

## تحول رویکرد «رویه قضایی» بین‌المللی در فرایند شناسایی قواعد حقوق بین‌الملل عرفی

عباسعلی کدخدایی\*

دانشیار گروه حقوق عمومی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

شهرام زرنشان

استادیار گروه حقوق دانشگاه بوعلی سینا

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۰/۴/۷ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۱/۱۰/۱۰)

### چکیده:

مراجع قضایی بین‌المللی - به خصوص دیوان بین‌المللی دادگستری - به عنوان معتبرترین نهادهای رسمی بررسی و تبیین قواعد حقوقی، عملکردشان همواره گنجینه‌ای ارزشمند در قلمرو شناسایی و احراز قواعد حقوق بین‌الملل عرفی بوده است. در این عرصه، به‌ویژه چند دهه اخیر، متأثر از تحولات ناشی از رشد و توسعه مفاهیم انسانی و اصول بشردوستی در جامعه بین‌المللی، رویکرد رویه قضایی بین‌المللی نیز - در فرایند شناسایی قواعد عرفی مرتبط با حوزه ملاحظات انسانی - متحول گردیده است. رویکردی که مبتنی است بر احراز محوری و اولیه *Opinio Juris*، برخلاف نگرش سنتی که تکیه بر کشف پیشینی و مقدم رویه بوده است.

### واژگان کلیدی:

قاعده عرفی، رویه قضایی بین‌المللی، دیوان بین‌المللی دادگستری، ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو، عرف مدرن، جامعه بین‌المللی.

**(۱) مقدمه**

عرف به عنوان منبع اولیه و اصلی حقوق بین الملل همواره قلمرو گسترده‌ای از مباحثات مراجع قضایی بین المللی بویژه دیوان بین المللی دادگستری را به خود اختصاص داده است. تبیین مفهوم عرف<sup>۱</sup> و شناسایی عناصر آن در رویه قضایی، بی شک اساس تمام تئوری پردازی‌های دکترین در رابطه با این منبع مهم حقوق بین الملل بوده است ضمن اینکه چنین رویه‌ای در طول سال‌ها به خوبی توانسته جلوه‌گر جایگاه و موقعیت این منبع اصیل در جامعه فاقد تمرکز بین المللی کنونی باشد.

در چارچوب رویکرد اصولی و سنتی رویه قضایی - که با منطوق ماده ۳۸(۱)(ب) اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری نیز منطبق می‌باشد - شناسایی قاعده عرفی مبتنی بوده است بر ملاحظه نقش تقدمی رویه و از رهگذر آن احراز اعتقاد حقوقی دولت‌ها (Opinio Juris). ارزیابی عملکرد دیوان بین المللی دادگستری و برخی مراجع دیگر در بررسی و شناسایی قواعدی در عرصه‌های مختلف حقوق بین الملل چون حقوق دریاها، حقوق توسل به زور، حقوق دیپلماتیک و کنسولی، حقوق مسئولیت بین المللی و... تصدیقی بر این امر محسوب می‌شود. اما اتخاذ چنین رویکردی در تمام موارد نمی‌توانست مؤثر باشد. تحولات جامعه بین المللی تحت تأثیر رشد و توسعه مفاهیم انسانی و حقوق بشر حکایت از آن داشت که می‌بایست در روند شناسایی قواعد حقوقی الزام آور مرتبط، رویکرد دیگری اتخاذ گردد.

در چنین عرصه‌ای فرایند مبتنی بر رویکرد سنتی هیچگاه نمی‌تواند تکیه و محور قرار گیرد چراکه در بسیاری از موارد، در بادی امر، یا رویه‌ای وجود ندارد و یا آنچه موجود است، بسیار متناقض و ناهماهنگ می‌باشد. لذا و بر همین اساس دیوان بین المللی دادگستری به منظور شناسایی قواعد عرفی مرتبط با ملاحظات انسانی علی‌الخصوص حقوق بشر دوستانه بین المللی

۱. غالب حقوقدانان بین المللی هنگام بحث در مورد حقوق بین الملل عرفی، اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری را آغاز کار خود قرار می‌دهند هرچند عرف به عنوان یکی از منابع اصلی حقوق بین الملل از مدت‌ها پیش از تصویب اساسنامه، مورد قبول جامعه بین المللی بوده است. ماده ۳۸(۱)(ب) اساسنامه مذکور تعریف دقیقی از عرف ارائه نمی‌دهد، با وجود این چارچوب کلی آن همواره در آموزه های حقوقی و رویه قضایی بین المللی مبنای ارائه تعریفی از حقوق بین الملل عرفی بوده است. به موجب این ماده: عرف بین المللی «به منزله ادله رویه عامی که به عنوان حقوق پذیرفته شده»، تعریف گردیده است. گوا اینکه در این متن اشکالاتی وجود دارد که بعضاً از سوی حقوقدانان نیز مورد اشاره قرار گرفته (برای مثال رجوع شود به: Dionisio Anzilotti, Corso di diritto internazionale, Volume primo, Introduzione - Teorie generali, 3<sup>rd</sup>, Roma 1928, p.99, In: Wolfke, 1993, p.6, Jlian Makowski, Podre cznik Prawa (miedzynarodowego, Warszawa 1948, p.12, In: Wolfke, 1993, p.6, and Wolfke, 1993, p.6 حال عبارت مذکور در پرتو آرای نویسندگان و رویه قضایی بین المللی به وضوح مبین دو عنصر مادی یا «رویه» و روانی یا «پذیرفته شدن به عنوان حقوق» می‌باشد. از این عنصر دوم، دیوان بارها به عنوان Opinio Juris sive necessitates مطرح می‌شود (ICJ Reports, 1986, para.183, ICJ Reports, 1985, para.27, ICJ Reports, 1969, para.77).

نگرش دیگری را در پیش می‌گیرد که معمولاً از آن به عنوان رویکرد یا نگرش مدرن در روند احراز قواعد عرفی یاد می‌کنند. اتخاذ چنین نگرشی با مفهوم ماده ۳۸ اساسنامه دیوان هیچ‌گونه تعارضی ندارد و با نظام دو عنصری تبیین شده در آن مغایر نیست. با این حال از آنجایی که مراجع قضایی در این چارچوب، به منظور شناسایی قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، روندی متفاوت را پیش گرفته‌اند، و تحلیل‌های متفاوتی نیز در این‌باره مطرح گردیده، لذا در ادامه ضروری است به‌شکلی تفصیلی‌تر به این موضوع پرداخته شود.

## ۲) مفهوم شناسایی و بررسی برخی مبانی نظری

شکل‌گیری و شناسایی قاعده حقوق بین‌الملل عرفی اگرچه فرایندی است از پیش تعریف شده و مبتنی بر یک نظام دو عنصری، اما هیچ‌گاه در پرتو قالبی منسجم و دقیق صورت نگرفته است. رویه قضایی بین‌المللی نشان می‌دهد مراجع قضایی در هنگام شناسایی قاعده صرف نظر از ملاحظه نظام کلی تبیین شده از قبل، از رهگذر توجه به شرایط و اوضاع و احوال و نیز سیاستی قضایی که متأثر از متغیرهایی چون نظم، عدالت و خیر مشترک می‌باشد - و از یک وضعیت نسبت به وضعیت دیگر متفاوت است - روند مذکور را پی گرفته‌اند و این امر یقیناً ناشی از این ویژگی مثبت و برجسته عرف است که به عنوان منبعی سیال با قابلیت انطباق سریع، همواره می‌تواند خود را با تحولات جامعه بین‌المللی همگام سازد.

بחי که در ادامه پیش رو خواهیم داشت، نیز در همین چارچوب قابل تحلیل می‌باشد؛ تحول در رویکرد اصولی (سنتی) رویه قضایی در فرایند شناسایی قواعد حقوق بین‌الملل عرفی. رویکردی که اصولاً بر ملاحظه عنصر روانی از رهگذر شکل‌گیری اولیه رویه مبتنی بوده است. اما در نگرش جدید کشف قاعده از طریق احراز قوی و محکم *Opinio Juris* در وهله اول صورت می‌پذیرد. به عبارت دیگر، جابجایی در عناصر شاکیه عرف هنگام ملاحظه و شناسایی آنها. چنین نگرشی اگرچه ممکن است به ظاهر مغایر منطوق ماده ۳۸(۱)(ب) اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری باشد، اما به هیچ وجه تعارضی با مفهوم آن ندارد. در این نگرش صرفاً تحولی در روش‌های شناسایی قاعده صورت گرفته است. تحولی منطبق با تحولات جامعه بین‌المللی در قلمرو حقوق بشر و به موازات رشد و توسعه مفاهیم انسانی و - همانطور که گفته شد - ما از آن به عنوان رویکرد مدرن یاد می‌کنیم.

به نظر می‌رسد منشأ چنین تحولی در رویه قضایی را می‌بایست از عملکرد دیوان بین‌المللی دادگستری در شناسایی ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو در قضیه نیکاراگوئه جستجو کرد. نحوه شناسایی ماده ۳ مشترک در رأی دیوان نشان می‌دهد که این مرجع قضایی در بادی امر از ملاحظه رویه دولت‌ها صرف نظر، و در فرایند شناسایی، برای *Opinio Juris* یا

اعتقاد حقوقی دولت‌ها نقش محوری و غالب قائل شده است که این عملکرد دیوان بعدها الگویی شد برای برخی دیگر از مراجع قضایی بین‌المللی که بدین نحو - در حدود صلاحیت خود - اقدام به شناسایی قواعد عرفی نمودند. همچنین لازم است متذکر شویم در چارچوب رویکرد جدید، *Opinio Juris* دولت‌ها نه از رویه آنان، بلکه منبعث از اصول انسانیت و تمنیات وجدان جمعی<sup>۱</sup> است. به دیگر سخن، اعتقادی که نه در چارچوب اراده دولت‌ها و منافع ملی آنان، که تحت تأثیر غالب اصول و اندیشه‌های آرمانی و ارزشی حقوق طبیعی شکل می‌گیرد. در این عرصه، شناسایی و احراز اعتقاد حقوقی دولت‌ها نیازی به وجود رویه‌های مقدم و تجربه‌های پیشینی ندارد بلکه اعتقاد حقوقی - نسبت به الزام آور بودن قاعده‌ای خاص - بر اساس همان اصول انسانیت و تمنیات وجدان جمعی که بی شک مورد قبول و پذیرش تمام اعضای جامعه بین‌المللی است - فرض گرفته می‌شود و سپس پیروی از آن در رویه دولت‌ها بررسی می‌گردد. در این چارچوب «دیوان می‌بایست متقاعد شود که وجود قاعده در *Opinio Juris* دولت‌ها، در رویه آنان مورد تأیید قرار گرفته است.» (Reports, 1986, para.184 ICJ).

پذیرش رویکردی جدید در فرایند شناسایی قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، به طور کلی واکنش‌های مختلفی را در دکتورین به دنبال داشته است. برخی چون مرون، ریچارد لیلیچ و لوری بروان، عرف مدرن را منبع حقوقی مهمی برای تعهدات حقوق بشری دولت‌ها قلمداد می‌کنند (Meron, 1989, pp.35-41). و لوییس هنکین نیز چنین تحولی را انتقال حقوق از یک مبنای دولت محور به یک مبنای ارزش محور انسان مدار و یک حقوق مبتنی بر نظام دولتی لیبرالی به حقوقی مبتنی بر خیر توصیف کرده است (Henkin, 1995-96, pp.34-35).

از رویکرد مدرن در حقوق عرفی، تلقی رویکرد هنجاری (Normative) یا اخلاقی (Morally) هم شده است. رویکردی که اساساً مبتنی است بر آنچه رویه باید باشد و نه توصیف آنچه هست (Roberts, 2001, pp.761-764). به دیگر سخن، از آنجایی که در این فرایند رویه دولت از اهمیت پایین‌تری برخوردار می‌گردد لذا حقوق در این عرصه متضمن تجویز استانداردهای ایده آل رفتاری خواهد بود تا توصیف عملکردهای موجود (Roberts, 2001, p.766, Meron, 1986, pp.19-20, Schachter, 1982, pp.133-134). به عنوان نمونه ممنوعیت شکنجه که بیشتر یک انزجار اخلاقی است از آن تا توصیفی واقعی از رویه دولت‌ها (Restatement (Third) Foreign Relations Law of The United States, 1987, para.702). ضمن اینکه در اینجا تأکید شده است، برخلاف فرایندهای معمول و سنتی عرف سازی که قاعده‌ای از پیش موجود می‌تواند در اثر نقض گسترده و شکل‌گیری رویه‌های معارض با آن تغییر و حتی تبدیل به قاعده دیگری شود، در روند جدید ساخت قاعده که در بردارنده حوزه‌های مرتبط با ملاحظات انسانی و ارزشی

1. Principles of Humanity and Dictates of the public Conscience.

است - مثلاً همین ممنوعیت شکنجه - قواعد موجود هیچ‌گاه از رهگذر نقض آن ولو به صورت گسترده، تحت تأثیر یا تغییر قرار نخواهند گرفت (Weisburd, 1995, p.49). به عبارت دیگر، وجود تناقض و تعارض در رویه دولت‌ها می‌تواند حقوق مبتنی بر رویه را متزلزل کند اما در مورد حقوق مبتنی بر ارزش‌های انسانی و اخلاقی - در اینجا حقوق عرفی مدرن - وضعیت به هیچ‌وجه این‌گونه نیست و رویه‌های متعارض خدشه‌ای به اعتبار آن وارد نخواهند آورد (Roberts, 2001, p.765). و این می‌تواند به نوعی ویژگی مثبتی برای رویکرد جدید باشد که ماهیت قواعد شکل گرفته و شناسایی شده در چارچوب آن از پایداری و انسجام ابدی برخوردار است.

همچنین بعضاً رویکرد مدرن با تفاسیری از هارت و کاسکنمی مورد مقایسه قرار گرفته است (Roberts, 2001, pp.761,766). تفسیر تجویزی (Prescriptive) هارت از حقوق و تفسیر آرمانی (Utopian) کاسکنمی از حقوق. بر اساس تفسیر اول، حقوق از رهگذر ملاحظه وقایع و توصیف آنها (Descriptive) حاصل نمی‌شود چراکه این وقایع (Fact) دلالت دارند بر آنچه هست (رویه موجود). در پرتو این تفسیر اما قواعد حقوقی همیشه تجویزی‌اند و کلاً مبتنی هستند بر آنچه باید باشد (Hart, 1961, p.183). در قالب تفسیر دوم نیز حقوق مبتنی خواهد بود بر اصولی غیر مرتبط با منافع دولت‌ها و یا اراده آنان. اصولی کاملاً اخلاقی و صرف‌نظر از واقعیات کنونی که بر جهان تحمیل می‌گردد (Koskeniemi, 2005, p.2).

متذکر می‌شویم، علی‌رغم اینکه این تفاسیر از حیث ارائه ماهیتی هنجاری و ارزشی از حقوق متضمن ویژگی‌هایی مشابه خصوصیات عرف‌سازی جدید در عرصه بحث حاضر می‌باشند، با وجود این باید در نظر داشت تفاسیر مذکور، حقوق را صرف‌نظر از واقعیات موجود مورد ملاحظه قرار می‌دهند که در فرایند ساخت آن عملکرد دولت‌ها و نقش‌آفرینی آنان به کلی نادیده گرفته شده است. امری که اساساً مغایر هرگونه نگرش و تحلیلی منطقی از روند قاعده‌سازی عرفی در حقوق بین‌الملل قلمداد می‌شود و از نقطه نظر بحث ما نیز قابل قبول نمی‌باشد.

اما رویکرد مدرن در فرایند شناسایی قواعد حقوق بین‌الملل عرفی همواره با انتقاداتی نیز مواجه بوده است. به عنوان نمونه، برخی معتقدند عرف مدرن بیشتر منعکس‌کننده ایده آل‌هاست تا واقعیات و استانداردهای رفتاری (Bodansky, 1995, p.141). ماهیت نورماتیو عرف مدرن منجر به یک خلأ عمده بین آن و رویه دولت‌ها خواهد شد (Restatement (Third) Foreign Relations Law of The United States, 1987, Para.702). همچنین گفته شده که مبانی ملتزم سازی (Regulatory) عرف مدرن متزلزل است چرا که به نظر می‌رسد قواعد عرفی در این

راستا صرفاً در بردارنده مجموعه‌ای از اهداف آرمانی هستند تا الزامات واقع‌گرایانه در مورد اعمال و رفتار دولت‌ها.

برای مثال، در چارچوب اعلامیه تونس<sup>۱</sup> و اعلامیه بانکوک (پذیرفته شده به وسیله ۳۴ دولت آسیایی در سال ۱۹۹۳)، اکثر دول غیر غربی اعلام داشته‌اند که عرف‌های مدرن حقوق بشری، واجد تعهدات الزام آور نبوده و تنها انعکاسی از یک سلسله توصیه‌های آرمانی هستند (Roberts, 2001, p.770). ضمن اینکه برخی نیز از عرف مدرن به عنوان «حقوق نرم» یاد کرده‌اند که حقوق به معنای واقعی تلقی نمی‌شود (Weil, 1983, p.415). همچنین امکان به وجود آمدن موقعیت‌هایی به منظور سوء استفاده‌های سیاسی و حقوقی، و فقدان مشروعیت به لحاظ نادیده گرفتن رضایت دولت‌ها (Fidler, 1996, pp.216-231) نیز از دیگر انتقاداتی می‌باشند که معمولاً در این عرصه مطرح می‌شوند. همچنین به زعم پروفیسور داماتو رویکرد مدرن بنیان نظری، عرف را از طریق وارونه کردن برتری سنتی رویه بر *Opinio Juris* از بین می‌برد (D'Amato, 1987, p.100). از منظر سر رابرت جنینگز، بیشتر آنچه ما سرسختانه در چارچوب حقوق بین‌الملل عرفی مدرن بر آن تأکید می‌کنیم نه تنها عرف نیست، حتی شبیه آن هم نیست. عباراتی چون عرف «مدرن»، «جدید»، «معاصر» و «آنی» ذاتاً متناقض هستند و مبانی واقعی ساخت حقوق را به چالش می‌کشند (Jennings, 1994, pp.3-5). برونا سیما و فیلیپ آلستون نیز در این عرصه معتقدند رویکرد مدرن برای عرف یک «بحران هویت» ایجاد می‌کند و لذا بهتر است قواعد حاصل از آن از منظر اصول کلی حقوق بین‌الملل مورد توجه قرار بگیرند تا عرف (Simma, Aleston, 1988-89, p.82).

بدین ترتیب باید اذعان نمود، فصل مشترک عمده انتقادات مطروحه در چارچوب بحث حاضر دلالت دارد بر نادیده گرفتن نقش غالب و برجسته رویه دولت‌ها، که به زعم پروفیسور هافمن چنین روندی ولو منطبق با عدالت، سبب نابودی نظام حقوق بین‌الملل از طریق بی ثبات کردن آن می‌شود (Hoffmann, 2006, p.15).

اما این همه ماجرا نیست. عرف مدرن علی‌رغم تمام انتقاداتی که در رابطه با آن مطرح است، - به شرحی که گفته شد و با تحلیلی که در ادامه خواهد آمد - حقیقتاً از مبانی مستحکمی برخوردار است و به همین خاطر در عرصه رویه قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری به عنوان شیوه‌ای نوین در روند قاعده‌سازی حقوقی پذیرفته شده است. پذیرش چنین شیوه‌ای به واقع واکنشی به این مسأله بوده است که نظام سنتی موجود نمی‌توانسته در تمام موارد پاسخگوی اقتضانات و ضرورت‌های جامعه بین‌المللی باشد (Fidler, 1996, pp.216-231). در رویکرد جدید اگرچه اراده دولت‌ها تا حد زیادی تعدیل می‌گردد اما نقش آفرینی آن

۱. مصوب ۴۲ دولت آفریقایی در سال ۱۹۹۲

هیچ‌گاه حذف نمی‌شود. در عرف مدرن همانطور که خواهیم گفت اصول و مبانی ارزشی و انسان‌گرایانه حقوق طبیعی جایگزین رویه دولت‌ها در وهله اول می‌گردد و از این رهگذر نقشی برجسته می‌یابد. امری که متأثر از رشد و توسعه مفاهیم انسانی و ملاحظات بشردوستانه، در چارچوب نظام بین‌الملل کنونی مورد پذیرش قرار گرفته است و از نظر ما تحولی مؤثر در فرایند عرف‌سازی و به طور کلی قاعده‌سازی بین‌المللی به حساب می‌آید. تحولی اجتناب‌ناپذیر در عصر حاضر و به منظور تحقق آرمان بشریت و احترام به کرامت انسانی.

اما ریشه و اساس این تحول کجاست؟ به عبارت دیگر، پذیرش نگرشی جدید در روند شناسایی قواعد حقوق بین‌الملل عرفی در عملکرد دیوان بین‌المللی دادگستری مبتنی بر چیست؟ همانطور که گفته شد، در رویکرد جدید احراز قاعده بر مبنای اثبات اولیه و محوری *Opinio Juris* دولت‌ها صورت می‌پذیرد. اعتقادی که نه ناشی از ملاحظه رویه، بلکه منبعث از اصول انسانیت و تمنیات وجدان جمعی است.<sup>۱</sup> در این رابطه نگارنده معتقد است اگرچه تحول در نگرش دیوان تحت تأثیر تحولات مرتبط با رشد و توسعه مفاهیم انسانی صورت گرفته است، اما ریشه و اساس چنین تحولی را به واقع باید متأثر از تدوین و تصویب شرط مارتنس در جامعه بین‌المللی دانست. اعلامیه‌ای که در آن جامعه جهانی پذیرفت در حوزه ملاحظات انسان‌دوستانه شکل‌گیری قاعده می‌تواند تحت تأثیر و نفوذ غالب اصول و اندیشه‌های حقوق طبیعی<sup>۲</sup> نیز صورت پذیرد. اعلامیه‌ای که تصویب و انتشار آن خود تحت تأثیر تحولات ناشی از رشد و گسترش اصول و مبانی حقوق بشر به ویژه در اوایل قرن بیستم بوده است و ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو که پیش از این مورد اشاره قرار گرفت به نوعی تجلی خاص همین شرط است که دیوان در شناسایی آن، ملاحظات انسانی و تمنیات وجدان جمعی را در بادی امر مورد توجه قرار داده است و این یعنی اثرگذاری و نقش آفرینی مستقیم مبانی حقوق بین‌الملل - در اینجا حقوق طبیعی - در فرایند شکل‌گیری و تحول منابع آن - در اینجا عرف -.

۱. اصولی منبعث از اقتداری و رای اراده دولت‌ها

۲. حقوق طبیعی که حقوق فطری نیز خوانده می‌شود متضمن قواعدی است که غایت مطلوب انسان است. مبنای حقوق طبیعی، مطالعه در ذات انسان و طبیعت انسانی است. حقوق طبیعی مجموعه حقوق ازلی، ابدی و تغییرناپذیر است که عموم افراد بشر از هر نژاد و جنس را در برمی‌گیرد. این حقوق طبق قانون و قاموس طبیعت مقرر گردیده‌اند، بنابراین هیچ‌قاعده موضوعه و قراردادی نمی‌تواند آنها را از انسان سلب کند. از نظر افرادی که معتقد به ویژگی مشترک طبیعت انسانی‌اند، قواعد ملهم از طبیعت بشر آنچنان اساسی هستند که هدف غائی هر نظم حقوقی تلقی می‌شوند که بر آگاهی عمومی و طلب ارزش‌های انسانی مبتنی‌اند؛ قواعدی که غایت مطلوب انسان است. بر این اساس، نظم حقوقی که متشکل بر قواعد و اصول حقوق طبیعی است، مافوق اراده افراد تلقی می‌شود، اصول و قواعدی که لازمه شخصیت انسان است. (حسام نقیسی مفرد، ۱۳۷۹)، حکمرانی مطلوب در پرتو جهانی شدن، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهردانش، ص ۶۰ - همچنین رجوع شود به: محمد علی موحد، (۱۳۸۱)، در هوای حق و عدالت، از حقوق طبیعی تا حقوق بشر، نشر کارنامه، صص (۲۱۱-۲۱۲).

ضمناً دیوان بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق نیز در یکی از آرای خود به صراحت اظهار داشته - از آنجایی که در عرصه بحث حاضر تصور خلق قاعده‌ای عرفی با تکیه بر رویه منسجم و هماهنگ دولت‌ها (عنصر مادی عرف) تقریباً غیر ممکن است - به موجب شرط مارتنس، اصول حقوق بین‌الملل بشردوستانه می‌توانند از رهگذر استناد و توسل به مقتضیات انسانی و تمنیات وجدان جمعی (Opinio Juris) به منصف ظهور برسند (ICTY, Kupreskic Case, para.527). و در همین راستا، پروفیسور مرون هم تصدیق کرده است که شرط مارتنس گرایشی را تقویت می‌کند که بر اساس آن در فرایند شکل‌گیری قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، در وهله اول، Opinio Juris<sup>۱</sup> به عنوان مبنا مد نظر قرار می‌گیرد تا رویه دولت‌ها (Meron, 2000, p.88). همچنین به همین ترتیب بوده است دیدگاه پروفیسور کاسسه در رابطه با قید مذکور (Cassese, 2000, p.214).

اما «شرط مارتنس» (Martens Clause) چیست؟ این قید ابتدا به منظور حل اختلاف میان اعضای کنفرانس‌های صلح لاهه در خصوص جایگاه جنبش‌های مقاومت در سرزمین‌های اشغالی مطرح گردید. دولت‌هایی که بر این گمان بودند ساکنان سرزمین‌های اشغالی که علیه نیروهای اشغالگر سلاح بدست گرفته‌اند باید رزمنده قانونی تلقی شوند، نمی‌توانستند برای پیشنهاد خود اکثریت آرا را به‌دست آورند. به همین دلیل مقررات مربوط به وضعیت رزمندگان در مواد ۱ و ۲ مقررات لاهه، مبارزان نیروهای مقاومت را در فهرست آنهايي که از امتیاز رزمنده بودن برخوردار بودند، قرار نداد. بسیاری از دولت‌ها شرط مارتنس را نوعی تذکر تلقی می‌کردند مبنی بر اینکه مواد یک و دو را نباید آخرین کلام در خصوص موقعیت قانونی رزمندگان دانست و این موضوع که آیا مبارزان نیروی مقاومت از همین موقعیت برخوردارند یا خیر، نباید صرفاً از طریق اشاره به حذف آنها از مواد یک و دو تعیین شود، بلکه باید از رهگذر مراجعه به اصول مندرج در این اعلامیه، حل گردد. اما امروزه شرط مارتنس نسبت به کل قلمرو حقوق بشردوستانه قابل اعمال است و این امر به اشکال مختلف در غالب اسناد مربوطه مورد تأیید و تصدیق قرار گرفته است (دیترفلک، ۱۳۸۷، صص ۵۵-۵۶).

شرط مارتنس برای اولین بار از سوی پروفیسور فردریش ون مارتنس اهل لیبونیا روسیه و نماینده تزار نیکولاس دوم در کنفرانس‌های صلح لاهه ارائه گردید و در مقدمه کنوانسیون‌های ۱۸۹۹ و ۱۹۰۷ درج گردید؛ «تا زمانی که مجموعه‌ای کامل تر از قوانین جنگی تدوین و تصویب شود، طرفین معظم موافقت می‌نمایند در مواردی که تحت شمول مقررات مصوب قرار نمی‌گیرد، غیر نظامیان و نظامیان تحت حمایت و اقتدار اصول حقوق بین‌الملل منبعث از

۱. اصول انسانیت و تمنیات وجدان جمعی



رویه‌های تثبیت شده میان ملل متمدن، اصول انسانیت، و تمنیات وجدان جمعی باقی خواهند ماند.<sup>۱</sup>

به زعم پروفیسور مارتنس محتوای این شرط از سابقه‌ای تاریخی برخوردار بوده و ریشه در آراء و اندیشه‌های حقوق طبیعی دارد (Meron, 2000, p.79). نکته‌ای که به واقع اساس بحث حاضر را شکل می‌دهد و ما در مقاطع مختلف راجع به آن به تفصیل سخن گفته‌ایم. این اعلامیه در دنیای امروز اگرچه میراثی از کنفرانس‌های صلح لاهه در اواخر قرن نوزدهم و اوایل قرن بیستم محسوب می‌شود اما این امر بدان معنا نیست که مبانی آن محدود به آن دوره و در رابطه با موضوعی مشخص بوده باشد. چارچوب و اساس این شرط از همان زمان تدوین، همواره مورد توجه و استناد بوده و همان‌طور که اشاره شد در حال حاضر نسبت به کل قلمرو حقوق بشردوستانه و نیز حقوق بشر قابل اعمال است. رویه قضایی محکمه نورمبرگ، عملکرد دیوان بین‌المللی دادگستری، فعالیت‌های نهادهای حقوق بشری و انواع متعددی از اسناد و معاهدات مرتبط شامل کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو<sup>۲</sup> ۱۹۴۹ و پروتکل‌های الحاقی در سال ۱۹۷۷<sup>۳</sup>، همگی مبین مقبولیت جهانی و پذیرش عام شرط مارتنس در سطح بین‌المللی است.

«شرط مارتنس» بی تردید در نظام حقوق بین‌الملل امروز نمادی عینی از رشد و توسعه مفاهیم انسانی و به طور کلی حقوق بشر محسوب می‌شود و همان‌طور که پیش از این مذکور افتاد حقیقتاً تحولی نوین در این عرصه به حساب می‌آید، تحولی که - از نقطه نظر نگارنده - تحول در روند شکل‌گیری و شناسایی قواعد حقوق بین‌الملل انسان‌دوستانه را نیز سبب شده است. در بخشی از این شرط به صراحت بر امکان شکل‌گیری حقوق بین‌الملل بر اساس و مبانی اصول انسانیت و تمنیات وجدان جمعی تأکید شده است و این همان نفوذ و تأثیرگذاری بلاواسطه‌ای است که اصول و مبانی حقوق طبیعی در عرصه خلق قواعد بین‌المللی از آن برخوردار گشته‌اند.

اصولی که از آن به عنوان اصل انسانیت و اصل تمنیات وجدان جمعی در اعلامیه مارتنس یاد شده است امروزه ساختار نظام حقوق بشر و بخشی از اعتقاد عمومی مشترک جهانی (Opinio Juris) را شکل می‌دهد (ICJ Reports, 1996, Dissenting Opinion of Judge Weeramantry).

1 - "Until a more complete code of the law is issued, High Contracting Parties think it right to declare that in cases not included in the Regulations adopted by them, populations and belligerents remain under the protection and empire of the principles of international law, as they result from the usages established between civilized nations, from the laws of humanity, and the requirements of the public conscience."

۲. ماده ۶۳ کنوانسیون اول، ماده ۶۲ کنوانسیون دوم، ماده ۱۴۲ کنوانسیون سوم و ماده ۱۵۸ کنوانسیون چهارم

۳. ماده (۲) پروتکل اول و بند ۴ مقدمه پروتکل دوم

که هیچ دولتی نمی‌تواند آنها را نادیده بگیرد. به دیگر سخن، اعتقاد به اصول انسانیت و ملاحظات بشردوستی به‌ویژه در حال حاضر جزیی از ارزش‌های اساسی، بنیادین و مشترک جامعه جهانی می‌باشند و دولتی که به این ارزش‌ها بی‌توجه باشد و یا باوری به وجود آنها نداشته باشد، بی‌شک نمی‌تواند جایگاهی در جامعه بین‌المللی امروز داشته باشد.<sup>۱</sup>

لذا بر اساس و در چارچوب همین تحولات، دیوان بین‌المللی دادگستری نگرش و رویکرد غالب خود را در فرایند شناسایی قواعد عرفی مرتبط - از شناسایی اولیه رویه به کشف محوری و مقدم *Opinio Juris* - مورد بازنگری قرار داد که این عملکرد دیوان خود مبنا و الگویی شد برای برخی دیگر از مراجع قضایی بین‌المللی که در آرای متعددی به همین نحو اقدام به شناسایی قواعد مربوطه نمودند. در قسمت بعد کمی بیشتر در مورد این آرا و نیز عملکرد دیوان بین‌المللی دادگستری صحبت خواهیم کرد.

### ۳) عملکرد «رویه قضایی» بین‌المللی

از نقطه نظر مفهومی و چارچوب شناسی کلی، در قسمت قبل مباحثی - تقریباً به تفصیل - راجع به عرف مدرن و فرایند شناسایی آن در عرصه رویه قضایی بین‌المللی ارائه گردید. بی‌تردید امروزه رویکرد غالب در روند احراز قواعد عرفی مرتبط با حوزه ملاحظات انسانی متأثر از تحولات ناشی از رشد و توسعه مفاهیم مربوطه، از شناسایی اولیه رویه به کشف محوری و مقدم *Opinio Juris*، متحول شده است. صرفنظر از مبانی نظری این تحول، که مورد بحث قرار گرفت، لازم است در ادامه عملکرد برخی از مراجع قضایی معتبر بین‌المللی نیز در این چارچوب مورد بررسی قرار بگیرد. بدیهی است در این قسمت تنها گلچینی از مهم‌ترین آرای قضایی - به لحاظ معرفی عملکرد - مورد توجه قرار خواهند گرفت.

#### ۱-۳) دیوان بین‌المللی دادگستری

همانطور که پیش از این مذکور افتاد، شناسایی ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ توسط دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه نیکاراگوئه نقطه عطفی بود در رویکرد جدید رویه قضایی بین‌المللی در فرایند شناسایی قواعد حقوق بین‌الملل عرفی. به موجب این ماده که اساساً در مورد مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی مصداق دارد «چنانچه منازعه

۱. در این رابطه رجوع کنید:

*Millennium Declaration*, United Nations, A/55/L.2, 2000  
Coupland, Robin, *Humanity: What is it and How does it Influence International Law?*, 83  
International Review of the Red Cross (IRRC), 2001

مسلحانه جنبه بین‌المللی نداشته باشد و در خاک یکی از دول معظم متعاقد روی دهد هر یک از متخصصین مکلفند که لااقل مقررات ذیل را رعایت نمایند:

۱- با کسانی که مستقیماً در جنگ شرکت ندارند به همراه افراد نیروهای مسلحی که اسلحه به زمین گذاشته باشند یا کسانی که به علت بیماری یا زخم یا اسارت یا هر علت دیگری قادر به جنگ نباشند باید در همه احوال بدون هیچ‌گونه تبعیضی که ناشی از نژاد، رنگ، عقیده، جنس، نسب یا هر علت مشابه آن باشد با اصول انسانیت رفتار شود.

اعمال ذیل در مورد اشخاص مذکور در هر زمان و در هر مکان ممنوع است و خواهد بود:  
الف) لطمه به حیات یا تمامیت جسمانی از جمله قتل به تمام اشکال آن، زخم زدن، رفتار بی‌رحمانه، شکنجه و آزار.

ب) اخذ گروگان.

ج) لطمه به حیثیت اشخاص از جمله تحقیر و تخفیف.

د) محکومیت و اعدام بدون حکم دادگاهی که صحیحاً تشکیل شده و جامع تضمینات قضایی که ملل متمدن ضروری می‌دانند باشد.

۲- زخم‌داران و بیماران باید جمع‌آوری و پرستاری شوند.

یک دستگاه نوع پروری بی‌طرف مانند کمیته بین‌المللی صلیب سرخ می‌تواند خدمات خود را به متخصصین عرضه بدارد. گذشته از مراتب فوق متخصصین سعی خواهند کرد تمام یا قسمتی از سایر مقررات این قرارداد را نیز از طریق موافقت‌نامه‌های مخصوص به موقع اجرا گذارند. اجرای مقررات فوق‌الذکر در وضعیت حقوقی متخصصین نخواهد داشت».

ماده ۳ مشترک به واقع حاصل توافقی است بسیار سخت و سنگین میان دولت‌ها در کنفرانس ۱۹۴۹. در این کنفرانس - که به منظور اصلاح و تکمیل حقوق بین‌الملل بشردوستانه بر اساس تجارب به‌دست آمده از جنگ جهانی دوم تشکیل شد - کمیته بین‌المللی صلیب سرخ در قالب متن کنوانسیون‌های مطروحه ماده مشترکی را پیشنهاد کرد که به موجب آن در همه مخاصمات فاقد جنبه بین‌المللی، خصوصاً در جنگ‌های داخلی، که در قلمرو یک یا چند دولت متعاقد روی می‌دهد، هر یک از طرف‌های مخاصمه موظفند ترتیبات کنوانسیون حاضر را به اجرا گذارند. بدیهی بود رهیافتی این چنین حداکثری که امکان اجرای کل کنوانسیون‌ها را در مخاصمات داخلی می‌داد، ناخشنودی و مخالفت شدید دولت‌ها را بدنبال خواهد داشت. سرانجام پس از بحث‌های طولانی، این توافق حاصل شد که در چهار کنوانسیون، ماده مشترک با عبارات مشابه گنجانده شود خاص تعیین حداقلی از قواعد بشردوستانه که طرف‌های درگیر در مخاصمات داخلی باید آن را رعایت کنند. این ماده همان ماده ۳ مشترک در متن

کنوانسیون‌های چهارگانه است که نگارش آن بسیار بیش از دیگر مواد کنوانسیون‌ها توجه هیأت‌های نمایندگی حاضر در کنفرانس را جلب کرد (Draper, 1965, p. 82).

تصویب ماده ۳ مشترک را در حقیقت می‌بایست «تحولی بنیادی» در حمایت از انسان به هنگام این نوع مخاصمات دانست (Wilhelm, 1972, p. 332). ترتیبات این ماده هر چقدر که محدود و کم شمار باشد، رخنه‌ای بی سابقه در سد نفوذ ناپذیر صلاحیت انحصاری دولت‌ها در این زمینه ایجاد کرد. پس بی راه نیست که ماده ۳ مشترک را «تحولی انقلابی» (Aldrich, 2000, p. 59) یا بهتر از آن «انقلاب حقوقی واقعی» توصیف کنند (Torreli, 1993, p. 179). زیرا دولت‌ها پذیرفتند که از آن پس اگر گروهی از مردم از فرمان حکومت سر پیچیده و بر ضد آن شوریدند، حقوق بین‌الملل بر این رابطه و نزاع مسلحانه حاکم باشد. در واقع از طریق ماده ۳ بود که ورود حقوق بشردوستانه به نظام حقوقی داخلی دولت‌ها ممکن شد و به این ترتیب شکافی عمیق بر دیوار سخت و سنگین حاکمیت دولت وارد کرد (Abi-Saab, 1986, p. 256).

اما جدا از این تفاسیر، شاید شناسایی و اعلام این ماده به عنوان جزیی از پیکره حقوق بین‌الملل عرفی عام، نقطه تکاملی تمام ملاحظات مذکور به حساب آید. امری که در سال ۱۹۸۶ و از رهگذر رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه نیکاراگوئه محقق گردید. امری که البته خود پایه گذار ظهور روش‌های نوین در عرصه احراز قواعد حقوقی نیز شد.

در چارچوب این رأی، از آنجایی که دیوان نمی‌توانست با توجه به رزرو ایالات متحده اختلافات مطروحه را با تکیه بر کنوانسیون‌های ژنو و در قالب آن مورد بررسی و حل و فصل نماید، ضمن اظهار عدم ضرورت اعلام موضع در این رابطه، به ابتکار خود مفاد این کنوانسیون‌ها به ویژه ماده ۳ مشترک را در پرتو حقوق بین‌الملل عرفی مورد توجه قرار می‌دهد. به اعتقاد دیوان - به منظور ارزیابی رفتار ایالات متحده در قبال رعایت اصول عام حقوق بشردوستانه که کنوانسیون‌های ژنو از برخی جهات توسعه و تحول و از جهات دیگر صرفاً بیان‌کننده آن هستند - مقررات ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو حداقلی از قواعد حقوقی بشردوستانه را شکل می‌دهند که در پرونده حاضر، صرف‌نظر از عدم استناد نیکاراگوئه به کنوانسیون‌های فوق و قطع نظر از رزرو ایالات متحده در این رابطه، بایستی اعمال گردند (ICJ Reports, 1986, para. 217-220). بدین ترتیب دیوان تصدیق می‌کند که اصول بشردوستانه‌ای مستقل و جدای از حقوق عهدنامه‌ای وجود دارد که این اصول در ماده ۳ مشترک منعکس و متبلور است. ماده‌ای حاوی حداقلی از مقررات که در هر مخاصمه‌ای اعم از بین‌المللی یا داخلی باید اجرا شود (ممتاز، رنجریان، ۱۳۸۴، ص ۴۲).

رویکرد جدید دیوان در روند احراز قواعد عرفی در آرای بعدی آن نیز به همین نحو مورد توجه قرار گرفته است. به عنوان نمونه در رأی مربوط به مشروعیت تهدید یا استفاده از سلاح‌های هسته‌ای در حقوق بین‌الملل ۱۹۹۶. در چارچوب این رأی و به منظور شناسایی حقوق بشردوستانه قابل استناد در پرونده، دیوان پس از اینکه نتوانست دریابد در عرصه حقوق بین‌الملل منع جامع و جهان‌شمولی فی نفسه در مورد تهدید یا کاربرد سلاح‌های هسته‌ای وجود دارد، پاسخ به این پرسش را پیش روی خود قرار داد که آیا توسل به سلاح‌های هسته‌ای را با در نظر گرفتن اصول و قواعد حقوق بین‌الملل بشردوستانه قابل اعمال در درگیری‌های مسلحانه می‌توان نامشروع تلقی کرد یا خیر؟ (ICJ Reports, 1996, para. 74).

در این راستا دیوان ضمن تأیید و تصدیق نظر اکثریت وسیعی از دولت‌ها و همچنین حقوقدانان دال بر قابل اعمال بودن اصول و قواعد حقوق بشردوستانه حاکم در درگیری‌های مسلحانه نسبت به تهدید یا کاربرد احتمالی سلاح‌های هسته‌ای و در این چارچوب بررسی اصولی چون تفکیک و منع ایراد درد و رنج غیر ضرور، اذعان می‌دارد؛ تصور شرایطی که در آن کاربرد سلاح‌های هسته‌ای حقوق بین‌الملل بشردوستانه را نقض نکند دشوار است به‌ویژه در پرتو خصوصیات منحصر به فرد این‌گونه سلاح‌ها (Ibid, para. 75-76).

به زعم دیوان، اصول مذکور متضمن ماهیتی بنیادین می‌باشند که می‌بایست توسط کلیه دولت‌ها اعم از اینکه کنوانسیون‌های دربردارنده آن اصول را تصویب کرده باشند یا خیر، رعایت شوند. زیرا آنها اصول غیرقابل تخطی حقوق بین‌الملل عرفی هستند و منعکس‌کننده ملاحظات اولیه بشری (Ibid, para. 79). دیوان همچنین در ادامه ماهیت عرفی کنوانسیون چهارم لاهه ۱۹۰۷ و مقررات ضمیمه آن، کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹ و کنوانسیون پیش‌گیری و مجازات جنایت ژنوسید ۱۹۴۸ را مورد تأیید قرار می‌دهد. دیوان در این رهگذر به محتوای گزارش دبیرکل سازمان ملل متحد بر اساس قطعنامه ۸۰۸ شورای امنیت ۱۹۹۳ نیز استناد می‌کند. بر اساس این گزارش، الحاق گسترده دولت‌ها به معاهدات مذکور و اینکه قیود فسخ و خروج موجود در آنها هرگز مورد استفاده قرار نگرفته‌اند، می‌تواند بیانگر وصف عرفی این اسناد باشد. به اعتقاد دیوان قواعد مندرج در کنوانسیون‌های فوق‌الذکر مجموعه‌ای از قواعد را فراروی جامعه بین‌المللی قراردادده که اکثریت وسیعی از آنها قبلاً به عرف تبدیل شده و مهم‌ترین اصول بشردوستانه مورد پذیرش جهانی را متبلور می‌سازند و لذا منعکس‌کننده رفتار و عملکرد طبیعی مورد انتظار دولت‌ها می‌باشند (Ibid, para. 80-83).

بدین ترتیب بعد از رأی معروف نیکاراگوئه ۱۹۸۶، در چارچوب رأی مشورتی سال ۱۹۹۶ نیز شاهد جنبه‌هایی دیگر از تجلی پذیرش رویکردی مدرن در عرصه شناسایی قواعد حقوق

بین الملل عرفی هستیم. فرایند شناسایی اصول و قواعد بشردوستانه در قالب این رأی به خوبی مبین تأثیرگذاری و نفوذ اصول انسانیت و تمینات وجدان جمعی است در روند احراز قواعد. در پایان این قسمت مجدداً اذعان می‌کنیم - نه تماماً - اما در غالب موارد رویکرد دیوان بین‌المللی دادگستری در فرایند شناسایی قواعد حقوق بین‌الملل عرفی مرتبط با حوزه ملاحظات انسانی متأثر از رشد و توسعه مفاهیم مربوطه - به توضیحی که پیش از این آمد - متحول شده است و به تاسی از همین تحول برخی از مراجع کیفری بین‌المللی نیز در دهه نود و بعد از آن اقدام به شناسایی قواعد عرفی نموده‌اند. استناد مکرر این مراجع به آراء دیوان بین‌المللی دادگستری به ویژه رأی ۱۹۸۶ (نیکاراگوئه) در رابطه با شناسایی ماده ۳ مشترک، به خوبی نشان می‌دهد مراجع مذکور به چه نحو از رهگذر نگرشی جدید قواعد عرفی را احراز کرده‌اند که در ادامه سعی می‌گردد بخشی از عملکرد این مراجع نیز مورد ملاحظه قرار بگیرد.

### ۲-۳) دیوان بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق و رواندا

وقوع دو حادثه مهم در اوایل و اواخر قرن بیستم تأثیر شگرفی بر حقوق بین‌الملل کیفری گذاشت. نخستین حادثه، محاکمه جنایتکاران جنگی در نورمبرگ و توکیو پس از خاتمه جنگ جهانی دوم بود و دومین آن مربوط است به تشکیل دادگاه‌های کیفری برای رسیدگی به جرائم ارتكابی در یوگسلاوی سابق و رواندا. در رابطه با تحول اخیر، لازم به توضیح است، با ایجاد این مراجع فصل نوینی در عرصه تحولات حقوق بین‌الملل کیفری گشوده شد و به خصوص از نقطه نظر بحث حاضر بستری فراهم گشت که در چارچوب آن صرف‌نظر از جرم‌انگاری نقض مقررات حقوق بشردوستانه داخلی و ورود مسوولیت کیفری فردی به این عرصه، حقوق بین‌الملل بشردوستانه به نفع مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی توسعه یافت. در این رابطه به ویژه عملکرد دیوان کیفری یوگسلاوی سابق غالباً دلالت دارد بر شناسایی و احراز قواعد عرفی از رهگذر بسط و گسترش شمولیت قواعد حاکم بر مخاصمات مسلحانه بین‌المللی به منظور اعمال در نزاع‌های مسلحانه داخلی. یا به عبارت دیگر، نادیده گرفتن تفکیک بین جنگ بین‌المللی و جنگ داخلی از نقطه نظر اعمال قواعد یکسان.

### ۱-۲-۳) مسوولیت کیفری فردی در پهنه مخاصمات مسلحانه داخلی

به طور کلی کیفری شدن نقض قواعد حاکم بر مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی و احراز مسوولیت کیفری فردی در قلمرو آن، مستلزم توسعه سیستم «نقض عمده» از مخاصمات مسلحانه بین‌المللی به عرصه نزاع‌های داخلی است. در پرتو رسیدگی‌های محاکم نورمبرگ و توکیو و سپس تصویب کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو در سال ۱۹۴۹، به تدریج اصل مسوولیت کیفری فردی در خصوص نقض شدید برخی قواعد بین‌المللی بشردوستانه و پیرو آن مفاهیمی

چون «جنایت علیه صلح»، «جنایات جنگی» و «جنایات علیه بشریت» مورد شناسایی قرار گرفت. اما چنین تحولی در عرصه حقوق بین‌الملل کیفری صرفاً مربوط به مخاصمات مسلحانه بین‌المللی می‌شد.

با آغاز درگیری‌های خونین در قلمرو یوگسلاوی سابق و رواندا و آشکار شدن نقض گسترده حقوق بشر دوستانه که منجر به تشکیل مراجع کیفری خاص به شرح مذکور گردید، شورای امنیت سازمان ملل متحد در چارچوب اساسنامه این مراجع تصدیق نمود<sup>۱</sup> که اعمال ناقض مقررات حقوق بین‌الملل بشر دوستانه در مخاصمات غیر بین‌المللی نیز متضمن وصف کیفری بوده و مرتکبین آن اعمال بایستی تحت تعقیب قرار بگیرند.<sup>۲</sup> این اقدام راه را برای شناسایی مسوولیت کیفری فردی در عرصه مخاصمات داخلی توسط رویه قضایی بین‌المللی بسیار هموار نمود به نحوی که دیوان یوگسلاوی سابق در قضیه تادیچ - استیناف ۲ اکتبر ۱۹۹۵ - به صراحت اظهار نظر نمود؛ نقض ماده ۳ مشترک و به طور کلی تمامی موارد نقض جدی حقوق بشر دوستانه بین‌المللی مربوط به مخاصمات داخلی، جنایت بین‌المللی تلقی می‌گردند.

به‌زعم دیوان ماده ۳ اساسنامه دیوان یوگسلاوی سابق فقط متضمن نقض قواعد مندرج در کنوانسیون چهارم لاهه نیست، این ماده حاوی عباراتی کلی است که شامل تمام موارد نقض حقوق بشر دوستانه می‌گردد اعم از اینکه حین یک مخاصمه بین‌المللی رخ داده باشد یا اینکه نزاعی داخلی (ICTY, Tadic Case, 1995, para. 89).

همچنین به همین ترتیب بود وضعیت در پرونده آکایسو و برخی دیگر از پرونده‌ها در چارچوب دیوان بین‌المللی رواندا (ICTR, Akayesu Case, 2000, p. 472-474, ICTR, Musema) (Case, 2000, para. 242).

### ۳-۲-۲) اصل تفکیک

همانطور که پیش از این اشاره شده است، اصل تفکیک در عرصه مخاصمات مسلحانه بین‌المللی یکی از «اصول غیر قابل تخطی حقوق بین‌الملل عرفی» محسوب می‌شود (ICJ Reports, 1996, para. 78-79). در چارچوب مخاصمات مسلحانه داخلی نیز برآیند عملکرد دیوان کیفری یوگسلاوی سابق همین امر را تصدیق می‌کند.

۱. البته در مورد دیوان یوگسلاوی به صورت تلویحی

2 - Article 3 and 1 of the statute international criminal tribunal for former Yugoslavia, www.Un.org/ICTY., Article 3 and 4 of the statute of the international criminal tribunal for Rwanda, www.un.org/ICTR.

در رابطه با این تسری، مرجع اخیر معتقد است؛ بر مبنای منابع مختلف از جمله رفتار دولت‌های متخاصم، حکومت‌ها و شورشیان<sup>۱</sup>، سالنامه‌های نظامی، اقدامات سازمان بین‌المللی صلیب سرخ، قطعنامه‌های ۲۴۴۴ و ۲۶۷۵ مجمع عمومی سازمان ملل متحد و اعلامیه‌های متعدد صادره از سوی سازمان‌های منطقه‌ای، قاعده‌ای عرفی وجود دارد دال بر حمایت از غیر نظامیان طی جنگ‌های داخلی به ویژه ممنوعیت حمله علیه شهروندان در صحنه اینگونه مخاصمات (ICTY, Tadic Case, 1995, para.100-127).

در قضیه مارتیچ نیز شعبه رسیدگی کننده به همین ترتیب تصدیق می‌کند - به گونه‌ای که در حقوق عرفی مورد توجه قرار گرفته - جمعیت غیر نظامی و شهروندان نایستی هدف حمله باشند و این یکی از قواعد بنیادین حقوق بین‌الملل بشردوستانه قابل اعمال در تمامی مخاصمات مسلحانه است (ICTY, Martić Case, 1996, para.10-14).

همچنین به زعم دیوان یوگسلاوی سابق در قضیه بلاسکیچ، مقررات خاص ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ به نحو قابل قبولی ممنوعیت حمله علیه شهروندان مندرج در پروتکل اول الحاقی را نسبت به مخاصمات داخلی تسری می‌دهد. به اعتقاد دیوان، طرفین چنین مخاصمه‌ای متعهدند به منظور تمایز میان اهداف نظامی و اشخاص و اموال غیر نظامی از هیچ گونه کوششی فروگذار ننمایند. حمله علیه اهداف غیر نظامی جنایتی است که حتی با ضرورت‌های نظامی هم قابل توجیه نیست و این نقض ماده ۳ مشترک است (ICTY, Blaskić Case, 2000, para.170).

در قضیه کوپرسکیچ نیز دیوان تصریح دارد بر حمایت از شهروندان در هنگام مخاصمه<sup>۲</sup> و اذعان می‌کند که اصل تفکیک یک اصل شناخته شده جهانی است و شالوده حقوق بشردوستانه مدرن. در این رابطه دیوان با اشاره به دست آوردهای رأی تادیچ - به شرحی که گفته شد - به صراحت بر ماهیت عرفی اصل مذکور در هر دو مخاصمه داخلی و بین‌المللی مهر تأیید زده و تأکید دارد این قاعده از سوی هیچ دولتی مورد مخالفت قرار نگرفته و مورد مجادله و اعتراض نیز نبوده است. به ویژه از سوی دولت‌هایی که پروتکل اول الحاقی را تصویب نکرده اند. به زعم دیوان اکنون ماده ۵۷ پروتکل یک جزئی از حقوق بین‌الملل عرفی است و همچنین قابل اعمال بر مخاصمات مسلحانه داخلی (ICTY, Kupreskić Case, 2000, para.521).

در این راستا انجام حملات کورکورانه نیز ممنوع می‌باشد چراکه اینگونه حملات نمی‌توانند مرز میان اهداف نظامی و اموال و اشخاص غیر نظامی را رعایت کنند. دیوان یوگسلاوی سابق در قضایای دیگری چون ملادیچ و کارادزیچ در سال ۱۹۹۶ (ICTY, Karadžić

۱. در جریان جنگ‌های داخلی در اسپانیا، کنگو، نیجریه و السالوادور

۲. اعم از داخلی یا بین‌المللی



18. and Meladic Case, 1996, para. 18)، کردیچ در سال ۱۹۹۹ (ICTY, Kordic Case, 1999, para. 31) و قضیه کوپرسکیچ (ICTY, Kupreskic Case, 2000, para. 522). به همین ترتیب هرگونه حملات کورکورانه به اهداف دشمن را ممنوع و صراحتاً چنین ممنوعیت غیر تبعیض آمیزی را به عنوان یک تعهد پذیرفته شده در حوزه مخاصمات مسلحانه داخلی مورد شناسایی قرار می‌دهد.

بدین ترتیب در این قسمت می‌توان نتیجه گرفت، به زعم دیوان کیفری یوگسلاوی سابق امروزه اصل تفکیک نه تنها قاعده‌ای مسلم و پذیرفته شده در مخاصمات مسلحانه بین‌المللی است، بلکه در عرصه مخاصمات داخلی نیز از چنین ماهیتی برخوردار است.

### ۳-۲-۳ ممنوعیت شکنجه

در میان رفتارهای ضد انسانی که آدمیان از دیر باز بر هم‌نوع خود روا می‌داشته‌اند، یکی هم شکنجه است. تحمیل رنج شدید جسمی بر یک شخص برای مجازات یا واداشتن او به اعتراف به جرم یا افشای نام همدستان (رنجیریان، ۱۳۸۴، ص ۱۴۸).

امروزه تقریباً تمام اسناد مرتبط با حقوق بشر و حقوق بشردوستانه شکنجه را به عنوان یکی از موارد نقض آشکار حقوق انسان و لطمه به شرافت و سلامت جسمی و روانی او ممنوع کرده‌اند. ممنوعیتی که می‌توان سرچشمه آن را از کد لیب (۱۸۶۳) گرفت و تا تصویب کنوانسیون منع شکنجه در سال ۱۹۸۴ به پیش آمد. ممنوعیتی که هم در زمان صلح و هم در هنگام جنگ<sup>۱</sup> مطلق و غیر قابل تعلیق است.

ممنوعیت مصرح به شرح مذکور، در عرصه حقوق بین‌الملل عام نیز مورد شناسایی قرار گرفته است. در این رابطه صرف نظر از دیدگاه‌های تأیید کننده دولت‌ها، سازمان‌های بین‌المللی و نهادهای حقوق بشری، - از نقطه نظر حقوق بشردوستانه - رویه قضایی بین‌المللی به طور مشخص بر این امر تصدیق نموده است که ممنوعیت شکنجه در حال حاضر جزئی از حقوق بین‌الملل عرفی محسوب و حتی در سلسله مراتب میان منابع حقوق بین‌الملل در حد یک قاعده آمره بین‌المللی ارتقاء یافته است. در این چارچوب ضروری است یک بار دیگر رأی معروف دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه نیکاراگوئه (۱۹۸۶) مورد توجه قرار بگیرد.

دیوان در این رأی به ویژه در عرصه شناسایی ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو، ضمن تأیید و تصدیق ماهیت عرفی این ماده، محتوای آن را منعکس کننده ملاحظات اولیه بشری دانسته که تضمین کننده حداقلی از مقررات بشردوستانه می‌باشد و این حداقل - که ممنوعیت شکنجه نیز بخش مهمی از آن است - می‌بایست در هر مخاصمه‌ای اعم از بین‌المللی یا داخلی رعایت شود (ICJ Reports, 1986, para. 217-220). جز این، عملکرد دیوان بین‌المللی

۱. اعم از بین‌المللی یا داخلی

دادگستری در رأی مشورتی مربوط به مشروعیت تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای (۱۹۹۶) نیز از نقطه نظر شناسایی اصول اساسی بشردوستانه مندرج در کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو، دلالت می‌کند بر ارتقای موقعیت قاعده منع شکنجه در قلمرو حقوق بنیادین عام (ICJ Reports, 1996, para. 80-83).

با وجود این به نظر می‌رسد رویه دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق ارائه‌گر تجلی بارزتری از جایگاه قاعده ممنوعیت شکنجه در حقوق بین‌الملل عرفی باشد. این مرجع در رأی معروف خود در تاریخ دهم دسامبر ۱۹۹۸ - *Furnudzija Case* - ضمن اشاره به این نکته که نظام بین‌الملل حقوق بشر و حقوق بشردوستانه در مسأله شکنجه به صورت هم به پیش آمده‌اند، به طور ویژه و خاص به بررسی عرفی بودن ممنوعیت شکنجه پرداخته و در نهایت فراتر از آن، بر امره بودن این قاعده و عام‌الشمول بودن تعهدات ناشی از آن مهر تأیید می‌زند. به زعم دیوان چنین ممنوعیتی به تدریج و از همان هنگام تدوین و تصویب کد لیبیر، کنوانسیون‌های لاهه به ویژه مواد ۴ و ۶ نظام نامه‌های منضم به کنوانسیون چهارم ۱۹۰۷، کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹ و پروتکل‌های الحاقی مصوب ۱۹۷۷، به عرصه حقوق بین‌الملل عام راه پیدا کرده است. از نظر دیوان اسناد مذکور به ویژه کنوانسیون‌های ژنو از سوی تمامی دولت‌های جهان پذیرفته شده‌اند و از این رهگذر ممنوعیت شکنجه مندرج در آنها نیز از مقبولیتی جهانی برخوردار گردیده است (Furnudzija Case, 1998, pp. 137-142).

جز *Furnudzija Case*، دیوان بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق در آرای دیگری از جمله *Jeliscic Case* در سال ۱۹۹۹ (ICTY, *Jeliscic Case*, 1999, para. 138)، (*Kupreskic Case*) در سال ۲۰۰۰ (ICTY, *Kupreskic Case*, 2000, para. 822-23) و (*Kunarac Case*) در سال ۲۰۰۱ (ICTY, *Kunarac Case*, 2001, para. 466, 883, 886, 888)، نیز به همین ترتیب ماهیت عرفی ممنوعیت شکنجه در قلمرو حقوق بین‌الملل و اوصاف متصف به آن را مورد تصدیق مجدد قرار می‌دهد. بجز موارد فوق، موضوعات دیگری نیز در عرصه بحث حاضر قابل طرح می‌باشند که از آنجایی که هدف تنها ارائه‌الگویی از نحوه عملکرد مراجع مزبور بوده است، لذا در رابطه با نمونه‌های مطروحه، به همین حد اکتفا و اظهار امیدواری می‌شود امکان بررسی و تحلیل‌های بیشتر در این خصوص در چارچوب مقال‌های دیگری فراهم گردد.

#### (۴) نتیجه

در پایان، مجدداً متذکر می‌شویم اتخاذ رویکرد سنتی، در فرایند شناسایی قواعد عرفی مرتبط با حوزه ملاحظات انسانی، هیچگاه نمی‌توانست مؤثر باشد. اکنون در جامعه بین‌المللی پذیرفته شده است که روند احراز قواعد عرفی در این حوزه، می‌بایست منطبق با رویکرد

جدید صورت پذیرد یعنی از رهگذر شناسایی و کشف محوری *Opinio Juris*؛ عنصر اساسی که در چارچوب بحث حاضر نه ناشی از ملاحظه اولیه رویه دولت‌ها، بلکه منبعث از اصول انسانیت و تمنیات وجدان جمعی است؛ اصولی ازلی و ابدی و مبتنی بر آراء و اندیشه‌های ارزشی و آرمانی حقوق طبیعی. البته این امر بدان معنا نخواهد بود که در عرصه مورد بحث، لزوماً در تمام موارد روش شناسایی این‌گونه می‌باشد. محتمل است ظهور و احراز قاعده‌ای عرفی در این قلمرو از رهگذر توسل به همان رویکردهای سنتی، به گونه‌ای که همچنین در مورد ارزیابی و شناسایی اصل حق تعیین سرنوشت در رویه قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری شاهد بودیم (ICJ Reports, 1975, para. 54-55).

آنچه در این نوشتار گذشت، بررسی مختصری بود از تحول رویکرد رویه قضایی بین‌المللی در فرایند شناسایی قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، تحولی ناشی از رشد و گسترش مفاهیم انسانی و اصول انسانیت در جامعه بین‌المللی. جامعه‌ای فاقد تمرکز که در آن عرف به واسطه ویژگی‌هایی چون سیال بودن و قابلیت انطباق سریع، از موقعیت ویژه‌ای نسبت به سایر منابع حقوق بین‌الملل برخوردار است. در این عرصه مراجع قضایی علی‌الخصوص دیوان بین‌المللی دادگستری از معتبرترین نهادهای بررسی و ارزیابی قواعد حقوقی به حساب می‌آیند که عملکردشان متأثر از تحولات مستمر و مداوم جامعه بین‌المللی، گنجینه‌ای بسیار ارزشمند در قلمرو شناسایی و احراز قواعد حقوق بین‌الملل عرفی محسوب می‌شود.

## منابع و مأخذ

### الف - فارسی

- رنجبریان، امیرحسین، (۱۳۸۴)، جایگاه قاعده منع شکنجه در حقوق بین‌الملل معاصر، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۷۰.
- فلک، دیترا، (۱۳۸۷)، حقوق بشردوستانه در مخاصمات مسلحانه، ترجمه سید قاسم زمانی، نادر ساعد، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهردانش، تهران.
- ممتاز، جمشید و رنجبریان امیرحسین، (۱۳۸۴)، حقوق بین‌الملل بشردوستانه مخاصمات مسلحانه داخلی، کمیته ملی حقوق بشردوستانه، نشر میزان.

### ب - خارجی

#### ب.۱. کتب و مقالات

- Akehurst, M, (1974-75), *Custom as a Source of International Law*, 47 British Yearbook of International Law.
- Bodansky, Daniel, (1995), *Customary (and Not So Customary) International Environmental Law*, 3 Indian Journal of Global Legal Studies.
- Cassese, A, (2000), *The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky?*, European Journal of International Law, Vol. II, No. 1.
- Coupland, Robin, (2001), *Humanity: What is it and How does it Influence International Law?*, 83 International Review of the Red Cross (IRRC).
- D'Amato, A, A, (1987), *Trashing Customary International Law*, 81 American Journal of International Law.

- Elizabeth Roberts,(2001), *Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation*, 95 American Journal of International Law.
- Fidler David,(1996), *Challenging the Classical Concept of Custom, German Yearbook of International Law*.
- Hoffmann, T,(2006), *Dr.Opinio Juris and Mr.State Practice: The Strange Case of Customary International Humanitarian Law*, Budapest.
- Henkin, Louis,(1995-96), *Human Rights and State Sovereignty*.
- Hart, H. L. A,(1961), *The Concept of Law*.
- Koskenniemi, Martti,(2005), *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge University Press.
- Wolfke, Karol,(1993), *Custom in Present International law*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands.
- The American Law Institute: *Restatement (Third) Foreign Relations Law of The United States*,(1987), Vol.I.
- Meron, Theodor,(1989), *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford University Press.
- Weisburd, A,(1995), *The Emptiness of the Concept of Jus Cogens, as Illustrated by the War in Bosnia-Herzegovina*, 17 Michigan Journal of International Law.
- Weil,(1983), *Towards Relative Normativity in International law?* 77 American Journal of International Law.
- Jennings, R, *The Identification of International Law*, Indian Journal of International Law.
- Simma, B, Aleston, P,(1988-89), *The sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, and General Principles*, Astralian Yearbook of International Law.
- Meron, T,(2000), *The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience*, 78, American Journal of International Law.
- G.I.A.D.Draper,(1965), *The Geneva Convention of 1949*, RCADI, tome 114.  
به نقل از: جمشید ممتاز، امیرحسین رنجبریان، همان منبع، ص ۳۸.
- R.J.Wilhelm,(1972), *Problems relatifs a la protection de la personne humaine par le droit international dans les conflits armes ne presentant pas un caractere international*, RCDI, tome 137.  
به نقل از: منبع پیشین، ص ۳۹.
- G.H. Aldrich,(2000), *The Law of War on Land*, American Journal of International Law.  
به نقل از: منبع پیشین.
- M. Torrelli,(1993), La dimension humanitaire de la securite internationale, *La developpement du role du Conseil de securite, R-J Dupuy (dir. Publ)*, Academie de droit international, Martinus Nijhoff Publishers, Drodrecht, Boston, Londres.  
به نقل از: منبع پیشین.
- G.Abi-Saab,(1986), *Conflits armes non internationaux, in: Les dismensions internationals du droit humanitaire*, UNESCO, Pedone, Paris.  
به نقل از: منبع پیشین، ص ۴۰.

## ب. ۲. آراء قضایی

- Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*,(1986), merits, ICJ Reports.
- Case concerning North Sea Continental Shelf*,(1969), ICJ Reports.
- Case concerning Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*,(1996), ICJ Reports.
- Case concerning Continental Shelf(Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*,(1985), ICJ Reports.
- Western Sahara Case*,(1975), ICJ Reports.
- ICTR,(1998), *Akayesu Case*, Judgment, 2 September.
- ICTY,(2000), *Kupreskic Case*, Judgment, 14 January.
- ICTY,(1996), *Karadzic and Meladic Case*, Review of The Indictment, 11 July.
- ICTY,(1995), *Tadic Case*, Interlocutory Appeal, 2 October.
- ICTY,(1999), *Tadic Case*, Appeals Chamber, 15 July.
- ICTR,(2000), *Musema Case*, Judgment, 27 January.
- ICTY, *Martic Case*, Review of The Indictment, 8 March.
- ICTY,(1999), *Jelusic Case*, judgment, 14 December.
- ICTY,(2001), *Kunarac Case*, Judgment, 22 February.
- ICTY,(1999), *Kordic Case*, 2 March.
- ICTY,(2000), *Blaskic case*.
- ICTY,(1998) *Furnudzija Case*.