

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



دانشکده: علوم انسانی

پایان نامه کارشناسی ارشد رشته: حقوق گرایش: بین الملل

عمومی

عنوان پایان نامه:

بررسی قاعده تناسب در پرتو ضرورت نظامی

نام دانشجو:

سعید سلگی

استاد راهنما:

آقای دکتر حسن سواری

استاد مشاور:

آقای دکتر حسین شریفی طرازکوهی

شهریور ۱۳۹۱



به نام خدا

تاییدیه اعضای هیات داوران در جلسه دفاع از پایان نامه کارشناسی ارشد

اعضای هیات داوران نسخه نهایی پایان نامه کارشناسی ارشد آقای سعید سلگی تحت عنوان

« بررسی قاعده تناسب در پرتو ضرورت نظامی » را از نظر فرم و محتوا بررسی نموده

و پذیرش آن را برای تکمیل درجه کارشناسی ارشد پیشنهاد می کند.

اعضای هیات داوران	نام و نام خانوادگی	رتبه علمی	امضا
۱- استاد راهنما	دکتر حسن سواری	استادیار	
۲- استاد مشاور	دکتر حسین شریفی طراز کوهی	دانشیار	
۳- استاد ناظر	دکتر توکل حبیب زاده	استادیار	
۴- استاد ناظر	دکتر مرتضی شهبازی نیا	استادیار	
۵- نماینده تحصیلات تکمیلی	دکتر مرتضی شهبازی نیا	استادیار	

حسین شریفی طراز کوهی



دانشگاه تربیت مدرس
دانشگاه علم و هنر

باسمه تعالی

تاییدیه اعضای هیات داوران حاضر در جلسه دفاع از پایان نامه کارشناسی ارشد

اعضای هیئت داوران نسخه نهایی پایان آقای سعید سلگی تحت عنوان: بررسی قاعده تناسب در پرتو ضرورت نظامی را از نظر فرم و محتوی بررسی نموده و پذیرش آنرا برای تکمیل درجه کارشناسی ارشد تأیید می کنند.

امضاء	رتبه علمی	نام و نام خانوادگی	اعضای هیات داوران
			۱- استاد راهنما
			۲- استاد مشاور
			۳- استاد ناظر (داخلی)
			۴- استاد ناظر (خارجی)
			۵- نماینده شورای تحصیلات تکمیلی

آیین‌نامه حق مالکیت مادی و معنوی در مورد نتایج پژوهش‌های علمی دانشگاه تربیت مدرس

مقدمه: با عنایت به سیاست‌های پژوهشی و فناوری دانشگاه در راستای تحقق عدالت و کرامت انسانها که لازمه شکوفایی علمی و فنی است و رعایت حقوق مادی و معنوی دانشگاه و پژوهشگران، لازم است اعضای هیأت علمی، دانشجویان، دانش‌آموختگان و دیگر همکاران طرح، در مورد نتایج پژوهش‌های علمی که تحت عناوین پایان‌نامه، رساله و طرح‌های تحقیقاتی با هماهنگی دانشگاه انجام شده است، موارد زیر را رعایت نمایند:

ماده ۱- حق نشر و تکثیر پایان‌نامه/ رساله و درآمدهای حاصل از آنها متعلق به دانشگاه می باشد ولی حقوق معنوی پدید آورندگان محفوظ خواهد بود.

ماده ۲- انتشار مقاله یا مقالات مستخرج از پایان‌نامه/ رساله به صورت چاپ در نشریات علمی و یا ارائه در مجامع علمی باید به نام دانشگاه بوده و با تایید استاد راهنمای اصلی، یکی از اساتید راهنما، مشاور و یا دانشجو مسئول مکاتبات مقاله باشد. ولی مسئولیت علمی مقاله مستخرج از پایان‌نامه و رساله به عهده اساتید راهنما و دانشجو می باشد.

تبصره: در مقالاتی که پس از دانش‌آموختگی بصورت ترکیبی از اطلاعات جدید و نتایج حاصل از پایان‌نامه/ رساله نیز منتشر می‌شود نیز باید نام دانشگاه درج شود.

ماده ۳- انتشار کتاب، نرم افزار و یا آثار ویژه (اثری هنری مانند فیلم، عکس، نقاشی و نمایشنامه) حاصل از نتایج پایان‌نامه/ رساله و تمامی طرح‌های تحقیقاتی کلیه واحدهای دانشگاه اعم از دانشکده ها، مراکز تحقیقاتی، پژوهشکده ها، پارک علم و فناوری و دیگر واحدها باید با مجوز کتبی صادره از معاونت پژوهشی دانشگاه و براساس آئین نامه های مصوب انجام شود.

ماده ۴- ثبت اختراع و تدوین دانش فنی و یا ارائه یافته ها در جشنواره‌های ملی، منطقه‌ای و بین‌المللی که حاصل نتایج مستخرج از پایان‌نامه/ رساله و تمامی طرح‌های تحقیقاتی دانشگاه باید با هماهنگی استاد راهنما یا مجری طرح از طریق معاونت پژوهشی دانشگاه انجام گیرد.

ماده ۵- این آیین‌نامه در ۵ ماده و یک تبصره در تاریخ ۸۷/۴/۱۶ در شورای پژوهشی و در تاریخ ۸۷/۴/۲۳ در هیأت رئیسه دانشگاه به تایید رسید و در جلسه مورخ ۸۷/۷/۱۵ شورای دانشگاه به تصویب رسیده و از تاریخ تصویب در شورای دانشگاه لازم‌الاجرا است.

«اینجانب سعید سلگی دانشجوی رشته حقوق بین‌الملل ورودی سال تحصیلی ۱۳۸۷ مقطع کارشناسی ارشد دانشکده علوم انسانی متعهد می شوم کلیه نکات مندرج در آئین نامه حق مالکیت مادی و معنوی در مورد نتایج پژوهش های علمی دانشگاه تربیت مدرس را در انتشار یافته های علمی مستخرج از پایان نامه / رساله تحصیلی خود رعایت نمایم. در صورت تخلف از مفاد آئین نامه فوق الاشعار به دانشگاه وکالت و نمایندگی می دهم که از طرف اینجانب نسبت به لغو امتیاز اختراع بنام بنده و یا هر گونه امتیاز دیگر و تغییر آن به نام دانشگاه اقدام نماید. ضمناً نسبت به جبران فوری ضرر و زیان حاصله بر اساس برآورد دانشگاه اقدام خواهم نمود و بدینوسیله حق هر گونه اعتراض را از خود سلب نمودم»

امضاء:
تاریخ: ۱۳۸۷/۴/۲۳

آیین نامه چاپ پایان نامه (رساله) های دانشجویان دانشگاه تربیت مدرس

نظر به اینکه چاپ و انتشار پایان نامه (رساله) های تحصیلی دانشجویان دانشگاه تربیت مدرس، مبین بخشی از فعالیتهای علمی - پژوهشی دانشگاه است بنابراین به منظور آگاهی و رعایت حقوق دانشگاه، دانش آموختگان این دانشگاه نسبت به رعایت موارد ذیل متعهد می شوند:

ماده ۱: در صورت اقدام به چاپ پایان نامه (رساله) ی خود، مراتب را قبلاً به طور کتبی به «دفتر نشر آثار علمی» دانشگاه اطلاع دهد.

ماده ۲: در صفحه سوم کتاب (پس از برگ شناسنامه) عبارت ذیل را چاپ کند:

«کتاب حاضر، حاصل پایان نامه کارشناسی ارشد نگارنده در رشته حقوق بین الملل عمومی است که در سال ۱۳۹۱ در دانشکده علوم انسانی دانشگاه تربیت مدرس به راهنمایی جناب آقای دکتر حسن سواری، و مشاوره جناب آقای دکتر حسین شریفی طرازکوهی از آن دفاع شده است.»

ماده ۳: به منظور جبران بخشی از هزینه های انتشارات دانشگاه، تعداد یک درصد شمارگان کتاب (در هر نوبت چاپ) را به «دفتر نشر آثار علمی» دانشگاه اهدا کند. دانشگاه می تواند مازاد نیاز خود را به نفع مرکز نشر در معرض فروش قرار دهد.

ماده ۴: در صورت عدم رعایت ماده ۳، ۵۰٪ بهای شمارگان چاپ شده را به عنوان خسارت به دانشگاه تربیت مدرس، تأدیه کند.

ماده ۵: دانشجو تعهد و قبول می کند در صورت خودداری از پرداخت بهای خسارت، دانشگاه می تواند خسارت مذکور را از طریق مراجع قضایی مطالبه و وصول کند؛ به علاوه به دانشگاه حق می دهد به منظور استیفای حقوق خود، از طریق دادگاه، معادل وجه مذکور در ماده ۴ را از محل توقیف کتابهای عرضه شده نگارنده برای فروش، تأمین نماید.

ماده ۶: اینجانب سعید سلگی دانشجوی رشته حقوق بین الملل عمومی مقطع کارشناسی ارشد تعهد فوق و ضمانت اجرایی آن را قبول کرده، به آن ملتزم می شوم.

نام و نام خانوادگی: سعید سلگی
تاریخ و امضا: ۱۳۹۲، ۲، ۳۱

این اثر را تقدیم می‌کنم به استاد عزیز و گرانمایه؛

جناب آقای عباس شهبازی

که چون پدری مهربان عاشقانه می‌سوزد تا چراغ راه من باشد

و نیز؛

به مادر، همسر، برادر و دختر عزیزم روشنگر، که با آمدنش به زندگی من طلوعی دوباره بخشید

و

به پدرم.

تقدیر و تشکر

بر خود لازم می دانم

مراتب تقدیر و تشکر خود را نسبت به استاد بزرگوار جناب آقای دکتر حسن سواری؛

و همچنین کلیه اساتید محترم دوره کارشناسی ارشد رشته حقوق،

بویژه اساتید گرانمایه:

جناب آقای دکتر حسین شریفی طرازکوهی،

و جناب آقای دکتر توکل حبیب زاده؛

به پاس زحمات فراوانشان و بهره ای که از تعلیمات عمیق این بزرگواران برده ام،

تقدیم نمایم.

چکیده

حقوق مخاصمات مسلحانه، هم در حوزه حقوق توسل به زور و هم در حوزه قواعد زمان جنگ در کنار سایر اصول و قواعد خود از دو اصل اساسی به نام ضرورت نظامی و تناسب بهره می‌برد. هدف از این تحقیق بررسی این اصول و شرایط اعمال و همچنین ارتباط میان آنها می‌باشد. ماهیت ضرورت بر مبنای پذیرش استثنایی یک امر مذموم است، و انجام عملی را جواز می‌دهد که در فقدان زور و ناشایست می‌نماید. اما صرف وجود ضرورت نظامی به معنای آزادی عمل بی‌قید و شرط دولت‌های برخوردار از حاکمیت نمی‌باشد. در دوران معاصر اصل ضرورت به‌عنوان یکی از شروط اساسی توسل به زور شناخته می‌شود. حوزه حقوقی قواعد زمان جنگ که زمانی تابع منافع دولت‌های برخوردار از حاکمیت بوده است، در تکامل تاریخی خود متحول گردیده و رنگ و بوی انسانی به خود گرفته است؛ و ضرورت در این میان برخلاف برخی نظرات، نه تنها در آغاز یک مخاصمه بلکه در سرتاسر جنگ کاربرد دارد.

در مقابل اصل تناسب، محدودیت‌های را بر آزادی عمل دولت‌ها حمل می‌کند و به حمایت از قربانیان نبرد مسلحانه می‌پردازد. این اصل به معنای تطابق کامل اقدامات مدافع با مهاجم نمی‌باشد. بعنوان مثال تناسب عمل ارتكابی در قالب دفاع مشروع بستگی به هدفی دارد که جستجو می‌شود، یعنی دفع تجاوز. در این تحقیق بیان شده است که انواع اقدامات واحدهای سیاسی بویژه اقداماتی که شامل توسل به زور هستند، باید به نحوی هدایت شود که باعث آسیب‌های نامتناسب به افراد انسانی تابع گروه‌های سیاسی و اجتماعی رقیب و همچنین گروه‌های ثالث نگردد.

همچنین ضمن مقایسه رویکردهای مبتنی بر اباحه و احتیاط، با ارجاع به اسناد قانونی الزام‌آور و رویه سیاسی و قضایی بین‌المللی نشان داده‌ایم رویکردهای بنیادین حقوق بشردوستانه بین‌المللی، شامل رویکردهای محدودیتی و حمایتی، تحت تاثیر اصل احتیاط در حوزه حقوقی مخاصمات مسلحانه می‌باشد.

در این تحقیق بیان شده است که تناسب با تکیه بر مفاهیم اخلاقی پشتیبان آن، صرفاً به تحلیل منفعت منهای هزینه نمی‌نگرد؛ بلکه به دقت آسیب‌های مورد انتظار را با تکیه بر مفاهیم و ارزش‌های والای انسانی مورد بررسی قرار می‌دهد. حقوق مخاصمات مسلحانه مصالحه‌ای بین مقتضیات انسانیت و اخلاق (از جمله اصل تناسب) و ضرورت نظامی است. بنابراین ملاحظات مربوط به ضرورت نظامی نمی‌توانند نقض قواعد حقوق بشردوستانه را در مخاصمات مسلحانه، برای کسب برتری نظامی با استفاده از روش‌های ممنوعه توجیه کند. امروزه این استدلال که ضرورت‌های جنگ بر ملاحظات حقوقی غالب هستند با قاطعیت رد شده است. ضرورت مجوزی برای خروج از الزامات حقوق بشردوستانه نیست و بر این امر هم تأکیدی ندارد، بلکه در کنار مقررات این حقوق خود یک عامل مکمل و بازدارنده است.

واژگان کلیدی: حقوق توسل به زور، قواعد زمان جنگ، ضرورت نظامی، تناسب، کنوانسیون‌های ژنو (۱۹۴۹)، پروتکل الحاقی اول (۱۹۷۷)

فهرست مطالب

مقدمه:	۱
فصل یک: بررسی مفهوم اصل تناسب و اجرای آن در مخاصمات مسلحانه	۶
مبحث یکم: مفهوم تناسب در چارچوب اندیشه حقوقی بین‌المللی	۷
گفتار یکم: فلسفه اخلاق و آسیب‌های جنگ	۹
گفتار دوم: بررسی اصل اباحه در حقوق مخاصمات مسلحانه	۱۵
مبحث دوم: اصل تناسب در حقوق مخاصمات مسلحانه	۱۷
گفتار یکم: قاعده احتیاط در حقوق بشردوستانه با تکیه بر پروتکل الحاقی اول	۱۹
گفتار دوم: اجرای اصل تناسب در چارچوب کنوانسیون‌های بین‌المللی	۲۴
بند یکم: قواعد لاهه	۲۵
بند دوم: کنوانسیون‌های ژنو و پروتکل‌های الحاقی	۲۷
گفتار سوم: جایگاه مفهوم تناسب در عرف و رویه قضایی بین‌المللی	۳۴
بند یکم: تناسب و عرف بین‌المللی	۳۴
بند دوم: اصل تناسب در رویه قضایی بین‌المللی	۴۱
فصل دوم: نسبت مفهوم ضرورت و ملاحظات انسانی	۵۰
مبحث یکم: جایگاه ضرورت در حقوق بین‌الملل	۵۴
گفتار یکم: تحلیل ضرورت در کنار سایر شرایط رافع مسؤولیت بین‌المللی	۵۶
بند یک: رضایت	۵۷
بند دو: دفاع از خود	۵۸
بند سوم: اقدامات متقابل	۵۹
بند چهارم: قوه قاهره (فورس ماژور)	۶۰
بند پنجم: اضطرار	۶۱
بند شش: ضرورت	۶۱
گفتار دوم: ضرورت در تئوری جنگ عادلانه	۶۳
مبحث دوم: اصل ضرورت در حقوق مخاصمات مسلحانه‌ی معاصر	۶۸
گفتار نخست: اصل ضرورت در حقوق توسل به زور	۶۹
بند یک: مطالعه تاریخی شکل‌گیری قواعد توسل به زور	۷۰
بند دوم: مقتضیات دفاع مشروع در نظم حقوقی معاصر	۷۶

۸۱ بند سوم: مداخله بشردوستانه
۸۶ بند چهارم: دفاع پیشدستانه و دفاع پیشگیرانه
۹۳ گفتار دوم: قواعد زمان جنگ
۱۰۰ بند یک: آنالیز مفهوم و جایگاه ضرورت در حقوق بشردوستانه بین‌المللی
۱۰۶ بند دوم: رویه دولت‌ها
۱۱۲ نتیجه‌گیری: ارتباط میان ضرورت و تناسب
۱۱۸ کتابنامه

مقدمه:

حقوق مخاصمات مسلحانه، حاوی قواعد توسل به زور^۱ و قواعد زمان جنگ^۲، در دل مفاهیم خود از دو اصل اساسی و حیاتی به نام ضرورت و تناسب بهره می‌برد؛ اصولی که هردو از عناصر لازم برای قانونی بودن مجموعه اقدامات نظامی طرفین متخاصم در یک درگیری مسلحانه هستند. در کنار تدوین آنها در کنوانسیون‌های بین‌المللی بر پیشینه و ماهیتی عرفی آنان تأکید فراوان شده، و در محاکم قضایی بین‌المللی بارها مورد استناد قرار گرفته‌اند.

ضرورت مفهومی است که به دولت‌ها این اجازه را می‌دهد که در شرایط خاص و بحرانی دست به اقداماتی زنند که در غیر آن شرایط غیرقانونی محسوب می‌شود. در واقع در وضعیت ضرورت نظامی، فشار و قدرت اوضاع و احوال و شرایط خاص، موجبی برای عدول موقت از موازین و اصول حقوقی بوده و در نتیجه باعث توجیه اعمال دولت‌ها می‌گردد.

ماده ۲۵ پیش‌نویس مواد راجع به مسؤولیت بین‌المللی دولت‌ها ضرورت را شامل مواردی استثنایی می‌داند که در آن تنها راه فراروی یک دولت برای حفظ منفعت حیاتی تهدید شده در مقابل مخاطره‌ای عینی و قریب الوقوع، عدم ایفای تعهد بین‌المللی دیگری است که اجرای آن از اهمیت یا فوریت کمتری برخوردار است. در مجموع می‌توان گفت رویه دولت‌ها و تصمیمات قضایی مؤید این نظر است که ضرورت تحت شرایط بسیار محدود و معینی می‌تواند رافع وصف متخلفانه بودن یک عمل گردد.

^۱Jus ad Bellum

^۲Jus in Bello

از سوی دیگر اصل تناسب چنین می‌نماید که مفهومی حمایتی و محدودکننده است. از جمله کارکردهای آن اعمال محدودیت بر ضرورت و دامنه اجرای آن است. در فرایند اعمال حق ذاتی دفاع از خود^۳، یکی از شرایط ماهوی و اساسی اعمال دفاع مشروع در کنار ضرورت، متناسب بودن اقدامات دفاعی است؛ به این معنی که اقدامات و عملیات مدافع باید متناسب با اهداف نظامی باشد^۴. در ماده ۵۱ پیش‌نویس مواد راجع به مسؤولیت دولت‌ها قاعده تناسب به عنوان یکی از شروط اقدامات متقابل به شرح ذیل بیان گردیده است:

«اقدامات متقابل باید با توجه به وخامت تخلف بین‌المللی و حقوق مطرح در آن، با آسیب وارده متناسب باشد.»

البته وجود مزیت یا ضرورت نظامی مقیاسی پذیرفته شده در حقوق بشردوستانه برای سنجش تناسب اقدامات نظامی است. با وجود این، هیچ یک از قواعد تناسب و ضرورت نظامی، بطور دقیق قابل تبیین نیستند؛ خصوصاً تبیین قاعده تناسب در زمان جنگ کار بسیار مشکلی است.

این پژوهش با این اعتقاد آغاز گردید که «در دنیایی که حاکمیت دولت‌ها، به نوعی خط قرمز آنها می‌باشد، که با توسل به مفاهیمی از جمله منافع ملی از آن حمایت می‌کنند، ضرورت دستاویزی برای حصول اهداف نامشروع دولت‌ها می‌باشد، که علی‌رغم لزوم وجود این اصل در حقوق مخاصمات مسلحانه، غالباً مورد سوءاستفاده قرار می‌گیرد تا دولت‌ها بتوانند از عمل مطابق تعهدات بین‌المللی‌شان شانه خالی کنند». در نتیجه تناسب نیز با پشتوانه عرفی مربوط به آن، وافی به مقصود حمایت از قربانیان جنگ نخواهد بود. در این تحلیل، «ضرورت» ابزاری در اختیار دولت‌های برخوردار از حاکمیت، و تناسب در مقابل منافع آنان قرار دارد.

^۳self-defense

^۴ ممکن است این تلقی در خصوص تناسب ایجاد گردد که این اصل اقتضا می‌کند که مدافع، اقدامات نظامی خود را با شدت اقدامات نظامی قدرتی مهاجم تنظیم نماید. این برداشت صحیح به نظر نمی‌رسد؛ و مدعی هستیم دولت متوسل به حق دفاع از خود لزوماً موظف به هماهنگی کردن خود با قدرت متجاوز نیست. در این نوشتار فرض بر این است که معیار بررسی تناسب، سنجش آسیب ناشی از اقدامات با اهداف نظامی همان قدرتی است که به دفاع از خود مشغول می‌گردد. به واقع نمی‌توان از یک دولت درگیر در شرایط بحرانی مخاصمه (به ویژه دولتی که در مقام دفاع متوسل به زور شده است) انتظار داشت اقدامات خود را همسان و همسنگ با اقدامات دولت مهاجم تنظیم نماید.

پرسش‌های تحقیق

بنابراین با ابتدای بر دانسته‌ها و داشته‌های موجود، با طرح این پرسش آغاز نمودیم که:

با توجه به کارکردهای متضاد اصول تناسب و ضرورت نظامی در حقوق مخاصمات، جایگاه و حیطة اعمال این دو در تفسیر و اجرای قواعد این حوزه از حقوق بین‌الملل چگونه است؟ به دیگر بیان، در مواردی که اصل ضرورت توسط یکی از طرفین و عدم رعایت اصل تناسب توسط طرف دیگر جنگ مورد استناد قرار می‌گیرد، در یک تفسیر منطقی از قواعد مذکور اولویت با کدامیک از این دو می‌باشد و چرا؟

فرضیه‌های تحقیق

بر مبنای دیدگاه‌های پیش‌گفته، این فرضیه مطرح گردید که:

در تفسیر و اجرای قواعد و مقررات حقوق بشردوستانه، اولویت با اصل ضرورت نظامی است و در اغلب اوقات محدودیت‌های بشردوستانه بر رفتار متخاصمین (مانند قاعده تناسب)، تنها در حدودی قابل اعمال هستند که ملاحظات فرماندهان نظامی ایجاب نماید.

پیشینه تحقیق

این پژوهش به دو موضوع ضرورت نظامی و اصل تناسب و همچنین ارتباط این دو اصل با یکدیگر می‌پردازد. هردو اصل ضرورت و تناسب از اصول عرفی حقوق مخاصمات مسلحانه می‌باشند که در قرون اخیر مدون گشته و در معاهدات و اسناد بین‌المللی مورد توجه قرار گرفته‌اند. از جمله مهمترین این معاهدات پروتکل الحاقی اول (۱۹۷۷) به کنوانسیون‌های ژنو می‌باشد. کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل متحد نیز در طرح پیش‌نویس مواد راجع به مسئولیت بین‌المللی دولت، به این دو اصل به طور کلی و نه تنها در قالب حقوق مخاصمات مسلحانه اشاره دارد. محاکم قضایی بین‌المللی خصوصاً دیوان بین‌المللی دادگستری، در آراء قضایی و نظریات مشورتی خود به این اصول اشاره نموده‌اند. کمیته بین‌المللی صلیب سرخ در پژوهشی در خصوص اصول و قواعد عرفی حقوق بین‌المللی بشردوستانه تناسب در حمله را مورد بررسی قرار داده است. همچنین مقالات و کتب متعددی که به بررسی آراء دیوان بین‌المللی دادگستری پرداخته‌اند، در

نتیجه اشاره دیوان به اصول ضرورت و تناسب، این اصول را تا حدودی مد نظر قرار داده‌اند. در میان نویسندگان و پژوهشگران داخلی البرزی ورکی^۵ در بررسی نظر مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری راجع به تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای، این اصول را در ارتباط با توسل به سلاح‌های کشتار جمعی مورد بررسی قرار داده است. بطور کلی در مجامع علمی ضرورت نظامی بیشتر از تناسب مورد بحث قرار گرفته است، اما به ارتباط میان تناسب و ضرورت کمتر پرداخته شده است.

روش تحقیق

روش انجام این تحقیق به صورت پژوهش پیمایشی می‌باشد. زیرا موضوع مربوط به زمان حال است و در پی آنیم که با گردآوری داده‌ها و اطلاعات درباره شرایط فعلی به شناخت بهتر و کاملتری از وضع موجود برسیم. ضمن اینکه روش گردآوری اطلاعات کتابخانه‌ای است و از کتب و مقالات داخلی و خارجی، اسناد بین‌المللی و پایگاه‌های اینترنتی معتبر نیز استفاده خواهیم کرد.

اهداف تحقیق

هدف این پژوهش، بررسی هر دو اصل ضرورت نظامی و تناسب، و نیز تبیین کارکردشان در حقوق مخاصمات مسلحانه بین‌المللی بوده است. در فصل نخست این پژوهش ابتدا اصل تناسب را مورد بررسی قرار داده، و پس از آن در فصل دوم به اصل ضرورت و ارتباط آن با ملاحظات انسانی حاکم بر رویکرد نوین حقوق بین‌الملل پرداخته؛ و نهایتاً در قسمت نتیجه‌گیری ارتباط میان این دو را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

ساماندهی تحقیق

این تحقیق در قالب دو فصل اصلی به پرسشهای مطرح شده خواهد پرداخت. در فصل نخست به اصل تناسب و اجرای آن در مخاصمات مسلحانه و کنوانسیون‌های بین‌المللی می‌پردازیم. در فصل دوم ابتدا ضرورت را در به هنگام توسل به زور و نیز در زمان جنگ مورد بررسی قرار می‌دهیم. نهایتاً با داشته‌های حاصل از بررسی

^۵ مراجعه شود به البرزی ورکی، مسعود؛ «نقد و بررسی نظر مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری راجع به تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای» در مجله حقوقی، شماره ۳۱ (۱۳۸۳)، صص ۸۷-۵

انجام شده در فصلهای اول و دوم به بررسی ارتباط میان ضرورت و تناسب خواهیم پرداخت و معیارهایی را برای اجرای صحیح اصول تناسب و ضرورت در نظام حقوق بشردوستانه ارائه خواهیم کرد.

نتایج تحقیق

پس از انجام پژوهشی مفصل که گزارش جامعی از آن در ادامه ارائه خواهد شد، این نتیجه حاصل گردید که فرضیه فوق کمی بیش از اندازه بر عنصر حاکمیت، و منفعت‌طلبی دولت‌ها تکیه کرده و در مقابل راجع به التزام دولت‌ها از قوانین حقوق مخاصمات مسلحانه و اهمیت اصل تناسب، قضاوتی بدبینانه ارائه می‌کند. این تحقیق به نتایجی در خصوص لزوم وجود برخی عناصر عینی و ملموس، به عنوان عناصر مشکل «ضرورت» و نیز نقش تناسب در ایجاد محدودیت بر عناصر مذکور رسیده است.

فصل یک: بررسی مفهوم اصل تناسب و اجرای آن در مخاصمات مسلحانه

در زمان تدوین تئوری جنگ عادلانه^۶ بین دو حوزه قواعد زمان جنگ^۷ و حقوق توسل به زور^۸ تمایزی اساسی وجود داشت؛ تا جایی که حتی می‌توان ادعا نمود که اگر یک قدرت سیاسی بنا بر تحلیل‌های منفعت و هزینه یا بعضاً در پرتو معیارهای برگرفته از تئوری جنگ عادلانه، هدف خود را موجه یا مشروع تلقی می‌نمود، ابزارهای دستیابی به آن هدف اهمیت زیادی نداشت. به عبارت دیگر در دوره‌ای از تاریخ شاهد آن هستیم که محدودیت اقدامات در زمان جنگ امری مذموم تلقی می‌گردید، چرا که طرفین درگیر در جنگ سعی داشتند تا با بهره‌گیری از حداکثر خشونت و قساوت علاوه بر دفع نیروهای متخاصم، درس عبرتی به کشورهای دیگر بدهند تا در آینده فکر حمله و درگیری با آنها را از سر بدر کنند.

بنابراین اگر ضرورت توسل به زور و نهایتاً ضرورت برخی اقدامات در صحنه نبرد از سوی نیروهای متخاصم احساس می‌گردید، متناسب بودن اقدامات مذکور با آسیب‌های وارده اهمیت چندانی نداشت. با این حال از آنجا که جنگ به هر حال متضمن آسیب‌های گسترده به حیات و امنیت جانی و مالی افراد انسانی است، و از آنجا که در تفکر فلسفی و حقوقی معاصر هیچ آسیبی نباید توجیه‌نشده باقی بماند، لذا می‌توان این

۶ تئوری جنگ عادلانه، تلاشی عقلانی و اخلاقی برای محدود کردن جنگ است و جنگ را تحت شرایطی مشروع می‌داند. مطابق با این نظریه کشورها در توسل به زور و آغاز جنگ تابع محدودیت‌ها و شرایطی هستند که برای قانونی بودن یک نبرد لازم است. شرایط زیر در زمره اصلی‌ترین شروط برای عادلانه بودن یک جنگ از حیث شروع به شمار می‌روند: ۱- وجود دلیل و علت عادلانه برای توسل به جنگ ۲- اقدام به جنگ توسط یک مرجع دولت مشروع قانونی ۳- نیت و قصد صواب مشروع از اقدام به جنگ ۴- احتمال موفقیت ۵- هماهنگی بودن و هم وزن بودن و تناسب میزان خسارات و تلفات و صدمات احتمالی بر اثر وقوع جنگ با دستاوردهای مثبت آن ۶- توسل به جنگ به عنوان آخرین راه‌حل پیش‌رو. این نظریه در فصل دوم مورد بررسی قرار گرفته است.

⁷ Jus in bello

⁸ jus ad bellum

پرسش را مطرح نمود که کدامیک از آسیب‌ها در جنگ قابل توجیه هستند و از ورود کدامیک از آسیب‌ها باید جلوگیری نمود؟ اصل تناسب به عنوان یکی از اصول راهنمای متخصصین در حوزه حقوق مخاصمات مسلحانه، در واقع تلاشی برای پاسخ به این پرسش اخلاقی است.

با این تحلیل در مبحث یکم این فصل نخست مفهوم تناسب را در چارچوب تئوری حقوقی بین‌المللی بررسی نموده و به این نتیجه خواهیم رسید که انواع اقدامات واحدهای سیاسی بویژه اقداماتی که شامل توسل به زور هستند، باید به نحوی هدایت شود که باعث آسیب‌های نامتناسب به افراد انسانی تابع گروه‌های سیاسی و اجتماعی رقیب و هم‌چنین گروه‌های ثالث نگردد.

در مبحث دوم با ارجاع به اسناد قانونی الزام‌آور و رویه سیاسی و قضایی بین‌المللی نشان خواهیم داد که دو رویکرد بنیادین حقوق بشردوستانه بین‌المللی، شامل رویکردهای محدودیتی و حمایتی، تحت تأثیر اصل احتیاط در حوزه حقوقی مخاصمات مسلحانه می‌باشد.

مبحث یکم: مفهوم تناسب در چارچوب اندیشه حقوقی بین‌المللی

در طی قرون نوزدهم و بیستم، بشر همواره در تلاش برای ایجاد محدودیت‌های موثر در جهت قانونمند کردن توسل به زور و اقدامات نظامی بوده است. نتایج این تلاشها امروزه در دو حوزه حقوق توسل به زور و قواعد زمان جنگ قابل مشاهده است. پیش از توسعه این قواعد در سطح گفتمان قانونی حقوق بین‌الملل، تلاش‌هایی در سطح نظری نیز در این راستا صورت گرفته بود. نظریه جنگ عادلانه که در فصل دوم این پژوهش به آن می‌پردازیم از جمله این کوشش‌هاست؛ که از بطن آن قواعدی مانند تناسب و ضرورت آشکار گردیده است. اما مفهوم امروزی تناسب با مفهوم گذشته آن کمی متفاوت است.

شاید بتوان گفت نگاه سنتی نسبت به مفهوم تناسب، شامل مقایسه‌ای مابین حجم اقدامات نظامی ارتكابی و اهداف مورد نظر بوده است. پروفیسور آگو، مخبر ویژه وقت کمیسیون حقوق بین‌الملل بر این باور است: «تناسب عمل ارتكابی در قالب دفاع مشروع بستگی به هدفی دارد که جست و جو می‌شود: یعنی دفع تجاوز. بنابراین اشتباه است اگر تصور شود عمل دفاع و تجاوز الزاماً باید ظاهراً متعادل و متناسب باشند.

ممکن است فعل دفاعی به گونه‌ای باشد که جزء به جزء منطبق با اقدام تجاوزکارانه نباشد، لذا آن چیزی که حایز اهمیت است نتیجه‌ای است که در صدد دست یافتن به آن هستیم نه شکل و ماهیت یا درجه شدت و ضعف عمل دفاعی».^۹

بر خلاف آنچه ممکن است به نظر برسد، این معیار اصلاً محدودیت اخلاقی خاصی را بر متخاصمین حمل نمی‌کند. چنین معیاری ماهیتاً یادآور همان آنالیز معروف مابین منفعت و هزینه در تفکر واقع‌گرایی سیاسی است. در این تفکر، آن اقدامات دولت صحیح محسوب می‌شوند که منافع حاصل از آنها بزرگتر از هزینه‌های ناشی از آنها باشند. لذا تفسیر اصل تناسب به مفهوم «مقایسه بین اهداف و اقدامات نظامی»، شامل هیچ پیشرفتی نسبت به تفکر واقع‌گرایی نخواهد بود - احتمالاً دولت‌های واقع‌گرا، بدون این محدودیت‌های حقوقی همچنان آنالیزی را انجام می‌داده‌اند.

اگر بپذیریم که محدودیت‌های حقوقی قابل اعمال در مخاصمات مسلحانه ریشه در رویکردهای اخلاقی دارند، بر این اساس نمی‌توان صرفاً با سنجش اقدامات و اهداف نیروهای متخاصم، وجود تناسب را در اعمال آنها احراز نمود؛ بلکه این سنجش باید مابین اقدامات نظامی انجام‌شده و آسیب‌های وارده ناشی از اقدامات مذکور صورت پذیرد. به بیان دیگر به نظر می‌رسد صرفاً اگر کلیت همه فواید و منافع حاصله از یک اقدام نظامی، آشکارا بیشتر از تمامی زیان‌های آن باشد، آن اقدام نظامی حائز وصف «تناسب» خواهد بود.^{۱۰}

در محاسبه و سنجش بین منافع و آسیب‌ها باید در نظر داشت که وزن منافع با وزن آسیب‌ها برابر تلقی نگردد؛ بلکه آسیبی که مستقیماً از یک عمل تولید می‌شود بیشتر از منافع آن اهمیت خواهد داشت. به این صورت تناسب به یک معیار ملموس و عینی تبدیل می‌گردد. امروزه تناسب با تکیه بر مفاهیم اخلاقی که

^۹ نژندی منش، هیبت‌الله؛ «دفاع مشروع در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری: تداوم یا توسعه؟» در مجموعه مقالات همایش نقش دیوان بین‌المللی دادگستری در تداوم و توسعه حقوق بین‌الملل؛ تهران: انجمن ایرانی مطالعات سازمان ملل متحد (۱۳۸۶) صص ۸۷-۱۱۳، بویژه نک ص ۱۰۱

^{۱۰} مشابه همین تحلیل را می‌توان در خصوص برخی دیگر از اصول و معیارهای راهنمای حقوق بشر دوستانه به کار برد. به عنوان مثال اگر مجموع منافع منهای مجموع آسیب‌های ناشی از جنگ، آشکارا بزرگتر از مجموع منافع منهای مجموع آسیب‌های ناشی از اقدامات مسالمت‌آمیز نباشد، نمی‌توان معیار «توسل به زور» به عنوان آخرین راه حل را محرز دانست. ضمناً لازم به تأکید است که هیچیک از این معیارها به تنهایی برای مشروعیت اقدامات نظامی کفایت نمی‌کند؛ به ویژه احراز اصل ضرورت در کنار اصول فوق همواره لازم است. اصل ضرورت در فصل دوم این پژوهش مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

پشتوانه دارد صرفاً به ترکیب منفعت منهای هزینه نمی‌نگرد بلکه به دقت آسیب‌های مورد انتظار را با تکیه بر مفاهیم و ارزش‌های والای انسان مورد بررسی قرار می‌دهد.

در ادامه نقش اخلاق و ارزش‌های ناشی از آن را در شکل‌گیری قواعد و مقرره‌های حقوقی که با هدف حمایت از فرد انسانی بر حقوق مخاصمات مسلحانه حکمرانی می‌کنند بررسی می‌نمائیم.

گفتار یکم: فلسفه اخلاق و آسیب‌های جنگ

جنگ واقعیتی است که بشریت در طول تاریخ همواره آن را در مقابل خود یافته است. این رویداد پیوسته روح بشر را آزرده و خسارات و آسیب‌هایی مهیب بر پیکره جوامع بشری وارد نموده است. اندیشمندان بسیاری آن را مورد بررسی قرار داده، عده‌ای در پی توجیه و عده‌ای دیگر به نکوهش آن پرداخته‌اند. گروسیوس در اثر مشهور خود تحت عنوان **حقوق جنگ و صلح** آورده است:

در اصول اولیه طبیعت عاملی وجود ندارد که در تقابل اساسی با جنگ باشد؛ بلکه اکثر اصول طبیعی را می‌توان همسو با تأیید جنگ دانست. چون هدف و غایت جنگ صیانت از حیات، و تأمین یا محافظت از ملزومات حیات است، جنگ در مطابقت کامل با اصول اولیه طبیعت قرار دارد. اگر در راه تأمین این ملزومات نیازی به استفاده از زور وجود داشته باشد، این عمل هیچ تعارضی با اصول طبیعت نخواهد داشت؛ چرا که طبیعت به هر حیوانی توان و ابزار خودیاری و دفاع از خود را داده است ... عقل سلیم و ماهیت زندگی اجتماعی نیز ... کلیه انواع توسل به زور را نهی نمی‌کنند؛ بلکه صرفاً انواعی از توسل به زور را نامطلوب می‌دانند که ... در آنها تلاش بر نقض و مصادره حقوق دیگران است.^{۱۱}

انسان به عنوان موجودی برخوردار از اختیار دارای حقوق و تکالیفی است، و همین حقوق و تکالیف است که او را به عنوان یک موجود متمدن از مابقی طبیعت متمایز می‌سازد. برخورداری از این حقوق و در مقابل ایفاء تکالیف است که موجب می‌شود اجتماعی از انسانها بتوانند در کنار یکدیگر با آرامش و امنیت به زندگی ادامه

^{۱۱} به نقل از مدرس سبزواری، ساسان؛ تعقیب جنایت تجاوز در بستر تحولات انسانی‌شدن حقوق بین‌الملل؛ پایان‌نامه‌ی کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل، تهران: دانشگاه تربیت‌مدرس (۱۳۹۰) - ص ۱۲