



The Position of Soft Rights in the Normative Hierarchy of Human Rights

Tayebeh Shahreshtani¹, Samaneh Rahmatifar^{2*}, Mohammad Hadi Suleimani³

1. Ph.D Student of International Law, Faculty of Humanities, Hamedan Branch, Islamic Azad University, Hamedan, Iran.

2. Associate Professor of Department of Law, Faculty of Humanities, Hamedan Branch, Islamic Azad University, Hamedan, Iran.

3. Assistant Professor of Department of Law, Faculty of Humanities, Hamedan Branch, Islamic Azad University, Hamedan, Iran.

ARTICLE INFORMATION

Article Type: Original Research

Pages: 353- 372

Article history:

Received: 14 May 2023

Edition: 7 Jul 2023

Accepted: 2 Sep 2023

Published online: 25 Sep 2023

Keywords:

Sources of Law, Human Rights, Soft Law, Binding.

Corresponding Author:

Samaneh Rahmatifar

Address:

Iran, Hamedan, Islamic Azad University, Hamedan Branch, Faculty of Humanities, Department of Law.

Orchid Code:

0000-0002-4586-4748

Tel:

09188625244

Email:

S.Rahmatifar@gmail.com

ABSTRACT

Background and Aim: The concept of soft rights is one of the relatively new topics that has found a special place in the literature of international human rights. The purpose of this research is to explain the position of soft rights in the normative hierarchy of human rights.

Materials and Methods: This research is of theoretical type and the research method is descriptive-analytical and the method of data collection is library and has been done by referring to documents, books and articles.

Ethical Considerations: In order to organize this research, while observing the authenticity of the texts, honesty and fidelity have been observed.

Findings: The mechanisms of soft rights in the international human rights space have different functions, which has led to the conclusion that a fixed place for the concept of soft rights in the normative hierarchy of the international human rights system cannot be considered.

Conclusion: Soft law documents and mechanisms sometimes appear as an independent source and sometimes as an auxiliary and subsidiary source to verify other legal rules.

Cite this article as:

Shahreshtani T, Rahmatifar S, Suleimani M H. *The Position of Soft Rights in the Normative Hierarchy of Human Rights*. *Economic Jurisprudence Studies*. 2023.



دوره پنجم، شماره پیاپی ۵، سال ۱۴۰۲

جایگاه حقوق نرم در سلسله‌مراتب هنجاری حقوق بشری

طیبه شهرستانی^۱، سمانه رحمتی‌فر^{۲*}، محمدهادی سلیمانیان^۳

۱. دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل، دانشکده علوم انسانی، واحد همدان، دانشگاه آزاد اسلامی، همدان، ایران.

۲. دانشیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، واحد همدان، دانشگاه آزاد اسلامی، همدان، ایران.

۳. استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، واحد همدان، دانشگاه آزاد اسلامی، همدان، ایران.

چکیده

زمینه و هدف: مفهوم حقوق نرم یکی از موضوعات به نسبت جدیدی است که در ادبیات حقوق بین‌المللی جایگاه ویژه‌ای پیدا کرده است. هدف از پژوهش حاضر تبیین جایگاه حقوق نرم در سلسله‌مراتب هنجاری حقوق بشری است.

مواد و روش‌ها: این تحقیق از نوع نظری و روش آن به صورت توصیفی-تحلیلی است و ابزار گردآوری اطلاعات به صورت کتابخانه‌ای بوده است.

ملاحظات اخلاقی: در تمام مراحل نگارش پژوهش حاضر، ضمن رعایت اصالت متون، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

یافته‌ها: سازوکارهای حقوق نرم در فضای حقوق بشر بین‌المللی دارای کارکردهای متفاوتی است. همین امر منتهی به این نتیجه شده است که جایگاه ثابتی برای مفهوم حقوق نرم در سلسله‌مراتب هنجاری نظام حقوق بشر بین‌المللی نمی‌توان در نظر گرفت.

نتیجه: فرم و محتوای حقوق نرم گاه در قامت یک منبع مستقل و گاه نیز در قامت یک منبع کمکی و فرعی جهت احراز سایر قواعد حقوقی ظاهر می‌شوند.

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات: ۳۷۲-۳۵۳

سابقه مقاله:

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۲/۲۴

تاریخ اصلاح: ۱۴۰۲/۰۴/۱۶

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۶/۱۱

تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۰۷/۰۳

واژگان کلیدی:

منابع حقوق، حقوق بشر، حقوق نرم، الزام‌آوری.

نویسنده مسئول:

سمانه رحمتی‌فر

آدرس پستی:

ایران، همدان، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد همدان، دانشکده علوم انسانی، گروه حقوق.

کد ارکید:

0000-0002-4586-4748

تلفن:

۰۹۱۸۸۶۲۵۲۴۴

پست الکترونیک:

S.Rahmatifar@gmail.com

۱. مقدمه

بیان ساده‌تر این هنجارها در واقع دارای یکی از ارکان قاعده حقوقی یعنی «پای‌بندی»، هستند. این هنجارهای نوظهور در ادبیات حقوق بین‌الملل تحت عنوان «حقوق نرم» مورد شناسایی قرار گرفته‌اند. چنانچه ویژگی اصلی حقوق نرم داشتن یکی از ارکان قاعده حقوقی (یعنی پای‌بندی) باشد، در این صورت طیف گسترده‌ای از هنجارهای موجود در فضای حقوق و روابط بین‌المللی (از هنجارهای موجود در اسناد غیر الزام‌آور مانند قطع‌نامه‌ها، اعلامیه‌ها و ... تا رویه‌های جدید خلاف قواعد سخت موجود)، در دایره حقوق نرم قرار می‌گیرند (فرانسیسکو، ۲۰۱۲، ۴۲۱-۴۲۲). پرسش این است که، حقوق نرم در سلسله‌مراتب هنجاری نظام حقوق بشر بین‌المللی دارای چه جایگاهی است؟ فرضیه‌ای که در پاسخ به این پرسش مورد ارزیابی قرار خواهد گرفت این است که در برخی موارد حقوق نرم توانایی ظهور در قامت یک منبع مستقل را داراست؛ اما در سایر مواضع، حقوق نرم به‌عنوان یک ابزار کمکی در شکل‌گیری قواعد حقوق بشری محسوب می‌شود.

۲. ملاحظات اخلاقی

در تمام مراحل نگارش پژوهش حاضر، ضمن رعایت اصالت متون، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

۳. مواد و روش‌ها

در رویکرد کلاسیک به حقوق بین‌الملل، مفاد ماده ۳۸ اساس‌نامه دیوان بین‌المللی دادگستری به‌عنوان منابع حقوق بین‌الملل محسوب می‌شود. به‌بیان ساده‌تر باید‌ها و نبایدهای حقوق بین‌الملل از قالب‌های مندرج در ماده ۳۸ ناشی می‌شوند. در فضای بین‌المللی، از یک‌سو تحقق حکومت قانون نیاز به ثبات و از سوی دیگر ضرورت‌های متغیر زمانی (متغییر بودن اقتضائات زیست بین‌المللی تابعان حقوق بین‌الملل) نیاز به انعطاف‌پذیری دارد و تلاش حقوق بین‌المللی برقراری تعادلی مطلوب میان این دو نیاز است. یکی از مفاهیمی که در فضای روابط بین‌المللی در پاسخ به «نیاز به انعطاف‌پذیری» متولد شده است، مفهوم «حقوق نرم» است (فردریش، ۲۰۱۳، ۲۱۶). اصولاً مفهوم «قاعده» در عالم حقوق از دو منظر قابل بررسی است: یکی از زاویه داخلی آن، یا به تعبیری «محتوای قاعده» و دوم از زاویه خارجی یا به تعبیری قالب و جایگاه قاعده در نظام حقوقی. انعطاف‌پذیری قاعده در هر یک از دو منظر فوق قابل بررسی است. قاعده حقوقی دارای دو رکن الزام‌آوری و پای‌بندی است (شفر و پولاک، ۲۰۱۲، ۲۱۴-۲۱۶). در رویکرد کلاسیک به حقوق بین‌الملل، الزام‌آوری قاعده حقوقی از قالب آن ناشی می‌شود. به همین جهت است که در حقوق بین‌الملل کلاسیک، تعیین مصادیق قالب‌های حقوقی دارای اهمیت فراوانی است؛ اما در حال حاضر فضای بین‌المللی شاهد ظهور قالب‌هایی است که اولاً در گذشته و به ویژه در دوران تصویب ماده ۳۸ اساس‌نامه دیوان بین‌المللی دادگستری وجود نداشته‌اند و دوماً برخلاف اینکه قالب‌های مزبور غیر الزام‌آور هستند؛ اما تابعان حقوق بین‌الملل به آن‌ها پای‌بند هستند. به

متنوعی از قانونی بودن یا الزام‌آوری طبقه‌بندی کند. تا وضعیت حقوقی روابط تابعان در طیفی از حالت-های مختلف از جمله: قانونی، کمتر قانونی، غیر قانونی، کمتر غیر قانونی و ... قرار می‌گیرد (کلابرز و پالموبلا، ۲۰۱۹، ۲-۳). هنجارها می‌توانند بیشتر یا کمتر الزام‌آور باشند (و نه حتما الزام‌آور مطلق یا غیر الزام‌آور) و اعمال می‌توانند بیشتر یا کمتر قانونی باشند (و نه قانونی یا غیر قانونی مطلق) (کلابرز، ۱۹۹۸، ۱۵۷). این دیدگاه مصون از انتقاد نبوده است. برای مثال به اعتقاد برخی نویسندگان برخلاف وجود درجات مختلفی از «اراده» در زندگی اجتماعی، چنین مفاهیمی با توجه به فقدان ابزار ارزیابی منتهی پوچی مطلق در فضای مناسبات حقوقی می‌شود (وارنر و همکاران، ۱۹۹۴، ۴۳-۴۵).

اختلاف نظر میان حقوقدانان و نویسندگان حقوق بین‌الملل در ارتباط با مکاتب حقوقی-فلسفی و نوع نگاه به فضای روابط بین‌المللی و مناسبات آن با حقوق بین‌الملل، باعث شده است که تعاریف و تعبیر بسیار مختلفی از حقوق نرم ارائه شود. با توجه به این اختلافات، برخی اندیشمندان حقوقی مانند ویزیرسک، معتقدند که ارائه تعریفی جامع و مانع از حقوق نرم امکان‌پذیر نیست (ویزیرسک، ۱۹۸۴، ۴۴). دویی معتقد است، ریشه اصلی مفهوم حقوق نرم به تفکرات لرد مک نایر (دویی، ۱۹۷۷، ۲۵۲) باز می‌گردد (سکالالا، ۲۰۱۸، ۵۰-۵۱). هرچند ایشان به دو مفهوم «قواعد جاری» و «قواعد مطلوب» توجه کرده است. لرد مک نایر عبارت حقوق نرم را در کتاب حقوق معاهداتش (مک نیر، ۱۹۶۱، ۱۱) به کار برده است. وی تمایز میان حقوق نرم و حقوق سخت را در

این تحقیق از نوع نظری و روش آن به صورت توصیفی-تحلیلی است و ابزار گردآوری اطلاعات نیز کتابخانه‌ای است.

۴. یافته‌های تحقیق

یافته‌های پژوهش حاضر نشان می‌دهد که سازوکارهای حقوق نرم در فضای حقوق بشر بین-المللی دارای کارکردهای متفاوتی است که همین امر منتهی به این نتیجه شده است که جایگاه ثابتی برای مفهوم حقوق نرم در سلسله مراتب هنجاری نظام حقوق بشر بین‌المللی نمی‌توان در نظر گرفت.

۵. بحث

در این قسمت، مفاهیم و یافته‌های پژوهش مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد.

۵-۱. چهارچوب نظری: مفهوم و تعریف حقوق نرم

بنای اصلی تئوری حقوق نرم این است که حقوق یک پدیده صفر و یکی نیست. این نگاه رویکرد کلاسیک یعنی قالب‌گرایی را با چالش مواجه کرده است. به تعبیری فضای حقوق باید طیف‌های مختلفی از روابط را مورد تحلیل و بررسی قرار دهد و در مرحله بعد آن‌ها را تنظیم کند. با توجه به این دیدگاه، نگاه به عالم حقوق در قالب‌های دوگانه سنتی مانند قانونی و غیر قانونی، الزامی و غیر الزامی ناکارآمد است. حقوق باید مناسبات تابعان را در شرایط و درجات مختلف و

ردیف تمایز قواعد جاری و قواعد مطلوب است(کلابرز، ۱۹۹۶، ۱۷۳).

برخی نویسندگان مانند هادسون و ایملدا، با نگاهی کلی(و نه صرفاً در قالب حقوق بین‌الملل) معتقدند که حقوق نرم مجموعه‌ای از قواعد رفتاری است که با علی‌رغم فقدان عنصر الزام‌آوری از منظر قواعد حقوقی، در عمل دارای تأثیر گسترده‌ای است(هادسون و ایملدا، ۲۰۰۴، ۸۰۱؛ بیرگر و دیگران، ۲۰۰۶، ۱۰۴؛ سینی، ۲۰۰۱، ۱۹۴؛ اسنایدن، ۱۹۹۴، ۱۹۸) برخی دیگر از نویسندگان مانند مورث با تأکید بر اینکه اصولاً مرزبندی حقوق نرم و حقوق سخت مسئلهٔ اصلی و مهم نیست؛ بلکه اعتبار و جایگاه حقوق نرم به‌عنوان یک قاعدهٔ حقوقی مسئلهٔ اساسی محسوب می‌شود، حقوق نرم را چنین تعریف می‌کنند: حقوق نرم قواعد رفتاری است که به مرحلهٔ الزام‌آوری حقوقی نرسیده است؛ اما در تحلیل و بررسی مفاهیم مختلف حقوقی مؤثر است. طرفداران این دیدگاه در واقع بر قصد مشترک واضعان برای فقدان عنصر الزام‌آوری حقوقی و در عین حال انطباق بالای رفتار با قواعد حقوق نرم، تأکید می‌کنند(مورث، ۲۰۰۴، ۶).

شلتون حقوق نرم را(در عین اینکه هنجارهای بیشتر اجتماعی می‌دانند تا حقوقی) هر نوع سند مکتوب بین‌المللی غیر معاهداتی می‌دانند که در بردارندهٔ اصول، استانداردها و یا سایر اظهاراتی است که برخلاف نداشتن قالب حقوقی، امکان پیش‌بینی رفتار آتی دولت‌ها را فراهم می‌کند(شلتون، ۲۰۰۸، ۳). دسته‌ای دیگر، مانند تورر، بورچارت و ولنز، حقوق نرم را در گسترهٔ حقوق دولت‌های عضو اتحادیهٔ اروپا چنین تعریف کرده‌اند: تعهداتی که بیشتر از اظهارات

سیاسی اما کمتر از اظهارات قانونی در معنای دقیق هستند که همهٔ آن‌ها در نداشتن الزام‌آوری به‌عنوان یک مفهوم حقوقی، نداشتن قرابت خاصی با حقوق یا نداشتن یک رابطهٔ حقوقی خاص، مشابه هستند(تورر، ۱۹۹۰، ۱۳۲؛ بورچارت و ولنز، ۱۹۸۹، ۲۸۵). تعریفی که سندن ارائه کرده است برخی جنبه‌های تعاریف فوق را با هم در نظر گرفته است: قواعد رفتاری که در ابزارهایی که قدرت الزام‌آوری حقوقی ندارند بیان می‌شوند؛ اما با وجود این می‌توانند آثار حقوقی مشخص(غیر مستقیم) داشته باشند و یا در نظر داشته باشند و می‌توانند آثار عملی ایجاد کنند. در این تعریف در واقع ناظر کشمکش میان قصد و نتیجه است. اینجاست که حقوق نرم، قواعد رفتاری را ایجاد می‌کند که هدف آن حداقل برخی آثار رویه‌ای است؛ اما این آثار بستگی به مؤلفه‌هایی غیر از قدرت الزام حقوقی دارند(سندن، ۲۰۰۴، ۱۱۲-۱۱۳). با توجه به تعاریف فوق در به نظر می‌رسد که چند عنصر را می‌توان به‌عنوان عناصر مشترک تعاریف مذکور تعیین کرد.

عنصر اول قواعد رفتاری است که در واقع مطالبهٔ یک رفتار مشخص از تابعان مخاطب حقوق نرم است. عنصر دوم ظهور در منابعی که فاقد قدرت الزام حقوقی هستند. عنصر سوم را برخی نویسندگان مانند شلکل و روکونا، وجود ارادهٔ صریح واضعان برای توسل به حقوق نرم است. به تعبیری چنانچه اراده‌ای برای ایجاد یا توسل به قواعد حقوق نرم وجود نداشته باشد و تعهدات غیر الزام‌آور شکل بگیرد، نمی‌توان تعهدات مزبور را حقوق نرم تلقی کرد. این دسته از نویسندگان اصولاً قائل به این نیستند که هر تعهد غیر الزام‌آوری الزاماً حقوق نرم است(روکونا، ۲۰۱۹، ۵۷۵-۵۷۶)؛

حقوق نرم مبتنی بر این واقعیت است که بر این مطلب قرار گرفته است که حقوق مانند یک سکه صرفاً دارای دو حالت مطلق نیست. حقوق نرم با توجه به این ویژگی، اجازه می‌دهد که در فضای حقوق بین‌الملل، ملاحظات ناحقوقی (اعم از سیاسی، فنی، تخصصی، اخلاقی و...) بیشتر مدنظر قرار گیرند. اراده تابعان حقوق بین‌الملل نیز در همین راستا است. اما چرا باید ملاحظات سیاسی در مناسبات مفاهیم حقوق بین‌الملل مد نظر قرار گیرند؟ نیم‌نگاهی به روند پیدایش حقوق بین‌الملل به سادگی پاسخ این سؤال را مشخص می‌کند. دولت‌ها در جامعه جهانی نیازها و ادعاهایی دارند. به این نیازها و ادعاها «امور بین‌المللی» می‌گویند. دولت‌ها برای انجام امور بین‌المللی خود حرکت می‌کنند و این تحرک موجب برقراری «روابط بین‌المللی» آن‌ها می‌شود. روابط بین‌المللی بر اساس محاسبات سود و زیان قرار می‌گیرد، در نتیجه برای تنظیم این نوع روابط ظرافت‌های دیپلماتیک خلق می‌شود، در این مرحله است که به آرامی «سیاست بین‌المللی» شکل می‌گیرد. سیاست یا همان تدبیر مدیریت جامعه، در جامعه جهانی اصول و قواعد «حقوق بین‌الملل» را به وجود می‌آورد. در نتیجه مفهوم حقوق نرم نسبت به مفهوم سنتی حقوق، توانایی بیشتری برای بررسی ظرافت‌های خاص سیاسی را دارد. از طرف دیگر ویژگی ذاتی روابط بین‌المللی به دلیل منافع محوری، تمایل به بی‌نظمی است. در نتیجه بازیگران تمایل دارند هر آنچه امکان به دست آوردن آن وجود دارد، دریافت کنند. منطقی بر سر دوراهی فقدان توافق و پذیرش یک توافق نرم، توافق نرم را انتخاب می‌کنند. یا به تعبیر کلابرز بودن یک قاعده نرم بسیار بهتر از فقدان قاعده سخت است (کلابرز، ۱۹۹۶، ۱۶۳). زیرا در صورت

شکل، ۲۰۰۸، ۱۰). عنصر چهارم آثار عملی و تأثیر بر رفتار است. با توجه به همین عنصر است که نباید (و یا نمی‌توان) هر قاعده غیر الزام‌آور را حقوق نرم دانست (سندن، ۲۰۰۵، ۸۱). عنصر پنجم به عقیده برخی نویسندگان مانند فاستنراث داشتن عبارت-پردازی و سیاق ویژه است. به زعم این دسته از نویسندگان، به دلیل اینکه حقوق نرم با مفاهیم مانند اصول کلی حقوق اشتباه نشود باید دارای ادبیات و عبارت‌پردازی خاص خود باشد؛ زیرا اصول کلی حقوق (مانند اصل حسن نیت) نیز حاوی تعهدات و قواعد مشخص و منجزی نیستند (فاستنراث، ۱۹۹۳، ۴۸). البته این استدلال کمی با اشکال مواجه است؛ زیرا اصول حقوقی ذاتاً کلی هستند و در حوزه‌های مختلف حقوق بعد از جرح و تعدیل تبدیل به قواعد حقوقی می‌شوند و در نهایت احکام حقوقی از طریق توسل به قواعد به دست می‌آید. به همین دلیل عبارت‌پردازی اصول ذاتاً متفاوت از عبارت‌پردازی حقوق نرم است.

از آنچه تا کنون بیان شد، می‌توان چنین نتیجه گرفت که حقوق نرم در واقع یک مرحله گذار در توسعه هنجارها در مواردی است که محتوای آن‌ها مبهم و قلمروی آن‌ها نامشخص است. از منظر حقوق نرم، مرزبندی کاملاً دقیق و منجزی میان حقوق و غیر حقوق وجود ندارد، و حقوق نرم خود در این فضای بینابینی قرار گرفته است (هداوند و دیگران، ۱۳۸۸، ۱۳۸-۱۳۷).

۵-۲. دلایل گرایش به حقوق نرم در حقوق بشر

بین‌المللی

الملل وجود دارد: رویکرد مضیق یا قالب‌گرایی، رویکرد موسع یا اثرگرایی.

در پرتو رویکرد موسع یا اثرگرایی، قواعد حقوقی دارای دو رکن هستند: الزام‌آوری و پای‌بندی. مطابق با این رویکرد، هر آنچه در فضای حقوق بین‌الملل حقوق سخت محسوب نشود در واقع حقوق نرم است. به بیان ساده‌تر، چنانچه یک قاعده فاقد رکن الزام-آوری باشد اما در فضای روابط تابعان بنا به هر دلیلی نسبت به آن پای‌بندی وجود داشته باشد، مصداقی از مفهوم حقوق نرم محسوب می‌شود. در این حالت مفهوم حقوق نرم بسیار گسترده است. به تعبیری هر آنچه خارج از سازوکار ماده ۳۸ اساس‌نامه دیوان بین‌المللی دادگستری باشد نوعی از حقوق نرم محسوب می‌شود (رمضانی قوام‌آبادی، ۱۴۰۰، ۳۹۱-۳۹۲)؛ مانند اعمال یک‌جانبه دولت‌ها در قالب اعلامیه‌ها (مانند گزارش‌های سالانه راجع به نقض حقوق بشر توسط ایالات متحده آمریکا که توسط وزارت امور خارجه جمهوری اسلامی ایران در قالب اعلامیه یک-جانبه منتشر می‌شود. مشابه همین گزارش‌ها را وزارت امور خارجه آمریکا و انگلستان در ارتباط با ایران به صورت سالانه منتشر می‌شود)، اعمال یک-جانبه سازمان‌های بین‌المللی (مانند اعلامیه برایتون مورخ ۲۰۱۲ راجع به آینده دادگاه اروپایی حقوق بشر) و حتی اعمال و تصمیم‌های بازیگران غیر دولتی (مانند اعلامیه سان‌خوزه مورخ ۲۰۱۸ یا همان اعلامیه مشترک رؤسای دادگاه آفریقایی حقوق بشر و مردم، دادگاه اروپایی حقوق بشر و دادگان درون آمریکایی به مناسبت چهلمین سالگرد لازم‌الاجرا شدن کنوانسیون درون آمریکایی در مورد حقوق بشر و ایجاد دادگاه درون آمریکایی حقوق بشر). در واقع،

فقدان هر نوع قاعده‌ای، روابط بین‌المللی به‌طور مطلق تابع سیاست و تأمین منافع بازیگران حقوق بین‌الملل می‌شود، اما وجود یک قاعده نرم حداقل می‌تواند نقش یک چراغ راهنما برای جهت‌دهی به رویه بازیگران حقوق بین‌الملل و نهایتاً توسعه و تضمین کارآمدی حقوق بین‌الملل را ایفا کند.

یکی از اهداف اصلی حقوق بین‌الملل، تسهیل و گسترش روابط دوستانه میان دولت‌ها است. با توجه به این هدف، حقوق بین‌الملل در یک نگاه کلی و به‌عنوان یک اصل تفسیری، اصولاً در راستای ایجاد مانع در مسیر همکاری‌های میان بازیگران حقوق بین‌الملل (اعم از سخت یا نرم) حرکت نمی‌کند. در واقع حقوق نرم در جهت پر کردن خلأهای موجود در حقوق بین‌الملل با در نظر گرفتن ملاحظات سیاسی و اخلاقی گام بر می‌دارد (کلبرز، ۱۹۹۶، ۱۶۳). از طرف دیگر ظهور بحران‌های جدید از جمله بحران‌های انسانی و مداخلات بشردوستانه، بحران‌های منابع جهانی مانند تغییرات اقلیم و ...، نیازمند موضع‌گیری و پاسخ سریع است. توسل به معاهدات و اسناد الزام‌آور منطقی‌تر نیازمند طی شدن فرایند طولانی مذاکرات، تدوین، انتشار، لازم‌الاجرا شدن و مقدم بر همه، حصول توافق مشترک است. منابع نرم، به ویژه در موضوعات فنی، به مراتب سریع‌تر و راحت‌تر به تصویب می‌رسند (شلتون، ۲۰۰۸، ۱۴-۱۵).

۵-۳. رویکردها به حقوق نرم

در فضای حقوق بین‌الملل، در ارتباط با مفهوم حقوق نرم و مصداقی آن، دو رویکرد کلی در فضای حقوق بین‌الملل موضوعه و ادبیات نویسندگان حقوق بین-

ایجاد رویه مخالف قواعد موجود ناکارآمد و یا ضعیف است (مانند موافقت‌نامه مربوط به توزیع جغرافیایی اعضای غیر دائم شورای امنیت مورخ ۱۹۴۶ که یک موافقت‌نامه نزاکتی محسوب می‌شود و از نظر حقوقی نمی‌توان گفت که منشور ملل متحد را اصلاح کرده است و یا پیش‌نویس کنوانسیون مصونیت قضایی دولت‌ها و اموال آن‌ها که توسط کمیسیون حقوق بین‌الملل و تحت تأثیر گرایش‌های نوین حقوق بشری تصویب شد). در عین حال به نقش‌آفرینی گسترده در حوزه‌های مختلف از جمله ترسیم چارچوب‌های سازمانی، مواجهه با چالش‌های مقرراتی، توسعه و ارتقای هنجارهای موجود، تصویب هنجارهای جدید و ارزیابی مقدماتی و چشم‌انداز آینده در روند شکل‌گیری هنجارهای جدید توجه دارد. رویکرد موسع یا اثرگرایی به مفهوم حقوق نرم با واقعیت‌های فضای روابط بین‌المللی هم‌خوانی بیشتری دارد (بیرانوند، ۱۳۹۹، ۱۸-۱۷). با توجه به گستردگی روزافزون مصادیق حقوق بشر بین‌المللی از یک‌سو، و تنوع اسناد غیر الزام‌آوری که در رویه تابعان حقوق بین‌الملل به تصویب می‌رسد و برخلاف غیر الزام‌آور بودن، واجد آثار رفتاری در عرصه روابط بین‌المللی می‌شود، به نظر می‌رسد رویکرد موسع به حقوق نرم، در راستای تضمین و توسعه حقوق بشر بین‌المللی کارآمدتر خواهد بود.

۴-۵. حقوق نرم در سلسله مراتب هنجارهای سخت حقوق بشر

سلسله مراتب «هنجاری» با سلسله مراتب منابع حقوق بین‌الملل، موضوع ماده ۳۸ اساس‌نامه دیوان

طرفداران رویکرد موسع، مفهوم حقوق نرم را علاوه بر قالب‌ها و اسناد غیر الزام‌آور، شامل رویه‌های جدیدی که بر خلاف هنجارهای موجود در فضای روابط بین‌المللی ایجاد شده‌اند نیز می‌دانند (بویل، ۱۹۹۹، ۹۰۲-۹۰۱؛ سندن، ۲۰۰۶، ۲۲-۲۳؛ بلوتمن، ۲۰۱۰، ۶۰۸-۶۰۷).

طرفداران رویکرد مضیق یا قالب‌گرایی، با نگاهی سخت‌گیرانه مفهوم حقوق نرم را مورد شناسایی قرار می‌دهند و در تحلیل نهایی خود، آن را صرفاً محدود به «قالب‌ها و اسنادی» می‌دانند که فاقد عنصر الزام‌آوری هستند. در این رویکرد حقوق نرم ارتباط تنگاتنگی با حقوق سازمان‌های بین‌المللی پیدا می‌کند و به تصمیم‌های سازمان‌های بین‌المللی که به موجب مقررات داخلی آن‌ها برای اعضا الزام‌آور نیستند و نیز اعلامیه‌های یک‌جانبه دولت‌ها در روند تدوین کنوانسیون‌های بین‌المللی اطلاق می‌شود (مانند اعلامیه کمیته وزیران در مورد آی.سی.ای.ان.ان، حقوق بشر و حاکمیت قانون مورخ ۲۰۱۵) (تورر، ۲۰۱۳، ۲۶۹-۲۷۷).

حقوق نرم گاه در فضای خلأ هنجاری به دنبال ایجاد هنجار جدید است (مانند اعلامیه جهانی حقوق بشر که در زمان تصویب آن بسیاری از هنجارهای جهانی حقوق بشر در قالب یک هنجار حقوقی مورد شناسایی جامعه جهانی قرار نگرفته بود) و گاهی نیز در فضای وجود هنجارها، به دنبال تکمیل هنجارهای موجود است (مانند یادداشت تفاهم حفاظت از کوسه‌های مهاجر مورخ ۲۰۱۰ که توسط دولت‌های طرف کنوانسیون چندجانبه حفاظت از گونه‌های مهاجر حیوانات وحشی در قالب همکاری‌های چندجانبه به تصویب رسید) و نهایتاً گاه به دنبال

کوسکنیمی، ۱۹۹۷، ۵۶۶-۵۸۲؛ پائولوس و دیگران، ۱۹۹۷، ۵۴۵-۵۶۵).

نگاه کلاسیک به حقوق بین‌الملل نشئت گرفته از فضای معاهدهٔ صلح وستفالیای مورخ ۱۶۴۸ است. از این منظر هستهٔ اصلی حقوق بین‌الملل کلاسیک، اصل حاکمیت دولت‌ها و اصل رضایت دولت‌ها در پذیرش تعهدات بین‌المللی است که در مقدمهٔ کنوانسیون حقوق معاهدات و اصول ملل متحد مورد اشاره قرار گرفته است (ارنیتز و دیگران، ۲۰۱۹، ۸۸۷-۹۵۰). منتقدان مفهوم حقوق نرم در جهت نقد این مفهوم، بر وجود هنجارمندی نسبی در حقوق بین‌الملل تأکید دارند. از نظر این دسته از حقوقدانان صرف تشخیص اینکه چه چیزی در سطح بین‌المللی حقوق محسوب می‌شود، مسئلهٔ پیچیده و سختی است. به بیان دیگر از نظر این دسته از نویسندگان، در ارتباط با آستانه و مرز هنجاری در فضای حقوق و غیر حقوق ابهام وجود دارد (ویل، ۱۹۸۳، ۴۱۵).

منطقاً قائل بودن به وجود هنجارمندی در قواعد حقوق بین‌المللی، منتهی به وجود سلسله‌مراتب هنجاری در حقوق بین‌الملل می‌شود. یعنی اگر قواعد موجود مختلف و متفاوت (مانند قواعد آمره (شلتون، ۲۰۰۶، ۳۲۲-۲۹۱) و تعهدات عام‌الشمول ناشی از آن‌ها و تعهدات ناشی از منشور ملل متحد) هستند در نتیجه باید وزن حقوقی تعهدات ناشی از آن‌ها نیز با یکدیگر متفاوت باشد؛ پس باید برای آن‌ها طبقه‌بندی قائل شد. با تعریف طبقه‌بندی قواعد حقوق بین‌المللی، جایی برای قواعد حقوق نرم باقی نمی‌ماند؛ زیرا دارای تفاوت مبنایی با قواعد حقوق بین‌الملل با وصف الزام‌آوری هستند. پس باید فضای

بین‌المللی دادگستری، متفاوت است. در اینجا مقصود ما سلسله‌مراتب هنجاری است. هم‌چنین باید میان سلسله‌مراتب هنجاری در قالب معاهدات بین‌المللی و سلسله‌مراتب هنجاری در قالب عرف‌های بین‌المللی قائل به تفکیک شد. در ارتباط با سلسله‌مراتب هنجاری در حقوق بین‌الملل میان حقوق دانان اختلاف دیدگاه وجود دارد؛ از منظر حقوق دانان طرفدار مکاتب پوزیتیویستی و اراده‌گرایی، سلسله‌مراتب هنجاری، مولود حقوق معاهدات است، در نتیجه این مفهوم را محصور در حقوق معاهدات است. سلسله‌مراتب هنجاری در فضای حقوق معاهدات به اشکال مختلف خودنمایی می‌کنند؛ مانند معاهداتی که اعمال رزرو یا شرط را نسبت به برخی مقررات خود ممنوع می‌کنند که این امر نشان از سلسله‌مراتب میان مقررات معاهدهٔ مزبور دارد و یا در مواردی برخی معاهدات، شماری از ترتیبات خود را در هر شرایطی غیر قابل تعلیق اعلام کرده‌اند. مانند میثاق حقوق مدنی و سیاسی که مطابق مفاد مادهٔ ۴ این میثاق، برخی حقوق به‌عنوان «حقوق غیر قابل تخطی» در همهٔ شرایط تلقی شده‌اند یا به بیان ساده‌تر تجاوز به این حقوق از جانب دولت‌ها تحت هیچ شرایطی پذیرفته نیست (عبداللهی و دیگران، ۱۳۹۶، ۱۱۲-۱۱۳). در آثار حقوق دانان از این حقوق با عنوان «حقوق بنیادین بشری» یاد شده است، صورت دیگر از سلسله‌مراتب را می‌توان در بحث اولویت قواعد آمره مشاهده کرد. اما در مقابل برخی حقوق دانان مانند پائولوس، کوسکنیمی، فاستنراث و مرون معتقد هستند که اصولاً سلسله‌مراتب هنجاری صرفاً محدود به فضای حقوق معاهدات نیست؛ بلکه بر سایر حوزه‌های حقوق بین‌الملل نیز تأثیر گذاشته است (مرون، ۱۹۸۶، ۱-۲۳؛ فاستنراث، ۱۹۹۳، ۳۰۵-۳۴۰؛

دیدگاه گسترده و منعطف، نهادهای چندجانبه بین-المللی مانند سازمان‌های بین‌المللی با صدور اعلامیه‌ها و قطع‌نامه‌ها در واقع، گام اولیه در فرآیند شکل‌گیری هنجارهای بین‌المللی یعنی مطرح نیازها در سطح بین‌المللی و سنجش میزان استقبال و گرایش جامعه بین‌المللی به نیاز مزبور را برمی‌دارند (هنریکسن، ۲۰۱۹، ۳۶-۳۷؛ چارنی، ۱۹۹۳، ۵۴۴). بدین صورت که، نقطه آغاز یا حمایت گسترده از اغلب تحولات در حقوق بین‌الملل، پیشنهادات، گزارش‌ها، قطع‌نامه‌ها، معاهدات یا پروتکل‌های مطرح شده در نهادهای بین‌المللی است. در آنجا، نمایندگان دولت‌ها و سایر گروه‌های ذی‌نفع برای بحث پیرامون دغدغه‌های متقابل در مورد مسائل مهم بین‌المللی گرد هم جمع می‌شوند. گاهی اوقات این تلاش‌ها منجر به یک اجماع در مورد حل مسئله و بیان آن در قالب یک شرایط هنجاری از برنامه کلی می‌شود. در برخی موارد دیگر، حقوق بالقوه جدید از طریق ابزار روابط بین‌المللی یا رویه مؤسسات بین‌المللی تخصصی توسعه پیدا می‌کند و در گام‌های بعدی در نهادهای بین‌المللی مورد توجه قرار می‌گیرد. این فرآیند توجهات را به قاعده جلب می‌کند و به شکل‌گیری و استحکام آن کمک می‌کند (چارنی، ۱۹۹۳، ۵۴۷-۵۴۴).

در نتیجه با وجود اینکه در حال حاضر انکار وجود سلسله‌مراتب در حقوق بین‌الملل بسیار مشکل است؛ اما با در نظر گرفتن اسناد حقوق نرم به‌عنوان فضای بینابین حقوق و اخلاق می‌توان گفت که هنجارهای اخلاقی می‌توانند با مطرح شدن در سطح بین‌المللی به‌عنوان یک نیاز به سطحی بالاتر ارتقا پیدا کنند و از فضای غیر حقوقی خارج و وارد فضای حقوق نرم

دیگری خارج از حقوق برای آن‌ها در نظر گرفت (ترلوی، ۲۰۱۹، ۱۸۷-۱۸۹).

شاید چنین به نظر برسد که اگر استدلال ما در جهت نفی وجود سلسله مراتب در فضای حقوق بین‌الملل باشد، اشکال منتقدان پاسخ داده می‌شود؛ حال آنکه به نظر می‌رسد این روش، در واقع پاک کردن صورت سؤال باشد و از طرفی با توجه به شواهد مختلف، می‌توان به این نتیجه رسید که نفوذ بحث سلسله‌مراتب هنجاری در حوزه‌های مختلف حقوق بین‌الملل، دارای آثاری با شدت و ضعف مختلف، بوده است (شیروی و دیگران، ۱۳۹۳، ۱۴-۱۵).

در نتیجه هدف در اینجا بحث پیرامون سلسله‌مراتب قواعد هنجاری حقوق بین‌الملل نیست؛ بلکه در فرض پذیرش اینکه در میان هنجارهای الزام‌آور حقوق بین‌الملل، سلسله‌مراتب وجود دارد. اولاً این چالش باقی است که جایگاه هر یک از قواعد مختلف حقوق بین‌الملل باید در سلسله‌مراتب مذکور مشخص شود، دوماً در فرض وجود این سلسله‌مراتب و مشخص شدن طبقات و محتوای طبقات آن؛ حتی اگر حقوق نرم به‌عنوان یک مفهوم ناحقوقی مورد پذیرش قرار گیرد، باز هم مصادیق اسناد و هنجارهای حقوق نرم مانند قطع‌نامه‌ها و اعلامیه‌های دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی و به‌طور کلی بازیگران غیر دولتی نقش بسیار مهمی را در ایجاد و تقویت رویه‌های عرفی و کنوانسیون بین‌المللی الزام‌آور ایفا می‌کنند. برخی نویسندگان حقوق بین‌الملل مانند هنریکسن در پاسخ، دیدگاه کلاسیک حقوق بین‌الملل نقد کرده‌اند و معتقدند که در فضای فعلی حقوق بین‌الملل باید قائل به یک دیدگاه گسترده‌تر و منعطف‌تر درباره فرآیند تشکیل قواعد حقوق بین‌الملل بود. در این

شوند. پس از این مرحله هنجار حقوق نرم نیز به نوبهٔ خود قابلیت حمایت از جانب اعضای جامعهٔ بین‌المللی و ارتقا به حقوق سخت را دارد. پس از ورود به فضای حقوق سخت، نمی‌توان گفت که نقش حقوق نرم به پایان رسیده است؛ بلکه اسناد و هنجارهای حقوق نرم می‌توانند هنجارها و قواعد حقوق سخت را در سلسله‌مراتب هنجاری حقوق سخت تقویت کنند و حسب مورد به قاعدهٔ آمرهٔ بین‌المللی یا تعهدات عام‌الشمول تبدیل کنند.

۵-۴-۱. هنجارهای عرفی

ابتدایی‌ترین دلیل گرایش دولت‌ها به حقوق نرم، کمک به ایجاد هم‌گرایی در رفتارهای آن‌ها است. با توجه به وجود اصل حسن نیت و ثبات روابط بین‌المللی، دولت‌ها به‌طور نسبی تمایل ندارند که رفتار آن‌ها در تعارض با وعده‌های آن‌ها در فضای مناسبات بین‌المللی باشد (بیرانوند، ۱۳۹۹، ۴۱-۴۲). مانند یادداشت تفاهم میان دبیرخانه کنوانسیون تنوع زیستی و دفتر کنوانسیون تالاب‌های مهم بین‌المللی راجع به حق بر غذا و امنیت غذایی بشر. بنابراین در مواردی که دولت‌ها از ثبات انگیزه‌های خود در درازمدت اطمینان زیادی دارند، می‌توان از حقوق نرم برای توافق بر سر یک نقطهٔ مشترک و ایجاد پای‌بندی در سطح بالا استفاده کرد. یکی دیگر از جنبه‌های همکاری، جزئیات توافقی‌های بین‌المللی است. البته مقصود از جزئیات، بیشتر مسائل مربوط به تشریفات و آئین‌های شکلی است. این دسته از مشکلات ذاتاً به یک راه‌حل حقوق نرم نیاز ندارند، اما دولت‌ها در عمل به جای یک معاهده یا توافق رسمی

ترجیح می‌دهند که از راه‌حل‌های حقوق نرم استفاده کنند. به تعبیری برای این مسائل تشریفاتی نیازی به پذیرش تعهدات حقوقی سخت نمی‌بینند. جنبهٔ دیگر گسترش همکاری، منطقاً بر سر دوراهی داشتن یک توافق نرم که می‌تواند نقش یک راهنما را ایفا کند و فقدان هر گونه توافق است. در این دوراهی، راه اول اولویت دارد (حبیب‌زاده و دیگران، ۱۳۹۱، ۶-۸). ایجاد تعهدات سخت حقوقی ذاتاً باعث حساسیت‌زایی در جزئیات و بالا گرفتن مجادلات و در نتیجه پیچیده شدن فضای مذاکرات می‌شود. البته این مسئله ممکن است به صورت عکس نمود یابد؛ یعنی در مواردی که میان طرفین و فضای مذاکرات تنش حاکم باشد، نیاز به یک توافق صریح و سخت وجود دارد. شاید این مسئله ناشی از ویژگی خاص حقوق نرم باشد. بسته به اوضاع و احوال قضیه فضای توسل به حقوق نرم در راستای گسترش همکاری‌ها متفاوت می‌شود (گوزمان، ۲۰۱۰، ۱۹۰). این مقوله برای اسناد حقوق بشری بسیار کارآمد است. زیرا از آنجا که اسناد بین‌المللی باید نهایتاً در نظام‌های حقوق داخلی اجرا شوند، اجماع (کانسنسوس) در راستای کاهش تنش بسیار مؤثر است. همین موضوع در فرآیند تصویب اعلامیهٔ جهانی حقوق بشر به‌وضوح رخ داده است. اسناد مربوط به حقوق نرم با توجه به نبود عنصر الزام‌آوری، این امکان را دارند بدون نیاز به درگیر شدن با فرآیندهای سنگین تشریفاتی لازم در مورد توافق‌نامه‌های الزام‌آور، مورد مذاکره و پذیرش قرار گیرند. این فرایند، توسط مقامات رسمی که در عین داشتن جایگاه اداری پایین‌تر، تخصص بیشتری در یک حوزهٔ خاص دارند، صورت می‌گیرد. در واقع الزامات موجود در این‌گونه توافق‌نامه‌ها را حداقل می‌توان به‌عنوان تلاش برای هم‌گرایی و

۱۹۷). به تعبیری آسیب بسیار کمتری به قداست و دوام قواعد حقوقی وارد می‌شود.

البته در بسیاری از موارد بدترین حالت پیش نیامده است و توافقی‌های نرم با استقبال اعضای جامعه بین-المللی و طرفین توافقی‌های مزبور مواجه و در گام بعد وارد فضای حقوق سخت شده‌اند. برای مثال مفاد اعلامیه جهانی حقوق بشر بدون رأی مخالف به تصویب رسید و پس از آن، مفاد اعلامیه مزبور در قالب دو میثاق مستقل یعنی میثاق حقوق مدنی-سیاسی و میثاق حقوق اقتصادی-اجتماعی-فرهنگی وارد قالب‌های الزام‌آور شد.

نکته مثبت قابل اشاره این است که میزان استقبال از قواعد حقوق نرم بسته با شرایط مختلف، متفاوت است و در نتیجه نحوه ورود قواعد حقوق نرم به فضای حقوق سخت نیز متفاوت است. در برخی موارد مانند بسیاری از اعلامیه‌های حقوق محیط زیست که منتهی به انعقاد کنوانسیون‌های بین‌المللی شده‌اند، استقبال به حد زیادی گسترده بوده است و اصول اعلامیه‌ها تبدیل به تعهدات حقوقی سخت شده‌اند. مانند کنوانسیون کمک در موارد حوادث هسته‌ای یا فوریت‌های رادیولوژی مصوب ۲۶ سپتامبر ۱۹۸۶ که بر مبنای اصول راهنمای ترتیبات کمک‌های اضطراری متقابل در ارتباط با حوادث هسته‌ای یا فوریت‌های رادیولوژی مصوب ۱۹۸۴ و اصول راهنما در مورد وقایع قابل گزارش، برنامه‌ریزی یک‌پارچه و تبادل اطلاعات در نشت فرامرزی مواد رادیواکتیو مصوب ۱۹۸۵ به تصویب رسیده است (محتشم‌آرا و دیگران، ۱۴۰۱، ۷-۸). در برخی موارد نیز اسناد حقوق نرم در کلیت خود با استقبال مواجه شده‌اند اما در مورد جزئیات و مسائل فرعی آن اختلافاتی

همکاری توصیف کرد؛ زیرا در بیشتر مواقع این توافقی‌نامه‌ها در مورد به اشتراک گذاشتن اطلاعات میان مقامات اجرایی طرفین است که هدف اصلی از امر نیز، ایجاد و گسترش وحدت رویه، شکل‌گیری قواعد عرفی و همکاری‌های فی‌مابین است (گوزمان، ۲۰۰۱، ۱۱۴۳-۱۱۴۶).

۵-۴-۲. هنجارهای قراردادی

حقوق بین‌الملل به واسطه دلایل مختلف (از جمله نبود رابطه هرمی، فقدان سیستم قضایی منسجم، وجود اصل برابری حاکمیت‌ها)، نسبت طراحی صحیح و تا حد امکان عدم نقض قواعد حقوقی بسیار حساس است. با توجه به اینکه اصول حسن‌نیت و همکاری نقش اساسی در مبانی الزام‌آوری حقوق بین‌الملل ایفا می‌کنند (و دلیل این امر نیز این است که به نحوی می‌توان گفت واضعان و تابعان حقوق بین‌الملل دولت‌ها هستند)، در نتیجه قداست قواعد حقوقی و قبح نقض آن‌ها مهم است. با توجه به آنچه گفته شد، در مواردی که عدم اطمینان در مورد قاعده حقوقی و واکنش‌های بعدی نسبت به آن وجود دارد، حقوق نرم می‌تواند پیش از ورود قواعد حقوقی به فضای حقوق سخت، نقش مثبتی ایفا کند. به این ترتیب که دولت‌ها می‌توانند قواعد حقوقی را در قالب اسناد حقوق نرم به تصویب برسانند و پس از تصویب واکنش اعضای جامعه بین‌المللی را نسبت به قواعد مزبور مورد بررسی قرار دهند. در بدترین حالت، چنانچه این قواعد با استقبال اعضای جامعه بین-المللی و طرفین آن قرار نگیرد و به بیان ساده‌تر نقض شوند، قبح نقض قواعد حقوق نرم به مراتب کمتر از قبح نقض قواعد حقوق سخت است (گوزمان، ۲۰۱۰،

میان طرفین آنها وجود داشته است در نتیجه نسخهٔ حقوق سخت نسبت به نسخهٔ حقوق نرم دچار جرح و تعدیل شده است، که جرح و تعدیل قواعد حقوق نرم به مراتب دشوارتر از قواعد حقوق سخت است. مانند اعلامیهٔ جهانی حقوق بشر که بنا به وجود اختلافات میان دو ابرقدرت آن زمان بعدها در قالب دو سند مجزا یعنی میثاق حقوق مدنی و سیاسی و میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی وارد فضای حقوق سخت شد (ماکلم، ۲۰۱۵، ۷۵-۸۵).

۵-۵. حقوق نرم به مثابه منبع مستقل حقوق بشر

اسناد حقوق نرم در بحث حقوق بشر به مانند قطعات مختلف یک زنجیره به هم متصل عمل می‌کنند. با نگاهی به روند تصویب اسناد مزبور، چنین به نظر می‌رسد که ابتدا مصادیق حقوق بشر (مانند حق بر دریافت امدادهای پزشکی و حق بر سلامت) با تکیه بر مفاهیم پایه و مبنایی حقوق بشر مانند شرافت انسانی، در قامت یک اصل کلی وارد ادبیات بازیگران دولتی و غیر دولتی می‌شود. این گام در واقع سرآغاز زنجیرهٔ اسنادی است که دارای یک نظم منطقی هستند. این اصل کلی برای اینکه بتواند در عالم حقوق نقش‌آفرینی کند، نیاز دارد که قواعد مختلف مربوط به عناصر و نحوهٔ عملیاتی‌شدن، از آن مشتق شود. قواعد مزبور در واقع در رویهٔ بازیگران غیر دولتی و دولتی متبلور می‌شود. به بیان ساده‌تر این بازیگران غیر دولتی و دولتی هستند که در عمل و با توجه به شرایط و متغیرهای مختلف، اصول کلی را چارچوب‌بندی و محدودهٔ اعمال آنها به صورت

دقیق‌تر مشخص می‌کنند؛ در مرحلهٔ بعد، نوبت به اسناد دیگری می‌رسد که رویهٔ بازیگران غیر دولتی و دولتی را در قامت قواعد حقوقی مدون معرفی می‌کند. این اسناد علی‌رغم فقدان الزام حقوقی، می‌توانند از جهت ایجاد همگرایی در مواضع بازیگران بین‌المللی، ارزش متقاعدکننده معنوی، اخلاقی، یا سیاسی بیشتر از متون حقوقی الزام‌آور، داشته باشد (بیرانوند، ۱۳۹۹، ۹۷-۹۸). با توجه به آنچه بیان شد، به نظر می‌رسد باید نگاهی بازتر به مسئلهٔ منابع حقوقی داشت. در نظر گرفتن منابع جدید، می‌تواند گام مهمی در تبلور و شکل‌گیری قواعد حقوقی محسوب می‌شود. در همین راستا می‌توان به توصیه‌ها و توافقی‌هایی که از طریق کنفرانس یا نشست‌های دیپلماتیک پذیرفته شده‌اند، اشاره کرد. پذیرش رسمی متون، در هر شکل و فرمتی، حتی غیر الزام‌آور، توسط نمایندگان دولت‌ها در کنفرانس و نشست‌های بین‌المللی، ارزش سیاسی قوی را برای چنین متونی فراهم می‌کند. هم‌چنین اصول راهنما و حداقل استانداردهای ایجادشده توسط مؤسسات تخصصی و نمایندگان ملل متحد و حامیان گروه‌های خاص مانند فدراسیون بین‌المللی صلیب سرخ نقش مهمی در توسعهٔ هنجارهای بین‌المللی ایفا می‌کنند. نمونهٔ بارز آن، اعتبار اصول راهنما در مورد جابه‌جایی داخلی مورخ ۱۹۹۸ حداقل در روند تکمیل و استفاده و رویهٔ بعدی دولت‌ها و بازیگران حقوق بشری و کمیسیون حقوق بین‌الملل است (مجتهدزاده و دیگران، ۱۳۹۸، ۶-۷). در همین راستا می‌توان به پذیرش گسترده و فراگیر اصول راهنما و حداقل استانداردهای توسعه‌یافته توسط بازیگران غیر دولتی در قالب اسناد حقوق نرم اشاره کرد. رویهٔ بازیگران اصلی غیر دولتی برای سایر بازیگران غیر دولتی

بین‌المللی طی شود. اما در عمل نتیجه کار فنی و زمان‌بر کمیسیون در فرآیند تصویب توسط کمیته ششم و دولت‌ها، گرفتار بازی منافع، سیاست و قدرت بود. به تعبیری پیش‌نویس‌ها یا با تغییراتی که دولت‌ها در محتوای آن‌ها اعمال می‌کردند از مبنا و هدف اصلی خود دور می‌شدند و یا بدون تغییر به تصویب می‌رسیدند؛ اما در این حالت دولت‌ها به کنوانسیون‌های مزبور ملحق نمی‌شدند و در نهایت، نتیجه کار کمیسیون، کنوانسیون‌های عقیم بود. با توجه به این مسئله بود که کمیسیون رویه جدید (یعنی عدم ارسال پیش‌نویس مواد کنوانسیون به کمیته ششم) را ایجاد کرد. با این کار، کمیسیون در واقع واکنش و میزان استقبال جامعه بین‌المللی به پیش‌نویس مواد کنوانسیون‌ها را رصد می‌کند. در بسیاری از موارد دولت‌ها در دعاوی خود نزد مراجع بین‌المللی، به طرح‌های پیش‌نویس مواد کمیسیون در موضوعات مختلف استناد می‌کنند و از این طریق کمیسیون با کمک یک ابزار غیر الزام‌آور اقدام به رویه‌سازی در روابط بین‌المللی می‌کند. این سازوکار در فرآیند بسیاری از اسناد حقوق بشری مانند اعلامیه جهانی حقوق بشر و میثاقین، حق بر دریافت‌های کمک‌های بشردوستانه، حق بر دریافت امدادهای پزشکی، و ... اعمال شده است (بیرانوند و همکاران، ۱۴۰۰، ۱۴-۱۵). تا جایی که سازوکارهای حقوق نرم از سوی کمیسیون حقوق بین‌الملل به کمیته ششم مجمع عمومی ملل متحد ارسال نمی‌شوند؛ اما در رویه دولت‌ها مورد استناد قرار می‌گیرند. می‌توان این ادعا را مطرح کرد که حقوق نرم و سازوکارهای آن می‌توانند در قامت یک منبع مستقل و به‌طور خاص در فضای حقوق بشری محسوب شوند.

راحت‌تر رویه‌ساز است؛ زیرا اصلی‌ترین عنصر در مذاکرات و ایجاد وحدت رویه که حاکمیت ملی است، وجود ندارد. این مسئله به فراگیر شدن و فشار بیشتر به جامعه بین‌المللی دولت‌ها برای هم‌سویی با رویه سیل عظیم بازیگران غیر دولتی منتهی می‌شود (علیزاده و همکاران، ۱۳۹۹، ۹۹-۱۰۰). پر واضح است که در یک نگاه کلی‌تر، جامعه بین‌المللی شامل دولت‌ها و بازیگران غیر دولتی است. این بازیگران غیر دولتی در مرحله‌ای از فعالیت با دولت‌ها همکار و هم‌گام می‌شوند. همین مسئله موجب تسری و سرایت رویه بازیگران غیر دولتی به دولت‌ها می‌شود. از طریق این سلسله اسناد حقوق نرم، استانداردهای غیر الزام‌آور بر اساس اسناد قبلی ایجاد شده است. در نتیجه یک مجموعه‌ای از هنجارهای بین‌المللی معتبر، درحالی‌که به‌طور هم‌زمان ارزش اسناد اصلی از طریق تأیید مکرر اصول موجود در آن تقویت می‌شود، برای مصادیق حقوق بشری ایجاد شده است (بیرانوند و همکاران، ۱۳۹۹، ۸۴-۸۵).

کمیسیون در تهیه پیش‌نویس کنوانسیون‌های بین‌المللی در گام اول به دنبال ایفای نقش اصلی خود، یعنی تدوین و توسعه حقوق بین‌الملل است. در سال‌های اخیر کمیسیون تغییر جالبی در روند فعالیت خود ایجاد کرده است. بدین صورت که پس از تدوین پیش‌نویس کنوانسیون‌های بین‌المللی، از ارسال آن‌ها به کمیته ششم مجمع عمومی ملل متحد امتناع می‌کند. مطابق روند معمول، کمیسیون پس از تهیه پیش‌نویس کنوانسیون‌های بین‌المللی، پیش‌نویس‌های مزبور را به کمیته ششم مجمع عمومی ملل متحد ارسال می‌کند تا از این طریق روند تصویب پیش‌نویس‌ها از جانب دولت‌ها و تولد کنوانسیون‌های

۶. نتیجه‌گیری

جایگاه آن‌ها در سلسله‌مراتب هنجاری نظام حقوق بشر بین‌المللی متفاوت خواهد بود.

حقوق نرم در واقع جزء آن دسته از منابع قواعد و مقرراتی محسوب می‌شود که بر رفتار بازیگران بین‌المللی در فضای حقوق بشر، به واسطه کمک به فهم و توسعه هنجارهای حقوق بشر، تأثیر فراوانی دارد. حقوق مزبور عمدتاً از حیث قالب در قامت اعلامیه‌ها، قطع‌نامه‌ها، اصول راهنما، دستورالعمل‌های نظامی، و... که در معنای مضیق واژه منبع سنتی حقوق بین‌الملل نیستند، ظاهر می‌شوند. اهمیت هنجارهای حقوق نرم در حوزهٔ حقوق بشر این است که در اغلب موارد دولت‌ها و به ویژه ارگان‌های قضایی از مدنظر قراردادن هنجارهای حقوق نرم برای شکل دادن به رفتار یا هدایت فرآیند تصمیم‌گیری خود کمک می‌گیرند. مشارکت همه بازیگران بین‌المللی اعم از دولت‌ها، آکادمی‌ها، تجار، متخصصان و کارشناسان مستقل امور نظامی، و... در فرآیند شکل‌گیری هنجارها، یک نقطه قوت خاص برای حقوق نرم به ویژه در فضای حقوق بشر محسوب می‌شود. شاهد این ادعا نقش اسناد و رویهٔ بازیگرانی مانند کمیتهٔ بین‌المللی صلیب سرخ در شکل‌گیری و شناسایی قواعد کنوانسیون و عرفی بین‌المللی است. برخی از قالب‌های حقوق نرم در واقع به صورت بالقوه، جزء اساسی از فرآیند قاعده‌سازی محسوب می‌شوند. در راستای ارزیابی نهایی فرضیه پژوهش حاضر باید عنایت داشت که، در فضای حقوق بشر بین‌المللی اسناد و سازوکارهای حقوق نرم، در چهارچوب سلسله‌مراتب هنجاری گاهی در قامت یک منبع مستقل، و گاهی نیز در قامت یک منبع فرعی برای احراز قواعد موجود و به‌طور خاص قواعد عرفی ظاهر می‌شوند. به تعبیر، بسته به کارکرد هنجارهای مزبور،

۷. سهم نویسندگان

همهٔ نویسندگان به صورت برابر در تهیه و تدوین پژوهش حاضر مشارکت داشته‌اند.

۸. تضاد منافع

در این پژوهش هیچ‌گونه تضاد منافی وجود ندارد.

منابع

فارسی

- شیروی، عبدالحسین؛ وکیلی مقدم، محمدحسین، «ضمانت اجرای فراحقوقی و جایگاه آن در حقوق نرم»، دانش‌نامه حقوق اقتصادی، دوره بیست‌ویکم، شماره ۵، ۱۳۹۳.

- عبدالهی، محسن؛ عباسی، اصلی، «پدیده‌شناسی تکوین حقوق نرم در چارچوب نظام هنجاری حقوق بین‌الملل»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۸۲، ۱۳۹۶.

- علیزاده، یعقوب؛ مسعودی‌نیا، محمد؛ رستمی، سارا؛ بیرانوند، فرید، «تحولات اصل حق بر دریافت امدادهای پزشکی در هنگام وقوع بلایا در پرتو حقوق نرم بین‌المللی»، مجله تاریخ پزشکی، دوره هشتم، شماره بیست‌وهشتم، پاییز ۱۳۹۵.

- مجتهدزاده، سپنتا؛ رضایی فیروزجاه، حامد، «شناسایی حقوق نرم به‌عنوان منبع نوین حقوق بین‌الملل»، پژوهش‌های دینی، علوم اسلامی، فقه و حقوق در ایران و جهان اسلام، دوره ۲، شماره ۱، ۱۳۹۸.

- محتشم آرا، مقداد؛ ابراهیمی، بهناز؛ آزادبخت، بیتا، «نقش حقوق نرم در حفاظت از محیط زیست در خلال جنگ‌ها»، مطالعات مدیریت، حسابداری و حقوق، دوره ۶، شماره ۱، ۱۴۰۱.

- هداوند، مهدی، سیف‌الهی، آرمان، «جایگاه حقوق نرم در توسعه حقوق بین‌الملل»، راهبرد، دوره اول، شماره ۵۰، ۱۳۸۸.

- بیرانوند، فرید، رویه محاکم ملی در مواجهه با حقوق نرم بین‌المللی با تأکید بر حقوق بشردوستانه، پایان‌نامه دکتری رشته حقوق بین‌الملل، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی، ۱۳۹۹.

- بیرانوند، فرید؛ شریفی طرازکوهی، حسین؛ سلیمی، صادق، «تکوین و اعمال حقوق نرم بین‌المللی در پرتو رویه دیوان بین‌المللی دادگستری با تأکید بر حقوق بشردوستانه»، فصلنامه حقوق پزشکی، ویژه‌نامه حقوق بشر و شهروندی، ۱۳۹۹.

- بیرانوند، فرید، شریفی طرازکوهی، حسین، سلیمی، صادق، «دریافت کمک‌های پزشکی در موارد وقوع فجایع طبیعی و انسانی در پرتو حقوق نرم با تأکید بر فرمالیسم و کثرت‌گرایی حقوق بین‌الملل»، مجله حقوق پزشکی، دوره پانزدهم، شماره پنجاه‌وششم، ۱۴۰۰.

- حبیب‌زاده، توکل؛ عطار، محمدصالح، «ارزیابی مفهومی حقوق نرم در نظام منابع حقوق بین‌الملل»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۶، شماره ۲، ۱۳۹۱.

- رمضانی قوام‌آبادی، محمدحسین، «ماهیت و کارکرد حقوق نرم در آرای دیوان بین‌المللی دادگستری»، مطالعات حقوق عمومی، دوره ۵۱، شماره ۱، ۱۴۰۰.

انگلیسی

Unexpected Challenges of Unlimited Primacy of EU Law” in: Albi, Anneli, National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law, Hague, Springer, 2019.

- Fastenrath, Ulrich, Relative Normativity in International Law, European Journal of International Law, Volume 4, Issue 3, 1993.

- Fastenrath, Ulrich, Relative Normativity in International Law, European Journal of International Law, Vol. 4, 1993.

- Friedrich, Jürgen, International Environmental “soft law”: The Functions and Limits of Nonbinding Instruments in International Environmental Governance and Law, New York: Springer, 2013.

- Gruchalla – Wesierski, Tadeusz, A Framework for Understanding Soft Law, McGill Law Journal, Vol. 30, 1984.

-Charney, Jonathan, Universal International Law, The American Journal of International Law, Volume 87, No. 4, 1993.

- Guzman, Meyer, international soft law, Journal of Legal Analysis, Volume 2, Number 1, 2010.

- Borchardt G, K Wellens, Soft Law in European Community law, *ELRev*, vol 14, no 5, 1989.

- Blutman L. In the Trap of a Legal Metaphor: International Soft Law. *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 59, No. 3, 2010.

- Birger, Jon, Schram, Stokke Olav and Wettestad, Jorgen, Soft Law, Hard Law, and Effective Implementation of International Environmental Norms, *Global Environmental Politics*, Vol. 6:3, 2006.

- Boyle A. Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law. *International & Comparative Law Quarterly*; Vol. 48, No. 4, 1999.

- Cini, Michell, The soft law approach: Commission rule-making in the EU's state aid regime, *Journal of European Public Policy*, Vol. 18, 2001.

- Dupuy, ‘Declaratory Law and Programmatic Law: From Revolutionary Custom to “Soft Law”’, in R. Akkerman et al. (eds), *Declarations of Principles: A Quest for Universal Peace*, at 252, 1977.

- Ernits, Madis, Carri Ginter, Saale Laos, Marje Allikments, “The Constitution of Estonia: The

- International Law, Volume 8, Issue 4, 1997.
- Meron, Theodore, On a Hierarchy of International Human Rights, The American Journal of International Law, volume 80, No 90, 1986.
 - McNair, Arnold, The law of treaties, Clarendon Press, 1961.
 - Morth, Ulrika, Soft Law in Governance and Regulation, Edward Elgar Publication, First Edition, 2004.
 - Macklem, Patrick, Human rights in international law: three generations or one, London Review of International Law, Volume 3, Issue 1, 2015.
 - Orrego Francisco, Viciña, "Privatization of the Settlement of International Disputes", in: Wolfrum, Rüdiger, and Ina Gätzschmann, International Dispute Settlement: Room for Innovations? Springer, 2012.
 - Roucouas, Emmanuel, A Landscape of Contemporary Theories of International Law, Boston, Brill Nijhoff, 2019.
 - Shaffer, Gregory, Mark A. Pollack, "Hard and Soft Law", in: Jeffrey L. Dunoff, Mark A. Pollack, Interdisciplinary Perspectives on International Law and International
 - Guzman, Andrew, Antitrust and International Regulatory Federalism, New York university law review, Vol. 76, 2001.
 - Hodson, Dermot, & Imelda, Maher, Soft law and sanctions: economic policy co- ordination and reform of the Stability and Growth Pact, Journal of European Public Policy, Vol. 21, 2004.
 - Henriksen, Anders, International Law, Oxford, Oxford University Press, 2019.
 - Klabbbers, 'The Redundancy of Soft Law', 65 Nordic J Int'l L, 173, n. 32, 1996.
 - Klabbbers, Jan, and Gianluigi Palombella, The Challenge of Inter-legality, Cambridge, Cambridge University Press, 2019.
 - Klabbbers, Jan, The Concept of Treaty in International Law, Kluwer Law International, 1998.
 - Koskenniemi, Martti, Hierarchy in International Law: A Sketch, European Journal of International Law, Volume 8, Issue 4, 1997.
 - L. Paulus, Andreas, H. Weiler, J. H., The Structure of Change in International Law or Is There a Hierarchy of Norms in International Law, European Journal of

- Shelton, Dinah, Normative Hierarchy in International Law, The American Journal of International Law, volume 100, No.2, 2006.
- Thürer, Daniel, The Role of Soft Law in the Actual Process of European Integration, in O Jacot-Guillarmod and P Pescatore (eds), L'avenir du libre-échange en Europe: vers un Espace économique européen? Schultess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1990.
- Thirlway, Hugh, The Sources of International Law, Oxford, Oxford University Press, 2019.
- Thürer D. 'Soft Law' The Max Planck Encyclopedia of Public International Law. Oxford: Oxford University Press. Vol. 9. 2013.
- Warner, S.D, Livingston D.W, David Hume, Political writings, Indianapolis, 1994.
- Weil, Prosper, Towards Relative Normativity in International Law, The American Journal of International Law, Volume 77, No. 3, 1983.
- Yearbook of the International Law Commission, volume II, Part Two: Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, article 41,48, 2001.
- Relations, The State of the Art, Cambridge University Press, 2012.
- Sekalala, Sharifah, Soft Law and Global Health Problems, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.
- Snyder F, Soft Law and Institutional Practice in the European Community, in: S Martin (ed) The Construction of Europe: Essays in honour of Emile Noël, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1994.
- Shelton, L, Dinah, Soft Law, The George Washington University Law School, Public and Legal Theory Work Paper, No. 322, 2008.
- Senden, Linda, Soft Law in European Community Law, Hart publishing, 2004.
- Schelkle, Waltraud, EU Fiscal Governance: Hard Law in the Shadow of Soft law, Columbia Journal of European Law, Vol. 13, 2008.
- Senden, Linda, Soft Law and its Implications for Institutional Balance in the EC, Utrecht Law Review, Volume 1, 2005.
- Senden L. Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where Do They Meet. Electronic Journal of Comparative Law; Vol. 9, No. 1, 2006.

- Yearbook of the International Law Commission, volume II, Part Two: Draft Articles on Diplomatic Protection, article 19 para. 2,3, 2006.

- Yearbook of the International Law Commission, volume II, Part Two: Guide to Practice on Reservations to Treaties, para. 4.4.3, 2011.



شپوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی