

مطالعات حقوق تطبیقی
دوره ۶، شماره ۱،
بهار و تابستان ۱۳۹۴
صفحات ۳۶۹ تا ۳۹۱

قواعد امره حقوق بین الملل؛ تکامل یا تحول در منابع حقوق بین الملل (با بررسی تطبیقی نظام‌های حقوقی ملی)

سید فضل‌الله موسوی

استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

حسین خلف رضایی*

دانش‌آموخته دکتری حقوق بین‌الملل دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۴/۲۳ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۳/۷/۲۷)

چکیده

جامعه بین‌المللی با اقتباس از نظام‌های حقوقی ملی، برخی اصول و قواعد امری را در حقوق بین‌الملل مطرح ساخته است. در این رویکرد، بعضی هنجارها به‌عنوان ضامن ارزش‌ها، نظم عمومی و منافع حیاتی جامعه فراروی دولت‌ها قرار گرفتند که به حقوق الزامی یا قواعد امره حقوق بین‌الملل موسوم شدند. این قواعد برای پدیدار شدن فرایندی مختص به خود دارد که به‌نظر می‌رسد راهی جدا از منابع صوری کلاسیک حقوق بین‌الملل، یعنی موارد مندرج در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری است. از سوی دیگر، ابهام و اجمال مفهومی قواعد امره، تحقق مقصود آن‌ها را با مشکل روبه‌رو ساخته است و همین موضوع، ضرورت تبیین و پرداختن به آن‌ها را آشکار می‌سازد.

واژگان کلیدی

تعهدات ارگامنس، جامعه بین‌المللی، جنایات بین‌المللی، قواعد امره، منابع حقوق بین‌الملل.

مقدمه

نظام حقوقی بدون وجود قانون بی‌معناست و به عبارت دیگر، وجود قوانین امری که

fmousavi@ut.ac.ir
h.rezaei@ut.ac.ir

*نویسنده مسئول - فاکس ۰۲۱- ۸۸۳۲۵۰۴۵

چارچوب حاکمیت اراده تابعان آن، نظام حقوقی در انعقاد قراردادها (قوانین تکمیلی) را مشخص می‌کنند، از بایسته‌های هر نظام حقوقی است. نتیجه منطقی چنین رهیافتی، پذیرش سلسله‌مراتبی هنجاری خواهد بود.

ضرورت وجود قواعدی الزامی در جامعه بین‌المللی موضوعی جدید نیست و از گذشته‌های دور در اندیشه صاحب‌نظران و نظریه‌پردازان حقوق بین‌الملل حضور داشته است. جامعه بین‌المللی پس از جنگ جهانی دوم به ضرورت ابتنای نظم حقوقی بر یک‌سری ارزش‌های بنیادین عام پی برد که از یک سو، عموم جامعه بین‌المللی بر آن اتفاق نظر داشته باشند و از سوی دیگر، در معرض دست‌اندازی تابعان حقوق بین‌الملل نباشد و دیری نپایید که کشورها بر این ضرورت گردن نهادند. در اواخر دهه ۱۹۶۰، دولت‌های سوسیالیستی و در حال توسعه، مدعی و مدافع هنجارهایی الزامی بودند که از حیث درجه و موقعیت بر دیگر قواعد حقوق بین‌الملل برتری داشتند و در تنظیم قراردادها نمی‌بایستی از آن‌ها عدول کرد. این تلاش‌ها با گنجاندن قواعد امره حقوق بین‌الملل، در عهدنامه وین در خصوص حقوق معاهدات (۱۹۶۹م) به ثمر نشست. حال آنکه برخی دولت‌های غربی از آغاز نسبت به پیدایش این قواعد، موضعی تدافعی داشتند.^۱ به‌رغم نبود مرجعی قانون‌گذار در نظام بین‌المللی، نمی‌توان وفاق جامعه بین‌المللی را بر تفوق و اولویت برخی قواعد و تعهدات نسبت به دیگر تعهدات نادیده گرفت. جامعه بین‌المللی به‌طور کلی برخی قواعد الزامی را به‌منزله بایسته‌های جامعه بشری و نظم عمومی بین‌المللی شناسایی کرده و هر قاعده معارض ناهمگون را بی‌اثر شمرده است. با این حال، به دلیل عدم تحمل ساختارها و مفاهیم مسلط نظام بین‌المللی که همچنان بیش از آنکه به تضییقات و درعین حال شفافیت قواعد حقوقی تن دهد، مبتنی بر منافع و اراده دولت‌هاست، جامعه بین‌المللی نه‌تنها از تعیین مصادیق، که از تعریف بی‌ابهام و دقیق آن‌ها نیز باز مانده است.

بحث‌های فراوانی در خصوص حدود و قلمرو قواعد امره، تعهدات ارگامنس و جنایات بین‌المللی، و رابطه و نسبت میان این مفاهیم صورت گرفته است و نظریات مختلفی در خصوص اینکه کدام مفهوم از حیث موضوعی و مصادیق مضیق‌تر یا موسع‌تر است، ابراز شده، اما این تلاش‌ها به نتیجه‌ای قطعی نرسیده است. نداشتن شفافیت و وجود ابهام

۱. برای مثال، دولت فرانسه به‌صراحت با طرح مفهوم قواعد امره در حقوق معاهدات (مواد ۵۳ و ۶۴) مخالفت کرده (کسسه، ۱۳۸۸، ص ۲۵۴ و ۲۵۵) و به همین سبب از تصویب سند نهایی این عهدنامه خودداری ورزیده است.

مفهومی در این قواعد، دست دولت‌ها و بازیگران بین‌المللی را در تفسیر به رأی از این قواعد باز می‌گذارد و می‌تواند دستمایه برخی مداخلات را فراهم آورد و اصل قانونی بودن و حاکمیت قانون را در عرصه ملی و بین‌المللی به مخاطره اندازد. از این رو، اهمیت تعریف و تشخیص مصادیق این قواعد و همچنین تعیین آثار و نظام مسئولیت حاکم بر نقض این قواعد به خوبی خودنمایی می‌کند.

در این مقاله، پس از مطالعه‌ای تطبیقی میان قوانین امری در نظام‌های حقوقی ملی و قواعد امره حقوق بین‌الملل و به عبارتی، خاستگاه نظری شکل‌گیری قواعد امره، به تحلیل ماهیت قواعد امره و ارزیابی نسبت این قواعد با منابع صوری کلاسیک حقوق بین‌الملل می‌پردازیم. در ادامه به بررسی آثار قواعد امره خواهیم پرداخت و به این ترتیب، ارتباط قواعد امره را با مفاهیمی مانند تعهدات ارگامنس و جنایات بین‌المللی تحلیل خواهیم کرد.

قوانین امری در نظام‌های حقوقی ملی و انعکاس آن‌ها در نظام حقوق بین‌الملل

در نظام‌های ملی به‌طور معمول قواعد امره یا قوانین امری یا الزامی (jus necessarium) همراه با قسیم خود، یعنی قواعد یا قوانین تکمیلی یا توافقی (jus voluntarium) مطرح می‌شوند. تقسیم‌بندی قواعد حقوقی به قواعد یا قوانین امری و تکمیلی یکی از دسته‌بندی‌های برگرفته از حقوق رومی و مرسوم در نظام‌های حقوقی است. چنان‌که ماده ۱۰ قانون مدنی ایران به این دو دسته از قواعد توجه نشان داده است: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است».

در نظام‌های حقوقی داخلی، میان هنجارها و قواعد حقوقی سلسله‌مراتب حکم‌فرماست؛ به این صورت که هر قاعده اعتبار خود را از قاعده‌ای برتر می‌گیرد (کلسن، ۱۳۸۷، ص ۱۰۶-۱۰۵) در این سلسله‌مراتب، قراردادهای خصوصی اعتبار خود را از قانون کسب می‌کنند و طرف‌های این قراردادها به‌موجب قانون برابر یکدیگر متعهد می‌شوند (فلسفی، ۱۳۸۳، ص ۲۸۳). به بیان دیگر، این قانون است که قراردادهای خصوصی را معتبر ساخته، به آن‌ها ضمانت اجرا می‌بخشد. قرارداد بدون اصل وفای به عهد به‌عنوان یک اصل الزام‌آور، قول و قراری بیش نیست. البته پیداست که برخلاف قراردادهای خصوصی که میان طرف‌های متعهد منعقد می‌گردد و الزام‌آور است، قوانین یا همان قواعد امری، کلیت و عمومیت دارند.

عهدنامه ۱۹۶۹م وین درباره حقوق معاهدات با تأیید وجود قواعد آمره، کوشیده است مفهوم نظم عمومی بین‌المللی را وارد قلمرو حقوق معاهدات بین‌المللی نماید، اما معیاری روشن برای تشخیص این قواعد به دست نداده است. بنابراین، از آن زمان تاکنون، در خصوص ماهیت و نحوه تشخیص مصادیق قواعد آمره سخن بسیار بوده است. با این کوتاهی که در نظام حقوق موضوعه بین‌المللی به چشم می‌خورد، به نظر می‌رسد راه شناخت این قواعد را باید در حقوق ملی جست‌وجو کرد؛ «زیرا قاعده آمره اصولاً در این نظام به وجود آمده، رشد کرده و به تکامل رسیده است» (فلسفی، ۱۳۸۳، ص ۲۸۲).

مواد ۵۳ و ۶۴ عهدنامه وین درباره حقوق معاهدات به روشنی دسته‌بندی کلاسیک میان قوانین امری و تکمیلی را به حقوق معاهدات و درنهایت حقوق بین‌الملل عام وارد کرد. بر این اساس، در تشکیل قاعده‌ای آمره رضایت یا اعتراض فردی دولت‌ها مؤثر نخواهد بود. ماده ۵۳ عهدنامه ۱۹۶۹م (و به همین صورت، ماده ۵۳ عهدنامه ۱۹۸۶م وین) درباره حقوق معاهدات به این نکته تصریح داشته که جامعه بین‌المللی دولت‌ها به‌عنوان یک کل ("international community of States as a whole")، قواعد آمره را پذیرفته و شناسایی کرده است. در زمان تدوین عهدنامه ۱۹۶۹م وین، پروفیسور یاسین (Yasseen)، رئیس کمیته تدوین پیش‌نویس، بیان کرد که شناسایی قواعد آمره از سوی جامعه بین‌المللی به‌عنوان یک کل الزاماً به معنای شناسایی آن‌ها از سوی تمامی دولت‌ها یا همه اعضای جامعه بین‌المللی نیست، بلکه منظور اکثریتی عمده است که نمایانگر کلیت یا بخش‌های اساسی این جامعه باشد (UNCLT, 1969, p. 472).

نمایندگان برخی از دولت‌ها در کنفرانس ۱۹۶۸-۱۹۶۹م وین که به انعقاد عهدنامه ۱۹۶۹م وین انجامید، قواعد آمره را برخاسته از وجدان بشریت و به عبارت دیگر، فراتر از اعتبار دولت‌ها دانسته‌اند؛ برای مثال، نماینده مکزیک چنین اظهار داشته است: «قواعد آمره آن قواعدی هستند که از اصولی که وجدان حقوقی بشریت برای همزیستی در جامعه بین‌المللی در یک برهه زمانی از سیر تاریخ خود مطلقاً اساسی می‌انگارد، نشئت می‌گیرند» (United Nations, 1968, p. 294). در کنفرانس ۱۹۸۶م وین درباره حقوق معاهدات میان دولت‌ها و سازمانی‌های بین‌المللی یا میان سازمان‌های بین‌المللی نیز دیدگاه‌های مشابه ابراز شده است؛ برای نمونه، نماینده قبرس گفته است: «قواعد آمره مهم‌ترین قواعد حقوق بین‌الملل هستند به طوری که ماهیتی جهانی [و نه بین‌المللی به معنای مصطلح و خاص آن] داشته و متضمن تعهدات ارگامنس هستند» (United Nations, 1986, p. 193).

فیتزموریس، گزارشگر ویژه کمیسیون حقوق بین الملل، در بیان علت تفاوت قواعد امره و دیگر قواعد حقوق بین الملل، بیان داشته است: «قواعد حقوق بین الملل به طور کلی در دو دسته قرار می گیرند؛ آنهایی که در هر شرایطی آمرانه و الزامی هستند (jus cogens) و آنهایی که موضوعه [یا تکمیلی] هستند (jus dispositivum) که تنها در صورت عدم توافق به خلاف آنها، موجب قاعده‌ای رفتاری هستند، و [به عبارت] دقیق تر، آنهایی که دگرگونی یا اصلاحشان به شرط آنکه موقعیت و حقوق دولت‌های ثالث را تحت تأثیر قرار ندهد، بر اساس یک نظام توافقی قابل پذیرش است» (Fitzmaurice, 1958, p. 40).

اگرچه قاعده امره مفهومی برگرفته از نظام‌های ملی شمرده می شود، اما به آسانی در نظام بین المللی جذب نشده، زیرا این نظام محیط مناسبی برای نشو و نماي آن نبوده است (فلسفی، ۱۳۸۳، ص ۲۸۵). حقوق بین الملل کلاسیک مبتنی بر پارادایم دولت محور بوده، وضع قواعد آن بر مبنای رضایت صریح یا ضمنی دولت صورت می گیرد. در این چارچوب، متعهد شدن دولت‌ها بر اساس خودالتزامی (self-commitment) بوده و خارج از آن، اصل بر اباحه و عدم تعهد است^۲،^۳ در چنین فضایی ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری تدوین شده که به طور عرفی بیانگر منابع حقوق بین الملل است که فاقد هرگونه سلسله مراتب هنجاری شمرده می شود و به بیان دیگر، منابع حقوقی یادشده هم عرض یکدیگر و دارای نظم افقی می باشند. تعبیر از چنین اجتماع شخص محوری به نظامی حقوقی، که شامل قوانین امری و تکمیلی است، بسیار مسامحه آمیز خواهد بود، زیرا نظام حقوقی بدون وجود سلسله مراتب میان قواعد حقوقی و حضور قواعدی حاکم بر اراده فردی تابعان، متصور نیست. در جامعه‌ای که قانون حاکمیت دارد، هر مقررۀ قانونی تکلیفی برعهده تابعان آن جامعه نهاده، به همان نسبت محدودیتی بر آزادی و صلاحیت شخصی تحمیل می کند.

۲. دیوان بین المللی دادگستری در قضیه لوتوس اعلام داشته است: «حقوق بین الملل بر روابط میان دولت‌های مستقل حکومت می کند. قواعد الزام آور این حقوق به موجب اراده آزاد دولت‌ها که در معاهدات یا رویه عموماً پذیرفته شده به عنوان اصول حقوقی نمایان شده تا روابط میان جوامع مستقل را نظم و نسق داده یا اهدافی جمعی را محقق سازد».

(PCIJ, 1927, p. 18.)

۳. از اصول عملیه‌ای نظیر اصل اباحه در چارچوب نظامی تکامل یافته مانند نظام حقوق ملی می توان دفاع کرد، زیرا در چنین ساختاری لوازم و الزامات همزیستی به صورت منسجم و آمرانه در نظر گرفته شده و در چارچوب آن، حاکمیت اراده به رسمیت شناخته شده است. در مقابل، در رویکرد لوتوسی به حقوق بین الملل، قوانینی جز آنچه از حاکمیت اراده و اصل رضایی بودن و خودالتزامی برآمده، مطرح نیست.

اگرچه دیدگاه کلاسیک قائل به وجود رابطه‌ای سلسله‌مراتبی میان منابع حقوق بین‌الملل نبوده، اما به‌نظر می‌رسد پیدایش قواعد آمره، خط بطلانی است بر این اندیشه (8). به‌موجب ماده ۵۳ عهدنامه وین، قواعد آمره از طریق فرایند قبول و شناسایی از سوی جامعه بین‌المللی دولت‌ها در کل نمود می‌یابند. یکی از وجوه شباهت و مبانی قیاس قواعد آمره با قوانین امری این است که همان طوری که قوانین امری ضامن نظم عمومی جامعه است و با توافق خصوصی دو یا چند فرد نمی‌توان از آن‌ها عدول کرد، قواعد آمره حقوق بین‌الملل نیز ضامن نظم عمومی بین‌المللی است و در نتیجه، جامعه تخطی از آن‌ها را نمی‌پذیرد. این رابطه عمودی چارچوبی را میان قواعد در حقوق بین‌الملل ترسیم کرده است که اعتبار و صحت معاملات و قراردادهای خصوصی تابعان جامعه در حدود آن سنجیده می‌شود.

از مطالب پیش‌گفته می‌توان چنین برداشت کرد که نسبت قواعد آمره با دیگر قواعد حقوق بین‌الملل مانند نسبت قانون اساسی با قوانین عادی و یا رابطه قواعد یا قوانین امری با قواعد یا قوانین تکمیلی است. قواعد آمره شاخص صحت و اعتبار قواعد حقوقی است، همانند قانون اساسی که معیار وضع و اعتبار قوانین شمرده می‌شود؛ چنان‌که مطابق ماده ۵۳ عهدنامه وین، قاعده آمره: «قاعده‌ای است که توسط جامعه بین‌المللی دولت‌ها در کل، به‌عنوان قاعده‌ای شناخته شده که امکان نسخ یا ابطال آن جز به تبع قاعده حقوق بین‌الملل عام که واجد همان ویژگی باشد، وجود ندارد».

به همین صورت، اگر آن‌ها را صرفاً در سطحی مشابه قوانین و مقررات عمومی که شاخص صحت قراردادهای خصوصی‌اند قرار دهیم نیز راه خطایی نرفته‌ایم. البته به‌نظر می‌رسد تلقی قواعد آمره میان دو موضوع یادشده به صواب نزدیک‌تر است؛ یعنی فهم قواعد آمره به‌مثابه قواعد ضامن نظم عمومی در جامعه بین‌المللی. به‌ویژه با در نظر گرفتن مفهوم نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی می‌توان گفت که نقض هر قانون و مقرراتی نمی‌تواند به‌منزله خدشه به نظم عمومی انگاشته شود و درواقع، این مفهوم قلمرو مضیق‌تر از قوانین و مقررات، و موسع‌تر از قانون اساسی را دربر می‌گیرد.

ماهیت قاعده آمره حقوق بین‌الملل

تردیدی نیست که قواعد آمره ماهیتی متفاوت از دیگر قواعد حقوق بین‌الملل دارند، اما مسئله بحث‌برانگیز آن است که این قواعد را تحت کدام‌یک از منابع حقوق بین‌الملل می‌توان بررسی نمود و اینکه آیا می‌توان این قواعد را با توجه به ماهیتشان خارج از منابع

کلاسیک حقوق بین الملل جست‌وجو کرد یا خیر. با مفروض قرار دادن تعریف قاعده امره در ماده ۵۳، به یافتن نسبت قواعد امره با منابع مندرج در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری^۴ می‌پردازیم.

۱. بررسی نسبت قواعد امره با منابع صوری حقوق بین الملل

از زمان تصویب ماده ۳۸ اساسنامه دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی، به فهرست موجود در آن به‌عنوان منابع حقوق بین‌الملل توجه شد. دیوان بین‌المللی دادگستری ماده ۳۸ را به‌عنوان مقرره‌ای معاهداتی و مندرج در اساسنامه این نهاد اعمال می‌کند؛ اگرچه نمی‌توان انکار کرد که این مقرره به‌طور عرفی بیانگر منابع حقوق بین‌الملل بوده و به این دلیل از سوی دیگر مراجع بین‌المللی قابل اتباع است (Jennings, 1967, p. 331). ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری و سلف آن، یعنی دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی، دلالت بر این دارد که این محاکم در مقام رسیدگی به دعاوی، معاهدات بین‌المللی، و عرف بین‌المللی، اصول کلی حقوق را به‌عنوان منابع اصلی حقوق بین‌الملل؛ رویه قضایی و دکتترین را به‌منزله ابزارهای فرعی و کمکی کشف قاعده حقوقی؛ و اصل انصاف یا کدخدامنشی را در صورت توافق طرف‌های دعوا به‌کار می‌برند.

جامعیت مقرره پیش‌گفته، محل مناقشه برخی صاحب‌نظران بوده است. برای مثال، ژرژ سل در سال ۱۹۳۴م موضوعات یادشده را برای پاسخگویی به نیازهای جامعه بین‌المللی کافی نمی‌دانست (Trindade, 2005, p. 149). به‌نظر می‌رسد، ماده ۳۸ تنها به بیان فهرستی تمثیلی از ابزارهای کشف قواعد حقوق بین‌الملل بسنده کرده است که می‌تواند موضوع استناد دیوان بین‌المللی دادگستری قرار گیرد.

۱.۱. نسبت قواعد امره و معاهدات بین‌المللی

چنانچه قاعده امره را قراردادی تلقی کنیم، از یک‌سو، با اصل حاکمیت اراده و نسبی بودن قراردادها روبه‌رو می‌شویم و از سوی دیگر، حاکم بودن قواعد امره بر اعتبار قراردادها که در حقوق معاهدات پذیرفته شده است، نمی‌تواند منطقی تلقی شود و به بیان دیگر، نمی‌توان قاعده‌ای قراردادی را ملاک و معیار مشروعیت دیگر قراردادها بدانیم،

۴. طبق بند یک ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، این منابع عبارت‌اند از: معاهدات بین‌المللی، عرف بین‌المللی و اصول کلی حقوقی ملل متمدن. دکتترین و رویه قضایی نیز به‌عنوان ابزارهای تکمیلی کشف قواعد حقوقی مورد توجه قرار می‌گیرند.

چراکه دور و تسلسلی باطل به دست می‌دهد. ضمن آنکه اثر ابطالی قواعد آمره صرفاً در چارچوب معاهدات نبوده، در خصوص عرف مغایر نیز می‌تواند به آن استناد شود (Shelton, 2006, p. 305)، زیرا بنا بر ماده ۵۳ عهدنامه وین هیچ معاهده‌ای که مقرراتی بر خلاف قواعد آمره داشته باشد، تاب مقاومت در برابر این قواعد را ندارد و محکوم به بطلان است. این قواعد به قواعد امری (peremptory norms) موسوم شده‌اند و در حقوق بین‌الملل به ماهیت استعلایی و برتری هنجاری (normative hierarchy) این قواعد تصریح شده است؛ به گونه‌ای که منابع کلاسیک حقوق بین‌الملل را یارای مقابله و هموردی با چنین قواعدی نیست و ضمانت اجرای چنین مسئله‌ای بطلان مطلق یا کأن لم یکن بودن (ab initio) قاعده لاحق و انفساخ قواعد معارض سابق است.^۵ به عبارتی می‌توان گفت، این قواعد به مثابه شاخص اعتبار دیگر قواعد حقوق بین‌الملل به شمار آمده‌اند.^۶

نکته دقیق‌تری که پروفیسور سیما در تمییز قواعد آمره از دیگر قواعد یادآور شده، آن است که مبنای تشخیص قواعد آمره، تعلق آن‌ها به منافع جمعی کل جامعه بین‌المللی است و بنابراین هر قاعده مهم و یا حتی ضروری و سلب‌ناشدنی نمی‌تواند عنوان آمره به خود بگیرد. وی اصل وفای به عهد را به عنوان شاهی بر این مدعا آورده است که گرچه توافق در یک معاهده بر سر اینکه آن معاهده لازم‌الوفا نخواهد بود، نقض غرض و متناقض با موضوع و هدف آن است، اما صرف این مسئله باعث نمی‌شود که این قاعده را آمره بدانیم، بلکه آنچه موجب می‌شود یک قاعده آمره نقض‌ناپذیر باشد، اهمیت ماهیت و منافی است که آن قاعده دربر دارد (Simma, 1994, p. 288).

باید توجه داشت که معاهدات بین‌المللی می‌توانند نقشی اثباتی در احراز قواعد آمره داشته باشند؛ چنان‌که کمیسیون حقوق بین‌الملل معاهدات قانون‌ساز و رویه قضایی ملی و بین‌المللی را شاهی برای احراز قواعد آمره گرفته است. ممنوعیت شکنجه از این مصداق‌ها است که به این ترتیب می‌تواند به فهرست قواعد آمره افزوده شود که هم موضوع کنوانسیون ممنوعیت شکنجه و دیگر رفتار ظالمانه یا مجازات غیرانسانی یا ترذیلی (۱۹۸۴م) قرار گرفته و هم در رویه قضایی نمودی بارز یافته است (ILC, 2001, p. 284). بر همین مبنای دیوان بین‌المللی دادگستری در رأی خود در قضیه «نیکاراگوئه» اعلام کرده

۵. نک: ماده ۵۳ عهدنامه وین درباره حقوق معاهدات.

۶. به نظر می‌رسد معنای لغوی jus cogens، حقوق دارای الزام (cogent) باشد که در عین حال با معنای شناسایی (cognition) همراه است. از این رو، انتساب و تلقی آن‌ها به مثابه قواعد شناسایی (Rules of recognition) بی‌مناسبت نیست.

که دولت‌ها می‌توانند به معاهده‌ای که تدوین‌کننده قواعد عرفی است، بپیوندند و از این معاهده به‌منزله سازوکار یا ابزاری برای تضمین آن قاعده بهره گیرند (ICJ, 1986, p. 14).

۲.۱. نسبت قواعد امره و عرف بین‌المللی

الزام قواعد امره با لازم‌الرعايه بودن دیگر تعهدات، تفاوتی مفهومی، ماهیتی و هنجاری دارد؛ به آن معنا که تعهدات برگرفته از قواعد دیگر به‌نحوی ریشه رضایی داشته، اما قواعد امره که برآمده از نهادی نوظهور یعنی جامعه بین‌المللی است، بنا به تعریف خود، بر کلیه تابعان بین‌المللی تحمیل شده است و اساساً رضایت انفرادی و حتی گروهی دولت‌ها تأثیری در ایجاد یا نسخ چنین قواعدی ندارد.

اگر قواعد امره را گونه‌ای از قواعد عرفی به‌شمار آوریم^۷، با قاعده مسلم «معترض مُصر» (persistent objector) که ناظر به تکوین تعهدات عرفی است، روبه‌رو خواهیم شد. در قضیه موسوم به «شیلات»، انگلستان و نروژ بر سر قاعده ترسیم خط مبدأ ساحلی که مبنای مرزبندی دیگر نقاط دریایی از جمله خلیج‌ها و مناطق ماهیگیری بود، اختلاف نظر داشتند. در زمان این اختلاف، عرض دریای سرزمینی به سه یا چهار مایل دریایی محدود می‌شد. نروژ برای آنکه بیشترین وسعت ممکن از آب‌های احاطه‌شده بر سواحلش را در اختیار بگیرد، در سال ۱۹۳۵ م رسماً اعلام کرد که در تمامی نقاط ساحلی خود از روش خط مبدأ عادی استفاده می‌کند؛ صرف نظر از آنکه دهانه خلیج‌ها کمتر یا بیشتر از ۱۰ مایل باشد. انگلستان این روش را تنها برای خلیج‌های تاریخی قائل بود، اما در خصوص دیگر خلیج‌هایی که دهانه آن‌ها بالغ بر ۱۰ مایل بود، نمی‌پذیرفت که آب‌های درون آن‌ها آب‌های داخلی نروژ باشد. دیوان بین‌المللی دادگستری در پاسخ به انگلستان، ضمن اذعان به اینکه قاعده ۱۰ مایلی که موضوع ادعای انگلستان است، به حد یک قاعده عام حقوق بین‌الملل نرسیده است، اظهار داشت: «در حال، قاعده ۱۰ مایل بر علیه نروژ قابل اعمال نیست زیرا [این کشور] همواره با هرگونه تلاشی برای اعمال آن بر سواحل نروژ مخالفت کرده است» (ICJ, 18 December 1951, p. 131).

بر این اساس، هر دولتی که در مراحل تکوین قاعده‌ای عرفی، پیوسته اعتراض و نارضایتی خود را اعلام داشته باشد، قاعده عرفی پدیدآمده، درباره وی اثری الزام‌آور ندارد؛

۷. در مجموعه تفسیری مربوط به روابط خارجی ایالات متحده گفته شده که قواعد امره «در حال حاضر به‌نحو فراگیری به‌عنوان اصلی از حقوق عرفی (البته در سطحی برتر) پذیرفته شده است» (Restatement (Third) of Foreign Relations of the United States, 1987, § 102, n. 6).

حال آنکه این تکنیک در باب قواعد آمره کارایی ندارد؛ چنان‌که این دکترین به‌عنوان یک دفاع از سوی افریقای جنوبی در قضیه «افریقای جنوب غربی» مطرح شد. این دولت مدعی بود که در گذشته با اینکه نظام آپارتاید با قواعد عرفی حقوق بین‌الملل یا تعهدات منشور ملل متحد پیوسته مغایرت داشته، به مخالفت با آن برخاسته است. (ICJ, 1960, pp. 9-11) که این دفاع با بی‌توجهی روبه‌رو شد و دیوان به آن وقعی نگذاشت.

برخی از نویسندگان برای تحکیم یافته خود مبنی بر عرفی دانستن قواعد آمره، جایگاهی برتر برای این قواعد نسبت به قواعد عادی حقوق بین‌الملل عرفی در نظر گرفته‌اند و به دیگر سخن، آنان قائل به دو دسته از قواعد عرفی در حقوق بین‌الملل شده‌اند (Paust, 1991, p. 84).^۸ سرگی سور در سال ۱۹۸۴م تردیدی بجا را مطرح کرده است: «برای مدتی مدید بر این باور بودم که قواعد آمره (یوس کوگنس) نوعی عرف استحکام یافته است. به عبارت دیگر، یک قاعده عرفی عام وجود داشته که متعاقباً به جایگاه بالاتر یک قاعده آمره ارتقا یافته است. در این صورت، فرایند تشکیل قاعده آمره یک مدل سخت‌تر از [فرایند] تشکیل عرف می‌بایست باشد. اما حالا من از اینکه این منظور تدوین‌کنندگان کنوانسیون وین بوده باشد، کاملاً مطمئن نیستم... [چراکه] در اینجا هیچ ارجاعی به عنصر رویه نشده است... بر این اساس، آیا فرد باید تشکیل قاعده آمره را همانند یک قاعده عرفی بداند و اینکه قاعده آمره یک شکل استحکام یافته عرف، [یا] یک مشتق بالاتر از عرف است [؟]، یا اینکه در اینجا یک چیز مستقل، یک شیوه بدیع تشکیل هست که احتمالاً عنصر رویه در آن نیست؟» (Sur, 1988, p. 128).

البته به‌نظر می‌رسد این استفهام انکاری بوده، زیرا به‌خوبی روشن است که فرایند تشکیل قاعده آمره شیوه‌ای منحصر به فرد و مستقل از دیگر منابع حقوق بین‌الملل از جمله عرف است، اما در پاسخ به این مسئله، از دیدگاه کسانی که قواعد آمره را قواعدی نضج و نمو یافته از قواعد عرفی عام می‌انگارند، چنین می‌توان گفت که نیازی به تکرار عنصر رویه در دو مرحله لازم برای تشکیل قاعده عرفی نیست؛ چراکه در این دیدگاه میان قواعد عرفی و قواعد آمره رابطه عموم و خصوص مطلق برقرار است و در نتیجه، یک قاعده آمره پیش‌تر عناصر مقوم و ملزومات قواعد عرفی را احراز کرده است و دیگر چه نیازی به این هست که دوباره برای ارتقا یافتن به سطح آمره، عنصر رویه را کسب کند؟ با

۸. گفتنی است که ژرژ سل نیز حقوق عرفی را شامل دو دسته از قواعد دانسته است: قواعدی که تخلف از آنها جایز نیست (jus cogens)، و قواعدی که با معاهدات لاحق قابل تغییر است (به نقل از فلسفی، ۱۳۸۳، ص ۲۸۱).

این تحلیل، احراز نشدن عنصر رویه خللی به اینکه قواعد آمره برخاسته از قواعد عرفی هستند، نخواهد زد. با این حال به نظر می‌رسد عرفی دانستن قواعد آمره از اساس خدشه‌پذیر است، زیرا قاعدهٔ اعتراض مستمر، قاعده‌ای مستقر در خصوص قواعد عرفی است؛^۹ حال آنکه چنین امری در خصوص قواعد آمره پذیرفتنی نیست و در صورتی که گفته شود قواعد آمره ماهیتاً قواعدی عرفی هستند که بعدها ویژگی آمره یافته‌اند نیز این تالی فاسد را به دنبال خواهد داشت که نسبت به کسانی که پیش‌تر معترض بوده‌اند، اثرگذار نبوده، در نتیجه قاعدهٔ آمره نسبت به آنان اعمال نمی‌شود.

۳.۱. نسبت قواعد آمره و اصول کلی حقوق

فردروس، از بنیان‌گذاران اصلی مفهوم قواعد آمره در حقوق بین‌الملل معاصر، تأکید و توجه خاصی نسبت به اصول کلی حقوق داشته است. وی برخی اصول کلی را ذاتی و مقوم همهٔ نظام‌های حقوقی دانسته که بدون آن‌ها ایفای نقش نظام حقوقی دشوار خواهد بود. این اصول در معاهدات و حقوق عرفی پیش‌فرض هستند؛ مانند ملاحظات اولیهٔ انسانی یا ملزومات قصد مشروع (*bona fides*). این اصول خصلتی آمره دارند و قواعد قراردادی یا عرفی مغایر با آن‌ها بی‌اثر خواهد بود. چنین اصولی را می‌توان در نظام‌های حقوقی مترقی داخلی نیز جست‌وجو کرد که مادهٔ ۳۸ اساسنامهٔ دیوان بین‌المللی دادگستری به آن‌ها اشاره داشته است. این تلاقی در نظام‌های حقوقی، از شناسایی عمومی این اصول در حقوق داخلی حکایت دارد. در نتیجه، چنانچه این اصول، قابل ورود به محدودهٔ روابط بین‌المللی باشند، اثری مشابه از خود به جا می‌گذارند؛ یعنی قواعد مغایر عرفی یا قراردادی را بی‌اعتبار می‌سازند (Simma, 1995, pp. 49-50).

در تأیید این مدعا به اصل وفای به عهد (*pacta sunt servanda*) استناد، و گفته شده است که شاید هیچ اصل کلی حقوقی تا این اندازه مقبولیت عام و جهانی نیافته است (Verdross, 1966, p. 61). این اصل در الزام حقوقی هر دو نظام قراردادی و عرفی حقوق

۹. قاعدهٔ «معترض مُصرّ» از لوازم این دیدگاه بوده که قواعد عرفی برخاسته از رضایت ضمنی دولت‌هاست و سکوت دولت‌ها در زمان شکل‌گیری یک قاعدهٔ عرفی نیز با این اماره و پیش‌فرض، از رضایت آن‌ها حکایت دارد. در نتیجه، مخالفت صریح و اعتراض مصرانه دولت برای سر باز زدن از چنین قاعده‌ای لازم خواهد بود. این در حالی است که رضایت دولت‌ها - چه به صورت فردی چه گروهی - در شکل‌گیری قواعد آمره دخالتی ندارد، بلکه این جامعهٔ بین‌المللی است که به‌مثابه یک کل، عامل شناسایی چنین قواعدی است.

بین‌الملل دخالت دارد. به دیگر سخن، هیچ نظم حقوقی نمی‌تواند قراردادهایی را میان تابعانش بپذیرد که در تعارض آشکار با اخلاق (contra bonos mores) آن جامعه باشد. این اصل در حقوق بین‌الملل به‌موجب ماده ۳۸ اساسنامه دیوان، با عنوان اصول کلی مقبول ملل متمدن، پذیرفته شده است (Verdross, 1937, pp. 572-577)؛ چنان‌که در اعلامیه تجارت برده (مورخ ۸ فوریه ۱۸۱۵)^{۱۰} تمامی دولت‌های حاضر در کنگره وین اعلام کردند که تجارت برده «در تمامی اعصار از سوی هر فرد منصف و روشن‌فکری، منافی اصول انسانیت و ارزش‌های جهانی دیده می‌شده است». به همین صورت، دادگاه نظامی نورمبرگ مقرر داشت که تمام قراردادهای میان آلمان و دولت فرانسه ناظر بر به‌کارگیری اسرای جنگی فرانسوی در کارخانه‌های تسلیحاتی آلمان به دلیل تضاد با اخلاق حسنه به‌موجب حقوق بین‌الملل باطل است (Quoted in: Ford, 1995, p. 155).

برخی نویسندگان که مبنای الزام چنین اصول کلی حقوقی را مستقل یا فراتر از دیگر منابع تلقی می‌کنند، در جهت اثبات نظریه خود به برهان خُلف یا رویکردی نقضی روی آورده‌اند؛ به این صورت که هرگاه یکی از دولت‌های طرف یک معاهده یا قاعده عرفی ملزم به قاعده‌ای خودنوشته یعنی اصل وفای به عهد باشند، الزام خود این اصل از کجا ناشی می‌شود؟ به بیان دیگر، چه مبنایی به اصل وفای به عهد اثر حقوقی می‌دهد؟ اگر این اصل ساخته و پرداخته توافق باشد، خود آن توافق چرا باید لازم‌الرعايه باشد؟ در این صورت، فهم الزام حقوقی که متوجه هریک از طرفین یک معاهده می‌شود، به ورطه دور و تسلسل می‌افتد. این نویسندگان راه برون‌رفت از این چالش را در ویژگی خاص اصل یادشده به‌عنوان یک قاعده بنیادین نظام حقوقی ارزیابی کرده‌اند که غیرقابل عدول و در معنای مصطلح عهدنامه وین، آمره است. از این‌رو، قاعده آمره در زمره قواعد عرفی حقوق بین‌الملل قرار نمی‌گیرد، بلکه گونه‌ای از قانون و حقوق اساسی بین‌المللی است که سنگ بنای استقرار دیگر قواعد حقوقی است (Janis, 1988, pp. 362-363).

تلقی قواعد آمره به‌عنوان اصول کلی حقوقی نمی‌تواند مبرا از اشکال باشد، زیرا اصول کلی حقوقی که در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری به آن توجه شده، برگرفته از استقرای نظام‌های حقوقی داخلی است؛ حال آنکه قاعده آمره (طبق ماده ۵۳ عهدنامه وین) قاعده‌ای است که از طرف «جامعه بین‌المللی دولت‌ها در کل» شناسایی می‌شود.

10. Final Act of the Congress of Vienna, ACT No. XV, Declaration of the Powers, on the Abolition of the Slave Trade, 8 February 1815.

در مجموع می‌توان گفت، مبنا و فرایند شکل‌گیری قواعد امره متفاوت از دیگر منابع حقوق بین‌الملل است و اگرچه ممکن است پیش از تشکیل چنان قاعده‌ای، سابقه‌ای در دیگر منابع حقوقی نیز در آن موضوع وجود داشته باشد و به عبارت دیگر، مضمون تعهد به موجب دو دسته از قواعد، یعنی امره و عادی (اعم از معاهده، عرف یا اصول کلی حقوق) یکسان باشد، اما نباید از ماهیت متفاوت هر دو قاعده و تعهد ناشی از آن دو غافل شد. تشکیل قاعده امره مبتنی بر شیوه‌ای خاص است. ماده ۵۳ کنوانسیون وین، پذیرش دو وصف قاعده حقوقی و غیرقابل عدول بودن آن از سوی جامعه بین‌المللی (به‌مثابه یک کل) را شرط‌های لازم برای پیدایش قاعده‌ای امره به‌شمار آورده است.

تصادفی نیست که دیوان بین‌المللی دادگستری در همه موضوعات، به‌ویژه در حوزه حقوق بشر، که فرصت اظهار نظر درباره قواعد امره یافته، روند شکل‌گیری این قواعد را با قواعدی که در فهرست منابع مندرج در ماده ۳۸ اساسنامه خود آورده، یکسان قلمداد نکرده است (Simma, 1994, p. 291). در ادامه، به بررسی بیشتر دیدگاه دیوان بین‌المللی دادگستری در خصوص قواعد امره می‌پردازیم.

۲. قواعد امره در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری

دیوان بین‌المللی دادگستری در به‌کارگیری اصطلاح *jus cogens* به‌شدت محافظه‌کار بوده است و جز در اندکی از آرا از تصریح به این عنوان خودداری کرده است. باوجوداین، دیوان با بیان تعبیری با بار معنایی مشابه و یا بیان آثار و ویژگی‌هایی که جز در قامت قواعد امره مجسم نمی‌شوند، منظور خود را بیان کرده است. دیوان در نظر مشورتی خود در خصوص حق شرط بر کنوانسیون درباره جلوگیری و مجازات نسل‌کشی بیان داشته است: «این کنوانسیون به‌وضوح در جهت هدفی بشردوستانه و متمدنانه پذیرفته شده است... در چنین کنوانسیونی دول متعاقد منفعتی شخصی نداشته بلکه یکایک و همگی منفعتی جمعی دارند که همانا نیل به مقاصد عالی‌های است که علت وجودی کنوانسیون است. به تبع، در این نوع کنوانسیون‌ها کسی نمی‌تواند از منفعت یا عدم نفع فردی دولت‌ها یا از بقای توازنی قراردادی تام و تمام بین حق‌ها و تکالیف سخن به میان آورد» (ICJ, 28 May 1951, p. 23) و به همین صورت یادآور شده است: «اصول مبنایی این کنوانسیون، اصولی هستند که از سوی ملل متمدن دولت‌ها این‌گونه شناسایی شده‌اند که دولت‌ها را حتی بدون هرگونه تعهد معاهداتی ملزم می‌سازند» (ICJ, 28 May 1951, p. 23).

در قضیه «کانال کورفو» دیوان از «تعهداتی... مبتنی... بر برخی اصول عام و کاملاً

شناخته شده» یاد می‌کند که «ملاحظات اولیه انسانی» (elementary considerations of humanity) از آن جمله است (ICJ, 1949, p. 22) و به همین صورت، در حکم مربوط به پرونده «بارسلونا تراکشن» از تعهدات دولت‌ها در قبال جامعه بین‌المللی به‌عنوان یک کل سخن گفته که «اصول و قواعد مربوط به حقوق ابتدایی شخص انسان» از آن جمله هستند (ICJ, 1970, p. 32).^{۱۱} در قضیه «تیمور شرقی» نیز اصل تعیین سرنوشت یکی از اصول اساسی حقوق بین‌الملل معاصر قلمداد شده که رعایت آن تعهدی در قبال کل جامعه بین‌المللی است. (ICJ, 1995, p. 102)^{۱۲}

در رأی مشورتی تهدید و استفاده از سلاح هسته‌ای، اعلام شده است: «با عنایت به اینکه قواعد بسیار حائز اهمیت حقوق بشردوستانه بین‌المللی جاری در محاصره مسلحانه آنچنان برای فرد انسانی و «اصول اولیه انسانی» اساسی هستند... تشکیل‌دهنده اصولی غیرقابل تخطی حقوق بین‌الملل عرفی می‌باشند» (ICJ, 8 July 1996, p. 257). دیوان در این رأی، با اقدامی نابهنجار و بدعت‌آمیز، از تعبیر «اصول غیرقابل تخطی» حقوق بشردوستانه برای گریز از استناد به مفهوم قاعده آمره استفاده کرده است (Bianchi, 2008, p. 502). جالب آنجاست که کمیسیون حقوق بین‌الملل، این یافته دیوان را اماره‌ای بر آمره تلقی کردن آن‌ها به‌شمار آورده است.

دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه «فعالیت‌های نظامی و شبه‌نظامی در نیکاراگوئه» به‌طور ضمنی ممنوعیت توسل به زور مندرج در بند ۴ ماده ۲ منشور ملل متحد را به‌عنوان قاعده‌ای آمره که هیچ‌گونه مخالفتی را برنمی‌تابد، تأیید و تصدیق کرده است: «تأیید بیشتر اعتبار اصل ممنوعیت توسل به زور به‌عنوان قاعده‌ای عرفی... را می‌توان در کثرت ارجاعات به آن در بیانیه‌های نمایندگان دولت‌ها نه‌تنها به‌عنوان اصلی از حقوق بین‌الملل عرفی بلکه به‌عنوان یک اصل بنیادین یا اصلی از آن حقوق یافت. کمیسیون حقوق بین‌الملل در جریان کار تدوین حقوق معاهدات، این دیدگاه را بیان داشته است که حقوق منشور در رابطه با ممنوعیت توسل به زور مصداق بارزی از یک قاعده حقوق بین‌الملل است که دارای ویژگی آمره است» (ICJ, 1986, para. 190).

با توجه به مطالب پیش‌گفته، به‌نظر می‌رسد در دیدگاه دیوان بین‌المللی دادگستری درجایی که شرط شناسایی از سوی جامعه بین‌المللی به‌عنوان یک کل احراز شود، این

11. «the principles and rules concerning the basic rights of the human person».

12. See also, Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations, G.A. Res. 2625 (XXV) of 24 October 1970, fifth principle.

مسئله که کدام منبع صوری حقوق بین الملل می تواند محل ظهور قواعد امره باشد، چندان اهمیت یا موضوعیتی ندارد (Simma, 1994, p. 292).

آثار قاعده امره

اصل حاکمیت اراده، سکه رایج حقوق بین الملل کلاسیک بوده است. اما در دوران معاصر پذیرش قواعدی امره و اجباری در حقوق بین الملل که قواعد امره (یوس کوگنس) نامیده می شوند و تا حدودی مفهوم «نظم عمومی» را در نظام حقوق بین الملل عینیت داده اند، رویکرد سابق را متحول ساخته است. البته گردن نهادن دولت ها به چنین قواعدی بی دلیل نبوده است؛ به تعبیر مک نر (McNair): «مشکل بتوان جامعه ای - اعم از افراد یا دولت ها - را تصور کرد که هیچ محدودیتی قانونی بر آزادی قرارداد وجود نداشته باشد. در هر جامعه متمدنی یک سری قواعد قانونی و اصول اخلاقی وجود دارد که افراد قانوناً نمی توانند با توافق خود آن ها را نادیده گرفته یا تغییر دهند...» (Quoted in: Jennings, 1967, p. 563). با این وصف، نمی توان درجایی که محکمه ای با صلاحیتی اجباری وجود ندارد، مخاطرات چنین مفهومی را که از نظر محتوایی مبهم بوده و مستعد برداشت سلیقه ای یا تفسیر به رأی است، نادیده گرفت. البته کمیسیون برای رفع این مشکل گام برداشته و در ماده ۶۶ عهدنامه ۱۹۶۹ م وین رسیدگی دیوان بین المللی دادگستری را پیش بینی کرده است.

نکته مهم دیگر آن است که با وجود ادعای برخی حقوق دانان مبنی بر اثر فقهقراایی عطف به ماسبق شدن قواعد امره، کمیسیون حقوق بین الملل در تدوین مقررات مربوط به این قواعد در حقوق معاهدات، چنین اثری را نفی کرده است (Jennings, 1967, p. 565). کمیسیون بار دیگر در حاشیه ماده ۶۲ که مربوط به پیامدهای تعارض یک معاهده معتبر با یک قاعده امره متأخر است نیز بر این موضع بوده است که چنین معاهده ای در زمان تعارض، فسخ و باطل خواهد بود: «عبارت «باطل می شود و خاتمه می یابد» کاملاً روشن می سازد که در نظر کمیسیون، پیدایش یک قاعده امره جدید در مورد اعتبار معاهده آثاری عطف به ماسبق شونده ندارد»^{۱۳}.

برتری هنجاری (normative) قواعد امره نسبت به دیگر قواعد حقوق بین الملل باعث

13. «[T]he words 'becomes void and terminates' make it quite clear, the Commission considered, that the emergence of a new rule of jus cogens is not to have retroactive effects on the validity of the treaty».

می‌شود که قواعد معارض قبلی منسوخ شده، قواعد بعدی امکان معارضه با این قواعد را پیدا نکنند. تعهدات ناشی از قواعد آمره با تعهدات برخاسته از منشور ملل متحد که بر اساس ماده ۱۰۳ منشور ملل متحد^{۱۴} به منزله حقوق برتر بین‌المللی (higher law) شناخته می‌شوند، متفاوت‌اند، زیرا برتری تعهدات اخیر صرفاً در مرحله اجرا و ناظر به اولویت در اجرا بوده، به خودی خود دارای برتری هنجاری و تأثیرات ماهوی نیستند.

یکی از آثاری که از تعریف قواعد آمره قابل استنباط است، عام‌الشمول بودن تعهداتی است که از این قواعد ناشی می‌شود. همین مسئله باعث شده است که نسبت این قواعد با تعهداتی که اصطلاحاً ارگامنس^{۱۵} خوانده می‌شوند با ابهام‌هایی روبه‌رو شود. این ابهام از آنجا شدت بیشتری می‌یابد که دیوان بین‌المللی دادگستری برخی مواقع به جای قواعد آمره از تعبیر تعهدات ارگامنس بهره برده است.

وصف تعهدات ارگامنس، به‌طور معمول به دو پاراگراف ۳۳ و ۳۴ رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در پرونده «بارسلونا تراکشن» استناد و گفته می‌شود که مفهوم تعهدات ارگامنس ساخته و پرداخته همین رأی است که به‌شدت متأثر از شرح کمیسیون بر ماده ۱۹ پیش‌نویس سابق مواد درباره مسئولیت بین‌المللی دولت^{۱۶} بوده است

۱۴. ماده ۱۰۳ منشور ملل متحد مقرر می‌دارد: «در صورت تعارض بین تعهدات اعضای ملل متحد به موجب این منشور و تعهدات آن‌ها بر طبق هر موافقت‌نامه بین‌المللی دیگر، تعهدات آن‌ها به موجب این منشور مقدم خواهد بود».

۱۵. Erga omnes واژه‌ای است لاتین به معنای نسبت به همه یا در قبال همه (towards all). واژه omnes در دو معنای جمعی (collective) یا مشترک (distributive) قابل استفاده است. نک: Glare, 1982, pp. 1248-1249 ("omnis")

از تعریف لغوی و اصطلاحی این اصطلاح لاتین، تعبیر مختلف اما مشابهی صورت گرفته است؛ برای نمونه، دیوان بین‌المللی دادگستری این تعهدات را با وصف opposable to all (بر همه) و بسیونی از آن‌ها به‌عنوان flowing to all (مُجری بر همه) یاد کرده است. به ترتیب نک: ICJ, 1971, para. 126; Bassiouni, 1996, p. 72.

۱۶. به موجب ماده ۱۹، جنایت بین‌المللی: «یک عمل متخلفانه بین‌المللی توسط یک دولت که منتج از نقض یک تعهد بین‌المللی دارای چنان اهمیتی برای حمایت از منافع بنیادین جامعه بین‌المللی است که نقض آن از جانب جامعه بین‌المللی به‌عنوان یک کل، جنایت تلقی شده است» (ILC, 1976, Vol. II, Part Two, pp. 95-96). گفتنی است، پروفیسور اِبی‌صعب با مقایسه میان تعریف ماده ۵۳ عهدنامه وین از قاعده آمره و ماده ۱۹ طرح سابق مواد مسئولیت دولت، تعریف اخیر را تعریفی بسیار بهتر از تعریفی می‌داند که ماده ۵۳ عهدنامه وین از قواعد آمره ارائه کرده است (Abi-Saab, 1999, p. 341).

(International Law Commission, 1998, para. 69). دیوان در این قضیه اعلام داشت: «به‌طور خاص، بایستی میان تعهدات یک دولت نسبت به جامعه بین‌المللی به‌مثابه یک کل و تعهداتی که در مقابل دولت دیگر در حوزه حمایت دیپلماتیک دارد، تمایزی اساسی قائل شد. تعهدات قبلی فی‌نفسه دغدغه تمام دولت‌ها هستند. نظر به اهمیت حق‌های مورد بحث، جملگی دولت‌ها می‌توانند منفعتی حقوقی در حمایتشان داشته باشند؛ آن‌ها تعهدات ارگامنس هستند» (ICJ, 1970, paras. 33).

دیوان در قضیه «دیوار حائل» نیز تعهدات ارگامنس را تعهداتی قلمداد می‌کند که بر حسب ماهیتشان «دغدغه تمام دولت‌ها هستند» و «نظر به اهمیت این تعهدات، تمامی دولت‌ها می‌توانند در تصمیم به حمایت از آن‌ها [در صورت نقض] ذی‌نفع باشند» (ICJ, 2004, para. 155). همچنین در قضیه نامیبیا، تکلیف دولت‌ها به شناسایی نکردن افریقای جنوب غربی (نامیبیا)، فراتر از الزامات دولت‌ها به پیروی از قطعنامه شورای امنیت مطابق مواد ۲۵ و ۱۰۳ منشور ملل متحد، و دارای ویژگی ارگامنس دانسته شده است (ICJ, 1971, para. 126). دیوان بین‌المللی دادگستری در رای مشورتی خود در قضیه «ایراد شرط بر کنوانسیون ضد ژنوسید»، اصول زیربنایی این کنوانسیون را «الزام‌آور بر دولت‌ها حتی بدون هرگونه تعهد معاهداتی» قلمداد کرده بود (ICJ, 11 July 1996, p. 23) و چهل و پنج سال بعد در قضیه مربوط به «اجرای کنوانسیون پیشگیری و مجازات جنایت ژنوسید»، حقوق و تعهدات مندرج در این کنوانسیون را «حقوق و تعهدات ارگامنس» خواند (ICJ, 11 July 1996, para. 31).

کمیسیون حقوق بین‌الملل بیان داشته است که فارغ از اینکه قواعد امره حقوق بین‌الملل عام و تعهدات در قبال کل جامعه بین‌المللی جلوه‌هایی از حقیقت و نگره‌ای واحد هستند یا نه، دست‌کم هم‌پوشانی خیلی زیادی میان آن‌ها وجود دارد. نمونه‌هایی که دیوان بین‌المللی دادگستری در خصوص تعهدات در قبال کل جامعه بین‌المللی ذکر کرده است^{۱۷}، همگی همان چیزهایی است که در حوزه قواعد امره نیز مصداق دارد^{۱۸}. با این اوصاف، می‌توان گفت میان این دو مفهوم، تفاوت در تأکید به‌چشم می‌آید؛ قواعد امره معطوف به قلمرو و تقدم برخی تعهدات بنیادین هستند و تعهدات در قبال کل

۱۷. موضوعاتی مانند ممنوعیت اعمال تجاوزکارانه، ژنوسید، اصول و ملاحظات اولیه انسانی همچون رهایی از بردگی و تبعیض نژادی از این قبیل هستند. نک:

ICJ, 1970, para. 34; ICJ, 1995, para. 29; ICJ, 8 July 1996, para. 83; ICJ, 11 July 1996, paras. 31-32.

18. See, e.g., Crawford, 2010, p. 411.

جامعه بین‌المللی روی به منفعت حقوقی تمامی دولت‌ها در رعایت تعهدات و ذی‌نفع بودن در تقاضای مسئولیت دولت ناقض آن‌ها دارند. ضمن آنکه می‌توان گفت پیامدهای این دو مفهوم در دو وادی جداگانه مطرح می‌شوند (Report of the International Law Commission, 2001, p. 281).

در واقع، هرگاه از قاعده‌ای امری سخن به میان می‌آید، به ماهیت قاعده و خود هنجار توجه شده است و هرگاه از تعهدات ارگامنس بحث می‌شود، گستره اثرگذاری و دامنه شمول تعهد مد نظر قرار می‌گیرد. تعهد اثر قاعده است و مفهومی مستقل ندارد. به بیان دیگر، امره بودن ناظر به ماهیت قاعده، و عام‌الشمولی یا ارگامنس بودن، قلمرو نفوذ تعهدات برخاسته از یک هنجار است. بنابراین، دو مفهوم یادشده را نایست مترادف و یکی پنداشت. تعهدات ارگامنس ناظر به شکل اجرا و طرف‌های ملزم به اجرای تعهد هستند برخلاف قواعد امره که ماهیتاً مهم‌ترین ارزش‌ها و ضروریات زیست مسالمت‌آمیز بین‌المللی را دربر دارند (Tams, 2005, pp. 309-310). پیداست که عام‌الشمولی و یا همه‌جانبه بودن تعهدات از آثار امره بودن یک قاعده ناشی می‌شود، اما آیا تعهدات ارگامنس الزاماً برخاسته از قواعدی امره هستند؟

عمده پژوهشگران و صاحب‌نظران بر این باورند که تعهدات ارگامنس ضرورتاً اثر قواعدی امره نیستند و مصداق‌هایی را نیز به‌عنوان شاهدهی بر این مدعا آورده‌اند؛ مانند حق عبور از یک آبراه بین‌المللی. (Abi-Saab, 1999, p. 348; Pellet, 1999, p. 429). اما به نظر می‌رسد تعهدات ارگامنس در اصطلاحی که مبنای بحث ماست، تعهداتی هستند در قبال جامعه بین‌المللی و این اثر جز از قواعدی امره بر نمی‌آید. اتفاقی نیست که دیوان بین‌المللی دادگستری هنگام ذکر مصادیق چنین تعهداتی، از موضوعاتی نام می‌برد که همگی برخاسته از قواعد امره حقوق بین‌الملل هستند. به نظر می‌رسد، نویسندگان یادشده قواعد عرفی عام را با قواعد امره خلط کرده‌اند. به‌اجمال می‌توان گفت هر قاعده امره‌ای دارای تعهدی ارگامنس هست، اما عکس این گزاره نمی‌تواند درست باشد. به عبارت دیگر، رابطه میان این دو مفهوم رابطه‌ای همچون اثر (تعهد) و ذی‌اثر (قاعده) بوده و تفاوت میان این دو امری بدیهی است. به عبارت دیگر، برخلاف نظر بسیاری از محققان، این دو مفهوم از یک جنس نیستند که بتوان آن‌ها را با یکدیگر مقایسه کرد. بنابراین، تعهدات ارگامنس یا تعهدات در قبال کل جامعه بین‌المللی مترادف تعهدات برخاسته از قواعد امره حقوق بین‌الملل عام هستند و نه متناظر خود قواعد امره.

دوباره به این نکته بازمی‌گردیم که تعهد وابسته به ویژگی ارگامنس است، نه قاعده. بدیهی است که هر تعهدی از یک قاعده یا هنجار حقوقی نشئت می‌گیرد، پس باید دید که چرا یک تعهد چنین ویژگی‌ای پیدا کرده است و طبعاً این منظور حاصل نخواهد شد مگر آنکه قاعده دارای این اثر را ارزیابی و تحلیل کنیم. به دیگر سخن، هرگاه یک تعهد دارای ویژگی خاصی باشد، الزاماً قاعده منشأ آن تعهد چنین اقتضایی داشته است.

به نظر فرواین، دیوان بین‌المللی دادگستری در پرونده «بارسلونا تراکشن»، مفهوم قاعده امره را در نظر داشته، اما از ذکر صریح آن خودداری کرده و به جای آن از تعهدات ارگامنس سخن گفته است (Frowein, 1984, p. 328). محقق دیگری به صراحت بیشتری گفته است که تعهدات ارگامنس مرتبط با تضمین قواعد امره بوده، به این ترتیب، نقض آن‌ها صرفاً دولت‌ها را تحت تأثیر قرار نمی‌دهد، بلکه کل جامعه بین‌المللی را متأثر می‌سازد (Malanczuk, 1987, pp. 230-231). در این چارچوب، وصف ارگامنس یک تعهد تنها نشانگر علاقه حقوقی جامعه بین‌المللی و کلیه دولت‌ها نسبت به تضمین آن‌ها و پیامدهای خاص نقض این تعهدات است که به نظر نمی‌رسد این پوشش جز بر قامت قواعد امره استوار گردد. کرافورد، گزارشگر ویژه کمیسیون، قواعد امره و تعهدات ارگامنس را مفاهیمی همراه و ملازم هم دانسته است (Crawford, 2000, p. 46) و به ذکر این دلیل اقتناعی می‌پردازد که اگر یک چنین تعهدی بتواند [همانند تعهدات دوجانبه] میان دو دولت، نسخ شده یا جرح و تعدیل شود، سخت می‌توان تصور کرد که این تعهد متعلق به کل جامعه بین‌المللی باشد (Crawford, 2000, pp. 46-47). به سخنی دیگر، تخطی ناپذیری این تعهدات به توافق دولت‌ها بستگی دارد که وصف بارز قواعد امره حقوق بین‌الملل است. پایان سخن آنکه می‌توان گفت وصف ارگامنس برخی تعهدات تابع و پیامدی از ویژگی امره قواعدی است که منشأ آن تعهدات بوده‌اند (Orakhelashvili, 2006, pp. 269, 270).

بنابراین، دو مفهوم قاعده امره و تعهد ارگامنس، اگرچه می‌توانند مکمل و ملازم فرض شوند، اما متمایز از هم هستند. هرگاه از قواعد امره سخن به میان می‌آید، ماهیت هنجار و قاعده مدنظر قرار دارد؛ حال آنکه در اصطلاح تعهدات ارگامنس یا عام‌الشمول، روی سخن تعهد و طرف‌های آن است. این اشتباه در نظر مشورتی «دیوار حائل» خود را نشان داده است؛ آنجا که دیوان رویکرد کمیسیون حقوق بین‌الملل در خصوص آثار نقض

فاحش قواعد آمره را تأیید کرده، در عوض این نظام مسئولیت را به نقض‌های تعهدات ارگامنس منتسب می‌کند (ICJ, 2004, para. 159) ^{۱۹} و ^{۲۰}.

نتیجه

قانون از لوازم هر نظام حقوقی است که از طریق آن، چارچوب و محدوده آزادی اراده تابعان آن جامعه مشخص می‌شود و لزوماً میان هنجارهای حقوقی رابطه‌ای سلسله‌مراتبی برقرار است. منابع صوری کلاسیک حقوق بین‌الملل که عموماً به ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری استناد می‌کنند، دارای اعتباری برابر یا بدون رابطه سلسله‌مراتبی هستند. در چنین وضعیتی و در گفتمانی که در آن، تمامی منابع حقوقی برخاسته از رضایت دولت‌ها فرض شده است، نمی‌توان عنوان نظم حقوقی را شایسته حقوق بین‌الملل دانست.

جامعه بین‌المللی با رویکردی اقتباس‌گونه، برخی اصول و هنجارهای اجباری و امری را در حقوق بین‌الملل مطرح ساخته، به این ترتیب، از گفتمان رضایت‌محور کلاسیک عبور کرده، این قواعد را به عنوان قواعد حاکم بر قواعد مبتنی بر رضایت تابعان حقوق بین‌الملل مطرح می‌کنند و قواعد توافقی معارض با آن‌ها را محکوم به بطلان می‌دانند. بر این اساس، در این مقاله، قواعد آمره به مثابه یک تحول در حقوق بین‌الملل به شمار می‌آیند که فرایند شکل‌گیری ویژه‌ای دارند و با توجه به ماهیت خود در ظرف منابع صوری کلاسیک حقوق بین‌الملل که جملگی مبتنی بر اصل رضایت دولت‌ها هستند، نمی‌گنجند. با توجه به ماهیت قواعد آمره می‌توان چنین گفت که این قواعد فارغ از منشأ خود، پس از ایجاد، ماهیت و هویتی مستقل می‌یابند. به این ترتیب اشکال و ایراد دور به این صورت که قواعد آمره معیار مشروعیت قراردادهای هستند و نمی‌توانند خود قراردادی باشند، بروز نمی‌یابد و مانعی در اینکه خاستگاه اولیه قواعد آمره در حالت اولیه معاهده، عرف و یا اصول کلی بوده باشد، دیده نمی‌شود. برای تأیید این یافته می‌توان به وضعیت دو قاعده عرفی و معاهداتی اشاره کرد که در فرض نخست، یک قاعده عرفی در ضمن معاهده‌ای بین‌المللی تدوین شده و در فرض دیگر، قاعده‌ای معاهداتی رنگ و بوی عرفی به خود

۱۹. این اشتباه در قطعنامه سال ۲۰۰۵م انجمن حقوق بین‌الملل با موضوع تعهدات *erga omnes* در حقوق بین‌الملل نیز پی گرفته شده است. نک:

Institut de Droit International, 2005, articles 1, 2, and 5.

20. For more information see, Bianchi, 2008, p. 502.

گرفته است که در هر دو فرض، اصولاً قاعده سابق به قوت خود باقی می ماند و به صورت مستقل به حیات خود ادامه می دهد. در مجموع، قواعد امره حقوق بین الملل را می توان در مقام تمثیل، دارای جایگاهی شبیه قانون اساسی در میان سایر قوانین و یا نظیر رابطه قوانین امری در مقایسه با قوانین تکمیلی مطرح در نظام های حقوقی ملی ارزیابی کرد.

منابع و مآخذ

الف) فارسی

۱. فلسفی، هدایت الله (۱۳۸۳)، *حقوق بین الملل معاهدات*، چاپ دوم، تهران: فرهنگ نشر نو.
۲. کسسه، آنتونیو (۱۳۸۸)، *حقوق بین الملل*، ترجمه دکتر حسین شریفی طرازکوهی، چاپ دوم، تهران: نشر میزان.
۳. کلسن، هانس (۱۳۸۷)، *نظریه حقوقی ناب: مدخلی به مسائل نظریه حقوقی*، ترجمه دکتر اسماعیل نعمت‌اللهی، چاپ اول، تهران: انتشارات سمت.

ب) لاتین

4. Abi-Saab, Georges (1999), **The Uses of Article 19**, EJIL, Vol. 10, No. 2, pp. 339-351.
5. Bassiouni, Cherif (1996), **International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes**, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59, No. 4, pp. 63-74.
6. Bianchi, Andrea (2008), **Human Rights and the Magic of Jus Cogens**, *The European Journal of International Law*, Vol. 19, No. 3, pp. 491-508.
7. Crawford, James (2000), **Third Report on State Responsibility**, International Law Commission, Fifty-second session, UN Doc. A/CN.4/507.
8. Crawford, James (2010), **International Crimes of States**, in: Crawford, James *et al.* (eds.), **The Law of International Responsibility**, Oxford University Press, pp. 405-414.
9. **Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations**, G.A. Res. 2625 (XXV) of 24 October 1970.
10. **Final Act of the Congress of Vienna, ACT No. XV, Declaration of the Powers, on the Abolition of the Slave Trade**, 8th February 1815.
11. Fitzmaurice, Gerald (1958), **Third Report on the Law of Treaties**, Yearbook of ILC (YILC), vol. II.
12. Ford, Christopher A. (1995), **Adjudicating Jus Cogens**, *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 13, No. 1, pp. 145-181.
13. Frowein, J. (1984), **Jus Cogens**, in R. Bernhardt (ed.), **Encyclopedia of Public International Law**, vol. 7, pp. 327-330.
14. Frowein, Jochen Abraham (1994), **Reaction by not Directly Affected States to Breaches of Public International Law**, *General Course on Public International Law*, vol. 248, pp. 345-438.
15. Glare (ed.) (1982), **Oxford Latin Dictionary**, Oxford University Press.

16. ICJ (1949), **Corfu Channel** (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania), Judgment of 9 April 1949, Merits, ICJ Reports 1949.
17. ICJ (1951), **Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide**, Advisory Opinion, Advisory Opinion of 28 May 1951, ICJ Reports 1951.
18. ICJ (1951), **The Fisheries case**, (United Kingdom v. Norway), Judgment of 18 December 1951, ICJ Reports 1951.
19. ICJ (1960), **South West Africa case**, ICJ Pleadings, Oral Arguments, Vol. X.
20. ICJ (1971), **Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia** (South West Africa), ICJ Reports 1971.
21. ICJ (1986), **Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua** (Nicaragua v. United States of America), Merits, ICJ Reports 1986.
22. ICJ (1995), **East Timor** (Portugal v. Australia), Judgment, ICJ Reports 1995.
23. ICJ (1996), **Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide** (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Judgment of 11 July 1996, ICJ Reports 1996.
24. ICJ (1996), **Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons**, Advisory Opinion of 8 July 1996, ICJ Rep. 1996.
25. ICJ (2004), **The Legal Consequences of the Construction of the Wall in the Occupied Palestinian Territories**, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004.
26. ILC (1976), YILC, Vol. II, Part Two.
27. ILC (1994), **Report of the International Law Commission on the work of its forty-sixth session**, General Assembly, Official Records, Forty-ninth Session, Supplement No. 10 (A/49/10).
28. ILC (2001), **Report of the International Law Commission on the Work of Its Fifty-Third Session**, UN GAOR, 56th Sess., Supp. No. 10, UN Doc. A/56/10.
29. ILC, **First Report on State Responsibility, International Law Commission, Fiftieth Session** (1 May 1998), A/CN.4/490/Add.
30. Institut de Droit International (2005), **Obligations and Rights Erga Omnes in International Law**, Krakow Session, Resolution.
31. International Court of Justice ("ICJ") (1970), **Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase**, ICJ Reports 1970.
32. International Law Commission ("ILC"), **First Report on State Responsibility, International Law Commission, Fiftieth Session** (5 May 1998), A/CN.4/490/Add.2.
33. Janis, W. Mark (1988), **The Nature of Jus Cogens**, Connecticut Journal of International Law, Vol. 3, pp. 359–363.
34. Jennings, Robert (1967), **General course on principles of international law**, General Course on Public International Law, vol. 121.
35. Malanczuk, P. (1987), **Counter-Measures and Self-Defence as Circumstances Precluding Wrongfulness in the International Law Commission's Draft Articles on State Responsibility**, in: Spinedi, M., and Simma, B. (eds.), **United Nations Codification of State Responsibility**, pp. 197-286.
36. Mosler, H. (1980), **The International Society as a Legal Community**, The Netherlands: Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff.
37. Orakhelashvili, Alexander (2006), **Peremptory Norms in International Law**, Oxford University Press.
38. Paust, Jordan (1991), **The Reality of Jus Cogens**, Connecticut Journal of International Law, Vol. 7, pp. 81–85.

39. Pellet, Alain (1999), **Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes!**, EJIL, Vol. 10, pp. 425-434.
40. Permanent Court of International Justice ("PCIJ") (1927), **The Case of the S.S. "Lotus"**, Publications of the Permanent Court of International Justice, Series A.-No. 10, 7 September 1927.
41. **Restatement (Third) of Foreign Relations of the United States** (1987).
42. Shelton, Dinah (2006), **Normative Hierarchy in International Law**, American Journal of International Law, Vol. 100, pp. 291-323.
43. Simma, Bruno (1994), **From Bilateralism to Community Interest**, General Course on Public International Law, vol. 250.
44. Simma, Bruno (1995), **The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law**, EJIL, vol. 6, pp. 33-54.
45. Sur, Serge (1988), **Discussion Statement**, in: A. Cassese and J. H. H. Weiler (eds.), **Change and Stability in International Law-Making**, Berlin/New York, de Gruyter, pp. 125-128.
46. Tams, Christian J. (2005), **Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law**, Cambridge University Press.
47. Tomuschat, Christian (1999), **International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century**, General Course on Public International Law, vol. 281.
48. Trindade, Antônio Augusto Cançado (2005), **International Law for Humankind: Towards A New Jus Gentium**, General Course on Public International Law, Vol. 316.
49. United Nations (1969), United Nations Conference on the Law of Treaties, Official Records, First Session, 80th meeting, UN doc. A/CONF.39/11.
50. United Nations (1986), United Nations Conference on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations, Official Records, Vol. I, Statement of 12.03.1986.
51. United Nations, United Nations Conference on the Law of Treaties, Official Records (UNCLT) (1968), First Session, March/May 1968, Vol. I, Statement of 4.5.1968.
52. Verdross, Alfred (1966), **Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law**, AJIL, Vol. 60, pp. 55-63.
53. Verdross, Alfred von (1937), **Forbidden Treaties in International Law: Comments on Professor Garner's Report on The Law of Treaties**, American Journal of International Law ("AJIL"), Vol. 31, No. 4, pp. 571-577.