

فصلنامه دیکتاتوری حقوق فنایر

دوره‌ی ۲۳، شماره‌ی ۸۲، تابستان ۱۳۹۷

صفحات ۵۳ تا ۸۲

ارزیابی دفاع مشروع پیشگیرانه علیه تروریسم

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

محمود جلالی^۱، رضا زبیب^۲

۱. دانشیار گروه حقوق دانشگاه اصفهان*

۲. دانشجوی دکترای حقوق بین‌الملل دانشگاه آزاد اسلامی واحد اصفهان (خوارسکان)

چکیده

حقوق دانان به درستی مهم‌ترین دستاورد منشور ملل متحده 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 موکول 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 متولّ به زور شوند. گروه‌های از حقوق دانان 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 نظریه روابط 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 متحده.

مقدمه

پدیده تروریسم در دوین دهه قرن جاری، از یک مشکل امنیتی 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 برآیند 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 عنوان واکنشی در برابر یک حمله قریب الوقوع 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» (محاذ و صابری، ۱۳۹۱: ۱۹۶). در عین حال، «بررسی رویه دولت‌ها و عکس العمل جامعه جهانی نشان می‌دهد که از ابتدای دهه ۹۰ تقریباً اقدامات نظامی دولت‌ها در قبال تروریسم بر مبانی حق دفاع از خود با مخالفت چندانی مواجه نگردیده است» (کدخدایی و سادات، ۱۳۸۰: ۶۱-۶۲)!^۱. به موازات این باور گسترش 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 (کرم زاده، ۱۳۸۲: ۱۷۸)».
۲. دفاع مشروع پیش‌دستانه (Pre-emptive Self-Defence) به وضعیتی گفته می‌شود که کشور مورد تهدید به استناد سوابق و یا قوانین روشی از احتمال قریب الوقوع توسل کشور دیگری به تجاوز نظامی، با توسل به زور از این اقدام پیشگیری می‌کند.

گروهی از حقوقدانان^۱ نظریه «دفاع مشروع پیشگیرانه» 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 متولّ شد. مقاله‌ی حاضر امکان و امتناع این نظریه را از نظر مبانی تفسیر 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 حقوقدانان می‌توان به «دلاهونتی» 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 حقوقدان‌ها از جمله در مقاله‌های زیر قابل مطالعه است:

Robert J. Delahunt 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 قریب الوقوع، علیه کشور دیگر یا اهدافی در آن کشور متولّ به قهوه قهقهه 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 مقرره با هدف رفع ابهام از معنی یا تبیین ابعاد متفاوت آن است. این کار از راه‌های مختلف مانند تلاش برای کشف معنای مورد نظر قانون گذار، استدلال مفسر مبتنی بر موضوع یا هدف از تدوین سند مورد بحث و معیارهای مشابه انجام می‌شود. این راهکارها اجمالاً دو مکتب تفسیری مضيق 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 کار کرد ایصال 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 متولّ 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) در بحث چگونگی تفسیر یک مقرره و حدود آن و بند (۳b) در بحث نقش رویه در تفسیر و ماده ۳۲ در مورد وسائل تکمیلی تفسیر، برای اهداف مقاله حاضر موضوعیت پیدا می‌کند که در جای خود به آن‌ها استناد می‌شود.

۱- انواع تفسیر در حقوق بین‌الملل

ادیبات سنتی و نوین حقوق بین‌الملل در مجموع شش گونه تفسیر یا مکتب تفسیری را معرفی می‌نماید. این مکاتب عبارتند از: تفسیر متن گرا^۱؛ تفسیر نیت گرا^۲؛ تفسیر غایت گرا^۳؛ تفسیر ارزش-پایه^۴؛ تفسیر وجودی^۵؛ تفسیر مبتنی بر عناصر فرالثبات گرایانه^۶.

رویکرد «متن گرا» که موسوم به مکتب فرانسوی تفسیر است، نمونه روشن از تفسیر مضيق است که تلاش دارد ابهامات در مورد یک مقرر را با اتکا بر منطق متن یا اسناد مرتبط با آن بر طرف 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 متن گرا 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 تدوین کنندگان 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 معاہدات با الهام از این مکتب مقرر می‌دارد که برداشت از متن یک معاهده باید در چارچوب معانی متعارف واژگان انجام شود.^۸

تفسیر «نیت گرا» به نوعی توسعه یکی از ابعاد تفسیر متن گرا است که در امر تفسیر، اتکای عمدۀ را بر جستجوی نیت تدوین کنندگان یک معاهده می‌گذارد. این مکتب معتقد است ابهام در یک مقرر معاهده ممکن است به دلیل فاصله میان نیت تدوین کنندگان 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 تدوین کنندگان برطرف کند. ماده ۳۲ کنوانسیون حقوق معاهدات با الهام از این مکتب تفسیری، کارهای مقدماتی و شرایط تدوین یک معاهده را به عنوان منابع احراز نیت تدوین کنندگان برای تفسیر یک سند معرفی می‌کند!

در تفسیر «غایت گر»، موضوع یک سند و هدف از تدوین آن به عنوان 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 موضوع آن را در نظام حقوقی بین‌المللی نیز تعیین کرده است» (فلسفی، ۱۳۷۱: ۱۸۹). در این روش، مفسر تا اندازه زیادی از مقرره مورد مناقشه یا نیت تدوین کنندگان 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 هدف گر^۲ یاد نموده‌اند (Bederman et all, 2003: ۱). ماده ۳۱(۱) 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 بی مفهوم القا کند، یا ب) منجر به نتیجه‌ای شود که آشکارا بی مفهوم یا ناموجه باشد، می‌توان از وسائل 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 ماده ۳۱ و ۳۲ کنوانسیون حقوق معاهدات، «ساندرز» و «بوناس» شش کارکرد دیگر «هدف و موضوع» را احصاء کرده اند: 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 اعضاء در شرایط خاص (ماده ۲۰)، توافق دو کشور عضو برای اصلاح موضع 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 نقض نباشدین دارد. (Saunders & Jonas, 2010: 571-577)

تفسیر مبتنی بر «عناصر فرالثبات‌گرایانه» همانگونه که از عنوان آن روشن است، نسبت به مسائل حقوق بین‌الملل رویکردی فرالثبات‌گرا دارد. «کولب» برای تبیین این نظریه، از دو رویکرد «تفسیر فرالثبات‌گرا با لحاظ نمودن ابعاد قضایی، سیاسی یا اجتماعی موضوع» و «تفسیر بر اساس دستیابی به نتیجه مطلوب در بستر فرالثبات‌گرایی» 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 غیرپوزیتیویست 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 ارزش هاست (Waibel, Opcit: 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 به عنوان یکی از نمادهای رویکرد فرالثبات‌گرا در حقوق بین‌الملل (Crema, 2010: 682-684). تفسیر «ارزش پایه» در دوره اول کارکردن مضيق 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 تعییر «کرمما»، این رویکرد تفسیری «یک راهنمای 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 مقرره 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 آنرا «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 عمده‌تاً 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

رونده تاریخی تطور مکاتب تفسیر که در قسمت پیشین تبیین شد، از یک سو متأثر از تحولات روش‌شناسی و معرفت‌شناسی علم حقوق بوده است، همانگونه که نظریه «کولب» در واقع تحول در 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 پیشتر 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 Cognes
 - ۶. Erga Omnes

با تضعیف مکتب تفسیر مضيق در فرآیند تحولات یادشده، برخی حقوق دانان تلاش نمودند با تحول در جهت گیری مفهوم «تفسیر مؤثر»^۱ و عرضه مفهوم «حاشیه صلاح‌دید»^۲، انعطافی در روش تفسیر مضيق ایجاد نمایند تا شناس 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 بی معنا بود؛ اما تدریجاً به سود ارائه مؤثرین تفسیر در پرتو «هدف و موضوع» معاهده متحول شد (Crema, Opcit: 690). در عین حال حقوق دانانی مانند «اسکروئر»^۳ به این حد نیز بسته نکرده و با هدف دستیابی به حداکثر کارآبی، «تفسیر موسع یا فراینده»^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، تاکید می‌کند: «نگرانی‌ها در مورد برداشت بسیار گسترده از تفسیر مؤثر امری مسبوق به سابقه است. زمانی که کنوانسیون حقوق معاهدات در حال تدوین بود، والدак^۶ گزارشگر ویژه کمیسیون نگران بود که تدوین اصل کارآمدی، موجب تفسیر بی حد و حصر بشود» (Waibel, 2011: 581-582).

مفهوم «حاشیه صلاح‌دید» ناظر بر رعایت مصلحت عامه برای ایفاده 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 پیشگرانه 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 می‌باید؛ اما مفسر همچنان باید در فضای پیش از عملیاتی شدن معاهده در جستجوی قرائتی برای پاسخگویی به ابهامات باشد. از این جهت و به لحاظ کمک به تنوع منابع تفسیر، مکتب نیت گرا و غایت گرا به همدیگر شbahت 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 پیشگرانه است؛ زیرا اولاً منع توسل به زور بعنوان هدف اصلی منشور مورد اجماع حقوق‌دانان 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 فرالثبات 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 ویستر وزیر خارجه وقت امریکا معیار سه گانه‌ای را تبیین نمود که بعنوان معیار دفاع مشروع پیش‌دستانه در حقوق بین الملل پذیرفته شد. بتگردید به این منع، دیده شده به تاریخ ۹۶ خرداد:

<https://fa.wikipedia.org/>

متن و دیگر معیارها در مکاتب گروه اول می‌کنند؛ لذا استفاده از منابع و قرائت حقوقی و غیرحقوقی را برای دستیابی به نتیجه مطلوب در تفسیر تجویز می‌کنند. امتیاز این مکاتب آن است که حقوق بین‌الملل قراردادی را با ارائه راه حل‌های 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. به عنوان نمونه، در حالی که منع توسل به زور به عنوان یک قاعده امره مورد اجماع است، توجیه توسل به زور با ارائه تفسیر موسوع از ماده ۵۱ ذیل این روش‌های تفسیری بهترین مصدق 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 نتیجه گراست و از این جهت به گروه دوم از تفاسیر نزدیک است. ایراد اساسی این تفسیر آن است که حدود مشخصی به عنوان شاخص یا مينا برای مفهوم «مؤثر» ندارد و به سخن دیگر فاقد شرط «مانع» بودن است؛ لذا موحد از جنس نگرانی ارائه تفسیرهای بی حد و حصر، فراتر از تفسیر موسوع 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 حاشیه صلاح‌دید، اساساً تفسیر در راستای تامین مصلحت عامه به امری نسبی تبدیل می‌شود؛ از این رو حامیان هر دو دیدگاه تفسیر مضيق و موسوع 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 بر عکس.

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 مصدقی برای آن وجود داشته است یا خیر که طبعاً پاسخ مثبت است. چون کشورهایی مانند 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 حقوق‌دانان و مخالفت‌های رسمی با این رویکرد، اجمالاً نشان می‌دهد این نظریه فاصله زیادی با دریافت تأیید عام در حقوق بین‌الملل به عنوان یک نظریه معتبر حقوقی دارد.

شاید بتوان نظریه دفاع مشروع پیشگیرانه را با تسامح در دایره «تفسیر مؤثر فراینده» یا نوع دوم از تفاسیر فرالاثبات‌گرایانه 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 فرالاثبات‌گرایی»، 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، حقوق‌دانان 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, Opcit: 576). اگر روند کُند «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 بر طرف 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» به عنوان یکی از حقوق‌دانان 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 به عنوان دلیل ارائه این نظریه مطرح است، هر کشوری می‌تواند به بهانه دیگری نیز متولّ 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 امریکا و روسیه به این کشورها حمله کرده‌اند (Maggs, 2007: 479-480).

مباحث فوق نشان می‌دهد که نظریه دفاع پیشگیرانه در مجموع مبانی قابل اعتمادی 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 بهشدت 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 به عنوان قانون) تعریف می‌کند. ارکان عرف عبارتند از رفتار بازیگران حقوقی شامل دولتها و نهادهای بین‌المللی ذیربسط 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 تثیت شده که برخوردار از شرایط لازم باشد و دومی باور به این که چنین رویه‌ای به واسطه وجود قواعد حقوقی الزام آور 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 «گلدمیت»^۴ و «پوسنر»^۵، حقوق بین‌الملل عرفی را صرفاً برآیند رفتار دولتها بدون نیاز به هرگونه درکی حقوقی از کار خود دانسته‌اند. در مقابل نویسنده‌گانی مانند «ویسبورد»^۶ با ارائه ادله و証拠 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 به واسطه 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 در ک حقوقی کنش گر 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 در ک حقوقی از آن در تدوین عرف، رویکرد دیوان بین‌المللی دادگستری نسبت به رویه دولتی و رویه سازمان ملل در قبال توسل به دفاع مشروع پیشگرانه. جمع‌بندی بحث در این بخش نشان خواهد داد که آیا عرف جدیدی در تأیید نظریه دفاع مشروع پیشگیرانه شکل گرفته است یا خیر؟

۱-۲. 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 Cristeli, 2013; Formation and Evidence of Customary International Law, 2013: 182-201 و زرشنان، 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 انجمان حقوق بین‌الملل از اجلاس لندن، ویژگی‌های رفتار مورد نظر را اینگونه تعریف می‌کند: «برای اینکه رویه دولتی بتواند یک قاعده حقوقی ایجاد نماید، باید به لحاظ داخلی و دسته جمعی یکسان باشد. یکسان بودن داخلی به این معنی است که دولت مدنظر 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 باید 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 تعیین کننده‌ای 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 موکول به آنکه مخالفت جدی نسبت به آن رفتار وجود نداشته باشد». (Scharf, 2014: 316).

دیوان بین‌المللی دادگستری با انعطاف در مورد تعداد کشورهای تأیید کننده عرف، بر کفی بودن این مشارکت تاکید نموده است. «دیوان (در قضیه ماهیگیری) به پیش نیاز اقدام گستردۀ دولت‌ها اشاره کرده و در عین حال تاکید نموده که رفتار دولت‌هایی که منافع آن‌ها بصورت اخص متاثر 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 کشورهایی باشد که منافع آن‌ها بصورت اخص متاثر 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 هر چند که اکثریتی از دولت‌های ذی صلاح 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 عام الشمول و قواعد آمره مرتبط می‌شود؛ پس به سختی می‌توان پذیرفت که محدودیت عنصر مادی عرف در مورد آن مصدق 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 گروسویوسی^۱» تبیین می‌کند: «مفهوم نقطه عطف گروسویوسی 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 بلاfacile وارد حقوق بین‌المللی کیفری گردید» (Ibid: 332-334).

در کنار مباحث ناظر بر رویه و درک حقوقی به عنوان منابع سنتی عرف، در سال‌های اخیر نظریه‌ای مبنی بر اینفای 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 باز تعریف نمایند. این جریان پژوهشی نهایتاً استدلال می‌کند که معاهدات بین‌المللی، به ویژه معاهداتی که شامل تعهدات حقوق بشری است، در واقع هنجارهای حقوقی بین‌المللی ایجاد می‌نماید زیرا اینگونه کتوانسیون‌ها بصورت اجتناب‌ناپذیری صرفاً تدوین هنجارهای موجود حقوقی نیستند بلکه بر عکس، هنجارهای جدید خلق می‌نمایند» (Baker, 2010: 178).

۲-۲. نظریه‌های برتری محوریت عنصر «درک حقوقی» یا «رفتار دولتی» در تدوین عرف پژوهشگران و حقوق دانان در حقوق بین‌المللی عرفی عموماً به دو دسته حامیان برتری «درک حقوقی» یا برتری «رفتار دولت‌ها» در شکل گیری 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 تکییک 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 به عنوان نماد بیرونی حاکمیت دولت‌ها تلقی می‌شود. بر این اساس، تحول در روابط بین الملل 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 پذیرند، 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 بین المللی دادگستری در قضیه نیکاراگوا نیز ممکن 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 کار کرد رویه دولتی در حد نشان دادن قرائتی 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 کنش گر دولتی بی‌تأثیر است؛ لذا دلیلی ندارد که برای آن نقشی در تدوین عرف قائل بشویم. «گلدرسمنیت» و «پوسنر» در مقاله مستدل خود رفتارهای کنش گران 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 معماهی زندانی^۱ تبیین می‌کنند 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 برچسبی 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 فوق الذکر، 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 توافق‌بخش غلبه‌هایک 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 آرند»^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 به‌واسطه اصول زیربنایی آن‌ها را تحدید نمود»

۱. bilateral repeat prisoner's dilemma

۲. Sliding Scale Theory

۳. Clark Arend

(PETERSEN, Opcit: 287-291). بنابراین پرسون درنهایت 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، منع 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 «در ک 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 در ک 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 ظاهرآ در آرای نهایی خود استناد کمتری به رویه نموده است. بنابراین و به اعتبار منطق «نظریه رابطه متوازن شونده» میان رویه و در ک حقوقی، به نظر می‌رسد این نظریه بهتر توانسته است جایگاه هر دو عنصر در ایجاد عرف را تبیین کند.

۳-۲. رویکرد دیوان بین‌المللی دادگستری نسبت به رویه 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 ذیربسط از جمله سازمان ملل متحده مطرح می‌شود. بر این اساس، برخی از حقوق‌دانان در کنار رویه و در ک 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, Opcit: 175). البته دیوان به‌واسطه 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 «ویسپورد» در یک دوره تقریباً ۲۵ ساله

۱. Authority and control

حاکی 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 ترافعی 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 عنوان 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 متولی شده بود؛ نهایی کرد (Weisburd, Opcit: 310-316).

به رغم اهمیت برداشت کلان ویسبرد، عدم اتکای برجسته آرای دیوان بین‌المللی دادگستری بر حقوق بین‌المللی عرفی یا رویه مانع از اخهار 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 حاکی از اعتقاد به عالم الشمول بودن قاعده منع توسل به زور و ارائه تفسیری موسع از قاعده مذکور و در عوض، با رویکردی مضيق به استثنای، 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 مضيقی از مفهوم حمله مسلحانه ارائه بدهد به گونه‌ای که موارد توسل به زور باشد 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 بشروع و تأسیس تأکید ورزید. دیوان در نظریه مشورتی دیوار حائل تأکید کرد که ماده ۵۱ منشور صرفاً وجود حق ذاتی دفاع مشروع را در مقابل 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). «موسوی و حاتمی» نیز در مطالعه خود با بررسی موضوع در سه رأی نیکاراگوا، سکوهای

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

۴-۲. 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» (زنزان، 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 تعیین کننده در این زمینه دارند؛ لذا مطالعه آن در بحث این مقاله نیز اجتناب‌ناپذیر است.

موضوع تروریسم از اوائل 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 ضدتروریسم 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.

۴. این استراتژی ۸ سپتامبر ۲۰۰۶ ذیل قطعنامه ۲۸۸/۶۰ به تصویب مجمع عمومی رسید و متعاقباً طی قطعنامه‌های (۲۰۰۸) ۲۰۱۰، (۲۰۱۲) ۲۰۱۲ و (۲۰۱۴) ۲۰۱۴ 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 فرآگیر با تروریسم^۱» مهم‌ترین اسناد در این زمینه هستند. اما این اسناد چه رویکردی نسبت به دفاع مشروع پیشگیرانه به عنوان مصدقه تفسیر موضع از ماده ۵۱ منتشر 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 موضع 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) ۱۳۶۸ و (۲۰۰۱) 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 وقق منشور ملل متحد». بند چهارم مقدمه قطعنامه ۱۳۷۳ نیز با تکرار همین ادبیات عنوان می‌نمایند: «با تأیید دوباره حق ذاتی دفاع مشروع فردی یا جمعی آن‌گونه که در منشور شناسایی شده و در قطعنامه ۱۳۶۸ مورد تاکید 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 موضع 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 ۲۱۸۵ (۲۰۱۴) 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 بازنمودن 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: «وق منشور؛ آن گونه که در منشور شناسایی گردیده است^۱». 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)، (۲۰۰۲)، (۱۳۷۸)، (۲۰۰۳)، (۱۳۹۰)، (۲۰۰۴)، (۱۴۵۶)، (۲۰۱۲)، (۲۰۱۵) و (۲۰۳۸) ^۲۲۲۴۹ که به نوعی از ظرفیت لازم در این زمینه برخوردارند، فرصت داشته این کاستی را جبران نماید اما در این قطعنامه‌ها هیچ گونه 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 مالویناس / فالکلند، جنگ ایران و عراق، جنگ بالکان، جنگ دوم خلیج فارس برای آزادی کویت، جنگ اریتره و ایوپی تا اندازه‌ی زیادی نشان می‌دهد دولتهای یادشده پذیرفته‌اند که شورای امنیت برای ترک خصوصت، حق آن‌ها بر دفاع مشروع را محدود کند (Krisch, 2001: 406-^{۴۰۷})؛ از سوی دیگر، رویه فراینده شورا در انتقال ضمیمی مسئولیت‌های اجرایی رسیدگی به موضوع

۱ در قطعنامه ۱۳۶۸ در این مورد اشاره نمی‌شود. As recognized by the Charter
۲ این قطعنامه ذیل بند ۵ با درخواست از کشورهای عضو برای «انجام همه اقدامات لازم / all» علیه گروه‌های تروریستی مشخص شده توسط سازمان ملل در سوریه و عراق، فرینه 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 بهمنظور مقابله با تهدیدات ناشی از تروریسم و سلاح‌های کشتار جمعی برگزار 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 مضيق و موسع از ماده ۵۱ منشور و تأثیر تحولات جدید ناشی از تهدید تروریسم بر تفسیر از اصل دفاع مشروع، نهایتاً در بند ۱۹۲ تصريح می‌نماید «ما از بازنویسی و بازتفسیر ماده ۵۱ منشور حمایت نمی‌کنیم» (High-level Panel, 2004: 192). در گزارش سال ۲۰۰۵ نیز تصريح 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 مجلی 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 مجلی برای ارجاع موضوع به دفاع مشروع پیشگرانه باقی نگذاشته است. این رویکرد در واقع تکرار مفاد مواد مرتبط منشور در

۱ این دو گزارش به ترتیب عنوان و منع. آخرین بازدید خداداد: 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 بعده شورا و آگذار نموده و این نهاد را برای «احراز وجود هر گونه تهدید» صالح معرفی می‌نماید.

بر اساس توضیحات و مستندات فوق می‌توان گفت رویکرد شورای امنیت، مجمع عمومی و دبیر کل سازمان ملل در خصوص تروریسم نه تنها امکان تفسیر موسع از ماده ۵۱ در قالب دفاع مشروع پیشگیرانه را تأیید نکرده بلکه حتی بر عکس، رویه شورای امنیت ناظر بر تقویت نقش مستقیم این نهاد در مبارزه با تروریسم بوده و قرائن موجود از رفتار مجمع و دبیر کل 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 متولّ به زور بشوند؟ در این راستا نظریه‌های عمدۀ 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 تا کید شود که اصولاً نفسِ 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 موكول 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 هر گونه 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

مضيق از ماده ۵۱ باقی بماند؛ ضمن اينکه اصولاً در آرای خود اتكای ملموسى بر رویه ننموده است. مطالعه رفتار دولت‌هایی که با استناد به دفاع مشروع متول به زور شده‌اند از یکسو نشان دهنده روندی از واگذاری موضوع به شورای امنیت است و از سوی دیگر یا ارتباط اقدامات آن‌ها با دفاع مشروع پیشگیرانه با ابهام روپرتوست، یا ادعای دفاع مشروع آن‌ها از سوی شورای امنیت، مجتمع عمومی سازمان ملل یا دیوان رد شده و در نهایت این اقدامات با اعتراض کشورهای دیگر روپرتو بوده است (زبیب، ۱۳۹۴: ۳۶-۵۰). بنابراین رفتار دولت‌ها نه تنها قرینه متفقی 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 مزهای 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 گستردنگی 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 می‌نماید:

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 ظرفیت‌های آن، ممکن است تهدید کلان و احیاناً 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 بد»: 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 می‌شود بخواهد تروریست‌ها 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 متولّ به زور بشود.

منابع

فارسی

- جلالی، محمود؛ ریسی، لیلا؛ حبیبی مجتبه، محمد و زبیب، رضا (۱۳۹۴)، **تحول رویکرد به ترووریسم در استناد بین المللی: خلأهای حقوقی و پیامدها**، نشریه علمی - پژوهشی فقه و حقوق اسلامی، سال ششم، شماره یازدهم، پاییز - زمستان ۹۴، صفحات ۸۵-۱۱۲.
- زبیب، رضا (۱۳۹۴)، **تفسیر موسّع از اصل دفاع مشروع در پرتو رویه دولت‌ها**، رساله دکتری حقوق بین الملل، دانشگاه آزاد اسلامی اصفهان (خوارسگان).
- زرنشان، شهرام (۱۳۹۰)، **مفهوم و ماهیت «نصر روانی» در فرایند شکل‌گیری قواعد حقوق بین الملل عرفی**، فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی، زمستان ۱۳۹۰، دوره هجدهم، شماره ۴، صفحات ۱۵ تا ۳۴.
- زرنشان، شهرام (۱۳۹۳)، **مفهوم و ماهیت «نصر مادی» در فرایند شکل‌گیری قواعد حقوق بین الملل 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 بین الملل عرفی**، مجله حقوقی بین المللی، شماره ۵۳ پاییز - زمستان ۱۳۹۴، صفحات ۲۱۱ تا ۲۳۲.
- سادات میدانی، سید حسن؛ کدخدانی، عباسعلی (۱۳۸۰)، **حقوق حاکم بر دفاع از خود در پرتوی حملات ترویریستی 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 بین الملل با تأکید بر تحولات بعد از ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱**، فصلنامه سیاست خارجی، سال هفدهم، بهار ۱۳۸۲، شماره ۱، صفحات ۹۱ تا ۱۱۲.
- فلسفی، هدایت الله (۱۳۷۱)، **روشهای شناخت منطقی حقوق بین الملل: تفسیر و اجراء مقررات بین الملل**، مجله تحقیقات حقوقی، شماره یازدهم و دوازدهم، صفحات ۱۳۹-۱۹۹.
- فلسفی، هدایت الله (۱۳۸۹)، **صلاح جاویدان و حکومت قانون**، تهران: نشر فرهنگ نو.
- قاسمی، علی؛ چهاربخش، ویکتور بارین (۱۳۹۰)، **رویه قضایی دیوان بین المللی دادگستری در خصوص دفاع مشروع پس از رویداد یازدهم سپتامبر ۲۰۰۱**، مجله حقوقی بین المللی، سال ۲۸، شماره ۴۵، صفحات ۱۷۵-۱۹۴.
- کرم زاده، سیامک (۱۳۸۲)، **ترویریزم و دفاع مشروع در حقوق بین الملل**، 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 تسلی بع زور**، فصلنامه راهبرد، شماره ۶۳، تابستان ۱۳۹۱، صفحات ۱۷۵ تا ۲۰۴.

﴿ موسوی، سید فضل الله؛ حاتمی، مهدی (۱۳۸۵)، **دفاع مشروع پیش دستانه در حقوق بین الملل**، 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, Vo1, 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**, AMERICANJOURNAL 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.
- Weisbord 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 Awardshttp, 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).