

The nature, Conditions and Effects of the principle of military necessity in the legal system of Islam and International humanitarian law

Abbas Ali azimi shoshtari¹

Received: 2015/12/29; Accepted: 2016/08/16

Abstract

Contradictory interpretations, which are sometimes contrary to the purposes of International humanitarian law, on the principle of military necessity and the existence of ambiguities in nature, conditions and effects of this principle in the law of armed conflicts, have resulted in repeated attacks on residential areas and nonmilitary objectives, especially in recent wars. This situation has made re-examination and disambiguation of the mentioned principle, in international regulations, necessary. One of the best methods to resolve this ambiguity can be through a comparative study with other systems, of them is the Islamic legal system. So, our main question is: "what are the approaches of the Islamic legal system and the law of armed conflicts to the nature, conditions and effects of the principle of military necessity?" Through descriptive research methods based on treaty provisions of the law of armed conflicts and the jurisprudence of international tribunals and the sources of Islamic law and combat performance of the holy Prophet (PBUH) and by using interpretive and comparative methods, we came to the conclusion that these two systems have much in common in this area, but there are differences in some cases, such as the need for the principle of discretion and limitations of referring to military necessity in legitimate wars and the legal effects of this principle

Keywords: Military necessity, Low of Armed conflict, International humanitarian law, Islamic law.



بایت، شرایط و آثار اصل ضرورت نظامی در دو نظام حقوقی اسلام و حقوق بشردوستانه بین‌المللی

عباسعلی عظیمی شوشتری^۱

تاریخ دریافت ۹۴/۱۰/۸ - تاریخ پذیرش ۹۵/۵/۲۶

چکیده

برداشت‌های متناقض از اصل ضرورت نظامی و وجود ابهام در ماهیت و آثار و شرایط این اصل در حقوق مخاصمات مسلحانه، منجر به حملات مکرر به مناطق مسکونی و اهداف غیر نظامی به ویژه در جنگ‌های اخیر شده است. این واقعیت، بررسی دوباره اصل مذکور در مقررات بین‌المللی و ابهام‌زدایی از آن را ضرورت بخشیده است. یکی از بهترین روش‌ها برای رفع این ابهام‌ها، می‌تواند یک مطالعه تطبیقی در خصوص ضرورت نظامی در حقوق مخاصمات مسلحانه بین‌المللی با نظام‌های دیگر، باشد. نظام حقوقی اسلام یکی از این نظام‌هاست. پس سؤال اصلی مقاله حاضر این است که «رویکرد دو نظام حقوقی اسلام و حقوق مخاصمات مسلحانه به ماهیت، شرایط و آثار اصل ضرورت نظامی چیست؟» با روش تحقیق توصیفی تحلیل و با استناد به مقررات معاهداتی حقوق مخاصمات مسلحانه و رویه قضایی دیوان‌های بین‌المللی و منابع حقوقی اسلام و عملکرد جنگی پیامبر (ص) و با استفاده از روش‌های تفسیری و اصولی و تطبیقی، به این نتیجه رسیدیم که این دو نظام، مشترکات بسیاری در این حوزه دارند اما در برخی موارد مانند لزوم وجود اصل مصلحت و محدودیت قابلیت استناد به ضرورت نظامی به جنگ‌های مشروع، و همچنین آثار حقوقی این اصل، تفاوت‌هایی وجود دارد؛ از جمله این که حقوق اسلام ضرورت را جزئی از عناصر جرم تلقی نکرده و آن را صرفاً سالب مسئولیت می‌داند.

واژگان کلیدی: ضرورت نظامی، حقوق مخاصمات مسلحانه، حقوق بشردوستانه بین‌المللی، حقوق اسلام.





مقدمه

اصل ضرورت نظامی زمانی مطرح شد که موضوع لزومی پایبندی به مجموعه‌ای از قواعد و مقررات در جنگ اهمیت یافت؛ زیرا در چنین صورتی است که موضوع مستثنی شدن از تمام یا برخی از مقررات مطرح می‌شود. اما در حقوق اسلام، این اصل، از ابتدای اسلام مورد توجه فقها و محدثین قرار گرفت، البته نه با این عنوان خاص. قریب به اتفاق کتب فقهی، در بخش جهاد که ممنوعیت رفتارهای خاصی را در جنگ بیان داشته‌اند به این اصل نیز اشاره کرده‌اند.

این اصل بند (ج) ماده (۲۳) مقررات چهارم لاهه در سال ۱۹۰۷ مقرر شد، اما در کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹ یا پروتکل اول الحاقی به این کنوانسیون، تدوین نگردید. در عین حال، ضرورت نظامی به عنوان حقوق عرفی در قطعنامه کمیسیون حقوق بین‌الملل مطرح شده است.^۱ با این حال، جنگ‌های دو دهه گذشته در غرب آسیا به ویژه لبنان و سوریه و غزه و اخیراً یمن و استناد به این اصل در این جنگ‌ها، ابهام‌هایی را در این زمینه ایجاد کرد. هدف قرار دادن مناطق مسکونی و استفاده از سلاح‌هایی که آثار مخرب طی قرن‌ها بعد هم بر نسل‌های انسانی و هم محیط زیست بر جای می‌گذارد، از جمله استفاده از سلاح‌های حاوی اورانیوم ضعیف شده توسط نیروی هوایی آمریکا علیه مناطقی در عراق از جمله فلوجه^۲ (Solis, 2010: 277) و همچنین بمباران‌های سنگین غزه و لبنان توسط رژیم صهیونیستی با استناد به این اصل صورت گرفت (Ibid). پس اگر چنین اصلی به‌درستی تحلیل نشود، امکان سوء استفاده از آن بیشتر خواهد شد و سوء استفاده‌های مکرر از آن منجر به تبدیل شدن آنها به عنوان تفسیر پذیرفته شده از اصل ضرورت نظامی به عرف بین‌المللی شود.



1. See: Y.B. Int'L. Comm'n (1980), Protocols Commentary, at 392, vol. II, part two, p.50, para, 37.

۲ - (ر-ک فلوجه ۲۰۰۴، قابل دسترسی در <http://khordadpress.ir/fa/pages> تاریخ ۲۸/دی/۱۳۹۲)



برای این منظور، می‌توان ماهیت و شرایط و آثار آن را با نظام‌های حقوقی دیگر مقایسه کرد، تا هم ابعاد آن به‌خوبی تبیین شود و هم با تعیین نقاط ابهام‌زا، راه‌حلی برای برطرف شدن این چالش‌ها ارائه کرد. یکی از این نظام‌ها که در موضوع ضرورت مقررات جامعی دارد، نظام حقوقی اسلام است. از سوی دیگر، این تلاش کمک می‌کند موضوع-های جدیدی که در حقوق بین‌الملل مطرح هستند، در حقوق اسلام بررسی شوند؛ به این هدف و امید که با کاربست منطق حقوقی آن شاید بتوان به راه‌حلی برای کاهش یا رفع ابهام‌ها و کاستی‌هایی که عملاً در اعمال اصل ضرورت نظامی پیش آمده، رسید.

۱. مفهوم و ماهیت ضرورت نظامی

هر چند در تعریف ضرورت نظامی تقریباً نوعی هماهنگی میان هر دو نظام وجود دارد. با این حال تفاوت‌هایی نیز به چشم می‌خورد.

۱-۱. در حقوق بین‌الملل: اصل ضرورت نظامی، بر یک قاعده بنیادین حقوق به نام قاعده «ضرورت»^۱ مبتنی است. بنابراین باید مفهوم این قاعده را بررسی کنیم.

۱-۱-۱. ضرورت: در لغت هم به مفهوم نیاز و حاجت آمده است و هم ناگزیری و ناچاری و بایستگی (دهخدا، ۱۳۷۷، ذیل: ضرورت) در حقوق بین‌الملل به عنوان یک استثناء بر تعهدی الزام‌آور تعریف می‌کنند. ماده (۲۵) طرح کنوانسیون مسئولیت بین‌المللی دولت مصوب ۲۰۰۱ کمیسیون حقوق بین‌الملل، آن را چنین تعریف می‌کند: «تنها راه کشور، به منظور حفاظت از منفعت ذاتی در برابر یک خطر شدید و قریب‌الوقوع». همچنین شرح تفسیری شماره (۱) ماده (۲۵) مذکور نیز تصریح می‌کند که «ضرورت، عذری تلقی می‌شود که ماهیت متخلفانه بودن عمل خلاف تعهدات بین‌المللی را از بین می‌برد (United Nations, 2007, vol:II: 80). پس ضرورت در حقوق بین‌الملل، اولاً یک استثناء بر الزام بر انجام تعهدات بین‌المللی است و ثانیاً ماهیت عمل خلافکارانه‌ی بین‌المللی را دگرگون می‌کند.

۱-۱-۲. ضرورت نظامی: تعریف حقوقی این اصل، نقش تعیین‌کننده‌ای در ارزیابی قانونی بودن یا نبودن رفتارها در جنگ مطابق حقوق مخاصمات مسلحانه دارد. با این وصف، مقررات بین‌المللی مستقیماً به تعریف ضرورت نظامی پرداخته‌اند. تنها، ماده





(۱۴) دستورالعمل فرانسیس لیبر مصوب سال ۱۸۶۳ درباره آن مقرر داشته است: «ضرورت نظامی، ... شامل ضرورت وجود آن دسته از اقداماتی است که برای تأمین اهداف جنگی ضروری است و مطابق با حقوق و کاربرد مدرن جنگ قانونی است» (U.S. War Department, 1863, no: 100). اما مشخص است این اهداف ضروری باید چه خصوصیتی داشته باشند. برخی معتقدند «ضرورت نظامی را باید استثنائی بر اجرای ممنوعیت‌های کلیه دانست که بر برخی رفتارها در جنگ اعمال می‌شود. به عبارت بهتر، با استناد به ضرورت نظامی، یک سلسله از اقدامات که اصولاً به موجب حقوق مخاصمات مسلحانه ممنوع است را می‌توان انجام داد، بدون آن که موجب مسئولیت کیفری اقدام-کننده بشود» (Dinstain, 1982: 275). این نیز بیان کارکرد و اثر ضرورت است، نه ماهیت آن. به هر حال، اگر بخواهیم به دنبال تعریفی دقیق و حقوقی از ضرورت نظامی در مقررات بین‌المللی باشیم به جایی نمی‌رسیم. اما آنچه که مسلم است، همه این مقررات بر یک نکته تأکید دارند و آن هم ماهیت استثنائی بودن ضرورت نظامی است.

ماده (۵۳) کنوانسیون چهارم ژنو اشاره می‌کند: «انهدام اموال منقول یا غیرمنقولی که افراداً یا اشتراکاً متعلق به اشخاص یا دولت یا شرکت‌های عمومی یا سازمان‌های اجتماعی یا تعاونی باشد توسط دولت اشغال‌کننده ممنوع است، مگر در مواردی که انهدام آنها به واسطه عملیات جنگی ضرورت حتمی یابد». ماده (۶) اساسنامه دیوان نورنبرگ نیز «تخریب بیش از حد شهرها و روستاها یا انهدام فاقد توجیه با ضرورت نظامی» را جرم دانسته است. اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی نیز در ردیف (الف-۴) بند (۲) ماده (۸) نیز «تخریب و ضبط گسترده اموال به صورت خودسرانه و غیرقانونی که ضرورت نظامی آن را توجیه نمی‌کند» را جنایت جنگی دانسته و نقض فاحش کنوانسیون‌های ۱۹۴۹ تلقی کرده است. همان ماده در ردیف (ه-۸) بند (۲) نیز اعلام نموده: «صدور دستور جابجایی اهالی غیر نظامی به دلایل مربوط به مخاصمه، مگر این که امنیت غیر نظامیان یا دلایل ضروری نظامی چنین اقتضا کند». همچنین در ردیف (ه-۱۲) نیز حکم ردیف (الف-۴) از بند (۲) همان ماده را به مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی نیز تسری داده است. از استثنا بودن ضرورت نظامی دو نتیجه گرفته می‌شود:

اول این که، می‌بایست آن را به صورت مضیق تفسیر کرد و آن را صرفاً در چارچوب مصادیقی که برای آن بیان شده است محدود دانست. اما آیا می‌توان نتیجه گرفت که باید



آن را در قلمروی که مقررات صراحتاً اشاره کرده‌اند - مانند موضوع ردیف (ه-۸) بند (۲) - محدود ساخت؟ دوم این که، در مواردی که تردید وجود دارد که آیا ضرورت نظامی محقق شده است یا خیر باید به اصل، یعنی به عدم تحقق ضرورت نظامی، استناد کرد. اما در نحوه اعمال این نتیجه در مقررات بین‌المللی ابهام‌هایی وجود دارد که در جای خود بیان خواهد شد.

برخی قلمرو استثناء را بسیار وسیع در نظر می‌گیرند، و بر اساس آن، ضرورت نظامی «انجام هر چیزی است که برای دستیابی به هدف جنگ لازم و ضروری است» (Best, 1994: 242). در چنین برداشتی، از هر روش و هر ابزاری می‌توان به صرف تأثیر مثبت در پیروزی استفاده کرد. اما کمیته بین‌المللی صلیب سرخ هشدار می‌دهد که «ضرورت نظامی فقط اقداماتی را پوشش می‌دهد که مطابق با قوانین و عرف جنگ باشند» (Dormann, 2003: 81).

به نظر می‌رسد که نظر دوم نیز مفهوم اصل ضرورت نظامی را با چالش جدی روبرو کرده، ماهیت استثنائی آن را مخدوش می‌کند؛ زیرا چنانچه بپذیریم که اقدامات مبتنی بر ضرورت، مواردی هستند که در مقررات بشردوستانه ذکر شده‌اند، دیگر برای اثبات قانونی بودن آنها نیازی به استناد به اصل ضرورت نیست؛ زیرا مقررات بشردوستانه بین‌المللی توسل به آنها را مجاز می‌داند.

در «پرونده Hostage» یا «ایالات متحده علیه ویلیام لیست» که پس از جنگ جهانی دوم، به جرایم جنگی مقامات آمریکا در منطقه اشغالی آلمان در نورنبرگ رسیدگی می‌کرد،^۱ ضرورت نظامی را به صورتی که می‌توان گفت حد وسط دو بیان فوق باشد تعریف می‌کند: «ضرورت نظامی به یک متحارب این اجازه را می‌دهد تا برای تسلیم کردن کامل دشمن با حداقل زمان، هزینه و تلفات جانی ممکن از هر نوع و میزان شدت عمل بهره گیرد... ضرورت نظامی اجازه نابود کردن زندگی دشمنان مسلح و دیگر افرادی که انهدام و نابودی‌شان در مخاصمات مسلحانه اجتناب‌ناپذیر است را صادر می‌کند... اما اجازه قتل - عام ساکنان و افراد غیر نظامی بی‌گناه با هدف انتقام یا ارضاء حرص و اشتیاق برای کشتن را نمی‌دهد.»^۲



۱. این دادگاه یک دیوان بین‌المللی نبود بلکه دادگاه نظامی آمریکا بود.

۲. United States v. Wilhelm List, et al. ("The Hostage Case") (1948), XI TWC 1253-54. ۱۰۵



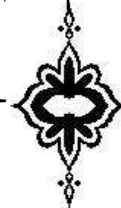
به این ترتیب، تخریب به عنوان یک هدف به خودی خود نقض حقوق بین الملل محسوب می شود، اما اگر قاطعانه مقتضی ضرورت نظامی باشد، جرم تلقی نمی شود. نکته دیگر این که، برای تحقق ضرورت باید بین تخریب اموال و پیروزی نیز ارتباط منطقی وجود داشته باشد.

۱-۲. در حقوق اسلام: باید دانست که قاطبه فقها شیعه، میان ضرورت و اضطرار تفکیک قائل نشده اند و چون ماهیت این دو را یکسان دانسته احکام آنها را نیز یکی بیان داشته اند. این موضوع به ویژه در حوزه مخاصمات خود را بهتر نشان می دهد. در موسوعه فقه اسلامی آمده است: «فالمراد من الاضطرار هنا هو الضرورة بالمعنى الذى ذكره المشهور» (مؤسسه دائره المعارف الفقه الاسلامی، ۱۴۳۰ق، ج ۱۳: ۴۳۶). محقق حلی نیز این دو را یکی دانسته است (محقق حلی، ۱۹۸۳: ۱۸۱). آنچه در این مقاله نیز از آن تحت عنوان ضرورت نظامی سخن به میان خواهیم آورد همان مفهوم عام ضرورت بوده که شامل مصادیق اضطرار نیز خواهد بود.

۱-۲-۱. قاعده ضرورت: محققان، ضرورت را مشتق از ماده ضرر دانسته اند و گفته اند ضرر عبارت است از چیزی که بر انسان وارد می شود و انسان را گریزی از آن نیست (الزحیلی، ۱۳۸۸: ۹۵). می توان گفت ضرورت به این معنی است که انسان خود را در فشار و تنگنایی بیابد که برای رهایی از آن، ناگزیر باشد عملی را انجام دهد که ضرورت و عقل به انجام آن عمل حکم کند (فیض، ۱۳۸۱: ۳۳۵). علاوه بر این، ضرورت همچنین به مفهوم حالتی بیان شده است که بر اثر تنگنا، باید از میان دو ضرر یا دو امر ممنوع، امر خفیف تر را برگزید... در این شرایط، تصمیمی که اتخاذ می شود اگرچه بر خلاف مقررات دین است اما برای فردی که در چنین شرایطی گرفتار آمده، مسئولیتی ندارد (نجفی «الف»، ۱۹۹۴، ج ۵: ۸۶). پس، ضرورت همانا امری استثنائی است و سبب پدیداری وضعیت جدیدی می شود که در آن، شخص مضطر از باب حکم ثانویه می تواند عملی را که انجام آن حرام است انجام دهد و از مسئولیت کیفری معاف باشد.

۱-۲-۲. ضرورت نظامی: منظور از ضرورت نظامی، تسری قاعده ضرورت به حوزه

جنگ است. (مؤسسه دائره المعارف الفقه الاسلامی، همان، ج ۱۳: ۴۴۵)



۲. شرایط ضرورت نظامی

نظر به آن که ضرورت نظامی، یک استثناء بر اصل است پس باید تحت شرایطی خاصی اعمال شود. این موضوع در هردو نظام حقوقی اسلام و حقوق بین‌الملل مورد توجه واقع شده است.

۱-۲. حقوق بین‌الملل: در حقوق مخاصمات مسلحانه چندین شرط اساسی برای اعمال ضرورت نظامی پیش‌بینی شده است:

۱-۲-۱. اصل تناسب: منظور از اصل تناسب این است که باید نقض قواعد بشردوستانه بین‌المللی و رنج‌های وارده، با برتری نظامی که قرار است به دست آید، متناسب باشد. ردیف (د) بند (۲) ماده (۵۷) پروتکل الحاقی اول سال ۱۹۷۷ اشعار می‌دارد: «اگر آشکار شود که هدف حمله، نظامی نیست یا... انتظار رود حمله باعث تلف شدن تصادفی جان انسان‌ها، آسیب به غیرنظامیان، خسارت به اموالشان، و یا مجموعه‌ای از آنها شود، که نسبت به امتیاز نظامی واقعی و مستقیم پیش‌بینی شده، بیش از حد باشد، حمله باید لغو و یا به حالت تعلیق در آید.» همین مفهوم با اندکی تغییر در ردیف (ب) بند (۵) ماده (۵۱) نیز آمده است. سؤالی که در این زمینه مطرح می‌شود این است که منظور از بیش حد چیست؟ در حاشیه‌های تفسیری به این مواد نمایندگان برخی کشورها با این استدلال که در حقوق جزا، دقیق بودن لازم است، به گونه‌ای که هر کسی که مقررات را نقض کند، بداند که مرتکب نقضی فاحش شده است (ICRC, 1987:679) متذکر ابهام این دو ماده شدند. این ابهام قطعاً منجر به برداشت‌های متفاوت به ویژه توسط فرماندهان میدان نبرد می‌شود.

دیگر این که، اصل تناسب حتی در ضرورت نظامی ناظر به اهداف غیر نظامی و هدف‌هایی است که از نظر مقررات بین‌المللی نامشروع هستند. بنابراین، در حمله به نظامیان و اهداف نظامی، اصل تناسب جایگاهی ندارد؛ هرچند باید به این سمت گذار کرد که اختیار در نابودی دشمن نیز نامحدود انگاشته نشود.

با توجه به این که ردیف (د) بند (۲) ماده (۵۷) پروتکل الحاقی اول به‌طور کلی حملات به غیرنظامیان را ممنوع ساخته است، شاید بتوان گفت، این حملات اگر باعث چنان آسیب‌هایی به غیرنظامیان می‌شوند، که بتوان استنباط کرد که این حمله در واقع غیرنظامیان را هدف قرار داده، چنین حمله‌ای «بیش از حد» تلقی خواهد شد؛ اما این که چقدر از استاندارد باید بالاتر باشد، مبهم است. با این حال، کمیته بین‌المللی صلیب سرخ





در تفسیرش از ماده (۱۵۶) در مورد مفهوم واژه «تناسب» کلمه اصلاحی «به وضوح» را اضافه نمود. یعنی، نقض اصل تناسب، اقدام به حمله‌ای است که تلفات غیرنظامیان و خسارات به اهداف غیرنظامی نسبت به پیروزی به دست آمده، به وضوح بیش از حد باشد. این تفسیر، واژه وضوح را شرح نمی‌دهد، که این خود به سادگی کف اصل تناسب را بالا می‌برد و بی‌اطمینانی و ابهام بیشتری را به این قانون در تفسیر این واژه می‌افزاید؛ زیرا عملاً وضوح تبدیل به قید جدیدی برای اثبات عدم رعایت اصل تناسب می‌شود.

۲-۱-۲. تنها راه پیروزی یا جلوگیری از شکست: اگر این چنین نباشد دیگر نمی‌توان به آن، «ضرورت نظامی» اطلاق کرد؛ زیرا برای پیروزی نیازی به این اقدام نبوده است، هر چند مسیر پیروزی را تسهیل کند. زیرا بر خلاف آنچه آیزنهاور در جنگ جهانی دوم به فرماندهانش گفت (ICRC, 2002:17-1)، تسهیل اقدام نظامی را نمی‌توان ضرورت نظامی تلقی کرد. (parks, 2003:543)

۲-۱-۳. نباید زدن اهداف غیرنظامی را قصد کرد: دیوان کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق در یکی از نظریات خود اعلام نمود: «به منظور ایجاد مسئولیت کیفری برای این جرم، مجرم... باید آشکارا با نیت تخریب اموال مورد نظر عمل کرده باشد» (Mettraux, 2005:93). پس، ضرورت نظامی توجیه‌گر اقداماتی که بر مبنای انتقام‌گیری و گستاخی و مانند آن صورت می‌گیرند نیست (Forrest, 2007:185). ردیف‌های (۱) و (۲) و (۳) از بند (ب-۲) ماده (۸) اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری به این موضوع صراحت دارند.

۲-۱-۴. ضرورت نظامی در برخی اقدامات موضوعیت، اقداماتی نظیر شکنجه زندانیان به منظور اخذ اعتراف، یا مجروح کردن افراد در غیر عملیات جنگی، به دلیل ماهیتشان اصولاً قابلیت مطرح شدن به عنوان «ضرورت نظامی» را ندارند. اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری نیز اصل ضرورت را درباره این دسته اعمال مطرح نکرده است. مانند ردیف‌های (۱)، (۲)، (۳)، (۵)، (۶) و (۷) بند (الف ۲) ماده (۸).



۱ - برای اطلاع بیشتر، ر.ک. به:

Cryer, Robert (Summer 2006), "Of Custom, Treaties, Scholars and the Gavel: The Influence of the International Criminal Tribunals on the ICRC Customary Law Study," 11-2 J. of Conflict & Security L, 239-63, 259-60



۲-۱-۵. لزوم مشروعیت جنگ: سؤال این است که آیا فقط در مواردی که توسل به زور مشروع است می توان به ضرورت نظامی استناد کرد؟ یا حتی در جنگ‌های تجاوزکارانه نیز ضرورت نظامی موجب سلب ماهیت مجرمانه عمل می‌شود؟

در حقوق مخاصمات مسلحانه، قابلیت استناد به قاعده ضرورت نظامی منوط به مشروعیت اصل جنگ نیست؛ همچنان که رویه قضایی نیز استناد به این اصل را در مواردی که اصل جنگ، غیرقانونی بوده، پذیرفته است. در پرونده راجیچ در سال ۲۰۰۶ که متهم، یک سروان ارتش خلق یوگسلاوی سابق بود و حمله به روستای بی دفاع «استوپنی دو» در بوسنی و هرزگوین را طراحی و فرماندهی کرد، دیوان کیفری یوگسلاوی سابق استناد او به اصل ضرورت نظامی را به این دلیل که اصل توسل به زور در یوگسلاوی سابق توسط صرب‌ها نقض قاعده آمره «ممنوعیت توسل به زور» بود، رد نکرد، بلکه به این دلیل که مدارک و شواهد نشانگر این بود که در این حادثه هیچ ضرورت نظامی وجود نداشته و غیرنظامیان عمداً و با برنامه‌ریزی قبلی هدف قرار گرفته‌اند، ادعای متهم را رد کرد. (Oxman, 1997: 518-529). وانگهی، کمیسیون نظامی آمریکایی پس از جنگ جهانی دوم، ادعای ژنرال «لوتار رندولیک» فرمانده نیروهای مسلح نازی در شمال اروپا مبنی بر ضرورت نظامی را پذیرفت و او را تبرئه کرد (Best, 1994: 328-330)، در حالی که تردیدی نیست که اقدام آلمان نازی در شروع به جنگ جهانی دوم و اشغال کشورهای اروپایی خلاف مقررات بین‌المللی و میثاق جامعه ملل بوده است. باید گفت این یک قاعده مسلم حقوقی است که وقتی اصل عمل، باطل و غیرقانونی باشد نمی‌توان فروعات آن را قانونی تلقی کرد. هنگامی که اصل تجاوز، از جنایات جنگی تلقی می‌شود، نمی‌توان پذیرفت که اقدامات مبتنی بر آن، حتی اگر به وضوح، مقتضی ضرورت نظامی بوده‌اند مشروع باشد.

۲-۲. در حقوق اسلام: فقهای اسلام برای ضرورت نظامی شرایطی را مقرر کرده‌اند که متناسب با جایگاه این اصل در اسلام است:

۲-۱-۲. کسب‌روزی منوط به آن باشد، تقریباً تمامی فقهای شیعه در این امر متفق‌القول هستند. شیخ طوسی اینچنین موضع گرفت که «تخریب منازل مسکونی دشمن جایز است، به شرط این که ظن غالب برود که بدون این عمل، فتح و پیروزی بر دشمن ممکن نباشد (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۱۱). در جنگ طائف پیامبر اسلام (ص)، پس از آن که مردم طائف





مقاومت فراوان کردند به گونه‌ای که امکان پیروزی به هیچ شکلی ممکن نمی‌شد امر فرمودند درختان باغ‌های آنها را قطع کنند، همچنین قلعه‌های آنها را با منجنیق هدف قرار دادند تا مجبور به تسلیم شوند (طبری، ۱۳۷۵، ج ۳: ۱۲۱۰)؛ زیرا اولاً، هیچ راهی برای شکستن حصارهای قلعه و پیروزی جز از این طریق وجود نداشت. ثانیاً، پیامبر اسلام غیرنظامیان را هدف قرار ندادند بلکه دیوارهای قلعه و نیروهای رزمی آنها را که بالای قلعه بودند نشانه رفتند (ابن هشام، ۱۳۷۵: ۳۰۴-۳۰۸). طبیعتاً در این اثناء امکان داشت به غیرنظامیانی که در قلعه بودند نیز آسیب برسد.

۲-۲-۲. تنها راه جلوگیری از شکست: فقهای اسلام بر این امر نیز اتفاق نظر دارند که در صورتی که دشمن، از غیر نظامیان سپر انسانی درست کرده باشد برای جلوگیری از شکست نیروهای خودی می‌توان دشمن را هدف قرار داد. (الزحیلی، ۱۳۸۹: ۴۵۴)

۲-۲-۳. عدم مغایرت با مبانی و مصالح اسلام: اقدامی که بر اساس ضرورت نظامی صورت می‌گیرد نباید با اصول بنیادین اسلام مانند تحقق عدالت، حفظ اساس اسلام و مانند اینها مغایرت داشته باشد (الزحیلی، ۱۳۸۸: ۱۰۰). جنگ‌های اسلامی، یا برای حفظ اسلام و جامعه اسلامی انجام می‌یابد و یا به منظور گسترش اسلام و هدایت و نجات انسان‌ها. حال چنانچه عملیاتی که بر اساس ضرورت نظامی صورت گیرد، منجر به آسیب جدی به حیثیت اسلام و رویگردانی مردم، و یا زمینه‌ساز تبلیغات سوء علیه اسلام و مسلمین گردد، هر چند عدم انجام آن منجر به شکست نیروهای اسلام در آن مقطع زمانی شود و یا امکان پیروزی را از بین ببرد، چه باید کرد؟

در چنین صورتی بین دو حکم تزاخم پدیدار شده است. اول، لزوم و وجوب تلاش برای پیروزی نظامی مسلمین در جنگ و جلوگیری از شکست آنها، دوم، حفظ اساس اسلام. در چنین مواردی حاکم اسلامی با تشخیص «اهم»، این تزاخم را رفع می‌نماید. در این گونه موارد امام و رهبر مسلمین هر حکمی را که ملاک قوی‌تر داشته باشد و مصلحت آن مهم‌تر باشد، مقدم می‌دارد. در خصوص اعمال قاعده ضرورت نظامی نیز بدون تردید همین حکم جاری است و باید ارزش پیروزی ناشی از این قاعده را با از دست رفتن وجهه اسلام می‌شود، سنجید. به ویژه، اگر این ضرورت، کاربرد سلاح‌هایی با کشتار بسیار وسیع



۱- این همان مفهوم حکم حکومتی است. (برای اطلاع بیشتر از ابعاد فقهی قاعده مصلحت ر-ک. عظیمی شوشتری، ۱۳۹۱: ۲۱۷)



مانند سلاح‌های هسته‌ای و شیمیایی را اقتضا کند. کاربرد چنین سلاح‌هایی که منجر به نابودی حرث و نسل می‌شود^۱ و تا قرن‌ها آثار سوء بر روی نسل‌های بعدی باقی می‌گذارد و جنگل‌ها، مراتع و محیط زیست را حتی برای هزاران سال نابود می‌کند، با فلسفه جهاد و دفاع که تبلیغ اسلام و هدایت و نجات انسان‌هاست، حتی در حالت ضرورت نظامی نمی‌تواند سنخیت داشته باشد.

بنا بر این به صرف این که پیروزی یا حتی جلوگیری از شکست در عملیات یا نبرد منوط به بکارگیری روش‌هایی است که منجر به کشته شدن غیر نظامیان شود، کافی برای توسل به اصل ضرورت نظامی نیست.^۲

۲-۴. این که توسل به این امر تنها راه باشد: برای تمسک به این اصل، نباید هیچ راه مشروعی برای جلوگیری از شکست یا کسب پیروزی وجود نداشته باشد. محقق حلی می‌فرماید: «استفاده از مواد شیمیایی حرام است... اما اگر پیروزی منحصر در استفاده از این ابزار و مواد باشد، جایز است» (محقق حلی، ۱۳۸۹: ۲۳۶). پس، ضرورت، زمانی مفهوم پیدا می‌کند که راه علاج دیگری وجود نداشته باشد. در جنگ طائف، پیامبر اسلام پس از مشورت با اصحاب، هنگامی که به این نتیجه رسیدند که ضرورتی برای ادامه نبرد نیست و شرایط به گونه‌ای است که مردم ثقیف خودشان ایمان خواهند آورد، جنگ را ترک کرده و به مدینه برگشتند (طبری، همان، ج ۳: ۱۲۱۰). هنگامی که نسبت به اصل ادامه جنگ چنین اصلی حاکم باشد، به طریق اولی، در خصوص اقدامات درون جنگ نیز جاری است. ۲-۵. ضرورت نظامی در مواردی که منطقی‌نمی‌تواند موضوعیت داشته باشد جاری نیست. مثلاً مثله کردن اجساد دشمن به ویژه پس از پیروزی. (نجفی «ب»، همان: ۷۷-۷۸)،

۱ - قرآن در آیه مبارکه ۲۰۵ سوره بقره، یکی از ویژگی‌های دشمنان اسلام را نابود کردن حرث و نسل دانسته و می‌فرماید: «وَإِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ: اما هنگامی که ولایت و سلطه پیدا کنند با تمام قدرت در گسترش فساد در زمین می‌کوشند و مال و جان مردم را از بین می‌برند در حالیکه خدا فساد را دوست نمی‌دارد». علامه طباطبائی در تفسیر شریف المیزان می‌فرماید: «دو کلمه حرث و نسل که قوام و بقای زندگی به آنهاست قوام حیات موجودات به غذا و قوام و حفظ نوع بشر از انقراض به واسطه نسل است و خداوند دین را برای صلاح اخلاق و اعتدال در انسانیت تشریح نموده» (علامه طباطبائی، ۱۳۷۴، ۲: ۱۴۳). در چنین صورتی کاربرد سلاح‌هایی که حقیقتاً اساس حیات انسانی را به خطر می‌اندازد، چگونه می‌تواند حتی در صورت اقتضای ضرورت نظامی با تعالیم عالیه اسلام سازگار باشد؟ بررسی کاربرد سلاح‌های هسته‌ای در صورت ضرورت نیاز به یک مقاله مستقل دارد و در این مقاله بیش از این امکان پرداختن به آن نیست.

۲ - رابطه ضرورت نظامی با مصلحت اسلام و مسلمین، تحقیق مستقلی را می‌طلبد.





که به نظر می‌رسد، حتی در زمان جنگ نیز نمی‌توان چنان تأثیری برای آن قائل شد که پیروزی یا عدم شکست منوط به آن باشد. همچنین زخمی کردن دشمن پس از اسارت، مثال دیگری برای این ممنوعیت است. نقل است که خلیفه دوم از پیامبر اکرم (ص) خواست که اجازه دهد دندان‌های سهیل بن عمرو (از اسیران بدر) را بشکند تا هرگز نتواند علیه پیامبر سخن بگوید. رسول الله (ص) اجازه ندادند؛ در حالی که وی به شدت علیه پیامبر تبلیغ می‌کرد. (طبری، همان، ج ۲: ۴۱۵)

۲-۲-۶. رعایت اصل تناسب: اصل «الضرورات تقدر بقدرها» یک اصل مسلم در حقوق اسلام است. یعنی هر فعل یا ترک فعلی که به حکم ضرورت مباح شده است تنها در حدی رواست که با آن زیان و آسیب دور شود و یا هدف مشروع در جنگ به دست آید. هر مقدار بیشتر از آن صورت گیرد، به اصل برمی‌گردد که حرمت است. مبنای این مدعا نیز آیه قرآن است: «فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ». ولی آن کس که مضطر شود، در صورتی که ستمگر و متجاوز نباشد، گناهی بر او نیست و خداوند بخشنده و مهربان است» (بقره/۱۷۳). همچنین آیه «فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ» (مائده/۳). علت آن نیز این است که در اسلام، ضرورت و اضطرار، حکم حرمت عمل را تغییر نمی‌دهد، بلکه به اعتبار حدیث رفع، مسئولیت را در موضوع خاص و زمان خاص بر فرد خاصی که مضطر شده است برمی‌دارد. نتیجه، آن است که رفع ناشی از ضرورت نیز تا بدانجا ادامه پیدا خواهد کرد که ضرورت پا برجا باشد؛ و به محض برطرف شدن ضرورت به هر شکل، رفع نیز برداشته می‌شود. حال یا به این دلیل که اصل ضرورت، رفع شده و یا به این دلیل که افراط و اضافه‌ای که صورت گرفته است برای رفع ضرورت مورد نیاز نبوده است. پس نمی‌توان برای نابودی محل استقرار دشمن در شهری، کل شهر را با خاک یکسان کرد؛ آن‌گونه که نیروهای متفقین در شهر درسدن و هامبورگ آلمان در جنگ جهانی دوم رفتار کردند. (Taylor, 1992: 326)

۲-۲-۷. در ضرورت، نباید قصد انجام فعل حرام وجود داشته باشد، در آیه ۳ سوره مائده از عبارت «غیر متجانف» استفاده شده است؛ یعنی نسبت به انجام فعل حرام باید بی‌میل باشد. بنابراین نباید از ابتدا، آسیب‌رسانی به مناطق مسکونی یا مردم غیر نظامی را قصد کند. فقها تصریح کرده‌اند چنانچه دشمن، از مردم به عنوان سپر انسانی استفاده کند و نبرد



در شدت خود ادامه داشته باشد، باید دشمن را هدف قرار داد، نه مردم غیر نظامی را. در این صورت، اگر آسیبی به آنان برسد، مسئولیتی وجود ندارد. (شیخ طوسی، همان: ۱۲)

۲-۲-۸. لزوم وجود ظن غالب: به صرف احتمال، نمی توان متوسل به قاعده ضرورت شد. فقها تصریح بر «ظن غالب» کرده اند (شیخ طوسی، همان: ۱۱)؛ یعنی عدم دستیابی به پیروزی یا شکست باید به صورت بالفعل وجود داشته باشد (الزحیلی، ۱۳۸۳: ۹۸). به دیگر سخن، خطر باید واقعی باشد و نمی توان به صرف یک احتمال، به ضرورت متوسل شد.

۲-۲-۹. مشروعیت اصل جنگ: این قاعده در جنگ‌هایی قابلیت اعمال پیدا می کند که اصل جنگ، مشروع باشد. زیرا جنگ نامشروع، اهدافش هم نامشروع است و هر اقدامی برای دستیابی به این اهداف، نیز نامشروع می شود و دیگر جایی برای اعمال قاعده ضرورت باقی نمی ماند؛ زیرا اصل عمل که باطل باشد تمام فروع آن نیز باطل خواهد بود؛ چه، «إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه» (کاشف الغطاء، همان، ج: ۱، ۳۸)

۳. آثار حقوقی ضرورت نظامی

به تناسب تفاوتی که در خصوص ماهیت ضرورت نظامی وجود دارد، چه بسا آثار آن نیز در دو نظام حقوقی اسلام و حقوق بین الملل متفاوت باشد.

۳-۱. در حقوق بین الملل: آیا ضرورت نظامی ماهیت مجرمانه عمل را از بین می برد یا صرفاً یک عذر قانونی برای مرتکب آن محسوب می شود؟

۳-۱-۱. آیا ضرورت نظامی عامل موجهه جرم است؟ اگر پاسخ مثبت باشد، بر ماهیت مجرمانه عمل تأثیری ندارد، بلکه صرفاً به عنوان یک عذر قانونی عمل می کند؛ یعنی در مقام اثبات، مدعی باید وجود حالت ضرورت را ثابت کند. ماده (۳۱) اساسنامه دیوان کیفری بین المللی مواردی را که مشمول معاذیر قانونی بوده و صرفاً موجب معافیت از مسئولیت کیفری می شوند را ذکر کرده که شامل مواردی مانند، دیوانگی، مستی، دفاع مشروع و اجبار و اضطراب (Distress) می شود. اضطراب را نیز چنین دانسته است: «تحت اجبار ناشی از یک تهدید قریب الوقوع به مرگ یا آسیب مهم، مستمر یا در حال وقوع بر تمامیت جسمانی این شخص یا شخص دیگر انجام شده و شخص مذکور به دلیل اضطراب و به شکل معقول برای رفع این تهدید عمل کرده است.....».





در حقوق بین‌الملل، میان ضرورت و اضطراب تفاوت‌هایی وجود دارد و دیوان نیز مانند طرح مربوط به مسئولیت دولت، اضطراب را به شرایطی اختصاص داده است که ترس جانی برای شخص اقدام‌کننده و یا اشخاص دیگر وجود داشته باشد. بنابراین، با توجه به این که این ماده در صدد بیان معاذیر و یا به بیان دیگر، در صدد بیان استثنائات مسئولیت کیفری است، باید تفسیر مضیق شود. از این رو، باید به قدر متیقن بسنده کرد و شمول آن را مختص به مواردی دانست که صراحتاً در این ماده بیان شده‌اند. پس این مصادیق، ضرورت نظامی را در بر نمی‌گیرد.

۳-۱-۲. آیا ضرورت نظامی موجب تغییر ماهیت عمل مجرمانه می‌شود؟ ماده (۸) اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری از عبارت «مگر اینکه ضرورت نظامی چنین کاری را اقتضا کند» استفاده کرده است. از سیاق ماده این گونه برداشت می‌شود که، نبود ضرورت نظامی یکی از عناصر تشکیل‌دهنده جنایت جنگی است و جرم زمانی محقق می‌شود که فاقد ضرورت نظامی باشد. در متن گزارشی که توسط دیوان کیفری بین‌المللی تحت عنوان «عناصر جنایت جنگی» (Elements of Crimes) منتشر شده، در ذیل جرایم مذکور در ردیف (۱۲) بند (ه-۲) ماده (۸) اساسنامه، یکی از عناصر جرم را این دانسته که «مجرم یا تصرف‌کننده، در وضعیت ضرورت نظامی قرار نداشته باشد» (ICC, 2011: 41). همچنین در ذیل ردیف (۱۳) بند (ب-۲) همان ماده آورده است: «این تخریب یا تصرف با ضرورت نظامی قابل توجیه نباشد» (Ibid, 25). در سایر مواردی که اساسنامه، ضرورت نظامی را مطرح کرده است نیز آن را از جمله عناصر جرم تلقی کرده است.

علاوه بر این در ماده (۱۴۷) کنوانسیون چهارم ژنو نیز تصریح شده است: «نقض فاحش ... مورد نظر عبارتند از: ... تخریب یا تصرف اموال که متکی به ضرورت نظامی نباشد». سیاق این ماده نیز نقض فاحش را منوط به عدم اتکا به ضرورت نظامی کرده است. همین برداشت را از ماده (۴۹) این کنوانسیون نیز می‌توان داشت. البته در رویه دیوان کیفری بین‌المللی با وجود این که احکام تعقیب برخی افراد را به دلیل نقض بند (ه-۱) ماده (۷) صادر کرده است،^۱ رویه‌ای وجود ندارد. نتیجه این که:

اولاً، در صورت وجود ضرورت نظامی ماهیت مجرمانه عمل متقلب می‌شود.



۱ - می‌توان به قرار تعقیب «علی محمد عبدالرحمان» (علی کوشیب) اشاره کرد (Icc, 2007)

ثانیاً، در صورتی که دادستان نتواند «نبود ضرورت نظامی» را ثابت کند، در واقع نتوانسته است وقوع جرم را اثبات نماید (Hayashi, 2010: 132). چون اصل، برائت است، پس اصل بر این است که تمامی حملات علیه اهداف غیر نظامی، در چارچوب ضرورت نظامی صورت گرفته‌اند، مگر این که دادستان یا شاکی بتواند عدم وجود ضرورت نظامی را اثبات کند. لذا استناد متهم به ضرورت نظامی در واقع دفاع محسوب نمی‌شود، چون نیازی به دفاع از خود ندارد (Fletcher, 1998: 105-110). این امر چند نتیجه به دنبال خواهد داشت:

اول این که، واقعیت این است اثبات وجود یا عدم وجود ضرورت نظامی در محضر یک دادگاه که در فضائی کاملاً متفاوت از میدان جنگ قرار دارد بسیار سخت است. همین امر موجب شد که در قضیه «گرماتسو علیه ایالات متحده» در سال ۱۹۴۴، قاضی جکسون - قاضی دیوان عالی فدرال آمریکا - اذعان کند که «تدابیر دفاعی در اغلب موارد نباید در محدوده‌ای که قدرت غیر نظامی در زمان صلح به آن مقید است، خود را محدود سازد ... محدودیتی که دادگاه‌ها همیشه تلاش می‌کنند ضرورت یک فرمان نظامی را در چارچوب آن بررسی کنند... دادگاه از کجا می‌داند که این دستورها، پایه و اساس منطقی در خصوص ضرورت دارند یا نه...». تصمیمات نظامی ماهیتاً مستعداً ارزیابی قضایی نیستند. آنها همیشه بر اساس مدارک و شواهد اتخاذ نمی‌شوند، بلکه بر اساس اطلاعاتی که اغلب قابل تصدیق نیستند و فرضیاتی که قابل اثبات نیستند اتخاذ می‌شوند. (Korematsu v. United States, 1944, p:244-245)

صرف نظر از این که نظر قاضی جکسون تا چه میزان صحیح است باید اذعان کرد که اثبات موضوع برای یک نظامی، بسیار سخت است؛ چه برسد به یک قاضی حتی قضات نظامی که در شرایط میدان جنگ قرار ندارند. در نتیجه، چون دادستان نمی‌تواند عدم وجود ضرورت نظامی را اثبات کند، بسیاری از مرتکبان جنایت جنگی، خواهند توانست از مجازات بگریزند. این موضوع، کار را برای رسیدگی به جرایم جنگی بسیار مشکل می‌کند، چون مسلماً اولین استناد هر متهم به جنایت جنگی، ضرورت نظامی است.

دوم این که، با ماهیت استثنائی بودن ضرورت که در آن تردیدی نیست، سازگاری ندارد. به ویژه این که اساسنامه در مواردی مانند ردیف (۱۳) بند (ب) ماده (۸) از عبارت «مگر این که» (Unless) استفاده کرده است. در چنین صورتی، پذیرش عدم وجود





ضرورت به عنوان یکی از عناصر جرم، از بُعد منطق حقوقی جای ابهام دارد. در حالی که با پذیرش این امر، در واقع، عملاً مجرمانه بودن اقدامی که تمامی عناصر مادی را واجد است، استثناء می‌شود.

سوم این که، نقض غرض وضع قوانین و مقررات بشردوستانه بین‌المللی در زمینه حفاظت از افراد مورد حمایت در جنگ است. زیرا، عملاً دست فرماندهان برای هر آنچه خود ضرورت نظامی تشخیص می‌دهند باز می‌شود. چون به هر حال، بار دلیل برای اثبات بر عهده آنان نیست.

۲-۳. آثار حقوقی در حقوق اسلام: قبلاً توضیح دادیم که ضرورت در اسلام استثناء است، اما در خصوص تأثیر آن بر ماهیت نهی در حقوق اسلام نیز دو نظر وجود دارد:

۱-۲-۳. برخی از موارد، ضرورت موجب سلب حرمت شده و عمل را مباح می‌کند، زیرا حرمت اعمال در حالت اختیار است و استثنا از حرمت نیز اباحه را نتیجه می‌دهد (الزحلی، ۱۳۸۸: ۳۵۰). استناد آنها به این آیه شریفه است که می‌فرماید: «وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرُّرْتُمْ إِلَيْهِ: به تحقیق، خداوند آنچه را بر شما حرام کرده برایتان شرح داده، جز آنچه بدان ناچار شده باشید» (انعام/۱۱۹). تمامی این موارد، به حوزه فردی و برای حفظ جان فرد می‌باشد و از محدوده بحث این مقاله خارج است.

اما دسته دیگر به گونه‌ای است که در ماهیت حرمت اثر نمی‌گذارد و آن را مباح نمی‌کند، اما به طور اصولی به انجام آن رخصت داده می‌شود. اینها شامل مواردی است که متضمن حق الناس است (همان، ۳۵۲). ضرورت مورد بحث این مقاله، در همین چارچوب قرار می‌گیرد.

۲-۲-۳. عموم فقهای شیعه قائل‌اند که، آیه مبارکه ۱۷۳ سوره بقره، به ماهیت فعل ارتكابی اشاره‌ای ندارد. حتی بر این امر دلالت دارد که اگر تجاوزی صورت نگیرد، اقدام به عملی که ماهیتاً حرام است جایز می‌شود. به عنوان مثال، علامه طباطبایی معتقد بود عبارت «فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ» بر این امر تأکید دارد که این اجازه خداوند، رخصتی است که به واسطه آن خواسته است به مؤمنان، تخفیفی بدهد و گرنه، مناط نهی در صورت ضرورت باقی می‌ماند (علامه طباطبایی، ۱۳۶۳، ج ۱: ۶۴۵). بنابراین این آیه و نیز حدیث رفع، امتنانی هستند (امام خمینی، ۱۳۷۸، ج ۲: ۱۴۳).



چون ماهیت نهی باقی می ماند، حکم وضعی آن نیز حفظ می شود. به این ترتیب فقط حکم تکلیفی زائل می شود. نتیجه بقای ماهیت فعل را می توان موارد زیر دانست:

۱ - به محض برطرف شدن محذور، الزام به انجام تکلیف کماکان پایدار است. به دلیل «أصالة بقاء ما زاد عن الضرورة علی حکمه الأول» یعنی بر مازاد دیگر ضرورت صدق نمی کند.

۲ - بر اساس قاعده «الاضطرار لا یبطل حق الغير» (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹: ۳۰) خسارات وارده به افراد دیگر باید جبران شود. یعنی مسئولیت مدنی پا برجا می ماند و حق دیگران از بین نمی رود.

۳ - در مقام اثبات در حوزه کیفری بار دلیل بر عهده مرتکب است. در این صورت، چنانچه فرماندهی در میدان جنگ با استناد به اصل ضرورت نظامی اقدامی کند که به موجب مقررات اولیه اسلام ممنوع باشد و منجر به کشته شدن غیر نظامیان گردد، بر خلاف آنچه که در حقوق مخاصمات مسلحانه دیدیم، بار اثبات حالت ضرورت بر عهده آن فرمانده است.

نتیجه

معلوم نمودیم که ضرورت نظامی در هر دو نظام حقوقی اسلام و حقوق بشردوستانه بین المللی مورد توجه واقع شده است و دارای شباهت ها و تفاوت هایی است.

۱. وجوه تشابه

۱-۱. هر دو نظام حقوقی، ضرورت نظامی را استثنائی بر اجرای ممنوعیت های کلی می دانند که بر برخی رفتارها در جنگ اعمال می شود. به عبارت بهتر با استناد به ضرورت نظامی یک سلسله از اقدامات که اصولاً به موجب حقوق مخاصمات مسلحانه در اسلام و حقوق بین الملل ممنوع است را می توان انجام داد، بدون آن که موجب مسئولیت کیفری اقدام کننده باشد.

۱-۲. در هر دو نظام حقوقی ضرورت نظامی صرفاً به اقدامات و رفتارهای «در جنگ» ناظر است.

۱-۳. در هر دو نظام، ضرورت نظامی اجازه نابود کردن زندگی دشمنان مسلح و دیگر افرادی که انهدام و نابودی شان در مخاصمات مسلحانه اجتناب ناپذیر است را صادر می - ۱۱۷





کند... اما اجازه قتل افراد غیر نظامی بیگناه با هدف انتقام یا ارضاء حرص و اشتیاق برای کشتن را نمی‌دهد.

۱-۴. اصل تناسب، یکی از محدودیت‌های پایه‌ای ضرورت نظامی در هر دو نظام محسوب می‌شود. به این ترتیب، نقض قواعد بشردوستانه بین‌المللی باید با نتایج حاصله از آن در پیروزی یا عدم شکست تناسب داشته باشد.

۱-۵. در هر دو نظام، ضرورت نظامی باید تنها راه پیروزی یا جلوگیری از شکست باشد. در غیر این صورت نمی‌توان به آن، ضرورت نظامی اطلاق کرد. به این ترتیب، به صرف این که این حمله هزینه کمتری برای حمله‌کننده دارد و یا سرعت دستیابی به پیروزی یا وسعت آن را بیشتر می‌کند، ضرورت نظامی محسوب نمی‌شود.

۱-۶. هم در حقوق اسلام و هم حقوق بین‌الملل، نباید صدمه‌رسانی به اهداف غیر نظامی (اعم از اموال و اشخاص) را قصد کرد. بلکه صرفاً اهداف نظامی مجاز به هدف‌گیری هستند. حال اگر در این راستا افراد غیر نظامی نیز آسیب دیدند، باید آن را از تبعات جنگ تلقی کرد.

۱-۷. هر دو نظام بر این اعتقادند که ضرورت نظامی در برخی اقدامات به دلیل ماهیتشان موضوعیت ندارد، نظیر شکنجه زندانیان برای اخذ اعتراف، یا مجروح کردن افراد در غیر عملیات جنگی.

۲. وجوه افتراق

با وجود مشابهت‌هایی که بین این دو نظام در این زمینه وجود دارد اما تفاوت‌های فراوانی نیز دارند.

۱-۲. در حقوق اسلام، ضرورت نظامی بطور مستقل تعریف نشده است و فقها با این عنوان به موضوع نپرداخته‌اند، بلکه منطبق ضرورت نظامی در آراء آنان متجلی است، به ویژه در بحث «تترس».

۲-۲. از نظر حقوق اسلام، این قاعده در جنگ‌هایی قابلیت اعمال پیدا می‌کند که اصل جنگ مشروع باشد. بنابراین در جنگ‌هایی که اصل جنگ نامشروع است، توسل به قاعده ضرورت نظامی سلب مسئولیت کیفری نمی‌کند. این از خصوصیات حقوق اسلام است.

۲-۳. در حقوق اسلام، ضرورت نظامی، در بستری از قاعده مصلحت اعمال می‌شود. به این معنا که چنانچه عملیاتی که بر اساس ضرورت نظامی صورت گیرد، منجر به آسیب





جدی به حیثیت اسلام یا موجب رویگردانی مردم از اسلام گردد و یا زمینه را برای تبلیغات سوء علیه اسلام و مسلمین ایجاد کند؛ هرچند عدم انجام عملیات مورد نظر منجر به شکست نیروهای اسلام در آن مقطع شود و یا امکان پیروزی را از بین ببرد. بر اساس قاعده مصلحت، اعمال ضرورت نظامی جایز نیست.

۲-۴. در حقوق بین الملل وجود ضرورت نظامی منجر به منقلب شدن ماهیت مجرمانه عمل می شود. به این معنا که عدم وجود ضرورت نظامی یکی از عناصر تشکیل دهنده جرم محسوب می شود. در نتیجه، بار اثبات عدم ضرورت بر عهده مدعی یا دادستان است. در حالی که در حقوق اسلام، ضرورت صرفاً موجب برطرف شدن حکم تکلیفی می شود و ماهیت مجرمانه عمل را مباح نمی سازد، بلکه صرفاً موجب سلب مسئولیت کیفری می شود. از این رو، این، مرتکب جرم است که باید وجود ضرورت را اثبات کند. بر اساس آنچه که بیان شد، پیشنهاد می شود:

اولاً، در خصوص تأثیر اصل ضرورت بر ماهیت اقدام نظامی در حقوق بین الملل باید مطالعات بیشتری صورت گیرد و با استفاده از دلایل فقهی اسلام و با توجه به نقش آن در کاهش ارتکاب به اعمال وحشیانه در جنگ بازنگری هایی صورت گیرد. ثانیاً، با توجه به تأثیری که اقدامات نظامی و جنگی بر مصالح عالیّه جامعه بشری دارد جا دارد همان گونه که در اسلام به موضوع ضرورت در بستری از مصالح عالیّه توجه شده - به ویژه جلوگیری از نابودی نسل انسان و محیط زیست - در حقوق بین الملل نیز زمینه ها و نمودهای تعامل میان ضرورت نظامی با مصالح عالیّه بشری مورد مطالعه قرار گیرد، تا در این زمینه شاهد نوآوری ها و پیشرفت هایی در انسانی تر کردن جنگ ها باشیم. ثالثاً، این موضوع مورد بررسی واقع بینانه قرار گیرد که چگونه می شود در جنگ هایی که اساس آنها طبق «حقوق بر جنگ» نامشروع است، ضرورت نظامی را پذیرفت؟

منابع

قرآن کریم

۱. ابن هشام، عبدالملک، ۱۳۷۵ش، زندگانی پیامبر اسلام، ترجمه هاشم رسولی محلاتی، ج ۲، چ ۵، تهران، کتابچی.





۲. الزحیلی، وهبه، ۱۳۸۹ش، آثار جنگ در فقه اسلامی، ترجمه عبدالحسین بینش، بی‌چا، قم، زمزم هدایت.
۳. _____، ۱۳۸۸ش، نظریه ضرورت در فقه اسلامی، ترجمه حسین صابری، بی‌چا، قم، مؤسسه بوستان کتاب.
۴. دهخدا، علی‌اکبر، ۱۳۷۷ش، لغتنامه دهخدا، بی‌چا، تهران، دانشگاه تهران.
۵. طبری، محمد بن جریر، ۱۳۷۵ش (الف)، تاریخ الطبری، ترجمه ابوالقاسم پاینده، چ ۵، تهران، اساطیر.
۶. عظیمی شوشتری، عباسعلی، ۱۳۹۱ش، دولت در عصر غیبت، بی‌چا، قم، زمزم هدایت.
۷. علامه طباطبایی، محمدحسین، ۱۳۷۴ش (الف)، تفسیرالمیزان، ترجمه سید محمدباقر موسوی همدانی، چ ۵، قم، جامعه مدرسین.
۸. فیض، علیرضا، ۱۳۸۱ش، مقارنه و تطبیق در حقوق جزای عمومی اسلام، بی‌چا، تهران، سازمان چاپ و انتشارات.
۹. خمینی، سید روح‌الله، ۱۳۷۸ق، الرسائل العشره، چ ۳، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
۱۰. شیخ طوسی، ابی‌جعفر، ۱۳۸۷ق، المبسوط فی الفقه الامامیه، ج ۲، چ ۳، تهران، المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة.
۱۱. کاشف‌الغطاء، محمدحسین، ۱۳۵۹ق، تحریر المجله، بی‌چا، نجف اشرف، المكتبه المرتضویة.
۱۲. محقق حلّی، نجم‌الدین، ۱۹۸۳م، شرائع الاسلام، ج ۲، چ ۳، بیروت، دارالاضواء.
۱۳. محقق حلّی، ۱۳۸۹ق، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، ج ۱، چ ۱، بیروت، منشورات الاعلمی.
۱۴. نجفی، محمدحسن، ۱۹۹۴م (الف)، جواهرالکلام، ج ۵، چ ۷، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
۱۵. _____ (ب)، جواهرالکلام، ج ۲۱، چ ۷، بیروت، دار احیاء التراث العربی.

16. Bernard H. Oxman, (1997), "International Decisions," AJIL, Vol: 91, No. 3.





17. Best, Geoffrey F.A (1994) , War and Law Since 1945 ,Oxford: Clarendon press,2th Ed
18. Cryer, Robert(2006) “Of Custom, Treaties, Scholars and the Gavel: The Influence of the International Criminal Tribunals on the ICRC Customary Law Study,” J. of Conflict & Security Law, vol:11, Nom:2
19. Dinestein , Yoram(1982) ,Military Necessity , Encyclopedia Of Public International Law , North – Holland Publishing Company , Amesterdom,1thEd,vol:3
20. Dormann, Knut (2003), Elements of War Crimes Under the Rome Statute of the International Criminal Court, Cambridge: ICRC/Cambridge University Press, 1th Ed
21. Downey, William Gerald (1953) “The Law of War and Military Necessity,” AJIL(The American Journal of International Law) , vol:47 ,No:2
22. Forrest , Craig J.S,(2007) , The Doctrine of Military Necessity and the Protection of Cultural , California Western International Law Journal, Vol. 37, No. 2, Art. 2
23. Hayashi, Nobuo(2010), Requirements of Military Necessity in International Humanitarian Law and International Criminal Law, Boston University International Law Journal, Vol:28,No:39
24. ICC (2007), Case No 02/05-01/7, prosecutor v.Al Abd-Al- Rahman, Warrant of Arrest for Ali Kushayb , conuts 18, 36, 49
25. ICC (2011), Elements of Crimes , Hague, Printed by PrintPartners Ipskamp, Enschede, available: www.icc-cpi.int
26. ICRC (1987), Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions, Martinus Nijhoff Publishers, Geneva, 1th Ed
27. ICRC(2002), The law of Armed Conflict : Basic Knowledge , Geneva, Unit for Relations with Armed and Security Forces of 12 August 1949, Geneva, Martinus Nijhoff Publishers,1th
28. Mettraux, Guénaël (2005), International Crimes and the Ad Hoc Tribunals, London, Oxford University Press, 1th Ed
29. Oppenheim,Lassa .ed.(1914), The Collected Papers of John Westlake on Public International Law ,Cambridge: Cambridge University Press, 1th Ed
30. Parks,W. Hays (2003) , “Special Forces’ Wear of Non-Standard Uniforms,” Chicago Journal of International Law ,vol:4,No:2.
31. Patton, Maj. S. George (1930), Jr., “The Effect of Weapons on War,” Cavalry Journal, available at: <http://www.pattonhq.com/textfiles/effect.html>,24/ Sep/2016
32. Solis, Gary (2010), The Law of Armed Conflict, Cambridge, Cambridge University Press, 1th Ed
33. Taylor, Telford (1992), The Anatomy of the Nuremberg Trials , New York, Knopf, 1th Ed



34. United nations (2007), Yearbook of the International Law Commission, United Nation Publication, New York & Geneva, 1th Ed
35. Zanders, Jean Pascal (Oct. 2003), "International Norms Against Chemical and Biological Warfare: An Ambiguous Legacy," J. of Conflict & Security Law, vol: 8, No. 2.
36. Korematsu v. United States, 323 U.S. 214, 244–45 (1944). (Jackson, J., dissenting)
37. CSID, Continental Casualty Company v Argentine Republic, CaseARB/03/09
38. Unriaa, Rainbow Warrior (New Zealand/ France), Vol :xx.



فصلنامه پژوهش حقوق اسلام و فقه

Archive of SID

