

A Comparative Study on the Concept, Nature and Conditions of Proportionality in International Humanitarian Law and Islamic Law

Received: 25/03/2017; Accepted: 21/11/2017

Abbasali Azimi Shoushtari¹

Seyyed Morteza Hoseyni Fazel²

Abstract

The principle of proportionality is codified as a customary rule in the Additional Protocol 1 and the statute of International Criminal Court as well. However, its concept, nature and conditions for exercise are subject to some ambiguities. Under Islamic law and specifically as regards defense, there are some rules that are compatible with the newly-emerged term of "principle of proportionality". It seems necessary to study this principle comparatively in order to investigate the differences and similarities between these two legal systems and trying to decrease the ambiguities of principle of proportionality. The question is that what are the similar and distinguished aspects of two aforementioned legal systems in this regard? Employing the qualitative method of researching, using principles of legal and jurisprudential deduction and interpretation, and applying comparative techniques demonstrated that there are fundamental differences between these two legal systems as to the concept and some conditions of principle of proportionality. It is due to the fact that Islamic law, because of the significance of lives of human beings, authorises the application of the principle of proportionality in a more limited scope rather than what international law does.

Keywords: Principle of Proportionality, Islamic Law, International Humanitarian Law, Rule of Necessity, Rule of Separation.



¹ Assistant Professor, Imam Sadeq Institute for Islamic Sciences (Corresponding Author);

Email: abazimy@gmail.com

² Ph. D. Candidate in Islamic Jurisprudence and Foundations of Islamic Law, University of Faiths and Religions.



پروہشگاہ علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

پژوهشی تطبیقی درباره مفهوم، بایست و شرایط اصل تناسب در حقوق بشردوستانه بین‌المللی و حقوق اسلام

عباسعلی عظیمی شوشتری^۱

تاریخ دریافت ۹۶/۰۲/۰۵ - تاریخ پذیرش ۹۶/۰۸/۳۰

سید مرتضی حسینی فاضل^۲

چکیده

اصل تناسب در پروتکل الحاقی یک و نیز اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی به عنوان یک قاعده حقوقی عرفی تدوین شده است. با این حال مفهوم، ماهیت و نیز شرایط اعمال آن با ابهاماتی روبروست. در حقوق اسلام نیز به ویژه در موضوع دفاع، احکامی بیان گردیده که با اصطلاح نوپیدای «اصل تناسب» همگونی دارند. بررسی تطبیقی این اصل به منظور تبیین نقاط اشتراک و افتراق این دو نظام حقوقی و نیز تلاش برای کاستن از ابهام‌های اصل تناسب ضروری می‌نماید. پرسش این است که وجوه اشتراک و تمایز دو نظام حقوقی پیش‌گفته در این زمینه کدامند؟ بهره‌گیری از روش تحقیق کیفی و بکارگیری اصول استنباط و تفسیر حقوقی و فقهی و همچنین بهره‌گیری از روش‌های تطبیقی نشان داد تفاوت‌های این دو نظام حقوقی در مفهوم و برخی شرایط اصل تناسب بنیادین است. چه اینکه حقوق اسلامی به دلیل اهمیت حفظ جان انسان‌ها، کاربرد اصل تناسب را در گستره‌ای محدودتر از حقوق بین‌الملل جایز می‌داند.

واژگان کلیدی: اصل تناسب، حقوق اسلام، حقوق بین‌الملل بشردوستانه، قاعده ضرورت، قاعده تفکیک.

^۱ استادیار پژوهشگاه علوم اسلامی امام صادق (ع)؛ (نویسنده مسئول)؛ رایانامه: abazimy@gmail.com

^۲ دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق، دانشگاه مذاهب اسلامی.



مقدمه

اصل تناسب^۱ در حقوق بین الملل به عنوان یکی از اصول چهارگانه حقوق بشردوستانه آمده^۲ و دیوان کیفری بین المللی یوگسلاوی سابق نیز در جریان محاکمه کوپراسکیچ و دیگران این اصل را به عنوان یک قاعده حقوق عرفی پذیرفته است. (UN, 14 Jun 2000:205, Para:524) همچنین در پروتکل اول ۱۹۷۷ و نیز در اساسنامه دیوان کیفری رم این اصل مورد توجه بوده است. اصل تناسب می کوشد به منظور رعایت حقوق بشردوستانه، طرف های متخاصم را در بکارگیری سلاح و روش های جنگی، محدود کند تا کم ترین آسیب متوجه مردم عادی و اهداف غیرنظامی باشد. از سوی دیگر این اصل در فقه اسلامی نیز به ویژه در باب اضطرار و نیز در قاعده تترس (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۵، ۱۲) مورد توجه فقهای اسلام بوده است.

با وجود تصریح پروتکل الحاقی یک و اساسنامه به این اصل، بررسی وضعیت غیرنظامیان و هدف قرار گرفتن مناطق غیرنظامی در دو جنگ جهانی و نیز جنگ های اخیر تکفیری ها در خاورمیانه نشان می دهد که کارآمدی این اصل با ابهام جدی روبروست. این نیز به نوبه خود از ابهام در مفهوم، ماهیت و نیز شرایط اعمال اصل تناسب ناشی می شود. از سوی دیگر نوپیدایی این اصطلاح در حقوق اسلامی و عدم تبیین احکام و شروط رعایت آن، موجب ابهام در نگاه اسلام به مفهوم، ماهیت و شرایط اعمال آن گردیده است.

به منظور کاهش ابهامات اصل تناسب و تبیین وجوه اشتراک و تمایز دو نظام حقوقی اسلام و حقوق بشردوستانه بین الملل در این رابطه، ابتدا تعاریف و مبانی نظری اصل تناسب بر پایه این دو نظام حقوقی تبیین شده و پس از آن ماهیت حقوقی اصل تناسب و همچنین

^۱ - proportionality

^۲ - ضرورت نظامی، تناسب، تفکیک و ممنوعیت وارد کردن رنج های غیر ضروری





شرایط استناد به آن را تحلیلی تطبیقی نموده‌ایم تا در بخش نتیجه‌گیری وجوه تمایز و اشتراک این دو نظام حقوقی را بیان نماییم.

۱. گستره پژوهش

در این مقاله حقوق اسلام را عمدتاً با رویکرد فقهای شیعه مورد مطالعه قرار داده‌ایم و البته از آثار علمای اهل سنت نیز بهره خواهیم برد. نکته‌ای که باید به آن اشاره کرد این است که در این مقاله اصل تناسب در حقوق اسلام را با نگاه به جهاد با همه اصناف کفار تحلیل کرده‌ایم و موضوعات جنگ با بغات از حوزه بحث خارج هستند.

۲. مفهوم‌شناسی و مبانی نظری

تناسب در لغت به مفهوم سازگاری، سنخیت و هماهنگی آمده است (خداپرستی، ۱۳۷۶، ذیل تناسب)

مفهوم تناسب در حقوق به عنوان یک معیار انصاف و عدالت در فرآیندهای تفسیر قانونی استفاده می‌شود، بنابراین در رشته‌های مختلف حقوقی همچون حقوق اداری و حقوق جزا مطرح می‌شود. این اصطلاح را در دو نظام حقوقی بشردوستانه بین‌المللی و اسلام بررسی می‌کنیم:

۲-۱. در حقوق بشر دوستانه بین‌المللی

مبنای اصل تناسب را باید ماده (۲۲) مقررات ضمیمه کنوانسیون شماره ۴ لاهه ۱۹۰۷ دانست که مقرر می‌دارد: «حق طرفین درگیری در بکارگیری ابزار برای آسیب رساندن به دشمن نامحدود نیست». پروتکل الحاقی ۱ سال ۱۹۷۷ در دو ماده به تناسب اشاره می‌کند. بند ب ماده (۵۱، ۵) تصریح می‌کند «حمله‌ای که انتظار می‌رود، به طور اتفاقی موجب صدمه جانی به غیرنظامیان، مجروح شدن آنها، خسارت به اموال غیرنظامی و یا مجموعه‌ای از آنها شود، و نسبت به مزیت نظامی مشخص و مستقیم پیش‌بینی شده، بیش از حد باشد...» بند د ماده (۵۷، ۲) نیز بیان می‌کند: «اگر آشکار شود که قصد، حمله به یک نظامی نبوده یا... انتظار رود که حمله باعث تلف شدن جان غیر نظامیان، مجروح شدن آنها، خسارت به





اموالشان، و یا مجموعه‌ای از آن‌ها شود، که نسبت به امتیاز نظامی واقعی و مستقیم پیش‌بینی شده، بیش از حد باشد، حمله باید لغو و یا به حالت تعلیق درآید.» بنابراین اصل تناسب به این مفهوم خواهد بود که خسارات وارده به شهروندان و اهداف نظامی در اثر حمله به اهداف نظامی با توجه به مزیت و امتیاز نظامی مکسبه بیش از حد نباشد. در رابطه با این مواد قانونی چند نکته درخور توجه است:

۲-۱-۱. «بیش از حد» ناظر بر کمیت و نیز کیفیت است. یعنی حمله هم از نظر کمیت خسارت‌ها و هم از نظر کیفیت، تعداد تلفات و میزان خسارات وارده، گستره جغرافیائی، کیفیت آسیب‌ها و رنج‌ها و تأثیرگذاری آن بر زندگی غیرنظامیان نباید بیش از حد باشد.

۲-۱-۲. عبارت «بیش از حد» کلی است و صراحت مورد نیاز قوانین کیفری را ندارد. همین امر راه را برای برداشت‌های متفاوت هنگام رسیدگی باز می‌گذارد. سؤال این است که چه چیزهایی باعث کشتار بیش از اندازه می‌شود؟ چه کشتاری بیش از اندازه است؟ معیار چیست که هر مقدار از آن بالاتر باشد بیش از حد است؟ آیا می‌توان یک معیار مشخص ارائه کرد؟ از نظرات تفسیری که بر حاشیه پروتکل اول ۱۹۷۷ زده شده، می‌توان استنباط کرد که اختلاف نظر زیاد بوده است. نمایندگان برخی از کشورها معتقد بودند که این اصل، ممنوعیت حمله به غیرنظامیان را تضعیف می‌کند و توجیهی قانونی برای حمله به غیرنظامیان فراهم می‌سازد. (ICRC, 1972: 153) حتی برخی معتقد بودند که موجب تشویق متجاوزان می‌شود. (ICRC, 1972: 153) برخی کشورها نیز این اصل را برای مردم غیر نظامی خطرناک دانسته ولی جایگزینی برای آن ارائه نکردند (Henckaerts & Doswald-Beck, 2009, Vol. II, 89; ICRC, 1987: 625). در مقابل کشورهایی مانند فرانسه آن را ناقض حق دفاع مشروع می‌دانستند. (Bek, 2009, Vol. I: 47) برخی کشورها نیز این اصل را برای مردم غیر نظامی خطرناک دانسته ولی جایگزینی برای آن ارائه نکردند (Henckaerts & Doswald-Beck, 2009, Vol. II, 89; ICRC, 1987: 625). در مقابل کشورهایی مانند فرانسه آن را ناقض حق دفاع مشروع می‌دانستند. (Bek, 2009, Vol. I: 47) مشخص است که صبغه سیاسی چنین برداشتی بیش از نگاه حقوقی به آن است، زیرا در قسمت آخر تصریح می‌کند که با توجه به مزیت نظامی مکسبه نباید بیش از حد باشد. پس چون کشورها نتوانستند بر یک مصداق روشن توافق کنند، از این عبارت استفاده شد که در واقع سازشی میان خواسته‌های آنها بود.





علاوه بر این، از ماده (۲،۵۱) پروتکل الحاقی برداشت می‌شود که اگر حمله موجب ورود چنان آسیب‌هایی به غیر نظامیان گردد که آشکار شود، در واقع قصد حمله کنندگان هدف قراردادن غیرنظامیان بوده، آن اقدام «بیش از حد» تلقی می‌شود. یعنی، نقض اصل تناسب زمانی است که از نحوه عمل و شدت خسارات بتوان درک کرد که حمله کنندگان از اول قصد رعایت اصل «تفکیک»^۱ را نداشته‌اند. بر این اساس، اصل تناسب به گستره اصل تفکیک محدود و صرفاً قرینه‌ای برای اثبات قصد حمله کنندگان در نقض اصل تفکیک می‌شود. در این صورت اصل تناسب یک اصل تبعی و وابسته به اصل تفکیک است.

در ردیف ۴ بند (ب) ماده (۸،۲) اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری تلاش شده مفهوم روشن‌تری از اصل تناسب ارائه شود: «توسل عامدانه به یک حمله با علم و اطلاع از اینکه چنین حمله‌ای منجر به مرگ یا مجروح شدن شهروندان یا خسارت به اهداف غیرنظامی می‌شود... که نسبت به مزیت و امتیاز نظامی مستقیم و واقعی بدست آمده، به وضوح بیش از حد باشد» هرچند عبارت «به وضوح» برای کاستن از ابهام «بیش از حد بودن» افزوده شده، اما این عبارت نیز با چند اشکال بنیادین روبروست:

اول؛ قید «به وضوح» بر عبارت «بیش از حد»، قلمرو آن را محدود می‌نماید. بر این اساس، در حمله‌ای که غیرنظامیان خسارت و تلفات می‌بینند، زمانی نامتناسب تلقی می‌شود که به وضوح بیش از حد باشد. پس اگر وضوح آن اثبات نشود، مشمول عدم تناسب نمی‌شود.

دوم؛ عبارت «به وضوح» نیز همچنان از نبود معیار و شاخص سنجش رنج می‌برد و مرز میان وضوح و عدم وضوح مشخص نیست.

۲-۳. عبارت «با توجه به مزیت و امتیاز نظامی» نشان می‌دهد که تناسب در واقع یکی از شرایط تحقق اصل ضرورت نظامی است. با این حال این عبارت ابهام‌آمیز است؛ آیا منظور از مزیت نظامی منوط بودن جلوگیری از شکست یا پیروزی در جنگ به آن می‌باشد؟ یا مزیت‌های نظامی مقطعی را نیز شامل می‌شود؟





اگرچه در لایحه الحاق جمهوری اسلامی به پروتکل الحاقی اول که توسط دولت در سال ۱۳۹۱ تقدیم مجلس شد، برداشت اول از ماده (۵۱) پذیرفته شده، اما از سیاق این مواد و از مذاکرات کنفرانس پروتکل الحاقی و حاشیه‌هایی که کشورها بر این پروتکل زده‌اند اینگونه استنباط نمی‌شود (Ibid) بلکه، بر عکس از آن استنباط می‌شود که وجود مزیت مقطعی بر دشمن یا «برای دستیابی به یک هدف مشروع» در جنگ کافی است. دیوان کیفری یوگسلاوی سابق در پرونده «راجیچ»، متهم به برنامه‌ریزی و فرماندهی حمله به روستای بی-دفاع «استوپنی دو»^۱ تصریح کرد که «تخریب این روستا برای تحقق هیچ هدف مشروعی ضرورت نداشت» (Oxman, 1997: 518)

بخشی از ابهامات نیز به مصادیق مزیت نظامی بر می‌گردد؛ آیا مجبور ساختن طرف مقابل برای بازگشت به میز مذاکره و تسلیم شدن به شروط، یک مزیت نظامی است؟ به عبارت دیگر آیا می‌توان برای تحت فشار قرار دادن او، شهروندان و اهداف غیر نظامی‌اش را هدف قرارداد؟ چنانکه آمریکا در جنگ ویتنام (۱۹۷۳-۱۹۶۵) پس از این که مذاکرات صلح به بن‌بست رسید، به بمباران چندین هدف غیر نظامی در شهرهای هانوی و هایفونگ دست زد (Carnahn, 1998 : 224-225) و این امر باعث پیش‌برد اهداف سیاسی آمریکا و همچنین دستیابی به اهداف تاکتیکی این کشور شد.

۲-۱-۴. معیار «بیش از حد نبودن» در اصل تناسب در خصوص اصل دفاع مشروع نیز مطرح می‌شود (Brownlie, 1963: 261). در سال‌های ۱۹۸۷ و ۱۹۸۸، ایالات متحده، به سکوهای نفتی ایران در خلیج فارس حمله کرد. این کشور مدعی بود که سکوهای نفتی، محل استقرار نیروهای ایرانی بودند. دیوان بین‌المللی دادگستری رأی داد که حملات به سکوی نفتی و غرق کردن دو ناوچه ایرانی و دیگر شناورهای نیروی دریایی، و انهدام هواپیمای غیر نظامی ایرانی، استفاده نامتناسب نیرو در واکنش دفاع از خود بوده است. (I. I.

^۱ - روستائی از توابع شهرستان وارث در بوسنی و هرزه گوین است که به دلیل قتل عام مردم آن توسط صرب‌ها معروف شد.





41: 2003, C. J. Reports) که منظور در اینجا همان بیش از حد بودن عکس العمل آمریکا

تلقی شده است.

۲-۲. در حقوق اسلام

گرچه این اصطلاح نوپیدا در منابع تشریع و نیز آثار مفسران و عالمان دیده نمی‌شود، اما مفهوم این اصل را می‌توان در آموزه‌های قرآنی و روایی به خوبی مشاهده نمود:

۱- «وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ وَلَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ» (نحل/۱۲۶) یعنی: «اگر عقوبت می‌کنید، نظیر آن عقوبت که دیده‌اید، عقوبت کنید و اگر صبوری کنید همان برای صابران بهتر است.» طبق روایات تفسیری، این آیه پس از شهادت حضرت حمزه (ع) و تصمیم پیامبر به انتقام‌گیری از دشمنان نازل شد. (طباطبائی، ۱۳۷۴، ج ۱۲: ۵۴۱) اگرچه در کتب فقهی این آیه در مباحث مربوط به قصاص (طوسی، ۱۴۱۶، ج ۵: ۱۹۵) و ضمان مثلی و تهاثر دین (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰: ۳۸۹) مورد استناد قرار گرفته، اما قرائن فراوانی در آیه وجود دارد که نشان می‌دهد مصداق روشن آیه جنگ است (برجی، ۱۳۸۴: ۴) و ویژه برخی مباحث فقهی نیست، بلکه حکم آن عام است و در هر ظلمی، فرد مظلوم باید بر این اساس عمل کند (مجلسی، ۱۴۰۴: ۲۶۷) آیه فوق دستور می‌دهد که اگر خواستید آنان را مجازات کنید، موظف به رعایت تناسب و مقابله به مثل هستید و نباید از این حد تجاوز کنید (برجی، ۱۳۸۴: ۴). به موجب این آیه و قرائن آن، هر عبوری از چارچوب‌ها و مقررات، باید دلیل موجه شرعی داشته باشد به همین دلیل از عبارت «عاقبوا» استفاده شده است و با بکارگیری کلمه «مثل» تاکید می‌کند که این عبور باید با علت عبور تناسب داشته باشد.

۲- وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ^۱

این آیه «اقتضا می‌کند که پیکارگران [مقاتلین] کسانی باشند که در حال پیکار و قتال هستند، اما کسی که آماده این کار است و شایستگی پیکار را دارد، اما اقدامی نکرده، پیکارگر [مقاتل] نامیده نمی‌شود، مگر از روی مجاز» (فخر رازی، ۱۴۲۰: ۲۸۸). برخی آیه



۱. و در راه خدا با کسانی که با شما می‌جنگند نبرد کنید؛ و از حد تجاوز نکنید، که خدا تعدی کنندگان را دوست



سیف، را نسخ این آیه دانسته و پیکار با غیرنظامیان را جایز دانسته‌اند (طبرسی، ۱۳۷۲: ۵۱۰). اما دیگران با این استدلال که مفاد آیه نسخ‌پذیر نیست، دیدگاه نسخ آیه را رد کرده‌اند. چراکه در ذیل آیه از اعتداء نهی شده است. بنابراین هر جا زیاده روی و اعتداء صدق کند، ظلم محقق شده و سبب ناخرسندی خداوند است. از سوی دیگر نسخ خلاف اصل است و برای اثبات آن به دلیل نیاز است (تقی‌زاده اکبری، حسینی فاضل، ۱۳۹۲: ۱۵۰؛ راوندی، ۱۴۰۵: ۳۳۰). بنابراین نهی از اعتداء از یک سو به معنی عدم جواز پیکار با کسانی است که قصد جنگیدن ندارند که این مفهوم آیه با اصل تفکیک منطبق است. از دیگر سو، به این معنی است که در جنگ با دشمن هرگونه اقدامی که تجاوز بر آن صدق کند، حتی قطع کردن درختان، ممنوع است. مگر اینکه جهاد متوقف بر آن باشد (مطهری، ۱۳۹۱: ۲۰) به دیگر سخن، هر نوع تجاوز از حد و زیاده روی که با اهداف نبرد تناسب نداشته باشد، حتی نسبت به نظامیان (مانند مثله کردن آنان) ممنوع است. این مفهوم با اصل تناسب در مخاصمات مسلحانه سازگاری دارد. بنابراین اصل تناسب را باید اصلی بنیادین در حقوق مخاصمات مسلحانه در اسلام قلمداد نمود. به همین دلیل در پایان آیه این مفهوم را با عبارت «إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ» تثبیت می‌کند تا روشن شود هر اقدامی غیرمتناسب با جنگ حتی در جنگ با دشمنان دین خدا، مبعوض خداوند است.

۳- فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ در این آیه که در ادامه آیه گذشته نازل شده، تجاوز در مقابل تجاوز را با رعایت برابری یا «مثل» تشریح نموده است. (طباطبائی، ۱۳۷۴، ج ۲: ۹۲) دیگر اینکه بر همان اصل زیر بنائی یعنی تعارض زیاده روی با تقوای الهی و مبانی حقوق اسلام تأکید می‌کند.

همچنان که خداوند در این دو آیه با فاصله‌ای اندک از هم، بر مبعوض بودن متجاوز و ناهمگونی اقدام نامتناسب با تقوای الهی تأکید می‌کند و این نشانه اهمیت اصل تناسب در

۱. توبه: ۵

۲. پس هر کس بر شما تعدی کرد شما هم به همان اندازه که بر شما ستم روا داشتند بر آنان حمله کنید و نسبت به ستم بیش از آن از خدا بترسید و بدانید که خدا با مردم با تقوا است. (بقره: ۱۹۴)





اسلام و همچنین دشواری پابندی به این اصل در میدان نبرد است. زیرا جنگ محل بروز خشم و تأثیر فضای خشونت آمیز بر روحیه جنگاوران است و کنترل غریزه خشم و خشونت در آن بسیار سخت است و رعایت آن مستلزم درجاتی از توانمندی روحی و روانی است. (طباطبائی، ۱۳۷۴، ج ۲: ۹۲)

۵- مبنای دیگر اصل تناسب در اسلام قاعده «الضرورات تقدر بقدرها» است. یعنی جواز فعل حرام باید متناسب با میزانی باشد که حالت ضرورت را برطرف کند. هر فعل یا ترک فعلی که به حکم ضرورت مباح شده است تنها در حدی رواست که با آن زیان و آسیب دور شود و یا هدف مشروع در جنگ محقق شود. هر اقدامی که بیشتر انجام شود، به اصل یعنی «حرمت» برمی گردد. لذا قرآن می فرماید: «فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَكَأَ عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ» (بقره/۱۷۳) یعنی: «(ولی) آن کس که مضطر شود، در صورتی که ستمگر و متجاوز نباشد، گناهی بر او نیست خداوند بخشنده و مهربان است.» همچنین می فرماید: «فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرِ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ» (مائده/۳) در اسلام چون ماهیت حرام بودن عمل باقی می ماند، اباحه یا عدم مسئولیت تا جایی است که تناسب برقرار است، پس به محض عبور از مرز تناسب به هر شکل اباحه نیز برداشته می شود. در نتیجه نمی توان برای هدف قراردادادن محل استقرار دشمن در یک شهر، همه شهر را با خاک یکسان کرد. برخلاف نیروهای متفق در شهر درسدن و هامبورگ آلمان در جنگ جهانی دوم عمل کردند.^۱

بنابراین اگرچه آیات مبارکه فوق ناظر به تعادل در مقابله به مثل هستند، اما می توان مفهوم کلی تناسب را از آن استنباط کرد. زیرا واژه «مثل» در آیه های بالا، مفهومی کیفی و کمی است یعنی حد کمی و کیفی اقدام ثانویه باید با اقدام اولیه یا علتی که اقدام ثانویه را مشروع کرده برابر باشد که این علت می تواند ضرورت نظامی یا تترس باشد و این اصل کلی



^۱ - حملات هوایی بزرگ در هامبورگ، برلین، درسدن، توکیو، هیروشیما و ناگازاکی به دست دولت بریتانیا و ایالات متحده آمریکا، باعث شد که رسیدگی و صدور رأی [دادگاه نورنبرگ] در باره حملات هوایی آلمان که در مقایسه با حملات آمریکا و بریتانیا ناچیز بودند را تقریباً غیر ممکن کند. (Taylor, 1992: 326)



تناسب محسوب می‌شود. همچنان که نهی از «اعتدا» به معنای حرمت بیرون شدن از حد در اقدام متقابل است که در مقابل عبارت تناسب قرار می‌گیرد. (طباطبائی، ۱۳۷۴، ج ۲: ۸۹) در نتیجه باید گفت این آیه با تعبیر «بیش از حد» که در ردیف ۴ بند (ب) ماده (۸،۲) اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری آمده، شباهت دارد.

۳. ماهیت حقوقی اصل تناسب

اکنون این پرسش مطرح است که اصل تناسب از عوامل موجهه جرم است یا «عدم تناسب» یکی از عناصر تشکیل دهنده جرم می‌باشد؟

۳-۱. در حقوق بشر دوستانه بین‌المللی

اگر اصل تناسب را از عوامل موجهه جرم بدانیم، در واقع پذیرفته‌ایم که این اصل نیز جزئی از معاذیر قانونی است که موجب سلب مسئولیت کیفری اقدام کننده می‌شوند. در این صورت، این امر شرط عدم مسئولیت کیفری خواهد بود. ماده (۳۱) اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی مواردی مانند دیوانگی، مستی، دفاع مشروع و اجبار را به عنوان معاذیر قانونی‌ای برشمرده که موجب معافیت از مسئولیت کیفری می‌شوند. در صدر این ماده چنین آمده: «علاوه بر سایر موارد معافیت از مسئولیت کیفری که در این اساسنامه پیش بینی شده است...» از این عبارت ممکن است این گونه استنباط شود که موارد ذکر شده از باب نمونه هستند و در نتیجه معاذیر قانونی منحصر به این موارد نیست. باید گفت عواملی که منجر به سلب مسئولیت می‌شوند، فقط معاذیر قانونی نیستند بلکه نبود عناصر تشکیل دهنده جرم هم خود بخود منجر به سلب مسئولیت می‌شوند، با این تفاوت که این عناصر با قلب ماهیت عمل مجرمانه موجب معافیت از مسئولیت می‌شوند، حال آن که معاذیر قانونی با حفظ ماهیت عمل مجرمانه معافیت از مسئولیت را به همراه دارند. حال باید دید که اصل تناسب در کدام دسته قرار می‌گیرند.

در گزارشی که از اسناد رسمی مجمع عمومی کشورهای عضو دیوان کیفری بین‌المللی رم هنگام بررسی اساسنامه آن در کنفرانس سال ۲۰۰۲ تهیه شد و در کنفرانس سال ۲۰۱۰





تحت عنوان «عناصر تشکیل دهنده جرائم» مورد پذیرش قرار گرفت، برای جرائمی که در صلاحیت دیوان هستند عناصری بر شمرده شده است. ذیل ردیف ۴ بند (ب) ماده (۸،۲) اساسنامه، یکی از عناصر تشکیل دهنده جرم جنگی را چنین بیان می‌کند: «حمله کننده از قبل آگاهی داشته باشد که چنین حمله‌ای موجب تلفات جانی یا آسیب احتمالی به غیرنظامیان یا خسارت به اهداف غیرنظامی یا آسیب گسترده، دراز مدت و شدید به محیط زیست خواهد شد، به گونه‌ای که چنین آسیب‌ها و خساراتی به وضوح نسبت به مزیت نظامی ملموس و مستقیم مورد انتظار از آن بیش از حد است» (International Criminal Court, 2011:19) همچنین در ردیف ۱۳ بند (ب) همان ماده، پنجمین عنصر از عناصر تشکیل دهنده جرم را بیان می‌کند: «تخریب یا تصرف، قابل توجیه به وسیله ضرورت نظامی^۲ نباشد» (International Criminal Court, 2011:25)

پس عدم وجود ضرورت نظامی یکی از عناصر تشکیل دهنده جرم حمله به اهداف غیرنظامی و شهروندان عادی است. به عبارت دیگر وقوع جرم ثابت نمی‌شود مگر اینکه عدم وجود ضرورت نظامی ثابت شود و بار اثبات نیز بر عهده مدعی وقوع جرم یعنی دادستان است. یعنی اصل برائت در اینجا جاری می‌شود و چون اثبات بیش از حد بودن نسبت به مزیت نظامی مورد انتظار (یا همان تناسب) نیز شرط اثبات تحقق عدم وجود ضرورت نظامی و در نتیجه وقوع جنایت جنگی می‌باشد، عدم تناسب نیز باید به وسیله همان دادستان ثابت شود. کاملاً روشن است اثبات عدم تناسب با مزیت و امتیاز نظامی، آن هم در شرایطی خارج از محیط جنگی بسیار سخت است. این امر ما را با این واقعیت روبرو می‌کند که در حقیقت در هر حمله‌ای که منجر به کشتار غیرنظامیان شود، اصل بر برائت و غیرمجرمانه بودن عمل است مگر اینکه خلاف آن ثابت شود. این امر در عمل سبب کاهش کارآمدی اصل تناسب در جلوگیری از حمله به اهداف غیر نظامی و شهروندان عادی می‌شود. (Dill, 2010: 2)

^۱ - Elements of Crimes

^۲ - منظور از ضرورت نظامی در اینجا این است که مزیت نظامی پیش‌بینی شده به اندازه‌ای باشد که تخریب یا تصرف را توجیه کند. به همین دلیل یکی از شرایط ضرورت نظامی اصل تناسب است.





نمونه این مشکل، فرمان ژنرال فرایبورگ در جنگ جهانی برای حمله به صومعه «مونت کاسینو»^۱ بود که در آن تعداد زیادی راهب و غیرنظامی به سر می بردند. او تصور می کرد شاید نیروهای آلمانی از درون صومعه آنها را زیر نظر داشته باشند. این در حالی بود که برخی فرماندهان تحت امر وی اعلام کردند که این حمله نه تنها ضرورتی ندارد بلکه در صورت تخریب، محل امنی برای استقرار نیروهای آلمانی می شود و پیشروی را سخت می کند. اما وی با پافشاری، منجر به کشته شدن بسیاری از غیر نظامیان و از بین رفتن آثار مذهبی و فرهنگی منحصر به فرد آن می شود. در حالی که در این حمله هیچ آلمانی کشته نشد و پیشروی نیز به طور کامل متوقف گردید. بسیاری معتقدند که اگر فرایبورگ محاکمه می شد، «عدم تناسب» اقدام وی قابل اثبات نبوده و او تبرئه می شد. (Solis, 2010: 261-262).

علاوه بر این، اصل تناسب ماهیتی کیفی دارد، در نتیجه برای ارزیابی و سنجش جنبه های کیفی آن نمی توان معیاری کمی ارائه کرد، همین امر قضاوت درباره تناسب را قبل از عملیات بسیار سخت می کند به ویژه اینکه معمولاً چنین قضاوتی در بستری از منافع سیاسی و نظامی صورت می گیرد. به عنوان مثال مداخله سال ۲۰۰۸ ارتش رژیم اسرائیل در نوار غزه بلافاصله این سؤال را ایجاد کرد که آیا چنین بمباران سنگینی با اهداف پیش بینی شده تناسب داشت؟ آیا این اصل به اندازه کافی توانست از مردم غزه در برابر حملات هوایی این رژیم حفاظت کند؟

۲-۲. در حقوق اسلام

قبل از ورود به این بحث، لازم است به این نکته اشاره کنیم که اگر چه در حقوق اسلام نیز در عمل قلمرو زمانی و مکانی مقررات بشردوستانه، جنگ است، ولی اصول کلی حاکم بر قوانین حقوق بشری بر این دسته از قواعد نیز حاکم است و به صرف اینکه اوضاع و احوال زمان جنگ با زمان صلح متفاوت است، اصول کلی این دو دسته از مقررات را نمی توان منفک از هم دانست. همین امر موجب می شود که برای بررسی ماهیت اصل تناسب در اسلام به جای اینکه فقط مقتضیات و شرایط مخاصمات مسلحانه و مزیت و برتری و کسب پیروزی



^۱ - صومعه ای معروف به سنت بندیکت که حدود ۱۳۰ کیلومتری جنوب شرقی شهر رم قرار دارد.



مد نظر قرار گیرد، آن را در همان بستری تحلیل کنند که سایر مقررات حقوق بشری و قواعد و اصول کلی این نظام حقوقی را مورد مطالعه قرار می دهند. دیگر اینکه چون در کتب فقهی به طور مستقل بیانی در خصوص ماهیت اصل تناسب وجود ندارد، باید بر اساس عموماً فقه اسلامی به تبیین ماهیت حقوقی آن پرداخته شود.

در اسلام نیز اصل بر رعایت قاعده تفکیک است و هدف گرفتن غیرنظامیان، فقط در صورت وجود عنصر «ضرورت» امکان پذیر است. ضرورت نیز «استثنائی بر تکالیف مکلف است و هنگامی مصداق پیدا می کند که خطری عمده پیش آید. (طوسی، ۱۴۱۶، ج ۲: ۵۴۲) در شرایط ضرورت، تصمیم اتخاذ شده، حتی اگر برخلاف مقررات دین باشد برای تصمیم گیرنده، مسئولیتی ندارد. (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۵: ۸۶) عباراتی نیز که فقها بکار می برند، جنبه استثنائی بودن را نشان می دهد. شیخ طوسی می فرماید: «تخریب منازل مسکونی دشمن جایز است به شرط اینکه ظن غالب برود که بدون این عمل فتح و پیروزی بر دشمن ممکن نباشد.» (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲: ۱۱) پس تخریب این دسته از اهداف مشروط به «ضرورت» می باشد و بر اساس «الضرورات تقدر بقدرها» رعایت اصل تناسب از الزامات آن محسوب می شود. یعنی ضرورت تا جایی ادامه دارد که تناسب رعایت شده باشد هر خسارت بیش از آن مشمول «أصالة بقاء ما زاد عن الضرورة علی حکمه الأول» می شود.

از نگاه اسلام در استثناء بودن حالت ضرورت تردیدی نیست (طباطبائی، ۱۳۷۴، ج ۱: ۶۴۵) در نتیجه وجود ضرورت باید توسط کسی اثبات شود که به آن استناد می کند. حال با توجه قاعده «الضرورات تقدر بقدرها» ضرورت زمانی اثبات می شود که متناسب بودن نیز ثابت شود. در نتیجه اثبات تناسب میان اقدام نظامی و ضرورت، به عهده اقدام کننده است. به دیگر سخن، در حقوق اسلام، تناسب جزء عناصر تشکیل دهنده جرم نیست. در نتیجه اصل صحت و براءت جاری نمی شود، بلکه بار اثبات شرط «تحقق یک حالت استثنائی به نام ضرورت» بر دوش اقدام کننده یا مدعی وجود تناسب است. بنابراین در صورت ناتوانی از اثبات، محکوم به ارتکاب جنایت جنگی می شود. در این صورت است که تأسیس اصل تناسب توانایی حمایت از غیرنظامیان را دارد و از ضمانت اجرای محکمتری برای ممنوعیت حمله به اهداف غیرنظامی و شهروندان عادی برخوردار است.





۴. شرایط استناد به اصل تناسب

در هردو نظام حقوقی اسلام و بشردوستانه بین‌المللی اصل تناسب محدودیت‌هایی دارد که در صورت تحقق آنها تناسب موضوعاً منتفی می‌شود و در مواردی نیز غیرقابل استناد است.

۴-۱. در حقوق بشردوستانه بین‌المللی

اگر چه تناسب مفهومی قابل انعطاف است، اما نه به طور نامحدود. (O'Donovan, 2003: 62) پس به دلیل کاربرد عبارت «بیش از حد نبودن» هم پروتکل‌های الحاقی و هم اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی و هم مقررات عرفی برای آن محدودیت‌هایی قائل هستند که تجاوز از آنها خسارات وارده به غیر نظامیان را بیش از حد خواهد کرد:

۴-۱-۱. قصد و هدف نباید کشتار مردم باشد؛ پس حملاتی که باعث چنان آسیب‌هایی به غیر نظامیان می‌شوند، که آشکار گردد که از اول مقصود آسیب رساندن به غیر نظامیان بوده است. «بیش از حد تلقی خواهد شد، اما اینکه چقدر از استاندارد باید بالاتر باشد، مبهم است...» (Fenrick, 1982: 127) بنابراین قصد حمله کنندگان اهمیت تام دارد.

در سال ۲۰۰۶، نیروهای رژیم اسرائیل با ادعای پاسخ به حمله موشکی حزب الله لبنان، بدون رعایت اصل تفکیک، لبنان را بمباران کردند، شدت حملات به گونه‌ای بود که «لویس آربر» کمیسر عالی سازمان ملل در حقوق بشر گفت: «میزان کشتارها در منطقه، و قابل پیش بینی بودن آنها، می‌تواند متضمن مسئولیت کیفری شخصی برای افراد دخیل، به ویژه آنهایی که در سمت فرماندهی و کنترل بودند، باشد» (Hoge, 2006) زیرا حجم آسیب‌ها نشان می‌داد که هدف مردم عادی بودند.

۴-۱-۲. حمله کنندگان، باید تمام تلاش خود را برای جدا نگه داشتن مردم و اشیاء غیرنظامی از اهداف نظامی صورت داده، پیش‌گیری‌های معقول را برای این منظور بکار بندند. به موجب «پیش‌نویس مقرراتی برای محدود کردن خطرات وارده به مردم غیر نظامی در زمان جنگ» که در نوزدهمین کنفرانس کمیته بین‌المللی صلیب سرخ جهانی به تصویب رسید، آنان باید تمامی تدابیر احتیاطی را برای جلوگیری از ورود خسارت به مردم عادی و





خانه‌های آنها که در مجاورت هدف نظامی مورد نظر قرار دارد بکار بندد و یا سعی کند کمترین خسارت به آنها وارد شود. (ICRC, 1959: 85) در جریان حمله رژیم اسرائیل به لبنان خانم آربر که دادستان دیوان بین‌المللی کیفری روند و یوگسلاوی سابق هم بود، همچنین اظهار داشت: «گلوله باران شهرها بدون رعایت اصل تفکیک، به منزله هدف قراردادن از پیش برنامه‌ریزی شده و غیرقابل قبول غیرنظامیان است، صلیب سرخ بین‌المللی مستقر در سویس... نیز در همان روزها گفت که رژیم اسرائیل اصل تناسب را نقض کرده است.» (Hoge, 2006)

۴-۱-۳. بکارگیری سلاح و روش‌هایی که ماهیتاً قادر به تفکیک رزمندگان از غیر رزمندگان نیستند ممنوع می‌باشد، مانند بکارگیری سلاح‌های خوشه‌ای در مناطق پرجمعیت، حتی بمباران هوایی توسط بمب‌های «گنگ»^۱ یا استفاده از بمباران‌های «فرش»^۲. ژنرال بردلی فرمانده سپاه یکم ایالات متحده آمریکا در جنگ جهانی دوم، به بمب افکن‌های سنگین نیروی هوایی برای انجام «بمباران فرش» روی موقعیتی که آلمان‌ها در آن مقاومت می‌کردند، متوسل شد، موقعیتی که مساحتی برابر با پنج مایل مربع داشت و شامل شهر «سنت لو» فرانسه نیز می‌شد، تا از این طریق راه را تا شهر «کان»، که یک بندر دریایی مهم بود، باز کند. (Bradley, 1951: 345-346) بمب‌ها به هدف نخورد و منجر به کشته و زخمی شدن چند صد سرباز آمریکایی و تعداد نا معلومی غیرنظامی فرانسوی شدند. (Id) مسلم است که

^۱ - منظور سلاح‌هایی هستند که نمی‌توان از آنها به گونه‌ای استفاده کرد که فقط اهداف نظامی هدف قرار گیرند و یا آثار بکارگیری این تسلیحات نمی‌تواند محدود به اهدافی باشد که در حقوق بشردوستانه بین‌المللی تعیین شده است.

^۲ - بمب‌های غیرقابل هدایت که به عنوان بمب‌های جاذبه‌ای و بمب‌های گنگ یا آهنین هم خوانده می‌شوند، بمب‌هایی هستند که به وسیله هواپیما حمل می‌شوند و سیستم هدایت شونده ندارند. از این رو به سادگی مسیر پرتاب را طی می‌کنند. تمام بمب‌های مورد استفاده در جنگ جهانی دوم از این دست بمب‌ها بودند.

^۳ - بمباران فرش که به بمباران اشباع شده نیز معروف است، بمباران هوایی بزرگی است که به صورت تدریجی انجام می‌شود و خسارات سنگینی را به هر بخش یا منطقه‌ای که انتخاب شده، وارد می‌کند. این اصطلاح اشاره می‌کند به نتیجه این بمباران که مانند یک فرش کاملاً منطقه را می‌پوشاند و هیچ ساختمان یا آبادی باقی نمی‌گذارد. این نوع بمباران معمولاً به وسیله بمب‌های هدایت نشده صورت می‌گیرد. (Keane, 2005: 30-31)





چنین تصمیمی با اصل تناسب سازگار نبود. دیوان بین‌المللی دادگستری در نظریه مشورتی سال ۱۹۹۶ در خصوص تهدید و توسل به سلاح‌های هسته‌ای بر این امر تأکید می‌کند که دولت‌ها هرگز نباید از سلاح‌هایی استفاده کنند که قادر به تمیز دادن بین اهداف غیرنظامی از نظامی نمی‌باشند (ICJ Opinion, 1996: 97)

سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود، این است که آیا هیچ مزیت نظامی کاربرد سلاح‌های کشتار جمعی به ویژه سلاح هسته‌ای را توجیه می‌کند؟ به عبارت دیگر آیا اصل تناسب در خصوص کاربرد چنین سلاح‌هایی موضوعیت دارد؟ اختلاف نظر در این زمینه بسیار جدی است، بخصوص اگر موضوع بقای کشور باشد، تا جایی که دیوان بین‌المللی دادگستری در نظریه مشورتی مذکور در فوق اعلام می‌کند: «... تهدید یا استفاده از سلاح‌های هسته‌ای کلاً مغایر با قوانین حقوق بین‌الملل در مخاصمات مسلحانه است...»؛ با این حال، نظر به وضعیت کنونی حقوق بین‌الملل... دیوان نمی‌تواند تصمیم قطعی بگیرد که آیا تهدید یا استفاده از سلاح‌های هسته‌ای در شرایط شدید دفاع از خود که در آن بقای یک کشور در مخاطره است قانونی است یا غیرقانونی.» (ICJ Opinion, 1996: 98) این موضوع بارها از سوی کشورهای دارنده سلاح هسته‌ای اعلام شده و اصولاً دلیل حفظ و نگهداری این سلاح‌ها توسط این کشورها همین امر است. روشن است که عبارت «شرایط شدید دفاع از خود» بسار مبهم است ضمن اینکه شرایطی پیش می‌آورد که بر خلاف اصل مسلم «حقوق مخاصمات مسلحانه نسبت به تمام کشورهای متخاصم باید به طور یکسان اعمال شود» است، زیرا در عمل کشورهای دارنده این سلاح با کشورهای فاقد آن در وضعیتی متفاوت و تبعیض‌آمیز قرار می‌گیرند. خود دیوان بر اینکه این سلاح‌ها ماهیتاً قادر به تفکیک نیستند، تصریح می‌کند (ICJ Opinion, 1996: 96) و در ادامه نیز به رأی خود در قضیه نیکاراگوئه علیه آمریکا استناد می‌کند که در آن بر لزوم رعایت اصل تناسب در دفاع مشروع تأکید کرده بود و نتیجه می‌گیرد که اصل تناسب ماهیتاً نمی‌تواند بکارگیری سلاح‌های هسته‌ای در دفاع را توجیه





کند، (ICJ Opinion, 1996: 96) ولی در نهایت به دلیل اختلاف نظرهای فراوان نتوانست به نتیجه برسد.^۱

۴-۱-۴. اصل تناسب نمی تواند در برخی از جرائم موضوعیت داشته باشد. جرائمی مانند نسل کشی با توجه به ویژگی ها و شرایطی که برای آن بیان شده است، در هیچ شرایطی نمی توانند مشروع باشد، زیرا ارتکاب آنها نشانه قصد قبلی در کشتار برنامه ریزی شده مردم است.

۴-۱-۵. به موجب بند الف ماده (۸) «پیش نویس مقرراتی برای محدود کردن خطرات وارده به مردم غیرنظامی در زمان جنگ» که در نوزدهمین کنفرانس کمیته بین المللی صلیب سرخ جهانی به تصویب رسید: «هنگامی که مزیت نظامی که باید تحصیل شود فرمانده را بین انتخاب چند هدف مخیر کرده باشد، وی باید هدفی را انتخاب کند که متضمن کمترین خطر برای مردم عادی باشد.» (ICRC, 1959: 79) اگر به این نتیجه برسد که نمی تواند شرایط فوق را رعایت کند باید حمله را رها یا آن را متوقف کند. (ICRC, 1959: 90) دادگاه کیفری بین المللی برای یوگسلاوی سابق در رأی دادستان علیه کوپرسکیچ از عبارت «دقت و مواظبت معقول برای جلوگیری از مجروح و کشته شدن غیر لازم غیرنظامیان را بکار بندد» استفاده کرده است. (UN, 2000: 205, Para: 524)

۴-۲. در حقوق اسلام

حقوق اسلام نیز متناسب با مبانی و اصول بنیادین خود برای محاسبه اصل تناسب شرایطی را مقرر کرده است:

۴-۲-۱. توجه به مصالح عمومی و مبانی اسلام: اگر عملیاتی که منجر به کشته یا مجروح شدن شهروندان یا آسیب رسانی به اهداف غیرنظامی می شود، در پیروزی نهایی تأثیر چشمگیری داشته باشد، ولی موجبات وهن اسلام و آسیب به حیثیت آن را فراهم کند چه باید کرد؟ از نظر فقهای اسلام، در سنجش تناسب، علاوه بر مزیت نظامی و برتری در

^۱ - از چهارده قاضی حاضر در جلسه هفت تن که رئیس هم جزء آنان بود، به این بخش از رأی مشورتی رأی مثبت دادند و هفت تن دیگر نیز رأی منفی دادند. بنابراین این نظریه نه به دلیل اکثریت عددی بلکه به دلیل وجود رأی رئیس یا به عبارتی اکثریت کیفی به تصویب رسید.





عملیات، مصالح عمومی و مبانی اسلام هم دخیل می‌شوند (الزحیلی، ۱۳۸۸: ۱۰۰) پس در اینجا نوعی تراحم شکل می‌گیرد.

در چنین صورتی حاکم اسلامی با تشخیص «اهم»، تراحم را رفع می‌نماید و هر حکمی را که ملاک قوی‌تر داشته باشد و مصلحت آن مهمتر باشد، مقدم می‌دارد.^۱ در اینجا نیز باید ارزش پیروزی ناشی از این قاعده را با از دست رفتن وجهه اسلام، سنجید. در جنگ طائف پیامبر اسلام (ص)، پس از آنکه مردم طائف مقاومت فراوان کردن به گونه‌ای که امکان پیروزی به هیچ شکلی ممکن نمی‌شد، فرمودند تا قلعه‌های آنها را با منجنیق هدف قرار دهند تا مجبور به تسلیم شوند. (طبری، ۱۳۷۵، ج ۳: ۱۲۱۰) پس از مشورت با اصحاب، هنگامی که به این نتیجه رسیدند که ادامه عملیات به مصلحت نیست، آنها را رها کرد و به مدینه برگشت. (همان) نتیجه این اقدام آن شد که مدتی بعد مردم طائف خودشان نزد پیامبر آمده و اسلام آوردند.

۴-۲-۲. در ارزیابی تناسب در مخاصمات مسلحانه، فقط مزیت مقطعی نظامی یا تصرف یک هدف مشروع کافی نیست، بلکه این مزیت باید با توجه به نتایج کلی جنگ سنجیده شود. لذا فقها از عبارت «پیروزی در عملیات متوقف بر آن باشد» (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲: ۱۱) یا «جلوگیری از شکست منوط به آن باشد» (الزحیلی، ۱۳۸۹: ۴۵۴) استفاده کرده‌اند. به این ترتیب هنگامی که قرار است آن دسته از اهداف نظامی هدف قرار گیرند که ظن قوی می‌رود که مردم غیرنظامی نیز کشته یا مجروح می‌شوند یا اهداف غیرنظامی نیز آسیب می‌بیند، باید دید که آیا این اقدام تأثیری در روند کلی جنگ به نفع نیروهای خودی دارد یا خیر؟ اگر منجر به دستیابی به هدفی مشروع شود اما در سرنوشت جنگ تأثیری نداشته باشد، نمی‌توان به آن اقدام کرد. زیرا خود بخود مشمول تعدی و عدم تعادل است.

۴-۲-۳. از سلاح‌ها و روش‌هایی که ماهیتاً امکان رعایت اصل تفکیک در بکارگیری آنها وجود ندارد نباید استفاده کرد. بر این اساس اگر قرار باشد هدفی نظامی مورد حمله قرار



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



گیرد که احتمال آسیب رسیدن به مردم عادی هم وجود داشته باشد این هدف باید به وسیله سلاح‌ها و روش‌هایی مورد حمله قرار گیرد که بتوان بیشترین تفکیک را میان نظامیان و مردم عای قائل شد.

حال باید دید، موضع حقوق اسلام در باره بکارگیری سلاح‌های هسته‌ای چیست؟ در اینکه بکارگیری این سلاح‌ها در اسلام ممنوع است، اختلافی وجود ندارد. به ویژه اینکه کاربرد این سلاح‌ها نقض فاحش «ولاتعتدوا» مذکور در آیه ۱۹۰ سوره بقره است. اما اگر پیروزی در جنگ یا جلوگیری از شکست کامل در مقابل دشمن منوط به بکارگیری این سلاح‌ها باشد، آیا استفاده آنها از نظر اسلام مجاز است؟

قرآن یکی از ویژگی‌های دشمنان اسلام را نابود کردن حرث و نسل دانسته و می‌فرماید: «وَإِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ» (بقره/۲۰۵) یعنی «اما هنگامی که ولایت و سلطه پیدا کنند با تمام قدرت در گسترش فساد در زمین می‌کوشند و مال و جان مردم را از بین می‌برند درحالی‌که خدا فساد را دوست نمی‌دارد». منظور از دو کلمه حرث و نسل آن چیزی است که قوام و بقای زندگی به آنهاست، حیات موجودات به غذا و حفظ نوع بشر از انقراض بواسطه نسل است (طباطبائی، ۱۳۷۴، ج ۲: ۱۴۳) پس، هلاک کردن حرث و نسل به معنی از میان بردن هر گونه موجود زنده است، نباتی یا حیوانی یا انسانی. (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴: ۹۴) و این ویژگی اصلی سلاح‌های هسته‌ای است. آنها حرث یا جنگل‌ها، مراتع و محیط زیست را حتی برای هزاران سال نابود می‌کنند و آثار سوئش بر روی دهها نسل بعدی باقی می‌ماند. در چنین صورتی آیا کاربرد آنها، حتی در صورت اقتضای ضرورت نظامی می‌تواند با تعالیم عالیه اسلام سازگار باشد؟ به نظر می‌رسد کاربرد آنها نمی‌تواند با فلسفه جهاد و دفاع که تبلیغ اسلام و هدایت و نجات انسان‌هاست، حتی در حالت ضرورت نظامی، با مصلحت بلند مدت اسلام تناسب داشته باشد.

دیگر اینکه، در بعضی از روایات هلاکت حرث و نسل به هلاکت دین و انسانیت تفسیر شده است. (طباطبائی، ۱۳۷۴، ج ۲: ۱۴۵) در این صورت مزیت نظامی کوتاه مدت هرچند بزرگ باشد نقض غرض است و چون سلاح‌های هسته‌ای با نابودی حرث و نسل، در واقع





انسانیت و دین را نابود می کنند، موضوع تناسب در باره آنها خودبخود منتفی است و توسل به آنها از مصادیق روشن «سعی فی الأرض لیسفسد فیها» است.

علاوه بر این قاعده‌ای به نام «اثم» در فقه وجود دارد که مبنای آن آیه مبارکه «إِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا» (بقره ۲۱۹) است. این آیه در باره شراب است و شارع مقدس در مقام بیان علت حرمت آن است و می فرماید ضرر آن بیش از نفع آن است. از همین امر می توان تنقیح مناط کرد که جامعه‌ای که صدها هزار نفر آنها در اثر سلاح هسته‌ای نابود شده و سرزمین آنها غیر قابل کشت و زرع گردیده و نسل‌های آینده آنها به دلیل تشعشعات هسته‌ای ناقص الخلقه متولد می شوند و با هزاران درد و رنج دیگر دست به گریبانند، زمینه‌ای برای هدایت و گرایش عاشقانه و عاقلانه به اسلام که هدف جهاد است، در آنها ایجاد نخواهد شد. این امر در مقایسه با دستیابی به مزیت بزرگ نظامی کوتاه مدت قطعاً ضررش بیش از نفع آن است.

۴-۲-۴. با وجود رعایت اصل تناسب، قصد حمله کنندگان نباید عادی و اهداف غیرنظامی باشد. در این خصوص اختلافی بین فقهای اسلام اعم از شیعه و سنی وجود ندارد (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۵: ۷۵). این موضوع در صورتی که هدف به گونه‌ای است که به ناچار غیرنظامیان هم به تبع هدف نظامی آسیب می بینند نیز جاری است. فقها تصریح می کنند که در صورتی که دشمن در مناطقی مستقر شده که مردم غیر نظامی در اطراف آن زندگی می کنند یا خانه‌های آنها در آن منطقه قرار گرفته است، نباید آنها را هدف قرار داد بلکه باید فقط اهداف نظامی را نشانه رفت (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۵: ۷۴). بنابراین اگر از اوضاع و احوال معلوم شود که قصد حمله کنندگان از اول مردم یا اهداف غیرنظامی بوده، نمی توان به اصل تناسب استناد کرد. (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲: ۱۲) البته این امر زمانی موضوعیت دارد که به نوعی بتوان هدف را تفکیک کرد، اما اگر دشمن در مراکز ماهیتاً غیرنظامی مانند عبادتگاه‌ها و مراکز فرهنگی و مانند آن مستقر شده باشد، عملاً امکان چنین تفکیکی وجود ندارد و در این صورت باید راه‌های دیگر را نیز بررسی کرد.

۴-۲-۵. اصل تناسب در مخاصماتی موضوعیت پیدا می کند که اصل جنگ مشروع باشد. زیرا چنانچه جنگی نامشروع باشد اهداف آن هم نامشروع است، بنابراین هر اقدامی برای دستیابی به این هدف، نامشروع بوده، مزیت نظامی که دستیابی به این هدف را تسریع کند





نیز نامشروع می‌شود و دیگر جایی برای بررسی اصل تناسب در آن باقی نمی‌ماند. چون اصل عمل باطل است تمام فروعات آن نیز باطل خواهد بود زیرا «إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه» (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹: ۳۸).

۴-۲-۶. در یک سری جرائم اصل تناسب اساساً موضعیت ندارد، به عنوان مثال در اسلام اهانت به اجساد دشمن ممنوع است، به ویژه اگر پس از پیروزی باشد. (نجفی، ۱۴۰۴، ۲۱ ج: ۷۷-۷۸) و یا جرم نسل‌کشی و مانند آن از ماهیتی برخوردارند که اساساً کسب مزیت نظامی در باره آنها مطرح نمی‌باشد.

نتیجه‌گیری

از آنچه که بررسی کردیم به این نتیجه می‌رسیم که دو نظام حقوقی اسلام و حقوق بشردوستانه بین‌المللی در خصوص اصل تناسب وجوه اشتراک و افتراقی به شرح زیر دارند:

۱. وجوه اشتراک

- ۱-۱. اصل تناسب در مفهوم بیش از حد نبودن خسارات وارده به غیر نظامیان نسبت به مزیت و امتیاز نظامی است که در اثر حمله به اهدافی نظامی بدست می‌آید.
- ۱-۲. تمام تلاش باید برای رعایت اصل تفکیک صورت گیرد و از سلاح‌هایی استفاده نشود که ماهیتاً قابلیت تفکیک رزمندگان از غیر رزمندگان را ندارد.
- ۱-۳. نباید غیرنظامیان را هدف قرار داد.
- ۱-۴. اصل تناسب در برخی جرائم موضوعیت ندارد به عنوان مثال در جرائمی مانند نسل‌کشی و اهانت به اجساد سربازان و مانند آن نمی‌تواند مورد استناد قرار گیرد.
۲. نقاط افتراق:

- ۲-۱. در حقوق بین‌الملل چون عدم ضرورت نظامی یکی از عناصر تشکیل دهنده جرم است و ماهیت مجرمانه بودن عمل را منقلب می‌کند و بیش از حد نبودن و عدم تناسب نیز طریق اثبات عدم وجود ضرورت نظامی است، به استناد اصل براءت، «عدم تناسب» باید توسط مدعی وقوع جرم اثبات شود. در حالیکه در اسلام، ضرورت نظامی عامل موجهه جرم است و ماهیت مجرمانه عمل را از بین نمی‌برد بلکه سالب مسئولیت کیفری می‌شود. در نتیجه اثبات





ضرورت و به دنبال آن اثبات تناسب بر عهده مرتکب است. به عبارت دیگر در حقوق بین-الملل بیش از حد بودن باید توسط دادستان به اثبات برسد در حالیکه در حقوق اسلام بیش از حد نبودن باید توسط متهم ثابت شود.

۲-۲. در حقوق اسلام چون ضرورت نظامی در جنگ‌های نامشروع موضوعیت ندارد. اثبات تناسب نیز تأثیری در برطرف شدن مسئولیت کیفری ندارد. زیرا اگر اصل عمل باطل باشد، اجزاء آن نیز باطل خواهد بود.

۲-۳. در اسلام اصل تناسب در مقایسه با مزیت و برتری نظامی در کلیت جنگ محاسبه می‌شود. در حالیکه رویه قضائی و مقررات بین‌المللی در مقایسه با مزیت نظامی مقطعی نیز ارزیابی می‌شود.

۲-۴. در حقوق اسلام بکارگیری سلاح هسته‌ای با توجه به آثار مخرب آن در هیچ صورتی مجاز نیست و اصل تناسب در باره آن موضوعیت ندارد. اما در حقوق بین‌الملل دیوان بین‌المللی دادگستری و حقوق موضوعه در این زمینه نتوانسته‌اند به نتیجه برسند.

۲-۵. در حقوق اسلام ارزیابی اصل تناسب علاوه بر مزیت کوتاه مدت نظامی باید مبانی و مصالح عالیه اسلام نیز مورد توجه قرار گیرد.

به این ترتیب باید پذیرفت که اصل تناسب در حقوق بین‌الملل با ابهاماتی روبرو است، بخشی از این ابهامات در مفهوم تناسب در فقه اسلام هم جاری است که باید با توجه به شرایط و اوضاع و احوال روز و مستند به منابع اسلام آن را برطرف کرد. در عین حال با توجه به رویکرد حقوق اسلام به اصل تناسب می‌توان تحلیلی نو در خصوص ارزیابی اصل تناسب نسبت به مزیت نظامی و همچنین تعلق مسئولیت کیفری و استناد به آن در جنگ‌های مشروع داشت و آن را به نفع قربانیان جنگی قانونگذاری کرد. با وجود پیشرفت‌های فراوانی که در تبیین این اصل صورت گرفته، مقررات موجود مربوط به تناسب، حداقل در سه امر ناتوان بوده‌اند: ۱- ارائه یک معیار راهنما برای مبارزانی که در حوزه کاری خود می‌خواهند با حسن نیت عمل کرده و اصل تناسب را رعایت کنند. ۲- حمایت کافی از مردم عادی و اهداف غیرنظامی در مخاصمات. ۳- ارائه معیارهایی برای ارزیابی بی‌طرفانه رفتار متخاصمین در جنگ.





منابع

۱. قرآن کریم
۲. برجی، یعقوبعلی؛ ۱۳۸۴ش، وجوب دفاع مشروع از نگاه فریقین، فصلنامه طلوع، ش ۱۵.
۳. تقی‌زاده اکبری، علی و حسینی فاضل، سید مرتضی، ش ۱۳۹۲، اصالت جنگ یا صلح از منظر دین با تأکید بر آیات قرآن کریم، پژوهش‌های سیاست اسلامی، ش ۱.
۴. حلی، نجم الدین؛ ۱۴۰۸ق، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ج ۲.
۵. خداپرستی، فرج‌الله؛ ۱۳۷۶ش، فرهنگ جامع واژگان مترادف و متضاد زبان فارسی، شیراز، دانشنامه فارس، ج ۱.
۶. دهخدا، علی اکبر؛ ۱۳۷۷ش، لغتنامه دهخدا، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۷. راوندی، قطب الدین؛ ۱۴۰۵ق، فقه القرآن، قم، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ج ۱.
۸. الزحیلی، وهبه، ۱۳۸۹ش، آثار جنگ در فقه اسلامی، ترجمه: عبدالحسین بینش، قم، زمزم هدایت.
۹. الزحیلی، وهبه، ۱۳۸۸ش، نظریه ضرورت در فقه اسلامی، ترجمه: حسین صابری، قم، بوستان کتاب.
۱۰. طباطبایی، محمدحسین؛ ۱۳۷۴ش، ترجمه تفسیر المیزان، ترجمه: محمدباقر موسوی همدانی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ج ۱، ۲، ۱۲.
۱۱. طبرسی، فضل بن حسن؛ ۱۳۷۲ش، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، تصحیح: فضل الله یزدی طباطبایی، تهران، ناصر خسرو، ج ۲.





۱۲. طبری، محمد بن جریر ۱۳۷۵ش، تاریخ الطبری، ترجمه: ابوالقاسم پاینده، تهران، اساطیر، ج ۵.

۱۳. طوسی، ابی جعفر؛ ۱۳۸۷ش، المبسوط فی الفقه الامامیه، تهران، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.

۱۴. طوسی، ابی جعفر؛ ۱۴۱۶ق، الخلاف، قم، مؤسسه نشر الاسلامی، ج ۲ و ۵.

۱۵. عظیمی شوشتری، عباسعلی؛ ۱۳۹۱ش، دولت در عصر غیبت، قم، زمزم هدایت.

۱۶. عمید، حسن؛ ۱۳۶۳ش، فرهنگ فارسی عمید، تهران، امیر کبیر.

۱۷. فخر رازی، محمد بن عمر؛ ۱۴۲۰ق، التفسیر الکبیر (مفاتیح الغیب)، لبنان، دار إحياء التراث العربی، ج ۵.

۱۸. کاشف الغطاء، محمد حسین؛ ۱۳۵۹ ق، تحریر المجله، نجف، المكتبة المرتضوية، ج ۱.

۱۹. مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی؛ ۱۴۰۴ ق، مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ج ۱۰.

۲۰. مطهری، مرتضی؛ ۱۳۹۴ش، عدل الهی، قم، صدرا.

۲۱. معلوف، لویس؛ ۱۳۸۵ش، فرهنگ جامع دانشگاهی (ترجمه المنجد)، ترجمه: احمد سیاح، تهران، انتشارات اسلام.

۲۲. مکارم شیرازی، ناصر؛ ۱۳۷۴ش، تفسیر نمونه، تهران، دارالکتب الاسلامی، ج ۲.

۲۳. نجفی، محمد حسن؛ ۱۴۰۴ق، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، لبنان، دار إحياء التراث العربی، ج ۵، ۲۱، ۴۰.

۲۴. نوری، ولی الله و دیگران؛ ۱۳۹۵ش، اصل تناسب در مخاصمات مسلحانه در پرتو اسناد و رویه‌ی محاکم کیفری بین‌المللی، آموزه‌های حقوق کیفری، ش ۱۲.

25. Bradley, Omar N(1951),A Soldier's Story ,New York, Henry Holt, 345-6





26. Brownlie, Ian(1963), International Law and the Use of Force, California, Clarendon Press
27. Carnahn, Burruss.M(1998), Lincoln, Lieber and the laws of war : the origins and limits of the principle of military necessity, American journal of international law, Vol:92 ,No:2
28. Dill, Jenina(2010) , Applying the Principle Of Proportionality in Combat Operations, Oxford Institute for Ethics ,Law and Armed Conflict , University of Oxford
29. Fenrick, William J. (1982), "The Rule of Proportionality and Protocol I in Conventional Warfare," Military Law Review, NO: 98
30. Henckaerts, Jean-Marie and Doswald-Beck ,Louise (2009), Customary International Humanitarian Law, ICRC, Cambridge , Cambridge university press
31. Hoge, Warren (2006), Attacks Qualify As War Crimes, Officials Say, NY Times, July 20
32. I. C. J. Reports (2003), Oil Platforms (slamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment, <http://www.icj-cij.org/docket/files/90/9715.pdf>
33. ICJ opinion, Legalhty of The Threat or Use of Nuclear Weapons , <http://www.icj-cij.org/ docket/ files /95/7497.pdf>
34. ICRC(1959), Draft Rules For The Limitation of The Dangers Incurred By The Civilian Population In Time of War, Geneva
35. ICRC(1972), Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Second Session, Report on the Work of the Conference1972, Virginia, The Judge Advocate General 's Legal Center and School United States Army Charlottesville, Vol:1
36. ICRC(1987), Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977, Martinus Nijhoff Publishers, Geneva
37. International Criminal Court (2011), Elements of Crimes , Hague, Printed by Print Partners Ipskamp, Enschede, available: www.icc-cpi.int
38. Keane, Michael (2005). Dictionary of modern strategy and tactics. Annapolis , Naval Institute Press
39. O'Donovan, Oliver(2003), The Just War Revisited, Cambridge, Cambridge University Press
40. Oxman ,Bernard H (July 1997), "International Decisions," AJIL, Vol:91,No3

41. Solis, Gary D(2010), The Law of Armed Conflict , Cambridge, Cambridge University Press
42. The Joint Doctrine & Concepts Centre(2004), The Joint Service Manual of The Law of Armed Conflict, London, Ministry of Defense.
43. Trumbull IV, Charles P(2015), Re-Thinking the Principle of Proportionality Outside of Hot Battlefields, Virginia Journal Of International law ,vol:55, no:3
44. UN (14 Jan. 2000), International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991 , Prosecutor v. Kupres'kic' and Others, IT-95-16-T,p:205, para. 524

