

امکان سنجی استناد به قواعد فقه اسلامی در تفسیر مفاهیم دفاع مشروع در دیوان بین‌المللی دادگستری (مطالعه موردی: ماده ۵۱ منشور ملل متحد)

اکبر هوشیاری^۱ و محمد جعفری^{۲*}

۱- استادیار گروه معارف اسلامی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد سنندج، سنندج، ایران.

۲- محمد جعفری کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی سنندج، ایران (نویسنده مسئول)

چکیده

ماده ۵۱ منشور ملل متحد، حق ذاتی دفاع مشروع را به عنوان استثنایی بر قاعده عام منع توسل به زور به رسمیت می‌شناسد. با این حال، ابهام در تعریف و دامنه این حق، شکاف میان دکترین و رویه قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری را دامن زده است. دیوان در آرای خود چون نیکاراگوئه (۱۹۸۶)، سکوهای نفتی (۲۰۰۳)، دیوار حائل (۲۰۰۴) و کنگو (۲۰۰۵)، رویه‌ای محافظه‌کارانه اتخاذ کرده و با سکوت در برابر پرسش‌های اساسی، خلأ حقوقی در نظام امنیت جمعی ایجاد کرده است. این مقاله با روش تحلیلی - تطبیقی این پرسش را بررسی می‌کند که آیا فقه اسلامی می‌تواند به عنوان منبع تفسیری مکمل، این خلأها را در رویه دیوان پر کند. یافته‌ها نشان می‌دهد مفاهیمی چون جهاد دفاعی، خوف معقول، قاعده اخف الضررین و تقید به قدر ضرورت در فقه اسلامی، با روح ماده ۵۱ همسو هستند و در مواردی مانند دفاع پیش‌دستانه مشروع، معیارهای عینی تر و اخلاق محورتری نسبت به تفاسیر پوزیتیویستی ارائه می‌دهند. مقاله با تکیه بر بند (ج) ماده ۳۸ اساسنامه دیوان، مدلی چهار رکنی برای استناد به فقه اسلامی به عنوان ابزار تفسیری پیشنهاد می‌کند.

واژگان کلیدی: دفاع مشروع، ماده ۵۱ منشور ملل متحد، فقه اسلامی، دیوان بین‌المللی دادگستری، اصول کلی حقوقی، جهاد دفاعی..

- مقدمه

اسلام، دین گفتگوست؛ قرآن کریم با فرمان «وَجَادِلْهُمْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ» (نحل: ۱۲۵) و سنت نبوی با صلح حدیبیه، اصل را بر حکمت و راه حل مسالمت آمیز می‌گذارد؛ اصلی که امروز در قاعده فقهی «وجوب طی همه راه‌های مسالمت آمیز پیش از اقدام نظامی» تبلور یافته است. این اصل، بنیانی استوار برای مشارکت فقه اسلامی در گفتمان حقوق بین‌الملل معاصر فراهم می‌آورد.

در حقوق بین‌الملل مدرن ماده ۵۱ منشور ملل متحد حق ذاتی دفاع مشروع را به رسمیت می‌شناسد اما به صراحت تعریفی از حمله مسلحانه و دامنه دقیق این حق ارائه نمی‌دهد (حسینی زندآبادی و همکاران، ۱۳۹۷ صص ۸۵ - ۶۷) این سکوت قانونی، منطقه‌ای خاکستری در حقوق بین‌الملل ایجاد کرده و به شکاف عمیق میان دکتترین حقوقی و رویه قضایی دامن زده است (رستمی فر ۱۴۰۴، صص ۱۰۹ - ۱۵۰) دیوان بین‌المللی دادگستری (ICJ) در آرای شاخص خود نظیر قضیه نیکاراگوئه (۱۹۸۶) و رأی دیوار حائل (۲۰۰۴) با اتخاذ رویه‌ای محافظه کارانه و تفسیر موسع از دفاع مشروع را محدود کرد و از پاسخ به پرسش‌های اساسی پیرامون دفاع پیش‌دستانه طفره رفته است. (ممتاز ۱۳۸۳ صص ۱۲۸ - ۱۲۳) دیوان بین‌المللی دادگستری ۱۹۸۶ (بند ۱۹۵ - ۱۹۱)

در مقابل فقه اسلامی به عنوان یک نظام حقوقی منسجم، ظرفیت قابل توجهی برای پر کردن این خلأ دارد. مفاهیمی چون جهاد دفاعی، خوف معقول و قواعد جمعی نظیر قاعده اضطرارین و تقید به قدر ضرورت (حقیقت پور، ۱۳۹۰ صص ۵۶ - ۵۵) چارچوبی عینی و اخلاق محور ارائه می‌دهند. در این نظام، دفاع پیش‌دستانه در برابر تهدید قریب الوقوع با شرایطی سخت گیرانه و مبتنی بر معیار «رجل عرفی» به رسمیت شناخته می‌شود و جنگ پیشگیرانه (تغییر موازنه قدرت) به صراحت مصداق عدوان و مشمول نهی قرآنی دانسته شده است. (طباطبایی ۱۴۱۷ ق. ۲، صص ۶۰۶ - ۶۰۵) فقهای امامیه، جهاد دفاعی را در شرایط اضطرار و برای حفظ کیان اسلام، واجب عینی دانسته و آن را نیازمند اذن حاکم نمی‌دانند، فقهای اهل سنت نیز جهاد دفاعی را در حالت اضطرار و بدون نیاز به اذن والی مجاز می‌شمارند. (الزحیلی ۱۹۹۲، صص ۱۲۵ - ۱۳۰) مسئله اصلی آن است که آیا فقه اسلامی می‌تواند از مجرای بند (ح) ماده ۳۸ اساسنامه ایران (به عنوان اصول کلی حقوقی مورد قبول ملل متمدن) به عنوان ابزاری تفسیری و مکمل در پر کردن خلأهای رویه قضایی دیوان موثر واقع شود. این پژوهش با روش تحلیلی - تطبیقی و تکیه بر منابع کتابخانه‌ای به دنبال اثبات این فرضیه است که استناد به قواعد فقه اسلامی در تفسیر ماده ۵۱ منشور، می‌تواند به ارائه تفسیری منسجم تر و عینی تر از مفهوم دفاع مشروع یاری رساند.

۱-۱ بیان مسئله و خلا حقوقی

تفسیر ماده ۵۱ منشور ملل متحد همچنان با ابهاماتی اساسی مواجه است. به تعبیر رستمی فر (۱۴۰۴، صص ۹۵-۱۰۹)، قرائت‌های متفاوت از دامنه حق دفاع مشروع، شکاف میان دکترین و رویه دیوان را دامن زده است. حقوق بین‌الملل، توسل به زور را تنها در صورت خطر قریب الوقوع و حمله مسلحانه و مشروط به تناسب مجاز می‌داند، اما تشخیص این مفاهیم همواره محل مناقشه بوده و دیوان نیز با سکوت خود، این مناقشه را تشدید کرده است. (رستمی فر، ۱۴۰۴، صص ۱۰۲-۹۸)

۲-۱ پرسش و فرضیه

پرسش اصلی این است که آیا فقه اسلامی می‌تواند به عنوان منبع تفسیر مکمل، ذیل بند (ج) ماده ۳۸ اساسنامه دیوان، برای تبیین دفاع مشروع به کار رود؟ فرضیه مقاله آن است که مفاهیم جهاد دفاعی، دفاع بازدارنده، اخف الضررین و تقید به قدر ضرورت در فقه اسلامی، ضمن همسویی با روح ماده ۵۱، در مواردی مانند دفاع پیش‌دستانه مشروع و منع سلاح‌های کشتار جمعی، معیارهای عینی‌تر و اخلاق‌محورتری ارائه می‌دهند.

۳-۱ پیشینه پژوهش

پیشینه پژوهش در دو حوزه بررسی می‌شود:

الف) حقوق بین‌الملل و رویه دیوان

رستمی فر (۱۴۰۴) با واکاوی دفاع مشروع پیشگیرانه، شکاف میان دکترین و رویه دیوان را تحلیل کرده و خلأ حقوقی ناشی از سکوت دیوان را اثبات نموده، اما راهکاری برای پر کردن آن ارائه نداده است. قاسمی و بارین (۱۳۹۷) مبانی کلاسیک ماده ۵۱ را بررسی کرده‌اند، ولی فاقد نگاه تطبیقی به سایر نظام‌های حقوقی هستند. ممتاز (۱۳۸۳) رأی نیکاراگوئه را سدی در برابر تفسیر موسع می‌داند، اما چارچوبی جایگزین ارائه نمی‌کند. حاجی تبار و همکاران (۱۳۹۴) بعد کیفری دفاع مشروع و پذیرش تهدید قریب الوقوع را در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی بررسی کرده‌اند، اما این تحلیل را به ماده ۵۱ تسری نداده‌اند. قهرمانی و ضیایی نیز صرفاً چارچوبی روش‌شناختی برای تحلیل رویه دیوان ارائه داده‌اند.

ب) فقه اسلامی و تحلیل تطبیقی

حقیقت پور (۱۳۹۰) ادله فقهی دفاع بازدارنده مشروع را بررسی و مفهوم «ترهیب» را صورت‌بندی کرده، اما فاقد بعد تطبیقی با حقوق بین‌الملل است. حسینی زندآبادی و همکاران (۱۳۹۷) اشتراکات و افتراقات دو نظام را احصا کرده‌اند، اما راهکاری عملی برای استناد به فقه در رویه قضایی بین‌المللی ارائه نمی‌دهند. چمنی و ریاضی (۱۴۰۰) نیز در مرحله تطبیق متوقف شده‌اند.

ج) خلأ پژوهشی و کار مقاله حاضر

هیچ یک از پژوهش‌های پیشین امکان سنجی استناد به قواعد فقه اسلامی در رویه دیوان از مجرای بند (ج) ماده ۳۸ اساسنامه را بررسی نکرده‌اند. مقاله حاضر با چهار گام این خلأ را پر می‌کند: اثبات خلأ حقوقی در رویه دیوان، استخراج قواعد عام فقهی، تطبیق آن‌ها با مفاهیم ماده ۵۱ و ارائه مدل عملی چهار رکتی برای استناد به فقه به عنوان ابزار تفسیری مکمل.

۴-۱ روش پژوهش

این مقاله با روش تحلیلی تطبیقی و با تکیه بر منابع کتابخانه‌ای انجام شده است.

۲- دفاع مشروع در حقوق بین الملل و رویه دیوان

۱-۲ ماده ۵۱ منشور و شروط دفاع مشروع

ماده ۵۱، دفاع مشروع را حق ذاتی دولت‌ها در برابر حمله مسلحانه می‌داند. پنج شرط اصلی آن عبارتند از: وقوع حمله مسلحانه، ضرورت، تناسب، فوریت و گزارش به شورای امنیت. با این حال، تفسیر این شروط، به ویژه شرط نخست، محل اختلاف است. حسینی زندآبادی و همکاران (۱۳۹۷، صص ۸۵-۶۷) تصریح می‌کنند که ماده ۵۱ تعریف صریحی از حمله مسلحانه به دست نمی‌دهد.

۱-۱-۲ تعریف «حمله مسلحانه»

دیوان در رأی نیکاراگوئه (۱۹۸۶) میان «شدیدترین اشکال استفاده از زور» (حمله مسلحانه) و «اقدامات کمتر» (نقض منع توسل به زور یا مداخله غیر قانونی) تمایز قائل شد (دیوان بین‌المللی دادگستری، رأی نیکاراگوئه ۱۹۸۶ بند ۱۹۱). حمله مسلحانه شامل اقدام مستقیم نیروهای مسلح یک دولت علیه دولت دیگر، یا اعزام گروه‌های مسلح با «ابعاد و آثار» معادل اقدام مستقیم است. صرف تأمین مالی یا آموزش شورشیان، حمله مسلحانه محسوب نمی‌شود (همان، بندهای ۱۹۵ و ۲۲۸-۲۳۰).

قاضی شوئبل این تفسیر را نادیده گرفتن واقعیت‌های جنگ‌های نیابتی دانست (همان، صص ۲۵۹-۲۶۰). دکترین معاصر نیز درباره مصداق یابی حملات سایبری تردید دارد (اشمیت، ۲۰۱۷، صص ۳۳۹-۳۵۰). دیوان در رأی سکوهای نفتی (۲۰۰۳) تأکید کرد که حتی در صورت احراز حمله مسلحانه، اقدام دفاعی باید ضروری و متناسب باشد (دیوان بین‌المللی دادگستری، رأی سکوهای نفتی ۲۰۰۳، بند های ۵۱ و ۷۲-۷۷). این رویه، آستانه بالایی برای فعال سازی حق دفاع تعیین کرده و ضرورت بازنگری تفسیری را ایجاب می‌کند.

۲-۲ رویه قضایی دیوان

دیوان در آرای خود بر ضرورت و تناسب تأکید کرده، اما از ورود به بحث دفاع پیش‌دستانه طفره رفته است. در رأی نیکاراگوئه، با تمایز میان «حمله مسلحانه» و «اقدامات کمتر»، آستانه بالایی برای دفاع مشروع تعیین کرد.

(دیوان بین‌المللی دادگستری، رأی نیکاراگوئه ۱۹۸۶، بند های ۱۹۱-۱۹۵؛ نیز ر.ک: ممتاز، ۱۳۸۳، صص ۸-۱۲). دفاع جمعی نیز تابع شروط شش‌گانه رأی نیکاراگوئه است: اعلام قربانی، درخواست کمک، گزارش به شورای امنیت، ضرورت، تناسب و فوریت (همان بندهای ۱۹۵-۱۹۹ و ۲۳۲). پس از ۱۱ سپتامبر، شورای امنیت در قطعنامه های ۱۳۶۸ و ۱۳۷۳ حق دفاع در برابر بازیگران غیردولتی را به رسمیت شناخت (شورای امنیت، قطعنامه ۱۳۶۸، ۲۰۰۱؛ قطعنامه ۱۳۷۳، ۲۰۰۱)، اما دیوان در رأی دیوار حائل (۲۰۰۴) استناد اسرائیل به ماده ۵۱ را رد کرد (دیوان بین‌المللی دادگستری، رأی دیوار حائل ۲۰۰۴، بند های ۱۳۹-۱۳۸). این شکاف میان شورای امنیت و دیوان، خلأ حقوقی را عمیق‌تر کرده است.

۲-۳ دوگانه دفاع پیش‌دستانه و جنگ پیشگیرانه

در دکتترین، موافقان با استناد به دکتترین کشتی کارولاین (۱۸۳۷) و واژه «ذاتی» در ماده ۵۱، دفاع پیشگیرانه را در شرایط ضرورت فوری مجاز می‌دانند و مخالفان آن را مغایر با نص ماده می‌شمارند. رستمی فر (۱۴۰۴، صص ۹۸-۱۰۲) ریشه اختلاف را خلط میان «جنگ پیش‌دستانه» (دفع تهدید قریب الوقوع) و «جنگ پیشگیرانه» (تغییر موازنه قدرت) می‌داند. ذهنی بودن معیارها، بسیاری از جنگ‌های پیشگیرانه را به تجاوز آشکار تبدیل کرده است.

۳- دفاع مشروع در فقه اسلامی

۳-۱ مبانی جهاد دفاعی

در نظام حقوقی اسلام، دفاع مشروع ذیل «جهاد دفاعی» بحث می‌شود. قرآن کریم در آیه ۱۹۰ بقره تجاوز را تحریم و در آیه ۳۹ حج اذن جهاد داده است. (طباطبایی، ۱۴۱۷، ق، ج ۲، صص ۶۵-۶۰). امام خمینی (ره) (۱۳۸۵، ج ۱، صص ۴۸۳-۴۸۷) دفاع را به دفاع از حوزه اسلام و دفاع از نفس و ناموس تقسیم کرده است. دفاع مشروع در فقه اسلامی، هم حق است و هم تکلیف واجب.

۳-۲ شروط پنج‌گانه دفاع مشروع در فقه

فقه‌ها شرایط دفاع مشروع را ذیل پنج شرط تبیین کرده‌اند:

- ۱- وجود دفاع: اصل بر صلح است و جنگ تنها برای دفع تجاوز مشروع است.
- ۲- هجوم (خوف معقول): دفاع زمانی واجب می‌شود که هجوم بالفعل یا قراین قطعی بر وقوع قریب الوقوع آن باشد. خوف باید برای هر انسان عاقلی محرز باشد (حقیقت پور، ۱۳۹۰، صص ۳۵-۵۶).

۳- ضرورت: دفاع پس از طی تمام راه‌های مسالمت آمیز و با احراز عینی ضرورت توسط «رجل عرفی» واجب می‌شود. (همان، صص ۴۲-۴۸).

۴- تناسب در دفع: قواعد «تقید به قدر ضرورت» و «اخف الضررین»، اقدام دفاعی را به اندازه دفع تجاوز محدود می‌کنند. هدف، بازگرداندن وضع به حال اول است، نه تنبیه متجاوز (حسینی زندآبادی و همکاران، ۱۳۹۷).
۵- اذن حاکم: مشهور فقهای امامیه جهاد دفاعی را مشروط به اذن امام معصوم یا نایب خاص او نمی‌دانند. امام خمینی (ره) (۱۳۸۵، ج ۱، ص ۴۸۵) تصریح می‌کند: «اگر بیم آن رود که کیان اسلام در خطر است، دفاع بر همه واجب است و نیاز به اذن کسی نیست.» در مقابل، برخی فقهای معاصر ذیل نظریه ولایت فقیه، اذن حاکم را ضروری می‌دانند (ورعی، ۱۳۹۰، صص ۱۵۵-۱۵۰). فقهای اهل سنت نیز جهاد دفاعی را نیازمند اذن «اولی الامر» می‌دانند، مگر در شرایط اضطرار (الزحیلی، ۱۹۹۲، صص ۱۲۵-۱۳۰).

۳-۳ قواعد فقهی مکمل

فقه اسلامی با تفکیک «جهاد دفاعی» از «ضربه نخست»، چارچوبی روشن ارائه می‌دهد: جهاد دفاعی اقدامی مبتنی بر خوف معقول، با هدف دفع تجاوز و مشروط به ضرورت و تناسب است؛ در مقابل، جنگ پیشگیرانه با هدف تغییر موازنه قدرت، مصداق «عدوان» است. معیار «خوف معقول» همراه با قیودی چون «لزوم قراین قطعی» و «وجوب طی راه‌های مسالمت آمیز». تشخیص سیاسی یک جانبه را به فرآیندی قاعده مند تبدیل می‌کند. فقه با قرار دادن بار اثبات بر دوش مدعی تجاوز و الزام به طی راه‌های مسالمت آمیز، دفاع پیش‌دستانه را در کریدوری مضیق قرار می‌دهد که خروج از آن، اقدام را به تجاوز تبدیل می‌کند.

۳-۴ تفکیک دفاع پیش‌دستانه از دفاع پیشگیرانه

مستند قرآنی دفاع پیش‌دستانه، آیه ۶۰ سوره انفال است: «وَ أَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ... تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَ عَدُوَّكُمْ». فقها از این آیه، وجوب کفایی تقویت بنیه دفاعی و مشروعیت «ترهیب» (بازدارندگی) در برابر دشمنان بالفعل و بالقوه را استنباط کرده‌اند (طباطبایی، ۱۴۱۷ ق، ج ۹، صص ۱۲۵-۱۲۰). هرگاه خوف معقول از حمله قریب الوقوع باشد، اقدام پیش‌دستانه واجب است. در مقابل، جنگ پیشگیرانه با هدف تغییر موازنه قدرت، مصداق «عدوان» و مشمول نهی آیه ۱۹۰ بقره است: «وَلَا تَعْتَدُوا». علامه طباطبایی (۱۴۱۷ ق، ج ۲، صص ۶۰-۶۵) این قاعده را اصلی عام و غیر قابل تخصیص در حقوق جنگ اسلامی می‌داند.

۴- تطبیق و مقایسه دو نظام

جدول ۱: اشتراکات بنیادین دفاع مشروع در حقوق بین الملل و فقه اسلامی

محور اشتراک	حقوق بین الملل (ماده ۵۱)	فقه اسلامی (جهاد دفعی)
مبنای قاعده	استثنایی بر منع توسل به زور	استثنایی بر اصل صلح و منع تجاوز
شرط ضرورت	ضرورت فوری	طی راه های مسالمت آمیز + احراز عینی
شرط تناسب	تناسب با حمله	تقید به قدر ضرورت + اخف الضررین
تفکیک اهداف	ممنوعیت حمله به غیر نظامیان	مصادق «عدوان» و «فساد فی الارض»
منع اشغال	استحاله دفاع به اشغال ممنوع	استحاله دفاع به غارت ممنوع
شرط فرار	راه مسالمت آمیز مقدور نباشد	وجوب طی همه راه های رفع خصومت

جدول ۲: افتراقات دفاع مشروع در حقوق بین الملل و فقه اسلامی

محور افتراق	حقوق بین الملل (رویه دیوان)	فقه اسلامی (جهاد دفعی)	ظرفیت فقه برای رفع خلأ
دفاع پیش دستانه	تأیید نشده	مجاز و واجب با خوف معقول	چارچوب قاعده مند برای دفاع مشروع
آستانه تجاوز	محدود به حمله مسلحانه با آستانه بالا	شامل، بغی محاربه و خوف معقول	پوشش تهدیدات نوین
ماهیت	حق ذاتی (قابل صرف نظر)	تکلیف شرعی و واجب عینی	تبدیل انتخاب سیاسی به مسئولیت اخلاقی
دفاع جمعی	منوط به درخواست دولت قربانی	واجب بر همگان	مبنای حقوقی برای مداخله بشر دوستانه
دفاع مردمی	به رسمیت شناخته نشده	حق و تکلیف تک تک افراد	مشروعیت بخشی به مقاومت مردمی
سنجش ضرورت	معیارهای فنی - کمی نظام اخلاقی	منسجم	ارتقا به مسئولیت اخلاقی

تشخیص تهدید	ذهنی و تابع اراده سیاسی	عینی با معیار رجل عرفی و قراین قطعی	کاهش سوء استفاده
-------------	-------------------------	--	------------------

جدول ۳ مقایسه تطبیقی شروط دفاع مشروع

شرط	حقوق بین الملل (ماده ۵۱)	فقه اسلامی (جهاد دفعی)
وجود حمله/ تهدید	حمله مسلحانه واقع شده	هجوم بالفعل یا خوف معقول
ضرورت	ضرورت فوری و قاطع	طی راه های مسالمت آمیز، احراز عینی
تناسب	تناسب کمی	تقید به قدر ضرورت + اخف الضررین
فوریت	اقدام فوری پس از حمله	اقدام در اولین فرصت پس از احراز خوف
اذن/ گزارش	گزارش به شورای امنیت	اختلافی در لزوم اذن حاکم
هدف	دفع حمله	دفع تجاوز، بدون تنبیه یا غنیمت خواهی

۵- چالش ها و راهکارها

۱-۵ مسیر حقوقی استناد

بند (ج) ماده ۳۸ اساسنامه دیوان، «اصول کلی حقوقی مورد قبول ملل متمدن» را به عنوان منبع حقوق بین الملل به رسمیت می شناسد. این بند، روزنه ای برای ورود فقه اسلامی به دستگاه تفسیری دیوان است. سوابقی مانند استناد دیوان به حقوق رومی در قضیه بارسلونا ترکشن (۱۹۷۰، بند های ۳۴-۳۳) و بهره گیری از اصول اخلاقی جهان شمول در نظر مشورتی ۱۹۵۱ (صص ۲۴-۲۳) نشان می دهد که این مسیر عملی است.

۲-۵ مدل چهار رکنی

مدل پیشنهادی این پژوهش، فقه اسلامی را نه به عنوان منبع اولیه، بلکه به عنوان ابزار تفسیری مکمل پیشنهاد می‌کند. این مدل چهار رکن دارد: (۱) فقه به مثابه ابزار تعیین محتوا، نه منبع مستقل؛ (۲) استفاده از قواعد فراگیر و اجماعی مانند لاضرر، اخف الضررین و تقید به قدر ضرورت؛ (۳) استناد از طریق بند (ج) ماده ۳۸، به به عنوان شریعت؛ (۴) کارکرد دوگانه تفسیری (شفاف سازی مفاهیم مبهم) و اخلاقی (افزودن لایه هنجاری به استدلال حقوقی).

۳-۵ پاسخ به چالش سکولاریسم

دیوان خود در گذشته از مفاهیم دینی و اخلاقی بهره برده است. در رأی تنگه کورفو (۱۹۴۹، ص ۲۲)، تعهد دولت‌ها مبتنی بر «ملاحظات ابتدایی انسانیت» دانسته شد. دادگاه نورنبرگ نیز به «وجدان بشریت» استناد کرد (۱۹۴۷، ج ۱، صص ۲۲۱-۲۲۳). بنابر این مرز میان حقوق سکولار و اخلاق دینی، صلب و نفوذ ناپذیر نیست و قواعد فقه اسلامی می‌توانند به عنوان منبع تفسیری مکمل به کار روند.

۶- نتیجه گیری و پیشنهادات

۱-۶ جمع بندی یافته ها

پژوهش نشان داد که دیوان با رویه محافظه کارانه، از پاسخ به پرسش‌های اساسی درباره دفاع پیش‌دستانه طفره رفته و این سکوت به خلأ حقوقی انجامیده است. فقه اسلامی با نظام استدلالی منسجم خود، «خوف معقول» را برای اقدام دفاعی کافی می‌داند و با معیارهای عینی، مشکل ذهنی بودن تشخیص تهدید را حل می‌کند. تطبیق دو نظام، اشتراکات بنیادین و نیز افتراقاتی را آشکار ساخت که مهمترین آن‌ها در حوزه دفاع پیش‌دستانه است. فقه اسلامی با قواعدی چون تقید به قدر ضرورت و اخف الضررین، ضرورت و تناسب را از سنجش کمی به نظام اخلاقی ارتقا می‌بخشد. مسیر حقوقی استناد از طریق بند (ج) ماده ۳۸ اساسنامه دیوان فراهم است.

۲-۶ نظر نگارنده

یافته‌ها نشان می‌دهد فقه اسلامی واحد دستگاه هنجاری منسجمی در حوزه دفاع مشروع است که می‌تواند به عنوان ابزار تفسیری مکمل در دیوان به کار رود. قواعد عام و فراگیری چون اخف الضررین، تقید به قدر ضرورت و خوف معقول، از چنان عمومیت تمدنی برخوردارند که ذیل بند (ج) ماده ۳۸ اساسنامه قرار می‌گیرند و همان خلأی را پر می‌کنند که رویه مضیق دیوان با آن مواجه است. فقه اسلامی نه منبع اولیه، که منبع کمکی برای غنی‌سازی دستگاه تفسیری دیوان است.

جهان امروز شاهد محرومیت مردمان تحت اشغال از حق دفاع مشروع است. فقه اسلامی با شناسایی «جهاد دفاعی»، هم مشروعیت دفاع از هویت ملی و دینی را می‌بخشد و هم با قیودی چون تفکیک اهداف نظامی از غیر نظامیان و وجوب طی راه‌های مسالمت‌آمیز، از استحاله این حق به خشونت جلوگیری می‌کند. این چارچوب دوگانه، مزیت نسبی فقه اسلامی است. استناد به فقه با چالش‌هایی چون تعدد قرائت‌ها، مقاومت در برابر منابع دینی و خطر Politicization مواجه است، اما چنان که دیوان خود به «ملاحظات ابتدایی انسانیت» استناد کرده، مرز میان حقوق سکولار و اخلاق دینی نفوذ ناپذیر نیست. شرط موفقیت این طرح، تمرکز بر قواعد عام، اجماعی و فرامذهبی فقه است.

۳-۶ پیشنهادات

- ۱- دیوان در تفسیر ماده ۵۱، از قواعد فراگیر فقهی ذیل بند (ج) ماده ۳۸ بهره‌گیرد.
- ۲- مفهوم «دفاع بازدارنده مشروع» از اصول کلی حقوقی نظام‌های مختلف، از جمله فقه اسلامی، استخراج شود.
- ۳- تنوع تمدنی در انتخاب قضات دیوان مورد توجه قرار گیرد.
- ۴- کشورهای اسلامی سند رسمی مشترکی در زمینه دفاع مشروع بر پایه قواعد فقهی تدوین و به سازمان ملل ارائه کنند.
- ۵- کمیسیون حقوق بین‌الملل مطالعه‌ای تطبیقی درباره دفاع مشروع در نظام‌های حقوقی مختلف، از جمله فقه اسلامی انجام دهد.

منابع

منابع فارسی و عربی:

- ۱- قرآن کریم.
- ۲- اکبرپور، حمیدرضا و شهاب شریفی. «الماس اسلامی: پارادایم رفتاری شورای امنیت در مقابله با تروریسم در بستر ماده ۵۱ منشور ملل از القاعده تا داعش». فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۲۸، تابستان ۱۴۰۴.
- ۳- امام خمینی، سید روح الله، تحریرالوسیله. ۲ جلد. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۳۸۵.
- ۴- چمنی، ساسان و وحید ریاضی. «بررسی و مقایسه دفاع مشروع از دیدگاه اسلام و حقوق بین الملل». نشریه علمی سیاست دفاعی، سال ۳۲، بهار ۱۴۰۰.
- ۵- حاجی تبار فیروزجانی، حسین؛ نسیم چیتگر و فائزه وزیر. «دفاع مشروع در اساسنامه دادگاه کیفری بین المللی». فصلنامه راهبرد، شماره ۷۷، سال ۲۴، زمستان ۱۳۹۴.
- ۶- حسینی زندآبادی، سید حسین؛ احمد عابدینی، ناد علی عاشوری و رضا عباسیان. «واکاوی تطبیقی دفاع مشروع در فقه امامیه و حقوق بین الملل». فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، سال ۱۴، شماره ۵۳، پاییز ۱۳۹۷.
- ۷- حقیقت پور، حسن. «دفاع مشروع بازدارنده در حقوق بین الملل اسلامی». دو فصلنامه آموزه های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، دوره ۸، شماره ۱۴، پاییز و زمستان ۱۳۹۰.
- ۸- رستمی فر، علی. «دفاع مشروع پیشگیرانه از دیدگاه حقوقدانان و رویه قضایی دیوان بین المللی دادگستری». فصلنامه تحلیل های حقوقی و بین المللی، سال ۲، شماره ۱، بهار ۱۴۰۴.
- ۹- الزحیلی، وهبه. آثار الحرب فی الفقه الإسلامی. دمشق: دار الفکر، ۱۹۹۲.
- ۱۰- طباطبایی، سید محمد حسین. المیزان فی تفسیر القرآن، جلد ۲ و ۹. قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
- ۱۱- قاسمی، علی و ویکتور بارین. «ارزیابی حقوق دفاع مشروع در حقوق بین الملل معاصر». فصلنامه دیدگاه حقوقی، ۱۳۹۷.

۱۲- ممتاز، جمشید. «دفاع مشروع در رویه قضایی دیوان بین المللی دادگستری». تهران: مرکز اطلاعات عالی بین المللی، دانشگاه تهران، شماره ۷، ۱۳۸۳.

۱۳- مؤمن قمی، محمد کلمات سدیدة فی مسائل جدیدة. قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۵ ق.

۱۴- ورعی، سید جواد. جهاد در فقه اسلامی. قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۰.

منابع لاتین:

- ۱۵- آنتونی آنگیه. امپریالیسم، حاکمیت و شکل گیری حقوق بین الملل. انتشارات دانشگاه کمبریج، ۲۰۰۵.
- ۱۶- مایکل ان. اشمیت (ویراستار). راهنمای تالین ۲,۰ درباره حقوق بین الملل قابل اعمال بر عملیات سایبری. انتشارات دانشگاه کمبریج، ۲۰۱۷.

منابع قضایی و اسناد بین المللی:

- ۱۷- دیوان بین المللی دادگستری. رأی بارسلونا ترکشن، ۱۹۷۰.
- ۱۸- دیوان بین المللی دادگستری. رأی کنگو علیه اوگاندا، ۲۰۰۵.
- ۱۹- دیوان بین المللی دادگستری. رأی نیکاراگوئه علیه ایالات متحده، ۱۹۸۶.
- ۲۰- دیوان بین المللی دادگستری. رأی سکوهای نفتی (ایران علیه آمریکا)، ۲۰۰۳.
- ۲۱- دیوان بین المللی دادگستری. رأی تنگه کورفو، ۱۹۴۹.
- ۲۲- دیوان بین المللی دادگستری. نظر مشورتی دیوار حائل، ۲۰۰۴.
- ۲۳- دیوان بین المللی دادگستری، نظر مشورتی شرط های الحاق به کنوانسیون نسل کشی، ۱۹۵۱.
- ۲۴- دادگاه نظامی بین المللی نورنبرگ، ۱۹۴۷.

۲۵- شورای امنیت سازمان ملل متحد. قطعه نامه ۱۳۶۸، ۲۰۰۱.

۲۶- شورای امنیت سازمان ملل متحد. قطعه نامه ۱۳۷۳، ۲۰۰۱.