



Revival of the Unwilling or Unable Doctrine in Jus ad Bellum Discourse; Critical Analysis in a Legal Positivist Look

Heidar Piri * 

Assistant Professor, Public International Law,
Department of Law, Faculty of Humanities and
Social Sciences, University of Kurdistan, Sannadaj,
Iran

1. Introduction

In recent years, one of the old, yet controversial doctrines of the law of neutrality -called "unwilling" and "unable" doctrine- has been reformulated in the jus ad bellum discourse, according to which some states may use force in self-defense against non-state terrorist actors operating within the territory of host states based on the unwillingness or inability of the territorial state to control them. The unwilling or unable doctrine has one of the lowest standards with which it determines when non-state terrorist organizations can legally be attacked in third states based on the right of self-defense,²

* Corresponding Author: h.piri@uok.ac.ir

How to Cite: Piri, H., "Revival of the Unwilling or Unable Doctrine in Jus ad Bellum Discourse; Critical Analysis in a Legal Positivist Look", *The Quarterly Journal of Public Law Research*, 25(79), (2023), 265-302. Doi: 10.22054/QJPL.2023.68732.2802

1. Ashley Deeks, "Unwilling or Unable: Toward a Normative Framework for Extraterritorial Self-Defense", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 52, (2012), at 483,505.
2. Sjöstedt Britta, "Applying the Unable/Unwilling State Doctrine – Can a State Be Unable to Take Action?", *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 77, (2017), at 39.

The legality of such use of force against non-state actors in weak host states, without the consent of the host state, is unclear. In the context of legal positivism, this article seeks to prove whether the current sources of international law allow states to recourse to the unwilling or unable doctrine in the host state. Since these concepts have not been mentioned in any legal document (besides Article 17 of the Rome Statute and the 1951 Refugee Convention) or even international case law, it is not clear whether it is possible to accept such use of force in international law despite its prohibition in the UN Charter, denying its legitimacy by most publicists, very little occurrence of it in the practice of states and subjectivity of the concept of unwillingness or inability. The International Court of Justice and some scholars also deny the legality of the use of force in an ineffective host.

This article seeks to critically examine and demonstrate the evolution of the use of force in the name of self-defense against non-state actors in the territory of host states, which is justified by the unwilling and unable doctrine. The purpose of this research is not only to identify the unwilling and unable doctrine but also to offer a practical solution to the challenges regarding extra-territorial self-defense against non-state terrorist organizations.

Research Question(s)

This article, by examining *de lege lata*, seeks to verify whether treaties, customary laws, and international judicial practice allow states to legally resort to the unwilling and unable doctrine in another state (the host state). In other words, has the unwilling and unable doctrine become a part of international law (as it exists)? Moreover, does the doctrine provide a legitimate way to use transnational self-defense against non-state actors, particularly in a situation where the host state is willing to repress the non-state actors but is unable to do

so? Based on which criteria is it determined that the host state is unwilling or unable to fight the threat posed by the non-state actors? Finally, is it possible for the acting state to make this decision unilaterally or does the host state also play a role in this regard?

2. Methodology

The article has used descriptive and analytical research methods. The necessary data has been collected through the library research method by reference to relevant books, essays, and international judicial decisions.

3. Findings

This article shows that although the right to self-defense in ineffective host states may be desirable in light of the contemporary security and safety threats, the existing data about the doctrine is incomplete and has many gaps. The "unwilling" and "unable" doctrine presents a significant challenge to the "rule of law" in international law. This doctrine based on self-judgment theories in international law and providing exceptions to the jus ad bellum regime, not only leads to the instability of this regime, but also its legal justifications are a serious attack on the fundamental legal concepts that are generally accepted in international law. This article, with a legal positivist look, believes that any resort to the "unwilling and unable" doctrine is subject to the following criteria: an armed attack according to Article 51 of the Charter, lack of control of the host state over its territory, proof of inability and unwillingness of the host state by the victim state, act of the victim state with the consent and cooperation of the host state, giving the host state a

reasonable time to effectively deal with the non-state actor, and the inability of the host state based on duty of due diligence, lack of cooperation by the host state and refusal to accept international assistance.

4. Conclusion

According to the above, the inevitable conclusion is that it's very difficult to balance the unwilling or unable doctrine with the jus ad bellum regime. This doctrine lacks both a legal underpinning and a clear, distinct content. The criteria for the unwillingness and inability, the legality of self-defense, and the permissibility of resorting to force in an ineffective host state do not have a valid basis in either treaty law or customary international law; It is not mentioned in Article 51 of the UN Charter, nor have the states accepted it sufficiently. The International Court of Justice and the most highly-qualified publicists have also refused to recognize such use of force. Due to the change in the nature and power of terrorist organizations, the rules in this field remain unclear and this field is replete with legal uncertainty. It is not surprising that the UN charter is not able to provide clear answers for these situations.

Despite the relative success of the jus ad bellum regime in preventing armed conflicts between states, the mentioned doctrine undermines the legal framework regulating prohibition on the use of force and poses a threat to the UN Collective Security System. The doctrine distorts the concept of imminence and damages the definition of armed attack^{1 3} enshrined in Article 51 of the UN Charter by lowering the threshold for the justifiable use of force in self-defense. It also destabilizes the fundamental principle of necessity in self-defense. Finally, by providing weak governing standards for the victim state may make unilateral decisions as to the necessity of the

1. Craig Martin, "Challenging and Refining the Unwilling or Unable Doctrine", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 52, (2019), at 460.

use of force, in spite of the disapproval or unwillingness of the host state, the doctrine extremely over-privileges the interests of the powerful states at the expense of the rights and interests of typically weaker host states. Consequently, it should be acknowledged that the doctrine created to address the limited and specific threat of transnational terrorism cannot be a justification for weakening the regime designed to maintain international peace and security.

If we apply this doctrine, any state will be allowed to start military operations simply on the pretext of the host state's inability to suppress a terrorist group. Accepting to such a view by the international community and allowing to create this new legal order will lead to a fundamental change in the UN system if it is not completely damaged. By granting discretion to any state to adopt unilateral actions in the war on terror, through the unwilling and unable test, it simply ignores some fundamental provisions of the Charter (Article 39) and challenges the entire Collective Security System of the Charter. Creating unwritten exceptions to the principle that prohibits the use of force not only causes problems for the integrity of international law but also leads to disorganization in international law.

Finally, within the framework of the *lex lata*, the only point that can be said regarding self-defense against attacks by non-state actors in situations, lower than the threshold that the ICJ has stated in the Nicaragua case, is that such actions are undoubtedly illegal. In the framework of the *Lex ferenda*, we believe that the customary law is evolving regarding the applications of Article 51 of the UN Charter, defensive action in the territory of target states, and the use of force against non-state actors in host states. Even in the light of *Lex ferenda*, it cannot be said that the unwilling and unable doctrine is currently an established rule of international law.


Keywords: Jus ad bellum, Self-Defense, Non-state Actors, Unable and Unwilling, States, UN Charter



پروہشگاہ علوم انسانی و مطالعات فرہنگی
پرتال جامع علوم انسانی

تجدید حیات دکترین استنفکاف یا ناتوانی در گفتمان توسل به زور؛ تحلیل انتقادی در چارچوب مشرب حقوق وضعی

استادیار حقوق بین‌الملل عمومی، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی و اجتماعی، دانشگاه کردستان، سنندج، ایران

حیدر پیری *  ID

چکیده

در سال‌های اخیر یکی از تئوری‌های قدیمی حقوق بیطرفی با عنوان «استنفکاف» و «ناتوانی» در گفتمان توسل به زور مجدداً در حال تکوین بوده که بر مبنای آن برخی دولت‌ها برای سرکوب اعمال کنشگران غیردولتی تروریستی مستقر در دولت میزبان به بهانه ناتوانی یا عدم تمایل دولت میزبان، به حق قانونی دفاع مشروع فراسرزمینی متوسل می‌شوند. این مقاله در چارچوب مشرب حقوق وضعی در جستجوی احراز این واقعیت است که آیا مقررات قراردادی و عرفی و رویه قضایی بین‌المللی امکان توسل دولت‌ها به تئوری استنفکاف و ناتوانی را می‌دهد؟ از آنجا که در هیچ سند حقوقی (به استثنای ماده ۱۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری و کنوانسیون وضعیت پناهندگان) و حتی رویه قضایی بین‌المللی این مفهوم بکار گرفته نشده در نتیجه قابلیت پذیرش چنین توسل به زوری در حقوق بین‌الملل به دلیل عدم جواز در منشور سازمان ملل، انکار مشروعیت روشن آن توسط اکثر علمای حقوق، رویه بسیار اندک دولت‌ها و ذهنی بودن ادعای استنفکاف یا ناتوانی نیست. این دکترین با تکیه بر نظریه‌های خود قضاوتی در حقوق بین‌الملل و ایجاد استثنای نانوشت بر قاعده ممنوعیت توسل به زور نه تنها منجر به بی‌ثباتی رژیم حقوقی توسل به زور است بلکه توجیه‌های حقوقی آن، تهاجمی روشن بر معانی مفاهیم حقوقی بنیادینی که در حقوق بین‌الملل پذیرفته شده‌اند، وارد کرده است.

واژگان کلیدی: توسل به زور، دفاع مشروع، کنشگران غیردولتی، استنفکاف یا ناتوانی، منشور سازمان ملل.

مقدمه

کنشگران غیردولتی از جمله گروه‌های تروریستی، در دهه‌های گذشته درد و رنج عظیمی بر جهانیان وارد کرده‌اند. با تداوم ضعف و شکنندگی دولت‌ها و ایجاد پناهگاه‌های امن و فضاهای بدون حکومت در دولت‌های ضعیف، پایگاهی برای کنشگران غیردولتی فراهم شده تا در حملات مسلحانه علیه سایر دولت‌ها مشارکت کنند. در نتیجه حملات آنها، کشورهای قربانی در نحوه برخورد و دستگیری‌شان در قلمرو کشور دیگر با یک محاصره بی‌سابقه سیاسی و حقوقی روبرو شده‌اند. وضعیت پیچیده‌تر برای این مسأله، ماهیت غیرقابل پیش‌بینی است که کنشگر غیردولتی و دولت میزبان با یکدیگر تعامل داشته باشند. در بعضی موارد، کشور میزبان ممکن است بطور فعال از اهداف آنها پشتیبانی کند. در موارد دیگر کنشگر غیردولتی ممکن است در یک منطقه جغرافیایی، خارج از کنترل مؤثر دولت میزبان باشد. آنچه در هر دو حالت دشوار می‌نماید دامنه و مقیاس حقوقی است که کشور قربانی (هدف) قادر است از خود دفاع نماید.

هر چند مقررات توسل به زور اجازه مداخله نظامی در قلمرو سرزمینی دولت‌ها برای مقابله با کنشگران غیردولتی را نمی‌دهد اما بعد از حملات ۱۱ سپتامبر و در واکنش نظامی به تروریسم فراملی، یکی از تئوری‌های بسیار بحث‌برانگیز و قدیمی حقوق بیطرفی^۱ تحت عنوان استنکاف و ناتوانی در گفتمان توسل به زور برای مقابله با کنشگران غیردولتی مجدداً در حال تکوین و صورت‌بندی بوده است. بر مبنای این تئوری، دولت قربانی در چارچوب دفاع مشروع مجاز خواهد بود علیه کنشگران غیردولتی واقع شده در دولت میزبان مداخله نظامی نماید، در صورتی که دولت میزبان از سرکوب آنها ناتوان باشد یا تمایلی برای جلوگیری از اعمال خشونت‌آمیز تروریست‌ها نداشته باشد. برخی دولت‌ها با توجه به اینکه خود را در محاصره مسلحانه فراملی می‌بینند، توجیحات حقوقی برای توسل به زور علیه کنشگران غیردولتی مستقر در دولت‌های ضعیف ایجاد کرده‌اند. این توجیحات حتی اگر کاملاً معتبر باشد، تنها در چارچوب حقوق بین‌الملل بشردوستانه جوازی بر توسل به نیروی

1. Ashley Deeks, "Unwilling or Unable: Toward a Normative Framework for Extraterritorial Self-Defense", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 52, (2012), at 483, 505.

کشنده علیه اعضای این گروه‌های مسلحانه در برخی شرایط است.^۱ اما پاسخی برای توسل غیرقانونی به زور در قلمرو دولت‌های میزبان بدون رضایت آنها نمی‌دهد. بنابراین تنش بین دو اصل بنیادین حقوق بین‌الملل ایجاد می‌شود؛ نخست، یکپارچگی سرزمینی دولت میزبان و دوم، حق ذاتی دفاع مشروع دولت قربانی برای حمایت از خود.

اگر چه طرفداران این پارادایم، در چارچوب دفاع مشروع به دنبال توسل به واکنش نظامی علیه کنش‌گران غیردولتی و عاملان خشونت‌های تروریستی‌اند که در قلمرو دولت میزبان تهدید ادامه‌واری علیه دولت‌های قربانی بشمار می‌روند اما بنظر می‌رسد که اجرای آن محدود به وضعیت‌هایی نیست که اقدام نظامی دفاعی را ایجاب نماید. هدف این مقاله، روشن ساختن تحول استفاده از زور به نام دفاع مشروع علیه کنشگران غیردولتی در قلمرو کشورهای میزبان است که با دکترین استنفکاف یا ناتوانی توجیه می‌شود.

این مقاله با بررسی اصول موجود در جستجوی احراز این واقعیت است که آیا مقررات قراردادی و عرفی و رویه قضایی بین‌المللی امکان توسل دولت‌ها به تئوری استنفکاف و ناتوانی در دولت میزبان را می‌دهد؟ به بیانی دیگر آیا دکترین استنفکاف یا ناتوانی بخشی از حقوق بین‌الملل (موجود) شده است؟ علاوه بر این آیا دکترین، راهی مشروع برای استفاده از دفاع مشروع فراسرزمینی در برابر کنشگران غیردولتی را نشان می‌دهد بویژه در وضعیتی که دولت میزبان مایل به سرکوب کنشگران غیردولتی بوده اما ناتوان از این کار باشد؟ بر اساس چه معیارهایی مشخص می‌شود که کشور میزبان مایل یا قادر به مقابله با تهدید ناشی از کنشگران غیردولتی نیست؟ آیا دولت هدف می‌تواند این تصمیم را بطور یکجانبه اتخاذ کند یا کشور میزبان هم در این خصوص نقشی ایفا می‌کند؟

برای پاسخ به این پرسش‌ها ابتدا به تطورات پارادایم استنفکاف و ناتوانی و فراز و نشیب‌های آن نظری می‌افکنیم، سپس نمودهای مشرب وضعی در ارتباط با این پارادایم در اسناد و آرای قضایی بین‌المللی مورد بررسی قرار می‌گیرد. در نهایت بطور خاص به تحلیل انتقادی این پارادایم بنا به فقدان رویه حمایتی و رأی راسخ دولت‌ها از آن در حقوق بین‌الملل و همچنین فقدان شفافیت مفهوم پرداخته می‌شود.

1. Craig Martin, "Challenging and Refining the Unwilling or Unable Doctrine", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 52, (2019), at 4.

۱. پیشینه و ریشه تاریخی دکترین استنفکاف یا ناتوانی

منشأ این مفهوم به زمان *امریش دو واتل* باز می‌گردد و در اصل بخشی از حقوق بیطرفی بود که بعداً در کنوانسیون پنجم لاهه ۱۹۰۷ تدوین شد.^۱ بر اساس حقوق بیطرفی، دولت‌های بیطرف ملزم بودند به نیروهای مسلح کشور متخاصم اجازه ندهند در قلمرو آنها فعالیت کنند.^۲ در وضعیت‌هایی که دولت‌های بیطرف از پیشگیری چنین علمياتی ناکام بودند، دیگر متخاصمان مجاز به استفاده از زور علیه نیروهای دشمن در قلمرو دولت‌های بیطرف بودند. این اصل در وهله اول بر کشورها اعمال می‌شد،^۳ اما اعمال آن بر کنشگران غیردولتی یک پدیده مربوط به اواخر قرن بیستم نیست. حادثه مشهور قضیه *کارولین*^۴ در ۱۸۳۷، نمونه اولیه کاربست دکترین استنفکاف یا ناتوانی برای توجیه توسل به زور علیه کنشگران غیردولتی در قلمرو سرزمینی دولت دیگر بدون رضایت آن بود.^۵

هر چند ریشه‌های دکترین به حقوق بیطرفی باز می‌گردد اما برای اعمال نسبت به وضعیت دولت‌های قربانی حملات مسلحانه کنشگران غیردولتی در سرزمین دولت‌های

۱. این کنوانسیون تصریح می‌کند که قلمرو یک دولت بیطرف مصون از تعرض است و متخاصمین در منازعه از انتقال نیروهای نظامی خود به خاک یک کشور بیطرف ممنوع هستند. حتی چنین تلاشی را نمی‌توان بعنوان یک عمل خصمانه تلقی کرد.

Hague Convention (V) Respecting the Rights and Duties of Neutral Powers and Persons in Case of War on Land, (1907), Arts.1-2,10.

2. Deeks, op. cit. at 499-503.

3. Paul Seger, "The Law of Neutrality", In *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict* (Oxford: OUP, Andrew Clapham & Paola Gaeta eds., 2014) at 248-272.

۴. کارولین (Caroline) کشتی آمریکایی بود که در اختیار شورشیان کانادایی قرار داشت که بر ضد سلطه بریتانیا در کانادا می‌جنگیدند. بعد از اینکه کشتی مذکور برای فرار از دست کشتی‌های بریتانیایی به یک بندر ایالات متحده پناهنده شد، کشتی‌های جنگی بریتانیایی به نام دفاع مشروع و با توسل به زور وارد آب‌های سرزمینی آمریکا شده و اقدام به انهدام آن نمودند که در اثر آن افرادی نیز کشته شدند. به دنبال آن اختلافی بین ایالات متحده و بریتانیا بوجود آمد که در نهایت دو کشور در ۱۸۲۴ با تبادل نامه‌هایی بین وزرای خارجه به اختلاف خود پایان دادند.

Craig, op. cit. at 395.

5. Abraham Sofaer, "On the Necessity of Pre-Emption", *European Journal of International Law*, Vol. 14, (2009), at 216-17.

میزبان، دوباره اصلاح شد.^۱ نسخه به روز شده دکترین حاکی از این است که دولت‌های قربانی در واکنش به حملات مسلحانه قریب‌الوقوع یا واقعی کنشگران غیردولتی مستقر در دولت‌های میزبان، می‌توانند به دفاع مشروع متوسل شوند تا زمانی که دولت‌های میزبان ناتوان یا مایل به جلوگیری از حملات کنشگران غیردولتی نباشند.

تنها معاهده بین‌المللی که از عبارت دقیق «استنکاف یا ناتوانی» در ارتباط با دولت‌ها استفاده نموده است، اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری است که در ماده ۱۷ در مسأله مربوط به قابلیت پذیرش یک وضعیت، به این مفهوم اشاره نموده است. مقرر فوق حکمی را تصریح می‌نماید که بر مبنای آن یک دولت از مسئولیت مبرا است، اگر مایل یا قادر به رعایت تعهدات خود نباشد. در این وضعیت، دیوان بین‌المللی کیفری بر قضیه اعمال صلاحیت می‌نماید.

واژگان مشابهی در ماده ۱ کنوانسیون مربوط به وضع پناهندگان^۲ ۱۹۵۱ تکرار شده است با این تفاوت که در اینجا اصطلاح استنکاف و ناتوانی به اشخاص اشاره دارد نه دولت‌ها. فراتر از این، تنها در اسناد حقوقی نرم و بطور خاص در گزارش کمیسیون بین‌المللی مداخله و حاکمیت دولت در دسامبر ۲۰۰۱ در ارتباط با مسئولیت حمایت به این مفهوم اشاره شده است. به زعم کمیسیون اگر یک دولت ناتوان و یا از انجام مسئولیت حمایت استنکاف ورزد یا خود دولت مرتکب نقض قواعد باشد، این مسئولیت جامعه بین‌المللی است که بجای آن دولت وارد عمل شود.^۳ کمیسیون در این خصوص اظهار می‌دارد که می‌توان به مداخله مسلحانه در این وضعیت‌ها از دو منظر متوسل شد: دفاع

۱. بنظر می‌رسد این پارادایم نسخه جدیدی از تئوری‌های حفظ خود، خودیاری یا منافع حیاتی باشد که مشخصه بارز قرن نوزدهم به شمار می‌رفت.

Olivier Corten, "The 'Unwilling or Unable' Test: Has It Been, and Could It be, Accepted", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 29, (2016), at 798.

۲. اصطلاح پناهنده به شخصی اطلاق می‌گردد که: ... در نتیجه حوادث قبل از یکم ژانویه ۱۹۵۱ و به علت ترس موجه از اینکه به علل مربوط به نژاد، مذهب، ملیت یا عضویت در بعضی گروه‌های اجتماعی یا داشتن عقاید سیاسی تحت شکنجه قرار گیرد- در خارج از کشور محل سکونت عادی خود به سر می‌برد و نمی‌تواند و یا بعلت ترس مذکور نمی‌خواهد خود را تحت حمایت آن کشور قرار دهد یا در صورتی که فاقد تابعیت است و پس از چنین حوادثی در خارج از کشور محل سکونت دائمی خود بسر می‌برد- نمی‌تواند یا بعلت ترس مذکور نمی‌خواهد به آن کشور بازگردد.

3. Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty on The Responsibility to Protect, (2001), para.(1)B.

مشروع و مداخله بشردوستانه. در خصوص مورد نخست؛ اگر بعد از یک فرصت معقول، دولتی که تروریست‌ها در قلمرو آن بسر می‌برند در خنثی نمودن خطر ناشی از آنها، چه به دلیل ناتوانی و چه به دلیل استنکاف شکست بخورد، دولتی که با حملات گروه‌های مسلح فوق تهدید شده، در چارچوب دفاع مشروع می‌تواند علیه گروهی که خطر را ایجاد کرده به نیروی نظامی متوسل شود. در خصوص مداخله بشردوستانه نیز کمیسیون اظهار می‌دارد که مداخله نظامی برای اهداف حمایتی بشری بایستی بعنوان اقدامات استثنایی در نظر گرفته شود. همچنین بایستی آسیب‌ها جدی و جبران‌ناپذیر یا بلاواسطه بوجود آیند.^۱

۲. چارچوب حقوقی *Jus ad bellum*: ممنوعیت کلی توسل به زور

سیستم سازمان ملل با هدف اصلی تقویت صلح و امنیت بین‌المللی از میان خاکستر دو جنگ جهانی پدیدار شد. رژیم توسل به زور هسته اصلی این سیستم برای ایجاد یک نظام قویتر از محدودیت‌های توسل به زور به منظور کاهش جنگ بین دولت‌ها است. مطابق ماده ۲(۴) منشور سازمان ملل متحد و مستقلاً و تقریباً به شکلی یکسان در حقوق بین‌الملل عرفی، استفاده از زور در روابط بین دولت‌ها ممنوع می‌باشد. این ممنوعیت با ویژگی قاعده آمره، سنگ بنای منشور قلمداد می‌شود. ماده ۲(۴) منشور مقرر می‌دارد: کلیه اعضا در روابط بین‌المللی خود از تهدید به زور یا استفاده از آن علیه تمامیت ارضی یا استقلال سیاسی هر کشوری یا از هر روش دیگری که با مقاصد ملل متحد مابینت داشته باشد، خودداری خواهند نمود.^۳ در سال ۱۹۴۵ هدف اولیه این ممنوعیت صرفاً جلوگیری از جنگ‌های بیشتر بود. این ممنوعیت همه‌جانبه با لحن کلی و وسیع بیان شده تا اطمینان حاصل شود که دولت‌ها با هیچ عذر و بهانه‌ای نتوانند درگیر تجاوز به کشورهای دیگر شوند.^۴

1. Ibid. para.4.18.

2. Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of Congo v. Uganda) Judgment, ICJ Rep, (2005), p. 223; Military and Paramilitary Activities (Nicaragua v. United States), Merits, (1986), paras. 100, 101, 190.

3. Charter of the United Nations, (1945), Art. 2(4).

4. Documents of the United Nations Conference on International Organization, San Francisco (London: United Nations Information Organization in Association with Library of Congress, 1945) at 335.

اگر چه بر مبنای مقرر فوق توسل به زور ممنوع شناخته شده است اما جمله پایانی ماده حق دفاع از خود را به ذهن متبادر می‌نماید. این امر به دولت‌ها این امکان را می‌دهد تا در دفاع از خود به زور متوسل شوند اما زمانی که چنین دفاعی فراتر از جمله‌بندی ماده ۵۱ و بیش از حد لازم باشد می‌تواند در تضاد با منشور باشد.

بر مبنای ماده ۵۱ منشور «یک دولت ممکن است به دفاع مشروع متوسل شود اگر حمله مسلحانه علیه یک عضو ملل متحد رخ دهد تا زمانی که شورای امنیت اقدام لازم برای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی را به عمل آورد». استثنای دیگر در چارچوب فصل هفتم منشور سازمان ملل است که نشان می‌دهد شورای امنیت می‌تواند جواز توسل به زور علیه دولت دیگر را برای حفظ یا اعاده صلح و امنیت بین‌المللی صادر نماید. پرسشی که اینجا مطرح می‌شود این است که آیا پارادایم استنفکاف و ناتوانی سازگار با حقوق توسل به زور است؟ چرا که استدلال شده است که این دکترین بخشی از دفاع مشروع منعکس شده در ماده ۵۱ منشور است. این پرسش تنها مربوط به زمانی است که شورای امنیت مداخله نکرده باشد. بعد از این مرحله، هرگونه اقدام ادامه‌دار به هر حال غیرقانونی، نامتناسب و غیرضروری خواهد بود مگر اینکه شورای امنیت غیر از این مقرر کرده باشد.

برای قرار دادن پارادایم در چارچوب حقوقی موجود توسل به زور، از دو زاویه ممکن است مورد توجه قرار گیرد: از یک طرف، این پارادایم می‌تواند برای برقراری «ضرورت» در چارچوب دفاع مشروع علیه کنشگران غیردولتی و نادیده گرفتن مسأله دخالت دولت استفاده شود. از طرف دیگر ممکن است بعنوان ابزاری برای انتساب اعمال کنشگران غیردولتی به یک دولت مورد استفاده قرار گیرد، لذا بر آستانه بالای مشارکت ضروری دولت غلبه می‌کند.

این دیدگاه که پارادایم ناتوانی و استنفکاف جایگزین معیار «ضرورت» می‌شود مستلزم این است که توسل به زور در دفاع مشروع علیه کنشگران غیردولتی در چارچوب ماده ۵۱ منشور مجاز شناخته شده باشد و این پارادایم بخشی از ضرورت انجام چنین عملی است. در حالی که آنگونه که در ادامه خواهد آمد چنین تفسیری را نمی‌توان از ماده ۵۱ استنباط نمود.

۳. توسل به زور در قالب دفاع مشروع علیه کنشگران غیردولتی

تهیه کنندگان پیش نویس منشور سازمان ملل، وجود نوعی از کنشگران غیردولتی از جمله القاعده، داعش و ... که امروزه در قلمرو سرزمینی دولت میزبان عمل می کنند، را پیش بینی نکردند. اما در واقع طرح مسأله کنشگران غیردولتی در حوزه قواعد بین الملل حاکم بر توسل به زور، مهمان ناخوانده ای است که میزبان (حقوق بین الملل) باید به واقعیت وجودی آن اعتراف کند و به تبیین و تنویر این حوزه پردازد.

ممنوعیت توسل به زور در ماده ۲(۴) منشور ملل متحد مطلق نبوده و استثنائاتی دارد. حقوق بین الملل وضعیت هایی که یک دولت می تواند در قلمرو سرزمینی دولت دیگر به زور متوسل شود را به سه وضعیت محدود می کند: اقدام نظامی بر اساس نظام امنیت جمعی منشور (ماده ۴۲ منشور)، دفاع مشروع در ماده ۵۱ منشور و نهایتاً رضایت بر تهدید و کاربرد زور در قلمرو یک دولت.

در غیاب جواز شورای امنیت در توسل به زور، ماده ۵۱ منشور توجیه قابل قبول برای قانونی بودن توسل به زور از ناحیه کشورها تلقی می شود اما اعمال آن و شرایط حقوقی لازم برای توسل به دفاع مشروع بویژه در مواجهه با کنشگران غیردولتی بسیار چالش برانگیز است.

دیوان در قضیه نیکاراگوئه و فعالیت های مسلحانه در سرزمین کنگو به این رهیافت رسید که حمله مسلحانه ارتكابی گروه های شورشی بایستی به یک دولت منتسب باشد و اصولاً بایستی ثابت شود که آن دولت کنترل مؤثری بر نقض های ادعایی ارتكابی داشته باشد تا دفاع مشروع دسته جمعی علیه آن مشروع قلمداد شود. در هر دو قضیه، دیوان از اعلام مشروعیت توسل به زور در قالب دفاع مشروع علیه کنشگران غیردولتی خودداری نمود.^۱

در قضیه دیوار حائل نیز دیوان اظهار داشت که ماده ۵۱ منشور، حق دفاع مشروع ذاتی را در صورت وقوع حمله مسلحانه یک دولت علیه دولت دیگر را شناسایی می کند.^۲ دیوان

1. ICJ Reports, 1986, op. cit. paras.109,115,154-60; ICJ Rep, 2005, op. cit. paras.146-147.

2. Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, ICJ Rep, Advisory Opinion, (2004), para.139 [Emphasis Added].

معتقد است: ماده ۵۱ منشور، دفاع مشروع علیه کنشگران غیردولتی را به وضعیت‌هایی محدود نموده است که حمله مسلحانه کنشگران غیردولتی به دولتی منتسب است که حاکمیت سرزمینی‌اش نقض شده است. توسل به زور در دفاع مشروع بوسیله دولت قربانی علیه کنشگران غیردولتی بدون رضایت دولت میزبان غیرقانونی است و بنابراین با این استدلال که دولت میزبان تمایلی ندارد یا قادر به کمک نیست، قابل توجیه نیست.^۱

با توجه به اظهارات دیوان، صرف ناتوانی برای جلوگیری از حمله تروریستی، خود به خود توسل به زور در قلمرو دولت میزبان را مشروع نمی‌سازد و توجیه طرفداران این پارادایم خارج از شروط و مقتضیات انتساب در قضیه نیکاراگوئه، کنگو و دیوار حائل می‌باشد.^۲ دیوان پارادایم ناتوانی و استنکاف را نمی‌پذیرد، لذا در وضعیت‌هایی که کشور میزبان قادر به کنترل کنشگران غیردولتی نیست، بدیهی است اگر کشور میزبان در قبال حملات انجام شده از سوی کنشگران غیردولتی مسئول نباشد، از آنجا که معیار انتساب در اینجا منتفی است لذا ضرورت توسل به زور به استناد دفاع مشروع بدلیل حمایت کشور میزبان یا عدم تمایل آن برای اجرای تعهدات بین‌المللی در سرکوب فعالیت‌های کنشگران غیردولتی در درون مرزهایش توجیه‌پذیر نیست.

۴. دولت ناتوان و مستنکف و چالش میان قاعده دفاع مشروع و مسئولیت دولت

در وضعیتی که کشور میزبان بر سرزمین خود کنترل ندارد و شرط انتساب در مقابل کنشگر غیردولتی را منتفی بدانیم، خود را با چالش تعارض دو قاعده حقوقی مواجه می‌نماییم؛ از یک سو به دولت قربانی اجازه می‌دهیم در سرزمین دولت میزبان مداخله کند و از سوی دیگر، دولت میزبان نباید به خاطر اعمالی که مسئول نیست، تمامیت

1. Ibid. paras.138-140; ICJ Rep, 2005, op. cit. para.146.

۲. البته تفاسیر مضیق دیوان در مورد کنشگران غیردولتی باعث ایجاد حفره‌های سیاه در قواعد حقوقی شده است و می‌تواند انگیزه‌ای برای دولت‌ها باشد تا از طریق کنشگران غیردولتی به جنگ‌های وکالتی مبادرت ورزند.

ارضی‌اش نقض شود چرا که اصول مسئولیت بین‌المللی، دولت میزبان ناتوان را مسئول قلمداد نمی‌نماید.^۱

چالش اصلی اینجاست که «حمله علیه کنشگر غیردولتی در سرزمین کشور میزبان بطور اجتناب‌ناپذیر، توسل به زور علیه دولت میزبان تلقی می‌شود». تنها قصور دولت میزبان این است که کنشگر غیردولتی از سرزمینش بعنوان پایگاهی علیه سایر دولت‌ها استفاده می‌کند. مسأله برای جامعه بین‌المللی اثبات این امر است که واکنش صحیح چگونه باید تعیین شود؟ کشور میزبان مسئولیت امتناع یا ناتوانی در جلوگیری از آسیب‌رساندن بازیگران غیردولتی (تروریستی) به سایر دولت‌ها از داخل قلمرو خود را بر عهده دارد. همانگونه که دیوان در قضیه کانال کورفو اعلام داشت: «این تعهد حقوقی بر دولت‌ها وجود دارد که نباید اجازه دهند قلمرو آنها آگاهانه برای اعمال خلاف علیه حقوق سایر دولت‌ها استفاده شود».^۲ نقض این تعهد قاعدتاً مسئولیت دولت را به همراه خواهد داشت. با این حال، تکلیف به جلوگیری از چنین اعمالی مطلق نیست بلکه نیازمند تلاش مقتضی^۳ و تعهد به وسیله است نه تعهد به نتیجه.

ناتوانی دولت میزبان در مقابله با تهدید، به خودی خود و بدون انکار رضایت و در نتیجه عدم تمایل، نمی‌تواند توسل به زور توسط دولت قربانی را توجیه کند. این ایده که دولت‌ها می‌توانند از توسل به زور بعنوان شکلی از اقدام متقابل در واکنش به نقض‌های حقوق بین‌الملل استفاده کنند با سیستم مدرن سازمان ملل خاتمه یافت. توجیه استفاده از زور را باید در رژیم حقوقی توسل به زور جستجو کرد و نه در حقوق مسئولیت دولت. برای توجیه توسل به زور در مقام دفاع مشروع علیه یک دولت برای اقدامات کنشگران غیردولتی، عمل این کنشگران باید به سطح حمله مسلحانه برسد و قابل انتساب به دولت باشد. اگر حملات کنشگران غیردولتی قابل انتساب به دولت میزبان نباشد، خود بازیگران

۱. رفتار هدایت و کنترل شده توسط دولت در ماده ۸ طرح مسئولیت بین‌المللی دولت پذیرفته شده است که به موجب آن رفتار شخص یا گروهی از اشخاص به موجب حقوق بین‌الملل، فعل دولت تلقی می‌شود در صورتیکه شخص یا اشخاص مزبور در انجام رفتار مزبور در واقع به دستور، تحت هدایت یا کنترل دولت عمل کنند.

ILC, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001, Art.8

2. Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania), Merits, ICJ Rep, (1949), at 22.

3. Due diligence.

تروریستی با انجام حملات علیه سایر کشورها حقوق بین‌الملل را نقض می‌کنند، آنگاه دولت میزبان تنها مسئول نقض تعهد مبنی بر استفاده از قلمرو خود به ضرر سایر کشورها خواهد بود و این مسئولیت دولت نمی‌تواند توجیهی برای توسل به زور علیه دولت میزبان باشد. دیوان مکرراً اعلام کرده است که معیار انتساب برای توجیه توسل به زور علیه دولت در جایی که کنشگران غیر دولتی مستقر هستند، این است که دولت میزبان بطور قابل توجیهی در عملیات درگیر بوده است.^۱

در چارچوب دکترین ناتوانی و استتکاف، کشور ناتوان و مستتکف مسئولیت مطلق و بدون تقصیر برای اعمال کنشگران غیردولتی دارد. این تئوری، موانع انتساب کنشگران غیردولتی را به یک دولت از سر راه برداشته و در واقع کشورها را به دلیل ناتوانی صرف آنان در کنترل فعالیت‌های باندهای مسلح، مسئول می‌داند. تئوری مسئولیت مطلق، دولت‌ها را برای همه حملات مسلحانه‌ای که از سرزمین آنها نشأت می‌گیرد مسئول می‌داند فارغ از اینکه سطح حمایت یا میزان تلاش آن دولت برای سرکوب آن فعالیت‌ها در نظر گرفته شود.

طرفداران پارادایم، نقش و اهمیت دولت میزبان در مقابله با کنشگران غیردولتی را فاقد اهمیت و ارزش می‌دانند. این تئوری، نقض حاکمیت سرزمینی کشورها را بخاطر اعمالی که مرتکب نشده‌اند فقط بعلت ناتوانی برای سرکوب آن اقدامات مجاز تلقی می‌کند. این نتیجه‌گیری، غیرمنصفانه بنظر می‌رسد چرا که مسئولیت مطلق بطور همسان بر دولت ناتوان و دولتی که سعی در سرکوب کنشگران غیردولتی دارد ولی موفق به این کار نمی‌شود، قابل اعمال است. حتی اگر در جایی دولت حاکم ضعیف باشد کشور، موجودیتی متمایز از دولت است و حقوق و تعهدات آن کشور بعلت فقدان کنترل سرزمینی توسط دولت و حتی فقدان دولت تحت تأثیر قرار نمی‌گیرد. غیرمنصفانه بودن ایده این تئوری ما را بسویی سوق می‌دهد که پارادایم دیگری از مسئولیت دولت را مورد پذیرش قرار دهیم.

1. ICJ Rep, 1986, op. cit. paras.14, 194-95; ICJ Rep, 2005, op. cit. pars.106-47.

۵. نقد توجیه حقوقی ناتوانی و استنکاف در چارچوب بند ۴ ماده ۲ منشور

طرفداران پارادایم ناتوانی و استنکاف اظهار می‌دارند که ممنوعیت توسل به زور مقرر در ماده ۲ (۴) منشور می‌تواند در حمایت از ناتوانی و استنکاف خوانده شود.^۱ آنها تمامیت سرزمینی یا استقلال سیاسی در مقرر فوق را بعنوان شروط لازم در نظر می‌گیرند، بنابراین تهدید یا توسل به زوری که هدف آن تمامیت سرزمینی یا استقلال سیاسی دولت میزبان نباشد اما در عوض بطور مستقیم برای جبران و اصلاح بی‌عدالتی یا یک امر غیرقانونی آشکار (جبران خسارت سوءاستفاده از حقوق بشر) باشد، ممنوع نیست. چنین تفسیری از ماده ۲ (۴) منشور با توجه به ساختار مناسب مواد منشور مطابق با اصول کنوانسیون حقوق معاهدات^۲ (بند ۱ ماده ۳۱) یعنی با در نظر گرفتن متن منشور در چارچوب اهداف و اصول آن همخوانی ندارد.

قرائت و تفسیر موسع بند ۴ ماده ۲ منشور با اهداف عمده منشور یعنی حفظ صلح و امنیت بین‌المللی، متوقف کردن هرگونه عمل تجاوز و حل و فصل اختلافات بین‌المللی از طریق شیوه‌های صلح‌آمیز ناسازگار است. علاوه بر این، کارهای مقدماتی منشور نشان می‌دهد که واژگان تمامیت سرزمینی و استقلال سیاسی برای تأکید بیشتر اضافه شده است و نه به منظور محدود نمودن ممنوعیت. همچنین محتوای ماده ۲ (۴) منشور از قرائت گسترده‌ای مبنی بر توجیه توسل به زور در جایی که کنشگران غیردولتی، بخشی از ارگان دولتی قلمداد نمی‌شوند حمایت نمی‌کند. علی‌رغم قصور دولت از ایفای تکلیفش در ارتباط با حمله، اگر حمله عمل دولت تلقی نشود نمی‌توان به واکنش نظامی و توسل به زور روی آورد بلکه واکنش مناسب برای چنین نقض و قصوری، اعمال تضمین‌های صلح‌آمیز است. بنابراین مشروعیت توسل به ناتوانی و استنکاف را نمی‌توان با توسل به نقض تعهدات دولت میزبان در چارچوب مواد منشور استنباط نمود.

1. Shearer, Ivan, "A Revival of the Just War Theory?", In Michael N. Schmitt and Jelena Pejic (eds), *International Law and Armed Conflict: exploring the fault lines*, (The Netherlands: Brill, Nijhoff, 2007) at 1; Travalio, Gregory, "Terrorism, International Law, and the Use of Military Force", *Wisconsin International Journal of Law*, Vol. 18, (2000), at 166.

۲. اگرچه کنوانسیون وین دقیقاً بر تفسیر مواد منشور بکار نمی‌رود اما اصول کلی مقرر در ماده ۳۱ منشور بعنوان یک قاعده عرفی بین‌المللی بر منشور نیز قابل اعمال است.

بنظر می‌رسد که دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه فعالیت‌های مسلحانه در سرزمین کنگو در مورد قلمرو تعهد به منع مداخله نخواست که رهیافت موسعی اتخاذ کند و مایل نبود که عدم توانایی در اقدام علیه شورشیان یا اقدام غیر مؤثر علیه آنان را توجیه کننده نقض تعهد به منع مداخله تلقی نماید.^۱ دیوان در این قضیه در واقع از رویه خود در قضیه نیکاراگوئه تبعیت نمود. دیوان تصریح نمود که استنکاف یا ناتوانی یک کشور برای مقابله با تهدید، توجیه کننده توسل به زور علیه آن کشور به بهانه دفاع مشروع نیست مگر اینکه دولت میزبان از کنشگران غیردولتی حمایت و در فعالیت آنها مشارکت نماید.^۲ بنابراین طیف گسترده‌ای از رفتارها و بویژه استناد به دکترین استنکاف یا ناتوانی برای مقابله با کنشگران غیردولتی در دولت میزبان را می‌توان نقض ماده ۲(۴) منشور قلمداد نمود. در نتیجه ماده ۲(۴) منشور نمی‌تواند مبنای حقوقی برای ناتوانی و استنکاف باشد.

۶. نقد توجیه حقوقی پارادایم در پرتو ماده ۵۱ منشور

هر چند دکترین استنکاف یا ناتوانی برای اهداف محدود توسل به زور علیه کنشگران غیردولتی در قلمرو سرزمینی دولت‌های میزبان، در وهله اول متکی بر بخشی از عملیات مبارزه با تروریسم است اما ادعا می‌شود که این دکترین بخشی از قاعده دفاع مشروع در ماده ۵۱ منشور در رژیم حقوقی توسل به زور است،^۳ در حالی که این رژیم حقوقی فقط حاکم بر دولت‌هاست و نه بر حملات بازیگران غیردولتی. در تنظیم مبنای قانونی برای اقدامات در چارچوب ماده ۵۱ منشور علیه کنشگران غیردولتی، دولت‌ها از طریق پارادایم ناتوانی و استنکاف به دفاع مشروع بعنوان حق مستقل اتکا می‌کنند تا اقدامات خود را در قلمرو دولت میزبان توجیه نمایند.

حق توسل به زور در دفاع مشروع بدون تردید به وقوع حمله مسلحانه محدود شده است. در این صورت آیا یک تهدید تروریستی و حملات کنشگران غیردولتی می‌تواند این شرط را برآورده نماید؟ علاوه بر این برای اعمال حق دفاع مشروع همانگونه که دیوان بین‌المللی دادگستری تأکید می‌نماید بایستی استلزامات حقوق بین‌الملل عرفی یعنی

1. Christine Gray, *International Law and Use of Force* (Oxford University Press, 2008) at 80.

2. ICJ Rep, 2005, op. cit. pp.146-47.

3. Craig, op. cit. at 395.

ضرورت، تناسب و فوریت^۱ را در نظر گرفت.^۲ اصل ضرورت مستلزم این است که دولت قربانی تنها زمانی به زور متوسل شود که مانع حمله مسلحانه در آینده شود و هیچ جایگزین مسالمت آمیزی از قبیل دیپلماسی امکان پذیر نباشد.^۳ به بیانی دیگر، استفاده از زور آخرین راه حل و تنها وسیله برای جلوگیری از حمله مسلحانه یا خاتمه دادن به آن است. تناسب حاکی از آن است که توسل به زور نباید بیش از آن چیزی باشد که برای تدارک یک دفاع مورد نیاز باشد^۴ و در نهایت، فوریت مستلزم این است که واکنش متعاقب حمله مسلحانه صورت گیرد^۵ و بایستی بین شروع حمله و پاسخ در قالب دفاع مشروع ارتباط زمانی نزدیکی وجود داشته باشد.

دکترین استنکاف و ناتوانی، فرض را بر مشروعیت دفاع مشروع پیشدستانه^۶ می داند و عمدتاً در حملات موشکی پیشدستانه مورد استناد قرار می گیرد.^۷ دفاع مشروع بسیار موسع شامل توسل به زور علیه کنشگران غیردولتی در ارتباط با حملات غیر قریب الوقوع یا در هر حالتی بر مبنای مسئولیت محض است. در حالی که دفاع مشروع تنها زمانی مجاز است که یک حمله مسلحانه واقعی صورت گرفته باشد.^۸ دولت های قربانی از آستانه پایینی برای حملات مسلحانه حمایت می کنند چرا که خطر ناشی از سازمان های تروریستی فراملی دقیقاً با الگوی حملات پراکنده، مکرر و با شدت کمتر مشخص می شود. اما برای استناد به حق دفاع مشروع، دیوان اعلام داشت توسل به زوری که ایجاد کننده یک حمله مسلحانه باشد بطور قابل توجهی بیشتر از توسل به زوری است که خود تابع ممنوعیت عام است؛^۹ به این معنی که همه استفاده های غیرقانونی از زور به سطح حمله مسلحانه که حق دفاع مشروع را

1. Deeks, op. cit. at 494.

2. ICJ Rep, 1986, op. cit. para.176.

3. Gray, op. cit. at 21; Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, (Cambridge University Press, 2005) at 242.

4. Michael Schmitt, "Counter-Terrorism and the Use of Force in International Law", *International Law Studies*, Vol. 79, (2003), at 28.

۵. مهدی حاتمی و مرتضی احمدی فرد، «مشروعیت توسل به زور ترکیه در حمله به شمال سوریه از منظر حقوق بین الملل»، پژوهش حقوق عمومی، شماره ۷۴، (۱۴۰۱)، ص ۳۱۷.

6. Anticipatory.

7. Craig, op. cit. at 11.

8. Gray, op. cit. at 169.

9. Case Concerning Oil Platforms (Iran v. U.S.), ICJ Rep, 2003, paras.160, 51, 64; ICJ Rep, 1986, op. cit. paras.191, 210-11, 230-32.

ایجاب کند نمی‌رسد. دیوان در قضیه سکوه‌های نفتی بیان داشت که آستانه حمله مسلحانه بسیار بالا است، مین‌گذاری برای کشتی نیروی دریایی و حمله موشکی به نفتکش به سطح حمله مسلحانه نمی‌رسند.^۱ بررسی دقیق رویه دولت‌ها نشان می‌دهد که اکثریت قریب به اتفاق جامعه بین‌المللی با این دیدگاه سنتی دیوان موافق هستند.^۲

علاوه بر این در قضایای فعالیت‌های مسلحانه در سرزمین کنگو، نیکاراگوئه و دیوار حائل، دیوان اظهار داشت که یک عمل به موجب ماده ۵۱ منشور تنها در جایی قابل توجیه است که حمله مسلحانه کنشگر غیردولتی منتسب به دولتی است که تمامیت ارضی‌اش نقض شده است. جایی که حملات کنشگران غیردولتی نمی‌تواند به دولت میزبان منتسب باشد، توسل به زور بدون کسب رضایت دولت میزبان غیرقانونی خواهد بود و در نتیجه نمی‌تواند بر مبنای ناکارآمدی دولت میزبان توجیه شود.^۳ بنابراین برای توجیه حمله بر مبنای پارادایم ناتوانی و استنفاف، دولت قربانی بایستی نشان دهد حملات، بطور مستقیم یا ضمنی به دولت میزبان منتسب است. در نتیجه تنها حملات تروریستی که بطور مؤثری بوسیله دولت دیگر کنترل و هدایت می‌شود (ماده ۸ طرح مسئولیت) و یا حمایت‌های اساسی از عملیات کنشگران غیردولتی توسط دولت میزبان صورت گرفته باشد مقدمه توسل به دفاع مشروع است (معیار کنترل مؤثر). در خصوص کنترل کلی بر کنشگران غیردولتی بنظر می‌رسد که نظر دیوان مسلتزم درجه‌ای از همکاری در بخشی از سرزمین دولت میزبان می‌باشد. بنابراین در چارچوب نظر دیوان، فراتر از ناتوانی و استنفاف صرف برای عمل مورد نیاز است.

بنظر می‌رسد برای توسل به حق دفاع مشروع، اعمال کنشگران غیردولتی بایستی شدیدتر از اعمال ارتكابی دولت‌ها باشد. جدا از این امر، آستانه بالاتری برای توجیه حمله علیه چنین گروه‌هایی در قلمرو دولت دیگر ضروری بنظر می‌رسد اما روشن نیست که چنین آستانه‌ای بایستی چگونه باشد. در واقع اگر حقوق بین‌الملل برای پذیرش این دکترین تحول پیدا کند، آستانه توسل به زور در دفاع مشروع برای هر هدفی و در همه وضعیت‌ها

1. ICJ Rep, 2003, op. cit. paras.160, 51, 64, 161-219.

2. Tom Ruys, *Armed Attak and Article 51 of the UN Charter: Evolutions in Customary Law and Practice* (Cambridge University Press, 2013) at 134-74.

40. ICJ Rep, 2005, op. cit. para.146; ICJ Rep, 2004, op. cit. paras.138-140.

بطور قابل توجهی پایین می‌آید و رژیم حقوقی توسل به زور به روش‌های مختلفی تضعیف می‌شود. با این حال زمانی که کل سیستم حقوق بین‌الملل و نهادهای بین‌المللی تحت فشار قرار گرفته باشند و بی‌ثباتی در روابط میان قدرت‌های بزرگ و نوظهور در حال افزایش باشد، ما نباید نسبت به تهدیدات رژیم حقوقی که برای کاهش این خطرات طراحی شده است، بی‌تفاوت باشیم. دکترین استنفکاف یا ناتوانی، چنین خطری را برای رژیم حقوقی توسل به زور ایجاد می‌نماید.

صرف این واقعیت که حملات ۱۱ سپتامبر به اندازه کافی شدید بودند تا حق دفاع مشروع محقق شود،^۱ نمی‌تواند برای قضایای دیگر در آینده مورد استناد قرار گیرد. یک عمل انفرادی هر چند شدید و خشن باشد نمی‌تواند توسل به زور ادامه‌دار بنام دفاع مشروع را توجیه کند. در واقع اگر بپذیریم که شبکه تروریستی القاعده بعنوان تهدیدی برای کشورهایی که به این پارادایم استناد می‌نمایند از بین رفته باشد لذا نمی‌توان پذیرفت که توسل به پارادایم ناتوانی و استنفکاف قانونی می‌باشد.

حقوق بین‌الملل بعد از حملات ۱۱ سپتامبر بیش از حد تحول پیدا کرده است اما ممکن نیست آنقدر تغییر کرده باشد که حملات علیه کنشگران غیردولتی را صرفاً به دلیل ناتوانی و استنفکاف دولت میزبان از سرکوب چنین بازیگرانی توجیه نماید. پذیرش چنین پارادایمی وحشت بی‌سابقه در توسعه حقوق بین‌الملل قلمداد می‌شود و مستلزم پذیرش مفهومی نوینی از حق دفاع مشروع و بازنویسی آن می‌باشد. اگر کشورها توجیحات این پارادایم را بعنوان حکم بپذیرند، حقوق بین‌الملل بسیار بیشتر از وضعیت قبل از مداخله رنج خواهد برد.

۷. جلوه‌های اراده‌گرایی در پارادایم استنفکاف و ناتوانی

۷-۱. فقدان رویه حمایتی و رأی راسخ دولت‌ها

با وجود اینکه نمونه‌های بیشماری می‌توان یافت که دولت‌ها علیه کنشگران غیردولتی در قلمرو دولت میزبان از زور استفاده نموده‌اند، تنها تعداد معدودی از دولت‌ها بطور خاص و صراحتاً به دکترین استنفکاف یا ناتوانی استناد کرده‌اند.

1. Security Council Res. 1368 (2001); Security Council Res, 1373, (2001).

حق توسل به زور در دفاع مشروع علیه کنشگران غیردولتی قبل از حملات ۱۱ سپتامبر مناقشه‌آمیز بود. پیش از این، اقدامات در سرزمین‌های خارجی بعنوان دفاع از خود تصور می‌شد اما بیشتر آنها در قطعنامه‌های مختلف سازمان ملل محکوم می‌شدند.^۱ در دهه هفتاد و قبل از آن، ایالات متحده و اسرائیل به ترتیب در نامه رئیس جمهور ایالات متحده جیمی کارتر به سنا برای راه‌اندازی عملیات نظامی علیه ایران^۲ بعد از قضیه کارکنان دیپلماتیک و کنسولی ایالات متحده در تهران و حمله اسرائیل به لبنان برای بیرون راندن سازمان آزادیبخش فلسطین در ۱۹۷۸-۱۹۸۲^۳ و عملیات نجات انبه^۴ در سال ۱۹۷۶ برای ورود کماندوهای اسرائیلی به اوگاندا برای نجات ۲۵۷ گروگان اسرائیلی از هواپیماربایان فلسطینی^۵ صراحتاً دکتترین استنکاف و ناتوانی را تصدیق نمودند. در دهه ۸۰ آفریقای جنوبی در سه قضیه مربوط به کنگره ملی آفریقا در موازمبیک، لسوتو و بوتسوانا صراحتاً به دکتترین استنکاف یا ناتوانی استناد نمود.^۶

در دهه نود تا حملات ۱۱ سپتامبر، در نامه نماینده دائم اسرائیل به رئیس شورای امنیت برای دفاع مشروع علیه حزب الله لبنان،^۷ نامه وزیر امور خارجه ترکیه به دبیر کل و شورای امنیت سازمان ملل در ارتباط با حملات هوایی ترکیه به شمال عراق علیه اعضای مظنون به حزب کارگران کردستان (پ.ک.ک.)^۸ و حملات ایالات متحده به افغانستان برای مقابله با القاعده^۹ صراحتاً به دکتترین فوق استناد نموده‌اند.

بعد از حملات ۱۱ سپتامبر برخی از اعضای دائم شورای امنیت از جمله ایالات متحده، روسیه و بریتانیا اشارات صریحی به دکتترین استنکاف یا ناتوانی داشته‌اند و توجیحات

1. Gray, op. cit. at 161-164.
2. Carter Jimmy, Rescue Attempt for American Hostages in Iran Letter to the Speaker of the House and the President Pro Tempore of the Senate Reporting on the Operation, April 26, (1980).
3. UNIFIL, <http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/unifil/background.shtml>.
4. The Entebbe Rescue Operation
5. UNSC Verbatim Record, (9 July 1976) UN Doc S/PV.
6. UN Doc. S/14367, 6 February 1981; UN Doc. S/PV.2639, 30 December 1985.
7. UN Doc. S/26152, 26 July 1993.
8. U.N. Doc. S/1996/479 (July 2, 1996).
9. John B. Bellinger, "Legal Issues in the War on Terrorism", London School of Economics, 21 Oct. 2006. <https://2009-2017.state.gov/s/l/2006/98861.htm> Last Visit: 7/8/2022.

حقوقی برای توسل به زور علیه سازمان‌های تروریستی فراملی توسعه داده‌اند که در قلمرو دولت‌های ضعیف یا ناتوان فعالیت می‌کنند. اظهارات نخست وزیر روسیه، ولادمیر پوتین، در خصوص حمله فدراسیون روسیه به شورشیان چچنی در سال ۲۰۰۲،^۱ ورود نیروی دریایی ایالات متحده به پاکستان در سال ۲۰۱۱ بدون رضایت این کشور برای دستگیری یا کشتن اسامه بن لادن و استفاده از پهبادها برای هدف قراردادن اعضای گروه‌های مسلح سازمان‌یافته یا شبه‌نظامیان تروریستی در پاکستان، سومالی، یمن، سودان، سوریه، لیبی و مالی، حمله پاکستان به شبه‌نظامیان مظنون در افغانستان، حمله کنیا به شبه‌نظامیان الشباب در سومالی، ورود اتیوپی به اریتره برای از بین بردن شبه‌نظامیانی که به اهداف اتیوپی حمله کرده‌اند،^۲ حمله هوایی ایالات متحده^۳ و بسیاری از نیروهای ائتلاف (از جمله بریتانیا،^۴ آلمان،^۵ کانادا،^۶ هلند و استرالیا^۷) به سوریه با ارسال نامه‌هایی به شورای امنیت مطابق ماده ۵۱ منشور و با توسل به دفاع مشروع دسته‌جمعی علیه داعش نیز با توسل به این دکترین توجیه شد.^۸

بنابراین غیر از چند کشور معدود که بطور رسمی از پارادایم ناتوانی و استنفکاف حمایت می‌کنند، رویه موافق و سازگاری برای حمایت از این پارادایم وجود ندارد و خاطر نشان می‌شود که نویسندگان بایستی مراقب باشند تا دولت‌ها را در اردوگاه حامی این پارادایم به این دلیل که آنها تمایل دارند علیه کنشگران غیردولتی از نیروی مسلحانه استفاده

1. UN Doc. S/2002/1012, 12 September 2002.

2. Dawood Ahmad, "Defending Weak States Against the Unwilling or Unable Doctrine of Self-defense", *Jouranl of International Law and International Relations*, Vol. 19, Issue. 1, (2013), at 4.

۳. در نامه نماینده ایالات متحده (Samantha Power) در ۲۳ سپتامبر ۲۰۱۴ به شورای امنیت سازمان ملل به دکترین ناتوانی و استنفکاف در حمله هوایی به قلمرو سرزمینی سوریه استناد شده است.

UN Doc. S/2014/695, 23 September 2014.

4. David Cameron, David Cameron's Full Statement Calling for UK Involvement in Syria Air Strikes, *The Telegraph*, 26 Nov. 2015.

5. UN Doc. S/2015/946, 10 December 2015.

6. UN Doc. S/2015/221, 31 March 2015; UN Doc. S/2015/693, 9 September 2015.

7. UN Doc. S/2015/693, 9 September 2015.

۸. بنظر می‌رسد در ائتلاف بین‌المللی علیه داعش، در وضعیت‌های مختلف ترکیه نیز در ارسال نامه به سازمان ملل و یا در مباحثی که در سازمان ملل صورت گرفت، صراحتاً به معیار استنفکاف و ناتوانی استناد نموده است.

UN Doc. S/2015/563, 24 July 2015; UN Doc. S/2015/434, 15 June 2015.

نمایند، قرار ندهند. پروفیسور اشلی دیکس^۱ بطور خاص جز این دسته از نویسندگان است. ایشان اخیراً ادعا کرده‌اند که اردن، بحرین، قطر، امارات متحده عربی و عراق از پارادایم ناتوانی و استنکاف حمایت می‌کنند به دلیل حمله به داعش در سوریه. این در حالی است که ۵ کشور فوق، عضو اتحادیه عرب هستند که بطور خاص حمله اسرائیل به حزب‌الله لبنان بر مبنای پارادایم را رد کرده‌اند.^۲ مهمتر از این در واقع بعید است این کشورها از این پارادایم حمایت کنند. همه ۵ کشور فوق عضو جنبش عدم تعهد هستند که دائماً این معیار را رد کرده‌اند بویژه در واکنش به حملات ترکیه علیه پ.ک.ک در کردستان عراق.^۳

انسجام و دقت متدولوژیکی چنین نویسندگانی که علاقه وافری به پارادایم ناتوانی و استنکاف دارند، بسی خطرناک است زیرا پذیرش واقعی این پارادایم توسط دولت‌ها موجبات توسل برون‌مرزی به زور علیه کنشگران غیردولتی را باز می‌نماید که این امر خود تخطی و تخلف از حاکمیت را به همراه دارد.

مخالفت شمار زیادی از کشورها با این پارادایم حاکی از نگرانی واقعی کشورهای میزبان برای توسعه پارادایم ناتوانی و استنکاف است که به نوبه خود، این احتمال که مفهوم بخشی از حقوق بین‌الملل عرفی است را تضعیف می‌کند. همانگونه که دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه پناهندگی اظهار داشت که قاعده عرفی مستلزم کاربرد ثابت و یکنواخت توسط کشورهای مورد نظر می‌باشد.^۴ اگر این معیارها مبهم است، پس لزوماً این امر مانعی است تا پارادایم بنیان‌کننده یک قاعده عرفی باشد. علاوه بر این، برای شکل‌گیری یک قاعده عرفی حقوق بین‌الملل موارد دیگری لازم است یعنی دامنه رویه و رأی راسخ دولت‌ها و عنصر زمان. دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه فلات قاره دریای شمال اعلام داشت: اگر چه گذشت مدت زمانی کوتاه، لزوماً یا به خودی خود مانعی برای ایجاد یک قاعده عرفی جدید حقوق بین‌الملل نیست ولی شرط بسیار ضروری در این مدت زمان هر چند کوتاه، این است که رویه دولت بایستی گسترده و به معنای واقعی متحدالشکل باشد. بعلاوه رویه باید بصورتی شکل گرفته باشد که شناسایی کلی این امر

1. Ashley Deeks.

2. Ruys, op. cit. at 453.

3. Ibid. at 431.

4. Asylum Case (Colombia v. Peru), Judgment, ICJ Rep, (1950), at 15.

که قاعده‌ای حقوقی یا الزامی قانونی مطرح بوده است را به دست دهد.^۱ در این خصوص پرسش این است که آیا کشور قربانی بر مبنای تعهد حقوقی از دکتربین استفاده نموده است؟

کشورهای زیادی از این پارادایم بعنوان قاعده عرفی حمایت نکرده‌اند. فقدان رأی راسخ یا اعتقاد حقوقی دولت‌ها بعنوان عنصر الزام‌آور قاعده عرفی، ادعای ناتوانی و استنکاف به عنوان بخشی از حقوق بین‌الملل را توجیه نمی‌نماید. بنابراین این پارادایم از دریافت حمایت کافی در رویه دولت‌ها با توجه به فقدان رویه بعدی ثابت و یکنواخت و همچنین عدم اجماع در خصوص رأی راسخ بعنوان پیدایش واقعی قاعده عرفی حقوق بین‌الملل شکست خورده است.

درست است که پارادایم ناتوانی و استنکاف بعد از حملات ۱۱ سپتامبر برخی حمایت‌ها در جامعه بین‌المللی را به خود جلب کرده است بویژه هنگامی که حمله متوجه سرزمین دولت قربانی شده باشد. با این حال مهم‌ترین روند اخیر در رویه دولت‌ها به وضوح نشان می‌دهد که این استدلال برای پارادایم ناتوانی و استنکاف در بهترین حالت یعنی جایی که برای نجات اتباع در معرض خطر در خارج از قلمروشان به ماده ۵۱ منشور استناد شده باشد، نامشخص است. از این رو بدون شک این پارادایم در مواردی که حمله برون‌مرزی علیه شهروندان در خارج از سرزمین رخ داده باشد، جایگاه حقوقی بسیار ضعیف‌تری دارد. لذا با توجه به عدم اجماع در رویه و فقدان رأی راسخ دولت‌ها و عدم پذیرش گسترده جامعه جهانی، بنظر می‌رسد پارادایم ناتوانی و استنکاف توجیه حقوقی بسیار ضعیفی برای جواز مداخله نظامی در قلمرو دولت میزبان علیه گروه‌های تروریستی داشته باشد.

در نهایت می‌توان اظهار داشت علی‌رغم رویه رو به فزاینده دولت‌های قربانی که صراحتاً از دکتربین استنکاف یا ناتوانی حمایت می‌نمایند اما همه این دولت‌ها بطور مداوم و یکنواخت به دکتربین متوسل نشده‌اند. در واقع آنها در یک وضعیت به دکتربین استناد و در وضعیت دیگر از این امر خودداری ورزیده‌اند. در مجموع از آنجا که رویه و اعتقاد حقوقی دولت‌ها به اندازه کافی گسترده، متحدالشکل و یکدست نیست تا مبنای حقوقی

1. North Sea Continental Shelf (Germany/Denmark; Germany/Netherlands), ICJ Rep, (1969), para.74.

در حقوق بین‌الملل عرفی برای دکترین استنکاف یا ناتوانی ایجاد نماید، در نتیجه مبنای حقوقی معتبر برای دفاع مشروع فراسرزمینی علیه کنشگران غیردولتی فراهم نیست.

۲-۷. عدم وجود بینش ارادی و رضایت دولت‌ها

در پارادایم ناتوانی و استنکاف، عنصر اراده و رضایت دولت از دو منظر می‌تواند مورد بررسی قرار گیرد: نخست، فقدان عنصر رضایت دولت ناتوان و مستنکف برای جواز توسل به زور در قلمرو سرزمینی‌اش علیه کنشگران غیردولتی. دوم، نقش عنصر رضایت دولت‌ها در شکل‌گیری مفهوم ناتوانی و استنکاف.

۱-۲-۷. فقدان رضایت دولت میزبان در جواز توسل به زور علیه کنشگران

غیردولتی

سیاست ناتوانی و استنکاف ضرورتاً مستلزم اقدام علیه یک دولت متخاصم که عمداً به یک گروه تروریستی پناه داده باشد، نیست. چارچوب این پارادایم از منظر دولتی که ناتوان است این پرسش را مطرح می‌کند که آیا چنین عملی با مقررات توسل به زور سازگار است، اگر دولت ناتوان به اقدام در سرزمینش رضایت داشته باشد (جواز پرویز مشرف، رئیس‌جمهور پاکستان، برای مداخله ایالات متحده علیه القاعده).

مطابق ماده ۲۰ طرح مسئولیت بین‌المللی دولت، رضایت معتبر دولت به ارتکاب فعلی توسط دولتی دیگر تا حدی که آن فعل در محدوده رضایت مزبور باشد مانع متخلفانه بودن آن فعل نسبت به دولت نخست است. بنابراین رضایت بعنوان وصف رافع مسئولیت، مستلزم حداقل دو شرط است؛ نخست اینکه رضایت ابراز شده باید رضایتی معتبر باشد و دیگر آنکه عمل انجام گرفته در چارچوب رضایت صورت پذیرد.^۱ همچنین اگر یک دولت از دولت دیگر درخواست کمک کند یا اجازه استفاده از زور در قلمرو مرزهایش را بدهد،

۱. رضایت فرضی اساساً رضایت تلقی نمی‌شود، اما همانگونه که دیوان در قضیه معبد پره آویهار اعلام داشت، رضایت ضمنی (اظهارات غیرصریح) بشرطی که به روشنی ایجاد شده باشد رضایت تلقی می‌شود. هر چند مداخله نظامی بر اساس رضایت ضمنی در نظم حقوقی بین‌المللی بطور گسترده پذیرفته نشده است.

Case Concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v Thailand), 1962, ICJ Rep, para.31.

بر خلاف بند ۷ ماده ۲ منشور در خصوص منع مداخله نخواهد بود. بنابراین استثنای دیگر بر ممنوعیت توسل به زور خارج از منشور این است که دولت میزبان از دولت ثالث در قلمرو سرزمینش علیه کنشگران غیردولتی که در مخاصمه داخلی با او هستند، درخواست کمک نظامی می‌کند.

برای مشروعیت عمل در چارچوب دکترین ناتوانی دولت برای مقابله با کنشگران غیردولتی، دولت‌ها بایستی از کشور میزبان خواستار مجوز رسمی برای مقابله و مشارکت در عملیات نظامی شوند. این امر مسلتم این است که *Jus ad bellum* در چنین وضعیت‌هایی قابل اعمال نیست. نکته‌ای که می‌توان مفروض قلمداد کرد این است که در صورت عدم مخالفت کشور میزبان با اقدامات کشور قربانی برای توسل به زور علیه کنشگر غیردولتی، کشور قربانی می‌تواند بطور قانونی به دفاع مشروع متوسل شود، در نتیجه عمل دولت ثالث بر مبنای رضایت دولت میزبان مطابق نظر دیوان در قضیه فعالیت‌های مسلحانه کنگو قانونی است^۱ اما بدون رضایت دولت میزبان بویژه در جایی که حملات کنشگران غیردولتی قابل انتساب به دولت میزبان نباشد توسل به زور بر مبنای ناتوانی، مخالف بند ۲ ماده ۴ منشور است^۲ که تنها سنگ‌بنای صلح نیم‌بندی است که ظاهراً رو به افول دارد و بنابراین نمی‌تواند بر اساس ناکارآمدی و ناتوانی دولت قابل توجیه باشد.

۲-۲-۷. فقدان رضایت دولت‌ها در شکل‌گیری مفهوم ناتوانی و استتکاف

نظم جامعه بین‌المللی امروز نظامی ویژه در نوع خود بشمار می‌رود. جامعه بین‌الملل، جامعه‌ای است فاقد ساختاری متشکل و سازمان‌یافته برای ایجاد قواعد حقوقی. نتیجه چنین شکافی به روشنی در فرایند ایجاد و اجرای حقوق بین‌الملل هویدا می‌باشد. آنچه در این فرآیند توجه هر ناظری را به خود جلب می‌کند اهمیت اراده دولت‌ها در ایجاد قواعد است. به دیگر سخن همانگونه که آنری لوتی اظهار داشته «رضایت دولت‌ها در این مرحله نقشی مهم بر عهده داشته و توافق صریح یا ضمنی اراده دولت‌ها منبع قواعد و مقررات حقوق بین‌الملل است»^۳. بطوری که دیوان دائمی در رأی لوتوس نیز از آن بعنوان مبنای بنیادین

1. ICJ Rep, 2005, op. cit. para. 218.

2. ICJ Rep, 2005, op. cit. para.168; ICJ Rep, 2004, op. cit. para.194.

۳. هدایت‌الله فلسفی، حقوق بین‌الملل معاهدات، تهران: فرهنگ نشر نو، ۱۳۸۳ (ص ۴).

حقوق بین‌الملل یاد کرده و دیوان جدید نیز بر این امر صحنه گذاشته است. نتیجه بدیهی چنین حقیقتی جایگاه برجسته‌ای خواهد بود که به نقش رضایت دولت و حاکمیت متصل به آن اختصاص خواهد یافت.

در چنین حالتی حقوق بین‌الملل بیش از آنکه بصورت «حقوقی ناشی از تبعیت» جلوه کند، رنگ «حقوقی ناشی از هماهنگی» میان موضوعات خود را به خود می‌گیرد. عملکرد رضایت همین دولت‌ها است که موجب توسعه حقوق موجود می‌شود. حال پرسشی که در اینجا مطرح می‌شود این است که اگر برآستی اراده‌گرایی و احترام به حاکمیت دولت‌ها مبنای حقوق بین‌الملل است، چه بنیانی برای پارادایم ناتوانی و استنکاف می‌توان جست؟ آیا مبنای این پارادایم در درون نظام یعنی همان اراده یا رضایت دولت‌هاست یا در عاملی خارج از این نظام.

طرفداران دگرترین استنکاف یا ناتوانی از نشان دادن پایه‌های مبنی بر حقوق موجود که از این مفهوم حمایت کند ناتوان هستند. فقدان آشکار رویه، ادعای ناتوانی و استنکاف بعنوان بخشی از حقوق بین‌الملل را رد می‌کند. همانگونه که دیوان در قضیه نیکاراگوئه از ضرورت اعتقاد و رضایت دولت‌ها برای ایجاد قواعد عرفی سخن گفته است. البته امروزه در شناسایی قاعده عرفی بیش از آنکه عملکرد دولت‌ها مهم باشد رأی راسخ حقوقی دولت‌ها به الزام آور بودن آن قاعده مهم جلوه می‌نماید که در این خصوص نیز مانند رویه با عدم اجماع مواجه‌ایم.

۳-۷. فقدان شفافیت مفهوم، خودقضاوتی و عدم وجود معیارهای دقیق در شناسایی ناتوانی و استنکاف دولت میزبان

بطور کلی شفافیت برای قانونمندی عملیات علیه کنشگران غیردولتی در قلمرو دولت‌های میزبان ضروری است. شفافیت، پیش شرط ضروری الزام آور بودن قواعد و کارایی و مؤثر بودن حقوق بین‌الملل بشمار می‌رود. شفافیت و پاسخگویی جزء لازم ذات حاکمیت قانون است، از آنجا که ارزیابی تبعیت و اعمال منصفانه حقوق بدون هر دو غیرممکن می‌نماید.^۱

1. Craig, op. cit. at 458.

طرفداران این پارادایم موفق به تعیین تعهدات عینی یک دولت برای اجرای آن تا از تکلیف کلی رها شوند، نشده‌اند. بدون اشاره به این تعهدات عینی، هیچ استانداردی مبنی بر تلاش مقتضی که بر مبنای آن ناتوانی یا عدم تمایل دولت سرزمینی را شناسایی کند، وجود ندارد. فقدان شفافیت، اعتبار و کارایی پارادایم ناتوانی و استنکاف در هدایت، رفتار دولت‌ها را از بین می‌برد.^۱ پارادایم ناتوانی و استنکاف بسیار گسترده‌تر از توسل به زور صرف دولت قربانی در قلمرو دولت میزبان می‌باشد؛ زمانی که دولت میزبان اقتدار حکومتی را اعمال می‌کند و بطور فعال سعی در سرکوب خشونت دارد اما این اقتدارات مؤثر نباشد، توسل به زور دفاعی علیه کنشگران غیردولتی را اجازه می‌دهد. علاوه بر این یکی از مهمترین مشکلات عملی این پارادایم زمانی است که بخواهیم تعیین کنیم دقیقاً چه زمانی دولت میزبان ناتوان یا مستنکف است. همچنین آیا تصمیمات ماهوی در خصوص حمله مسلحانه، ضرورت و قریب‌الوقوع بودن، رضایت و عدم تمایل صریح و ضمنی بایستی توسط دولت قربانی به تنهایی یا توسط دولت قربانی پس از مشورت و نظر دولت میزبان اتخاذ شود؟ آنچه بیش از همه قابل تأمل است تعیین عدم تمایل دولت میزبان است. حامیان پارادایم از جمله دیکس و دینستین^۲ اظهار می‌دارند که دولت قربانی است که تعیین می‌کند آیا دولتی که حمله از سرزمین آن سرچشمه می‌گیرد برای سرکوب عملیات علیه آن ناتوان یا مستنکف است.^۳ تشخیص یکجانبه عدم تمایل یا رضایت صرفاً از طریق استنتاج دولت قربانی بعد از رد درخواست رضایت یا اقدام است. این رویکرد منطقی بنظر نمی‌رسد. اینکه یک دولت مستنکف، ناتوان و یا ناکارآمد است می‌تواند یک ادعای بسیار ذهنی باشد که دولت‌ها از آن می‌توانند به نفع خود استفاده کنند بویژه بدلیل کارآمدی یک دولت برای مقابله با کنشگران غیردولتی که اغلب برای سایر دولت‌ها بسادگی قابل سنجش و مشاهده نباشد لذا فضای بیشتری برای تفاسیر متضاد و به نفع خود را فراهم می‌کند.^۴

1. Ahmed, op. cit. at 18.

2. Dinstein.

3. Ashley Deeks, "Pakistan's Sovereignty and the Killing of Osama Bin Laden", ASIL Insights, Vol. 15, Issue.11, (2011), Dinstein, op. cit. at 275.

۴. محمد حسین رضانی قوام‌آبادی و حیدر پیری، «مشروعیت مداخله نیروهای ائتلاف علیه داعش در عراق و سوریه در چارچوب حقوق بین‌الملل»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۵۸، (۱۳۹۷)، ص ۲۳۴.

این امر در چارچوب ماده ۱۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری توسط خود دیوان تعیین می‌شود. بنابراین تصمیم برای تعیین اینکه یک دولت ناتوان و مستنکف است در صلاحیت انحصاری دیوان بین‌المللی کیفری است و نه مقامات ملی.^۱

از آنجا که منشور در ماده ۲۴ مسئولیت اولیه حفظ صلح و امنیت بین‌المللی را به شورای امنیت واگذار نموده و در ماده ۳۹، احراز وجود هرگونه تهدید علیه صلح، نقض صلح یا عمل تجاوز نیز با نهاد مذکور است، شایسته است تصمیم‌گیری در خصوص ناتوانی و عدم تمایل دولت میزبان توسط شورای امنیت گرفته شود تا سوءاستفاده از قدرت توسط کشورهای قدرتمند علیه کشورهای ضعیف گرفته شود. در این راستا کمیسیون و مأموریت حقیقت‌یاب شورای امنیت، شفاف‌ترین گزینه برای تعیین کشور ناتوان و مستنکف است. ناکامی در پرداختن به تصمیمات ماهوی در خصوص حمله مسلحانه، ضرورت و قریب‌الوقوع بودن، رضایت، عدم تمایل صریح و استنباط عدم تمایل و تعصب شدید در حمایت از منافع دولت‌های قربانی قدرتمند نسبت به حقوق دولت‌های سرزمینی ضعیف، یک ضعف ساختاری است که در توسل به زور خود را نشان داده است و تطبیق آن با دکترین سنتی دفاع مشروع را بسیار دشوار کرده است. در چارچوب دکترین، همه این تصمیمات تنها در صلاحیت خود قضاوتی دولت قربانی قرار دارد.

نتیجه‌گیری

با توجه به مطالب گفته شده، بنظر این نتیجه اجتناب‌ناپذیر می‌باشد که سازگاری دکترین ناتوانی و استنکاف با مقررات توسل به زور بسیار مشکل است. معیار و ضابطه ناتوانی و استنکاف و قانونی بودن دفاع مشروع و جواز توسل به زور در کشور میزبان ناکارآمد، مبنای معتبری در حقوق معاهدات و حقوق بین‌الملل عرفی ندارد؛ نه در ماده ۵۱ منشور به آن اشاره شده و نه دولت‌ها به اندازه کافی آن را پذیرفته‌اند. دیوان بین‌المللی دادگستری و دکترین نیز از شناسایی چنین توسل به زوری خودداری کرده‌اند. با توجه به تغییر ماهیت و قدرت هسته‌های تروریستی، قواعد در این زمینه مبهم باقی مانده و این حوزه با عدم

1. Rome Statute of the International Criminal Court, (2002), art. 17(2).

قطعیت حقوقی ترسیم شده است. تعجب آور نیست که منشور قادر به ارائه پاسخ‌های روشن برای این وضعیت‌ها نباشد.

با وجود موفقیت نسبی رژیم توسل به زور در جلوگیری از درگیری‌های مسلحانه بین دولت‌ها، اکنون که کل نظام حقوق بین‌الملل و نهادهای بین‌المللی تحت فشار هستند و بی‌ثباتی در روابط میان قدرت‌های بزرگ و نوظهور در حال افزایش است، دکترین استنکاف و ناتوانی دقیقاً چنین تهدیدی برای رژیم توسل به زور همراه دارد. این دکترین مؤلفه زمانی مفهوم قریب‌الوقوع را دگرگون و با کاهش آستانه حمله مسلحانه، تعریف حمله مسلحانه را تحریف می‌کند. همچنین اصل بنیادی ضرورت در دفاع مشروع را بی‌ثبات می‌نماید، مسئولیت بین‌المللی دولت را به تحلیل‌های توسل به زور به شیوه نادرستی وارد می‌کند، در نهایت با ارائه استانداردهای ضعیف برای زمانی که دولت قربانی، تصمیمات یکجانبه در مورد لزوم استفاده از زور اتخاذ می‌کند و عدم رضایت دولت میزبان در مورد چنین استفاده از زوری، منافع دولت‌های هدف قدرتمند را بر حقوق و منافع دولت‌های میزبان ضعیف‌تر ترجیح می‌دهد. در نتیجه باید اذعان داشت دکترینی که برای مخاطب قرارداد تهدید محدود و خاص ناشی از تروریسم فراملی ایجاد شده، نمی‌تواند جوازی بر تضعیف رژیم باشد که برای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی طراحی شده است. این برای بی‌اهمیت جلوه دادن خطر واقعی ناشی از تروریسم فراملی نیست، اما تلاش برای کاهش این خطر نمی‌تواند همه ملاحظات دیگر را جابجا کند.

اگر از دکترین استنکاف و ناتوانی پیروی نماییم، هر دولتی مجاز خواهد بود صرفاً به بهانه عدم توانایی دولت میزبان برای سرکوب یک گروه تروریستی، عملیات نظامی در قلمرو آن دولت آغاز نماید. پذیرش چنین امری توسط جامعه بین‌المللی و دادن فرصت برای ایجاد چنین نظم حقوقی جدیدی، منجر به یک تغییر اساسی در سیستم سازمان ملل خواهد شد البته اگر چنین سیستمی خاتمه پیدا نکند. با رجوع به اختیار هر دولت برای اتخاذ اعمال یکجانبه در جنگ علیه ترور؛ معیار استنکاف و ناتوانی، مقرر اساسی منشور (ماده ۳۹) را بسادگی نادیده می‌شمارد و کل سیستم امنیت دسته جمعی منشور را به چالش می‌کشانند.

ایجاد استثناهای نانوشته بر قاعده ممنوعیت توسل به زور، نه تنها باعث ایجاد مشکلاتی در مورد یکپارچگی حقوق بین‌الملل می‌شود بلکه منجر به چندپارگی قواعد حقوق بین‌الملل می‌گردد. تأکید فزاینده طرفداران استنفکاف و ناتوانی بر مشرب عینی و روی گرداندن از اصول و هنجارهای مکتب اصالت اراده، باعث گشته تا این پارادایم از بنیان‌های حقوقی و مبانی جامع برخوردار نبوده و مشکلات و مسائل حقوقی-سیاسی دولت‌ها در مواجهه با کنشگران غیردولتی را نه تنها حل نسازد بلکه بر مشکلات پیشین نیز بیفزاید. در این وضعیت، به نظر می‌رسد خارج از بحث مشروعیت در مواجهه با این وضعیت‌ها، دیپلماسی و رجوع به اصل حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات، مسیر بسیار موثر و قابل اعتمادتر باشد. اگر این راهکار کارساز نبود باید به دخالت مراجع بین‌المللی تن داد چون این کار برای اجرای قانون ضروری است و نتیجه آن، بازگشت برابری و رعایت تناسب در جامعه بین‌المللی است.

برای جبران نقض حقوق یک کشور و نیز حقوق جمعی دیگر کشورها (صلح و امنیت) باید دست بکار شد. اما واکنش‌ها به حملات گروه‌های تروریستی حتی در دولت‌های ناتوان و دولت‌هایی که ظاهراً از مقابله با آنها خودداری می‌نمایند، نباید فوراً و بی‌درنگ رخ دهد. برای مشروعیت عملکرد در چارچوب این مفهوم، دولت‌ها بایستی به کشور ناتوان و مستنکف فرصت مناسبی برای عمل دهند یا حداقل این ناتوانی و استنفکاف را خود دولت تأیید نماید. در نتیجه دادن فرصت معقول به دولت میزبان این فرصت را برای شورای امنیت فراهم می‌نماید تا مداخله نماید، لذا از هرگونه اقدام غیرضروری در دولت ناتوان و مستنکف توسط دولت ثالث جلوگیری می‌شود. همچنین ارتباط بین دولت میزبان و قربانی ضروری است؛ دولت قربانی باید هرگونه مدرکی دال بر تشخیص خود مبنی بر استنفکاف یا ناتوانی دولت میزبان ارائه دهد. البته مشارکت برخی نهادها و سازمان‌های بین‌المللی مستقل در تعیین برخی فرایندها و تصمیم‌گیری‌ها و تصدیق صحت ادعای دولت قربانی می‌تواند کمک‌کننده باشد. تا زمانی که ناتوانی یا عدم تمایل یک دولت، توسط جامعه بین‌المللی قابل مشاهده نباشد، دکتترین استنفکاف یا ناتوانی ممکن است در محدود کردن استفاده‌های خودسرانه از زور علیه کشورهای میزبان ضعیف‌تر، کارایی محدودی داشته باشد.

در نهایت در چارچوب حقوق موجود^۱ تنها نکته‌ای که می‌توان در خصوص دفاع مشروع مرزی متناسب در برابر حملات کنشگران غیردولتی در وضعیت‌هایی پایین‌تر از حد آستانه‌ای که دیوان در قضیه نیکاراگوئه بیان داشته است اعلام داشت این است که چنین اقداماتی بدون شک غیرقانونی است. در چارچوب حقوق آرمانی^۲ نیز ما معتقدیم که حقوق عرفی نسبت به کاربردهای مختلف ماده ۵۱ منشور و اقدام دفاعی در قلمرو دولت هدف و توسل به زور علیه کنشگر غیردولتی مستقر در دولت میزبان در حال تحول است. حتی در پرتو حقوق آرمانی نیز با اطمینان نمی‌توان گفت که دکترین استنکاف و ناتوانی در حال حاضر یک قاعده تثبیت شده حقوق بین‌الملل است.

تعارض منافع

تعارض منافع وجود ندارد.

ORCID

Heidar Piri



<https://orcid.org/0000-0002-4302-7938>

منابع

کتاب

- فلسفی، هدایت‌الله، *حقوق بین‌الملل معاهدات* (تهران: فرهنگ نشر نو، ۱۳۸۳).

مقاله‌ها

- حاتمی، مهدی؛ احمدی‌فرد، مرتضی، «مشروعیت توسل به زور ترکیه در حمله به شمال سوریه از منظر حقوق بین‌الملل»، پژوهش حقوق عمومی، شماره ۷۴، (۱۴۰۱).
- رمضان‌قوام‌آبادی، محمدحسین؛ پیری، حیدر، «مشروعیت مداخله نیروهای ائتلاف علیه داعش در عراق و سوریه در چارچوب حقوق بین‌الملل»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۵۸، (۱۳۹۷).

1. Lex Lata.

2. Lege Ferenda.

References

Books

- Dinstein, Yoram, *War, Aggression and Self-Defence* (Cambridge University Press, 2005).
- Falsafi, Hedayatollah, *International Law of Treaties* (Tehran: Nashre Now, 2004). [In Persian]
- Gray, Christine, *International Law and Use of Force* (Oxford University Press, 2008).
- Ruys, Tom, *Armed Attak and Article 51 of the UN Charter: Evolutions in Customary Law and Practice* (Cambridge University Press, 2013).
- Seger, Paul, "The Law of Neutrality", In *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict* (Oxford: OUP, Andrew Clapham & Paola Gaeta eds., 2014).

Articles

- Ahmad, Dawood, "Defending Weak States Against the Unwilling or Unable Doctrine of Self-defense", *Journal of International Law and International Relations*, Vol. 19, Issue. 1, (2013).
- Corten, Olivier, "The 'Unwilling or Unable' Test: Has it Been, and Could it be, Accepted", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 29, (2016).
- Deeks, Ashley, "Unwilling or Unable: Toward a Normative Framework for Extraterritorial Self-Defense", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 52, (2012).
- Hatami, Mahdi & Ahmadifard, Morteza, "The Legitimacy of the Use of Force by Turkey in Attacking Northern Syria from the Perspective of International Law", *Public Law Research*, Vol. 74 (23), (2022). [In Persian]
- Martin, Craig, "Challenging and Refining the *Unwilling or Unable* Doctrine", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 52, (2019).

- Ramazani Ghavamabadi, Mohammad-Hossein & Piri, Heidar, “The Legitimacy of the International Coalition Intervention against ISIS in Iraq and Syria in Light of International Law”, *International Law Review*, Vol. 35, Issue. 58, (2018). [In Persian]
- Shearer, Ivan, “A Revival of the Just War Theory?”, In Michael N Schmitt and Jelena Pejic (eds), *International Law and Armed Conflict: exploring the fault lines* (The Netherlands: Brill, Nijhoff, 2007).
- Schmitt, Michael, “Counter-Terrorism and the Use of Force in International Law”, *International Law Studies*, Vol. 79, (2003).
- Sofaer, Abraham, “On the Necessity of Pre-Emption”, *European Journal of International Law*, Vol. 14, (2009).
- Travaglio, Gregory, “Terrorism, International Law, and the Use of Military Force”, *Wisconsin International Journal of Law*, Vol. 18, (2000).
- Deeks, Ashley, “Pakistan's Sovereignty and the Killing of Osama Bin Laden”, *ASIL Insights*, Vol. 15, Issue.11, (2011).

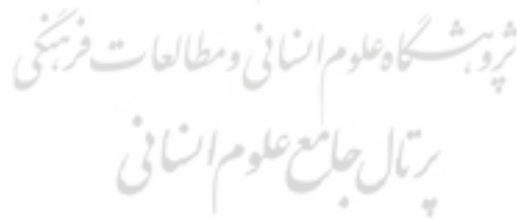
Documents

- Carter, Jimmy, Rescue Attempt for American Hostages in Iran Letter to the Speaker of the House and the President Pro Tempore of the Senate Reporting on the Operation, April 26, 1980.
- Charter of the United Nations, 1945.
- Documents of the United Nations Conference on International Organization, San Francisco, (London: United Nations Information Organization in association with Library of Congress, 1945).
- ILC, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001.
- Hague Convention (V) Respecting the Rights and Duties of Neutral Powers and Persons in Case of War on Land, 1907.

- John B. Bellinger, “Legal Issues in the War on Terrorism”, London School of Economics, 21 Oct. 2006. <https://2009-2017.state.gov/s/1/2006/98861.htm> Last Visit: 7/8/2022
- Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty on The Responsibility to Protect, (2001).
- Rome Statute of the International Criminal Court (adopted 17 July 1998, entered into force 1 July 2002) 2187 UNTS 90.
- Security Council Res. 1368 (2001); Security Council Res. 1373 (2001).
- U.N. Doc. S/1996/479 (July 2, 1996).
- UN Doc. S/14367, 6 February 1981.
- UN Doc. S/2002/1012, 12 September 2002.
- UN Doc. S/2014/695, 23 September 2014.
- UN Doc. S/2015/221, 31 March 2015.
- UN Doc. S/2015/434, 15 June 2015.
- UN Doc. S/2015/693, 9 September 2015.
- UN Doc. S/2015/946, 10 December 2015.
- UN Doc. S/26152, 26 July 1993.
- UN Doc. S/PV.2639, 30 December 1985.
- UNIFIL, [http:// www. un. org/ en/ peacekeeping/ missions/ unifil/ background. shtml](http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/unifil/background.shtml).
- UNSC Verbatim Record, (9 July 1976) UN Doc S/PV.
- UN Doc. S/2015/563, 24 July 2015.

Cases

- Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of Congo v. Uganda) Judgment, ICJ Rep, (2005).
- Asylum Case (Colombia v. Peru), Judgment, ICJ Rep, 1950.
- Case Concerning Oil Platforms (Iran v. U.S.), ICJ Rep, 2003, paras.160, 51, 64; ICJ Rep, 1986.
- Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), 1962, ICJ Rep.
- Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania), Merits, ICJ Rep, (1949).
- Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, ICJ Rep, Advisory Opinion, (2004).
- Military and Paramilitary Activities (Nicaragua v. United States), Merits, (1986).
- North Sea Continental Shelf (Germany/Denmark; Germany/Netherlands), ICJ Rep, 1969.



استناد به این مقاله: پیری، حیدر، «تجدید حیات دکترین استنکاف یا ناتوانی در گفتمان توسل به زور؛ تحلیل انتقادی در چارچوب مشرب حقوق وضعی»، پژوهش حقوق عمومی، ۲۵(۷۹)، (۱۴۰۲)، ۲۶۵-۳۰۲.
Doi: 10.22054/QJPL.2023.68732.2802



The Quarterly Journal of Public Law Research is licensed under a Creative Commons Attribution-Non Commercial 4.0 International License