



مدیر حقوق



شاپای چاپی: ۱۸۴۱-۲۷۸۳
شاپای الکترونیکی: ۱۹۲۲-۲۷۸۳

دوره ۷ - شماره ۲۱ - پاییز ۱۴۰۳

شرط التزام عام در پرتو رویه دیوان داوری ایکسید

امیرحسین یزدانی، ناصر علیدوستی شهرکی

تحلیل حقوقی آراء صادره از دیوان بین‌المللی دادگستری در خصوص دعاوی مرتبط با ایران

سیما عباسی، شهرزاد دربندی

مخاصمات اسرائیل و حماس در آئینه حقوق بین‌الملل کیفری (۲۰۲۳ میلادی)

محمد بابایی، نوید زمانه قدیم، داوود علیزاده

نقش سبک زندگی و رعایت پروتکل‌های بهداشتی در پیشگیری از جرایم مرتبط با کووید-۱۹ از نظر کارشناسان در حقوق کیفری ایران

ایرج مروتی

مدیریت ذخایر هیدروکربوری فرامرزی: همکاری به عنوان یک تعهد عرفی (با تأکید بر رأی دیوان بین‌المللی دریاها در سال ۲۰۱۷

میلادی در دعوای غنا و ساحل عاج)

علی رضایی، سیدرسول طباطبایی مقدم

حمایت کیفری از اطفال و نوجوانان در معرض خطر در حقوق ایران و لبنان

امین‌رضا بهار فلامرزی

نحوه اداره اموال محجورین در حقوق ایران و ترکیه

سارا فرزادی مهر، محمدرضا حقیقی، اسماعیل عموری

تحلیل و بررسی ماهیت جعله در نظام حقوقی ایران

امیرمحمد توکلی، محمدرضا عضدی، قاسم توکلی

ماهیت و ابعاد حقوقی دستور موقت صادره از هیات حل اختلاف قراردادی وزارت نفت

شیدا غم افروز، محمدرضا افشاری، مهدی پیری

حقوق سهامداران نهادی و سهامداران خرد در بازار سرمایه ایران

پریسا رضوان، علی زارع

محدودیت‌های فعالیت نظامی کشورهای ثالث در منطقه انحصاری اقتصادی دولت ساحلی

محسن بهجتی

فرزندخواندگی در نظام حقوقی ایران و انگلستان

زهره السادات مکی، اسماعیل کشکولیان

مبانی حقوقی تاسیس مدارس غیردولتی در ایران با تأکید بر نقش آموزش و پرورش بر پیشگیری از وقوع جرم

مینا دانش آموز، حکیمه ابوالحسنی

مسیرهای دموکراتیک و استبدادی در آینده حقوق بین‌الملل

سعید بهبودی نژاد

شهرهای هوشمند و حقوق تجارت بین‌الملل

آرام عباسپور جلالی

آثار حقوقی هنجارهای آمره: آن‌کس که جعبه پاندورا را گشود آیا به پیامدش فکر نمود؟

سهیل گلچین

رابطه میان تعهدات شفافیت و سرمایه‌گذاری خارجی در انرژی‌های تجدیدپذیر: تحقق نقش بالقوه موافقتنامه‌های بین‌المللی سرمایه‌گذاری

یوسف اخلاقی

سیاست کیفری ایران در قبال جرائم خاص نظامی نیروهای مسلح

یاسر شاکری



The Effect of Jus Cogens Norms: Whoever Opened Pandora's Box, Did You Ever Think About the Consequences?

Ulf Linderfalk

Assistant Professor of International Law at the Faculty of Law, Lund University, Sweden

Soheil Golchin

Doctoral student of Public International Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran

آثار حقوقی هنجارهای آمره: آن کس که جعبه پاندورا را گشود آیا به پیامدش فکر نمود؟

اولف لیندرفالک

استادیار حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه لوند، سوئد

سهیل گلچین

دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

soheilgolchin@dr.com

<http://orcid.org/0009-0000-7464-1495>

Abstract

This article contributes to the ongoing scholarly debate on the possible effect of jus cogens norms. For the purpose of the article, it is assumed that peremptory norms certainly exist in positive international law. According to the argument, even if we limit the effects of jus cogens norms to those described in the 1969 Vienna Convention, the jus cogens concept takes us farther than most commentators seem to realize. This is due partly to the power potential invested in the jus cogens concept, and partly to the intricate structure typical of legal norms. In fact, as argued in this article, if we take the existence of peremptory international law to its logical consequence, it will carry too far: most actors in the international arena will consider the effects unacceptable. Using as an example the jus cogens norm most often referred to in the literature -the principle of non-use of force- it is a purpose of the present article to establish this proposition as valid. A second purpose is to attract attention to what appears to be the really crucial question for further discussion: How should the effects of jus cogens be limited? Whoever opened the Pandora's Box that once contained the jus cogens concept obviously did not fully realize the consequences that this would have for international law in general. How can this situation be remedied?

Keywords: Jus cogens, Use of Force, Self Defence, UN Charter.

چکیده

نگارش این نوشتار کوششی است برای شرکت در یک گفت‌وگوی علمی همچنان رایج پیرامون آثار نهفته هنجارهای آمره. برای رسیدن به هدف دلخواه، این گونه می‌انگاریم که هنجارهای آمره بی‌گمان در حقوق موضوعه بین‌المللی تأسیس شده‌اند. بر پایه این ادعا، چنانچه آثار هنجارهای آمره را به همان مواردی که در کنوانسیون وین ۱۹۶۹ میلادی شرح داده شده منحصر کنیم؛ باز هم مفهوم قواعد آمره از آن چیزی که شارحان آن می‌پنداشتند، فراتر می‌رود. چرایی آن تا اندازه‌ای بر آمده از نیروی نهفته‌ای است که این مفهوم از آن برخوردار است و چرایی دیگر، ساختار معمولاً پیچیده هنجارهای حقوقی است. در واقع، در نوشتار پیش‌رو استدلال شده که اگر وجود حقوق بین‌الملل آمره را به همراه پیامدهای منطقی‌اش بپذیریم، طولی نخواهد کشید که بیشتر کنشگران پهنه بین‌المللی آثار غیرقابل قبول آن را شاهد خواهند بود. مقصود این نوشتار آن است که اعتبار این گزاره را که اصل منع توسل به زور نمونه‌ای از یک هنجار آمره مورد اشاره در بیشتر متون حقوقی است، اثبات کند. دومین هدف این نوشتار، بازگردانی توجهات به پرسشی است که به نظر می‌رسد برای گفت‌وگوهای آینده واقعاً اهمیت دارد؛ این که چگونه باید آثار قواعد آمره را محدود کرد؟ آن کس که جعبه پاندورا را گشود، مشخصاً ارزیابی کاملی از پیامدهای آن در مجموع برای حقوق بین‌الملل نداشت. اکنون چه چاره‌ای می‌توان برای این وضعیت اندیشید؟

واژگان کلیدی: قواعد آمره، توسل به زور، دفاع مشروع، منشور ملل متحد.

Received: 2024/04/28 - Review: 2024/07/10 - Accepted: 2024/08/20

دریافت مقاله: ۱۴۰۳/۰۴/۲۸ - بازنگری مقاله: ۱۴۰۳/۰۷/۱۰ - پذیرش مقاله: ۱۴۰۳/۰۸/۲۰

ارجاع:

لیندرفالک، اولف؛ (۱۴۰۳)، آثار حقوقی هنجارهای آمره: آن کس که جعبه پاندورا را گشود آیا به پیامدش فکر نمود؟، ترجمه سهیل گلچین، تمدن حقوقی، شماره ۲۱.

Copyrights:

Copyright for this article is retained by the author (s) , with publication rights granted to Legal Civilization. This is an open-access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution License (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0>) , which permits unrestricted use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited.



CC BY-NC-SA



پیشگفتار مترجم

مقاله پیش‌رو ترجمه فارسی مقاله‌ای است که پروفسور اولف لیندرفالک، استاد حقوق بین‌الملل عمومی دانشگاه لوند سوئد در سال ۲۰۰۷ میلادی در مجله اروپایی حقوق بین‌الملل منتشر کرد. اگر چه بیش از هفده سال از نگارش این مقاله می‌گذرد؛ اما اهمیت یافته‌ها و استدلال‌های تازه او در مورد قواعد آمره حقوق بین‌الملل همچنان پابرجا است. پروفسور لیندرفالک البته در سال ۲۰۲۰ میلادی یافته‌ها و آموزه‌های خود در این باره را در قالب کتابی با عنوان «شناخت قواعد آمره در حقوق بین‌الملل و گفتمان حقوقی بین‌المللی»^۱ به چاپ رساند؛ اما نقطه عزیمت او برای پژوهش در این باب، نگارش همین مقاله پیش‌رو بوده است. آثار فارسی درباره قواعد آمره اندک‌اند. باین حال در سال‌های اخیر توجه حقوقدانان ایرانی به این مفهوم بیشتر جلب شده و مقالاتی به فارسی در مجلات دانشگاهی کشورمان به چاپ رسیده است؛ از جمله مقاله‌ای که از اینجانب در سال ۱۴۰۱ منتشر شد و به ارزیابی دو گزارش نخست گزارشگر ویژه کمیسیون حقوق بین‌الملل در موضوع قواعد آمره می‌پرداخت (گلچین و موسی‌زاده، ۱۴۰۱).

قواعد آمره چیستند؟ و چه محتوایی را وارد نظام حقوقی بین‌المللی کرده‌اند؟ آیا ما نسبت به محتوای هنجاری آن‌ها در ساختار حقوق بین‌الملل عمومی به شناخت کافی رسیده‌ایم؟ به نظر می‌رسد هنوز و

1- Linderfalk, Understanding jus cogens in international law and international legal discourse

همچنان یک تعریف واحد و قابل قبول عمومی از آثار و عواقب قواعد آمره وجود ندارد. اگر چه کوشش‌های اخیر کمیسیون حقوق بین‌الملل برای نور افکندن به این مفهوم بسیار رهگشا و قابل توجه بوده است؛ اما باید منتظر ماند و تأثیر آن را در آینه رویه و عملکرد و اعتقاد حقوقی دولت‌ها جست‌وجو کرد. مفهوم قواعد آمره در گفتمان حقوقی بین‌المللی کنونی بسیار پرهیمه‌تر از گذشته است. به‌خصوص در ادبیات حقوقی علمای حقوق بین‌الملل. با این حال، هر چه مفهومی پرهیمه‌تر و پرطمطراق‌تر باشد، فروپاشی و سقوط آن ساده‌تر می‌تواند باشد؛ درست مثل ساختن یک ساختمان عظیم یا قلعه‌ای سنگی بر روی دریایی شناور. موضع پروفیسور لیندرفالک در مقاله پیش‌رو نیز همین است. صورت‌بندی کلی او از موضوع این است که موضع پژوهشگران حقوقی درباره قواعد آمره بین‌المللی، مجموعاً ذیل دو گروه کلی تقسیم‌بندی می‌شود: در یک طرف «تأییدکنندگان» که در توصیف آثار قواعد آمره همواره به کنوانسیون وین ۱۹۶۹ میلادی در مورد حقوق معاهدات استناد کرده‌اند و از نظر ایشان ماده ۵۳ را می‌توان به‌عنوان یک قاعده صریح و قابل اعمال در نظام حقوق بین‌الملل در نظر گرفت. خواه این که اثر قواعد آمره را فقط در رابطه با تعارض میان قاعده آمره و معاهدات تلقی کنند و خواه به‌طور وسیع‌تری در تمامی عرصه‌های حقوق بین‌الملل تعریفش کنند؛ لذا به‌زعم این گروه از حقوقدانان، قواعد آمره آثاری فراتر از تعریف ماده ۵۳ دارند. در طرف دیگر، گروه «تردیدکنندگان» وجود دارند که معتقدند در حقوق بین‌الملل هنوز اجماعی در رابطه با محتوای هنجاری مفهوم قواعد آمره به دست نیامده است. این گروه باور دارند که وجود قاعده آمره را باید صرفاً روی کاغذ پذیرفت؛ بنابراین، مطابق نظر ایشان، قاعده آمره اصطلاحی است که فقط برای مقاصد نظری و لفاظی‌های حقوقی به کار می‌رود و فاقد هر گونه دلالت واقعی در حقوق موضوعه بین‌المللی است.

نتیجه آن که آثار قواعد آمره بسیار گسترده‌تر از حتی آنچه که اغلب هوادارانش بتوانند فرض کنند، به نظر می‌رسد؛ زیرا از نظر پروفیسور لیندرفالک، اگر ما به پذیرش قواعد آمره و نتایج منطقی ناشی از آن تن بدهیم، نهایتاً به جایی خواهیم رسید که اغلب بازیگران عرصه بین‌المللی، آثار غیرقابل‌قبولی را ملاحظه خواهند کرد؛ آثاری که در صورت پذیرش آن‌ها، یا باید به انتظار متلاشی‌شدن تأسیسات اساسی نظام حقوقی بین‌المللی نشست، یا در عمل رأی به پوچی قواعد آمره داد و یا راهی میانه گزید؛ بنابراین آن کسی که به تعبیر پروفیسور لیندرفالک جعبه پاندورای حاوی قاعده آمره را گشود، مطمئناً عواقبی را که این مفهوم می‌توانسته به‌طور کلی برای نظام حقوقی بین‌المللی داشته باشد، در نظر نگرفته بود!

مقدمه

تابستان سال ۲۰۰۶ میلادی گروه مطالعاتی کمیسیون حقوق بین‌الملل کار خود را در زمینه «چندپارگی حقوق بین‌الملل» به انجام رساند و گزارش نهایی‌اش را تقدیم کمیسیون نمود.^۲ با این گزارش، بار دیگر توجهات به مفهوم سردرگم‌کننده‌ای به نام «قواعد آمره» معطوف شد. در یک معنای سراسر فنی، مفهوم قاعده آمره شگردي برای حل تعارض میان قواعد گوناگون حقوق بین‌الملل است.^۳ بر پایه گزارش یاد شده، هنگامی که یک قاعده آمره با یک معاهده یا ماده مستقلى از یک معاهده تعارض پیدا کند، باید معاهده مزبور یا ماده مربوطه را^۴ باطل انگاشت.^۵ دوم این که، وقتی یک قاعده آمره با یک قاعده عادى در حقوق بین‌الملل عرفی و یا با قطعنامه یک سازمان بین‌المللی در تعارض باشد، قاعده عرفی یا قطعنامه گفته شده را باید باطل دانست. سوم این که، هر گاه یک قاعده آمره با یک قاعده عادى حقوق بین‌الملل در پیوند با شرایط یا وضعیتی خاص در تعارض افتند، اولی (قاعده آمره) را باید برتری داد.^۶

هریک از این قواعد با این فرض قابل اعمال هستند که ما قواعد آمره را بشناسیم؛ وانگهی اگر ما تعبیر «شناختن» را به این معنی بگیریم که آماده‌ایم شرح کاملی از مفهوم قواعد آمره به دست دهیم؛ در این صورت باید گفت که هیچ شناختی درباره آن‌ها نداریم. در واقع، تاکنون تعریف عموماً پذیرفته شده‌ای از این قواعد در دست نیست.^۷ با شک و گمان می‌توان گفت که ابطال قانونی تنها دریافت کنشگران پهنه حقوق بین‌الملل

۲- این گزارش دربرگیرنده دو بخش است که قسمت عمده آن در سند A/CN.4/L.682 و بخش دیگرش که مجموعه‌ای تلخیص شده از نتایج، رهنمودها و اصول مستخرج از مطالعات و مباحث گروه مطالعاتی است در سند UN Doc: A/CN.4/L.702 آمده است.

۳- لازم به تذکر است هنگامی که میان اصول متفاوت تعارض به وجود می‌آید، به طرق گوناگونی می‌توان آن‌ها را حل نمود.

۴- چنانچه قابل انفکاک از دیگر مواد آن معاهده باشد.

۵- بر اساس این گزارش «ضرورتاً این بدان معنا نیست که اعمال ماده ۵۳ یا ۶۴ کنوانسیون وین ۱۹۶۹ میلادی به بی‌اعتباری کل معاهده می‌انجامد. بندهایی که با قاعده آمره تعارض نداشته باشد و از دیگر بندهایی که تعارض دارند، قابل تفکیک باشند می‌توانند معتبر باشند». باید متذکر شد که این بخش از گزارش به‌وسیله کنوانسیون وین مورد تأیید قرار نگرفته است. بر اساس ماده (۵) ۴۴ «در موارد پیش‌بینی شده در ماده‌های ۵۱، ۵۲ و ۵۳ تفکیک مقررات ماعده پذیرفته نیست».

۶- واضح است که تفاوت میان این نوع سوم از قواعد با دو مورد دیگر اقتضاء می‌کند که ما میان دو وضعیت قائل به تفاوت شویم: از یک سو میان وضعیتی که در آن بین دو قاعده مرتبط با شرایط یا وضعیتی خاص تعارض رخ می‌دهد و از سوی دیگر، وضعیتی که در آن ناسازگاری یک قاعده با قواعد آمره به‌صورت کلی تری دیده می‌شود.

۷- ممکن است کسی بگوید که فی‌الواقع تعریفی در ماده ۵۳ کنوانسیون وین ۱۹۶۹ میلادی به دست داده شده اما دیگران نیز ممکن است اعتراض کنند که ماده ۵۳ صرفاً درخصوص معاهدات بین دولت‌ها اعمال می‌شود و مضافاً این که ماده ۵۳ صرفاً در ارتباط با آن معاهداتی قابل اعمال است که توسط دولت‌ها پس از لازم‌الاجرا شدن کنوانسیون وین منعقد شده‌اند (ماده ۴ کنوانسیون وین). برخی هم ممکن است

نسبت به این پدیده است. اگر در فرهنگ حقوقی بین‌المللی جست‌وجو کنیم با این هدف که درون‌مایه هنجاری و آثار احتمالی قواعد آمره را دریابیم، با تصویری بسیار گیج‌کننده روبرو می‌شویم. به بیان ساده، می‌توان گفت که در این باره هر کدام از حقوقدانان متعلق به یکی از دو اردوگاه متفاوت زیر هستند:

در یک سو «تأیید کنندگان» قرار دارند که در تبیین آثار قواعد آمره، ماده ۵۳ کنوانسیون حقوق معاهدات وین ۱۹۶۹ میلادی را دستاویز می‌کنند. این ماده در سطحی گسترده به‌عنوان یک قاعده روشن و قابل‌اعمال در حقوق بین‌الملل شناخته می‌شود. چنانچه تعریف ماده ۵۳ از قاعده آمره، تنها در پیوند با تعارض موجود میان این قواعد با معاهدات بین‌المللی دیده شود یا فراتر از این، یعنی در سیاق حقوق بین‌الملل به‌طور کلی در نظر گرفته شود؛ در هر حال تعریف مندرج در ماده ۵۳ حاکم است. مطابق با آن، یک قاعده آمره، قاعده‌ای است که عدول از آن روا نیست و تنها می‌تواند به‌وسیله قاعده‌ای دیگر با همان خصوصیات تعدیل شود. به‌زعم برخی تأیید کنندگان، هنجارهای آمره حتی آثاری فراتر از آنچه در تعریف ماده ۵۳ آمده نیز دارند. در سوی دیگر، خیل رو به کاهش «تردید کنندگان» قرار دارند که آثار قواعد آمره مندرج در کنوانسیون وین ۱۹۶۹ میلادی را پذیرفته‌اند ولی تأکید می‌ورزند که هنوز در حقوق بین‌الملل اجماعی بر سر (چیستی) درون‌مایه هنجاری این مفهوم شکل نگرفته است. به همین انگیزه آنان مدعی‌اند که قواعد آمره تنها روی کاغذ وجود دارند؛ بنابراین، مطابق نظر تردید کنندگان، مفهوم قاعده آمره صرفاً اصطلاحی لفاظانه^۸ است که هیچ دلالتی در حقوق موضوعه پیدا نمی‌کند.

برای دست‌یابی به هدف این نوشتار، من در چهره یک تأیید‌کننده این‌طور فرض می‌گیرم که قاعده آمره اگر چه اصطلاحی است که بیشتر برای مقاصد لفاظانه به کار می‌رود (برای متقاعدکننده^۹ کردن مدعاهای حقوقی‌ای که در غیر این صورت کمتر قانع‌کننده به نظر می‌رسید) اما مفهومی است که در حقوق بین‌الملل

بگویند حتی اگر تعریف مندرج در ماده ۵۳ انعکاسی از حقوق عرفی بین‌المللی باشد باز هم در خصوص معاهدات قابل‌اعمال است. دیگرانی هم ممکن است ادعا کنند که فی‌الواقع در حقوق بین‌الملل عرفی یک تعریف عام از مفهوم قواعد آمره وجود دارد منتها چنین تعریفی تا حدی با آنچه در کنوانسیون وین آمده تفاوت دارد و اصلاً به همین دلیل ماده ۵۳ به‌روشنی متناسب و درخور با سیاق مربوط به حقوق معاهدات تنظیم شد.

۸- در متن اصلی از واژه rhetorical استفاده شده است که در زبان فارسی معانی گسترده و متفاوتی دارد و مترجم با عنایت به معنی و لحن متن، معادل لفاظی را نزدیک‌ترین ترجمه برای اصطلاح رتوریک می‌داند. نگاه کنید به: محمد احمدی و تقی پورنامداریان، ۱۳۹۶، درآمدی بر مهم‌ترین معانی اصطلاح رتوریک، فصلنامه مطالعات زبان و ترجمه، شماره ۱.

موضوعه تأسیس شده است. آنچه من در تلاشم نشان دهم این است که آثار قواعد آمره بسیار گسترده‌اند؛ حتی گسترده‌تر از آنچه بیشتر تأییدکنندگان شاید گمان کنند. بخشی از این مسئله بر می‌شود به ظرفیت نهفته‌ای که در این مفهوم ریخته شده و بخش دیگر آن برای ساختار درهم‌تنیده‌ای است که به‌طور معمول هنجارهای حقوقی دارا هستند. در واقع، من کاوش را حتی از این هم فراتر خواهم برد و این ادعای جسورانه را پیش می‌کشم که اگر ما حقوق بین‌الملل آمره را با پیامدهای بایسته‌اش در نظر بگیریم؛ آن‌وقت به‌سادگی، مسئله به جایی خواهد انجامید که بیشتر کشگران پهنه بین‌المللی آثار غیرقابل قبول آن را به تماشا می‌نشینند و این یکی از دو هدف نوشتار پیش رو است که اعتبار این مدعا را ثابت کند.

من تحلیل‌های خودم را بر هنجاری استوار می‌سازم که اغلب به‌عنوان مصداقی از قاعده آمره بین‌المللی در متون حقوقی بین‌المللی بدان ارجاع می‌شود: «اصل منع توسل به زور».^{۱۰} دومین هدف این نوشتار، در انداختن گفت‌وگویی درباره این پرسش مصلحت‌اندیشانه است که به‌طور کاملاً طبیعی پیش خواهد آمد؛ این که چگونه باید آثار قاعده آمره محدود گردند؟ آن‌کس که جعبه پاندورای قاعده آمره را گشود؛ بی‌گمان نمی‌دانت چنین کاری به‌طور کلی چه پیامدهایی برای حقوق بین‌الملل خواهد داشت. اکنون این وضعیت را چگونه می‌توان سامان داد؟

۱- مفهوم یک هنجار حقوقی

به‌عنوان پایه‌ای برای تحلیلم راجع به مفهوم قواعد آمره، من دو پیش‌فرض را اتخاذ می‌کنم: اول این که مفروض می‌دارم در ادبیات حقوقی بین‌المللی، اصطلاح قواعد آمره طیفی از هنجارهای حقوقی را به ارمغان می‌آورد. تا به این جا، نقطه عزیمت در مقاله پیش رو همان است که در ماده ۵۳ کنوانسیون وین به‌کاررفته است. یک هنجار آمره «هنجاری است که توسط جامعه بین‌المللی دولت‌ها در کلیت خود، به‌مثابه هنجاری که عدول از آن جایز نیست و صرفاً می‌تواند با یک هنجار لاحق از حقوق بین‌الملل عام، با خصوصیات مشابه تعدیل شود؛ پذیرفته و شناسایی شده است».^{۱۱}

دوم این که، من هنجار آمره را مشخصاً هنجاری با خصیصه قاعده‌گذاری فرض می‌کنم. بر اساس

۱۰- بنگرید به نظرات ابراز شده توسط دولت‌های ایالات متحده آمریکا و نیکاراگوئه و نیز کمیسیون حقوق بین‌الملل که مکرراً توسط دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه نیکاراگوئه تصریح شده است.

۱۱- کلماتی که به‌صورت مورب نوشته شده به متن اصلی افزوده شده است.

ترمینولوژی غالب، هنجارهای حقوقی یا واجد خصیصه قاعده‌گذاری هستند و یا خصیصه اساسی.^{۱۲} وقتی یک هنجار برای تعیین پاره‌ای از رفتارها و وقایع استفاده می‌شود؛ به این صورت که آن‌ها را تجویز یا منع کند یا مجاز بدارد، گفته می‌شود که هنجار مزبور واجد خصیصه قاعده‌گذاری است. در مقابل، وقتی یک هنجار برای ایجاد یک واقعیت تأسیسی به کار رود، گفته می‌شود که هنجار مزبور خصیصه اساسی دارد.^{۱۳} فی‌المثل یک هنجار اساسی ممکن است برای تأسیس یک دادگاه بین‌المللی یا تعریف مفاهیم حقوقی مربوطه به کار رود. واضح است که مفروض تمام مطالب پیشین در این باره، این است که هنجارهای آمره صرفاً جزو دسته‌بندی اول (قواعد تنظیم‌کننده) می‌گنجد.^{۱۴} با عنایت به این مفروضات، مبرهن است که من نمی‌توانم آثار هنجارهای آمره را تحلیل کنم بدون این که ابتدا نوعی تعریف از چیستی هنجار حقوقی به دست بدهم. بی‌تردید تعریف مناسب یک هنجار حقوقی محل بحث و اختلاف نظر است،^{۱۵} اما من با توجه به اهداف پیش رو، خودم را بیش از آنچه واقعاً لازم است درگیر این جدال فلسفی نخواهم کرد؛ بنابراین خودم را به اثبات دو گزاره عموماً آزموده شده در تحلیل و سامان‌بندی حقوق بین‌الملل محدود می‌کنم که احتمالاً مخاطبان گفتمان حقوقی بین‌المللی آن‌ها را قاعداً می‌پذیرند.

اول- یک هنجار حقوقی به‌صرف گفته و گفته‌ها^{۱۶} شناخته نمی‌شود تا (به این وسیله) هنجار مزبور را معلوم فرض کنیم. در حقوق بین‌الملل به رویه دولت‌ها و توافقات مکتوب بین‌المللی (معاهدات) به‌عنوان

۱۲- به‌طور کلی در مورد مفهوم هنجارهای قاعده‌گذار و هنجاری‌های اساسی (Regulative and Constitutive Norms) به کتاب زیر بنگرید:

A. Peczenik, *On Law and Reason* (1989), at 276-281.

۱۳- اجازه دهید ماده ۵۳ کنوانسیون وین ۱۹۶۹ میلادی را به‌عنوان یک نمونه در نظر بگیریم. به‌روشنی می‌توان آن را در مقام بیان دو نوع هنجار تجزیه و تحلیل نمود؛ یکی با خصیصه قاعده‌مندی (با توجه به عبارات نخست ماده) و دیگری با خصیصه قاعده‌گذاری (با توجه به عبارت دوم ماده).

۱۴- نمونه‌های قابل بررسی شامل اصل منع توسل به زور، حق تعیین سرنوشت خویش و ممنوعیت برده‌داری، نسل‌زدایی، آپارتاید، جنایات علیه بشریت و شکنجه می‌شود. بنگرید به:

Cassese, *supra*, note 10, at 198-212.

۱۵- برای ملاحظه شرح مختصری از تعاریف رقیب گوناگون بنگرید به:

Peczenik, *supra*, note 14, at 270 - 272.

برای ملاحظه مباحث بیشتر پیرامون مفهوم هنجار حقوقی بنگرید به:

Alchourrón and Bulygin, 'The Expressive Conception of Norms', in S.L. Paulson and B. Litschewski Paulson (eds), *Normativity and Norms* (1998), at 383 - 410; O. Weinberger, *Norm und Institution* (1988); H. Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen* (1979).

16- Utterance and Utterances

ابزارهای شناخت حقوق استناد می‌شوند.^{۱۷} بدیهی است که این اصطلاح‌شناسی از این فرض نشئت می‌گیرد که رویه دولت‌ها و معاهدات بین‌المللی، بیان‌کننده هنجارهای حقوقی هستند و نیز به همین دلیل است که وقتی به آن‌ها متوسل می‌شویم که لازم است موجودیت و مفاد هنجارهای حقوقی محقق شوند. منطقی به نظر نمی‌رسد که به رویه دولت و معاهدات به مثابه ابزارهایی برای شناخت حقوق رجوع کنیم در حالی که آن‌ها خودشان سازنده و شکل‌دهنده هنجارهای حقوقی باشند. به همین ترتیب، با عقل جور در نمی‌آید از معاهده‌ای سخن بگوییم که واضح نیست یا لازم است تفسیر شود چون اگر معاهده‌ای مبهم باشد به این خاطر است که آن هنجار حقوقی‌ای که معاهده وسیله یا ابزار بیان آن پنداشته می‌شود، به نحو واضحی در متن آن پدیدار نشده است.^{۱۸} دوم - برای بازسازی کامل یک هنجار حقوقی که قاعده‌گذار^{۱۹} باشد، نخست لازم است بتوان گفت که آن عمل یا وضعیتی خاص چه چیز را تجویز یا منع می‌کند و یا مجاز می‌شمارد و ثانیاً وضعیت و شروطی را شرح دهیم که تجویز، ممنوعیت یا مجاز بودن بدان وابسته است و بر آن اعمال می‌شود.

محتوای هنجارهای حقوقی در قالب گزاره‌های هنجاری بیان یا مخابره می‌شوند. در علم زبان‌شناسی، تمایزی است میان جمله، به مثابه چیزی که می‌تواند بیان شود^{۲۰} با جمله، به مثابه موجودیتی انتزاعی در اسلوب زبان‌شناختی یک ساختار زبانی. در غیر این صورت، وقتی ما با مجموعه‌ای از واژگان مندرج بر یک تکه کاغذ یا گفته‌های شفاهی مواجه می‌شویم، نمی‌توانیم بگوییم که آن مجموعه ناقص است یا کلمات در آن به نحو نادرستی کنار هم قرار گرفته‌اند. برای مثال، این عبارت را در نظر بگیرید: «یک معاهده موقتاً به موقع اجرا گذارده می‌شود منوط به اجبار ورود در آن».^{۲۱} در این جا گوینده ممکن است گزاره‌ای گفته باشد که به طرز واضحی کاملاً غلط است. (مسئلاً هر خواننده آشنا با حقوق معاهدات می‌تواند پیام مورد نظر را تشخیص دهد که به بیان صحیح‌تر این چنین است:

۱۷- در این سیاق، اصطلاحات معاهده و رویه باید در پرتو معانی عینی‌شان درک شوند. معاهده را باید در معنای گزاره‌های متنی و غیرمتنی که محتوای یک توافق را به نمایش می‌گذارند، فهمید. رویه دولتی نیز باید در معنای یک عمل تکرار شده یا ترک فعل قابل انتساب به دولت‌ها درک کرد.

۱۸- مقایسه کتیب با ماده (۴) ۳۳ کنوانسیون وین ۱۹۶۹ میلادی: «هرگاه مقایسه متون معتبر نشان‌دهنده اختلاف معنایی باشد که با اعمال ۳۱ و ۳۲ قابل رفع نباشد، آن معنایی پذیرفته خواهد شد که با توجه به موضوع و هدف معاهده این متون را بهتر به هم نزدیک کند».

19- Regulative

۲۰- به‌عنوان خروجی یک زبان/رفتار در میان برخی از انسان‌ها یا گروهی از مردم.

21- Entry force

یک معاهده موقتاً به موقع اجرا گذارده می‌شود منوط به لازم‌الاجرا شدن).^{۲۲}

به همین منوال، در علم حقوق ما باید بین گزاره هنجاری در یک معنای مادی^{۲۳} با گزاره هنجاری به‌عنوان یک کل واحد در نظام حقوقی تمایز قائل شویم. وقتی یک هنجار حقوقی مخابره می‌شود، چنین مخابره شدنی از رهگذر بیان یک گزاره هنجاری در معنی اخیر تأثیر می‌پذیرد. قاعده حقوقی یک ساختار کامل است. به همان دلیلی که یک شخص می‌تواند جمله‌ای را ناصحیح بیان کند ما هم می‌توانیم در مورد مفاد یک معاهده بگوییم اگر چه ممکن است قرینه‌ای نسبت به موجودیت یا محتوای یک هنجار حقوقی وجود داشته باشد اما مفاد مزبور بیانگر عبارت و حالت کامل آن هنجار نیست. ماده (۴) ۱۰۹ کنوانسیون ملل متحد در مورد حقوق دریاها ۱۹۸۲ میلادی^{۲۴} می‌تواند مثال روشنی در این زمینه باشد. روشن است که برای فهمیدن مفاد این هنجار، به دانستن چیزهای بیشتری نیاز داریم. دست‌کم نیازمندیم بدانیم در ماده‌های (۳) ۱۰۹ و ۱۱۰ چه چیزی مقرر شده؟ و لازم است بدانیم چه کسانی موضوع حقوق مذکور در این ماده هانند؟ و کدام کشورها طرف این کنوانسیون محسوب می‌شوند؟

مثالی که آورده شد فقط چیزی را که همه حقوقدانان می‌دانند آشکار می‌کند. اما بعضی اوقات لازم است یادآوری شود که در راستای بازسازی مفاد کامل یک هنجار حقوقی، اغلب ناچاریم گزاره‌های گونه‌گون بیان‌شده در متون متفاوت (فی‌المثل متن ماده‌های مختلفی از یک معاهده) را مدنظر قرار دهیم. بدون شک بر اساس ماده (۳) ۱۰۹ کنوانسیون حقوق دریاها می‌توان گفت که در روابط طرف‌های کنوانسیون، یک دولت عضو معاهده باید مجاز باشد در آب‌های آزاد هر شخص یا کشتی را که وارد محدوده غیرمجاز رادیویی شده دستگیر و وسایل رادیویی وی را ضبط نماید. هرچند که متن ماده (۳) ۱۰۹ به‌خودی‌خود تصویر کاملی به دست نمی‌دهد. مجوز مقرر در ماده (۳) ۱۰۹ مطلق نیست و هنجار حقوقی مربوطه، بسته به شرایط مقرر در دیگر مقررات کنوانسیون اعمال می‌شود؛ مخصوصاً ماده‌های (۳) ۱۰۹ و ۱۱۰^{۲۵} و درعین‌حال، ماده‌های ۸۶ و (۲) ۱۰۹ که به ترتیب مشخص می‌کنند چه مفهومی از اصطلاح «آب‌های آزاد» و «محدوده غیرمجاز رادیویی» مستفاد می‌شود.

۲۲- مقایسه کنید با ماده ۲۵ کنوانسیون وین ۱۹۶۹ میلادی.

۲۳- معطوف به یک‌رشته کلمات مندرج بر کاغذ یا عبارات شفاهاً گفته شده.

۲۴- در آب‌های آزاد، یک دولت مطابق بند سوم، برحسب ماده ۱۱۰ صلاحیت جلب و دستگیری هر شخص یا کشتی را که وارد محدوده غیرمجاز رادیویی شده دارا است و می‌تواند تجهیزات رادیویی وی را ضبط کند.

۲۵- همان‌طور که از متن ماده (۴) ۱۰۹ مشخص است.

یقیناً بازسازی هنجارهای حقوقی حتی می‌تواند از آنچه بیان شد نیز پیچیده‌تر باشند. گاهی اوقات به‌منظور ترکیب گزاره‌های مطروح در مقاطع زمانی مختلف، مجبوریم از سیاق عرفی بی‌واسطه‌ای که در یک معاهده مشخص صورت‌پردازی شده، فراتر برویم. به‌عنوان شاهد مثال، ماده ۱ پروتکل الحاقی ششم به کنوانسیون اروپائی حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی بیان می‌دارد: «مجازات مرگ باید منسوخ شود. هیچ‌کس نباید به چنین مجازاتی محکوم شده و یا اعدام شود».^{۲۶} این ماده با به کار بردن عبارت «هیچ‌کس» به مفاد ماده ۱ کنوانسیون اروپائی اشاره می‌کند.^{۲۷} معنای ماده ۱ پروتکل الحاقی ششم در ماده ۱ کنوانسیون اروپائی برای اقتباس یک اصطلاح، در فلسفه حقوق بی‌سابقه است. «هیچ‌کس» در واقع و صرفاً به معنای هر شخصی است که در محدوده صلاحیت یکی از طرف‌های معاهده قرار دارد و بدیهی است که برای بازسازی مفاد این هنجار حقوقی، باید به متن پروتکل ششم به‌اندازه متن کنوانسیون اهمیت بدهیم.

یک مثال گویای دیگر ماده ۲۱۹ کنوانسیون حقوق دریاها ۱۹۸۲ میلادی است که بیان می‌کند: «مطابق بخش هفتم، دولت‌ها مقرر کرده‌اند که چه بر مبنای درخواست و یا به ابتکار خودشان، اگر یک شناور در حوزه بندرهای آن‌ها و یا در یکی از پایانه‌های غیرساحلی در حال نقض استانداردها و قواعد قابل‌اعمال حقوق بین‌الملل در رابطه با شناورهای دریایی باشد و بدین‌وسیله تهدیدی برای آسیب به محیط‌زیست دریایی فراهم آورد، باید تا جایی که ممکن باشد اقدامات اجرایی جهت منع آن شناور از دریانوردی انجام پذیرد».^{۲۸} به‌طورکلی، با خوانش «استانداردها و قواعد بین‌المللی» این‌طور پذیرفته شده که از میان دیگر ماده‌ها، ماده ۲۱۹ است که به قطعنامه‌های مصوب مجمع سازمان بین‌المللی دریانوردی^{۲۹} و حقوق عرفی بین‌المللی اشاره کرده است؛ بنابراین، به نظر می‌رسد برای بازسازی کامل این هنجار حقوقی نیازمندیم گزاره‌هایی (نظیر مثال قبلی) را در نظر بگیریم که نه تنها در زمان‌های مختلف بیان شده؛ بلکه توسط گویندگان متفاوتی ابراز شده است. به‌بیان‌دیگر، اعضای کنوانسیون حقوق دریاها صرفاً بخش‌هایی از

۲۶- به‌ترتیب بنگرید به پروتکل شماره ششم ضمیمه کنوانسیون حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی در مورد لغو مجازات اعدام (ETS, No. 114) و کنوانسیون اروپائی حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی (ETS, No. 5).

۲۷- مقایسه کنید با پروتکل شماره ششم، ماده ۶: «مفاد ماده‌های ۱ و ۵ این پروتکل باید به‌مثابه مواد اضافی به کنوانسیون در نظر گرفته شود و کلیه مفاد کنوانسیون بر این اساس اعمال می‌شوند». ماده ۱ کنوانسیون مزبور اشعار می‌دارد: «طرف‌های معظم متعاهد به کنوانسیون موظفند برخورداری افراد ساکن در مناطق تحت حاکمیت خود را از حقوق و آزادی‌های تعریف شده در بخش اول کنوانسیون حاضر تضمین کنند».

۲۸- شایان ذکر است که این جمله گزیده شده و گزاره دوم این ماده مستثنی شده است.

هنجار حقوقی مربوطه را می‌سازند و بخش‌های دیگر آن توسط نهادهای دیگر و به واسطه حلقه دیگری از دولت‌ها ایجاد شده است.

۲- منع توسل به زور و حق دفاع مشروع

همچنان که پیش‌تر اشاره شد؛ قواعد آمره گفتمان حقوق بین‌الملل را کلاً به هم می‌ریزند به این دلیل که کنشگران حقوق بین‌الملل قادر نبوده‌اند بر سر تعریف مناسبی از این اصطلاح اجماع کنند. نه این که گفته شود مصادیق قواعد آمره قابل احصاء نیستند. اتفاقاً هستند و متون حقوقی بین‌المللی این نکته را با معرفی مصادیق بسیاری به‌عنوان نامزدهای احتمالی قواعد آمره، به اثبات رسانده‌اند. این‌طور به نظر می‌رسد که کم‌مناقشه‌ترین مثال برای نامزدی قواعد آمره، اصل عدم توسل به زور باشد^{۳۰} و من برای رسیدن به مقصود مقاله، همین اصل را به‌عنوان نمونه پذیرفته‌ام. در واقع، من اصل عدم توسل به زور را قاعده‌ای با خصوصیات آمره فرض می‌کنم و بر اساس همین فرض، دست به ارزیابی آن می‌زنم. کوشش خواهم کرد محتوای قاعده مربوطه را به‌صورت تحت‌اللفظی بازسازی کنم و مقررره مندرج در بند چهارم ماده ۲ منشور ملل متحد یاری‌گر خوبی برای تکمیل این کار خواهد بود.

بی‌تردید اصل منع توسل به زور نیز نظیر تمام هنجارهای آمره در قلمرو حقوق بین‌الملل عرفی می‌گنجد و به بیان دقیق‌تر، قاعده‌ای جهان‌شمول است.^{۳۱} درهرحال، با توجه به آنچه معمولاً مفروض است؛ محتوای این اصل (حداقل در اساس و بنیان) به حقوق بین‌الملل عرفی مربوط می‌شود و من به همین مناسبت از این ماده به‌عنوان نقطه عزیمت بهره می‌گیرم. بر این مبنا، ارزیابی آزمایشی من از این قاعده با عبارات زیر آغاز می‌شود: «چنانچه یک دولت در روابط بین‌المللی خود علیه تمامیت ارضی و استقلال سیاسی دولتی دیگر و یا مغایر با اهداف سازمان ملل متحد متوسل به زور (قوه قهریه) شود، چنین عملی باید

۳۰- این تعبیر توسط دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه نیکاراگوئه به کار گرفته شده است.

۳۱- گاهی این ادعا مطرح می‌شود که به‌جز قواعد آمره قابل‌اعمال به‌صورت جهان‌شمول، ممکن است بتوان چیزی شبیه قواعد آمره منطقه‌ای (یا حتی دوجانبه) را نیز اعمال کرد. برای نمونه بنگرید به:

E. Suy, *The Concept of Jus Cogens in Public International Law*, Papers and Proceedings, Report of a Conference organized by the Carnegie Endowment for International Peace, at Lagonissi, 3 – 8 Apr. 1966 (1967), at 106; BoutrosGhali, in *ibid.*, at 107.

این که آیا از نقطه‌نظر تحلیلی، پذیرش چیزی به‌عنوان قاعده آمره منطقه‌ای یا دوجانبه اصلاً امکان‌پذیر است یا خیر؟، پرسشی است که باید در جای دیگر به آن پرداخته شود.

نقض یک قاعده آمره بین‌المللی تلقی شود».

به‌وضوح پیدا است که این تعریف کاملی نیست چون منع توسل به زور در ماده (۴) ۲ منشور به‌صورت مطلق پذیرفته نشده است. اعمال این قاعده بسته به شرایط خاصی که یکی از آن‌ها می‌تواند استناد به حق دفاع مشروع مندرج در ماده ۵۱ منشور باشد، قابل توجیه است و حق دفاع مشروع نیز بازتابی از قواعد عرفی بین‌المللی است. ماده ۵۱ منشور ملل متحد چنین اشعار می‌دارد: «در صورت وقوع یک حمله مسلحانه علیه یک عضو ملل متحد تا هنگامی که شورای امنیت اقدامات لازم را برای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی اتخاذ نماید، هیچ‌یک از مقررات این منشور نباید به‌حق ذاتی دفاع از خود، به‌صورت جمعی یا فردی، خللی وارد کند».^{۳۲}

به‌عبارت‌دیگر، هنجار آمره مزبور^{۳۳} نمی‌تواند با اصل منع توسل به زور در معنایی که ذکر شد، مطابقت کند؛ زیرا اگر چنین بود، بدین معنی بود که وقتی دولتی حق خود برای دفاع مشروع را به کار بندد، در واقع از یک هنجار آمره عدول کرده است. توصیف صحیح هنجار مذکور برای لحاظ این واقعیت این است که اصل منع توسل به زور را واجد استثنائاتی بدانیم. از این‌رو، در قیاس با گزاره فرضی فوق، جمله بهتر برای بازنمایی این هنجار آمره چنین است: «چنانچه دولتی در روابط بین‌المللی خود مستقیماً علیه تمامیت سرزمینی و استقلال سیاسی دولتی دیگر یا در تغایر با اهداف سازمان‌ملل متحد شود متوسل به زور شود و چنین عملی در برابر یک حمله مسلحانه انجام نشده باشد، آن‌گاه عمل مزبور باید نقض یک قاعده آمره بین‌المللی تلقی گردد». این گزاره پیشنهادی که در آن حق دفاع مشروع بخشی از یک هنجار آمره تلقی شده ممکن است برای همه چندان طبیعی جلوه نکند. در هر حال، چنین پیشنهادی به‌طور کلی با عقایدی که اغلب در ادبیات بین‌المللی ابراز می‌شود و ظاهراً با آنچه به‌طور مرسوم توسط بازیگران حقوقی بین‌المللی نمایندگی می‌شود میانه خوبی برقرار نمی‌کند. مشخصاً دو مورد از این ایده‌ها را باید به‌طور خاص مورد توجه قرار داد:

نخست این که، به باور ما در حقوق بین‌الملل مدرن در واقع دو گونه حق دفاع مشروع وجود دارد که

۳۲- شایان ذکر است که این جمله گزیده شده و گزاره دوم این ماده مستثنی شده است.

۳۳- دفاع مشروع.

تنها تا حدی با یکدیگر هم پوشانی دارند؛ یکی حق دفاع مشروع به موجب حقوق عرفی و یکی حق دفاع مشروع مقرر در ماده ۵۱ منشور ملل متحد. برای مثال، این یک واقعیت پذیرفته شده توسط بسیاری از مفسران است که مطابق ماده ۵۱ منشور، دولت‌ها نمی‌توانند از قوه قهریه برای مقاصد پیشگیرانه استفاده کنند. با این حال، همین مفسران همچنان مدعی وجود یک حق پیشگیرانه یا پیش‌دستانه برای دفاع از خود به موجب حقوق بین‌الملل عرفی هستند. در نتیجه، چنانچه تحقیق کنیم که آیا وفق حقوق بین‌الملل، قوه قهریه می‌تواند توسط یک دولت برای اهداف پیشگیرانه (به منظور جلوگیری از یک حمله قریب‌الوقوع) به کار رود یا خیر؟، پاسخ بسته به هنجار خاصی که در این تحقیق لحاظ کرده‌ایم متفاوت خواهد بود. به دیگر سخن، حق مندرج در ماده ۵۱ منشور با آن حقی که در حقوق بین‌الملل عرفی مقرر شده در تعارض قرار می‌گیرند. بر اساس قاعده مذکور در ماده ۶۴ کنوانسیون وین ۱۹۶۹ میلادی و در پیوند با ماده ۴۴ همان معاهده، وقتی یک قاعده آمره با یک ماده واحد از معاهده‌ای در تعارض قرار بگیرد، باید همان ماده را چون از بقیه معاهده قابل تفکیک است، بی‌اعتبار تلقی کرد. بدیهی است اگر کسی اصل منع توسل به زور را هنجاری با خصیصه آمره تلقی کند و هم‌زمان پشتیبان این عقیده باشد که حقوق بین‌الملل عرفی^{۳۴} مجوز به کارگیری حق دفاع مشروع پیش‌نگرانه یا پیشگیرانه را توسط یک دولت می‌دهد، در نتیجه باید عواقب منطقی‌اش را هم بپذیرد که سال‌ها است ماده ۵۱ منشور منسوخ شده است.^{۳۵}

دوم این که، به باور ما در نتیجه فعل یا ترک فعل دولت‌ها بلافاصله پس از حملات تروریستی صورت گرفته علیه ایالات متحده آمریکا در یازدهم سپتامبر ۲۰۰۱ میلادی، حقوق بین‌الملل عرفی دستخوش تغییر قابل توجهی شده است. همچنان که استدلال می‌شود؛ پیش از حوادث یازدهم سپتامبر ۲۰۰۱ میلادی حق

۳۴- نه منشور ملل متحد.

۳۵- لازم به ذکر است که وفق ماده ۴۴ کنوانسیون وین ۱۹۶۹ میلادی، هنگامی که یک معاهده تحت ماده ۶۴ یا ماده ۵۳ کنوانسیون قرار بگیرد، با آن مواجهه متفاوتی می‌شود. در حالت نخست، وقتی یک قاعده آمره (جدید) با یک ماده واحد از معاهده در تعارض افتد، ماده مزبور می‌تواند از بقیه معاهده تفکیک شود، به این معنی که فقط همان ماده باطل است و کل معاهده. در حالت دوم، چنین تفکیکی مجاز نیست. بنگرید به ماده (۵) ۴۴. فرض من این است که اصل منع توسل به زور که در سال ۱۹۴۵ میلادی با انعقاد منشور سازمان ملل متحد واجد خصیصه آمره نبود، اما این وضعیت را بعداً به دست آورد. اگر بخواهیم در مورد اصل منع توسل به زور چنین تصور کنیم که در واقع از همان سال ۱۹۴۵ میلادی واجد خصیصه آمره بوده (با فرض مشابه بودن اوضاع و احوال) مطمئناً نتیجه‌گیری باید این باشد که کل منشور همواره بی‌اعتبار بوده است.

دفاع از خود تنها در موقع حمله‌ای مسلحانه توسط یک دولت علیه دولت دیگر اعمال می‌شود. در اکتبر ۲۰۰۱ میلادی، زمانی که عملیات نظامی نیروهای بریتانیا و ایالات متحده آمریکا به‌طور رسمی در قلمرو افغانستان آغاز شد،^{۳۶} حقوق بین‌الملل عرفی اعمال حق دفاع مشروع را در برابر حمله‌ای در مقیاس بزرگ توسط یک عامل غیردولتی روا دانست؛ بنابراین در یک تحلیل نهایی و در تأیید استدلال پیشین، قانونی بودن عملیات نظامی ایالات متحده آمریکا و بریتانیا به این فرضیه منتهی می‌شود که در فاصله مابین یازدهم سپتامبر تا هفتم اکتبر سال ۲۰۰۱ میلادی، محتوای حقوق بین‌الملل عرفی متحول شده است و به‌وضوح کسی که چنین فرضی را بپذیرد با مشکلاتی جدی مواجه روبرو خواهد شد.

برای این که یک هنجار حقوق بین‌الملل عرفی آمرانه تلقی شود باید توسط جامعه بین‌المللی دولت‌ها در کلیت خود پذیرفته شده باشد. چنین امری از تعریف مقرر در ماده ۵۳ کنوانسیون وین ۱۹۶۹ میلادی درباره حقوق معاهدات آشکار می‌شود که به‌موجب آن یک هنجار آمره «هنجاری است که توسط جامعه بین‌المللی دولت‌ها در کلیت خود به‌عنوان هنجاری که هیچ عدولی از آن جایز نیست مورد پذیرش و شناسایی قرار گرفته باشد و تنها توسط یک هنجار لاحق از حقوق بین‌الملل عام با خصوصیات مشابه قابل اصلاح و تجدیدنظر است».^{۳۷} به بیان دیگری می‌توان گفت که یک هنجار آمره مستلزم وجود دست کم دو گونه اعتقاد حقوقی است. این معیار اعتقاد حقوقی دوگانه ارتباط وثیقی با بحث در خصوص احتمال قانونی بودن عملیات نظامی ایالات متحده آمریکا و بریتانیا در افغانستان دارد.

باید گفت ما پشتیبان این عقیده‌ایم که از یازدهم سپتامبر تا هفتم اکتبر سال ۲۰۰۱ میلادی، محتوای حق دفاع مشروع در حقوق بین‌الملل عرفی تا حدی دگرگون شده است. مشخصاً اگر ما بتوانیم ثابت کنیم که طی این دوره دولت‌ها عقیده خود را در رابطه با مضمون حق دفاع مشروع تغییر داده‌اند، کفایت نمی‌کند؛ بلکه باید ثابت کنیم که دولت‌ها نظرشان را در رابطه با محتوای حقوق بین‌الملل آمره نیز تغییر داده‌اند. با عنایت به این اوضاع و احوال، برآورده ساختن الزام دوم دشوار است؛ همچنان که پذیرش فرض مربوط به

۳۶- در این زمینه، ممکن است گفته شود که در فرمان اجرایی منطقه جنگی افغانستان به تاریخ دوازدهم دسامبر ۲۰۰۱ میلادی، تاریخ

شروع اقدامات جنگی از نوزدهم سپتامبر همان سال تعیین شده است.

۳۷- جمله‌هایی که درون گیومه نوشته شده به متن اصلی افزوده شده است.

تغییر و تحول یا ایجاد یک هنجار عادی در حقوق بین‌الملل عرفی ظرف مدت چهار هفته دشوار است. فی الواقع بی‌معنا است که تصور کنیم ظرف مدتی چنین کوتاه، تحول مشابهی حتی بتواند بر یک هنجار آمره تأثیر بگذارد. چنین عقیده‌ای که هنجارهای آمره را مجموعه‌ای هنجار به‌شدت ثابت و ابدی بدانیم، می‌تواند کاملاً آسیب‌زا باشد.

۳- منع توسل به زور و حق توسل به زور بر مبنای تصمیم شورای امنیت سازمان ملل متحد

در ادبیات حقوقی بین‌المللی، حقوق توسل به زور اغلب و پیش از هر چیز از منظر یک عضو سازمان ملل متحد تعریف شده است. با لحاظ حقوق منشور به‌عنوان نقطه عزیمت، باید بپذیریم که قطعاً استثنائات بیشتری به‌جز حق دفاع مشروع که در ماده ۵۱ منشور آمده، بر اصل منع توسل به زور وارد است. اگر دولتی در تغایر با ماده (۴) ۲ منشور اقدام به عملی نماید که در برابر یک حمله مسلحانه صورت نگرفته باشد، نتیجه احتمالاً این است که عمل مزبور منتج به نقض تعهد آن دولت وفق منشور ملل متحد می‌شود؛ اما لزوماً این چنین نیست. دولت مزبور ممکن است به‌موجب تصمیم شورای امنیت سازمان ملل متحد اقدام نموده باشد. با توجه به ماده ۴۲ منشور به‌طور کلی این‌گونه تعبیر شده که اگر توسل به زور برای حفظ یا اعاده صلح و امنیت بین‌المللی لازم باشد، شورای امنیت سازمان ملل متحد قدرت تصمیم‌گیری در مورد آن را خواهد داشت. این تصمیم به تمام و هر کدام از دول عضو ملل متحد حق توسل به زور در برابر دیگران را اعطاء می‌کند؛ از جمله توسل به اقدامی که به‌طور معمول نقض ماده (۴) ۲ تلقی می‌شود. اعطای چنین مجوزی به یک دولت خاص، نشان‌دهنده تعهدی مبنی بر پذیرش تصمیم و اعمال زور است.

پرسش هوشمندانه این است که آیا حق توسل به زور به‌موجب تصمیم شورای امنیتی که وفق ماده ۴۲ اتخاذ شده نیز از حقوق عرفی بین‌المللی منتج می‌شود؟ صرف‌نظر از پاسخی که داده شود، لحاظ کردن اصل کلی منع توسل به زور به‌عنوان یک هنجار آمره همچنان در درساز خواهد بود. پاسخ مرسوم به پرسش فوق احتمالاً این است که بر مبنای حقوق بین‌الملل عرفی، یک دولت حق ندارد بر اساس تصمیم شورای امنیت سازمان ملل متحد وفق ماده ۴۲ متوسل به زور شود. به‌عبارت‌دیگر، بر اساس موضع سنتی، حقوق بین‌الملل توسل به زور که در منشور ملل متحد مقرر شده تا حدودی از مفاد آن در حقوق بین‌الملل عرفی متفاوت است. در صورت اتخاذ یک تصمیم توسط شورای امنیت سازمان ملل متحد مطابق ماده ۴۲

منشور، دولتی که به موجب آن اقدام خواهد کرد، بسته به این که کدام منبع^{۳۸} را حاکم بدانیم، یا مطابق با تعهدات حقوق بین‌المللی خود اقدام نموده و یا آن‌ها را نقض نموده است. مقررات مندرج در منشور با آنچه در حقوق بین‌الملل عرفی مقرر شده به ترتیب در تعارض آشکار با یکدیگر قرار دارند. در چنین موقعیتی با عنایت دوباره به قواعد بیان‌شده در کنوانسیون وین ۱۹۶۹ میلادی، ماده مزبور در منشور باید منسوخ تلقی شود و مسلماً چنین نتیجه‌ای چندان خوشایند نیست.

راهکار واضح دیگری که می‌توان در رابطه با حق توسل به زور به موجب تصمیم شورای امنیت سازمان ملل متحد طرح کرد این است که در واقع، قوه قهریه را نه فقط با استناد به مفاد منشور بلکه طبق حقوق بین‌الملل عرفی نیز می‌توان به کار بست؛ بنابراین، وقتی دولت (الف) بر مبنای تصمیم شورای امنیت سازمان ملل متحد عمل کند، دولت دیگری که قوه قهریه علیه او اعمال شده، صرف‌نظر از این که عضو سازمان ملل متحد هست یا خیر، نمی‌تواند به مسئولیت بین‌المللی دولت (الف) استناد کند. بر اساس این دیدگاه، اختیار شورای امنیت سازمان ملل متحد مبنی بر صدور مجوز توسل به زور را باید به‌مثابه یک رژیم عینی توصیف نمود.^{۳۹} وانگهی، ما واقعاً دلیل خوبی خواهیم یافت که منشور ملل متحد را به‌منزله یک قانون اساسی جهانی یا بخشی از آن و به‌عنوان سندی فراروی حاکمیت تمام دولت‌ها به حساب آوریم. اگر منع توسل به زور را به‌عنوان یک قاعده آمره، آن‌گونه که در ماده (۴) ۲ منشور بیان شده، بپذیریم؛ آن وقت باید در تلاش خود برای بازسازی کامل مفاد هنجار آمره مربوطه تمام استثنائات احتمالی وارد بر آن را نیز به حساب آوریم. چنین استثنائاتی نه تنها شامل حق دفاع مشروع می‌شود؛ بلکه شامل تصمیم شورای امنیت سازمان ملل متحد برای توسل به زور وفق ماده ۴۲ نیز می‌گردد.^{۴۰}

حق توسل به زور به موجب تصمیم شورای امنیت سازمان ملل متحد هنجاری است که «هیچ عدولی از آن جایز نیست و صرفاً می‌تواند از طریق یک هنجار مؤخر در حقوق بین‌الملل عام با خصوصیات مشابه

۳۸- حقوق منشور یا حقوق عرفی.

۳۹- در خصوص مفهوم رژیم‌های عینی بنگرید به:

S.P. Subedi, *Land and Maritime Zones of Peace in International Law* (1996), at 174-205.

۴۰- در این صورت، گزاره هنجاری آزمایشی بدین شرح خواهد بود: «چنانچه دولتی در روابط بین‌المللی خود مستقیماً علیه تمامیت سرزمینی و استقلال سیاسی دولتی دیگر یا در تغایر با اهداف سازمان ملل متحد متوسل به زور شود و نه چنین عملی در برابر یک حمله مسلحانه انجام شده باشد و نه این که مطابق تصمیم شورای امنیت سازمان ملل متحد وفق ماده ۴۲ منشور صورت گرفته باشد؛ آن گاه عمل مزبور باید نقض یک قاعده آمره بین‌المللی تلقی گردد.»

تعدیل شود». نتیجه این که، شورای امنیت سازمان ملل متحد را باید به عنوان یک مرجع فراملی توصیف نمود که می تواند برای تمام دول جهان تصمیمات الزام آور حقوقی اتخاذ کند؛ صرف نظر از این که آن دولت ها به چنین اختیاری رضایت داده باشند یا خیر. چنین نتیجه ای برای یک حقوقدان سنتی خشمگین کننده است اما بدیهی است این فرض که اصل منع توسل به زور واجد خصیصه ای آمرانه است ما را مجبور به انتخاب هایی می کند که شاید واقعاً قصد اجتناب از آن را داریم.

۴- بسط بیشتر هنجار آمره مربوطه

اجازه دهید با توجه به فرضیات متخذه فوق قبول کنیم که اصل کلی منع توسل به زور یک هنجاری با خصیصه آمره است. همان طور که پیش تر استدلال شد باید این عقیده را بپذیریم که هنجار آمره مربوطه صرفاً شامل منع توسل به زور، آن گونه که در ماده (۴) ۲ منشور مقرر شده نیست؛ بلکه شامل تمامی استثنائات ممکن، نظیر حق دفاع مشروع نیز می شود. طبیعتاً، چنین عقیده ای می تواند بیشتر از این هم بسط پیدا کند. از آنجا که قرار گذاشتیم مفاد کامل اصل منع توسل به زور را در قالب یک گزاره بیان کنیم، بنابراین، لازم است در این گزاره تمام شروط مرتبط با این ممنوعیت را مدنظر قرار دهیم. با عنایت به رشته دلایل مذکور در بخش سوم مقاله پیش رو، هنجار آمره مربوطه این چنین صورت بندی می شود: «چنانچه دولتی در روابط بین المللی خود مستقیماً علیه تمامیت سرزمینی و استقلال سیاسی دولتی دیگر یا در تغایر با اهداف سازمان ملل متحد متوسل به زور شود و چنین عملی در برابر یک حمله مسلحانه انجام نشده باشد و یا این که مطابق تصمیم شورای امنیت سازمان ملل متحد وفق ماده ۴۲ منشور صورت نگرفته باشد؛ آن گاه عمل مزبور باید نقض یک قاعده آمره بین المللی تلقی گردد».

اکنون با صرف نظر کردن از فضیلت فصیح نویسی در بیان حقوق به شکلی نسبتاً موجز، می خواهم مدعی شوم که گزاره هنجاری فوق هنوز هم ناقص است و این ادعا را فارغ از تردیدهای موجود نسبت به لزوم یا عدم لزوم اعمال حق توسل به زور بر مبنای تصمیم شورای امنیت سازمان ملل متحد وفق ماده ۴۲ به مثابه یک هنجار آمره مطرح می کنم. بر اساس دیدگاهی که معمولاً در ادبیات حقوقی بین المللی تدریس می شود و بارها هم توسط دیوان بین المللی دادگستری تصدیق شده است، برای این که اقدام به دفاع مشروع در همان محدوده ای که حقوق بین الملل عرفی اجازه می دهد قرار گیرد، باید دو معیار

ضرورت و تناسب داشته باشد.^{۴۱} معیار تناسب وقتی و تا حدی لحاظ می‌شود که یک اقدام قهری متناسب و هم‌اندازه با هدف مشروع خود، یعنی دفع یک حمله مسلحانه در حال انجام باشد یا برای جلوگیری از حمله‌ای قریب‌الوقوع انجام شود.^{۴۲}

آشکار است که تشخیص این که آیا این دفاع از خود اقدامی متناسب بوده یا خیر، آسان نیست؛ بنابراین، برای این که این مفهوم روشن‌تر شود، دیوان‌بین‌المللی دادگستری تعدادی از اصولی را که باید مراعات شوند، مقرر کرده و مهم‌ترین آن‌ها در نظر مشورتی هجدهم جولای ۱۹۹۶ میلادی در مورد سلاح‌های هسته‌ای آمده است. دیوان‌بین‌المللی دادگستری در آن قضیه اعلام کرده مطابق با حقوق حاکم بر دفاع مشروع، برای این که توسل به زور متناسب باشد باید «معیارهای حقوقی حاکم بر درگیری‌های مسلحانه که مشخصاً شامل اصول و قواعد حقوق بشردوستانه می‌شوند» در نظر گرفته شوند. به‌درستی مشخص نیست که دیوان‌بین‌المللی دادگستری انتظار دارد ما دقیقاً چه چیزهایی را در گستره «اصول و قواعد حقوق بشردوستانه» بگنجانیم؛ باوجوداین، چیزی از اهمیت آنچه دیوان‌بین‌المللی دادگستری اشعار داشته کم نمی‌شود. دیوان‌بین‌المللی دادگستری به‌سادگی بیان کرده که حق دفاع مشروع در حقوق بین‌الملل بشردوستانه بی‌سابقه است؛ بااین‌حال، ما مایلیم آن را به نحو گسترده‌ای تعریف کنیم. اگر ما این نتیجه‌گیری را بپذیریم، آن‌وقت ناگهان کوششمان برای بازتعریف هنجار مربوطه به‌طور قابل‌توجهی گسترش می‌یابد و دامنه آن نه‌تنها شامل حقوق بین‌الملل حاکم بر توسل به زور می‌شود؛ بلکه به فراخور، بخش عمده‌ای از حقوق بین‌الملل بشردوستانه را نیز در بر می‌گیرد. نتیجه منطقی این است که بخش‌های اساسی حقوق بین‌الملل بشردوستانه را هم باید جزو قواعد آمره حساب کرد.

ادعای مشابهی را نیز می‌توان در مورد قواعد عمومی انتساب که در حقوق بین‌الملل عرفی و مواد مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها ناشی از اعمال متخلفانه مصوب ۲۰۰۱ میلادی مطرح کرد.^{۴۳} همان‌طور که از عبارات ماده ۵۱ منشور ملل متحد برداشت می‌شود، حق دفاع مشروع، در صورت وقوع «حمله‌ای مسلحانه»

۴۱- بنگرید به استدلال دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه سکوه‌های نفتی (جمهوری اسلامی ایران علیه ایالات متحده امریکا):

Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Merits, ICJ, Judgment of 6 Nov. 2003, [2003] ICJ Rep 161, para. 43, available at www.icj-cij.org.

۴۲- من در مقاله حاضر نمی‌خواهم در مورد این مسئله موضع‌گیری کنم که آیا در حقوق بین‌الملل عرفی می‌توان از حق دفاع مشروع برای اهداف پیش‌نگرانه استفاده کرد یا خیر؟.

۴۳- بنگرید به ماده‌های ۴ الی ۱۱ طرح. این ماده‌ها را کمیسیون حقوق بین‌الملل در نشست پنجاه و سوم خود در سال ۲۰۰۱ میلادی تصویب کرد و بعداً در همان سال توسط مجمع عمومی سازمان ملل متحد در قطعنامه ۵۶/۸۳ به تأیید رسید.

به یک دولت اعطاء شده است. در ادبیات حقوقی بین‌المللی بر سر معنای «حمله مسلحانه» اختلاف نظر شدیدی وجود دارد. برای نمونه، هنوز هم پس از حوادث یازدهم سپتامبر ۲۰۰۱ میلادی، تحلیل‌گران بر سر این که آیا حمله‌ای که در مقیاسی وسیع توسط یک عامل غیردولتی نظیر یک تشکیلات تروریستی بین‌المللی انجام شده، حمله‌ای مسلحانه تلقی می‌شود یا خیر، به توافق نرسیده‌اند.

اگر چه در مورد اعطای حق دفاع مشروع به یک دولت به‌خاطر حمله‌ای که دولتی علیه دولتی دیگر صورت داده، توافق نظر وجود دارد و همچنین به نظر می‌رسد در مورد تعیین این که برحسب حقوق بین‌الملل حمله‌ای توسط یک دولت صورت گرفته یا خیر اجماع نظر پدید آمده است. ما فقط از میان قواعد مربوطه در حقوق مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها، قواعد عمومی انتساب را به کار می‌گیریم. به دیگر سخن، حق دفاع مشروع را در پرتو قواعد عمومی انتساب اعمال می‌کنیم. اگر این امر را بپذیریم، درست وقتی که حق دفاع مشروع را آمره تلقی می‌کنیم، به‌طور طبیعی محتوای قواعد آمره تحت تأثیر واقع می‌شوند.

پیش‌ازاین ملاحظه کردیم که حق دفاع مشروع در حقوق بین‌الملل بشردوستانه بی‌سابقه است و بنابراین باید حقوق بین‌الملل بشردوستانه (دست‌کم بخش‌های اساسی آن) را قواعدی با خصوصیات آمره تلقی کرد و باز به دلیلی مشابه، به نظر می‌رسد که مجبوریم به قواعد عمومی مربوط به انتساب نیز خصیصه آمره ببخشیم. تا این جا، گزاره هنجاری در دستور کارمان ابعاد نگران‌کننده‌ای به خود می‌گیرد: «چنانچه دولتی در روابط بین‌المللی خود مستقیماً علیه تمامیت سرزمینی و استقلال سیاسی دولتی دیگر یا در تغایر با اهداف سازمان ملل متحد متوسل به زور شود و چنین عملی در برابر یک حمله مسلحانه که بر اساس قواعد مربوط به مسئولیت دولت‌ها قابل انتساب به یک دولت باشد، صورت نگرفته باشد؛ یا در صورتی که واقعاً چنین حمله‌ای در قبال حمله مشابهی باشد، توسل به زور قواعد و اصول حقوق بین‌الملل بشردوستانه را نقض کند و یا به دلیل دیگری نتواند دو معیار ضرورت و تناسب را برآورده سازد؛ آن گاه عمل مزبور باید نقض یک قاعده آمره بین‌المللی تلقی گردد».

لازم به ذکر است که این هنجار هنوز هم به‌واسطه استفاده از مفاهیم میانجی نظیر «قواعد مربوط به مسئولیت دولت‌ها» و «قواعد و اصول حقوق بین‌الملل بشردوستانه» به شکل مختصری ارائه شده است. یقیناً اگر تمام قواعد و اصول یک‌به‌یک به رشته تحریر در می‌آمدند، گزاره فوق می‌توانست حتی از این هم دشوارتر صورت‌پردازی و درک شود.

۵- چگونه باید آثار هنجارهای آمره را محدود کرد؟

با بررسی‌های انجام‌شده در بخش‌های سوم تا پنجم این مقاله، من به‌هیچ‌وجه وانمود نمی‌کنم که شرح جامعی از محتوای اصل کلی منع توسل به زور را ارائه داده‌ام؛ بلکه کاملاً تصدیق می‌کنم که احتمالاً با تجزیه و تحلیل بیشتر، گزاره هنجاری مذکور در انتهای بخش پنجم همچنان می‌تواند موارد دیگری را هم در بر بگیرد. تنها خواسته من جلب نظرها به آثار بسیار فراگیری است که غالباً هنجارهای آمره فراهم می‌آورند و خوشبختانه این هدف اکنون محقق شده است.

با توجه به این که آثار قواعد آمره آن‌گونه که در این مقاله شرح داده شد به طرز غیرقابل قبولی عریض و طولیل شده‌اند، به‌طور کاملاً طبیعی این پرسش پیش می‌آید که چگونه باید آثار هنجارهای آمره محدود شوند؟ بدیهی است برای صادق ماندن در نقشان به‌عنوان یک تصدیق‌کننده، نیازمند بازتعریف موضع خود هستیم. ما نیازمند ارائه تعاریف جدیدی از مفهوم قواعد آمره هستیم که بتواند با آثار قابل قبول هنجارهای آمره بهتر مطابقت کند. یقیناً چنین تعریفی می‌تواند به طرق گوناگون گردآوری شود اما من شخصاً چهار راهکار محتمل را تصور می‌کنم.

مطابق با راهکار اول؛ قواعد آمره باید با آثار محدودی که در حقوق معاهدات دارند و آن‌گونه که عمدتاً در ماده‌های ۵۳ و ۶۴ کنوانسیون وین ۱۹۶۹ میلادی آمده است، تعریف و محدود شوند. بدیهی است چنین راه‌حلی با مقررات بررسی‌شده در مقاله حاضر اختلاف اندکی را به وجود می‌آورد. همان‌گونه که پیش‌تر نشان داده شد تا آن جا که به اصل عرفی منع توسل به زور مربوط است، بخشی از مشکل حاضر به‌خاطر این است که در کنار این اصل، یک معاهده تقریباً جهان‌شمول نظیر منشور ملل متحد وجود دارد و بخش دیگر به این خاطر است که مفهوم قواعد آمره بیش‌از اندازه فراگیر است.

هیچ‌یک از این مشکلات به‌سادگی با رد و نفی آثار قواعد آمره مرتفع نخواهند شد، مگر آن که ظرفیت ابطال‌کنندگی معاهده معارض با قواعد آمره محدود شود. ضمناً محدودیت پیشنهاد شده به معنای نفی یک رویه بین‌المللی است که آشکارا به هنجارهای آمره آثار مهمی بالاتر و فراتر از آنچه در حقوق معاهدات مقرر شده، اعطاء می‌کند. برای مثال، اگر به‌طور معمول یک دولت بتواند آثار یک معاهده را به‌وسیله اعمال حق شرط، حذف یا تعدیل کند؛ چنین تحفظی چنانچه با یک هنجار آمره ناسازگار باشد، آنگاه آثار کذایی را

نخواهد داشت. اگر به‌طور معمول، یک دولت امکان‌گریز از آثار قانونی یک قاعده عرفی بین‌المللی را به‌وسیله اعتراض مستمر داشته باشد، اعتراض وی در صورتی که با هنجاری آمره در تعارض باشد، هیچ اثری نخواهد داشت. اگر به‌طور معمول، یک دولت برای توجیه نقض حقوق بین‌الملل که می‌توانست مسئولیت بین‌المللی آن دولت را در پی داشته باشد، این امکان را داشت که به معاذیر اضطرار یا ضرورت استناد کند، چنین استدلالی در صورت تعارض با قواعد آمره معتبر شناخته نخواهد شد.^{۴۴}

مطابق با راهکار دوم؛ قاعده آمره باید به‌نوعی تعریف شود که تعدیل‌کننده قدرت بالقوه‌ای باشد که ماده ۵۳ کنوانسیون وین ۱۹۶۹ میلادی به آن مفهوم اعطاء کرده است. با توجه به تعریفی که در ماده ۵۳ مقرر شده و با فرض این که قاعده آمره تنها با ظهور قاعده‌ای با خصوصیات مشابه قابل تعدیل است، ما در نهایت ناچار به بطلان یکی از دو معیار عدول‌ناپذیری یا اصل ثبات نسبی خواهیم بود. هر گزینه را بپذیریم به‌ناچار در می‌یابیم که کم‌وبیش کل مفهوم را از محتوایش تهی کرده‌ایم. بر اساس تعاریف لغت‌نامه‌ای «آمریت» به معنای مطلق، غایی، قطعی، غیرقابل‌انکار و تغییر یا تخلف‌ناپذیری است. معلوم است با عقل جور در نمی‌آید که هنجارهای آمره بین‌المللی‌ای داشته باشیم که به‌سادگی می‌توانند از طریق انعقاد یک معاهده جدید یا با ایجاد یک قاعده عادی حقوق عرفی تعدیل و تبدیل شوند. مضافاً این که، تعدیل قدرت بالقوه‌ای که به مفهوم قواعد آمره اعطاء شده، چندان با رویه بین‌المللی اخیر سازگاری ندارد؛ بلکه روند کنونی ظاهراً عکس این را نشان می‌دهد.

بیش‌ازپیش این عقیده پذیرفته شده که قواعد آمره بین‌المللی نه تنها واجد آثاری مشتمل بر معیارهای دوگانه عدول‌ناپذیری و اصل ثبات نسبی هستند، بلکه فراتر از آن‌ها نیز می‌توانند رفت. برای مثال، گاهی گفته می‌شود که اگر به‌طور معمول یک رئیس کشور یا رئیس دولت از مصونیت برخوردار باشد، به این معنا که نتوان او را در دادگاهی در یک کشور دیگر به‌خاطر ارتکاب یک جرم محاکمه نمود، چنین مصونیتی در مورد نقض قواعد آمره وجود نخواهد داشت. بر مبنای قواعد مقرر در طرح مسئولیت دولت‌ها به‌خاطر اعمال متخلفانه بین‌المللی خود مصوب سال ۲۰۰۱ میلادی، چنانچه دولتی به‌صورت فاحش یا نظام‌مند نتواند تعهدی را که بر اساس یک هنجار آمره بر او بار شده انجام دهد، هر دولت دیگری باید

۴۴- مقایسه کنید با ماده‌های مسئولیت دولت‌ها ناشی از اعمال متخلفانه بین‌المللی خود.

از شناسایی این وضعیت به عنوان یک موقعیت قانونی که ناشی از آن تخلف به وجود آمده و همچنین از ارائه کمک یا همکاری در حفظ آن وضعیت، خودداری کنند.

مطابق با راهکار سوم؛ باید به تعریف ماده ۵۳ پایبند باشیم و توأمان بپذیریم که هنجارهای آمره واجد آثاری فراتر از شرح مقرر در ماده ۵۳ هستند؛ حالا هر چه می‌خواهند باشند. در عوض، باید به این پرسش بپردازیم که چگونه می‌تواند به طرز هوشمندانه‌ای میان قواعد آمره با حقوق بین‌الملل عادی مرزبندی کنیم؟ البته اتخاذ چنین رویکردی اگر صرفاً برای هدف خاصی منظور شده باشد، مستلزم آن است که مفهوم دقیق یک هنجار حقوقی بازتعریف شود. چنین مرزبندی‌ای را می‌توان به طرق مختلفی انجام داد. برای نمونه، با استفاده از اصل منع توسل به زور به عنوان نقطه عزیمت شاید بتوانیم به آن خصیصه آمره اعطاء کنیم اما به استثنائات وارد بر آن نمی‌توان چنین خصیصه‌ای بخشید.

چنانچه پیش‌تر گفتیم، به‌ناچار باید بپذیریم هرگاه دولتی حق دفاع مشروع یا حق توسل به زور را به‌موجب تصمیم شورای امنیت سازمان ملل متحد وفق ماده ۴۲ منشور اعمال کند، در واقع به‌نحوی غیرقانونی از یک قاعده آمره بین‌المللی عدول کرده است. مسلماً نتیجه‌گیری اخیر به لحاظ منطقی بایسته نیست. حق دفاع مشروع و حق توسل به زور به‌موجب تصمیم شورای امنیت سازمان ملل متحد را نه به‌عنوان قاعده اولیه، در مقام بیان زمان و شروط مقتضی برای غیرقانونی‌بودن اقدام یک دولت، بلکه می‌توان به‌منزله یک قاعده ثانویه در نظر گرفت که بیان‌گر زمان و شرایطی است که بنابر آن، نمی‌توان به مسئولیت بین‌المللی دولت برای ارتکاب چنان عملی استناد کرد. مفاد طرح مسئولیت دولت‌ها در قبال اعمال متخلفانه بین‌المللی خود در سال ۲۰۰۱ میلادی نیز احتمالاً پشتیبان چنین راه‌حلی است منتها با موشکافی بیشتر معلوم می‌شود که چنین چیزی به همان اندازه که در ابتدا جاذبه داشت، به‌نظر نمی‌رسد.

اولاً با قبول این راهکار باید بپذیریم که حق توسل به زور به‌موجب تصمیم شورای امنیت سازمان ملل متحد را به‌عنوان حقی که می‌تواند بر اساس حقوق بین‌الملل عرفی اعمال شود، توصیف نماییم. همان‌طور که قبلاً توضیح داده شد، چنین چیزی در واقع یک توصیف ناخوشایند است. ثانیاً، هر چقدر هم که این راهکار در ارتباط با اصل منع توسل به زور مفید باشد، نمی‌توان آن را تعمیم داد. فی‌المثل، عموماً پذیرفته شده که ارتکاب جنایت جنگی باید بر اساس یک قاعده آمره منع شود و آن‌طور که از رأی

دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق در پرونده معروف تادیچ مشهود است، این قاعده باید در ارتباط با قواعد عمومی انتساب اعمال شود. روشن است که اگر بخواهیم از قرار گرفتن قواعد عمومی انتساب در فهرست قواعد آمره خودداری کنیم، در این مورد خاص تصریح بر حق دفاع مشروع و حق توسل به زور به موجب تصمیم شورای امنیت سازمان ملل متحد از نقطه نظر قواعد ثانویه نیز هیچ کمکی به ما نخواهد کرد. ثالثاً، این راهکار بیان‌گر نفی رویه بین‌المللی است. از یک نقطه نظر حقوقی، میان توصیف یک حق به‌عنوان یک قاعده اولیه که رفتار دولت‌ها را تنظیم می‌کند با توصیف آن به‌عنوان یک قاعده ثانویه که شرایط ممکن برای زائل شدن وصف متخلفانه را مشخص می‌کند، تفاوت مهمی وجود دارد.

اگر حق دفاع مشروع را نسبت به یک اقدام قهرآمیز که توسط دولت (الف) صورت گرفته، اعمال کنیم آن وقت مورد اول^{۴۵} ما را به این نتیجه می‌رساند که دولت (الف) منطبق با حقوق بین‌الملل حاکم بر توسل به زور عمل نموده است. در مورد دوم^{۴۶} مجبوریم نتیجه بگیریم که حتی اگر مسئولیت بین‌المللی دولت (الف) قابل استناد نباشد، این واقعیت باقی است که دولت مزبور حقوق بین‌الملل حاکم بر توسل به زور را نقض کرده است. روشن است که در رویه عملی دولت‌ها نه حق دفاع مشروع و نه حق توسل به زور به موجب تصمیم شورای امنیت سازمان ملل متحد در معنای اخیر به کار نرفته است.

مطابق با راهکار دیگر (راهکار چهارم)، این امکان وجود دارد که برای مرزبندی میان قواعد آمره با قواعد عادی حقوق بین‌الملل، تصمیم بگیریم به منع توسل به زور و به همین ترتیب، به استثناء یا استثنائات وارد بر آن خصیصه آمره ببخشیم منتها بدون آن که این خصیصه شامل بسیاری از قواعد بشردوستانه و قواعد مربوط به انتساب شوند. به بیان دقیق‌تر، ما می‌توانیم قواعد حقوق بشردوستانه و قواعد کلی انتساب را به‌عنوان قواعد آمره در نظر بگیریم، اما صرفاً در ارتباط با حق دفاع مشروع؛ بنابراین، به‌جز در مواردی که قواعد مزبور برای درک و اعمال حق دفاع مشروع لازم هستند، در سایر موارد وضعیت خود را در قالب قواعد عادی حقوق بین‌الملل عرفی حفظ خواهند کرد و خصیصه آمره به آن‌ها اعطاء نمی‌شود. اعطای این خصیصه به شروط دوگانه‌ای بستگی دارد که پیش‌تر ذکر شد؛ یعنی باید قوه قهریه به کار رفته در دفاع در برابر یک حمله مسلحانه قابل انتساب به یک دولت صورت گرفته

۴۵- توصیف حق به‌عنوان قاعده اولیه.

۴۶- توصیف حق به‌عنوان قاعده ثانویه.

باشد و این که باید الزامات حقوق بشردوستانه مراعات شده باشند.

من با شهود محض تصور می‌کنم که این راهکاری است که اغلب تصدیق‌کنندگان طرفدار آن خواهند بود. بی‌شک رویه و سنت حقوقی، وابستگی نزدیک میان منع توسل به زور در معنای ماده (۴) ۲ منشور از یک سو و حق دفاع مشروع و حق توسل به زور به موجب تصمیم شورای امنیت سازمان ملل متحد وفق ماده ۴۴ منشور از سوی دیگر را به رسمیت می‌شناسد. مسلماً از نظر اغلب شارحان و حقوقدانان، در صورت تعارض میان اصل منع توسل به زور و دو حق دیگر با قواعد بشردوستانه و قواعد کلی انتساب، چنین وابستگی نزدیکی نمی‌تواند وجود داشته باشد.^{۴۷} باین حال، این رویکرد همچنان مستلزم وجود برخی نتایج نسبتاً مشکل‌ساز است.

اول این که، اتخاذ راهکار اخیر بیانگر وجود دو گونه از قواعد بشردوستانه و قواعد کلی انتساب است. گونه نخست اقتضاء می‌کند که فی‌المثل یک حمله نظامی علیه یک جمعیت غیرنظامی صورت نگرفته باشد که در این صورت، این قواعد به‌طور عام بر اصل منع توسل به زور اعمال خواهند شد. گونه دیگر اقتضاء می‌کند که اقدام به دفاع مشروع علیه یک جمعیت غیرنظامی ترتیب داده نشود که در این صورت، قواعد مزبور فقط در مورد به‌کارگیری حق دفاع مشروع اعمال خواهند شد. روشن است که چنین راهکاری به چندپارگی حقوق بین‌الملل می‌انجامد. با اتخاذ این راهکار قواعد آمره دیگر آن توانایی یکپارچه‌سازی که اغلب ادعا می‌شود را نخواهند داشت؛ در عوض نیرویی است که دقیقاً در جهت مخالف، در تجزیه حقوق بین‌الملل عمل خواهند کرد.

دوم این که، این راهکار باب را برای بروز تعارضات بسیار نگران‌کننده‌ای در آینده باز خواهد گذاشت. به‌طور قطع این دو نسخه از قواعد بشردوستانه و قواعد کلی انتساب از همان ابتدا با یکدیگر در تعارض نخواهد بود چون یک نسخه به‌طور کامل از روی نسخه دیگر گرفته‌برداری شده است. هر چند که این امر فقط تا زمانی که مفاد قواعد انتساب و قواعد بشردوستانه مشابه هم باشند، پابرجا خواهد بود. البته مفاد هر دو بالاخره تغییر خواهند کرد. در واقع بر این نظر هستم که از سال ۱۹۹۶ میلادی یعنی هنگامی که

۴۷- چنین چیزی حاکی از آن است که در حقوق بین‌الملل مفسران درباره حقوق بر جنگ و حقوق در جنگ به‌مثابه دو شعبه متمایز حقوقی بحث می‌کنند.

دیوان بین‌المللی دادگستری برای نخستین بار در مورد رابطه بین حق بر جنگ و حق در جنگ اظهار نظر کرد، محتوای حقوق بشردوستانه تغییر یافته است. چنین چیزی طبعاً در درازمدت منجر به تغییر در قاعده آمره نیز خواهد شد. اما نکته حائز اهمیت اینجا است که چنین رخدادی بلافاصله انجام نخواهد شد؛ زیرا یک هنجار آمره صرفاً می‌تواند به واسطه ظهور یک قاعده آمره مؤخر که خصیصه‌ای مشابه با آن داشته باشد، تغییر کند. از این رو، دیگر نمی‌توان دو نسخه قواعد انتساب و قواعد بشردوستانه را منطقاً سازگار دانست. در چنین شرایطی با توجه به قواعد تعارض به رسمیت شناخته شده در حقوق بین‌الملل، انتساب قاعده جدید بشردوستانه را باید باطل تلقی کرد.

این موارد ما را به گزینه باقیمانده چهارم یعنی ارائه تعریف جدیدی از مفهوم قواعد آمره رهنمون می‌کند و باتوجه به راهکار اخیر، کوشش ما برای ارائه یک تعریف مناسب از قواعد آمره را باید در واقع به منزله جست‌وجو برای یافتن جام مقدس تلقی کرد. قاعده آمره اصطلاحی است که از آن برای اهداف شعاری استفاده می‌شود؛ اما با تجزیه و تحلیل دقیق‌تر باید بپذیریم که در قواعد آمره در حقوق بین‌الملل موضوعه اصلاً وجود ندارند. با پذیرش این فرض، ما تفاوت احتمالی میان قواعد آمره و قواعد عادی حقوق بین‌الملل را به طور کامل رد نمی‌کنیم؛ اما به هر حال به تفاوت‌هایی که این دو اصطلاح در معنای اجتماعی خود بروز می‌دهند اکتفا می‌کنیم؛ نه معنایی که بیان می‌کنند. مورد اخیر آن چیزی است که زبان‌شناسان ممکن است از آن تحت عنوان معنای توصیفی یاد کنند که صرفاً احساسات متفاوتی را بر می‌انگیزند؛ بنابراین، ما تفاوت میان قواعد آمره و قواعد عادی حقوق بین‌الملل را می‌پذیریم. منتها این تفاوت چیزی بیشتر از تفاوت بین دو تعبیر «مردن» و «رحلت فرمودن» یا «لچک به سرکردن»^{۴۸} و «روسری پوشیدن» توسط مسلمانان نیست و البته این، به معنای دست‌کشیدن کامل از موضعمان به عنوان تصدیق‌کننده‌ای است که تاکنون بودیم.

ملاحظات اخلاقی: موارد مربوط به اخلاق در پژوهش و نیز امانتداری در استناد به متون و ارجاعات مقاله تماماً رعایت گردیده است.

۴۸- من شخصاً «لچک به سر» را تعبیر بد و ترسناکی می‌دانم. اگر شما هم با من هم عقیده باشید، موضع من نشان می‌دهد که در به کارگیری زبان، برخی واژگان بار معنایی خیلی سنگینی دارند.

تعارض منافع: تعارض منافع در این مقاله وجود ندارد.

تأمین اعتبار پژوهش: این پژوهش بدون تأمین اعتبار مالی نگارش یافته است.

منابع

فارسی

- احمدی، محمد و پورنامداریان، تقی، ۱۳۹۶، درآمدی بر مهم‌ترین معانی اصطلاح رتوریک، **فصلنامه**

مطالعات زبان و ترجمه، شماره ۱.

- گلچین، سهیل و موسی‌زاده، رضا، ۱۴۰۱، مبانی و ماهیت حقوقی قواعد آمره از نگاه کمیسیون حقوق

بین‌الملل، **فصلنامه مطالعات حقوق عمومی**، شماره ۳.

لاتین

- Allain, J., 2001, The jus cogens Nature of non-refoulement. *International Journal of Refugee Law*, 13 (4).
- Araujo, R., 1997, Anti-Personnel Mines and Peremptory Norms of International Law: Argument and Catalyst. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 30 (1).
- Bahr, R. D., 2002, Commentary. *Critical Pathways in Cardiology*, 1 (4) .
- Becker, U., 2010, Security: A general principle of social security law in Europe. *Europa Law*.
- Brownlie, I., 2003, *Principles of public international law* (6th ed.). Oxford University Press.
- Brunnée, J., & Toope, S. J., 2004, Slouching Towards New “Just” Wars: International Law and the Use of Force After September 11th. *Netherlands International Law Review*, 51 (3).
- Carlos E. Alchourron, & Eugenio Bulygin., 1998, *The Expressive Conception of Norms*.
- Carter, B. E., Weiner, A. S., & Hollis, D. B., 2018, *International law* (Seventh edition). Aspen casebook series. Wolters Kluwer.
- Cassese, A., 2005, *International law* (2nd ed.). Oxford University Press.
- Chaplin, A. H., 1963, Report. *International Federation of Library Associations: Publications*.
- Charney, J. I., 1993, Universal international law. *American Journal of International Law*.
- Christenson, G., 1987, Jus Cogens: Guarding Interests Fundamental to International Society. *Faculty Articles and Other Publications*.

-
- Hare, R. M., 1993, *Essays in ethical theory 1*. paperback [ed.]. Clarendon Press.
 - Kasoulides, G. C., 1993, *Port state control and jurisdiction: Evolution of the port state regime*. Nijhoff.
 - Larenz, K., 1991, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. SPRINGER.
 - Lauri Antero Hannikainen, 1988, *Peremptory Norm (Jus Cogens) in International Law - Historical Development, Criteria, Present Status*.
 - Linderfalk, U., 2007, *The Effect of Jus Cogens Norms: Whoever Opened Pandora's Box, Did You Ever Think About the Consequences?*, 18 (5). *European Journal of International Law*.
 - Linderfalk, U., 2020, *Understanding jus cogens in international law and international legal discourse*. s.l.: Edward Elgar Publishing.
 - Martti Koskenniemi., 2006, *Fragmentation of international law: Difficulties arising from the diversification and expansion of international law: report of the Study Group of the International Law Commission*. UN.
 - Orakhelashvili, A., 2006, *Peremptory norms in international law*. Oxford monographs in international law. Oxford Univ. Press.
 - Paulson, S. L., & Paulson, B. L., 1998, *Normativity and norms: Critical perspectives on Kelsenian themes*. Clarendon.
 - Paulus, A. L., 2005, *Jus Cogens in a Time of Hegemony and Fragmentation: An Attempt at a Re-appraisal*. *Nordic Journal of International Law*.
 - Russell, P. H., 2021, *Sovereignty: The biography of a claim*. UTP insights. University of Toronto Press.
 - Shaw, M. N., 2003, *International law (5th ed.)*. Cambridge University Press.
 - Simma, B., Khan, D.-E., Nolte, G., & Paulus, A. L. (Eds.), 2024, *Oxford commentaries on international law. The Charter of the United Nations (Fourth edition)*. Oxford University Press.
 - Spiermann, 2002, *Humanitarian Intervention as a Necessity and the Threat or Use of Jus Cogens*. *Nordic Journal of International Law*, 71 (4).
 - Stahn, C., 2002, *International Law at Crossroads: The impact of September 11*. *Zeitschrift Für Ausländisches Öffentliches Recht Und Völkerrecht*, 62.
 - Thouvenin, J.-M., & Tomuschat, C., 2006a, *The fundamental rules of the international legal order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*. Martinus Nijhoff Publishers.
 - Thouvenin, J.-M., & Tomuschat, C. (Eds.), 2006b, *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*. Ebsco Publishing.
 - Wallace, R. M. M., 2005, *International law (5th ed.)*. Sweet & Maxwell.
 - Weisburd, A., 1995, *The Emptiness of the Concept of*. *Michigan Journal of International*

- Law, 17 (1).
- Wet, E. de, 2004, The Prohibition of Torture as an International Norm of jus cogens and Its Implications for National and Customary Law. *European Journal of International Law*, 15 (1).
 - Ziemele, I., 2004, Reservations to human rights treaties and the Vienna Convention regime: Conflict, harmony or reconciliation. *The Raoul Wallenberg Institute Human Rights Library: Vol. 17*. M. Nijhoff.
 - Ziemele, I., & Liede, L., 2012, Reservations to human rights treaties: From draft guideline 3.1.12 to guideline 3.1.5.6. *Jean Monnet working paper series: Vol. 18/12*. NYU School of Law.

Legal Civilization

ISSN: 2873-1841
ISSN: 2873-1922

No.21- Autumn 2024

The Procedure of Arbitration of ICSID about Umbrella Clause

Amirhosein Yazdani, Naser Alidoosti Shahraki

Legal Analysis of Opinions Issued by the International Court of Justice Regarding Lawsuits Related to Iran

Sima Abbasi, Shahrooz Darbandi

Conflicts between Israel and Hamas in the Mirror of International Criminal Law (2023 AD)

Mohammad Babaei, Navid Zamaneh Ghadim, Davood Alizadeh

The Role of Lifestyle and Adherence to Health Protocols in Preventing Crimes Related to COVID-19 According to Experts in Iranian Criminal Law

Iraj Morvati

Managing Transboundary Petroleum Deposits: Cooperation as a Customary Obligation

(with Emphasis on Final ICJ Award in 2017 between Ghana and Côte d'Ivoire)

Ali Rezaei, Sayyed Rasol Tabatabaei Moghaddam

Criminal Protection of Children and Adolescents at Risk in the Laws of Iran and Lebanon

Amin Reza Bahar Falamarzi

The Way of Managing the Property of Prisoners in Iranian and Turkish Laws

Sara Farzadi Mehr, Mohammadreza Haghighi, Esmail Amouri

Analyzing and Investigating the Nature of Reward in the Iranian Law System

Amir Mohammad Tavakoli, Mohammad Reza Azodi, Ghasem Tavakoli

Examining the Nature and Legal Dimensions of the Provisional Measures Issued by the Dispute Resolution Committee of the Ministry of Oil

Sheyda Ghamafroz, Mohammad Reza Afshari, Mehdi Piri

The Rights of Institutional Shareholders and Retail Shareholders in Iran's Capital Market

Parisa Rezvan, Ali Zare

Limitations on the Military Activity of Third States in the Exclusive Economic Zone of the Coastal State

Mohsen Behjati

Adoption in the Legal System of Iran and England

Zahra Makki, Esmail Kashkoulan

The Legal Basis of Establishing Non-governmental Schools in Iran, Emphasizing the Role of Education in Preventing Crime

Mina Daneshamooz, Hakimeh Abolhasani

Democratic and Authoritarian Paths in the Future of International Law

Saeid Behdoudi Nejad

Smart Cities and International Trade Law

Aram Abbaspour Jalali

The Effect of Jus Cogens Norms: Whoever Opened Pandora's Box, Did You Ever Think About the Consequences?

Soheil Golchin

The Relationship between Transparency Obligations and Foreign Investment in Renewable Energies: Realising the Potential Role of IIAs

Yusef Akhlaghi

Iran's Criminal Policy for Specific Military Crimes of the Armed Forces

Yasser Shakeri