

# Dialectic of Theories and the Elements of Peremptory Norms in International Law

(Type of Paper: Research Article)

Seyyed Hadi Mahmoudi<sup>1\*</sup>, Farhad Bagheri<sup>2</sup>

## Abstract

Peremptory norms can preserve the order, values, and objectives of a legal system. If a legal system contains peremptory norms, they indicate its advancement. Since the conclusion of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, there has been a great deal of criticism regarding the ambiguity of and contradiction in the definition of peremptory norms. Many jurists and schools of international law have developed various theories on the concept of jus cogens that tie its non-derogable characteristic to different foundations. In this article, the writer, applying pure legal techniques, will study the peremptory norms' recognition elements and will try to reconcile different legal theories regarding the basis of jus cogens, using a dialectical method. Eventually, a comprehensive criterion for recognition of peremptory norms will be presented.

## Keywords

legal technique, peremptory norms (jus cogens) , non- derogable, erga omnes obligations, international public order, system.

---

1. Assistant Professor of Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran (Corresponding Author). Email: shmahmoody@yahoo.com

2. PhD Student in International Law, School of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.  
Email: Farhadbagheri69@gmail.com

Received: June 7, 2021 - Accepted: June 27, 2021



This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution 4.0 International, which permits others to download this work, share it with others and Adapt the material for any purpose.

## دیالکتیک تئوری‌ها و عناصر قواعد آمره در حقوق بین‌الملل

(نوع مقاله: علمی - پژوهشی)

سید هادی محمودی<sup>۱\*</sup>، فرهاد باقری<sup>۲</sup>

### چکیده

قواعد آمره می‌توانند حافظ نظم، ارزش‌ها و اهداف یک نظام حقوقی باشند. وجود قواعد آمره در یک نظام حقوقی نشان از پیشرفتگی یک نظام حقوقی دارد. از زمان انعقاد معاهده ۱۹۶۹ وین در خصوص حقوق معاهدات، انتقادهای زیادی از این معاهده به دلیل ابهام و تعارض آن با مفهوم قاعده آمره صورت گرفته است. این در حالی است که مکاتب مختلف حقوق بین‌الملل و حقوقدانان این عرصه، هریک نظریه‌های متفاوتی از این مفهوم ارائه کرده‌اند که ویژگی آمره بودن و گستره کارکرد آن را به مبانی متفاوتی گره می‌زنند. در این مقاله، نویسنده، با روش فلسفی و تکنیک محض حقوقی، ضمن بررسی عناصر شناسایی قواعد آمره در نظریه‌ها و مکاتب مختلف حقوقی، اثبات می‌کند که نظریات و تئوری موجود، به هیچ‌وجه برای شناسایی قواعد آمره کافی نیست و هریک از آنها از فقدان یک عنصر اساسی رنج می‌برد. نویسنده سپس با روش دیالکتیک میان نظرهای مشتت مصالحه ایجاد می‌کند، سپس در بخش نتیجه معیاری فراگیر و جامع به منظور شناسایی قاعده آمره، ارائه می‌دهد که نشان می‌دهد براساس آن، آنچه در مورد قاعده آمره و شناسایی آن اهمیت دارد، نه ارزش‌ها، اخلاق و نظم عمومی نظام و سلسله‌مراتب قواعد، بلکه کارکرد و اهداف یک نظام حقوقی است.

### کلیدواژگان

تکنیک حقوقی، قاعده آمره، غیرقابل عدول، قاعده عام‌شمول، نظام، نظم عمومی بین‌المللی.

۱. استادیار دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

Email: shmahmoody@yahoo.com

۲. دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

Email: farhadbagheri69@gmail.com

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۳/۱۷ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۴/۰۶

## مقدمه

قاعده آمره برگرفته از حقوق روم است. آن بخش از حقوق که می‌تواند در توافق میان دو طرف کنار گذاشته شود، حقوق حاصل از تراضی *Jus Dispositivum* و آن دسته از حقوقی که حتی اگر در قرار داد ذکر نشود طرفین توافق ملزم به رعایت آن‌اند، قواعد آمره *Jus Cogens* نام دارد. این مفهوم با تغییراتی وارد حوزه حقوق بین‌الملل شده است، هرچند مفهوم و مصداق قاعده آمره در حقوق بین‌الملل مناقشه‌برانگیز است. قواعد آمره آن دسته از قواعدی است که برای تابع قانون محدودیت‌هایی در انعقاد قرارداد ایجاد می‌کند، این محدودیت‌ها برای مراقبت از منافع است که برای جامعه بین‌المللی در زمانی مشخص ضروری است (Hannikainen, 2: 1998). هر مکتب فکری حقوق بین‌الملل، احتجاجات مختلفی را برای شناسایی و کارکرد این قواعد ارائه می‌دهد که در مواردی با یکدیگر تضاد کامل دارند. در مورد شناسایی قاعده آمره، دو رویکرد وجود دارد: اول اینکه، قاعده آمره براساس رضایت دولت‌ها شکل می‌گیرد و این قواعد بدون رضایت و پذیرش دولت‌ها نمی‌تواند ویژگی آمره داشته باشد، چراکه حقوق اساساً مفهوم و ابزاری است که توسط انسان ایجاد می‌شود و ریشه‌های آن نیز خواست انسان است. (Dickson, 2012: 49) این یک نظر پوزیتیویستی است. رویکرد دوم مربوط به وجود یک قاعده، با ویژگی آمره است که ریشه در اخلاق، نظم عمومی یا ارزش‌های بین‌المللی دارد (Weib, 2015: 16). این همان نظریات حقوق طبیعی است. به نظر نویسنده، هیچ‌یک از معاین موجود در ادبیات مربوط به قاعده آمره کافی نیست و هر یک عنصر یا مؤلفه‌ای را کم دارد. برای مثال، تأکید بیش از حد پوزیتیویست‌ها به نقش دولت مفهوم قاعده آمره را تا حدی به یک قاعده عرفی تقلیل می‌دهد و آن را شبیه به حقوق عرفی می‌کند. همچنین توجهی به کارکرد آن ندارد. از طرف دیگر، با تأکید طرفداران مکتب عینی حقوق، مؤلفه‌هایی غیر حقوقی و خارج از حقوق، در شناسایی قاعده آمره دخیل شده‌اند که هیچ‌یک از کفایت لازم برخوردار نیستند و به‌سختی می‌توان مصداقی برای ارزش‌های جامعه بین‌المللی که از دل آنها قاعده‌ای با ویژگی آمره برخاسته باشد، معرفی و تعیین کرد. با ظهور اندیشه‌ها و نظریه‌های جدید در خصوص قاعده آمره، به‌ویژه آنچه توسط مکتب حقوق بین‌الملل ییل (Yale) و مکاتب تکنیکی و عمل‌گرایانه بیان شده، امروزه نظریه‌های قدیمی قاعده آمره، به‌شدت مورد انتقاد قرار گرفته است و نظریه‌هایی مانند اثر و جایگاه سلسله‌مراتبی قاعده آمره به‌طور کامل منسوخ شده است. این نظرها بیشتر در دو مکتب حقوق طبیعی و حقوق پوزیتیویستی خلاصه می‌شوند و نظریه‌های حاکم بر قاعده آمره را شکل می‌دادند. در بخش ابتدایی این مقاله، این دو مکتب و شاخه‌های آنها بررسی می‌شود، در بخش دوم، معاهده ۱۹۶۹ وین به‌عنوان اولین سند رسمی که به قاعده آمره می‌پردازد، نقد می‌شود، در بخش سوم سعی می‌شود با استفاده از دو نظریه جدید در

خصوص شکل‌گیری قاعده آمره به نام‌های تکنیک حقوقی و قرارداد اجتماعی، و با روش دیالکتیک، میان نظرهای مشتت مصالحه و تعادل ایجاد شود و معیاری فراگیر، مناسب و حقوقی‌تر برای شناسایی قاعده آمره تدوین شود. روش دیالکتیک نیز از این نظر در این نوشتار حائز اهمیت است که دیالکتیک و کارکرد آن ایجاد آشتی و مصالحه میان تز (که یک ایده یا نظر را پیش رو می‌گذارد) و آنتی‌تز (که نظر مخالف تز را پیش رو می‌گذارد و آن را نقض می‌کند) از طریق سنتز است که در واقع سنتز حلال اختلاف میان تز و آنتی‌تز است. مبانی وجودی قاعده آمره نیز از بدو ایجاد و ورود آن به عرصه حقوق بین‌الملل، دچار اختلافات میان نظریه‌های متضاد بوده است.

## مکاتب اصلی در خصوص قواعد آمره

### ۱. مکتب حقوق طبیعی و ایده آلیسم حقوقی

حقوق طبیعی نظامی از قواعد حقوقی و اخلاقی است که از حقوق ذاتی انسان صیانت می‌کند. این حقوق نسبت به انسان بالذات هستند و جدای از حقوق پوزیتیویستی (حقوق مصوب و تدوین‌شده توسط دولت‌ها) قابل اجرا و استناد هستند. در واقع طبق گزاره‌های حقوق طبیعی، انسان‌ها دارای حقوقی‌اند که نه توسط دولت‌ها، بلکه توسط خدا، طبیعت و علت وجودی به آنها اعطا شده است (Kelsen, 1999: 392). در حقوق طبیعی نوین تمرکز حقوق طبیعی بر علت است؛ بدین معنی که حقوق طبیعی برای تضمین خیر مشترک و اساسی انسان‌هاست (Finnis, 3: 1980). این خیر اساسی، قواعد اخلاقی نیستند، بلکه علت انجام یک عمل را توضیح می‌دهند و توجیه می‌کنند (Dubios, 2009: 149). نکته این است که این علت یا حتی مبانی خیر مشترک و اساسی انسان را دولت‌ها مشخص و تعیین نمی‌کنند. طرفداران حقوق طبیعی بر این باورند که در حقوق بین‌الملل، قدرتی که مشخص و تعیین‌کننده این خیر مشترک است، وجدان جامعه بین‌المللی یا قدرت برخی قواعد در حفظ منافع جمعی جامعه بین‌المللی است (Christenson, 1988: 585). پس این خیر مشترک و وجدان اعضای جامعه بین‌المللی در قبال حقوق انسان‌هاست که نظم عمومی را به وجود می‌آورد نه خواست و رضایت دولت‌ها (Orakhelashvili, 2006: 10). قواعد حقوق طبیعی، به‌طور مستقل از حقوق عرفی وارد عرصه حقوق بین‌الملل شده و این قواعد توسط دیوان بین‌المللی دادگستری نیز مورد پذیرش قرار گرفته است (ICJ, 1969: 37). در واقع قواعد حقوق طبیعی آن دسته از قواعد حقوق بین‌الملل عام است که نیازی به رویه و باور حقوقی دولت‌ها ندارند (Verhoeven, 2011: 19). برای برخی حقوقدانان، قاعده آمره بازتاب مدرنی از حقوق طبیعی است (Detter, 1994: 175). برای مثال وردراس معتقد بود که قاعده آمره توسعه حقوق طبیعی در حقوق بین‌الملل

است که برای پاسخ به حقوق بین‌الملل پوزیتیویستی ارائه شده است (Verdross: 1966: 56). وردراس معتقد است که دولت‌ها به دلیل تعارض برخی مقررات معاهداتی با گزاره‌های اخلاقی، مجاز به انعقاد هر معاهده‌ای نیستند و در واقع حقوق بین‌الملل اجازه عدول از اصول اخلاق جامعه بین‌المللی را نمی‌دهد (Verdross, 1937: 572). طبق این نظر، محدودیت آزادی دولت‌ها شامل آزادی اعمال حاکمیت و صورت‌بندی محتوای موافقت‌نامه‌های آنها، که امروزه در جامعه جهانی شاهد آن هستیم، نمی‌تواند در نظریه‌های پوزیتیویسم توجیه شود، چراکه به نظر طرفداران حقوق طبیعی، قدرت و الزام‌آور بودن یک قاعده، از جوهره و ارزش ذاتی آن قاعده نشأت می‌گیرد. قاعده آمره مستقیماً بر جزمیت اخلاقی استوار شده است که این اصول اخلاقی خود مستقیماً بر مبنای حقوق طبیعی قرار دارند. از این رو قاعده آمره تمامی دولت‌ها را براساس ارزش‌های اخلاقی ذاتی، ملزم و متعهد می‌کند. برخلاف قاعده‌های حقوق پوزیتیویستی، این قواعد به دلیل اقبال دولت‌ها، اعلام رضایت آنها، یا پروسه‌های قانونی و قانون‌سازی لازم‌الاتباع نیستند. این قواعد قیود اخلاقی‌اند که قابل تعدیل نیستند. این مسائل همان گزاره‌های ارائه‌شده توسط طرفداران حقوق طبیعی است. به‌طور خلاصه آنها معتقدند قاعده آمره حفاظت از اصول اخلاقی پذیرفته‌شده توسط تمامی دولت‌های جامعه بین‌المللی است.

ایده‌الیسم حقوقی از گزاره‌ها و مبانی حقوق طبیعی استفاده می‌کند و حقوق را به‌مثابه تدبیری برای جامعه می‌بیند. طبق نظریه ایده‌الیسم حقوقی، حقوق صرفاً با قواعد اداره نمی‌شود، بلکه عناصر راهنمای دیگری نیز در حقوق وجود دارد که درصدد رسیدن به وضعیتی از روابط میان اجزا و اعضای جامعه است که شاید هیچ‌وقت محقق نشود (Coyle: 2006: 33). در واقع ایده‌الیسم با اخلاق در ارتباط بوده و درصدد رسیدن به ایده‌آل‌ها در جامعه است. ایده‌آل‌ها با هنجار (*Norm*) متفاوت است. ایده‌آل راهنمایی برای بهتر شدن واقعیت‌های جامعه است، ولی برخلاف قواعد، روش‌های رسیدن به وضعیت بهتر را پیش رو نمی‌گذارد و خود به وجود قواعد حقوقی وابسته است. برای مثال یک معاهده مربوط به تجارت آزاد، براساس ایده‌آل‌هایی که مفهوم تجارت آزاد برای جامعه بین‌المللی به‌همراه می‌آورد، بنا نهاده می‌شود (Linderfalk, 2015: 54). ایده‌الیست‌ها معتقدند که روند شناسایی یک قاعده با ویژگی آمره، خارج از صورت‌بندی مندرج در ماده ۵۳ کنوانسیون وین انجام می‌گیرد. در این میان ایده‌آل‌های حقوق بین‌الملل ریشه و ویژگی آمره یک قاعده هستند (Dubois, 2009: 155)، البته خود ایده‌الیست‌ها نیز درباره اینکه ایده‌آل‌های حقوق بین‌الملل چیست، اختلاف دارند. برخی بر این باورند که نظم کامل بین‌المللی و صلح، ایده‌آل حقوق بین‌الملل است (Orakhelashvili, 2006: 1). برخی بر انسان محور حقوق بین‌الملل و رعایت کامل حقوق بشر و کرامت انسانی تأکید دارند (Delbruck, 1998: 35). بعضی حتی با تأکید بر رفاه انسانی، توسعه اقتصادی و تجارت آزاد و بازار مشترک بین‌المللی را ایده‌آل می‌دانند (Allen, 2004: 346). به هر صورت، ایده‌آل‌های هر گروه، ارزش‌ها و

اهداف مشترک جامعه بین‌المللی و انسانی است که امکان گنجاندن منافع یک دولت، حتی یک ابرقدرت در آن وجود ندارد (Christopher, 1999: 1233). عباراتی که توسط ایده‌آلیست‌ها به‌عنوان قاعده آمره استفاده می‌شود، به این شرح است: ارزش‌های بنیادین جامعه بین‌المللی، ارزش‌های برتر نظام حقوقی بین‌المللی، خیر مشترک انسانی (Brudner, 1985: 249)، منافع مشترک تمامی ملت‌ها، وجدان انسانی و استانداردهای نظام بین‌المللی. به‌نظر می‌رسد که ایده‌آلیسم حقوقی، بیشتر به منابع قاعده آمره می‌پردازد تا معیار شناسایی آن، به همین دلیل تعیین معیاری برای شناسایی استانداردهای جمعی یا نظام بین‌المللی در ایده‌آلیسم حقوقی نیازمند مداخله یک رکن قضایی است، بنابراین برخی ایده‌آلیست‌ها از عبارت ضمیر قضایی بین‌المللی نیز استفاده کرده‌اند (Inter-American Court, 1986: 24). بیشتر ایده‌آلیست‌ها، قاعده آمره را محصول فرهنگی اجتماعی نظام حقوقی می‌دانند. در واقع آنها معتقد به وجود افراد و مأموران (Agent) هستند که در تعیین وجود قاعده آمره نقش دارند (Salcedo, 1997: 588). به نظر آنها هیچ نظامی در حقوق بین‌الملل نمی‌تواند بدون قواعد آمره عملکرد و کارکرد داشته باشد (Tammes, 2005: 142). قواعد آمره برای هر سیستمی چنان ضروری هستند که فقدان آنها یا تخطی از آنها، وجود نظام را زیر سؤال می‌برد (Allain, 2002: 538). طرفداران حقوق طبیعی و ایده‌آلیست‌ها را در مورد حقوق آمره، از این منظر می‌توان در یک گروه قرار داد که هر دو قائل به تأثیر عنصر اخلاق در قاعده آمره هستند، با این تفاوت که اولی، قاعده آمره را قائل به حقوق ذاتی انسان می‌داند و ایده‌آلیست‌ها قاعده آمره را قائل به ذات نظام حقوقی می‌دانند. می‌توان پذیرفت که احتجاجات طرفداران این دکترین و نظریات، با مفهوم قاعده آمره تطابق بیشتری دارد. همچنین می‌تواند با روش‌شناسی این تحقیق همسو باشد. هرچند در این پژوهش تلاش خواهد شد، تا تمامی این دکترین‌ها در قالب یک سنتز، به‌منظور ارائه معیاری واحد برای شناسایی قاعده آمره، ترکیب و ادغام شوند.

## ۲. مکتب حقوق پوزیتیویستی

پوزیتیویسم حقوقی از ابزارهای علمی برای شناسایی حقوق استفاده کرده و قواعد حقوقی را با استفاده از روش‌های علمی و بدون توجه به تئوری و ریشه‌های آن بررسی می‌کند (Austin, 1869: 45). در واقع پوزیتیویسم حقوقی به آنچه حقوق، "هست" می‌پردازد و آنچه "باید" باشد را کنار می‌گذارد (Friemann, 1967: 257). پوزیتیویسم حقوقی، وجود یک قاعده را مرتبط با منبع شکل‌گیری آن می‌داند. در این رویکرد، حقوقدانان بر این باورند که حقوق ارتباطی با اخلاق ندارد، بلکه حقوق، نظامی از قواعد است که توسط قانونگذار ایجاد شده است (Linderfalk, 2015: 54). به نظر طرفداران این رویکرد، منبع حقوق همان پروسه و اسباب فعال و پویای قانون‌سازی است که توسط مرجعیت سیاسی به‌وجود می‌آید و بر انسانی بودن حقوق تأکید دارد و خدا یا طبیعت در آن

جایی ندارد (Raz, 1983: 38). به همین دلیل است که در اوایل قرن نوزدهم، وجود مفهومی به نام حقوق بین‌الملل به دلیل فقدان مرجعیت سیاسی واحد، توسط پوزیتیویست‌ها رد می‌شد (Hart, 1961: 231)، اما به دلیل نقش و اثر گسترده حقوق طبیعی در توسعه و گسترش حقوق بین‌الملل و به دور از واقعیت بودن گزاره‌های پوزیتیویستی در برابر قدرت واقعیت حقوق بین‌الملل، کم‌کم نقش مرجعیت سیاسی کمرنگ شد و حتی برخی پوزیتیویست‌ها مفهومی با نام *Positive Morality* درباره حقوق بین‌الملل ارائه دادند (Austin, 1869: 175). بعدها هربرت هارت نیز پذیرفت که حقوق مجموعه‌ای از قواعد اولیه رفتاری و قواعد ثانویه شناسایی است که نمی‌توان آن را به دستوره‌های مرجعیت سیاسی تقلیل داد. بنابراین فقدان مرجعیت سیاسی در حوزه حقوق بین‌الملل دیگر مانعی برای شناسایی قاعده حقوقی نبود و رضایت دولت‌ها جایگزین مرجعیت سیاسی واحد شد (Schiffer, 1954: 79). حقوق بین‌الملل پوزیتیویستی حاصل از حاکمیت دولت‌هاست که منابعی حقوق را به وجود می‌آورد که همان حاکمیت را نسبت به سایر تابعان حقوق بین‌الملل تنظیم می‌کنند. در واقع دولت‌ها با این تنظیمات، نظم عمومی را حفظ می‌کنند (Hall, 2001: 269). این گزاره همان نظریات قاعده‌آمره نظم عمومی را شکل می‌دهد. در میانه سده بیستم، طرفداران حقوق طبیعی و حقوق پوزیتیویستی، در خصوص وجود قاعده‌آمره به‌عنوان قواعد نظم عمومی بین‌المللی به توافق رسیدند. نظم عمومی، متضمن اولویت و ارجحیت ارزش‌ها و منافع مشترک جامعه بین‌المللی است که به دلیل اهمیت آنها، دولت‌ها به‌صورت انفرادی نمی‌توانند نسبت به آنها انحرافی داشته باشند. درحالی‌که قاعده نظم عمومی بیشتر به نقش آن قاعده در یک جامعه اعم از جامعه بین‌المللی مرتبط است و ارتباطی به ریشه پوزیتیویستی یا مادی آن ندارد، درحالی‌که طرفداران حقوق طبیعی ریشه آن را در اخلاق می‌دانند، طرفداران حقوق پوزیتیویستی معتقدند که قاعده نظم عمومی، توسط تابعان حقوق خلق می‌شود. از این رو نظم عمومی نیز با توافق اجزای جامعه بین‌المللی شکل می‌گیرد و معنا می‌یابد (Sinclair, 1984: 204). این اختلاف میان دو مکتب، به این دلیل رخ می‌دهد که هر دو طرف، به این نکته که قاعده‌آمره بیان‌کننده ارزش‌های بنیادین جامعه بین‌المللی در کل است، اذعان دارند، ولی معیار تشخیص آن را متفاوت می‌دانند. پوزیتیویست‌ها اما به این پرسش پاسخ نمی‌دهند که قاعده‌آمره‌ای که نسبت به تمام تابعان به‌صورت یکسان لازم‌الاتباع است، و اعتراض مداوم یا عدم رضایت یک تابع حقوق بین‌الملل، نسبت به مرجعیت آن تأثیری ندارد، چگونه می‌تواند خود حاصل توافق همین تابعان باشد (Charney, 1993: 536) و این خود به مشکل دیگری دامن می‌زند که یکی بودن واضع و موضوع قانون در حقوق بین‌الملل (دولت‌ها) از ایجاد قاعده‌آمره جلوگیری می‌کند (Cavaglieri, 1927: 323). اگر بپذیریم که قاعده‌آمره، قاعده‌ای خاص است (همان‌طور که خود پوزیتیویست‌ها نیز در ماده ۵۳ کنوانسیون ۱۹۶۹ وین پذیرفته‌اند)، معیارها و روش شناسایی قاعده‌آمره که توسط پوزیتیویست‌ها ارائه می‌شود، امکان تمییز بین قاعده معمولی و قاعده‌آمره را سخت می‌کند. قاعده معمولی در حقوق بین‌الملل، تنظیم روابط میان دولت‌هاست، یا به عبارت دیگر، تنظیم

حاکمیت دولت‌ها، ولی قاعده آمره تحدید حاکمیت دولت‌هاست. پوزیتیویست‌ها در این عقیده پا را تا حدی فرا گذاشته‌اند، حتی قاعده منع آپارتاید را به این دلیل آمره برمی‌شمارند که حاصل رویه دولت‌ها و باور حقوقی آنها به آمره بودن آن است (Byers, 1997: 222). می‌بینیم که در نظر پوزیتیویست‌ها، قاعده آمره همپوشانی فراوانی با قاعده عرفی دارد، و این حقوقدانان در ارائه معیاری متمایز از عرف، در مورد قاعده آمره، ناتوان مانده‌اند. عنصر اصلی پوزیتیویسم حقوقی، در حوزه حقوق بین‌الملل، رضایت دولت‌هاست، اما مشکل اصلی اینجاست که رضایت در هر زمانی قابل بازپس‌گیری است. از آنجا که این مسئله با مبنای قاعده آمره در تضاد است، پوزیتیویست‌ها برای جبران این کمبود، نظریه سلسله‌مراتب قواعد را ارائه می‌دهند که پیرو این نظر، قاعده آمره نوعی قاعده برتر و بالاتر است که نسبت به سایر قواعد ارجحیت دارد، از این رو اثر رضایت دولت‌ها را خنثی می‌کند. از آنجا که این قاعده نسبت به سایر قواعد بالاتر است و حالت عرفی دارد، نسبت به مفاد موافقت‌نامه‌های در تعارض که از پی رضایت دولت‌ها ایجاد می‌شود، برتری دارد و مانع اثرگذاری سوء رضایت یک دولت می‌شود (Hall, 2001: 287). این مسئله به یکی دیگر از اشکالات نظر پوزیتیویستی راجع به قاعده آمره منجر می‌شود که اثر قاعده آمره را محدود به ابطال اقدامات متعارض می‌کند، درحالی‌که اثر دیگر قاعده آمره، یعنی ظهور وظایف ناشی از نقض قاعده آمره نسبت به طرف ثالث و بروز مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها را به فراموشی می‌سپارد. پس صرفاً قائل بودن اثر سلسله‌مراتبی برای قاعده آمره کافی نیست. البته قائل بودن سلسله‌مراتب نسبت به قاعده آمره نه تنها خود جای نقد دارد، بلکه سلسله‌مراتب خود یک نظر حقوقی محض است، که در بخش بعد بدان اشاره خواهد شد. اما همان‌طور که روبرتو آگو نیز به‌عنوان حقوقدان پوزیتیویست، در یکی از آثار مهم خود تأکید کرده است، در ایجاد یک قاعده هم منبع و هم حقایق مادی و تاریخی (Material and Historical Facts) آن قاعده که سبب شکل‌گیری آن شده است، نقش اساسی دارند (Ago, 1957: 702). بدین ترتیب، پوزیتیویست‌ها، همچنان با تأکید بر نقش رضایت دولت‌ها، عنصر حقیقت مادی و تاریخی یک قاعده را نیز برای توجیه نظریات خود در مورد قاعده آمره ارائه می‌کنند. حال به نقد معاهده ۱۹۶۹ وین در خصوص حقوق معاهدات می‌پردازیم که ماده ۵۳ آن بازتاب نظرهای حقوقدانان مکتب پوزیتیویستی است.

### معاهده ۱۹۶۹ وین در خصوص حقوق معاهدات و عناصر ماده ۵۳

اولین سند بین‌المللی که در آن به ایجاد قاعده آمره اشاره شده است، معاهده ۱۹۶۹ وین در خصوص حقوق معاهدات (ماده ۵۳) است. " ... قاعده آمره حقوق بین‌الملل عام در مقصود این معاهده، قاعده‌ای است که توسط جامعه بین‌المللی دولت‌ها در کل، پذیرفته و شناسایی شده باشد، به طوری که هیچ عدولی از آن مجاز نیست. ... " مشکل اصلی حقوقدانان، صورت‌بندی،



شناسایی و شکل‌گیری قاعده آمره و بی‌توجهی به فرایند قانون‌سازی با ویژگی آمره، در این کنوانسیون است. اگر رضایت دولت‌ها وجود نداشته باشد، اصولاً قاعده آمره‌ای نیز نمی‌تواند شکل بگیرد. پس رضایت دولت‌ها در میان اجزای اصلی شناسایی و ایجاد قاعده آمره نقش و محوریت اساسی در کنوانسیون دارد (Yarwood, 2011: 3.22). عنصر رضایت دولت‌ها ریشه در رویکرد پوزیتیویستی این کنوانسیون دارد (Rozakis, 1976: 75 ; Robledo, 1981: 105). آنچه در ماده ۵۳ کنوانسیون وین گفته شده است، به‌هیچ‌وجه کافی نیست و حتی می‌تواند برای جامعه بین‌المللی خطرناک باشد. مشروط کردن وجود قاعده آمره به پذیرش آن از سوی دولت‌ها آن هم به‌طور کلی، پیچیدگی‌های خاص خود را دارد، ضمن اینکه در این صورت، در شرایط توافق جمع‌گویی از دولت‌ها، می‌توان از یک قاعده (مثل منع شکنجه) عدول کرد. با بررسی ریشه مفهوم قاعده آمره در حقوق روم درمی‌یابیم که نقش رضایت دولت‌ها در تضاد با مفهوم قاعده آمره است (Orakhelashvili, 2010: 153). قاعده آمره اساساً مفهومی نامرتب با رضایت اعلام‌شده از سوی یک موضوع و تابع حقوق است. در حقوق بین‌الملل نیز واژه آمره بیان‌کننده این است که یک قاعده، دولت را صرف‌نظر از رضایتش، ملزم به اجرا و رعایت آن قاعده می‌کند. اما اشاره به عبارت جامعه بین‌المللی دولت‌ها در کل، سبب شده است ماده ۵۳، قاعده آمره را به رضایت دولت‌ها گره بزند و موجب نزول این مفهوم شود (Koskeniemi, 2006: 323). این نظر که صورت‌بندی قاعده آمره در ماده ۵۳، به دور از واقعیت قاعده آمره و فلسفه وجودی آن است، در ادبیات امروزی به‌صورت گسترده پذیرفته شده است.<sup>۱</sup> قاعده آمره مفهومی فراگیر است که باید منافع جامعه بین‌المللی را تضمین کند و هر تعریفی که موجب نفوذ منافع یک یا چند دولت به این مفهوم شود، موجب تغییر کارکرد و مفهوم قاعده آمره می‌گردد. معیار شناسایی در کنوانسیون ۱۹۶۹ وین، نه تنها فضای لازم برای سوگیری‌های شخصی دولت‌ها فراهم می‌کند، بلکه با قطعیت حقوقی (Legal Certainty) نیز در تضاد است (Sztucki, 1974: 54). یک قاعده آمره به‌دلیل اینکه از منافع بالادستی جامعه بین‌المللی صیانت می‌کند، آمره است، نه به‌دلیل اینکه جامعه بین‌المللی دولت‌ها آن را به‌صورت آمره شناسایی کرده و پذیرفته‌اند. به‌دلیل خود-اجرا و خود-اعمال (Self-Apply) بودن قواعد آمره که از ویژگی آمره بودن آنها سرچشمه می‌گیرد، قاعده آمره، از یکپارچگی نظام حقوقی بین‌المللی صیانت می‌کند (Orakhelashvili, 2006: 272). بنابراین، آمره بودن و ممنوعیت نقض قاعده آمره، نتیجه نظم نظام است نه توافق اجزای آن (Orakhelashvili, 2008: 4). فراموش نکنیم که یکی بودن واضح و موضوع قانون در حقوق بین‌الملل (دولت‌ها) از

۱. برای مثال:

Schwarzenberger, G, (1965) 'International Jus Cogens?' Texas Law Review, Vol. 43, P. 455;  
 Rozakis, C (1976) The Concept of JUS COGENS in the Law of Treaties, North-Holland Publishing Company, P. 53-55  
 Danilenko, G, (1991) 'International Jus Cogens: Issues of Law-Making' Vol. 2. EJIL Ps. 42, 47

ایجاد قاعده آمره جلوگیری می‌کند (Cavaglieri, 1927: 323). کنوانسیون ۱۹۶۹ وین اشکالات عمده دیگری نیز دارد. این کنوانسیون مشخص نمی‌کند که محتوای قاعده آمره چیست. به‌طور دقیق‌تر این کنوانسیون مشخص نمی‌کند که در کدام حوزه و در کدام موضوع و حوزه حقوق بین‌الملل، قواعد آمره یافت می‌شود (Tomuschat, 2006: 102)، اما از آنجا که کمیسیون حقوق بین‌الملل پذیرفته است که قاعده آمره می‌تواند در کنوانسیون‌های چندجانبه نیز یافت شود (Yearbook of ILC, 1966: 248)، از این رو می‌توان موافقت‌نامه مراکش را نیز تحت شمول معاهداتی که می‌توانند متضمن قاعده آمره باشند قرار داد، چراکه به‌غیر از تعدادی انگشت‌شمار، همه دولت‌های جامعه بین‌المللی عضو سازمان تجارت جهانی‌اند. سایر دولت‌ها یا در ظرف الحاق یا عضو ناظر محسوب می‌شوند. اما ماده ۵۳ کنوانسیون ۱۹۶۹ وین، غیرقابل عدول بودن قاعده آمره را به‌عنوان یک ویژگی این قاعده، پذیرفته است که این مسئله نکته مثبتی است. اگر مفهوم قاعده آمره با ویژگی غیرقابل عدول بودن شناخته شود، شمای وسیع‌تری را ارائه می‌دهد که انتقادات نسبت به عناصر قبلی را پاسخ می‌دهد. بنابراین کلیدواژه فهم قاعده آمره، «عدول» (Derogation) است. نکته مهم در مورد این کلیدواژه این است که قاعده غیرقابل عدول، در صورت تغییر موضوع قانون، اتمام دوره موضوع قانون یا اتمام اجرای هدف قانون یا رابطه قراردادی، به حیات خود ادامه می‌دهد و رضایت طرفین بر آن قاعده مؤثر نیست (Kolb, 2017: 101). بعضی قواعد آنچنان برای کارکرد یک نظام حقوقی ضروری هستند که نمی‌توانند کنار گذاشته شوند یا از آنها عدول کرد (Suy, 1962: 18). ماده ۵۳، علت غیرقابل بدون قواعد آمره را توضیح نمی‌دهد، اما حقوقدانان، علت غیرقابل عدول بودن را در کارکرد نظام حقوقی جست‌وجو می‌کنند. آنها معتقدند که عدم رعایت یا عدول از بعضی قواعد در نظام، اساس نظام را تحت تأثیر قرار می‌دهد. دسته‌ای دیگر از حقوقدانان نیز علت غیرقابل عدول بودن را عنصر اخلاق یا در مضمون اقتصادی، رفاہ عمومی می‌دانند (Nageswar, 1974: 368). به هر حال به‌دلیل عدم ذکر علت غیرقابل عدول بودن قواعد آمره در ماده ۵۳، عدم تعیین محتوای قاعده آمره و معیار مبهم و غیرمنطقی «پذیرش از سوی دولت‌ها در کل» که با مفهوم قاعده آمره در تضاد است، ناچار باید به تئوری‌های قاعده آمره و دکتربین‌های موجود مراجعه کرد.

## نظریات جدید در خصوص قاعده آمره: تکنیک حقوقی و قرارداد اجتماعی

### ۱. نظریه تکنیک حقوقی (پراگماتیسم)

این نظریات به‌جای پرداختن به منبع و فلسفه قاعده آمره، به کارکردی که این قواعد در یک نظم حقوقی یا در جامعه بین‌المللی دارند، می‌پردازند. بینش و روش‌شناسی این دکتربین‌ها متفاوت است. برای مثال نظریه تکنیک حقوقی، یک نظریه محض حقوقی است، که نه از ارزش‌های نظام

طرفی می‌بندد و نه با رضایت اعضای یک نظام سروکار دارد. این نظرها به دنبال عمل‌گرایی (پراگماتیسم) در مورد قاعده آمره هستند و بر اثرگذاری یک قاعده در نظام و نظم حقوقی توجه دارند. پراگماتیسم به‌طور کل بر این اصل بنا شده است که یک پدیده باید دارای پیامدهای عملی و کارکردی ملموس باشد (Peirce, 1987: 391). مبانی پراگماتیسم حقوقی اما، بر چهار اصل استوار است، ۱. اهمیت مضمون، ۲. کنار گذاشتن و نفی بنیان‌ها و ریشه، ۳. طبیعت ابزاری حقوق و ۴. ویژگی دیالکتیک حقوق. به نظر آنها، آنچه در حقوق اهمیت دارد، مضمون و کارکرد است و نه شکل قواعد، و با شناخت و استفاده از مضمون و کارکرد می‌توان قاعده را بر یک واقعیت اعمال کرد (Dickstein, 1999: 267). هیچ اساس و بنیانی در حقوق وجود ندارد که متصدی حقوقی، مفسر یا قاضی بدان پایبند بماند. حقوق مانند ابزاری برای درک پدیده‌های جدید و حل مشکلات عمل می‌کند و ارزش و بنیاد نیست. کارکرد حقوق در شرایط و زمان مختلف نیز متفاوت است و به فراخور زمان تغییر می‌یابد. در واقع پراگماتیسم حقوقی با توجه به مضامین متفاوت، تئوری حقوقی‌ای را برمی‌گزیند که به بنیادهای متعصب و بی‌انعطاف کاری ندارد و با توجه به ضرورت‌های اجتماعی زمان خود کارکرد قاعده را مشخص می‌کند (Brint, 1991: 304). بسیاری از حقوقدانان تمایل زیادی به تقلیل گستره قواعد آمره به اصول بسیار کلی حقوق و ایجاد هرم قواعد دارند و از این‌رو ماده ۱۰۳ منشور را چارچوب استدلال خود قرار می‌دهند. در نظر آنها قاعده آمره دستگامی است که شرایط حداقلی وجود و کارکرد مناسب نظم حقوقی بین‌المللی را تضمین می‌کند (Carrilli, 1988: 135). در واقع قاعده‌ای بالادستی وجود دارد، که نسبت به سایر قواعد اولویت و ارجحیت دارد. این نگاه تداعی‌کننده وجود نوعی قانون اساسی در حقوق بین‌الملل است. سال‌ها در حقوق بین‌الملل پذیرفته شده بود که پیامد نقض قاعده آمره ابطال معاهده متعارض است (Crawford, 2002: 188). در واقع قاعده آمره به دلیل اساسی بودن، مانند قانون اساسی در حقوق داخلی، در صدر هرم قواعد یک نظام حقوقی قرار می‌گیرد، و این امر سبب ارجحیت در اجرا و نقض قاعده پایین‌دستی می‌شود، نقض آن قاعده اساسی نیز موجب ابطال و فسخ قوانین یا موافقت‌نامه‌های پایین‌دستی می‌شود.

برخی حقوقدانان از توجیه قاعده آمره در قالب قواعد اساسی و همچنین اثر سلسله‌مراتبی این قواعد، خودداری می‌کنند و در عوض تأکید این حقوقدانان بر آثار قاعده آمره که همانا جلوگیری از، گسست رژیم حقوقی در برابر تعدد قواعد خاص است (Pellet, 1992: 38). قاعده آمره نمایانگر پروسه ساخت قانون و محصول نهایی قانونگذاری است که در هر زمانی، حتی پس از ایجاد اصول و ارزش‌های یک نظام حقوقی و شکل‌گیری نظم عمومی، می‌تواند وجود داشته باشد. پس قاعده آمره نه قاعده‌ای اساسی است و نه در رأس هرم قواعد و اسناد بالادستی وجود دارد، بلکه در هر سند با هر رده و جایگاهی یافت می‌شود (Kolb, 2017: 1). این قبیل قواعد ارتباطی با بنیاد، ارزش یا نظم عمومی نظام ندارند، بلکه زمانی ایجاد می‌شوند که قانونگذار

منفعت مشترکی میان اعضای نظام تعریف کند و بخواهد این منافع یا اهداف بدون تغییر باقی بمانند. از این رو قواعدی هست که از این منافع یا اهداف در درون همان مضمون مورد نظر قانونگذار مراقبت می‌کند. در حقوق بین‌الملل، چنین قواعد آمره‌ای اساساً در سازمان‌های بین‌المللی تخصصی و هر معاهده‌ای که قصد دارد برای ایجاد یک وضعیت واقعی یا رسیدن به اهداف مشخص از طریق ابزار حقوقی، قواعد یکسان برای همه اعضا به صورت برابر اجرا شود نیز وجود دارد (Wittich, 2007: 608). هسته اصلی قاعده آمره، در مضمون اعتبار اقدامات حقوقی و جلوگیری از لطمه به نظم حقوقی است. قاعده آمره تکنیکی است که توسط قانونگذار به یک قاعده متصل می‌شود تا از گسست رژیم حقوقی جلوگیری کند. به عبارت دیگر، از آنجا که دولت‌ها صلاحیت انعقاد موافقت‌نامه‌ها و معاهدات مختلفی را دارند، قاعده آمره محافظ منافع جمعی در مقابل این رژیم‌های خاص است. در واقع قاعده آمره، محافظی است در برابر اصل *Lex Specialis derogate lex generalis*. باید توجه داشت که این مسئله ارتباطی با حل تعارض میان قواعد مختلف ندارد، چراکه برخی قاعده آمره را قاعده حل تعارض برمی‌شمارند. آنها بر این باورند که چون قسمت اعظمی از حقوق بین‌الملل از موافقت‌نامه‌ها یا معاهدات تشکیل شده است، بنابراین تعارض میان قواعد معاهدات مختلف امری طبیعی است. قاعده آمره به مثابه یک قاعده خاص این تعارض را حل می‌کند. در واقع مصححی است بر اختیارات قانون‌سازی دولت‌ها؛ وقتی دولت‌ها به اختیار خود قانونی را ایجاد می‌کنند، این قاعده آمره که باز هم براساس همان رضایت و اختیار دولت‌ها به وجود آمده است، قاعده در تعارض بعدی را باطل می‌کند (Morelli, 1932: 388). این تئوری پس از ایجاد کنوانسیون ۱۹۶۹ وین، کم‌کم به عنوان یک تئوری مستقل رنگ باخت و حتی مثلاً در کار کمیسیون حقوق بین‌الملل به کلی این تئوری که لزوماً قاعده مؤخر، قاعده مقدم را باطل می‌کند، رد شد، و در این مورد نظر غالب این است که دولت متعهد به دو معاهده، حق انتخاب میان یکی از آنها را دارد (Kolb, 2001: 15)، البته به نظریه تکنیک حقوقی نیز توسط برخی حقوقدانان انتقاداتی وارد شده است. آنها بر این باورند که اگر یک نظم حقوقی استحکام کافی داشته باشد، نیازی به وجود قاعده آمره نیست و تمامی قواعد به قواعد غیرقابل عدول و قواعد عمومی نظام به حقوق عمومی آن نظام تبدیل می‌شوند (Paulus, 1977: 298). پس نظریه قاعده آمره به مثابه یک تکنیک حشو است و می‌تواند تمامی قواعد یک نظام را آمره کند که نظر غلطی است. به نظر آنها ولی، قاعده‌ای در یک نظام حقوقی، قاعده آمره است که اولاً نسبت به تمام اعضا به صورت برابر اجرا شود، و ثانیاً، جزئی از اصول اصلی و کاربردی یک نهاد یا معاهده متمرکز باشد یا در یک معاهده به عنوان علت اصلی ایجاد یک معاهده یا سازمان بین‌المللی شناسایی شده باشد (Wittic, 2007: 608). در این قبیل معاهدات، مانند معاهدات مؤسس یا معاهدات مؤید حقوق موجود یا اساسنامه محاکم، برخی قواعد برای تمامی اعضا یکسان در نظر گرفته می‌شود، که امکان تغییر در آنها

به صورت دوجانبه وجود ندارد. از این رو در صورتی که دولت‌های عضو قصد تغییر این رژیم یا یک قاعده را داشته باشند، باید تمامی اعضا را همراه خود کنند (Simon, 2011: 986). گروهی دیگر از حقوقدانان، نظریه‌ای را پیش رو می‌گذارند که هرچند ماهیت سیاسی دارد، ولی در نهایت کارکرد آن حقوقی است. نظریه سیاسی در اشکال مختلف توسط حقوقدانان آمریکایی مطرح شده است. آنها بر این باورند که قاعده آمره و نظریات مربوط به توجیه آن، ایدئولوژیک است که پوششی حقوقی دارد، و این مفهوم جز در حقوق قراردادی جایگاهی ندارد، خواه این قرارداد میان دولت‌ها باشد و خواه میان افراد یک جامعه (Christenson, 1986: 592). انتقاد آنها متوجه قاعده آمره نظم عمومی است که اغلب محتوای غیرحقوقی دارد، به این دلیل که متصل به مفهوم گنگ ارزش‌های بنیادین جامعه بین‌المللی است. همچنین آنها بر این باورند که وجود قواعد آمره آن طور که طرفداران نظریه قاعده آمره نظم عمومی به آن اعتقاد دارند، موجب استخفاف سایر قواعد حقوق بین‌الملل می‌شود، چراکه قواعدی وجود دارند که عدول از آنها ممکن نیست، ولی ارتباطی با ارزش‌های بنیادین جامعه بین‌المللی ندارند. پس اگر قاعده آمره خارج از حقوق قراردادی بحث شود، به ابزاری سیاسی تبدیل می‌شود. این حقوقدانان برای قاعده آمره، دو کارکرد دفاعی و تهاجمی یا به عبارت دیگر شمشیر و سپر قائل‌اند (Stephan, 2011: 1078). در کارکرد دفاعی، یک دولت می‌تواند با استناد به قاعده آمره و تحمیل مقررات الزام آور با ابزار ابطال اقدامات مغایر با آنها، اقدامات و آزادی دولت‌های دیگر را محدود کند، که دولت‌هایی مانند چین از این نوع کارکرد استقبال می‌کنند، چراکه مانند سپری در مقابل اقدامات آمریکا می‌ایستد (اعمال تحریم یا مداخله در مناطق مورد منازعه توسط آمریکا، انتقادات حقوق بشری آمریکا از چین و...). در کارکرد تهاجمی اما، قاعده آمره جامعه بین‌المللی را در مقابل اختیارات لجام‌گسیخته دولت‌ها قدرتمند می‌سازد. این همان قواعد آمره مربوط به حقوق بشر است. در اینجا دولت‌هایی مانند آمریکا از این نوع قاعده آمره استقبال می‌کنند، چراکه می‌تواند ابزاری برای فشار بر نوع رفتار دولت‌هایی مانند چین نسبت به مردم خود یا مثلاً حق تعیین سرنوشت برخی ملت‌ها مانند هنگ کنگ باشد. پس در این نظر، اینکه قاعده آمره چه کارکردی دارد، کاملاً مبتنی بر محتوا، سیاست یا منافع سیاسی یک کشور یا یک نظام است و بستگی به این دارد که چگونه توسط یک بازیگر استناد و استفاده می‌شود (Kolb, 2017: 7). قواعد اساسی حقوق بین‌الملل باید نهادی مرکزی را ایجاد کنند که در چارچوب سیاسی، قانونگذاری کنند، یک نهاد حقوقی بر آن نظارت کند و یک نهاد سیاسی یا شبه‌نظامی (مثلاً پلیس) از نظم عمومی حاصل از این پروسه حفاظت کند (Verhoeven, 2011: 425). به دلیل فقدان چنین نهاد متمرکز و مرکزی در حقوق بین‌الملل، قاعده آمره چیز جز ابزار سیاسی نیست (Gomez, 2001: 4).

همان‌طور که می‌بینیم، این دسته از نظریات در مورد قاعده آمره بسیار متنوع و متفاوت است.

هرچند برخی از این نظریات در منبع، با یکدیگر تضاد دارند، ولی اساس تمامی نظریاتی که بر کارکرد قاعده آمره تأکید دارند، مشترک است. گویی همه‌ی آنها می‌دانند که جامعه بین‌المللی یا یک نظام حقوقی، به دلیل ضروریات اجتماعی، نیازمند قاعده‌ای است که کارکردی خاص داشته باشد و این قاعده بتواند، ضمن رفع نیازهای اعضای یک جامعه یا اجزای یک نظام، از یکپارچگی، نظم، ارزش‌های نظام یا جامعه حفاظت کند تا نیل به اهدافی را که آرمان‌ها یا خواست اعضاست، تسهیل و تضمین کند. این مسئله شبیه به قرارداد اجتماعی در یک جامعه است. مثل افراد در یک جامعه داخلی که برای رسیدن به برخی اهداف که به نفع آنهاست، از بعضی آزادی‌های خود صرف‌نظر می‌کنند تا به منفعت ارزشمندتری دست یابند (Tesson, 1998: 5). این مسئله سبب شده است که امروز، قرارداد اجتماعی وارد حوزه حقوق بین‌الملل و مفهوم قاعده آمره شود.

## ۲. نظریه قرارداد اجتماعی

قرارداد اجتماعی در نظر افراد و اندیشمندان مختلف دارای مضمون متفاوتی بوده است. در مضمون حقوقی و صرف‌نظر از رویکردهای فردی، قرارداد اجتماعی، نوعی باور حقوقی - حتی به صورت ابرازنشده- در رویکردهای قانونگذاری فراهم می‌آورد که در این رویکردها، منافع جمعی، چه در جامعه و چه در یک نظام حقوقی در اولویت قرار می‌گیرند. قرارداد اجتماعی بیان منافع مشترک افراد است که قدرت مرکزی جامعه مدنی را به وجود می‌آورد تا به نمایندگی از همان افراد، از منافع جمعی آنها حمایت کند (Weatherall, 2015: 175) در واقع قرارداد اجتماعی راهی که در آن جامعه‌پذیری و مدنیت با منافع جامع بین‌المللی یا منافع اعضای یک نظام پیوند می‌خورد را روشن می‌سازد. هدف آن نیز رفاه تک‌تک افراد جامعه بدون آسیب به حق دیگران است. با اعمال این نظریه، نظم حقوقی دولت‌محور، به نظم حقوقی هدف‌محور یا نظام محور تبدیل می‌شود که در آن دولت فقط یک بازیگر است و باید در راستای هدف نظام، منافع نظام و همسو با سایر اعضا و دولت‌ها عمل کند (Weatherall, 2015: 175). این همان طبیعت قاعده آمره است؛ یعنی جایگاه اعضای جامعه بین‌المللی اهمیتی ندارد، بلکه مسئله بااهمیت، کل منافع جامعه مدنی است. پس اگر قاعده‌ای بدون در نظر گرفتن تک‌تک اعضای جامعه ایجاد شود، نظام به وجود آمده نظام عادلانه‌تری است (Rawls, 1999: 118). شاید این گزاره‌ها نوعی رویکرد اخلاق‌گرایانه را تداعی کنند که شبیه به تئوری حقوق طبیعی یا مسائل مربوط به نظم عمومی باشد، ولی در پاسخ باید گفت که درست است که این شیوه ایجاد قاعده با روش اخلاقی همسویی دارد، ولی مضمون آن می‌تواند متفاوت باشد (Moehler, 2018: 240) بدین معنی که قاعده‌ای ایجاد شده صرفاً یک قاعده اخلاقی یا ارتباطی با نظم عمومی نداشته نباشد. این نظر با نظر روسو و قرارداد اجتماعی مدنظر وی نیز همسویی دارد. او معتقد است که جدای از اختیارات اعطاشده به دولت، قدرت‌هایی در جامعه و نظام اجتماعی (اعم از حقوقی و سیاسی) وجود دارد که تک‌تک اعضایی

را که از همسویی با خواست جمعی و خواست نظام سر باز می‌زنند، بدون در نظر گرفتن جایگاه آنها، مجبور و ملزم به تطبیق با هدف نظام یا منافع جمعی کند (Affeldt, 1999: 298). قاعده آمره همان ابزار حقوقی برای اجبار و الزام است. قرارداد اجتماعی، تئوری‌های قاعده آمره را مانند پلی به یکدیگر متصل و تلاش می‌کند که شمول قاعده آمره در نظم حقوقی را در حقوق پوزیتیویستی نوین توجیه کند؛ یعنی وجود منافع جمعی که بدون رضایت دولت‌ها به وجود می‌آید، ولی دولت‌ها با رضایت خود آنها را بدون اینکه بتوانند کنار بگذارند، اجرا و رعایت می‌کنند (YILC, 1966: 69). به عبارت دیگر قاعده آمره، قاعده‌ای ضروری برای نگهداری جامعه در مقابل رویکردهای متفاوت به ارزش‌های متعدد، در پرتو منافی است که برای همه اعضای نظام ضروری است و رضایت مستقیم تک تک اعضای نظام در ایجاد آنها نقشی ندارد. در پایان شایان ذکر است که تئوری‌های قرارداد اجتماعی متفاوتی وجود دارد، ولی آنچه در حقوق بین‌الملل امروزی بیشتر مورد توجه است، نظریات جان رالز و ژان ژاک روسو هستند که در قالب مضامین قانونگذاری بیان شده‌اند. از نظریه قرارداد اجتماعی و قاعده آمره در تحلیل و تبیین وجود قواعد آمره در سازمان تجارت جهانی استفاده می‌شود تا تأکید شود برای اینکه قاعده‌ای، آمره باشد، نیاز نیست هیأت‌های حل اختلاف و تجدیدنظر یا دولت‌ها بدان تصریح کرده باشند، بلکه پروسه اجتماعی در پروسه قانون‌سازی ادغام می‌شود و در پرتو منافع جمعی و اهداف نظام، قاعده آمره شکل می‌گیرد. در واقع تک تک اعضای جامعه یا نظام حقوقی قدرت خود را در کاسه مشترکی می‌ریزد تا خواست جمعی آنها را شکل دهد (Weatherall, 2015: 197).

### تدوین و پیشنهاد معیاری مناسب و فراگیر برای شناسایی قاعده آمره

با اوصاف ذکر شده در دو بخش قبلی، اکنون به پیشنهاد یک معیار فراگیر و واقعی، متناسب با مفهوم و فلسفه قاعده آمره می‌پردازیم. قاعده آمره، قاعده‌ای است:

۱. **غیرقابل عدول:** قاعده آمره متضمن حقوقی است که حتی: الف) در صورت عدم ذکر در قرارداد میان دو یا چند طرف، لازم‌الاتباع است و ب) طرفین نمی‌توانند در قرارداد میان خود آن را کنار بگذارند (Reisman, 1972: 110). این معیار شناسایی مفهومی کاملاً حقوقی است که به انتقادات نسبت به معایب غیرحقوقی و غیرمادی پاسخ می‌دهد. معیار غیرقابل عدول بودن، حاصل پروسه قانون‌سازی بین‌المللی است و به جای عناصر خارج از حقوق، محصول نهایی قانون را پیش رو می‌گذارد (Kolb, 2017: 8).

۲. **بازتاب‌دهنده ارزش‌ها اخلاقی و انسانی نظام‌نظام** (Parker, 1988: 428): برخی حقوقدانان علت غیرقابل عدول بودن قاعده آمره را، انطباق این قاعده با ارزش‌های اخلاقی و بازتاب‌دهنده این ارزش‌ها می‌دانند (Nageswar, 1974: 368). حقوق بین‌الملل توسط قاعده

آمره، اجازه عدول از اصول اخلاقی و ارزش‌های جامعه بین‌المللی را نمی‌دهد (Verdross, 1937: 572). از آنجا که به نفع تمامی دولت‌هاست که ارزش‌های انسانی و اخلاقی را محترم شمارند، بنابراین قواعد آمره می‌توانند از منافع جمعی نیز حفاظت کنند (Crawford, 2001: 13). پس قاعده آمره، ترجمان عملی نظم عمومی است (Pellet, 2007: 117 & 142)، چراکه در حفظ نظم حقوقی بین‌المللی مشارکت دارد. همچنین در قضیه تنگه کورفو، دیوان با تأکید بر وابستگی متقابل اجتماعی دولت‌ها، مفهوم بشریت را محور اساسی روابط بین دولت‌ها برمی‌شمارد و هرگونه اقدام متعارض با این مفهوم را محکوم می‌کند (ICJ, 1949: 45). این چنین مفهوم بشریت و قواعد و هنجارهای مربوط به آن، وارد حوزه نظم عمومی بین‌المللی می‌شود و قواعد آمره بازتاب‌دهنده آن هستند.

**۳. حافظ منافع جمعی:** قاعده آمره قاعده‌ای است که از منافع جمعی در مقابل منافع انفرادی دولت‌ها در درون یک نظام حقوقی صیانت می‌کند (Hannikainen, 1988: 2). به همین دلیل ویژگی غیرقابل عدول دارد و عدول از آن ممکن نیست (Christenson, 1988: 643). قاعده آمره تضمین‌کننده اجرای مقرراتی است که اجرای آنها (صرف نظر از ریشه این قواعد) به نفع همه اعضای نظام حقوقی است. بنابراین قواعد آمره می‌توانند نیل به اهدافی را که یک نظام، براساس خواست جمعی، برای نیل به آنها ایجاد شده است، تسهیل کنند. به همین دلیل نقض قاعده آمره دارای پیامدهای خاص است، چراکه پیامدهای آن صرفاً معطوف به یک دولت نیست و بر همه دولت‌ها و نظام اثر می‌گذارد. اگر این پیامدها شامل عدم امکان مبادرت به انجام اقدام متقابل در مقابل نقض قاعده‌ای که وجود آن برای کارکرد نظام حقوقی ضروری است، همکاری برای پایان دادن به نقض قاعده و آثار آن و عدم شناسایی آثار حاصل از نقض آن قاعده باشد (ICJ, 2004: 134)، آن قاعده یک قاعده آمره است (Costelloe, 2017: 286).

**۴. دارای کارکرد در راستای نیل به اهداف نظام حقوقی:** قاعده آمره برای ادامه و تداوم کارکرد نظام حقوقی الزامی است و ماهیت اساسی و عمومی دارد (Martensen, 1971: 23). قاعده آمره برای رفع نیاز جمعی اعضای جامعه بین‌المللی و نیل به اهدافی که یک نظام حقوقی برای دستیابی به آنها ایجاد شده است، ضروری هستند (Suy, 1967: 18; Weatherall, 2015: 444). بنابراین قواعد آمره قواعدی هستند که در راستای یک هدف مشترک، نسبت به تمام اعضای یک نظام حقوقی لازم‌الاجرا هستند.

**۵. با ویژگی فراگیری و شمول عمومی (Toward All):** قواعد آمره متضمن مقرراتی است که اجرای آن به نفع همه اعضا نظام حقوقی است. بدین ترتیب میان قاعده آمره و قواعد عام‌شمول (*Erga Omnes* و *Erga Omnes Partes*) رابطه سببی وجود دارد. قواعد عام‌شمول تضمین‌کننده اجرای قواعد آمره هستند و در راستای شناسایی آنها کمک‌کننده خواهند بود (Crawford, 2001: 13). مفهوم قواعد عام‌شمول، به دلیل فراگیری، تعداد زیاد اعضا، اهمیت حوزه کاری و انجام



وظایفی که موجب منفعت به جامعه بین‌المللی می‌شود در برخی سازمان‌های بین‌المللی و به دلیل اینکه تمامی دولت‌ها در آن سازمان‌ها منافع دارند که هدف مشترک و واحدی را دنبال می‌کنند، قابل تسری به این قبیل سازمان‌ها نیز است (ILC, 1967: 99). قاعده آمره، بسته به هدف یک نظام حقوقی، از اهدافی که نظام برای نیل به آن ایجاد شده است، صیانت می‌کند. این اهداف می‌توانند برخاسته از ارزش‌های آن نظام حقوقی باشند یا در نظم عمومی آن نظام مشارکت داشته باشند. به همین دلیل قاعده آمره می‌تواند در سازمان‌های بین‌المللی که دارای هدف مشخص و اساسنامه واحد هستند و قواعد آن نسبت به همه اعضا به‌طور یکسان و برابر اجرا می‌شود، ایجاد شود و حتی به خارج از آن نیز سرایت کند (Schwarzenberg, 1967: 117). بنابراین قاعده آمره از تمامیت یک رژیم حقوقی یکپارچه مراقبت می‌کند. پیرو رأی دیوان در قضیه بلژیک علیه سنگال، برخی قواعد که از آنها با عنوان *Obligation Erga Omnes Partes* یاد می‌شود، ویژگی خاصی دارند که طرفین یک معاهده، در هر حالتی نسبت به آنها دارای منافع هستند (ICJ, 2011: 67). این رأی از این حیث حائز اهمیت است که دیوان در رأی خود اعلام می‌کند که در معاهدات چندجانبه نیز، منفعی وجود دارد که نسبت به طرفین همان معاهده عام‌شمول است. مفهوم *Obligation Erga Omnes Partes* در معیت با *Jus Standi* کاربردی می‌شود. این عبارت به معنای حق و امکان اقدام حقوقی و مراجعه به دادگاه در مورد یک نقض است، حتی اگر خواهان طرفی از نقض حقوق نباشد و آن نقض مستقیماً بر وی اثر نگذاشته باشد، به شرطی که این نقض جدی باشد و موجب لطمه به منفعی شود که نسبت به همه نافذ بوده است (Longobardo, 2015: 1210). به نظر دیوان بین‌المللی دادگستری نیز، اگر قاعده مورد تعارض از طبیعت *Obligation Erga Omnes Partes* باشد، تمام طرفین معاهده طرف تعارض قرار می‌گیرند (ICJ, 2011: 67). این مسئله از این حیث برای این رساله سودمند است که اولاً در تطابق با نظر کمیسیون حقوق بین‌الملل مبنی بر امکان شناسایی قاعده آمره در کنوانسیون‌های چندجانبه است؛ دوم، موافقت‌نامه مراکش، موافقت‌نامه‌ای چندجانبه است که در آن قواعدی وجود دارد که همه اعضای سازمان تجارت جهانی نسبت به آنها صاحب منفعت هستند.

**۶. حافظ یکپارچگی رژیم حقوقی (Anti-Fragmentation):** اگر حقوق بین‌الملل عمومی یا هر حوزه آن را نظام حقوقی یکپارچه بدانیم، قاعده آمره از تمامیت این رژیم‌ها صیانت می‌کند (Kolb, 2001: 172). بدین معنی که چه هدف یک رژیم حقوقی حفظ صلح باشد، چه صیانت از کرامت انسانی، چه هدف آن همزیستی مسالمت‌آمیز و ارتقای همکاری در زمینه‌های مختلف باشد، چه رفع نیازهای جمعی انسان‌ها در جامعه بین‌المللی از طریق ابزار مختلف (Weatherall, 2015: 444). قاعده آمره با صیانت از این اهداف از، از هم گسستگی یک نظم حقوقی واحد، در مقابل اقدامات یک یا دوجانبه، یا آثار حاصل از مراودات دوجانبه در یک نظام حقوقی مراقبت می‌کند (Criddle, 2009: 347) هدف قاعده آمره، جلوگیری از گسست نظام

حقوقی در مقابل ارادهٔ یکجانبه یا دوجانبهٔ اجزا یا اعضای نظام حقوقی است. کارکرد آن باطل شدن این اقدامات یک یا دوجانبه است. در قضیهٔ حق شرط بر کنوانسیون منع و مجازات نسل‌کشی نیز، دیوان بین‌المللی دادگستری به این دلیل شرط بر این کنوانسیون را باطل دانست که: ۱. با هدف معاهده در تضاد است، ۲. معاهدهٔ مذکور بازتاب‌دهندهٔ قواعدی است که ارتباطی به تعهدات دولت‌ها میان خود ندارد و در واقع متضمن و بازتاب‌دهندهٔ تعهدات دولت‌ها نسبت به کل جامعهٔ بین‌المللی است (ICJ, 1950: 23). دلیل باطل بودن حق شرط، نه تضاد با ارزش‌های بنیادین جامعهٔ بین‌المللی بود و نه برهم زدن نظم عمومی بین‌المللی، بلکه حفظ تمامیت معاهده‌ای بود که هدف آن انسانی و اجرای آن به نفع همهٔ دولت‌ها است.

## نتیجه‌گیری

همان‌طور که دیدیم، بیشتر نظریه‌های مربوط به قاعدهٔ آمره در مکاتب مختلف، یا موجب تقلیل قاعدهٔ آمره به چیزی شبیه به حقوق و قواعد عرفی و شناسایی‌شده توسط دولت‌ها می‌شوند که عناصر آن ارتباطی با مفهوم قاعدهٔ آمره ندارد، یا آنها را به مؤلفه‌های خارج از حقوق مانند اخلاق، ارزش و منافع گره می‌زنند. در این مقاله سعی شد که با نقد نظریات موجود، عناصر دخیل در کارکرد نهایی قاعدهٔ آمره، به‌مثابهٔ یک ابزار در اختیار قانونگذار، یا متصدی حقوق از جمله قاضی، از مکاتب مختلف استخراج شود، و با دیالکتیک آنها سنتز نهایی برای معرفی معیاری عملی‌تر و حقوقی‌تر برای شناسایی قاعدهٔ آمره ارائه شود. برخلاف تصور، آنچه تاکنون در خصوص قاعدهٔ آمره در محاکم دیده شده، قاعدهٔ آمره نه یک قاعدهٔ ارزشی است که نسبت به قواعد شکلی مانند مصونیت دولت‌ها (در رأی قضیهٔ آلمان-ایتالیا) برتری داشته باشد و نظامی سلسله‌مراتبی ایجاد کند، و نه قاعده‌ای است که صرفاً دولت‌ها به‌عنوان تابعی از حقوق بین‌الملل ایجادکنندهٔ آن باشد که از نظم عمومی بین‌المللی صیانت کند. این قاعده صرفاً یک قاعدهٔ ارزشی و بازتاب‌دهندهٔ ارزش‌های جامعهٔ بین‌المللی نیست (رأی دیوان در قضیهٔ حق شرط بر کنوانسیون منع ژنوساید)، بلکه قاعدهٔ آمره قاعده‌ای است که به فراخور نظم حقوقی هر نظام، در آن وجود دارد، و وجود آنها لازمهٔ نیل به اهداف، تداوم عملکرد و حفظ یکپارچگی نظام حقوقی است. بنابراین می‌توان گفت قاعدهٔ آمره، قاعده‌ای است غیرقابل عدول و بازتاب‌دهندهٔ ارزش‌های اخلاقی و انسانی یک نظام حقوقی، که با صیانت از منافع جمعی آن، سبب تسهیل نیل به اهداف نظام می‌شود و با حفظ یکپارچگی رژیم حقوقی، به‌صورت برابر نسبت به همهٔ اعضا اعمال می‌شوند. این قواعد در حقوق قراردادی، حقوق عرفی و اصول کلی حقوقی یافت می‌شوند و تفسیر رسمی و قانونی قواعد، نحوهٔ رفتار دولت‌ها با یک قاعده، رویکرد محاکم نسبت به یک قاعده و پیامدهای خاص آن در شناسایی ویژگی آمره آن، نقش اساسی دارند.

**A) Books**

1. Austin , J, (1869), *Lectures on Philosophy or Jurisprudence of Positive Law*, London.
2. Barak, A, Bashi, S (2005), *Purposive Interpretation in Law: Purposive International Law*, Princeton University Press.
3. Brint, M, (1991), *Pragmatism in Law and Society*, Westview Press.
4. Carrilli, J (1988), *droit international et souverainete des etats*, the Hague Academy.
5. Cavaglieri A, (1927), *Regles Generales du droit de la paix*, Recueil des cours de l'Academie de droit international de La Haye.
6. Costelloe, D, (2017), *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law*, Cambridge.
7. Crawford, J, (2002), *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge.
8. Detter, I, (1994), *the international legal order*, Aldershot.
9. Dickson, J, (2012), *Legal Positivism: Contemporary Debates*, Routledge.
10. Dickstein, M (1999), *The Revival of Pragmatism: New Essays on Social Thought, Law, and Culture*, Duke University Prfess.
11. Eskridge, W (1994) *Dynamic Statutory Interpretation*, Harvard University Press.
12. Finnis, J, (1980), *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Pres.
13. Friemann, W, (1967), *Legal Theory*, Columbia University Press
14. Fuller, L (1969) *The Morality of Law*, Yale University Press.
15. Gomez, M, (2001) *Towards a Sociological Understanding of Human Rights Abuse: The Intersection of International Pressure and Internal Politics ; Human Rights Abuse Patterns in Cuba, El Salvador and Nicaragua*, University of Minesota Publication.
16. Gottlieb, G (1968) *the Logic of Choice*, McMillan Press.
17. Guggenheim, P, (1967), *Traite de Droit International Public*, Geneva.
18. Hannikainen, L, (1988), *Peremptory Norms in International Law, Historical Development, Criteria, Presents*, Helsinki University Press.
19. Hart, H (1994), *the Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, Foundation Press.
20. Hart, H, (1961), *The Concept of Law*, Oxford University Press
21. Holland, J (1993), *Learning Legal Rules: A student Guide to Method and Reasoning*, Blackstone Press.
22. Kelsen, H, (1999), *General Theory of Law and State*, The Law book Exchange.
23. Kolb, R, (2001), *theorie du jus cogens international*, Paris
24. Kolb, R, (2017), *Peremptory International Law: A General Inventory*, Hart Publication Company.

25. Koskeniemi M, (2006), *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge University Press.
26. Marek, K (1968), *Contribution à l' étude du jus cogens en droit international* in Essays in Honor of P Guggenheim.
27. Martensen, J, (1971), *Jus Cogens in International Law*, Hamburg University Press.
28. Moehler, M, (2018), *Minimal morality, a multilevel of social contract theory*, Oxford.
29. Orakhelashvili, A (2006) *Peremptory Norms in International Law*, Oxford University Press, Oxford.
30. Orakhelashvili, A, (2008), *the Effect of Jus Cogens in the Law of Treaties*, Oxford Scholarship Online.
31. Orakhelashvili, A, (2010), *Peremptory Norms as an Aspect of Constitutionalisation in the International Legal System* in Morly Frishman and Sam Muller (Eds), *the Dynamics of Constitutionalism in the Age of Globalization*, Hague Academic Press.
32. Rawls, J, (1999). *A Theory of Justice*. Harvard Press.
33. Raz, J (1983), *the Authority of Law*, Clarendon Press.
34. Reinman, H, (1971), *jus cogens im volkerrecht*, Zurich,
35. Reisman, M, (1972), *Nullity and Revision*, Yale University Press.
36. Rozakis, C, (1976), *The Concept of jus cogens in the Law of Treaties*. North-Holland, Amsterdam.
37. Ruda, J, (1967), *the concept of jus cogens in public international law*, Geneva.
38. Schiffer, W, (1954), *The Legal Community of Mankind*, Columbia University Press.
39. Schwarzenberger, G (1967), *International Jus Cogens? in Lagonissi Conference , Carnegie Endowment for International Peace* (ed), *The Concept of Jus Cogens in Public International Law: Papers and Proceedings*, Geneva.
40. Shannon, B (2020), *American Legal Process*, Kluwer.
41. Simon, D, Klein P, (2011), *the Vienna convention on the law of treaties, a commentary*, Oxford
42. Sinclair, I, (1984), *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester University Press
43. Suy, E, (1962), *the Concept of Jus Cogens in Public International Law*, Geneva.
44. Suy, E, (1967), *International Jus Cogens, Carnegie Endowment for International Peace, The Concept of Jus Cogens in International Law: Papers and Proceedings*, Geneva,
45. Sztucki, J, (1974), *Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties: A Critical Appraisal*, Cambridge University Press.
46. Tammes, C, (2005), *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law*, Cambridge University Press
47. Teson, A (1998), *Philosophy of International Law*, Westview Press
48. Tomuschat, C, (2006), *the Fundamental Rules of the International Legal Order:*

*Jus Cogens and Erga Omnes*, Oxford University Press.

49. Verhoeven, S, (2011), *Norms of Jus Cogens in International Law: A Positive and Constitutionalist Approach*, Leuven Press.
50. Vierheilig, M, (1984), *die rechtliche einordnung der von der weltgesundheitsorganisation beschlossenen regulations*, Heidelberg.
51. Weatherall, T (2015), *Jus cogens: International Law and Social Contract*, Cambridge University Press.
52. Weib, N, (2015), *the Influence of Human Rights on International Law*, Springer.
53. Wroblewski, J (1992), *the Judicial Application of Law*, Springer
54. Yarwood, L, (2011), *State Accountability under International Law: Holding State accountable for a Breach of Jus Cogens Norms*, Routledge.

#### **B) Articles**

55. Affeldt, S, (1999), "The force of freedom, Rousseau on forcing to be free", *Political Theory Journal*, Vol. 27, No. 3, pp. 299- 333.
56. Ago, R (1957), "Positivism and International Law", *American Journal of International Law*, Vol.51, pp. 691- 733.
57. Allain, J. (2002), "the Jus Cogens Nature of Non-Refoulement", *Int'l Journal of Refugee Law*, Vol.13, pp. 533- 558.
58. Allen, H (2004), "Globalization and Peremptory Norms in International Law: From Westphalian to Global Constitutionalism", *International Politics*, Vol. 14, pp. 341- 353.
59. Brudner, A, (1985), "The Domestic Enforcement of the International Covenant on Human Rights", *University of Toronto Law Journal*, Vol. 35, pp. 219- 254.
60. Byers, M (1997). "Conceptualizing the Relationship between Jus Cogens and Erga Omnes Rules", *Nordic Journal of International Law*, Vol. 66, pp. 211- 239.
61. Charney, J, (1993), "Universal International Law", *American Journal of International Law*, Vol. 87, pp. 529- 551.
62. Charny, D (1991), "Hypothetical Bargains: The Normative Structure of Contract Interpretation", *Mich. Law Review*, Vol. 89, pp. 1815- 1880.
63. Christenson, G (1988), "Jus Cogens: Guarding Interests Fundamental to International Society", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 28, pp. 585- 648.
64. Christenson, G, (1986), "jus cogens guarding fundamental interest to international society?" *Virginia journal of international law*, pp. 584- 648.
65. Christopher, D (1999), "Jus Cogens, Reparation Agreements, and Holocaust Slave Labour Litigation", *Law & Policy in International Business*, Vol. 31, pp. 169- 201
66. Coyle, S (2006), "Positivism, Idealism and the Rule of Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, No. 2, pp. 257- 288
67. Criddle, EJ, Fox-Decent, E (2009), "A Fiduciary Theory of jus cogens", *Yale Journal of International Law*, Vol.34, Issue 2, pp. 331-387.
68. Delbrück, J (1998), "Laws in the Public Interest: Some Observations on the

- Foundations and Identification of erga omnes Norms in International Law”, *Liber Amoricum Günther Jaenicke*, Vol.17, pp.197- 233.
69. Dubois, D, (2009), “the Authority of Peremptory Norms in International Law: State Consent or Natural Law?” *Nordic Journal of International Law*, Vol. 78, pp. 133- 175
70. Fischer, A, Tuber, G, (2004), “Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law”, *Michigan journal of International law*, Vol. 25, pp. 999- 1044.
71. Grundfest, J, Pritchard A, (2002), “With Multiple Personality Disorders: The Value of Ambiguity in Statutory Design and Interpretation,” *Stan. L. Rev.* Vol. 55. pp. 627- 736.
72. Hall, S (2001), “the Persistent Specter: Natural Law, International Order and the Limits of Legal Positivism”, *European Journal of International Law*, Vol. 12, Pp. 269- 307.
73. Linderfalk, U (2015), “Understanding Jus Cogens Debate: the pervasive influence of legal positivism and legal idealism”, *The Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 46, pp. 51- 84
74. Longobardo, M (2015), “Genocide, Obligation erga omnes and the responsibility to Protect”, *The Internarional Journal of Human Rights*, Vol. 19, No. 8, pp. 1199- 1212.
75. Morelli, G, (1932), “Norm dispositive e diritto internazionale”, *international law review*, Vol. 11, pp. 102- 144.
76. Nageswar, V (1974), “Jus Cogens, and Vienna Convention on the Law of Treaties”, *Indian Journal of International Law*, Vol. 14, pp. 362- 391.
77. Parker, K. (1988), “Jus Cogens: Compelling the Law of Human Rights”, *Hastings International and Comparative Law Review*, Vol. 12, Issue 2, pp. 411- 463.
78. Paulus, A (2005), “*Jus Cogens in a Time of Hegemony and Fragmentation*”, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 74, pp. 297- 333.
79. Pellet, A, (1992), “the normative dilemma: will and consent in international law making”, *Australian yearbook of international law*, Vol. 12, Pp.
80. Ramcharan, B, (1983), “the Right to Life”, *the Netherlands international law review*, Vol. 30. pp. 63- 88.
81. Reisman, M (1985), “Criteria for the Lawful Use of Force in International Law”, *Yale Journal of International Law*, Vol. 10. pp. 279- 285,
82. Robledo, A (1981), “Le ius cogens international: sa genèse, sa nature, ses fonctions”, *RdC*, Vol 2. Issue 9, pp. 183- 217.
83. Salcedo C, (1997), “Relections on the Existence of a Hierarchy of Norms in International Law”, *European Journal of International Law*, Vol. 8, pp.
84. Stephan, P (2011), “the political economy of jus cogens”, *Vanderbilt journal of transnational law*, Vol. 44, pp.. 1078
85. Verdross, A. (1937), “Forbidden Treaties in International Law”, *American Journal of International Law*, Vol. 29. pp. 571- 577.
86. Verdross, A. (1937), *Forbidden Treaties in International Law*, *American*

*Journal of International Law* 1937, P. 572.

87. Verdross, A. (1966), "Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law", *American Journal of International Law*, Pp.
88. Wittich, S, (2007), "permissible derogation from mandatory rules? The problem of party status in the genocide case", *European journal of international law*, Vol. 18.

#### **C) Reports**

89. Crawford, J, (2001) Fourth Report on State Responsibility Yearbook of ILC.
90. Report of International Law Commission on the Work of its Twenty Eighth Session, 1976, Vol II, Yearbook of ILC, P. 99, Para 10 , Commentary to Draft Article 19
91. Report of the International Law Commission on the work of its Seventieth Session (A/73/10) Commentary the identification of customary international law, footnote 667 to paragraph (2) of Draft Conclusion 1.
92. Yearbook of ILC, 1966.

#### **D) Legal cases**

93. Corfu Channel (United Kingdom v. Albania), ICJ, Judgment of 15 December 1949, p. 45 (Judge Álvarez)
94. Inter-American Court of Human Rights, *Blake v. Guatemala*, Merits, Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, para 24
95. Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment of 3 February 2012
96. North Sea Continental Shelf, Federal Republic of Germany v. Denmark/Federal Republic of Germany v. the Netherlands, Judgment, ICJ Rep. 1969, P. 37.
97. Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v Senegal) *ICJ Report, 2009*
98. Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, ICJ Rep. 1950.