




The University of Tehran Press

## The Binding Origin of Extra-Contractual Rules of Human Rights

Ahmad Momeni Rad<sup>1</sup>  | Bagher Roozbahani<sup>2</sup> 

1. Corresponding Author; Assistant Prof. Department of Public Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran. Email: [momenirad@ut.ac.ir](mailto:momenirad@ut.ac.ir)
2. Ph.D. Student in International Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran (Paradise Alborz), Tehran, Iran. Email: [bagherroozbahani@gmail.com](mailto:bagherroozbahani@gmail.com)

Article Info	Abstract
<b>Article Type:</b> Research Article	Undoubtedly, human rights are among the achievements of modern international law. One of the most controversial topics in this field is the binding origin of its rules. It is obvious that those human rights rules that have a contractual origin are accepted by the signatories. But the problem starts precisely from the fact that some subjects of international law (international organizations) are not members of human rights treaties, except in exceptional cases such as the European Union, and in case of violation of the mentioned provisions, they will not be held responsible. To solve this problem, it is necessary to find a non-contractual source which can cover all subjects of international law, especially international organizations.
<b>Pages:</b> 379-404	
<b>Received:</b> 2021/05/24	
<b>Received in Revised form:</b> 2021/10/20	
<b>Accepted:</b> 2021/12/26	
<b>Published online:</b> 2024/03/20	
<b>Keywords:</b> <i>human rights, the binding origin of human rights rules, custom, general principles, mandatory rules, opinio juris.</i>	
<b>How To Cite</b>	Momeni Rad, Ahmad; Roozbahani, Bagher (2024). The Binding Origin of Extra-Contractual Rules of Human Rights. <i>Public Law Studies Quarterly</i> , 54 (1), 379-404. DOI: <a href="https://doi.com/10.22059/JPLSQ.2021.324007.2776">https://doi.com/10.22059/JPLSQ.2021.324007.2776</a>
<b>DOI</b>	10.22059/JPLSQ.2021.324007.2776
<b>Publisher</b>	The University of Tehran Press. 



## منشأ الزام آور فراقردادی قواعد حقوق بشری

احمد مؤمنی راد<sup>۱</sup> | باقر روزبهانی<sup>۲</sup>

۱. نویسنده مسئول؛ استادیار، گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

رایانامه: [momenirad@ut.ac.ir](mailto:momenirad@ut.ac.ir)

۲. دانشجوی دکتری حقوق بین الملل دانشکده حقوق علوم سیاسی دانشگاه تهران (پردیس البرز)، تهران، ایران.

رایانامه: [bagherroozbahani@gmail.com](mailto:bagherroozbahani@gmail.com)

اطلاعات مقاله	چکیده
<b>نوع مقاله:</b> پژوهشی	به طور مسلم حقوق بشر از جمله دستاوردهای حقوق بین الملل نوین به شمار می رود. یکی از بحث برانگیزترین مباحث این حوزه منشأ الزام آور قواعد آن است. بدیهی است آن دسته از قواعد حقوق بشری که ریشه قراردادی دارند، مورد قبول امضاکنندگان آن است، اما مشکل دقیقاً از آنجایی آغاز می شود که برخی از تابعان حقوق بین الملل (سازمان های بین المللی) جز در موارد استثنایی مانند اتحادیه اروپایی عضو معاهدات حقوق بشری نیستند و در صورت نقض مقررات یاد شده مسئولیتی متوجه آنها نخواهد بود. برای برون رفت از این معضل نیاز به یافتن منبعی فرا قراردادی در این خصوص احساس می شود تا بتواند تمامی تابعان حقوق بین الملل به ویژه سازمان های بین المللی را تحت پوشش خود قرار دهد.
<b>صفحات:</b> ۳۷۹-۴۰۴	
<b>تاریخ دریافت:</b> ۱۴۰۰/۰۳/۰۳	
<b>تاریخ بازنگری:</b> ۱۴۰۰/۰۷/۲۸	
<b>تاریخ پذیرش:</b> ۱۴۰۰/۱۰/۰۵	
<b>تاریخ انتشار برخط:</b> ۱۴۰۳/۱۰/۰۱	
<b>کلیدواژه ها:</b> اصل یکپارچگی سیستمی، حقوق بشر، حقوق بین الملل بشردوستانه، حقوق معاهدات، عنصر معنوی.	
<b>استناد</b>	مؤمنی راد، احمد؛ روزبهانی، باقر (۱۴۰۳). منشأ الزام آور فراقردادی قواعد حقوق بشری. <i>مطالعات حقوق عمومی</i> ، ۵۴ (۱)، ۳۷۹-۴۰۴. DOI: <a href="https://doi.com/10.22059/JPLSQ.2021.324007.2776">https://doi.com/10.22059/JPLSQ.2021.324007.2776</a>
<b>DOI</b>	10.22059/JPLSQ.2021.324007.2776
<b>ناشر</b>	مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران.



## ۱. مقدمه

همان طور که می‌دانیم حقوق بشر یکی از مباحث مهم حقوق بین‌الملل معاصر، به‌ویژه پس از جنگ جهانی دوم بوده است. سابق بر آن دولت‌ها بر اساس تئوری وستفالی (اصل حاکمیت مطلق دولت‌ها) هرگونه برخوردی را با شهروندان در داخل مرزها برای خود مجاز می‌شمردند و هرگونه اعتراضی را هم در این خصوص سرکوب می‌کردند، در عین حال که هر نوع دخالت خارجی نیز در این زمینه به‌طور مطلق ممنوع بوده است. همین افسارگسیختگی حکومت‌ها و حاکمان، فجایع انسانی چه در داخل مرزهای یک کشور که قتل عام قریب به ۲۰ میلیون انسان بی‌گناه توسط استالین در دهه ۳۰ میلادی نمونه بارز آن است یا در سطح بین‌المللی که جنگ‌های اول و دوم از جمله مصادیق عیان آن است را به ارمغان آورد. در مقابله با این تعدی گسترده و گستاخانه به حریم حقوق انسانی، افکار عمومی جهان در زمان‌های مختلف به این موضوع واکنش شدید نشان می‌دهد که نتیجه آن را می‌توان در منشور مگناکارتای ۱۲۱۵ انگلیس (حمایت از بارون‌ها در پرداخت مالیات سنگین در برابر پادشاه و تدوین حقوق اساسی شهروندی)، منشور حقوق انگلیس ۱۶۹۸ (اعلام برتری پارلمان انگلیس در برابر قدرت سلطنت و حقوق شهروندی)، اعلامیه استقلال آمریکا ۱۷۷۶، منشور حقوق آمریکایی (قانون اساسی آمریکا ۱۷۸۷)، اعلامیه فرانسوی حقوق بشر و شهروندی ۱۷۸۹، اعلامیه حقوق بشر بین‌المللی ۱۹۲۱ مؤسسه حقوق بین‌الملل و پس از جنگ جهانی دوم، منشور ملل متحد (مقدمه و اصول ۵۵-۵۶)، اعلامیه جهانی حقوق بشر ۱۹۴۸، میثاق‌های حقوق سیاسی و مدنی ۱۹۶۷ و اقتصادی، فرهنگی و اجتماعی ۱۹۶۹ و متعاقب آنها کنفرانس وین ۱۹۹۳ ملاحظه کرد. در تمامی این مجموعه قواعد، سعی وافر بر این بوده تا مقرراتی برای حمایت از فرد انسانی در برابر قدرت حاکمیت وضع و اعمال شود. به‌نظر می‌رسد این مسئله که حقوق بشر امروزی ریشه در حقوق طبیعی دارد و همین ویژگی بارز سبب شده تا مافوق اراده دولت‌ها قرار گیرد، از این‌رو قوانین داخلی و بین‌المللی منبعت از آن صرفاً جنبه اعلامی پیدا کنند یا حداکثر تدوین‌کننده همان مفاهیم حقوق طبیعی، اما با رویکردی نو به مسائل حقوق بشری باشند. اینکه ریشه الزام‌آور غیرقراردادی قواعد حقوق بشر از کدامیک از منابع حقوق بین‌الملل، عرف بین‌الملل، اصول کلی حقوقی و یا قواعد آمره سرچشمه می‌گیرد، موضوع نوشتار حاضر را تشکیل می‌دهد. با تعیین مبنای الزام‌آور فراقردادی قواعد حقوق بشری، بی‌شک دیگر با مشکل عضویت یا عدم عضویت تابعان حقوق بین‌الملل در میثاق‌ها و معاهدات حقوق بشری مواجه نخواهیم بود، زیرا الزام‌آور بودن قواعد یادشده دیگر منحصر و محدود به رضایت فردی تابعان حقوق بین‌الملل در مفهوم سنتی آن نیست، بلکه در این خصوص اجماع کلی کاشف از رضایت جمعی و پذیرش و مقبولیت جهانی قواعد حقوق بشری کافی به‌نظر می‌رسد. شایان ذکر است از جمله دشواری‌های تحقیق حاضر نیز تعیین مرزهای حقوق عرفی و اصول کلی حقوقی و در مواردی قواعد آمره است که در پاره‌ای از مصادیق با یکدیگر همپوشانی دارند و از این حیث در برخی موارد

ممکن است گمراه کننده به نظر برسند. بنابراین در همین زمینه سعی شده تا با ارائه تفسیر جدیدی از رویه دولت‌ها و حتی سازمان‌های بین‌المللی درک بهتری از مفهوم رویه و ارتباط آن با قواعد حقوق بشری ارائه شود. بدیهی است منظور از مبنا در بحث فعلی نیز منصرف از مبانی فلسفی و اخلاقی قواعد حقوق بشر است. باری بحث در سه فصل جداگانه در منابع متعارف حقوق بین‌الملل از جمله عرف بین‌الملل، اصول کلی حقوقی و قواعد آمره با تکیه بر دکترین، رویه قضایی اعم از داخلی و بین‌المللی، اسناد بین‌المللی نظیر قطعنامه‌های مجمع عمومی سازمان ملل و همچنین رویه فردی دولت‌ها به روش تطبیقی دنبال می‌شود و با نتیجه‌گیری مقطعی در هر قسمت، در پایان به جمع‌بندی نهایی می‌رسد.

## ۲. عرف بین‌الملل به عنوان منبع حقوق بشر

در تعریف عرف به اختصار چنین می‌توان گفت رفتار یکسان، گسترده و ثابت کشورها (عنصر مادی) توأم با اعتقاد به الزام آور بودن چنین رفتاری (عنصر معنوی). (Juris-Opinion). حال نکته در اینجاست، آیا عرفی که منبع حقوق بشر تلقی می‌شود همان عرف به مفهوم سنتی آن است، یا اینکه عرف مورد نظر از مفهوم سنتی فاصله می‌گیرد. در مفهوم سنتی تکیه و تأکید بیشتر بر عنصر مادی عرف است تا عنصر معنوی. عنصر مادی عرف نیز در قضیه لوتوس به خوبی تشریح شده است.<sup>۱</sup> مطابق دیدگاه سنتی، عنصر معنوی بیشتر وصف ذهنی و موقتی دارد و همین مسئله سبب شده است تا دو تن از مشهورترین حقوقدانان بین‌المللی در نیمه اول قرن حاضر، یعنی کلسن و گوگن هایم عنصر معنوی عرف را به کلی نادیده بگیرند (7: Simma & Alston, 1988-89). در مقابل از نظر عده‌ای دیگر، رویه دولت‌ها (عنصر مادی) دیگر نقش کلیدی در ایجاد عرف ندارد، بلکه بیشتر وصف اثباتی در احراز و اثبات رضایت دولت‌ها یا همان عنصر معنوی عرف را دارد که این موضوع نیز با وجود نهادهای بین‌المللی نظیر سازمان ملل و به‌ویژه مجمع عمومی سازمان که در واقع مرکزی برای ایجاد ارتباطات قوی بین دولت‌هاست، به راحتی و بدون نیاز به موضوع دیگری قابل اثبات است (Akehurst, 1974). (53-57) از این رو به قول شاختر، تشخیص اینکه آیا تعهدات حقوق بشری ویژگی حقوق عرفی دارند، چیزی نیست که صرفاً با اتکا به روند متعارف شکل‌گیری عرف، یعنی رفتار دولت‌ها (عنصر مادی) به همراه عنصر معنوی قابل اثبات باشد، زیرا دولت‌ها به‌طور معمول علیه یکدیگر در حوزه حقوق بشر ادعایی مطرح نمی‌کنند یا به نقض حقوق بشری که تأثیری بر اتباع آنها ندارد، اعتراضی نمی‌کنند (343: Schachter, 1982). دلیل این موضوع هم معلوم است، چون خود آنها نیز ممکن است در جای دیگر در معرض اتهام نقض حقوق بشر قرار گیرند، به همین دلیل تمایل ندارند توسط دیگر دولت‌ها مورد پرسش قرار گیرند. درست به همین دلیل است که رویه دولتی توأم با الزام حقوقی در زمینه حقوق بشر در

1. The Lotus Case; France v. Turkey (1927) PCIJ Ser A, No 10

قالب سنتی آن بسیار اندک است. تصمیمات دیوان‌های داوری و قضایی بین‌المللی نیز به استثنای دیوان‌های متکی بر معاهدات (مانند دیوان اروپایی یا بین‌آمریکایی حقوق بشر) به ندرت چیزی برای گفتن دارند تا از آن بتوان به‌عنوان رویه استفاده کرد (7: Jevis, 2006). علاوه بر این، چنانچه تعهد موضوع عرف به صورت منفی یا ترک فعل باشد، نباید انتظار شناسایی عنصر مادی عرف را داشت. در چنین مواردی اصولاً بر عنصر روانی یا معنوی عرف تأکید می‌شود (Simma & Alston, 1988: 99-104). به همین دلیل بود که دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه نیکاراگوئه به سمت نادیده گرفتن عنصر مادی عرف به نفع عنصر معنوی و حمایت از حقوق نرم (برای مثال قطعنامه‌های مجمع عمومی سازمان ملل) برای تعیین محتوای عنصر معنوی عرف گرایش پیدا کرد، بدون آنکه نیازی به مدرکی در زمینه اثبات رویه دولت‌ها در هماهنگی با عنصر معنوی داشته باشد (ICJ Rep, 1986: Para. 41).

در قسمت دیگری از رأی نیکاراگوئه، دیوان تلاش می‌کند تا به مشکل ناهماهنگی بین عنصر مادی و عنصر معنوی بپردازد، همان چیزی که از آن به‌عنوان مشکل اصلی در اثبات قاعده عرفی بین‌المللی در قلمرو حقوق بشر از آن یاد می‌شود. در این زمینه دیوان معتقد است؛ برای تشکیل قاعده عرفی بین‌المللی، هماهنگی کلی رفتار دولت‌ها با چنین قواعدی کفایت می‌کند (Simma & Alston, 1988: 98).

دیوان در ادامه می‌افزاید در جایی که موضوع قاعده عرفی عمل بازدارنده یا ترک فعل است (در پرونده نیکاراگوئه عدم توسل به زور)، باید اهمیت ویژه‌ای برای عنصر معنوی قائل شد. دیوان بر این باور است که اعتقاد حقوقی دولت‌ها نه از رویه دولت‌ها، بلکه از اصول انسانی و وجدان جمعی سرچشمه می‌گیرد (زرافشان، ۱۳۹۱: ۳۱۹-۳۳۸). به‌عبارت دیگر از منظر دیوان احراز اعتقاد حقوقی دولت‌ها نیازی به وجود رویه‌ای مقدم بر آن ندارد، بلکه اعتقاد حقوقی دولت‌ها به قاعده‌ای مشخص، بر اساس همان اصول انسانی و وجدان عمومی که بدون شک مورد قبول جامعه بین‌المللی قرار گرفته فرض شده، سپس پیروی از آن در رویه دولت‌ها دنبال می‌شود. در این خصوص دیوان باید متقاعد شود که وجود قاعده در اعتقاد حقوقی دولت‌ها و در رویه آنها تأیید و تثبیت شده است (ICJ Rep, 1986: para 184). در واقع دیوان نقش رفتار عملی دولت‌ها را در موضوع عدم استفاده از قدرت نظامی در پرونده نیکاراگوئه در تشکیل عرف بین‌المللی کمرنگ کرده است. به نظر می‌رسد دیوان چاره‌ای جز این نداشته است، چراکه با دنبال کردن معیار سنتی تشکیل عرف نمی‌توانسته در قضیه یادشده قاعده عرفی را اثبات کند.

در حقیقت وضعیت مربوط به قاعده عرفی منفی (عدم توسل به زور) شباهت زیادی با وضعیت تعهد دولت‌ها در ارتباط با حقوق بشر پیدا می‌کند. با این توضیح که تعهدات حقوق بشری نیز اصولاً (البته در مرحله نخستین) به صورت ترک فعل و تعهد به عدم انجام عملی علیه حقوق افراد ظاهر می‌شود (Simma & Alston, 1988: 23-89).

ماحصل کلام اینکه دکترین سنتی حقوق بین‌الملل عرفی آن‌گونه که در رأی فالات قاره دریای شمال

دیوان بین‌المللی دادگستری توصیف شده، به سهولت در زمینه شناسایی قواعد حقوق بشر قابل استفاده نیست. در حالی که روابط بین دولت‌ها می‌تواند از طریق ابزارهای تجربی مشاهده شود، روندی که در آن دولت‌ها با شهروندان خود رفتار می‌کنند، چنین شیوه‌هایی را بر نمی‌تابد. حتی دقیق‌ترین دستگاه‌های الکترونیکی قادر نخواهند بود تا ویژگی‌های خاص حقوق بشری همه این قبیل رفتارها را ثبت و ضبط کنند. بنابراین باید روی اقدامات و بیانیه‌های رسمی تأکید به عمل آورد (کریستیان تاموشات، ۱۳۹۳: ۱۱۸-۱۱۹). حقوقدان‌ها در همین زمینه مصادیق تمثیلی زیر را به‌عنوان رویه در حوزه حقوق بشر ذکر می‌کنند:

درج قواعد حقوق بشر در قوانین عادی و اساسی کشورها، ارجاع مکرر قطعنامه‌های سازمان ملل به این قواعد، اعلامیه‌های یکجانبه که حکایت از تعهداتی در برابر اعلامیه جهانی حقوق بشر دارد، قطعنامه‌های مجمع عمومی سازمان ملل و دیگر نهادهای بین‌المللی در محکومیت نقض‌های حقوق بشر و تقبیح آنها به‌عنوان نقض حقوق بین‌الملل، اعلامیه‌ها و مواضع مقامات حکومتی در محکومیت نقض‌های فاحش حقوق بشری، تصمیمات محاکم داخلی و بین‌المللی بر اساس مقررات حقوق بشری، مشارکت دولت‌ها در تهیه کنوانسیون‌های حقوق بشری، پاسخ دولت‌ها به پیش‌نویس‌های کمیسیون حقوق بین‌الملل، رویه ارکان سازمان‌های بین‌المللی (Brown Lie, 1998: 11)، رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه بارسلونا تراکشن (همان).

به‌عنوان حسن ختام چنانچه تعریف موجز مایکل اکهرست را در خصوص عرف را بپذیریم «... آنچه دولت‌ها انجام می‌دهند یا اعلام می‌دارند...»، به‌ویژه عبارت اخیر (آنچه دولت‌ها اعلام می‌دارند)، شاید منابع عرفی قواعد حقوق بشری به‌خصوص در زمینه رویه یا همان عنصر مادی عرف را بهتر بتوان توجیه کرد (Jevis, 2006: 5). بر همین اساس، با توجه به قرائت جدید از عنصر مادی عرف در قلمرو حقوق بشر و تنوع منابع در این زمینه، می‌توان تا حدودی ادعا کرد، بار اثباتی عرف به‌عنوان منبع حقوق بشر و حقوق بشردوستانه آسان‌تر از دیگر حوزه‌های حقوق بین‌الملل خواهد بود (Hannum, 1995: 33-96). اکنون جای آن دارد تا به ریشه‌یابی تئوری عرف به‌عنوان منبع حقوق بشر در دکتترین، اسناد بین‌المللی، رویه قضایی اعم از داخلی و بین‌المللی بپردازیم.

### الف) دکتترین

لانگ چوچن در نظریه خود اعلام می‌دارد: «... استناد مکرر به اعلامیه جهانی حقوق بشر ۱۹۴۸ و اجرای مفاد آن توسط مقامات دولتی در سراسر جهان ویژگی عرفی بین‌المللی به قواعد مندرج در آن بخشیده است...» (Simma & Alston, 1988: 88-89)، به همین ترتیب آقای نایار در نوشته‌ای که در مجله حقوق بین‌الملل ۱۹۷۸ منتشر شده معتقد است «... اعلامیه بخشی از حقوق بین‌الملل عرفی شده است...» (Nayar, 1978: 817-818). این دیدگاه متعاقباً توسط قاضی کافمن در قضیه فیلاتریتگا مورد

استناد قرار می‌گیرد (Simma & Alston, 1988: 10-89). نظریه دیگر متعلق به جان هامفری است که اعلام کرده است: «اعلامیه جهانی حقوق بشر بخشی از حقوق عرفی بین‌المللی شده و برای تمامی دولت‌ها الزام‌آور است» (527: 528-Humphry, 1976). پروفیسور زان نیز در این خصوص متذکر می‌شود: «... اعلامیه جهانی حقوق بشر نه تنها تفسیری بر الزام‌آور بودن تعهدات منشور ملل متحد و به طور خاص در مورد حقوق بشر و آزادی‌های اساسی است، بلکه خود اعلامیه نیز فی‌نفسه سندی الزام‌آور به‌شمار می‌رود» (Sohn, 1997: 129-133). البته عده‌ای هم بر این باورند که خود اعلامیه منتهای میثاقین سند الزام‌آور به‌شمار نمی‌آید (قاری سید فاطمی، ۱۳۸۲: ۳۹). با وجود این یکی از مراجع مهم در رسیدگی دوره‌ای شورای حقوق بشر در قبال اجرای تعهدات حقوق بشری دولت‌ها همین اعلامیه است که خود حکایت از لازم‌الاجرا بودن مفاد آن دارد (Freedman, 2001: 1).

## ۱.۲. اسناد بین‌المللی

### ۱.۱.۱. اعلامیه مونترال

در سال ۱۹۶۸ انجمن غیردولتی حقوق بشر اعلامیه مونترال را مصوب کرد که بر اساس آن اعلام شد: اعلامیه جهانی حقوق بشر ۱۹۴۸ در سالیان گذشته به بخشی از حقوق بین‌الملل عرفی تبدیل شده است.<sup>۱</sup>

### ۲.۱.۲. اعلامیه تهران

سال ۱۹۶۸ از سوی سازمان ملل به‌عنوان سال حقوق بشر انتخاب شده، کنفرانس ملل متحد برای حمایت از حقوق بشر برگزار و با اعلامیه‌ای تحت عنوان اعلامیه تهران به کار خود پایان می‌دهد. این اعلامیه رعایت مفاد اعلامیه جهانی حقوق بشر را برای تمامی اعضاء جامعه بین‌المللی الزامی دانسته است (Lillich, 1996: 2). در نتیجه می‌توان گفت تنها با احراز عرفی بودن مواد اعلامیه است که می‌توان حکم به الزام‌آور بودن آن برای همه تابعان حقوق بین‌الملل داد.

### ۳.۱.۲. گزارش گزارشگر ویژه کمیسیون حقوق بشر سازمان ملل ۱۹۸۰

آقای گالیندوپل در سال ۱۹۸۰ ضمن ارائه گزارشی در مورد وضعیت حقوق بشر در ایران، خطاب به کمیسیون حقوق بین‌الملل چنین اعلام می‌دارد: «... حقوق و آزادی‌های مندرج در اعلامیه جهانی حقوق بشر از طریق رویه دولت‌ها (عنصر مادی) و اعتقاد به الزام‌آور بودن آنها (عنصر معنوی) ویژگی حقوق بین‌الملل عرفی را احراز کرده، به‌گونه‌ای که این مقررات با سختگیرانه‌ترین معیارهای عرف (عنصر مادی و معنوی) همخوانی کامل دارند...» (ICJ Rep, 1986: Para2).

1. Montreal Statement, 9J. INTL COMd'N-Jurist 94,95 (June 1988)

**۲.۱.۴. اعلامیه کنفرانس امنیت و همکاری اروپا در مسکو**

در کنفرانس مسکو (۱۹۹۱)، توسعه و حمایت از تمامی مقررات حقوق بشری به عنوان یک نگرانی جامعه بین‌المللی اعلام می‌شد. به این معنی که حقوق بشر دیگر یک مسئله صرفاً داخلی تحت شمول اصل حاکمیت دولت‌ها به شمار نمی‌رود (Zenovic, 2012: 13).

**۲.۲.۵. اعلامیه و برنامه اقدام وین - ژوئن ۱۹۹۳**

این اعلامیه از جمله اقدامات مهم و اساسی در زمینه حمایت از حقوق بشر است. اعلامیه از حقوق بشر به عنوان قوانین بین‌المللی تجزیه‌ناپذیر و کاملاً به هم پیوسته یاد کرده، حمایت و توسعه از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی را به عنوان هدف برتر سازمان ملل در بین دیگر اهداف سازمان مطرح کرده است (Zenovic, 2012: 13).

**۲.۲.۲. رویه دولت‌ها**

دولت فنلاند در سازمان ملل متحد اعلام می‌کند، حتی دول عضو که میثاق‌های مدنی، سیاسی، فرهنگی و اقتصادی را تصویب کرده‌اند، مقدم بر میثاق‌ها، خود را به عنوان اعضای سازمان ملل در برخورداری از حقوق و آزادی‌های بشر ملزم کرده و اصول مندرج در اعلامیه می‌تواند برای تمامی اعضای جامعه بین‌المللی الزام آور باشد و این موضوع البته به سبب خصیصه عرفی اصول مندرج در اعلامیه است. اعلامیه مشابهی توسط کشورهای اسکاندیناوی (سوئد، نروژ، دانمارک، فنلاند و ایسلند) به مناسبت چهلمین سالگرد اعلامیه توسط نماینده سوئد در سازمان ملل منتشر می‌شود با این عبارت‌پردازی، اعلامیه موقعیت حقوق بین‌الملل جهانی را احراز کرده، بنابراین اجرای مفاد آن وظیفه تمامی دول سازمان ملل متحد است (Hannum, 1995: 40-46).

**۲.۳.۲. رویه قضایی****۲.۳.۱. رویه قضایی داخلی**

مهم‌ترین پرونده حقوق بشری که در محاکم ملی بر اساس قاعده عرفی بین‌المللی مورد رسیدگی قرار گرفته، دعوی فیلارتیگا علیه پنا ایرالا است. در این پرونده، شهروند پاراگوئه‌ای به سبب شکنجه برادر و فرزند خود دعوی علیه یک مقام رسمی پلیس که آن هم پاراگوئه‌ای بوده، در ایالات متحده آمریکا مطرح می‌کند. دادگاه پژوهش ایالات متحده به سبب عدم عضویت آمریکا در میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی با مانع جدی در این خصوص مواجه می‌شود. با این توضیح که از یک سو قانون در آمریکا شکنجه را منع نکرده و از سوی دیگر امکان ارجاع به ماده ۷ میثاق یادشده به دلیل عدم عضویت



ایالات متحده امکان پذیر نیست. به همین دلیل، دادگاه ابتکار خاصی به عمل داده و با این استدلال که قاعده ممنوعیت شکنجه به یک قاعده عرفی بین‌المللی تبدیل شده، وی را محکوم می‌کند. نکته جالب توجه اینکه در قضایای بعدی نیز این حکم تکرار و حتی مصادیق دیگری نظیر بازداشت خودسرانه، تبعید، رفتارهای غیرانسانی و دون شأن انسانیت و امثال آن تحت شمول قواعد حقوق بشری از نوع عرفی آن قرار می‌گیرد.<sup>۱</sup>

### ۲.۳.۲. رویه قضایی بین‌المللی

دیوان بین‌المللی دادگستری در نظریه مشورتی خود در سال ۱۹۵۱ در مورد حق رزرو بر کنوانسیون منع و مجازات شکنجه اولین تلاش خود را برای به رسمیت شناختن حقوق بشر بنیادین به‌عنوان حقوق عرفی به کار می‌گیرد (ICJ Rep, 1951: Para 23).

در جریان دیپلمات‌های آمریکا در تهران (دعوی ایالات متحده علیه ایران)، دیوان به‌طور مستقیم به مقررات اعلامیه جهانی حقوق بشر ارجاع داده، محرومیت غیرقانونی افراد انسانی از آزادی و محدودیت فیزیکی با تحمیل شرایط سخت را مخالف صریح اصول منشور و اصول بنیادین مندرج در اعلامیه می‌داند (ICJ Rep, 1980: Para. 42).

پروفسور رودلی نیز در این زمینه معتقد است دیوان به زبان ساده از اعلامیه جهانی حقوق بشر به‌عنوان متنی که حاوی اصول بنیادینی است که وصف حقوق بین‌الملل عرفی یافته است، یاد می‌کند (Lillich, 1996: 4).

### ۳. مصادیقی از حقوق بشر در آرای دیوان اروپایی حقوق بشر که ریشه در عرف بین‌الملل دارند، ولودینا علیه فدراسیون روسیه<sup>۲</sup>

در این پرونده خانم ولودینا که چندین نوبت توسط همسر سابق خود ربوده شده و مورد ضرب و شتم و تهدید قرار می‌گیرد، در سال ۲۰۱۷ شکایتی علیه فدراسیون روسیه در دیوان اروپایی حقوق بشر در خصوص قصور این کشور در جلوگیری، تحقیق و تعقیب خشونت‌های ارتكابی علیه خود و همچنین قصور در ایجاد چارچوبی قانونی به‌منظور جلوگیری و مجازات خشونت‌های مبتنی بر جنسیت که ناقض مواد ۳ (ممنوعیت شکنجه) ۱۳ (حق به جبران خسارت مؤثر) و ۱۴ (ممنوعیت تبعیض) از کنوانسیون اروپایی حقوق بشر بوده، مطرح می‌کند (ECtHRRep, 2019: Para 109).

1. United States, Court of Appeals of the Second Circuit, *Filartiga v. Pena Irala*, 630 Fzd 878/1980.

2. ECtCHR, *Volodina v. Russia*, N.41261/17, 9 July 2019.

### ۱.۳. تصمیم دیوان

دیوان در قضیه ولودینا به منظور رسیدگی به ادعای نقض ماده ۱۴ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر (منع تبعیض) نه تنها به کنوانسیون منع تمامی اشکال تبعیض علیه زنان<sup>۱</sup> که بر مبنای آن خشونت مبتنی بر جنسیت منع شده است ارجاع می‌دهد، بلکه در همین زمینه به ممنوعیت خشونت علیه زنان به‌عنوان مصداقی از تبعیض و ناقض قاعده عرفی بین‌المللی استناد می‌کند (ECTCHRRep, 2019: Para 109).

### ۲.۳. گوزل اورتلو و دیگران علیه یونان و ترکیه<sup>۲</sup>

الماس، زرین و گوزل اورتلو با با ملیت‌های قبرسی- ترک در جزیره‌ای تحت کنترل دولت یونان در ۱۵ ژانویه ۲۰۰۵ کشته می‌شوند. تحقیقات جنایی دولت یونان در راستای کشف جرم به شناسایی ۸ مظنون منجر می‌شود که همگی در جمهوری ترکیه‌ای در قبرس شمالی<sup>۳</sup> (که به‌نوعی تحت اشغال دولت ترکیه بوده و توسط مجامع بین‌المللی نیز این اشغال غیرقانونی شناخته شده)<sup>۴</sup>، سکونت داشته‌اند. به همین دلیل دولت یونان از دولت ترکیه درخواست استرداد آنها را می‌کند که با پاسخ منفی این کشور مواجه می‌شود. در مقابل جمهوری ترک‌نشین در شمال قبرس نیز در جهت انجام تحقیقات جنایی خود از دولت یونان درخواست ارائه مدارک به‌دست‌آمده از صحنه جنایت را می‌کند که این بار با واکنش منفی دولت یونان روبه‌رو می‌شود. دولت یونان با استناد به تعهد دولت‌ها مبنی بر عدم شناسایی<sup>۵</sup> وضعیتی که ناقض جدی قواعد آمره باشد (به‌عنوان اصلی که ریشه در حقوق بین‌الملل عرفی دارد) از ارائه مدارک به دولت ترکیه (به دلیل فقدان مشروعیت اشغال این بخش از خاک خود و با این استدلال که در صورت همکاری با جمهوری ترک‌نشین به‌نوعی اصل عرفی عدم شناسایی وضعیت نامشروع بین‌المللی را نقض کرده) خودداری می‌کند (ECTCHR Rep, 2019: Para. 157). نتیجه این عدم همکاری دولتین، آزادی مجرمان به دلیل فقدان ادله اثباتی بود. به همین سبب بستگان قربانیان در سال ۲۰۰۷ دعوی علیه ترکیه و یونان در دیوان اروپایی حقوق بشر مطرح کردند با این استدلال که دولت‌های یادشده به‌سبب قصور در همکاری در جهت شناسایی و تحویل مجرمین به چنگال عدالت مواد ۲ (حق به حیات) و ۱۳ (حق به جبران خسارت مؤثر) از کنوانسیون حقوق بشر اروپایی را نقض کرده‌اند (ECTCHR Rep, 2019: Paras 1-5).

1. CEDAW

2. ECTCHR,GC ,Guzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey, N.36925/07,29 January 2019.

3. TRNC

4. UNSC Resolutions 353(1974) of 20 July 1974 and 360(1974)of 16 August 1974.

5. Rule of Non- Recognition

### ۳.۳. رأی دیوان

در ماجرای گوزل اورتلو و دیگران با اینکه دیوان استناد به اصل عدم شناسایی وضعیت نامشروع بین‌المللی (منعکس در مواد ۴۱ و ۴۲ مواد پیش‌نویس راجع به مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها) که از نظر بسیاری در تفسیر و اجرای مواد ۱ و ۲ کنوانسیون حقوق بشری و به‌طور خاص حق به حیات و حمایت از حقوق بشر ضروری است (و قبرس در دفاع از عملکرد خود به آن متوسل شده) را در پرونده حاضر غیر ضروری تشخیص می‌دهد. علی‌رغم این موضع دیوان، تعدادی از قضات از جمله قاضی سرکیدس در نظریه‌ای موافق استناد به آن را لازم می‌دانند (ECtCHR Rep, 2019: Paras 15-18). در هر صورت، در این قضیه هرچند دیوان اروپایی حقوق بشر به‌رغم تأیید اصل «عدم شناسایی» به‌عنوان یک قاعده عرفی بین‌المللی از ارجاع به آن خودداری می‌ورزد، اما نفس شناسایی حکایت از این واقعیت دارد؛ در برخی موارد برای تفسیر و اجرای یک قاعده حقوق بشری توسل به یک قاعده عرفی بین‌المللی دیگر ضرورت پیدا می‌کند. به عبارت دیگر ارجاع به قاعده عرفی بین‌المللی در تفسیر و اجرای قاعده حقوق بشری (در اینجا حق به حیات) می‌تواند کاشف از ریشه‌دار بودن قاعده حقوق بشری در عرف بین‌المللی داشته باشد.

### ۳.۴. نظریه مشورتی دیوان آمریکایی حقوق بشر

در سال ۲۰۱۹ جمهوری کلمبیا بر اساس بند ۱ ماده ۶۴ کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر نظریه مشورتی را با این مضمون از دیوان آمریکایی حقوق بشر درخواست می‌کند: «... تعهدات حقوق بشری دولتی که مقررات کنوانسیون بین آمریکایی حقوق بشر را زیر پا گذاشته و تصمیم به خروج از سازمان کشورهای آمریکایی را دارد، چه سرنوشتی پیدا می‌کند؟»<sup>۱</sup> در خصوص صلاحیت دیوان بین‌آمریکایی درباره مسائل ماهوی تعدادی از کشورهای عضو سازمان کشورهای آمریکایی از جمله ایالات متحده آمریکا و نیکاراگوئه عقیده بر این داشتند: «... در صورتی که تفسیر مربوط به مفاد معاهداتی غیر از معاهدات کشورهای عضو سازمان بین‌آمریکایی یا تعهداتی باشد که منشأ آن حقوق بین‌الملل عرفی است، دیوان صلاحیت ورود به آنها را نخواهد داشت». در مقابل این استدلال دیوان بین‌آمریکایی در یک نظریه مشورتی خود را صالح به رسیدگی به مسائل حقوق بشری که به‌صراحت در معاهدات بین‌المللی قید شده یا منشأ آنها حقوق بشر بین‌المللی که ریشه در عرف بین‌المللی دارد، می‌داند.<sup>۲</sup>

1. <http://www.Cortetidh.or.cr/docs/opinions/soloc26esp.pdf>.

2. Cf, Advisory Opinion OC -21/14, para 60, November, 9, 2020.

#### ۴. نقش قطعنامه‌های مجمع عمومی سازمان ملل در ایجاد قواعد عرفی حقوق بشری

دیدگاه سنتی در زمینه منابع حقوق بین‌الملل سابق بر این منحصر و محدود به مصادیقی بود که در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری آمده است. به همین سبب ایجاد یک قاعده بین‌المللی به‌ویژه قاعده عرفی بین‌المللی بر مبنای این دیدگاه تنها از مجرای این ماده صورت می‌گرفت. به سخن دیگر، در ایجاد قاعده عرفی مهم آن چیزی است که دولت‌ها انجام می‌دهند (در قالب معاهده به‌عنوان اراده صریح و عرف به‌عنوان اراده ضمنی) نه آنچه بر زبان جاری می‌سازند (منظور قطعنامه‌ها). با وجود این از آنجا که در حال حاضر سازمان‌های بین‌المللی فرصتی را برای تبادل دیدگاه‌های دولت‌ها فرام می‌سازند که در گذشته چنین امکانی وجود نداشت، به همین دلیل می‌توان مدعی شد ایجاد عرف بین‌المللی در حال حاضر دیگر به رفتارهای یکجانبه دولت‌ها توأم با رضایت صریح آنها منحصر نیست، بلکه طرق دیگری هم برای تشکیل عرف جدید یا حداقل شناسایی عرف موجود وجود دارد که از جمله آن می‌توان به قطعنامه‌های مجمع عمومی سازمان ملل اشاره کرد.

در هر حال، با توجه به اینکه چنین قطعنامه‌هایی دیدگاه جمع‌کننده‌ای از دولت‌ها را منعکس می‌کنند، به طوری که بیانگر دیدگاه کلی و رضایت جمعی دولت‌ها در مورد موضوع مشخصی اند<sup>۱</sup>، از این رو قطعنامه‌های یادشده می‌تواند ایجادکننده قاعده بین‌المللی از جمله قاعده عرفی بین‌المللی باشد. دلیل آن هم روشن است، رضایت کلی دولت‌ها که در قالب قطعنامه ظاهر می‌شود، بیانگر همان عناصر تشکیل‌دهنده عرف بین‌المللی بالأخص عنصر معنوی آن است (Sinclair, ۱۹۷۹: ۳۰۱-۹). به‌ویژه زمانی که به اتفاق آرا یا به صورت اجماعی تصویب شوند<sup>۲</sup> یا مفاد آنها در قطعنامه‌های دیگر تکرار شود (Kub & Kadir, 2011: 284-288). چنین عرفی را در اصطلاح عرف فوری<sup>۳</sup> می‌نامند (Scharf, 2014: 275).

بهترین نمونه‌ای که حقوقدان‌ها برای اثبات نقش قطعنامه‌های مجمع عمومی سازمان ملل در ایجاد قاعده عرفی بین‌المللی به مفهوم عام کلمه و به‌طور خاص در قلمرو حقوق بشر ارائه می‌کنند، قطعنامه شماره ۲۱۷ این مجمع در تصویب اعلامیه جهانی حقوق بشر است. اگرچه این اعلامیه از منظر حقوقی

1. GA/ Res/73/203, 18, Dec 2018

۲. در همین زمینه آقای کیرگیز با معرفی تئوری خود تحت عنوان ترازوی لغزنده معتقد است در ایجاد عرف گاهی کثرت رویه حتی با اعتقاد حقوقی به ظاهر ضعیف (عنصر معنوی) هم عرف شکل می‌گیرد، عکس آن نیز صادق است؛ گاهی اعتقاد به الزام آور بودن موضوعی صرف‌نظر از کمی رویه عملی در آن موضوع، مانع از تشکیل عرف نخواهد شد. مثال مرتبط با عبارت اخیر گیرگز قطعنامه‌های مجمع عمومی است که به اتفاق آرا یا اکثریت بالا به تصویب رسیده و می‌تواند زمینه‌ساز عرف بین‌المللی باشد.

Micheal P. Scharf (2014), Accelerated the Formation of Customary International Law, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol. 20:2, pp.305-341, (328-329).

3. Instant Custom

الزام آور نیست، با این حال تأثیر آن بر قوانین اساسی کشورها، معاهدات بین‌المللی (نظیر میثاقین) و قوانین بین‌المللی از سال ۱۹۴۸ انکارناپذیر است (Celin, 2016: 3). برخی از محاکم بین‌المللی از قطعنامه‌های مجمع عمومی به‌عنوان جایگزینی برای عرف بین‌المللی در آرای خود استفاده نموده‌اند. به‌عنوان مثال در قضایای شرکت نفتی تکزاکوعلیه جمهوری عربی لیبی و فیلاتریگا علیه پناایرالانا، داور رنه دوپویی برای حل اختلاف فی‌مابین، به قطعنامه شماره ۱۸۰۳ استناد می‌کند. دیوان پژوهش ایالات متحده آمریکا نیز در سال ۱۹۸۰ برای اثبات اینکه هیچ کشوری حق ندارد شهروندان خود را شکنجه کند، به مجموعه‌ای از قطعنامه‌های مجمع عمومی سازمان در اثبات ممنوعیت شکنجه به‌عنوان قاعده عرفی بین‌المللی ارجاع می‌دهد (Celin, 2016: 3).

از دیگر قطعنامه‌های مجمع عمومی سازمان ملل که در راستای حمایت از حقوق بشر در دهه اخیر صادر شده، با توجه به قاطعیت، شدت الفاظ به‌کاررفته در آن و میزان حمایت بالایی که از آنها شده و از این حیث می‌توانند زمینه‌ساز عرف بین‌المللی باشند عبارت‌اند از: قطعنامه ۵۶/۶۰ که به اتفاق آرا (۱۸۱/۰) به تصویب رسید. این قطعنامه بر حمایت از حقوق بشر حتی در زمان جنگ با تروریسم تأکید می‌ورزد. قطعنامه‌های ۵۹/۱۹۱ و ۵۷/۲۱۹ که متعاقباً به تصویب رسید، مجدداً بر تکلیف دولت‌ها در مبارزه با تروریسم هماهنگ با قواعد بین‌المللی مربوطه و به‌طور خاص مقررات حقوق بشری تأکید مضاعف شده است.<sup>۱</sup> همان‌طور که ملاحظه شد، معتقدان به عرف به‌عنوان منبع حقوق بشر از مفهوم سنتی عرف (به‌ویژه از حیث عنصر مادی - رویه‌ای) عبور کرده و با ارائه تفسیری جدید و با تأکید مضاعف بر عنصر معنوی از آن به‌عنوان منبع و منشأ الزام آور مقررات حقوق بشری یاد می‌کنند. صرف‌نظر از میزان ضعف و قوت این تئوری و پیش از آنکه در این مورد به داوری زودهنگام بپردازیم، مناسب است در مباحث بعدی نظریه‌های مطرح دیگر مرتبط با بحث را دنبال کنیم.

#### ۱.۴. اصول کلی حقوق به‌عنوان منبع حقوق بشر

بند ۳ ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری<sup>۲</sup>، اصول کلی حقوق مورد قبول ملل متحد را به‌عنوان سومین منبع حقوق بین‌الملل برای دیوان منظور کرده است. از نظر فیتز‌موریس بر خلاف قاعده حقوقی که در مقام پاسخگویی به چیستی امور است، اصول کلی به‌دنبال پاسخگویی در مورد چرایی قواعد هستند (Yotova, 2017: 279). برخی بر این باورند بسیاری از قواعد عرفی و معاهده‌ای مبتنی بر اصول کلی حقوقی بوده و اکثریت اصول کلی به قاعده امره تبدیل شده‌اند (ضیایی بیگدلی، ۱۳۹۲: ۳۲-۳۳).

1. G.A.Res.56/60, G.A.Res.57/219, G.A.Res.59/191

2. ماده ۲۱ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی نیز به این موضوع پرداخته است.

اصول کلی به طور معمول به قواعدی اطلاق می‌شود که با یک قدرت الزام‌آور ذاتی و در سطحی وسیع پذیرفته شده‌اند، اگرچه در سطح گسترده‌ای هم نقص شده باشند (Simma Alston, 1988: 8-21)، مانند ممنوعیت تهدید یا استفاده از زور. نقش و کارکرد اصول کلی عبارت است از ۱. منبع قواعد حقوقی، ۲. منبعی برای تکمیل و تفسیر (در صورت فقدان یا عدم شفافیت قواعد عرفی و معاهده‌ای) و ۳. وسیله‌ای برای تعدیل و توسعه قواعد عرفی و معاهده‌ای (3: Bassiouni, 1990). با این حال با توجه به اینکه اصول کلی در مقایسه با قواعد حقوقی از خصوصیت ذهنی بیشتری برخوردارند، بنابراین نقش تفسیری آنها نیز از اهمیت بیشتری برخوردار است. البته اصول کلی را می‌بایستی از حقوق بشر جدا دانست، هرچند اصول کلی حقوق مساوی با حقوق بشر نیست، اما در برخی موارد بین این دو هم‌پوشانی وجود دارد. به عنوان مثال: اصل عدم تبعیض به تدریج تبدیل به یکی حقوق بنیادین بشر شده است (Castellino, 1986: 1).

## ۵. اصول کلی در رویه قضایی

### ۵.۱. رویه قضایی داخلی

شاید یکی از مهم‌ترین آرای را که در این خصوص صادر شده است بتوان رأی دیوان عالی کشور آلمان در سال ۱۹۷۷ ذکر کرد. دیوان مربوطه نقض شدید و آشکار حقوق بشر، مانند شکنجه رسمی را بر اساس اصول کلی حقوق بین‌الملل ممنوع اعلام کرد. تصمیم مشابهی در محاکم سوئیس در خصوص ممنوعیت شکنجه به عنوان یک اصل کلی حقوق بشر اتخاذ شده است (Simma & Alston, 1988-89: 25).

### ۵.۲. رویه قضایی بین‌المللی

اولین پرونده مربوط به قضیه کانال کورفو دعوی انگلستان علیه آلبانی در سال ۱۹۴۹ است (ICJ Rep, 1949: Para.4). در این پرونده دیوان به اصول کلی و شناخته شده از جمله ملاحظات اولیه بشری استناد می‌کند. دیوان استناد انگلستان به کنوانسیون هشتم لاهه ۱۹۰۷ را از این حیث که کنوانسیون یادشده در شرایط جنگی قابل اجراست، نپذیرفته، بلکه در عوض استناد این کشور به اصول کلی کاملاً شناخته شده‌ای مانند اصل آزادی ارتباطات دریایی و اصلی را که به موجب آن دولت‌ها نباید از سرزمین خود علیه حقوق دول دیگر استفاده کنند، به عنوان اصول کلی موجه می‌داند. از این رو دولت آلبانی را به سبب عدم اطلاع‌رسانی از وجود مین‌ها در آب‌های سرزمینی‌اش به ناوچه‌های انگلیسی محکوم می‌کند (Eggett, 2019: 205-206). دیوان در رأی صادره به خوبی از پتانسیل بالای اصول کلی حقوق در حوزه حقوق بشری استفاده کرده و

۱. کنوانسیون ۱۸ اکتبر ۱۹۰۷ لازم‌الاجرا ۱۹۱۰ در مورد قرارداد مین‌های خودکار زیردریایی

به ملاحظات اولیه انسانی از جمله حق حیات به عنوان یک اصل کلی حقوق که ریشه در حقوق طبیعی دارد (جاوید، ۱۳۹۴: ۶۱) توجه خاصی نشان داده و در فیصله دعوا از نظرگاه ماهوی به آن استناد کرده است. مورد بعدی نظریه مشورتی دیوان در مورد حق رزرو بر کنوانسیون نسل‌کشی در سال ۱۹۵۱ است که دیوان به اصول شناخته شده‌ای اشاره می‌کند که حتی بدون رضایت دولت‌ها برای آنها الزام‌آور است (ICJ 1951: para ۱۵). قضیه دیگر در خصوص حق عبور از سرزمین هند که توسط پرتغال در سال ۱۹۶۰ علیه دولت هندوستان مطرح شد و در آن دولت پرتغال به حق عبورش از سرزمین هند به عنوان یک قاعده بنیادین که ریشه در اصول کلی دارد استناد می‌کند (ICJ Rep, 1960: para ۵۲).<sup>۱</sup> در سال ۱۹۷۰ پرونده بارسلونا تراکشن (ICJ Rep, 1940: Para ۳) دیوان بین تعهدات دوجانبه و تعهداتی که یک دولت در قبال جامعه بین‌المللی به به‌عنوان کل دارد، تفاوت قائل شده و از تعهدات اخیر تحت عنوان ارگاو منس<sup>۲</sup> که می‌تواند ریشه در اصول کلی و یا حقوق بنیادین بشری داشته باشد، نام می‌برد (Simma & Alston, 1988: 89-106).

رای دیوان در این پرونده گویای دو مطلب است: اول اینکه بین اصول کلی و حقوق بنیادین بشر فصل مشترکی وجود دارد و این دو عنوان همان‌گونه که بیان شد، می‌توانند با یکدیگر همپوشانی داشته باشند؛ دوم اینکه تعهدات ناشی از آن برای همگان لازم‌الرعایه است.

#### ۱،۲،۵. قضیه آفریقای جنوب غربی

قاضی تاناکا با اثبات برتری نظام حقوق طبیعی بشر در مخالفت با پوزیتیویست‌های محافظه‌کار قضایی برای اصول کلی حقوق به‌عنوان منبع حقوق بین‌الملل و حقوق بشر منشأ طبیعی قائل است. به نظر این قاضی اصل برابری در ذات حقوق طبیعی بوده و سرچشمه همه قواعد حقوق بشر است (جاوید و رستمی، ۱۳۹۴: ۸).

در ماجرای فعالیت‌های نظامی و شبه‌نظامی آمریکا در نیکاراگوئه در سال ۱۹۸۶ نیز دیوان با ارجاع به حکم خود در قضیه کانال کورفو این فعالیت‌ها را در تعارض با اصول کلی بنیادین حقوق بشری تشخیص می‌دهد (ICJ Rep, 1986: para ۱۴). دیوان در این رای ماهوی اعلام کرد غیرقانونی بودن استفاده از زور در روابط بین‌الملل از اصول بنیادین مشترکی پیروی می‌کند که یک اصل بنیادین و ارزشمند حقوق بین‌الملل عرفی محسوب می‌شود (موثقی، ۱۳۸۸: ۳۲۶).

دغدغه‌ای که در مقدمه به آن اشاره شد، یعنی همپوشانی و اشتراک در منابع قواعد حقوق بشری به‌وضوح در این رای دیوان قابل مشاهده است. دیوان از قاعده حقوق بشری منع توسل به زور در روابط بین‌الملل به‌عنوان یک اصل بنیادین مشترک (اصل کلی حقوقی) حقوق بین‌الملل عرفی (قاعده عرفی)

1. Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India) (Merits Judgment)

2. Erga Omnes

نام می‌برد. به سخن دیگر می‌توان به راحتی مدعی شد، اصل منع توسل به زور ریشه در حقوق بین‌الملل عرفی و اصول کلی حقوق بین‌الملل دارد.

### ۵.۲.۲. پرونده سلاح هسته‌ای

قاضی وایرامنتری در رأی مشورتی تهدید یا استفاده از سلاح‌های هسته‌ای در سال ۱۹۹۶ معتقد است: «یک نظام حقوقی تکامل یافته علاوه بر اوامر و نواهی رفتاری تصریح شده، واجد یک سلسله اصول کلی نیز است که بر حسب زمان نسبت به موضوعات و وقایع فاقد حکم صریح قابل اعمال است». از نظر وی سلاح‌های هسته‌ای ناقض کرامت انسانی در بالاترین درجه خود هستند. وی در ادامه می‌افزاید: «... مفهوم بنیادین حقوق بشردوستانه را باید در ملاحظات اولیه انسانی جست‌وجو کرد. قواعد رفتاری مسلمی وجود دارد که هر سازمان اجتماعی فعالی باید آنها را دارا باشد و حفظ کند. این اصول شناخته شده جهانی که مبتنی بر حقیقت و جوهر ذاتی نوع انسانی است، می‌تواند به عنوان یک حداقل حقوق طبیعی در نظر گرفته شود (نظری، ۱۳۹۲: ۳۷-۵۵).

از جمله دعاوی جدیدتری که دیوان با استناد به اصول کلی در زمینه حقوق بشر دستورهای موقتی مبنی بر عدم اعدام اتباع آلمانی و پاراگوئه‌ای با اتکا به حق حیات علیه آمریکا صادر کرد، دعاوی لگراندا<sup>۱</sup> و بررد<sup>۲</sup> در سال‌های ۱۹۹۸-۱۹۹۹ بود. اگرچه دیوان نتوانست مانع از اعدام این دو تبعه توسط آمریکا شود (جلالی، ۱۳۸۲: ۵۰).

قدر متقن مفاد آرای دیوان به شرحی که از نظر گذشت حکایت از این دارد که منشأ الزام آور مقررات حقوق بشری به‌ویژه برای سازمان‌های بین‌المللی که طرف معاهدات حقوق بشری نیستند، ریشه در اصول کلی دارد نه حقوق بین‌الملل عرفی. تکلیف احترام به حقوق بنیادین بشر به‌عنوان یک تعهد بین‌المللی توسط دیوان بین‌المللی دادگستری، درحالی که دیوان هرگز چنین موقعیتی را برای قواعد حقوق بین‌المللی عرفی قائل نبوده می‌تواند مقوم این ادعا باشد (Johansen, 2020: 57).

### ۶. قواعد آمره Jus Cogens به عنوان منبع حقوق بشر

تعریف: قاعده آمره قاعده‌ای است که از سوی جامعه بین‌المللی کشورها در کل، به‌عنوان قاعده‌ای که تخلف از آن مجاز شمرده نشده و تنها از طریق قاعده بعدی حقوق بین‌الملل عام و با همان ویژگی قابل تغییر است، به رسمیت شناخته می‌شود.<sup>۳</sup>

1. La Grand  
2. Breard

۳، ۲۲. ماده ۵ کنوانسیون حقوق معاهدات ۱۹۶۹



تعداد زیادی از حقوقدانها معتقدند منبع قواعد حقوق بشر، به‌ویژه حقوق بشر بنیادین بر اصول و قواعدی بنا شده است که در حقوق بین‌الملل از آنها به‌عنوان قواعد آمره<sup>۱</sup> یاد می‌شود. اینکه تا چه حد این فرضیه صحیح است، نیازمند بررسی سوابق قواعد آمره و به‌طور خاص قواعد آمره در قلمرو حقوق بشر در دکتین، رویه قضایی و سایر منابع است. کسانی که حقوق بشر (یا حداقل حقوق بشر بنیادین) را تحت حاکمیت قواعد آمره قرار می‌دهند، در واقع هدفشان مقابله با اصل سنتی حاکمیت دولت‌هاست که در بسیاری از موارد مانع جدی بر سر راه حقوق بشر بوده است.

## ۱.۶. دکتین

۱. واتل و کریدل از قواعد آمره به Jus Scriptum یعنی قوانین اجباری که قابل عدول نیستند، تعبیر کرده‌اند (Zenovic, 2012: 1) و معتقدند: «... این قواعد از منبع بالاتری به نام حقوق طبیعی<sup>۲</sup> سرچشمه می‌گیرند و از آنجایی که مقررات حقوق بشری نیز ریشه در حقوق طبیعی دارند، بنابراین باید از آنها به‌عنوان قواعد آمره یاد کرد...» (Criddle, 2009: 319-331)

۲. قاضی تاناکا: این قاضی در نظریه‌ای مخالف در قضیه آفریقای جنوب غربی (ICJ Rep, 1966: 298) به یک پیوند ذاتی بین حقوق بشر و قواعد آمره می‌پردازد: «...چنانچه بتوان طبقه‌بندی حقوقی در حقوق بین‌الملل ایجاد کرد، به‌ویژه در زمینه قواعدی تحت عنوان قواعد آمره که اخیراً توسط کمیسیون حقوق بین‌الملل مطرح شده‌اند، به یک نوع حقوق اجباری در مقابل حقوق اختیاری که از طریق توافق دولت‌ها قابل تغییر است، برمی‌خوریم. حقوق بشر را مسلماً می‌توان از جمله این حقوق اجباری (قواعد آمره) به حساب آورد...»<sup>۳</sup>

۳. جان: حقوقدان دیگری به نام جان در این خصوص چنین ابراز عقیده کرده‌اند: «... مقررات حقوق بشر بنیادین جزوه قواعد آمره هستند. اعلامیه جهانی حقوق بشر تفسیر مقتدرانه از مقررات حقوق بشر مندرج در منشور ملل متحد بوده و خود اعلامیه نیز در مجموع حقوق بین‌الملل عرفی است که به سرعت خودش را در جایگاه قواعد آمره تثبیت می‌کند...» (Zenovic, 2012: 13).

۴. اف اف مارتین: این حقوقدان نیز با ارائه فهرستی از مقررات حقوق بشر که جزو قواعد آمره محسوب می‌شوند یا در حال احراز این خصیصه هستند، به توصیف قواعد حقوق بشر به‌عنوان قواعد

### 1. Peremptory Norms

۲. برای مطالعه بیشتر در خصوص حقوق طبیعی و ریشه‌های بنیادین اخلاقی و فلسفی مقررات حقوق بشر ر.ک: پروین،

۱۳۹۳: ۷۳ و ۷۸؛ جاوید، ۱۳۹۳، ج ۱: ۴۴-۲.

3. Judge, Tanaka's dissenting in the south west Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa, second phase, judgement (1966) ICJ Rep 298.

الزام آور پرداخته، به گونه‌ای که عدول از آنها حتی در زمان جنگ و یا شرایط اضطراری و در دفاع از منافع عمومی جایز شمرده نشده است (همان: ۱۴).

## ۲.۶. رویه قضایی

### ۱.۲.۶. رویه قضایی داخلی

در اقدامی از سوی دیوان‌های عالی یونان و ایتالیا در قضایای دسیتوماو فرینی، مصونیت دولت‌های خارجی به سبب نقض قواعد حقوق بشر به دلیل آمره بودن این قواعد سلب شده است (Bianchi, 2008: 10). این احکام به عنوان نمونه‌های بارز در گرایش رویه قضایی داخلی به سمت تلقی کردن مقررات بنیادین حقوق بشر به عنوان قواعد آمره به شمار می‌آیند.

### ۲.۲.۶. رویه قضایی بین‌المللی

دیوان ICJ سعی کرده از واژه کم‌چالش‌تری به نام قواعد «عام‌الشمول» که اصطلاحی نزدیک به قاعده آمره است، استفاده کند. اگرچه این دو با همپوشانی کامل ندارند، اما شاید با کمی مسامحه بتوان رابطه این دو قاعده را از نوع عموم و خصوص مطلق فرض کرد. با این توجیه که هر قاعده آمره‌ای یک قاعده عام‌الشمول نیز به شمار می‌رود، اما هر قاعده عام‌الشمولی همیشه قاعده آمره محسوب نمی‌شود. آنچه مسلم است، قواعد آمره مجموعه قواعدی اساسی به شمار می‌روند که حاوی ارزش‌های مشترکی است که مورد حمایت قواعد عام‌الشمول هستند (Sehorana, 2016: 4-5). اولین ارجاع دیوان به مفهوم تعهدات عام‌الشمول در ارتباط با نسل‌کشی و در نظریه مشورتی در مورد کنوانسیون منع و مجازات جنایت نسل‌کشی در سال ۱۹۵۱ بود. دیوان در نظریه مشورتی خود منع نسل‌کشی را به عنوان یک تعهد عام تلقی کرد. دیوان متعاقباً در قضیه بارسلونا تراکشن به تعریف تعهدات عام‌الشمول می‌پردازد: «... تعهداتی که یک کشور در برابر جامعه بین‌المللی<sup>۱</sup> به عنوان یک کل دارد و آن متفاوت از تعهد یک دولت در برابر دولت دیگر است...» (ICJ Rep, 1970: Para 3). دیوان در نظریه مشورتی بعدی خود در مورد تهدید یا استفاده از سلاح هسته‌ای به جای استفاده از واژه قاعده آمره یا تعهدات عام‌الشمول از یک واژه کاملاً نامأنوس تحت عنوان اصول غیرقابل عدول حقوق بشر دوستانه<sup>۲</sup> استفاده می‌کند (Sehorana, 2016: 11). با وجود این دیوان در نهایت به تعهدات عام‌الشمول استناد می‌کند (ICJ Rep, 1996: Para 22) دیوان در نظریه مشورتی بعدی خود در قضیه ساخت دیوار حایل توسط اسرائیل رویه‌ای کاملاً عجیبی را دنبال می‌کند؟! به این ترتیب که،

۱. کمیسیون برای توصیف این دسته از تعهدات به جای تعبیر مندرج در ماده ۵۳ کنوانسیون حقوق معاهدات ۱۹۶۹ (جامعه بین‌المللی دولت‌ها) از عبارت (جامعه بین‌المللی به طور کل) استفاده کرده است. (ر.ک: قربان‌نیا، ۱۳۸۸: ۵۲).

2. Intrans Agressable Principle of Humanitarian law

ضمن پذیرش نظر کمیسیون حقوق بین‌الملل در مورد قاعده آمره، در نهایت به اصطلاح نقض «تعهدات عام الشمول» ارجاع می‌دهد. این شیوه اتخاذی سردرگمی بیشتری در حوزه حقوق بین‌الملل پیرامون قاعده آمره ایجاد کرد و شاید علت عمده تعجیل بعدی دیوان در شناسایی قاعده آمره همین پرونده باشد (همان: ۱۲). به این ترتیب با وجود عدم تمایل دیوان در شناسایی قواعد آمره، در آرای بعدی خود در ماجرای صلاحیت و قابلیت پذیرش دعوا در موضوع فعالیت‌های نظامی در سرزمین کنگو بین جمهوری دموکراتیک کنگو و رواندا به این قواعد ارجاع داده و در واکنش به استدلال کنگو در مورد اینکه حق رزرو رواندا به ماده ۶ کنوانسیون منع نسل‌کشی غیرقانونی بوده (به سبب اینکه این نوع حق رزرو با قاعده آمره «منع کشتار جمعی» در تباین است) و باید از سوی دیوان رد شود، چنین پاسخ می‌دهد: «... ویژگی آمره بودن یک قاعده در حقوق بین‌الملل نمی‌تواند مبنای صلاحیت دیوان که اساساً بر رضایت و توافق طرفین مبتنی است را تعیین کند» (ICJ Rep, 2006: Para6).

### ۳.۲.۶. دیوان اروپایی حقوق بشر

اقدام دادگاه نخستین جوامع اروپایی<sup>۱</sup> که به طور مستقیم به بررسی مشروعیت قطعنامه‌های سازمان ملل (شورای امنیت) با موازین قواعد آمره حقوق بشری می‌پردازد، جالب توجه است. در اقداماتی که به منظور ابطال مصوبه‌های کمیسیون اروپایی<sup>۲</sup> که تحریم‌هایی علیه افراد و نهادهای وابسته به شبکه القاعده با اتکا به قطعنامه‌های شورای امنیت اعمال می‌کرد، صورت گرفت، دادگاه نخستین جوامع اروپایی بر این باور بود که به طور مستقیم مجاز به کنترل مشروعیت قطعنامه‌های شورای امنیت (در زمینه تحریم‌های اعمالی علیه فعالیت‌های تروریستی) مرتبط با قواعد آمره که از آنها به عنوان قواعد برتر حقوق بین‌الملل عام یاد می‌کند است، به نحوی که این قواعد برای تمامی تابعان حقوق بین‌الملل از جمله ارکان سازمان ملل) به‌ویژه شورای امنیت (لازم‌الاتباع و غیرقابل عدول به‌شمار می‌روند (Lillich, 1996: 8)). نکته حائز اهمیت در بحث حاضر این است، چگونه یک دیوان بین‌المللی نظیر دیوان اروپایی حقوق بشر نظارت قضایی خود را بر قطعنامه‌های سازمان ملل بر مبنای قواعد آمره تحت عنوان نظم عمومی بین‌المللی اعمال می‌کند! (Lillich, 1996: 8).

### ۷. مصادیقی از حقوق بشر که در آرای دیوان اروپایی حقوق بشر وصف قاعده آمره دارند

ممنوعیت شکنجه، برابری در مقابل قانون و عدم تبعیض، حق حیات و ممنوعیت برده‌داری از جمله قواعد حقوق بشری هستند که در رویه قضایی دیوان‌های اروپایی و بین‌آمریکایی حقوق بشر ارزش و اعتبار

1. CFI

2. EC

قاعده آمره به آنها داده شده است.<sup>۱</sup> در قضیه کادی<sup>۲</sup> و یوسف<sup>۳</sup> که براساس تحریم‌های وضع شده توسط شورای امنیت حقوقی مانند حق به رسیدگی عادلانه و مؤثر و حق به اموال نقض می‌شود، دیوان اروپایی حقوق بشر در مرحله بدوی معتقد است «تعهد به حمایت از حقوق بشر واجد ویژگی قاعده آمره بوده و بر همین اساس قطعنامه‌های شورای امنیت و مصوبات اتحادیه اروپایی مغایر با حقوق بین‌الملل، قابل ابطال هستند».<sup>۴</sup> هرچند این رویه مورد پسند مدافعان حقوق بشر قرار گرفته، اما در عین حال از استدلال چندان محکمی هم برخوردار نیست (Notle, 2020: 5).

### ۱.۷. دیوان بین‌آمریکایی حقوق بشر

دیوان بین‌آمریکایی حقوق بشر نیز به صراحت از قواعد آمره به عنوان منبع تعهدات حقوق بشری نام می‌برد: «...همه افراد انسانی از کرامت انسانی خدشه‌ناپذیری برخوردارند، این حقوق و امتیازات اساسی غیرقابل عدول و در نتیجه برتر از قدرت سیاسی دولت‌ها با هر ماهیتی هستند...».<sup>۵</sup> کمیسیون بین‌آمریکایی حقوق بشر نیز، قواعد آمره را یک منبع فوق‌العاده و غیرقراردادی حقوق بین‌الملل می‌داند (Jevis, 2006: 8). دیوان همچنین اجرای مجازات اعدام قاتلان کودک را جزء قواعد آمره می‌داند.<sup>۶</sup>

### ۲.۷. رویه دیوان‌های کیفری بین‌المللی موقتی

دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق در قضیه دادستان علیه فروند زیجا<sup>۷</sup> در پاراگراف ۱۵۳ به تشریح تعهدات ناشی از قواعد آمره می‌پردازد:<sup>۸</sup> «... به سبب اهمیت ارزش‌هایی که قاعده ممنوعیت شکنجه از آن حمایت می‌کند، این قاعده (ممنوعیت شکنجه) به قاعده آمره تبدیل شده است. به این معنا

1. European Court of Human Rights : Al-Adsani v. U.K(2001)34 EHRR 273,para61.
2. Case T-305/01, Yassin Abdullah Kadi v. Council and Commission 21/9/05.
3. Case T-306/01,Ahmad Ali Yusuf& Al Barakaat International Institution v .Council and Commission 21/9/05
4. Kadi, paras 37,59. Yusuf para 54.
5. International American Court, Judicial condition and rights of the undo Cumented Migrants, Advisory opinion, OC-18/03 Ser A, No18, 2003IT 96-21, S454 ..Inter-American Court of human Rights: Advisory Opinion OC-18/03,17 September 2003, IACtHR Series A 18(2003) para,101. Inter -American Commission on Human Rights: Victims of Tugboat 13 de Marzo v. Cuba ,Report No,47/96,Case11./436,para.79. Inter-American Court of Human Rights :Aloboetoe v Suriname ,IACtHR Series C No 15, 1.2IHRR208(1994) para 57.
6. Report No 62/02. Case 12.285, 22 October 2002
7. Prosecutor v. Furundzija
8. International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: Prosecurer v Furundzija Case IT95-17/I-T.38ILM(1999)317,para 144,153

که قاعده یادشده موقعیت بالاتری نسبت به معاهدات و حتی قواعد عرفی دارد (Zenovic, 2012: 19). دیدگاه‌های مشابهی نیز در پرونده دادستان علیه دلاکیچ و دیگران<sup>۱</sup> در سال ۹۹۸۱ و همچنین قضیه<sup>۲</sup> دادستان علیه کونارک مطرح شد (Zenovic, 2012: 19).

### ۱.۲.۷. منشأ قواعد آمره

عده‌ای بر این باورند که قواعد آمره حقوق بشری ریشه در عرف بین‌الملل دارند (Lillich, 1996: 3). برای مثال پروفیسور مک دوگال و همکارانش از جمله پیروان این تفکرند. مهم‌ترین ایراد این طرز تفکر این است که از آنجا که مهم‌ترین رکن عرف عنصر مادی (رویه مستمر دولت‌ها) است و این رویه در مفهوم سنتی آن در مورد قواعد آمره دست‌یافتنی نیست، به دلیل آنکه بیشتر قواعد آمره ماهیت منفی (بازدارنده) دارند، این قواعد در اصل وجود خارجی ملموسی ندارند. به همین دلیل دیوان در قضیه نیکاراگوئه نقش زیادی بر رفتار عملی دولت‌ها را در موضوع عدم استفاده از زور به عنوان یک قاعده آمره قائل نمی‌شود، دلیل آن هم روشن است، دیوان با یک قاعده آمره منفی روبه‌رو بود (Simma & Alston, 1988: 23-89).

دیدگاه بعدی از معاهدات به عنوان منبع قواعد آمره حقوق بشری حمایت می‌کند. مطابق این تئوری، معاهدات چندجانبه می‌تواند یکی از منابع مهم قواعد آمره در حوزه حقوق بشر باشد. مانند قاعده آمره منع نسل‌کشی (ماده ۱ از کنوانسیون ممنوعیت و مجازات جرم نسل‌کشی) یا قاعده آمره منع شکنجه موضوع مواد ۲ و ۳ کنوانسیون منع شکنجه و دیگر رفتارهای ظالمانه و غیرانسانی و یا قاعده آمره حق استقلال، مستند به بسیاری از اسناد بین‌المللی و قطعنامه‌های سازمان ملل (Zenovic, 2012: 33). رویه دیوان در قضایای کانال کورفو (ICJ Rep, 1994: Para4) نظریه مشورتی دیوان در مورد حق رزرو بر کنوانسیون نسل‌کشی (ICJ Rep, 1951: Para 15) و همچنین قضایای بعدی مانند بارسلونا تراکشن (ICJ Rep, 1970: Para3) تا حدود زیادی از دیدگاه حقوق بین‌الملل عام به عنوان منشأ قواعد آمره حمایت می‌کند.

### ۲.۲.۷. مصادیق حقوق بشر با ویژگی آمره یا در حال احراز

در مورد مصادیق مقررات حقوق بشری که ویژگی قاعده آمره را احراز کرده یا در حال احراز آن هستند، اجماعی وجود ندارد و هریک از حقوقدان‌ها یا مراکز تحقیقاتی، عناوین خاص خود را معرفی کرده‌اند. برای مثال فرانسیسکو مارتین از مصادیقی سخن به میان آورده که در هیچ شرایطی حتی شرایط جنگی یا بحران‌های عمومی قابل نقض نیستند، مانند حق به حیات، حق داشتن رفتار انسانی، منع تعقیب مجدد، منع شکنجه، منع نسل‌کشی، جنایات جنگی و ممنوعیت بازداشت خودسرانه (Zenovic, 2012: 34).

1. Prosecutor v. Delacic and others.

2. Prosecutor v. Kunark

وی همچنین از تعدادی قواعد امره منطقه‌ای نام می‌برد نظیر حق به خانواده، حقوق کودک، حق به داشتن نام حق به تابعیت و حق به مشارکت در حکومت (Jevis, 2006: 14)

کمیسیون حقوق بین‌الملل نیز فهرستی را در این زمینه ارائه می‌دهد که به شرح ذیل است: اصل عدم مداخله، اصل حاکمیت قانون، اصل لزوم قراردادها، اصل مسالمت‌آمیز حل اختلافات، اصل مسئولیت و تعهد به جبران خسارت وارده به دیگری، رعایت حقوق دیپلماتیک و کنسولی، ممنوعیت ژنوسید، ممنوعیت برده‌داری و قاچاق، دزدی دریایی، اصل استقلال اراده دولت‌ها و آزادی قراردادها طبق حقوق بین‌الملل، اصل رعایت حداقل استانداردها در ارتباط با خارجی‌ان، ممنوعیت نسل‌کشی، جرائم علیه بشریت، جرائم جنگی، ممنوعیت تجارت برده، منع استفاده از زور (Neylon, 1981: 5).

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود تمامی قواعد مندرج در فهرست کمیسیون حقوق بین‌الملل به‌طور مستقیم با مسائل حقوق بشری مرتبط نیستند، مانند اصل حاکمیت قانون و نظائر آن. این موضوع بیانگر این واقعیت است که قواعد امره منحصر به حوزه حقوق بشر نیست. با این حال آنچه مسلم به‌نظر می‌رسد، قواعد امره از نوع حقوق بشری اصولاً مربوط به حقوق سیاسی و مدنی است تا حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی. هرچند ادبیات وسیعی در مورد قواعد امره وجود دارد، با این وصف توافق اندکی در خصوص محتوا و قلمرو آن وجود دارد (Sehorana, 2016: 6).

به‌طور خلاصه می‌توان گفت آنچه به قواعد امره در قلمرو حقوق بشری ویژگی الزام‌آور و غیرقابل عدول می‌بخشد، صرفاً درج آن در کنوانسیون‌ها، فهرست کمیسیون حقوق بین‌الملل و غیره نیست، بلکه به پذیرش عمومی و جهانی و یا ماهیت حقوق و تعهداتی بستگی دارد که این مقررات از آن سخن به میان می‌آورند.

## ۸. نتیجه

با توجه به درک این واقعیت که حقوق بین‌الملل پیش رو در حال گذار از حاکمیت فردی (اعم از دولتی یا سازمانی) به حاکمیت جمعی است که گسترش سازمان‌های بین‌المللی خود شاهدهی بر این ادعاست. همچنین از آنجایی که از یک سو تکریم ارزش‌های متعالی انسانی در قالب هنجارهای حقوق بشری نمونه بارز این حرکت و وضعیتی اجتناب‌ناپذیر در جهان معاصر به‌شمار می‌رود، از سوی دیگر حقوق بشر دیگر در سیطره حاکمیت مطلق دولت‌ها یا حتی سازمان‌های بین‌المللی نیست و حقوقی جهانی محسوب می‌شود، بنابراین منبای الزام‌آور این حقوق نیز دیگر منحصر به قالب‌های سنتی یعنی کنوانسیون‌های حقوق بشری نیست، بلکه نیازمند منبعی جهانشمول است. به همین سبب این دسته از مقررات تحت حاکمیت حقوق بین‌الملل عام شامل عرف بین‌المللی در مفهوم مدرن آن (با تأکید بر عنصر معنوی)، اصول کلی حقوق و قواعد امره (که با ارتقای هنجارهای حقوق بشری که ریشه در عرف و اصول کلی

دارند، به قواعد آمره‌ای که دیگر عدول از آنها تحت هیچ شرایطی جایز نیست، مانند قاعده منع شکنجه) قرار می‌گیرد و از این حیث تمامی بازیگران بین‌المللی را ملزم به رعایت مفاد خود می‌کند. حقوق بشر منبعث از منابع یادشده (ذکر منبع برای قواعد آمره با کمی مسامحه بوده، چراکه اصولاً از این قواعد به‌عنوان قواعد فرا منبعی یاد می‌کنند) حداقل در حوزه حقوق بشر بنیادین، در اغلب موارد فارغ از تفاوت‌های نسبتاً جزئی با یکدیگر همپوشانی دارند، به‌طوری‌که می‌توان یک قاعده حقوق بشری را زیر عناوین سه‌گانه عرف بین‌الملل، اصول کلی و حتی قاعده آمره قرار داد. با وجود این، شرط اساسی مشترک هر سه آنها برای اینکه به منبعی الزام‌آور فراقاردادی برای قواعد حقوق بشر تبدیل شوند، شناسایی و مقبولیت جهانی آنهاست. به همین منظور هدف مشترک هر سه منبع نیز تأمین منبعی فراقاردادی است تا از این طریق همه تابعان حقوق بین‌الملل به‌ویژه دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی غیرعضو کنوانسیون‌های حقوق بشری را تحت شمول مقررات حقوق بشری قرار دهند.

بدیهی است پرداختن به چنین مباحثی هرچند از نظر تئوری مفید فایده است، با این حال، چنانچه پرونده حقوق بشری دیگری نزد دیوان بین‌المللی دادگستری یا دیگر مراجع قضایی بین‌المللی مطرح شود، آنچه مراجع یادشده به‌دنبال تحقق آن خواهند بود، تلقی قواعد حقوق بشری به‌عنوان بخشی از حقوق بین‌الملل الزام‌آور است، بدون آنکه درصدد تعیین منبع رسمی برای این قواعد باشند. به‌عبارت دیگر مراجع یادشده با احراز مقبولیت و شناسایی بین‌المللی قواعد حقوق بشری تمرکز خود را صرفاً بر قدرت الزام‌آور ذاتی آنها خواهند گذاشت نه تعیین عنوان یا منبع مشخص برای آنها. طبیعی است احراز این عنصر شناسایی بین‌المللی و مقبولیت جهانی نیز نه از طریق جست‌وجو در رویه سنتی تابعان، بلکه با قرائت جدید از رویه قاعده‌ساز آنها دست‌یافتنی است.

## منابع

### ۱. فارسی

#### الف) کتاب‌ها

۱. پروین، خیرالله (۱۳۹۳). مبنا و منشأ نظام بین‌المللی حقوق بشر و نظام حقوق بشر اسلامی. چ اول، تهران: خرسندی.
۲. جاوید، محمدجواد (۱۳۹۱). نقد مبانی فلسفی حقوق بشر. ج ۱، تهران: مخاطب.
۳. تاموشات، کریستیان (۱۳۹۱). حقوق بشر. ترجمه حسن شریفی طراز کوهی، چ دوم، تهران: میزان.
۴. ضیایی بیگدلی، محمدرضا (۱۳۹۲). حقوق بین‌الملل بشردوستانه. چ دوم، تهران: گنج دانش.

## ب) مقالات

۵. زرافشان، شهرام (۱۳۹۷). نسبت میان شرط مارتنس و حقوق بشر در نظم حقوقی بین‌المللی جدید. فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، (۲)، ۳۱۹-۳۳۸.
۶. جاوید، محمدجواد و رستمی، مرتضی (۱۳۹۴). ابعاد نظری و آثار عینی حقوق طبیعی در اسناد و آرای حقوق بشری. فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، ۳، ۴۷۰-۴۹۴.
۷. جلالی، محمود (۱۳۸۲). حقوق بشر در تصمیمات دیوان بین‌المللی دادگستری. مجله حقوقی دادگستری، ۴۴، ۳۳-۵۴.
۸. نظری الهویی، حمید (۱۳۹۲). جایگاه اصول کلی حقوقی در آرای دیوان بین‌المللی دادگستری. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، (۴)، ۳۷-۵۵.
۹. عابدینی، عبدالله (۱۳۹۷). موانع جبران خسارت از افراد زیان دیده به واسطه نقض‌های فاحش حقوق بشردوستانه. فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، (۳)، ۵۸۳-۵۹۸.
۱۰. موثقی، حسن (۱۳۸۸). تأثیر سازمان ملل متحد بر تعدیل اصل رضایت دولت در التزام به تعهدات بین‌المللی. مجله پژوهش حقوق و سیاست، (۲۶)، ۳۱۹-۳۵۴.

## ۲. انگلیسی

### A) Books

1. Akehurst, M. (1974). *Custom as a source of International law*. 47 British YBI, 53.
2. Brown lie, I. (1998). *Principles of public International law*. Oxford University Press, xxxi en 646 blz.; 63s.
3. Schachter, Oskar (1982). *International law in Theory and Practice in << Recueil des course >>*, B5, 178.
4. Johansen, S. (2020). The Human Rights Accountability Mechanisms of International Organizations. *Universitetet i Oslo pp: 1-5*.

### B) Articles

5. Nolte, G. (2020). The European Court of Human Rights and the Source of International Law. *Seminar ,The Contribution of the ECtHR to the Development of Public International law*, (23), September.
6. Dimitri Jevis, V. (2006). Customary law as an International for the Protection of Human Rights. *Institute for studies of Politie International*, ISPI working papers 7.
7. Hannum, H. (1995-1996). The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International law. *GA.J.INT'L Q COMP.L.*(25), 287-397.
8. Nayar, M. G. (1987). Human Rights: The UN and U.S Foreign Policy. *19 Harv IL*, 813816-817.
9. Phry, H. (1976). International Bill of Rights: Scope and Implementation. *17 W m Mary LR*, 527-529.
10. Zenovic, P. (2012). Human Rights Enforcement via Peremptory Norms a Challenge to State Sovereignty", *RGSL RESEARCH PAPERS NO.6*.



11. Criddle, E.J- Fox-Decent, E. (2019). A fiduciary theory of Jus Cogens. *34 Yale J. Int'l/L*, 331-339.
12. Bianchi, A. (2008). Human Rights and Magic of Jus Cogens. *The European Journal of International law*, 19 (3), OE Jil, 491-503.
13. Sehorana, Joseph (2016). The Determination and Enforcement of Jus Cogens Norma for Effective Human Rights Protection. *IOSR Journal of Humanities and Social Science*, 21(δ, Ver 7.
14. Parker, K- Neylon, L.B (1989). Jus Cogens: Compelling the law of Human Rights. *In Hastings International and Comparative law Review*, Vol.12.
15. Cherif Bassiouni, M. (1990). A Functional Approach to General Principles of International Law. *Michigan Journal of International Law*, 11(3).
16. Simma, Bruno-Alston Philip (1988-89). The Sources of Human Rights law: Custom, Jus Cogens, General Principles. *AUYRBK Int Law 5;2 Australian Year Book of International Law 82*.
17. Castellino, J. (2006). General Principles Relevant to International law. *Iceland human Rights Center. human rights, is/en/ human rights- education-project/human- rights*
18. Rumianna, Y. (2017). Challenges in the Identification of the “General Principles of Law Recognized by Civilized Nations”: The Approach of the International Court. *CanLIDocs 79,269-323*.
19. Eggett, C. (2019). The Role of Principles and General Principles in the ,Constitutional Process of International Law. *Netherland International Law Review (66), 197-217*.
20. Sinclair, I. (1979). The Effect of Resolutions of the U.N. General Assembly on Customary International Law. *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law). (73), 301-309*.
21. P. Scharf, M. (2014). Accelerated the Formation of Customary International Law. *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 20(2), 305-341.
22. Kub M Ya ,A.Kadir (2011). The United Nations General Assembly Resolution As a Source of International Law, Toward Reformulation of Sources of International Law. *Journal Hakum International*, 8 (2), ,275-290.
23. B. Lillich, R. (1996). The Growing Importance of Customary International Human Rights Law. *25 Ga. J. Int'l & Comp. L. 1. https://digitalcommons.law.uga.edu/gjicl/vol25/iss1/2*.
24. Celin Van Den Rul, ” Why Have Resolutions of the UN General Assembly if The Are NOT Legally Binding?” p.3, Junary 16 2016. at <http://www.e-ir/2016/06/16/why-have-resolutions-of-the-un-general-assembly-if-they-are-not-legally-binding>
25. <http://www.Cortetidh.or.cr./docs/opinions/sol oc 26 esp>

### C) Documents

26. Cf ,Advisory Opinion OC -21/14, para 60, November,9, 2020. Montreal Statement (1988). 9J. INTL COMd'N-Jurist, pp. 94-.59
27. Committee on the Enforcement of Human Rights law (1992), Interim Report on the Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International law, in Report of the sixty-fifth Conference, P.446.
28. Committee on the Enforcement of Human Rights law (1994), Final Report on the Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International law, in Report of the sixty-fifth Conference 524.

29. International American Court, Judicial condition and rights of the undo Commented Migrants, Advisory opinion, OC-18/03 Ser A, No18, 2003.
30. Report No 62/02. Case 12.285, 22 October 2002.
31. Report on the human rights situation in the republic of Iran by the special representative of the commission Mr. Reynoldo Galindo Pohl, appointed pursuant to resolution 1986/41, U.N.DOC.E/CN.4. 4/1987/23, Para 22.
32. International American Court, Judicial condition and rights of the undo Commented Migrants, Advisory opinion, OC-18/03 Ser A, No 18, 2003.
33. UNSC Resolutions 353(1974) of 20 July 1974 and 360(1974)of 16 August 1974.
34. GA/ Res/73/203, 18,Dec 2018.

#### D) ICJ REPORTS:

35. I.C.J Rep, 1994: para. 4
36. I.C.J Rep, 1951: para. 15
37. I.C.J Rep, 1970: para. 3
38. I.C.J Rep, 1951: Para. 23
39. I.C.J Rep, 1980: Para. 42
40. I.C.J Rep, 1996: Para. 14
41. I.C.J Rep, 1996: Paras.226-46
42. I.C.J Rep, 1966: Para.298
54. I.C.J Rep, 1949:para.4
55. I.C.J Rep,1951:para.15
56. I.C.J Rep,1940:,para.3
57. I.C.J Rep,1980:para.3
58. I.C.J Rep,1986:para.14

#### E) Cases

59. Military and Paramilitary Activities in and Against (Nicaragua v. U.S.A), merits, ICJ reports 1986 .
60. Report No 62/02. Case 12.285, 22 October 2002.
61. United States' court of appeals of the second circuit, Filartiga v. Pena Irala, 630 Fzd 878/1980.
62. Kadi, at para 22: Yusuf at para227, March 9, 2008.
63. European Court of Human Rights : Al-Adsani v. U.K(2001)34 EHRR 273,para61.International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: Prosecutor v Furundzija Case IT95-17/I-T.38ILM(1999)317
64. Case T-305/01, Yassin Abdullah Kadi v. Council and Commission 21/9/05.
65. ECtCHR ,Volodina v. Russia,N.41261/17,9 July 2019.
66. Inter-American Court of human Rights: Advisory Opinion OC-18/03,17 September 2003, IACtHR Series A 18(2003) para,101.