

نظریه امانی قاعده امره

(قواعد امره حقوق بین‌الملل با تأکید بر نظریه امانی قاعده امره)^(۱)

اوان جی کریدل - اوان فاکس دیسنت^(۲)
ترجمه، تلخیص و تحقیق: مهداد فلاح اسدی^(۳)

1. مقدمه

در حقوق بین‌الملل، اصطلاح «قاعده امره» (حقوق الزام‌آور در معنای تحت‌اللفظی)^(۴) به قواعدی گفته می‌شود که خصیصه امری داشته و بر معاهدات و عرف متعارض، تفوق دارند. مجموعه حقوقی ناظر بر روابط خارجی ایالات متحده،^(۵) قاعده امره یا *jus cogens* را به نحوی تعریف کرده که حداقل شامل موارد ذیل است: منع نسل‌کشی، برده‌داری یا تجارت برده، قتل یا ناپدید شدن اشخاص، شکنجه یا دیگر رفتارها و مجازات‌های غیرانسانی و تحقیرکننده، بازداشت خودسرانه طولانی مدت، تبعیض نژادی نظام‌مند و «اصول منشور ملل متحد در خصوص منع توسل به زور».

1. A Fiduciary Theory of *Jus Cogens*, The Yale Journal of International Law, [Vol. 34:331, 2009].

2. Evan J. Criddle & Evan Fox-Decent

به ترتیب، استاد دانشکده حقوق دانشگاه سیراکیوز؛ استاد دانشکده حقوق دانشگاه مک‌گیل.

3. دانشجوی دوره دکتری حقوق بین‌الملل دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی
mf_assadi@yahoo.com

(این ترجمه را به استاد فرزانه حقوق بین‌الملل جناب آقای دکتر هدایت‌الله فلسفی تقدیم می‌نمایم)

4. [(supervening coercive law); Fellmeth and Horwitz, *Guide to Latin in International Law*, OUP, 2009, pp. 151-152]

5. Restatement (Third) of Foreign Relations of the United States.

مجموعه‌ای حقوقی که توسط مؤسسه حقوقی آمریکایی (American law institute) تهیه و تدوین می‌گردد و در بردارنده نکات و مسائل و موضوعات حقوقی در زمینه تعارض قوانین، قراردادها، حقوق روابط خارجی ایالات متحده، آرای دادگاهها و... می‌باشد و تدوین‌کنندگان آن با ارائه نقطه‌نظرات و تغییرات مطلوب پیشنهادی، سعی در بهبود قوانین با در نظر داشتن تحولات آتی دارند و دادگاهها نیز در قضایای مختلف به آن استناد می‌کنند.

Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, West Publishing Co., Eighth edition, 2004, p. 1339.

قواعد آمره، امری است بدین معنا که الزام آور بوده و هیچ‌گونه سرپیچی و عدول را نمی‌پذیرد و تنها با قاعده عام بین‌المللی که ویژگی مشابهی داشته باشد قابل تغییر است.^(۶) ظهور قواعد آمره در طی قرن گذشته باعث پدیداری موج‌های سهمگین در نظریه حقوقی بین‌المللی شده است و دکتربین منابع و مفاهیم حاکمیت دولت را متحول نموده است. در حالی که برخی از اندیشمندان از این مفهوم استقبال کردند و برخی دیگر روی خوش نشان ندادند، قواعد آمره به منظور ایجاد سلسله‌مراتب منظم در حقوق بین‌الملل پدیدار شدند و بعضی از قواعد بنیادین مثل منع نسل‌کشی و منع برده‌داری در مقابل قواعد عرفی و موضوعه عادی، واجد وضعیت شبه‌اساسی (quasi-constitutional) شدند.^(۷) قواعد آمره با ایجاد محدودیت در مقابل اعمال دولت، اثبات‌گرایی (Positivism) که رضایت دولت را به‌عنوان منشأ همه تعهدات حقوقی بین‌المللی تلقی می‌نماید، به چالش می‌کشد.

۲. قواعد آمره در نظریه و عمل

الف) قواعد آمره از منظر تاریخی

یک تصور غلط و رایج میان حقوق‌دانان بین‌المللی این است که قواعد آمره محصول و زائیده قرن بیستم است بدون آنکه سابقه‌ای در تئوری حقوقی بین‌المللی داشته باشد. اگرچه اصطلاح «*jus cogens*» تا قرن بیستم جایگاهی در گفتمان حقوقی بین‌المللی نداشت، این اصل که برخی از قواعد بنیادین، مستعد ویژگی امری در حقوق بین‌المللی است، ریشه‌ای قدیمی دارد.

حقوق‌دانان بین‌المللی کلاسیک مثل گروسوس (Grotius)، واتل (Vattel) و ولف (Wolf) براساس تفکیک حقوق روم بین حقوق ارادی (*jus dispositivum* یا Voluntary Law) و حقوق الزام‌آور (*scriptum jus* یا Obligatory Law)، سعی در تفکیک توافقات رضایی و ارادی میان دولت‌ها و اصول «ضروری» حقوق بین‌الملل داشته‌اند که همه دولت‌ها را بر مبنای وجدان و نه رضایت متعهد می‌نمایند. واتل معتقد است که برخلاف تعهدات حقوقی عادی ناشی از معاهده یا عرف، قواعد الزام‌آور اجازه هیچ‌گونه سرپیچی و تخطی را نمی‌دهد زیرا این قواعد، نشأت گرفته از منبع عالی‌تر است که همان حقوق طبیعی است. البته واتل تصریح نمی‌کند که کدام تعهدات متضمن «حقوق ضروری ملت‌ها» است و احتمالاً ترجیح داده که این امر را موکول به قوانین مبتنی بر وجدان (The Laws of Conscience) نماید.

حتی پس از آن که نظریه حقوق طبیعی در قرن نوزدهم با اعتلای اثبات‌گرایی، رو به افول گذاشت، مفهوم کلاسیک حقوق امری (آمره) در تئوری حقوقی بین‌المللی تأثیر گذاشت.

حقوق‌دانان بین‌المللی اوایل قرن بیستم مثل اوپنهایم و ویلیام هال با اطمینان کامل تأکید داشتند که دولت‌ها

6. See. Vienna Convention on the Law of Treaties Art. 53, opened for signature May 23, 1969, 1155 U.N.T.S. 331, 8 I.L.M. 679.

7. See e.g., Martti Koskenniemi, *Hierarchy in International Law: A Sketch*, 8 EUR. J. INT'L L. 566, 566(1997) (*Jus cogens* or imperative norms... presuppose relationships of normative hierarchy.); Dinah Shelton, *Normative Hierarchy in International Law*, 100 AM. J. INT'L L. 291, 323(2006) (describing "universal norms" in international law as "a matter of necessity").

نمی‌توانند با رضایت متقابل، «برخی اصول شناخته‌شده جهانی» را ملغی نمایند.^(۸) خارج از محیط آکادمیک نیز قضات دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی (PCIJ) در آرای مخالف و موافق فردی متعددی، وجود قواعد آمره در حقوق بین‌الملل را با اشاره به معاهدات مغایر تدبیر یا نظم عمومی (*contra bonos mores*) یا (Contrary to Public Policy) مورد تصدیق قرار دادند.^(۹)

انتشار مقاله فردروس (Verdross) با عنوان «معاهدات منع شده (ممنوع) در حقوق بین‌الملل»^(۱۰) در سال ۱۹۳۷ باعث جلب توجه بیشتر حقوق‌دانان و نظریه‌پردازان به قواعد آمره شد. فردروس معتقد بود که علی‌رغم توافقات دولت‌ها در مغایرت با آن قواعد، برخی از قواعد عرفی بین‌المللی دارای خصیصه الزام‌آور بوده و درست همان‌طور که دادگاه‌های داخلی اختیار ابطال قراردادهای مغایر تدبیر یا نظم عمومی را دارند، فردروس تأکید داشت که دادگاه‌ها باید موافقت‌نامه‌های بین‌المللی در تعارض با قواعد آمره بین‌المللی را بی‌اثر دانسته و کنارگذارند. فردروس قواعد امری را این‌طور تعریف نمود: «حداقل اخلاقی که همه دولت‌های جامعه بین‌المللی به رسمیت شناخته‌اند».

فردروس در توضیح و تشریح پدیده قواعد آمره بین‌المللی استدلال نمود که در حقوق بین‌الملل، دولت‌ها برای انجام برخی «وظایف اخلاقی»، تکلیف امری دارند از جمله «حفظ نظم و قانون در داخل کشورها، دفاع در برابر حملات خارجی، حفاظت از رفاه مادی و معنوی شهروندان در کشور و حمایت از اتباع در خارج».

به گفته فردروس مصادیق معاهدات بین‌المللی مغایر با قواعد آمره می‌تواند شامل موارد ذیل باشد:

«معاهداتی که دولت را متعهد به کاهش نیروهای پلیسی یا تشکیلات قضایی می‌نماید به‌نحوی که آن دولت دیگر قادر به حفظ حیات، آزادی، حیثیت یا اموال افراد در سرزمین خود نباشد». معاهدات دیگری که می‌توانند ناقض قواعد آمره باشند شامل موارد ذیل است:

- معاهده‌ای که دولت را ملزم به بستن بیمارستان‌ها و تعطیلی مدارس نماید؛
 - معاهده‌ای که ناظر بر عقیم‌سازی زنان باشد؛
 - معاهده‌ای که دولت را متعهد به کشتن کودکان نماید؛
 - معاهده‌ای که دولت را ملزم به بستن کارخانجات نماید؛
 - معاهده‌ای که زمین‌های آن کشور را بدون شخم‌زدن رها نماید؛
 - معاهدات دیگری که جمعیت آن دولت را در معرض سختی و فشار قرار دهد.
- در بدو امر رویکرد فردروس به قواعد آمره بین‌المللی موجب بروز تردیدهایی در جامعه آکادمیک حقوقی شد.

8. William Hall, *A Treatise on International Law* 382-83 (8th ed. 1924) (asserting that “fundamental principles of international law” may “invalidate or at least render voidable”, conflicting international agreements); 1 Lassa Oppenheim, *International Law* 528 (1905).

9. به‌عنوان مثال قاضی شوکینگ (Schucking) در نظر مخالف خود در قضیه اسکارشین (Oscarchinn) در سال ۱۹۳۴ مقرر داشت: “Neither an international court nor an arbitral tribunal Should apply a treaty provision in contradiction to bonos mores” [بهتر این بود که نویسندگان مقاله از معادل انگلیسی Contrary to Public Policy استفاده نمی‌کردند چرا که اصطلاح لاتینی (*contra bonos mores*) به معنای «مغایر رویه‌های صحیح و حسنه» می‌باشد هرچند که می‌توان گفت منظور آن‌ها از *bonos mores* «تدبیر عمومی» بوده است].

10. Forbidden Treaties in International Law

41 ❖ نظریهٔ امانی قاعدهٔ آمره ...

حقوق دانان بین‌المللی طرف دار اندیشه اثبات‌گرایی از جمله هانس کلسن (Hans Kelsen) و شوارزنبرگر (Schwarzenberger) و قاضی مُرلی (Morelli) (از قضات دیوان بین‌المللی دادگستری) بر این اعتقاد بودند که دولت‌ها نمی‌توانند بدون رضایتشان متعهد و ملتزم به هنجارهای بین‌المللی شوند و در خصوص اینکه آیا رویه دولت‌ها حاکی از ظهور اجماع اخلاقی است که منجر به شکل‌گیری قواعد آمره بین‌المللی شده باشد، تردید داشتند. چنین رویکردی به سرعت تغییر نمود و پس از جنگ جهانی دوم مفهوم قاعده آمره، اعتبار و جایگاهی متعالی یافت. برای حقوق دانان بین‌المللی، محاکمه سران متحدین (دول محور) در نورنبرگ و توکیو، دلیل قانع‌کننده‌ای بود که در واقع حقوق بین‌الملل برای استناد به حاکمیت دولت به مثابه سپری برای [محاکمه] مقامات و سران متهم به ارتکاب جنایت علیه بشریت، محدودیت‌های ماهوی قائل است.

در همان دورانی که دولت‌ها متعهد به اعلامیه جهانی حقوق بشر بودند و در راستای منع تجاوز دولتی و تضمین حیثیت انسانی از طریق اسناد چندجانبه مبتنی بر رضایت مثل منشور ملل متحد و میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (ICCPR) کار می‌کردند، قضات و حقوق دانان بین‌المللی به صورت هماهنگ و یک‌صدا اعلام می‌کردند که هنجارهای جهانی (Universal Norms) مثل منع نسل‌کشی بدون توجه به رضایت دولت، همه دولت‌ها را متعهد و ملتزم می‌نماید.⁽¹¹⁾

در دهه 50 و 60 میلادی زمانی که کمیسیون حقوق بین‌الملل مشغول تهیه طرح پیش‌نویس کنوانسیون وین راجع به حقوق معاهدات (VCLT) بود، بحث قواعد آمره به‌طور جدی مطرح شد.

لاتریاخت (Lauterpacht) در بخشی از پیش‌نویس کنوانسیون و گزارشی که تسلیم کمیسیون نمود، تصدیق کرد که دامنه و محتوای قاعده آمره نامشخص است و متذکر شد که قواعد آمره، اقتدار حقوقی منحصر به فرد خود را از دو منبع به هم وابسته کسب می‌کنند: اخلاق بین‌المللی و اصول عام ناشی از رویه دولت‌ها.

از نظر لاتریاخت «اصول برتر حقوق بین‌الملل» مثل منع برده‌داری، اصول اساسی تدبیر عمومی بین‌المللی (International Public Policy) محسوب می‌شوند. این اصول مبین قواعد اخلاق بین‌المللی چنان محکمی هستند که یک دادگاه بین‌المللی آن‌ها را بخشی از اصول حقوقی می‌داند که ملل متمدن به رسمیت شناخته‌اند و دیوان بین‌المللی دادگستری متعهد است تا به موجب اساسنامه خود، آن‌ها را اعمال نماید.

همکاران لاتریاخت در کمیسیون حقوق بین‌الملل ارزیابی وی را به اینکه برخی از قواعد بین‌المللی وضعیت قاعده آمره (*jus cogens*) کسب نموده‌اند، پذیرفتند. با این حال، علی‌رغم توافق عمومی در خصوص وجود قواعد آمره بین‌المللی، کمیسیون نتوانست در خصوص مبنای نظری برای اقتدار حقوقی قواعد آمره یا معیار مقتضی برای شناسایی قواعد آمره، به اجماع برسد.

بعضی از اعضای کمیسیون با دیدگاه لاتریاخت موافق بودند که قواعد آمره مبین حداقل قواعد اخلاق بین‌المللی یا تشکیل‌دهنده «نظم عمومی بین‌المللی» (International Public Order) است. البته اکثر اعضای کمیسیون متعاقباً به والداک (چهارمین گزارشگر ویژه کمیسیون برای حقوق معاهدات) پیوستند و هدف آن‌ها ایجاد تعادل و مصالحه قواعد آمره با پارادایم اثبات‌گرایی قراردادی بود. بر اساس فرمول والداک، محتوای حقوق

11. See. e.g. Reservation to the convention on the prevention and punishment of the crime of Genocide, Advisory opinion, 1951 ICJ 15, 23 (May 28) (“the principles underlying the [Genocide] convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligations”).

بین الملل امری باید از منابع سنتی (اعم از عرفی یا معاهده‌ای) که بازتاب رضایت دولت می‌باشد، جستجو شود. بعد از مباحثات طولانی پیرامون مسائل مذکور، کمیسیون در سال ۱۹۶۳ به این نتیجه رسید که «تاکنون یک معیار پذیرفته شده عام برای شناسایی قاعده عام حقوق بین الملل که واجد خصیصه آمره باشد، وجود ندارد». نهایتاً کمیسیون تصمیم گرفت پیش نویس کنوانسیون را برای تصویب ارائه کند بدون آنکه به طور مشخص، مبنای نظری قاعده آمره یا معیار دقیقی جهت شناسایی قواعد آمره خاص را تعریف و ارائه نماید.

ماده ۵۳ کنوانسیون، وجود قواعد آمره بین المللی را بدین نحو تصدیق نمود:

«در صورتی که معاهده‌ای در زمان انعقاد در تعارض با قاعده آمره حقوق بین الملل باشد، باطل است». کمیسیون در شرح پیوست پیش نویس کنوانسیون متذکر شد که «جانب احتیاط ایجاب می‌نماید که محتوای این قاعده از طریق رویه دولت‌ها و رویه قضایی بین المللی متبلور شود».

بدین منظور ماده ۵۳، قاعده آمره را چنین تعریف نمود:

«قاعده آمره حقوق بین الملل عام، قاعده‌ای است که جامعه بین المللی دولت‌ها، در کل خود، آن را در حد قاعده‌ای که هیچ گونه تخطی از حدود آن مجاز نیست و نمی‌تواند جز با قاعده جدید حقوق بین الملل عام، با همان خصوصیات تغییر یابد، پذیرفته و شناخته است».

اگرچه ماده ۵۳ وجود قاعده آمره را به عنوان قواعد بین المللی غیر قابل عدول، تأیید کرده اما صراحتاً مبنای این قواعد را در اصول حقوق طبیعی، رضایت دولت [اثبات گرایی]، نظم عمومی یا هر نظریه دیگری در مورد تعهد حقوقی قرار نداده است.

در جریان تصویب کنوانسیون وین ۱۹۶۹ راجع به حقوق معاهدات (VCLT)، بسیاری از دولت‌ها تمرکز ماده ۵۳ بر «Acceptance» و «Recognition» را منعکس کننده نظریه مبتنی بر اجماع قاعده آمره تفسیر می‌کردند: هنجارهای بین المللی (International Norms) بر تعهدات معاهده‌ای هیچ گونه برتری ندارند مگر آن که توسط جامعه بین المللی دولت‌ها به عنوان قواعد غیر قابل تخطی شناخته شوند.

به علاوه از آنجا که ماده ۵۳ هیچ گونه قاعده بین المللی را به عنوان قاعده غیر قابل تخطی تعیین نکرده، دولت‌ها آزاد بودند که در خصوص محتوا و دامنه این ماده تدبیر نمایند.

به جز ذکر «حقوق منشور راجع به توسل به زور» در شرح ماده ۵۰ به عنوان «مثال بارز قاعده‌ای که واجد خصیصه آمره در حقوق بین الملل می‌باشد»، کمیسیون عمداً از احصای قواعد آمره خودداری نمود تا از سوء برداشت در خصوص وضعیت قواعد دیگر که در آن ماده ذکر نشده‌اند و از مطالعه دراز مدت مسائلی که خارج از قلمرو مواد کنوانسیون می‌باشد، اجتناب نماید.^(۱۲)

اما امروزه مفهوم قواعد آمره بین المللی به طور گسترده مورد پذیرش حقوق دانان بین المللی و مورد تأیید دادگاه‌های بین المللی، داخلی و منطقه‌ای است.^(۱۳) با این حال مباحثات علمی و دانشگاهی درباره ماهیت، قلمرو و محتوای قواعد

12. دولت‌های شرکت کننده در کنفرانس وین در خصوص این که آیا قواعد آمره، دول معترض مصر را متعهد می‌نماید یا خیر، اختلاف نظر داشتند. [گفتنی است، قاعده Persistent Objector تنها در مورد قواعد عرفی بین المللی که خصیصه آمری نداشته باشند قابل اعمال و استناد است. در غیر این صورت و در صورت اعمال آن در خصوص قواعد آمره، فلسفه و علت غایی آن قواعد مخدوش می‌گردد].

13. به عنوان مثال، ن.ک:

آمره - مسائلی که در جریان تهیه پیش‌نویس کنوانسیون ۱۹۶۹ وین نیز کمیسیون به آن‌ها پرداخت - تا امروز ادامه دارد.

ب) نظریه‌های اثبات‌گرایانه

اکثر مفسران معاصر کماکان از دریچه اثبات‌گرایی رضایت دولت به قواعد آمره می‌نگرند. وجوب رضایت دولت بر این اساس توجیه می‌شود که دولت‌ها دارای حاکمیت و استقلال هستند و در نتیجه نمی‌توانند بر خلاف رضایت، متعهد به قواعد حقوقی شوند. بر اساس رویکرد مبتنی بر رضایت، قواعد و مقررات بین‌المللی از همان طریق فرآیند وضع مقررات که موجد حقوق بین‌الملل متداول است [یعنی مشارکت مستقیم دولت‌های مستقل و دارای حاکمیت در وضع مقررات] وضعیت و خصیصه امری می‌یابند. به‌ویژه دولت‌ها رضایت خود به قواعد آمره را از طریق تدوین قواعد در قالب معاهدات، پذیرش آن‌ها به‌عنوان حقوق بین‌الملل عرفی یا به‌کارگیری آن‌ها در حقوق داخلی به‌عنوان اصول کلی حقوقی ابراز می‌نمایند.

نظریه پیشرو و غالب اثبات‌گرایی در خصوص *jus cogens*، قواعد آمره را به‌عنوان حقوق عرفی تلقی می‌نماید که به‌واسطه رویه دولت‌ها و *opinio juris* (اعتقاد به الزام) حالت امری یافته است. سومین مجموعه حقوقی ناظر بر روابط خارجی ایالات متحده همین دیدگاه را پذیرفته است. به اعتقاد اثبات‌گرایان، تصور مبتنی بر عرف از *jus cogens*، به‌واسطه تضمین کنترل ثابت دولت‌ها بر ایجاد و تکامل قواعد آمره، مشروعیت حقوق بین‌الملل را تقویت می‌نماید.

ایراداتی که به رویکرد اثبات‌گرایی در خصوص قواعد آمره طرح می‌شود این است که حتی اگر رویه دولت به وضوح حاکی از شناسایی قواعد آمره به‌عنوان قواعد عرفی بین‌المللی باشد، رویکرد مبتنی بر رضایت، ناتوان از توضیح این مسئله است که چرا قواعد عرفی برای معترض مضمحل (مداوم) نیز الزام‌آور است یا معاهدات متعارض لاحق را ملغی می‌نمایند.

از طرف دیگر این تصور که وضعیت غیرقابل تخطی قواعد آمره، نشأت‌گرفته از معاهدات است، از قوام لازم برخوردار نیست. به‌طور مثال میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (ICCPR) و کنوانسیون پیشگیری و مجازات جرم نسل‌کشی حاوی قواعد حقوق بنیادین بشر بوده و در پی تحقق عضویت جهانی و فراگیر می‌باشند. در تحلیل نهایی به لحاظ منطقی، رضایت دولت‌های عضو نمی‌تواند به‌نحوی تفسیر شود که مبین ایجاد حقوق بین‌الملل آمره [عام] (قواعد آمره حقوق بین‌الملل عام) قابل اعمال برای دولت‌هایی باشد که معاهدات مزبور را تصویب نکرده‌اند.

این واقعیت که بسیاری از دولت‌ها کنوانسیون نسل‌کشی را تصویب نموده‌اند، ضرورت ابراز رضایت از سوی دول غیرعضو به منظور تعهد و تبعیت از مقررات خاص کنوانسیون را مرتفع نمی‌نماید.

البته به‌طور حتم این بدین معنا نیست که منع نسل‌کشی، قاعده آمره نیست یا هیچ ارتباطی بین قواعد آمره و معاهدات وجود ندارد.^(۱۴) در هر حال، مسلم است که صرف این واقعیت که یک کنوانسیون چندجانبه، قواعد

Siderman de Blake V. Republic of Arg., 965 F. 2d 699 (9th cir. 1992) (recognizing torture as a *jus cogens* violation); *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. U.S.)*, 1986 ICJ 14, 100 (recognizing the prohibition on the use of force in international Law as *jus cogens*)

14. برعکس، دیوان بین‌المللی دادگستری مقرر داشت که اصول مندرج در کنوانسیون نسل‌کشی (جدای از مقررات خاص آن)، «جهانی» بوده و «حتی بدون هیچ‌گونه تعهد قراردادی برای دولت‌ها الزام‌آور است».

بین‌المللی را تدوین می‌نماید به‌خودی‌خود برای شناسایی آن قواعد به‌عنوان قواعد آمره کافی نیست. اگر بنا باشد قواعد آمره به‌طور جدی منشأ تعهد بین‌المللی باشد، قوه یا نیروی امری آن باید ناشی از اصولی غیر از رضایت دولت باشد.

ج) نظریه‌های حقوق طبیعی

یک راه برای رفع نارسایی نظریه‌های اثبات‌گرایانه قاعده آمره، در نظر گرفتن قواعد آمره به‌عنوان بقایای مکتب حقوق طبیعی است. پیرو اندیشه‌های ضد اثبات‌گرایانه لاتریپا، تعدادی از حقوق‌دانان و نظریه‌پردازان معتقدند که جایگاه ممتاز قواعد آمره ریشه در اقتدار اخلاقی امری آن قواعد دارد. برای مثال، یکی از اعضای کمیسیون حقوق بین‌الملل به نام مصطفی کامل یاسین در جریان تهیه پیش‌نویس کنوانسیون وین حقوق معاهدات، بر این مسئله تأکید نمود که: «تنها معیار احتمالی» برای تشخیص قواعد آمره از قواعد عرفی و معاهده‌ای عادی، «ماهیت قاعده می‌باشد»، از جمله این که آیا قواعد «عمیقاً ریشه در وجدان بین‌المللی» دارد یا خیر؟

اخیراً نیز نظریه‌پردازان برجسته حقوق بشر مثل لوئیس هنکین (Louis Henkin) و لوئیس سان (Louis Sohn) چنین اظهار داشته‌اند که قواعد آمره مثل منع برده‌داری و منع تجاوز نظامی خصیصه امری خود را از اقتدار اخلاقی و عقلانی ذاتی خود حاصل می‌نمایند و نه از رضایت دولت؛ بدین نحو، معاهدات، عرف و اصول کلی می‌توانند متضمن قواعد آمره باشند اما نمی‌توانند آن قواعد را ملغی نمایند.

رویه قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری و کمیسیون آمریکایی حقوق بشر، این نظر را که قواعد آمره، ریشه حقوق طبیعی دارند، تقویت می‌نماید.^(۱۵)

با این حال اثبات‌گرایان معتقدند که نظریه‌های حقوق طبیعی ناظر بر قواعد آمره، به‌صورت تصنعی، اخلاق و حقوق را ترکیب می‌نمایند و قواعد اخلاقی نسبی را با اصول عینی حق و تعهد حقوقی خلط می‌نمایند.

آنچه کماکان مشکل‌آفرین است این که تئوری حقوق طبیعی همانند اثبات‌گرایی حقوقی در تلاش برای توضیح این مسئله است که چگونه قواعد آمره می‌تواند محدودیت‌های ماهوی برای اعمال دولت‌ها قائل شود بدون آنکه مفهوم حاکمیت دولت تعدیل شود یا از درون تهی گردد. به همین دلایل است که اکثر دادگاه‌های بین‌المللی و حقوق‌دانان نیم‌قرن گذشته از اتکا به مکتب حقوق طبیعی اجتناب نموده و به نظریه‌های دیگر ناظر بر قاعده آمره اتکا نموده‌اند.^(۱۶)

Reservations to the convention on the prevention and punishment of the crime of Genocide, Advisory opinion, 1951 ICJ 15, 23 (may 28).

15. به‌عنوان مثال کمیسیون آمریکایی بشر در قضیه *Domingues v. United States* مقرر می‌دارد: “*jus cogens* is a superior order of legal norms, which the laws of man or nations may not contravene” ... “rules which have been accepted as being necessary to protect the public morality recognized by them”

دیوان بین‌المللی دادگستری نیز در قضیه نیکاراگوئه مقرر می‌دارد: “certain norms of international humanitarian law are elementary consideration of humanity that constitute intransgressible principles”.

16. علی‌رغم نظر نویسندگان، همان‌طور که در پی‌نوشت قبلی اشاره گردید به نظر می‌رسد دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه نیکاراگوئه و کمیسیون آمریکایی حقوق بشر در قضیه *Domingues* علیه ایالات متحده، تا حد زیادی رویکرد حقوق طبیعی را اتخاذ نموده‌اند.

د) نظریه‌های نظم عمومی

سومین مکتب تئوری حقوقی بین‌المللی، قاعدهٔ آمره را به مثابه قواعد نظم عمومی تلقی می‌نماید که برای تمامیت (Integrity) حقوق بین‌الملل به‌عنوان نظام حقوقی ضروری است.

بر اساس این نظریه، حقوق بین‌الملل، برخی قواعد امری را از نظر سلسله‌مراتب، بالاتر از قواعد عرفی و معاهده‌ای عادی به رسمیت می‌شناسد تا منافع جامعه بین‌المللی به‌عنوان یک کل را حفظ و صیانت نماید و ارزش‌های اساسی حقوق بین‌الملل در برابر پراکندگی (جزء جزء شدن و نابودی) حفاظت نماید.

بر اساس نظریه‌های نظم عمومی، همهٔ قواعد آمره دارای یکی از دو کارکرد ذیل می‌باشند:

۱. صیانت از همزیستی مسالمت‌آمیز دولت‌ها به‌عنوان Community؛ یا

۲. اجرای تعهدات هنجاری اساسی نظام بین‌المللی.

تا آنجا که نظریهٔ نظم عمومی، نقض‌های قاعدهٔ آمره (*jus cogens*) را به مثابه جرایم علیه جامعهٔ بین‌المللی در کل آن تلقی می‌نماید، این رویکرد، قواعد آمره را در کنار قواعد *erga omnes* قرار می‌دهد. این جرایم، منجر به واکنش و موضع‌گیری عمومی دولت‌ها می‌شود. دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیهٔ *بارسلونا ترکشین* (Barcelona Traction) مفهوم *erga omnes* را پذیرفت چون مسئولیت دولت‌ها را در امتناع از «اعمال تجاوز و نسل‌کشی» تأیید کرده و از دولت‌ها می‌خواهد که «اصول و قواعد مربوط به حقوق اساسی بشر از جمله منع برده‌داری و تبعیض نژادی» را رعایت نمایند. دیوان، این قواعد را «تعهدات دولت در برابر جامعهٔ بین‌المللی به‌عنوان یک کل»^(۱۷) تلقی می‌نماید.

البته سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که در صورتی که دولت، اتباع خود را در معرض تبعیض نژادی و برده‌داری قرار دهد، جامعهٔ بین‌المللی به چه معنا و چگونه متحمل ضرر و صدمه می‌شود؟ دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیهٔ حق شرط بر کنوانسیون نسل‌کشی مقرر نمود زمانی که بحث حقوق بنیادین بشر در میان است «نمی‌توان از منافع یا مضرات فردی به دولت‌ها سخن به میان آورد».

مک دوگال (McDougal)، رایزن (Reisman)، لسول (Lasswell) و دیگران معتقدند که ظهور قواعد آمره مثل منع تجاوز و منع تبعیض نژادی، گویای تغییر شکل حقوق بین‌الملل به وجدان جامعهٔ جهانی هدف‌مند است که در صد ارتقای حقوق بشر و همزیستی مسالمت‌آمیز میان دولت‌هاست.

نظریهٔ نظم عمومی مبنای نرماتیو (هنجاری) قواعد آمره را روشن نمی‌کند. همچنین توضیح نمی‌دهد که کدام‌یک از قواعد بین‌المللی، خصیصه امری داشته و باید آمره تلقی شوند.

نظریهٔ نظم عمومی همچون نظریهٔ حقوق طبیعی و اثبات‌گرایی، تعارض موجود در گفتمان حقوق بشر را مرتفع نمی‌نماید. [این تعارض عبارتست از:] تعهدات به ظاهر متناقض حقوق بین‌الملل در قبال حاکمیت دولت و کرامت فرد انسانی.

در طی نیم قرن گذشته حقوق‌دانان بین‌المللی در خصوص ویژگی امری بعضی از قواعد اختلاف نظر داشته‌اند. (مثل منع جنگ تجاوزکارانه میان دولت‌ها، حقوق اولیهٔ بشر، تروریسم سیاسی، دزدی دریایی و...) که این مسئله سبب شده در خصوص خود مفهوم قاعدهٔ آمره نیز تشکیک شود.

17. "Obligations of a state to the international community as a whole"

همان‌طور که خانم دینا شلتون (Dinah Shelton) در یکی از تحقیقات اخیر خود اظهار نموده، نگرانی‌ها در خصوص مبنای غیرقطعی قواعد آمره و همزیستی دشوار (ملتهب) آن با حاکمیت دولت، موجب کاهش نفوذ و تأثیر مفهوم قاعده آمره در حل و فصل اختلافات فراملی شده است.^(۱۸)

در بعضی از دعاوی و قضایای مطروح در دادگاه‌های داخلی، دادگاه‌ها از شناسایی قواعد بین‌المللی به‌عنوان قواعد آمره امتناع نموده و در خصوص معیار مقتضی برای شناسایی قواعد آمره، ابراز تردید نموده‌اند.^(۱۹)

در بعضی دعاوی دیگر، دادگاه‌های داخلی بعضی قواعد بین‌المللی را به‌عنوان قاعده آمره پذیرفته‌اند اما در اجرای این قواعد از بیم آنکه ممکن است حاکمیت دولت را نادیده گرفته و کنار گذارد، تردید نموده‌اند.^(۲۰) دیوان اروپایی حقوق بشر (ECHR) تنها یک‌بار در قضیه *الادسانی* (Al-Adsani) علیه بریتانیا مسئله قواعد آمره را مورد بررسی قرار داد و این نظر را که نقض قواعد آمره، دولت را از مصونیت حاکمیتی محروم می‌نماید، نپذیرفت. به‌طور خلاصه، در حالی که مفهوم قاعده آمره در جامعه بین‌المللی به‌طور گسترده مورد پذیرش واقع شده، بنیان نظری نامشخص آن، مانع اجرا و توسعه آن شده است. برای آن که قاعده آمره از قوام کامل حقوقی برخوردار شود باید به نحوی قالب‌بندی گردد که هم مبنای نرماتیو (هنجاری) آن مشخص گردد و هم رابطه آن با حاکمیت دولت معین شود.

۳. حاکمیت مطلوب جدید: دولت‌های امین و معتمد در حقوق بین‌الملل

الف) روابط امانی و دولت به‌عنوان امین^(۲۱)

این نظر که دولت با مردم خود رابطه امانی دارد نشأت گرفته از اندیشه‌های جمهوری خواهانه حاکمیت مردمی است که در قرن هفدهم به شکوفایی رسید و در اسناد اساسی مثل اعلامیه ۱۷۷۶ پنسیلوانیا^(۲۲) انعکاس یافت: «همه اختیارات از مردم نشأت گرفته؛ بنابراین همه مسئولان و کارمندان دولت، خواه اجرایی یا تقنینی، امین و خدمتگزار مردم و در هر زمان در مقابل آن‌ها پاسخگو هستند». حتی پیش از استقلال ایالات متحده، جان لاک بر این امر تأکید نموده بود که اختیار قانون‌گذاری «تنها یک اختیار امانی [امانتی] است برای برخی اهداف مشخص» و «مردم، زمانی که قانون مصوب را مغایر امانت و اعتمادی تلقی نمایند که به نمایندگان اعطا گردیده است کماکان اختیار عزل یا تغییر قوه مقننه (قانون‌گذاران) را دارند». به عبارت دیگر حاکمیت مردمی مبنی آن است که اختیارات حاکمیتی دولت متعلق به مردم و بنابراین به‌صورت امانی نزد حاکمان است مشروط به این که آن اختیارات در راستای تأمین منافع مردم به کار گرفته شود. نظریه روابط امانی حاکی از اقتدار و اختیار حقوقی دولت در وضع و اجرای قانون در راستای منافع مردم و هم‌زمان مبنی محدودیت‌هایی است که ذاتی اختیار و اقتدار

18. Dinah Shelton, *Normative Hierarchy in International Law*, 100 AM. J. INT'L L. 291, at 305-17 (2006)

19. برای مثال، ن.ک: دعوی *سامپسون* (Sampson) علیه جمهوری فدرال آلمان. در این قضیه دادگاه مقرر می‌دارد: (expressing concern that *jus cogens* should be invoked "only as a last resort")

20. برای مثال، ن.ک: دعوی *بوزاری* (Bouzari) علیه ایران (۲۰۰۴) که در این قضیه دادگاه کانادایی مقرر می‌دارد: (holding that the prohibition against torture does not entail a right to a civil remedy enforceable in a foreign court).

21. روابط امانی (Fiduciary Relationships) عبارت است از هرگونه روابط امانی و اطمینان‌کردن یک نفر به درستکاری و شرف دیگری. این روابط ممکن است حقوقی، اجتماعی، خانوادگی یا صرفاً شخصی باشد.

22. 1776 Pennsylvania Declaration of Rights

دولت است مثل قواعد آمره. اختیارات حاکمیتی دولت یعنی اختیارات صلاحیددی با ماهیت اداری که اشخاص خصوصی (حقیقی) مجاز به اعمال آن نیستند و منجر به تعهد امانی می‌شود. ماهیت حداقلی تعهد امانی دولت، تبعیت از قواعد آمره است. این تعهد، صرف‌نظر از تصویب یا عدم تصویب معاهده، حاوی تعهدات آمره، پابرجا و لازم‌الاجراست.^(۲۳)

ب) روابط امانی از دیدگاه کانت

کانت مبنای اخلاقی تعهد امانی را در نظریه‌ای در خصوص تکالیف سرپرست و اولیا در قبال فرزند خود مطرح می‌نماید. این تکالیف، ناشی از عمل یا تصمیم یک‌جانبه خاص اولیاست:

«فرزندان، به‌عنوان اشخاص، به‌واسطه ولادتشان دارای حق مادرزادی اصیل (نه اکتسابی) هستند. این حق، مراقبت و نگهداری از سوی اولیاست تا زمانی که بتوانند از خود نگهداری نمایند و آن‌ها این حق را مستقیماً بر مبنای اصل (*lege*) دارند، یعنی اقدام خاصی برای ایجاد این حق نیاز نیست».

از دیدگاه کانت، حق مادرزادی «حقی است که هرکس به‌طور طبیعی دارد بدون آنکه قانونی برای بهره‌مندی از آن حق وجود داشته باشد».

روابط امانی به امین اجازه می‌دهد تا از طرف ذی‌نفع، اقدام و اعمال اختیار نماید مشروط به محدودیت‌هایی که ناشی از آسیب‌پذیری ذی‌نفع در قبال قدرت و اختیار امین است [عدم تعدی و تفریط امین]. در خصوص روابط امانی دولت با مردم (شهروندان)، این محدودیت‌ها شامل قواعد آمره است.

ج) دولت‌های امین و منع برده‌داری و منع تبعیض

از آنجاکه بردگان، اهلیت ندارند که از حقوق قانونی برخوردار شوند، دولتی که سیاست برده‌داری را ترویج می‌نماید، نمی‌تواند مدعی شود که نظم حقوقی‌ای را با هدف تضمین حقوق از سوی مردم یا به نمایندگی از مردم برقرار نموده است.

نتیجه این که اگر دولتی از برده‌داری حمایت نماید، مغایر با اساسی‌ترین تعهد امانی خود عمل کرده است. این تعهد، همان تضمین برابری مردم به‌عنوان اشخاص واجد اهلیت برخوردار از حقوق قانونی است. بنابراین وظیفه حفاظت از مردم در برابر برده‌داری یا تبعیض نژادی، تکلیف الزام‌آور حقوقی است و در نتیجه ماهیت قانونی دارد چرا که تکالیف امانی، تکالیف حقوقی است.

د) حاکمیت مبتنی بر روابط امانی (مبنای امانی بودن حاکمیت)

یکی از پیامدهای سیاسی ترکیب مدل مبتنی بر روابط امانی با حاکمیت مردمی، دموکراسی است چون دموکراسی به مردم اجازه می‌دهد حاکمان و اداره‌کنندگان کشور را انتخاب و برکنار نمایند. ابتکار و تازگی این نظریه پیشنهادی آن است که رابطه امانی دولت با مردم (تابعان)، حقوقی و سیاسی است و بنابراین پیامدهای حقوقی دارد مثل شکل‌گیری و ظهور قواعد آمره که تشکیل‌دهنده حاکمیت مردمی نوین است. این مفهوم حاکمیت

23. e.g., *Prosecutor v. Furundzija*, Case No. IT-95-17/1-T, Trial Chamber Judgment, ICTY (Dec. 10, 1998) (observing that the prohibition against torture is peremptory based on “the importance of the values it protects” rather than state consent)

مردمی از این جهت نوین است که تعهدات حقوقی خاصی عرضه می‌دارد که همه دولت‌ها به دلیل داشتن اختیارات حاکمیتی، مشمول آن تعهدات هستند.
[نتیجه این است که رعایت قواعد آمره از لوازم اعمال حاکمیت است].

۴. دولت‌های امین [مبتنی بر روابط امانی با مردم] و قواعد آمره

الف) معیار شناسایی قواعد آمره

بعضی از معیارهای تشخیص و شناسایی قواعد آمره، شکلی است. منظور، صورت و شکل قواعد آمره است. برخی معیارها نیز ماهوی یعنی متضمن جنبه ماهوی قواعد آمره و برگرفته از موقعیت و جایگاه دولت به‌عنوان امین مردم است.

معیارهای شکلی

- عمومیت (Generality): یعنی قواعد آمره باید متضمن اصول عام و کلی باشد.
- علنی و آشکاربودن (Publicity): دولت‌ها به‌عنوان امین مردم باید از وجود قواعد آمره آشکار و علنی آگاهی داشته باشند تا بتوانند سیاست‌ها و اعمال خود را در آن جهت منطبق و تنظیم نمایند. یعنی نمی‌توان توقع داشت که دولت‌ها رفتار خود را با قواعد سری و مخفی تنظیم و مطابقت نمایند.
- عملی بودن یا امکان‌پذیری (Feasibility): تبعیت از قواعد آمره باید امکان‌پذیر و عملیاتی باشد بدین معنا که آن قواعد نمی‌توانند درخواست انجام فعل یا عمل غیرممکن را داشته باشند. برای مثال نمی‌توان از دولت‌هایی که با فقر گسترده مواجه هستند انتظار داشت که به سرعت و در کوتاه‌مدت، فقرزدایی کنند. در مقابل، دولت‌هایی که برده‌داری را تجویز و ترویج می‌نمایند باید بی‌درنگ به آن پایان داده و برده‌داری را ملغی نمایند.
- وضوح یا صراحت (Clarity): موضوع قاعده باید روشن و بدون ابهام باشد چون هدف، ارائه معیار ملموس از عدالت است که راهنمای دولت در رفتار با مردم و شهروندان خود باشد. برای مثال، منع برده‌داری روشن و صریح است درحالی‌که منع استثمار، مبهم است.
- سازگاری (Consistency): قاعده آمره باید با قواعد آمره دیگر سازگار باشد. در غیر این صورت، مطابق ماده ۵۳ کنوانسیون ۱۹۶۹ وین حقوق معاهدات، قاعده آمره متعارض تنها با قاعده آمره جدید با همان خصوصیات می‌تواند تغییر یابد.
- ناظر به آینده‌بودن (Prospective): قواعد آمره باید ناظر به آینده باشد نه این که عطف به ماسبق شود زیرا دولت‌ها نمی‌توانند به گذشته بازگردند و اعمال خود را که در گذشته انجام داده‌اند در انطباق با قاعده آمره قرار دهند. البته این امر مانع ظهور یک قاعده آمره‌ای نیست که متضمن جبران خسارت به دلیل اعمال متخلفانه گذشته باشد چرا که آن قاعده کماکان در آینده در خصوص آن دولت قابل اعمال است از این جهت که از دولت می‌خواهد در آینده اقدام به جبران خسارت نماید.
- ثبات یا استحکام (Stability): قواعد آمره باید از ثبات نسبی در طی مقاطع زمانی برخوردار باشد تا دولت‌ها بتوانند اعمال خود را بر اساس آن پی‌ریزی و تنظیم نمایند و سیاست‌های خود را در چارچوب نسبتاً پایدار حقوق بین‌الملل، اجرا کنند.

معیارهای ماهوی

- اصل کمال و درستی (Integrity): هدف قواعد آمره باید تأمین منفعت مردم (خیر مشترک) باشد و نه منفعت مقامات رسمی و دولتی.

- اصل تساوی اخلاقی صوری (Formal Moral Equality): قواعد آمره باید به نحوی در مورد اشخاص اعمال گردد که از نظر اخلاقی ارزش یکسانی برای اشخاص قائل باشد، بدین معنا که به تنهایی و به خودی خود از دولت نمی‌خواهد که عمل خاصی انجام دهد بلکه هر زمان که دولت اقدام می‌نماید یا عملی انجام می‌دهد، از دولت می‌خواهد که انصاف بین اشخاص را رعایت کند. برای مثال در تفسیر مضیق، چنانچه یک کشتی حامل تعداد زیادی از اتباع و شهروندان یک دولت، در حال غرق شدن باشد و مقامات دولتی علی‌رغم آگاهی به این امر، هیچ اقدامی جهت ممانعت از غرق شدن کشتی انجام ندهند، این عدم اقدام آن‌ها ناقض اصل مذکور نیست. حال چنانچه مقامات مربوط، عملیات نجات را انجام دهند اما در طی این عملیات، اولویت با برخی گروه‌های قومی و نژادی باشد، مقامات، اصل تساوی اخلاقی را نقض نموده‌اند.

- اصل دقت و توجه (Solicitude): قواعد آمره باید توجه لازم به منافع مشروع تابعان حقوقی (مردم) را پیوسته اعمال نماید. این اصل از دولت می‌خواهد که منافع مشروع اشخاص تحت صلاحیت خود را جدی بگیرد.

- اصل امنیت یکسان بنیادین (Fundamental Equal Security): قواعدی که برای امنیت یکسان و بنیادین اشخاص ضروری است در زمره قواعد آمره محسوب می‌شود. از آنجاکه دولت آمین، متعهد است که امنیت یکسان و بنیادین را تضمین نماید به همان نحو متعهد است که قواعد ضروری آن را رعایت نماید و از آنجاکه احترام به این قواعد در راستای اعمال تعهد امانی دولت در برقراری نظم حقوقی ضروری است، دولت نمی‌تواند از آن عدول نماید. این اصل مبین آن است که دولت نمی‌تواند اشخاص را صرفاً به‌عنوان ابزاری جهت رسیدن به اهداف خود، استثمار نماید.

- اصل حاکمیت قانون (The Rule of Law): قاعده در صورتی واجد خصیصه آمره است که احترام به آن در راستای توانایی دولت در استقرار حاکمیت قانون برای منفعت همگان ضروری باشد. همان‌طور که در میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و کنوانسیون اروپایی حقوق بشر مقرر شده است، دولت حتی در شرایط اضطراری که موجودیتش در خطر است، نمی‌تواند کلاً از حاکمیت قانون عدول نماید.

ب) قواعد آمره شناسایی شده (Recognized Peremptory Norms)

در حالی که حقوق‌دانان همواره تلاش نموده‌اند که فهرستی از قواعد آمره را ارائه نمایند، هیچ یک از این تلاش‌ها منجر به ایجاد حکم قطعی در خصوص قلمرو قواعد آمره بین‌المللی نشده است. اما نویسندگان مقاله معتقدند که مجموعه حقوقی ناظر بر روابط خارجی ایالات متحده، تبدیل به مرجع تأثیرگذار در مباحثات پیرامون قواعد آمره تصدیق شده، گردیده است.^(۲۴)

ج) قواعد آمره در حال ظهور (Emerging Peremptory Norms)

۱. دادرسی عادلانه (Due Process): مفهوم امانی حاکمیت دولت ایجاب می‌نماید که دولت‌ها، تضمینات و

24. برای اطلاع از فهرست قواعد آمره که در مجموعه حقوقی ناظر بر روابط خارجی ایالات متحده به آن اشاره شده است، به مقدمه رجوع شود.

حمایت‌های شکلی بنیادین دادرسی عادلانه را برای همه افراد فراهم نمایند. اسناد بین‌المللی مثل اعلامیه جهانی حقوق بشر و میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی نیز حق دادرسی عادلانه را به رسمیت شناخته‌اند و تضمین اعمال و اجرای این اصل را از وظایف دولت می‌دانند. اما تاکنون تعداد محدودی از حقوق‌دانان بر این امر تأکید کرده‌اند که دادرسی عادلانه باید قاعده آمره تلقی شود.^(۲۵)

نظریه امانی (Fiduciary Theory) قویاً از خصیصه امری دادرسی عادلانه حمایت می‌نماید. زمانی که دولت افراد را از حیات یا آزادی محروم می‌نماید بدون آنکه تضمینات جامع قضایی را فراهم نماید از وظایف امانی عام خود یعنی رعایت انصاف، تخطی نموده است.

۲. فساد عمومی (Public Corruption): تلقی قاعده بین‌المللی منع فساد دولتی به‌عنوان قاعده آمره، با اقبال کمی روبه‌رو شده است. فساد عمومی، صرف نظر از اینکه دامنه اعمال مربوط، گسترده یا محدود باشد، مٌخل رابطه امانی دولت با فرد است. مأمور یا مقام رده‌پایین دولتی که مبلغ ناچیزی سرقت می‌کند یا رشوه می‌گیرد، قاعده آمره منع فساد را نقض می‌کند درست همان‌طور که رئیس دولت یا حکومت، خزانه دولت را برای منفعت شخصی به کار می‌گیرد. بنابراین قاعده منع فساد، این اصل مهم را تبیین می‌نماید که دامنه قواعد آمره منحصرأ محدود به اعمالی مثل تجاوز نظامی یا نسل‌کشی که باعث ایراد صدمه شدید در مقیاس گسترده می‌شود، نیست.

۳. حق تعیین سرنوشت (Self-determination): برخلاف دادرسی عادلانه و فساد عمومی، حق تعیین سرنوشت ملت‌ها بیشترین توجه را به‌عنوان قاعده آمره بالقوه به خود جلب نموده است. صرف‌نظر از اختلاف نظر حقوق‌دانان بین‌المللی درباره قلمرو حق تعیین سرنوشت خارجی (External self-determination) و حق تعیین سرنوشت داخلی (Internal self-determination)، نظریه امانی از دولت‌ها می‌خواهد که حق تعیین سرنوشت را قاعده آمره تلقی نمایند زیرا قابلیت و اهلیت مردم برای تعیین سرنوشت، متضمن فردیت اخلاقی آن‌ها و در بردارنده حیثیت و شأن آن‌هاست.

د) قواعد غیرامری (Non-peremptory Norms)

در پرتو نظریه امانی، بعضی از اصول و قواعد حقوق بین‌الملل که اقبال عام یافته‌اند مثل اصل وفای به عهد^(۲۶) یا اصل صلاحیت سرزمینی یا دزدی دریایی در زمره قواعد آمره قرار نمی‌گیرند. برای مثال در مورد ذیل دولت می‌تواند به نحو شایسته و با صداقت، تعهدات امانی خود را اجرا نماید؛ در صورتی که بر طبق موافقتنامه تجاری دوجانبه، دولت متعهد به تحویل مقادیر زیادی کالا باشد اما زمانی که کالاها آماده صدور و تحویل است حادثه طبیعی (مثل سیل، زلزله و ...) واقع شود و این کالاها برای جلوگیری از قحطی و تلفات گسترده در کشور مبدأ (متعهد) ضروری و حیاتی باشد. به همین نحو نظریه امانی حاکمیت دولت، زمانی که دادرسی‌های ملی منجر به محاکمات صوری و بی‌کیفری متهمان شود جامعه بین‌المللی را ملزم به احترام به صلاحیت سرزمینی دولت در خصوص جرم نسل‌کشی نمی‌داند.

25. برای مثال اوراکلاشویلی Orakhelashvili، دادرسی عادلانه Due Process را در زمره قواعد آمره تلقی نموده است. اما Michael Byers در مجله آمریکایی حقوق بین‌الملل (AJIL) تأکید کرده که تضمینات دادرسی عادلانه و حق بر دادرسی منصفانه، قابل عدول است.

26. Pacta Sunt Servanda

۵) ایرادات احتمالی به نظریه امانی (Fiduciary Theory)

۱. این نظریه ارتباط میان قواعد آمره و رضایت دولت را از بین می‌برد، بدون آنکه بتواند مرجعی را برای ایجاد، تغییر یا تفسیر قواعد آمره ارائه دهد.

پاسخ: اگر مبنایی که برای قاعده آمره در این نظریه پذیرفته شده است به جای پذیرش اراده دولت‌ها به‌عنوان مبنای پذیرش قاعده آمره، پذیرش برآمدن قاعده آمره از الزامات اخلاقی شأن و حیثیت بشر و رابطه امانی دولت با مردم ... باشد، ایراد اثبات‌گرایان وارد نخواهد بود. این نظریه معتقد نیست که دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی هیچ نقشی در تکامل تدریجی قواعد آمره ندارند. در ابتدا مسئولیت اجرای قاعده آمره به عهده دولت‌هاست. زمانی که رفتار دولتی مورد انتقاد قرار می‌گیرد این نظریه به سازمان‌های بین‌المللی نظیر شورای امنیت، شورای حقوق بشر و دیوان بین‌المللی دادگستری کمک می‌کند تا مشخص نمایند که آیا قاعده آمره نقض شده است یا خیر؟ این نظریه تنها از جامعه بین‌المللی دعوت می‌نماید که چارچوب تحلیلی آن را برای ایجاد وفاقی بین‌المللی مورد استفاده قرار دهد نه اینکه در وفاق مورد نظر برای مبنای ایجابی قاعده آمره، دچار اشتباه شود.

۲. این نظریه با زاید تلقی نمودن عرف و معاهدات به‌عنوان منابع حقوق بین‌الملل بشر، این منابع را تا حدی فاقد ارزش می‌سازد.

پاسخ: این گونه نیست. البته این نظریه، عقیده اثبات‌گرایان را دایر بر غیرقابل انکار بودن اراده دولت به‌عنوان مبنای الزام‌آور بودن قاعده آمره نمی‌پذیرد. با این حال تئوری امانی با استفاده از همان شرایط سنتی قاعده‌سازی در حقوق بین‌الملل، قواعدی را که واجد جنبه شکلی و ماهوی مورد نظر این نظریه هستند شناسایی می‌کند. برای مثال مذاکرات معاهدات چندجانبه مثل میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و کنوانسیون منع نسل‌کشی نقشی مهم در ایجاد تضمینات حقوق بشری خاص داشته که تا حدی اجراکننده قواعد آمره‌ای است که از چارچوب تحلیلی این نظریه ناشی می‌شوند. علاوه بر این از آنجاکه این نظریه هیچ‌گونه روش خاصی را برای نقض قاعده آمره مقرر نمی‌دارد، نظام معاهده‌ای، مبنای مهمی برای هماهنگ‌سازی جامعه جهانی در پاسخگویی به نقض شدید رابطه امانی دولت-مردم خواهد بود. بنابراین برخلاف آنچه گفته می‌شود این نظریه به عرف و معاهده نه به‌عنوان مرجعی که تنها وظیفه‌اش بیان قواعد حقوقی است بلکه عاملی ضروری برای اجرای این نظریه در عالم واقع، می‌نگرد.

۳. این نظریه قواعدی را که برای مقابله با بازیگران غیردولتی مثل گروه‌های تروریستی، شرکت‌های آلوده‌کننده محیط زیست و مرتکبان خشونت‌های داخلی شکل گرفته‌اند، کم‌ارزش جلوه می‌دهد.

پاسخ: لازم است ذکر شود که این نظریه در پی ارائه مدلی برای اولویت‌بندی قواعد حقوق بین‌الملل بدین نحو که یک دسته از قواعد، مافوق دیگر قواعد باشند نیست. بر این اساس عمل افراد خصوصی اعم از عمل تروریستی، آلودگی محیط زیست و غیره می‌تواند به اندازه عمل دولت، آسیب ایجاد کند. لذا قواعد مربوط به جلوگیری از ایجاد آلودگی توسط افراد خصوصی، ممکن است به اندازه قواعد مشابه قابل اعمال بر دولت‌ها اهمیت داشته باشد. آنچه قواعد آمره را از سایر قواعد متمایز می‌سازد، ارزش نسبی آن‌ها در فضای انتزاعی نیست بلکه نقش اساسی آن‌ها به‌عنوان تعهد امانی (Fiduciary) در محدود نمودن حاکمیت دولت‌هاست. بر این مبنای این نظریه، جامعه بین‌المللی را از مشخص نمودن قواعد آمره در آینده جهت جلوگیری یا مقابله با گروه‌های تروریستی، تشویق، و نقش دولت‌ها در ایجاد آلودگی یا عدم توجه دولت‌ها به خشونت داخلی، معاف نمی‌کند.

۴. مفهوم قاعده آمره، غربی است و به تنوع فرهنگی توجهی ندارد.

پاسخ: البته این نظریه با محدود نمودن دایره قاعده آمره تا حدی که تنها دربردارنده ارزش‌های مشترک تمامیت و عادلانه بودن و دغدغه کل جامعه باشد این ایراد را تا حدی کمرنگ نموده است. علاوه بر این، مفهوم این نظریه را نمی‌توان به صرف اینکه اظهار شود این نظریه ارزش‌های غربی ناسازگار با ارزش‌های غیرغربی‌ها را پرورش می‌دهد، انکار نمود. نویسندگان، ریشه این نظریه را در قانون حمورابی می‌دانند و معتقدند که تعهدات امانی (Fiduciary) نه تنها حقوق رومی ژرمنی را، بلکه نظام حقوقی اسلامی و یهودی را نیز تحت تأثیر قرار داده است. در واقع حقوق مدرن انگلو-امریکن در مورد نهاد تراست (trust)، خود اساساً برگرفته از نهاد وقف در حقوق اسلامی است که در پی جنگ‌های صلیبی به اروپا راه یافت. حتی در جوامع غیراروپایی که بر برتری و اولویت هویت جمعی از قبیل جامعه، طایفه و ملت نسبت به هویت فردی تأکید دارند، مشاهده شده است که تعهدات امانی مبنای شکل‌گیری نظام حقوقی آن‌ها بوده است. یکی از فلاسفه معاصر چین بیان می‌دارد «که در جامعه ایده‌آل کنفوسیوس، تلاش هر فرد در جامعه منتهی به جامعه‌ای مبتنی بر مالکیت عمومی و نه افزودن سهم هر فرد خواهد شد».

البته ممکن است این نظریه برخی از عقاید و فرهنگ‌های ملل دنیا را دچار چالش سازد. برای مثال کشورهایی که بر مبنای نژاد، وضعیت و غیره بین افراد خود تبعیض قابل می‌شوند، تعهدات آمره خود را (تعهدات Fiduciary) نقض می‌نمایند هر چند این تبعیض جزء فرهنگ سنتی آن‌ها باشد. البته تعداد چنین کشورهایی یا کشورهایی که با توسل به نظریه نسبیت‌گرایی در روابط بین‌المللی در پی قانونی نمودن تجاوز و توسل به زور، شکنجه و غیره هستند، در دنیا بسیار کم است. البته نمی‌توان به آسانی انکار نمود که نظریه حاکمیت مورد پذیرش مردم یا حاکمیت مطلوب (Popular Sovereignty)، بیشتر برگرفته از اروپا نیست اما باید در نظر داشت که امروزه این نظریه در سطح بین‌المللی پذیرفته شده و به‌عنوان یکی از اصول کلی حقوق بین‌الملل درآمده است. بر این اساس، این نظریه از دولت‌ها می‌خواهد که به تعهدات اولیه خود پایبند باشند و اهداف خود یعنی خدمتگزاری به مردم را تعقیب نمایند.

نتیجه‌گیری

این مقاله عمدتاً نظریه امانی قاعده آمره را با هدف ارائه مبنا و توجیه قانع‌کننده‌تر [نسبت به نظریات اثبات‌گرایی و مکتب حقوق طبیعی] برای قواعد آمره و رابطه آن‌ها با حاکمیت دولت در حقوق بین‌الملل به تصویر کشید. در این مقاله استدلال شد که قواعد آمره مثل منع برده‌داری و منع شکنجه، استثناً بر حاکمیت دولت نیست بلکه محدودیت‌هایی است که نشأت گرفته از خود رابطه امانی دولت-مردم (تابع) می‌باشد. دولت‌ها باید به قواعد آمره به مثابه تضمینات اولیه کرامت انسانی احترام گذارند زیرا دولت‌ها با همه اشخاص تحت صلاحیت و اختیار خود، رابطه امانی دارند و نتیجتاً به موجب حاکمیت قانون، تکالیف خاصی در تضمین امنیت برابر دارند. این نمونه امانی حاکمیت دولت، گفتمان بین‌المللی حقوق بشر را به ورای مفاهیم مبهم «نظم یا تدبیر عمومی» (Public Policy)، «اجماع بین‌المللی» (International Consensus) و «سلسله‌مراتب هنجاری» (Normative Hierarchy) در جهت معیار نظری قطعی‌تر و قابل‌دفاع‌تر از قواعد آمره پیش می‌برد.

فہرست منابع :

1. Antonio Augusto Cancado Trindade, *Jus Cogens in Contemporary International Law*, Lecture series, UN Audiovisual Library of International Law; available at: http://untreaty.un.org/cod/avl/ls/Cancado-Trindade_IL.html
2. Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, West Publishing Co., Eighth edition, 2004.
3. Evan J. Criddle & Evan Fox-Decent, *A Fiduciary Theory of Jus Cogens*, *The Yale Journal of International Law*, [Vol. 34:331, 2009]
4. Fellmeth & Horwitz, *Guide to Latin in International Law*, OUP, 2009.

