

ابزارهای فرعی برای شناسایی قواعد حقوق بین الملل

شهرام زرنشان*

DOI: 10.22034/IRUNS.2022.190999

تاریخ پذیرش: ۲۰۲۳/۱۱/۱۱

تاریخ دریافت: ۲۰۲۳/۰۸/۰۱

چکیده

قواعد عرفی بین‌المللی همواره جایگاه ویژه‌ای در نظام منابع حقوق بین‌الملل داشته و دارند. شکل اولیه قواعد حقوق بین‌الملل مبتنی بر عرف بوده؛ قواعد معاهداتی در اثر رویکرد کشورها تبدیل به قواعد عرفی شده و تعهدات معاهداتی را برای دولت‌های غیرعضو الزام‌آور می‌سازند؛ با تحولات روز انطباق می‌یابند و در نهایت، این که در زمان حیات معاهدات و حتی با اختتام حیات معاهدات، به حیات خود ادامه می‌دهند. از این رو، می‌توان قاعده عرفی در حقوق بین‌الملل را از یک سو، «قاعده طلایی» حقوق بین‌الملل و از سوی دیگر، «عنصر نامیرای منابع حقوق بین‌الملل» نامید. توجه به موازین شکل‌گیری این منبع مهم تا سال‌ها در اولویت کمیسیون حقوق بین‌الملل جهت انجام طرح مطالعاتی ذریبط قرار نداشت. در سال ۲۰۱۲ این مهم صورت گرفت و در اثر انتشار گزارش‌های گزارشگر ویژه طرح مزبور، کشورهای مختلف از جمله ایران نیز در کمیته ششم مجمع عمومی مواضع خود را در خصوص ابعاد مختلف این گزارش‌ها و محصول نهایی این طرح مطالعاتی ابراز نمودند. مطالعه رویکرد ایران نسبت به گزارش‌های کمیسیون حقوق بین‌الملل که موضوع اصلی مقاله حاضر را تشکیل می‌دهد، نشانگر رویکرد احتیاطی ایران در مواجهه با جوانب مختلف قاعده عرفی حقوق بین‌الملل از جمله اثر عدم اقدام در شکل‌گیری رویه دولتی و اعتقاد حقوقی و شرایط حاکم بر نهاد معترض مستمر در فرایند شکل‌گیری قاعده عرفی حقوق بین‌الملل می‌باشد.

* دانشیار گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران

zarneshan@atu.ac.ir

واژگان کلیدی: ایران، کمیسیون حقوق بین‌الملل، حقوق بین‌الملل عرفی، عدم اقدام، معترض مستمر

مقدمه

به موجب ماده ۳۸ (۱) (د) اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، تصمیمات قضایی و آموزه‌های برجسته‌ترین حقوقدانان ملل مختلف به منزله ابزارهای فرعی جهت تعیین قواعد حقوقی تلقی می‌گردند. مقرر مزبور بسیار حائز اهمیت است از این حیث که اختیارات وسیعی را به دیوان در شناسایی و تفسیر قواعد حقوق بین‌الملل واگذار می‌کند. بدین ترتیب دادگاه جهانی به عنوان رکن قضایی جامعه بین‌المللی، با استفاده از ابزارهای فرعی صلاحیت عام شناسایی قواعد حقوق بین‌الملل عرفی و اصول کلی حقوقی و نیز تفسیر معاهدات بین‌المللی را خواهد داشت.

از این رو در این عرصه مراجع قضایی بین‌المللی می‌توانند از بهترین و موثرترین نقش آفرینان باشند. این مراجع به عنوان نهادهای رسمی حقوقی، از آنجاییکه در هنگام بروز اختلاف هر دولتی بر عقاید خود تکیه دارد، داور نهایی چنین اختلافی هستند^۱ که عملکردشان در تبیین قاعده و تعیین محتوای آن بسیار مهم است. این مسأله به ویژه در آنجا ارزش مضاعف می‌یابد که بدانیم اساساً فرایند شناسایی قواعد حقوقی امری فنی و تکنیکی است که صرفنظر از توافق یا عدم توافق دولتها می‌بایست توسط قضات بی‌طرف صورت پذیرد. قضاتی که همواره باید منافع جامعه بین‌المللی را مد نظر داشته باشند و این اختیاری است که دولتها خود به مراجع قضایی داده‌اند. به همین خاطر است که دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه نیکاراگوئه ابراز داشته صرف این واقعیت که دولتها برخی قواعد را به عنوان قواعد عرفی اعلام می‌کنند برای دیوان کافی نیست که آنها را بخشی از حقوق بین‌الملل عرفی قلمداد نماید. دیوان خود نیز می‌بایست متقاعد شود که وجود آن قواعد به عنوان حقوق قابل اعمال میان دولتها در عمل نیز مورد تأیید قرار گرفته است.^۲

^۱ Roberts Elizabeth, "Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation", 95 American Journal of International Law, 2001, p.772.

^۲ Case concerning *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, merits, ICJ

بدین ترتیب رویه قضایی بین المللی - علاوه بر حل و فصل اختلافات عدیده میان دولتها و سازمانهای بین المللی - گنجینه‌ای ارزشمند در راه یافتن شرایط شکل‌گیری و شناسایی قواعد حقوق بین الملل بحساب می‌آید. امروزه تردیدی در پذیرش این واقعیت وجود ندارد که آراء مراجع قضایی نقشی اساسی و مهم در تعیین قواعد حقوقی دارند. در واقع از آنجائیکه این قواعد (عرف و اصول کلی حقوقی) غالباً نانوشته و نامدون هستند و این امر عموماً اختلافات زیادی را میان دولتها دامن می‌زند، سپردن این وظیفه به نهادهای بی طرف که اعضاء آن را کارشناسان و متخصصان حقوق بین الملل تشکیل می‌دهند، تنها و بهترین راه حل ممکن برای جلوگیری از تداوم چنان اختلافاتی می‌باشد. بنابراین می‌توان گفت که کارکرد اصلی «رویه قضایی» تعیین قواعد حقوقی و محتوای دقیق آنهاست.^۳

لازم به ذکر است، منظور از رویه قضایی، تصمیمات قضایی مشابه و اتخاذ راه و روش معین در بررسی و حل و فصل قضایای شبیه به هم، توسط قضات یک یا چند دادگاه است.^۴ و این امری اصولاً جدا و منفک از آراء منفرد قضایی است. به زعم آلن پله، نگوین کک دین و پاتریک دینه، یک رأی دستگاه قضایی بین المللی چنانچه به طور منفرد و مجزا لحاظ شود موجد سابقه و یا وسیله تحدید و تعریف حقوق است، اما رویه قضایی نیست.^۵ براونلی نیز معتقد است این مجموعه

Reports. para.183.

^۳ Harris, D, J, "Cases and Materials on International Law", sixth edition, Sweet and Maxwell, 1998,

p.54, Cassese, A, "International Law", Oxford University Press, 2nd ed, 2005, p.159, Samblay, Ryszard piotrowicz and Martin Tsamenyi, "Public International Law", Oxford University Press, 1998, p.89, Joost Pauwelyn, "Conflict of Norms in Public International law", Cambridge University Press, 2003, pp.109-110.

^۴ پرویز ذوالعین، "مبانی حقوق بین الملل عمومی"، دفتر مطالعات سیاسی و بین المللی، ۱۳۸۳، ص ۷۱۴.

^۵ نگوین کک دین، پاتریک دینه، آلن پله، "حقوق بین الملل عمومی"، ترجمه حسن حبیبی، تهران انتشارات اطلاعات، جلد اول، ۱۳۸۲، صص ۶۴۴-۶۴۵.

منسجمی از آراء قضایی است که در قالب رویه قضایی طبیعتاً می‌تواند نتایج مهم حقوقی را در بر داشته باشد.^۶

در ماده ۳۸(۱)(د) اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، اگرچه بجای عبارت «رویه قضایی» از واژه «تصمیمات قضایی»^۷ استفاده شده است که احتمالاً تصمیمات فردی دیوان را هم در بر می‌گیرد، با وجود حال، عبارت اخیر غالباً در همان مفهوم رویه قضایی بکار برده می‌شود.^۸ به نظر می‌رسد استفاده اساسنامه از عبارت «تصمیمات قضایی» برای این منظور صورت گرفته تا آراء منفرد را نیز شامل شود. در عمل نیز اکثر حقوقدانان آراء منفرد دیوان را به عنوان رویه قضایی شناسایی و قواعدی را که تنها در یک رأی دیوان به آنها پرداخته شده، در حوزه مقررات حقوق بین‌الملل تصدیق نموده‌اند. به عنوان نمونه، صلاحیت ضمنی سازمانهای بین‌المللی را می‌توان در نظر گرفت که از سوی دیوان فقط در رأی مشورتی «جبران خسارت ملل متحد» شناسایی گردیده است.^۹

با این حال، همواره دولت‌هایی که نگران بودند منافع حیاتی‌شان از طریق عملکرد مستقل مراجع بین‌المللی با خطری مواجه شود، با اعطای حق ایجاد تغییر در اصول و قواعد حقوقی به قضات مخالف بودند. البته دولت‌هایی نیز بودند که در نقطه مقابل دول گروه نخست قرار داشتند و با ارائه طرح‌های متعدد، خواستار اعمال این رویه گردیدند که به عنوان مثال دیوان در مواقعی که با خلأ قانونی مواجه می‌گردد به جای استنکاف از صدور رأی بتواند بر مبنای مباحثی که آنها را قواعد حقوق بین‌الملل می‌داند به صدور رأی پردازد، که این نظریات هیچگاه مورد پذیرش قرار نگرفت. چراکه برخی معتقد بودند دیوان تنها در صورتی می‌تواند به ایجاد قاعده مبادرت نماید که بتواند عدم تعرض به حقوق دولت‌ها را که قانونگذاران بی‌رقیب جامعه بین‌المللی محسوب می‌گردند، تضمین نماید. برخی دیگر نیز رویه قضایی را با وجود دولت‌های قانونگذار،

⁶ Brownlie, Ian, "Principles of Public International Law", Oxford, 1998, p.19.

⁷ Judicial Decisions

⁸ Zimmermann, Andreas, Tomuschat Christian, Oellers-Frahm Karin, "The Statute of the International

Court of Justice, A Commentary", Oxford university press, 2006, p.784.

⁹ Cassese, A, "International Law", Oxford University Press, 2001, p.2 .

شایسته قاعده‌سازی نمی‌دانستند.^{۱۱} با این همه، به دلیل اهمیتی که رویه قضایی در توسعه حقوق بین الملل دارا بود کنار گذاردن یکسره آن از مرکب توسعه حقوق بین الملل غیر ممکن می‌نمود. اما در کنار تصمیمات قضایی، دکترین یا آموزه های برجسته ترین حقوقدانان ملل مختلف نیز ابزار فرعی دیگری هستند در جهت تبیین و تفسیر مقررات حقوق بین الملل، که ماده ۳۸(۱)(د) آن را به رسمیت شناخته است. گوا اینکه نقش آفرینی دکترین در ساخت و پرداخت حقوق بین الملل به مانند تصمیمات قضایی نیست اما بی تردید تأثیر گذاری آنها در تعمیق شناخت حقوق بین الملل و تبیین آن برای پژوهشگران، آکادمیست ها و البته دولت ها و مراجع قضایی بین المللی قابل توجه است. جالب اینکه گزارشگر ویژه کمیسیون حقوق بین الملل پروفیسور چارلز چرنر جالو در گزارش اخیر خود راجع به ابزارهای فرعی شناسایی حقوق بین الملل که کمی جلوتر بدان خواهیم پرداخت با این نظر که در سلسله مراتب منابع فرعی، تصمیمات قضائی در جایگاهی بالاتر از دکترین حقوقی قرار می‌گیرند، مخالفت ورزیده و استناد همیشگی و بی‌وقفه دیوان بین‌المللی دادگستری به نظرات کمیسیون را در آرای مشورتی خود، شاهدهی بر این مدعا قرار داده است. حتی تا جایی پیش می‌رود که وجود امکان صدور نظرات انفرادی قضات دیوان را نشانه‌ای از احترام به دکترین تلقی نموده است. اگرچه ممکن است بتوان نظرات گزارشگر ویژه را در این زمینه صحیح دانست، پرسشی که شاید وی در پاسخ به آن ناکام مانده، این است که در صورت تغییر رویه دیوان در استناد به گزارشها و پیش‌نویس‌های تنظیمی کمیسیون حقوق بین‌الملل، آیا می‌توان استنادی خارج از رویه عملی دیوان بین‌المللی دادگستری در صحنه گذاری بر اعتبار همسان دکترین با رویه قضائی ارائه نمود؟ به عبارت دیگر، اگر رویه قضائی، به خودی خود، دکترین را مورد استناد قرار نمی‌داد، همچنان دکترین در سطحی یکسان با رویه قضائی قرار داشت؟

^{۱۱} حبیبی همایون، شاملو سوده، نقش دیوان بین المللی دادگستری در توسعه حقوق بین الملل، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، ۱۳۹۲، ص ۷۶.

به هر روی، اکنون «تصمیمات قضایی» - حتی تصمیمات قضایی داخلی در موارد مربوطه - و «دکترین» نه تنها ابزاری مهم برای تبیین و تفسیر مقررات حقوق بین الملل هستند بلکه به عنوان منبع فرعی حقوق بین الملل هم مورد استناد قرار می گیرند. لذا شناخت بیشتر آنها از هر جهت حائز اهمیت است. به همین خاطر بود که کمیسیون حقوق بین الملل سازمان ملل متحد مطالعه و بررسی آنها را در دستور کار خود قرار داد. آقای جالو [اولین گزارش خود](#) در این خصوص را با عنوان «ابزارهای فرعی برای تعیین قواعد حقوق بین الملل» در جریان نشست هفتاد و چهارم کمیسیون در فوریه ۲۰۲۳ منتشر کرد.^{۱۱} هدف کمیسیون از بررسی این موضوع مطالعه و تحلیل ابزارهای فرعی برای تبیین قواعد حقوق بین الملل به منظور بهبود فهم و کاربرد قواعد حقوق بین الملل است. افزایش کارایی این ابزارها در روندهای حقوق بین المللی و نیز شناسایی ابزارهای فرعی دیگر بجز تصمیمات قضایی و دکترین، از دیگر اهداف کمیسیون در این چارچوب می باشد. بزعم گزارشگر ویژه، کمیسیون باید توجه ویژه‌ای به تصمیمات و عملکرد نهادهای قضایی و شبه قضایی داشته باشد. وی تأیید می کند که خود کمیسیون نیز در طول چندین دهه گذشته به طور معمول به تصمیمات قضایی و آموزه‌های حقوقی کشورهای مختلف در تقریباً همه موضوعاتی که تکمیل کرده است، ارجاع داده و به نوعی آنها را به رسمیت شناخته است.

آقای جالو در گزارش خود در رابطه با بازتاب هایی که ممکن است در مورد عملکرد کمیسیون در استفاده از ابزارهای فرعی برای تعیین قواعد حقوق بین الملل ارائه شود، معتقد است اولاً، دو دسته اصلی تصمیمات قضایی و آموزه‌های علمای حقوق که ماهیت و میزان استفاده از آنها در کنار سایر مواد متفاوت است و تا حد زیادی به نیاز موضوع مورد بررسی بستگی دارد، کمیسیون به طور گسترده‌ای از آنها به منظور اجرای مأموریت خود برای کمک به کشورها در تدوین و توسعه مترقی حقوق بین الملل استفاده می کند. ثانیاً در مورد تصمیمات قضایی به عنوان

¹¹ Charles Chernor Jalloh, "First report on subsidiary means for the determination of rules of international law", International Law Commission, Seventy-fourth session, February 2023.

ابزار فرعی، کار کمیسیون نشان می‌دهد که نقش‌های بسیار مهمی را در کمک به دولت‌ها در تدوین و توسعه حقوق بین‌الملل ایفا می‌کند. تصمیمات قضایی نه تنها برای شناسایی یا تأیید وجود و محتوای قواعد حقوق بین‌الملل مورد استناد قرار می‌گیرند، بلکه در برخی موارد مبنایی برای تدوین واقعی قواعد و اصول حقوق بین‌الملل و نیز منابع حقوق بین‌الملل هستند. این نشان می‌دهد در حالیکه اصولاً تصمیمات قضایی با عنوان «فرعی» برجسب‌گذاری می‌شوند، واقعیت موجود در عملکرد کمیسیون گویای آن است که آن‌ها می‌توانند شبیه به منابع اولیه حقوق بین‌الملل باشند. البته در بخش دیگری از گزارش مطرح می‌شود که تصمیمات و آموزه‌های قضایی به عنوان منابع اولیه حقوقی نیستند اما «منابع» مستندی هستند که نشان می‌دهند دادگاه می‌تواند شواهدی مبنی بر وجود قواعدی که باید براساس سه منبع دیگر اعمال کند، پیدا کند. در عمل، دادگاه‌ها از جمله دیوان بین‌المللی دادگستری بیش از آموزه‌ها به تصمیمات قضایی قبلی خود متکی هستند. این طبیعی است. زیرا به هر حال، هیچ فایده‌ای برای قضات ندارد که در هنگام حل و فصل یک اختلاف جدید، چرخ را دوباره اختراع کنند! در واقع، رویه قضایی قبلی «معمولاً برای شناسایی یا تبیین یک قاعده حقوقی استفاده می‌شود، نه برای ایجاد چنین قاعده‌ای...».

در ادامه گزارشگر ویژه به این پرسش می‌پردازد که آیا با در نظر گرفتن تحولات رویه دولتی و رویه دادگاه‌های بین‌المللی، ممکن است ابزارهای فرعی دیگری در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان وجود داشته باشد که مستحق بررسی بیشتر توسط کمیسیون باشد؟ به عنوان مثال، آیا اقداماتی مانند اقدامات یکجانبه دولت‌ها و قطعنامه‌ها یا تصمیمات سازمان‌های بین‌المللی ممکن است به عنوان منابع تعهداتی در نظر گرفته شوند که به عنوان ابزارهای فرعی برای تعیین قواعد حقوق بین‌الملل محسوب گردند؟ و در نهایت، سؤال اساسی که باید به آن پرداخته شود این است که آیا جهان ابزارهای فرعی فقط به تصمیمات و آموزه‌های قضایی واجد شرایط‌ترین علمای حقوق کشورهای مختلف محدود می‌شود یا در عوض، با در نظر داشتن ماهیت غیر جامع ماده ۳۸ اساسنامه، ابزارهای فرعی اضافی را نیز در بر می‌گیرد؟ نکته‌ای دقیق که به طرز قابل ستایشی از دید گزارشگر ویژه مخفی نمانده و در اینجا نیز قابل طرح می‌باشد این است که متون تولید شده توسط نهادهای

دارای اختیارات دولتی یا بهتر بگوییم ایجاد شده توسط دولت، مانند کمیسیون‌ها، باید جدا از «آموزه‌های حقوقی» (دکترین) در نظر گرفته شوند. چنین متونی تحت نظارت نهادهای رسمی بوده و ممکن است منعکس کننده دخالت دولت‌ها و/یا نمایندگان آن‌ها باشد. این امر آن‌ها را از «آموزه‌های حقوقی» متمایز می‌کند. بنابراین، در حوزه بند ۱ ماده ۳۸ نمی‌گنجند. این نهادها از آنجاییکه عموماً قوانینی را ایجاد نمی‌کنند، اما گاهی اوقات قواعد موجود را روشن یا استنباط می‌کنند که می‌توان گفت برای دولت‌ها الزام‌آور است، می‌توانند ابزار فرعی برای تعیین قواعد حقوق بین‌الملل در نظر گرفته شوند. این همان نقطه‌ای است که گزارشگر ویژه ضمن جداسازی اعتبار این دسته از نظرات حقوقی از دکترین، جایگاه منابع فرعی را برای آن‌ها قائل گردیده است و به نظر می‌رسد که با توجه به بیان گزارشگر ویژه، مقصود آن است که دکترین در سلسله مراتب منابع فرعی، در جایگاهی بالاتر از این متون قرار خواهد گرفت.

در نهایت و در نتیجه‌گیری پایانی گزارش، گزارشگر ویژه منبع فرعی سوم را به رویه قضائی و دکترین اضافه می‌کند که عبارت است از هر وسیله دیگری که از رویه دولت‌ها یا سازمان‌های بین‌المللی ناشی می‌شود. به نظر می‌رسد که گزارشگر ویژه در پایان گزارش مفصل خود به ابهامی جدید برخورد کرده و عملاً گزارش را ناتمام گذارده است. زیرا اتکای صرف به هر آنچه که از رویه دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی ناشی می‌شود، گذاره‌ای است به شدت مبهم و مستعد تفاسیر موسع و خطرناک است که هیچ‌گونه سازمانی را استثنا نکرده و هیچ‌گونه محدوده‌ای را بر رویه تابعان فعال و منفعل حقوق بین‌الملل قائل نگردیده است.

به مانند رویه کمیسیون در گزارش مربوط به «شناسایی حقوق بین‌الملل عرفی»^{۱۲} (۲۰۱۸)، در گزارش حاضر نیز کمیسیون حقوق بین‌الملل یافته‌های نهایی خود را در قالب برخی نتایج (Conclusions) منتشر خواهد کرد تا دولت‌ها، سازمان‌های بین‌المللی، مراجع قضایی، پژوهشگران و دانشگاهیان بتوانند در امور حقوق بین‌المللی خود بدان توسل جویند. اکنون و در

¹² Michael Wood, "Fifth report on identification of customary international law", Seventieth session, 2018.

ابزارهای فرعی برای شناسایی قواعد حقوق بین الملل _____ شهرام زر نشان

گزارش اول کمیسیون پیش نویس ۵ نتیجه را ارائه داده است که این روند در گزارش های آتی بتدریج تکمیل و نهایی خواهد شد. قلمرو و طبقه بندی ابزارهای فرعی تعیین قواعد حقوقی، معیارهای ارزیابی ابزارهای فرعی تعیین قواعد حقوقی و اشاره به تصمیمات قضایی و آموزه های حقوقی به عنوان ابزارهای فرعی شناسایی حقوق بین الملل، موضوعاتی هستند که فعلاً از سوی کمیسیون صورت بندی آنها در انتهای گزارش اول ارائه گردیده است.^{۱۳}

¹³ Jalloh, Ibid, 129.