

مجله حقوقی، نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری
شماره سی و سوم، ۱۳۸۴، صص ۷۱ - ۹

جامعه بین‌المللی و تعهدات بین‌المللی *erga omnes*

دکتر حسینقلی رستم زاد*

فهرست مطالب

چکیده

مقدمه

بخش اول. جامعه بین‌المللی: قانونمندی سیستم حقوقی بین‌المللی و تعهدات بین‌المللی

erga omnes

فصل اول. اصل رضایت دولتها و رفتار متقابل به عنوان مبنای سنتی حقوق

بین‌الملل

فصل دوم. حاکمیت جامعه بین‌المللی و تعهدات ناشی از عضویت، مبنای دیگر

حقوق بین‌الملل: از جامعه بین‌المللی تا جامعه حقوقی بین‌المللی

بند اول. اصل لزوم وفای به عهد «*pacta sunt servanda*»

بند دوم. اصل التزام دولتها در قبال قواعد عرفی بین‌المللی

بند سوم. اصول کلی حقوقی: سایر اجزاء سازنده قانون اساسی جامعه

بین‌المللی

*. عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی - واحد تهران مرکز.

بند چهارم. قانونمندی اعلام تعهدات بین‌المللی *erga omnes* در رویه

قضایی بین‌المللی

بخش دوم. ویژگیهای تعهدات بین‌المللی *erga omnes*

فصل اول. اولویت نرم‌های جهانی

فصل دوم. اولویت اخلاقی حقوق فردی

نتیجه

چکیده

یک واقعیت قابل توجه در حقوق بین‌الملل که کمتر مورد توجه قرار می‌گیرد آن است که دولتها همواره الزامات آن را داوطلبانه رعایت می‌کنند، واقعیتی که دلالت بر قانونمندی سیستم بین‌المللی و وجود جامعه حقوقی بین‌المللی دارد.

تعهدات بین‌المللی "*erga omnes*"، از جمله تعهدات ناشی از اصول مربوط به حقوق بنیادین شخص انسان، تعهدات جامعه نامیده می‌شوند که نه فقط رضایت قراردادی دولتها، بلکه واقعیت عضویت در جامعه بین‌المللی مستلزم رعایت آنها بوده، و رضایت دولتها امری مسلم فرض می‌شود. از این روست که دیوان بین‌المللی دادگستری در نظر مشورتی خود راجع به کنوانسیون منع ژنوساید تأکید نموده است اصولی که شالوده کنوانسیون هستند «حتی بدون هرگونه تعهد قراردادی» بر دولتها الزام آور هستند. لذا، همانطوری که قاضی تاناکا در نظر مخالف خود در قضایای آفریقای جنوب غربی، مرحله دوم (۱۹۶۶) مطرح نمود: حقوق بشر از مفهوم شخص انسان ناشی می‌شود. دولتها حقوق بشر را ایجاد نمی‌کنند، بلکه فقط وجود آن را تأیید می‌کنند. بنابراین، حقوق بشر مستقل از اراده دولتها وجود دارد. نتیجه آن که، گرچه دولتهایی این اصل «حمایت از حقوق بشر» را به رسمیت نمی‌شناسند، یا حتی وجود آن را انکار می‌کنند اما با این حال تابع آن هستند.

جنگ جهانی دوم خیانت گسترده دولتها به جان و آزادیهای انسان، از جمله شهروندان خودشان را به نمایش گذاشت و بدین لحاظ، درک بهتری را از ارتباط لاینفک بین حمایت بین‌المللی از حقوق بشر و حفاظت صلح جهانی پدید آورد. مجموعه قوانین حقوق بشری پس از جنگ که به تصویب داوطلبانه تعداد کثیری از دولتها رسید، حق افراد به تنها شدن (یعنی رهایی از قید تبعیت تحمیلی دولت، دین، قبیله، نژاد، فرهنگ و ...) را، در برابر حکومتها به رسمیت

شناخته‌اند. از انواع شاخصهای استقلال فردی، آزادی اراده را افراد با بیشترین شور و شوق طلب نموده‌اند و مسلماً دولتها بیشترین مقاومت را در برابر آن نشان داده‌اند. اشاره‌ای که دیوان در رابطه با تعهدات بین‌المللی “*erga omnes*” به حقوق بنیادین فرد می‌کند حکایت از آن دارد که از نظر دیوان، جامعه بین‌المللی نهادی است سازمان نیافته، که جدای از دول تشکیل دهنده آن می‌باشد؛ این جامعه «در کل» بر پایه‌ای اصول بنیادین بنا نهاده شده است. این نتیجه‌ای است که می‌توان از رأی دیوان گرفت.

مقدمه

کلمات و طبقه‌بندیها جنبه وضعی و قراردادی دارند؛ به این معنا که کلمات، ارزشها و معانی را طبقه‌بندی می‌کنند و طبقه‌بندیها نیز، هم تأثیر متقابل بین ارزشهای بیان شده در کلمات و هم تفاوت‌های موجود در طبقه‌بندیهای ابتکاری را پنهان می‌سازند. مثلاً یک قاعده حقوقی (مانند تعریف جرم در حقوق جزا) و یا یک رابطه حقوقی، سیاسی و اجتماعی (مانند تابعیت) وضعی و قراردادی هستند. کلمات ملت، ملی‌گرایی و دولت در این مورد مصادیق بارزی هستند که برای صدها سال هویت شخصی انسان را تعیین و تحمیل نموده‌اند. مفهوم هویت و ارزش شخصی انسان از این طبقه‌بندیهای ابتکاری ناشی شده است.^۱

علی‌رغم تبعیت تحمیلی انسان از دولت و ملت، دولت‌ها نه تنها انسانها را حمایت نکرده، بلکه در جنگ جهانی دوم خیانت گسترده‌ای را در حق آنها، از جمله شهروندان خودشان روا داشتند. از این رو، جنگ جهانی دوم، رابطه روشن‌تری از حمایت بین‌المللی از حقوق بشر و حفاظت از صلح جهانی را به تصویر کشید.

به تدریج و در اثر تحولاتی که در جامعه بین‌المللی به وقوع پیوست تصور حاکمیت جامعه بین‌المللی تقویت گردید، چندان که در کنوانسیون ۱۹۶۹ وین راجع به حقوق معاهدات (ماده ۵۳) از «جامعه بین‌المللی دولت‌ها در کل» و سپس در رأی دیوان بین‌المللی دادگستری (همچون رکن قضایی جامعه بین‌المللی) در قضیه بارسلونا ترکشن (۱۹۷۰)، از «جامعه بین‌المللی در کل» سخن به میان آمد. جامعه بین‌المللی بدین عنوان موضوعیت و

۱. برای مطالعات تفصیلی در این مورد نک.

Thomas M. Franck, *The empowered self: Law and Society in the Age of Individualism*, Oxford (1999), chapter 1, pp. 1-20, in particular p. 6 – on; see also, Sir Robert Y. Jennings, *International law*, in *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 7, pp. 278-297, at p. 294.

استقرار یافته، خود واضح تعهدات بین‌المللی اعضا گشته و از این رهگذر، خود از نو مبادرت به تعریف و طبقه‌بندی مجدد ارزشهای خود، از جمله هویت انسان، اراده و تعلق خاطر او نمود و در مقایسه با گذشته، انسان و حقوق و آزادیهای او را از اولویت برخوردار ساخت.

اهمیت محوری ملازمه صلح و امنیت بین‌المللی و رعایت تعهدات اساسی جامعه بین‌المللی، نیروی محرکه استقرار و تداوم تعهدات بین‌المللی *erga omnes* است؛ به عبارت ساده‌تر و من باب مثال، چرا رعایت حقوق بشر، و از جمله آزادی اندیشه، انتخاب و دین، تا این حد مهم است که در کانون توجه و دستور کار جامعه بین‌المللی قرار گرفته و در کنار ممنوعیت تجاوز (و توسل به زور) وصف تعهد عام الشمول «*erga omnes*» یافته، فارغ از علایق قراردادی به صورت غیرقابل عدول در آمده، نظم عمومی جامعه بین‌المللی را به هم زده، تخصیص داده، وانگهی نظم عمومی جدیدی را برای «جامعه بین‌المللی در کل» رقم زده است؛ چگونه می‌توان این ارتباط و ملازمه را ترسیم نمود؟

دیوان بین‌المللی دادگستری در رأی خود در قضیه بارسلونا ترکشن، عبارت مربوط به تعهدات عام الشمول «*erga omnes*» را در دو پاراگراف متوالی (۳۳-۳۴) به این صورت طرح کرده است:

«۳۳. زمانی که یک دولت سرمایه‌گذاریهای خارجی یا اتباع بیگانه، اعم از اشخاص حقیقی یا حقوقی را در قلمرو خود می‌پذیرد، ملزم است حمایت قانون را به آنها گسترش داده و تعهداتی را در خصوص رفتار با آنها قبول کند. بویژه، باید یک تفکیک اساسی فی‌مابین تعهدات دولتها نسبت به کل جامعه بین‌المللی و تعهدات دولتها در مقابل یکدیگر در چارچوب حمایت دیپلماتیک قائل شد. تعهدات دسته اول، به لحاظ اهمیتشان به کلیه کشورها مربوط می‌شوند. نظر به اهمیت این حقوق کلیه

دولتها می‌توانند برای حفظ آنها دارای منفعت حقوقی باشند؛ چنین تعهداتی را تعهدات *erga omnes* می‌گویند.

۳۴. برای مثال، این تعهدات در حقوق بین‌الملل معاصر، از غیر قانونی دانستن تجاوز، کشتار جمعی، و نیز از اصول و قواعد مربوط به حقوق بنیادین شخص انسان، از جمله حمایت بر ضد برده‌داری و تبعیض نژادی ناشی می‌شوند. برخی از حقوق حمایتی مربوطه، وارد مجموعه حقوق بین‌الملل عام شده‌اند (حق شرط به کنوانسیون منع و مجازات جنایت کشتار جمعی، نظریه مشورتی *I.C.J. Reports 1951*, p. 23)؛ بخش دیگر (این حقوق) توسط اسناد بین‌المللی دارای خصیصه جهانی یا شبه جهانی شده‌اند.^۲ قانونمندی سیستم حقوقی بین‌المللی و تعهدات بین‌المللی *erga omnes* همچون منبع حقوق بین‌الملل، و نیز ویژگی‌های تعهدات *erga omnes* موضوع دو بخش این نوشتار هستند.

آنچه که در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری برشمرده شده و از آن به عنوان منابع حقوق بین‌الملل یاد می‌شود خود، زمینه ظهور مفهوم تعهدات *erga omnes* را فراهم ساخته است. معاهدات بین‌المللی، حقوق بین‌الملل عرفی، اصول کلی حقوقی و سرانجام رویه قضایی بین‌المللی (که طرح مفهوم تعهدات *erga omnes* در رأی قضیه بارسلونا ترکشن در رویه قضایی دیوان تحقق یافته) از رهگذر «جامعه بین‌المللی در کل» استقرار یافته، حکومت می‌کنند؛ یعنی مثلاً لازم نیست که معاهده‌ای به تصویب تمامی اعضای جامعه بین‌المللی برسد تا قدرت نورماتیو داشته باشد، هر چند که معاهده دقیقاً ظهور در اراده اعضای آن دارد. به همین ترتیب است قاعده عرفی بین‌المللی، که نه تنها لازم نیست هر کشوری مشخصاً و صریحاً

2. Barcelona Traction, light and power company, limited, second phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 32, paras 33-34.

رضایت خود را اعلام نماید بلکه سکوت برخی اعضا، به منزله رضایت به التزام در قبال آن تلقی می‌شود. اصول کلی حقوقی شناخته شده به وسیله ملل متمدن، نیز همان اصول کلی شناخته شده به وسیله جامعه بین‌المللی در کل هستند.

جامعه بین‌المللی برای رسیدن به هدف «استقرار صلح و امنیت بین‌المللی» (یعنی همان هدفی که در معاهدات صلح وستفالی - مقدمه معاهده مونستر - ۳۰ ژانویه ۱۶۴۸ اعلام گردیده)، فرایندها و طرق متعددی را آزموده است؛ ظهور دولتها به عنوان اعضای اصلی جامعه بین‌المللی با اصول حاکمیت مطلق آنها، از جمله این روشها بوده که تا اواخر قرن بیستم طی گردیده، لیکن بروز جنگها و بی‌رحمی‌ها ناکارآمدی آن را نشان داده است. پس از جنگ جهانی اول، گروهها یا مردمان نیز به رسمیت شناخته شده‌اند، حقوق اقلیتها وضع گردید تا مردمانی که به وضعیت «دولت بودن» دست نیافته‌اند، نظم جامعه بین‌المللی را برای رسیدن به این هدف، دچار هرج و مرج نسازند. پس از جنگ جهانی دوم، حقوق بشر و نیز ممنوعیت مطلق تجاوز (و توسل به زور) با محوریت صلح و امنیت بین‌المللی (که به صراحت در ماده یک منشور ملل متحد به عنوان هدف سازمان ملل متحد اعلام گردید) به رسمیت شناخته شدند و به این ترتیب، فرد انسان نیز، همدریف دولت و گروه، صاحب حقوق شناخته شد. بدین ترتیب، هر عضوی از این گروه سه‌تایی صاحب حقوق (یعنی دولت، گروه و فرد انسان) دارای جایگاه، حقوق و منزلت خاص خود گردیدند، چندان که اصل و لوازم بقایی^۳ هر کدام به تفکیک و به صورت رسمی و حقوقی، تنظیم گردید؛ مثلاً، اگر حقوق بنیادین بشری به عنوان حقوق و آزادیهای غیرقابل تخطی حتی در شرایط اضطراری و جنگ هستند (بند ۲ از ماده ۴

3. Survival principle.

میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی) و دولت نمی‌تواند تحت هیچ شرایطی متعرض آنها شود (اصل بقای انسان)، از طرف دیگر، دولت می‌تواند در شرایط اضطراری عمومی و جنگ که خطری استثنایی موجودیت ملت را تهدید می‌کند، البته با رعایت اصول قید عدول (شامل اصل تهدید استثنایی، اصل موقت یا گذرا بودن تعلیق، اصل عدم تعلیق حقوق بنیادین و اصل تناسب)، سایر حقوق و آزادیهای بشری را موقتاً به حالت تعلیق درآورد [بند ۱ همان ماده (اصل بقای دولت)].

حق ملتها در تعیین سرنوشت خود نیز که وصف تعهد *erga omnes* دارد، ظهور در بقا و دوام گروه (مردمان) دارد.

با همه این احوال، در نظم نوینی که در دوران پس از منشور ملل متحد استقرار یافته (سیستم حقوق بشری)، اولویت از آن فرد انسان و حقوق و آزادیهای خاص اوست و این اولویت شخص انسان نه هدف، که وسیله‌ای برای رسیدن به هدف صلح و امنیت بین‌المللی است. بر این اساس بشر و حقوق او از نظر حقوقی (هم حقوق داخلی و هم حقوق بین‌الملل) تقویت گردید، کنوانسیونهای متعدد جهانی و منطقه‌ای (اروپایی، آمریکایی) در حمایت از حقوق بنیادین بشری به تصویب رسیدند و سرانجام، دیوان بین‌المللی دادگستری، با اعلام تعهدات بین‌المللی *erga omnes* در رأی خود در قضیه بارسلونا ترکشن در سال ۱۹۷۰، ظهور نظم جدید را به اوج خود رساند.

به دنبال حوادث ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ و متعاقب آن، تجاوز آشکار آمریکا و انگلیس به کشور عراق در ۲۰ مارس ۲۰۰۳ که با نقض فاحش تعهد عام *(erga omnes)* ممنوعیت تجاوز و توسل به زور صورت گرفت، این سؤال همچنان باقی است که با توجه به تکلیف دولتها در «به رسمیت نشناختن هرگونه نتایج حاصله از تجاوز» - که خود تعهدی *erga omnes*

است - تلقی دولتها درباره جنبه‌های مختلف قضیه چگونه باید باشد؟
خصوصاً که در جریان آن تجاوز، حقوق بشردوستانه در سطح وسیعی نقض
گردید و به علاوه، همانطوری که در این مقاله تبیین می‌گردد، تعهد عدم
تجاوز منشأیی حقوق بشری دارد.

از آنجا که نمی‌توان مفاهیم تعهدات بین‌المللی *erga omnes* و قواعد
امری *jus cogens* را بدون اشاره به جامعه‌ای که این مفاهیم نشانگر
ارزشهای اساسی آن هستند، درک نمود، لذا فلسفه وجودی و بقایی جامعه
(جامعه بین‌المللی) را نیز، علاوه بر مفهوم تعهدات مذکور مطالعه می‌کنیم.

بخش اول
جامعه بین‌المللی: قانونمندی سیستم حقوقی بین‌المللی و
تعهدات بین‌المللی
erga omnes

در سیستم حقوقی بین‌المللی، یک واقعیت قابل توجه که کمتر به آن توجه می‌شود، آن است که دولتها قواعد و الزامات آن را داوطلبانه رعایت می‌کنند. این واقعیت به روش منطقی، ما را به قانونمندی سیستم رهنمون می‌شود.

در این بخش ما به دنبال اثبات و تبیین نظم وجودی جامعه بین‌المللی و قواعد آن همچون سیستم حقوقی بین‌المللی هستیم. وابستگی و همبستگی حقوق و اجتماع در این ضرب‌المثل معروف حقوق روم خلاصه شده است که «هر جا که جامعه هست حقوق هم هست». ^۴ منظور از جامعه ^۵ اجتماعی است که اعضای آن بر طبق اصول و قواعد عمل می‌کنند. لذا می‌توان گفت که جامعه، یا به عبارت بهتر جامعه حقوقی، ^۶ جنبه حقوقی اجتماع ^۷ است. اطاعت داوطلبانه و غیر اجباری اعضا از اصول، رکن و نشانگر استقرار جامعه حقوقی بین‌المللی است.

حقوق بین‌الملل به لحاظ سنتی، عبارت بوده از قواعد و مقررات حاکم بر روابط بین دولتهای مستقل، برابر و خودمختار، به طوری که سازمان ملل متحد همچنان بر اساس برابری حاکمیتی تمامی اعضای خود استوار است (بند ۱ از ماده ۲ منشور ملل متحد).

4. *Ubi societas ibi jus.*

5. Community.

6. Legal community.

7. Society.

بدیهی است که نظریه قرارداد اجتماعی مبنای تشکیل جامعه دولتها نیز می‌باشد؛ دولتها نیز همانند انسانها، در سیستم جهانی، اشخاص بین‌المللی آزاد، برابر، و خود مختار توصیف شده‌اند که محدودیت آزادی و خودمختاری آنها فقط می‌تواند حاصل توافق آزاد آنها بر تفویض اختیار به یک قدرت عمومی باشد. منظور اعضا از تفویض اختیار به قدرت عمومی (و تشکیل جامعه بین‌المللی)، تضمین صلح و امنیت و ترقی و به دست آوردن نظم (به عنوان مصالح مشترک) با استفاده از تدابیر حفاظتی جمعی است (اصل رفتار متقابل).^۸

از این رو، اشاره‌ای به مفهوم قرارداد اجتماعی به عنوان مبنای شکل‌گیری هر دوی جامعه انسانها و جامعه دولتها نموده، چون ملازمه حقوق و جامعه طبیعی است لذا ایجاد اصول حقوقی (مثل اصل رفتار متقابل) و پیوند حقوق با اجتماع و اتحاد برای صلح را نیز جمع‌بندی می‌کنیم. همان حوائج اجتماعی که دولت - شهرهای یونان، مردم پروس، و ساکنین سیزده مستعمره آمریکایی را به سوی تشکیل اتحاد مشترک سوق داد، دولتهای جهان را نیز در پایان هزاره دوم وادار به اتحاد نمود.^۹ بدین سان ایده ائتلاف مشترک برای حفاظت، صلح و پیشرفت پیوند خورده است با مفاهیم اصل رفتار متقابل و قانون که اینها اجتماع را برای اعضای آن، نه تنها سودمند که عادلانه نیز ساخته‌اند.^{۱۰} به همین سبب، اصل تقابل یا رفتار متقابل، همچون یک اصل یا قاعده بنیادین خوانده می‌شود. از این روست مفهوم اتحاد برای صلح، آن‌گونه که از عنوان سازمان ملل متحد و هدف اصلی آن (حفظ صلح و امنیت بین‌المللی) بر می‌آید.

8. Reciprocity.

9. Thomas M. Franck, *Fairness in international law and institutions*, Oxford (1995), p. 26.

10. *Ibid*, p. 28.

فصل اول. اصل رضایت دولتها و رفتار متقابل به عنوان مبنای سنتی حقوق بین الملل

همانطوری که دیوان دائمی دادگستری بین المللی در قضیه *لوتوس* گفته است: «حقوق بین الملل، حاکم بر روابط بین دولتهای مستقل است. بنابراین قواعد حقوقی الزام آور بر دولتها از اراده آزاد خود دولتها ناشی می شوند که در کنوانسیونها به ظهور رسیده یا به وسیله رسومی اعلام شده اند که عموماً بیانگر اصول حقوقی بوده و به منظور تنظیم روابط بین این جوامع مستقل همزیست وضع شده یا با هدف دست یافتن به اهداف مشترک وضع گردیده اند. بنابراین نمی توان فرض را بر محدودیت استقلال دولتها گذاشت».^{۱۱}

در منشور ملل متحد [و اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری (مثلاً ماده ۳۶)]، رضایت دولتها صریحاً پایه و اساس وضع قواعد حقوقی بین المللی اعلام گردیده است. پس مهم ترین منبع حقوق بین الملل، رضایت دولتها بوده، چندان که می توان اذعان داشت که حقوق بین الملل، حاصل توافق دولتهاست.

دولتها همانند افراد، به طور کلی فقط در صورتی، رضایت به التزام در قبال تعهداتی می دهند که نوعی عوَض وجود داشته باشد. سیستمهای حقوقی غالباً این قاعده اساسی را تدوین کرده و به صورت قانون در آورده اند؛ بنابراین، بر شکلی از تقابل متکی هستند. وجود چنین رکن تقابل یا رفتار متقابل باعث می شود که سیستمهای حقوقی ریشه در عدالت داشته باشند.

11. The Lotus Case (France v. Turkey), P. C. I. J. , series A, No. 10 (1927), p.18.

پروفسور هنکین، این نظر تاریخی دیوان دائمی را در کرسی عمومی خود به سال ۱۹۸۹ به این صورت خلاصه کرده است: «دولتها حقوق را با رضایت و توافق به وجود می آورند. حقوق بین الملل با «اراده» دولتها به وجود می آید، یا به رسمیت شناخته می شود و یا پذیرفته می شود. برای سیستم بین المللی، هیچ چیزی از هیچ منبع دیگری به صورت حقوق در نمی آید».

Louis Henkin, International law: politics, values and functions (1989), cited in Franck, *ibid*.

در سیستم ناقص حقوق بین‌الملل که برابری رسمی اعضای آن کاملاً تضمین نگردیده (یعنی مقام یا مرجعی متمرکز و مقتدر برای تضمین ایفای تعهدات اعضا وجود ندارد)، یک دولت برای تضمین این که تعهداتش در برابر برخی اعضای سیستم یکجانبه نباشد فقط تا آنجایی یک تعهد را در برابر یک دولت خاص می‌پذیرد که آن دولت نیز به همان ترتیب متعهد شده باشد.

در اینجا است که به قانونمندی و همین‌طور به چگونگی تکوین مفاهیم اصل رفتار متقابل، عدالت و حقوق می‌رسیم. همچنین چگونگی ارتباط و ملازمه آنها با اجتماع مشترک به منظور صلح و رفاه هویدا می‌گردد.

تا اینجا معلوم شد که اصل رضایت دولتها و رفتار متقابل منبع تاریخی مهم قواعد حقوق بین‌الملل بوده است. اصل دومی که ملازم اصل اراده یا رضایت دولتهاست و از نظر تاریخی نیز به رسمیت شناخته شده، آن است که به محض این که رضایت داده شد دولت رضایت دهنده ملزم است بر طبق آنچه که توافق نموده عمل کند.^{۱۲}

این اصل که از آن به «اصل وفای به عهد» یا لزوم وفای به عهد یاد می‌شود، در تمامی سیستمهای حقوقی (اعم از داخلی، منطقه‌ای و بین‌المللی) موجود بوده و به صورت قانون کلی در آمده است.

دولتها همواره خود را ملزم به رعایت این تعهد دانسته و داوطلبانه به آن عمل می‌کنند، ولو این که قاعده قراردادی و یا عرفی در این مورد وجود نداشته باشد. این اطاعت داوطلبانه دولتها تصور «جامعه بین‌المللی» و حاکمیت آن را از سوی اعضا تقویت می‌کند. به این ترتیب، دولتها اقتدای خود را به سیستم حقوقی جامعه بین‌المللی به نمایش می‌گذارند و تصدیق

12. *Pacta sunt servanda.*

می‌کنند که حاکمیت غایی نه از آن‌ها، که از آن جامعه بین‌المللی است. از سوی دیگر جامعه بین‌المللی از یک «مجموعه قواعد غایی» برخوردار است که قانون اساسی آن را تشکیل می‌دهد. چنانچه قواعد ساده و ابتدایی، از این سیستم قواعد قدیمی جامعه متابعت نکنند، فقط یک سری توافقات متقابل موردی^{۱۳} خواهند بود که نشانه جامعه ابتدایی هستند. در فصل آتی، تلاش می‌کنیم تا ثابت نماییم که چنان قواعد قدیمی که نقش قانون اساسی را ایفا می‌کنند در جامعه بین‌المللی وجود دارند. تعهد وفای به عهد فقط بخشی از این مجموعه قواعد غایی جامعه است. بخش دیگر آن تبعیت دولتها از قواعد عرفی بین‌المللی، و نیز رعایت اصول سیستم می‌باشد. تعهدات دولتها را که از این مجموعه قواعد نهایی ناشی می‌شوند، تعهدات ناشی از عضویت می‌گویند. ما در ادامه، این موارد را بررسی می‌کنیم.

فصل دوم. حاکمیت جامعه بین‌المللی و تعهدات ناشی از عضویت، مبنای دیگر حقوق بین‌الملل: از جامعه بین‌المللی تا جامعه حقوقی بین‌المللی

موضوع این است که مبنای قانونمندی سیستم حقوقی بین‌المللی، نمی‌تواند فقط رضایت دولتها باشد، چرا که در این صورت، جامعه بین‌المللی به صورت یک جامعه مبتنی بر تعهدات ساده و متقابل موردی خواهد بود. به علاوه دولتها نمی‌توانند به اتکای رضایت متقابل خود معاهده‌ای منعقد کنند که به موجب آن معاهدات الزام‌آور نباشند، چرا که در غیر این صورت اصل لزوم وفای به عهد که یک قاعده قدیمی و امری است دچار تناقض می‌شود. همین‌طور خود این اصل با محدودیتهایی مواجه است. قواعد امری محدودیتهایی هستند که از عمومیت و کلیت اصل لزوم وفای به عهد می‌کاهند. همه این موارد، محدودیتهایی هستند که بر حاکمیت

13. *ad hoc*.

دولتها وضع شده‌اند.

بند اول. اصل لزوم وفای به عهد

قاعده لزوم وفای به عهد یک قاعده تبعی^{۱۴} و در عین حال یک قاعده امری^{۱۵} است. دولتها حتی بدون التزام قراردادی و عرفی، این تعهد خود را رعایت کرده و نشان می‌دهند که آنها از یک مجموعه قوانین غایی^{۱۶} متابعت می‌کنند. حاکمیت واقعی، از آن این قواعد غایی و جامعه بین‌المللی است که قواعد موصوف مظهر آن هستند.

به طور خلاصه، تعهد دولتها به رعایت تعهدات معاهداتی شان صرفاً از رضایت آنها به پذیرش معاهده ناشی نمی‌شود، بلکه از عضویت آنها در جامعه نیز نشأت می‌گیرد؛ جامعه‌ای که در بستر خود به دولتها وضعیت عضویت (یعنی دولت بودن)، از جمله اهلیت انعقاد معاهدات را اعطا می‌کند. این قواعد نانوشته غایی (یا قانون اساسی جامعه بین‌المللی) و حاکمیت آن را از روی اطاعت داوطلبانه اعضای جامعه (یعنی دولتها) براحتی می‌توان استنباط کرد.

اطاعت داوطلبانه از قواعد، همان رفتار اصولی^{۱۷} است که یک جامعه (اصولی) را از اجتماع محض متمایز می‌سازد. ریشه اطاعت داوطلبانه در این واقعیت است که چون بین سیستم قانونگذاری و تابعان آن، ارتباط نزدیکی وجود دارد (یعنی دولتها خود واضع قانون و خود نیز تابع آن هستند) لذا این احتمال به حداقل می‌رسد که تابعان مذکور ترغیب به نقض قانون شوند. پیش از این گفتیم که پایه و اساس جامعه بین‌المللی بر رضایت و

14. Secondary rule.

15. Peremptory norm.

16. Ultimate canon of rules.

17. Principled conduct.

توافق (متقابل) دولتها استوار است. اکنون می‌گوییم که منبع التزام به رعایت تعهد معاهداتی، نرم بنیادین حقوق بین‌الملل (یعنی *Pacta sunt servanda*) می‌باشد. اصل لزوم وفای به عهد برای تمامی کشورها در روابط معاهداتی‌شان الزام‌آور است، صرفنظر از این که آنها در حال حاضر با آن موافق باشند یا نه.

سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود آن است که آیا دولتها در جامعه بین‌المللی حاکم هستند یا نه؟ چرا که در صورت مثبت بودن پاسخ، به ناچار باید بپذیریم که هیچ نیرویی برتر و بالاتر از اراده آزاد دولتها وجود ندارد که تعهدی را بر آنها تحمیل کند. همچنین، در صورت منفی بودن پاسخ این سؤال، باید در پی اثبات وجود مقام یا سیستمی باشیم که دولتها از آن تبعیت و به آن اقتدا می‌کنند. در هر صورت، پاسخ به این سؤال نشان خواهد داد که آیا جامعه بین‌الملل یک جامعه ساده و ابتدایی است یا یک جامعه پیشرفته و پیچیده.

اصل لزوم رعایت معاهدات (*Pacta sunt servanda*)، نمونه‌ای از قواعد مهم شناسایی است. سؤال این است که چرا معاهدات در سطح جهانی الزام‌آور هستند؟ در پاسخ به این سؤال، نمی‌توان فقط اکتفا کرد به این که کشورها آن را به صورت یک قاعده ساده تعهد (یعنی براساس ماده ۲۶ کنوانسیون ۱۹۶۹ وین راجع به حقوق معاهدات)^{۱۸} پذیرفته‌اند. درست است که کنوانسیون مذکور، این اصل را پیش‌بینی کرده است که تعهدات باید رعایت شوند، اما اگر الحاق کشورهای عضو به کنوانسیون وین تنها منبع قانونمندی اصل لزوم رعایت تعهدات بود، در این صورت، کشوری که آن را تصویب نکرده یا از آن کناره‌گیری کرده، می‌تواند تعهدات معاهداتی

۱۸. به موجب ماده ۲۶ کنوانسیون وین راجع به حقوق معاهدات: هر معاهده لازم‌الاجرای برای طرفهای آن الزام‌آور است و باید توسط آنها با حسن نیت اجرا گردد.

خود را رعایت نکنند؛ مسلماً می‌دانیم که این طور نیست. کشورها همواره خود را در قبال تعهدات معاهداتی‌شان ملتزم می‌دانند، اعم از این که عضو کنوانسیون وین باشند یا نه، برای این که دولتها قبول دارند که تعهد آنها مبنی بر عمل کردن بر طبق تعهداتشان نه از رضایت خاص آنها به این قاعده قدیمی شناسایی (یعنی *Pacta sunt servanda*)، که از عضویت آنها در جامعه‌ای ناشی می‌شود که قداست تعهدات معاهداتی پایه و اساس حقوقی آن (جامعه) است.^{۱۹}

بدین ترتیب، دولتها در عمل تأیید می‌کنند که آنها حاکم نیستند، چرا که در غیر این صورت (یعنی اگر دولتها حاکم واقعی بودند) صرف انعقاد معاهدات نمی‌توانست آنها را ملزم کند. دولتها همواره خود را در قبال معاهداتشان ملزم می‌دانند که این را می‌توان فقط دلیل رضایت آنها به چیزی دانست که فقط قابل استنباط است (یعنی یک قاعده نهایی شناسایی). در جامعه بین‌المللی حاکمیت - هر اندازه هم شکننده باشد - از آن این قاعده غایی است و نه از آن آحاد دولتهای جامعه. به نظر می‌رسد که دولتها خود واقف به وجود این قاعده غایی هستند. آنها به اتکای و در اجرای آشکار این مفهوم عمل می‌کنند که موقعی که یک دولت پیمانی را با یک یا چند دولت دیگر امضا و تصویب می‌کند، تعهدی دارد که برتر از اراده حاکم آن است. این تعهد از رضایت به آن معاهده، یا از متن آن معاهده ناشی نمی‌شود، بلکه همانطوری که گفتیم از عضویت در جامعه‌ای نشأت می‌گیرد که به طرفهای آن توافق، وضعیت،^{۲۰} از جمله اهلیت ورود به معاهدات می‌بخشد.^{۲۱}

19. Thomas M. Franck, supra no. 9, p. 42.

20. Status.

21. Thomas M. Franck, Legitimacy in the international system, 82 Am. J. Int'l. 1988, pp. 705-759, at p. 751.

در اینجا، در واقع تفوق و برتری سیستم حقوقی بین‌المللی و قواعد آن بر اراده یک دولت و سیستم حقوقی داخلی آن مطرح می‌شود. بدیهی است که حقوق بین‌الملل و رعایت تعهدات بین‌المللی دولتها، بر حقوق داخلی آنها مقدم است.

دیوان بین‌المللی دادگستری در نظریه مشورتی ۲۶ آوریل ۱۹۸۸ خود (به تقاضای مجمع عمومی ملل متحد)، این تفوق قواعد بین‌المللی بر رضایت خاص یک دولت را تأیید کرده است. مسأله مورد اختلاف، تعارض بین مقررات یک قانون ایالات متحده (که تعطیلی هیأت ناظر سازمان آزادیبخش فلسطین را مقرر می‌کرد) و تعهد ایالات متحده در مقام عضویت در موافقتنامه مقرر ملل متحد (که بین ایالات متحده و سازمان ملل در ۱۹۴۷ انعقاد یافته است) بود. دیوان صریحاً اعلام داشت که «تفوق حقوق بین‌الملل بر حقوق داخلی، یک اصل بنیادین حقوق بین‌الملل است»^{۲۲} و این که «مقررات حقوق داخلی نمی‌توانند بر مقررات یک معاهده برتری داشته باشند»؛^{۲۳} دیوان به اتفاق آراء پذیرفت که عضویت در جامعه بین‌المللی محدودیت آشکاری بر حاکمیت دولتها وضع کرده است.^{۲۴}

برای برتری استدلال می‌کند که حاکمیت دولت یک مفهوم لفظی است. دولتها فقط به این دلیل به عنوان اشخاص حقوقی وجود دارند که یک جامعه بین‌المللی وجود دارد که تعهداتی را بر اعضای خود تحمیل می‌کند. از آنجا که کشور بودن فقط در بستر یک جامعه کشورهای وجود دارد،

22. Applicability of the obligation to Arbitrate under section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947, 1988 I.C.J. Rep. 12, 34, para. 57 (Advisory opinion of April 26), cited in Franck, *ibid.*, p. 756.

23. Greco-Bulgarian "Communities" 1930 PCIJ (ser. B) No. 17, 32 (Advisory opinion of July 31), *ibid.*

24. Franck, *ibid.*

استقلال و حاکمیت مطلق کشورها غیر ممکن است.^{۲۵} دیوان بین‌المللی دادگستری با تأکیدات خود در نظریه مشورتی مذکور، در واقع، بیانات پروفیسور هارت را تأیید نمود که پیشتر در سال ۱۹۶۱ خاطر نشان ساخته بود که این «نظر که یک کشور ممکن است تعهداتی را به وسیله قرارداد، موافقتنامه، یا معاهده بر خود وضع کند با این تئوری سازگار نیست که دولتها فقط تابع قواعدی هستند که بدین ترتیب بر خود وضع نموده‌اند»،^{۲۶} بلکه، می‌بایست پیش از این قواعدی موجود باشند که مقرر می‌دارند دولت ملزم است آنچه را که تعهد به انجام آن نموده، ایفا کند.^{۲۷} بدیهی است که منظور از این قواعد از پیش موجود، همان قواعد غایی شناسایی است که همه دولتها در قبال آن ملزم هستند. حاکمیت آن قواعد، استنباطی است به این معنی که، آن را می‌توان از اطاعت عادی دولتها استنباط نمود. دولتها بر حسب عادت مطابق آن قواعد عمل می‌کنند و دادگاهها نیز آنها را اجرا می‌کنند. تا اینجا معلوم شد که دولتها را نمی‌توان مجبور به پذیرش تعهداتی بدون رضایت آنها نمود، اما همین که رضایت به تعهدی دادند ضمناً تحت حاکمیت اصل وفای به عهد قرار می‌گیرند، اصلی که بخشی از مجموعه قوانین غایی جامعه بین‌المللی و هر جامعه ملی است. این اصل، محدودیتی است بر اراده آزاد دولتها.

بدیهی است که اصل الزام‌آور بودن معاهدات، یک قاعده امری^{۲۸}

25. J. L. Brierly, *The law of nations*, 1963, cited in Jonathan I. Charney, *Universal international law* 87 Am. J. Int'l L., 1993, No. 4, p. 32, footnote n. 12.

26. H. L. A. Hart, *The concept of law*, ch. 10 (1961), at p. 219: The "View that a state may impose obligations on itself by promise, agreement, or treaty is not ... consistent with the theory that states are subject only to rules which they have thus imposed on themselves". Rather, "rules must already exist providing that a state is bound to do whatever it undertakes by appropriate words to do".

27. Ibid.

28. Peremptory norm.

است. اما این اصل با ظهور قواعد امری *Jus cogens* دچار تغییر و اصلاح گردیده است. کنوانسیون ۱۹۶۹ وین راجع به حقوق معاهدات ضمن بازگویی اصل *Pacta sunt servanda* تذکر می‌دهد، در صورتی که معاهده‌ای «با یک قاعده امری حقوق بین‌الملل عام تعارض کند» از ابتدا باطل^{۲۹} است. برای مثال، معاهده‌ای که ژنوساید (کشتار جمعی) را اجازه دهد به این دلیل بی‌اعتبار است و همین‌طور است معاهده‌ای که مقرر نماید معاهدات الزام‌آور نمی‌باشند. آخر «چگونه می‌توان با بستن معاهده‌ای بین‌المللی به عدم مراعات معاهدات بین‌المللی حکم داد؟ که اگر بخواهند به همین پیمان وفا کنند باید باز همان قاعده را ملاک عمل قرار دهند».^{۳۰} نتیجه آن است که اصل لزوم وفای به عهد یک قاعده امری و مربوط به نظم عمومی بین‌المللی است که با قاعده امری جدید «*Jus cogens*» اصلاح شده است. این اصلاح و تغییر دقیقاً در متن ماده ۵۳ کنوانسیون وین پیش‌بینی و اعلام شده است.

همانطوری که قاضی رودلف برنارد نوشته است، «برخی قواعد حقوق بین‌الملل وجود دارند که در معاهدات اساسی یا در حقوق عرفی یا در هر دو منعکس شده‌اند که باید قواعد امری *Jus cogens* تلقی شوند، یعنی به عنوان قواعدی که برتر از هر معاهده و قواعد ... دیگر هستند و فقط با ظهور قواعد امری جدید می‌توانند تغییر یابند».^{۳۱}

بنابراین قواعد قدیمی شناسایی جامعه، یک تعهد مربوط به جامعه^{۳۲} را بر دولت‌ها تحمیل می‌کنند. براساس این تعهد، علاوه بر معاهدات، مجموعه

29. *Void ab initio*.

۳۰. دکتر هدایت ا... فلسفی، حقوق بین‌الملل معاهدات، فرهنگ نشر نو، تهران ۱۳۷۹، صص ۲۳۰-۲۲۹.

31. R. Bernhardt, Customary international law: New and old problems, 19 *Thesaurus Acroasuum* 204, 209 (1992), cited in Franck, *supra* no. 9, p. 44.

32. Communitarian.

قواعد دیگری که در سطح جهانی قواعد امری *Jus cogens* شناخته شده‌اند، نیز می‌بایست رعایت شوند.^{۳۳} این تعهدات را که یک دولت و همه دولتها در قبال کل جامعه بین‌المللی دارند، تعهدات عام‌الشمول *erga omnes* می‌گویند. منشأ این تعهدات نیز جامعه بین‌المللی در کل می‌باشد که خود «تابع» حقوق بین‌الملل است. بنابراین «آنچه در این میان نباید فراموش شود آن است که عامل اساسی و اصلی هرگونه تجدید نظر یا وضع قاعده آمره جدید تحولات بنیادینی است که در جامعه بین‌المللی رخ می‌دهد و در نتیجه نظم موجود در آن را به صورتی دیگر در می‌آورد که در این صورت، قاعده آمره جدید باید مبین همان نظم جدید باشد».^{۳۴} وجود این تعهدات مهم بستگی به انعکاس آنها در اسناد بین‌المللی ندارد. قواعد فرعی که آنها را در معاهدات اعلام می‌کنند ماهیت و حدود این تعهدات را مشخص می‌سازند. «جای گرفتن قواعد آمره در متن معاهده بین‌المللی فایده‌ای مهم دارد و آن روشن شدن حدود مفهومی این قواعد و معین گشتن قلمرو حقوقی آنها است».^{۳۵}

پروفسور رونالد دورکین نیز منشأ تعهدات و قواعد مهم را در جامعه می‌داند. به گفته دورکین، «یک جامعه واقعی، از یک اجتماع محض، یا حتی از یک سیستم قواعد ابتدایی تعهد متمایز است. یک جامعه واقعی و اصولی جامعه‌ای است که اعضای آن قبول دارند که آنها تحت حاکمیت اصول عام هستند و نه فقط تحت حاکمیت قواعدی که در توافق یا مصالحه‌ای سیاسی گنجانده شده‌اند ... اعضای یک جامعه اصولی قبول می‌کنند که حقوق و تکالیف سیاسی آنها با تصمیماتی که نهادهای سیاسی‌شان اتخاذ کرده‌اند پایان نمی‌یابد، بلکه (این حقوق و تکالیف) به طور کلی به

33. Franck, *ibid.*

۳۴. دکتر هدایت ا... فلسفی، همان منبع، ص ۳۰۳.

۳۵. همان.

مجموعه اصولی^{۳۶} بستگی دارند که آن تصمیمات نشانگر وجود آنها و مؤید آنها هستند. بنابراین هر عضو قبول دارد که سایرین دارای حقوقی هستند و او تکالیفی دارد که از آن مجموعه (اصول) ناشی می‌شوند... همچنین این حقوق و تعهدات منوط به پذیرش واقعی آن مجموعه از سوی او نیستند؛ بلکه این تعهدات از این واقعیت تاریخی ناشی می‌شوند که جامعه او آن مجموعه را اختیار کرده است و نه از این فرض که اگر انتخاب کاملاً با او بود او آن مجموعه اصول را انتخاب می‌کرد.^{۳۷}

از این گفته چنین نتیجه می‌شود که منشأ قدرت الزام آور اصول عام و تعهدات عام‌الشمول، نه در اراده و رضایت اعضا (دولتها)، که در اتخاذ آن اصول و تعهدات از سوی جامعه است و چون وضعیت عضویت را جامعه به اعضای خود اعطا می‌کند، لذا، در واقع این عضویت اعضاست که منشأ اصلی اصول عام می‌باشد. از این رو، تعهدات اساسی نظیر «لزوم ایفای تعهدات» و رعایت قواعد آمره و نیز تعهدات *erga omnes* را اصول و تعهدات ناشی از عضویت یا ناشی از همکاری و اجتماع می‌گویند.^{۳۸} عنوان «تعهدات *erga omnes* به معنی تعهداتی که یک دولت در قبال کل جامعه بین‌المللی دارد» نیز از همین روست. در نتیجه، تعهد به رعایت معاهدات، تعهدی است در قبال کلیه اعضای جامعه. پروفیسور هارت نیز که فراسوی جان لاک و طرفداران اولیه قرارداد اجتماعی حرکت کرده، عضویت در یک جامعه را متضمن تعهد اساسی عضویت مبنی بر رعایت قواعدی توصیف نموده که آن جامعه را تعریف می‌کنند. از نظر هارت رضایت یک عضو جامعه به قاعده خاص یا به اعمال قدرت عمومی توسط جامعه، در مفهوم قراردادی محض، لازم نیست، بلکه می‌توان آن را لااقل در

36. The scheme of principles.

37. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, 221 (1986); see also, Franck, *supra* no. 19, p. 759.

38. Membership or associative obligations.

موضوعات مربوط به حاکمیت عمومی، به عنوان شرط ضمنی عضویت جامعه فرض نمود. آنچه که به عنوان مجموعه قواعد غایی شناسایی یا قانون اساسی جامعه بین‌المللی نامیده می‌شود فقط شامل لزوم رعایت معاهدات (*Pacta sunt servanda*) نیست. این تعهد، بخشی از مقررات حاکمیت حقوق است. بخش دیگر آن عبارت است از التزام دولتها در قبال تعهدات عرفی جهانی.

بند دوم. اصل التزام دولتها در قبال قواعد عرفی بین‌المللی

مفهوم «حقوق بین‌الملل عام» یا «حقوق بین‌الملل عرفی» متضمن این معناست که برخی اصول و تعهدات، از سوی جامعه بین‌المللی (دولتها) به عنوان تعهدات بین‌المللی پذیرفته می‌شوند و نه از سوی دولتها منفرداً. بنابراین، آنچه که مهم است پذیرش جامعه بین‌المللی دولتهاست. از سوی دیگر، حقوق بین‌الملل عرفی نشانگر این واقعیت نیز است که قواعد مهم و اصلی سیستم حقوقی بین‌المللی نانوشته هستند.^{۳۹} تبعیت دولتها از قواعد عرفی بین‌المللی، در رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه اقدامات نظامی و شبه نظامی در نیکاراگوئه و علیه این کشور، (دعوی نیکاراگوئه علیه ایالات متحده آمریکا - ۱۹۸۶ - رأی ماهوی)،^{۴۰} مورد تأکید قرار گرفته است. دیوان در این قضیه، ایالات متحده را به رغم تمایل آشکار این کشور برای تعقیب منافع خود به روش مغایر با قواعد عرفی، در قبال مجموعه وسیعی از قواعد عرفی، متعهد دانست.^{۴۱}

39. Mohammad Shahabudden, *Precedent in the world court*, Grotius Publications, Cambridge University Press, 1996, p. 8; Mohammed Bedjaoui, *International law: Achievements and prospects*, UNESCO, 1991, General introduction, p. 2, para. 4; Thomas M. Franck, *supra* no. 19, at pp. 751-759.

40. *Military and paramilitary activities in and against Nicaragua*, I. C. J. Reports 1986 (merits).

41. *Ibid*, ICJ Rep 1986, 14 (Judgment of June 27).

قواعدی که دیوان، ایالات متحده را در قبال آنها متعهد دانست عبارت بودند از عدم مداخله در امور یک کشور دیگر به موجب حقوق بین‌الملل عرفی، عدم توسل به زور علیه کشور دیگر تحت حقوق بین‌الملل عرفی، عدم نقض حاکمیت کشور دیگر به موجب حقوق بین‌الملل عرفی، و قطع نکردن تجارت صلح‌آمیز دریایی به موجب حقوق بین‌الملل عرفی.^{۴۲} دیوان ایراد ایالات متحده را که بر اساس رزرویشن معاهده چندجانبه (حقوق معاهداتی) استوار بود مستدلاً مردود دانسته، پس از احراز صلاحیت خود، این کشور را از طریق حقوق بین‌الملل عرفی در قبال برخی اصول، از جمله اصل ممنوعیت توسل به زور، ملزم شناخت.

از نظر دیوان، ایالات متحده علاوه بر تعهدات معاهده‌ای، که با طرح ایرادات مقدماتی^{۴۳} شدید آنها را خنثی کرده بود، به موجب حقوق بین‌الملل عرفی نیز متعهد به رعایت ممنوعیت‌های مذکور بوده است. دولت‌ها در سطح وسیعی تأیید می‌کنند که آنها در قبال قواعد عرفی بین‌المللی متعهد هستند، اعم از این که در یک مورد خاص با مفهوم یک قاعده موافق باشند یا نه.^{۴۴} این امر نشان می‌دهد که لازم نیست دولت‌ها منفرداً قواعدی را همچون قواعد حقوقی بپذیرند، بلکه بدیهی است که تنها پذیرش جامعه بین‌المللی لازم است و نه پذیرش آحاد دولت‌ها. به علاوه، خود پذیرش تعهدات عرفی، ممکن است از طریق سکوت دولت‌ها احراز شود. به همین سبب گفته می‌شود که منابع حقوق بین‌الملل جزو قواعد امری محسوب می‌شوند.

قاعده معترض مُصِر^{۴۵} ظهور در این دارد که فرض بر التزام دولت‌ها و

۴۲. نک.

Summaries of Judgments, Advisory opinions and orders of the international court of justice 1948-1991, United Nations, New York, 1992, pp. 160-171.

43. Preliminary objections.

44. Franck, *ibid.*, p. 757.

45. Persistent objector rule.

پذیرش تعهدات عرفی از سوی آنهاست. مگر این که دولتها به طور مستمر از زمان آغاز شکل گیری قاعده عرفی، مصراً اعتراض خود را در عمل، نسبت به آن ابراز کنند. همچنین یک فرض مستتر در قاعده معترض مُصِر آن است که دولتهایی که به هر دلیلی (در فرایند عرفی) شرکت نکرده‌اند در قبال آن ملزم محسوب می‌شوند.^{۴۶} اما راجع به قواعد و تعهدات مجموعه قوانین حقوق بشری^{۴۷} و حقوق بشردوستانه باید اذعان داشت که تعهدات مربوط به آنها عمدتاً تعهداتی عرفی نامیده می‌شوند؛ اصلاً حقوق بشر و حقوق بشردوستانه به حقوق عرفی و اصول کلی حقوقی تعلق دارند. مجموعه مقررات کنوانسیونهای چهارگانه ژنو (۱۲ آگوست ۱۹۴۹) به صورت قواعد عرفی عام درآمده‌اند. حقوق و آزادیهای بنیادین بشری (آنچه که لازمه بقاء و زیست اجتماعی انسان است) به هیچ وجه و تحت هیچ شرایطی، قابل عدول، رزرو و اعتراض نیستند.

بند سوم. اصول کلی حقوقی: سایر اجزاء سازنده قانون اساسی جامعه

بین‌المللی

اساس قواعد امری *jus cogens* و تعهدات بین‌المللی *erga omnes* آن است که در اختیار هیچ‌یک از اعضای منفرد جامعه بین‌المللی نبوده و به اراده آنها بستگی ندارند، تنها کافی است که اکثریت نماینده^{۴۸} جامعه

46. Luigi Condorelli, Custom, in international law: Achievements and prospects 205 (Mohammed Bedjaoui, 1991); also, Jonathan I. Charney, Universal international law, 87 Am. J. Int'l. L. 1993, at pp. 536-542, and footnote n. 44.

۴۷. برای مطالعات بیشتر در مورد حمایت از حقوق بشر و حقوق بین‌الملل عرفی نک. Chaloka Beyani, The legal premises for the international protection of human rights, in, The reality of international law, essays in honour of Ian Brownlie, edited by: Guys, Goodwin - Gilland, Stefan Talmon, Oxford 1999, pp. 21-35; Jaime Oraa, The protection of human rights in emergency situations under customary international law, *ibid*, pp. 413-437.

48. Representative majority.

بین‌المللی آنها را رعایت کند. نرمها و تعهدات بین‌المللی مذکور ممکن است به اصول کلی حقوقی، و یا حقوق عرفی تعلق داشته باشند. منظور از اصول کلی حقوقی، اصولی است که از رعایت برخی قواعد اساسی توسط همه ملتها در موارد مشابه ناشی می‌شوند، بی‌آن‌که نیازی به وضع قانون توسط مراجع داخلی یا بین‌المللی باشد. اما برخی اصول کلی حقوقی وجود دارند که بر تمامی انواع روابط حقوقی در هر نوع سیستم حقوقی و بین هر نوع شخص حقوقی حاکم هستند، مانند اصل وفای به عهد و اصل انصاف. اصل حمایت از حقوق بشر نیز از این جهت قابل توجیه است؛ یعنی حقوق و آزادیهای بنیادینی که در مورد بشر بماهو بشر و توسط همگان می‌بایست محترم شمرده شوند؛ همانطوری که قاضی تاناکا^{۴۹} در نظر مخالف خود به رأی دیوان در قضایای آفریقای جنوب غربی خاطرنشان ساخته است؛ «در واقع، فقط یک حق بشری وجود دارد که در قلمرو بین‌المللی و همین‌طور در قلمرو داخلی معتبر است».^{۵۰}

اصول کلی حقوقی، اصولاً به صورت حقوق موضوعه نیستند، بلکه خلأ ناشی از نقص حقوق قراردادی و عرفی را پُر می‌کنند. البته ممکن است این اصول به صورت منجز در قوانین، موافقتنامه‌ها و معاهدات قید شوند که در این صورت بر این اساس الزام‌آور هستند. در این مورد نظر مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری راجع به رزرویشن نسبت به کنوانسیون منع و مجازات جنایت نسل‌کشی قابل توجه است که در آن دیوان، مسلماً بدون اشاره به مفاهیم *jus cogens* و *erga omnes* که در آن زمان هنوز وارد مقوله حقوقی نشده بودند، خاطرنشان ساخت که «... اصولی که زیربنای این کنوانسیون را تشکیل می‌دهند اصولی هستند که ملل متمدن، حتی بدون

49. Tanaka.

50. ICJ Reports, second phase, 1966, p. 297.

هرگونه تعهد قراردادی، بر دولتها الزام آور شناخته‌اند.^{۵۱} اصطلاح «اصل»^{۵۲} در حقوق بین‌الملل به معنی حقوق لازم‌الاجرا است، اگرچه اصول غالباً در مقایسه با قواعد روشن قراردادی و عرفی، از ابهام بیشتری برخوردار هستند.^{۵۳} عبارت مقدماتی «بر طبق حقوق بین‌الملل»^{۵۴} که در سال ۱۹۴۵ و در کنفرانس سانفرانسیسکو به متن قدیمی اساسنامه دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی (ماده ۳۸) افزوده شد تصریح می‌کند که سه گروه موسوم به منابع (یعنی معاهده، عرف و اصول کلی حقوقی)، بخشی از حقوق بین‌الملل بوده و لذا الزام‌آور هستند. در این مورد، شایان ذکر است که علاوه بر این که خود اساسنامه اشاره‌ای به «منبع حقوق» نمی‌کند، آنچه که به عنوان بخشی از حقوق بین‌الملل است نمی‌تواند در عین حال، خود منبع حقوق بین‌الملل باشد. اما می‌توان اصول کلی حقوقی را، از این جهت که از اصول کلی مشترک سیستم‌های داخلی گرفته می‌شوند، منبع نامید.^{۵۵}

از نظر جایگاهی که هر یک از قواعد معاهداتی، عرفی، و اصول کلی حقوقی در سلسله مراتب اعمال قواعد حقوقی دارند، اصول کلی حقوقی می‌توانند از نظر تعلق قواعد امری و تعهدات بین‌المللی *erga omnes* به آنها، حتی مهم‌تر از معاهده و عرف هم باشند، چون همانطوری که پیش از این خاطر نشان کردیم، قواعد و تعهدات امری نوظهور، اصول قدیمی رضایت و تقابل را دچار تغییر و تخصیص ساخته، وصف *Jus cogens* و

51. ICJ Reports (1951), advisory opinion, p. 23.

52. Principle.

53. برای مطالعه بیشتر در مورد مقایسه اصول و قواعد به طور کلی (و نه خاص حقوق بین‌الملل) نک. Jefferson White Dennis Patterson, Introduction to the philosophy of law: Readings and cases, Oxford 1999, in particular, cha. 3, pp. 65-93.

54. In accordance with international law.

55. برای مطالعه بیشتر راجع به جنبه‌های مختلف اصول کلی حقوقی، نک. Herman Mosler, General principles of law, Encyclopedia of Public International Law, vol. 7, pp. 89-104. and on this issue, CF. pp. 95-97.

erga omnes یافته‌اند و لذا قواعد متعارض عرفی و معاهداتی را باطل کرده، جانشین آنها می‌شوند. اما باید توجه داشته باشیم که علت این برتری تعهدات امری در برابر معاهده و عرف، تعلق آنها به اصول کلی حقوقی یا حقوق عرفی نیست، بلکه این موضوع و هدف تعهدات امری است که نظم حقوقی بین‌المللی، آن را دارای ارزش و جایگاه برتر می‌داند.^{۵۶} و همانطوری که در ابتدای تحقیق (چکیده) اشاره شد، «جامعه بین‌المللی در کل» بر اساس برخی اصول بنیادین استوار گشته، اصول مذکور نظم حقوقی آن جامعه را تشکیل می‌دهند. این نظم حقوقی اولویت قواعد خود را خود تعیین می‌کند و در این مورد قضاوت و حکم غایی را از آن خود می‌داند. علاوه بر اصول کلی حقوقی حاکم بر روابط افراد که با اعمال تغییرات لازم، در حقوق بین‌الملل نیز قابل اجرا هستند، برخی اصول کلی وجود دارند که بر حسب ماهیت حقوق بین‌الملل فقط در حقوق بین‌الملل (و نه سیستمهای حقوقی دیگر) قابل اجرا هستند. حقوق بین‌الملل منبع مستقیم آن اصول است؛ ویژگیهای خاص جامعه بین‌المللی که متشکل از دولتهای دارای حاکمیت برابر به علاوه ساختار عالی سازمانهای بین‌المللی است که برای حفظ صلح و همکاری در زمینه‌های متعدد تأسیس شده‌اند، ایجاب می‌کند که کلیه اصولی که برای زنده نگهداشتن آن جامعه به عنوان یک جامعه حقوقی لازم هستند، رعایت شوند.^{۵۷} اصل منع توسل به زور، گرچه به صورت قاعده‌ای در بند ۴ ماده ۲ منشور تدوین گردیده و نیز قاعده‌ای معتبر در حقوق بین‌الملل عرفی است، در زمره این اصول قرار می‌گیرد. البته می‌دانیم که این اصل مصداق بارزی از تعهدات و قواعد امری است. مثال دیگر برای مجموعه قوانین اصلی جامعه بین‌المللی، مفهوم برابری

56. Ibid, p. 96.

57. Ibid, p. 101.

دولتهاست؛ ماده ۲ (بند ۱) منشور، این اصل را بازگو می‌کند. کلیه دولتها در قبال اصل برابری دولتها (یعنی برابری برخورداری از حقوق، در نتیجه عضویت در جامعه بین‌المللی) ملزم هستند. همین‌طور دولتهای جدید ممکن است حقوق و تعهداتی را از کشور «مادر» به ارث ببرند. این ارث صرفاً به واسطه رضایت خاص آنها نیست، بلکه لازمه دولت بودن آنهاست که به رسمیت شناخته شده است. ملاحظه می‌کنیم که این اصول، اصولی قدیمی و اساسی بوده و ظهور آنها در قواعد معاهداتی و حتی در منشور، فقط به منزله بازگویی و تأیید آنها و نیز تعیین حدود آنهاست.

منابع حقوق بین‌الملل (شامل معاهدات، عرف بین‌المللی، اصول کلی حقوقی و رویه قضایی بین‌المللی) و منبعیت آنها نیز بخشی از قواعد اصلی را تشکیل می‌دهند. این مورد، قبل از منشور ملل متحد، در اساسنامه دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی (ماده ۳۸) انعکاس یافته بود.

بنابراین می‌توان استنباط کرد که تعهداتی وجود دارند که دولتها آنها را لوازم ضروری عضویت می‌دانند. قدرت الزام‌آور آنها از این حیث نیست که توسط دولت خاصی پذیرفته شده‌اند، بلکه قواعدی هستند که دولتها در مقام تأیید خودشان، آنها را پذیرفته‌اند؛ یعنی به عنوان یک جنبه تفکیک‌ناپذیر پیوستن به جامعه دولتهاست، (جامعه‌ای) که با قواعد اصلی فرایند خود توصیف می‌شود. حتی می‌توان نتیجه گرفت که اعضای جامعه جهانی مثلاً هر بار که معاهده‌ای را امضا می‌کنند یا دولت جدیدی را به رسمیت می‌شناسند، در واقع تأیید می‌کنند که دولت بودن، برخلاف حاکمیت است.^{۵۸} حاکم یعنی غیر قابل الزام، اما دولتها همواره ملتزم هستند و در عمل آن را نشان می‌دهند. توضیح این مطلب به این صورت است که هرگاه دولتها معاهده‌ای را امضا می‌کنند و یا حکومت جدیدی را به

58. Franck, *ibid*, p. 758.

رسمیت می‌شناسند، عملاً اصول اساسی جامعه را تمرین و اجرا می‌کنند و بدین ترتیب، تن به تمکین سیستم حقوقی جامعه می‌دهند و اعتراف می‌کنند که حاکمیت اصلی از آن جامعه بین‌المللی و قوانین آن است. آن اصول، در بردارنده حقوق و تعهدات ناشی از عضویت هستند که خود را بر کلیه دولت‌ها به عنوان اعضای جامعه بین‌المللی تحمیل می‌کنند و فقط با بسط دادن مفهوم «رضایت» به فراسوی حدود طبیعی آن می‌توان گفت که این تعهدات و حقوق خاص ناشی از عضویت بر اساس رضایت و توافق^{۵۹} پذیرفته شده یا اعطا شده‌اند، اگر چه ممکن است این تعهدات و حقوق بعضاً در یک معاهده بازگو شده باشند.^{۶۰}

قواعدی که از این اصول اصلی همکاری ناشی می‌شوند میزانی از قانونمندی را به ارث می‌برند و بدین لحاظ برخلاف ترتیبات موردی و متقابل، بسیار عادلانه و قانونمند خواهند بود. بنابراین، قواعد می‌کوشند تا جایگاه خود را در یک هرم سلسله مراتبی طولانی نشان دهند. از این رو، مقدمه قطعنامه‌های شورای امنیت معمولاً به تفصیل، کلیه مقررات منشور را که اجازه اقدام به شورا می‌دهند بیان می‌دارند. همچنین کلیه قطعنامه‌های مربوطه پیشین را بر می‌شمارند که در آنها شورا اقتدار خود را اعلام داشته است. هدف آشکار، تأکید بر قانونمندی قطعنامه و بنابراین تشویق مخاطب خود یعنی جامعه بزرگ دولت‌ها به اطاعت است.^{۶۱} تاکنون چهار نمونه «فرایند صحیح»، یعنی اصول عمل را بررسی کردیم که سیستم بین‌المللی قواعد و قانونگذاری را قانونمند می‌سازند.

این «قواعد مربوط به قواعد»^{۶۲} عبارتند از: (۱) این که دولت‌ها حاکم

59. Consensually.

60. Franck, supra no. 9, p. 45.

61. Ibid, pp. 45-46.

62. Rules about rules.

و برابر هستند؛ (۲) حاکمیت آنها را فقط با رضایت‌شان می‌توان محدود ساخت؛ (۳) رضایت الزام‌آور است؛ و (۴) این که دولتها در پیوستن به جامعه بین‌المللی، در قبال قواعد اساسی و مهم جامعه ملزم هستند. به محض این که یک دولت به جامعه بین‌المللی کشورها می‌پیوندد (چیزی که امروزه لازمه اجتناب‌ناپذیر کشور بودن است)، قواعد اساسی جامعه و اعمال قانونمند قدرت جامعه بر کشور خاص حاکم می‌شود، صرف‌نظر از این که آیا رضایت به طور مشخص اعلام گردیده است یا نه.

بند چهارم. قانونمندی اعلام تعهدات بین‌المللی *erga omnes* در رویه

قضایی بین‌المللی

رویه قضایی بین‌المللی به عنوان منبع حقوق بین‌الملل نیز جزو اصول کلی حقوقی (و قواعد غایی شناسایی) است که قواعد حقوقی بین‌المللی را، هم کشف و احراز، و هم وضع و ایجاد می‌کند (و بنابراین، قانونمند می‌سازد). پس رجوع به رویه قضایی بین‌المللی، اصلی از اصول کلی حقوقی قابل اجرا در حقوق بین‌الملل است که از اصول کلی مشترک در حقوق ملی گرفته می‌شوند. به همین سبب، گفته می‌شود که منابع حقوق بین‌الملل (از جمله، رویه قضایی بین‌المللی) جزو قواعد اساسی و امری جامعه بین‌المللی هستند.^{۶۳} سؤال این است که چگونه تعهدات بین‌المللی *erga omnes* قانونمند هستند؟ «قانونمندی به معنی آن خصوصیت یک قاعده است که از برداشت مخاطبین قاعده ناشی می‌شود، مبنی بر این که آن قاعده بر طبق آیین صحیح به وجود آمده است».^{۶۴} منابع حقوق بین‌الملل، یعنی آنچه که

۶۳. نک.

Herman Mosler, *ibid*, p. 100.

64. Thomas M. Franck, *Legitimacy in the international system*, 82, *Am. J. Int'l.* (1988), pp. 705-759, at p. 706.

در قالب ماده ۳۸ اساسنامه دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی آمده بود و امروزه عیناً به صورت ماده ۳۸ اساسنامه دیوان فعلی (دیوان بین‌المللی دادگستری) است، نیز جزو قواعد اساسی جامعه هستند که تعهدات دولتها در قالب و بر طبق آنها قانونمند می‌شوند.

ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، در مقام بیان منابع حقوق بین‌الملل قابل اجرا، و از جمله آنچه که دیوان باید اعمال کند، «با رعایت مقررات ماده ۵۹، آرای قضایی و عقاید برجسته‌ترین دانشمندان ملتهای مختلف را، همچون وسایل فرعی برای کشف قواعد حقوق» ذکر می‌کند. از سوی دیگر می‌دانیم که مفهوم «تعهدات *erga omnes*»، در رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه بارسلونا ترکشن اعلام گردیده، و بنابر این قانونمند است، یعنی بر طبق فرایندی به وجود آمده و حتی اعمال شده که اعضای جامعه بین‌المللی آن را صحیح و عادلانه می‌دانند. سیستم حقوقی بین‌المللی سیستمی است که قواعد مهم و اصلی آن نانوخته هستند؛ نانوخته بودن قواعد مهم و اساسی، از خصوصیات یک «سیستم سوابق» به شمار می‌رود.

پروفسور شهاب‌الدین، به اتکای کارهای مقدماتی پیش‌نویس اساسنامه دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی، نتیجه می‌گیرد که احکام دیوان، به حقوق بین‌الملل شکل داده و آن را اصلاح می‌کنند^{۶۵} و اصلاح نیز متضمن تغییر^{۶۶} حقوق بین‌الملل و تغییر آن متضمن حقوق جدید است.^{۶۷} وی با طرح نظر اوپنهایم^{۶۸} در مورد احکام قضایی دیوان بین‌المللی

65. Modify.

66. Change.

67. Mohammed Shahabuddeen, *Precedent in the world court*, Grotius Publications, Cambridge University Press, 1996, p. 57.

68. Oppenheim's international law, 9th edn (Longman, 1992), I, p. 41.

دادگستری، در پاسخ به این سؤال که آیا احکام دیوان منبع حقوق بین‌الملل هستند یا نه؟ با اشاره به نظر اوپنهایم پاسخ می‌دهد که این احکام، هرچند «فرعی و غیرمستقیم» اما «منبع حقوق بین‌الملل» هستند، پس احکام دیوان منبع فرعی و غیرمستقیم حقوق هستند.^{۶۹}

اما سؤال این است که احکام دیوان چگونه این نقش را ایفا می‌کنند؟

ماده ۳۸ (پاراگراف ۱، بند د) اساسنامه، دیوان را ملزم می‌کند تا «با رعایت مقررات ماده ۵۹، تصمیمات قضایی و عقاید برجسته‌ترین علمای حقوق بین‌الملل ملتهای مختلف را، همچون وسایل فرعی برای کشف قواعد حقوق»^{۷۰} اعمال کند. این مقرر، این تصور را در ذهن مجسم می‌کند که احکام دیوان به دو طریق می‌توانند عمل کنند.

اولاً، ممکن است تصمیمات دیوان به عنوان مواد لازم برای کشف یک قاعده حقوقی به وسیله رأی بعدی عمل کنند. احکام قضایی (شامل احکام دیوان بین‌المللی و سایر دیوانها) که به این نحو عمل می‌کنند «مواد لازم فرعی برای کشف قواعد حقوق» هستند. طریق دومی که آرای دیوان (که این بار محدود به احکام خود دیوان هستند) عمل می‌کنند، عبارت است از عملی کردن کشف قواعد حقوق بر اساس تصمیمات قضایی پیشین. رأی جدیدی که به وسیله آن، یک قاعده حقوقی بر اساس تصمیمات قبلی کشف گردیده، یک وسیله فرعی نیست؛ این رأی منبع یک قاعده جدید حقوق بین‌الملل است؛ این رأی فقط از سوی دیوان صادر می‌شود. همین که کشف قاعده در یک رأی جدید انجام گرفت، دیوان قاعده کشف شده در

69. Shahabuddeen, ibid.

70. "Subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law".

آن رأی را، در قضایای بعدی اعمال می‌کند؛ معلوم نیست که در خارج از این رأی، قاعده حقوقی مذکور وجود داشته باشد.^{۷۱}

دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه بارسلونا ترکشن ضمن توصیف تعهدات بین‌المللی *erga omnes* به عنوان تعهداتی که دولت‌ها در قبال جامعه بین‌المللی در کل دارند مقرر می‌دارد: برای مثال، این تعهدات در حقوق بین‌الملل معاصر، از غیرقانونی دانستن تجاوز، کشتار جمعی، و نیز از اصول و قواعد مربوط به حقوق بنیادین شخص انسان، از جمله حمایت بر ضد برده‌کشی و تبعیض نژادی ناشی می‌شوند. برخی از حقوق حمایتی مرتبط، وارد مجموعه حقوق بین‌الملل عام شده‌اند (حق شرط به کنوانسیون منع و مجازات جنایت کشتار جمعی، نظریه مشورتی، *I. C. J. Reports 1951, p. 23*)؛ بخش دیگر این حقوق به وسیله اسناد بین‌المللی دارای خصیصه جهانی یا شبه جهانی شده‌اند.^{۷۲}

دیوان با درج عنوان نظریه مشورتی خود مربوط به سال ۱۹۵۱، در داخل پرائتز،^{۷۳} در واقع، از آن به عنوان یک وسیله فرعی استفاده کرده و به موجب این رأی، قاعده‌ای را کشف نموده است. بدین ترتیب، دیوان تمامی خصوصیات نظریه مشورتی خود را که در سال ۱۹۵۱ اعلام کرده بوده، در مورد مفهوم تعهدات *erga omnes* نیز جاری دانسته و با استفاده ابزاری از آنها، قاعده‌ای را کشف نموده است. از جمله خصوصیات مذکور، می‌توان به انسانی بودن موضوع حقوق و تعهدات مربوطه، تعلق آنها به منافع جمع یا مشترک که ذینفع آنها جامعه بین‌المللی در کل است، همچنین فارغ بودن

71. Shahabuddeen, *ibid*, p. 76.

72. Barcelona Traction, light and power company, limited, second phase, Judgment, ICJ Rep. 1970, p. 32, para. 34.

۷۳. برای اطلاع از انواع روشهایی که دیوان در استناد کردن به آرا و سوابق قبلی خود استفاده می‌کند، نک.

Shahabudeen, *ibid*, No. 20, pp. 20-29.

آنها از علایق قراردادی اشاره نمود.

دیوان قاعده کشف شده در رأی قضیه بارسلونا ترکشن را یک سال بعد، در ۱۹۷۱ در نظریه مشورتی خود راجع به ادامه حضور آفریقای جنوبی در آفریقای جنوب غربی (نامیبیا) به کار بسته و اعلام نمود که: «پایان قیمومت و اعلام غیر قانونی بودن حضور آفریقای جنوبی در نامیبیا نسبت به همه دولتها قابل استناد است، به این معنی که باید همگان در مقابل همگان (*erga omnes*)، قانونی بودن وضعیتی را که با نقض حقوق بین الملل حفظ شده است، رد کنند». بدین ترتیب، دیوان بین المللی دادگستری با تغییر تدریجی حقوق بین الملل، در واقع حقوق جدیدی را برای کل جامعه بین المللی ایجاد می کند.

ممکن است سؤال شود که منظور از «کشف»^{۷۴} قواعد حقوق، اعلام قواعد موجود است و نه ایجاد قواعد جدید. اما علاوه بر دلالت این کلمه بر معانی مختلف، این معنا در بستر حقوقی، محدود به یافتن یا کشف چیز از پیش موجود نیست، بلکه می تواند شامل ایجاد یک پدیده حقوقی جدید باشد. اما در «کشف» ممکن است موضوع کشف شده، هیچ گونه موجودیتی در حقوق نداشته باشد.^{۷۵} سؤال مهمی که در این مورد مطرح می شود، مربوط است به ماده ۵۹ اساسنامه دیوان، که خود بند (د) پاراگراف ۱ ماده ۳۸ اساسنامه نیز به آن تصریح نموده است. به عبارت دیگر، آیا با وجود ماده ۵۹ مذکور که می گوید: «تصمیم دیوان هیچ قدرت الزام آوری ندارد مگر بین طرفهای دعوی و در رابطه با آن قضیه خاص»، می توان قائل به ایجاد حقوق جدید توسط دیوان بود؛ خصوصاً که در ماده ۳۸ نیز رعایت آن خواسته شده است. در پاسخ باید گفت که ماده ۵۹ هیچ ارتباطی به

74. Determination.

75. Shahabuddeen, *ibid*, p. 77.

مسأله سوابق ندارد. منظور این ماده تأکید بر این واقعیت است که اعتبار قضایی یک حکم بماهو حکم، فقط محدود است به تعریف روابط حقوقی طرفهای دعوی. بنابراین، موضوع ماده ۵۹ این است که یک تصمیم به عنوان تصمیم فقط طرفین قضیه خاص را ملزم می‌کند اما به این معنی نیست که آن تصمیم در قضایای بعدی ارزش سابقه‌ای نداشته باشد. به علاوه، ماده ۵۹ فقط حاکم بر تصمیماتی است که در موضوعات ترافیعی صادر شده‌اند و شامل نظرات مشورتی دیوان نمی‌شود.^{۷۶} برای یافتن پاسخ دقیق، باید به کارهای مقدماتی پیش نویس اساسنامه دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی رجوع کرد.

آقای بالفور در یادداشتی که در اکتبر ۱۹۲۰ راجع به طرح پیش‌نویس کمیته مشورتی حقوقدانان، به شورای جامعه ملل داده، به این شورا هشدار می‌دهد که دیوانی که ایجاد می‌شود حقوق بین‌الملل را تغییر خواهد داد. در بخشی از این یادداشت آمده است: موضوع دیگری وجود دارد که من راجع به آن با ترس زیادی صحبت می‌کنم. به نظر من رأی دیوان دائمی تدریجاً به حقوق بین‌الملل شکل داده و آن را تغییر خواهد داد. این ممکن است خوب یا بد باشد؛ اما فکر نمی‌کنم که میثاق آن را در نظر گرفته باشد؛ و در هر حال باید مقررهای وجود داشته باشد که بر اساس آن، یک دولت بتواند علیه نتایج نهفته و نهانی یک رأی خاص دیوان، و نه علیه خود آن رأی، اعتراض کند.^{۷۷}

حق ورودی که در مادتين ۶۲ و ۶۳ اساسنامه دیوان برای کشورهای ثالث پیش‌بینی شده، مربوط است به وجود یک نفع حقوقی در قضیه و یا تفسیر کنوانسیون که کشورهای ثالث نیز عضو آن باشند. در مورد اخیر،

76. Ibid, pp. 63-64.

77. Documents concerning the action taken by the council of the league of nations, 1921, p. 46, in, Shahabuddeen, ibid, p. 56.

اگر کشوری از این حق ورود استفاده کند تفسیری که رأی دیوان ارائه می‌کند متساویاً بر آن وارد ثالث نیز الزام‌آور خواهد بود. در واقع، آنچه که در ماده ۶۳ به صورت مثبت گفته شده، در ماده ۵۹ اساسنامه با تعبیر منفی بیان شده و لذا ماده اخیر تکرار همان ماده ۶۳ است. بنابراین مقررات ماده ۵۹ حشو زائد است. البته قید آن من باب احتیاط بیشتر قانونگذار نیز می‌باشد که در صدد حل اختلاف یا جلوگیری از بروز اختلاف بوده است.^{۷۸} در پایان این قسمت، یادآوری این نکته لازم می‌نماید که هدف از تأسیس دیوان بین‌المللی، توسعه حقوق بین‌الملل و تضمین صلح^{۷۹} بود. هدفی که دیوان از طریق توسعه حقوق بین‌الملل، (از جمله وضع و اعلام تعهدات بین‌المللی *erga omnes*)، در کنار حل و فصل صلح‌آمیز اختلافات بین‌المللی، تدریجاً به آن نزدیک می‌شود.

۷۸. برای مطالعه بیشتر، نک.

Shahabuddeen, *ibid*, pp. 56-66.

79. Gilbert Guillaume, The future of international Judicial institutions, in, ICLQ, vol. 44, part 4, october 1995.

بخش دوم
ویژگیهای تعهدات بین‌المللی
erga omnes

از جمله ویژگیهای برجسته‌ای که این تعهدات دارند اولویت آنها و نیز بشری بودن آنهاست. نظم حقوقی جهانی، پس از پایان جنگ جهانی دوم برای اولین بار تعادل مناسبی بین اعضای مجموعه حقوق‌داران (یعنی دولت، گروه و فرد) برقرار ساخت. برخلاف سیستم دوران بین دو جنگ، که فقط حاکمیت دولتها و نظامهای خاص حمایت گروهی را کانون توجه خود قرار داده بود، سیستم جدید توازن مذکور را به کلی دگرگون ساخت. البته تمامی پیشرفتهای سیستم جدید، در جهت تقویت حقوق فرد خودمختار نبود، بلکه حاکمیت دولت و حقوق گروهی نیز به طور متناسبی ملحوظ گردیدند. مثلاً برابری حاکمیت دولتها همچون یک اصل در ماده ۲ (بند ۱) منشور، و احترام به تمامیت ارضی و استقلال سیاسی آنها (بند ۴) و نیز احترام به صلاحیت داخلی آنها (بند ۷) در مقررات آغازین منشور اعلام شدند. علت این امر (یعنی احترام به وجود دولتهای حاکم) روشن است؛ «در اثر توسعه مترقیانه حقوق بین‌الملل، تعهدات جدیدی بر دولت حاکم تحمیل می‌شوند. دولت حاکم همچنان به عنوان ابزار مهمی برای اجرای این قواعد جدید بوده و از این جهت نهاد مهمی است. دولت از نظر بین‌المللی مسؤول رعایت و نظارت آنها تلقی می‌شود. به علاوه، قواعد حقوقی بین‌المللی معدودی می‌توانند بدون رضایت غایی دولتها تکوین یابند.^{۸۰} حتی قواعد آمره را دولتهای عضو معاهده ۱۹۶۹ وین راجع به حقوق معاهدات تدوین و تصویب نمودند. دولتها مخاطب اصلی جامعه بین‌المللی و وسیله آن، در

80. Nico Schrijver, The changing nature of state sovereignty, BYIL, 1999, pp. 65-98, at pp. 65-66.

ایجاد و اجرای نرم‌های جهانی به شمار می‌روند. نظم حقوقی جدید، که موسوم است به سیستم جدید حمایت بین‌المللی از حقوق بشر یا حقوق فرد، برخی دستاوردهای مربوط به حقوق گروهی در دوران بین دو جنگ را نیز حفظ نموده و حتی توسعه داده است. برای مثال، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (ICCPR)، مقررات کلیدی معاهدات اولیه اقلیتی را که خاص بعضی کشورها بود، جهانشمول می‌سازد.^{۸۱} ماده ۲۷ آن میثاق مقرر می‌دارد: در آن دسته از کشورهایی که اقلیتهای نژادی، مذهبی یا زبانی وجود دارند، اشخاص متعلق به چنان اقلیتهایی نباید در ارتباط با سایر اعضای گروهشان، از حق برخوردار شدن از فرهنگ خود، پیروی از مذهب خود و عمل کردن به آن، یا استفاده از زبان خودشان محروم شوند. احترام به اصل حقوق برابر و حق ملتها در تعیین سرنوشت خود و قرار دادن آن به عنوان اساس توسعه روابط دوستانه میان دولتها (بند ۲ از ماده ۱ منشور ملل متحد) حکایت از عزم جامعه بین‌المللی و سیستم حقوقی آن در برقرار کردن توازنی همیشگی میان مدعیان سه‌گانه حقوق دارد. همچنین ماده ۱ مشترک دو میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، و حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به حق ملتها در تعیین سرنوشت خود اختصاص یافته است.

اما، به رغم آن که سیستم پس از ۱۹۴۵ به اصل حاکمیت ملی و نیز حقوق گروهی توجه داشته، اما نوآوریهای اصلی آن را باید در حمایت قانونی از حقوق فردی جست. این سیستم موجبات شناسایی بین‌المللی «حقوق انسان» را که دو قرن پیش در قوانین اساسی کشورهای لیبرال بیان شده بود، فراهم ساخته است.

پیش‌بینی حقوق خاص برای دولت و گروه از سوی نظام جدید را از

81. Franck, supra no. 1, p. 235.

آن جهت مطرح می‌کنیم که نظام جدید به این واقعیت توجه داشته است که هر یک از گروه، دولت و فرد، بالضروره دارای حقوقی هستند که برای بقای آنها لازم است و مهم‌تر این که آنها و ادعاهایشان بایستی به نحوی متوازن با یکدیگر همزیستی داشته باشند. این اصل را همانطوری که پروفیسور توماس ام فرنک به خوبی توصیف کرده می‌توان اصل بقا^{۸۲} نامید، اما اختلاف بر سر این است که چه چیزی بقا را تشکیل می‌دهد. آیا خطر فیزیکی سلب حیات (برای فرد)، سیاست ریشه کنی (برای گروه) و اقدامات تروریستی و شورشهای مردمی (برای دولت)، اصل بقای هر کدام از آنها را به خطر می‌اندازد یا تهدیدات غیر فیزیکی سلب آزادیهای مهم (برای فرد)، آموزش کودکان و اثر فرساینده تلویزیون (برای گروه) و اجتماعات مردمی در مخالفت با سیاستهای دولت و افشای اسناد محرمانه را نیز باید به اقدامات فیزیکی و حاد اضافه کرد؟ «مسئلاً اگر تعیین محتوای اصل بقا به ابتکار خود گروهها، افراد و دولتها واگذار شود آنها لوازم بقای خود را به قدری وسیع تعریف می‌کنند که با تعریف وسیع لوازم بقایی بخشهای دیگر مجموعه سه تایی، تعارض پیدا می‌کنند. با این حال، هیچ یک از اجزای سه گانه احتمالاً تفسیری از اصل بقا را که فقط وجود فیزیکی آنها را حمایت کند، قبول ندارند».^{۸۳} و بدینسان ملاحظه می‌کنیم که مدعیان حقوق، ادعاهایی را مطرح می‌سازند که به آسانی نمی‌توان آنها را آشتی داد. در این میان، فرد که خود را مواجه با قدرت کوبنده جوامع برخورد می‌بیند، مسلماً نیازمند حمایت خاص به منظور حفظ میزانی از استقلال می‌باشد. کفایت ادعاها و اعتقادات گروه طالبان در افغانستان را (مثلاً در مورد وضع زنان) در نظر داشته باشیم، در این شرایط که نمی‌توان از برقراری

82. Survival principle.

83. Ibid, p. 246.

توازن میان چنان ادعاهایی صحبت کرد، چاره چیست؟ چگونه می‌توان منافع متعارض بین افراد و جوامع را به طور منصفانه حل کرد؟ آیا سیستم حقوقی بین‌المللی در این مورد چاره‌ای اندیشیده است؟ به نظر ما پاسخ این سؤال مثبت است. همانطوری که قبلاً به خصوص در بخش اول، چنین استنباط کردیم که حاکمیت غایی از آن جامعه بین‌المللی و نه دولتهای منفرد است، در اینجا نیز حاکمیت و اولویت از آن قواعد آن جامعه، یعنی نرمهای جهانی است.

فصل اول. اولویت نرمهای جهانی

منظور از نرمهای جهانی نرمهایی هستند که موضوع آنها (و به عبارت بهتر ذینفع آنها) شخص انسان و «جامعه بین‌المللی در کل» است و نه دولت یا گروه. پس معیار جهانی بودن آن قواعد، بشری بودن آنها است. حقوق انسان بر حقوق دولت و گروه مقدم است. جهانی بودن این نرمها از طریق نحوه ایجاد و اجرای آنها به نمایش گذاشته می‌شود که به صورت *erga omnes* و فارغ از علایق قراردادی انجام می‌پذیرد، یعنی نه وضع آنها و نه اجرای آنها در اختیار یکایک دولتها نیست. همچنین، «جامعه بین‌المللی در کل» از رعایت یا عدم رعایت آنها متأثر می‌شود. بویژه، اختیار نهایی برای حل و فصل هرگونه اختلاف حاصله در خصوص ادعاهای دولت، گروه و فرد بر حقوق خود، در ید جامعه بین‌المللی و سیستم حقوقی آن می‌باشد. منشور ملل متحد، به عنوان یکی از مهم‌ترین معاهدات چند جانبه، ضمن برشمردن نرمهای جهانی همچون صلح و امنیت بین‌المللی و احترام به حقوق بشر و حقوق بشردوستانه، اولویت آنها را اعلام کرده است. ماده ۲ (بند ۷) منشور مظهر برتری نرمهای جهانی است. به موجب این مقرر: «هیچ چیز در این منشور، ملل متحد را مجاز نمی‌کند که در

موضوعات واقع در صلاحیت داخلی هیچ کشوری دخالت کند و اعضا را ملزم نمی‌کند تا موضوعات مذکور را به حل و فصل منشور ملل متحد ارجاع کنند؛ اما این اصل لطمه‌ای به اعمال اقدامات اجرایی به موجب فصل ۷، نمی‌زند». در این مقرر، نخست صلاحیت داخلی و حاکمیت ملی دولتها ملاحظه گردیده است، اما «ادعای صلاحیت داخلی برای مواردی که شورای امنیت به منظور حفظ صلح و امنیت بین‌المللی اقدامات اجرایی موضوع فصل ۷ منشور را اتخاذ نموده، معتبر نیست. اقدامات بین‌المللی جهت حفظ و حمایت از صلح و امنیت بین‌المللی، آشکارا بر احترام به حاکمیت ملی، اولویت دارند».^{۸۴} همچنین نهادهای ملل متحد این اصل عدم مداخله را بسیار مضیق تفسیر نموده‌اند. به علاوه، شورای امنیت با تفسیری انعطاف‌پذیر از «تهدید صلح» (موضوع ماده ۳۹ منشور) در مواردی نظیر مسائل رودزیای جنوبی (رژیم اقلیت سفید پوست)، آفریقای جنوبی (آپارتاید)، عراق (حمایت از کردها و شیعیان) و هائیتی (اعاده حکومت دموکراتیک)، در موقعیتهایی نیز مداخله کرده است که از نظر مقامات کشورهای ذیربط، موضوعات داخلی بوده‌اند. احترام به حقوق بشر (یکی دیگر از اهداف ملل متحد) نیز جزو صلاحیت انحصاری اعضا نیست. دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه بارسلونا ترکشن احترام به حقوق بشر را تعهدی در قبال کل جامعه بین‌المللی (تعهد *erga omnes*) تلقی نمود.^{۸۵}

با توجه به این توضیح معلوم می‌شود که مفهوم قواعد یا نرم‌های جهانی متضمن منافع کل جامعه بین‌المللی است. این قواعد توسط اکثریت قریب به اتفاق دولتها پذیرفته شده و شعاعی تقریباً جهانی دارند، به این معنا که اکثریت قاطع دولتها یا در فرایند شکل‌گیری اسناد بین‌المللی ذی‌ربط

84. Jonathan I. Charney, supra no. 47.

85. Ibid.

شرکت داشته یا بعداً آنها را تصویب کرده‌اند. به علاوه صرف‌نظر از قبول یا عدم قبول دولت خاصی، قواعد جهانی کلیه دولت‌ها را خطاب می‌کنند. این، مرحله ایجاد قواعد جهانی است. علاوه بر ایجاد قواعد جهانی و تعهدات عام و مهم‌تر از آن، اجرای آنهاست که فقط به دولتهای عضو واگذار نشده، بلکه جامعه بین‌المللی خود بر اجرای آنها نظارت می‌کند. برای مثال، «اجرای میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (ICCPR) صرفاً به اعضا موکول نشده است. به موجب ماده ۴۰ میثاق، دولت‌ها ملزم به تهیه گزارش‌های آدواری هستند که اجرای این تعهدات حقوقی، و رعایت آنها توسط خودشان را ارزیابی نمایند. کمیته ۱۸ عضوی کارشناسان منتخب اعضا گزارش‌های مذکور را مطالعه و بررسی کرده و کمیته در گزارش سالانه خود به مجمع عمومی، نظراتی را در خصوص رعایت این تعهدات توسط یک دولت، اظهار می‌دارد. این شیوه‌ها باعث جلب توجه باز دارنده بر اعضای متخلف می‌شوند. بررسی کلی رعایت یک دولت، با شیوه اختیاری پرداختن به اختلافات عملی تقویت و تکمیل می‌گردد. کمیته می‌تواند شکایت یک کشور علیه کشور دیگر را موقعی که هر دو کشور این شیوه را پذیرفته باشند، رسیدگی کند. اما شیوه‌ای که بسیار مورد استفاده قرار می‌گیرد آیین شکایات فردی موضوع پروتکل اختیاری اول است. تا پایان سال ۱۹۹۶، ۹۲ کشور پروتکل اختیاری مذکور را پذیرفته بودند که به کمیته اجازه می‌دهد به شکایات واصله از اشخاصی رسیدگی کند که پس از طی مراجع داخلی، مدعی هستند که قربانیان نقض هر یک از حقوق بیان شده در میثاق از سوی یک کشور عضو هستند. آنچه که در خور توجه بیشتر است الحاق‌های اخیر از سوی کشورهای استبدادی پیشین نظیر بلاروس، بلغارستان، مجارستان، مغولستان، لهستان، روسیه و اوکراین به پروتکل

اختیاری مذکور می‌باشد».^{۸۶} تفصیل بیشتر آیین‌های نظارت جهانی بر اجرای تعهدات عام را به فصل بعد موکول می‌کنیم. طرح مسأله اولویت تعهدات عام نیز در پرتو آن منافع مشترک و مسائل مشترک و ایجاد و اجرای جهانی تعهدات مورد بحث قابل توجیه است.

اولویت نرم‌های جهانی به تعبیر دیگری، در ماده ۵۳ کنوانسیون ۱۹۶۹ وین راجع به حقوق معاهدات به ظهور رسیده است که به موجب آن، قاعده آمره حقوق بین‌الملل عام، قاعده‌ای است که کل جامعه بین‌المللی کشورها آن را همچون قاعده‌ای پذیرفته و شناخته است که هیچ‌گونه تخطی از آن جایز نیست. این مقرر را می‌توان به این صورت تشریح نمود که دولتها نمی‌توانند با عقد معاهده‌ای خصوصی (که مشخصه حقوق بین‌الملل سنتی بوده) قواعد آمره و عام‌الشمول را نقض کنند، قواعدی که «جامعه بین‌المللی در کل» آنها را بدین عنوان شناخته است و این همان اولویت نرم‌های جهانی است که با همان تعبیر در رأی دیوان بین‌المللی در قضیه بارسلونا ترکشن نیز تصریح شده است. سیستم جهانی با طرح قواعد آمره و وضع تعهدات *erga omnes*، در واقع اختیاری نهایی را از آن خود ساخته است.

هرگاه دولت یا دولتهایی تعهد عام‌الشمول «ممنوعیت تجاوز» یا «ممنوعیت ژنوساید» را زیر پا بگذارند و یا با عقد قراردادی اصالت ممنوعیت توسل به زور را نادیده بگیرند، یا گروه طالبان، ادعاها و حقوق و آزادیهای اساسی مثلاً زنان افغان را نادیده گرفته، سرکوب کنند و یا سفیدپوستان آفریقای جنوبی آپارتاید را نسبت به سیاهان اعمال کنند در واقع ادعایی را مطرح می‌سازند که فراتر از آنچه لازمه بقای آنهاست، می‌رود. در اینجاست که ادعاهای دولت، گروه و فرد، با هم تعارض پیدا

86. Thomas M. Franck, supra no. 1, pp. 203-204.

کرده، سازش ناپذیر می‌شوند. «در این اوضاع و احوال، اصل بقا مستلزم انتخاب بین ادعاهای سازش ناپذیر است. سیستم جدید بین‌المللی حقوق بشر اختیار نهایی را برای حل و فصل آن اختلافات بر طبق نرمها و آیین‌های مشترک خود، برای خود محفوظ می‌دارد. بنابراین و من باب مثال، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی از کلیه دولت‌ها تعهد می‌گیرد تا «حقوق برابر مردان و زنان ... را تضمین کنند»⁸⁷ (ماده ۳ میثاق).

میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و سایر نرمهای جهانی از نظر جهانشمول بودن خود، بر ادعاهای بقایی بسیار کلی مطروحه از سوی هر عضو مجموعه سه‌تایی غلبه کرده، آنها را تحت الشعاع قرار می‌دهند. در مورد افغانستان این غلبه، حقوق زنان را بر اختصاص‌گرایی⁸⁸ مرام و اعتقادات طالبان ترجیح می‌دهد و فشار جامعه جهانی را بر وادار کردن طالبان به رعایت استانداردهای مصوب جهانی، توجیه می‌کند. تجاوز عراق به کویت، و تجاوزات متعدد ائتلاف آمریکا و انگلیس به عراق، که محکومیت‌های جهانی را به دنبال داشتند نیز، همانند مورد رژیمهای نژادپرست و آپارتاید، نشان می‌دهند که سیستم جهانی و جامعه بین‌المللی، تهاجم یک کشور به کشور دیگر و اشغال آن را، همچون نقض اصل منع تجاوز و ممنوعیت توسل به زور و بنابراین به منزله نقض صلح و امنیت بین‌المللی می‌داند که در برابر آن مقاومت کرده و دولت خاطی را سر جای خود می‌نشانند. خطاب شورای امنیت به «کلیه کشورها از جمله کشورهای غیر عضو سازمان» تأکیدی است بر ماهیت *erga omnes* تعهدات مورد بحث، یعنی تعهداتی که ماورای ترتیبات قراردادی و از سوی جامعه بین‌المللی در کل، بر هر کشوری تحمیل می‌گردد. به علاوه، این امر، حکایت از رواج عملی توجه

87. Thomas M. Franck, supra no. 1, p. 249.

88. Particularism:

دلستگی به مرام خاصی و اعتقاد به این که مرام، فقط مرام ما هست و بس.

به تعهدات *erga omnes* در سطح جامعه جهانی دارد.

در مورد اصل ممنوعیت توسل به زور به عنوان مصداقی از تعهدات *erga omnes* و نیز ارتباط آن با شخص انسان و مقوله حقوق بشر و حقوق بشردوستانه، ناچاریم توضیح دیگری نیز اضافه کنیم. می‌دانیم که بیشتر مصداقی تعهدات *erga omnes* که در رأی دیوان در قضیه بارسلونا ترکشن برشمرده شده‌اند مستقیماً مربوط می‌شوند به حمایت از انسان. در جای دیگر ما گفتیم که علت غایی وضع ممنوعیت تجاوز یا توسل به زور نیز، حمایت از بشر می‌باشد، از این رو بشر یا بشریت به صورت مخرج مشترک یا کوچکترین مخرج مشترک تمامی مصداقی تعهدات عام‌الشمول *erga omnes* در می‌آید.

این امر نیاز به توضیح دارد: تعهدات *erga omnes* بشری و بشردوستانه، حفظ و حمایت مستقیم از انسان را تضمین می‌کنند، اما وضعیت ممنوعیت توسل به زور در این مورد چگونه است؟ شکی نیست که ممنوعیت تجاوز و ممنوعیت توسل به زور (بند ۴ ماده ۲ منشور ملل متحد و معادل عرفی آن) ممنوعیتی *erga omnes* است که هدف از آن، حفاظت از حریم اصل بقایی دولتها و همین‌طور حمایت از شخص انسان می‌باشد. اصولاً برای حمایت از قربانیان جنگ و نیز غیر نظامیان، قواعد حقوق جنگ یا همان حقوق بشردوستانه وضع شده است. می‌دانیم که قواعد حقوق بشردوستانه یا حقوق در جنگ، اساساً قواعدی بین دولتها بوده‌اند اما در نیمه دوم قرن بیستم، آن قواعد جنبه انسانی تری یافته‌اند و به عبارت دیگر، انسانی شده‌اند. این تحول را از جایگزینی اصطلاح «حقوق بشر دوستانه» بجای «حقوق جنگ» یا «حقوق درگیریهای مسلحانه» به راحتی می‌توان ملاحظه کرد. صحبت در اینجا است که هر چند قواعد حقوق جنگ یا حقوق بشردوستانه، انسانی‌تر شده‌اند، اما این «انسانی شدن در حالی که می‌تواند و

باید رفتار با غیر نظامیان و اسیران جنگی را تعدیل کند اما ارتباطی به جلوگیری از توسل به جنگ ندارد».^{۸۹} جنگ همانند مسابقه مشت زنی قواعد (بازی) خود را دارد: «در مسابقه مشت زنی کوبیدن مشت به بالاتنه حریف اشکالی ندارد؛ ضربه زدن به پایین تنه، ممنوع است. مادامی که قواعد آن بازی رعایت شوند می‌توان باعث ایجاد درد و رنج و سلب آزادی شد و حتی حریف را کشت».^{۹۰} جنگ نیز به همین ترتیب است، یعنی با رعایت قواعد بازی، امکان کشتن انسانها (حتی غیرنظامیان مثلاً به واسطه خسارت جانبی قانونی) و سلب آزادی آنها، معمول تلقی می‌شود. برای مثال، اصطلاح «درد و رنج غیر ضروری»^{۹۱} را در نظر بگیریم. این در حالی است که قوانین حقوق بشر از تمامیت بدنی و شأن و منزلت انسانی در هر شرایطی حمایت می‌کنند. با این توصیف، صحبت از بشری کردن حقوق بشردوستانه یا حقوق جنگ، نوعی تعارض لفظی می‌باشد. به علاوه، در عمل نیز نمی‌توان حقوق بشردوستانه (یا حقوق جنگ) را واقعاً بشری کرد، چرا که اگر آن قواعد بیش از حد بشری شوند نقض غرض پیش می‌آید، یعنی موجب ادامه بیشتر جنگ و مقاومت بیشتر رزمندگان شده و نهایتاً قواعد جنگ را تضعیف می‌کند. پس چاره چیست؟ برای این منظور، یعنی «برای این که حقوق بشردوستانه واقعاً بشری شوند باید به تمام انواع درگیرهای مسلحانه پایان داده شود».^{۹۲} از این روست ممنوعیت توسل به زور و ممنوعیت *erga omnes* آن. و این تعبیری از همان اصلی است که ژرژسل آن را حق حیات انسان می‌داند. «به نظر ژرژسل مقوله آزادیهای فردی متضمن حق حیات است که از آن، ممنوعیت توسل به زور نتیجه گرفته

89. Theodor Meron, The humanization of humanitarian law, AJIL 2000, vol. 94, No. 2.

90. Ibid. p. 240.

91. Unnecessary suffering.

92. Ibid.

می‌شود».^{۹۳} به طور خلاصه چنین می‌توان گفت که جامعه بین‌المللی از یک طرف برای تعدیل رفتار با قربانیان جنگ، حقوق بشردوستانه بین‌المللی را پیش می‌برد، اما چون هدف این حقوق بشردوستانه نمی‌تواند نهایتاً جلوگیری از جنگ باشد (چون که «از زمان هاییل و قایلل جنگها بخشی از وضعیت و شرایط انسانی بوده و متأسفانه ظاهراً به همین ترتیب هم خواهد ماند»^{۹۴})، لذا از سوی دیگر جامعه بین‌المللی با وضع قاعده‌ای خاص (منع توسل به زور) در صدد پیشگیری عام (*erga omnes*) از تجاوز و توسل به زور است تا آن حق حیات بشری را به نحوی ریشه‌ای تضمین و جلوی تهدیدات به آن را بگیرد. پس ما هم معتقدیم که حق انسان به زیستن در صلح، برابر است با حق او به حیات (که حقی است ذاتی) که از آن، ممنوعیت توسل به زور (که تعهدی است *erga omnes*) نتیجه گرفته می‌شود. پس تعهد دولتها به رعایت ممنوعیت توسل به زور، مبنایی انسانی دارد و انسان مخرج مشترک تمامی تعهدات *erga omnes* است. مروری بر مظالم و بی‌رحمی‌های دوران جنگ جهانی دوم و آمار تلفات و ویرانی‌های گسترده آن و انقلاب حقوق بشر متعاقب پایان جنگ، این اعتقاد را تأیید می‌کند. همچنین، تجاوز آشکار آمریکا و انگلیس و استرالیا به عراق و قربانی شدن کل انسانها به صورتی وحشتناک، انسانی بودن تعهد منع تجاوز را نشان داد. با توجه به آنچه تاکنون گذشت، استنباط می‌کنیم که اولویت قواعد جهانی، ریشه در اولویت بشر و اولویت حقوق خاص فرد دارد.

۹۳. دکتر هدایت ... فلسفی، حقوق بین‌الملل معاهدات، همان منبع، ص ۲۸۴.

94. Theodor Meron, supra no. 90, p. 240.

همچنین نک. ایوڈله، دیوان کیفری بین‌المللی، ترجمه دکتر ابراهیم بیگ‌زاده، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۵-۲۶، ص ۲۹۹. «جنگ ذاتی رفتار انسانی است» به نقل از غالب بن شیخ، معاون کنفرانس جهانی ادیان برای صلح.

فصل دوم. اولویت اخلاقی حقوق فردی

مقایسه حقوق خاص هر یک از دولت، گروه و فرد، این نکته را به ذهن متبادر می‌سازد که حقوق فردی از اولویت و برتری ذاتی برخوردار است. این اولویت را می‌توان با مقایسه فرد با گروه و فرد، اولویت اخلاقی نامید. از این نظر، اخلاق را به دو دلیل نمی‌توان در مورد واحدهای جمعی نظیر «گروه» و «دولت» به کار برد، یکی دلیل عملی^{۹۵} و دیگری دلیل نظری.^{۹۶} «دلیل عملی آن است که عدالت (و اخلاق) فقط نسبت به انسانها (که اشخاصی زنده و ذی شعور هستند) قابل اجرا است، و نه نسبت به واحدهای جمعی نظیر دولتها (که اجتماعاتی فاقد حیات هستند). بنابراین اگر هم صحبت از اخلاق در رابطه با دولتها و یا گروهها شود، منظور معنی مجازی و استعاری اخلاق است. دلیل نظری برای اجتناب از قید عدالت در زمره شاخص‌های قانونمندی یک قاعده، آن است که مفاهیم عدالت و قانونمندی با هم مرتبط اما متفاوت هستند».^{۹۷}

بنابراین، چون شخص انسان، موجودی دارای حیات و قوه تمیز خوب و بد بوده و لذت و درد و رنج را احساس می‌کند، می‌توان حقوق خاص او را حقوقی اخلاقی یا ذاتی نامید. «شناخت ضرورت توازن و وفاق در میان گروه سه‌تایی صاحبان حقوق (دولت، گروه و فرد) واقعاً به معنی همان تأیید برابری آن سه مدعی نیست. از نظر اخلاقی، ادعاهای افراد استحقاق برتری دارند».^{۹۸} به تعبیر نیل مک کورمیک، «آحاد انسانها دارندگان اصلی ارزش اخلاقی و حق‌های اخلاقی و قانونی هستند».^{۹۹}

95. Operational reason.

96. Theoretical reason.

97. Thomas M. Franck, The relation of Justice to legitimacy in the international system, in Melanjes René-Jean Dupuy, 1991, Paris, pp. 159-170, at pp. 159-160.

98. Thomas M. Franck, supra no. 1, p. 252.

99. Neil Mac Cormick, Legal right and social democracy (1982), in, Thomas M. Franck, ibid.

«از سه جزء تشکیل دهنده گروه سه تایی، فقط انسان یک حق طبیعی بودن را دارد. به تعبیر پروفیسور مُل هلند، «وضعیت یک انسان حقی است که نمی‌توان آن را از هیچ اصل اخلاقی برتری بیرون کشید و لااقل در هر گونه تعیین حقوقی، وجود آن مسلم است».^{۱۰۰} بنابراین، شخصیت انسان^{۱۰۱} یا انسان بودن او، مبنای حقوق بشری و خود مختاری اوست. این واقعیت، یادآور نظرات مخالف قاضی تاناکا در رأی مربوط به قضایای آفریقای جنوب غربی است. به اعتقاد او «حقوق بشر از خود مفهوم شخص انسان ناشی می‌شوند. کشورها حقوق بشر را به وجود نمی‌آورند، بلکه صرفاً وجود آن را تأیید می‌کنند. بنابراین، حقوق بشر مستقل از اراده دولتها وجود دارند».^{۱۰۲} قاضی تاناکا در تأیید این استدلال خود به عبارتی از رأی مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری در مورد رزرویشن نسبت به کنوانسیون منع کشتار جمعی (۱۹۴۸) استناد کرده که در آن، دیوان نظر داده بود که اصول زیربنای آن کنوانسیون «حتی بدون هرگونه تعهد قراردادی» بر کشورها الزام‌آور هستند.

از سوی دیگر، تفسیرهای کمیته بین‌المللی صلیب سرخ (ICRC) از مقررات کنوانسیونهای چهارگانه ۱۹۴۹ ژنو (حقوق جنگ یا حقوق بشردوستانه بین‌المللی)، بر محوریت «شخص انسان» استوار شده‌اند. نظریه تفسیری کمیته در مورد کنوانسیون اول، ضمن تأکید بر خصلت بی‌قید و شرط و غیرمتقابل تعهدات بشردوستانه، چنین بیان می‌دارد: «یک دولت، اصل حمایت لازمه رزمندگان مجروح و بیمار را، به امید نجات تعداد معینی از اتباع خود، اعلام نمی‌دارد، بلکه این کار را به خاطر احترام به شخص

100. Leslie A. Mulholland, in, Franck, ibid.

101. Personhood or personage.

102. ICJ Rep. 1966, p.298.

انسان بماهو انسان، انجام می‌دهد».^{۱۰۳}

کنوانسیون ۱۹۶۹ وین راجع به حقوق معاهدات نیز از همان لحن (شخص انسان) در اعلام اهمیت مقررات بشری و بشردوستانه استفاده کرده است. بند ۵ ماده ۶۰ آن کنوانسیون، اصول تبادل (موضوع بندهای ۱-۳) را منصرف از معاهدات بشردوستانه می‌داند. به موجب آن مقرر است: «پاراگراف‌های ۱ تا ۳ فوق، بر مقررات مربوط به حمایت از شخص انسان که در معاهدات واجد جنبه بشردوستانه گنجانیده می‌شوند، خصوصاً مقررات ناظر بر منع اقدامات تلافی‌جویانه علیه اشخاص مورد حمایت معاهدات مذکور، جاری نمی‌باشند».^{۱۰۴} یکسال بعد (سال ۱۹۷۰) دیوان بین‌المللی دادگستری، با به کار بردن اصطلاح «شخص انسان» در رأی معروف خود در قضیه بارسلونا ترکشن، به رویه بین‌المللی ملحق شده، به طرز تلقی بین‌المللی از حقوق بنیادین بشر شکلی حقوقی بخشیده است. پاراگراف ۳۴ رأی مذکور مقرر می‌دارد: «برای مثال، این تعهدات (*erga omnes*) در حقوق بین‌المللی معاصر، از غیرقانونی دانستن تجاوز، کشتار جمعی، و نیز از اصول و قواعد مربوط به حقوق بنیادین «شخص انسان» از جمله حمایت بر ضد برده‌کشی و تبعیض نژادی ناشی می‌شوند...».^{۱۰۵}

منظور ما از مرور مقررات پیش گفته، جلب توجه به تأکیدی است که در تمامی آنها بر شخصیت یا انسانیت انسان، و به عبارت بهتر بر مفهوم شخص انسان بماهو انسان گذاشته شده است. آن مقررات با موج آراء و نظرات ارزشمند حقوقدانان تقویت و تکمیل گردیده‌اند. مهم‌تر از همه این که مفهوم شخص انسان همچون اخلاق برتر معرفی گردیده و باز مهم‌تر

103. Theodor Meron, supra no. 90, p. 248.

104. "5. paragraphs 1 to 3 do not apply to provisions relating to the protection of the human person ...".

105. ICJ Rep. 1970, p. 32.

از آن، این که، مفهوم شخص انسان به عنوان یک مفهوم اخلاقی بین‌المللی، با ورود در فضای حقوقی بین‌المللی، هیأتی حقوقی یافته و بدین لحاظ بر همگان الزام آور شده است. وجه تسمیه مقررات مربوطه به عنوان «حقوق بشر» و «حقوق بشر دوستانه» از این قرار است. به عبارت ساده‌تر، اگر ماهیتی اخلاقی به شخصیت انسان و حقوق بنیادین او داده شده، آن اخلاق پس از پوشیدن جامه قاعده حقوقی، موجودیت حقوقی مستقلی پیدا کرده است.

«در این معنا، ادعاهای خودمختاری و استقلال شخصی^{۱۰۶} نوعاً متفاوت از ادعاهای حقوق - محور^{۱۰۷} گروهها و دولتها هستند. هر دوی اینها (گروه و دولت) ساختها و مفاهیمی تاریخی - اجتماعی غیر ذاتی هستند. آنها صرفاً به نحوی اکتسابی توسط انسانها اعتبار یافته‌اند، به این معنا که انسانها با شناسایی و تعیین هویت وجود آنها و با به رسمیت شناختن آن، به آنها اعتبار بخشیده‌اند. برعکس، حقوق یک انسان، لازمه واقعیت عینی بودن (هستی)، و ذاتی آن است»^{۱۰۸} مطلب را به نحو دیگری مطرح می‌کنیم: حقایق اکتسابی و حقایق غیر اکتسابی وجود دارند. دولتها، گروهها و افراد هر کدام ممکن است دارای حقوق مکتسب باشند، اما فقط انسانها می‌توانند حقوق غیر اکتسابی هم داشته باشند. مل هلند توضیح می‌دهد که «یک حق مکتسب حقی است که قابل انتقال است، برای این که موضوع آن حق قابل انتقال است. یک حق غیر مکتسب قابل انتقال نبوده و مطلقاً (بدون قید و شرط) به دارنده آن تعلق دارد، یعنی بی آن که حالتی خارجی (نظیر عمل انتقال) به ظهور برسد»^{۱۰۹} حق به حقوق بازنشستگی نمونه‌ای از حقوق قابل

106. Personal autonomy claims.

107. Rights - based claims.

108. Thomas M. Franck, supra no. 1, p. 252.

109. Leslie A. Mulholland, The innate right to be a person, in Thomas M. Franck, ibid.

انتقال است، اما حق به حیات مصداقی از حقوق غیرقابل انتقال می‌باشد. به عبارت ساده‌تر، تفاوت بین یک جامعه (اعم از دولت یا یک گروه تاریخی) و یک شخص انسان آن است که اولی یک شیء یا یک تصور است، در حالی که دومی (انسان) این‌گونه نیست. انسان، به تعبیر کانت، یک «هدف قائم بالذات»^{۱۱۰} است.^{۱۱۱} این مثالها نشان می‌دهند که انسان بودن یا جان انسان، مبنای حقوق اخلاقی است و جان انسان به صورت عینی قابلیت تحویل را ندارد و الا، اگر جان یا شخصیت انسان واگذار گردد در واقع همان حق حیات او (موضوع ماده ۶ میثاق حقوق مدنی و سیاسی) نقض شده است. در حالی که، مثلاً حقوق بازنشستگی، به لحاظ عینی، کاملاً قابل واگذار کردن است، بی‌آن که لطمه‌ای به انسان بودن انسان وارد شود.

حقوق دولت و گروه نیز از این نوع است، یعنی دولت و گروه که اجتماعاتی فاقد روح و مفاهیمی فرضی هستند از حقوقی برخوردار هستند که در صورت تحویل تمام یا بخشی از آن، به حیات (در معنی واقعی و عینی کلمه) لطمه‌ای وارد نمی‌شود. «یک جامعه می‌تواند تجزیه شده، از هم بپاشد، و با این حال اعضای تشکیل دهنده آن زنده خواهند ماند، همانطوری که یهودیان کتاب مقدس و ارمنی‌های معاصر ماندند. اما یک انسان تجزیه شده، نمی‌تواند یک انسان باشد و اندام متلاشی شده یک انسان از بین خواهد رفت».^{۱۱۲} با این توصیف، معلوم می‌شود که آنچه انسان ادعا می‌کند حفظ حیات است که ذاتی اوست، هرگاه این ادعای انسان با حقوق ادعایی دولت یا گروه تعارض پیدا کند مسلم است که اولویت با اولی (یعنی حق حیات یا انسانیت انسان) است. انسان همواره به دنبال نجات آن حق ذاتی خود بوده است، تا آن‌که از انقلاب ۱۷۸۹ فرانسه، قوانین اساسی

110. End in itself.

111. Franck, ibid.

112. Ibid, pp. 252-253.

دولتهای آزادمنش، حمایت از آن را اعلام کردند اما حمایت مزبور فقط پس از جنگ دوم جهانی، جنبه بین‌المللی یافت.

اگر خواسته دولت و گروه از انسان، محدودیت حقوق ذاتی انسان و تابعیت اوست خواسته انسان، «حق تنها شدن»^{۱۱۳} است که حداقل خواسته‌هاست، یعنی تنها شدن در برابر دولت و گروه و رهایی از قید و بند آنها (آزادی). ما معتقدیم که آزادی^{۱۱۴} تعبیر دیگری از حق تنها شدن است، که شالوده تمامی حقوق و آزادیهای دیگر است و به تعبیر قاضی لویس دی. برندیس «پدیدآورندگان قانون اساسی ما تضمین شرایط مناسب برای تعقیب خوشبختی را تعهد کردند ... آنها حق تنها شدن را در برابر دولت، اعطا کردند - حقی که جامع‌ترین حق‌ها بوده و انسانهای متمدن بیشترین ارزش را به آن قائل شده‌اند».^{۱۱۵} از نظر امانوئل کانت، آزادی، تنها «حق تولد» همه انسانهاست. این حق، اصل زیربنای تمامی حق‌های بشری به طور کلی است: «فقط یک حق ذاتی وجود دارد. آزادی ... ، تا آنجا که بتواند با آزادی یکدیگر مطابق یک قانون عام همزیستی کند تنها حق ذاتی متعلق به هر انسان به واسطه انسان بودن اوست».^{۱۱۶} «باز هم این مسأله را به نحو دیگری مطرح می‌کنیم و آن این که ادعای اخلاقی یک انسان بر حقوق، از شخصیت ذاتی و مستقل نشأت می‌گیرد و نه از انواع وقایع خارجی عارضی (و اتفاقی) که ادعاهای مبتنی بر حقوق واحدهایی نظیر دولت، جامعه، یا قبیله را تشکیل می‌دهند. در این معنا می‌توان گفت که حقوق افراد از اولویتی طبیعی و اخلاقی بر حقوق یک گروه یا یک ملت

113. The right to be let alone.

114. Freedom.

115. Justice Louis D. Brandeis Dissenting in *Olmstead v. United States*, in, Franck, *ibid.* p. 196.

116. Immanuel Kant, *The metaphysics of morals* 63, in, Heiner Bielefeldt, *Muslim voices in the human right debate*, in *Human Rights Quarterly* 17 (1995) pp. 587-617, at p. 591.

برخوردار است، که این خود به این معنا نیز است که حقوق شخصی، از نظر ساختاری، دارای یک فایده عملی تحویل‌ناپذیر (یعنی، انکارناپذیر) و از نظر اخلاقی، دارای ارزش مطلق است. سیستم بین‌المللی، با آن که همواره تعادل و وفاق را ترویج می‌کند می‌تواند این اندیشه اخلاقی را نیز در نظر بگیرد».^{۱۱۷}

محدودیت فزاینده حاکمیت دولتها و واگذاری بخشی از آن به نفع حاکمیت جامعه بین‌المللی که در تشکل مفهوم جامعه بین‌المللی در کل (رای قضیه بارسلونا ترکشن) به ظهور رسیده است گویای این واقعیت است که حقوق دولت و گروه، قابل واگذاری است. در سطح منطقه‌ای نیز، تشکیل اتحادیه اروپایی و تفویض میزان معتناهایی از اختیارات اعضا به اتحادیه، مؤید آن است که صرف‌نظر کردن از برخی جنبه‌های حاکمیت ملی، نه تنها امکان‌پذیر، که حتی مفید هم هست. شکل فدرال دولت - کشور، یا دولت - کشور فدرال نیز می‌تواند در این زمینه مورد توجه قرار گیرد. «دولت - کشور فدرال، مرکب از دولتهای کوچکی است که هم می‌خواهند مستقل بمانند و هم در عین حال حاضرند میزان معتناهایی از حاکمیت خود را به دولت مرکزی بسپارند»^{۱۱۸} اما حقوق خاص بشر قابلیت تحویل را ندارند. سرانجام، «از نظر لغوی، این فرد است که جامعه را به وجود می‌آورد؛ گروه، ملت و دولت، فرد را به وجود نمی‌آورند. بر اساس این تفاوت، بردگی و برده داری نقض یک حق اساسی طبیعی یا اخلاقی است، در حالی که هرج و مرج صرفاً یک ضعف مربوط به خوی اجتماعی است. یا به عنوان مثال دیگر، سلب حیات یک انسان توسط دولت ممکن است قانونی باشد اما اولاً و بالذات، خطایی است بر ضد نظم طبیعی، در حالی که

117. Franck, supra no. 1, p. 253 .

۱۲۰. دکتر ابوالفضل قاضی، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، جلد اول، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۰، ص ۲۶۳، نک. صص ۲۷۰-۲۶۱.

شورش یک انسان علیه حکومت، (آن گونه که توماس جفرسون^{۱۱۹} استنباط کرده) ممکن است قانوناً خطا باشد اما نظم اخلاقی یا طبیعی اشیاء را بر هم نمی‌زند.^{۱۲۰} انسان، اولاً و بالذات، دارای حقوق و آزادیهای است: آزادی حیات (ماده ۶ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی)، آزادی برخوردار شدن از رفتار انسانی (ماده ۷، ۸ و ۱۰ میثاق)، آزادی اندیشه، عقیده و مذهب (مواد ۱۸ و ۱۹ میثاق)، آزادی اجتماع مسالمت‌آمیز (مواد ۲۱، ۲۲ و ۲۵ میثاق) و ...

ثانیاً، تشکیل اجتماع، دولت و گروه، حاصل اعمال آزادی اولیه و ذاتی انسان در تشکیل اجتماع مسالمت‌آمیز است. به عبارت بهتر، انسانها بر حسب خوی اجتماعی خود، به اجتماع، وجود و اعتبار می‌بخشند و برای آن، حقوقی را به رسمیت می‌شناسند. حال می‌توان گفت که جامعه و اجتماع نیز به طور ثانوی و بالعرض صاحب حقوق می‌شود. یعنی جامعه، این حقوق را مستقیماً و ذاتاً ندارد بلکه اعضای آن (انسانها) چنان حقوقی را اعتبار می‌کنند. در اینجا، نتیجه دیگری نیز می‌گیریم و آن این‌که، حقوق و آزادیهای بنیادین بشری، از لحاظ زمانی نیز بر ادعاهای گروه و دولت، اولویت دارند، یعنی «حقوق بشر همواره با بشر بوده‌اند. این حقوق، مستقل از دولت و قبل از دولت وجود داشته‌اند».^{۱۲۱} باید توجه داشته باشیم که «گرچه حقوق بشر، قلمرو آزادی فردی را آشکارا توسعه می‌دهد، لیکن این حقوق به هیچ وجه فردگرایانه نیستند. منظور این نیست که این حقوق منجر به یک «جامعه متشتت» عاری از همبستگی اجتماعی شود. بر خلاف خلط مبحث شایع، حقوق بشر همواره متضمن یک بعد اجتماعی است، برای

119. Thomas Jefferson.

120. Franck, ibid.

121. South west Africa, second phase, judgement, ICJ Reports 1966, Dissenting opinion of judge Tanaka pp. 248-324 at p. 297.

این که آزادی بشری فقط در ارتباط با هموعان می‌تواند مطرح شود».^{۱۲۲} و «البته، انسانها گرایش به توسعه و تحقق تمایلاتشان در اجتماع و جامعه دارند: و در آن مفهوم ثانویه، یا بالعرض، اشکال متعدد جامعه بشری (ملت، قبیله یا نژاد، و مانند آن) نیز مظاهری طبیعی از میل اجتماعی غیر قابل جلوگیری فرد هستند».^{۱۲۳} و به همین خاطر است که گفته می‌شود انسان جامعه را به وجود می‌آورد، و دولت و جامعه، انسان را به وجود نمی‌آورند. از این رو، انسان حق تنها شدن (یعنی آزادی) را در برابر دولت و جامعه دارد و آن حق از اولویتی ذاتی و اخلاقی بر حقوق دولت و گروه برخوردار است. آن اولویت ذاتی و اخلاقی، فلسفه وجودی^{۱۲۴} تعهدات بین‌المللی *erga omnes* را تشکیل می‌دهد.

دیوان بین‌المللی دادگستری در نظریه مشورتی خود راجع به کنوانسیون منع نسل‌کشی (ژنوساید) اعلام کرد: «در یک چنین کنوانسیون کشورهای متعاهد منافع خود را دنبال نمی‌کنند، بلکه دولتها همه با هم، فقط یک نفع مشترک دارند، یعنی اجرای مشترک اهداف عالی‌های که فلسفه وجودی آن کنوانسیون را تشکیل می‌دهند».^{۱۲۵} دیوان اعلام داشت که «قصد کشورهای عضو مجمع عمومی ملل متحد، از اصدار قطعنامه ۹۶ راجع به جنایت نسل‌کشی (ژنوساید)، محکوم کردن نسل‌کشی به عنوان جنایتی بر ضد حقوق اخلاقی و ... روح و اهداف ملل متحد بوده است».^{۱۲۶} دیوان در قضیه بارسلونا ترکشن (پاراگراف ۳۴ رأی خود) ممنوعیت تجاوز،

122. Heiner Bielefeldt, Muslim voices in the human rights debate, in Human Rights Quarterly 17 (1995) pp. 587-617, at p. 591.

123. Franck, *ibid.*

124. Raison d'être.

125. Reservation to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, ICJ Rep. 1951, 14 at 23.

126. *Ibid.*

ممنوعیت کشتار جمعی و نیز لزوم رعایت اصول و قواعد مربوط به سایر حقوق بنیادین شخص انسان از جمله ممنوعیت برده‌داری و ممنوعیت تبعیض نژادی را همچون مثالهایی از تعهدات عام‌الشمول *erga omnes* برشمرده و پس از اشاره به نظریه مشورتی پیش‌گفته خود، خاطر نشان ساخت که «بخش دیگر (حقوق حمایت از شخص انسان) توسط اسناد بین‌المللی جهانی یا شبه جهانی اعطا شده‌اند». لحنی که در کل پاراگراف مورد بحث به کار رفته، به روشنی حاکی است که منظور از «سایرین»، سایر حقوق مربوط به حمایت از شخص انسان - یا حقوق بشر و حقوق بشردوستانه - می‌باشد که علاوه بر موارد مذکور در پاراگراف ۳۴، در اسناد بین‌المللی اعلام شده‌اند.

کنوانسیونهای متعددی پس از جنگ جهانی دوم تصویب شده‌اند که حمایت از حقوق و آزادیهای انسان را همچون تعهد الزام‌آور حقوقی بر دولتها تحمیل می‌کنند. علاوه بر منشور ملل متحد و میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی کنوانسیونهایی به تصویب رسیده‌اند که به نحوی موضوعی و به تفصیل، حقوق بشر و حقوق بشردوستانه را تنظیم و بر دولتها تحمیل می‌کنند. از این گذشته، حقوق منع توسل به زور و مجموعه تعهدات حقوق بشری و حقوق بشردوستانه، به تعهدات عرفی معروف شده‌اند.

نتیجه

سیستم جدید حقوق بشری، که از منشور ملل متحد در سال ۱۹۴۵ ناشی می‌شود حق‌های حقوق بین‌المللی به فرد بشر اعطا می‌کند. این سیستم، انواع حق‌های بشری را به طور منجز تعیین می‌کند و لذا آن را قانونمند می‌سازد. قانونمندی عبارت از آن خصوصیت یک قاعده است که از ادراک مخاطبین آن ناشی می‌شود مبنی بر این که آن قاعده بر طبق فرایند صحیح به وجود آمده است. فرایند صحیح شامل مفهوم منابع معتبر و نیز دربرگیرنده بینش‌های ادبی، اجتماعی - مردم‌شناختی و فلسفی است.

چون صحبت از قانونمندی است، اگر سؤال شود که طرح قانونمندی چه ارتباطی با مفهوم تعهدات بین‌المللی *erga omnes* دارد؟ یا چه تفاوتی بین این تعهدات و قواعد امری *Jus cogens* (موضوع ماده ۵۳ کنوانسیون حقوق معاهدات) وجود دارد؟ می‌گوییم: قواعد مذکور چندان قانونمند نیستند و در مقایسه با مفهوم تعهدات بین‌المللی *erga omnes* از قانونمندی کمتری برخوردار هستند؛ برای این که مصادیق این قواعد مشخص نیست. از این روست که از زمان اعلام قواعد امری *Jus cogens* همواره بحث بر سر این بوده است که کدام قاعده امری است و به همین سبب، بعضی دولت‌ها (از جمله فرانسه) به علت مخالفت با مفهوم قاعده آمره، از الحاق به آن کنوانسیون خودداری ورزیدند. اما تعهدات بین‌المللی *erga omnes* را دیوان اعلام نموده و مصادیق بارز آن را دقیقاً معین و منجز ساخته است. در نتیجه، این تعهدات، قانونمند هستند و می‌دانیم که هرگاه ادعا شود که قاعده یا تعهدی قانونمند است، دو چیز منظور است: یکی این که آن قاعده یا تعهد بر طبق فرایند درست به وجود آمده است و بنابراین، این که آن قاعده یا تعهد باید موجب تقویت اطاعت داوطلبانه اعضا (مخاطبین) شود. چنین قاعده‌ای شایسته تأیید است. از آنجا که در هر جامعه‌ای (ملی، منطقه‌ای،

بین‌المللی) مفهوم جامعه با سطح بالایی از اطاعت داوطلبانه قواعد تقویت می‌گردد، لذا قانونمندی‌سازی موجب تقویت تصور جامعه از سوی اعضای آن می‌شود. دیوان بین‌المللی دادگستری، نظم عمومی بین‌المللی را در قالب مفهوم تعهدات بین‌المللی *erga omnes* قانونمند ساخته و از این طریق موجب تقویت تصور حاکمیت جامعه بین‌المللی از سوی اعضا (دولتها) شده است. سؤال این است که جامعه مورد نظر دیوان کدام جامعه است؟ منظور دیوان از «جامعه بین‌المللی در کل» جامعه بشری است؛ زیرا، اشاره‌ای که دیوان در ارتباط با مفهوم تعهدات *erga omnes* و کلیت جامعه بین‌المللی، به حقوق بنیادین شخص انسان (حمایت برضد برده‌داری و تبعیض نژادی، و ارجاع به اسناد بین‌المللی جهانی و شبه جهانی در مورد اصول و قواعد مربوط به حقوق بنیادین شخص انسان) داشته، نشان می‌دهد که از نظر دیوان، جامعه بین‌المللی، جدای از دول تشکیل دهنده آن وجود دارد. در نتیجه، دیوان با این رأی خود موجب تقویت تصور حاکمیت جامعه بشری و بشریت شده است. واقعیت این است که بشریت یا جامعه بشری، بر فراز جامعه بین‌المللی قرار گرفته، اما چون سازمان یافته نیست لذا مجبور است مدام بر ساختار جامعه بین‌المللی دولتها فشار آورد تا آن را دگرگون سازد (یعنی انسانی سازد). از این روست که در آغاز منشور، حقوق بشر و بشریت آمده است. توجه به این واقعیت نیز مهم است که مفهوم «جامعه بین‌المللی دولتها در کل» (موضوع ماده ۵۳ کنوانسیون ۱۹۶۹ وین)، در رأی دیوان به «جامعه بین‌المللی در کل» تغییر یافته است. سابق بر این، انسانها به واسطه دولتهای متبوع شان شناخته می‌شدند. تعابیر “subject” و “national” گویای این وصف هستند که هنوز هم کاربرد دارند. یعنی انسان فقط به واسطه دولت متبوع خود می‌توانست مطرح باشد و هیچ‌گونه سِمَت مستقلی برای او متصور نبود، اما امروزه جامعه بشری یا بشریت

”humanity“ نشانگر این واقعیت است که دولت، انسانی (یا جامعه انسانی) شده است. دولت‌ها مأمور خدمت به انسانها و حفاظت از حقوق و آزادیهای بنیادین انسان هستند. امروزه، قانونمندی یک حکومت، عمدتاً بر اساس رعایت حقوق بشر تعیین می‌شود. توجیه مفهوم بشریت یا جامعه بشری نیز از این روست. از نظر کانت، دولت جزء تشکیل دهنده ساختار آرمانی شبه فدرالیست بشریت است. به عبارت دیگر، بشریت ساختاری آرمانی و کنفدراسیونی است که دولت‌ها همچون ایالت‌های آن به شمار می‌روند^{۱۲۷} (کنفدراسیون بشری یا بشریت). اکنون، پس از گذشت دو قرن از پیش‌بینی و آرمان مورد نظر کانت (یعنی بشریت)، چنین می‌نماید که آن آرمان از جنبه‌های زیادی صورت تحقق یافته، به واقعیت پیوسته است. بنابراین، و من باب مثال، حقوق جنگ یا حقوق درگیریهای مسلحانه که اصولاً حقوق بین‌الدولی بوده، تحت تأثیر نهضت جهانی حقوق بشر، تا حدود زیادی انسانی شده است.^{۱۲۸}

نگاهی اجمالی بر انواع حق‌های بشری، که میثاق (ICCPR) تعیین کرده، ما را به تأمل در فلسفه وجودی میثاق و تاریخ پشت سر آن سوق می‌دهد؛ زمانی که در سال ۱۹۶۶ دولت‌ها پس از پشت سر گذاشتن تاریخی طولانی در مورد آزادی عقیده، انتخاب و دین انسان، کنوانسیون جهانی (میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی) را به مذاکره گذاشته و سپس تصویب نمودند، نیک آگاه بودند که تاریخ ایمان دینی و تبعیت تحمیلی، انسانها را به جنگ و خونریزی واداشته است. از این رو، ضمن تصویب میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، تحمل و مدارا در موضوعات اعتقادی

۱۲۷. نک.

Thomas M. Franck, supra no. 1, p. 77.

۱۲۸. نک.

Theodor Meron, The humanization of humanitarian law, supra n. 90, pp. 239-278.

و دینی را به صورت قاعده‌ای جهانی درآوردند^{۱۲۹} تا صحه‌ای دیگر بر مأموریت خودشان در تضمین و حفاظت آزادیهای بنیادین بشری زده باشند. آزادی انسان در اندیشیدن، انتخاب و دین، انسان را در مقابل دولت، دین و اجتماعات کاملاً خودمختار تنها و آزاد می‌سازد و از او حمایت می‌کند. البته این آزادی شامل آزادی انسان در داشتن هر اندازه تعلق خاطر به تمام یا هریک از مقوله‌های مذکور است، همانطوری که شامل آزادی او در ترک هریک از آنها در هر زمانی است. با توجه به آنچه گفته شد می‌توان چنین نتیجه گرفت که: با این که جامعه بین‌المللی و نظم قدیم آن (آنچه که ما در بخش اول در مورد کم و کیف آن و نیز راجع به طلوع و افول آن سخن گفتیم) تغییر یافته یعنی به نظم جدید (موضوع بخش دوم) مبدل شده، اما یک چیز بدون تغییر باقی مانده و آن آرزوی صلح است، خواسته‌ای که در معاهدات صلح و ستفالی (مقدمه معاهده مونستر - ۳۰ ژانویه ۱۶۴۸) بیان شده است: صلح خوشایند، معتبر و عادلانه، و میوه‌های شیرین صلح کامل و دائمی برای آرامش ... مردمان و سرزمینها در ازای وفاداری و تبعیتشان از دولتها.^{۱۳۰} همان خواسته (یعنی صلح و امنیت بین‌المللی) امروزه فلسفه وجودی و هدف اصلی سازمان ملل متحد می‌باشد.

۱۲۹. برای مطالعات تفصیلی نک. منبع شماره ۱، صص ۱۴۹-۱۰۱ خصوصاً صص ۱۴۷-۱۴۶.
۱۳۰. نک.

Nico Schrijver, supra no. 81, p. 98.