

جایگاه قاعده آمره در میان منابع حقوق بین‌الملل

سید قاسم زمانی

مقدمه

نظام حقوقی هر جامعه در کل حافظ مصالح و ارزشهای آن جامعه بوده و با نظم بخشیدن به اعمال و رفتار تابعان، مانع سقوط و از هم‌پاشیدگی بنیانهای اجتماعی می‌شود. منتهای مراتب این منافع و مصالح علاوه بر تنوع و گوناگونی، از اهمیت یکسانی برخوردار نبوده و هر یک بنابر ماهیت و جایگاه خود حمایت ویژه‌ای را می‌طلبد. این منافع در جامعه نیمه سازمان یافته و غیرنهادین بین‌المللی از حساسیت خاصی برخوردارند. «قبلاً کشورها می‌توانستند به هر آنچه که مایل بودند با ترکیب اصل حاکمیت و اصل وفای به عهد در بستر توافق دست یابند؛ این امر به علت فقدان محدودیتی حقوقی بر توسل به زور در روابط بین‌المللی ممکن می‌نمود. لیکن به محض ممنوع شدن توسل به زور، راه اعمال محدودیتهای اساسی بر حاکمیت

افسار گسیخته کشورها هموار گشت. این ممنوعیت نقطه عطفی در يك «اجتماع بین‌المللی»^۱ و حرکت به سوی «جامعه بین‌المللی»^۲ تلقی می‌گردد.^۳ با وجود این چون وابستگی متقابل عینی میان کشورها، آن اندازه قوی نیست که تنشها را بزدايد و به مخاصمات مسلحانه پایان بخشد دولتها ناچار شده اند برای تفوق بر این روند به رعایت قواعد آمره گردن نهند.^۴ برای اساس درك مفهوم قاعده آمره برای شناخت حقوق بین‌الملل در زمانی اساسی گشته است که دریافته ایم توافق خودسرانه دولتها نمیتواند بالاترین ارزش در جامعه بین‌المللی باشد.^۵

مبحث ۱

مفهوم و جایگاه قواعد آمره بین‌المللی

1. International Society.
2. International Community.
3. Abi, Saab. G., Conference on International Law, Lagonissi, Genève, 1967, p. 13 in Gómez Robledo. A. "La jus Cogens International, Sa genese, Sa nature, ses fonctions" Recueil des Cours (R. C. A. D. I.), 1981, Vol. 172, pp. 36, 209.
4. Dupuy Rene Jean., "La Communauté internationale entre le mythe et l'histoire", Paris, Economica unesco, 1986, P. 147.
5. Frowein J.A., "Reactions by Not directly affected States to breaches of Public International Law", R. C. A. D. I., 1994, Vol. 248, P.365.

کنوانسیون وین حقوق معاهدات ۱۹۶۹
بی‌آنکه تعریفی معین و معیاری صریح برای
تشخیص قواعد آمره به دست دهد «با ارائه
توصیفی شکلی از قواعد آمره»^۶ در ماده
۵۳ مقرر می‌دارد: «از نظر عهدنامه
حاضر، قاعده آمره حقوق بین‌الملل عام
قاعده‌ای است که به وسیله کل جامعه
بین‌المللی کشورها به‌عنوان قاعده‌ای
تخلف‌ناپذیر، که تنها با یک قاعده بعدی
حقوق بین‌الملل عام، با همان ویژگی قابل
تعدیل می‌باشد، پذیرفته و مورد شناسایی
قرار گرفته است».^۷ نکته‌ای که تذکر آن
در اینجا لازم می‌باشد آن است که در
ایجاد چنین قاعده‌ای ضرورتاً نیاز بدان
نیست که حتماً تمام کشورهای عضو جامعه
بین‌المللی اراده خود را در پذیرش چنین
قاعده‌ای ابراز داشته باشند، بلکه
اکثریتی که بتوان موضع آنها را به

6. Charlesworth, H/ Chinkin. C., "The Gender of Jus Cogens", Human Rights Quarterly (H. R. Q), 1993, Vol. 15, P. 63.

7. ماده ۵۳ کنوانسیون وین ۱۹۸۶ راجع به حقوق معاهدات میان کشورها و سازمانهای بین‌المللی و بین خود سازمانهای بین‌المللی نیز عیناً همین توصیف را ارائه کرده است.

جامعة بين المللي كشورها منتسب كرد،
كافي مي باشد.⁸

معياري كه براي تشخيص قواعد آمره
مي توان قائل شد در اين واقعيته نهفته
است كه آنها «منافع برتر كل جامعه
بين المللي را حفظ مي كنند»⁹ منفعتي كه
تخطي از آن جايز نمي باشد. با وجود اين،
معيار مزبور فقط ماهوي است و تنها
امكان مرتبط كردن مفهوم قاعده را با
ابعاد اجتماعي به دست مي دهد. نيك
پيدا است كه كنوانسيونهاي وين ۱۹۶۹ و
۱۹۸۶ كوشيده اند كه با تأييد وجود قواعد
آمره از نظم عمومي بين المللي خبر دهند
اما نتوانسته اند معياري معين براي
تشخيص اين قواعد عرضه كنند.

به نظر مي رسد براي احراز وجود چنين
قاعده اي، آميزه اي از معيارهاي شكلي و
ماهوي بايد در کنار هم قرار گيرند،
يعني «هم اثبات اين امر كه اجرائي
قاعده ادعائي منفعت عام جامعه
بين المللي را تأمين مي كند و هم اين كه

8. Alexidze, Leoan., "Legal Nature of Jus Cogens in Contemporary International Law", R. C. A. D. I., 1981, Vol. 172, p. 246.

9. Verdross, Alfred., "Jus dispositium and Jus Cogens in International Law", American Journal of International Law (A.J.I.L), 1966, Vol. 60, p. 58.

جامعه بین‌المللی تخطی از آن را منع کرده باشد».^{۱۰}

ماده ۵۳ کنوانسیون وین قاعده آمره را قاعده‌ای تخلفناپذیر توصیف می‌کند، اما این امر نیاز به توضیح ندارد که هر قاعده حقوقی ممکن است نقض شود، و در واقع به همین خاطر واجد ضمانت اجرا می‌باشد. «تفاوت شکلی قواعد آمره با قواعد دیگر در نتایج متفاوتی است که از چنین تخلفی حاصل می‌گردد»،^{۱۱} والا تخطی یک‌جانبه از هیچ قاعده حقوقی مجاز نمی‌باشد. این امر بدان معنا است که نقض یک قاعده غیر آمره برای دولت خاطی در مقابل کشور متضرر ایجاد مسئولیت کرده و دولت خاطی نمی‌تواند از عمل خلاف خود منتفع گردد، زیرا بر عمل خلاف آن کشور از لحاظ حقوقی اثری مترتب نمی‌شود. در حالی که نقض یک قاعده آمره، حتی اگر با توافق دو کشور صورت گیرد، موجب بطلان ذاتی عمل مخالف آن گشته، و از لحاظ اصولی مسئولیت دولت خاطی را به علت

10. Wolfke, Karol., "Jus Cogens in International Law", Polish Yearbook of International Law (P.Y.I.L.), 1974, p. 150.

11. *Ibid.*, p. 149.

تجاوز به منافع عامه در قبال جامعه بین‌المللی نتیجه می‌دهد.

آشکار است تعهداتی که نقض آنها جنایتی بین‌المللی تلقی می‌شود معمولاً آنهایی است که از قواعد آمره نشأت می‌گیرد. به همین خاطر کمیسیون حقوق بین‌الملل در بند ۳ ماده ۴۰ طرح پیشنهادی خود راجع به مسئولیت بین‌المللی دولتها مقرر می‌دارد که: «در مورد جرم بین‌المللی، واژه دولت متضرر شامل تمام دیگر دولتها می‌شود».^{۱۲} همچنین در ماده ۵۳ دولتها را مکلف به عدم شناسایی وضعیت ناشی از آن جرم به‌عنوان وضعیتی قانونی، و عدم کمک یا مساعدت به کشور مرتکب جرم در حفظ آن موقعیت کرده و از دولتها خواسته است که با یکدیگر در اجرای اقدامات مطروحه برای رفع آثار آن جرم همکاری کنند.^{۱۳}

شورای امنیت سازمان ملل متحد در سال ۱۹۶۵ طی قطعنامه ۲۱۷ اشعار داشت که اعلامیه یکجانبه استقلال رودزیای جنوبی

12. ILCY., 1985, Vol. II, Part Two, pp. 25 - 27.

13. For the commentary to the article *See*: The Report of the Commission on the Work of its Forty - Seventh session (Official Records of the General Assembly), Fiftieth Session, Supplement no. 10, (A/50/10), pp. 149-173.

هیچ اعتبار حقوقی ندارد. به نظر می‌رسد شورا این اعلامیه را تجاوز به اصل حق ملتها در تعیین سرنوشت خود محسوب کرده، و این تجاوز را واجد آنچنان شدتی یافته است که بدین وسیله در پی اثر انداختن نتایج آن برآمده است.^{۱۴} همچنین در ۹ اوت ۱۹۹۰ شورای امنیت با تصویب قطعنامه ۶۶۲ اعلام کرد که انضمام خاک کویت به عراق به هیچ شکل و تحت هیچ عنوان مبنای حقوقی ندارد و به این سبب از نظر اعضای جامعه بین‌الملل کان لم یکن و باطل می‌نماید. از این رو شورا از تمام دولتها، سازمانهای بین‌المللی و نهادهای تخصصی درخواست نمود که این وضعیت را شناسایی نکنند و از ایجاد هرگونه رابطه‌ای که به ظاهر متضمن شناسایی چنین وضعیتی باشد، امتناع بوزند.

مبحث ۲

موضوعه بودن قاعده آمره

14. Gowlland. Debbas V., "Collective responses to illegal acts in international law", Martinus Nijhoff, 1990, p. 240.

ماده ۵۳ کنوانسیون وین حقوق معاهدات با بیان این نکته که کل جامعه بین‌المللی کشورها باید قواعد آمره را مورد پذیرش و شناسایی قرار داده باشند هرگونه تلاشی را برای توسل به دکترین حقوقی طبیعی به‌عنوان منبع قواعد آمره عقیم نموده،^{۱۵} و بر این نکته مهر تأیید نهاده است که: «حقوق طبیعی و اصول اخلاق بین‌المللی نمی‌توانند یک منبع شکلی قاعده آمره باشند مگر این که در قالب قواعد موضوعه جای گرفته باشند».^{۱۶}

در واقع قواعد آمره، قواعدی موضوعه هستند و این اراده مشترک جامعه بین‌المللی کشورهاست که تعیین می‌کند کشورها مجاز به تخطی از یک قاعده خاص نمی‌باشند، «این اراده، هم باید مثبت این امر باشد که چنین قاعده‌ای، یک قاعده حقوق بین‌الملل عام است و هم این که قاعده مزبور را جامعه بین‌المللی کشورها در کل به‌عنوان قاعده‌ای تخلفناپذیر مورد شناسایی قرار داده

15. Fastenrath Ulrich., "Relative Normativity in International Law", European Journal of International Law (E.J.I.L.), 1993, Vol. 34, p. 323.

16. Akehurst M., "The Hierarchy of the sources of International Law", (B. Y. I. L), 1974 - 75, p. 282.

است. در اصل در این مفهوم، قاعده آمره رضایت مضاعفی را می‌طلبد».^{۱۷}

گرچه هیچ‌کس ادعا نکرده است که فهرست منابع حقوق‌بین‌الملل مندرج در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان، جنبه انحصاری دارد،^{۱۸} با وجود این قواعد آمره ماهیتاً، و به لحاظ لزوم رضایت مضاعف در شکل‌گیری آن «به‌عنوان منبع جداگانه حقوق بین‌الملل استقلال ذاتی داشته و از رهگذر دیگر منابع پای به عرصه وجود می‌نهند».^{۱۹} این قواعد همانند دیگر قواعد حقوق بین‌الملل از اراده همسوی دولتها ناشی می‌شود، «چنین قاعده‌ای می‌تواند حاصل تکامل یک قاعده سابق باشد، قاعده‌ای که قبلاً واجد چنین ارزشی نبوده است یا این که برعکس قاعده‌ای باشد که از آغاز تولدش واجد چنین خصیصه‌ای بوده است».^{۲۰} چون رابطه قواعد آمره و اصول کلی حقوقی از ابهام زیادی

17. Hannikainen. Lauri., "Peremptory Norms (Jus Cogens) in International law: Historical Development, Criteria, Present Status", Helsinki, 1988, p. 12.

18. Menon. P. K., "Primary, Subcidiary and other Possible sources of International Law", Srilanka Journal of International Law (S. J. I. L), 1989, Vol. 1, p. 114.

19. Danilenko Gennady M., "International Jus Cogens: Issues of Law Making", E. J. I. L., 1991, Vol. 2, No. 1, p. 49.

20. Dupuy., op. cit., p. 156.

برخوردار است، و از طرفی در کنفرانس وین هم در مورد این امر که قواعد آمره می‌توانند از منابعی به غیر از حقوق قراردادی و حقوق عرفی نشأت گیرند حمایت اندکی وجود داشت،^{۲۱} از این رو بحث خود را به حقوق قراردادی و حقوق عرفی به‌عنوان منبع قواعد آمره محدود می‌کنیم، کما این که در ماده ۵۳ کنوانسیون وین «پذیرش» (Accepted) به جنبه قراردادی، و «شناسایی» (Reeognized) به جنبه عرفی قاعده آمره دلالت دارند.

بند اول

حقوق قراردادی به‌عنوان منبع قاعده آمره

معاهدات بین‌المللی مهمترین ابزار خلق قواعد در نظام بین‌المللی معاصر می‌باشند. کنوانسیونهای ۱۹۶۹ و ۱۹۸۶ وین این سؤال را بی‌جواب رها کرده‌اند که چگونه يك قاعده آمره پای به عرصه وجود می‌نهد. با وجود این، با توجه به ماده ۵۳ هر دو کنوانسیون می‌توان گفت که در این مورد معیار پذیرش و شناسایی که کل جامعه بین‌المللی به عمل می‌آورد اعمال

21. Akehurst., Ibid., p. 283.

خواهد شد. پس در وهله اول این امر که قاعده‌ای میان اکثریتی وسیع از کشورها اعمال می‌شود باید اثبات گردد.^{۲۲} طبعاً اثبات عام بودن یک قاعده، در مورد قواعد قراردادی چندان مشکل نمی‌نماید، زیرا پذیرش صریح یک قاعده قراردادی این فرصت را فراهم می‌آورد که تعیین حد عمومیت آن قاعده به سهولت امکان‌پذیر باشد. می‌توان گفت: «یک قاعده قراردادی عام، قاعده‌ای است که اکثر کشورهای جامعه بین‌المللی - بویژه کشورهای که بیشترین نفع را در آن موضوع دارند - آن را از رهگذر مشارکت در یک معاهده بین‌المللی که آن قاعده را در بردارد پذیرفته باشند».^{۲۳} با وجود این صرف عمومیت یک قاعده قراردادی در میان اعضای جامعه بین‌المللی برای این که آن را قاعده‌ای آمره تلقی کنیم، کافی

۲۲. از آنجا که هنوز کشورها هم خالق حقوق و هم تابع درجه اول آن در نظام بین‌المللی به شمار می‌روند، بدین لحاظ عمومیت یک قاعده با توجه به گستره تابعان آن قاعده تعیین می‌شود و هر چند قواعد آمره از منافع عمومی و بنیادین جامعه بین‌المللی حمایت می‌کنند با وجود این محتوا و مضمون یک تعهد معیاری است که فعلاً نقشی فرعی ایفا می‌کند.

23. Rozakis. Ch. L., "The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties", North Holland, 1976, p. 67.

نیست. قاعده آمره قاعده‌ای است که هیچ‌گونه تخطی از آن مجاز نمی‌باشد و در واقع همان گونه که بیشتر اشاره داشتیم رضایت مضاعفی لازم است تا قاعده‌ای، آمره محسوب گردد. اثبات چنین رضایتی، از رهگذر منطوق و مفهوم کنوانسیون چند جانبه عام و نیز از مجرای رویه بعدی دول صورت می‌گیرد. ولی در هر حال «ضروری است که با این مسأله به صورت مضیق و دقیق برخورد گردد و هیچ‌گاه فرض بر وجود چنین خصیصه‌ای بشود. برای مثال مقررات کنوانسیونی که خروج یک‌جانبه را اجازه می‌دهد بعید است که در زمره چنین قواعدی قرار گیرد».^{۲۴}

عده‌ای با توسل به صورت قاعده قراردادی برآنند که «چون کشورهای ثالث بدون اعلام رضایت، به یک معاهده ملزم نمی‌شوند، و هیچ کنوانسیونی که کلیه کشورها آن را تصویب کرده باشند وجود ندارد، و نیز اکثریت معاهدات واجد شروط اختتام هستند بدین لحاظ نمی‌توان حقوق قراردادی را منبع قواعد آمره دانست».^{۲۵}

24. Wolfke., *Ibid.*, p. 151.

25. Hannikainen., *op. cit.*, p. 225.

هر چند ادله مستند به به جاي خود معتبر و با مبناي رضايي حقوق بين الملل قابل انطباق مي باشد و از لحاظ جامعه شناختي هم قواعد آمره به لحاظ ارتباط تنگاتنگ با منافع و ارزشهاي حياتي و پوياي جامعه بين المللي، معمولاً از رهگذر حقوق عرفي تکوين مي يابند^{۲۶} و «نقش معاهدات در اين مورد بيشتر اعلامي مي باشد»^{۲۷} تا تأسيسي، ليکن ما از لحاظ فني کنوانسيونهاي عام چند جانبه را به عنوان مبناي قواعد آمره مورد ملاحظه قرار مي دهيم، معاهداتي که از لحاظ نظري مي توانند در برگيرنده کليه تابعان جامعه بين المللي باشند و صريحاً امکان گريز از يك مقررره را منع کرده باشند.

معاهدات عام به صورت استثنائي مي توانند آثار غيرقابل اجتنابي را نيز براي کشورهاي ثالث داشته باشند مثل معاهدات موجد رژيمهاي عيني و يا بند ۶ ماده ۲ منشور ملل متحد که در تأييد عيني بودن تعهدات مربوط به صلح و امنيت بين المللي اشعار مي دارد: «سازمان ملل

26. Tomuschat. CH., "Obligations arising for states without or against their will", R. C. A. D. I., 1993, Vol. 241, p. 307.

27. Danilenko., op. cit., p. 63.

متحد مراقبت خواهد نمود که کشورهای غیرعضو تا آنجا که برای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی ضروری است مطابق اصول ماده ۲ رفتار نمایند».

قواعد آمره انعکاسی از منافع بنیادین جامعه بین‌المللی بوده و بدین لحاظ یک کشور نمی‌تواند به بهانه رضایت ندادن یا «حتی مخالفت مستمر با قاعده مربوطه از تعهد به رعایت چنین قاعده‌ای معاف باشد».^{۲۸} از این رو «تحوالات اخیر نشان دهنده آن است که قواعد آمره از منبای رضایی خود گام فراتر نهاده‌اند، تا آنجا که اعمال آنها علیه کشورهای مخالف^{۲۹} موجه گشته است».^{۳۰}

کمیسیون حقوق بین‌الملل در احراز وجود تعهداتی که نقض آنها به‌عنوان جنایتی بین‌المللی تلقی می‌شود در کنار حقوق بین‌الملل عرفی به کنوانسیونهای

28. Henkin Louis., "International Law: politics, Values and Functions", R. C. A. D. I., 1989, Vol. 216, p. 60.

۲۹. هر چند منطقاً کشورهای مخالف ملزم به اجرای یک قاعده موضوعه نمی‌باشند لیکن در صورت پذیرش یکسره این نگرش، و اعمال یکنواخت آن نسبت به کلیه قواعد حقوقی، قواعد آمره فلسفه وجودی خود را از دست می‌دهند و نظم عمومی بین‌المللی در معرض خطر قرار می‌گیرد.

30. Macdonald. R.st. J., "Fundamental Norms in Contemporary International Law", Canadian Yearbook of International Law (C. Y. I. L), 1987, p. 132.

چند جانبه استناد نموده است بویژه آن که مقرر داشته: «تعهداتی که نقض آنها جنایتی بین‌المللی تلقی می‌شود، معمولاً آنهایی است که از قواعد آمره نشأت می‌گیرد».^{۳۱}

عده‌ای با توسل به رأی دیوان در قضیه نیکاراگوئه معتقدند که دیوان بسوی پذیرش این فکر گام برداشته است که اصل منع توسل به زور به‌عنوان قاعده آمره، نه مبتنی بر منبع مستقل، بلکه مبتنی بر معاهده و عرف می‌باشد.^{۳۲} دیوان در بند ۱۸۱ رأی ماهیتی خود در این مورد اشعار می‌دارد: «... ملاحظه اساسی آن است که هم منشور و هم حقوق بین‌الملل عرفی از اصول بنیادین مشترکی در غیرقانونی شمردن استفاده از زور در روابط بین‌المللی تبعیت می‌کنند...». در واقع دیوان بدون این که این اصل بنیادین را محدود به عرف یا معاهده بداند امکان استنباط وجود آن را از عرف یا معاهده عام، بلامانع می‌داند و تلویحاً برای تأیید ادعای خود به ابزارهای کمکی دیگری نیز

31. Rosenne shabtai., "United nations: International Law Commission", Netherlands kluwer, 1991, pp. 203, 20.

32. Danilenko., *op. cit.*, p. 49.

چون معاهدات دوجانبه، قطعنامه‌های سازمان‌های بین‌المللی، اظهارات نمایندگان کشورها و کارهای کمیسیون حقوق بین‌الملل متوسل می‌گردد.

بند دوم

حقوق عرفی به‌عنوان منبع قاعده آمره

حقوق بین‌الملل عرفی به علت میرا بودن از صورت‌پردازی حقوقی، شیوه‌ای قاعده‌سازی در نظام بین‌المللی محسوب می‌گردد که خود را با واقعیات اجتماعی زیست بین‌المللی و ضرورت‌های ناشی از آن همگام ساخته است. عدم نیاز زمان طولانی برای شکل‌گیری قواعد عرفی، به نسبت درآمدن رویه کشورها و دموکراتیزه شدن روند شکل‌گیری قواعد عرفی از رهگذر سازمانها و کنفرانس‌های بین‌المللی و اهمیت یافتن رضایت عام در برابر رضایت فردی کشورها، از جمله واقعیاتی هستند که در رویه قضایی بین‌المللی مورد تأیید قرار گرفته، و در فراهم آوردن زمینه ظهور قواعد آمره عرفی نقشی بسزا ایفا کرده‌اند. از اینرو «آن دسته از قواعد

عرفي که از رضایت عام^{۳۳} جامعه بین‌المللی برخوردار گردند می‌توانند قواعد آمره باشند یا بدان تبدیل شوند»^{۳۴} به شرطی که رویه و روند اتخاذ آن به‌عنوان حقوق، حاکی از آن باشد که شرایط مندرج در ماده ۵۳ کنوانسیون وین جمع آمده است. در واقع شرایط شکل‌گیری قواعد آمره ضرورتاً دقیق‌تر از قواعد عرفی معمولی می‌باشد. به بیان دقیق‌تر «اعتقاد حقوقی کشورها نه تنها باید دال بر الزامی بودن یک رویه به‌عنوان حقوق باشد، بلکه باید مثبت آمره بودن آن نیز باشد»^{۳۵}، بدان معنا که تخطی از آن قاعده به هیچ وجه مجاز نباشد. در تأیید منبع عرفی قواعد آمره حتی برخی به منطوق ماده ۶۴ کنوانسیون وین دست

۲۴. مراد آن نیست که عمومیت داشتن یک قاعده فقط مختص به قواعد آمره می‌باشد چرا که قاعده حقوقی در واقع برای در برگرفتن مصادیق متفاوت، عام و کلی است. عمومیت یک قاعده در نظام بین‌المللی که واجد تعداد تابعان بسیار محدودتری نسبت به نظامهای داخلی می‌باشد باید با توجه به این پارامتر مهم مورد ملاحظه قرار گیرد. منظور ما در اینجا حد عمومیت یک قاعده در عرضه‌ای به گستره جامعه بین‌المللی کشورها (Erga omnes) می‌باشد.

34. Rozakis., *op. cit.*, p. 66.

35. Reuter., Paul., "Introduction to the Law of Treaties", Translated by Mico. J. Haggenmacher., Pinter Publishers, 1989, p. 110.

❖ ۳۳۲ جایگاه قاعده آمره ...

یازیده‌اند و ابراز داشته‌اند که «استفاده از فعل، «پدید آید» (emerges) در این ماده بیشتر ناظر به تبیین توسعه تدریجی يك قاعده عرفی می‌باشد تا انعقاد معاهدات، هر چند معاهده‌ای نیز ممکن است به خاطر نیاز به تصویب گسترده، زمانی طولانی را به خود اختصاص دهد تا لازم‌الاجرا گردد».^{۳۶}

در قضیه نیکاراگوئه دیوان قاعده آمره را به‌عنوان يك واقعیت پذیرفته شده در حقوق بین‌الملل مورد تأیید قرار داده و اشعار می‌دارد: «... کراراً در اظهارات نمایندگان کشورها نه فقط اصل منع توسل به زور به‌عنوان يك اصل حقوق بین‌الملل عرفی، بلکه يك اصل بنیادین حقوقی دانسته شده است، کمیسیون حقوق بین‌الملل در زمینه تدوین معاهدات این نظر را ابراز داشته که حقوق منشور راجع به ممنوعیت استفاده از زور به‌عنوان نمونه بارز قاعده بین‌المللی است که ویژگی آمره دارد، و نیکاراگوئه و امریکا هم در لوایح خود در دعوای مطروحه نزد دیوان تأیید کرده‌اند که اصل منع توسل

36. Akehurst., *op. cit.*, p. 284.

به زور يك قاعده آمره مي‌باشد».^{۳۷} اگر قدری دقیق به این بند از رأی دیوان بنگریم و آن را در سیاق حکم دیوان در این قضیه مورد بررسی قرار دهیم درمی‌یابیم که دیوان، رأساً از پرداختن به آمره بودن اصل منع توسل به زور طفره رفته است، و با وجود این که در بندهای پیشین حکم خود ابراز داشته بود که «در زمینه حقوق بین‌الملل عرفی نظرهای مشترک طرفها در مورد مضمون آنچه که آنها آن را به‌عنوان قاعده تلقی می‌کنند کافی نیست»^{۳۸} با استنباط هماهنگی نظرهای دو کشور متنازع از مجرای لوایح آنها، به این حد بسنده می‌کند و لزومی به بررسی این امر نمی‌بیند که «وجود آن قاعده در اعتقاد حقوقی آنها را، رویه تأیید کرده باشد».^{۳۹} بخصوص این که در مورد قواعد آمره اثبات این شرایط بسی دقیق‌تر و مهم‌تر از قواعد عرفی معمولی می‌باشد.

حال این سؤال پیش می‌آید، آیا تنها منبع اصل منع توسل به زور به‌عنوان يك قاعده آمره بند ۴ ماده ۲ منشور ملل

37. I. C. J. Reports., 1986, Para. 190.

38. *Ibid.*, Para. 184.

39. *Ibidem.*

متحد است یا این که در عرصه حقوق بین‌الملل عرفی و رای ماده ۲ منشور و یا به موازات آن، این قاعده وجود دارد؟ دیوان توجهی به این امر نکرده است. با وجود این «اگر بند ۴ ماده ۲ منشور قاعده‌ای آمره تلقی شود و منشور میان اعضای خود با توافق مشترک ملغی شود، آن قاعده به حیات خود ادامه می‌دهد و از این رو چنین قاعده‌ای فقط می‌تواند یک قاعده عرفی باشد».^{۴۰}

به هر حال برای اهل فن روشن است که اثبات قواعد عرفی، حتی در مورد قواعد غیرآمره چندان آسان نیست چه رسد به قواعد عرفی آمره که هم رویه‌ها در این مورد از صراحت و روشنی کافی برخوردار نیستند، و هم زمان می‌تواند نقشی منفی در این مورد ایفا کند. بدین لحاظ «با بررسی عمیق فرایندهای قاعده‌سازی بین‌المللی به این نتیجه دست می‌یابیم که هیچ یک از آنها به تنهایی نمی‌توانند نورمهای تخلفناپذیر حقوق بین‌الملل عام، در مفهوم ماده ۵۳ کنوانسیون وین، ایجاد کنند. یا به علت فقدان توافق یکپارچه

40. Thirlway. H., "The Law and Procedure of the I.C. J.", B. Y. J. I., 1990, p. 109.

مقررات يك معاهده براي ايجاد قاعده
آمره ناکافي خواهد بود يا اين که رويه
با عدم قطعيت و محدوديت قلمرو در انجام
اين مهم ناکام برمي آيد. بهتر آن است که
روندي مختلط يعني روندي عرفي—
قراردادي مورد توجه واقع شود. براي
مثال قواعد مذکور در تفسير کميسيون
حقوق بين الملل که بر سر آنها توافق نظر
وجود دارد، همانهايي هستند که در
پيدائش آنها عوامل متفاوتي چون
معاهدات، عرفها، قطعنامه ها، رويه قضايي
و ... دخیل هستند و فقط ترکيب و اختلاط
اين عوامل است که مي تواند اين
نتيجه گيري را موجه جلوه دهد که قاعده
آمره واقعي حقوق بين الملل به وجود آمده
است».⁴¹

مبحث ۳

اصلاح و تغيير قاعده آمره

پويايي نظام حقيقي ضرورتي است
انکارناپذير، ضرورتي که قواعد موجود را
همگام با تحولات به پيش مي برد و از جمود
و کهنگي آنها ممانعت به عمل مي آورد. هر

41. Wolfke., op. cit., p. 154.

چند «قاعده آمره از ثبات زيادي برخوردار است»^{۴۲} با وجود اين آمره بودن يك قاعده منافاتي با پويائي و تحول آن از مجاري معين نخواهد داشت. از اين رو «چون حقوق نمي‌تواند از واقعيات يك جامعه دور بماند، قواعد مهجور بايد براي سازش با نيازهاي جديد منسوخ شده و يا اصلاح گردند».^{۴۳}

مواد ۵۳ و ۶۴ کنوانسيون وين حقوق معاهدات اين امر را مورد تأييد قرار داده‌اند که قواعد آمره خصيصه‌اي پويا داشته و مثل کليه قواعد حقوقي متحول مي‌گردند. در اين مورد ماده ۵۳ مقرر مي‌دارد که قاعده آمره را تنها يك قاعده بعدي حقوق بين‌الملل با همان ويژگي مي‌تواند تعديل کند و «کميسيون حقوق بين‌الملل با منظور داشتن «حقوق بين‌الملل مجر» در ماده ۱۹ طرح پيش‌نويس مسؤليت بين‌المللي دولتها، مبرهن ساخته است که چنين وضعيتي ممکن است در آينده تغيير کند».^{۴۴}

42. Gordon. A. Christenson., "The world Court and Jus Cogens", A. J. I. L., 1987, Vol. 81, p. 95.

43. Rozakis., *op. cit.*, p. 87.

44. Rosenne., *op. cit.*, p. 204.

اما قواعد آمره چگونه تغییر می‌یابند؟ کنوانسیون وین بدون این که پاسخی به این مسأله داده باشد فقط اعلام می‌دارد که تغییر يك قاعده آمره فقط از رهگذر يك قاعده بعدي که همان ویژگی را داشته باشد محقق می‌گردد. به خاطر سکوت کنوانسیون وین و فقیر بودن رویه بین‌المللی در این مورد این عرصه جولانگه حقوقدانان بین‌المللی گردیده است. برخی برآنند که «از لحاظ تئوریک تا آنجا که به اصلاح و تغییر قاعده آمره از طریق عرف مربوط می‌شود رویه‌ای که به منظور ایجاد چنین تغییری گام برمی‌دارد فی‌نفسه برخلاف قاعده آمره موجود بوده و فاقد اعتبار می‌باشد»^{۴۵}، بدیهی است که امر فاقد اعتبار نمی‌تواند منشأ قاعده باشد.^{۴۶}

با وجود این از لحاظ عملی تحقق چنین امری در قلمرو روابط غیرمتمرکز کشورها - عرصه‌ای که جامعه بین‌المللی متشکل از آن اعضا نیز، در حقوق بین‌الملل موضوعه فعلی فاقد شخصیت حقوقی

45. Czaplinski. W and Danilenko. G., "Conflicts of International Law", Netherlands Yearbook of International Law (N. Y. I. L.), 1990, p.11.

46. *Ex injuria jus non oritur.*

مستقل از اعضا می‌باشد - غیرممکن نمی‌نماید. «اگر یک کشور یا گروهی از کشورها رویه‌ای اتخاذ کنند که برخلاف مضمون یک قاعده آمره استقرار یافته باشد، و آن رویه مورد اعتراض یا مجازات کشورهای عضو جامعه بین‌المللی قرار نگیرد، و برعکس اکثر کشورها به آن تأسی جویند، در آن صورت یک قاعده عرفی عام جدید به جای قاعده آمره قبلی قرار می‌گیرد، و ماهیت آمره آن قاعده قبلی را متوقف می‌نماید».^{۴۷}

در زمینه توسل به معاهدات عام برای اصلاح و تغییر قواعد آمره عده‌ای را اعتقاد بر آن است که: «چون چنین معاهده‌ای در زمان انعقادش در تعارض با آن قاعده آمره‌ای خواهد بود که در پی تغییر آن می‌باشد، به این لحاظ باطل می‌باشد».^{۴۸} از اینرو «معاهدات از لحاظ تکنیکی نمی‌توانند قواعد را تغییر دهند».^{۴۹}

47. Rozakis., *op. cit.*, p. 89.

48. Sinclari. Sir. Ian., "The Vienna Convention on the Law of Treaties", Manchester University, 1984, p. 226.

49. Reuter., *loc. cit.*

اما نباید فراموش کرد که عملاً می‌توان معاهده‌ای عام منعقد نمود و قاعده آمره قبلی را از میان برداشت. چرا که مبنای قاعده آمره قبلی وفاق عام کشورهای عضو جامعه بین‌المللی بوده است و در صورت انتساب چنین اتفاق نظری به قاعده جدید، قاعده قبلی فاقد مبنا گشته و نقشی بازدارنده آمره در مقابل قاعده جدید ایفا نمی‌کند، زیرا اراده تابعان نظام بین‌المللی بر پایان حیات یا اصلاح قاعده قبلی قرار گرفته است.^{۵۰} ماده ۵۳ کنوانسیون وین که مقرر می‌دارد: «قاعده آمره حقوق بین‌الملل عام قاعده‌ای است که توسط کل جامعه بین‌المللی کشورها به‌عنوان قاعده‌ای تخلفناپذیر پذیرفته و

۵۰. شایان ذکر است این فرض خیلی بعیدی است که یک قاعده آمره جدید یکباره ۱۸۰ درجه با قاعده آمره قبلی تعارض پیدا کند چرا که با توجه به ماهیت قاعده آمره که منافع حیاتی جامعه بین‌المللی را مورد حمایت قرار می‌دهد، تصور این که این منافع هر لحظه دچار تغییر شوند بسیار دور از ذهن می‌باشد. کنوانسیون‌های وین با مطرح کردن امکان بروز تعارض میان قواعد آمره بین‌المللی این مفهوم را به دست داده‌اند که نظم عمومی بین‌المللی ثابت نیست. پرواضح است برای این قاعده آمره موجود رخت بر بندد باید نظم دگرگون شود و دگرگونی نظم مستلزم تحول ساختار جامعه بین‌المللی است. در غیر این صورت مادام که حاکمیت دولتها اینچنین در ساختار جامعه بین‌المللی ریشه دوانده است، جامعه بین‌المللی قابلیت و ظرفیت همین قواعد آمره فعلی را دارا می‌باشد.

جایگاه قاعده آمره... ❖ ۳۴۱

مورد شناسایی قرار گرفته باشد» بلافاصله به منظور زدودن این فکر که چنین قاعده‌ای ابدی و ازلی است ابراز می‌دارد که: «یک قاعده آمره با یک قاعده بعدی حقوق بین‌الملل عام با همان ویژگی قابل تعدیل می‌باشد». در واقع جایز نبودن تخطی از قواعد آمره اختصاص به قواعد غیرآمره داشته^{۵۱} و قابل تسری به قواعد آمره جدید نمی‌باشد. «همین حد کافی است که قاعده آمره جدید (از لحاظ زمانی)^{۵۲}

۵۱. این نکته مهم نیز خاطرنشان می‌گردد که اثر قواعد آمره منحصر به معاهدات نمی‌باشد. در واقع اگر از یک قاعده آمره نتوان با معاهده تخطی جست به طریق اولی نمی‌توان با اعمال یک‌جانبه یا ترک فعلها آن را نقض نمود. چنین امری به مبنای قاعده آمره که همان حفظ نظم عمومی بین‌المللی می‌باشد باز می‌گردد. برای مثال تجاوز به یک کشور بیشتر از صرف اتخاذ یک معاهده برای کشتار جمعی، نظم عمومی بین‌المللی را مختل می‌کند. باطل بودن معاهدات معارض با قواعد آمره بیشتر به خاطر اثر نامطلوب اجرای آن معاهدات می‌باشد و الا خود یک معاهده قبل از اجرا تکه کاغذی بیش نیست. ماده ۵۳ کنوانسیون وین با وجود این که قاعده آمره را از نظر همان کنوانسیون تعریف کرده است با این حال بر حایز نبودن تخطی از قواعد آمره به صورت عام اشاره کرده و توجهی به شیوه تخطی نداشته است. بدین دلایل قواعد آمره پس از مطرح شدنشان در حقوق معاهدات، در حال توسعه و راهیابی به عرصه امور کیفری بین‌المللی هستند جایی که ضمانت اجرای واقعی و مؤثر را به قواعد آمره اعطا خواهد نمود. گرچه تا رسیدن به این منظور هنوز راه درازی در پیش است.

52. Ratione temporis.

لاحق برقاعده آمره سابق بوده و (از لحاظ مادي و موضوعي)^{۵۳} با قاعده قبلي وحدت داشته باشد».^{۵۴}

در دعوي مربوط به عمليات نظامي و شبه نظامي امريكا عليه نيكاراگوئه، ايالات متحد استدلال نمود كه حقوق عرفي در مورد منع توسل به زور بحدي با مقررات منشور در هم آميخته است كه ديوان نمي‌تواند بر مبناي تعهدات عرفي ايالات متحد و بدون دست يازيدن به منشور به قضيه رسيدگي كند، منشوري كه ديوان براساس رزرو واندنبرگ مجاز به اعمال آن نمي‌باشد. در پاسخ به اين ادعا ديوان اظهار مي‌دارد كه: «نمي‌توان بر اين باور بود كه در عرصه حقوق مربوط به اختلاف فعلي، كلييه قواعد عرفي كه مي‌توانند مورد استناد قرار گيرند، مضموني كاملاً يكسان با قواعد مندرج در معاهداتي داشته باشند كه به علت رزرو ايالات متحد قابل اعمال نيستند».^{۵۵}

اصل منع توسل به زور بارزترين اصلي است كه در عرصه حقوق عرفي، قاعده آمره

53. *Ratione materiae.*

54. Rozakis., op. cit., p. 89.

55. I. C. J. Reports., 1986, para. 175.

تلقي می‌شود.^{۵۶} از این رو رأی دیوان را باید بدین نحو تفسیر کنیم که اختلاف مضمون دو قاعده بدان حد نیست که به مبنای قاعده برسد، بلکه تفاوت بیشتر در نحوه اجرای قواعد است.^{۵۷} دیوان هم بدین نکته توجه داشته و اشعار می‌دارد: «... تفاوت‌هایی که میان محتوای این منابع وجود دارد به نظر دیوان آن‌چنان نیست که يك حکم مبتنی بر حقوق بین‌الملل عرفی را فاقد اثر، یا نامناسب سازد و یا حکمی باشد که قابل پیروی و اجرا نباشد...»^{۵۸} به نظر می‌رسد هدف دیوان از چنین عبارت‌پردازی علاوه بر خاطر نشان ساختن مبنای نسبتاً مشابه اصل منع توسل به زور در عرصه حقوق عرفی و قراردادی، رفع این شبهه باشد که علی‌رغم رزرو ایالات متحده نسبت به معاهدات چند جانبه، مکانیزم اجرای حکم دیوان یعنی بند ۲ ماده ۹۴ منشور همچنان قابل تمسک می‌باشد. این امر نتیجه تمایز قائل شدن میان قواعد قابل اعمال حقوق بین‌الملل و دامنة

56. Jaenikis., "International Public Order", Encyclopedia of Public International Law (E. P. I. L), 1984, Vol. 7, P. 315., Henkin., *op. cit.*, p. 60.

57. Thirlway., *loc. cit.*

58. I. C. J. Reports., 1986, para. 181.

صلاحیت دیوان می‌باشد، چرا که هیچ دلیلی وجود ندارد که با مستثنی شدن اختلافات ناشی از معاهدات چند جانبه از قلمرو صلاحیت دیوان، شیوة عادی اجرای حکم دیوان هم استثنا شده باشد، استثنایی که به علت تعارض با اساسنامه دیوان در نتیجه وابستگی به منشور ملل متحد بلا اعتبار تلقی می‌شود. مضافاً بر این که با رضایت به صلاحیت (اذن در شیء) مکانیسم اجرای حکم هم پذیرفته شده است (اذن در لوازم شیء).

مبحث ۴

قاعده آمره و سلسله مراتب

میان عرف و معاهده

حقوق بین‌الملل نظامی است مبتنی بر همکاری و نه تبعیت، و به همین علت طبیعی است که تمام قواعد بین‌المللی از اعتباری مساوی برخوردار بوده و سلسله مراتبی میان آنها متصور نباشد. «از اینرو بین قواعد ناشی از معاهدات و عرف، اختلاف مرتبت به دلیل اختلاف در

مبنا و ریشه وجود نداشته»،^{۵۹} و به همین خاطر «تعارض میان این قواعد باید برطبق اصول حل تعارض بجز اصولی که از مفهوم قاعده مافوق و برتر نشأت می‌گیرد حل و فصل گردد».^{۶۰}

کلسن بر این عقیده است که «حقوق عرفی مقدم بر حقوق قراردادی است زیرا قدرت الزامی معاهدات، اصلی عرفی یعنی اصل وفای به عهد می‌باشد».^{۶۱} این استنباط کلسن گرچه در مورد عرفی بودن اصل وفای به عهد خالی از اشکال می‌باشد ولی با وجود این باید گفت «تنها مبنای حقوق قراردادی اصل وفای به عهد نبوده، و اصولی دیگر چون «تعهدآور بودن رضایت» و اصل «حسن نیت» نیز در این مورد نقشی اساسی ایفا می‌کنند».^{۶۲}

مضافاً بر این که ابتنای قواعد قراردادی بر اصلی عرفی، دلیل آن نمی‌شود که برای کل حقوق عرفی نسبت به حقوق قراردادی اولویت و تقدم قائل شویم.

59. Akehurst., *op. cit.*, p. 275.

60. Czaplinski and Danilenko., *op. cit.*, p. 7.

61. Kelsen. Hans., "Principles of International Law", The John Hopkins University, 1967, p. 446.

62. Wolfke Karol, "Custom in Present International Law", Martinus Nijhoff, 1993, p. 114.

هنگامي که ميان دو قاعده عرفي و قراردادي تعارضي رخ دهد، يعني دو قاعده با داشتن تابعان واحد، مدلولاً نقيض يکديگر باشند و جمع ميان هر دو قاعده ممکن نباشد، بسته به حد مغايرت و زمان ايجاد قواعد، اصول «خاص مخصص عام»^{۶۳} و «لاحق ناسخ سابق»^{۶۴} اعمال مي‌شود.^{۶۵} در اين صورت قلمرو اجراي يك قاعده محدود يا کاملاً منتفي مي‌شود. «عملاً در طول تاريخ قواعد عرفي و قراردادي نسبت به هم اثر نسخ‌کنندگي متقابل داشته و محاکم بين‌المللي هم براي نکتة مهر تأييد نهاده اند».^{۶۶}

با تمام اين اوضاع و احوال ماده ۳۸ اساسنامه ديوان در برشماري منابع حقوق بين‌الملل اول به معاهدات اشاره مي‌کند و بعد به عرف بين‌المللي، آيا اين امر خود

63. *Lex specialis Drogat Legi Generali.*

64. *Lex Posterior Drogat Legi Priori.*

۶۵. قواعد عرفي معمولاً به تدريج و به آرامي شکل مي‌گيرند و از اين رو تعيين تاريخ دقيق ايجاد آنها به سادگي ممکن نمي‌باشد به همين خاطر براي جلوگيري از تزلزل روابط بهتر آن است که قاعده قراردادي قبلي را از همان زمان احراز قاعده عرفي معارض فاقد اعتبار بدانيم.

66. P. C. I. J., 1932, Series A/B, No 44. PP. 23 - 4, I. C. J. Reports., 1969, PP. 3, 34, I. C. J. Reprints., 1971, PP. 16, 185 - 6.

حاكي از وجود سلسله مراتب میان حقوق قراردادي و عرفي نيست. قطعاً جواب منفي است. «نحوه برشماری منابع فقط آن توالي منطقي كه براساس آن قضاات ديوان قواعد حقوقي را مورد ملاحظه قرار مي دهند منعكس نموده است».⁶⁷ در واقع از دو جهت چنين ترتيبی در احصا ضروري مي نموده است. يكي آن كه «معمولاً قواعد عرفي نسبت به قواعد قراردادي از عموميت بيشتري برخوردارند و از اين رو ابتداءً بايد قاعده خاص اعمال شود»⁶⁸ و ديگر آن كه قطعاً اثبات قواعد قراردادي بسي آسانتر از قواعد عرفي بوده»⁶⁹ و از ظرافت و حتميت بيشتري برخوردار مي باشد. به همين خاطر «عموماً تعهدات حقوقي وضع شده با يك معاهده براي متعاهدین - مشروط به رعايت قاعده آمره - بر هر قاعده حقوق بين الملل عام حاكم مي باشد».⁷⁰

67. Akehurst., Ibid., P. 274.

68. Condorelli. L., "Custom" In Bedjaoui, M (ed)", "International Law Achievements and Prospects," Martinus Nijhoff, 1991, P. 184., Thirlway H., "The Law and Procedure of the I. C. J.", 1960 - 1989, B. Y. I. L., 1989, P. 143.

69. Akehurst., Ibidem.

70. Thirlway. H., "The law and Procedure of the I. C. J.", B.Y. I. L., 1991. P. 60.

مع هذا گاهي مواقع با اين كه در قالب مقدم (معاهده) قاعده اي صريح و معتبر وجود دارد، ديوان ناچار گشته است به قالب مؤخر (عرف) روي آورد و اختلاف مطروحه را به كمك آن حل و فصل نمايد. اين امر زماني پيش مي آيد كه در راه اعمال قاعده قراردادي مانعي پيش آمده باشد و مثلاً حدود صلاحيت ديوان در اين مورد محدود شده باشد. در قضيه نيكاراگوئه ديوان به خاطر رزرو ايالات متحد نسبت به معاهدات چند جانبه ناچار شد به حقوق عرفي روي آورد، در حالي كه به اعتبار حقوقي منشور در عرصه نظام بين المللي خدشه اي وارد نگشته بود.

ولي بحث سلسله مراتب ميان قواعد به همين جا ختم نمي شود زيرا همانطور كه گفتيم قواعدي كه براي حفظ و حمايت از منافع حياتي و ارزشهاي بنيادين جامعه بين المللي به وجود مي آيند، بايد نسبت به ديگر قواعد از اعتباري بالاتر برخوردار باشند چرا كه في الواقع «مبناي اين قواعد شناسايي نياز به استقرار ارزشها و معيارهاي مشترك و عامي است كه

بر حاکمیت هر کشور مقدم خواهند بود»^{۷۱} و در این راستا «تنها بررسی ماهیت قواعد و دامنه شناسایی آنها در جامعه بین‌المللی کشورها می‌تواند رهنمودی برای دستیابی به سطح الزام حقوقی آن قواعد باشد»^{۷۲} و در صورتی که قاعده آمره‌ای به وجود آید بر هر قاعده غیرآمره‌ای در صورت تعارض، قطع نظر از لاحق یا سابق بودن حاکم خواهد بود.^{۷۳}

عرصه دیگر از قواعدی که واجد تقدم و اولویت می‌باشد قواعدی هستند که مستقرکننده رژیم‌های عینی می‌باشند،^{۷۴} رژیم‌هایی که برای مثال نظام آبراه‌های بین‌المللی یا بی‌طرفی یک سرزمین را تعیین می‌کنند و کلیه کشورها را قطع نظر از اعلام رضایتشان ملزم می‌سازند.

تدوین‌کنندگان منشور ملل متحد برای این که آن را برتر از دیگر مقررات حقوق موضوعه قرار دهند بدون این که هیچ آیینی را برای رعایت سلسله مراتب قواعد

71. Macdonald., *op. cit.*, p. 134.

72. Alexidze., *op. cit.*, p. 259.

73. Akehurst., *Ibid.*, p. 281., I. C. J. Reports., 1970, p. 32.

74. Macdonald., *Ibid.*, p. 144.

تمهید کنند،^{۷۵} در ماده ۱۰۳ اعلام داشتند: «در صورت تعارض میان تعهدات اعضای ملل متحد به موجب این منشور و تعهدات آنها برطبق هر موافقتنامه بین‌المللی دیگر، تعهدات آنها به موجب این منشور مقدم خواهد بود».^{۷۶} منطوق این ماده فقط ناظر بر معاهداتی است که حداقل یک طرف آن عضو ملل متحد باشد. با وجود این «رویه بیانگر این مطلب است که حکومت منشور بر معاهداتی میان اعضا و غیراعضای ملل متحد تا حدی گسترش یافته که منشور را می‌توان نمونه‌ای از حقوق برتر تلقی کرد. کشورها این امر را مورد شناسایی قرار داده‌اند که منشور واجد اولویت خاصی بر دیگر الزامات قراردادی می‌باشد و این امر گریزی بنیانی از اصل وفای به عهد و اصل نسبی بودن اثر معاهدات می‌باشد. در نتیجه می‌توان گفت منشور انعکاسی از شروع نظم نهادین جدید بین‌المللی، و جزئی از آن تلقی

75. Flory, Thiebaut., "Art. 103" in Jean - Pierre Cot and Alain Pellet, "La charte des Nations unies, commentaire Article" *Economica*, 1985, pp. 1371, 1374.

۷۶. این امر به وسیله بند یک ماده ۳۰ کنوانسیون وین راجع به حقوق معاهدات هم مورد تأیید قرار گرفته است.

می‌شود».^{۷۷} «گرچه با توجه به فقدان تعریف و برشماری قواعد آمره در کنوانسیون وین دقیقاً نمی‌توان حدفاصل میان قواعد آمره و اصول منشور را معین نمود».^{۷۸}

دیوان در قضیه نیکاراگوئه با توسل به ماده ۱۰۳ منشور اشعار داشت: «کلیه معاهدات دو یا چند جانبه‌ای که کشورها می‌توانند برای حل و فصل اختلافات یا اعطای صلاحیت به دیوان، منعقد نمایند همیشه تابع ماده ۱۰۳ منشور می‌باشد».^{۷۹} از همین رو در قضیه «لاکربی» دیوان در رد درخواست قرار موقت لیبی، به اولویت منشور بر دیگر معاهدات بین‌المللی و از جمله معاهده مونرال استناد جست.^{۸۰}

در نهایت نتیجه این بحث آن است که قواعد بر شمرده شده در عمل مکمل هم بوده و توسعه نظم عمومی بین‌المللی به زمان و چگونگی تکمیل این روند بستگی دارد.

77. Macdonald., *Ibid.*, p. 128.

78. Flory., *Ibid.*, p. 377.

79. I. C. J. Reports., 1984, para. 107.

80. I. C. J. Reports., 1992, p. 126, Paras. 42 and 43.

مبحث ۵
رویه دیوان بین‌المللی دادگستری
در مورد قواعد آمره

کمیسیون حقوق بین‌الملل با وارد نمودن قواعد آمره بین‌المللی در کنوانسیونهای وین ۱۹۶۹، ۱۹۸۶ عملاً تعیین مضمون و مصداق این قواعد را به عملکرد دولتها و رویه قضایی واگذار کرده است. بویژه آن که در بند یک ماده ۶۶ کنوانسیون وین ۱۹۶۹ این امر مورد شناسایی قرار گرفته که در مورد اجرا یا تفسیر مواد ۵۳ یا ۶۴، هر طرف اختلاف میتواند به موجب یک دادخواست کتبی دعوا را به منظور اتخاذ تصمیم در دیوان بین‌المللی دادگستری مطرح نماید. علی‌رغم این امر که رویه قضایی و رویه دولتها از این حیث فقیر بوده و چندان قاطع و صریح نمی‌باشند، بر این باوریم فقدان مواردی که متضمن استناد به قاعده آمره باشد، نمیتواند دلیل نبود این قواعد به شمار آید. با وجود این مواردی موجود است که میتواند راهگشای ما برای استنتاج نظری نسبتاً منطقی باشند.

جایگاه قاعده آمره... ❖ ۳۵۳

در سال ۱۹۶۴ نماینده قبرس در شوراي امنيت به اصل منع توسل به زور، به عنوان قاعده آمره استناد کرد و اظهار داشت که: «اگر آن گونه که وي استنباط مي‌کند معاهده تضمين مورخ ۱۶ اوت ۱۹۶۰ میان ترکیه و يونان، در بردارنده حق مداخله نظامي از طرف ترکیه در قبرس باشد اين معاهده باطل و بلااعتبار است».^{۸۱}

همچنين هر چند معاهده مودت میان اتحاد جماهیر شوروي و ايران مورخ ۲۶ فوریه ۱۹۲۱، که براي شوروي حق مداخله نظامي در ايران قائل شده بود بعد از انقلاب اسلامي از سوي دولت ايران به دليل تغيير بنيادين اوضاع و احوال زمان انعقاد معاهده در قسمت مربوط به حق مداخله نظامي لغو گردید، ليکن برخي بر اين عقیده اند که «ايران در وراي اين عبارات قاعده آمره را مد نظر داشته است».^{۸۲}

در سال ۱۹۷۹ مشاور حقوقی وزير امور خارجه امريکا در پيش‌نويس سندی که ارائه نمود اظهار داشته بود که معاهده منعقدہ

81. Security council official Records, 1098th Meeting, 27 February 1964. para. 95, in Gaja Giorgio "Jus Cogens beyond the Vienna Convention", R. C. A. D. I., 1981, Vol. 172, p. 288.

82. Gaja., *Ibidem*.

میان شوروی و افغانستان مورخ ۱۹۷۸ در تعارض با قاعده آمره مندرج در بند ۴ ماده ۲ منشور بوده و باطل است.^{۸۳} همچنین جسارت محاکم ملی در این مورد قابل توجه بوده است. دادگاه های داخلی گاه وجود قواعد آمره را در حقوق بین الملل عمومی به رسمیت شناخته اند: برای مثال دادگاه فدرال قانون اساسی آلمان در سال ۱۹۶۵ صریحاً به قواعدی اشاره کرد که برای وجود و هستی حقوق بین الملل ضروری و حیاتی هستند و عمیقاً در وجدان حقوقی کشورها ریشه دوانده اند.^{۸۴}

بروشنی پیدا است که دولتها و محاکم ملی در استناد به قواعد آمره بین المللی تردید چندانی از خود نشان نداده اند اما دیوان بین المللی دادگستری در این عرصه محافظه کاری به خرج داده و با احتیاط گام برداشته است. این احتیاط دیوان بیشتر بدان دلیل موجه می نماید که اختلاف مطروحه با توسل به قواعد موجود عرفی و قراردادی قابل حل بوده و دیوان به علت

83. Cassese A. In Cassese and Weiler (eds), "Change and Stability in International Law - Making", European University, 1988, p. 98.

84. Frowein J.A., "Jus Cogens", E. P. I. L., 1984, Vol. 7, P. 328.

ابهام در مضامین و مصادیق قواعد آمره نیازی به توسل به آنها ندیده است. در واقع دیوان ورود از پنجره را با وجود باز بودن در، امری غیرمنطقی یافته است. با وجود این اگر رویه دیوان را به صورتی منسجم تعقیب نماییم، در خواهیم یافت که دیوان با ظرافت خاصی و به آرامی به سوی پذیرش دکترین قاعده آمره گام برداشته است.

در قضایای فلات قاره دریای شمال دیوان هنگام بررسی رابطه میان قواعد حقوق بین‌الملل عام و حقوق قراردادی اظهار داشت که بدون آن که قصد ورود به مبحث قاعده آمره را داشته باشد در عمل مشخص است که می‌توان از قواعد حقوق بین‌الملل از رهگذر توافق تخطی ورزید.^{۸۵} سال بعد دیوان در قضیه بارسلونا تراکشن وجه تمایزی را میان تعهدات یک کشور در قبال جامعه بین‌المللی (*Erga Omnes*) و تعهدات فردی کشورها در قبال یکدیگر قائل شد.^{۸۶} جالب اینجاست که دیوان در این بند از رأی خود برای ارائه

85. I. C. J. Reports., 1969, para. 42.

86. I. C. J. Reports., 1970, p. 32.

مثالهایی را جمع به تعهدات عام الشمول، مصادیقی را بر می‌شمارد (تجاوز - منع کشتار جمعی - منع خرید و فروش برده - منع تبعیض نژادی) که آنها را می‌توان قواعد آمره بین‌المللی نیز تلقی نمود، بدون این که دیوان مرز روشنی میان این دو مفهوم قائل شده باشد. در اصل «تنها قواعدی که تعهدات عام وضع می‌کنند،^{۸۷} می‌توانند به قاعده آمره تبدیل شوند».^{۸۸} این امر بدان معنا است که هر قاعده آمره‌ای لزوماً نوعی تعهد عام وضع می‌کند که تخطی از آن جایز نیست ولی هر تعهد عام الشمولی لزوماً قاعده آمره نبوده و می‌تواند از مجرای توافق دو تابع حقوق بین‌الملل مورد تخطی واقع شود. کنوانسیون وین حقوق معاهدات نیز به نوعی در ماده ۵۳ میان عام بودن تعهد و آمره بودن آن قائل به تفکیک شده است.

۸۷. عام بودن يك تعهد با توجه به تعداد کشورها و موضوعی که تابع يك قاعده قرار خواهد گرفت سنجیده می‌شود. از این رو عبارت فوق به مفهوم انکار امکان شکل‌گیری قاعده آمره منطقه‌ای میان کشورهایی خاص نخواهد بود به شرط آن که چنین قاعده‌ای مغایر با قواعد آمره عام نباشد.

88. Gaja., *op. cit.*, p. 281., Hannikainen., *op. cit.*, p. 3., Rozakis., *op. cit.*, p. 43.

در قضیه راجع به کارمندان دیپلماتیک و کنسولی ایالات متحد در تهران دیوان اشعار داشت که: «اصل مصونیت کارکنان نمایندگی و اماکن مأموریت دیپلماتیک ویژگی بنیادی دارد و تعهدات حقوقی دولت ایران در این مورد «ماهیت امری»^{۸۹} دارند». ^{۹۰} بی‌تردید دیوان عملاً از به کارگیری اصطلاح تعهدات تخلفناپذیر اجتناب ورزیده، گرچه استفاده از آن ضروری نبوده است.

دیوان در دعوی نیکاراگوئه علیه ایالات متحده برای تقویت نظر خود در مورد عرفی بودن اصل منع توسل به زور اشعار می‌دارد که این اصل کراراً در اظهارات نمایندگان کشورها نه فقط به عنوان اصلی عرفی، بلکه یک اصل بنیادین حقوقی نیز معرفی شده است. کمیسیون حقوق بین‌الملل در زمینه کار خود در تدوین حقوق معاهدات اظهار داشته که حقوق منشور راجع به ممنوعیت استفاده از زور یک نمونه بارز از قاعده‌ای است که در حقوق بین‌الملل ویژگی قاعده آمره

89. Imperative obligations.

90. I. C. J., Reports., 1980, paras, 86, 88, 91.

دارد. دولتهای نیکاراگوئه و ایالات متحد در لوایح خود این اصل را به‌عنوان یک قاعده آمره مورد تأیید قرار داده‌اند.^{۹۱} در حالی که اکثر نویسندگان و رویه کشورها مؤید این امر هستند که اصل منع توسل به زور قاعده‌ای آمره می‌باشد، با این حال دیوان خود رأساً این مسأله را مورد بررسی و تأیید قرار نمی‌دهد. این محافظه‌کاری دیوان مصون از ایراد نمانده است. قاضی سنیگ بر این عقیده است که: «دیوان باید بر این امر تأکید می‌ورزید که اصل منع توسل به زور به عرصه قواعد آمره تعلق دارد و سنگ بنای تلاش برای ایجاد صلح در یک جهان پر از جنجال و آشوب می‌باشد. مضافاً بر این که به دیوان این فرصت داده شده بود که منابع حقوق بین‌الملل مذکور در ماده ۳۸ اساسنامه را با اصل حقوقی منع توسل به زور که آشکاراً منظور نظر جامعه بین‌المللی در ۱۹۴۶ قرار گرفته است، تطبیق دهد».^{۹۲} قاضی کامارا هم براین باور است که اصول منع توسل به زور و

91. I. C. J. Reports., 1986, para. 190.

92. I. C. J. Reports., 1986. Sep. op Judge Nagendra Singh. p. 153.

عدم مداخله به عنوان نتیجه برابری کشورها و حق خود مختاری ملل، نه فقط اصول بارز حقوق بین الملل عرفی، بلکه از جمله قواعد آمره هستند.^{۹۳} با وجود این دیوان لزومی در استناد به قاعده آمره نیافت و با دست یازیدن به حقوق بین الملل عرفی و اصول کلی حقوق خود را از زیر بار احراز آمریت اصل منع توسل به زور رهایی بخشید. اما صرف اشاره به قاعده آمره در رأی دیوان به مجادلات کسانی که قویاً به انکار این دکترین پرداخته اند،^{۹۴} پایان خواهد بخشید و بعید نیست که دیوان در احکام بعدی خود به شناسایی و احراز مستقل این قواعد بپردازد.

نتیجه

عرف و معاهده فنون ساخت و قالبهای ایجاد قواعد حقوقی هستند که با نظام بندی حقوق و تعهدات اعضای جامعه بین المللی روابط میان آنان را رقم میزنند. منتها از رسالت اصلی حقوق در

93. Ibid., Sep. op Judge Camara. p. 199.

94. Schwarzenberger G., "International Law and Order". London. 1971. p. 39.

پاسداری از منافع بنیادین و ارزشهای اصولی نباید غافل شد. این امر زمینه‌ساز تکوین قواعدی گردیده است که برخلاف قواعد معمولی، اراده دو یا چند تابع بین‌المللی نمی‌تواند نافی آنها باشد، قواعد آمره که مبنای عرفی، قراردادی، و یا عرفی - قراردادی دارند قواعدی هستند که رعایت منافع عام جامعه بین‌المللی را تضمین می‌نمایند و بدین لحاظ تخطی از آنها به وسیله جامعه بین‌المللی منع شده است. لزوم وجود رضایت مضاعف در شکل‌گیری و تکوین این قواعد موضوعه بودن آنها را اثبات می‌کند بواقع «هیچ منبع خاص و مستقلاً غیر از منابع موجود حقوق بین‌الملل، برای ایجاد اصول و قواعد بنیادین یا امره بین‌المللی وجود ندارد».^{۹۰} این قواعد که زمانی از ماهیت نظام بین‌المللی (ثبات) و گاه از تحولات جامعه بین‌المللی (پویایی) استنباط می‌گردند، هنوز از

95. ILCY., 1976, Vol. II, p. 86.

لحاظ حقوقی به صورت مستقل به نظم درنیامده اند.^{۹۶}

با وجود این، اشاره به جنایات بین‌المللی یا تعهدات اساسی برای حمایت از منافع بنیادین جامعه بین‌المللی در طرح پیش‌نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل راجع به مسئولیت بین‌المللی دولتها، مدخلی برای ورود قواعد آمره در عرصه حقوق موضوعه می‌باشد.^{۹۷}

از آنجا که «هیچ جامعه‌ای نمی‌تواند بدون وجود حداقل اصول بنیادین که ارزشی برتر در آن نظام حقوقی دارد، به زیست ادامه دهد».^{۹۸} وجود جامعه بین‌المللی خود حکایت از وجود قواعد آمره بین‌المللی دارد، لیکن منطقیاً برای اینکه حقوق بین‌الملل بسان یک نظام حقوقی، جامعه بین‌المللی را به منزل‌گاه واقعی خود رهنمود گردد، حمایت از منافع اساسی

۹۶. دکتر فلسفی. هدایت‌الله، تفسیر و اجرای مقررات حقوق بین‌الملل، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۱۱-۱۲، سال ۷۲-۱۳۷۳، ص ۱۶۱.

۹۷. برای مطالعه بیشتر رش. حسین شریفی طرازکوهی، قواعد آمره و نظم حقوقی بین‌المللی، دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی، ۱۳۷۵.

98. Suy. Eric., In Cassese A. and Weiler J. H. H., *op. cit.*, p. 97.

و حیاتی این جامعه را باید بیش از پیش
مرکز توجه خود قرار دهد.

جایگاه قاعده آمره... ❖ ۳۶۳