

مجله حقوقی، نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری
شماره سی و پنجم، ۱۳۸۵، صص ۳۰۴ - ۲۶۷

دفاع «ضرورت» در گفتمان حقوقی بین‌المللی: مداخله بشردوستانه و مبارزه با تروریسم*

ایان جانستون

علیرضا ابراهیم گل**

فهرست مطالب

مقدمه

مفهوم ضرورت: طرح پیش‌نویس مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل راجع به مسئولیت دولت

و رویه قضائی مربوط

توجیه یا عذر

الف) حقوق داخلی

ب) رویکرد کمیسیون حقوق بین‌الملل

دفاع ضرورت در عمل: مداخله بشردوستانه و مبارزه با تروریسم

الف) مداخله بشردوستانه

ب) مبارزه با تروریسم

تصمیم‌گیری درباره ضرورت

نتیجه‌گیری

*. مشخصات مأخذ اصل مقاله به شرح ذیل است:

Ian Johnstone, The Plea of "Necessity" in International Legal Discourse: Humanitarian Intervention and Counter – terrorism, Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 43, No. 2, 2005, PP. 337-388.

**دانشجوی دوره دکترای حقوق بین‌الملل دانشگاه شهید بهشتی.

چکیده

عملیات نظامی جهت اهداف بشردوستانه یا مبارزه با اعمال تروریستی به آسانی در حیطه قواعد حقوقی موجود راجع به توسل به زور جای نمی‌گیرد. عوارض اعمال دقیق و سختگیرانه آن قواعد موجب شده که استناد به ضرورت به‌عنوان دفاعی در مقابل نقض مقررات حقوقی مجدداً مطرح شود. در این مقاله من براساس کار اسکار شاکتر^۱ به بررسی این دکترین بحث برانگیز در پرتو اقدامات نظامی اخیر در کوزوو، افغانستان و عراق می‌پردازم. نکته کلیدی بحث من این است که دفاع ضرورت تنها در چهارچوب مداخله بشردوستانه قابل پذیرش است و نه اقدامات ضد تروریستی. این نکته که دکترین مزبور به‌عنوان یک «شیر اطمینان» مفید برای گریز از نتایج نامطلوب اجرای دقیق مقررات حقوقی عمل می‌کند، استدلال قانع‌کننده‌ای برای اعمال آن در موارد نقض فاحش حقوق بشردوستانه به شمار می‌آید. از سوی دیگر حقوق دفاع مشروع رو به تکامل، چارچوب مناسبتری برای ارزیابی مشروعیت اقدام نظامی علیه تروریستها و حامیانشان محسوب می‌شود. در این راستا من بر این اعتقادم که تمایز موجود در حقوق داخلی میان «عذر»^۲ و «توجیه»^۳ مهم است و در حقوق بین‌الملل بهتر است که ضرورت به‌عنوان یک «عذر» نگریسته شود. به علاوه بر این باورم که گفتمان حقوقی بین‌المللی شکل گرفته توسط یک جامعه تفسیری^۴، آنقدر توانا هست که بتواند این تمایز را به شیوه‌ای معنی‌دار ایجاد کند. دکترین «ضرورت» بر حقوق موجود راجع به توسل به زور تأثیر نمی‌گذارد در عین اینکه در موارد نقض بسیار شدید حقوق بشردوستانه، جامعه تفسیری نقض این قواعد را نادیده می‌گیرد.

1. Oscar Schachter.
2. Excuse.
3. Justification.
4. Interpretive Community.

مقدمه

آثار مفصل اسکار شاکتر راجع به نظریه و رویه حقوق بین‌الملل در ذات خویش، نوشته‌هایی در خصوص نقش حقوق در سیاست بین‌الملل است. حقوق، فضای هنجاری را که در آن تصمیمات سیاسی اتخاذ می‌شوند ایجاد می‌کند و بر حساب‌گریهای سیاستمداران و نوع تصمیم‌گیری در خصوص یک مشکل تأثیر می‌گذارد. به‌علاوه همان‌طور که پروفیسور شاکتر اشاره می‌کند می‌توان تأثیر حقوق را از طریق یک فرآیند هنجارسازی که به گونه‌ای فزاینده هم بازیگران دولتی و هم بازیگران غیردولتی را در بر می‌گیرد حس کرد. این مدعی حتی راجع به قواعد حاکم بر توسل به زور نیز صادق است.

در این مقاله من به بررسی دو وضعیتی می‌پردازم که قواعد موجود در منشور ملل متحد راجع به آنها از صراحت برخوردار نیست یعنی مداخله بشردوستانه و مبارزه با تروریسم. شورای امنیت می‌تواند در موارد بحرانهای انسانی ناشی از نقض حقوق بشردوستانه اقدام کند اما اغلب به این کار دست نمی‌یازد و لحن ماده ۵۱ منشور به انجام اقدامات دفاعی علیه تروریستها اشاره نمی‌کند. در هر دوی این وضعیتهای مقامات دولتی و علمای حقوق همچون شاکتر به این مطلب اشاره کرده‌اند که «حالت ضرورت» سرمشق (پارادایم) مناسبی برای تحلیل حقوقی آنهاست. مضمون این ادعا آن است که در عین اینکه توسل به زور نامشروع است، حالت ضرورت حاد می‌تواند نقض این دسته از مقررات حقوقی را توجیه کرده یا عذری برای آن باشد. هدف این مقاله بررسی این مطلب است که آیا اقدامات نظامی اخیر در کوزوو، افغانستان و عراق روح تازه‌ای در کالبد این دکترین بحث‌برانگیز دمیده است یا خیر.

در بخش نخست این مقاله من با توجه به رویکرد کمیسیون حقوق بین‌الملل در طرح پیش‌نویس مواد مربوط به مسئولیت دولت به ایضاح مفهوم ضرورت پرداخته‌ام. استدلال پس این دفاع آن است که ضرورت همچون شیر اطمینانی است که از طریق آن دولتها می‌توانند از نتایج نامطلوب اجرای دقیق یک قاعده حقوقی، در هر شرایطی و با هر هزینه‌ای که بر آن مترتب باشد، بگریزند. کمیسیون بر این اعتقاد است که این مفهوم در حقوق بین‌الملل وجود دارد اما در خصوص اینکه برای مشروعیت بخشیدن به توسل به زور می‌توان به آن استناد کرد یا خیر به اجماع نرسیده است. مطالعه دقیق مواد و شرح و تفسیرهای وارده نشان می‌دهد که اگرچه نمی‌توان برای نقض قواعد آمره به حالت ضرورت استناد کرد، کمیسیون عمده‌تر راجع به این سؤال که آیا تمامی اشکال غیرقانونی استفاده از زور، قاعده آمره منع توسل به زور را نقض می‌کنند یا خیر موضعی اتخاذ نمی‌کند. به این ترتیب، کمیسیون این امکان را باقی می‌گذارد که در خصوص اقدامات قهری کمتر از تجاوز بتوان به ضرورت استناد کرد.

در دومین بخش من به بررسی این مطلب می‌پردازم که بهتر است به این دفاع به‌عنوان

کدامیک از «توجیه» یا «عذر» نگریسته شود. پرسشی که حقوق داخلی نیز در پاسخ به آن با مشکل روبروست و واجد آثار نظری و عملی در حقوق بین‌الملل است. من معتقدم که بهتر است به این دفاع در حقوق بین‌الملل به‌عنوان یک «عذر» نگریسته شود؛ یک دفاع موفقیت‌آمیز استثنایی بر یک قاعده حقوقی ایجاد نمی‌کند بلکه فاعل یک فعل را از مسئولیت نقض آن قاعده که همچنان معتبر خواهد بود مبرا می‌کند. این دیدگاه این سؤال را پیش می‌آورد که آیا سیستم حقوقی بین‌المللی غیرمتمرکز امروز می‌تواند درخصوص چنین عذری قضاوت دقیقی کند. آیا این سیستم حقوقی می‌تواند عملی را غیرقانونی اعلام کند و سپس بدون توجه به تأثیرات مخرب معذور دانستن آن فعل بر قاعده ممنوعیت توسل به زور، آن را بپذیرد؟ پیش از پرداختن به این سؤال، در بخش سوم پتانسیل قابل‌اعمال بودن این عذر در مداخلات بشردوستانه و اقدامات ضد تروریستی را عمدتاً با بررسی مداخلات در کوزوو، افغانستان و عراق را مورد تعمق قرار دادم. من بر این باورم که قواعد حقوقی و رویه موجود، استناد به ضرورت در چارچوب بحرانهای بشردوستانه را می‌پذیرند. در عین حال جنگ علیه شبکه القاعده نشان می‌دهد که دفاع مشروع سرمشق بهتری برای ارزیابی مشروعیت اقدام نظامی در مبارزه با تروریسم است.

در بخش چهارم براساس تعریف شاکتر از ماهیت و کارکرد حقوق بین‌الملل به توضیح این مطلب می‌پردازم که یک سیستم بین‌المللی غیرمتمرکز چگونه قادر است به تفکیک اعمال قانونی از اعمال غیرقانونی که با عذر پذیرفته می‌شوند، بپردازد. هرگونه توسل به زور در روابط بین‌الملل مستلزم به‌کارگیری اندیشه جمعی و مبانی استدلالی است و یک جامعه تفسیری چارچوبی است که چنان اندیشه‌ای در آن شکل یافته و در خصوص ماهیت ادعاهای حقوقی تصمیم می‌گیرد. تأمل بر وضعیتهای کوزوو، عراق و افغانستان نشان می‌دهد که گفتمان حقوقی آن‌قدر توانا هست که نه تنها بتواند در خصوص مشروعیت تصمیم به استفاده از زور بلکه راجع به تبعات نقض این دسته از مقررات حقوقی توسط دولتها نیز قضاوت معناداری کند.

نهایتاً نتیجه‌گیری می‌کنم که منطق مبنای عذر ضرورت نیز در طی سالها تحول و تکامل یافته است. از نظر تاریخی این دکترین ریشه در حمایت از منافع اساسی یک دولت و به طور خاص منفعت یک دولت در صیانت نفس خویش دارد. امروزه بهتر است به آن به‌عنوان یک «شیر اطمینان» در حمایت از امنیت بشری عموماً پذیرفته شده نگریسته شود تا [ایزاری جهت] حمایت از منافع ملی. در حالی که حقوق رو به تکامل دفاع مشروع می‌تواند در برگزیده اقدام علیه تروریستها باشد، حقوق بشر و منافع بشردوستانه به اندازه کافی مورد حمایت قرار نمی‌گیرد و نتیجتاً جامعه تفسیری در مواقعی اقدام قهری در حمایت از این حقوق و منافع را به دیده اغماض می‌نگرد.

۱- مفهوم ضرورت: طرح پیش‌نویس مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل راجع به مسئولیت دولت و رویه قضائی مربوطه

دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه Gabacikovo-Nagymaros (۱۹۹۷) و در رأی مشورتی خویش در قضیه «ساخت دیوار» (۲۰۰۴) اظهار داشت که دفاع «ضرورت» در حقوق بین‌الملل وجود دارد اگرچه در هیچ‌یک از این قضایا استناد به آن پذیرفته نشد. در این میان در آگوست ۲۰۰۱ کمیسیون حقوق بین‌الملل نهایتاً طرح پیش‌نویس مواد راجع به مسئولیت دولت از بابت اعمال متخلفانه بین‌المللی را تصویب کرد. یکی از مواد این طرح به ضرورت به‌عنوان «شرایطی که می‌تواند متخلفانه بودن یک فعل را مستثنی کند» اشاره دارد.

مجمع عمومی بعداً در همان سال این پیش‌نویس را بدون اینکه به تصویب بعدی آن خدشه وارد آید جهت مطالعه برای دولت‌ها ارسال کرد. اگرچه این احتمال که پیش‌نویس مزبور به زودی به یک معاهده تبدیل شود بعید است، این مواد به‌عنوان یکی از وسایل کمکی در مفهوم قسمت «د» بند (۱) ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری تلقی می‌شوند. اگر مطالعه این پیش‌نویس تردیدهای جدی در خصوص دفاع ضرورت ایجاد کند در آن صورت برای دولت‌ها مشکل‌تر خواهد بود که با اطمینان در گفتمان حقوقی و دیپلماتیک که بر روابط بین‌المللی حاکم است به آن استناد کنند.

در بخش پنجم این پیش‌نویس، کمیسیون یک سری از شرایطی را برمی‌شمرد که می‌توانند متخلفانه بودن عملی را که در حالت عادی نقض یک تعهد بین‌المللی محسوب می‌شود توجیه کنند برمی‌شمرد. ماده ۲۵ که از «حالت ضرورت» به‌عنوان یکی از این شرایط یاد می‌کند بدین شرح است:

۱- یک دولت نمی‌تواند جهت توجیه متخلفانه بودن فعل مغایر با تعهدات بین‌المللی خویش به ضرورت استناد کند مگر آنکه آن فعل:
الف) تنها راه حفظ منفعت اساسی آن دولت در مواجهه با یک خطر قریب‌الوقوع و شدید باشد.

ب) منفعت اساسی آن دولت یا دولتهای ذی‌نفع تعهد مزبور یا جامعه بین‌المللی در کلیت خویش را شدیداً متأثر سازد.

۲- در هر صورت یک دولت نمی‌تواند برای توجیه متخلفانه بودن فعل خویش به ضرورت استناد کند چنانچه:

الف) تعهد بین‌المللی مورد بحث، امکان استناد به ضرورت را منع کرده باشد.

ب) دولت استنادکننده خود در ایجاد چنین وضعیتی سهمیم بوده باشد.

ماده ۲۶ طرح پیش‌نویس مواد می‌افزاید که هیچ‌یک از مواد این بخش نمی‌تواند به‌عنوان

دفاع ضرورت در ... ❖ ۲۷۱

توجیهی بر متخلفانه بودن فعل یک دولت که مغایر با یک تعهد بین‌المللی ناشی از یک قاعدهٔ آمره حقوق بین‌الملل عام است مورد استناد قرار گیرد.

سؤال اساسی این است که آیا ضرورت می‌تواند توجیه‌گر غیرقانونی بودن توسل به زور باشد؟ دقیق‌تر بگوییم آیا «حالت ضرورت» ناشی از یک بحران شدید بشردوستانه یا یک اقدام تروریستی می‌تواند برای توجیه کردن و یا به‌عنوان یکی از معاذیر رافع مسئولیت مربوط به مداخله قهری از سوی یک دولت در قلمرو دولت دیگر مورد استناد قرار گیرد؟ از متن مواد و شرح و تفسیرهای وارده و کارهای مقدماتی برمی‌آید که کمیسیون در این خصوص به اجماع نرسیده است و لذا پاسخ قطعی به این پرسش نداده است. به عبارت دیگر کمیسیون نه این ادعا که ضرورت در چنین حالتی قابل استناد است را می‌پذیرد و نه صراحتاً آن را رد می‌کند. بعضی از قسمتهای طرح و شرح و تفسیر وارده این تفسیر را تأیید می‌کنند:

اولاً قسمت «الف» بند (۱) مادهٔ ۲۵ اظهار می‌دارد که می‌توان برای تضمین یک منفعت اساسی، بدون قید عبارت محدود‌کنندهٔ «یک دولت» که در طرح قبلی آمده بود، به ضرورت استناد کرد. در خصوص تأثیر حذف این عبارت در بند (۲) تفسیر کمیسیون بر مادهٔ ۲۵ چنین آمده است:

منظور از ضرورت نه خطر برای جان مقامات دولتی بلکه یک خطر شدید برای منافع اساسی یک دولت یا جامعه بین‌المللی در کلیت خویش است. این مدعی با مطالعه قضیه Gabacikovo-Nagymoros تقویت می‌شود. در این قضیه مجارستان تلاش می‌کرد که نقض معاهده‌اش با چکسلواکی در خصوص رودخانه دانوب را به علل ضرورت‌های زیست‌محیطی توجیه کند و ادعا می‌کرد که پروژه سد و آب‌بند خطرات شدیدی برای محیط زیست منطقه دارد. دیوان ادعای مجارستان را رد کرد اما این فرض که تهدید یک فاجعه زیست‌محیطی می‌تواند عذر معتبری برای نقض تعهدات بین‌المللی باشد را پذیرفت. در این قضیه مجارستان ادعا می‌کرد که به منافع او خسارت وارد شده است اما در بررسی بسیاری از مشکلات زیست‌محیطی جهانی ممکن نیست که منافع ملی خاصی را متصور شد. حتی کمیسیون در شرح و تفسیر مادهٔ ۳۳ طرح پیش‌نویس مواد ۱۹۸۰ خویش (ویرایش پیشین مادهٔ ۲۵ فعلی که به منافع اساسی یک دولت اشاره می‌کند) اظهار داشت که در دوره‌های اخیر صیانت از توازن اکولوژیکی منفعت اساسی «همه» دولتها به شمار می‌آید. نتیجه آنکه نیازی نیست که صدمه و ضرر خاصی به یک دولت وارد شود بلکه تنها در صورتی که یک منفعت یا یک ارزش مشترک بین‌المللی به خطر افتد می‌توان به حالت ضرورت استناد کرد. در واقع این دفاع در حوزه‌هایی که مکانیزم‌های بین‌المللی برای تحکیم منافع و هنجارهای جامعه بین‌المللی چون قواعد محیط زیستی ضعیف است یک «شیر اطمینان» بسیار سودمند به‌نظر می‌رسد.

ثانیاً، دو مورد از قضایای اشاره شده در شرح و تفسیر کمیسیون متضمن توسل به زور هستند. یک) قضیه کارولین که کمیسیون می‌پذیرد که به این قضیه غالباً در بحث دفاع مشروع اشاره می‌شود. کمیسیون در هر دو تفسیر در سال ۱۹۸۰ و ۲۰۰۱ بر این مطلب تأکید کرد که این قضیه در واقع متضمن دفاع ضرورت بوده است. شرایطی که در یادداشت وزیر خارجه ایالات متحده به همتای بریتانیایی‌اش قید شده محدودتر از مفاهیم دفاع مشروع رایج در آن زمان بوده و بیشتر با مفهوم انگلیسی- امریکایی در حال تکوین ضرورت که در حقوق داخلی شکل گرفته بود سازگار بودند.^۵ نیازی نیست که بر نتایج عملی این بدعت تاریخی تأکید شود بلکه به لحاظ تداوم اصول مستنبط از این قضیه در گفتمان حقوقی بین‌المللی مهم است تا ریشه‌های آن در دکنترین ضرورت جستجو شود تا دفاع مشروع. به‌علاوه کمیسیون در شرح و تفسیر سال ۲۰۰۱ خویش اظهار داشت که حقوق مربوط به توسل به زور در سال ۱۸۷۳ بسیار موسع‌تر از امروز بوده است اما تغییر در قواعد ضرورتاً نمی‌تواند مانع استناد به ضرورت برای توجیه بعضی استفاده‌ها از زور باشد. (یا چرا اصولاً به قضیه کارولین در شرح و تفسیر خویش اشاره می‌کند؟)

دو) قضیه توری کانپون (۱۹۶۷) بود که در آن به گل نشستن یک ابرتانکر لیبرایی در دریای آزاد و در بیرون سواحل بریتانیا موجب نشت میزان زیادی نفت و آلودگی سواحل انگلستان و فرانسه شد. بریتانیا با نگرانی از خطر رو به تزاید ناشی از نشت نفت اقدام به عملیات رهانیدن کشتی کرد اما این اقدام تنها موجب تشدید آلودگی شد. نهایتاً این کشور اقدام به بمباران کشتی کرد تا نفت باقیمانده بسوزد. دولت لیبریا اعتراض نکرد. بریتانیا در عین اینکه هیچ توجیه حقوقی خاصی برای اقدامش ارائه نداد اظهار داشت که «دغدغه اصلی دولت همیشه آن بوده است که سواحل خویش را از آلودگی نفتی حفظ کند و جهت نیل به این هدف اقدامات لازم را اتخاذ کند. هیچیک از ملاحظات مالی و حقوقی نمی‌تواند مانع اقدام دولت در هر مرحله‌ای شود.» هیچ‌گونه اعتراض بین‌المللی به این عمل بریتانیا صورت نگرفت و همان‌طور که کمیسیون اشاره می‌کند مدتی پس از آن کنوانسیون بین‌المللی راجع به مداخله در دریای آزاد در موارد آلودگی نفتی به تصویب رسید، کنوانسیون‌هایی که متضمن دکنترین ضرورت بود.

ثالثاً، کمیسیون نتیجه‌گیری می‌کند که «تعادل دکنترین» امکان استناد به ضرورت در

۵. D.W. Greig. وضعیت توسل به زور در حقوق بین‌الملل آن زمان را این‌گونه وصف می‌کند:

«قواعد سنتی حقوق بین‌الملل به یک دولت اجازه می‌داد در صورتی که حقوق او از ناحیه نقض یک تعهد از سوی دولت دیگر تهدید شوند برای دفاع از این حقوق به استفاده از زوری که به حد اعلان جنگ نرسد متوسل شود. منافی که این‌گونه مورد حمایت قرار می‌گیرند به اندازه کافی وسیع بودند که نشان دهند دفاع ضرورت محدودتر از آن چیزی است که در نگاه اول از اظهارات دولت ایالات متحده در قضیه کارولین برمی‌آید. توسل به زور در وضعیتی که هیچ نقض تعهدی از سوی دولتی که علیه او توسل به زور صورت گرفته انجام نشده است تنها به دلایل استثنایی همچون ضرورت، یا آن‌گونه که اغلب عنوان صیانت نفس گرفته توجیه‌پذیر است.»

موارد بسیار خاصی همچون تضمین ایمنی یک جمعیت غیرنظامی را می‌پذیرد. کمیسیون در شرح و تفسیر سال ۱۹۸۰ خویش مشخصاً به مواردی اشاره می‌کند که ویژگی مشترک آنها وجود خطر قریب الوقوع و شدید برای یک دولت، بعضی اتباع آن یا «صرفاً» افراد بشری است. نتیجه آنکه ایمنی و حیات بشری در چارچوب ماده ۲۵ می‌تواند یک «منفعت اساسی» تلقی شود.

نهایتاً، این چنین به نظر می‌رسد که موضع کمیسیون در هر دو طرح سال ۱۹۸۰ و ۲۰۰۱ خویش راجع به این سؤال که آیا تمامی استفاده‌های از زور به جز آنهایی که توسط شورای امنیت مجاز شمرده می‌شود (ماده ۲۴ منشور ملل متحد) و یا در چارچوب دفاع مشروع به کار برده می‌شود (ماده ۵۱ منشور) قواعد امره حقوق بین‌الملل عام را نقض می‌کنند و در نتیجه در چارچوب ماده ۲۶ قرار می‌گیرند مبهم است.^۶ کمیسیون در شرح و تفسیر سال ۱۹۸۰ خویش مشخصاً حاضر نشد راجع به این مسئله که آیا بند ۴ ماده ۲ منشور تعهدی را ایجاد می‌کند که با حالت ضرورت هم قابل رفع نیست موضعی اتخاذ کند، اما در بند بعدی اظهار داشت که «تعهدی که به هیچ وجه در امره بودن آن شک و تردید وجود ندارد آن است که یک دولت باید از نقض قهری تمامیت سرزمینی و استقلال سیاسی دولت دیگر اجتناب کند». اگر ممنوعیت توسل به زور علیه تمامیت سرزمینی یک دولت یک قاعده امره است در آن صورت به موجب مفاد قسمت الف بند ۲ ماده ۳۳ طرح پیش‌نویس مواد، ضرورت یکی از معاذیر رافع مسئولیت به شمار نمی‌آید. به هر حال این موضع با نظر کمیسیون راجع به بعضی اعمال دولتها در قلمرو دیگر دولتها که «گرچه گاهی اوقات از ماهیت قهری برخوردارند اما برای اهداف و مقاصد محدودی صورت می‌گیرند و هیچ ارتباطی با ویژگیهای یک جنگ تجاوزکارانه واقعی ندارند» به سختی قابل سازش است.^۷ اگر این اقدامات «استفاده از زور علیه تمامیت سرزمینی» یک دولت محسوب نشوند، به نظر می‌آید که نتوان به موجب بند ۲ ماده ۴ منشور آنها را منع کرد و لذا مسئله ضرورت اصولاً مطرح نمی‌شود. اگر تردید وجود دارد که کمیسیون در سال ۱۹۸۰ در این باره مردد بوده است، از جمله پایانی بند ۲۶ شرح و تفسیر مواد سال ۲۰۰۱ آن برمی‌آید که این مسئله پاسخ قطعی خویش را یافته است: در هر مورد باید اظهار داشت که رویه دولتها در پاسخ به سؤال فوق‌الذکر کمک چندانی نمی‌کند. احتمالاً ابهام موجود در موضع کمیسیون نشان می‌دهد که میان اعضای آن در خصوص

۶. ماده ۲۶ مقرر می‌کند که هیچ‌یک از شرایط مندرج در بخش پنجم پیش‌نویس مواد، نظیر ضرورت نمی‌تواند برای توجیه متخلفانه بودن نقض یک قاعده امره مورد استناد قرار گیرد.

۷. کمیسیون در شرح و تفسیر خویش بر ماده ۳۳ به نمونه‌های ذیل به عنوان اقدام قهری کمتر از تجاوز اشاره می‌کند: ورود به قلمرو کشور خارجی برای جلوگیری از عملیات خسارت‌بار توسط یک گروه مسلح که در حال آماده شدن برای حمله به قلمرو دولت دیگر است یا تعقیب یک گروه مسلح از جانبانی که از مرز عبور کرده‌اند و یا در قلمرو دولت خارجی پایگاه دارند یا حمایت از جان اتباع یا دیگر اشخاصی که از سوی نیروهای متخاصم و گروههایی که تحت کنترل یک دولت نیستند مورد حمله قرار گرفته یا بازداشت شده‌اند یا از بین بردن و خنثی کردن منشأ مشکلات که گمان می‌رود از طریق مرز عمل کند.

اینکه آیا تمام اشکال توسل به زور که در بند ۴ ماده ۲ منشور ملل متحد منع شده‌اند یک قاعده آمره را نقض می‌کنند یا تنها اعمالی که به تجاوز منجر می‌شوند این ویژگی را دارند، توافق وجود ندارد.^۸ به نظر می‌آید کمیسیون تمایل دارد که بتوان در موارد اقدامات قهری کم‌دامنه به بند ۴ ماده ۲ استناد کرد اما نهایتاً رأی اعضا در این خصوص مساوی شد. به علاوه کمیسیون بر این مطلب تأکید کرد فاصله بین دو دیدگاه آنقدر که در نگاه اول به نظر می‌رسد نیست. هر دو گروه نگران سوءاستفاده بودند اما عده‌ای به این امر به‌عنوان دلیلی برای وضع شرایط دقیق می‌نگریستند تا رد امکان استناد به ضرورت به صورت کلی بویژه هنگامی که ضرورت ایجاب می‌کند منافع بشری یک جمعیت مورد حمایت قرار گیرند. به نظر می‌آید که مباحثات کمیته ششم مجمع عمومی نیز با این ابهام مواجه بوده است زیرا بیشترین مباحث کمیته بر این نکته متمرکز بود آیا مطلوب است صراحتاً به این امر اشاره شود که نمی‌توان برای هرگونه تهدید یا توسل به زور که ناقض بند ۴ ماده ۲ باشد به حالت ضرورت استناد کرد یا خیر.^۹

در سال ۲۰۰۱ کمیسیون این فرصت را پیدا کرد که این پرسش را پاسخ گوید اما از این کار خودداری کرد. کمیسیون پیش‌تر در شرح و تفسیرهای خویش به نگرانی از سوء استفاده اشاره کرد اما از مداخله بشردوستانه یا دیگر اشکال استفاده از زور که به اشغال سرزمینی نینجامد به‌عنوان مصادیق این سوءاستفاده اشاره نکرد. به علاوه حداقل بند پایانی تفسیر کمیسیون بر ماده ۲۵ ابهام دارد:

«همان‌طور که در ماده ۲۵ آمده است «دفاع ضرورت» در خصوص افعالی مورد استناد قرار می‌گیرد که اصولاً با تعهدات اولیه تنظیم می‌شوند. این دکترین در ارتباط با قواعد حاکم بر توسل به زور در روابط بین‌المللی و مسئله «ضرورت نظامی» اهمیت خاصی دارد. درست است که در مواردی برای اقدامات نظامی در خارج از مرزها بویژه در چارچوب ادعاهای مربوط به مداخله بشردوستانه به ضرورت استناد شده است. (در اینجا کمیسیون به مداخله بلژیک در ۱۹۶۰ در کنگو اشاره می‌کند) این سؤال که آیا تدابیر قهری که جهت مداخله بشردوستانه آغاز می‌شوند

۸. کمیسیون در شرح و تفسیر خویش اظهار می‌کند که اعضا راجع به اینکه نمی‌توان برای توجیه هرگونه استفاده از زور که تجاوز به دولت دیگر محسوب شود نمی‌توان به ضرورت استناد کرد شک و تردید نداشتند. نبود اجماع بر استفاده‌های محدودتر از زور از تغییراتی که در پیش‌نویس نخست ماده ۳۳ انجام شد هویدا می‌گردد، این ماده مقرر می‌کند که نمی‌توان در خصوص ممنوعیت تجاوز به ضرورت استناد کرد. کمیسیون می‌توانست صراحتاً مقرر کند که تجاوز تنها نوع توسل به زور است که یک قاعده آمره را نقض می‌کند یا همه اشکال اقدامات قهری چنین خاصیتی دارند. برعکس کمیسیون هرگونه اشاره به تجاوز را از پیش‌نویس مواد حذف کرد و لذا هر دو امکان را باقی گذاشت.

۹. آقای ریفاگان از اعضای کمیسیون در هنگام کار روی پیش‌نویس مواد مربوط به مسئولیت در کمیته ششم اظهار داشت که نقض حاکمیت سرزمینی یک دولت دیگر ضرورتاً نقض یک قاعده آمره نیست اما با این وجود این عمل می‌تواند عملی محسوب شود که یک منفعت اساسی دولت ذی‌نفع یک تعهد را شدیداً متأثر سازد. او خاطر نشان می‌سازد که کمیسیون به این پرسش پاسخ نگفت و این موضوع بی‌جواب ماند.

و مطابق فصل ۷ یا ۸ منشور ملل متحد نیستند به موجب حقوق بین‌الملل معاصر قانونی تلقی می‌شوند یا خیر در چارچوب ماده ۲۵ قرار نمی‌گیرد. در عین اینکه ملاحظاتی شبیه ملاحظات مبنای ماده ۲۵ می‌تواند در این خصوص نقش داشته باشد آنها در چارچوب تنظیم و تفسیر تعهدات اولیه مورد توجه قرار می‌گیرند».

به نظر می‌آید که کمیسیون بر این باور است که برای توجیه مداخله بشردوستانه نمی‌توان به ضرورت استناد کرد، اما مطالعه دقیق‌تر نشان می‌دهد که این مسئله در محدوده ماده ۲۵ نیست. کمیسیون با اشاره به تمایز میان قواعد اولیه و ثانویه (تمایزی که ریشه آن به نوشته‌های روبرتو آگو مخبر کمیسیون راجع به طرح مسئولیت بین‌المللی ۱۹۶۲-۷۹ برمی‌گردد) عمداً از دادن پاسخ صریح به این مسئله خودداری کرد.^{۱۰} ماده ۲۵ همچون دیگر مواد طرح مسئولیت دولت یک قاعده ثانویه است. هدف از وضع آن این نیست و نبوده است که مسائل تفسیری مربوط به تعهدات اولیه همچون قواعد حاکم بر توسل به زور را حل و فصل کند. همان‌طور که شرح و تفسیر ماده ۲۶ نیز این پرسش را پاسخ نمی‌گوید. این شرح قاعده آمره را تعریف نمی‌کند، بلکه در عوض فهرستی را پیشنهاد می‌کند که شامل تجاوز، نسل‌کشی، بردگی، تبعیض نژادی، شکنجه و جنایت علیه بشریت و حق تعیین سرنوشت است.^{۱۱} این بخش می‌افزاید که تعداد نسبتاً کمی از قواعد به‌عنوان قواعد آمره شناخته شده‌اند و این فهرست اگرچه حصری نیست، احتمال افزوده شدن موارد دیگری به آن وجود ندارد. در سال ۲۰۰۱ کمیسیون کاملاً به ابهامات و مباحث مرتبط با ماده ۳۳ آگاه بود، اما با این وجود برای حل این مشکل هیچ اقدامی نکرد. کمیسیون عمداً این امکان را باقی گذاشت که بعضی اشکال استفاده از زور که تجاوز محسوب نمی‌شوند، اگرچه غیرقانونی باشند، نقض یک قاعده آمره تلقی نشوند و لذا بتوان در این حالت به ضرورت استناد کرد.^{۱۲}

۲- توجیه یا عذر

الف) حقوق داخلی

دفاع ضرورت در حقوق داخلی، در هر دو سیستم حقوق نوشته و کامن‌لو ریشه‌ای طولانی

۱۰. عده‌ای همچون پروفیسور کرافورد آخرین گزارشگر ویژه کمیسیون در خصوص طرح مسئولیت بین‌المللی انسجام مفهومی بین قواعد اولیه و ثانویه را مورد تردید قرار داده‌اند.

۱۱. پروفیسور کرافورد در این خصوص اظهار می‌دارد که کمیسیون احساس نمی‌کند که وظیفه دارد فهرستی از قواعد آمره را تعیین کند بلکه تعیین یک قاعده به‌عنوان قاعده آمره بر عهده مراجع قضائی و رویه دولتهاست.

۱۲. پروفیسور کرافورد در کنفرانس سالانه انجمن امریکایی حقوق بین‌الملل در سال ۲۰۰۴ به این مسئله اشاره کرد که موضوع توسل به زور از این‌رو خارج از ماده ۲۵ قرار گرفت که کمیسیون از پرداختن به مشکل‌ترین پرسش حقوق بین‌الملل معاف شود.

دارد. کمیسیون به این مطلب اشاره کرد که اگرچه این رویه قضائی می‌تواند به فهم این دفاع در حقوق بین‌الملل کمک کند، اما قاطع نیست.^{۱۳} سؤالی که علمای حقوق داخلی را به خویش مشغول داشته این است که به این دفاع تحت کدامین عنوان توجیه یا عذر باید نگریست. جان آوستین^{۱۴} این تمایز را این‌گونه برمی‌شمرد:

در اولی، (توجیه) ما مسئولیت را می‌پذیریم، اما نادرست بودن عمل را انکار می‌کنیم. در دومی، (عذر) ما می‌پذیریم که عمل انجام شده نادرست بوده است اما مسئولیت کامل آن یا هیچ مسئولیتی را از بابت آن نمی‌پذیریم. به عبارت دیگر، ادعای عذر می‌پذیرد که عناصر بزهی که از بابت آن به ضرورت استناد شده است وجود دارد اما نفس عمل غیرقانونی و متخلفانه نیست. در مقابل، ادعای توجیه می‌پذیرد که خود عمل متخلفانه است اما تلاش می‌کند که از انتساب فعل به فاعل آن جلوگیری کند. جرج فلچر اظهار می‌دارد در حقوق عرفی، ضرورت گاهی اوقات به‌عنوان یک توجیه و گاهی به‌عنوان عذر عمل می‌کند و محاکم در تمیز میان این دو موفق عمل نکرده‌اند. او استدلال می‌کند که این تفکیک مهم است زیرا معاذیر تنها از سوی کسانی که در خطرند قابل استناد است در حالی که اشخاص ثالث می‌توانند به توجیه استناد کنند. توجیهاات با کیفیت یک فعل (صحت یا متخلفانه بودن) ارتباط دارند در حالی که در معاذیر به شرایط فاعل عمل توجه می‌شود. به عبارت دیگر، اگر عملی موجه باشد در آن صورت اشخاص ثالث مجازند به فاعل عمل کمک کنند یا حتی به‌جای او اقدام کنند (زیرا عمل از نظر عینی صحیح تلقی می‌شود)، اما اگر عملی در چارچوب معاذیر پذیرفته شود در آن صورت اشخاص ثالث نمی‌توانند به همراهی یا از طرف خواننده در معرض خطر اقدام کنند (زیرا قابلیت استناد به معاذیر به شرایط شخصی فاعل عمل بستگی دارد)

فلچر از اینکه محاکم انگلیسی - امریکایی تمایل دارند که ضرورت را یک توجیه محسوب کنند، ناراضی است و از این‌رو از نتیجه عجیب قضیه مشهور *R. v. Dudley and Stephens* انتقاد می‌کند. در این قضیه سه ملوان که در دریا با طوفان مواجه شده بودند و کشتی‌شان شکسته بود و روی یک قایق نجات شناور بودند، پسرک موجود در کشتی را کشته و برای زنده ماندن خوردند. هنگامی که ملوانان نجات یافتند و محاکمه شدند، دادگاه رأی داد که هرگز نمی‌توان برای کشتن یک شخص بی‌گناه به ضرورت استناد کرد. با این حال دادگاه سلطنتی اظهار داشت که بهتر است ایشان مشمول عفو ملوکانه شوند و لذا ملکه احکام محکومیت به مرگ آنها را به ۶ ماه حبس تبدیل کرد. فلچر تصمیم به درخواست عفو ملوکانه را در حکم عذری برای یک قتل

۱۳. مراجع به قابلیت اعمال اصول حقوق داخلی، گزارشگر مخصوص کمیسیون در سال ۱۹۸۰ اظهار داشت که او معتقد است اعتبار دفاع ضرورت در حقوق بین‌الملل صرفاً بر مبنای اصول کلی حقوق بین‌الملل قابل بررسی نیست.

14. John L. Austin

غیرقابل توجیه می‌داند و اظهار می‌کند که دادگاه برای تبرئه متهم باید از این منطق پیروی می‌کرد و نه اینکه حل این قضیه را صرفاً به عفو ملوکانه واگذارد. با اتکای صرف بر نظریه توجیه، چنین تلاشی به توازن منافی می‌انجامد (یا انتخاب میان دو چیز نامطلوب) که به ندرت نتیجه آن براءت است، بویژه هنگامی که همچون قضیه حاضر جان یک شخص بی‌گناه تلف شده باشد. فلچر ادعا می‌کند که این محاسبه ابزاری، در شناخت آنچه در این موارد در معرض خطر قرار دارد، اشتباه می‌کند. معاذیر اهداف برنامه‌ای را بیان نمی‌کنند آنها به یک الزام ناشی از وضعیت خوانده پاسخ می‌گویند. معاذیر را نمی‌توان اهرمهایی برای تغییر رفتار در آینده تلقی کرد، بلکه آنها اظهار ترحم برای یکی از هم‌نوعان ماست که در گرداب شرایط فرو افتاده است.

استدلال فلچر از یک جنبه قانع‌کننده است. تمایز اساسی میان توجیه و عذر آن است که اولی با اعمال مجاز مرتبط است و دومی با اعمال غیرمجازی که فاعل آنها را نمی‌توان سرزنش کرد. عمل غیرقابل توجیه در واقع تخلف و جرم است، اما در شرایط حاد قابل پذیرش است. توجیهات، قاعده قابل اعمال را تغییر می‌دهند، اما معاذیر، شخص را از مسئولیت نقض یک قاعده که همچنان معتبر خواهد بود، مبری می‌کنند. در عین حال مشخص نیست که چرا این منطق باید ضرورتاً مانع اشخاص ثالث در استناد به ضرورت به‌عنوان یک «عذر» شود. در موارد بسیار شخصی که با شرایطی حاد روبرو شده است در وضعیتی نیست که برای خروج از این مخمصه، شخصاً اقدام کند. به‌عنوان مثال تصور کنید یک موتور سوار برای رساندن یک بیمار به بیمارستان با سرعت بالا حرکت کند، آیا او باید به دلیل نقض قانون جهت کمک به بیمار دچار وضعیت اضطراری، مجازات شود؟ یک استدلال آن است که تحت شرایطی خاص سرعت بالا مجاز است و بدین ترتیب استثنایی بر قاعده کلی منع سرعت بالا ایجاد می‌شود. به هر حال، مفهوم «عذر» آنچه را که رخ می‌دهد صحیح‌تر توضیح می‌دهد. اگر آن‌گونه که فلچر اظهار می‌کند، «ترحم برای یکی از هم‌نوعان که در گرداب شرایط فرو افتاده است» معاذیر را ایجاب کند، بنابراین ترحم بر بیمار می‌تواند مبنایی برای معذور دانستن رفتار راننده‌ای باشد که برای رساندن او به بیمارستان با سرعت بالا حرکت کرده است. کنت گریناوال^{۱۵} در نقطه نظری عالمانه دسته‌ای از قضایا را که عموماً فلچر برای اثبات مدعایش مبنی بر آنکه معاذیر شخصی‌اند - نظیر فرار موقت از زندان برای احتراز از صدمه دیدن از سوی یک زندانی دیگر - ارائه می‌دهد، مورد بررسی قرار می‌دهد. فلچر استدلال می‌کند که زندانی فراری عذر دارد و نه توجیه. با این منطق گریناوال اظهار می‌کند که نگهبانان حق دارند که از فرار او جلوگیری کنند، اما آیا نگهبانان باید همیشه مانع خروج زندانیان از زندان شوند؟ مثلاً اگر زندان آتش گرفته باشد و خروج منظم زندانیان

15. Kent Greenawalt.

ممکن نباشد ما انتظار داریم که نگهبانان از توسل به زور نسبت به زندانیان در حال فرار خودداری کنند. با همین منطق ممکن است ما رفتار شخصی را که به یک زندانی در معرض خطر شدید برای فرار کمک می‌کند، بپذیریم. گریناوالد استدلال می‌کند که ایجاد تمایز دقیق میان توجیهات و معاذیر بر این مبنای که افعال قابل توجیه از سوی اشخاص ثالث قابل حمایت و قابل انجام هستند درحالی‌که این امر راجع به اعمال تحت پوشش معاذیر صدق نمی‌کند، ممکن نیست. از آنجایی که حداقل در ایالات متحده و بریتانیا، محاکم داخلی مستمراً به تفکیک میان این دو رویکرد اقدام نکرده‌اند، چگونگی اتخاذ تصمیم در مورد قضایای مختلف رویه یک شکل و همسانی ندارد. تمایز میان این دو مهم است اما نیازی نبود که این مطلب، فلچر را به این نتیجه‌گیری برساند که تنها آنهایی که در معرض خطرند می‌توانند به ضرورت به‌عنوان یک «عذر» استناد کنند. هیچ دلیل اصولی بر عدم پذیرش استناد به ضرورت از سوی اشخاصی که به شخص دیگری که در وضعیت اضطراری به سر می‌برد کمک می‌کنند، وجود ندارد. اگر این امر در سیستم‌های داخلی صادق باشد به طریق اولی در حقوق بین‌الملل نیز صادق است. در سطح حقوق داخلی، پلیس و دیگر تشکیلات دولتی برای حمایت از منافع مورد تهدید که می‌تواند ادعاهای مربوط به ضرورت را ایجاد کند، وجود دارند و لذا نیازی نیست (در حرف اگرچه نه در عمل) که دیگر شهروندان مداخله کنند. در سطح حقوق بین‌الملل هیچ نیروی پلیس بین‌المللی و بجز شورای امنیت هیچ مرجع قانونگذاری برای صدور مجوز مداخله از طرف آنهایی که شدیداً به این امر نیازمندند وجود ندارد. هنگامی که شورای امنیت فلج شود و دولتهایی که در وضعیت بحران به سر می‌برند نتوانند خود اقدامی کنند، تنها می‌توانند به مداخله دیگر دولتها که تمایل دارند از طرف آنها اقدام کنند، چشم دوزند.

ب) رویکرد کمیسیون حقوق بین‌الملل

به نظر می‌رسد که کمیسیون با نامیدن بخشی از مواد طرح مسئولیت دولت تحت عنوان «شرایط رافع متخلفانه بودن یک فعل» این موضع را اتخاذ کرده است که ضرورت، یک توجیه به‌شمار می‌آید و نه یک عذر. (به این معنی که عمل متخلفانه نیست و باید توجیه شود) اگرچه در سراسر شرح و تفسیر سال ۱۹۸۰ کمیسیون هر دو واژه به کار رفته اما واژه نخست بیشتر به کار رفته است. در این شرح و تفسیر آمده است که بعضی اعضا میان شرایط رافع متخلفانه بودن یک فعل و شرایط مخففه مسئولیت ناشی از آن فعل تفکیک قائل شده‌اند و ضرورت را از باب شق اخیر برشمرده‌اند. کمیسیون در کلیت خویش این دیدگاه را رد کرده و تأکید می‌کند که ضرورت، می‌تواند رافع متخلفانه بودن یک فعل باشد اما افزوده که دولت استنادکننده به ضرورت باید از بابت صدمه‌ای که وارد کرده است خسارت بپردازد. از این رو در عین اینکه به نظر می‌رسید،

دفاع ضرورت در ... ❖ ۲۷۹

کمیسیون در سال ۱۹۸۰ دوگانه عذر- توجیه را پذیرفته است اما از پذیرش آثار آن خودداری کرد. اگر عملی متخلفانه نباشد بر چه مبنایی می‌توان مطالبه خسارت کرد؟ شرح و تفسیر ۲۰۰۱ کمیسیون محتاط‌تر است. عنوان این بخش همان عنوان قبلی است، اما کمیسیون به‌جای اینکه واژگان توجیه یا عذر را به کار برد اغلب از عبارت «دفاع ضرورت» استفاده می‌کند. در عین حال در سه بند هم واژه عذر را به کار می‌برد: بند ۲ (ضرورت تنها در موارد معدودی برای عدم اجرای تعهد می‌تواند مورد استناد قرار گیرد ...) بند ۱۴ (دو وضعیت کاملاً مرتبط با عذر ضرورت) بند ۲۰ (درست است که در مواردی برای عملیات نظامی در خارج از کشور به دفاع ضرورت استناد شده است) این تغییر در تأکید روی این واژه از سال ۱۹۸۰ تا سال ۲۰۰۱ اتفاقی نیست.

ووگان لو^{۱۶} در تفسیری که بر طرح پیش‌نویس مواد کمیسیون در سال ۱۹۹۹ نگاشته است عبارت «دفاعی برای معاذیر» را به کار می‌برد و (عبارتی که یادآور عنوان مقاله تأثیرگذار جان اوستین بود)، حتی ادعا کرد که عنوان این بخش گمراه‌کننده است. او استدلال می‌کرد این تفکیک که یک رفتار را صحیح (یا قابل توجیه) یا معذور (اگرچه آن رفتار نادرست باشد) بدانیم یک سری تفاوت‌های عملی و نظری در پی خواهد داشت. شرط پرداخت خسارت یکی از نتایج مهم این تفکیک است، نکته‌ای که پروفیسور کرافورد عضو کمیسیون و گزارشگر ویژه آن نیز در پاسخ به او بر آن تأکید می‌کند. به اعتقاد کرافورد دقیقاً مشخص نیست که کدامیک، عذر یا توجیه در پیش‌نویس طرح در کلیت آن پذیرفته شده است. برداشت او نوعی «متخلفانه بودن عمل به صورت انتزاعی» است؛ یعنی اینکه فعلی در ماهیت خویش متخلفانه است اما دولت مرتکب آن در شرایط خاص مسئولیتی از بابت آن ندارد. گو اینکه به مسئولیت ناشی از فعل توجه نمی‌شود و نه به متخلفانه بودن آن. کرافورد اظهار می‌کند که این امر بویژه در خصوص دفاع ضرورت صادق است. او تردیدی ندارد که این دفاع مصداق یک عذر است و نه یک توجیه همچون دفاع مشروع. از این رو درخواست خسارت را در موارد ضرورت می‌پذیرد و نه در موارد دفاع مشروع. استحقاق مطالبه خسارت تنها یا مهمترین اثر این تفکیک نیست. لو استدلال عمیق‌تری را ارائه می‌دهد:

بخشش بیش از یک عذر اثر یک قاعده قانونی را تضعیف می‌کند.^{۱۷} او به‌عنوان مثال به قوانین مربوط به سرعت غیرمجاز اشاره می‌کند:

ممکن است ما یک محدودیت شدید سرعت را مقرر کنیم اما این صلاحیت را به

16. Vaughan Lawe.

17. Exculpation may weaken the pull to compliance exercised by a rule to a greater extent than excuse would.

مأمورین بدهیم که به‌عنوان مثال راننده‌ای را که برای رساندن یک بیمار اضطراری به بیمارستان با سرعت بالا حرکت کرده است، تحت تعقیب قرار ندهند. یا ممکن است ما یک محدودیت سرعت را مقرر کنیم اما تعهد رعایت این محدودیت را به این منوط کنیم که در موارد ضرورت، رانندگان بتوانند به این محدودیت توجه نکنند. هر دوی این حالات راننده مزبور را از مجازات نقض قانون مبرا می‌کند اما ممکن است که حالت دوم بیشتر به عدم رعایت قانون منجر شود تا حالت اول.

همان‌طور که لو اظهار می‌کند این امر یک مسئله تجربی است که پاسخ به آن واضح و آشکار نیست و من اضافه می‌کنم که یک مسئله تجربی در چارچوب حقوق بین‌الملل حتی واضح‌تر از حقوق داخلی است زیرا در این سیستم رعایت یک قاعده بندرت از طریق اقدام قهری صورت می‌گیرد و بیشتر به پذیرش عام آن بستگی دارد. احتمال دارد که معذور دانستن نقض یک قاعده تأثیر آن را نسبت به وقتی که استثنائاتی بر مبنای ضرورت بر آن ایجاد شود کمتر تهدید کند. در واقع معاذیر می‌توانند با تأیید این امر که فعل مشمول عذر غیرقانونی بوده است به تقویت قانون و مقررات کمک کنند.

دفاع ضرورت به‌عنوان یک «شیر اطمینان» عمل می‌کند که از طریق آن دولتها می‌توانند در هنگامی که تبعیت بی‌چون و چرا از قانون به نتایج دهشت بار می‌انجامد، قواعد را نادیده بگیرند. عمل انجام شده در حالت ضرورت ممکن است به منافعی که به دنبال حمایت از آنها بوده و نیز به خود سیستم حقوقی صدماتی وارد کند.^{۱۸} این مفهوم عموماً در نظامهای حقوقی داخلی به رسمیت شناخته شده است و همان‌طور که دیوان بین‌المللی دادگستری و کمیسیون حقوق بین‌الملل خاطر نشان کرده‌اند سابقه‌ای دیرینه در حقوق بین‌الملل دارد. در چارچوب اقدامات قهری، ضرورت، استثنایی بر ممنوعیت توسل به زور محسوب نمی‌شود، بلکه از شرایطی عینی ناشی می‌شود که در آن ممنوعیت توسل به زور نادیده گرفته می‌شود.

تحلیل فوق نشان می‌دهد که تمایز مفهومی بین عذر و توجیه در حقوق بین‌الملل از اهمیت برخوردار است. آنتا روبرتز^{۱۹} با این عقیده موافق است، اما می‌پرسد که آیا یک سیستم حقوقی بین‌المللی غیرمتمرکز قادر است چنین تفکیکی را ایجاد کند؟ او استدلال قانع‌کننده‌ای را علیه رویکرد «غیرقانونی اما قابل توجیه»^{۲۰} توسل به زور بر این مبنا که اعلام غیرقانونی بودن یک فعل در حقوق بین‌الملل صریحاً صورت نمی‌گیرد، مطرح می‌کند بدون چنین اعلامی (این

۱۸. همان‌گونه که توماس فرانک می‌گوید: هنگامی که اجرای مقررات به نتایج جزبی و بی‌معنی و پوچ بینجامد، حقوق رشد نمی‌کند نظیر وقتی که اجرای آن به حس مشترک اخلاقی اکثر اشخاص راجع به اینکه چه چیزی حق و صحیح است سر می‌زند.

19. Anthea Roberts.

20. Illegal but Justified.

امر مهم است زیرا ممنوعیت مطلق این فعل را تأیید می‌کند) استثنائات وارد بر یک قاعده خود سریعاً به قواعد جدید تبدیل می‌شوند زیرا تأثیر نقضهای حقوق بین‌الملل تغییر عرف یا تفسیر رسمی یک مقررۀ معاهده‌ای است. به‌علاوه این رویکرد فضای گفتمان را از مباحث قانونی به سمت یک «مفهوم مبهم و قابل مناقشه از مشروعیت» می‌برد. به عبارت دیگر این رویکرد تأثیر پردامنه قانون را تهدید کرده و راه را برای طرح ادعاهایی که به سوءاستفاده از مقررات می‌انجامد می‌گشاید. روبرتو می‌افزاید که توصیف ضرورت به‌عنوان یکی از معاذیر یا شرایط مخففه (او بر این باور است که این دو ماهیتاً یکسانند) مشکلی را حل نمی‌کند زیرا بدون اعلام غیرقانونی بودن یا مجازات مترتب بر آن هرچه باشد، هیچ تفاوت عملی میان برائت و تخفیف مجازات وجود ندارد. در هر یک از این دو صورت، چنین فعلی ممنوعیت [ناشی از قاعده] را تهدید می‌کند و رویه‌ای را برای آینده بنا می‌نهد.

نیاز است که این استدلال‌ات جدی گرفته شود. اگر تفکیک میان عذر و توجیه در حقوق بین‌الملل مورد تأیید قرار نگیرد در آن صورت هدف از استناد به ضرورت یعنی تأیید ممنوعیت توسل به زور در عین تعلیق آن در موارد خاص محقق نخواهد شد. «توجیه»، همچون رهنمودی برای فعل اخلاقاً صحیح عمل می‌کند درحالی‌که «عذر»، توصیف وضعیتی است که فاعل را به انجام فعلی به شکلی خاص مجبور کرده است. معاذیر به‌عنوان بیان شخصی فهم در مورد فشار شرایط عمل می‌کنند و نه به‌عنوان دستورات کلی عملی. همان‌طور که برونو سیما^{۲۱} در توصیف مداخله ناتو در کوزوو اظهار داشت که آن «وضعیت خاص و متمایز» بود و نمی‌توان از یک وضعیت خاص نتایج کلی استنتاج کرد.

دقیقاً به همین دلیل است که جامعه بین‌المللی تاکنون قادر نبوده است راهبردهایی را تدوین کند که به‌واسطه آنها احراز گردد چه زمانی توسل به زور برای اهداف بشردوستانه یا علیه تروریست‌ها قابل توجیه بوده و می‌توان به ضرورت استناد کرد.

آیا سیستم حقوق بین‌المللی غیرمتمرکز امروز قادر است این تفکیک را ایجاد کند؟ آیا این سیستم می‌تواند نقض مقررات و قواعد حقوقی را بدون تهدید اساس ممنوعیت مورد بحث بپذیرد. آیا این سیستم می‌تواند استثنائات خاصی را بر این قاعده بدون آنکه آنها خود سریعاً به قواعد جدیدی تبدیل شوند بپذیرد؟ آیا راهی وجود دارد که در عین بخشش فاعل همچون یک قدرت تعقیبی یا یک اعلام قضائی غیرقانونی بودن یک فعل عمل کند؟ من بر این باورم که چنین راهی وجود دارد که آنهم در مفهوم یک جامعه تغییرمی‌یست. در بخش چهارم به این مطلب می‌پردازم اما پیش از آن وضعیت واقعی که در آن امکان استناد به دفاع ضرورت وجود

21. Bruno Simma.

دارد را به صورت منطقی مورد بررسی قرار می‌دهم: مداخله بشردوستانه و مبارزه با تروریسم.

۳- دفاع ضرورت در عمل: مداخله بشردوستانه و مبارزه با تروریسم

الف) مداخله بشردوستانه

آیا دفاع ضرورت می‌تواند برای مداخله بشردوستانه مورد استناد قرار گیرد؟ پیش از پاسخ مستقیم به این پرسش، لازم است مواردی را که گاهی اوقات به نادرست تحت عنوان مداخله بشردوستانه طبقه‌بندی می‌شوند همچون اعمال مربوط به نجات اتباع یک دولت در خارج، کنار بگذاریم.

اگرچه در این موارد نیز یک عنصر بشردوستانه در اقدام وجود دارد، اما این اقدامات با تدابیری که برای حمایت از اتباع یک دولت دیگر در برابر خشونت‌های شدید یا دیگر فجایع بشری به کار می‌روند، تفاوت دارند. در واقع همان‌طور که پروفیسور شاختر اظهار می‌دارد حمایت از اتباع در خارج عموماً با توجه به محدودیتها و شرایط مرتبط با این بخش از حقوق، گونه‌ای از دفاع مشروع تلقی می‌شود. در عین حال بهتر است پیش از بررسی مداخله بشردوستانه در معنای دقیق آن، قضایای نجات اتباع را نیز مورد مطالعه قرار دهیم، زیرا آنها در درک و توضیح تکامل و تحول دفاع «ضرورت» سودمندند. به‌علاوه، قضایای مربوط به حمایت از اتباع در خارج با اقدامات ضد تروریستی نیز مرتبطند و لذا همان منطق بر آنها نیز حاکم است.

تا پیش از ۱۹۴۵، آثار نویسندگان و رویه دولتها اکثراً از حق توسل به زور برای حمایت از اتباع در خارج حمایت می‌کرد. این امر مبتنی بر یک سری توجیهات حقوقی همچون حق صیانت نفس، حمایت از خود، دفاع مشروع و ضرورت بود. پروفیسور باوت^{۲۲} به ۷۰ مورد طی سالهای ۱۸۱۳ تا ۱۹۲۷ اشاره می‌کند که در آنها برای حمایت از اتباع ایالات متحده در خارج از قلمرو این کشور از نیروی نظامی استفاده شده است.

به هر حال با تصویب منشور ملل متحد و منع گستردهٔ توسل به زور در خصوص اینکه آیا همچنان حق چنین مداخله‌ای برای نجات اتباع وجود دارد یا خیر، تردیدهایی حاصل شد. از ۱۹۴۵ به بعد به نظر می‌رسد که دولتها برای انجام حدود ۱۰ مأموریت نجات اتباع به حق دفاع مشروع استناد کرده‌اند. اما رویه سازمان ملل متحد و رویه دیگر دولتها که در واکنش به این اقدامات خود را نشان می‌دهد، مشخص نیست، همچنان که معمولاً بیش از یک توجیه ارائه شده است.^{۲۳} کریستین گری^{۲۴} پس از بررسی رویه دولتها نتیجه‌گیری کرد که تعداد معدودی از دولتها

22. Derek Bowett.

۲۳. مهمترین موارد مربوط به عملیات نجات اتباع در خارج عبارتند از: حمله مشترک فرانسه و بریتانیا به کانال سوئز در ۱۹۵۶، پیاده شدن نیروهای بلژیک در کنگو در سال ۱۹۶۰، پیاده شدن نیروهای امریکایی در خاک جمهوری دومینکن ۱۹۶۵،

(بلژیک، ایالات متحده، اسرائیل، انگلستان) حق حمایت از اتباع در خارج را می‌پذیرند، اما اکثراً موافق این حق نیستند.^{۲۵}

علی‌رغم این عدم قطعیت طولانی، من با نظر شاختر مبنی بر اینکه سرمشق دفاع مشروع چارچوب مناسبتری برای تحلیل این وضعیت‌هاست و لذا نیازی به «شیر اطمینان» ضرورت نیست، موافقم. البته منظور آن نیست که حقوق حاکم بر دفاع مشروع پاسخ آسان و دقیقی را در موارد خاص ارائه می‌دهد. قضیه‌ای که همدلیهای بسیاری با آن صورت گرفت، قضیه حمله اسرائیل به انتبه در اوگاندا برای نجات گروگان‌هایی بود که در اختیار هواپیماربایان سازمان آزادی‌بخش فلسطین بودند.^{۲۶} به همین ترتیب اقدام ایالات متحده برای نجات گروگانها در ایران عموماً قانونی تلقی شده است. قضیه کمتر قانع‌کننده بحران سوئز است که در آن بریتانیا مدعی بود که جان اتباعش در معرض خطر است و لذا بر مبنای دفاع مشروع حق دارد مداخله کند.^{۲۷} از دیگر موارد بحث‌برانگیز، یکی حمله ایالات متحده به گرانادا و دیگری عملیات ایالات متحده در پاناما بود. در اولی یکی از توجیهات حقوقی مطرح شده بحث حمایت از اتباع بود. در دومی هم حمله و خلع نوریکا رئیس جمهور وقت پاناما فراتر از ضرورت و تناسب لازم با آن هدف خاص بود. به‌طور کلی حقوق دفاع مشروع برای حمایت از اتباع در خارج قابل سوءاستفاده است. (همان‌طور که تمام مقررات مربوط به توسل به زور با همین وضعیت مواجهند)، اما مفهوم دفاع مشروع و شرایط محدودکننده آن چارچوبی را برای ارزیابی ماهیتی ادعاهای خاص فراهم می‌کند. اگر نجات یا حمایت از اتباع بهانه‌ای برای تهاجم با اهداف وسیعتر باشد در آن صورت این ادعا پذیرفته نیست، اما وقتی شواهد قانع‌کننده و ادعا مستدل باشد حقوق بین‌الملل، دفاع مشروع را در این شرایط می‌پذیرد.

تغییر چارچوب تحلیلی «ضرورت» نتیجه عملی یا نظری در پی ندارد.^{۲۸} از سوی دیگر

حمله اسرائیل به انتبه ۱۹۷۶، عملیات ناموفق نجات گروگانها در ایران در سال ۱۹۸۰ و حمله ایالات متحده به گرانادا ۱۹۸۳ و پاناما ۱۹۸۹.

24. Christine Gray.

۲۵. یکی از برجسته‌ترین حقوقدانانی که معتبر بودن این حق را مورد تردید قرار داده است پروفیسور براونلی است.

۲۶. نماینده ایالات متحده در شورای امنیت به‌هنگام بحث در مورد این قضیه اظهار داشت:

شرایط لازم برای حق حمایت از اتباع در خارج دقیقاً در این قضیه فراهم است. اسرائیل دلایل خوبی دارد مبنی بر اینکه در زمان اقدام اسرائیل گروگانها با خطر قریب الوقوع اعدام از سوی هواپیماربایان مواجه بوده‌اند. به‌علاوه اقدامات لازم برای نجات جان اتباع اسرائیل از سوی دولت اوگاندا اتخاذ نشده است و انتظار هم نمی‌رفت که چنین اقداماتی صورت گیرد. حمله نظامی اسرائیل منحصر بود به نجات مسافران و خدمه هواپیما و هنگامی که این اهداف محقق شدند، عملیات پایان یافت.

۲۷. جان اتباع بریتانیا در معرض خطر بود اما شواهد چندانی از تهدید قریب الوقوع یک حمله که یک پاسخ نظامی تمام عیار را ایجاب کند وجود نداشت.

۲۸. کمیسیون در شرح و تفسیر سال ۱۹۸۰ خویش اظهار داشت که تنها یک بار برای توجیه مداخله قهری برای نجات اتباع در قلمرو کشور دیگر به ضرورت استناد شده است که آنهم قضیه فرود چتربازان بلژیکی در ۱۹۶۰ در کنگو برای نجات اتباع بلژیکی و اتباع دیگر دولتهای اروپایی بود. در مباحث مربوط به این قضیه در شورای امنیت، هیچ‌یک از اعضا راجع به اعتبار

مداخله بشردوستانه از طرف اتباع دیگر کشورها مسئله متفاوتی است و نمی‌توان به آسانی دفاع مشروع را در این موارد پذیرفت. یک بحران حقوق بشری / بشردوستانه بخوبی می‌تواند تهدیدی علیه صلح باشد و لذا مبنایی برای اقدام نظامی با مجوز شورای امنیت شود، اما تجربه نشان داده است که شورا در اغلب موارد اقدامی نمی‌کند. آقای کوفی عنان دبیر کل سازمان ملل متحد نیز در سخنرانی خویش در افتتاحیه اجلاس سالانه مجمع عمومی در سپتامبر ۱۹۹۹ به این مسئله غامض و پیچیده اشاره کرد:

«کوزوو مصداق بارز آن چیزی است که مداخله بشردوستانه نامیده می‌شود. از یک سو مسئله مشروعیت اقدام یک سازمان منطقه‌ای بدون مجوز ملل متحد و از سوی دیگر الزام پذیرفته شده جهانی مبنی بر توقف سریع نقض فاحش و سیستماتیک حقوق بشر که با تبعات انسانی شدیدی همراه بود، خود را نشان می‌داد چالش اصلی شورای امنیت و ملل متحد در کل در قرن آینده بر این اصل متمرکز است که دیگر نقض گسترده و سیستماتیک حقوق بشر - در هر جا که رخ دهد - قابل تحمل نخواهد بود. انتخاب نباید میان حفظ وحدت شورا و انفعال در مواجهه با نسل‌کشی‌ای نظیر رواندا یا اختلاف در شورا و یک اقدام منطقه‌ای نظیر کوزوو باشد. در هر دوی این موارد اعضای ملل متحد باید قادر می‌بودند که مبنای مشترکی در تأیید اصول منشور بیابند و در دفاع از بشریت مشترک ما متحد می‌شدند».^{۲۹}

هنگامی که شورا در مقابل فجایع حقوق بشری گسترده دست به اقدامی نمی‌زند آیا تبعیت دقیق از مقررات منشور ملل متحد مانع اقدام بدون مجوز شورای امنیت است؟ عده‌ای اظهار داشته‌اند که مغایرت میان حقوق موجود و انگیزه‌های اخلاقی، سیاسی دلیلی بر اصلاح منشور است تا در این موارد حتی بدون مجوز شورای امنیت هم بتوان اقدام کرد. اما اصلاح منشور در این راستا بزودی تحقق نخواهد یافت و تا آن زمان جان انسانهای زیادی از بین می‌رود، امری که به آسانی قابل پیشگیری است. تا آن زمان آیا ضرورت بشردوستانه می‌تواند مورد استناد قرار گیرد؟ تردیدی نیست که «خطر قریب‌الوقوع و شدید» نسل‌کشی دقیقاً از آن سنخ «منافع اساسی» است که حمایت تحت عنوان «ضرورت» را ایجاب می‌کند. یقیناً مداخله، به منافع دولتی که عملیات در سرزمین او صورت می‌گیرد خدشه وارد می‌کند، اما منافع جامعه بین‌المللی این امر را تأیید می‌کند که گاهی اوقات هنجارهای بنیادین حقوق بشر بر حق یک

دفاع ضرورت - که از سوی بلژیک مطرح می‌شد - اظهار نظر نکرد اما چیزی که در نهایت می‌توان گفت آن است که چنین دفاعی رد هم نشد.

۲۹. سخنان آقای عنان واکنشهای رهبران جهان را برانگیخت. اکثریت آنها در سخنرانیهای خویش در مجمع عمومی محتاطانه یا قویاً با دکتترین مداخله بشردوستانه مخالفت کردند. با این وجود مطالعه دقیق این اظهارات نشان می‌دهد که مخالفین که اکثراً از کشورهای نیمکره جنوبی بودند با نفس این هنجار در حال شکل‌گیری مخالفتی نداشتند بلکه آنها بیشتر نگران آن بودند که از این دکتترین به‌صورت گزینشی استفاده شود.

دولت بر عدم مداخله در قلمرو او اولویت دارد. این دقیقاً همان استدلالی بود که سالها قبل از بحران کوزوو در سال ۱۹۹۱ از سوی شاختر بیان شده بود:

«زمانی که یک دولت با جمعی از دولتها برای پایان دادن به یک فاجعه بشری به زور متوسل می‌شوند و هنگامی که ضرورت این عمل آشکار و بدیهی بوده و قصد آنها حمایت بشردوستانه است، احتمالاً مسئولیتی از بابت نقض مقررات نخواهند داشت. اما بر این باورم این امر نامطلوبی است که قاعده جدیدی وجود داشته باشد تا مداخله بشردوستانه را مجاز شمارد، زیرا این امر می‌تواند مورد سوءاستفاده قرار گیرد. بهتر آن است که در برابر نقضی که در شرایطی خاص مطلوب و ضروری محسوب می‌شود سکوت کرد تا اینکه اجازه دهیم اصلی پذیرفته شود که شکافی عمیق در سد ممنوعیت توسل یک جانبه به زور ایجاد کند.»

ادعاهای حقوقی بسیاری برای توجیه مداخله ناتو در کوزوو در سال ۱۹۹۹ مطرح شده است همچون حقوق عرفی و ادعاهای مبتنی بر منشور، مبنی بر آنکه این اقدام بند ۴ ماده ۲ را نقض نمی‌کند یا یک دفاع مشروع قابل توجیه (ماده ۵۱ منشور) است، اجرای قطعنامه‌های صادره از سوی شورای امنیت بر مبنای فصل هفتم که ماهها قبل از اقدام ناتو صادر شده بودند (قطعنامه‌های ۱۱۶۰، ۱۱۹۹، ۱۲۰۳) یا قطعنامه صادره پس از اقدام ناتو. (قطعنامه ۱۲۴۴ شورا که نیروهای ویژه ملل متحد در کوزوو را تأسیس کرد) در مقابل هر یک از این توجیها می‌توان استدلال‌ات مخالف محکمی ارائه داد و در واقع غالب نویسندگان در امریکای شمالی و اروپا معتقدند که این اقدام ناقض حقوق بین‌الملل بوده است. بلژیک در دفاع از خود در دیوان بین‌المللی دادگستری - در دعوی مطروحه از سوی صربستان علیه اعضای ناتو - به قطعنامه‌های شورای امنیت و حالت ضرورت استناد می‌کرد و پس از اشاره به ماده ۳۳ طرح پیش‌نویس مواد مربوط به مسئولیت دولت اظهار داشت:

«حالت ضرورت دلیلی است که در مقابل خطر شدید و قریب الوقوع، نقض یک قاعده الزام‌آور را جهت تضمین ارزشهایی که نسبت به ارزشهای مورد حمایت قاعده نقض شده از اولویت برخوردارند، توجیه می‌کند. بگذارید عناصر این تعریف را یک به یک مورد بررسی قرار داده و سپس آنها را با قضیه مورد بحث تطبیق دهیم. اولاً چه قاعده‌ای نقض شده است؟ ما معتقد نیستیم که قاعده‌ای نقض شده است. در عین حال فرض کنیم که این قاعده، قاعده ممنوعیت توسل به زور باشد. خطر قریب الوقوع و شدید کجا وجود دارد؟ تردیدی نیست که این خطر هنگام مداخله نظامی وجود داشت و هنوز این وضعیت یک خطر محتمل است - منظور آن فاجعه بشری بود که در قطعنامه‌های شورا امنیت از آن سخن رفته بود - این مداخله به دنبال تضمین چه ارزشهایی است؟ آنها حقوق ناشی از قواعد آمره‌اند. مسئله، امنیت جمعی کل یک منطقه است.»

استدلال بلژیک مشابه استدلالی است که از سوی نماینده دائم بریتانیا در شورای امنیت، به‌هنگام آغاز مداخله مطرح شد:

«اقدام صورت گرفته قانونی است. این اقدام به‌عنوان اقدامی استثنائی برای جلوگیری از یک فاجعه انسانی گسترده قابل توجیه است. قبلاً هرگونه اقدامی غیر از زور برای تغییر این وضعیت به‌کار گرفته شده بود» ... در این شرایط به‌عنوان اقدامی استثنائی بر مبنای ضرورت انسانی، مداخله نظامی قانوناً موجه است. هدف از اقدام نظامی فعلی منحصراً جلوگیری از یک فاجعه بشری و در حداقلی است که ضرورت ایجاب می‌کند.»

کمیسون مستقل بین‌المللی کوزوو، مؤسسه دانمارکی روابط بین‌الملل، توماس فرانک،^{۳۰} لویس هنکین^{۳۱} و جن استرومست^{۳۲} این استدلال را قانع‌کننده دانستند، اگرچه راجع به اینکه آیا این اقدام، قانونی، غیرقانونی اما موجه، غیرقانونی اما قابل پذیرش، بود متفق نبودند اما سیمون چسترمن^{۳۳} و آنتئا روبرتز متقاعد نشدند. اولی این استدلال را بر مبنای شواهد موضوعی و نه حقوقی رد کرد و دومی نیز بیشتر به سیر استدلالی «غیرقانونی اما موجه» انتقاد داشت تا خود دفاع ضرورت.

جالب است که نتیجه وضعیت کوزوو می‌تواند شکل‌گیری یک اجماع نسبی راجع به مداخله بشردوستانه باشد با این توضیح که در صورت تأیید شورای امنیت، این امر قانونی^{۳۴} و به‌طور کلی بدون مجوز شورا، غیرقانونی است، اما ممکن است موارد معدود و حادی وجود داشته باشد که در آن مداخله بدون مجوز شورا نیز قابل پذیرش باشد. (شاختر از این ایده پیروی می‌کند) رگه‌هایی از این مفهوم از ضرورت بشردوستانه به‌عنوان یک «عذر» در اعلامیه‌های بسیاری از کشورها از جمله کشورهای اسلامی و اعضای جنبش عدم تعهد به چشم می‌خورد، آنها از یک‌سو مایل نبودند که قانونی بودن این تهاجم را بپذیرند و از سوی دیگر حاضر هم نبودند آن را محکوم کنند. به‌علاوه صرف این مطلب که پیش‌نویس قطعنامه پیشنهادی روسیه در ۲۶ مارس با رأی ۱۲ به ۳ رد شد حاکی از آن است که بعضی اعضای شورا در عین اینکه عمیقاً نگران اقدام بدون مجوز صریح شورا بودند، حاضر شده بودند که مداخله را بپذیرند. (در میان این کشورها نام برزیل، مالزی و گابن به چشم می‌خورد که از جمله کشورهایایی نیستند که به محض شنیدن نام آنها بتوان

30. Thomas Franck.

31. Louis Henkin.

32. Jane Stromseth.

33. Simon Chesterman.

۳۴. با این وجود این ادعا هم بحث‌انگیز بوده است. اگرچه رویه شورای امنیت در دهه ۹۰ نشانگر آن است که اعضای آن تدریجاً مداخله را در موارد بسیار حاد می‌پذیرند و عده‌ای همچون روسیه و چین (که در بسیاری از موارد رأی ممتنع داده است) مداخله را به‌عنوان یک اصل کلی نمی‌پذیرند. در عین حال پس از قضیه کوزوو شواهدی وجود دارد مبنی بر اینکه روسیه، چین، هندوستان و دیگر دولتهای مخالف تدریجاً چنین عملی را مشروع و حتی آن را مسئولیت شورای امنیت می‌دانند.

موضع آنها را با ایالات متحده یکسان دانست) همچنین عدم محکومیت اقدام ناتو از سوی مجمع عمومی نیز شایان اهمیت است. ممکن بود که با رأی اکثریت $\frac{2}{3}$ اعضا در چارچوب قطعنامه اتحاد برای صلح، در مجمع عمومی تصمیمی برای اقدام اتخاذ شود اما مجمع به دلیل رویه قبلی‌اش از انجام این کار خودداری کرد. در این صورت تصمیم به عدم بررسی این وضعیت در مجمع عمومی نشانگر چشم بستن بر این اقدام ناتو بوده است. حمایت فراوان از این اقدام در شورای امنیت و تأمین نیرو از سوی کشورهای مختلف برای تشکیل نیروی ملل متحد در کوزوو درست ۳ ماه پس از اقدام ناتو شاهد دیگری است که این ادعا را تقویت می‌کند.

یافته‌های کمیسیون بین‌المللی کوزوو مبنی بر آنکه مداخله، «مشروع» اما غیرقانونی بوده شیوه دیگری برای بیان همین نکته بوده است. استناد به مفهوم مشروعیت بدون تعریف آن یا بدون قید شرایطی که یک عمل را مشروع یا نامشروع می‌سازد، سؤالات گوناگونی را مطرح می‌کند و همچنان نمی‌تواند نگرانیهای آنها را که از سوءاستفاده از این امر هراس دارند، مرتفع سازد. در صورتی که مداخله را یک نقض حقوقی قابل پذیرش بدانیم توصیف بهتری از چگونگی واکنش جامعه بین‌المللی در کوزوو به دست می‌آوریم. همان‌طور که پیش‌تر گفته شد عذر ضرورت یک دفاع خاص و پسینی است و نه یک سری راهبرد کلی پیشینی. این عذر نشان می‌دهد که جامعه بین‌المللی چگونه با نقض خاص یک قاعده حقوقی برخورد می‌کند به جای اینکه تعیین کند، چگونه باید برخورد کند. عدم قطعیت موجود راجع به اینکه آیا یک نقض پذیرفته خواهد شد، تأثیر رویه‌ساز این دفاع را کاهش می‌دهد و خواه ناخواه می‌تواند بر استناد به آن تأثیر گذارد. به‌علاوه اینکه دفاع ضرورت را یکی از معاذیر بدانیم و نه یک توجیه، این مزیت را دارد که اصل حقوقی مورد بحث را تقویت می‌کند در عین اینکه چارچوبی مقدماتی برای درک شرایط فوق‌العاده‌ای که در آن نقض آن اصل مسئولیتی به‌همراه ندارد، فراهم می‌کند.

ب) مبارزه با تروریسم

حوزه دیگری که در آن ممکن است دفاع ضرورت مورد استناد قرار گیرد توسل به زور علیه تروریستها یا پایگاههای تروریستی است. همچون نجات اتباع در خارج از قلمرو، حقوق حاکم در خصوص دفاع مشروع به اندازه کافی قابلیت دارد که این وضعیتها را هم در برگیرد. واکنشهای متفاوت به مداخلات تحت رهبری ایالات متحده در افغانستان و عراق نشان می‌دهد که این حقوق به اندازه کافی انعطاف دارد که بعضی اقدامات ضد تروریستی را در راستای دفاع مشروع بپذیرد، اما این انعطاف تا آن حد نیست که مفهوم آستانه «حمله مسلحانه» را از معنی تهی کند. نیازی نیست که در این شرایط به ضرورت استناد شود، زیرا این امر تنها بر پیچیدگیهای این حوزه مغشوش و پیچیده از حقوق - دفاع مشروع - می‌افزاید.

تلاش عمده من در این قسمت با توسل به زور علیه تروریسم دولتی یا علیه دولتهایی که حمایت آنها از تروریستها به حدی است که آشکارا اعمال این اشخاص به آن دولتها قابل انتساب است، ارتباطی ندارد. وضعیت اخیر که غیرمستقیم از سوی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه نیکاراگوا مورد بررسی قرار گرفت کاملاً در حیطه سرمشق دفاع مشروع قرار می‌گیرد، اگرچه این امر هم محل اختلاف است. قضیه نیکاراگوا با استفاده از زور از سوی گروههای مسلح و نیروهای نامنظم، مرتبط بود. دیوان با توجه به قطعنامه تعریف تجاوز که در مجمع عمومی تصویب شده بود، رأی داد که تعریف یک حمله مسلحانه عبارتست از اعزام گروههای مسلح، نیروهای نامنظم یا مزدوران از سوی یک دولت یا از طرف او برای انجام حملات مسلحانه علیه دولت دیگر که از چنان شدتی برخوردار باشد که به یک حمله مسلحانه واقعی که از سوی نیروهای منظم انجام شود، منجر شده یا به درگیری عمده آنها در این وضعیت بینجامد.^{۳۵} دیوان آستانه بالایی را تعیین کرد و رأی داد که تأمین سلاح و حمایت لژیستیک از چریکهای چپ در السالوادر توسط نیکاراگوا به درگیری عمده آنها از طریق اعزام نیروهای نامنظم منجر نشده است و لذا نمی‌تواند حمله‌ای مسلحانه از سوی دولت حامی تلقی شود. این آستانه بالا از سوی تعدادی از قضات مخالف مورد انتقاد قرار گرفت، اما این قضیه از این منظر که دفاع مشروع علیه دولتی که در سطحی وسیع اقدام به سازماندهی گروههای تروریستی که در قلمرو دیگر به فعالیت می‌پردازند را با لحاظ ارزیابی واقعی از تأثیر و حجم حملات می‌پذیرد، شایان اهمیت بسیاری است. جوتا برونه^{۳۵} و استفن توپ^{۳۶} بر این باورند که، قاعده مندرج در قضیه نیکاراگوا راجع به انتساب باید کم‌کم تغییر کند تا دیگر نیازی به اثبات فاعلیت نباشد. حمایت مستقیم یا حداقل تأیید ضمنی همچون خودداری از استرداد مظنونین به اقدامات تروریستی^{۳۷} کفایت می‌کند. راجع به آستانه دقیق جای بحث وجود دارد، اما نکته این است که چارچوب دفاع مشروع برای برخورد با چالش تروریسم مورد حمایت یک دولت، کفایت می‌کند.

مسئله حقوقی پر تبعات دیگر مربوط به استفاده از زور علیه خود تروریستهاست. این مسئله از آنجا مطرح می‌شود که هم کمیسیون حقوق بین‌الملل (در پیش‌نویس سال ۱۹۸۰ خویش راجع به مسئولیت) و هم دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه نیکاراگوا اظهار داشته‌اند که دفاع مشروع تنها علیه یک دولت قابل اعمال است و نه علیه بازیگران غیر دولتی. دیوان در این قضیه به طور خاص به این مطلب نپرداخت، اما شاختر بر این اعتقاد است که چنین استنباطی از

35. Jutta Brunee.

36. Stephen Toope.

۳۷. به همین ترتیب مری اکانل نیز معتقد است در صورتی که یک دولت از عوامل خویش برای یک حمله تروریستی استفاده کند یا مهاجمین تحت کنترل و حمایت او بوده باشند یا اینکه بعداً اعمال و رفتار تروریستها را بپذیرد می‌توان علیه او به زور متوسل شد.

رای دیوان، استنباطی صحیح خواهد بود. کمیسیون در شرح و تفسیر خویش بر پیش‌نویس طرح ۱۹۸۰ خود اظهار داشت که دفاع مشروع تنها علیه دولتی که به طریق غیرقانونی به زور متوسل شده قابل‌اعمال است. از این رو به اعتقاد شاکتر، هم کمیسیون و هم دیوان رابطه‌ای میان عملیات فراسرزمینی علیه گروه‌های مسلح و اصل دفاع مشروع نمی‌بینند و هیچ دلیلی مبنی بر اینکه دولتها در آن زمان موضعی متفاوت اتخاذ کرده باشند، وجود ندارد، در نتیجه شاکتر استدلال می‌کند که حدود قانونی دفاع مشروع در دو وضعیتی که تروریستها در قلمرو دولت دیگر فعالیت می‌کنند مانع توسل به زور است، یکی هنگامی که دولت آن کشور در حملات انجام شده از سوی تروریستها نقش عمده‌ای نداشته است و دیگری زمانی که یک تهدید شدید تروریستی هنوز به یک حمله مسلحانه در چارچوب ماده ۵۱ منشور تبدیل نشده است. این نقطه شروع استدلال شاکتر است که می‌گوید، عذر ضرورت در این موارد قابل‌استناد است (و بایستی این چنین باشد). به نظر می‌رسد که این سیر استدلالی با استدلال دیوان در قضیه نیکاراگوا همخوانی دارد. دیوان امکان به‌کار بردن «تدابیر متقابل متناسب» را در پاسخ به مداخله یا استفاده از زوری که به حد حمله مسلحانه از سوی دولت حامی نرسد، می‌پذیرد. با توجه به پیچیدگی مفهومی‌ای که این امر در استدلال دیوان ایجاد می‌کند می‌توان استدلال کرد که مفهوم ضرورت این خلأ را پر می‌کند. مطابق این منطق اگر دولتی قادر نباشد یا تمایل نداشته باشد که فعالیتهای گروه‌های مستقر در سرزمین خویش را کنترل کند، هنگامی که چنین فعالیتهایی یک خطر شدید و قریب‌الوقوع برای منفعت اساسی دولت دیگر ایجاد کند، در آن صورت نقض تمامیت سرزمینی دولت نخست برای رفع آن خطر قابل‌پذیرش است. مشهورترین نمونه تاریخی این وضعیت، قضیه کارولین است. کمیسیون از این قضیه به‌عنوان نخستین قضیه در رابطه با ضرورت یاد می‌کند و نه دفاع مشروع، زیرا هیچ‌کدام از یادداشتهای دیپلماتیک مبادله شده بین طرفین، به این مطلب اشاره نمی‌کند که در صورتی که تخریب کشتی در واکنش به اقدام متخلفانه بین‌المللی که از سوی دولت ایالات متحده ارتکاب یافته است انجام می‌گرفت غیرقانونی بودن عمل بریتانیا زائل می‌شد. این تفسیر برگرفته از دیدگاه کمیسیون است مبنی بر آنکه دفاع مشروع نه بر اقدامات قهری که علیه اشخاص خصوصی اتخاذ می‌شود بلکه در خصوص اقدامات مراجع دولتی قابل‌اعمال است. همچنین دلایل معتبری برای رد قابلیت اعمال دفاع مشروع در اتخاذ اقدامات قهری علیه تروریستها وجود دارد. حقوق حاکم بر دفاع مشروع در چارچوب رویاروییهای جنگی سنتی شکل گرفته و تدوین شده است. ضابطه آستانه بالا که در قضیه نیکاراگوا به آن اشاره شد به این معنی است که هرگاه به دفاع مشروع استناد شود پتانسیل وقوع یک جنگ تمام عیار که به کارگیری تمام قوا و شرکت متحدین را ایجاب می‌کند وجود دارد. در صورتی که علیه اشخاص خصوصی که تحت کنترل یک دولت نیستند به دفاع مشروع استناد شود وضع محدودیتهای

قانونی بر تدابیری که ممکن است در پاسخ به آن عمل اتخاذ شوند مشکل است. اگر واقع‌بینانه نگاه کنیم در چارچوب یک درگیری نظامی طولانی مدت همچون جنگ علیه تروریسم - تدابیر متناسب نمی‌تواند دقیقاً محدود به محل و زمان یک تهدید متحمل شود و هنگامی که بازیگران غیردولتی منشأ مستقیم خطر باشند چنین استاندارد حقوقی گسترده‌ای قابل سوء استفاده است. تردیدی نیست که مفاهیم سنتی تناسب که با دفاع مشروع ارتباط دارند آنقدر دقیق نیستند که بتوانند رفتار مجاز در پاسخ به خشونت‌های فرامرزی که به حد حمله مسلحانه تمام عیار صورت گرفته از سوی یک دولت یا مورد حمایت آن نمی‌رسند را تعیین کنند.

به هر حال این دغدغه‌ها ممکن است در طی زمان رفع شوند. طرح کمیسیون در سال ۲۰۰۱ راجع به این مطلب ساکت است. وقایع ۱۱ سپتامبر و واکنش‌های مرتبط با آن نشان می‌دهد که ممکن است موضع ضمنی دیوان مبنی بر اینکه تنها علیه دولتها می‌توان به دفاع مشروع استناد کرد با رویه دولتها کنار گذاشته شده باشد. حملات تروریستی ۱۱ سپتامبر و واکنش ایالات متحده به آنها تأثیر عمیقی بر نظم جهان گذاشته است و عده‌ای آن را یک لحظه تاریخ‌ساز خوانده‌اند.^{۳۸} آنتونیو کاسسه^{۳۹} معتقد است که ۱۱ سپتامبر نه تنها در سطوح انسانی، روانی و سیاسی با تأثیرات بسیار نامطلوب همراه بود، بلکه نتایج مخربی را نیز برای حقوق بین‌الملل در پی داشت. هنوز زود است که در خصوص اینکه این تأثیرات مخرب یا سازنده بوده‌اند سخن بگوییم اما امیدواریم همان‌طور که جان مورفی^{۴۰} اظهار داشت «فاجعه ۱۱ سپتامبر بتواند چنان افکار ما را متمرکز کند که مسئله تروریسم جایگاه واقعی خویش را پیدا کند.» به هر حال به نظر می‌رسد که در مقایسه با حقوق حاکم در سال ۱۹۸۶، امروزه این استنباط صحیحی است که بتوان علیه بازیگران غیردولتی به دفاع مشروع استناد کرد.

شین مورفی^{۴۱} و توماس فرانک اظهار می‌کنند که لحن منشور چنین استنباطی را رد نمی‌کند. در واقع با محدود نکردن دفاع مشروع به حمله مسلحانه توسط یک دولت عضو که با ممنوعیت توسل به زور که در بند ۲ ماده ۴ آمده قرین است طرح آن را می‌پذیرد. مهمتر آنکه واکنش بین‌المللی به پاسخ ایالات متحده به وقایع ۱۱ سپتامبر نشان می‌دهد که اکثر دولتها پذیرفته‌اند که اقدامات تروریستی از سوی یک بازیگر غیردولتی یک حمله مسلحانه در چارچوب ماده ۵۱ تلقی می‌شود و لذا اقدام نظامی در پاسخ به تروریستها تحت عنوان دفاع مشروع قابل توجیه

۳۸. آن - ماری اسلوتر و ویلیام بورک وایت - ویژگی اصلی این لحظه تاریخ‌ساز را «فردی شدن حقوق بین‌الملل» دانسته‌اند به این معنی که حقوق بین‌الملل از این پس از اشخاص در مقابل دولتهایشان حفاظت می‌کند و اینکه حقوق باید تعهدات صریحی را بر اشخاصی که به دولتها یا دیگر شهروندان حمله می‌کنند، تحمیل کند.

39. Antonio Cassese.

40. John Murphy.

41. Sean Murphy.

است. در تأیید این نتیجه‌گیری می‌توان به شواهد ذیل توجه کرد:
- قطعنامه‌های ۱۳۶۸ و ۱۳۷۳ شورای امنیت هر دو بندهای مقدماتی دارند که «بر حق ذاتی دفاع مشروع فردی و جمعی» تأکید می‌کنند و این حاکی از آن است که به اعتقاد شورا وقایع ۱۱ سپتامبر یک حمله مسلحانه به‌شمار می‌آید.

- هم ناتو و هم سازمان کشورهای امریکایی اعلامیه‌هایی صادر کرده‌اند که نشان می‌دهد این اعمال، حمله مسلحانه بوده و می‌توان در قبال آنها به واکنش نظامی متناسب دست زد. شورای همکاری خلیج فارس هم اظهار تمایل کرد تا در هر اقدام مشترکی که اهداف آن آشکار و تعریف شده باشد مشارکت کند.

- ایالات متحده در نامه ۷ اکتبر خویش، روزی که عملیات نظامی در افغانستان آغاز شد، به رئیس شورای امنیت اظهار داشت این کشور می‌تواند در واکنش به اعمال القاعده و طالبان (زیرا اعمال القاعده به طالبان قابل انتساب بود) به دفاع مشروع استناد کند. واکنش بین‌المللی به نامه ایالات متحده و عملیات نظامی او در افغانستان یا مورد حمایت قرار گرفت یا در مقابل آن سکوت شد. پس از جلسه‌ای که در روز شروع حمله برگزار شد. رئیس شورای امنیت به مطبوعات گفت حمایت متفق اعضا که در قطعنامه‌های پیشین ابراز شده همچنان تداوم دارد.

بریتانیا در حملات هوایی شرکت کرد و بسیاری از کشورها فضای هوایی و امکانات لازم را در اختیار این دولت قرار دادند. روسیه و چین و تعدادی از دولتهای عرب حمایت خویش را از پیکار ایالات متحده با تروریسم اعلام کردند. اپک، اتحادیه عرب و سازمان کنفرانس اسلامی از عملیات نظامی ایالات متحده حمایت نکردند اما از محکوم کردن صریح آن نیز خودداری کردند. - شورای امنیت یک مأموریت غیرنظامی ملل متحد و یک عملیات حفظ صلح خارج از چارچوب نیروهای حافظ صلح ملل متحد را برای کمک به بازسازی افغانستان تصویب کرد. بسیاری از کشورها با تأمین نیرو، پول یا فشار سیاسی و دیپلماتیک از این ابتکار حمایت کردند. آنتونیو کاسسه نتیجه می‌گیرد که «به نظر می‌رسد تنها در طی چند روز عملاً همه دولت‌ها ... پذیرفتند که حمله تروریستی یک سازمان تروریستی معادل تجاوز مسلحانه از سوی یک دولت بوده و دولت قربانی مستحق توسل به دفاع مشروع فردی است.» او می‌پرسد که «آیا عرف آبی این‌گونه شکل می‌گیرد؟» اما مشکل است این استدلال را رد کرد که وقایع ۱۱ سپتامبر و عواقب آن موجب حرکت حقوق حاکم بر دفاع مشروع به آن سمت شد.

البته این حرکت نشانگر یک گسست کامل از گذشته نیست. پیش‌تر نمونه‌هایی از اقدام نظامی علیه تروریستها صورت گرفته بود که در توجیه آن به دفاع مشروع استناد شده بود. در حمله موشکی ایالات متحده به کارخانه داروسازی در سودان و پایگاهی در افغانستان در ارتباط با بمب‌گذاربهای القاعده در سفارتخانه‌های ایالات متحده در کنیا و تانزانیا در آگوست ۱۹۹۸ به

دفاع مشروع استناد شد. بسیاری از نویسندگان واکنش دیگر دولتها از جمله کشورهای عربی را به اقدام ایالات متحده سکوت تفسیر کردند و حتی اگر دولتی هم مبنای موضوعی آن اقدامات را مورد تردید قرار می‌داد (به‌عنوان مثال تردید وجود داشت که هدف مورد نظر در سودان واقعاً یک کارخانه سلاحهای شیمیایی بوده باشد) چنین انتقاداتی این استدلال که دفاع مشروع در بعضی موارد علیه تروریستها یا پایگاههای تروریستی قانونی است را تضعیف نمی‌کند.

اگر کمی به عقب بازگردیم تئوری «تجمع وقایع»^{۴۲} که در ارتباط با حملات ایالات متحده علیه لیبی در سال ۱۹۸۶ مطرح شد امروزه دوباره خود را نشان می‌دهد. این حمله متعاقب چندین حمله تروریستی علیه اتباع و سفارتخانه‌های ایالات متحده و پایگاههای این کشور در سراسر جهان در طی سالهای ۸۶-۱۹۸۵ صورت گرفت. درست پیش از حمله هوایی ایالات متحده، یک کلوب شبانه در برلین غربی که انباشته از سربازان امریکایی بود منفجر شد. در ۱۴ آوریل یعنی روزی که حمله آغاز شد، رئیس‌جمهور ریگان اعلام کرد که این اقدام در پاسخ به حمایت مستمر لیبی از تروریسم و بویژه نقش این کشور در انفجار آن کلوپ انجام شده است. مشاور حقوقی وزارت امور خارجه این دولت متعاقباً اظهار داشت شواهد قوی در مورد امکان انجام حدود ۳۰ حمله قریب‌الوقوع تروریستی به اماکن و پرسنل امریکایی در سرتاسر جهان وجود داشته و حملات ۱۴ آوریل برای جلوگیری از آن حملات و دیگر حملات برنامه‌ریزی شده صورت گرفته است. مدتی کوتاه پس از آن شاختر نوعی تئوری تجمع وقایع که مشتمل بر الگویی از حملات تروریستی و احتمال وقوع حملاتی از این دست در آینده باشد را پذیرفت. او اظهار داشت جمعی از حملات و نه تنها آخرین حمله بایستی معیار تصمیم قرار گیرد و یک سری حملات به همراه اظهارات جنگ‌طلبانه از سوی آنهايي که با تروریستها مرتبطند می‌تواند دلیل قانع‌کننده‌ای بر وقوع احتمال حملات در آینده باشد. این صورت‌بندی شکل قابل پذیرش‌تر مفهوم دفاع مشروع و پیشگیرانه است که تدریجاً معیار «قریب‌الوقوع بودن» را به کنار می‌نهد. به همین ترتیب ماری اکانل با اعمال قضیه کارولین اظهار داشت:

«قربانی یک حمله مسلحانه می‌تواند در صورت وجود دلایل آشکار و قانع‌کننده‌ای مبنی بر اینکه دشمن در حال طرح‌ریزی حمله مجدد است به زور متوسل شود. به عبارت دیگر نیاز ندارد که حملات جدید علیه او آغاز شود..... اگر تروریستها در حال برنامه‌ریزی حملات جدیدی هستند دولت قربانی می‌تواند برای پیشگیری از حملات آینده که در خصوص آن مدارکی دارد اقدام نماید».

42. Accumulation of events.

در صورتی که ایالات متحده شواهد خاصی از حملات برنامه‌ریزی شده آینده ارائه می‌داد و اگر پاسخ علیه منشأ این حملات (علیه اهداف خاص تروریستی که از سوی منابع اطلاعاتی ایالات متحده شناسایی شده بودند) صورت می‌گرفت و نه علیه پایتخت لیبی، این فروض می‌توانست بمباران لیبی از سوی ایالات متحده را توجیه کند. به عبارت دیگر نه حمله به جمعیت غیرنظامی برای تضعیف روحیه عمومی و کاهش حمایت از دولت و نه حمله به قصد کشتن قذافی اقدامی صحیح نبود. نظریه تجمیع وقایع یقیناً بر عملیات ایالات متحده در افغانستان علیه القاعده قابل اعمال است. دیوان بین‌المللی دادگستری به صورت ضمنی گونه‌ای از این نظریه را در قضیه سکوه‌های نفتی ایران (اگرچه این قضیه مربوط به تروریسم نبود) پذیرفت. در این قضیه ایالات متحده ادعا می‌کرد که او قربانی یک سری حملات مسلحانه غیرقانونی نیروهای ایرانی شده است نظیر مین‌گذاری در آبهای بین‌المللی برای غرق کردن یا صدمه رساندن به کشتیهای تحت پرچم ایالات متحده و شلیک به هواپیماهای امریکایی بدون اخطار قبلی. دیوان در این قضیه رأی داد که «حتی اگر مجموع این حملات را با هم در نظر بگیریم، این وقایع یک حمله مسلحانه علیه ایالات متحده تلقی نمی‌شود» و از این قسمت برمی‌آید که در وضعیتی کاملاً متفاوت با این قضیه مجموعه‌ای از حملات می‌تواند استناد به دفاع مشروع را توجیه کند حتی اگر یک واقعه خاص در آن مجموعه این توجیه را رد کند.

نظریه مشورتی اخیر دیوان در قضیه ساخت دیوار در خصوص این ادعا که ماده ۵۱ منشور ملل متحد اقدام نظامی دفاعی علیه بازیگران غیردولتی را می‌پذیرد تردیدهایی ایجاد می‌کند. دیوان در بند ۱۳۹ رأی خویش اظهار داشت: ماده ۵۱ حق ذاتی دفاع مشروع را در موارد حمله مسلحانه «از سوی یک دولت علیه دولت دیگر» را می‌پذیرد. در عین حال دیوان در جمله بعد این موضع مطلق را با تفکیک وضعیت اسرائیل / فلسطین از وضعیت افغانستان که در آن حملات از درون سرزمینهای تحت اشغال اسرائیل سرچشمه می‌گرفت تعدیل کرد. دیوان با اشاره به قطعنامه‌های ۱۳۶۸ و ۱۳۷۳ تفسیر شورای امنیت از ماده ۵۱ را تأیید می‌کند. با توجه به اشاره مختصر و ماهیتاً مبهم دیوان در این قضیه به دفاع مشروع به نظر می‌رسد که بپذیریم این آخرین حرف راجع به استناد به حق دفاع مشروع در مواجهه با بازیگران غیردولتی نیست. از این رو در عین اینکه وقایع ۱۱ سپتامبر موجب شده‌اند که شرایط به گفته کاسسه مبهم و نامشخص شود اما موجب نمی‌شود که حقوق انسجام و هماهنگی خویش را از دست بدهد، یا حداقل فاقد همسازی پیشین خود باشد. حقوق حاکم بر دفاع مشروع حتی در فضای مبهم مبارزه با تروریسم، همان‌طور که واکنشهای متفاوت به ادعاهای ایالات متحده در خصوص دفاع مشروع علیه افغانستان و عراق نشان می‌دهد، به اندازه کافی توانا هست که میان موارد مختلف تمایز قایل شود.

ایالات متحده تلاش می‌کرد که عملیات نظامی خویش در عراق را بر دو مبنای متفاوت توجیه کند: دفاع مشروع علیه تروریسم و اجرای قطعنامه‌های شورای امنیت در رابطه با انهدام سلاحهای کشتار جمعی عراق - (نقضهای حقوق بشری ارتکاب یافته از سوی دولت صدام احتمالاً سومین مینا بود اما هرگز توجیه اصلی حمله نظامی به شمار نمی‌آمد) در جلسه ۵ فوریه شورای امنیت وزیر خارجه ایالات متحده آقای پاول تلاش کرد که شواهد قانونی برای اثبات این دو مدعی ارائه دهد اما در اولی یعنی ادعاهای مبتنی بر تروریسم موفق نشد. اگرچه حمایت بین‌المللی عمده‌ای از قانونی بودن عملیات نظامی در افغانستان وجود داشت، این استدلال نمی‌توانست ۱۷ ماه بعد به عراق تعمیم یابد. مباحثات شدیدی در بیرون و درون سازمان در ماههای بین سپتامبر ۲۰۰۲ و مارس ۲۰۰۳ در جریان بود و نهایتاً «جامعه تفسیری» قانع نشد که ارتباط بین وقایع ۱۱ سپتامبر و عراق آن قدر قوی است که اقدام نظامی بر این مینا را توجیه کند. از این رو این استدلال که عملیات نظامی علیه صدام حسین برای پیشگیری از حملات تروریستی آینده القاعده لازم است موفق از آب درنیامد. هنگامی که این نکته آشکار گشت دولت بوش حداقل در انتظار بین‌المللی استناد به این مینا برای اثبات ادعای خویش را به کنار نهاد. نامه ۲۰ مارس ۲۰۰۳ ایالات متحده به رئیس شورای امنیت که توجیه حقوقی جنگ با عراق در آن آمده است بهترین دلیل بر این مدعی است. در این نامه هیچ سخنی از دفاع مشروع یا اقدام پیشگیرانه و تروریسم نیست. ادعای ایالات متحده کلاً مبتنی بر اجرای قطعنامه‌های شورای امنیت در خصوص انهدام سلاحهای کشتار جمعی عراق بود و ادعایی که اگرچه در تحلیل نهایی قانع‌کننده نبود، اما از نظر حقوقی باورکردنی‌تر بود.

به نظر می‌رسد که حقوق حاکم بر دفاع مشروع تحول یافته و انجام اقدام نظامی علیه تروریستها و پایگاههای آنها را پذیرفته است. حتی دکترین بحث‌برانگیز جنگ پیشگیرانه که در سند استراتژی امنیت ملی ایالات متحده آمده ممکن است با هنجارهای در حال تحول دفاع مشروع سازگار شود، اگرچه شیوه طرح این دکترین در بحران عراق بسیار فراتر از حقوق موجود بود. دفاع مشروع پیشگیرانه مبنای حقوقی این دکترین است:

«قرنهاست که حقوق بین‌الملل این امر را به رسمیت شناخته که نیازی نیست دولتها قربانی حمله شوند در صورتی که بتوانند پیش از این قانوناً اقدام به دفاع از خویش در برابر نیروهایی کنند که خطر قریب‌الوقوع حمله را همراه دارند. علمای حقوق و قضات بین‌المللی اغلب مشروعیت این اقدام پیشگیرانه را به وجود یک تهدید قریب‌الوقوع مشروط کرده‌اند - اکثراً این تهدید با تجهیز و آماده‌سازی نیروهای زمینی، ناوها و هواپیماهای نظامی که برای حمله آماده می‌شوند خود را نشان می‌دهد. ما باید مفهوم تهدید قریب‌الوقوع را با قابلیتها و اهداف دشمنان امروز سازگار کنیم. دولتهای یاغی و تروریستها با سلاحهای متعارف به ما حمله نخواهند کرد زیرا می‌دانند که این

دفاع ضرورت در ... ❖ ۲۹۵

حملات محکوم به شکست است. برعکس آنها متکی به ترور و استفاده از سلاحهای کشتار جمعی‌اند. سلاحهایی که به آسانی می‌توان آنها را پنهان و به صورت سری حمل و بدون هشدار استفاده کرد.

ایالات متحده مدتهاست که برای مقابله با این قبیل تهدیدات امنیت ملی اقدام پیشگیرانه را برگزیده است. هرچه تهدید بزرگتر باشد خطر انفعال در برابر آن تبعات بیشتری دارد و البته برای اتخاذ اقدام پیشگیرانه در دفاع از خویش قانع‌کننده‌تر است حتی اگر در خصوص زمان و مکان حمله دشمن تردید وجود داشته باشد. برای جلوگیری از چنین اعمال خصمانه‌ای از سوی دشمنانمان، ایالات متحده در صورت ضرورت به اقدام پیشگیرانه دست خواهد زد.»

بعضی جنبه‌های این ایده در حیطه فهم سنتی دفاع مشروع قرار دارد. از همه بحث برانگیزتر این است که ایالات متحده حق دارد از اقدامات خصمانه دشمنان خویش جلوگیری کند. آنچه در اینجا بر آن تأکید می‌شود در واقع نه پیشگیری از یک حمله مسلحانه واقعی که براساس شواهد و روش قانع‌کننده قرار است به زودی انجام شود بلکه یک عملیات نظامی است که برای جلوگیری از تحقق یک سری تهدیدات نامشخص در آینده انجام می‌شود. این امر موجب می‌شود که مفهوم حمله مسلحانه بسیار فراتر از مفهوم اولیه خویش بسط یابد تا جایی که کاملاً تهی از معنی شود.

اگر دفاع مشروع بتواند عملیات نظامی علیه تروریستها و حامیان آنها را در برگیرد در آن صورت نیازی به استناد به ضرورت نیست. دفاع ضرورت نکته سودمندی را به این چارچوب حقوقی نمی‌افزاید. کمیسیون حقوق بین‌الملل اظهار داشته که همان شرایط سخت و دقیق دفاع مشروع برای استناد به ضرورت نیز لازم است. این دفاع تنها وقتی قابل استناد است که یک خطر شدید و قریب‌الوقوع وجود دارد و توسل به زور تنها شیوه مقابله با این خطر است. چنین خطری نمی‌تواند صرفاً احتمالی یا خیالی باشد بلکه باید بر مبنای شواهد معقول موجود، در زمان تصمیم قابل اثبات باشد. منافعی که قرار است مورد حمایت قرار گیرد نه تنها باید از منظر دولت اقدام کننده بلکه براساس ارزیابی معقول منافع گوناگون، خواه جمعی یا فردی، بر دیگر ملاحظات اولویت داشته باشد. این توصیه‌ها مبهمند اما پیام آنها آشکار است: در صورتی که نتوان برای توجیه اقدامات ایالات متحده در ۱۹۸۶ علیه لیبی و ۲۰۰۳ علیه عراق به دفاع مشروع استناد کرد ضرورت هم نمی‌تواند این دو عملیات را بپذیرد. برخلاف مداخله بشردوستانه که در آن ملاحظات کاملاً متفاوتی نقش دارند، مباحث مرتبط با تحلیل حقوقی استناد به دفاع مشروع علیه تروریسم و ادعاهای کلاسیک دفاع مشروع کاملاً شبیه یکدیگرند.

اینجا یک مسئله راهبردی پایه‌ای نیز در معرض خطر است. مجاز شمردن دفاع ضرورت در مواردی که دفاع مشروع بر اعمال تروریستی اعمال نمی‌شود، تحلیل نظری را در عصری که

حقوق حاکم بر توسل به زور وضعیت بسیار متزلزلی دارد پیچیده‌تر و کنگتر خواهد کرد.^{۴۳} استراتژی امنیت ملی [ایالات متحده] را می‌توان یک گسست عمده از حقوق موجود و در نتیجه آغازی برای اندیشه مجدد راجع به کل ساختار حقوقی دانست. آقای پاول وزیر خارجه اسبق ایالات متحده تلاش کرده است که ماهیت ساختارشکنانه این دکترین را کم اهمیت جلوه دهد. او اخیراً در مقاله‌ای اظهار داشته است که ناظران در خصوص محدوده پیشگیری در سیاست خارجی و اهمیت جایگاه آن در استراتژی امنیت ملی ایالات متحده در کل، اغراق کرده‌اند. او می‌افزاید که بدیع بودن این دکترین نه در ماهیت بلکه در صراحت آن است. اقدام علیه تروریسم با مداخله بشردوستانه که در آن مفهوم دفاع مشروع واقعاً کاربرد ندارد تفاوت دارد. پارامترهای حقوق حاکم بر دفاع مشروع همان نزاع و مناقشه است. بهتر است این مباحثات و اعمالی که آنها را تسریع می‌کنند در سرمشقی از دفاع مشروع که بر بازیگران غیردولتی هم قابل اعمال است در نظر گرفته شوند تا اینکه به دنبال سرمشقی از ضرورت باشیم که خطر ابهام بیشتر در این حوزه که خود از قبل با ابهامات و مشکلاتی مواجه بوده است را در پی دارد.

۴- تصمیم‌گیری درباره ضرورت

واکنشهای متفاوت به مداخلات در افغانستان و عراق نشان می‌دهد که جامعه بین‌المللی قادر به ایجاد تمایز تقریباً ظریفی میان آن دسته تهدیدات تروریستی که واقعاً قریب‌الوقوع هستند (استناد به دفاع مشروع می‌تواند اقدام در این موارد را توجیه کند) و تهدیدات کمتر قریب‌الوقوع است. دفاع ضرورت حتی مستلزم قضاوتی ظریفتر از این است تا میان اعمال غیرقانونی اما قابل پذیرش از اعمالی که نه قانونی‌اند و نه قابل پذیرش تفکیک ایجاد کند. در سیستمهای حقوقی داخلی محاکم چنین تفکیکی را انجام داده‌اند. در این سیستمها دفاع ضرورت بسیار کاراست، زیرا محاکم می‌توانند با احراز غیرقانونی بودن عملی، هنجار را تقویت کنند، اگرچه نتوانند با قوت کامل آن را در یک مورد خاص به کار بندند. آنتا روبرتز استدلال می‌کند از آنجایی که هیچ محکمه یا نهاد دیگری به صورت قابل اطمینان نمی‌تواند این کار را در حقوق بین‌الملل انجام دهد تفاوت عملی چندانی میان اینکه عنوان یک عمل را قانونی، مشروع یا قابل پذیرش بدانیم وجود ندارد. این عنوان هرچه باشد، «بخشیدن» آنهایی که در مداخله نقش دارند موجب تضعیف ممنوعیت توسل به زور شده و رویه‌ای برای مداخلات بعدی بنا می‌نهد و نهایتاً بدون آنکه این هنجار را با

۴۳. رومانو خلاف این استدلال می‌کند او می‌گوید که گسترش مفهوم دفاع مشروع برای در برگرفتن اقدامات تروریستی با سلاحهای کشتار جمعی مشروعیت اصل دفاع مشروع را تضعیف می‌کند زیرا که امکان سوءاستفاده دولت متخاصم از آن وجود دارد. این درحالی است که احیای دکترین ضرورت با افزودن انعطاف به تحلیل حقوقی رایج این امکان را برای دولتها میسر می‌سازد که در عین توجه به منافع کلان حقوقی با تروریسم نیز به گونه‌ای مؤثر نبرد کنند.

معیار یا استاندارد جدیدی تعویض کند آن را از بین می‌برد.

این استدلال باید جدی گرفته شود زیرا از زاویه چگونگی کارکرد حقوق بین‌الملل به موضوع می‌نگرد. به اعتقاد من حقوق بین‌الملل قادر است چنین قضاوت ظریفی را انجام دهد. در واقع کتاب «حقوق بین‌الملل در تئوری و عمل» شاختر، استدلالی مفصل در این باب است. حقوق بین‌الملل از طریق تعامل مستمر بازیگران ذی‌ربط و معمولاً در تمهید یا پاسخ به وقایع یا اختلافات خاص تفسیر و اعمال می‌شود. گفتمان حقوقی فرآیند پیشنهاد، توضیح، به چالش کشیده شدن و دفاع از مواضع حقوقی در صحنه‌های متنوع و در برابر مخاطبین گوناگون است. رفتار هیچ دولتی از ارزیابی حقوقی دیگر دولتها، (به‌صورت دو جانبه یا از طریق مراجع بین‌الدولی) دیگر بازیگران عرصه سیاست داخلی، کارشناسان حقوقی و دیگر کارشناسان، سازمانهای غیردولتی و دیگر ارگانهای افکار عمومی مصون نیست. گفتمان حقوقی از نیاز دولتها به توجیه اعمالشان به شکلی که دیگران بپذیرند ناشی می‌شود. دولتها در این گفتمان مشارکت می‌کنند زیرا آنها در رعایت متقابل قانون از سوی دیگران و ایجاد اشتها به رعایت حسن نیت جهت تسهیل روابط دوستانه منفعت دارند. آنها همچنین منفعت بلند مدت‌تری در ثبات و قابل‌پیش‌بینی بودن یک سیستم بین‌المللی مبتنی بر حقوق دارند. همان‌طور که شاختر نیز آن را متذکر می‌شود. سیستمی که قدرتهای بزرگ بیش از قدرتهای کوچک برای آن اهمیت و ارزش قائلند. این دلایل منفعت محور، حسی سازنده از التزام، سازگاری با مقتضیات یک سیستم بین‌المللی و نهادینه کردن هنجارهای آن را نوید می‌بخشند.

ماهیت درون ذهنی گفتمان حقوقی در مفهوم توجیه مستتر است. این شکل متمایزی از شور و تأمل یا سبکی از استدلال است که ایجاب می‌کند یک تصمیم به گونه‌ای که مخاطبان آن بپذیرند توجیه شود حتی اگر آنها با خود تصمیم مخالف باشند. یک اصل اساسی نظریه دمکراسی مشورتی آن است که هر تصمیمی باید بر استدلالی معتبر و قوی بنا نهاده شده باشد. اینکه چه استدلالی قوی و معتبر به شمار می‌آید از محیطی به محیطی دیگر متفاوت است اما تقابل، انواع دلایلی را که برای توجیه ادعاها در عموم به کار می‌رود تنظیم می‌کند. «من ادعایم را به گونه‌ای که شما اصولاً بتوانید بپذیرید مطرح می‌کنم و برعکس.» تصمیم‌گیری مستلزم اصول قابل‌تعمیم، دلایل بی‌طرفانه و استدلالاتی است که فراتر از منافع شخصی محدود هستند. گفتمان حقوقی در صورت تعمیم مستلزم هنجارهای حقوقی است که نه به‌صورت شخصی (ذهنی) توسط هر بازیگر یا به گونه‌ای انتزاعی (عینی) بلکه به هر دو شکل به‌عنوان یک مرجع جمعی تفسیر حقوقی (درون ذهنی) تفسیر شوند.

این پرسش که آیا آرمان تصمیم‌گیری دمکراتیک در سطوح فرا ملی ممکن است یا خیر پاسخ داده نشده است اما یقیناً شواهدی از گفتمان حقوقی و احتجاج در رژیمهای بین‌المللی به

چشم می‌خورد. این روش در نهادهای دولتی و مراجع بین‌الدولی، احزاب سیاسی، سازمانهای غیردولتی، جنبشهای اجتماعی و دیگر عناصر جامعه مدنی که فعالیتهایشان فراتر از مرزهای داخلی است به کار گرفته شده است. آنهایی که در این گفتمان شرکت می‌کنند در همه ارزشها مشترک نیستند اما با یک کار هدفمند مرتبطند و تقریباً همگی هدف کلی این اقدام را به یک شکل درک می‌کنند. این امر برای شکل‌گیری یک گفتمان حقوقی مستدل و معنادار کفایت می‌کند. این امر ایجاب می‌کند که ادعاها مبتنی بر آداب استدلالی و گفتمانی باشد که در حوزه حقوق بین‌الملل به کار می‌رود. تفسیری که به میزان بسیار زیادی از فهم جمعی از حقوق فاصله دارد نمی‌تواند به‌عنوان یک استدلال معتبر و نیکو پذیرفته شود. آن تفسیر متقاعدکننده نبوده و نیازی نیست با پذیرش آن برای خود در دسر و مشکل ایجاد کنیم. با این وجود شواهد تجربی فراوانی وجود دارد که نشان می‌دهد دولتها برای پیدا کردن ادعاهای حقوقی قابل باور تلاش می‌کنند. همان‌طور که شاختر نیز خاطر نشان می‌سازد این دولتها تلاش می‌کنند که اعمالشان را نه بر مبنای منافع ملی بلکه بر مبنای حقوقی که منطقی از تمایلات و منافعشان مستقل است توجیه کنند.

اما ما از چه نوع «اشتراکی» سخن می‌گوییم. منظور من یک جامعه بین‌المللی اسطوره‌ای نیست بلکه در جای دیگر از آن تحت عنوان «جامعه تفسیری» یاد کرده‌ام. ایده چنین جامعه‌ای به توضیح چگونگی کارکرد حقوق کمک می‌کند و وجود آن را می‌توان از این مطلب که دولتها تلاش می‌کنند اقداماتشان را به شیوه‌ای حقوقی توجیه کنند استنباط کرد. از باب سهولت می‌توان جامعه تفسیری را همچون دو دایره متحد‌المركز تصور کرد که دایره داخلی آن متشکل از اشخاصی است که مستقیم یا غیرمستقیم مسئول صورت‌بندی، مذاکره و اجرای یک هنجار حقوقی خاص هستند و دایره خارجی مرکب از همه آنهاست که در حقوق مربوطه یا یک حوزه عملی از تخصص برخوردارند. مشابه این ادعا در ابعاد وسیعتر از مؤسسه نامرئی حقوقدانان بین‌المللی شاختر، جامعه تفسیری مد نظر من مرکب است از رهبران سیاسی، دیپلماتها، قضات، مأموران دولتی، کارمندان بین‌المللی، وکلا، دانشمندان و بازیگران غیردولتی که مستقیم یا غیرمستقیم در فرآیند حقوقی بین‌المللی مشارکت می‌کنند. از این‌رو دواير متحد‌المركز یک جامعه تفسیری نه تنها شامل دولتها بلکه شبکه وسیعتری از بازیگران غیردولتی را نیز در برمی‌گیرد. این شبکه از تعامل عناصر درون یک رژیم که مجموعه‌ای از تصورات، انتظارات و درک مشترک را ایجاد می‌کند سرچشمه می‌گیرد. اعضای یک جامعه تفسیری حقوقی ممکن است متعلق به جوامع سیاسی، فرهنگی متفاوتی باشند اما دورنما و سبک استدلال آنها یکسان است. البته ممکن نیست که قضاوت آنها همیشه منسجم و هماهنگ باشد و تشخیص قضاوت آنها نیز دشوار است اما مشترکات آنها آنقدر زیاد است که سرانجام تلاشهایشان را تضمین می‌کند. حتی اگر هیچ

تصمیمی هم اتخاذ نشود « تأثیر مخاطبین » جامعه تفسیری مهم است. اگر دمکراتهای اهل مشورت و تأمل درست می‌گویند، در آن صورت بازیگران دولتی نیز تحریک می‌شوند تا در مقابل آنهایی که از تصمیمات و اعمالشان متأثر می‌شوند با زبانی که قابل‌پذیرش این اشخاص باشد بابت اعمال خویش پاسخگو باشند. در زمانی که اکثر کسانی که از این تصمیمات متأثر می‌شوند هنگام اتخاذ تصمیمات با تأثیرات فراملی از داشتن یک تریبون محرومند، جامعه تفسیری همچون مخاطبی برای آنهایی عمل می‌کند که فاقد این تریبوند. ممکن است بر این مفهوم از گفتمان حقوقی در درون یک جامعه تفسیری دو ایراد مطرح شود: اول اینکه گفتمان حقوقی در بهترین حالت امری استراتژیک و در بدترین حالت امری مزورانه است. مقامات دولتی صرفاً در ظاهر از قانون سخن می‌گویند و از آنجایی که حقوق بین‌الملل بسیار انعطاف‌پذیر است برای هر عمل می‌توان توجیهی حقوقی پیدا کرد. ایراد دوم این است که کشورهای قدرتمند آنقدر بر جامعه تفسیری تسلط دارند که قادرند فضای این گفتمان را تحت کنترل خویش درآورده و در نتیجه قضاوت‌های حقوقی به‌دست دهند که با منافع و تمایلاتشان سازگار است. کوئنتین اسکینر^{۴۴} پاسخی به ایراد اول می‌دهد:

برای هر زبان مشروعیت بخشی همچون زبان حقوقی حدی وجود دارد که تنها تا آنجا کاربرد دارد. اگر این زبان در این محدوده به کار گرفته شود دیگر این مطلب که صاحب کلام صداقت ندارد اهمیتی ندارد. هنگامی که او پذیرفت نیاز دارد برای اعمالش توجیهاتی غیر از منافع شخصی ارائه دهد، به این سمت سوق داده می‌شود که به گونه‌ای رفتار کند که آشکارا و کاملاً یک‌سو نگرانه نباشد. الستر^{۴۵} این امر را نیروی فربه‌کننده تزویر می‌داند. تعظیم رذائل در برابر فضایل. هنگامی که یک دولت هنجاری را در سخن می‌پذیرد باب وسیعی برای منتقدین گشوده می‌شود. اگر شما اعلام می‌کنید که حقوق بشر را می‌پذیرد پس چرا به‌صورت سیستماتیک و گسترده آن را نقض می‌کنید؟ و با اعمال فشار به دولتها جهت اینکه اعمالشان با گفتارشان تطابق بیشتری یابد تا اندازه‌ای اتهام دورویی و نفاق آشکار را رد می‌کند. جامعه تفسیری همچون یک داور در خصوص اینکه تا چه اندازه افعال با گفتار تطابق دارند داورى خواهد کرد.

ایراد دوم بنیادیتراست. این ایراد شور حقوقی و جامعه تفسیری مرتبط با آن را. چیزی بیش از انعکاس منافع و ارزشهای بازیگران قدرتمند در سیستم بین‌المللی نمی‌بیند. آشکار است که قدرتهای بزرگ در شکل‌دهی به این گفتمان و طرح بعضی دیدگاهها و جلوگیری از مطرح شدن برخی دیگر از دولتهای کوچک تواناترند، اما تأثیر آنها با قدرت مادی «نسبت مستقیم» ندارد. همان‌طور که دمکراتهای اهل مشورت و تأمل اظهار می‌کنند شور بدون حذف تفاوتها در قدرت

44. Quentin Skinner.

45. Jon Elster.

کاهش می‌یابد. اگرچه قدرتهای مسلط در شکل‌گیری و اصلاح قواعد بازی نقش مهمتری دارند آنها نمی‌توانند فی‌البداهه و خودسرانه آن قواعد را تغییر دهند. (و فضای بحث را عوض کنند) تا مدتی که آنها در این مشورتها نقش داشته باشند ملزمند که به آداب استدلال، اقناع و توجیه مرتبط با اقدام خاصی که راجع به آن تصمیم‌گیری می‌شود احترام بگذارند. واضح است که هیچ ضمانت اجرای رسمی برای نقض این آداب وجود ندارد اما این امر برای طرف متخلف هزینه سیاسی در بر خواهد داشت. همان‌طور که شاختر خاطر نشان می‌سازد دولتهای قدرتمند نسبت به دولتهای ضعیف بهتر قادرند هزینه اینکه ناقض قانون قلمداد شوند را کاهش دهند اما نمی‌توانند کاملاً از آن بگریزند. قضاوت واقعی یا پیش‌دستانه جامعه تفسیری عاملی است که حتی دولتهای قدرتمند نیز در تصمیم‌گیری خویش به هنگام اتخاذ یک اقدام به آن توجه می‌کنند.

به‌عنوان مثال به مباحثات شورای امنیت در خصوص عراق توجه کنید. مباحثات این نکته را تقویت می‌کند که گفتمان حقوقی نه بی‌نهایت انعطاف‌پذیر و نه بی‌اهمیت است. هیچ‌یک از ۶ کشور مشهور به دارا بودن «رأی نوسانی» در شورای امنیت (پاکستان، کامرون، آنگولا، شیلی، مکزیک) حاضر نشدند که به قطعنامه دوم که صراحتاً توسل به زور علیه عراق را توجیه کرد رأی مثبت دهند. با لحاظ تهدیدها و تشویقهای صورت گرفته در کوتاه مدت به نفع اکثر اعضا بود که به نفع ایالات متحده رأی دهند و منطق نیز ایجاب می‌کرد که این کار با دیپلماسی تیزبینانه منطبق‌تر است. اما آنها از این کار خودداری کردند و این امر تا حدی معلول آن بود که درخواست آغاز جنگ به گونه‌ای مطرح شده بود که نشانگر یک گسست آشکار از چارچوب حقوقی بین‌المللی موجود بود. دولت بوش به‌جای تمرکز بر بهترین ادعای حقوقی یعنی نیاز به خلع سلاح عراق از سلاحهای کشتار جمعی از طریق اجرای قطعنامه‌های شورای امنیت، در لحظاتی که از نظر دیپلماتیک مناسب نبود، از ارتباطات ناچیز با تروریسم، دکترین دفاع پیشگیرانه که به‌سختی با حقوق بین‌الملل سازگار بود و تمایل به تغییر کل خاورمیانه با زور در صورت لزوم سخن می‌گفت. با این شرایط هیچ‌یک از این شش کشور نمی‌توانستند حمایت از جنگ را برای مردمشان توجیه کنند حتی اگر بنا داشتند که از ایالات متحده حمایت کنند.

همچنین شواهدی وجود دارد که نشان می‌دهد گفتمان حقوقی برای ایالات متحده اهمیت دارد. دیپلماتهای امریکایی تلاش بسیاری کردند تا توانستند قطعنامه ۱۴۴۱ نوامبر ۲۰۰۲ که با لحنی انتقادی «نقض اساسی» تعهدات عراق را احراز می‌کرد به تصویب برسانند. همان‌طور که پیش‌تر گفته شد دولت بوش هنگامی که دریافت تنها تعداد معدودی از کشورها قانع شده‌اند رابطه بین القاعده و عراق به حدی بوده است که اقدام نظامی بر اساس دفاع مشروع را توجیه کند، ادعاهای مبتنی بر تروریسم را کنار گذاشت. لذا رئیس‌جمهور بوش اگرچه پیش‌تر گفته بود این قطعنامه را چه رأی بیاورد چه رد شود مطرح خواهد کرد، بیشتر به این دلیل که توجیه قانونی

دفاع ضرورت در ... ❖ ۳۰۱

بودن اقدام نظامی پس از صدور قطعنامه‌ای از سوی شورا که اکثریت اعضای آن علیه چنین عملی رای داده بودند تقریباً غیرممکن بود حاضر نشد قطعنامه دوم به رأی‌گیری گذاشته شود. این مانورهای دیپلماتیک نشان می‌دهد که جلسات مشورتی حقوقی بازی نیست و یک چارچوب هنجاری نسبتاً قوی این مباحثات را پیش می‌برد.

قضیه کوزوو ارتباط بیشتری با دفاع ضرورت دارد. در این قضیه شواهد مفصلی از این مطلب یافت می‌شود که نه تنها یک طبقه تفسیری وجود دارد بلکه قادر است تمایزی را که عنصر ضرورت ایجاب می‌کند قائل شود. برای اثبات این مدعی سه مورد از این شواهد ارائه می‌شود:

نخست آنکه بسیاری از حامیان مداخله حاضر نبودند آن را قانونی اعلام کنند. ایالات متحده، آلمان و بسیاری از کشورهای عرب نگران رویه‌ای بودند که با این اقدام بنا نهاده شد. (ضمناً این نگرانی نشان می‌دهد که آن دولتها بر این باورند که یک سری مکانیزمهای بین‌المللی در سیستم بین‌المللی وجود دارد راجع به اینکه آیا قضایای مشابه واقعاً شبیه یکدیگرند تصمیم‌گیری می‌کند وگرنه سابقه مداخله در یک منطقه نمی‌تواند آن را شبیه جای دیگر کند) سازمان ناتو در کل، نقش شورای امنیت در مجاز شمردن مداخله را در نظریه استراتژیک جدیدش در آوریل ۱۹۹۹ که طی آن قضیه کوزوو را یک استثناء اعلام کرد مورد تأیید قرار داد. تقریباً اظهارات تمامی دولتها به هنگام اتخاذ قطعنامه ۱۲۴۴ که نیروهای ویژه ملل متحد برای کوزوو را ایجاد کرد، حاکی از احساس آشکار آرامش بازگشت به مشروعیت غیرقابل تزلزل بود. از این رو اگرچه هیچ اعلامیه صریحی از سوی اعضای ناتو و دیگر هواداران مداخله مبنی بر اینکه مداخله «غیرقانونی اما قابل‌پذیرش» بوده است صادر نشد اما چنین موضعی از فحواى بیانه‌های آنها در طی بحران قابل‌استنباط است.

ثانیاً این موضع همچنین از پاسخ جنبش عدم تعهد نیز قابل‌استنباط است. به هنگام آغاز مداخله در مارس ۱۹۹۹، جنبش عدم تعهد حاضر نشد علی‌رغم تلاشهای افریقای جنوبی به‌عنوان رئیس این جنبش برای محکوم کردن این اقدام، مستقیماً مداخله را محکوم کند. در واقع جنبش صرفاً بر اعتقاد خویش مبنی بر اینکه شورای امنیت مرجع صالح حل و فصل اختلافات است تأکید کرد. تنها ماهها پس از آن واقعه در پاسخ به سخنان دبیر کل سازمان ملل متحد در مجمع عمومی، وزرای کشورهای عضو جنبش عدم تعهد مشروعیت مداخله بشردوستانه یک جانبه را رد کردند. از این موارد می‌توان استنباط کرد که جنبش عدم تعهد مداخله در کوزوو را غیرقانونی می‌دانست اما در آن شرایط آن را قابل‌پذیرش دانست اگرچه در اولین فرصت ممکن مجدداً بر ممنوعیت توسل به زور تأکید کرد. اعلامیه‌های کشورهای عضو گروه ریو و دیگر کشورهای اسلامی نیز به همین ترتیب قابل‌تفسیر است. بیانات دقیق دبیر کل در روز آغاز مداخله شیوه‌ی ضمنی بیان همین مطلب

بود که مداخله غیرقانونی اما قابل پذیرش است: «مواقعی وجود دارد که در آنها توسل به زور جهت حفظ صلح مشروع است ... اما شورای امنیت در هر تصمیم‌گیری مربوط به توسل به زور بایستی نقش داشته باشد».

مهمتر از همه شاید بتوان عدم تمایل ایالات متحده به ارائه صرفاً یک توجیه خاص را اعتراف به این دانست که اقدام او بر مبنای حقوقی محکمی استوار نبوده اما با این وجود در شرایط خاصی قابل پذیرش بوده است. از این رو در جلسات ۲۴ و ۲۶ مارس شورای امنیت، نماینده ایالات متحده با عباراتی مبهم به قطعنامه‌های پیشین اشاره کرد و تنها اظهار داشت: «ما معتقدیم که اقدام ناتو موجه و برای توقف خشونت‌ها و حتی پیشگیری از یک فاجعه بشری بزرگتر ضروری بوده است.» بعداً خانم آلبرایت وزیر خارجه پیشین ایالات متحده که هوادار سرسخت مداخله بود اظهار داشت که وضعیت کوزوو یک وضعیت خاص بود و نباید در درسهای برگرفته از آن اغراق شود.

این گفته نشانگر اعتراف ضمنی ایالات متحده به این است که او در این قضیه فراقانونی عمل کرده و حاضر است از اعمالش در چارچوبی حقوقی دفاع کند. در واقع ایالات متحده اظهار داشت: «این اقدام یک نافرمانی رسمی بود و ما خود را در اختیار جامعه بین‌المللی قرار می‌دهیم که یا ما را بازخواست کند یا ببخشد»^{۴۶}. ایالات متحده به دنبال آن نبود که قانون را به نفع یک نظریه کلی از مداخله بشردوستانه تغییر دهد. این کشور عمداً و آگاهانه به گونه‌ای عمل کرد که مغایر قانون بود (اگرچه این امر را نپذیرفت) به امید آنکه اقدام ناتو در شرایط خاصی موجه محسوب خواهد شد.

نتیجه‌گیری

در این مقاله من استدلال کرده‌ام که جامعه بین‌المللی و رویه دولتها استناد به دفاع ضرورت به‌عنوان دفاعی در برابر یک رفتار غیرقانونی را در شرایط استثنایی می‌پذیرد. من استدلال کرده‌ام که بهتر است این دفاع به‌عنوان یک «عذر» تلقی شود تا یک «توجیه». یک عذر در مواقعی که فشار شرایط به‌حدی باشد که یک دولت نتواند مطابق یک هنجار بین‌المللی رفتار کند قابل پذیرش است. منظور آن نیست که خود این هنجار آسیب می‌بیند برعکس در واقع اعتبار آن به‌صورت ضمنی مورد تأکید قرار می‌گیرد. اینکه بپذیریم این وضعیت‌ها منجر به حالت ضرورت

۴۶. ارن گراس در مقاله‌ای جنجالی استدلال می‌کند که اینگونه است که استفاده‌های فراقانونی از شکنجه در آنچه او آنها را موارد بسیار فاجعه‌آمیز می‌خواند - همچون یک سلاح کشتار جمعی پنهان شده در چمدانی در یک شهر بزرگ - باید مورد بررسی قرار گیرد. مأموران دولتی حتی در آن شرایط هم مجاز به استفاده از شکنجه نیستند منتهی باید به یک نافرمانی رسمی دست زده و اقرار به عمل خویش کرده و بعداً از عمل خویش دفاع کنند و بگذارند که جامعه راجع به اینکه آیا آنها باید مورد سرزنش قرار گرفته یا مورد تکریم قرار گیرند تصمیم بگیرد.

می‌شود و نه دفاع مشروع نشان می‌دهد که رفتار قهری قابل اغماض نیست. امید می‌رود که صرفاً با پذیرش توسل به زور در شرایط اضطراری ممنوعیت توسل به آن تأیید گردد و نیاز به استناد به معاذیر کمتر شود.

تحلیل فوق همچنین نشان می‌دهد که منطق پس این عذر نیز تحول یافته است. نویسندگان کلاسیک آن را با حق صیانت از نفس یک دولت مرتبط دانسته‌اند. این نظریه هنگامی که مدافعین در قرن نوزدهم آن را یک اصل مهم حقوق طبیعی دانستند تا بدینوسیله بسیاری از اعمالی که امروزه نقض فاحش حقوق دیگر دولتها تلقی می‌شود را توجیه کنند رو به افول گذاشت. دومین گزارشگر مخصوص کمیسیون حقوق بین‌الملل درخصوص طرح پیش‌نویس مسئولیت دولت، قاضی آگو مبانی حقوق طبیعی این مفهوم را رد کرد. او به جای آنکه به یک «حق» بر ضرورت اشاره کند اعتقاد داشت که «این حالت باید به‌عنوان یک وضعیت دو فاکتو تلقی شود که در آن یک دولت ملزم به تعهد بین‌المللی در برابر دولتی دیگر به دلیل اینکه اجرای آن تعهد به یکی از منافع اساسی‌اش صدمه می‌زند از اجرای آن خودداری می‌کند.» از این رو در دوره وضع منشور ملل متحد این حالت با «منافع اساسی» یک دولت که با اعمال دقیق دیگر دکترینهای حقوقی به خطر می‌افتاد گره خورد. اکنون ما شاهد تحول بیشتری در مفهوم و منطق پس این دکترین هستیم. تردیدی نیست منافع اساسی که نیاز به این حمایت استثنایی دارند منافع دولتها نیستند بلکه منافع «جامعه بین‌المللی در کل» هستند. این تفاوت میان پیش‌نویس و مواد نهایی پیشنهادی کمیسیون حائز اهمیت است.

دولتها دیگر تنها بازیگران عرصه روابط بین‌المللی محسوب نمی‌شوند و تنها منافع دولتها نیست که نیازمند حمایت است. در این مقاله من استدلال کرده‌ام که اقدام قهری علیه تروریسم در چارچوب موجود حقوق توسل به زور قرار دارد. پذیرش حق توسل به زور علیه تروریستها یک عدول محسوب می‌شود اگرچه به صورت موردی در جایی که حقوق پیش‌تر تحول یافته باشد قابل پذیرش است. دغدغه‌های حقوق بشری و بشردوستانه منافی هستند که آن‌گونه که شایسته است مورد حمایت قرار نمی‌گیرند زیرا مکانیزمهای بین‌المللی و منطقه‌ای ضعیف بوده و دفاع مشروع نیز قابل‌اعمال نیست. تا زمانی که مکانیزمهای بین‌المللی برای حمایت از منافع و ارزشها تقویت شوند یا حقوق اصلاح شود، «شیر اطمینان» ضرورت تنها راه‌گرایز از نتایج مصیبت‌بار پیروی دقیق از مقتضیات حاکمیت قانون است. دفاع ضرورت بر حقوق موجود تأثیری نمی‌گذارد در عین اینکه اذعان می‌کند که در شرایط استثنایی و به دلایل مهم، جامعه بین‌المللی در گاهی موارد نقض آن را می‌پذیرد.