

## The Nature and Function of Soft Law in the Practice of the International Court of Justice

(Type of Paper: Research Article)

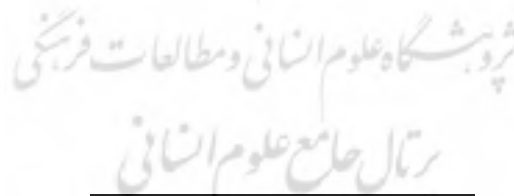
Mohammadhosein Ramezani Ghavamabadi<sup>1</sup>, Mohammad Alipoor<sup>2\*</sup>

### Abstract

Soft law is one of the new topics in international law and the scope of its influence is expanding. Perhaps today fewer institutions can be found that do not use this tool in order to reach their goals. One of these institutions is the International Court of Justice. This paper attempts to examine the status and function of soft law in the practice of the International Court of Justice in a legal dogmatic way. The International Court of Justice has dealt with the issue of soft law in numerous cases. The Court, on the one hand, expresses the criterion of separation of soft law from the hard law and on the other hand, shows the ability to cite soft law. For this purpose, the court has, in many cases, enjoyed soft law to reinforce its arguments and to assert the *opinio juris* of international custom.

### Keywords

Hard Law, Soft Law, International Court of Justice, Function of Soft Law, Customary International Law.



1. Associate Prof., Department of International Law, Faculty of Law, University of Shahid Besheshti, Tehran, Iran, Email: ramazanighavam@yahoo.com
  2. Ph.D. Candidate in International Law, Faculty of Law, University of Shahid Besheshti, Tehran, Iran, (Corresponding Author). Email: md\_alipoor@yahoo.com
- Received: September 23, 2019 - Accepted: February 17, 2020



This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution 4.0 International, which permits others to download this work, share it with others and Adapt the material for any purpose.

## ماهیت و کارکرد حقوق نرم در آرای دیوان بین‌المللی دادگستری

(نوع مقاله: علمی - پژوهشی)

محمدحسین رضائی قوام‌آبادی<sup>۱</sup>، محمد علیپور<sup>۲</sup>\*

### چکیده

حقوق نرم از جمله موضوعات جدید در حقوق بین‌الملل بوده و دامنه نفوذ آن در حال گسترش روزافزون است. شاید امروزه کمتر نهادی را بتوان یافت که از این ابزار برای پیشبرد اهداف خود بهره نبرد. از زمره این نهادها، دیوان بین‌المللی دادگستری است. در این نوشتار با روش دگماتیک حقوقی سعی شده تا جایگاه و کارکرد حقوق نرم در آرای دیوان بین‌المللی دادگستری بررسی شود. دیوان بین‌المللی دادگستری در آرای متعدد خود به موضوع حقوق نرم پرداخته است. دیوان از یک سو معیار تفکیک حقوق نرم از سخت را بیان کرده و از سوی دیگر، قابلیت استناد به حقوق نرم را به نمایش گذاشته است. بدین منظور در موارد متعددی از حقوق نرم برای تقویت استدلال خود و نیز احراز عنصر روانی عرف بین‌المللی بهره برده است.

### کلیدواژگان

حقوق سخت، حقوق نرم، دیوان بین‌المللی دادگستری، کارکرد حقوق نرم، قواعد عرفی بین‌المللی.

۱. دانشیار، گروه حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

Email: ramazanighavam@yahoo.com

۲. کاندیدای دکتری حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

Email: md\_alipoor@yahoo.com

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۷/۰۱، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۱۱/۲۸

## مقدمه

می‌توان ادعا کرد که امروزه حقوق نرم به تمام حوزه‌های حقوق بین‌الملل نفوذ کرده است و فضایی عاری از آن به‌دشواری یافت می‌شود. در طول دهه‌های گذشته دولت‌ها به این نتیجه رسیدند که تأمین منافع آنها در گرو همکاری با یکدیگر است. از این رو در حوزه‌های مختلف، از محیط زیست گرفته تا اقتصاد، تصمیم به همکاری با یکدیگر گرفتند و هر روز به یکدیگر وابسته‌تر می‌شوند (Ingelse, 1993: 75). با توجه به تفاوت و پیچیدگی این روابط، بروز اختلاف میان دولت‌ها اجتناب‌ناپذیر است. دولت‌ها برای غلبه بر این مشکل، به ایجاد اسنادی روی آوردند که متضمن تعهد است، اما در عین حال دامنه‌ای از آزادی عمل در آنها وجود دارد. حقوق سخت با وجود تمام مزایایی که به‌همراه دارد، بسیار پرهزینه و محدود است؛ در حالی که حقوق نرم می‌تواند بعضی از مزایای حقوق سخت را با هزینه کمتری در تعاملات بین‌المللی فراهم سازد. یکی از دشواری‌های موجود در حقوق سخت آن است که پس از طی تشریفات مفصل قراردادی برای لازم‌الاجرا شدن نیازمند تصویب بعدی است. اما حقوق نرم با حذف چنین پیش‌شرطی، دشواری‌های بعد از قرارداد را کاهش می‌دهد (شیروی و وکیلی‌مقدم، ۱۳۹۴: ۲۶۴). علاوه بر این حقوق نرم سبب می‌شود که دولت‌ها درباره متعلق آن به بیشتر کسب آگاهی کنند و همین امر سبب می‌شود که از موانع و دشواری‌هایی که ممکن است در فرایند تبدیل حقوق نرم به حقوق سخت در آینده پدید آید، کاسته شود (Abbott, 2000: 435). در سازمان بین‌المللی انرژی اتمی بسیاری از موضوعات مهم از جمله محافظت از مواد اتمی در قالب توصیه‌نامه به اعضا گوشزد شده است. حال وقتی که اجماع گسترده‌ای در خصوص این توصیه‌نامه شکل بگیرد، در بیشتر موارد، سبب همکاری اعضا به‌منظور تبدیل کردن آن توصیه‌نامه به حقوق سخت می‌شود؛ مثل مدیریت زباله‌های رادیواکتیو و سوخت ناشی از فعالیت‌های هسته‌ای. از این رو از آنجا که تن دادن به تعهدات بین‌المللی الزام‌آور اغلب برای دولت‌ها ناخوشایند است و آنها تمایلی به تبعیت از یک نهاد فرادولتی و کاهش اقتدار تصمیم‌گیری خود ندارند، دولت‌ها با توجه به ماهیت حقوق نرم کمتر به قواعد آن حساسیت نشان می‌دهند و احساس می‌کنند که حاکمیت آنها در این شکل بیشتر حفظ می‌شود. نکته دیگری که سبب اهمیت حقوق نرم می‌شود، تحولات جامعه بین‌المللی است. بسیاری از موضوعات بین‌المللی جدید و پیچیده‌اند و از آنجا که آثار و آینده چنین موضوعاتی پیش‌بینی‌پذیر نیست، دولت‌ها از حقوق سخت کردن آن اجتناب می‌ورزند. به‌نظر می‌رسد بهترین راه برای سامان‌بخشی بدین وضعیت آن باشد که اختیار تصمیم‌گیری، کنترل و هدایت آن موضوع به یک سازمان بین‌المللی واگذار شود، اما از آنجا که این امر محدودکننده صلاحیت دولت‌هاست، چندان مطلوب آنان نیست، از این رو بهترین جایگزین استفاده از حقوق نرم است

که از یک سو دقت تعهدات را کاهش می‌دهد و از سوی دیگر، اگر تعهداتی با جزئیات دقیق و مشخص وضع شود، اثر الزام‌آور را از آنها می‌گیرد؛ مانند اسناد اعلامیه‌ای که در اجلاس ریو در سال ۱۹۹۲ صادر شد. این مسئله سبب می‌شود که دولت‌ها در عمل نتیجه قاعده منبعث از حقوق نرم را ببینند و از عواید آن منتفع شوند و با توجه به انعطاف‌پذیری آن، از آثار ناخوشایند آن اجتناب ورزند (Abbott, 2000: 442). همین مسئله سبب تسهیل شکل‌گیری موافقت‌نامه‌های سخت می‌شود. بدین ترتیب که مذاکره بر سر موضوعی که کلیت و هدف آن مشخص است، ثمربخش‌تر از وضعیتی خواهد بود که همه چیز باید از صفر آغاز شود. علاوه بر این سبب می‌شود دولت‌ها تعهدات متناسب با وضعیت خودشان را بپذیرند تا اینکه سر به تعهداتی نهند که باید خود را با آن منطبق سازند. اما در کنار تمامی آثار حقوقی‌ای که درباره حقوق نرم نگاشته شده‌اند، بررسی این حقوق در نزد دیوان بین‌المللی دادگستری می‌تواند به‌نحوی فصل‌الخطاب در مورد شأن حقوقی حقوق نرم تلقی شود. از این‌رو در نوشتار حاضر ابتدا ماهیت و تعریف حقوق نرم بیان می‌شود و سپس به معیارهای تفکیک حقوق نرم از سخت با توجه به رویه دیوان بین‌المللی دادگستری و چرایی استفاده این دادگاه از حقوق نرم پرداخته خواهد شد.

## تعریف حقوق نرم

عنوان حقوق نرم بر اسناد و قواعدی اطلاق می‌شود که اگرچه به‌طور ضمنی متضمن نوعی تعهدات هنجاری<sup>۱</sup> است، مبتنی بر قواعد الزام‌آور یا واجد رژیم رسمی ضمانت اجرا نیست (Robilan, 2006: 224). حقوق نرم یعنی اعمال قواعد متفاوت برای تابعان حقوق. حقوق نرم به نسخه‌ای تجویزی از جانب حقوق بین‌الملل اشاره دارد که فاقد ویژگی‌های قاعده حقوقی است، با وجود این از ظرفیت تولید اثر حقوقی برخوردار است (Gunther, 1988: 371). این اسناد با توجه به اینکه متضمن تعهدی برای دولت‌ها نیستند، به‌هنگام تدوین خیلی کمتر دچار کشمکش و اختلاف می‌شوند. همچنین از این توان برخوردارند که موضوع مورد اختلاف را به تعویق بیندازند تا زمانی که مرتفع شود. این اسناد، اسناد حقوقی تلقی نمی‌شوند، اما واجد اثر بر دولت‌ها هستند. از سوی دیگر، در عرصه روابط بین‌المللی، دولت‌ها بیشتر تمایل دارند در عین حالی که با موضوعات و مشکلات بین‌المللی به‌نحو جمعی برخورد کنند، هر یک کمترین محدودیت را برای خود تدارک ببینند. برای نیل به این هدف نیز دولت‌ها به دو حربه متوسل می‌شوند؛ یکی اینکه در تفسیر تعهدات، صلاحیت وسیعی برای خود در نظر می‌گیرند و دیگر آنکه از پذیرش تعهد حقوقی خودداری می‌ورزند. گاهی نیز از تلفیق این دو روش استفاده

1. Normative

می‌کنند. مقرراتی که واجد هر دو خصیصه باشند و به‌منظور نیل به اقدامات جمعی تدارک دیده می‌شوند، حقوق نرم نامیده می‌شوند. از آنجا که حقوق نرم هیچ‌گونه تعهدی بر دولت‌ها تحمیل نمی‌کند، دولت‌ها در رعایت یا عدم رعایت این حقوق مخیرند. در خصوص تعریف حقوق نرم وفاق عامی میان حقوقدانان وجود ندارد. برخی حقوق نرم را شامل هر دو قاعده حقوقی و غیرحقوقی می‌دانند، از این‌رو تعریفی موسع دارند، درحالی‌که برخی دیگر تعریف مضیق دارند و آن را صرفاً شامل قواعد حقوقی می‌دانند که معمولاً مخلوق موافقت‌نامه‌هایی هستند که به لحاظ مفاد و مضمون مبهم‌اند یا به لحاظ شدت الزام حقوقی، ضعیف‌اند.

### ماهیت حقوق نرم

حقوق نرم ماهیت عجیبی دارد، چراکه از یک سو حقوق به معنای خاص کلمه نیست و از سوی دیگر، ماهیتی صرفاً سیاسی ندارد (Guzman, 2010: 162)، بلکه حد فاصل میان وضعیت حقوقی و سیاسی است. چالش مهم در حقوق نرم تعیین قلمرو و دامنه آن است، چراکه هرچه شبه حقوق باشد، می‌تواند نوعی از حقوق نرم تلقی شود؛ از سند رسمی امضاشده از سوی دولت‌ها که معاهده نیست، گرفته تا مکاتبات غیررسمی دیپلماتیک. درحالی‌که برخی برای تشخیص حقوق نرم به الزام حقوقی آن توجه دارند، عده‌ای بر ماهیت تعهدات تمرکز می‌کنند. بدین ترتیب که آیا تعهد مزبور شفاف و با دقت بیان شده است یا اینکه تعهدات کلی و مبهمی را ایجاد کرده که هر برداشتی قابلیت حمل بر توافق را دارد. از این‌رو متضمن دامنه‌ای از اعمال می‌شود که قابلیت سازگاری با توافق را دارند (Abbott, 2000: 432). ملاک نخست بر ملاک اخیر ارجحیت دارد، چراکه بر روی تفاوت‌های حقوقی تمرکز می‌کند تا کیفیت سازگاری. در دنیای حقوق باید توجه داشت که صرفاً از مجرای تصمیمات الزام‌آور نیست که حقوق توسعه می‌یابد، بلکه از اعمال حقوقی‌ای که رسماً الزام‌آور نیستند نیز آثار حقوقی پدید می‌آید که مقصود از حقوق نرم دقیقاً همین اعمال هستند؛ یعنی قواعد غیرالزام‌آوری که آثار حقوقی در پی دارند. موافقت‌نامه‌های بین‌المللی اشکال و ترتیبات متنوعی دارند، اما سؤال این است که چرا دولت‌ها گاه به سراغ اشکال الزام‌آور می‌روند و گاه خیر؟ پاسخ در نهاد حقوق نرم یافت می‌شود. در حقوق نرم دولت‌ها در پی چیزی حد فاصل بین نبود تعهد حقوقی و وجود تعهد حقوقی بین‌المللی‌اند. از دلایل اصلی دولت‌ها برای توسل به حقوق نرم، بی‌زاری آنها از خطر نقض تعهد از سوی دیگران و کاهش هزینه‌های نقض تعهد از سوی خود است. علت این امر نیز ماهیت انعطاف‌پذیر حقوق نرم است (Guzman, 2010: 187). بر این اساس می‌توان گفت که حقوق نرم حقوقی است که ابزار تصدیق یا مضمون آن، قوام نیافته باشد (فلسفی، ۱۳۹۵: ۴۴۳).

## تشخیص حقوق نرم از حقوق سخت

ترسیم خط فاصله بین حقوق نرم از سخت همواره محل اختلاف بوده است. برخی معتقدند که نباید این دو را دو پدیده مجزا دانست، بلکه آنها را باید مکمل یکدیگر دانست؛ این دو را باید به مثابه مجموعه به هم پیوسته‌ای در نظر گرفت و نه جدا از هم (Von Engelhardt, 2009: 504). به عبارت دیگر، اینان قائل به تقسیم‌بندی دوگانه‌اند؛ یا عرصه حقوقی یا عرصه سیاسی. آنگاه عرصه حقوقی را به دو دسته حقوقی حقوق نرم یا سخت تقسیم می‌کنند. اما برخی دیگر مخالف چنین نگرشی بوده و قائل به تقسیم‌بندی سه‌گانه‌اند. این گروه حقوق نرم را حد فاصل میان حقوق و غیر حقوق می‌دانند (هداوند و سیف‌اللهی، ۱۳۸۸: ۱۳۵) و دلیل مخالفتشان با نظر اول آن است که اگر این دو یکی تلقی شوند، قواعد حقوقی در حقوق بین‌الملل شخصیت خود را از دست می‌دهند و دچار ابهام می‌شوند (Weil, 1983: 432) و متعاقباً چالش جدید تمییز حقوق نرم از حقوق سخت پدید می‌آید که کدام اسناد حقوقی سخت‌اند و از وجود یک سری تعهدات معتبر حقوقی حکایت دارند و کدام یک اسناد حقوق نرم هستند به موجب حقوق بین‌الملل به‌عنوان اسنادی الزام‌آور شناخته نشده‌اند (Pronto, 2015: 942). به جز دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی و تا حدودی نیز محاکم بین‌المللی، سایر بازیگران بین‌المللی فاقد اختیار قاعده‌سازی در حقوق بین‌الملل هستند و صرفاً می‌توانند پیشنهاددهنده قاعده باشند. استفاده از عبارت «غیرالزام‌آور» برای اسنادی که از سوی این نهادها ایجاد می‌شود، گمراه‌کننده است، چراکه ممکن است این مفهوم را به ذهن متبادر سازد که آنها واجد اختیار وضع قاعده هستند، اما نه قاعده‌ای الزام‌آور. درحالی‌که این فرض نادرست است و اساساً این نهادها اختیار وضع قاعده ندارند و اسناد مصوب آنها، صرف‌نظر از شکلی که ارائه می‌شوند، فاقد وضعیت حقوقی است (Pronto, 2015: 946). از این‌رو هر سندی که از سوی این نهادها تهیه و تدارک شود، به دلیل فقدان وضعیت حقوقی، قابلیت بحث درباره سخت یا نرم بودن آنها بدون محمل است. بنابراین تفکیک حقوق نرم از سخت زمانی بهتر قابل درک است که در خصوص نهادهایی بحث شود که از اقتدار و اختیار قاعده‌سازی برخوردارند، اما نمی‌خواهند از این اختیار خویش استفاده کنند.

## ضرورت تفکیک میان قالب و محتوا در حقوق نرم و حقوق سخت

موضوع حقوق نرم و روند شکل‌گیری آن همواره از ماهیتی بین‌المللی برخوردار است، بدین معنا که حقوق نرم صرفاً در فضای جامعه بین‌المللی و در روابط میان تابعان حقوق بین‌الملل معنا می‌یابد. از این‌رو، اشکال مختلف حقوق نرم در قطعنامه‌های سازمان‌های بین‌المللی،

موافقت‌نامه‌های بین‌المللی و به‌طور خلاصه در روابط بین‌المللی قابل مشاهده است.<sup>۱</sup> درک حقوق نرم میسر نیست مگر با توجه به تفکیک میان قالب و محتوا. بدین ترتیب که باید بین قالب تعهدات بین‌المللی و محتوای آنان قائل به تمییز شد (حبیب‌زاده و عطار، ۱۳۹۱: ۶۸). بر این اساس چگونگی همزیستی حقوق نرم با سخت فارغ از حالت‌های ذیل نخواهد بود.

**۱. قالب سخت - محتوا سخت:** گاه هر دو قالب و محتوا به لحاظ حقوقی خصیصه الزام‌آور دارند. مثال بارز این مورد که هم به لحاظ محتوا و هم به لحاظ قالب حقوق سخت است، معاهدات بین‌المللی است. ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری نیز معاهدات را از شمار منابع حقوق بین‌الملل دانسته است. ماده ۳۸ اساسنامه دیوان درباره معاهدات بین‌المللی، بیانگر ایجاد قواعد حقوقی از سوی معاهده است. با وجود این، سخت بودن قالب خودبه‌خود به محتوای معاهده تسری نمی‌یابد و تمام مواد معاهده الزاماً سخت نیستند.

**۲. قالب نرم - محتوا نرم:** این حالت مفهوم سنتی حقوق نرم تلقی می‌شود و متضمن قواعدی اند که هم به لحاظ قالب و هم به لحاظ محتوا نرم هستند؛ مانند اصول راهنما و توصیه‌نامه‌ها. نرم بودن این موارد نه صرفاً به‌سبب قالب، بلکه بدین سبب است که بعضاً نهادهای صادرکننده آن فاقد اختیار قاعده‌سازی سخت هستند (Pronto, 2015: 953). ماهیت این‌گونه اسناد حاکی از آن است که به هیچ عنوان به قصد ایجاد تعهد حقوقی سخت ایجاد نشده‌اند.

**۳. قالب نرم - محتوا سخت:** گاه ممکن است که یک قاعده سخت در قالبی نرم منعکس شود. این حالت به‌خوبی منعکس‌کننده آن است که قالب یک سند به‌تنهایی تعیین‌کننده وضعیت محتوا نیست. انعقاد معاهده فرایندی پیچیده دارد و به محض انعقاد، اصلاح، تغییر، تجدیدنظر و خاتمه آنها به‌سادگی امکان‌پذیر نیست. اگرچه این حد از شدت، به‌سبب تضمین ثبات معاهده است، اما از سوی دیگر همین مسئله موجب می‌شود که دولت‌ها تمایل چندانی به خرج ندهند که تمامی مسائل از طریق معاهده قاعده‌مند شود. علاوه‌بر این همواره ضرورت قاعده‌سازی وجود ندارد و هدف تکرار و تذکر حقوق سخت از قبل موجود است یا اصلاً معاهده، قالب مناسبی برای پرداخت به آن موضوع نیست. از این‌رو دولت‌ها ترجیح می‌دهند که از قالب‌های نرم برای بیان قاعده استفاده کنند. مجمع عمومی همواره از اختیار خود در صدور توصیه‌نامه برای بیان حقوق استفاده کرده است که مثال اجلی آن اعلامیه روابط دوستانه میان دولت‌ها در سال ۱۹۷۰ است؛ چنین قطعنامه‌ای از اقتدار حقوقی برخوردار است، هرچند قالب آن سخت نیست. در خصوص ارزش تفسیری حقوق نرم، می‌توان به قضیه شکار نهنگ اشاره کرد. دیوان به‌منظور شفاف‌سازی تعهدات ژاپن در قبال معاهده شکار نهنگ، به سراغ حقوق نرم

۱. البته برخی حقوقدانان معتقدند که سافت لا در اسناد غیرحقوقی نیز یافت می‌شود. ر.ک:

Gruchalla-Wesierski, Tadeusz, « A Framework for Understanding "Soft Law" », McGill Law Journal, Vol 30, 1984, p46

رفت. دیوان اعلام داشت به موجب معاهده مزبور کمیسیونی تشکیل شده است که وظیفه ارائه توصیه‌نامه‌هایی در خصوص قواعد و مقررات مربوط به شکار نهنگ را بر عهده دارد. اگرچه این توصیه‌نامه‌ها برای اعضای معاهده الزام‌آور نیستند، می‌توانند به منزله اسناد مرتبلی به‌منظور تفسیر معاهده در نظر گرفته شوند (ICJ Rep, 2014: para 46-144).

۴. **قالب سخت - محتوا نرم:** در بسیاری از معاهدات مقررره‌هایی وجود دارد که تعهد حقوقی ایجاد نمی‌کنند، بلکه حاوی توصیه یا تشویق هستند. در اینجا باید توجه داشت که سختی قالب به محتوا تسری نمی‌یابد؛ مثل ماده ۳۳ منشور ملل متحد که دولت‌ها را در انتخاب شیوه حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات در ماده مزبور آزاد گذاشته است. از این رو درج محتوای نرم در قالب سخت سبب سخت شدن آن محتوا نمی‌شود.

### آرای دیوان بین‌المللی دادگستری: حقوق نرم یا حقوق سخت

درباره چگونگی شناسایی حقوق نرم، رویه دیوان متضمن مطالب آموزنده و راهگشایی است. دیوان به‌هنگام رسیدگی به دعاوی، بعضاً تمایل خود را به پرداخت تبیین حقوق نرم نشان داده و درباره چگونگی شناسایی این حقوق معیارهای جالبی را به‌دست داده است. اما پیش از پرداختن به رویه دیوان، موضوعی که بررسی آن خالی از لطف نخواهد بود، تحلیل حقوقی ماهیت آرا و احکام دیوان بین‌المللی دادگستری است. بدین ترتیب که آرای مزبور، در کدام بخش از دسته‌بندی حقوق سخت، حقوق نرم و اسناد غیرحقوقی قابل گنجاندن است. به رسم مألوف و عادت دیرینه در آثار حقوقی، منابع صوری حقوق بین‌الملل که موجد تعهدات حقوقی سخت برای تابعان حقوق بین‌الملل است، همان است که در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان ذکر شده است؛ یعنی معاهده، عرف و اصول کلی حقوق. حال باید دید آیا آرای دیوان قابلیت گنجانده در یکی از سه قسم مزبور را دارد تا بتوان آن را حقوق سخت تلقی کرد. از یک سو، آرای دیوان حاصل توافق میان دولت‌ها یا سازمان‌های بین‌المللی نیست، از این رو نمی‌توان آن را معاهده دانست و از سوی دیگر، ترکیبی از رویه متحدالشکل و باور حقوقی دولت‌ها نیست که بتوان آن را عرف بین‌المللی تلقی کرد و نیز آنکه این آرا، اصول کلی حقوقی مورد قبول ملل متمدن جهان نیستند؛ چراکه اصل عبارت است از موضوعی واحد که از آن احکام بسیار ناشی شود (فلسفی، ۱۳۹۵: ۵۳۴) و آرای دیوان از دید کلی، اصل نیست. اما فارغ از بررسی صوری، آرای دیوان به لحاظ ماهوی نیز قابل بررسی هستند. بدین ترتیب که با دیدی کلی به محتوای رأی، فارغ از قضایای خاص، وضعیت حقوقی آنها از چه قرار است. آرای دیوان متشکل از دو بخش است؛ یکی مقدمه (دیکتوم<sup>۱</sup>) و دیگری نتیجه (دیسپوزیتو<sup>۱</sup>). مورد اخیر اثر نسبی دارد و

1 Dictum



صرفاً میان اصحاب دعوا معتبر است. از این رو نتیجه برای طرفین حقوق سخت و برای سایرین فاقد اثر حقوقی است. اما در مورد دیکتوم رأی، وضع متفاوت است. در این قسمت دیوان به بیان حقوق بین‌الملل می‌پردازد. دولت‌ها در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان پذیرفته‌اند که دیوان اختلافات میان آنها را براساس حقوق بین‌الملل حل و فصل کند.<sup>۲</sup> از این رو برای همه تابعان حقوق بین‌الملل لازم‌الاجراست و حقوق سخت تلقی می‌شود. اما دیوان در مواردی، بسته به صلاحدید خود، برای توجیه هرچه بیشتر استدلال‌ات خود به بیان ارزش‌های حاکم بر جامعه بین‌المللی، علت و زمینه احتجاجات و آنچه باید باشد و در آینده محقق شود، می‌پردازد که فرا مقدمه (ابیتردیکتوم<sup>۳</sup>) نامیده می‌شود. این قسمت از رأی فاقد الزام حقوقی است و به بیان شرایط مطلوب و وضعیتی که تابعان حقوق بین‌الملل باید به سمت آن حرکت کنند، می‌پردازد. از این رو حقوق نرم تلقی می‌شود (فلسفی، ۱۳۹۶: تقریرات درسی). شاید این سؤال مطرح شود که دیوان در ماده ۳۸ خود بیان داشته که تصمیمات دیوان از منابع کمکی حقوق بین‌الملل است و بررسی اینکه آیا در شمار منابع حقوق بین‌الملل است یا خیر، کار عبثی است. در پاسخ به این پرسش باید توجه داشت که بند مزبور از اساسنامه ناظر بر این است که رویه و احکام قبلی دیوان نه تنها برای این نهاد الزام‌آور نیست، بلکه برای سایر تابعان حقوق بین‌الملل نیز ایجاد حق و تکلیف نمی‌کند.

### تمییز حقوق سخت از حقوق نرم در آرای دیوان بین‌المللی دادگستری

با توجه به ماده ۵۶ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، احکام صادره باید مدلل و مستند باشد. در این زمینه دیوان برای مدلل ساختن رأی خود، در جریان رسیدگی‌های خود به سراغ اسناد متنوع و گوناگونی می‌رود. گاهی به سراغ اسنادی می‌رود که هم به لحاظ قالب و هم محتوا سخت بوده است گاهی خیر. اما نکته جالب در این روند نحوه رویارویی دیوان با این اسناد بوده است.

در قضیه فلات قاره دریای اژه که یونان با طرح دادخواستی یکجانبه بر مبنای بیانیه مشترک نخست‌وزیران یونان و ترکیه دعوایی علیه ترکیه در دیوان اقامه کرده بود، دیوان در پاسخ به این پرسش که آیا این بیانیه مشترک موافقت‌نامه میان دو دولت است، اعلام کرد که در چنین مواردی باید دید که ماهیت سند یا موضوع دادوستدهای دو دولت چه بوده است. به اعتقاد

1. Dispositive

۲. دولت‌ها با پذیرش اساسنامه دیوان، وظیفه حل و فصل و اختلافات بین‌المللی را براساس حقوق بین‌الملل به دیوان واگذار کرده‌اند. به عبارت دیگر دولت‌ها پذیرفته‌اند که آنچه دیوان در احتجاجات و استدلال‌ات خود بیان می‌دارد، حقوق بین‌الملل موضوعه است.

3. Obiter dictum

دیوان برای پی بردن به ماهیت سند یا نوع مبادلات حقوقی این دو دولت باید به اصطلاحات به کاررفته در بیانیه و اوضاع و احوال اجتماعی مرتبط با آن بیانیه توجه کرد ( ICJ Rep, 1978: para 96). دیوان برای آنکه اثر حقوقی یک معاهده بین‌المللی را بر بیانیه مشترک بار کند، صرفاً به قالب توجه نکرد و اعلام داشت که گذشته از قالب باید به ماهیت این بیانیه مشترک توجه کرد. آیا مفاد سند مزبور نشان‌دهنده قصد طرفین بر خلق تعهد حقوقی سخت بوده است یا خیر. در این قضیه شاید این شائبه به ذهن خطور کند که دیوان چاره‌ای جز رجوع به محتوا نداشت، چراکه قالب بیانیه مشترک از نظر سخت یا نرم بودن محل سؤال بوده است. اما با تأمل در رأی دیوان در قضیه نیکاراگوئه می‌توان به این نتیجه رسید که حتی محتوای یک معاهده با وجود قالب سخت نیز می‌تواند نرم باشد، چنانچه بر موضوعاتی کلی و مبهم چون اصول راهنما، صلح، مودت، دوستی در میان طرفین معاهده دلالت داشته باشد. در این قضیه دیوان اعلام داشت که ماده ۳ منشور کشورهای آمریکایی هیچ‌گونه تعهد حقوقی بر اطراف آن بار نمی‌کند ( ICJ Rep, 1986: paras 259 – 261). چنین رویکردی مجدداً در قضیه سکوه‌های نفتی از سوی دیوان مطرح شد و دیوان با صراحت بیشتری به تبیین مرز میان حقوق سخت از نرم پرداخت. در این قضیه یکی از مستندات طرفین، عهدنامه مودت ۱۹۵۵ فی‌مابین ایران و آمریکا بود. اگر دیوان می‌خواست صرفاً به‌ظاهر عهدنامه مودت توجه کند، بی‌تردید می‌بایست تمام محتویات آن را به‌منزله تعهد حقوقی سخت قلمداد می‌کرد، چراکه این عهدنامه تمام معیارهای معاهده بین‌المللی را دارد و معاهدات نیز از منابع اصلی و صوری ایجاد تعهد در حقوق بین‌الملل هستند. اما دیوان به قالب اکتفا نکرد، بلکه به سراغ محتوا رفت. دیوان میان مواد گوناگون عهدنامه مودت قائل به تفکیک شد و صرفاً بندهایی را حقوق سخت تلقی کرد که از عبارات آن چنین دریافتی قابل استنباط باشد. دیوان درباره ماده ۱ عهدنامه مودت ۱۹۵۵ بیان داشت، این عبارت که: «باید میان طرفین صلح بادوام و دوستی حاکم باشد»، متضمن هیچ‌گونه تعهد حقوقی نیست، بلکه این عبارات صرفاً حاکی از آن‌اند که صلح و دوستی پیش‌شرطی است برای توسعه متوازن روابط اقتصادی مالی و کنسولی بین دو کشور و چنین توسعه‌ای خود موجب تقویت صلح و دوستی می‌شود (ICJ Rep, 1996: paras 28 and 31). دیوان حتی از کنار قطعنامه‌های مجمع عمومی که اساساً جنبه لازم‌الاجرائی ندارند، به‌سادگی عبور نکرده است. بدین ترتیب که هر گاه تصمیم‌کنندگان ناظر بر ایجاد اثر حقوقی بوده، قطعنامه‌ها واجد اثر حقوقی در نظر گرفته شده‌اند. دیوان برای احراز چنین قصدی تحقیق درباره وجود شاخص‌هایی مانند شیوه عبارت‌پردازی قطعنامه، مباحثی که به تصویب آن منجر شده است، مقررات سند مؤسس و تمامی شرایط دیگری که ممکن است آثار حقوقی یک قطعنامه را تعیین کند، لازم می‌داند (ICJ para 117 Rep:). از این رو دیوان مجدداً به سراغ محتوای اسناد می‌رود. اگرچه این نظر دیوان با توجه به تصمیمات ارکان سازمان ملل بیان شده است، با توجه به استدلال دیوان می‌توان معیارهای

مذکور را دربارهٔ تصمیمات سایر سازمان‌های بین‌المللی نیز مجری دانست و در نتیجه برای آنها نیز چنین اثر حقوقی قائل شد و به‌عنوان یک سند حقوق نرم از آنها بهره برد. بر این اساس به‌نظر می‌رسد که دیوان در رویهٔ خود برای احراز یک تعهد حقوقی سخت هم به قالب و هم به محتوا توجه می‌کند. اما معیار اصلی وی برای این کار، محتواست.

### کارکردهای حقوق نرم در حقوق بین‌الملل

حقوق نرم کارکردهای متعددی در حقوق بین‌الملل دارد، اما می‌توان همهٔ آنها را به‌نوعی در ذیل چهار دسته بررسی کرد (Shelton, 2008: 8; Meyer, 2009: 20-23):

**ایجاد حقوق سخت:** حقوق نرم در فرایند شکل‌گیری حقوق سخت در آینده به‌ویژه به‌صورت معاهدات بین‌المللی از ظرفیت چشمگیری برخوردارند. حقوق نرم زمینه‌ساز نزدیک شدن افکار و باورهای دولت‌ها می‌شود و از این طریق حصول رضایت مشترک میان آنها را برای ایجاد تعهدات الزام‌آور در آینده تسهیل می‌کند (Cihangir, 2017: 202). بدین ترتیب که حقوق نرم نیازها و ضرورت‌های جامعهٔ بین‌المللی را نشان کرده و تابعان حقوق بین‌الملل را به گرد آن جمع می‌کند. سپس برای آنها فرصت کافی برای رایزنی و تبادل نظر و نحوهٔ تعامل با موضوع ذی‌ربط فراهم می‌کند و آنها را به ایجاد حقوق سخت در آینده سوق می‌دهد (Cassese, 2005: 161). این کارکرد به‌ویژه در حوزهٔ حقوق بشر بسیار مفید و کارآمد است. بسیاری از تعهدات حقوق بشری الزام‌آور، سابقه در حقوق نرم دارند. مثال بارز این نوع حقوق نرم، اعلامیهٔ جهانی حقوق بشر است که زمینه‌ساز اصلی اتخاذ میثاق حقوق مدنی-سیاسی و میثاق اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی بود (Alston, 2007: 160).

**کارکرد هماهنگی:** حقوق نرم ابزاری است که از طریق موافقت‌نامه‌های بین‌المللی به‌منظور کمک به دولت‌ها برای هماهنگ ساختن رفتار آنها به‌کار می‌رود. این امر نیز ریشه در آن دارد که تقریباً همهٔ دولت‌ها معتقدند که در تخطی از حقوق نرم هیچ نفعی برای آنها وجود ندارد، بلکه نفع آنها در تبعیت و هماهنگی است؛ مانند تفاهم‌نامهٔ پاریس دربارهٔ کنترل بندر ساحلی که میان ۲۷ کشور منعقد شد و به موجب آن اعضا به‌دنبال متحدالشکل ساختن فرایندهای بازرسی با هدف رعایت مسائل امنیتی و زیست‌محیطی در دریا بودند<sup>۱</sup>، بدون آنکه تعهدی حقوقی بر ذمهٔ دولت‌ها باشد. بر این اساس، حقوق نرم می‌تواند مشکل همکاری را مرتفع ساخته و زمینه‌ساز آن باشد (Shaffer, 2009: 722).

**کارکرد زیانکاهی:** گاه دولت‌ها برای تأمین منافع موردنظر خود به‌جای آنکه به سراغ

1. Paris Memorandum of Understanding on Port State Control, Jan. 26, 1982, 21 I.L.M. 1. Available at: <http://www.parismou.org/ParisMOU/home/xp/menu.4284/default.aspx>. Last seen 07/10/2018

معاهده برونند، به حقوق نرم روی می‌آورند. در حقوق نرم پایبندی هر طرف به توافق مزبور، شرط پایبندی سایرین به آن است. اما از آنجا که که نفع دولت در رعایت آن است، هیچ‌گاه به نقض آن فکر نمی‌کند تا طرف دیگر نیز آن را نقض نکند. این امر تنها ابزار الزامی‌ساز حقوق نرم است. به عبارت دیگر، با توجه به اینکه همین سازوکار منافع دولت‌ها را تأمین می‌کند، دولت‌ها دیگر نیازی به استفاده از حقوق سخت نمی‌بینند، چراکه در عین اینکه همان دستاورد حقوق سخت را برایشان در پی دارد، از محدودیت‌های آن فارغ هستند. علاوه بر این موضوع دیگری که برای دولت‌ها اهمیت بسزایی دارد، بحث حیثیت و اعتبار بین‌المللی است. دولت‌ها به هیچ روی دوست ندارند، آبروی بین‌المللی خود را از دست بدهند، چراکه اگر دولتی برخلاف توافقات خود عمل کند، در آینده به قول‌های وی اعتنایی نخواهد شد و این بی‌اعتباری بین‌المللی به مراتب بیشتر از نفعی است که طرف مقابل از نقض خواهد برد (Guzman, 2002: 1823). بی‌اعتباری سبب می‌شود که در توافقات آتی با دولت خاطی به شکل دیگری رفتار شود و در دیگر حقوق نرم به بازی گرفته نشود. به‌طور مثال برخی از کشورهای صادرکننده نفت با هماهنگی و یکپارچه‌سازی سیاست‌های نفت کشورهای عضو و تعیین بهترین راه برای تأمین منافع جمعی یا فردی آنها به تأسیس سازمان کشورهای صادرکننده نفت اقدام کردند.<sup>۱</sup> این سازمان در طول فعالیت خود دارای نشست‌های متعددی است. اعضای اوپک در موارد مقتضی تصمیمات خود را در قالب بیانیه اعلام می‌کنند. اما این بیانیه‌ها با توجه به اساسنامه اوپک، برای اعضا الزام‌آور نیست و در صورت تخطی هر یک از اعضا از تصمیمات مزبور، سازمان فاقد مکانیسم ضمانت اجراست (Mann, 2012: 383) اما اعضای سازمان در موارد متعددی تصمیمات اتخاذی را رعایت می‌کنند، چراکه از یک سو عدم رعایت یک کشور، به عدم رعایت از سوی دیگران منتج خواهد شد. از سوی دیگر، با توجه به حساسیت موضوع برای اعضا، آنها خود را در قیدوبندهای حقوق سخت اسیر نکرده و از مجرای حقوق نرم منافع خود را دنبال می‌کنند.

**کارکرد اصلاح :** قواعد حقوق بین‌الملل معمولاً در گذر زمان به همان شکل اولیه خود اجرا نمی‌شوند (Meyer, 2009: 890)، چراکه با گذشت زمان و تغییر اوضاع و احوال، توافقات بین‌المللی نیز نیازمند بازنگری هستند. در این شرایط حقوق نرم برای حرکت به سوی اصلاحات قواعد موجود از بیشترین توان برخوردار است. بر این اساس، توسل به حقوق نرم برای دولت‌ها راه مؤثری است که آینده مبهم و نامطمئن را با وضع قواعد مطلوب مرتفع می‌سازد. درحالی‌که اگر آیین بازنگری مقرر در معاهدات به کار گرفته شود، فرایندی دشوار و کند خواهد بود. از آنجا که تبعات حقوقی سنگینی متعاقب حقوق نرم وجود ندارد، سبب تشویق دولت‌ها می‌شود که با ابتکارهای یکجانبه خود را با قواعد و شرایط جدید سازگار کنند (Lipson, 1991: 500) و بدین ترتیب میان کارآمدی قواعد حقوقی و حاکمیت دولت‌ها مصالحه برقرار می‌شود. این شیوه

1. [https://www.opec.org/opec\\_web/static\\_files\\_project/media/downloads/publications/OPEC\\_Statute.pdf](https://www.opec.org/opec_web/static_files_project/media/downloads/publications/OPEC_Statute.pdf)

به دولت‌ها این امکان را می‌دهد که هنگام تغییر شرایط روش‌های بهتر و پربازده‌تری را برای اصلاح قواعد موجود انتخاب کنند، درحالی‌که فرایند عادی شکل‌گیری قواعد حقوق بین‌الملل به مدت زمان نسبتاً طولانی نیاز دارد (ویرلی، ۱۳۷۶: ۵۶۱). در این مورد می‌توان به اقدامات سازمان صلیب سرخ اشاره کرد. با توجه به رشد و پیشرفت سریع علوم فناوری، ابزار و شیوه‌های جنگی نیز دچار تحول می‌شوند. به‌نحوی که جدا از آثار ناخوشایندی که بر انسان دارند، محیط زیست را نیز دچار آسیب و نابودی می‌کنند. از آنجا که گردآوری مجدد دولت‌ها برای اصلاح معاهدات از قبل موجود یا تدوین معاهده‌ای جدید کاری دشوار است، از این‌رو، سازمان صلیب سرخ اقدام به صدور توصیه‌نامه درباره لزوم محافظت از محیط زیست در خلال مخاصمات مسلحانه کرده است (Gasser, 1995: 638).

#### کارکرد ابزاری برای دادگاه‌ها و سازمان‌های بین‌المللی: برخلاف موارد مذکور، این نوع

کارکرد از حقوق نرم محصول محاکم و سازمان‌های بین‌المللی است. این شکل از حقوق نرم حاکی از قواعد غیرالزام‌آوری است که از سوی این نهادها صادر می‌شود و تفسیرهایی که محاکم بین‌المللی از معاهدات بین‌المللی ارائه می‌کنند، حقوق نرم هستند (Guzman, 2010: 207). درست است که تصمیمات محاکم بین‌المللی جز برای اطراف دعوی الزام‌آور نیستند، اما از یک سو سبب ایجاد ذهنیتی برای دولت‌ها می‌شود که قاعده الزام‌آور در آینده باید واجد چه اقتضائاتی باشد و از سوی دیگر، آرای محاکم بین‌المللی سبب شکل‌گیری توقع بین‌المللی می‌شود که در موارد مشابه باید بدان نحو عمل شود. از این‌رو کسی نمی‌تواند ادعا کند که آرای بین‌المللی فاقد آثار حقوقی است و از سوی دیگر نیز کسی نمی‌تواند ادعا کند که واجد الزام حقوقی است (Guzman, 2010: 201-205). شاید این کارکرد حقوق نرم در حوزه حقوق بشر آشکارتر باشد. برخی از موافقت‌نامه‌های حقوق بشری درباره اینکه اقتضای تعهدات مندرج در آنها چیست، ابهام دارند. در این شرایط محاکم نقش بسیار عمده‌ای در تبیین و شفاف‌سازی محتوای این قواعد و اقتضائات آن ایفا می‌کنند. به‌طور مثال، امکان انحراف از حقوق اساسی بشر که در میثاق حقوق مدنی سیاسی ۱۹۶۶ پیش‌بینی شده است، چندان واضح نیست و عبارت‌پردازی آن به‌گونه‌ای است که تاب تفسیرهای گوناگون را دارد. اما دیوان اروپایی حقوق بشر در چندین پرونده به تبیین ماهیت و مفهوم آن پرداخته است. از جمله در قضیه یونان، دیوان به تبیین معنای عبارت «شرایط اضطراری» مذکور در ماده ۴ پرداخت و اعلام داشت که این شرایط باید متضمن چهار ویژگی باشند؛ بدین بیان که وضعیت اضطراری باید موجود یا قریب‌الوقوع باشد. اثر وضعیت اضطراری باید به‌نحوی باشد که شامل تمامیت و کل جامعه شود؛ این وضعیت تداوم و استمرار سازمان زندگی جامعه را تهدید کند و در نهایت تدابیر قانونی معمولی برای دفع خطر مزبور کافی نباشد (The Greek Case, Appl. no. 3321-3323.67 & 3344/67).

نقش سازمان‌های بین‌المللی در حقوق نرم نیز کمتر از محاکم نیست، اصلاً دولت‌ها حقوق نرم را بیشتر از مجرای سازمان‌های بین‌المللی خلق می‌کنند تا فی‌مابین خود (Shelton, 2008).

3. قطعنامه‌های مجمع عمومی با اینکه الزام‌آور نیستند، اما کسی نمی‌تواند اثر آنها را بر تعهدات حقوقی اعضا انکار کند. به‌طور مثال این قطعنامه‌ها می‌توانند انعکاس‌دهندهٔ باور حقوقی دولت‌ها باشند یا اینکه به تبیین معنای قاعده بپردازند. در قضیهٔ قرار بازداشت میان کنگو و بلژیک، قاضی بولابولا در نظریهٔ جداگانهٔ خویش به تعریف جرم تجاوز پرداخت. این کار را با توجه به مادهٔ ۵۱ منشور ملل متحد و قطعنامهٔ ۳۳۱۴ مجمع عمومی در خصوص تعریف تجاوز انجام داد. البته باید توجه داشت که تمام قطعنامه‌های مجمع عمومی نباید واجد چنین اثری تلقی شوند. قطعنامه‌هایی که در پی تبیین و تعریف تعهدات الزام‌آور نیستند و نیز به‌طور جدی نمی‌توان آنها را اقدامی برای جهت‌دهی به افکار دولت‌ها تلقی کرد، قطعنامه‌هایی صرفاً سیاسی‌اند (Guzman, 2010: 221). قطعنامه‌های مجمع عمومی از مصادیق تأثیر سازمان‌های بین‌المللی است. این نهادهای بین‌المللی، مجاز شده‌اند که دربارهٔ قواعد حقوقی اظهارنظر کنند، بدون آنکه اثر الزام‌آور داشته باشد.

### دلیل استفادهٔ دیوان بین‌المللی دادگستری از حقوق نرم

هدف از حقوق نرم، اجتناب از بروز مشکل یا حل آن است؛ حقوق نرم سبب غلبه بر بن‌بست موانع است. حقوق نرم به تعیین و ارائهٔ خطوط راهنما برای عمل و تصمیم‌گیری می‌پردازد. همین ظرفیت حقوق نرم سبب شده است که در رویهٔ دیوان استفاده شود. در قضیهٔ اعمال معاهدهٔ پیشگیری و مجازات جنایت نسل‌زدایی میان بوسنی و هرزگوین و صربستان و مونته‌نگرو، دیوان با شرایط دشواری مواجه بود. در این قضیه دیوان بیش از آنکه با موضوع یافتن منابع و اسناد مشترک فی‌مابین طرفین مواجه باشد، با موضوع ادعاهای زیاد نقض تعهد از سوی طرفین دعوا مواجه بود. هریک از طرفین اختلاف ضمن پذیرش و احترام به قواعد و اسناد حقوقی بشری، موارد نقض را از سوی خود انکار و متوجه طرف مقابل می‌کردند. این مسئله با یافتن قاعدهٔ ذی‌ربط و تفسیر آن حل‌شدنی نبود، بلکه می‌بایست درستی آنچه در واقع اتفاق افتاده است، احراز شود. بدین‌منظور دیوان به سراغ اسناد و منابعی رفت که در ذیل حقوق نرم قرار می‌گیرند. از این‌رو دیوان از جمله گزارش‌های دبیر کل سازمان ملل، گزارش‌های نهادهای دولتی و غیردولتی و نظر گزارشگر ویژهٔ شورای حقوق بشر را بررسی کرد و وقوع یا عدم وقوع جنایات را مورد توجه قرار داد (ICJ Rep, 1996: Para 230-246-301) و چه‌بسا به‌نظر می‌رسد که دیوان برای احراز وقایع، اصلاً راه دیگری به‌جز مراجعه به این اسناد حقوق نرم نداشت.

موضوع مهم دیگر قابل ذکر با توجه به آرای دیوان، توجه به واضعان حقوق نرم است. اسناد نرمی که مورد توجه دیوان واقع شده‌اند، مانند قطعنامه‌های مجمع عمومی یا اعلامیهٔ ریو، همگی حاصل کنش‌های تابعان حقوق بین‌الملل بوده‌اند. به‌عبارت دیگر، از نظر دیوان، قاعدهٔ حقوق نرمی که توقع آن می‌رود که عنصر روانی را تشکیل دهد، باید حاصل یک عمل رسمی

دولتی باشد. بر این اساس، کدهای رفتاری که از سوی اشخاص غیردولتی تهیه می‌شوند، معرف عنصر روانی دولت‌ها نیستند. نکته‌ای که باید بدان دقت کرد این است که دیوان در بسیاری از موارد به قطعنامه‌های مجمع عمومی استناد کرده است، نباید منجر به این تصور شود که قطعنامه‌های سایر سازمان‌های بین‌المللی نمی‌تواند از چنین خصیصه‌ای برخوردار شود. از این رو قطعنامه‌های مجمع عمومی فی‌نفسه ویژگی خاصی ندارند که صرفاً آنها قابلیت پرداخت داشته باشند، بلکه به فراخور موضوع است که دیوان به آنها استناد می‌کند. کما اینکه در قضیه مشروعیت سلاح‌های اتمی دیوان به سراغ اعلامیه ریو رفت. یا در اختلاف میان کرواسی و صربستان، از جمله ادعای صربستان، حمله کروات‌ها به افراد غیرنظامی بود. دیوان به‌منظور احراز صحت این ادعا، نظر گزارشگر ویژه شورای حقوق بشر را پذیرفت و با استناد به آن گزارش وجود چنین حمله‌ای را احراز کرد. چنانکه ملاحظه می‌شود، نظر گزارشگر شورای حقوق بشر سندی از جنس حقوق نرم است و نه سخت و همچنین از شمار قطعنامه‌های مجمع عمومی نیست. اما دیوان به فراخور موضوع، به آن توجه نشان داده است (ICJ Rep, 2015: Para 484).

### جایگاه حقوق نرم در آرای دیوان بین‌المللی دادگستری

ابزاری برای تقویت استدلال: با بررسی آرای دیوان می‌توان دریافت که اسناد مرتبط با حقوق نرم در رویه دیوان جایگاه قابل‌اعتنایی دارند. دیوان در رویه خود بارها به اسناد حقوقی نرم استناد کرده است. این خود گویای آن است که نمی‌توان به‌سادگی از کنار این اسناد گذشت و اثر حقوقی آنها را نادیده گرفت. از این رو، هنگامی که دیوان به این اسناد استناد می‌کند، بی‌شک گویای آثار حقوقی این اسناد است، چراکه اصولاً وظیفه یک نهاد قضایی عبارت است از گفتن حق براساس قواعد حقوقی موجود. در قضیه سلاح‌های اتمی نیز از دیوان خواسته شد که درباره مناسبات میان حق بر دفاع مشروع و تعهدات مربوط به محیط زیست اظهار نظر کند. در اینجا نیز دیوان به قطعنامه ۴۷/۳۷ مجمع عمومی اسناد کرد که در آن تأکید شده بود که ملاحظات زیست‌محیطی از عواملی است که باید در اعمال حقوق جاری در مخاصمات مسلحانه مورد توجه قرار گیرد (ICJ Rep, 1996: Para 32). علاوه بر این دیوان برای تقویت استدلال خویش دال بر اینکه نگرانی‌های زیست‌محیطی در بررسی مشروعیت کاربرد سلاح‌های اتمی نقش دارند، به اعلامیه ریو که به لحاظ حقوقی سند غیرالزام‌آوری است، استناد کرد (ICJ Rrep, 1996: para 30). دیوان در نظریه مشورتی در خصوص ساخت دیوار حائل اعلام کرد که دادگاه درباره قواعد و اصول حقوق بین‌الملل مرتبط با ارزیابی وضعیت مشروعیت اقدامات انجام‌گرفته از سوی اسرائیل تصمیم خواهد گرفت و چنین اصول و قواعدی در منشور ملل متحد، معاهدات بین‌المللی، عرف بین‌المللی و قطعنامه‌های صادره از سوی مجمع عمومی و شورای امنیت قابل

مشاهده است (ICJ Rep, 2004: Para 66) و حتی فراتر از این موارد گاه دیوان به اسنادی استناد کرده که هم به لحاظ محتوا و هم قالب نرم بوده‌اند که مثال بارز آن استناد به طرح پیش‌نویس مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها در قضیه پروژۀ سد ناگیماروش بوده است (ICJ Rep, 1997: para 47-53). در قضیه مصونیت دولت‌ها، دیوان برای احراز عناصر مسئولیت بین‌المللی یک دولت به ماده ۱۳ طرح پیش‌نویس مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها مصوب کمیسیون حقوق بین‌الملل استناد و اعلام کرد که برای احراز عمل متخلفانه بین‌المللی، باید عمل دولت را براساس تعهدات بین‌المللی زمان ارتکاب عمل بررسی کرد (ICJ Rep, 1997: para 58). در اختلاف میان گینه و کنگو نیز دیوان بین‌المللی دادگستری به سراغ نظریات تفسیری کمیته حقوق بشر رفت و اعلام داشت اگرچه رویه و نظریات تفسیری این نهاد حقوق بشری الزام‌آور نیستند، باید وزن و ارزش زیادی به نظریات تفسیری این نهاد مستقل داد، چراکه یافته‌های این نهاد ابزار بسیار مناسبی برای شفاف‌سازی تعهدات حقوق بشری، نیل به یکپارچگی در حقوق بین‌الملل هستند. از این رو دیوان برای احراز درستی تفسیر خود، به نظریات تفسیری کمیته حقوق بشر استناد جست و انطباق تفسیر خود با آن را گواهی بر درستی استدلال خود تلقی کرد (ICJ Rep, 1996: para 66). در نظریه مشورتی نامیبیا نیز دیوان به‌منظور احراز حقوق بین‌الملل قابل اعمال، به شناسایی اسنادی که برای دولت آفریقای جنوبی لازم‌الاجراست، پرداخت و در کنار منشور ملل متحد از اعلامیه جهانی حقوق بشر نام برد و اعلام داشت که این اسناد برای دولت آفریقا ایجاد تعهد می‌کنند (ICJ Rep, 1971: para 91).

## ۱. کشف قاعده عرفی

دیوان اصلی‌ترین محکمه دآوری درباره حقوق بین‌الملل عرفی به‌عنوان یک قاعده کلی و قابل اعمال نسبت به همه دولت‌ها محسوب می‌شود (محمودی، ۱۳۹۵: ۹۷). اگرچه حقوق نرم اسنادی فاقد الزام حقوقی تلقی می‌شوند، نقش مهمی در فرایند قاعده‌سازی در حقوق بین‌الملل عرفی ایفا می‌کنند (Cihangir, 2017: 217). بسیاری از اوقات حقوق نرم به شکل مکتوب ارائه می‌شوند و ممکن است این شائبه را ایجاد کند که این امر می‌تواند به‌عنوان عنصر مادی عرف تلقی شود. اما باید توجه داشت که اگرچه عمل نگارش یک عمل حقوقی است، این امر بیشتر ناشی از یک عادت بین‌المللی است که توافقات به‌طور مکتوب تهیه می‌شوند و به هیچ‌عنوان انعکاس‌دهنده رویه دولت‌ها نیستند. بر این اساس، صرف نگارش حقوق نرم نمی‌تواند موجدی برای شکل‌گیری عنصر مادی عرف باشد. با توجه به ماهیت انتزاعی حقوق نرم، چنین اسنادی نمی‌توانند همانند قاعده حقوقی مکتوب برای دولت‌ها تعهد الزام‌آور ایجاد کنند. برخلاف این امر، درحالی‌که اسناد حقوق نرم به لحاظ شکل، الزام حقوقی ندارند، اما عامل بسیار مهمی در تشکیل عنصر روانی محسوب می‌شوند.



از علل توجه و استناد به حقوق نرم در رویه دیوان، کشف و احراز قاعده عرفی است. با توجه به ماده ۳۸ اساسنامه دیوان عرف بین‌المللی متشکل از دو عنصر رویه و باور حقوقی است. یکی از راه‌هایی که دیوان برای احراز باور حقوقی انتخاب کرده، توسل به فن حقوق نرم است. در قضیه نیکاراگوئه، دیوان اعلام داشت که باور حقوقی دولت‌ها درباره منع توسل به زور از قطعنامه‌های مجمع عمومی قابل استنباط است. دیوان صرف همین قطعنامه‌ها را بدون هیچ‌گونه تحلیل و توضیحی گواهی بر قصد دولت‌ها دال بر تأسیس اصل منع توسل به زور در نظر گرفت (ICJ Rep, 1986: para188). این تصمیم در حالی بود که رویه دولت‌ها در منع توسل به زور بسیار مشتت بود، اما دیوان به هیچ‌عنوان آنها را مورد توجه قرار نداد. دیوان با این رأی خود اشتیاق خود را برای پذیرش امکان استنباط حقوق سخت از حقوق نرم نشان داد. دیوان با این رأی نشان داد که قطعنامه‌ها مجمع عمومی چیزی فراتر از تبیین و تکرار اصول متحد بوده و به معنای پذیرش اعتبار حقوقی قواعد مندرج در قطعنامه‌ها از سوی دولت‌ها هستند. از این‌رو دیوان نتیجه گرفت که رویکرد دولت‌ها به قطعنامه‌های مجمع عمومی می‌تواند نشانه‌ای از وجود باور حقوقی در احراز عرف بین‌المللی باشد (C. M. Chinkin, 1989: 858). در این قضیه نه تنها رضایت دولت آمریکا به اصل منع توسل به زور در قالب قطعنامه‌های مجمع عمومی، بلکه در اعلامیه اصول حاکم بر روابط دوجانبه دولت‌های حاضر در هلسینکی ۱۹۷۵ نیز مورد توجه دیوان قرار گرفت و از سوی این نهاد گواهی بر وجود باور حقوقی دولت آمریکا در پدیداری قاعده عرفی منع توسل به زور تلقی شد. این در حالی است که سند نهایی هلسینکی بی‌تردید از مصادیق حقوق نرم است (ICJ Rep, 1996: para 189). در قضیه مشروعیت سلاح‌های اتمی، در خصوص قطعنامه‌های مجمع عمومی دیوان اعلام داشت که قطعنامه‌های مجمع عمومی اگرچه الزام‌آور نیستند، گاهی می‌توانند ارزش قاعده‌مندی<sup>۲</sup> داشته باشند. آنها می‌توانند بسته به اوضاع و احوال، شواهد مهمی به‌منظور احراز وجود قاعده یا باور حقوقی محسوب شوند. بدین‌منظور باید به محتوای این قطعنامه‌ها و شرایط اتخاذ آنها توجه کرد. نیز لازم است که کشف شود آیا حکایت از باور حقوقی دارند یا خیر. یا حتی مجموعه‌ای از قطعنامه‌های مجمع عمومی می‌تواند بیانگر روند تکامل تدریجی باور حقوقی لازمه برای تأسیس قاعده جدید باشد (ICJ Rep, 1996: Para 69). از این‌رو دیوان برای احراز عرف بین‌المللی به بررسی عنصر مادی و روانی می‌پردازد و درحالی‌که در رویه دولت‌ها هیچ نشانی موافق با قاعده منع توسل به زور نمی‌یابد، اما معتقد است که باور حقوقی ناظر بر منع توسل به زور اگرچه هنوز شکل نگرفته است، در حال پیدایش است. یکی از ابزارهای اصلی دیوان برای رسیدن به این نتیجه و کشف باور حقوقی توجه به قطعنامه‌های متعدد مجمع عمومی در زمینه

1. The Final Act of the Conference on Security and Cooperation in Europe, Aug. 1, 1975, 14 I.L.M. 1292 (Helsinki Declaration), available at: <http://hrlibrary.umn.edu/osce/basics/finact75.htm>  
2. normative

محکومیت سلاح‌های اتمی بوده است (ICJ Rep, 1996: para 73). همچنین در اختلاف میان آلمان و ایتالیا، دیوان به‌منظور بررسی سابقهٔ مصونیت دولت‌ها در حقوق بین‌الملل به سراغ یافته‌های کمیسیون حقوق بین‌الملل رفت و مستقیماً به یافته‌های کمیسیون در خصوص وجود قاعدهٔ عرفی مصونیت دولت‌ها استناد و اعلام کرد که یافته‌های کمیسیون حقوق بین‌الملل در سال ۱۹۸۰ حاکی از آن است که اصل مصونیت دولت‌ها دارای ریشه‌های مستحکمی در حقوق بین‌الملل است (ICJ Rep, 2012: Para 56). پس از احراز مصونیت بین‌المللی دولت‌ها به‌عنوان یک قاعدهٔ عرفی، برای بررسی تداوم اعتبار این قاعده در حقوق بین‌الملل مجدداً به سراغ کارهای کمیسیون حقوق بین‌الملل نیز رفت و اعلام داشت که یافته‌های کارگروه کمیسیون به‌هنگام تحقیق دربارهٔ مصونیت دولت‌ها و تهیهٔ طرح پیش‌نویس معاهدهٔ مصونیت قضایی دولت‌ها و اموال آنها در خصوص مصونیت دولت‌ها مبین تغییر قاعدهٔ عرفی مصونیت دولت‌ها نیست (ICJ Rep, 2012: Para 77).

## نتیجه‌گیری

عنوان حقوق نرم بر اسناد و سازوکارهایی اطلاق می‌شود که اگرچه به‌طور ضمنی متضمن نوعی قواعد تعهد محور است، مبتنی بر قواعد الزام‌آور یا واجد رژیم رسمی ضمانت اجرا نیست. شاید در نگاه نخست، فقدان ضمانت اجرا برای حقوق نرم، ویژگی منفی به‌نظر برسد، اما همین ویژگی متضمن آثار و فواید حقوقی است. با توجه به همین عامل، حاکمیت‌ها کمتر بدان حساسیت نشان می‌دهند و راحت‌تر آن را می‌پذیرند. این امر خود ظرفیت اثرگذاری را به حقوق نرم می‌دهد و موجب می‌شود که حقوق نرم نقطهٔ شروع و زمینه‌ساز یک رویه باشد که آن رویه بخشی از فرایند شکل‌گیری حقوق باشد. اگر در گذشته دربارهٔ آثار حقوقی حقوق نرم تردید وجود داشت، امروزه با توجه به جایگاه آن در رویهٔ دیوان بین‌المللی دادگستری، می‌توان با قاطعیت به اثر حقوقی آن اذعان داشت. دیوان در خلال رسیدگی‌های خود بارها به حقوق نرم رجوع کرده و در ضمن آرای خود به بیان ملاک تفکیک حقوق نرم از سخت پرداخته و اعلام داشته است که برای چنین تفکیکی، باید به دو عامل توجه کرد؛ یکی قالب و دیگری محتوا. اما عامل اصلی تمایز میان حقوق نرم و سخت، محتواست. بدین ترتیب که باید به محتوا و معنای الفاظ و عبارات توجه کرد و آنگاه تصمیم گرفت که آیا موضوع مزبور حقوق سخت است یا نرم. اگر محتوا، بیانگر قصد تنظیم‌کنندگان آن دایر بر خلق تعهد حقوقی باشد، بی‌تردید از مصادیق حقوق سخت خواهد بود، اما اگر محتوا در پی بیان شرایط مطلوب در آینده باشد، حقوق نرم خواهد بود. البته باید توجه داشت، پرداختن به محتوا به معنای کنار گذاردن قالب نیست، بلکه نرم یا سخت بودن قالب، می‌تواند قرینه‌ای برای تشخیص حقوق نرم از سخت باشد. اما معیار اصلی و اولویت با محتواست. از سوی دیگر، دیوان در ضمن آرای متعددی به حقوق نرم استناد کرده است. این خود بهترین

گواه برای امکان برخورداری حقوق نرم از اثر حقوقی است، چراکه دیوان به‌عنوان مرجع قضایی موظف است که در چارچوب حقوق به بیان حق بپردازد. اما دیوان علاوه بر استناد به حقوق نرم به‌منظور تقویت استدلال آرای خود، قابلیت دیگری از حقوق نرم را نشان داده و آن عبارت است از امکان استنباط عرف بین‌المللی از مجرای حقوق نرم. دیوان در موارد متعددی به‌منظور کشف باور حقوقی کشورها، به حقوق نرم متوسل شده و به آنها استناد کرده است.

## منابع

### A) Books

1. Alston, P. & R Goodman (2007), *International Human Rights in Context Law: Politics, Morals*, oxford university press.
2. mCassese, Antonio (2005), *International Law*, oxford university press.
3. Falsafi, Hedayatollah (1395), *permanent peace and rule of law*, Tehran, Acim publications (In Persian).

### B) Articles

4. a bbo,,, nnn ntt hW.(2000), "rrr d nnd ooft Law in Intrrnoooll oo vrr nane,, *International Organization*, Vol. 54, issue 3.
5. Ch. kin, C. .. (1989), "The CheeeCe of ooft Law: ee vooøment and Change in Intrrnoooll. Law,, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 38, No. 4.
6. Cihangir, Nagihan (2017), hukTürk Mvzuatt İ çt i ht BBrrrpaay btt a nksı f Kka zzanıı İ çt i hlat PPr ogg ı ) nrrrnoooll human rghss,, *Law & Justice Review*, Year:8, Issue:14
7. Falsafi, Hedayatollah (139۶), Doctoral lectures publications (In Persian).
8. Gasser, H.P., (1995), "oor brrrrr prooooooof hle ntt ural nvrnronment in rrmd d oonfcc: A proposll for ccooñ", *American Journal of International Law*, Vol 89, issue 3
9. Gunther F. Handl (1998), AA rrr d Look tt ooft La,,, *American Society of International Law*, Vol. 82.
10. uu —————-200-),-AA C-mpI-ee-Based Theory of International Law,, *California Law Review*, Vol. 90, Issue 6
11. Habibzadeh, Tavakol & Attar Mohammad Saleh (1391), ooo neepual vvll uooon of "soft aaw" in the syseñ of intrrntt oall eegll rooourees,, *Comparative Law Researches*, Vol 16, No 2 publications (In Persian).
12. ... 220003'99 4055 K. 2200033 110004, hukTürk Mvzuatt İ çt i ha Development of Internatnat Law,, *The scientific research journal of rahbord*, Vol 18, No 50 publications (In Persian).
13. I), "Aggrci fi caionn nn As ii a20 Polish Year Book International Law
14. dd akist n",,,, , 31). " h w / r p ooh e naan nll gg reements Iyfnru ??? "m *International Organization*. Vol 45, Issue 4

15. aa hm 0.. j rr ad h . , aj bbatkha h, Mrr t eza & Faqiiii h L , Farhhannng (2011111116) ,, “Refllllll l ecttttt comparative law review, Vol 2, No 1 publicationst(In Persian).
16. aa nn, oo ss((20. W, “uuudi Arbssss policy toward non-PP EC oounr,,,, Diplomacy & Statecraft 23, No. 2.
17. ee ThhPrr os ndGns of Gr err nd Posoooon bddFordham international law journal , Vol. 32, Issue 3.
18. Sronoq Arnodd ,, (20150 .RRnjj brr, AA d (( 2 001999), “Tfdddn n International Law”, Vanderblt Journal OF Transnational Law, Vol 48
19. R”bnnnn,, Ann,, (2006), “nnn aaocgsss of ooft La,, American Journal of Comparative Law, Vol. 54, Issue 3.
20. ShffferCpGrrgery, & Mrrk A. oolaakk. n2009I, 20 19), “qpmssnn P ub rv aannn Pr s onm G ,, vv w PBu rvv “ntt ional governnnce”, Minn. L. Rev. Vol. 94.
21. hhoon, ii nhh L.,(2008a “ooC Law,, Handbook of International Law, Routledge Press, The George Washington University Law School.
22. hhrvv,, Abdol3ossii n & oo hamddd oo sennkkk iii Moghddam ( 13204 “sofn aaw,, Comparative Law Review, Vol 6, No 1 publications (In Persian).
23. rrr yyy ccc heel (1376) “The formooon o. inrrrnooonll r2sss in an vvolvfig wordd a rrqqq of the oonecept of "soft aaw",, Ard. shrr 00 .. d gh v . translated, legal research quarterly , Vol 1, No 122 publications(In Persian).
24. uu n Enghhrrd,, aa r,, (2009), “pp porunsssss and Cheeeenges o3 a ooft La. track to Economic and Social Rights-The Case of the Voluntary Guidelines on e . i). t ““ oodCg Verfassung und Recht in Übersee/Law and Politics in Africa, Asia and Latin America, Vol 42, no 4.
25. W,,, ooospr, (1983): “Towrr ds rvvvvw normiii , tty in inrrrnooonll aaw? ” American Journal of International Law, Vol 77, no 3.

### C) Judgment Documents

26. Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey), ICJ, Judgment of 19 December, 1978.
27. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment of 11 July 1996
28. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Judgment of 18 November 2008.
29. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) Merits, Judgment of 27 June 1986.
30. Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United states of America) 1996.
31. Legal Consequences for states of the Continued Presence of South Africa In Namibia (South West Africa) Advisory Opinion of 21 June 1971.
32. Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 2004 I.C.J. 136, 171 (July 9, 2004).
33. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 1996

- I.C.J. 226, 242g243 (July 1996).
34. Arrest Warrant of April 11 2000 (*Congo v. Belgium*), 2002 I.C.J. 3 (Feb. 14).
  35. the Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary vs. Slovakia) Judgment of 25 September 1997.
  36. Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v Democratic Republic of Congo), Judgment of 30 November 2010.
  37. Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion of 21 June 1971.
  38. Ecomhr, Denmark, Norway, Sweden and The Netherlands v. Greece 19 November 1969, (Appl. no. 3321-3323.67 and 3344/67) (The Greek Case).
  39. Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening) Judgment of 3 February 2012.
  40. Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening), Judgment of 31 March 2014.

**D) Websites**

41. <https://www.parismou.org>
42. <http://hrlibrary.umn.edu>
43. <https://www.opec.org>

