

# بررسی و نقد نظریه «تفکیک قصد و فعل» در استفاده از سلاح هسته‌ای

تاریخ دریافت: ۹۶/۲/۲۷

تاریخ تأیید: ۹۶/۵/۲۷

محمود حکمت‌نیا\*

احمد احسانی فر\*\*

## چکیده

سلاح هسته‌ای به عنوان نخستین مولود به کارگیری بشر از انرژی هسته‌ای کارایی بالایی در پایان دادن به جنگ و محافظت از حکومت و تمامیت سرزمینی ایفا می‌کند. در برابر می‌تواند به کشتار گسترده، انبوه و توده‌ای و اتلاف وسیع در ابعاد انسانی، حیوانی و محیطی بینجامد که پیامدهای خسارت‌بار آن در هر دو بُعد مکانی و زمانی، قابل گسترش است. چالش اخلاقی پیش‌گفته باعث شد تا از نخستین روزهای تولید این سلاح مسئله جواز تولید، انباشت و استفاده از آن در عرصه‌های گوناگون جنگ در دانش‌های اخلاق، حقوق و علوم امنیتی و استراتژیکی به بحث و نقد گذارده شود.

نظریه‌های تفکیکی با هدف توجیه چالش‌های اخلاقی ناشی از به کارگیری سلاح هسته‌ای و رفع نگرانی‌های بشردوستانه در دو دانش فقه و حقوق در جنگ مطرح شد. نظریه «تأثیر دوگانه» در دانش حقوق در جنگ عرضه شد که مبانی نظری آن را می‌توان در متن‌های حقوق اسلامی در قالب نظریه «تفکیک قصد و فعل در استفاده از سلاح‌ها و حمله‌های کشنده و تخریب‌کننده فراگیر» مشاهده کرد. بر مبنای این نظریه‌ها، جواز استفاده از سلاح هسته‌ای با استناد به فقدان قصد استفاده‌کننده نسبت به کشتار و تخریب گسترده توجیه می‌شود. ادبیات و مبانی یکسانی که در این دو نظریه مطرح شد، زمینه طرح ادله یکسانی را با هدف توجیه استفاده از سلاح هسته‌ای پدید آورده است. مقاله پیش‌رو می‌کوشد تا با تبیین مفاد، مبانی، اقتضائات و رویکردهای نظریه‌های تفکیکی، ادله و مبانی استدلالی و بینشی آن‌ها را نقد و بررسی کند.

**واژگان کلیدی:** سلاح هسته‌ای، تأثیر دوگانه، انفکاک قصد و فعل، تسری فعل به قصد، فعل محسبانه.

۶۷

حقوق اسلامی / سال چهاردهم / شماره ۵۴ / پاییز ۱۳۹۶

\*. استاد پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی / نویسنده مسئول (mh.hekmatnia@yahoo.com).

\*\* دکترای حقوق خصوصی (ehsanifarahmad@gmail.com).

## مقدمه

یکی از زمینه‌های توسعه دانش و فناوری در دوره معاصر، بهره‌برداری از خواص پنهان موجود در طبیعت است. از جمله می‌توان دستیابی به دانش هسته‌ای و استفاده از انرژی نهفته در اتم را به‌عنوان نمونه بیان کرد. با فناوری جدید، انسان به شناسایی و آزادسازی این انرژی توانا شده است. مهم‌تر از انرژی، بهره‌برداری از آن است؛ زیرا ممکن است در بهبود زندگی انسان به‌کار گرفته شود و ممکن است برای تخریب، از بین بردن طبیعت یا گرفتن جان انسان‌ها به‌کار رود. به لحاظ عملی به‌رغم بهره‌برداری مفید از آن، استفاده از این انرژی باعث ساخت انواع سلاح جنگی شده است. دستیابی به این سلاح و نخستین کاربرد آن در جنگ جهانی دوم، چنان باعث تحول شد که حوزه جدیدی از بحث‌های نظامی، اخلاقی، حقوقی و فقهی را در پی داشت (حکمت‌نیا، ۱۳۹۲، ص ۵۴).

برای شناخت احکام حقوقی مترتب بر سلاح هسته‌ای، باید در ابتدا موضوع‌شناسی دقیقی از این سلاح انجام شود. شناخت موضوعی سلاح هسته‌ای متوقف بر شناخت ویژگی‌هایی است که می‌تواند در احکام حقوقی مترتب بر این سلاح اثرگذار باشد؛ پس از موضوع‌شناسی، با تحلیل ملاک‌های موجود در ادله نقلی و عقلی مرتبط با سلاح‌های کشنده و تخریب‌کننده فراگیر می‌توان حکم استفاده از سلاح هسته‌ای را شناسایی کرد. در این جهت می‌توان به سه ویژگی سلاح هسته‌ای اشاره کرد که ملاک‌های برگرفته از ادله، دایرمدار همین ویژگی‌هاست.

نخستی ویژگی سلاح هسته‌ای داشتن قدرت تخریب و صدمه فوق‌العاده و ائتلاف گسترده نفوس، زیربناها، ساختمان‌ها، محیط زیست است؛ به طوری که این جنگ‌افزارها به راحتی قابلیت تخریب هکتارهای وسیعی از پهنه شهرها و کشورها را دارند.

ویژگی دوم سلاح هسته‌ای، امکان کشتار جمعی، توده‌ای، همگانی و انبوه است. عمده سلاح‌های متعارف، قابلیت کشتار انبوهی که بتواند جمعیتی از کل ساکنان یک منطقه وسیع را با یک انفجار و در آن واحد به قتل رساند را ندارند و این ویژگی حتی درباره دیگر سلاح‌های کشتار جمعی مانند سلاح شیمیایی و میکروبی نیز دیده نمی‌شود (حکمت‌نیا، ۱۳۹۲، ص ۵۸). هم‌چنین از آن‌جا که سلاح‌های هسته‌ای باعث تولید اشعه

و انتشار غبار رادیواکتیو می‌شود، به همه موجودات زنده موجود در آن منطقه سرایت کرده و آثار مخرب آن مدت‌ها پس از به‌کارگیری باقی می‌ماند. این تأثیر فقط نسبت به نسل موجود نیست بلکه نسل‌های آینده نیز با اثری که اشعه رادیواکتیو بر ژنوم موجودات جاندار می‌نهد، متضرر خواهند شد.

سومین ویژگی سلاح هسته‌ای آن است که در هدف‌گیری نمی‌توان بین نظامیان و غیرنظامیان تفکیک پدید آورد. غیرنظامیان جمعیتی انبوه هستند از زنان، کودکان، کهن سالان، بیماران و معلولان، کسانی که در حرفه‌ای غیرمرتبط با امور نظامی مشغول هستند و به‌طور کلی خارج از عرصه جنگ. این سلاح به‌گونه‌ای غیرمتمايز، همه را به قتل می‌رساند. ممکن است گفته شود که سلاح متعارف نیز گاه به کشته‌شدن غیرنظامیان می‌انجامد اما در این باره سه تفاوت اساسی بین سلاح هسته‌ای و سلاح متعارف وجود دارد که ملاک اثرگذار در حکم استفاده از این دو سلاح را متغیر می‌گرداند.

۶۹

نخست آن‌که انجامیدن به کشتار غیرنظامیان در سلاح متعارف، احتمالی است؛ حال آن‌که در سلاح هسته‌ای، یقینی می‌باشد.

تفاوت دوم آن است که در سلاح متعارف غیرنظامیان به تبع نظامیان کشته می‌شوند؛ یعنی استفاده‌کننده از سلاح متعارف بسوی جمعیت غیرنظامیان نشانه‌گیری نمی‌کند اما این احتمال وجود دارد که غیرنظامیان به تبع نظامیان کشته شوند. حال آن‌که در سلاح هسته‌ای کشتار غیرنظامیان به‌صورت استقلالی صورت می‌گیرد، نه تبعی؛ چرا که امکان نشانه‌گیری به سمت نظامیان، به‌صورت خاص وجود ندارد.

سومین تفاوت آن است که در سلاح متعارف امکان دفاع اثرگذار برای غیرنظامیان وجود دارد؛ حال آن‌که انفجار سلاح هسته‌ای هیچ امکان دفاعی را باقی نمی‌گذارد و مقابله دفاعی با آن به هیچ‌صورتی ممکن نیست.

با توجه به ویژگی‌های سلاح هسته‌ای، روشن می‌شود که استفاده از این سلاح به نقض مبانی اخلاقی ناظر به اصول حقوق بشر دوستانه بین‌المللی می‌انجامد. با طرح چالش‌های اخلاقی پیش‌گفته در گفتمان‌های حقوقی که با نگرانی گروه‌های حامی صلح و دغدغه سازمان‌های حقوق بشری نیز تقویت می‌شد، کوشیده شد تا معضل اخلاقی سلاح هسته‌ای با طرح نظریه‌هایی توجیه شود. نظریه‌های تفکیکی با هدف کاستن از

فشار ناشی از غیراخلاقی بودن سلاح هسته‌ای، به طرح گفتمانی در جهت توجیه اخلاقی استفاده از این سلاح پرداخت.

نظریه‌های توجیه‌کننده معضل اخلاقی ناشی از سلاح هسته‌ای، در ادبیات فقهی نیز با رویکرد اراده‌گرا و پیرامون محور ادله روایی شکل گرفت؛ چرا که برخی از روایت‌ها نظر به ممنوعیت کشتار غیرنظامیان و حیوانات و هم‌چنین آسیب به محیط زیست در جنگ دارند (کلینی، ۱۴۲۹ق، ج ۹، صص ۴۰۸ و ۴۰۹ و ۴۱۱ و ۴۱۳ و ۴۱۵ و ۴۲۳ و ۴۲۴). با این حال، تعداد دیگری از روایت‌ها، استفاده از سلاح‌های کشنده و تخریب‌کننده فراگیر در جنگ که به اتلاف عمده غیرنظامیان، حیوانات و محیط زیست می‌انجامد را مجاز قلمداد کرده‌اند (همان، ص ۴۱۱). پاره‌ای از فقیهان از روایت‌های دسته دوم برای توجیه شرعی و اخلاقی استفاده از سلاح‌های کشنده و تخریب‌کننده فراگیر بهره برده‌اند. از این رو، به طراحی نظریه‌هایی در جهت تجمیع روایت‌های متنافی پرداخته و نظریه‌های تفکیکی را به‌عنوان راه‌حلی برای تجمیع این ادله روایی متنافی، مطمح نظر خویش قرار داده‌اند.

در ادامه مقاله، نظریه‌های تفکیکی در دو دانش فقه و حقوق در جنگ تبیین شده و مفاد، مبانی و اقتضائات آن بررسی می‌شود. در مرحله بعد، ادله و مبانی نظریه‌های پیش‌گفته نقد و واکاوی خواهد شد.

### تبیین نظریه‌های تفکیکی

در دانش حقوق در جنگ، یکی از راه‌های حل معضل اخلاقی ناشی از به‌کارگیری سلاح هسته‌ای، نظریه «تأثیر دوگانه» (Double effect) است. این نظریه ریشه در نظریه‌های توماس آکویناس، در قرن سیزدهم دارد. بر پایه اندیشه‌های وی، هر اقدامی که با نیت خیر انجام شود می‌تواند دارای پیامدهای شرمانند کشته‌شدن غیرنظامیان نیز باشد (Walzer, 2006, p153).

این نظریه میان قصد و امکان پیش‌بینی آسیب به غیرنظامیان تفاوت قائل است و فقط قصد آسیب را منع می‌کند. اقتضای این نظریه آن است که اگر در عملیات نظامی قصد مقابله با دشمن باشد اما این احتمال خردمندانه نیز وجود داشته باشد که

غیرنظامیان نیز در نتیجه عملیات آسیب می‌بینند، اشکالی متوجه این عملیات نیست؛ چون قصدی که در ورای این عملیات بوده فقط مقابله با نظامیان دشمن است که البته ممکن است پیامدهای زیان‌باری برای غیرنظامیان نیز داشته باشد. حامیان نظریه تأثیر دوگانه، اجرای این نظریه را مشروط به شرایطی دانسته‌اند که عبارت هستند از:

الف) هدف مقصود فی‌نفسه خیر باشد؛

ب) آثار خیر و نه شر مورد قصد باشد؛

ج) آثار خیر نباید با ابزارهای دارای آثار شر دنبال شود؛

د) ارزش آثار خیر باید بر بدی آثار شرّ غلبه داشته باشد (Bellamy, 2004, p848).

مشابه نظریه تأثیر دوگانه در فقه مورد بحث و کنکاش فقیهان شده و یکی از راه‌های تجمیع میان روایت‌های متنافی، با عنوان نظریه «تفکیک قصد و فعل» تمهید شده است. تبیین نظریه پیش‌گفته از آن حاکی است که با وجود ادله، رویکردها و واژه‌گزینی‌های متفاوت در دو دانش فقه و حقوق در جنگ اما کوشش برای حل معضل اخلاقی ناشی از به‌کارگیری سلاح‌های کشنده عمومی باعث قرابت ره‌یافت‌های فقهی و ره‌یافت‌های حقوقی شده و به وحدت سویه‌ها و جهت‌گیری‌های فکری در این دو دانش کمک کرده است. هدف مشترک این دو نظریه نیز توجیه کشتار غیرنظامیان در جنگ است.

بر مبنای نظریه «تفکیک قصد و فعل»، روایت‌های مجوزه کشتار غیرنظامیان و اتلاف دیگر عناصر حیاتی و محیطی، مخصوص حالتی هستند که عملیات نظامی و سلاح کشنده و تخریب‌کننده فراگیر با قصد کشتار غیرنظامیان یا با قصد تجاوزگری و فساد در زمین استفاده شوند؛ حال آن‌که روایت‌های مانعه از کشتار و تخریب، ویژه حالتی هستند که استفاده‌کننده قصد کشتار غیرنظامیان یا قصد تجاوزگری و فساد نداشته باشد. بر این اساس، کشتار غیرنظامیان و تخریب و اتلاف در شرایط فقدان قصد کشتار غیرنظامیان و تخریب و اتلاف اموال و محیط زندگی آنان، مشروع است (ابن‌عبدالبر، ۱۳۸۷، ج ۱۶، ص ۱۴۵/ جصاص، ۱۴۰۵ق، ج ۵، ص ۲۷۴).

برای مثال /حمدبن‌حسین بیهقی، فقیه شافعی قرن پنجم، وقتی با دو دسته از روایت‌های متنافی روبه‌رو می‌شود که در یکی از آن‌ها از قتل زنان و کودکان در جنگ

نهی شده و در دیگری، کشتار آنان در عملیات شبیخون جایز تلقی شده است، مصمم می‌شود تا باب مربوط به روایت‌های منع‌کننده از قتل زنان و کودکان را با این عنوان بیاورد: «باب نهی از قصد کشتار زنان و کودکان» (بیهقی، [بی‌تا]، ج ۹، ص ۷۷).

در برابر، بابی که کشتار زنان و کودکان را در عملیات شبیخون تجویز می‌کند را با این عنوان می‌آورد: «باب کشتار غیرقاصدانه زنان و کودکان در شبیخون و یورش ناگهانی و غافلگیرانه و روایت‌هایی که در جواز شبیخون وارد شده است» (همان، ص ۷۸).

بنابراین آنچه از نظر بیهقی و هم‌فکرانش متعلق نهی واقع شده است، فقط قصد ذهنی به کشتار غیرنظامیان است، نه عملیات کشتار آنان در خارج. از این رو صرف یک نیت ذهنی به راحتی می‌تواند عملیاتی که به کشتار غیرنظامیان و اتلاف و تخریب گسترده می‌انجامد را تجویز گرداند. این اندیشه کشتار غیرنظامیان در جنگ را فقط با داشتن قصد کشتار آنان حرام می‌داند و تمام ادله‌ای که از کشتار آنان نهی کرده را بر حالت تعمد در کشتار آنان حمل می‌کند. اقتضای این رویکرد مانند اقتضای نظریه تأثیر دوگانه، عاری بودن کشتار فاقد قصد از هر گونه اشکال و محذور اخلاقی است (ابن قدامه، [بی‌تا]، ج ۱۰، ص ۵۰۳).

منطبق با این دیدگاه، سربازان مسلمان در عملیات جنگی باید تا جایی که مقدور است به تفکیک و تمییز نظامیان از غیرنظامیان در نشانه‌گیری‌ها و حمله‌ها اقدام کنند اما اگر در عمل قادر به چنین تمییزی نباشند، همین قدر که در ذهن و در نیت خویش به چنین تفکیک و تمییزی اقدام کنند کفایت کرده و حمله و عملیات جنگی آنان جایز است (سرخسی، ۱۴۰۶ق، ج ۱۰، ص ۳۲)؛ چرا که تمییز بین نظامیان و غیرنظامیان در عمل، تکلیفی فراتر از توان انسان (تکلیف مالایطاق) شمرده می‌شود. حال که این تمییز غیرممکن شد، تکلیف به تمییز تا آن‌جا که برای بشر مقدور می‌باشد هم‌چنان باقی می‌ماند و این تمییز در نیت و قصد ذهنی امکان‌پذیر است.

مبنای نظریه تأثیر دوگانه در دانش حقوق در جنگ، همان مفاد نظریه تفکیک قصد از فعل در دانش حقوق اسلامی است. بر این اساس، قصد خیر می‌تواند به نتیجه شر بینجامد و همین قصد خیر نتیجه شر را توجیه می‌کند. برخی پا را از این هم فراتر می‌نهند و اصولاً دخالت دادن قصد شر یا خیر را در امور مربوط به جنگ بی‌معنا

می‌دانند. از نظر اینان شرارت در اصل واقعه جنگ نهفته شده و نداشتن قصد شر به معنای نادیده گرفتن مقتضیات ذاتی جنگ است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۱، ص ۷۰). مبتنی بر این اندیشه، ملازم عرفی جنگ، کشتار و تخریب و اتلاف است و نباید نسبت به این ملازمه‌ها حساسیتی به خرج داد؛ بنابراین قصد پیروزی بر کفار که قصدی نیک و خیر تلقی می‌شود می‌تواند تأییدکننده هر گونه کشتاری در هر سطح و اندازه‌ای تلقی شود.\*

### مصادق‌هایی از به‌کارگیری نظریه‌های تفکیکی در جنگ

در متن‌های فقهی می‌توان نمونه‌های روشنی از نظریه تفکیک قصد و فعل را در عرصه‌های گوناگون پیکار مشاهده کرد. این نظریه نخستین بار در فقه عامه مطرح شد و به سرعت در فقه شیعه تأثیر نهاد؛ به گونه‌ای که ادبیات یکسانی درباره این نظریه در فقه سنی و شیعه ظاهر شده است؛ به‌طور مثال، پیروان هر دو مذهب فقهی با ادبیات یکسان، شیخون به شهر دشمن که منطقه تجمع غیرنظامیان است را جایز دانسته‌اند و در تعلیل بر این حکم چنین ابراز کرده‌اند که سربازان مسلمان فقط قصد کشتار نظامیان دشمن را داشته‌اند و قصد کشتار غیرنظامیان را در اراده خود وارد نکرده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۲م، ج ۱۴، ص ۸۹ / نووی، ۱۴۰۷م، ج ۱۲، ص ۴۹ / بهوتی، ۱۴۱۸م، ج ۳، ص ۵۲ / ابن‌قدامه، [بی‌تا]، ج ۱۰، ص ۵۰۳ / ابن‌حزم، [بی‌تا]، ج ۷، ص ۲۹۶ / ابن‌عبدالبر، ۱۳۸۷، ج ۱۶، ص ۱۴۵). حتی قصد کشتار چند نظامی، مجوز کشتار انبوهی از غیرنظامیان تلقی شده است. هم‌چنین ادله‌ای که سوزاندن شهر دشمن را ممنوع قلمداد می‌کند بر حالتی حمل می‌شود که قصد آتش‌افروز، سوزاندن غیرنظامیان باشد و در صورتی که در ذهنش چنین قصدی را وارد نکرده باشد، عملش جایز است (شوکانی، ۱۹۷۳م، ج ۸، ص ۷۸).

\*. صاحب جواهر؛ در این باره می‌نویسد: «و أما قصد قتله مقدمة للفتح و غلبة الكفار و الاستيلاء عليهم فهو معنى جوازه» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۱، ص ۷۰).

## نقد نظریه‌های تفکیکی

نظریه تأثیر دوگانه که مبتنی بر اندیشه تفکیک قصد و فعل ابراز شده است، با دو اشکال مهم روبه‌رو می‌شود. این دو اشکال را در ضمن بندهای مستقل مطالعه می‌کنیم.

### ۱. انتفای قصد در صورت تفکیک قصد و فعل

بسیاری از فقیهان، نظریه‌های تفکیکی و مبانی استدلالی آن را با ادله گوناگون نقد کرده‌اند. نخستین دلیل در رد نظریه‌های تفکیکی بر محور نفی تفکیک قصد و فعل گرد آمده است؛ به گونه‌ای که فعل، نمایان‌کننده قصد و مشعر به قصد قلمداد می‌شود. صرف نیت و قصد خیر در حمله و نشانه‌گیری توان توجیه و تجویز استفاده از حمله‌ها و سلاح‌های کشنده و تخریب‌کننده فراگیر را ندارد؛ بلکه خیر یا شربودن قصد باید خود را در فعل حمله یا نشانه‌گیری نشان دهد؛ به گونه‌ای که فعل، نماینده و نشان‌دهنده قصد و راه به سوی قصد است.

به این گونه قصد عدم کشتار غیرنظامیان یا قصد کشتار انحصاری نظامیان به صورت مجرد قابل شناخت و ارزیابی نیست؛ بلکه راه سنجش و معیار ارزیابی خیر یا شربودن قصد، نوع عملکردی است که متفرع بر قصد می‌شود. بنابراین قصد خیر نمی‌تواند به شرارتی در عمل بینجامد. از این رو قصد صرف به عدم کشتار غیرنظامیان یا قصد صرف به کشتار انحصاری نظامیان تا زمانی که در عمل به اطمینان‌خاطر از عدم آسیب غیرنظامیان نینجامد مجوز حمله‌های جنگی و استفاده از سلاح‌های کشنده عمومی نیست (عینی، [بی تا]، ج ۱۴، ص ۲۶۱).

نمونه روشنی از این دیدگاه را می‌توان در فرض ترس که دشمن از سپر انسانی در خط مقدم لشکر برای درامان ماندن خود بهره می‌گیرد مشاهده کرد. برخی فقیهان کشتار سپر انسانی را از نوع قتل خطایی شمرده‌اند؛ چرا که تیرانداز قصد کشتار غیرنظامیان را نداشته است؛ اگرچه در حقیقت با توجه به حضور غیرنظامیان در صف مقدم لشکر دشمن، نسبت به اصابت تیر به غیرنظامیان علم داشته است. در برابر، برخی دیگر نظر پیش‌گفته را به روشنی خلاف واقع می‌دانند؛ چرا که تیرانداز با مشاهده سپر انسانی متشکل از غیرنظامیان از اساس نمی‌تواند قصد و عمد نسبت به کشتار غیرنظامیان



نداشته باشد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۱، ص ۷۱). منطبق با این دیدگاه، تفکیک بین قصد و فعل در حمله‌ها و نشانه‌گیری‌ها باعث انتفای قصد می‌شود. در این حالت قصدی باقی نمی‌ماند تا بتوان آن را از فعل تفکیک کرد. به این معنا که نمی‌توان در ذهن قصد عدم آسیب به غیرنظامیان را کرد و آن‌گاه مستقیم به سمت آنان نشانه‌گیری کرد. هم‌چنین نمی‌توان در ذهن قصد عدم آسیب به غیرنظامیان را کرد و در عین حال یقین به آسیب آنان داشت. در این دو حالت سربازی که مستقیم به سمت غیرنظامیان نشانه‌گیری می‌کند، در حقیقت قصد عدم کشتار آنان را ندارد یا نمی‌تواند چنین قصدی داشته باشد؛ بلکه فعل وی گویای قصد کشتار غیرنظامیان است.

حال با توجه به ویژگی‌های سلاح هسته‌ای که هیچ تردیدی را در کشتار انبوهی غیرنظامیان و تأثیر کلان آن بر ژنوم و نسل‌های آتی بشر باقی نمی‌گذارد، آیا می‌توان گفت که استفاده‌کننده از این سلاح قاصد به کشتار غیرنظامیان نبوده است؟ سلاحی که بسیار فراتر از اضرار به نظامیان، بر بی‌گناهان می‌تازد، آیا اساساً تفکیک قصد از فعل در استفاده از آن معنا دارد و آیا اصلاً می‌توان عدم قصد کشتار بی‌گناهان در استفاده از این سلاح را تصور کرد؟ درباره سلاح‌های هسته‌ای، نه تنها امکان تفکیک نظامیان از غیرنظامیان وجود ندارد بلکه میزان آسیب غیرنظامیان به مراتب بیشتر و گسترده‌تر از نظامیان است. حتی گاه وضعیت به گونه‌ای است که نمی‌توان قصد به‌کاربرنده سلاح را هدف نظامی دانست و خسارت نسبت به غیرنظامیان به اندازه‌ای است که هدف‌ها نسبت به نظامیان نادیده انگاشته می‌شود

### ۱-۱. مصداق‌های فقهی ناظر به عدم تفکیک قصد و فعل در عملیات جنگی

در برخی از نظرهای فقهی می‌توان نمونه‌های روشنی از تسری قصد به فعل و پیوند بین قصد و فعل در عملیات جنگی و در به‌کارگیری سلاح را به‌دست آورد. برخی فقیهان درباره کشتار سپر انسانی، این بحث را گشوده‌اند که اگر ملاک مجوزه کشتار، صرف قصد ذهنی باشد، تیرانداز باید کفاره قتل خطئی را پرداخت کند؛ چرا که مقصود ذهنی وی کشتار نظامیان دشمن بوده است، نه کشتار غیرنظامیان؛ اما اگر ملاک مجوزه کشتار، قصد واقعی باشد، تیرانداز باید کفاره قتل عمدی را بپردازد؛ چرا که وی با نشانه‌گیری مستقیم به سمت جمعیت غیرنظامی، در حقیقت قصد کشتار آنان را داشته

است. این دسته از فقیهان با برگزیدن رأی دوم، ملاک مجوزه کشتار غیرنظامیان را قصد واقعی دانسته‌اند؛ یعنی قصدی که نمود عینی خود را در فعل نشانه‌گیری عیان کند (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۸، صص ۷۴-۷۵ / شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۳۹۴ / نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۱، ص ۷۱). در حقیقت از نظر این دسته از فقیهان، صرف قصد ذهنی را نمی‌توان قصد واقعی دانست؛ بلکه چنین قصدی سرانجام می‌تواند در حد انگیزه و تمایل قلبی به عدم کشتار غیرنظامیان قلمداد شود.

مثال دیگری که می‌توان در این باره ارائه داد آن است که استفاده از منجنیق بر علیه شهر دشمن، بنابر پاره‌ای از دیدگاه‌ها، در صورتی مجاز دانسته شده که گلوله‌های منجنیق بر خانه‌های ساکنان غیرنظامی شهر اصابت نکند (شافعی، ۱۴۰۳م، ج ۴، ص ۳۰۶). در این جا افزون بر آن که قصد کشتار غیرنظامیان وجود ندارد یا قصد، فقط به کشتار نظامیان تعلق گرفته است، در عمل نیز گلوله‌ها باید طوری نشانه‌گیری شوند که به خانه‌های مسکونی اصابت نکند.

## ۲-۱. شرطیت فقدان یقین به کشتار غیرنظامیان در هدف‌گیری

مهم‌ترین ثمره پیوند بین قصد و فعل در به‌کارگیری سلاح‌های جنگی آن است که نشانه‌گیرنده نباید یقین به کشته‌شدن غیرنظامیان داشته باشد. شرطیت فقدان یقین به کشتار غیرنظامیان را می‌توان در نظرهای برخی فقیهان ملاحظه کرد؛ به‌طور مثال، برخی کشتار غیرنظامیان در جنگ را مشروط به این شرط دانسته‌اند که عملیات جنگی علیه محاربان و جنگاوران دشمن برپا شود و سلاح‌ها در برابر آنان استفاده شود (موسوی‌خویی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۳۷۱)؛ اما به‌علت تداخل غیرنظامیان و نظامیان، امکان کشته‌شدن غیرنظامیان نیز وجود داشته باشد (نووی، ۱۹۹۷م، ج ۱۹، ص ۳۰۲ / شوکانی، ۱۹۷۳م، ج ۸، ص ۷۰). با این حال کشته‌شدن غیرنظامیان از سر اتفاق و تصادف و به‌صورت غیرقابل پیش‌بینی صورت گیرد، نه آن‌که سلاح‌ها مستقیم در برابر غیرنظامیان استفاده شود. در حقیقت، عرف پس از مشاهده روند استفاده از سلاح‌ها و روش‌های جنگی، عملیات جنگی را در برابر نظامیان دشمن تلقی کند، نه در برابر غیرنظامیان. هم‌چنین قضاوت عرف نسبت به مقتولان غیرنظامی این‌گونه باشد که اینان کشته شدند،

نه آن که اینان را کشتند. محمد بن احمد شربینی، فقیه شافعی قرن ده، در شرح کلام ابی زکریا یحیی بن شرف النووی، درباره کشته شدن احتمالی و اتفاقی غیرنظامیان در حمله‌های جنگی کشته‌فرای می‌نویسد: «مقتضای سخن وی این است که این حمله‌ها جایز است، گر چه در منطقه‌ای که نشانه‌گیری می‌شود زنان و کودکان نیز حضور داشته باشند و احتمال آسیب دیدن آن‌ها در اثر این حمله‌ها وجود داشته باشد» (شربینی، ۱۳۷۷، ج ۴، ص ۲۲۳).\*

برخی فقیهان درباره استفاده از سلاح‌ها و روش‌های کشته و تخریب‌کننده فراگیر، عدم یقین به مصونیت غیرنظامیان را کافی برای جواز استفاده دانسته‌اند؛ به گونه‌ای که استفاده‌کننده از سلاح با آن که می‌داند غیرنظامیان در داخل نظامیان حضور دارند اما تداخل نظامیان و غیرنظامیان چنان است که در استفاده از سلاح نمی‌توان یقین به محافظت از جان غیرنظامیان داشت (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۹، ص ۷۶). درباره این موضوع باید بین دو مقوله تفاوت نهاد؛ یکی یقین به کشتار غیرنظامیان و دیگری عدم یقین به مصونیت و محافظت از غیرنظامیان. آنچه فقیهان مطرح کرده‌اند آن است که در شرایطی که یقین به مصونیت جانی غیرنظامیان وجود ندارد، استفاده از سلاح جایز است؛ اما در این حالت یقین به کشتار آنان نیز وجود ندارد. در این حالت استفاده‌کننده از سلاح، کشتار نظامیان را اراده می‌کند و در عمل نیز به سمت آنان نشانه‌گیری می‌کند اما تداخل نظامیان و غیرنظامیان باعث می‌شود که یقین به محافظت از جان آنان وجود نداشته باشد. در این حالت قصد و فعل در یک جهت قرار گرفته و از یکدیگر جدا نمی‌شوند. روشن است که در حالتی که یقین به کشتار غیرنظامیان وجود دارد نمی‌توان قصد عدم آسیب به غیرنظامیان را در ذهن پروراند اما در فرضی که یقین به صیانت از غیرنظامیان وجود ندارد می‌توان قصد عدم کشتار غیرنظامیان را کرد.

تفکیک بین عدم یقین به مصونیت غیرنظامیان و یقین به کشتار آنان را می‌توان در گفتار فقیهان ردیابی کرد؛ به‌طور مثال، در فرض ترس، ضمان ناشی از کشتار غیرنظامیان با جمله شرطیه و با این عبارت بیان می‌شود: «اگر یکی از غیرنظامیان در اثر استفاده از

\*. «مقتضی کلامه جواز ذلک و إن کان فیهم النساء و الصبیان و احتمال أن یصیهم ذلک».

سلاح کشته شود، دیه‌ای پرداخت نمی‌شود» (طرابلسی، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص ۳۰۲).

این جمله شرطیه نشان‌دهنده آن است که در کشته‌شدن غیرنظامیان تردید وجود دارد و نمی‌توان به کشتار غیرنظامیان یقین داشت بلکه ممکن است عملیات جنگی به کشتن آنان نینجامد. همان‌طور که محمدبن/احمد شربینی در توجیه حمله کشنده فراگیر، به احتمال آسیب‌ندیدن مسلمان محبوس در شهر دشمن اشاره کرده و می‌نویسد: «و قد لا یصیب المسلم؛ چه بسا مسلمان در نتیجه این حمله آسیب نبیند» (شربینی، ۱۳۷۷، ج ۴، ص ۲۲۳).

عبارت پیشین نشان از آن دارد که نوع حمله و سلاحی که در طی حمله استفاده می‌شود، حمله و سلاحی نیست که بی‌گمان به کشتار غیرنظامیان بینجامد؛ بلکه حمله و سلاحی است که به دلیل تداخل نظامیان و غیرنظامیان، یقین به مصونیت غیرنظامیان نمی‌توان داشت اما درباره سلاحی که یقین به کشتار غیرنظامیان وجود دارد، نمی‌توان قصد و فعل را در یک جهت دانست؛ زیرا استفاده‌کننده‌ای که می‌داند غیرنظامیان در نتیجه استفاده از سلاح کشته می‌شوند، هیچ‌گاه نمی‌تواند قصد عدم کشتار آنان را در ذهن بپروراند. در حقیقت قصد باید اثر خود را به فعل تسری دهد و نمی‌تواند بکلی منفک از فعل و بی‌تأثیر در کیفیات فعل باشد.

هم‌چنین در یورش به سپر انسانی، شرط فقدان یقین به کشتار غیرنظامیان به‌عنوان ثمره اصلی پیوند قصد و فعل رعایت می‌شود؛ چرا که به سمت جمعیت نظامی که در صفوف بعدی لشکر دشمن گرد آمده‌اند نشانه‌گیری می‌شود اما به دلیل حضور غیرنظامیان در صف مقدم، این اطمینان که تیر به یکی از نظامیان برخورد کند وجود ندارد. همان‌گونه که فقیهان تصریح کرده‌اند که تیرانداز باید صفوف بعد را نشانه‌گیری کند. در این حالت، هم می‌توان فقط قصد کشتار نظامیان را داشت و هم می‌توان در عمل به سمت آنان نشانه‌گیری کرد. همان‌گونه که فقیهان تمام مذاهب اسلامی شرط جواز حمله به سپر انسانی را این‌گونه بیان کرده‌اند که فقط قصد کشتار نظامیان شود و از غیرنظامیان محافظت شود (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۱۲ / علامه حلی، ۱۴۱۲م، ج ۱۴، ص ۹۶ و ۹۸).

تعبیرها و استدلال‌های فقیهان در فرض ترس، گویای آن است که سلاح مورد استفاده در ارتکاز ذهنی فقیهان به‌گونه‌ای تصویر شده که اولاً، می‌تواند یک نفر را به قتل رساند؛ ثانیاً، نشانه‌گیرنده توانایی محافظت اجمالی از جان غیرنظامیان را دارد؛ ثالثاً،

یقین به کشتار غیرنظامیان نیز ندارد؛ هر چند یقین به عدم کشته‌شدن غیرنظامیان نیز ندارد. تحت این شرایط، فقیهان اجازه تیراندازی را داده‌اند، هر چند در نتیجه این تیراندازی، یکی از غیرنظامیان آسیب ببیند. همه این ویژگی‌ها مرتکز در اذهان فقیهان درباره سلاح هسته‌ای واژگون و معکوس می‌شود. نه توان کنترل قدرت این سلاح برای کشتن تعداد محدودی از انسان‌ها وجود دارد و نه توانایی محافظت اجمالی از غیرنظامیان وجود دارد. افزون این که یقین به کشتار غیرنظامیان در سطح وسیع و فرانسلی نیز وجود دارد. این ویژگی‌ها همگی مغایر با ویژگی‌های سلاحی است که فقیهان استفاده از آن را در فرض ترس با رعایت شرایطی مجاز دانسته‌اند.

## ۲. لزوم پای‌بندی به معیار ایجابی در رویارویی با غیرنظامیان

دومین دلیل در رد نظریه‌های تفکیکی آن است که ارائه این نظریه‌ها بر مبنای نظریه انفکاک قصد و فعل به نادیده‌نگاشتن تمام ادله‌ای می‌انجامد که بر ممنوعیت کشتار غیرنظامیان و ممنوعیت اتلاف غیرموجه محیط زیست و حیوانات دلالت دارد؛ چرا که این ادله بر معیاری ایجابی پای می‌فشرند، حال آن‌که نظریه بیان‌شده معیاری سلبی را ارائه می‌کند. با این توضیح که در ادله ممنوعیت، عملیات جنگی محدود به منطقه جنگی و در برابر جنگجویان روا دانسته شده و این محدودیت و تضییق مستلزم احتیاط‌کردن در حمله‌های جنگی و نشانه‌گیری‌ها و محافظت عملی از غیرنظامیان به‌عنوان معیاری ایجابی است و از برخی فتواها نیز اصل احتیاط به‌دست می‌آید که در بند بعدی مطالعه خواهد شد؛ حال آن‌که نظریه‌های تفکیکی که مبتنی بر انفکاک کامل قصد و فعل عرضه شده‌اند، صرف‌نداشتن قصد کشتار غیرنظامیان را به‌عنوان معیاری سلبی، مجوز هر گونه حمله و استفاده از هر گونه سلاحی قلمداد می‌کند.

اندیشه تفکیک قصد و فعل در به‌کارگیری سلاح‌های جنگی، برای رعایت حقوق غیرنظامیان دارای کاستی است؛ زیرا حق اخلاقی اساسی مصونیت غیرنظامیان، مستلزم احتیاط و به‌کارگیری زمینه‌های لازم برای کاهش حداکثری خطر است. در حقیقت عدم قصد آسیب‌رسانی به غیرنظامیان به‌عنوان معیاری سلبی، سهل‌الوصول است؛ اما مهم آن است که تعهد به حفظ جان غیرنظامیان به‌عنوان معیاری ایجابی مدنظر قرار گیرد.

روش تجميع ادله نقلی متنافی که بر مبنای حمل ادله مجوزه کشتار و تخریب گسترده بر حالت فقدان قصد و حمل ادله منع‌کننده کشتار و تخریب گسترده بر حالت وجود قصد ارائه شده است، گر چه حجم وسیعی از نظرها و ادبیات فقهی تمام مذاهب اسلامی را در بر گرفته اما در رد آن نباید اندکی تردید به خود راه داد؛ چرا که ره‌آورد نظریه پیش‌گفته اعراض از مبانی بسیاری از ادله صحیح‌الصدوری است که بر ممنوعیت کشتار غیرنظامیان و حیوانات و تخریب بی‌دلیل محیط زیست دلالت دارد. مبنایی که بر پایه‌های ایجابی سرچشمه گرفته، با روش تجميع پیشین که بر پایه‌های سلبی پافشاری دارد، به کلی فرو می‌ریزد.

تحلیل پیش‌گفته را در برخی از آرای فقیهان شافعی می‌توان به‌دست آورد. در حالتی که استفاده‌کننده از سلاح می‌داند که در داخل لشکر دشمن تعدادی از غیرنظامیان حضور دارند و به‌صورت اتفاقی تیر به یکی از آنان اصابت کند، تیرانداز ملزم به پرداخت دیه مقتول دانسته شده است (نووی، [بی‌تا]، ج ۷، ص ۴۴۷). استدلال این دیدگاه آن است که وقتی شلیک‌کننده می‌داند که در داخل لشکر دشمن تعدادی غیرنظامی حضور دارند، صرف عدم قصد کشتار آنان به‌عنوان معیاری سلبی، مجوز شلیک نیست بلکه باید در عمل احتیاط کرده و تحت ضابطه‌ای ایجابی از جان آنان محافظت شود.

### ۱-۲. اصل احتیاط در رویارویی با غیرنظامیان

در پاره‌ای از مصداق‌ها و فروعات باب جهاد، به اصل «احتیاط» در رویارویی با غیرنظامیان، به‌عنوان معیاری ایجابی تصریح شده است؛ به‌طور مثال، برخی فقیهان تیراندازی به سوی سپر انسانی در حالتی که تیرانداز ظن غالب به اصابت تیر به یکی از غیرنظامیان دارد را جایز ندانسته‌اند. حکم پیش‌گفته این‌گونه تعلیل شده که اشخاص محترم مانند کافران غیرحربی باید در عمل محافظت شوند (علامه حلی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۴، ص ۹۸). وقتی تیرانداز در حالت فقدان یقین به اصابت تیر به یکی از غیرنظامیان، جواز تیراندازی را به‌علت لزوم صیانت عملی از جان غیرنظامیان نداشته باشد، دلیلی جز لزوم «احتیاط» در رویارویی با غیرنظامیان نمی‌تواند حکم پیش‌گفته را توجیه کند. هم‌چنین

یکی از گروه‌های انسانی که مصون از کشتار در جنگ شناخته شده‌اند، خنثایان مشکل هستند. دلیل این مصونیت آن است که امکان دارد این افراد در حقیقت زن باشند و به علت ممنوعیت کشتار زنان در جنگ، باید احتیاط کرد و از کشتار خنثایان مشکل نیز پرهیز کرد (فخر وجدانی، ۱۴۲۶ق، ج ۵، ص ۴۶).

شدیدترین درجه فقدان احتیاط در استفاده از سلاح هسته‌ای رخ می‌دهد. این سلاح به گونه‌ای متهورانه و بدون رعایت هیچ‌گونه تفکیکی بین گروه‌های گوناگون انسانی، به نحو یکباره و یکسره تمام عناصر حیاتی و محیطی می‌انجامد و نه تنها احتیاط عملی در برخورد با غیرنظامیان موجود را رعایت نمی‌کند بلکه غیرنظامیان نسل‌های آتی را نیز در چارچوب معیار ایجابی احتیاط حمایت نمی‌کند.

## نقد مؤیدهای نظریه تفکیک قصد و فعل در عملیات جنگی

۸۱

حقوق اسلامی / بررسی و نقد نظریه «تفکیک قصد و فعل» در استفاده از ...

در پاره‌ای از آرا برای توجیه امکان تفکیک قصد از فعل در عملیات تهاجمی یا نشانه‌گیری با سلاح جنگی چنین استدلال شده که فاعل بدون آن‌که قصد کشتار غیرنظامیان را داشته باشد، فاعل حقیقی شمرده نمی‌شود و فقط به صورت مجازی می‌توان وی را فاعل و قاتل غیرنظامیان شمرد (ابن عبدالبر، ۱۳۸۷، ج ۱۶، ص ۱۴۵). اگر به علایم استعمال حقیقی مانند تبادل و صحت حمل توجه شود، نظر پیش‌گفته به سادگی ناموجه جلوه می‌کند. روشن است که حمل و اطلاق واژه «فاعل» بر کننده فاقد قصد صحیح است؛ به‌طور مثال، در قتل خطایی که قاتل، فاقد قصد و تعمد است، از حیث موضوعی گفته نمی‌شود که وی قاتل و فاعل قتل نیست؛ بلکه از حیث حکمی برای وی تخفیفی لحاظ می‌شود.

یکی دیگر از مواردی که مؤیدی برای نظریه تفکیک قصد از فعل در طی عملیات جنگی یا استفاده از سلاح جنگی قرار گرفته، استفاده از قاعده احسان است. با این استدلال که اگر محسن نیت و قصد احسان داشته باشد اما فعل محسنانه وی به خسارت و ضرر دیگران بینجامد، قاعده احسان با رفع هرگونه عقاب کیفری و ضمان مدنی، نیت و قصد احسان را مجوز و مؤید هرگونه عمل زیان‌باری می‌گرداند؛ گرچه عمل مزبور خسارت‌ها و مضارّ فراوانی برای دیگران ایجاد کند.

وقتی در قاعده احسان چنین گفتمانی حکم فرماست، چگونه در طی عملیات جنگی یا استفاده از سلاح جنگی نتوان با تفکیک قصد از فعل، اندیشه خیرخواهانه را مجوزی برای قتل بی‌گناهان و اتلاف و تخریب و انهدام گسترده تلقی کرد؟ در واقع باید گفت مبنای حکمی که در قاعده احسان صادر می‌شود و محسن نیک‌اندیش را از عقاب و ضمان مبرا می‌سازد، تفکیک بین قصد و فعل و ترجیح قصد محسنانه بر فعل متجاوزانه بوده است؛ در غیر این صورت اگر فعل متجاوزانه بر قصد محسنانه ارجح دانسته شود یا این‌که تعادل و برابری بین این دو برقرار شود، هرگز نمی‌توان ضمان و عقاب را از محسن مرتفع نمود. بنابراین قاعده احسان بکلی بر پایه تفکیک قصد از فعل و ترجیح قصد محسنانه بر فعل متجاوزانه بنا نهاده شده و اجماع فقیهان بر صحت این قاعده، در واقع اجماع بر صحت نظریه تفکیک بین قصد و فعل می‌باشد. این شبهه و تناظری که بین قاعده احسان و نظریه تفکیک قصد و فعل ایجاد شده، به علت اهمیت مورد واکاوی قرار می‌گیرد.

### ۱. معیار فعل محسنانه و اثر آن بر نظریه تفکیک قصد و فعل در عملیات جنگی

در آیه «مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» (توبه، ۹۱)، با به‌کارگیری مای نفی جنس، هر گونه سبیل و حکم ضرری از محسن منتفی می‌شود، اعم از ضرر اخروی یا دنیوی مانند ضمان مدنی یا مجازات کیفری.

پرسشی که مبحث پیش‌روی برای پاسخ‌گویی به آن سامان یافته آن است که آیا در مفهوم «احسان» صرف داشتن قصد احسان و باور به این‌که عمل وی از روی احسان می‌باشد کفایت می‌کند، هر چند آن‌که در حقیقت عمل محسنانه‌ای محقق نشود یا آن‌که احسان فقط زمانی بر فعل صادق است که در عمل نمود عینی یابد.

به عبارت دیگر آیا احسان قصدی در تحقق احسان معتبر است؛ یا احسان واقعی در تحقق احسان معتبر است، به این معنا که عمل در عالم واقع، دفع‌کننده یا رفع‌کننده ضرر از غیر باشد؛ یا آن‌که هر دو امر در شکل‌گیری احسان معتبر است، به این معنا که احسان جز در صورتی که فعل بر حسب واقع محسنانه باشد و باور فاعل نیز منطبق با واقع باشد صدق نمی‌کند. نخستین دیدگاه بر مبنای تفکیک بین قصد و فعل استوار



است و همین دیدگاه وجود قصد خیرخواهانه را عامل مجوزه برای هرگونه اضرار، اتلاف، انهدام و تخریب تلقی می‌کند؛ به‌طور مثال، اگر کسی مال گمشده‌ای را بردارد تا آن را به صاحبش تحویل دهد، اگر در تشخیص صاحب مال اشتباه کند و مال را به شخص دیگری تحویل دهد، در صورتی که معیار احسان، محسن فاعلی باشد از ضمان مبرا می‌شود و در صورتی که معیار احسان، محسن فعلی یا محسن فعلی و فاعلی باشد هم چنان ضامن تلقی می‌شود. هم‌چنین اگر مال گمشده را بردارد و قصد تحویل مال به غیرصاحب آن را داشته باشد اما تصور وی اشتباه بوده و مال را به صاحب آن تحویل دهد، اگر معیار احسان، محسن فعلی باشد از ضمان مبرا می‌شود و در صورتی که معیار احسان، محسن فاعلی یا محسن فعلی و فاعلی باشد هم چنان ضامن است.

می‌توان به چهار دیدگاه در این باره اشاره کرد. دیدگاه نخست صرف باور و نیت را کافی برای صدق مفهوم احسان تلقی می‌کند. دیدگاه دوم فقط بر فعل تمرکز کرده و فعل محسنانه را بدون این که همراه با قصد محسنانه باشد، برای صدق مفهوم احسان کافی می‌پندارد. دیدگاه سوم وجود هر دو عامل قصد و عمل را برای صدق این عنوان ضروری می‌داند. دیدگاه چهارم، با تفکیک بین افعال گوناگون، افعالی که عرفاً با اضرار دیگران همراه است را مشمول عنوان احسان نمی‌داند و افعالی که عرفاً با اضرار دیگران همراه نمی‌شود را مشمول عنوان احسان می‌داند.

### ۱-۱. محوریت قصد و جداسازی کامل قصد از فعل

منطبق بر دیدگاه نخست، در فعلی که محسن با اغراض مصلحت‌بینانه و خیرخواهانه انجام می‌دهد، صرف باور محسنانه در صدق مفهوم «احسان» کفایت می‌کند و ملاحظه آثار عملی فعل در عالم خارج ضرورت نخواهد داشت. پیروان این نظریه بر این مطلب اجماع دارند که اگر فعل خیرخواه از حیث تکلیفی جایز و مشروع باشد، از حیث وضعی فاقد ضمان است (علامه حلی، ۱۴۱۳ق (الف)، ج ۳، ص ۶۵۴/ اصفهانی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۱، ص ۲۵۸). بر این اساس در این رویکرد بین حکم تکلیفی و حکم وضعی تلازم پدید می‌آید. ثمره این رویکرد در مسئله استفاده از سلاح‌ها و حمله‌های کشنده و تخریب‌کننده فراگیر در جنگ را در ادامه بررسی می‌کنیم:

### ۱-۱-۱. استفاده از سلاح هسته‌ای بر مبنای دیدگاه نخست

مبتنی بر دیدگاه نخست، اعمال قاعده احسان، یعنی رفع ضمان، مشروط به جواز شرعی فعل برای فاعل است؛ پس از اثبات جواز فعل، ضمان از فاعل مرتفع می‌شود؛ بنابراین موضوع حکم، یعنی جواز فعل باید از قبل اثبات شود و حکم قاعده احسان، یعنی رفع ضمان، نمی‌تواند منجزکننده موضوع تلقی شود (اصفهانی، ۱۶۱۴ق، ج ۱۱، ص ۲۵۸).

منطبق با این دیدگاه، اگر بتوان برای استفاده از عملیات یا سلاح کشنده و تخریب‌کننده فراگیر مجوز شرعی پیدا کرد، آن‌گاه قصد خیرخواهانه در استفاده، رافع ضمان خواهد بود؛ هر چند به کشتار انبوه و اتلاف وسیع بینجامد؛ به‌طور مثال، اگر سربازان مسلمان در تحقق حالت اضطرار جنگی تردید داشته باشند و با شک در وقوع این حالت به کشتار غیرنظامیان اقدام کنند و پس از کشتار، کشف شود که حالت اضطرار رخ نداده است، این پرسش مطرح می‌شود که آیا پرداخت دیه یا کفاره به سبب قتل غیرنظامیان بر حکومت اسلامی لازم است یا خیر؟ برخی اذن شارع به کشتار غیرنظامیان در حالت تردید را عرفاً مستلزم پذیرش تبعات بعدی آن دانسته‌اند و به همین دلیل جواز شرعی کشتار را متضمن نفی ضمان تلقی کرده‌اند (حسینی شیرازی، [بی تا]، ص ۱۴۴). هم‌چنین در مسئله ترس، برخی با برقراری ارتباط بین کفاره قتل بی‌گناهان با جواز استفاده از سلاح علیه آنان، این‌گونه استدلال کرده‌اند که وقتی اصل کشتار آنان از لحاظ شرعی جایز است، پرداخت کفاره در برابر فعل مشروع ناصحیح قلمداد می‌شود (علامه حلی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۴، ص ۹۸/همو، ۱۴۱۴ق، ج ۹، ص ۷۵).

اصلی‌ترین دلیلی که قصد محسنانه را به تنهایی و بدون ملاحظه فعلی که بر قصد مترتب می‌شود، نافی ضمان می‌داند، اطلاق ادله لفظی است که بر نفی ضمان از هر فعلی که با انگیزه محسنانه انجام گیرد دلالت دارد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۳، ص ۱۰۳).

در این رویکرد، جواز شرعی فعل با اشتغال فعل بر وصف عدوان ناسازگار دیده شده است. به همین علت، جواز شرعی فعل مستلزم رفع وصف عدوان از فعل تلقی می‌شود. به عبارت دیگر، هیچ فعلی نمی‌تواند از سویی جایز باشد و از سوی دیگر فعل عدوانی شمرده شود؛ بنابراین اگر غرض مصلحانه و خیرخواهانه باعث جواز شرعی فعل شود، خواه ناخواه باید وصف عدوانی را از فعل زایل کند. به همین علت در

صورت خسارت دیگران از این فعل، نمی‌توان فعل را در زمره افعال متجاوزانه شمرد؛ در نتیجه، ضمان از فاعل برداشته می‌شود (علامه حلی، ۱۴۱۳ق (الف)، ج ۳، ص ۶۵۴).  
 منطبق با این دیدگاه، اگر استفاده‌کننده از سلاح کشنده و تخریب‌کننده فراگیر، قصد محافظت از جان مسلمانان در برابر دشمن را داشته باشد یا قصد کشتار غیرنظامیان حاضر در منطقه دشمن را نداشته باشد، صرف قصد خیرخواهی برای مسلمانان و فقدان قصد عدوانی نسبت به غیرنظامیان، عامل مجوزه کشتار آنان و تخریب گسترده شمرده شده و رافع ضمان است؛ همان نتیجه‌ای که باورمندان به نظریه تفکیک قصد و فعل در استفاده از سلاح کشنده فراگیر در پی اثبات آن هستند.

## ۲-۱-۱. نقد دیدگاه نخست

در رد این دیدگاه، باید به دو اشکال اساسی توجه کرد. اشکال نخست آن‌که مسئله اصلی در استفاده از سلاح هسته‌ای، حکم تکلیفی آن است، نه ضمان وضعی. در نظریه پیش‌گفته جواز تکلیفی فعل باید از پیش اثبات شود تا قاعده احسان بتواند به نفی ضمان اقدام کند؛ حال آن‌که جواز استفاده از سلاح هسته‌ای، اول کلام و اصل مدعاست. هم‌چنین تمسک به اطلاق ادله لفظی برای نفی ضمان که مهم‌ترین دلیل باورمندان به این دیدگاه بود، از لحاظ فنی و اصولی غیرموجه است؛ چرا که در ادله لفظی بر نفی سبیل از محسن تصریح شده است و روشن است که ابتدا باید محسن بودن فاعل اثبات شود سپس ضمان از وی برداشته شود. تا زمانی که محسن بودن فاعل اثبات نشده است، نمی‌توان به اطلاق ادله برای نفی ضمان تمسک کرد. بر این اساس محسن دانستن کسی که صرفاً قصد نیک داشته و مرتکب کشتار و تخریب گسترده شده، اول بحث و اصل مدعاست. چنین استدلالی نمونه بین تمسک به عام در شبهه مصداقیه مخصّص می‌باشد.\*

\*. شبهه مصداقیه، تردید در داخل شدن مصداقی خاص در گزاره مخصّص، بعد از تبیین مفهوم مخصّص می‌باشد. برای مثال اگر احترام هر هاشمی لازم دانسته شود و آن‌گاه در گزاره مخصّص، احترام فاسقین لازم دانسته نشود، اگر پس از روشن شدن مفهوم فاسق، در مورد فسق زید هاشمی تردید رخ دهد، شبهه مصداقیه به وقوع می‌پیوندد. پرسش آن است که آیا می‌توان با تمسک به گزاره عام که احترام هر هاشمی را لازم می‌دانست، احترام زید را نیز لازم بدانیم. غالب اصولیان متاخر به

شهید ثانی؛ یکی از نظریات موجود در این مسئله را این‌گونه تقریر کرده که جواز شرعی فعل خیرخواهانه منوط بر محافظت از سلامتی انسان‌های دیگر است. این رویکرد معتقد است که اگر فعل با اهداف خیر و نیکو برگزار شود، ولی در مسیر انجام به دیگران خسارتی وارد کند، نمی‌توان اصل انجام فعل را جایز تلقی کرد. بنابراین تلازمی بین قصد خیرخواهانه و جواز فعل وجود ندارد (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵، ص ۳۶۲). برای مثال اگر حفر چاه در جاده عمومی و عریض که مردم به راحتی می‌توانند از آن عبور کنند، با هدف جمع شدن آب باران و نوشیدن مردم از آب صورت گیرد، نمی‌توان هدف نیکوی مزبور را عامل جواز فعل تلقی کرد؛ چرا که مردم حق عبور و مرور از آن جاده را دارند و جواز فعل، مشروط بر سلامتی مردم می‌باشد. به این ترتیب وقتی فعل مزبور نتوانسته اصل جواز خود را تأمین کند، به طریق اولی و به قیاس اولویت توان ارتفاع ضمان از فاعل را نیز نخواهد داشت (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵، ص ۳۶۲).

اشکال دوم آن‌که بر فرض ادله نقلی بر نفی ضمان وضعی دلالت داشته باشند، اما نفی ضمان دلالتی بر جواز تکلیفی فعل ندارد. تلازمی هم بین انتفای ضمان و جواز فعل وجود ندارد. بنابراین بر فرض که شارع دیه و کفاره قتل غیرنظامیان در جنگ را بر محور قاعده احسان منتفی دانسته باشد، باز هم انتفای ضمان را نمی‌توان دلیل بر جواز کشتار و تخریب گسترده قلمداد کرد.

استدلالی که فخرالمحققین؛ در این زمینه ارائه داده، شنیدنی و قابل امعان نظر است. او با انتقاد از نظر شیخ طوسی؛ و والد علامه‌اش که جواز شرعی فعل را دال بر فقدان وصف تعدی دانسته‌اند، معتقد است که شارع در صورتی فعل خیرخواهانه را تجویز می‌کند که فعل مزبور عاری از هرگونه مفسده و قبیحی به انجام رسد. از منظر ایشان شارع صدور مجوز برای فعل خیرخواهانه را موقوف به شرط عدم وقوع هرگونه مفسده

---

این سوال پاسخ منفی داده‌اند و در استدلال به رای خویش به این نکته متذکر شده‌اند که مصداق مشتبه گرچه در موضوعات دلیل عام جای می‌گیرد، لکن از آنجا که حجیت گزاره عام تنها بر موضوعاتی غیر از موضوعات گزاره منحصص جاری می‌شود، حجیت شمول گزاره عام بر مصداق مشتبه مردد است و شبهه در حجیت به معنای عدم حجیت است (خراسانی، ۱۴۰۹ق، ص ۲۲۱).

و قبیحی در مسیر انجام فعل کرده است. حال اگر فعل خیرخواه مفسده و قبیحی را ببار آورد، کشف می‌شود که فعل مزبور بدون مجوز شرعی انجام گرفته است. بنابراین صغرای قیاسی که شیخ طوسی و علامه حلی ابراز کرده اند باطل می‌شود؛ چرا که اینان با مفروض دانستن جواز شرعی هرکاری که با قصد نیک‌خواهی برای دیگران انجام می‌شود، کار مزبور را عاری از وصف تعدی پنداشته‌اند. حال آن‌که فخرالمحققین اصل این پیش‌فرض که هر کار خیرخواهانه اخذ مجوز کرده است را باطل می‌داند و صدور مجوز را موکول به رعایت شرط فقدان وجوه مفسده و قبیح تلقی می‌کند (حلی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۶۶۲). به همین دلیل اگر کسی در جاده عمومی با هدف جمع‌شدن آب باران در آن و نوشیدن مردم از آن، چاهی حفر کند، گرچه فعل با انگیزه‌ای انسان‌دوستانه انجام گرفته، اما حفر چاه باعث می‌شود که مردم در معرض سقوط و هلاکت قرار گیرند و به همین دلیل نمی‌توان فعل مزبور را محسنانه تلقی کرد (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۳، صص ۱۰۲ - ۱۰۳).

بر این اساس، دیدگاهی که استفاده از سلاح هسته‌ای با مقاصد نیکو و خیرخواهانه را منطبق با مبانی نظری قاعده احسان می‌داند و درصدد تفکیک کامل قصد و فعل است، به هیچ روی نمی‌تواند از منظر قاعده احسان و مبانی آن توجیه شود و هیچ‌گاه مبانی قاعده احسان، چنین کشتار و تخریب عمیق و گسترده‌ای را فعل محسنانه بشمار نمی‌آورد.

## ۲-۱. محوریت فعل و جداسازی کامل فعل از قصد

دیدگاه دوم، فعل واقعی احسانی را کافی برای شمول عنوان احسان تلقی می‌کند، حتی اگر فاعل قصد محسنانه نداشته باشد. استدلالی که این دیدگاه بر آن تأکید دارد آن است که مراد از درج عناوین و مفاهیمی که در جایگاه موضوعات احکام شرعی قرار گرفته‌اند، واقعیت خارجی آن‌ها و معنای حقیقی آن‌ها می‌باشد. عرف نیز از واژه احسان چیزی جز معنای حقیقی آن را استفهام نمی‌کند و معنای حقیقی احسان، همانا واقعیتی است که در عالم خارج محقق می‌شود؛ چه قصد محسنانه وجود داشته باشد و چه فاعل فاقد چنین قصدی باشد (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۴، ص ۱۲).

منطبق با این دیدگاه، استفاده از سلاح هسته‌ای به هیچ روی نمی‌تواند مشمول قاعده احسان قرار گیرد؛ چرا که از لحاظ فعلی نمی‌توان پیامدهای ناشی از به‌کارگیری این سلاح را خیرخواهانه تلقی کرد. همچنین روشن است که ظاهر از عناوین موجود در ادله احکام، معنای حقیقی آن‌ها می‌باشد؛ لکن آنچه محل اختلاف است این است که درباره عنوان «احسان»، آیا معنای حقیقی تنها متقوم به قصد و اعتقاد است، یا تنها متقوم به واقعیت خارجی است، یا متقوم به هر دو رکن قصد و واقعیت خارجی می‌باشد؟ ظاهر آن است که عرف قوام احسان را بر پایه هر دو رکن تلقی می‌کند؛ چرا که اگر کسی قصد شرارت‌باری داشته باشد و اتفاقاً در عمل به دفع یا رفع ضرر از شخص دیگری منتهی شود، عرف او را محسن خطاب نمی‌کند (فاضل لنکرانی، [بی‌تا]، ص ۲۸۸).

### ۳-۱. محوریت قصد و فعل و عدم جداسازی آن‌ها از یکدیگر

دیدگاه سوم که باور مشهور فقیهان است، صدق مفهوم احسان را دائرمدار تحقق هر دو رکن قصد محسنانه و عملی که رافع یا دافع ضرر است می‌داند (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۴۷۷ / کاشف‌الغطاء، [بی‌تا]، ص ۷ / فاضل لنکرانی، [بی‌تا]، ص ۲۸۸). در تقویت این دیدگاه به تبادل استناد شده و هر دو رکن قصد و عمل به حکم تبادل برای تحقق عنوان احسان لازم تلقی شده است؛ بنابراین چه در جایی که فرد قصد محسنانه نداشته اما فعلش اتفاقاً و تصادفاً باعث رفع یا دفع ضرر می‌شود و چه در جایی که شخص قصد محسنانه دارد اما فعلش در عالم واقع به خیری برای دیگران نمی‌انجامد، عرف نمی‌تواند عنوان احسان را احراز کند.

ریشه این تبادل عرفی نیز به این مطلب باز می‌شود که اساساً برای عرف قابل درک نیست که قصدی که در عمل به آثار شومی مانند کشتار انبوه و تخریب و اتلاف وسیع بینجامد را قصد محسنانه بینگارد. در حقیقت عرف از اساس نسبت به تفکیک قصد از فعل عاجز است؛ به این صورت که نمی‌تواند قصد خیرخواهی را منتج به عمل مفسده‌آمیز با پیامدهای گسترده ناگوار مشاهده کند و در صورت مشاهده چنین عملی، بی‌گمان قصد فاعل را نیز همسو با همین پیامدها اعتبار خواهد کرد؛ به‌ویژه در جایی

فاعل به یقین می‌داند که فعل وی به چنین پیامدهای ناگواری، آن هم در سطح انبوه و توده‌ای خواهد انجامید. به تعبیر دقیق برخی فقیهان، فعلی که در مقام احسان انجام می‌گیرد، باید «فی حد ذاته» احسان به دیگران تلقی شود، نه آن‌که فاعل تخیل احسان کرده باشد. فقط تحت این شرایط است که اگر به صورت کامل اتفاقی و پیش‌بینی نشده، خسارتی هم به دیگران رسید، قاعده احسان ضمان را منتفی می‌سازد (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۴، ص ۱۴).

#### ۴-۱. اتفاقی بودن آسیب و اضرار

دیدگاه چهارم باور دارد که باید نگاه و تلقی عرف را در این مسئله مدخلیت داد؛ به این صورت که اگر فعل محسن از نگاه عرف در غالب اوقات به اضراری برای دیگران نمی‌انجامد، در صورتی که اتفاقاً به اضرار انجامید، باید فعل پیش‌گفته را به دلیل قصد فاعل که خیر و صلاح عموم را تصور کرده بود، جایز و فاقد ضمان تلقی کرد. در برابر، اگر فعل محسن از نگاه عرف در غالب اوقات به اضرار دیگران می‌انجامد، نمی‌توان قصد مصلحانه وی را تجویزکننده فعل زیان‌بار شمرد (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵، ص ۳۶۲ / موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص ۱۸).

#### ۴-۱-۱. استفاده از سلاح هسته‌ای بر مبنای دیدگاه چهارم

تمییز بین رویداد اتفاقی و رویداد غالبی در دیدگاه چهارم، به‌عنوان ضابطه صدق عنوان احسان لحاظ شده است. اگر براساس روند طبیعی امور، فعل به خسارت و آسیب دیگران بینجامد نمی‌توان ادعای قصد خیرخواهی را از فاعل پذیرفت؛ چرا که قصد باید خود را در عمل به نمایش گذارد (مصطفوی، ۱۴۲۱ق، ص ۲۸). براساس این رویکرد، اگر نوعی از عملیات جنگی یا سلاحی خاص با قصد خیرخواهانه استفاده شود اما عرفاً به آسیب و خسارات و کشتار نامتعارف و نامعمول بینجامد، نمی‌توان قصد نیکو را مجوز استفاده از عملیات و سلاح مزبور تلقی کرد؛ به‌طور مثال، ممکن است استفاده از سلاح هسته‌ای این‌گونه توجیه شود که عدم استفاده از این سلاح باعث تداوم جنگ می‌شود و در این صورت تعداد بیشتری از غیرنظامیان کشته خواهند شد اما باید این مطلب را مدنظر قرار داد که تداوم آثار مخرب سلاح هسته‌ای در نسل‌های بعد، چه در بُعد انسانی

و حیوانی و چه در بُعد محیطی، گمان خیرخواهانه بودن استفاده از سلاح هسته‌ای را زایل می‌گرداند. به این ترتیب هیچ‌گاه و تحت هیچ شرایطی استفاده از سلاح هسته‌ای نمی‌تواند گونه‌ای از فعل محسنانه قلمداد شود و براساس قاعده احسان توجیه شود.

## ۲. شرط ضرر کمتر در فعل محسنانه و اثر آن در به‌کارگیری سلاح هسته‌ای

پس از اثبات این‌که افزون بر قصد خیرخواهانه باید فعل نیز نمود عینی احسان را در برداشته باشد، این پرسش پیش می‌آید که معیار فعل محسنانه چیست؟ به چه علت عرف اتلاف چند کالای موجود در خانه را برای حفاظت از آن خانه، فعل محسنانه تلقی می‌کند اما اتلاف خانه برای محافظت از خودرو را فعل محسنانه نمی‌داند؟

معیار فعل محسنانه آن است که ضرر ناشی از فعل محسنانه کمتر از ضرری باشد که از عدم انجام فعل به بار می‌آید. حتی با تساوی دو ضرر نیز نمی‌توان فعل را محسنانه تلقی کرد بلکه چنین فعلی، عبث خواهد بود؛ بنابراین زیانی که با انجام فعل محسنانه از دیگران رفع می‌شود باید بزرگ‌تر یا مهم‌تر از زیانی باشد که با اعمال این فعل به وی خواهد رسید؛ در غیر این صورت نمی‌توان فعل پیش‌گفته را فعل محسنانه تلقی کرد (موسوی‌بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص ۱۷). به این ترتیب محسنانه‌دیدن استفاده از سلاح هسته‌ای تحت هر شرایطی گمانی است باطل؛ چرا که ضرر و آثار ناگوار استفاده از آن به مراتب فراتر از مضارّ عدم استفاده از آن است.

قاعده حرمت کاری که گناه، ضرر، شر و مفسده‌اش از منفعت و مصالحش بیشتر است (قاعده حرمة ما اثمه اکبر من نفعه) پشتیبان دیدگاه پیش‌گفته می‌باشد (صادقی‌تهرانی، ۱۴۱۲ق، ص ۱۲۸). اساس این قاعده از آیه ذیل گرفته شده است: «يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَ الْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَ مَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا (بقره، ۲۱۹)؛ از تو درباره شراب و قمار می‌پرسند. بگو در آن دو گناهی بزرگ و برای مردمان سودهایی است و گناه آن دو از سودشان بزرگ‌تر است».

طبق این قاعده و آیه‌ای که مدرک و مستند آن است، هر کاری که نفع و ضرر مختلط داشته باشد، به گونه‌ای که از ادله شرعی چنین به‌دست آید که ضرر آن کار از منافعتش بیشتر است، حرام می‌باشد (همان). برخی فقیهان قاعده پیش‌گفته را در



فروعاً باب جهاد به کار گرفته و جریان آن را در احکام گوناگون جهاد نیز لازم شمرده‌اند (حسینی شیرازی، [بی تا]، ص ۱۴۳).

### ۳. نقش اجازه ولی فقیه در تجویز فعل محسنانه و اثر آن در به کارگیری سلاح هسته‌ای

برخی فقیهان درباره افعال محسنانه اجتماعی که تصرف در حقوق عموم شمرده می‌شود، اجازه ولی امر را شرط رفع ضمان دانسته‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵، ص ۳۶۲/ طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۶، ص ۴۰۷). منطبق با این نظریه، تشخیص ولی فقیه در استفاده از سلاح هسته‌ای می‌تواند در حکم استفاده از این سلاح اثرگذار باشد. درباره مبنای این شرطیت سه رویکرد وجود دارد:

رویکرد نخست، ولایت فقیه را کسوتی برای تطبیق قواعد شریعت بر مصداق‌های خارجی و هم‌چنین در جایگاه مصلحت‌سنجی نسبت به عموم می‌داند. همان‌طور که گذشت، از لحاظ ثبوتی، برخی فقیهان جواز شرعی فعل را زمینه‌ساز سقوط ضمان تلقی می‌کنند و برخی دیگر واقعی بودن احسان در خارج را شرط فقدان ضمان می‌دانند. از لحاظ اثباتی، منطبق با نظریه پیش‌گفته، کسی که می‌تواند جواز شرعی فعل را تشخیص دهد یا واقعی بودن احسان به نفع دیگران را تشخیص دهد، ولی فقیه است. از این رو، ولایت فقیه کارکرد اثباتی داشته و تشخیص جواز فعل و واقعی بودن احسان را بر عهده دارد (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵، ص ۳۶۲).

رویکرد دوم، ولی فقیه را - در صورتی که عنوان امام بر وی صدق کند یا این که بتوان اختیارات امام معصوم ۷ را برای وی نیز قائل شد - مالک تمام زمین‌ها و اموال دانسته و از همین رو، اجازه وی به تصرف‌های اجتماعی و مرتبط با حقوق عامه را مانند اجازه مالکان خصوصی نسبت به تصرف در زمین‌ها و اموال متعلق به خویش شمرده می‌شود؛ در نتیجه، همان‌گونه که اجازه مالکان خصوصی به رفع ضمان از متصرف می‌انجامد، اجازه ولی فقیه نیز ضمان را مرتفع می‌کند (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۶، ص ۴۰۷).

رویکرد سوم بر این پایه استوار است که اگر انسان کاری را نه با قصد محسنانه، بلکه به گونه‌ای عبث یا برای تأمین منافع و مصالح شخصی خویش انجام دهد و فعل

وی به زیان دیگران بینجامد اما در انجام این فعل به دریافت مجوز از سوی ولی فقیه نائل آمده باشد، باید از وی رفع ضمان شود (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۳، ص ۱۰۳).

منطبق با رویکرد نخست، اگر ولی فقیه تشخیص دهد که مصلحت و منفعت در به‌کارگیری سلاح هسته‌ای است و می‌توان قواعد شرع را نیز بر آن منطبق دانست، استفاده‌کننده فاقد ضمان خواهد بود؛ اما در صورتی که عدم جواز شرعی استفاده از سلاح اثبات شود، اساساً ولی فقیه نمی‌تواند اذن به استفاده از این سلاح بدهد؛ چرا که بر حسب مبنای نخست، مقام وی در جهت تشخیص احکام شریعت و تطبیق آن با موارد خارجی در نظر گرفته شده است.

منطبق با رویکرد دوم، اگر اثر مالکیت ولی فقیه بر زمین‌ها و اموال، تعرض به حقوق عمومی و پدیدساختن تشویش و بی‌انضباطی در تعیین و تشخیص مالکیت‌های خصوصی دانسته شود، بی‌گمان نظر صحیحی نیست بلکه مالکیت ولی فقیه در جهت صیانت از مالکیت‌های خصوصی و حفظ حقوق عامه تعریف شده است؛ بنابراین مانند رویکرد سابق، اساساً ولی فقیه نمی‌تواند اذن به استفاده از سلاحی را بدهد که موجبات کشتار فراگیر غیرنظامیان و تخریب و اتلاف انبوهی از عناصر حیاتی و محیطی را فراهم می‌آورد.

اما رویکرد سوم که اذن ولی فقیه در هر کار عبث را مشرّع آن کار و عامل از بین برنده ضمان می‌داند، هر چند به تعرض نسبت به حقوق عامه بینجامد، قابل مناقشه است. این نظر مستند به قوی‌تر بودن ولایت ولی فقیه نسبت به ولایت مالکان خصوصی شده است (همان، ص ۱۰۲)؛ اما اولویت نظر ولی فقیه در جهت تشخیص مصالح و منافع مورد رضایت شارع است و اصولاً ولی فقیه نمی‌تواند برای تفریح و سرگرمی یک فرد به وی اذن در انجام کاری دهد که به اضرار وسیع می‌انجامد. استدلال صاحبان این رویکرد، نه‌تنها باعث اعتلای منصب ولایت فقیه نمی‌شود، آن‌گونه که آنان تصور کرده‌اند بلکه اگر با دقت به آن نگریسته شود، مایه تضعیف این منصب می‌شود؛ زیرا نهادی را که در جهت محافظت از حقوق مردم و صیانت از احکام اسلام تشریح شده است را در حد تجویزکننده اعمال عبث تقلیل می‌دهد. عبارتی که شیخ طوسی<sup>۲</sup> در رویارویی با این رویکرد دارد، آموزنده و حکمت‌آمیز است:

«إن حفرها فی طریق المسلمین نظرت، فان كان الطريق ضيقاً فعليه الضمان، سواء حفرها بإذن

الإمام أو بغير إذنه، لأنه لا يملك الاذن فيما فيه تضييق على المسلمين و إلحاق الضرر بهم؛ اگر چاهی را در راه مسلمانان حفر کند، در صورتی که راهی کم‌عرض و باریک باشد، حفرکننده ضامن است؛ چه امام به این کار اذن دهد و چه اذن ندهد؛ چرا که امام حق ندارد در اموری اذن دهد که سبب فشار و تنگنا برای مسلمانان می‌شود و باعث ورود ضرر بر آنان می‌شود» (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۷، ص ۱۸۶).

#### ۴. احسان به خود و اثر آن در به‌کارگیری سلاح هسته‌ای

ممکن است گفته شود استفاده از سلاح هسته‌ای به وسیله حکومت اسلامی احسان به مسلمانان شمرده می‌شود اما باید دانست کاری که باید برای خود فاعل در بردارنده منافعی است، در صورت ضرر به غیر نمی‌تواند جایز و رافع ضمان تلقی شود. برخی نظرها، نه تنها قصد مصلحانه برای عموم مردم را رافع ضمان دانسته‌اند بلکه در مواردی که فعل در زمره حقوق قانونی و شرعی فاعل شمرده شود، قصد تأمین منافع شخصی خویش را نیز رافع ضمان تلقی کرده‌اند (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۳۷۰).

در پاسخ به دیدگاه پیش‌گفته گفته شده که فعل بیان‌شده احسان به دیگران شمرده نمی‌شود بلکه احسان به خود شمرده می‌شود و احسان به خود، مستلزم احسان به دیگران نیست بلکه در برابر دیگران، عمل مزبور عمل متجاوزانه شمرده می‌شود، نه محسنانه. علامه حلی؛ پس از بیان دیدگاه پیش‌گفته از ابن‌ادریس؛ و استدلال وی به قاعده احسان، در انتقاد به این نظر می‌نویسد:

«و قوله: إنه محسن، ليس بشيء، لأن إحسانه في حق نفسه لا يستلزم إحسانه في حق المقتول، بل هو مسيء في حقّه؛ این که ابن‌ادریس؛ فاعل را محسن تلقی کرده است به هیچ روی استدلال صحیحی نیست؛ چرا که وی در حق خود احسان کرده و احسان در حق خود مستلزم احسان در حق مقتول نمی‌باشد؛ بلکه در حق مقتول فعل ناروایی شمرده می‌شود» (علامه حلی، ۱۴۱۳ق (ب)، ج ۹، ص ۳۶۳).

احسان پیش‌گفته مانند وقف بر نفس خویش است که همگان بر بطلان آن اتفاق دارند. چنین وقفی احسان بر خویش شمرده می‌شود و نمی‌توان آن را در برابر اغیار نیز فعل محسنانه شمرد.

## نتیجه

نظریه‌های تفکیکی بر مبنای تفکیک قصد و فعل در به‌کارگیری سلاح‌ها و حمله‌های کشنده و تخریب‌کننده فراگیر با توجیهی غیرفنی می‌کوشد تا پیامدهای ناگوار استفاده از سلاح هسته‌ای را به علت فقدان قصد کشتار و تخریب گسترده در استفاده از این سلاح توجیه کند. پایه استدلالی نظریه تأثیر دوگانه نیز بر همین اساس پی‌ریزی شده و با این استدلال که استفاده‌کننده از سلاح هسته‌ای اراده کشتار و تخریب گسترده را نکرده است، فعل خسارت‌بار و منهدم‌کننده وی را قابل اغماض می‌داند. حال آن‌که تحلیل ساختار ذهنی استفاده‌کننده از سلاح هسته‌ای نشان می‌دهد که وی فقط تمایل به عدم کشتار و تخریب گسترده دارد، نه آن‌که قصد و اراده وقوع این عواقب ناگوار را متعاقب بر استفاده از سلاح هسته‌ای نداشته باشد؛ چرا که با واکاوی ذهنی استفاده‌کننده مشخص می‌شود که وی در استفاده از این سلاح یقین به وقوع پیامدهای ناگوار آن داشته و بر این اساس، عدم قصد کشتار و تخریب گسترده به کلی متعذر و محال می‌شود. تمایل و انگیزه ذهنی استفاده‌کننده نیز تا زمانی که به حد قصد و اراده نرسد، تحلیل صرف شمرده می‌شود و نمی‌تواند سرچشمه اثرگذاری قلمداد شود.

## منابع و مأخذ

۱. ابن‌ادریس حلی، محمدبن منصور؛ السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی؛ ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ق.
۲. ابن‌حزم، ابومحمد علی‌بن‌احمد؛ المحلی؛ بیروت: دار الفکر، [بی‌تا].
۳. ابن‌عبدالبر، ابوعمر یوسف؛ التمهید؛ مغرب: وزارة عموم الاوقاف و الشؤون الاسلامیة، ۱۳۸۷ق.
۴. ابن‌قدامة، ابومحمد عبدالله‌بن‌احمد؛ المغنی؛ بیروت: دار الکتب العربی، [بی‌تا].
۵. اصفهانی (فاضل هندی)، محمدبن‌حسن؛ کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام؛ ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ق.
۶. بهوتی، منصوربن‌یونس؛ کشف القناع؛ ج ۱، بیروت: دار الکتب العلمیة، ۱۴۱۸ق.
۷. بیهقی، احمدبن‌حسین؛ السنن الکبری؛ بیروت: دار الفکر، [بی‌تا].

۸. جصاص، احمد بن علی؛ احکام القرآن؛ ج ۱، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۵ق.
۹. حسینی شیرازی، سید محمد؛ الفقه: کتاب الجهاد، الامر بالمعروف و النهی عن المنکر، قم: دارالقرآن الحکیم، [بی تا].
۱۰. حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح؛ العناوین الفقهیة؛ ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
۱۱. حکمت نیا، محمود؛ «سلاح های کشتار جمعی و مبانی فقهی و حقوقی ممنوعیت استفاده از آنها»؛ مجله حقوق اسلامی، س ۱۰، ش ۳۸، ۱۳۹۲.
۱۲. حلی (علامه)، حسن بن یوسف؛ تذکرة الفقهاء؛ ج ۱، قم: مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۴ق.
۱۳. \_\_\_\_\_؛ قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام؛ ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق (الف).
۱۴. \_\_\_\_\_؛ مختلف الشیعة فی احکام الشریعة؛ ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق (ب).
۱۵. \_\_\_\_\_؛ منتهی المطلب فی تحقیق المذهب؛ ج ۱، مشهد: مجمع البحوث الاسلامیة، ۱۴۱۲ق.
۱۶. حلی (فخر المحققین)، محمد بن حسن؛ ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد؛ ج ۱، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۷ق.
۱۷. خراسانی (آخوند)، محمد کاظم؛ کفایة الاصول؛ ج ۱، قم: مؤسسه آل البيت، ۱۴۰۹ق.
۱۸. سرخسی، شمس الدین؛ المبسوط؛ بیروت: دار المعرفة، ۱۴۰۶ق.
۱۹. شافعی، ابو عبدالله محمد بن ادريس؛ الام؛ ج ۲، بیروت: دار الفکر، ۱۴۰۳ق.
۲۰. شریبانی، محمد بن احمد؛ مغنی المحتاج الی معرفة معانی الفاظ المنهاج؛ بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۳۷۷ق.
۲۱. شوکانی، محمد بن علی؛ نیل الاوطار من احادیث سید الاخیار شرح منتهی الاخبار؛ بیروت: دار الجیل، ۱۹۷۳م.
۲۲. صادقی تهرانی، محمد؛ اصول الاستنباط بین الكتاب و السنة؛ قم: انتشارات شکرانه، ۱۴۱۲ق.
۲۳. طباطبایی، سید علی؛ ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل؛ ج ۱، قم: مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۸ق.
۲۴. طرابلسی، قاضی عبدالعزیز ابن براج؛ المهذب؛ ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ق.

٢٥. طوسى، ابو جعفر محمد بن حسن؛ المبسوط فى فقه الامامية؛ ج ٣، تهران: المكتبة المرتضوية لاحياء الآثار الجعفرية، ١٣٨٧ق.
٢٦. عاملى (شهيد ثانى)، زين الدين بن على؛ الروضة البهية فى شرح اللمعة الدمشقية؛ ج ١، قم: كتاب فروشى داورى، ١٤١٠ق.
٢٧. \_\_\_\_\_؛ مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام؛ ج ١، قم: مؤسسة المعارف الاسلامية، ١٤١٣ق.
٢٨. عيني، ابو محمد محمود بن احمد؛ عمدة القارى؛ بيروت: دار احياء التراث العربى، [بى تا].
٢٩. فاضل لنكرانى، محمد؛ القواعد الفقهية؛ [بى جا]، [بى نا]، [بى تا].
٣٠. فخر وجدانى، قدرت الله؛ الجواهر الفخرية فى شرح الروضة البهية؛ ج ٢، قم: انتشارات سماء قلم، ١٤٢٦ق.
٣١. كاشف الغطاء، جعفر؛ القواعد الستة عشر؛ نجف: مؤسسه كاشف الغطاء، [بى تا].
٣٢. كلينى، ابو جعفر محمد بن يعقوب؛ الكافي؛ ج ١، قم: دار الحديث، ١٤٢٩ق.
٣٣. مصطفىوى، سيد محمد كاظم؛ القواعد: مائة قاعدة فقهية؛ ج ٤، قم: دفتر انتشارات اسلامى، ١٤٢١ق.
٣٤. موسى بجنوردى، سيد حسن؛ القواعد الفقهية؛ ج ١، قم: نشر الهادى، ١٤١٩ق.
٣٥. موسى خويى، سيد ابوالقاسم؛ منهاج الصالحين؛ ج ٢٨، قم: نشر مدينة العلم، ١٤١٠ق.
٣٦. نجفى، محمد حسن؛ جواهر الكلام فى شرح شرائع الاسلام؛ ج ٧، بيروت: دار احياء التراث العربى، ١٤٠٤ق.
٣٧. نووى، ابى زكريا محبى الدين يحيى بن شرف؛ روضة الطالبين؛ تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود و على محمد معرض؛ بيروت: دار الكتب العلمية، [بى تا].
٣٨. \_\_\_\_\_؛ شرح صحيح مسلم؛ بيروت: دار الكتاب العربى، ١٤٠٧ق.
٣٩. \_\_\_\_\_؛ المجموع شرح المهذب؛ بيروت: دار الفكر، ١٩٩٧م.
40. Bellamy, Alex J.; "Supreme Emergencies and the Protection of Non Combatants in War"; **80 International Affairs** 5; Oct. 2004.
41. Walzer, Michael; **Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations**; Basic Books, 2006.