

The soft Law in The Light of Requirements of Political Relations

Soft Law and Political Requirements

Seyyed Mohamaad Baqer Amirian^{*}, Mosen Mohebi^{}**

Mohsen Abdollahi^{*}, Sadeg Salimi^{****}**

Abstract

In International law we have not real legislator that we know, so resources of international Law evolved that the most important of them is in article 38 of statute of International Court of Justice for political relations between states. Today soft law was part of resources of International Law but was not a part of article 38. Soft law was moving to developed law concept in political relations between states. Did governments accept these new concept? We supposition soft law is crystalize to hard law but not always. It was very important that soft law was new opportunity to normalization, policymaker and formulation political relations in international society. Furthermore, it is challenges in international society that if the soft law would not definition exactly, it will be subterfuge for governments. This divergence was cause opportunity and challenge of soft law in international society. In this

* Ph.D. student in International Law, Islamic Azad University Tehran Markaz branch, Tehran, Iran
(Corresponding Author), BehzadAmirian1@gmail.com

** Assistant Professor, Islamic Azad University Science and Research branch, Tehran, Iran,
sd.mohebi@gmail.com

*** Associate Professor, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran, Abdollahi75@hotmail.com

**** Associate Professor, Islamic Azad University Tehran Markaz branch, Tehran, Iran,
sadegsalimi@yahoo.com

Date received: 2021/09/15, Date of acceptance: 2022/11/07



Copyright © 2018, This is an Open Access article. This work is licensed under the Creative Commons Attribution 4.0 International License. To view a copy of this license, visit <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/> or send a letter to Creative Commons, PO Box 1866, Mountain View, CA 94042, USA.

articles our purpose was definition of soft law, we will show the effects of requirements of political relations.

Keywords: Normative mechanism, political relations, Soft law, International Law, International



حقوق نرم در پرتو الزامات روابط سیاسی^۱

حقوق نرم و الزام سیاسی

سید محمد باقر امیریان*

محسن محبی**، محسن عبداللهی***، صادق سلیمی****

چکیده

در حقوق بین‌الملل که قانونگذار به معنی متبادر به ذهن وجود ندارد، منابع در حال تحول‌اند که مهمترین آن در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری موجود بوده است. حقوق نرم که امروزه جزء لاینفک منابع حقوق بین‌الملل در روابط سیاسی دولت‌هاست، در ماده ۳۸ نیامده اما در راستای توسعه مفاهیم حقوقی و سیاسی جامعه بین‌المللی حرکت کرده است. اما آیا دولت‌ها به عنوان ذوات اصلی در حقوق بین‌الملل تاب پذیرش این مفاهیم نوین را در روابط سیاسی خود داشته‌اند؟ چنین فرض می‌شود که حقوق نرم همواره در تکاپو برای تبدیل شدن به حقوق سخت خواهد بود اما نه الزاماً، زیرا چه بسا حقوق نرم در موضوعی همواره حقوق نرم باقی مانده باشد. اما نکته مهم آن است که حقوق نرم فرصتی جدید برای هنجارسازی، سیاست‌گذاری و نهایتاً، قاعده‌سازی در روابط دولت‌ها ایجاد کرده است. وانگهی چالش پیش روی جامعه بین‌المللی آن است که با عدم تعریفی دقیق از حقوق نرم در چارچوبی مشخص، فقط دست‌آویزی برای دولت‌ها در

* دانشجوی دکتری تخصصی حقوق بین‌الملل، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز (نویسنده مسئول)،
behzadamirian1@gmail.com

** استادیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم تحقیقات، تهران، ایران، sd.mohebi@gmail.com

*** دانشیار، دانشگاه شهید بهشتی، abdollahi75@hotmail.com

**** دانشیار، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز، sadesgalimi@yahoo.com

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۶/۲۴، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۸/۱۶



Copyright © 2018, 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.

روابط سیاسی آن‌ها خواهد بود. این دوگانگی باعث ایجاد فرصت و در عین حال چالش در جامعه بین‌المللی بوده است. در این پژوهش با مشخص نمودن مفهوم حقوق نرم، تأثیر آن را در الزامات روابط سیاسی دولت‌ها مورد مذاقه قرار خواهیم داد.

کلیدواژه‌ها: سازوکار هنجارین، روابط سیاسی، حقوق نرم، حقوق بین‌الملل، جامعه بین‌الملل.

۱. مقدمه

هنجارهای بین‌المللی با درجه متفاوتی از ضرورت مجاب‌کنندگی و وفاق در میان دولت‌ها نقش بازی می‌کنند اما موجد حقوق و تکالیفی نیستند. برخلاف دیدگاه سنتی مبنی بر لزوم مداخله دولت در شکل‌دهی و ایجاد ضوابط حقوقی، رویکردهای مبتنی بر جامعه‌شناسی حقوقی در دهه‌های اخیر مفاهیم و نظریاتی را مطرح نموده که مبنای آن لازم نبودن استفاده از ضمانت اجرای حقوقی و نقش‌آفرینی دولت به شکل رسمی در عرصه حقوق است. این خود باعث ایجاد فرصت‌هایی است تا جامعه بین‌المللی و در رأس آن دیوان بین‌المللی دادگستری بتواند، نواقص و خلأهای حقوق بین‌الملل را مرتفع سازد. اما اینکه این موضوع تا چه حد می‌تواند در روابط دولت‌ها مثرتر باشد، مورد بحث و بررسی قرار خواهد گرفت. پرسش اصلی پژوهش از این قرار است: چه فرصت‌هایی با شکل‌گیری حقوق نرم در روابط سیاسی دولت‌ها ایجاد شده است و آیا فرصت و چالش دو روی یک سکه هستند؟ به عبارت دیگر، آیا با شکل‌گیری و توسعه حقوق نرم، دولت‌ها در روابط سیاسی خود در عین بهره‌مندی، متضرر هم خواهند شد؟

فرضیه: اگرچه از نظر تاریخی مشخص نیست چه کسی اصطلاح حقوق نرم را ابداع کرده است، این نکته مسلم است که حقوق بین‌الملل عمومی و روابط میان دولت‌ها اولین خاستگاه بروز و استفاده از این اصطلاح بوده است. به دلیل توسعه ادبیات حقوق نرم در عرصه بین‌المللی در کنار فرصت‌های ایجاد شده، چالش‌هایی هم بروز پیدا کرده است و آن تبدیل تعهدات سخت به تعهدات نرم توسط دولت‌ها است در این صورت حقوق نرم نه مکمل بلکه متعارض حقوق بین‌الملل خواهد بود. در این نوشتار بررسی خواهد شد که اکنون جامعه بین‌المللی این رویه را پذیرفته است که فرآیند شکل‌گیری قواعد در تنظیم روابط حقوقی به تدریج از حالت سنتی و انحصار دولت‌ها بیرون آمده و فعالان جدیدی در

قالب سازمان‌ها و موسسات بین‌المللی و یا منطقه‌ای، برخی برآمده از قوای دولتی و پاره‌ای نیز به نحو مستقل و فراملی پا به این عرصه گذاشته‌اند.

در واقع حقوق نرم امروزه نقشی غیر قابل انکار در فضای روابط بین‌الملل و حقوق بین‌الملل به خود اختصاص داده است. حقوق نرم را باید در شمار آن دسته از تمهیداتی یه شمار آورد که در کنار روابط سیاسی به مثابه عنصر مرکزی عرصه بین‌الملل از به کارگیری حقوق و برخوردهای سخت پرهیز می‌دهد. در واقع امروز روز هرچه بیشتر از تداوم حضور حقوق نرم در عرصه بین‌الملل می‌گذرد بیش از پیش ضرورت و کارایی آن آشکار می‌شود. حقوق نرم امروزه نه تنها از سوی دولت‌ها بلکه از جانب سازمان‌های بین‌المللی نیز به کار گرفته می‌شود و هریک به نوبه خود در تکوین و تطور آن ایفای نقش می‌کنند. حقوق نرم را باید تلاشی در راستای دسترسی به صلح و همزیستی پایدار تر دانست که در فضا‌های تهی از کنش‌های سخت پر اقتدار و هژمون رخ می‌نماید. کوشش پژوهش توضیح چگونگی به کار بستن حقوق نرم در عرصه روابط بین‌الملل با تمرکز بر روابط سیاسی است. این تلاش را با توجه به روابط میان دول‌ها و نیز روابط سازمان‌ها و دولت‌ها و روابط سازمان‌ها با یکدیگر توضیح داده ایم. به همین منظور ابتدا، به تعریف و ساختار حقوق نرم و تحلیل جایگاه آن از منظر اعتبارسنجی آن در روابط سیاسی دولت‌ها پرداخته می‌شود. سپس حقوق نرم را از منظر حقوق بین‌الملل تحلیل می‌شود و اینکه جامعه بین‌المللی اعم از مراجع قضائی مانند: دیوان بین‌المللی دادگستری و همچنین دولت‌ها در مواجهه با حقوق نرم چه واکنشی داشته‌اند، بررسی خواهد شد. سرانجام ماهیت گزارشات سیاسی دولت‌ها، اعلامیه‌ها و قطعنامه‌های سازمان‌های بین‌المللی مورد واکاوی قرار خواهد گرفت.

الف) ساختار حقوق نرم

به رغم تشتت و پیچیدگی در تعریف حقوق نرم، ارائه مصادیق آن به مراتب راحت‌تر است. این هم به دلیل جدید و نسبی بودن حقوق نرم است و هم به دلیل عدم تعیین تکلیف منجز منابع حقوق بین‌الملل. در ادامه سعی خواهد شد، با تعریف دقیق به شفاف نمودن این مفهوم پرداخته شود.

(ب) تعریف حقوق نرم

حقوق نرم به طور کلی قواعد حقوقی را پی می‌ریزد که حقوق مثبت نبوده و بنابراین از نظر قضائی الزام‌آور نمی‌باشند. (شیری، ۱۳۹۵: ۱/۱۳) حقوق نرم به آئین‌ها، اصول و هنجارهای بین‌المللی که به هیچ وجه قادر به تولید آثار حقوقی معینی نیستند و خارج از ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری قرار می‌گیرند یا فاقد محتوای هنجاری الزام‌آور برای ایجاد حقوق و تعهدات لازم‌الاجرا هستند، گفته می‌شود. برخی هم معتقدند، «حقوق نرم به اسنادی گفته می‌شود که هیچ قدرت الزام‌آوری ندارند و یا اگر داشته باشند، ضمانت اجرای آن‌ها بسیار ضعیف‌تر از قدرت الزامی حقوق در تعریف سنتی آن است» (Guzman, 2002: 38).

قواعد حقوق بین‌الملل معمولاً در گذر زمان به همان شکل اولیه اجرا نمی‌شوند چراکه با گذشت زمان و تغییر اوضاع و احوال توافقات بین‌المللی نیز نیازمند بازنگری و اصلاح هستند. در این شرایط حقوق نرم برای حرکت به سوی اصلاحات قواعد موجود از بیشترین توان برخوردار است. برای فهم بهتر عملکرد جامعه بین‌المللی در دهه‌های آینده و محتوای حقوق بین‌الملل، باید به حقوق نرم امروز نگاه شود. زیرا حقوق نرم جهت‌گیری نظام بین‌المللی را نشان می‌دهد و با هنجارسازی نهایتاً این امر به قاعده‌سازی منجر می‌گردد. همچنین حقوق نرم سیاست‌گذاری جامعه بین‌المللی است.

۲. سازوکار حقوق بین‌الملل فرصتی برای اجرای حقوق نرم در جامعه

بین‌المللی

حقوق نرم سازوکاری به سوی هرچه مسالمت‌آمیزتر شدن ساحت بین‌الملل و روابط میان دولت‌ها است.

سازوکار حقوق بین‌الملل برای اجرای حقوق نرم مسلماً با کاهش قدرت انحصاری دولت‌ها و تقویت نقش فعالان غیردولتی در امر قاعده‌گذاری همراه است. اسناد حقوق نرم می‌تواند این مهم را محقق کند. میزان نفوذ و توان اقناعی اسناد حقوق نرم منوط به عوامل گوناگون است. (عسگریان، ۱۳۹۵: ۱/۱۶)

یک هنجار نرم می‌تواند درجه‌ای از الزام‌آوری را داشته باشد بدون اینکه الزام خاص یک هنجار عرفی را داشته باشد. توجه به تفاوت حقوق بین‌الملل سنتی و حقوق بین‌الملل نوین در این میان ناگزیر می‌نماید.

در حقوق بین‌الملل سنتی آنچه برای اثبات وجود قاعده عرفی لازم به نظر می‌رسید، بیشتر با استمرار و دوام عمل ارتباط داشت تا اعتقاد به ضرورت وجودی آن عمل. استمرار عمل بیشتر از رفتارهای واقعی دولت‌ها نتیجه گرفته می‌شد تا تصدیق انتزاعی آن‌ها از این عمل. برای آن که وجود عرف تصدیق شود، سهم معاهده‌چندان قابل اعتنا نبود. به همین ترتیب حقوق نرم هم در تصدیق وجود عرف نقشی نداشت. اما برخلاف معاهده و حقوق نرم، نظریه حقوق بشر در پیدایش تحولات تدریجی در فرایند تصدیق حقوق عرفی سهمی اساسی داشته است. (فلسفی، ۱۳۹۹: ۲/۲۲۸)

جهان در عصر پرتحول کنونی نیازمند کارآمدی و سرعت در مقررات‌گذاری روابط دولت‌هاست و شکل سنتی انجام مذاکرات سنتی و طولانی برای دستیابی به توافق و اجماع، دیگر پاسخگوی نیازهای روز نیست. از سویی مقررات، به دلیل شرایط نوین به سرعت نیازمند بازنگری می‌شوند و دیوان بین‌المللی دادگستری و دیگر محاکم بین‌المللی سازکارهای جدید و چالاک‌تری برای صیقل یافتن حقوق بین‌الملل مورد نیاز دارند. حقوق نرم یکی از ابزارهای نوظهور حقوقی در پاسخگویی به شرایط جهان امروز است و بنا به تعبیری ساده می‌توان آن را جعبه‌ابزار حقوق‌دانان نام گذاشت که در اینصورت فرصتی فراخ برای دیوان فراهم می‌آید که بتواند بیش از دهه‌های گذشته به توسعه حقوق بین‌الملل بپردازد. (هداوند، ۱۳۸۸: ۵۰/۱۷)

حقوق نرم در شکل‌گیری حقوق عرفی در جامعه بین‌المللی موثر است و این نکته مورد تأکید کمیسیون حقوق بین‌الملل به طور تلویحی هم قرار گرفته است. کمیسیون حقوق بین‌الملل یادآور می‌شود سه روش برای ارتباط بین یک سند و حقوق بین‌الملل عرفی وجود دارد: تدوین حقوق موجود، انعکاس ظهور حقوق و منشأ نوین حقوق. گزارش همچنین روشنگر مفهوم رویه دولت‌های طرف یک معاهده چندجانبه است که آن را شبیه همان ارتباط بین معاهدات دوجانبه می‌داند. گزارش بین قطعنامه‌های (حقوق نرم) تصویب شده به وسیله دولت‌ها در سازمان‌های بین‌المللی یا کنفرانس‌های بین‌المللی به عنوان رویه دولت‌ها یا به عنوان گواه برای شکل گرفتن دکترین ارتباط برقرار می‌نماید.

صلاحیت حقوق بین‌الملل صرفاً توجیه کننده یا مشروعیت بخش برای کنشگران خود است. ابتدائاً دولت‌ها موضوع هنجارهای حقوق بین‌الملل هستند. قابل توجه آنکه حتی وقتی شرایط برای صلاحیت مشروع حقوق بین‌الملل بر حاکمیت دولت‌ها اجرا می‌شود مشکل دیگری وجود دارد و آن تمایل دولت‌ها برای تصمیم‌گیری مستقلانه است و نه اجبار. این مشکل به دلیل قیاس دولت با افراد است. با توجه به اینکه دولت‌ها هم قانون سازند و هم موضوع حقوق بین‌الملل، استقلال آن‌ها نمی‌تواند با حقوق داخلی مقایسه شود. (Besson, 2011: 8)

بررسی عملکرد دولت‌ها در حوزه حقوق بین‌الملل بسیار پیچیده و دقیق است. مثلاً رضایت به التزام به یک معاهده با نیت به انعقاد یک معاهده متفاوت است. چنین رضایتی متأخر بر نیت طرف‌های یک معاهده برای انعقاد یک معاهده است اما اثرگذاری چنین توافقی بسته به رضایت طرف‌های آن است. در حقوق بین‌الملل پیش از آنکه دولت‌ها یا سازمان‌های بین‌المللی رضایت خود را برای ملتزم شدن به معاهده اعلام کنند، معاهده به عنوان یک پدیدار حقوقی شکل می‌گیرد. اما از جهتی دیگر تئوری رضایت نیازمند آن است که هر دولت موافقت التزام خود را با آن هنجار حقوق بین‌المللی عرفی شناسائی شده، اعلام کند. فلذا، گفته می‌شود که این تئوری می‌تواند به راحتی تشریح کننده قصد در شکل‌گیری حقوق بین‌الملل عرفی باشد. بنابراین، این قسم از رضایت قانون‌ساز است. (Gibbon, 1958: 33)

جالب این که وسعت فعالیت سازمان‌های بین‌المللی و ارکان آن‌ها و افزایش استفاده دولت‌ها از اسناد و موافقتنامه‌های رسمی، حقوقی و غیرالزام‌آور برای تنظیم روابط خارجی رسماً، در عرصه بین‌المللی قانون‌سازی چشمگیری می‌کنند که به طور غیررسمی در حال توسعه حقوق نرم هستند. در نتیجه، رفتار دولت‌ها در راستای اجرای این قسم موافقتنامه‌ها مجوزی شده است که به آسانی بتوان تعدادی کنوانسیون، معاهده و توافقنامه‌هایی را تصویب شده دانست که پیش از این سابقه‌ای نداشته است. این مهم مرهون نقش سازمان‌های بین‌المللی است که نقش بیشتری نسبت به گذشته ایفا می‌کنند. لذا سازمان‌های بین‌المللی را دیگر نمی‌توان با تعریف سنتی آن یکی دانست، زیرا گاهی به انجام اعمالی دست می‌زنند که کاملاً برخلاف رویه دولت‌ها در جامعه بین‌المللی است. (Komori, 2001: 405)

الف) حقوق نرم در منابع استنادی دیوان بین‌المللی دادگستری و چالش‌های پیش روی دیوان

الزاماً حقوق نرم به حقوق سخت تبدیل نخواهد شد. حتی درجائیکه یک سند نرم (فارغ از شکل و محتوا) مورد استناد یک محکمه بین‌المللی قرار می‌گیرد، آن تعهد به حقوق سخت تبدیل نمی‌شود اما در اینصورت راه برای شکل‌گیری یک عرف بین‌المللی هموار می‌گردد.

۱.۲ حقوق نرم، دلیل قاطع دعوا

اما همچنان برخی به درستی معتقدند که نظامی نظام مند (Hillgenberg, 2016: 162) گاهی شکل یک سند نرم است اما در محتوا شاهد قواعد حقوق سخت هستیم که در قطعنامه‌های مجمع عمومی مشهود است. از طرفی هم گاهی شکل یک سند سخت است اما محتوا حقوق نرم است مانند معاهدات زیست محیطی. لذا برای پی بردن به سخت یا نرم بودن قواعد موجود یک سند هم شکل حائز اهمیت است هم محتوا که در زیر نمونه‌هائی از چنین آرائی در دیوان بین‌المللی دادگستری مطالعه و بررسی می‌گردد.

دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه نیکاراگوئه یادآوری می‌نماید که یکی از اتهامات ایالات متحده آمریکا در مقابل نیکاراگوئه نقض اعلامیه مجمع عمومی مصوب ۱۹۶۵ عدم مداخله است. اقدامات ایالات متحده آمریکا رسماً متروک دانستن این اصل و تغییر آن به اصل مداخله ایدئولوژیک است. دیوان ضمن برشمردن نقض‌های حقوق بین‌المللی ایالات متحده آمریکا اذعان می‌دارد برای شناسائی نقض حقوق بین‌الملل دیوان وابسته به استدلال و اسناد ارائه شده توسط طرفین نیست بلکه می‌تواند از همه قواعد حقوق بین‌الملل برای حل و فصل یک اختلاف استفاده کند اگرچه طرفین به آن استنادی نکرده باشند. (Hillgenberg, 2016: 175)

این تفسیر موسع نمایانگر این حقیقت است که دیوان بین‌المللی دادگستری از هر ابزاری برای حل و فصل یک اختلاف می‌تواند بهره‌بردار که حقوق نرم هم از این قاعده مستثنی نیست. اینکه دیوان می‌گوید می‌تواند از همه قواعد حقوق بین‌الملل استفاده کند اگرچه طرفین به آن استناد نکرده باشند موید این نکته است که دیوان از این رویه محاکم کیفری (و نه حقوقی) استفاده می‌کند. زیرا، در دعاوی حقوقی علی‌الاصول قاضی نمی‌تواند، پا را

فراتر از مستندات ابرازی طرفین بگذارد. این عبارت دیوان، عدول از ماده ۳۸ اساسنامه خود هم هست و پاسخی است برای کسانی که معتقدند، ماده ۳۸ حصری است و نه تمثیلی. درهرحال، ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری چکیده منابع حقوق نیست. (Rauter, 2017: 190) رویه محاکم این است که قطعنامه‌ها یا اعلامیه‌هایی که در راستای منشور ملل متحد تصویب شده است یا هرگونه تصمیم سازمان‌های بین‌المللی در هر متنی می‌تواند حتی به تنهایی مثبت وجود الزام دولت‌ها باشد و نهایتاً این امکان و احتمال وجود دارد که به عنوان یک قاعده الزام آوری عرفی شناخته شوند. (Rauter, 2017: 205)

گرچه وحدت رویه قضائی در حقوق بین‌الملل همچون برخی نظام‌های داخلی مورد قبول قرار نگرفته ولی دیوان در عمل برای رفع خلأ حقوقی مجبور است، از چارچوب حقوق موضوعه فراتر رود. پویائی تصمیمات دیوان و نقصان قواعد حقوق بین‌الملل دلالت بر آن دارد که دولت‌ها و جامعه بین‌المللی و سایر محاکم بین‌المللی به چنین منبعی نیاز واقعی دارند.

دیوان از یک طرف ملزم به حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات بین‌المللی است و از طرف دیگر در توسعه حقوق بین‌الملل مشارکت دارد. در نتیجه سیاست دیوان، حل و فصل اختلاف و توسعه حقوق بین‌الملل به صورت توأمان است. لذا در حل اختلافات قواعد حقوقی را به صورت مکانیکی اعمال نمی‌کند بلکه با اعمال واقعی حقوق در جامعه در شکل‌گیری تدریجی قاعده محض حقوقی موثر است. در جامعه بین‌المللی مشکلات قانون‌سازی و تدوین حقوق بین‌الملل بیشتر است، بنابراین مشارکت دیوان در شکل‌گیری قواعد حقوق بین‌الملل دلالت بر آن دارد که دیوان راهنمای حقوقی برای دولت‌ها در روابط سیاسی خود در جامعه بین‌المللی در چارچوب سازمان ملل و خارج از آن می‌باشد. (International Court of Justice, 1986: 203)

دیوان این موضوع را موردنظر قرار می‌دهد که گاهی اسنادی غیرمستقیم می‌تواند به دیوان کمک کند. اثبات یک موضوع ممکن است از دل یک حقیقت استنتاج گردد اگر، هیچ شک معقولی وجود نداشته باشد. گاهی با توسل به حقیقت موضوع، می‌توان از مفاهیم مرتبط چشم پوشی کرد، مفاهیمی که در عین ارتباط با موضوع، دیوان را از حقیقت دور می‌کند. در این میان دیگر فرقی نمی‌کند یک سند نرم است یا سخت. در قضیه کانال کورفو دیوان اذعان می‌دارد اسنادی که وجود دارد، تأیید کننده یکدیگرند و با وضعیت آلبانی در

قبل و بعد از ۲۲ اکتبر ۱۹۴۶ مرتبط است. دولت آلبانی دائماً بر آب‌های سرزمینی خود نظارت داشته است و این موضوع در اعلامیه نماینده دولت آلبانی در شورای امنیت در ۱۹ فوریه ۱۹۴۷ و همچنین در نوشته‌های دیپلماتیک دولت آلبانی برای عبور کشتی‌های خارجی از آب‌های سرزمینی ذکر شده است. (International Court of Justice, 1986: 218)

مثال دیگر، اصل استفاده معقولانه و منطقی از سرزمین در آرای دیوان به وضوح نیامده است چون رأی دیوان ۲۳ سال قبل از اعلامیه استکهلم ۱۹۷۲ صادر شده است. همچنین در قضیه تریل اسملتر که در سال ۱۹۴۱ بین ایالات متحده آمریکا و کانادا اتفاق افتاد، در رأی دیوان داوری اینگونه آمد که هیچ دولتی حق ندارد از سرزمین خود به گونه‌ای استفاده کند یا اجازه استفاده از قلمرو خود را به گونه‌ای بدهد که توسط انتشار گازهای زیان‌آور منجر به آسیب قلمرو و یا ویژگی‌های محیط زیستی آن کشور و نیز خسارت به اشخاص و اموال دیگر کشورها شود. (Trail Smelter Case, 1941: 16) این رأی تأیید کننده اصل ۲۱ بیانیه استکهلم ۱۹۷۲ بود. (United Nations Conference on the man and Environment, 1972: 46) هم چنین، قضیه تریل اسملتر در سال ۱۹۹۳ در کنوانسیون اروپائی لوگانو منشأ اصل مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها شد. (Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment, 1993: 31)

دیوان گاهی در آرای خود توجه ویژه‌ای به گزارشات ارکان مستقل بین‌الملل دارد. مثلاً، در اعلامیه ۵ دسامبر ۲۰۰۱، کمیته بین‌المللی صلیب سرخ مانند همیشه اعلام کرد، کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو در سرزمین‌های اشغالی از ۱۹۶۷ توسط اسرائیل قابل اجراست که شرق اورشلیم را هم دربرمی‌گیرد. دیوان اعلام می‌دارد که مجمع عمومی در بسیاری از قطعنامه‌های خود همین موضع را اتخاذ کرده است. در ۱۰ دسامبر ۲۰۰۱ و ۹ دسامبر ۲۰۰۳ در قطعنامه‌های ۵۶/۶۰ و ۵۸/۹۷ مجدداً، اعلام می‌دارد که کنوانسیون ژنو با حمایت شهروندان در زمان جنگ مرتبط است و از ۱۲ اگوست ۱۹۴۹ در سرزمین‌های اشغالی قابل اجراست و شرق اورشلیم و همچنین دیگر سرزمین‌های اشغالی به وسیله اسرائیل از ۱۹۶۷ را دربرمی‌گیرد. (International Court of Justice, 2004: 3)

دیوان بین‌المللی دادگستری معتقد است که گاهی یک کنوانسیون لازم‌الاجرا نیست حتی اگر ظاهر سند سخت باشد. مثلاً، در قضیه گابچیکووناگایماروش می‌گوید: اینکه یک کنوانسیون لازم‌الاجرا است یا نه، در شاخه حقوق معاهدات باید بررسی گردد. به عبارت

دیگر، ارزیابی یک کنوانسیون برای فهم منطبق بودن یا نبودن عمل طرفین با آن در حیطه حقوق مسئولیت دولت است (International Court of Justice, 1997: 35). دیوان در جایی دیگر اشاره می‌کند، چیزی که طرفین باید می‌گفتند یا باید نزد دیوان بگویند مثل استدلال، اعلامیه‌ها و دیگر استنادات، موضوع را به یک دعوای ترافعی تبدیل نمی‌کند. اگر این درست است که هر قضیه با ویژگی‌ها و اوضاع و احوال باید مورد ارزیابی و تصمیم‌گیری واقع شود، این هم درست که برای صدور نظر مشورتی قاعده انصاف، اصول اساسی حقوق و عدالت و قواعد کلی هم باید در نظر گرفته شود. (International Court of Justice, 1950: 5) اما در خصوص مورد مناط اعتبار بودن مفاد یک اعلامیه، دیوان بین‌المللی دادگستری تأیید کرده است که دولت‌ها متعهدند فعالیت‌های خود را منطبق با حقوق بین‌الملل اعمال نمایند. همینطور، قاعده منع آسیب به سرزمین دیگر دولت‌ها هنجاری بدیهی است که فعالیت یک دولت نباید منجر به آسیب به دولت دیگری باشد و اگر نقض شد آن خسارت را باید جبران کند. این قاعده در اصل ۲۱ اعلامیه استکهلم گرامی داشته شده است و غالباً در محاکم بین‌المللی مبنای حقوق بین‌الملل محیط زیست واقع گشته است. (International Court of Justice, 1992: 240)

قاضی آوارز در قضیه شرکت نفت ایران و انگلیس نیز به نقش دیوان در توسعه حقوق بین‌الملل اشاره داشت. به عقیده ایشان چنانچه قصد اساسنامه دیوان این بود تا اختیارات او را صرفاً محدود به حل و فصل اختلافات بنماید، اساسنامه صراحتاً آن را بیان می‌داشت. در آن صورت دیوان صرفاً یک دیوان داوری بین‌المللی به شمار می‌آمد. (International Court of Justice, 1952: 7)

۲.۲ حقوق نرم به مثابه ابزار تکمیلی مستندات دیوان بین‌المللی دادگستری

چنین به نظر می‌رسد که دامنه منابع دیوان تمام محیط دایره حقوق بین‌الملل را دربرمی‌گیرد. قاضی سازنده حقوق نیست اما از هر حقوق موجودی می‌تواند استفاده کند. این رویکرد با رشد سریع عرصه‌های مختلف جامعه بین‌المللی از یک طرف و از طرف دیگر با پویایی حقوق بین‌الملل منطبق است.

طراحان اساسنامه دیوان به نقش و کارکرد آن در توسعه حقوق بین‌الملل معتقد بودند اما دولت‌هایی که نگران بودند، منافع حیاتی‌شان از طریق عملکرد مستقل مرجع بین‌المللی به

خطر افتد، با اعطای حق تغییر در اصول و قواعد حقوقی به قضات مخالف بودند. در مقابل برخی از دولت‌ها نیز در طرح‌هایی به کمیته مشورتی حقوقدانان پیشنهاد دادند که در صورت خلأ قانونی، دیوان بتواند بر مبنای آنچه که به نظر وی قواعد حقوق بین‌الملل است، حکم صادر کند. در مقابل رویکرد محافظه‌کار خود محدودسازی، تفکر کنشگری قضائی قرار دارد که براساس آن فعالیت دیوان محدود به اجرای قواعد موجود نمی‌شود بلکه فعالیت قضائی دیوان منجر به توسعه قواعد موجود و در صورت نیاز اصلاح آن نیز می‌گردد. زیرا حقوق چیزی بیش از مجموعه قواعد حقوقی است که زمانی وضع شده‌اند و قاضی در فرآیند تصمیم‌گیری خود نمی‌تواند، تنها به اجرای ماشین‌وار قواعد اکتفا کند. برای مثال، در قضیه نامیبیا دیوان بین‌المللی دادگستری اذعان کرد که قطعنامه ۱۵۱۴ مجمع عمومی مصوب ۱۹۶۰ به نام اعلامیه استقلال به کشورها و مردم تحت استعمار به توسعه حقوق بین‌الملل کمک کرده است. (United Nations Resolution, 1960: 22) این موضع دیگر بار در قضیه صحرای غربی مورد تأکید قرار گرفت. (International Court of Justice, 1975: 12)

تئوری مدرن نقش قاضی در ایجاد قاعده که از بنیاد شروع شده در حقیقت اینان قاضی را در مقام و جایگاه قانونگذاری می‌بیند که از طریق تفسیر مبنای واقعی قانون را بیش از عبارت خشک و منجمد آن آشکار می‌کند. در مقابل حقوقدانانی هستند که چنین رویکردی ندارند. قاضی تاناکا در این قضیه معتقدند که دیوان یک رکن قانونگذاری نیست که در آن وضع قانون و یا تغییرات بنیادین آن طی فرایند مطالعاتی و ارائه طرح و لایحه و شور و مباحثات حقوقی انجام گیرد بلکه مرجع قضائی در فعالیتهای جاری خود تا حدود اختیار ایجاد قاعده بر مبنای و در چارچوب سیستم حقوقی سازمانی و هنجارهای موجود در حقوق بین‌الملل را به طور ضمنی دارد. وی اشاره می‌کند، دیوان نمی‌تواند به ارزیابی و اعلام مشروعیت یا عدم مشروعیت آپارتاید پردازد بلکه فقط می‌تواند بگوید، آپارتاید با اصل صلاح و صوابدید و حقوق بین‌الملل منطبق نیست. (International Court of Justice, 1975: 27)

اما به نظر می‌رسد، دیوان برای حفظ موقعیت خود به عنوان یک دادگاه جهانی باید از اعمال مضیق قواعد حقوقی عدول کند و آن را با مقتضیات و نیازهای جامعه بین‌المللی انطباق دهد. بنابراین وظیفه دیوان به اعمال قواعد موضوعه حسب ماده ۳۸ اساسنامه با

کنشگری قضائی در تعارض نیست. دیوان در صورتی جایگاه خود را به عنوان رکن اصلی حقوق بین‌الملل حفظ می‌کند و ارتقاء می‌دهد که صرفاً اعلام‌کننده قواعد حقوقی نباشد بلکه بر روح و غنای حقوق بین‌الملل با کنشگری قضائی خود بیفزاید.

ساختار نامتمرکز جامعه بین‌المللی هنوز بر معاهدات و عرف به عنوان ابزار قانون‌سازی تکیه دارد و برخی از سازمان‌های منطقه‌ای پیشرفته مانند اتحادیه اروپا و برخی از موسساتی که مقررات حقوق نرم را تهیه می‌کنند حتی سازمان‌هایی مانند فائو و سازمان تجارت جهانی از همین روش تبعیت می‌نمایند. اساسی‌تر آنکه معاهده و عرف شکل رایج قانون‌سازی در روابط بین‌الملل است که خود ناشی از منافع دولت است و به طور تاریخی، محدودکننده قدرت حاکمین و حاکمیت دولت در روابط بین‌الملل است. قطعنامه‌های مجمع عمومی سازمان ملل متحد در خصوص تصویب اسناد لازم‌الاجرا ضعیف است و عموماً در بهترین حالت فرصتی برای ابراز حقوق نرم مهیا می‌نماید. (Francioni, 2006: 38)

شناسائی هرم هنجارهای حقوقی در روابط بین دولتها ساختار حقوق بین‌الملل نشان می‌دهد چنین دیدگاهی به دیوان بین‌المللی دادگستری این اجازه را می‌دهد که بتواند قواعد حقوقی سنتی را در کنار منابع جدید قرار دهد و از این طریق الزاماتی را در روابط سیاسی دولتها رقم بزند. همچنین دیوان در استنادات خود صرفاً فورمالیست نیست بلکه به محتوا هم توجه ویژه‌ای دارد. (Christian, 2013: 53)

رویکرد هزمونیک عرصه بین‌الملل را در شرتیپ آنارشیک قرار داده است. در این میان حقوق بین‌الملل و سازمان‌ها و نهادهای بین‌المللی داعیه دار ایجاد نظم و همکاری و فضای صلح‌آمیز در عرصه بین‌الملل اند که عمدتاً از سوی دولتها با خطرهایی روبرو است. حقوق نرم می‌تواند خلاهای کارآمدی حقوق بین‌الملل و وظایف و کنش‌های سازمان‌ها و نهادهای بین‌المللی را پر کند. اگر این نقش را نقش نخست حقوق نرم بدانیم پر بیراه نرفته ایم.

۳. نتیجه‌گیری

در حال حاضر، حقوق بین‌الملل دارای قواعد و اصول بسیاری برای الزام دولتهاست و انگهی به علت وسعت دامنه موضوعی، به شدت از خلأ رنج می‌برد. برخورد حقوقدانان با این موضوع دو صورت دارد، دیوان بین‌المللی دادگستری قانونگذار نیست و لذا، محدود به

ماده ۳۸ اساسنامه خود است و صورت دوم، دیوان را از حالت جماد و مکانیکی بودن برهانیم و به او اجازه دهیم درجایی که خلأ حقوق بین‌الملل دیده می‌شود با پویایی و بهره‌گیری از منابع جدید این خلأ را از بین ببرد و از این طریق روابط سیاسی دولت‌ها را نظم و نسق دهد. امروز روابط سیاسی دولت‌ها با بحران منابع حقوق بین‌الملل مواجه است. اما این نگرانی که اگر به محاکم بین‌المللی چنین جوازی دهیم، بیش از پیش چندپارگی حقوق بین‌الملل را شاهد خواهیم بود، دقیق به نظر نمی‌رسد، زیرا با پرداختن به حقوق نرم در این محاکم، مفهوم آن بیش از پیش صیقل خورده و به جایگاه و ثبات درخور خود دست پیدا خواهد کرد و در اینصورت کمتر احتمال سوء استفاده دولت‌ها قرار خواهد گرفت. به نظر می‌رسد، آنقدرکه استتکاف دیوان در برخی از دعاوی به دلیل فقدان ادبیات حقوق بین‌الملل در آن حوزه می‌تواند به خود حقوق بین‌الملل و روابط سیاسی دولت‌ها آسیب برساند، مفاهیم جدید چنین تهدیدی نباشند. تشتت مفهومی در تعریف حقوق نرم هم، تهدیدکننده نیست، زیرا تقریباً تمام حقوقدانان معتقدند که حقوق نرم مجموعه‌ای هنجارین و برای دولت‌ها غیرالزام‌الاجراست. حقوق نرم چه در مقام ادله اثبات دعوا و چه به شکل اماره، قطعاً به توسعه حقوق بین‌الملل و بهبود روابط سیاسی دولت‌ها کمک می‌کند.

برای هرچه موثرتر بودن کارایی حقوق نرم در عرصه بین‌الملل نکاتی چند ذکر می‌شود:

حقوق بین‌الملل بیشتر توسط سازمان‌های بین‌المللی رعایت می‌شود تا دولت‌ها

۱. منابع حقوق بین‌الملل محدود نیست هرچند لیستی از آن وجود دارد
 ۲. بدیهی است که صلاحیت حقوق بین‌الملل اصولاً از پذیرش الزامات از سوی بازیگران آن، خصوصاً دولت‌هاست
- در برخی مواقع استدلال می‌شود که کارکرد عینی هنجار در روابط سیاسی دولت‌ها به جای کارکرد عینی سند باید به عنوان معیاری برای تمایز حقوق از غیرحقوق مدنظر قرار گیرد. به طور معمول، شکل صوری به عنوان مبنائی برای اثبات حقوقی بودن معاهدات مکتوب میان دولت‌ها و سایر اسناد حقوقی بین‌المللی بر مضمون ترجیح داده شده است. در نتیجه، مضمون در تئوری منابع حقوق بین‌الملل بدون هیچگونه اثر اثباتی حقوقی توسط دولت‌ها رها شده است.

امروزه حقوق نرم جزء منابع حقوق بین‌الملل است و همانطور که مشاهده نمودیم خود دیوان بین‌المللی دادگستری در جایگاه مجری حقوق بین‌الملل در برخی آراء اعم از نظرات مشورتی و توافقی میان دولت‌ها تلویحاً به آن پرداخته است. حقوق نرم فرصتی برای ترمیم و تکمیل حقوق بین‌الملل است و این یعنی صلح بیشتر در جامعه بین‌المللی و از طرفی به دلیل ویژگی لازم‌الاجرا نبودن می‌تواند به دست‌آویزی برای دولت‌ها تبدیل شود تا از تعهدات خود شانه خالی کنند و این چالش حقوق نرم در جامعه بین‌المللی است. اما به دلیل قدرت متقاعدکنندگی بالای حقوق نرم چالش مذکور به دلیل فرصت‌های خوب آن در روابط سیاسی دولت‌ها، قابل مسامحه است.

پی‌نوشت

۱. مقاله برگرفته از پایان‌نامه با عنوان «نقش دیوان بین‌المللی دادگستری در تکوین حقوق نرم» است.

کتاب‌نامه

- شیروی، دکتر عبدالحسین (۱۳۹۴)، حقوق نرم، مطالعات حقوق تطبیقی، شماره ۱، صص ۲۵۱-۲۷۶.
- عسگریان، عباسقلی، (۱۳۹۵)، راهبرد به کارگیری حقوق نرم در حل و فصل چالش‌های سیاست بین‌الملل، فصلنامه چالش‌های جهان، شماره ۱، صص ۱۲۳-۱۵۶.
- فلسفی، هدایت‌الله (۱۳۹۹)، سیر عقل در منظومه حقوق بین‌الملل، چاپ دوم، نشر نو، تهران.
- هداوند، مهدی، (۱۳۸۸)، جایگاه حقوق نرم در توسعه حقوق بین‌الملل، مجله نور، شماره ۵۰، صص ۱۳۱-۱۴۷.

Bess, Samantha (7, 2011), Severity, International Law and Democracy, European Journal of International Law, No. 2, Paris, 373-387

Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment. 1993,

7. Tams, Christian J (2013), The Development of International Law by the International court of Justice, Croybon :Oxford.

Francioni, Francesco (2006), Biotechnology and International Law, Oxford.

- Gibbon, Mac (1958), Customary International Law and Acquiescence.
- Guzman, Andrew T. (2002), A compliance based theory of international law, 6th edition, Berkeley.
- Hillgenberg, Hartmut (5, 2016), A Fresh Look at Soft Law, European Journal of International Law, No. 2. Paris, p.p 499-515
- ICJ Reports, (3, 1950), Case Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria.
- ICJ Reports, (10, 1975), Case Western Sahara". Para. 12.
- ICJ Reports, (5, 1992), Case Certain Phosphate Lands in Nauru, 1992, Para. 40.
- ICJ Reports, (6, 1986), Case Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua, para. 91.
- ICJ Reports, (7, 1952), Case Anglo- Iranian Oil Company, Para. 132.
- ICJ Reports, (7, 2004), Case Legal Consequence of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Para. 39.
- ICJ Reports, (9, 1997), Case Concerning the Gabčíkovo Nagymaros Project, Para. 35.
- ILC Report on formation and Evidence of Customary International Law. para. 69.
- Komori, Terue (2001), Public Interest of International Law, New Haven: Yale.
- R, Baxter (1980), International Law in Her Infinite Variety, 4th edition, Cambridge: Oxford.
- Rauter, Thomas (2017), Judicial Practice Customary International Criminal Law and Nullum Crimen Crime sine Lege, London: Springer
- Trail Smelter Case (4, 1941). United States of America v. Canada". Para. 16.
- United Nations Conference on the man and Environment. 1972.
- United Nations Resolution 1514. 1975.