مورد نظر شورا از این پاراگراف‌ها، چیزی فراتر از حدود منشور نیست و لذا این پاراگراف‌ها تحول جدیدی به سود منطق دفاع مشروع پیشگیرانه ایجاد نکرده است. شاید استدلال شود که قطعنامه‌های ۱۳۶۸ و ۱۳۷۳ در شرایط اضطرار صادر شده و طراحان آن‌ها فرصت کافی برای درج همه جزئیات در قطعنامه‌ها را نداشته‌اند. در صورت درستی این فرض، شورا در قطعنامه‌های بعدی در مورد تروریسم از جمله (۲۰۰۱) ۱۳۷۷، (۲۰۰۱) ۱۳۷۸، (۲۰۰۲) ۱۳۹۰، (۲۰۰۳) ۱۴۵۵، (۲۰۰۳) ۱۴۵۶، (۲۰۱۲) ۲۰۳۸ و (۲۰۱۵) ۲۲۴۹ که به نوعی از ظرفیت لازم در این زمینه برخوردارند، فرصت داشته این کاستی را جبران نماید اما در این قطعنامه‌ها هیچ‌گونه اشاره‌ای به اصل دفاع مشروع یا ارتباط آن با تروریسم نشده است.

افزون بر رویکرد فوق‌الذکر شورای امنیت و بر اساس مطالعه «نیکو کریچ»، رویه دولت‌ها در جنگ مالیوناس / فالکلند، جنگ ایران و عراق، جنگ بالکان، جنگ دوم خلیج فارس برای آزادی کویت، جنگ اریتره و اتیوپی تا اندازه‌ی زیادی نشان می‌دهد دولت‌های یادشده پذیرفته‌اند که شورای امنیت برای ترک خصومت، حق آن‌ها بر دفاع مشروع را محدود کند (Krisch, 2001: 406-407)؛ از سوی دیگر، رویه فزاینده شورا در انتقال ضمنی مسئولیت‌های اجرایی رسیدگی به موضوع

۱ In accordance with the Charter و As recognized by the Charter در قطعنامه ۱۳۷۳

۲. این قطعنامه ذیل بند ۵ با درخواست از کشورهای عضو برای «انجام همه اقدامات لازم / To take necessary measures / all» علیه گروه‌های تروریستی مشخص شده توسط سازمان ملل در سوریه و عراق، قرینه امکان کاربرد زور را دارد. اما اولاً ذیل فصل هفتم منشور صادر نشده و لذا الزام آور نیست، ثانیاً تصریح یا تلویحی در مورد ارتباط با دفاع مشروع ندارد. استارسکی بر این اساس، موضوع این قطعنامه را «دفاع جمعی» ذیل منشور دانسته است. بنگرید به:

Paulina Starski (2015), "Legitimized Self-Defense" – Quo Vadis Security Council?, last visited July 2017 at:

<https://www.ejiltalk.org/legitimized-self-defense-quo-vadis-security-council/>

تروریسم به ساختارهای هفت گانه تاسیس شده زیر نظر شورا (بنگرید به: جلالی و دیگران، همان: ۹۶) و همچنین روند تقویت ادبیات شورا در مورد تهدید تروریسم علیه «صلح و امنیت بین‌المللی» که حوزه اصلی مسئولیت شورا تلقی می‌شود، عملاً مجال تفسیر موسع از ماده ۵۱ که به معنی اختیار بیشتر کشورها در توسل به زور است را به شدت بیشتر کاهش می‌دهد.

گزارش‌های دبیرکل و قطعنامه‌های مصوب مجمع عمومی نیز مؤید رویه شورای امنیت است. در «استراتژی جامع سازمان ملل برای مقابله با تروریسم» و قطعنامه اجلاس سال ۲۰۰۵ سران سازمان ملل که اولین بار پس از حادثه ۱۱ سپتامبر و با هدف بررسی اصلاحاتی در سازمان ملل در خصوص امنیت جمعی به منظور مقابله با تهدیدات ناشی از تروریسم و سلاح‌های کشتار جمعی بر گزار گردید، هیچ اشاره‌ای به حق دفاع مشروع یا ارتباط آن با تروریسم نشده است. این رویه در گزارش سال‌های ۲۰۰۴ و ۲۰۰۵ دبیرکل سازمان ملل^۱ در خصوص مبارزه با تروریسم نیز ادامه یافته است. گزارش اول پس از بحث مبسوط طی بندهای ۱۸۸ تا ۱۹۱ در مورد تفسیرهای مضیق و موسع از ماده ۵۱ منشور و تأثیر تحولات جدید ناشی از تهدید تروریسم بر تفسیر از اصل دفاع مشروع، نهایتاً در بند ۱۹۲ تصریح می‌نماید «ما از بازنویسی و باز تفسیر ماده ۵۱ منشور حمایت نمی‌کنیم» (High-level Panel, 2004: 192). در گزارش سال ۲۰۰۵ نیز تصریح می‌نماید: «در مواردی که تهدیدها پنهان اما غیرفوری است، منشور اختیار کامل کاربرد زور از جمله به صورت پیشگیرانه را برای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی به شورای امنیت داده است» (In Larger Freedom, 2005: 125). این بند هرچند به مفهوم کاربرد زور بصورت پیشگیرانه اشاره دارد، اما اولاً از مفهوم دفاع مشروع یا ماده ۵۱ استفاده نکرده است که به نظر می‌رسد تعمدی بوده؛ زیرا دفاع مشروع فردی هم یک گزینه مشروع است و دبیرکل مایل نبوده مجالی برای این برداشت فراهم کند، و ثانیاً بلافاصله وظیفه متعارف شورای امنیت در این زمینه را یادآوری می‌کند تا مرجع بحث مشخص باشد و لذا از این نظر هم مجالی برای ارجاع موضوع به دفاع مشروع پیشگیرانه باقی نگذاشته است. این رویکرد در واقع تکرار مفاد مواد مرتبط منشور در

۱ این دو گزارش به ترتیب عنوان و منبع. آخرین بازدید خرداد ۹۶.

- Note by the Secretary-General, Adopted under UNGA Resolution A/59/565

http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/59/565&referer=http://www.un.org/en/events/pastevents/a_more_secure_world.shtml&Lang=E

- In larger freedom: towards development, security and human rights for all, Report of the Secretary-General, adopted under UNGA Resolution A/59/2005

http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/59/2005

خصوص مسئولیت‌های شورای امنیت از جمله مواد (۱) ۲۴ و ۳۹ است که به ترتیب، مسئولیت اولیه حفظ صلح و امنیت بین‌المللی را بعهده شورا واگذار نموده و این نهاد را برای «احراز وجود هرگونه تهدید» صالح معرفی می‌نماید.

بر اساس توضیحات و مستندات فوق می‌توان گفت رویکرد شورای امنیت، مجمع عمومی و دبیرکل سازمان ملل در خصوص تروریسم نه تنها امکان تفسیر موسع از ماده ۵۱ در قالب دفاع مشروع پیشگیرانه را تأیید نکرده بلکه حتی برعکس، رویه شورای امنیت ناظر بر تقویت نقش مستقیم این نهاد در مبارزه با تروریسم بوده و قرائن موجود از رفتار مجمع و دبیرکل نیز موید و در راستای همین رویه است.

نتیجه

مقاله حاضر در پی پاسخی به این پرسش بود که آیا اصول تفسیر و رویه امکان تفسیر موسع از ماده ۵۱ منشور را فراهم می‌آورند تا به گونه‌ای شامل دفاع مشروع پیشگیرانه هم بشود و کشورها بتوانند بر اساس آن، در قلمرو کشور دیگری علیه یک گروه تروریستی متوسل به زور بشوند؟ در این راستا نظریه‌های عمده موجود در مورد رویه و تفسیر بررسی شد و رویه دیوان و سازمان ملل نیز ارزیابی گردید.

در بحث تفسیر و پیش از جمع‌بندی نظریه‌های مطرح شده، لازم است تاکید شود که اصولاً نفس ضرورت یا عدم ضرورت توسل به تفسیر در مورد این موضوع محل مناقشه است. توسل به تفسیر زمانی موضوعیت دارد که ابهامی در مقرره یا معاهده مورد نظر وجود داشته باشد اما نص ماده ۵۱ کاملاً روشن بوده و توسل به دفاع مشروع را موقوف به وقوع یک حمله مسلحانه کرده است. از طرف دیگر منع توسل به زور به عنوان هدف اصلی نهفته در منشور و یک قاعده آمره مورد اجماع است؛ لذا ذیل قاعده «هدف و موضوع» هم مجالی برای تفسیر موسع باقی نمی‌ماند. بنابراین هرگونه امکان توسل به تفسیر خارج از حدود حقوق بین‌الملل قرار می‌گیرد. لذا از میان نظریه‌های تفسیر، صرفاً نظریه کولب می‌تواند بستر تفسیر موسع باشد؛ اما این نظریه همان‌گونه که تشریح شد، از نظر محتوایی و شکلی به شدت با چالش روبرو است.

در حوزه رویه، بررسی مقاله حاضر نشان داد که توسل به دفاع مشروع پیشگیرانه از سوی سازمان ملل رد شده است. همچنین دیوان بین‌المللی دادگستری نیز عموماً تلاش نموده در محدوده تفسیر

مضیق از ماده ۵۱ باقی بماند؛ ضمن اینکه اصولاً در آرای خود اتکای ملموسی بر رویه ننموده است. مطالعه رفتار دولت‌هایی که با استناد به دفاع مشروع متوسل به زور شده‌اند از یک سو نشان دهنده روندی از واگذاری موضوع به شورای امنیت است و از سوی دیگر یا ارتباط اقدامات آن‌ها با دفاع مشروع پیشگیرانه با ابهام روبروست، یا ادعای دفاع مشروع آن‌ها از سوی شورای امنیت، مجمع عمومی سازمان ملل یا دیوان رد شده و در نهایت این اقدامات با اعتراض کشورهای دیگر روبرو بوده است (زیب، ۱۳۹۴: ۳۶-۵۰). بنابراین رفتار دولت‌ها نه تنها قرینه متقنی از شکل‌گیری عرف را نشان نمی‌دهد بلکه بیشتر ناظر بر عدم شکل‌گیری عرف مورد ادعا در این زمینه است. حال فراتر از این بحث فنی، نکته اساسی‌تر آن است که حتی تکرار اقدامات و ادعای برخی دولت‌ها در این زمینه لزوماً برای ایجاد رویه و عرف کفایت نمی‌کند؛ زیرا اساسی‌ترین معیار در ارزیابی حقوقی اقدام نظامی یک کشور در بیرون از مرزهای خود، قاعده آمره منع توسل به زور است. رفتار مغایر با این قاعده اصولاً مردود است؛ زیرا «رویه دولتی مغایر با یک هنجار حقوق بین‌الملل عرفی یا انحراف دائم از این هنجار، هنجار جدیدی ایجاد نمی‌کند؛ بلکه بر اساس دکترین سلسله مراتب منابع حقوق بین‌الملل، نقض آن هنجار تلقی می‌شود» (Thou Gathii, 2005: 70).

با توجه به مجموعه مباحث و ادله مطرح شده در دو حوزه تفسیر و عرف، به این نتیجه می‌رسیم که تفسیر موسع از ماده ۵۱ منشور به گونه‌ای که شامل دفاع مشروع پیشگیرانه نیز بشود، امکان‌پذیر نیست و نظریه دفاع مشروع پیشگیرانه از نظر مبانی حقوق بین‌الملل قراردادی و عرفی مورد قبول نیست.

به رغم این واقعیت علمی، بدون تردید گستردگی و درجه بالای تهدید تروریسم به‌ویژه پس از ظهور گروهی مانند داعش، نقطه عطفی در حوزه نیاز به حقوق مبارزه با تروریسم ایجاد نموده است اما همانگونه که این مقاله نشان داد، تلاش‌های وافر حقوق‌دانان از جمله با توسل به رویه و تفسیر موسع نتوانسته است پاسخ منسجم و مورد اجماعی در حقوق بین‌الملل برای این نیاز مهم بدهد. اگر بخواهیم از مکانیزم‌های «تدوین و توسعه» در حقوق بین‌الملل برای تبیین این وضعیت کمک بگیریم، می‌توان گفت تحول مربوط در حقوق بین‌الملل عرفی یا قراردادی هنوز به جایگاهی نرسیده است که نیاز حقوقی برای مبارزه با تهدید تروریستی فرامرزی را بتواند از طریق «تدوین» پاسخ بدهد. اما این امر نافی وجود مسئله جدی تروریسم و نیاز به تمهید مبانی حقوقی برای تدبیر قانونمند آن نیست؛ لذا به نظر می‌رسد این مهم باید از طریق تلاش نظری در جهت «توسعه» حقوق بین‌الملل

مبارزه با تروریسم انجام شود. در این راستا، پژوهش حاضر معیار سه گانه زیر را به عنوان مبنای حقوقی اقدام علیه یک تهدید تروریستی به استناد ماده ۵۱ منشور پیشنهاد می نماید:

۱) تعیین «کیفیت تهدید»: بر اساس این معیار باید مشخص شود تهدید متصور از ناحیه گروه تروریستی، یک تهدید متعارف است که در صورت عملیاتی شدن قابل مهار است یا بر اساس پیشینه گروه و ظرفیت های آن، ممکن است تهدید کلان و احیانا وجودی برای کشور هدف یا علیه گروه بزرگی از شهروندان آن ایجاد کند؟

۲) اعمال «قاعده توان و تمایل»: کشور هدف باید بر اساس سوابق، ارزیابی ملموس و یا مستندی از توان و تمایل کشور محل استقرار گروه تهدید کننده برای اقدام در جهت پیشگیری از تهدید ارائه نماید؟

۳) اعمال «قاعده سرکوب کن یا اجازه سرکوب بده»: پس از تامین دو معیار پیشین، کشور هدف باید بر سیاق «قاعده محاکمه کن یا برای محاکمه مسترد کن»، از کشوری که توسط گروه تروریستی به عنوان پناهگاه استفاده می شود بخواهد تروریست ها را سرکوب کند. در صورت عدم توان یا عدم تمایل این کشور، شرط سوم برای اقدام کشور هدف علیه گروه تروریستی محقق خواهد شد. چنانچه این سه معیار تامین شد، کشور مورد تهدید باید مجاز باشد ذیل ترتیبات ماده ۵۱ منشور، علیه تهدید یک گروه تروریستی در قلمرو کشور دیگر متوسل به زور بشود.

منابع

فارسی

- جلالی، محمود؛ ریسی، لیلا؛ حبیبی مجنده، محمد و زیب، رضا (۱۳۹۴)، **تحول رویکرد به تروریسم در اسناد بین‌المللی: خلاءهای حقوقی و پیامدها**، نشریه علمی - پژوهشی فقه و حقوق اسلامی، سال ششم، شماره یازدهم، پاییز - زمستان ۹۴، صفحات ۸۵-۱۱۲.
- زیب، رضا (۱۳۹۴)، **تفسیر موسّع از اصل دفاع مشروع در پرتو رویه دولت‌ها**، رساله دکتری حقوق بین‌الملل، دانشگاه آزاد اسلامی اصفهان (خوراسگان).
- زرنشان، شهرام (۱۳۹۰)، **مفهوم و ماهیت «عنصر روانی» در فرایند شکل‌گیری قواعد حقوق بین‌الملل عرفی**، فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی، زمستان ۱۳۹۰، دوره هجدهم، شماره ۴، صفحات ۱۵ تا ۳۴.
- زرنشان، شهرام (۱۳۹۳)، **مفهوم و ماهیت «عنصر مادی» در فرایند شکل‌گیری قواعد حقوق بین‌الملل عرفی**، فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی، پاییز ۱۳۹۳، دوره هجدهم، شماره ۳، صفحات ۷۷ تا ۱۰۰.
- زرنشان، شهرام (۱۳۹۳)، **شورای امنیت و امکان نقش آفرینی در روند شکل‌گیری قواعد حقوق بین‌الملل عرفی**، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۵۳ پاییز - زمستان ۱۳۹۴، صفحات ۲۱۱ تا ۲۳۲.
- سادات میدانی، سید حسن؛ کدخدایی، عباسعلی (۱۳۸۰)، **حقوق حاکم بر دفاع از خود در پرتوی حملات تروریستی ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ در ایالات متحده**، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۲۳ و ۲۴، پاییز و زمستان ۱۳۸۰، صفحات ۴۹ تا ۶۸.
- شریفی، محسن (۱۳۸۲)، **تحول مفهوم دفاع مشروع در حقوق بین‌الملل با تأکید بر تحولات بعد از ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱**، فصلنامه سیاست خارجی، سال هفدهم، بهار ۱۳۸۲، شماره ۱، صفحات ۹۱ تا ۱۱۲.
- فلسفی، هدایت‌الله (۱۳۷۱)، **روشهای شناخت منطقی حقوق بین‌الملل: تفسیر و اجراء مقررات بین‌الملل**، مجله تحقیقات حقوقی، شماره یازدهم و دوازدهم، صفحات ۱۳۹-۱۹۹.
- فلسفی، هدایت‌الله (۱۳۸۹)، **صلح جاویدان و حکومت قانون**، تهران: نشر فرهنگ نو.
- قاسمی، علی؛ چهاربخش، ویکتور بارین (۱۳۹۰)، **رویه قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری در خصوص دفاع مشروع پس از رویداد یازدهم سپتامبر ۲۰۰۱**، مجله حقوقی بین‌المللی، سال ۲۸، شماره ۴۵، صفحات ۱۷۵-۱۹۴.
- کرم‌زاده، سیامک (۱۳۸۲)، **تروریسم و دفاع مشروع در حقوق بین‌الملل**، فصلنامه مدرس علوم انسانی، شماره ۲۸، بهار ۱۳۸۲، صفحات ۱۶۵ تا ۱۸۰.
- ممتاز، جمشید و صابری انصاری، بهزاد (۱۳۹۱)، **تأثیر رویه بعدی دولت‌ها بر اصل منع تهدید و توسل به زور**، فصلنامه راهبرد، شماره ۶۳، تابستان ۱۳۹۱، صفحات ۱۷۵ تا ۲۰۴.

➤ موسوی، سید فضل‌الله؛ حاتمی، مهدی (۱۳۸۵)، **دفاع مشروع پیش‌دستانه در حقوق بین‌الملل**، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی (دانشگاه تهران)، تابستان ۱۳۸۵، شماره ۷۲، صفحات ۳۰۳ تا ۳۲۴.

انگلیسی

Articles

- Aishabibi M. (2013), **Twofold Nature of International Customary Norms Formulated by International Law Commission and International Law Association**, World Applied Sciences Journal, 26 (8), Pp. 1090-1093.
- André da Rocha, Ferreira Cristieli, Carvalho Fernanda, Graeff Machry, Pedro Barreto, Vianna Rigon. (2013), **Formation and Evidence of Customary International Law**, UFRGS Model United Nations Journal, Vol, 2013, Pp. 182-201.
- Baker, Roozbeh (Rudy) B. (2010), **Customary International Law in the 21st Century: Old Challenges and New Debates**, European Journal of International Law, 21 (1), Pp. 173-204.
- Clark Arend, Anthony. (2003), **International Law and the Preemptive Use of Military Force**, WASHINGTON QUARTERLY, SPRING 2003, Pp. 89-103.
- Crema, Louigi. (2010), **Disappearance and New Sightings of Restrictive Interpretation(s)**, European Journal of International Law, 21 (3), Pp. 681-700.
- Fallon, Jr., Richard H. (2014), **Three Symmetries between Textualist and Purposivist Theories of Statutory Interpretation and the Irreducible Roles of Values and Judgment within Both**, Cornell Law Review, Volume 99, 4May 2014, Pp. 685-734.
- Goldsmith J. L. and Eric A. Posner. **A Theory of Customary International Law**, John M. Olin Law & Economics Working Paper, No. 63 (2d Series), cil\draftnov4, pp. 1-82.
- Jonas, David S., Saunders, Thomas N. (2010), **The Object and Purpose of a Treaty: Three Interpretive Methods**, Vanderbilt Journal of Transnational Law, VOLUME 43, NUMBER 3, May 2010, Pp. 565-69.
- Kirgis, Frederic L., (1987), **Custom on a Sliding Scale**, AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, Vol. 81, Pp. 146-151.
- Maggs, Gregory E. (2007). **How the United States Might Justify a Preemptive Strike on a Rogue Nation's Nuclear Weapon Development Facilities Under the U.N. Charter**, Syracuse Law Review, 57, Pp. 456-469.
- Maggs, Gregory E. (2006). **The Campaign to Restrict the Right to Respond to Terrorist Attacks in Self-Defense Under Article 51 of the U.N. Charter and What the United States Can Do About It**, Regent Journal of International Law, 4, Pp. 149-174.
- Petersen N. (2008). **Customary Law without Custom? Rules, Principles, And The Role Of State Practice In International Norm Creation**, The American University International Law Review, 23 (2), Pp. 275-311.
- Robert J. Delahunty and John Yoo, **the Bush Doctrine: Can Preventive War Be Justified**, 32 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 843 (2009), Pp. 843-865.
- Scharf, Michael P. (2010). **Seizing the "Grotian Moment": Accelerated Formation of Customary International Law in Times of Fundamental Change**, Cornell International Law Journal Vol. 43, Pp. 439-469.
- Scharf, Michael P. (2014), **Accelerated Formation of Customary International Law**, Case Western University School of Law Faculty Publications, Paper 1167, pp. 304-342.
- Tams, Christian J. (2009). **The Use of Force against Terrorists**, EJIL, Vol. 20 No. 2, Pp. 359 – 397.
- Thou Gathii J. (2005), **Assessing Claims of a New Doctrine of Pre-Emptive war under the Doctrine of Sources**, Osgoode Hall Law Journal, 43 (1&2), Pp. 67-103.
- Waibel M. (2011). **Demystifying the Art of Interpretation**, the European Journal of International Law, 22 (2), Pp. 571-588.
- Weisburd A. M. (2009). **The International Court Of Justice and The Concept Of State Practice**, The University of Pennsylvania Journal of International Law, [Vol. 3:2], Pp. 295- 372.

Internet

- Bederman, David J., Borgen, Christopher J., Martin, David A, International law: A handbook for judges, Last visited May 2016 at: http://www.judicialmonitor.org/archive_0906/generalprinciples.html
- Krisch, Nico, Self-Defense and Collective Security, Last visited July 2016 at: <http://www.mpil.de/files/pdf2/beitr151.pdf>.
- Hollis, Duncan B, the Existential Function of Interpretation in International Law. Interpretation in International Law, Last visited August 2016 at: <http://ssrn.com/abstract=2330642>
- International Law Association London Conference, Public Policy as a Bar to Enforcement of (Foreign) Arbitral Awards, Last visited June 2016 at: www.academia.edu/262776/International_Law_Association_London_Conference_2000_Committee_on_International_Commercial_Arbitration_Quote_Keeping_theUnruly_Horse_In_Control
- Starski, Paulina. Legitimized Self-Defense – Quo Vadis Security Council?, Last visited July 2017 at: <https://www.ejiltalk.org/legitimized-self-defense-quo-vadis-security-council/>

Documents

- A more secure world: our shared responsibility, Report of the High-level Panel on Threats, Challenges and Change, 2 December 2004, Attached to Resolution A/59/565
- In larger freedom: towards development, security and human rights for all, Report of the Secretary-General, 21 March 2005, Attach to the Resolution A/59/2005
- The Vienna Convention on the Law of Treaties, (entered into force on 27 January 1980).
- UN Security Council Resolutions 1368 (2001), 1373 (2001), 1378 (2001), 1377 (2001), 1390 (2002), 1455 (2003), 1456 (2003), 2038 (2012), 2249 (2015).
- UN General Assembly Resolutions A/RES/59/314 (2005) and A/RES/60/288 (2006).