



بررسی دفاع مشروع از دیدگاه اسلام و حقوق بین المللی

جواد نوری: کارشناس ارشد حقوق کیفری و جرم شناسی

مصطفی جان آبادی: دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق کیفری و جرم شناسی

چکیده

دفاع در جوامع بشری از مهم ترین مباحث به شمار می رود که همواره در طول تاریخ مطرح بوده است. در فقه اسلامی و حقوق بین الملل نیز به این مطلب تفصیلاً پرداخته شده است. لیکن در مقام مقایسه میان آنها تحقیق جدی صورت نگرفته است و به صورت مبسوط بررسی نشده و نقاط اشتراک و افتراق آن دو روشن نگردیده است. مفهوم دفاع مشروع از هر دو دیدگاه مورد پذیرش قرار گرفته و به عنوان حق مسلم تمام اشخاص و دولتها به رسمیت شناخته شده است. شرایط مشروعیت دفاع در فقه تجاوز یا حمله، (که تقسیم شده به تجاوز غیر مشروع، امکان تجاوز، حال یا قریب الوقوع بودن تجاوز) قدرت، ضرورت، تناسب و پای بندی به اصول انسانی و رعایت قواعد بشر دوستانه می باشند و در حقوق بین الملل وقوع حمله مسلحانه، ضرورت، تناسب، هماهنگی با شورای امنیت و رعایت مقررات جنگ و اصول بشر دوستانه. میان دو دیدگاه در این زمینه اشتراک زیادی وجود دارد گر چه اختلافاتی نیز مشاهده می شود.

واژگان کلیدی

شرایط دفاع، دفاع مشروع، فقه، حقوق بین الملل، تجاوز، اسلام

مقدمه

تاریخ بشر هیچگاه از جنگ و مخاصمه مسلحانه خالی نبوده است. جنگ ها دلایلی متعددی داشته اند؛ از تجاوز به منظور استثمار و سرکوب گرفته تا انگیزه های ایدئولوژیکی و مذهبی. با آنکه جنگ همیشه مخالفانی داشته است که آن را از نظر اخلاقی و... مورد سوال قرار می دادند، اما در اینکه دفاع یک ملت از خود جایز و لازم است، هیچ تردیدی وجود نداشته است. امروزه نیز چنین است؛ حفظ صلح بین المللی منع تجاوز و جنگ را می طلبد، اما همزمان دفاع مشروع به عنوان یک حق مورد شناسایی بین المللی قرار می گیرد. حتی در تشکیل جامعه بین الملل نوین مبتنی بر منشور سازمان ملل متحد، حفظ صلح به عنوان نخستین هدف ملل متحد عنوان شد، تا جایی که احترام به حقوق بشر و آزادی های اساسی نیز به عنوان ابزاری جهت تحقق این هدف نگریسته شده است. هر انسانی عقلاً حق دارد در مواقع احساس خطر به دفاع از جان، مال و ناموس خود و افرادی که دفاع از آنان بر وی واجب است، اقدام کند. دین مبین اسلام به عنوان آیینی جامع و کامل در این مورد نیز به پیروان خود راهکار ارائه داده و با قید شرایطی به مسلمانان اجازه داده تا به هنگام لزوم به دفاع از خود برخیزند و این امر گویای چیزی نیست جز اهمیت قائل شدن دین مبین اسلام به حیثیت و کرامت ذاتی نوع بشر.



واژه دفاع مشروع از دو جزء تشکیل شده است: دفاع و مشروع. برای فهم بیشتر، بهتر است که هر دو جزء را جداگانه معنا کنیم و سپس دفاع مشروع را تعریف نماییم. در لغت نامه دهخدا، واژه دفاع این چنین معنا شده است: دفاع یعنی موج بزرگ از دریا، هر چیز بزرگ که بدان مثل وی دفع کرده شود، چیز عظیم و بزرگ که بدان، مانند خودش را دفع کند و همچنین دفاع کردن به معنای رفع تعرض است.

کلمه مشروع نیز از ماده شرع، مشتق شده است. از جمله معانی شرع عبارتند از: دین و مذهب، راست و آشکار، آیینی که از سوی خداوند، توسط پیامبران بر بندگان آورده شده و آشکار کردن راه بوسیله خداوند برما. برخی از معانی مشروع نیز عبارتند از: راست و درست، آن چه شرع روا دارد. آنچه بر طبق احکام شرع، مجاز و قانونی بوده و در برابر ممنوع و نا مشروع قرار دارد. همچنین مشروع به معنای انگیزه درست، در برابر غیر مشروع که به معنای ناروا و خلاف شرع است، نیز آمده است.

تعریف اصطلاحی

در تعریف دفاع مشروع، کتاب ترمینولوژی حقوق، چنین آورده است: “شخص مورد تجاوز، در صورت نداشتن وقت برای توسل به قوای دولتی به منظور رفع تجاوز، حق دارد به نیروی شخصی از ناموس، جان و مال خود دفاع کند. این دفاع را دفاع مشروع می گویند.” در اثری دیگر، این تعریف از دفاع مشروع ارائه شده است: “شخصی که بر خلاف عدل و نصفت مورد حمله قرار گرفته است و برای دفاع از خود مرتکب جرم شده، در حال دفاع مشروع می باشد.” در تعریفی دیگر از دفاع مشروع چنین آمده است: “هرگاه کسی بخاطر دفاع از نفس و یا عرض و یا ناموس و یا آزادی خود یا دیگری و با رعایت شرایط پیش بینی شده در قانون، مرتکب هر عملی گردد، عمل ارتكابی او جنبه مجرمانه خود را از دست داده، و چنین شخصی معاف از مسئولیت کیفری و مدنی است.” با در نظر گرفتن این تعاریف می توان گفت که دفاع، امری طبیعی، ذاتی و مشروع است و بکار بردن کلمه مشروع، در مقام اعلام مشروعیت اعمالی است که اگر در غیر موارد دفاع اعمال شوند، جرم محسوب می گردند. ولی نکته دیگری نیز وجود دارد و آن این است که چون قانونگذار، شرایط دفاع را ذکر کرده است، اعمالی را که صرفاً مطابق این شرایط انجام شوند، دفاع مشروع می داند. پر واضح است که مدافع، فقط می تواند در مورد شخص متجاوز مرتکب جرم شود و صرفاً به متجاوز صدمه و زیان برساند و جواز ارتكاب جرم بطور مطلق را ندارد. اینگونه بنظر می رسد که منظور از دفاع مشروع در حالت کلی این است که مدافع در مقام دفاع، مرتکب اعمالی شود که انجام دادن آنها در شرایط عادی جرم محسوب می شود. از این رو به عنوان تعریف نسبتاً جامعی از دفاع مشروع می توان تعریف زیر را مد نظر قرار داد:

“دفاع مشروع، حقی است که قانون برای شخصی که مورد حمله ظالمانه قرار گرفته، مقرر کرده است تا در هنگام ضرورت و عدم دسترسی به قوای دولتی، آن شخص بتواند از وسایل متناسب برای دفع خطری که جان، مال و ناموس خود او و یا دیگری را تهدید کرده است، با اعمال زور و ایراد صدمه به متجاوز اقدام کند.”

تعریف دفاع مشروع در حقوق اسلامی

بعضی اوقات این گونه ادعا می شود که در کتب فقهی، تعریفی از دفاع مشروع نیامده است، البته آقای عبدالقادر عوده این تعریف را ارائه داده است: “دفاع مشروع وظیفه انسان در حمایت از نفس خود یا دیگری و حق او در حمایت از مال خود یا دیگری است که در برابر هر تجاوز غیر مشروع، با نیروی لازم، برای دفع تجاوز، دفاع کند.” دکتر داود العطار نیز دفاع مشروع را چنین تعریف نموده است: دفاع مشروع، قدرتی بازدارنده است که به موجب آن حق انجام عملی - که شرعاً ضروری است - برای شخص بر علیه دیگری وجود دارد، تا خطر حقیقی، حال و غیر مشروعی را دفع کند که حق محترم مسلمان یا کافر ذمی مستامن اعم از نفس، مال یا عرض ناموس را مورد تهدید قرار داده است. با این وجود، با توجه به بیان فقها در مورد شرایط دفاع مشروع، تعریف زیر مناسب به نظر می آید: هرگاه انسانی در مقابل تهاجم ظالمانه ای که جان، مال و ناموس او یا شخص دیگری را تهدید می کند، دست به مقاومت بزند تا بتواند مهاجم را دفع کند، در صورتی که اعمال دفاعی او



ضرورت داشته باشد و برای دفع مهاجم کافی باشد، مدافع در برابر اعمال دفاعی خود، حتی اگر منجر به ضرب و جرح یا قتل متجاوز نیز شود، در صورت عدم تعدی از حد لازم، مسئولیتی ندارد و دفاع مذکور، بر حسب مورد ممکن است واجب یا جایز باشد. بطور مختصر و فهرست وار، اموری که دفاع از آنها مجاز است را می توان به این شرح برشمرد: نفس، عرض و ناموس، مال، آزادی تن خود و نفس، عرض و ناموس و مال و آزادی تن دیگری.

تعریف دفاع مشروع در قانون عرفی: (مفهوم عرفی دفاع مشروع)

شارحان قانون عرفی تعاریف مختلفی از دفاع مشروع ارائه کرده اند که به ذکر برخی از آنها می پردازیم:

۱. دفاع مشروع حالتی است که از وقوع تجاوزی حال با استفاده از زور و قدرت شخصی جلوگیری میکند^۱.
 ۲. دفاع مشروع حالتی است که از وقوع تجاوزی حال و غیر مشروع با استفاده از زور و قدرت شخصی جلوگیری میکند^۲.
 ۳. دفاع مشروع دفع جرم بوسیله جرم است^۳.
 ۴. دفاع عبارت از حقی است که قانون آن را به کسی داده است که خطر تجاوز او را تهدید می کند تا با نیروی لازم از آن جلوگیری کند^۴.
- اما بهترین تعریفی که در قانون عرفی از دفاع مشروع شده است. عبارتست از اینکه "دفاع مشروع عبارت از حقی است که قانون آنرا برای شخص مقرر کرده است تا با عملی که ضرورت دارد خطر حقیقی حال و غیر مشروعی را دفع کند که نفس یا مال یا ناموس او یا دیگری را مورد تهدید قرار داده است"^۵.

در حقوق کامن لا (حقوق عرفی) نیز صدور رأی برائت درباره مرتکبان قتل در مقام دفاع جنبه جزائی مجرمیت را مرتفع می سازد و مشروعیت دفاع عملاً مورد تایید قرار گرفته است و در حقوق ژرمن نیز، حق پیش دستی مدافع نسبت به مهاجم به جهت آنکه کسی که اقدام به تعدی و تجاوز نسبت به دیگری می کند دیگر از حمایت قانون خارج میگردد، در نتیجه دفاع در مقابل چنین مهاجمی جرم محسوب نمیشود. در حقوق فرانسه بعد از انقلاب کبیر، دفاع مشروع با رعایت شرایط خاصی پذیرفته شد، چنانکه در ماده ۵ قانون جزای سال ۱۷۹۱ چنین آمده است: "در مورد قتل مشروع جرمی تحقق نمی یابد و به تبع آن حکم مجازات و یا محکومیت مدنی صادر نخواهد شد". در قانون مجازات عمومی سال ۱۳۰۴ ایران نیز احکام دفاع مشروع تحت تاثیر قانون جزای فرانسه در مواد ۴۳، ۴۴، ۱۸ تا ۱۸۹ به عنوان حق مدافع با رعایت شرایطی پیش بینی نشده بود. در سال ۱۳۵۲ اصلاحاتی در این قانون به عمل آمد ولی مبنای آن تغییر نکرد. پس از تصویب قوانین آزمایشی به وسیله کمیسیون قضائی مجلس شورای اسلامی، متناسب با سیستم حقوق اسلام، تغییراتی در این مقررات بعمل آمده است تدوین کنندگان قانون مجازات اسلامی به تبعیت از منابع فقهی دفاع مشروع که بموجب آن دفاع از نفس و مال

^۱ - دکتر مصطفی کامل - قانون العقوبات - ص ۳۲۵، به نقل از ماخذ بالا

^۲ - شرح القانون الجنائی - احمد صفوت، ص ۲۱۱، به نقل از داود عطار (حقوق دفاع مشروع در اسلام)، ص ۳۰ تا ۲۸.

^۳ - شرح قانون العقوبات - دکتر محمود، محمود مصطفی ۳۶۴، به نقل از ماخذ بالا

^۴ - العبادی العامه فی قانون العقوبات - دکتر محمد فاضل، ص ۱۹۴ به نقل از داود عطار (حقوق دفاع مشروع در اسلام)

^۵ - داود عطار - دفاع مشروع در حقوق جزای اسلام

^۶ - عباس باقری - دفاع مشروع - رساله دکتری، ص ۲۰، دانشکده حقوق دانشگاه تهران به نقل از دکتر محمد صالح ولیدی، (ح، جزای



و حریم به اندازه توانائی جایز است و رافع هر گونه مسئولیت کیفری و مدنی خواهد شد و در ماده ۶۱ ق.م. اسلامی مصوب سال ۱۳۷۰، مبنای مشروعیت دفاع را حق شناخته اند و برای آن اعتبار خاصی قائل شده اند.^۷

دفاع مشروع در نظام حقوق اسلامی

اسلام، آیینی است، جامع، فراگیر، جاودانه و از دید اسلام، همه مردم در همه دنیا، اعضای خانواده بزرگ اسلام به شمار می آیند و پیامبر اسلام(ص) به عنوان آخرین سفیر و فرستاده پروردگار، برای همه جهانیان به پیامبری برانگیخته شده و بر همگان رهبر است و بشیر و نذیر و رحمت. اسلام در قرن هفتم هنگامی ظهور کرد که جنگ، سلطه جویی، رقیت، برده داری و جهل حکومت می کرد. جوامع آن دوران هیچ گونه ساخت اجتماعی یا اقتصادی نداشته یا حداکثر از این حیث در حد بسیار ضعیف بودند. مفاهیم دولت، سرزمین، مرز، تابعیت، روابط سازمان یافته، ارتباطات و اطلاعات یا وجود نداشتند یا ناشناخته بودند. هدف اسلام این بود که این خلا تاریک را پر کند. یکی از مهمترین مقررات اسلامی جهاد است که امروزه به مسئله ای جنجال برانگیز تبدیل شده است. عده ای می کوشند وانمود کنند که اسلام دین جنگ است و سازگاری با دیگر ملت ها را بر نمی تابد. این تحقیق می کوشد که دفاع مشروع را به عنوان یکی از وجوه جهاد در اسلام مورد بررسی قرار دهد.

جهاد تدافعی در اسلام

در کتاب جهاد معروفترین تقسیم فقهی جهاد، تقسیم آن به جهاد ابتدایی و جهاد دفاعی است. برای آنکه بتوانیم جهاد تدافعی را بهتر بشناسیم، به صورت اجمالی جهاد ابتدایی را معرفی نموده و وارد بحث اصلی می شویم. برخی معتقداند؛ جهاد ابتدایی نیز خود نوعی دفاع است. برخی دیگر آن را نوعی تهاجم ابتدایی برای اهداف مشروعی که اسلام برای آن مقرر کرده است می دانند. بنابه قول مشهور فقها، جهاد ابتدایی تنها در رکاب امام معصوم علیه سلام جایز است و دعوت اسلامی نیز باید توسط امام علیه السلام- یا کسی که از جانب او منصوب است انجام پذیرد. این در حالی است که در فقه اسلامی در کنار جهاد ابتدایی، جهاد تدافعی نیز وجود دارد که می تواند در قالب نوین نظریه دفاع مشروع مورد بررسی قرار گیرد.

مفهوم و هدف از جنگ تدافعی:

در حالیکه برخی از فقهای اسلامی جنگ تدافعی را فاقد خصیصه جهاد دانسته و آن را اساساً جهاد نمی دانند، اکثریت آنان قتال با جهاد در اسلام را به حقیقت حکم به دفاع دانسته اند. در اسلام هدف از جنگ تدافعی، دفع حمله و سرکوب پیمان شکنان و تجاوزکاران بیگانه و بیرون راندن آنان از سرزمین های اشغالی و آزادسازی آن مناطق و دفاع از جان و مال مسلمانان و عقیده و مرام اسلامی است. سرانجام این نوع جهاد، که در زمره واجبات عینی است، بر یک یک مسلمانان، اعم از زن و مرد، در کلیه قرون و اعصار و مدام العمر لازم الجرا است.

در این نوع جهاد حراست و حفاظت از جامعه اسلامی مورد نظر است. در جهاد دفاعی گاه دفاع از کیان اسلامی در مقابل تعرض سیاسی، نظامی و اقتصادی انجام می پذیرد و گاه به منظور بیرون راندن اشغالگران از سرزمین اسلامی یا برای حفظ جان مال مسلمانان جهاد صورت می گیرد. این نوع جهاد بر تمامی مسلمانان به هر نحو و کمیت و کیفیتی واجب است و نیازی به اذعان حاکم شرع نمی باشد (سوره حج، آیات ۳۹ و ۴۰).

دفاع در قرآن:

آیات متعددی از قرآن کریم به امر دفاع اختصاص داده شده است که برای نمونه چند آیه اشاره می گردد.

⁷ - دکتر محمد صالح ولیدی - حقوق جزای عمومی، ج ۲، ص ۱۶۴.



«إِنَّ اللَّهَ لَا يَجِبُ كُلَّ خَوَّانٍ كَفُورٍ. أذِنُ لِلَّذِينَ يُقَاتِلُونَ يَأْتُهُمُ ظُلْمٌ مِّنَ اللَّهِ عَلَىٰ نَصْرِهِمْ لَقَدِيرٌ. أَذِينَ أَخْرَجُوا مِن دِيَارِهِمْ بِغَيْرِ حَقٍّ إِلَّا أَنْ يَقُولُوا رَبُّنَا اللَّهُ...»

«خداوند از کسانی که ایمان آورده اند دفاع می کند و هیچ خیانتکار ناسپاسی را دوست ندارد. به کسانی که جنگ بر آنها تحمیل گردیده (به آنها ظلم شده) اجازه (فاع) جهاد داده شده است، همان ها که از خانه و شهر خود به ناحق رانده شده اند، جز این که می گفتند پروردگار ما خدای یکتاست.»

آیه دیگری می فرماید: «در مسجدالحرام با آنها جنگ نکنید مگر آنکه آنان با شما بجنگند و چون با شما جنگیدند آنان را بکشید که این سرزای کافران است.»^۸ چنانچه ملاحظه می گردد در فراز نخست این آیه، به حرمت قتل در مکان های حرام اشاره دارد، اما اگر کافران این حرمت را شکستند، قرآن به مومنین اجازه دفاع را داده است. قرآن در آیه دیگر می فرماید: «... و در راه خدا قتال (یا جهاد) کنید با کسانی که با شما می جنگند»^۹ همچنین قرآن مردم را به دفاع در راه خدا فرا می خواند: «ببایید در راه خدا پیکار یا دفاع کنید»^{۱۰}

شرایط دفاع مشروع در اسلام

به عقیده فقیهان، جهاد دفاعی بر همگان واجب است و شرط خاصی برای آن وجود ندارد. تنها شرطی که در جهاد دفاعی وجود دارد، تجاوز و حمله دشمنان است. در باب دفاع در کتاب حدود نیز بحثی با عنوان «شرایط دفاع» مطرح نشده، لیکن ضمن فروعیات باب دفاع، مباحث تجاوز و تناسب دفاع با حمله مورد توجه قرار گرفته است. بر هر فرد عاقل و بالغ مسلمانی (اعم از زن و مرد) که توان دفاع را داشته باشد، واجب عینی است که در جنگ تدافعی شرکت نماید. شرایط جنگ ابتدایی در خصوص جنگ تدافعی از جمله حضور امام یا نایب خاص او شرط لازم نیست. بنابراین فرمانده و رهبر میتواند هر خصوصیتی را دارا باشد. آنچه اساس است دفاع از اسلام و کشور اسلامی است. اهمیت دفاع از کیان اسلامی و جلوگیری از تهاجم بیگانگان به سرزمین های اسلامی تا آنجاست که آیت الله شیرازی (از فقهای معاصر شیعه) می نویسد: «چنانکه مکلفین بتوانند از مجانین و اطفال برای دفاع استفاده کنند و آنها را به کاری بگمارند، تشغیل آنان نیز واجب است.»^{۱۱} «حتی اگر مسلمین را سپر بلا قرار دادند، باید حتی الامکان از کشتن آنها خودداری کرد، ولی چنانچه دسترسی به مشترکان و پیروزی، جز با کشتن این مسلمین حاصل نمی شود، کشتن آنها و دفع تعرض نیز جایز است.»^{۱۲}

وقوع تجاوز:

بی شک اولین شرط دفاع وقوع تجاوز با حداقل وقوع تجاوز و حمله دشمن است، زیرا دفاع یعنی دفع تجاوز؛ پس تا تجاوزی در کار نباشد، اصولاً موضوع دفاع محقق نمی شود. اگر از سوی کافران و جنگ طلبان خوف تجاوز به بعضی سرزمین های اسلامی برود، بر اهالی تمام اقلیم

^۸ سوره بقره آیه ۱۹۱

^۹ (بقره ۱۹۰) «و قَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ»

^{۱۰} (آل عمران ۱۶۷).

^{۱۱} آیت الله شیرازی، الفقه، کتاب الجهاد، ص ۵۹.

^{۱۲} الزبده الفقیه، ج ۳، ص ۶۴۵، المذهب الاحکام، ج ۱۵، ص ۱۲۵ و ۱۲۶.



هاست که با دشمنان متجاوز نبرد کنند و از سرزمین اسلامی دفاع کنند. فقیهانی همانند سید ابن زهره^{۱۳} و علامه حلی در بعضی کتابهایش^{۱۴} و شهید اول^{۱۵} از همین واژه خوف استفاده کرده اند. در مقابل این گروه اکثر فقیهان بر این باورند که با وقوع تجاوز است که موضوع دفاع محرز می شود. ظاهر این سخن آن است که دفاع پیشگیرانه از نگاه این گروه دفاع مشروع نخواهد بود. شیخ طوسی در آثار متعدّدش از واژه «دهم» بهره جسته و نوشته است: «اللهم آلا ان یدهم المسلمین امر من قبل العدو بخاف منه علی بیضه الاسلام و یخشی بواره او یخاف علی قوم منهم، و جب حینئذ ایضا جهادهم و دفاعهم.» عده زیادی از فقیهان بعد از شیخ عین عبارت شیخ را تکرار کردند.

واژه دیگری که بعضی فقیهان از آن استفاده کرده اند، واژه «وطی» به معنای پایمال کردن و داخل شدن است. علامه حلی در قواعد الاحکام از این واژه استفاده کرده و نوشته است «و اذا وطی الکفار دار الاسلام و جب علی کل ذی قوه فتالهم حتی العبد و المراه؛ وقتی کفار به سرزمین اسلامی وارد شوند و آن را پایمال کنند، بر هرکسی که توانایی دفاع دارد واجب است با آن نبرد کند حتی برده و زن.»^{۱۶} غالب فقیهان از واژه هایی برای تحقق موضوع دفاع بهره جسته اند که نشان می دهد وقوع تجاوز و حمله از سوی دشمن را در تحقق موضوع دفاع لازم می دانند و صرف احساس خوف و خطر را کافی نمی شمارند. در پاسخ به این سؤال که آیا تنها در صورت وقوع حمله است که انسان حق دفاع دارد یا اینکه در برابر خطر حمله و تجاوز نیز حق دفاع پیشگیرانه برای انسان محفوظ است، فقیهان پاسخ روشن و صریحی نداده اند. اما با دقت در تعبیرات فقیهان به دو نظر در این مسئله می توان دست یافت. گروهی از فقیهان برای تحقق عنوان دفاع از کلمه «خاف» بهره جسته اند. این تعبیر نشان می دهد که از نگاه این گروه با خوف از تجاوز دشمن عنوان «دفاع» احراز می شود و نیازی به وقوع تجاوز نیست. بنابراین دفاع پیشگیرانه از نگاه این گروه، مشروع و مورد تأیید شرع است. نخستین اثر فقهی که در آن از واژه «خوف» استفاده شده، کتاب الکافی فی الفقه اثر فقیه ژرف اندیش، ابو صلاح حلبی است. فقیهان مذاهب مختلف اهل سنت برای تحقق عنوان «دفاع مشروع» از تعبیراتی مانند «هجوم دشمن»، «ورود ناگهانی»، «فرود و حلول دشمن» و... استفاده کرده اند. این تعبیرات نشان می دهد که از دیدگاه آنان، بعد از وقوع تجاوز، موضوع «دفاع مشروع» محقق می شود. ظاهر این گونه تعبیرات حاکی از آن است که «دفاع پیشگیرانه» از دیدگاه فقیهان اهل سنت، از مصادیق «دفاع مشروع» نیست.

فعلی بودن تجاوز

یکی دیگر از ضوابط و شرایط مربوط به دفع تجاوز، فعلی بودن تجاوز است. بنابراین اگر حمله تمام شده و خطر دفع گشته، مجوزی برای دفاع وجود ندارد. دفع خطر حمله به یکی از راههای زیر است: مدافع با استفاده از حق دفاع متجاوز را دفع و یا زمینگیر کرده، به گونه ای که قادر به ادامه تجاوز نیست. در این فرض، او حق ندارد به عنوان دفاع صدمه بیشتری به متجاوز وارد سازد. متجاوز به هر دلیلی از تجاوز دست کشیده، مثلاً ترسیده و فرار کرده یا به دلیل بیداری وجدان از تجاوز پشیمان شده یا به دلیل ترس از مجازات یا دلایل دیگر از تجاوز صرف نظر کرده است. در این صورت وارد کردن هرگونه صدمه ای از جانب مدافع مسئولیت دارد و از نگاه فقه ضمان آور است. محقق حلی نوشته است: «اگر او را در مقام دفاع بزند و ناکارش کند، حق ندارد دوباره بر او حمله ور شود؛ چرا که ضرر او دفع شده است.»^{۱۷} دیدگاه

^{۱۳} ابن زهره، غنیه النزوع، ضمن سلسله الینایع، ج ۹، ص ۱۵۱.

^{۱۴} علامه حلی، قواعد الاحکام، ضمن سلسله الینایع، ج ۹، ص ۲۴۴.

^{۱۵} شهید اول، المعه اللدمشقیه، ضمن سلسله الینایع، ج ۹، ص ۲۷۳.

^{۱۶} النهادیه، شیخ طوسی، ص ۲۸۹.

^{۱۷} شرائع الاسلام، محقق حلی، ج ۴، ص ۹۶۷.



محقق حلی در فقه مقبولیت عامه پیدا کرده و فقیهان بعد از ایشان عین همان مسئله را تکرار کرده‌اند. فخرالمحققین در ایضاح الفوائد^{۱۸} و محقق اردبیلی در مجمع الفائده و البرهان^{۱۹} از آن جمله‌اند. هر چند این دیدگاه در مورد تجاوز به شخص است و نه یک کشور، اما از آنجا که فقها به طور سنتی این دو را تفکیک نکردند، می‌توان گفت این شرط در تجاوز بین المللی، آنگونه که حقوق بین الملل نیز می‌طلبند، قابل اجرا است.

تناسب دفاع و تجاوز

روح انتقام‌جویی که خواه ناخواه، در افراد و ملت‌های مورد تجاوز زبانه می‌کشد، چه بسا ممکن است تجاوزات پی‌درپی و رو به رشدی را زنجیروار به دنبال آورد و چه بسا تا نابودی دو طرف یا یک طرف ادامه یابد. حقوقدانان با ذکر شرط تناسب تلاش کرده‌اند تجاوزات زنجیره‌ای رو به رشد را در یک نقطه ختم کنند و انگیزه انتقام‌جویی را به بند بکشند. فقیهان نیز با حساسیت بیشتری رعایت ترتیب و تدریج در شدت عمل را مطرح ساخته‌اند و تجاوز از حد دفاع را به شدت منع کرده‌اند.

اصل عنوان تناسب دفاع با تجاوز از عناوینی است که در حقوق مطرح شده و در فقه نیز به جای عنوان تناسب از عنوان «الأسهل فالأسهل» استفاده شده که با شرط تناسب هماهنگی کامل دارد. مراد فقیهان از عنوان «الأسهل» رعایت ترتیب و تدریج در شدت عمل است. فقیهان برای دفاع درجاتی ذکر کرده‌اند که مدافع باید از آسان‌ترین درجه‌ای که ظن غالب پیدا می‌کند که می‌تواند با آن از خود دفاع کند، شروع کند و به تدریج در صورت نیاز به سمت شدت عمل بیشتر برود. نخستین فقهی که در این باره اظهار نظر کرده، شیخ طوسی است. وی نوشته است: «هرگاه کسی قصد جان یا مال یا حریم کسی را کند، برای مدافع، دفع مهاجم به آسان‌ترین چیز ممکن جایز است.»

تقسیم بندی دفاع مشروع:

دفاع یا از دولت و سرزمین خود است و یا از دولت و سرزمین دیگران. در صورت دوم نیز دفاع یا از دولت اسلامی دیگر در برابر تهاجم دولت غیراسلامی است، یا از دولت اسلامی در برابر تهاجم دولت اسلامی سوم (ثالث)، یا از دولت کافر در برابر تهاجم دولت اسلامی، یا از دولت کافر در برابر تهاجم دولت کافر دیگر و یا برای حمایت از جان و مال اتباع خود در کشور دیگر.

۱- دفاع از دولت و سرزمین خودی: فقیهان همه مذاهب اسلامی به اتفاق آرا این نوع دفاع را وظیفه هر مسلمانی دانسته‌اند و از آن با عناوین مختلفی مانند دفاع از بلاد اسلام، دارالایمان، بیضه اسلام، حوزه اسلام، کلمه اسلام و ... یاد کرده‌اند. مصداق روشن و قطعی این عناوین سرزمین اسلامی است که انسان در آنجا زندگی می‌کند. حلبی نوشته است: «اگر از سوی بعضی کافران و جنگ طلبان بیم تجاوز به سرزمین مسلمانان برود، بر اهالی تمام اقلیم‌هاست که با دشمنان متجاوز نبرد کنند».^{۲۰} این قسم از دفاع مصداق قطعی دفاعی است که در مقاله وجوب دفاع مشروع، وجوب آن از نگاه همه مذاهب فقهی با دلایل فراوان ثابت گردید.

۲- دفاع از دولت اسلامی دیگر در برابر تهاجم دولت غیراسلامی: تمام عناوین و تعبیراتی که فقیهان برای دفاع سازمان یافته ذکر کرده‌اند، شامل این قسم از دفاع نیز می‌گردد.

^{۱۸} ایضاح الفوائد فی شرح القواعد، ج ۴، ص ۵۴۷

^{۱۹} مجمع الفایده و البرهان، ج ۱۳، ص ۳۰۰

^{۲۰} الکافی فی الفقه، ضمن مجموعه سلسله الینایع، ج ۹، ص ۲۳۱.



گروهی از فقیهان در خصوص مسئله فوق به طور صریح فتوا داده اند. نخستین فقیهی که در این باره فتوا داده، ابوالصلاح حلبی است: «بر مسلمانانی که از منطقه جنگ بدورند، واجب است در صورتی که مسلمانان در حال نبرد یا متجاوزان، به یاری آنان نیازمند باشند، به منطقه جنگی کوچ نمایند و با متجاوزان نبرد کنند.»^{۲۱} پس از ایشان، گروهی دیگر از فقیهان به صراحت بر مطلب فوق فتوا داده اند. شهید اول در دروس،^{۲۲} شهید ثانی در مسالک^{۲۳} و نجفی در جواهر الکلام از آن جمله اند.^{۲۴} فقیهان اهل سنت نیز متعرض این فرع شده اند و به وجوب دفاع از دولت اسلامی دیگر در برابر تهاجم دشمنان کافر فتوا داده اند. ابوعمر یوسف بن عبدالله عمری مالکی نوشته است: «اگر مسلمانان یک کشور از همسایه خود خارج شوند.»^{۲۵}

۳- دفاع از دولت اسلامی دیگر در برابر تهاجم نظامی دولت مسلمان (ثالث): درباره این قسم از جهاد دفاعی، نظر صریحی از فقیهان به دست نیامد. شمول اطلاعات کلام فقیهان درباره این قسم مورد تردید است. به نظر می رسد این فرض مشمول آیه نهم سوره حجرات است. عده ای از مفسران و فقیهان بر این باورند که آیه بر این مطلب دلالت می کند که هنگام وقوع جنگ میان دو گروه (یا دو دولت) از مسلمانان، باید بین آنان صلح داد و اگر یک گروه (یا دولت) به ظلم علیه دیگری تجاوز نمود، بر دیگر مسلمانان است که با گروه ستمگر و متجاوز وارد جنگ شوند تا دست از ظلم بکشند.^{۲۶} از فقیهان صدر اول، راوندی آیه فوق را این گونه تفسیر کرده است.^{۲۷}

۴- دفاع از دولت کفر در برابر تهاجم کفار: در این صورت اگر در اثر حمله کفار، جان تعدادی از مسلمانان ساکن در آن سرزمین به خطر افتد، به اتفاق نظر فقیهان، مسلمانانی که در آنجا ساکن هستند حق دارند از خود دفاع کنند. شیخ طوسی در این باره فرموده است: «کسی که از سوی دشمن امان داده شده و در سرزمین دشمن زندگی می کند و در همان حال گروهی از کفار با آنان وارد جنگ شوند، بر مسلمانان جایز است که با گروه مهاجم نبرد کنند و قصدشان از این نبرد، دفاع از خویشان باشد نه همکاری با کافران و مشرکان.»^{۲۸} اما آیا دولت اسلامی حق دارد برای حمایت از مسلمانان به حمایت آن دولت برخیزد یا نه؟ فتوای صریحی از فقیهان در این باب به دست نیامد. اما ممکن است گفته شود این صورت از دفاع، مشمول عمومات و اطلاعات باب دفاع است.

دکتر محمدخیر هیکل، از دانشمندان اهل سنت، برای مشروعیت دفاع دولت اسلامی از جان مسلمانان ساکن در بلاد کفر، به آیه ذیل استدلال کرده است: «ان الذین آمنوا و هاجروا و جاهدوا باموالهم و انفسهم فی سبیل الله والذین آوو و تصروا اولئک بعضهم اولیاء بعض والذین آمنوا و لم یهاجروا مالکم من ولایتهم من شی قوم بینکم و بینهم میثاق و الله بما تعملون بصیر»^{۲۹} در حقیقت کسانی که ایمان آوردند و هجرت نمودند و با اموالشان و جانهایشان در راه خدا جهاد کردند، و کسانی که پناه دادند و یاری نمودند، مهاجرت نکرده اند، هیچ گونه ولایت و یاری آنان بر عهده شما نیست، تا اینکه هجرت کنند. و اگر در مورد دین (خود) از شما یاری طلبند، پس بر شما یاری (آنان واجب) است مگر بر ضد گروهی که میان شما و آنان پیمان محکمی هست، و خدا به آنچه انجام می دهید، بیناست». از آیه فوق استفاده می

²¹ ابو صلاح حلبی؛ الکافی فی الفقه، ضمن سلسله الینابیع، ج ۹، ص ۳۱.

²² شهید اول، الدروس، ص ۳۰.

²³ شهید ثانی، مسالک، ص ۱۱۶.

²⁴ جواهر الکلام، ج ۲۱، ص ۱۹.

²⁵ الکافی فی الفقه اهل المدینه، ضمن سلسله الینابیع، ج ۱۲، ص ۲۲۳.

²⁶ مقدس اردبیلی، زیاده البیان، ص ۳۱۹.

²⁷ راوندی، فقه القرآن، ج ۹، ص ۱۴۴. ضمن سلسله الینابیع الفقیه

²⁸ النهادیه فی مجرد الفقه و الفتای، ص ۲۹۱.

²⁹ انفال: آیه ۷۲



شود که دفاع از مسلمانان در بلاد کفر مشروط به سه شرط است: ۱. مسلمانان در خطر تقاضای یاری داشته باشند. ۲. موضوعی که باعث یاری طلبیدن است موضوع دینی باشد. ۳. دولت اسلامی با کسانی که علیه آنان درخواست یاری شده، پیمان نداشته باشد.

شروط دفاع مشروع در فقه اسلام

لازم به ذکر است که فقط تحت شرایطی خاصی می توان دفاع را مشروع دانست و بایستی این شرایط جمع باشد تا این عمل، جرم تلقی نگردد. شرط، عبارت از امری است که وجود حکم، متوقف به وجود آن است و عدم وجود آن، موجب عدم وجود حکم و خارج از حقیقت است. بنا به تعریفی که در سطور قبل ارائه داده شد، دفاع مشروع، مستلزم وجود خطر و عملی است که برای دفع آن انجام می شود. این دو امر، دو عنصر اساسی دفاع مشروع است که هر یک باید دارای شرایطی باشد تا عمل دفاعی، مشروع به شمار رود و اثر دفاع بر آن مترتب باشد. از این رو در ادامه، شروط دو موضوع یاد شده را نیز به ترتیب مورد بررسی قرار می دهیم.

شروط خطر

خطر در لغت به معنای مشرف شدن به هلاکت است و از نظر حقوق دانان، به معنای تجاوز احتمالی است، خطری که حق دفاع را توجیه می کند و دفع آن جایز است باید غیر مشروع، حال و حقیقی باشد.

غیر مشروع بودن خطر

دفاع مشروع تنها بر ضد خطراتی جایز است که غیر مشروع بشمار می روند. خطر زمانی غیر مشروع است که حق مورد حمایت شریعت را به ناحق مورد تهدید قرارداده باشد. تمامی فقهای اسلام در مورد حرمت خون، اموال و نوامیس اتفاق نظر دارند. خطر زمانی غیر مشروع است که تجاوزی به ناحق نسبت به نفس، مال یا ناموس انسانی که دارای حرمت است صورت گیرد.

حال بودن خطر

حال بودن، شرط دوم از شرایط سه گانه خطر است. حقوق اسلامی، دفاع را در راستای دفع تجاوز مقرر داشته است و از این رو استفاده از زور را زمانی جایز می داند که دفع تجاوز متوقف بر آن باشد. بر این اساس، خطر آینده انسان را در حالتی قرار نمی دهد که دفع آن تنها با استفاده از زور و قدرت ممکن باشد، زیرا خطر آینده را می توان با توسل به قوای دولتی و حمایت آنان دفع کرد. در دو صورت، خطر، حال شمرده می شود: اول، زمانی که وقوع خطر نزدیک باشد. در این صورت دفاع، دارای نقشی بازدارنده است که از وقوع خطر جلوگیری می کند و دوم، زمانی که خطر آغاز شده ولی هنوز پایان نیافته است و در این صورت، دفاع دارای نقشی بازدارنده از استمرار خطر و تداوم آن است.

حقیقی بودن خطر

شرط سوم از شرایط خطر، حقیقی بودن خطر است. خطر زمانی حقیقی است که مدافع، علم یا ظن غالب و مطابق با واقع پیدا کند که با خطر جدی روبرو شده است. مشروعیت دفاع نیز متکی بر خطر حقیقی است و لازمه وجود حق دفاع مشروع، وجود خطر حقیقی است. اصولاً معیار ارزیابی کامل خطر غیر مشروع، شخصی است. اگر شخص به اعتماد قابل قبول و معقول خود، یقین پیدا کند که مورد تهدید خطر حال، غیر مشروع و حقیقی قرار گرفته است، حق دفاع مشروع به وی اعطا می شود. ولی دفاع در صورت موهوم بودن خطر، موجب مسئولیت جزائی ناشی از خطاست.

شروط عمل دفاعی

فقهای اسلامی، دفاع مشروع را محدود به عمل خاصی ندانسته اند، بلکه دو شرط برای کنترل اعمال دفاعی بدون تعیین نوع و درجه آن وضع کرده، و به مدافع اجازه داده اند تا عملی را که "ضرورت" و "تناسب" دارد انتخاب کند. فقها، اعمالی را به عنوان اعمال دفاعی ذکر کرده اند که به عنوان مثال می توان موارد ذیل را نام برد: کمک خواستن از مردم، فریاد کشیدن بر سر متجاوز، فرار کردن، سنگ زدن به متجاوز، مجروح کردن و زدن متجاوز بوسیله سنگ، چوبدستی، پاره آهن یا اسلحه، هر چند که منجر به قتل متجاوز شود. فقها بالاجماع عقیده دارند در صورتی که خطر با همه شرایط آن تحقق یابد و رهایی از آن جز با عمل دفاعی ممکن نباشد، مدافع می تواند با کمترین عمل ممکن برای دفع خطر، از حقوق محترم خود یا دیگری همچون نفس، مال و ناموس دفاع کند. همانگونه که ذکر شد، شروط عمل دفاعی عبارتند از:



ضرورت و تناسب. در سطور ذیل، بطور مختصر، به شرح هر کدام از این شروط می پردازیم.

ضرورت عمل دفاعی

ضرورت در لغت، به معنای نیاز، حاجت و آنچه بدان محتاج باشند، اجبار، الزام و ناگزیری آمده است. در عمل دفاعی نیز، مدافع، تنها در صورتی حق استفاده از زور و قدرت را دارد که دفاع، منوط به آن باشد و هیچ گونه راه دیگری برای دفع خطر وجود نداشته باشد. در این حالت، تنها راه جلوگیری از خطر، استفاده از زور و قدرت شخصی است و این مسئله، معنای ضرورت عمل دفاعی است. در این میان، اگر دفع خطر، با وسایل آسان تر ممکن باشد، مدافع نباید از وسایل شدید تر استفاده کند. اگر عمل دفاعی، شرط ضرورت را داشته باشد، ضرورتاً فقط باید متوجه منشا خطر شود، زیرا استعمال قدرت، تنها برای دفع خطر جایز است. یعنی اگر وسیله دیگری وجود داشته باشد که فرد را بی نیاز از ارتکاب جرم می کند، باید از ارتکاب جرم، دوری جستته شود.

تناسب عمل دفاعی

عمل دفاعی بایستی با تجاوز و خطر متناسب باشد، و مدافع مجاز نیست برای دفع خطر، از هر گونه نیرو به هر اندازه ای استفاده کند. عمل دفاعی، زمانی متناسب است که از کمترین مقدار زور و قدرت لازم و کافی، برای دفع خطر استفاده شود. فقها درباره تناسب این چنین می گویند: انسان حق دارد با هر آن چه در توان اوست، از نفس، مال و ناموس خود دفاع کند ولی باید به عمل آسان تر اکتفا کند. به عقیده فقها، معیار تناسب، ظن غالب مدافع یا هر عملی است که به فکرش خطور می کند که با توجه به شرایط روحی و شخصی خود و ملاحظه متجاوز و حالت تجاوز، قادر به انجام آن باشد. در مورد شرط تناسب عمل دفاعی، دو نظریه ذکر شده است. بنا بر یک نظریه، تناسب، همان تناسب در وسیله است و مطابق با نظریه دیگر، معیار تناسب، تساوی زبان وارده از جانب متجاوز و مدافع است.

دفاع مشروع در حقوق بین الملل

دفاع مشروع یکی از موضوعات مهم و بحث برانگیز در عرصه حقوق بین الملل بوده و هست. دفاع مشروع به منزله یک قاعده و حقوقی و نیز به عنوان یک اصل کلی حقوقی به رسمیت شناخته شده است و مورد قبول تمام نظام های حقوقی دنیا است.^{۳۰} بر خلاف گذشته که دولت ها در توسل به جنگ اختیار کامل داشتند یعنی هر وقت که دولت ها تشخیص می دادند منافع آنها کاربرد زور را توجیه می کند به آن متوسل می شدند، امروزه طبق مقررات حقوق بین الملل فقط در موارد استثنایی و البته رعایت شرایطی می توان به زور متوسل گردید. در معاهدات و پیمانهای متعدد توسل به زور ممنوع شمرده شده است به نوعی که امروزه مطابق مقررات حقوق بین الملل نوین، منع توسل به زور جزء قواعد آمره بین المللی محسوب می گردد. در این مورد اما دفاع مشروع همیشه استثناء بوده است. در این بخش می کوشیم تا بحث دفاع مشروع را از منظر حقوق بین الملل مورد بررسی قرار دهیم.

در فرهنگ حقوق بین الملل دفاع مشروع این گونه تعریف شده است: «حق ذاتی دفاع فردی یا جمعی در صورت وقوع حمله ای مسلحانه به یک کشور، تا زمانی که شورای امنیت اقدامات ضروری را برای اعاده و حفظ صلح و امنیت بین المللی اتخاذ نمایند»^{۳۱} این تعریف حق دفاع از خود مبتنی بر ماده ۵۱ منشور سازمان ملل متحد است و استثنایی مهم بر اصل ممنوعیت کلی توسل به زور در روابط بین الملل محسوب می شود. اگرچه منشور به «یک عضو» اشاره دارد نه به یک «کشور»، اما توافق کلی مبنی بر این که منظور، صرفاً «هر کشور» است، وجود

^{۳۰} خسروی، علی اکبر خسروی، علی اکبر، حقوق بین الملل - دفاع مشروع، موسسه فرهنگی آفرینه، تهران، سال ۱۳۷۳، ص

^{۳۱} ژوزف.ل. کونتس، دفاع مشروع فردی و دسته جمعی در ماده ۵۱ منشور ملل متحد، مندرج در مجله آمریکایی حقوق بین الملل، ج ۴۱-۱۹۴۷، ص ۸۷۶// به نقل از: ممتاز، جمشید، حق طبیعی دفاع مشروع در جنگ عراق با ایران، ص ۱۸۶.



دارد. بر اساس ماده ۵۱ منشور ملل متحد در صورت وقوع حمله مسلحانه بر ضد یک عضو با شرایط فوق، هیچ یک از مقررات این منشور به حق ذاتی دفاع مشروع از، خواه به طور فردی و خواه به طور جمعی لطمه ای وارد نخواهند کرد. اعضاء باید اقداماتی را که در دفاع مشروع از خود به عمل می آورند فوراً به شورای امنیت گزارش دهند. از نظر تاریخی، توسل به اسلحه برای دفاع مشروع در مقابل نیروی خارجی به عنوان یک قاعده حقوق بین الملل عرفی به خوبی جایگاه جایگاه خود را داشته است. به همین جهت در ماده ۵۱ منشور به حق ذاتی دفاع مشروع به طور جمعی اشاره می کند. اساساً سازمان‌هایی مثل ناتو و ورشو بعد از جنگ دوم جهانی مشخصاً بر اساس حق دفاع مشروع جمعی برابر ماده ۵۱ منشور تشکیل شده‌اند. بر پایه این گونه توافقات، حمله‌ای باریک طرف به مثابه حمله‌ای بر همه تلقی می شود. هر چند حق دفاع مشروع در حقوق عرفی وجود داشته است و از حقوق طبیعی و ذاتی به شمار می رود، اما این حق ذاتی با توجه به ممنوعیت عمومی استفاده از زور معنی پیدا می کند. حق عرفی دفاع، در نامه‌ای که ویسترا، وزیر خارجه آمریکا در جریان غرق کشتی کارولین به مقامات انگلیسی در کانادا در ۱۸۷۳ ارسال داشت، بیان شده است. مقامات انگلیسی، یک کشتی حامل شورشیان را که متعلق به آمریکا و در سواحل آن کشور تصرف کرده آن را بر روی آبشار نیاگارا غرق نمودند. وزیر خارجه آمریکا طی نامه‌ای از مقامات انگلیسی خواست که معذرت خواسته و به دولت آمریکا غرامت پرداخت کند.

چرایی دفاع مشروع:

علیرغم تأکید بسیاری از اسناد بین المللی مهم از جمله پیمان پاریس (پیمان بریان - کلوگ)، منشور ملل متحد و... بر ممنوعیت جنگ، این پدیده ناگوار و ناخوشایند، همچنان گریبانگیر حیات بشری است. بر اساس مقررات حقوق بین الملل، اصل منع توسل به زور است اما در موارد استثنایی مانند دفاع از خود می توان به زور متوسل شد و حق بر جنگ را به صورت مشروع و قانونی بدست آورد. راجع به پیدایش «دفاع مشروع» می توان بیان نمود که تا اوایل قرن ۲۰ اختلاف بوجود آمده میان دولت‌ها، معمولاً با توسل به جنگ حل و فصل می شد، این وضعیت ناشی از صلاحیت بی قید و شرط و نامحدود کشورها در این مورد بود. اما پیامدهای تلخ ناشی از جنگ جهانی اول جامعه جهانی را بر آن داشت به فکر ساز و کار مناسب باشد تا بلکه بتواند از وقوع جنگ جلوگیری کند. علیرغم عزم راسخ و جدی جامعه بین الملل، میثاق جامعه ملل نتوانست به این امر مهم یعنی ممنوعیت جنگ دست پیدا کند. در این راستا در سال ۱۹۲۸ میثاق پاریس با ممنوع اعلام نمودن جنگ به عنوان ابزار سیاست ملی، این خلاء را تا حدودی برطرف کرد. سرانجام سازمان ملل متحد بجای سلف خود شروع بکار نمود، منشور سازمان ملل متحد که حق دولت‌ها را در توسل به زور محدود نموده است جنگ را به صورت کامل ممنوع اعلام کرد. اما با وجود این مسئله، حق طبیعی دولت‌ها در دفاع از خودشان تحت عنوان دفاع مشروع را به عنوان حق ذاتی دولت‌ها به رسمیت شناخته است.

چیستی دفاع مشروع:

در نگاه اول دفاع مشروع به وضعیتی گفته می شود که بر اساس آن کشوری که مورد حمله مسلحانه قرار گرفته است مجاز به دفاع از خود طبق مقررات حقوق بین الملل است. این دفاع ممکن است جنبه فردی و یا دسته جمعی داشته باشد. دفاع مشروع فردی، بدین صورت است که کشور حمله شونده تنها و با بکارگیری نیروهای مسلح خودش به دفاع از خود می پردازد ولی در دفاع مشروع دسته جمعی، تعدادی از دولت‌ها بر اساس پیمان تدافعی که با هم منعقد نموده‌اند به حمایت از کشور حمله شونده برخاسته و به حمله مسلحانه پاسخ می دهند.

دو استثناء بر اصل منع توسل به زور وجود دارد: یکی از اقدامات شورای امنیت می باشد و دیگری دفاع مشروع توسط دولت‌ها. همان گونه که بیان گردید موضوع مورد بحث ما دفاع مشروع است. ماده ۵۱ منشور در مورد دفاع مشروع مقرر می دارد: « در صورت وقوع حمله مسلحانه علیه یک عضو ملل متحد، تا زمانی که شورای امنیت اقدامات لازم برای حفظ صلح و امنیت بین المللی را به عمل آورد، هیچ یک از مقررات این منشور به حق ذاتی دفاع مشروع فردی یا جمعی لطمه‌ای وارد نخواهد کرد. اعضا باید اقداماتی را که در اعمال حق دفاع مشروع از خود بعمل می آورند، فوراً به شورای امنیت گزارش دهند. این اقدامات به هیچ وجه به اختیارات و وظایفی که شورای امنیت بر طبق این منشور



دارد و به موجب آن برای حفظ و اعاده صلح و امنیت بین المللی در هر زمانی که ضروری تشخیص دهد، اقدام لازم به عمل خواهد آورد، تاثیری نخواهد داشت». تحلیل این ماده بیانگر این است که دفاع مشروع تا زمانی که شورای امنیت تدابیر لازم را به منظور حفظ صلح و امنیت بین المللی اتخاذ نکرده باشد مجاز است و همچنین اعضای سازمان باید اقداماتی را که در دفاع از خود به عمل می‌آورند به شورا گزارش دهند.^{۳۲} در سالهای اخیر این فرصت به دیوان بین المللی دادگستری داده شد که در مورد ماده ۵۱ موضع خود را مشخص کند، در این میان سه رای توافقی و دو رای موثرتی مورد توجه است: ۱- رای ۱۹۸۶ در مورد اختلاف آمریکا و نیکاراگوئه. ۲- رای ۱۹۹۶ در مورد مشروعیت تهدید به توسل به سلاح هسته ای. ۳- رای سکوه‌های نفتی آمریکا و ایران در سال ۲۰۰۳. ۴- رای مشورتی در مورد مشروعیت ساخت دیوار در فلسطین. ۵- رای مشورتی ۲۰۰۵ دیوان بین المللی دادگستری بین اوگندا و کونگو. چنین به نظر می‌رسد که دیوان بین المللی دادگستری طرفدار تفسیر مضیق از ماده ۵۱ منشور است. دیوان تاکید داشت که در مقابل یک حمله مسلحانه یک دولت باید اصل اساسی حقوق عرفی یعنی تناسب و ضرورت را مورد توجه قرار دهد، یعنی حمله باید حتماً رخ داده باشد.

در پاراگراف ۵۱ سکوه‌های نفتی ایران رای دیوان بین المللی دادگستری می‌گوید که ادعای آمریکا در مورد دفاع مشروع مورد توجه است ولی برای بهره بردن از این اصل باید ثابت می‌کرد که قربانی یک حمله مسلحانه توسط ایران است و چون این مسلم نبوده است دیوان نمی‌تواند این حمله را با ماده ۵۱ منشور توجیه کند و در پاراگراف ۱۳۹ رأی مشروعیات ساخت دیوار ثر فلسطین می‌گوید این حق ذاتی دولت‌ها تنها در صورت وقوع یک حمله مسلحانه علیه یک دولت امکان پذیر خواهد بود.^{۳۳}

شرایط دفاع مشروع در حقوق بین الملل

اعمال دفاع مشروع همراه با تحقیق شرایطی است، که بدون وجود آن شرایط و قواعد انجام دفاع خود نوعی تجاوز محسوب می‌شود: اولاً وقوع تجاوز مسلحانه باید محرز گردد. ثانیاً دفاع مشروع ضرورت داشته باشد یعنی امکان توسل به راه حل‌های مسالمت آمیز دیگری وجود نداشته باشد، ثالثاً میان عمل دفاعی و اقدام تجاوز کارانه تناسب برقرار باشد.

ماده ۵۱ منشور، دفاع مشروع را به دو قسم تقسیم می‌کند:

۱- دفاع مشروع انفرادی

۲- دفاع مشروع دسته جمعی

مطابق منشور، دفاع مشروع انفرادی و دسته جمعی از طریق توسل به نیروی نظامی فقط در صورت وقوع حمله نظامی مجاز می‌باشد. وقوع حمله نظامی شرط اصلی برای دفاع مشروع باشد.^{۳۴} پس :

- ۱- دفاع مشروع می‌باید حتماً بصورت حمله نظامی باشد نه تهاجم فرهنگی و یا اقتصادی. بدیهی است اقدامات شورای امنیت بر مبنای فصل هفتم مانند تحریم اقتصادی، خاصیت تنبیهی و مجازات دارد نه اقدام متقابل یا دفاع مشروع.
- ۲- دفاع مشروع ضرورت داشته باشد، یعنی آنکه دفاع مشروع زمانی قابل انجام است که راه‌ها و طرق دیپلماتیک و غیر نظامی جهت رفع تجاوز وجود نداشته باشد.

³² محمدرضا ضیایی بیگدلی، حقوق جنگ، تهران: دانشگاه علامه طباطبایی، ۱۳۷۳، ص ۵۴۶.

³³ سخنرانی دکتر جمشید ممتاز در مرکز مطالعات عالی بین المللی دانشگاه تهران ۹/۷/۸۶.

³⁴ Robert Jennings and Arthur Watts, eds, *Oppenheim's International Law* ۴۱۸ Longman ۹th ed ۱۹۹۲



۳- میان حمله و دفاع، تناسب وجود داشته باشد. تعیین اینکه تجاوزی صورت گرفته یا خیر، در اختیار شورای امنیت است و ما تعریفی از تجاوز بدست خواهیم داد.

۴- دفاع برای آنکه مشروع باشد، بایستی فوری بوده و با سرعت و بعد از تجاوز انجام گیرد. مطابق ماده ۵۱ چنانکه تجاوز انجام و پایان گرفته باشد و دفاع پس از آن صورت گیرد، دفاع مشروع تلقی نخواهد شد. در حقوق بین الملل، اقدامات تلافی جویانه ممنوع می باشد.^{۳۵}

شرایط فوق برای دفاع مشروع انفرادی است و در مورد دفاع دسته جمعی، علاوه بر شرایط فوق الذکر، دو شرط دیگر بایستی تحقق یابد تا دفاع مشروع دسته جمعی تلقی شود:

۱- اعلام دولت قربانی در مورد شکل گرفتن تجاوز علیه خود.

۲- درخواست کمک رسمی دولت مورد تهاجم از دیگر کشورها.

چنانکه باز ملاحظه می شود، اگر دولت مورد تجاوز از دیگر اعضای جامعه بین المللی درخواست کمک ننماید و دیگران از وی دفاع کنند، این نوع دفاع، دفاع مشروع دسته جمعی نیست مگر اینکه طبق معاهده ای، دفاع دیگران نیز شرط شده باشد مانند شرایط جامعه ناتو. دفاع مشروع چه جمعی و چه انفرادی، مقدمه دخالت شورای امنیت و امنیت دسته جمعی است. یعنی دفاع مشروع در حقوق بین الملل اقدامی موقتی است و نباید دفاع مشروع به جنگ تمام عیار تبدیل شود. امنیت دسته جمعی دارای ماهیت تدافعی است نه دارای ماهیت سرکوب گرانه. دفاع مشروع نباید به آن میزان باشد که خود به تجاوز دیگری تبدیل شود. تجاوز چه در این معنی و چه در صورت نقض مقررات بین المللی و یورش به خاک کشور دیگر باید بطور دقیق تعریف شود و حریم و حدود دفاع مشروع نیز مشخص گردد.

طبق قطعنامه ۱۴۴۱ مورخه ۸ نوامبر ۲۰۰۲ شورای امنیت، و در پی احراز تهدید صلح جهانی از سوی شورا در قضیه عراق، ایالات متحده به همراه دوستان متفق خویش، جنگی را با عراق شروع کرد که بقول کوفی عنان، دبیرکل سازمان ملل متحد، جنگ سازمان ملل علیه عراق نبود ولی جنگی مشروع بود. بحث سر این است که چنین حمله ای از سوی اعضاء ملل متحد آیا جزو اقدامات دسته جمعی فوق الذکر محسوب می شود یا نه؟ ادعای ایالات متحده این بود که عراق تسلیحات کشتار جمعی می ساخته و در عمل نشان داده که از این تسلیحات استفاده می کند.^{۳۶} شورا این کاربرد وسیع از تسلیحات کشتار جمعی را تهدیدی جدی برای صلح و امنیت بین المللی بشمار می آورد. رئیس جمهور ایالات متحده، حمله به عراق را در پاسخ به شروع جنگی تمام عیار علیه ایالات متحده اعلام کرد^{۳۷} ولی باید توجه داشت که در این نوع تفسیر از دفاع مشروع :

اولاً، حمله از جانب گروه القاعده صورت گرفته بود نه از جانب نیروهای عراقی.

دوماً، در صورت فرض اینکه حمله به دو برج معروف ایالات متحده از جانب عراق انجام گرفته باشد، اشغال این کشور با شرایط دفاع مشروع مانند ضرورت، فوریت و تناسب همخوانی ندارد. اشغال عراق در قالب دفاع مشروع جای نمی گیرد و خود به تجاوز و جنگ و اشغال نظامی

³⁵ Maureen F. Brennan, Comment, Avoiding Anarchy: Bin Laden Terrorism, the U.S. Response, and the Role of Customary International Law, ۵۹La L Rev ۱۱۹۵, (1203) ۱۹۹۹.

³⁶ Crimes of War Project: "Iraq and the 'Bush Doctrine' of Pre-Emptive Self-Defence," Intro by Anthony Dworkin, August ۲۰, ۲۰۰۲.

³⁷ E. Leo Milonas, Association of the Bar of the City of New York, to George W. Bush, New York City



همه جانبه تبدیل می شود و مورد حمایت منشور ملل متحد و حقوق بین الملل نیست. استناد به دفاع مشروع در اینجا درست نیست حتی اگر مجوز شورای امنیت مبنی بر حمله نظامی نیز ضمیمه آن باشد.

تجاوز و فعلیت آن

یکی از شرایط اساسی استفاده از حق دفاع مشروع، وقوع تجاوز است. به این معنی که باید تجاوزی صورت گیرد تا به منظور مقابله با آن استفاده از دفاع مشروع مجاز باشد. از این روی در جریان کوشش هایی که به منظور بدست آوردن تعریفی از تجاوز به عمل آمده، این نکته که بین مفهوم تجاوز و مفهوم دفاع مشروع ارتباط نزدیک وجود دارد، مکرر مورد تاکید قرار گرفته و اظهار نظر شده است که اصطلاح دفاع مشروع و تجاوز لازم و ملزوم یکدیگر می باشند. بدین نحو که اقدام به عمل تجاوزکارانه از طرف یک دولت، حق دفاع مشروع را برای دولت دیگر به وجود می آورد.^{۳۸} در مورد تعریف تجاوز قطعنامه ای صادر شده است که مواد مختلفی دارد و مناقشات بسیاری بر سر آن است که این تحقیق مجال آن را ندارد.

ضرورت انجام دفاع مشروع

یکی دیگر از شرایط اساسی برای استفاده از حق دفاع مشروعیت، ضرورت است. برای استفاده از حق دفاع مشروع، ضرورت موقعی وجود خواهد داشت که اقدام به دفاع و استفاده از نیرو به منظور مقابله با تجاوز فوریت داشته باشد. تجاوز شدید و خردکننده و انتخاب راه دیگری میسر نباشد و مجالی برای تأمل باقی نماند. اگرچه متن ماده ۵۱ منشور ملل متحد در این مورد که وجود حالت ضرورت شرط استفاده از حق دفاع مشروع محسوب می شود، صراحتی ندارد، لکن با اطمینان می توان گفت که به موجب مقررات ماده مزبور وجود حالت ضرورت شرط اساسی و لازم برای استفاده از حق دفاع مشروع است. در حقیقت برای استفاده از حق دفاع مشروع، شرط ضرورت در آن مستتر است، زیرا بدون هیچ گونه تردیدی می توان گفت که وقتی حمله مسلحانه به وقوع بپیوندد و کشور مورد تهاجم نظامی قرار گیرد و سازمان ملل متحد اقدامی به عمل نیاورد، ارکان ضرورت یعنی، «فوریت، خردکننده بودن، محلی برای تأمل باقی نبودن و عدم امکان انتخاب راهی دیگر»^{۳۹} خودبه خود تحقق یافته است.

متناسب بودن کمیت و کیفیت دفاع با تجاوز

شرط دیگری که هنگام انجام دفاع مشروع رعایت آن الزامی است، حفظ تعادل و تناسب است، یعنی اقداماتی که در جهت دفاع صورت می گیرد، باید معقول و متناسب با عملیات تهاجمی باشد. این حق برای پاسخگویی حمله و دفاع از حقوق اساسی به خصوص در نظر گرفته شده و برای پاسخگویی به خطری غیرقانونی که آن حقوق را تهدید می کند، می تواند مورد استفاده قرار گیرد. لزوم رعایت تناسب در استفاده از حق دفاع مشروع قبل از تصویب منشور ملل متحد در روابط بین دول، مکرر مورد استفاده و تأیید قرار گرفته است. در ماده ۵۱ منشور گرچه اقدام به دفاع مشروع محدود به رعایت تناسب نشده است، ولی می توان با اطمینان به رعایت تناسب حکم نمود، زیرا مفهوم دفاع اقدام به دفع حمله است و نه زائد بر آن، و از جانب دیگر ماده ۵۱ منشور یا حقوق بین الملل عرفی ارتباط محکم دارد و جز آنچه که در ماده تصریح شده، سایر مقررات حق دفاع مشروع حقوق بین الملل عرفی، از جمله تناسب را باید هنگام استفاده از مقررات ماده ۵۱ رعایت نمود.

³⁸ D.W. Bowett, Self-Defense, in International Law, p.۲۴۵.

به نقل از خسروی، علی اکبر خسروی، علی اکبر، حقوق بین الملل، حق دفاع مشروع، نشر آفرینه، تهران، ۱۳۷۳، ص ۱۵۷.

³⁹ خسروی، علی اکبر، پیشین، ص ۲۳۶.



زیرا دفاع پاسخ به یک خطر پیش آمده است و باید در حدود ضرورت و برای رفع خطر صورت بگیرد نه زاید بر آن. اگر دولتی پس از دفع حمله به عملیات تهاجمی دست زند عملش دفاع مشروع نیست.^{۴۰}

دامنه و گستره دفاع مشروع:

درباره حق دفاع مشروع دو تفسیر مضیق و موسع وجود دارد.^{۴۱} طبق دیدگاه غالب (تفسیر محدود کننده)، حق دفاع مشروع (از جمله دفاع از خود به وسیله زور مسلحانه) فقط در صورتی وجود دارد که یک حمله مسلحانه رخ دهد. این به آن معناست که حق دفاع از خود با توسل به زور مسلحانه علیه اقدام خصمانه ای که حمله مسلحانه نیست، وجود ندارد (هر اندازه که این اقدام برای موجودیت کشور مهلک باشد) و در چنین مواردی تنها می توان از اقدامات قهری غیرمسلحانه استفاده کرد. ثانیاً این تفسیر نشان می دهد که دفاع از خود برای پیشدستی (بازدارنده یا پیش گیرانه، یعنی دفاع علیه حمله ای قریب الوقوع) مجاز نیست زیرا منشور، دفاع از خود را به مواردی که حمله مسلحانه رخ می دهد محدود می نماید.

بر اساس تفسیر موسع، حق دفاع از خود (از جمله دفاع دیگر موارد نقض حقوق اساسی سک کشور که به حمله ای مسلحانه منجر نمی شود، مجاز است. در این تفسیر دفاع از خود برای پیش دستی مجاز است. در مفهوم گسترده، عبارت «اگر حمله ای مسلحانه رخ دهد» صرفاً یک نمونه (نمونه ای مهم) از حق طبیعی و گسترده دفاع از خود است، نمونه ای که سزاوار تاکید منشور می باشد. طرفداران این دیدگاه ادعا می کنند که منشور، دامنه حق «ذاتی» (طبیعی) دفاع از خود طبق حقوق بین الملل عرفی را به هیچ وجه تضعیف نمی کند. استدلال می شود که این حق با این که در حد حس غریزی محض «دفاع از حاکمیت خود» نیست، باز هم دفاع از خود با توسل به زور توسط نیروی مسلحانه را نه تنها در مقابل یک حمله بلکه در دفاع از حقوقی غیر از حق رهایی از حمله مسلحانه مجاز می کند. اما هیچ فهرست روشنی از چنین حقوق اساسی دیگر، تاکنون در حقوق سنتی به وجود نیامده است. این تفسیر از سوی دولت هایی به عمل می آید که می خواهند اقدامات زورمندانه غیر قانونی شان را در چارچوب مفهوم دفاع از خود جای دهند. سازمان ملل متحد تفسیر بالا از ماده ۵۱ و بند ۴ ماده ۲ منشور نپذیرفته است. هنگام تدوین اعلامیه حقوق و وظایف دولت ها در ۱۹۴۹ در کمیسیون حقوق بین الملل هنگام بحث در مورد حق دفاع از خود، عقاید مختلفی پیرامون کاربرد زور پیش از وقوع حمله مسلحانه، ابراز شد. اما سرانجام توافق به عمل آمد که «هر دولتی دارای حق دفاع فردی و جمعی از خود در برابر حمله مسلحانه است.^{۴۲} این توافق نشان می دهد که مفهوم دفاع از خود پیش از وقوع حمله مسلحانه و به صرف قطعی بودن حمله پذیرفته نشده است.

علی رغم اختلاف نظر درباره دامنه حق توسل به دفاع مشروع مسلحانه این توافق کلی وجود دارد که این دفاع الزاماً به دفاع در مقابل حملات علیه قلمرو یک کشور محدود نمی شود، دفع حمله به کشتی ها در دریای آزاد که حق مشروع عبور بی ضرر را اعمال می کند، مجاز است. نیروهای حافظ صلح سازمان ملل متحد یا یک سازمان منطقه ای نیز از حق از خود در مقابل حمله مسلحانه برخوردار هستند. اما حق توسل به زور مسلحانه برای حمایت از اتباع در خارج بر اساس دفاع از خود، مساله ای مورد اختلاف است. بر اساس توافق عمومی، دولتی که به دفاع مشروع متوسل شده دو هدف مشخص دارد: یکی بیرون راندن متجاوز از خاک خود؛ و دیگری تضمین بازگشت به وضع اراضی قبلی و کاهش دادن خطر یک تجاوز جدید. دولت مورد تجاوز بی آنکه بتواند جانشین شورای امنیت بشود- زیرا که این شورا دارای اختیارات رسمی برای استفاده از قوه قهریه علیه دولت متجاوز می باشد- می تواند تا وقتی که تضمینات کافی از سوی این شورا برای تحقق اهداف خود دریافت

⁴⁰ مدنی، سید جلال الدین، حقوق بین الملل عمومی و اصول روابط دول، نشر پایدار، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۳، ص ۱۸۶.

⁴¹ رابرت بلدسو- بوسلاوبو سچک، فرهنگ حقوق بین الملل، ترجمه دکتر علیرضا پارسا، نشر قومس، چاپ اول، تهران ۱۳۷۵، ص ۴۱۸.

⁴² مصفا، نسرین و دیگران، تجاوز عراق به ایران و موضعگیری سازمان ملل متحد، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۶، ۲۹-۲۸.



نکرده است، همچنان به دفاع مشروع خود ادامه دهد.^{۴۳} عموماً پذیرفته شده است که به محض آن که قلمرو دولت متجاوز، آزاد شد دفاع مشروع ممکن است تا داخل خاک دولت متجاوز ادامه یابد و تا امحاء کلیه امکانات و وسایل جنگی دولت متجاوز و مجازات مسؤولان آن دنبال شود.^{۴۴} واضح است که در چارچوب سازمان ملل متحد که به طور قطع به منزله کوششی است برای تمرکز قدرت، دفاع مشروع تا هنگامی که شورای امنیت اقدامات مؤثری جهت متوقف ساختن متجاوز و استقرار صلح و امنیت به عمل نیاورده، ادامه خواهد داشت و کشور مورد حمله، تنها داور تشخیص مؤثر بودن اقدامات خود به شمار خواهد رفت.^{۴۵}

در واقع، میان دفاع مشروع مندرج در ماده ۵۱ و اصل عدم توسل به زور (بند ۴ ماده ۲ منشور) رابطه ای مستقیم وجود دارد. بطور ذاتی، تهدید به توسل به زور نیز نقض بنده ۴ ماده ۲ منشور تلقی می شود. دیوان بین المللی دادگستری در قضیه کنگو علیه اوگاندا در سال ۲۰۰۵ در پاراگراف ۱۴۸ رای اعلام می کند که: بند ۴ ماده ۲ منشور سنگ بنای منشور است و صرفاً با رعایت شرایط مندرج در ماده ۵۱ منشور- دفاع مشروع- می توان این اصل را نادیده گرفت.

تغییر رویکرد از تفسیر مضیق ماده ۵۱ به تفسیر موسع: برخی معتقدند عرف می تواند ماده ۵۱ منشور را دور زده و حتی آن را نسخ نماید. دیوان در قضیه نیکاراگوئه تاکید می کند که تدوین قاعده عرفی به منزله خاتمه حیات عرف نیست و به بیان دیگر، تدوین و تصویب ماده ۵۱ منشور به حیات عرف پیشین خاتمه نمی دهد. این نظر به شکل دیگری در رای دیوار حائل بیان شده که اعلام می کند ماده ۱۲ منشور ملل متحد منسوخ شده چراکه، رویه نشان می دهد مجمع عمومی همزمان با شورای امنیت می تواند در قضیه ای واحد وارد شده و عمل نماید. در مورد ماده ۱۰۳ منشور نیز باید یادآوری نمود که اصل تفوق منشور صرفاً معطوف به تعهدات قراردادی بوده و شامل عرف نمی شود. دبیرکل ملل متحد در گزارش سال ۱۹۹۹ خود به مجمع عمومی با اشاره به وقایع کوزوو و ظهور بازیگران غیردولتی و به جهت تغییر صور کنترل سرزمینی و اعمال موثر حاکمیت، ماده ۵۱ منشور را جوابگوی دنیای تغییر یافته کنونی نمی داند. گزارش هیئت عالی رتبه (High Level Panel Report) -A/۵۹۵۶۵ در پاراگراف ۱۹۰ با اشاره به خطرات احتمالی و بن بست ناشی از اعمال حق وتو پیشنهاد می کند با دولت خطر ساز مذاکره شود تا قانع گرد و در صورت عدم قانع شدن کشور در مخاطره بتواند گزینه نظامی را مد نظر قرار دهد. دبیر کل نیز متعاقب گزارش هیئت عالی رتبه در تاریخ ۲۱ مارس ۲۰۰۵ در پاراگراف ۳۹ گزارش خود A/۵۹۲۰۰۵، اعلام می کند دفاع مشروع پیش دستانه جای بحث ندارد و این نظر غالب علمای حقوق است. در مواردی که حمله قریب الوقوع نباشد باید به شورا این اختیار داده شود تا اقدامات لازم را به عمل آورد و در صورت به بن بست رسیدن شورا، دفاع مشروع صرفاً در مقابل حمله مسلحانه یا حمله قریب الوقوع قابل استناد خواهد بود. در سند نهایی نشست سالیانه مجمع عمومی-۱۵ سپتامبر ۲۰۰۵- در بخش مربوط به امنیت جمعی (Collective Security) در پاراگراف ۷۹ اعلام شده که: ترتیبات منشور در مورد تهدید علیه صلح و توسل به زور کافی است و شورای امنیت حق صدور اجازه توسل به زور را دارد. دیوان کماکان بر تفسیر مضیق تاکید دارد و بر این عقیده نیز هست که اصل عدم توسل به زور قاعده مهم و بنیادین حقوق بین الملل است.

هدف از برقراری دفاع مشروع و نظریات حقوقدانان در این خصوص

در حقوق اسلامی شخصی که خطر تجاوز حقیقی و حال نفس، مال یا ناموس او یا دیگری را تهدید کرده است دست بسته قرار نداده تا خطر بطور همه جانبه او را فرا گیرد یا تجاوز بر او واقع شود به امید آنکه مانع درونی در متجاوز بیدار شود و آتش گناه را در او خاموش

⁴³ ممتاز، جمشید؛ حق طبیعی دفاع مشروع در جنگ عراق با ایران. مندرج در کتاب بازشناسی تجاوز و دفاع، مجموعه مقالات ارائه شده به کنفرانس بین المللی تجاوز و دفاع، تهران، مرداد ۱۳۶۷، ص ۱۸۶.

⁴⁴ همان، ص ۱۸۸.

⁴⁵ یاروسلاو و زورک، مفهوم دفاع در حقوق بین الملل، مندرج در سالنامه انستیتوی حقوق بین الملل- ج ۵۶- اجلاس وین و یسبادن، ص ۵۰/ به نقل

از همان، ص ۱۸۹.



سازد و صبر کند تا جامعه به او کمک کند یا مجرم هدف مجرمانه اش را به مرحله اجرا در آورد و آنگاه به محکمه شکایت کند تا مجرم را به کیفر عمل خود برساند. این حالت را طبع انسان نمی پذیرد و با غریزه فطری. گرایش درونیش به عشق، به زندگی و به جاودانگی منافات دارد و دین اسلام نیز که دین فطری است مخالف با آن است. بنابراین دفاع مشروع حق است ولی نه حق مطلق که مدافع به هر شکل و اندازه ای بخواهد آن را به کار گیرد بلکه دفاع مشروع مقید به هدفی است که باید آنرا ایفا کند پس همانگونه که حق مالکیت دارای وظیفه ای اجتماعی است دفاع مشروع نیز دارای نقش بازدارنده ای است که همین هدف از برقراری دفاع مشروع است. بدیهی است وقتی که دفاع مشروع قدرتی بازدارنده باشد به عنوان مجازات مدافع نسبت به مجازات متجاوز محسوب نمیشود زیرا حق دفاع علی رغم آزار و اذیتی که در خلال دفاع به متجاوز رسیده مانع از مسئولیت متجاوز در برابر تجاوز و اعمال مجازات در باره او نمی باشد. بنابر این اگر کسی دیگری را تهدید به قتل و آزار و اذیت کند نباید حق دفاع بر ضد او بکار گرفته شود. زیرا خطر حال وجود ندارد همینطور اگر کسی خانه دیگری را آتش زده است نباید حق دفاع علیه او بکار گرفته شود زیرا مدافع کوشش میکند که از خطر مصون بماند در حالی که خطر در مثال مذکور در گذشته واقع شده است بنا براین مدافع تنها راهی که دارد این است که یا گذشت کند و یا برای اعمال مجازات درباره متجاوز در صورتی که صحت ادعای او ثابت شود به حکم متوسل شود^{۴۶}.

بنابراین حقوق اسلامی از نفس، مال و ناموس حمایت میکند خواه از آن مسلمان باشد یا از کافر ذمی یا مستامن زیرا بر طبق حدیث نبوی "کل مسلم علی المسلم حرام ذمه و عوضه و ماله"^{۴۷} یعنی (خون و مال و ناموس مسلمانان بر یکدیگر حرام است) و کافر ذمی چون به او امان داده شود با مسلمان در حقوق یکسان است^{۴۸} و در نتیجه هر چه سود یا زیان آنان است به سود یا زیان او نیز خواهد بود اما مستامن که به او امان داده شده و وارد سرزمین اسلامی شده است تجاوز به حقوق او نیز جایز نبوده و رعایت این امان تا زمانی که در سرزمین اسلامی است بر مسلمانان واجب است. همینطور دانشمندانی از جمله هگل - گاروفالو - وازان ژاک روسو، در خصوص هدف اعمال چنین قاعده ای نظریات شایان توجهی را بیان کرده اند که از این جهت حائز اهمیت است.

نتیجه گیری

دفاع از خود در برابر دشمن که امری فطری و غریزی است و ریشه در ذات و طبیعت انسان دارد، از دیرباز به عنوان یک تاسیس حقوقی وارد قوانین کیفری نظام های حقوقی کشورهای مختلف جهان شده است. در دین مقدس اسلام نیز، دفاع در برابر دشمن، امری پسندیده است و در منابع فقهی نیز دفاع، برحسب موضوع مورد دفاع، واجب یا جایز است. اسلام، هر گونه ارتباط و پیوستگی را با غیرمسلمانان، بر اساس حاکمیت آن اصول و ارزشها مشروع می داند، با این همه در مقابل هر گونه تجاوز، به ویژه از سوی غیرمسلمانان، دفاع را واجب می داند. این مسئله شاید یکی از تفاوت های دفاع در نظام حقوق اسلامی و حقوق بین الملل باشد، زیرا در حقوق بین الملل دفاع یک تعهد دولت نیست. فقهای مسلمان، با آنکه در مورد جهاد ابتدایی با یکدیگر اختلاف داشته باشند، بر اساس آیات و روایات و سیره پیامبر اسلام (ص) بر سر وجوب جهاد تدافعی اتفاق نظر دارند. به نظر می رسد که اصل دفاع مشروع هم در نظام حقوق اسلامی پذیرفته شده است و هم در حقوق بین الملل، هر چند تفاوت هایی بین هر دو وجود دارد. دلیل عمده وجود تفاوت بین این دو نظام حقوقی اسن است که اسلام یک نظام حقوقی مستقل است که مبتنی بر یک عقیده می باشد، حال آنکه حقوق بین الملل یک نظام حقوقی سکولار است که برای ایجاد صلح، حفظ صلح و گسترش همکاری بین دولت ها و ملت ها به وجود آمده است. مشروعیت حقوق اسلامی از منابع مقدسی مانند قرآن و سیره و روایات معصومین است، در حالیکه قواعد حقوق بین الملل زمانی به وجود آمده و جنبه حقوقی پیدا می کند که مورد تایید کشورها باشد. از جمله تفاوت های دفاع مشروع در دو نظام حقوقی این است که دفاع مشروع برای صیانت از کیان و جان مسلمانان است و حال آنکه دفاع مشروع

46 - داود عطار - دفاع مشروع در حقوق جزای اسلام ص ۳۱ تا ۳۳.

47 - این حدیث را بخاری و مسلم روایت کرده اند، به نقل از داود عطار، ماخذ بالا

48 - احکام الذمین و المستامن - عبدالکریم زیدان، ص ۸۹ - ۱۳۱ به نقل از ماخذ بالا



در حقوق بین الملل می تواند جمعی بوده و تابع منافع کشورها است. یکی دیگر از تفاوت های این دو نظام در بحث دفاع مشروع این است که دفاع مشروع به این دلیل که در اسلام واجب است امکان اینکه توسط مجموعه های غیر دولتی نیز انجام شود، متصور است ولی دفاع مشروع در حقوق بین الملل توسط دولتها- یا سازمان های بین المللی- انجام می گیرد.

وجود این تفاوت ها البته مانع از این نیست که در بحث دفاع مشروع بین این نظام نتوان جمع کرد. از نظر هر نظام حقوقی، تحقق دفاع مستلزم وجود دو عنصر اساسی، یعنی حمله و دفاع است. تجاوزی مستوجب حق دفاع است که غیرمشروع و غیرقانونی باشد. از دیگر شرایط حمله، این است که خطر باید فعلی و قریب الوقوع بوده و نیز به گونه ای باشد که به هیچ طریق دیگری، قابل دفع نباشد. دفاع نیز مقید به شرایطی است، از جمله که باید ضرورت داشته باشد و از سوی دیگر، مدافع، مجاز نیست از هر گونه نیرو و به هر اندازه، برای دفع تجاوز استفاده کند. در دفاع مشروع، کاربرد خشونت، در راستای دفاع از خود، غیر اختیاری می شود و در واقع چاره ای جز توسل به آن باقی نمی ماند و علاوه بر این واکنشی نیز هست و بصورت دفاعی، انجام می شود و فراتر از اینها، خشونتی کاملاً قانونی و مشروع قلمداد می گردد. دفاع مشروع، حقی است که انسان، بطور ذاتی و طبیعی از آن برخوردار است و در حقوق جزایی بسیاری از کشورها، قانونی بوده و فراتر از همه اینها، در شرع مقدس اسلام و فقه اسلامی، به رسمیت شناخته شده و شرایط آن به روشنی مشخص گردیده است.

منابع:

- ۱- قرآن کریم
- ۲- الزبده الفقیه، ج ۳.
- ۳- المهذب الاحکام، ج ۱۵.
- ۴- ابو صلاح حلبی؛ الکافی فی الفقه، ضمن سلسله الینابیع، ج ۹، علی اصغر مروارید، بیروت، موسسه فقه الشیععه، الدار الاسلامیه، ۱۴۱۰.
- ۵- ابن زهره، غنیة النزوع، ضمن سلسله الینابیع، ج ۹.
- ۶- علامه حلّی، قواعد الاحکام، ضمن سلسله الینابیع، ج ۹.
- ۷- شهید اول، المعه الدمشقیه، ضمن سلسله الینابیع، ج ۹.
- ۸- النهادیة فی مجرد فقه و الفتاوی، شیخ طوسی.
- ۹- قواعد الاحکام، علامه الحلّی، ضمن سلسله الینابیع، ج ۹.
- ۱۰- شرائع الاسلام، محقق حلّی، ج ۴.
- ۱۱- ایضاح الفوائد فی شرح القواعد، ج ۴.
- ۱۲- مجمع الفایده و البرهان، ج ۱۳.
- ۱۳- شهید اول، الدروس.



۱۴- شهید ثانی، مسالک.

۱۵- جواهر الکلام، محمد حسن نجفی، ج ۲۱، تهران، دارالکتب الاسلامیه، المکتبه الاسلامیه، ۱۴۱۴.

۱۶- الکافی فی فقه اهل المدینه، ضمن المصادر الفقیهه، ج ۱۲.

۱۷- مقدس اردبیلی، زیده البیان.

۱۸- راوندی، فقه القرآن، ج ۹، ص ۱۴۴، ضمن سلسله الینابیع الفقیهه.

۱۹- خسروی، علی اکبر، حقوق بین الملل- دفاع مشروع، موسسه فرهنگی آفرینه، تهران، سال ۱۳۷۳.

۲۰- ممتاز، جمشید؛ حق طبیعی دفاع مشروع در جنگ عراق با ایران.

۲۱- محمدرضا ضیایی بیگدلی، حقوق جنگ، تهران: دانشگاه علامه طباطبایی، ۱۳۷۳.

۲۲- سخنرانی دکتر جمشید ممتاز در مرکز مطالعات عالی بین المللی دانشگاه تهران ۹/۷/۸۶.

۲۳- خسروی، علی اکبر خسروی، علی اکبر، حقوق بین الملل، حق دفاع مشروع، نشر آفرینه، تهران، ۱۳۷۳.

۲۴- مدنی، سید جلال الدین، حقوق بین الملل عمومی و اصول روابط دول، نشر پایدار، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۳.

۲۵- رابرت بلدسو- بوسلاو بوسچک، فرهنگ حقوق بین الملل، ترجمه دکتر علیرضا پارسا، نشر قومس، چاپ اول، تهران ۱۳۷۵.

۲۶- مصفا، نسربین و دیگران، تجاوز عراق به ایران و موضعگیری سازمان ملل متحد، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۶.

۲۷- حسینی، سید علی، بررسی دفاع مشروع از منظر اسلام و حقوق بین الملل