

سهم دیوان بین‌المللی دادگستری در تجلی مفهوم بشریت

ابراهیم بیگزاده*

اسماعیل تاور**

شناسه دیجیتال اسناد (DOI) : 10.22066/cilamag.2017.27962

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۵/۲

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۳/۹

چکیده

در قلمرو دکتین حقوقی بین‌المللی، رویکردهای متفاوتی نسبت به مفهوم بشریت وجود دارد. هر یک از این نگرش‌ها در خصوص جایگاه و کارکرد مفهوم بشریت در حقوق بین‌الملل، داوری‌های متفاوتی دارند. در این میان، دیوان بین‌المللی دادگستری که در چارچوب تحلیل‌های خود از روش‌های فنی حقوقی بهره می‌گیرد، در روشن‌تر کردن زوایای پنهان مفهوم بشریت در قالب حقوق موضوعه، سهم عمده‌ای ایفا می‌کند. برای دستیابی به این هدف به تحلیل محتوای رأی تنگه کورفو و سپس نظر مشورتی دیوان در قضیه مشروعیت تهدید به استفاده یا استفاده از سلاح هسته‌ای پرداخته خواهد شد تا رویکرد دیوان نسبت به مفهوم بشریت، ارزیابی و صورت‌های موضوعه آن تبیین شود. سپس سهم دیوان در بروز و ظهور بخشیدن به جلوه‌های مختلف بشریت، از جستجوی آن در منابع گرفته تا ارزش برابری، بررسی خواهد شد. در این راستا پس از بیان مقدماتی در خصوص قابلیت‌های مفهوم‌شناسی حقوقی مفهوم بشریت در حقوق بین‌الملل، سهم دیوان در روشن کردن این قابلیت‌ها در جریان برخورد با وقایع عینی مطالعه خواهد شد.

واژگان کلیدی

مفهوم، بشریت، دیوان بین‌المللی دادگستری، اصول راهنما، اصول کلی حقوقی، جامعه مشترکات بین‌المللی، حقوق طبیعی جدید، جلوه‌های موضوعه

* beigzadehlaw@hotmail.com

* استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

** tavar22@gmail.com

** نویسنده مسئول، دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

مقدمه

پیدایش و نقش‌آفرینی مفهوم بشریت، از دوران مبارزه با نهاد برده‌داری آغاز شده است. این مفهوم، در عرصه حقوق جنگ در قالب شرط *مارتنس*^۱ توانست امکان استقرار اصولی ناظر بر مقوله‌های پیش‌بینی‌نشده در عرصه تدوین قواعد حقوق بشردوستانه را به وجود آورد. در جریان رسیدگی دیوان در قضیه کانال کورفو، همین کارکرد مفهوم بشریت، به عرصه غیرمخاصمات (یعنی دوران صلح) هم گسترش پیدا کرد.^۲ اما آیا تنها کارکرد مفهوم بشریت، پرکردن خلأهای تدوین‌نشده حقوقی است یا آنکه بشریت، مفهوم کلی‌تری است که کارکرد آن یا یکی از کارکردهای آن، پرکردن خلأهای حقوقی کالبد موضوعه حقوق بین‌الملل^۳ است؟

اولین نشانه‌های ورود مفهوم بشریت در نگاشته‌های حقوقی را می‌توان در گفتمان شکل‌گیری حقوق طبیعی غیرقابل‌الغاء^۴ و ذاتی انسان در نگاشته دیدرو در خصوص حقوق طبیعی^۵ و سپس در جریان الغای بردگی مشاهده کرد. در واقع، انقلاب هنجاری که نهضت الغای بردگی به راه انداخت، منجر بدان شد که مرزهای جامعه مشترکات اروپایی که پیش از این به قلمرو مسیحیت^۶ شهرت داشت، درنوردیده و جهان- وطنی به معنای دقیق کلمه بر محور تازه ظهور بشریت استوار شود. مفهوم بشریت، پس از این تحولات، در جریان تدوین حقوق جنگ لاهه در قالب شرط *مارتنس* تحت عنوان «اوامر وجدان مشترک»^۷ جامه حقوقی به تن کرد.

در چارچوب نظری هم می‌توان بشریت را سرآمد مفاهیمی دانست که مدافعان حقوق طبیعی جدید، از آن تحت عناوین و قالب‌های حقوقی مختلف بهره می‌گیرند تا بتوانند با عبور از

۱. این شرط برای نخستین بار در کنوانسیون‌های لاهه ۱۸۹۹ و ۱۹۰۷ درج و در راستای علاج عدم کلیت قواعد حقوقی شرط *مارتنس* به کار گرفته شد که در بردارنده کدی اخلاقی و رای حقوق موضوعه است. در جریان تدوین کنوانسیون‌های لاهه، شرط *مارتنس*، جهت پرکردن خلأهای حقوقی و همین‌طور فائق‌آمدن بر پیشرفت‌های فناوری در حوزه‌های نظامی تعبیه شد. بند ۲ ماده ۱ پروتکل دوم الحاقی به کنوانسیون‌های ژنو، نسخه به‌روزی از شرط *مارتنس* ارائه داده است که در موارد عدم قواعد حقوقی، اقدامات صورت‌گرفته در راستای حمایت از غیرنظامیان و رزمندگان، باید منطبق با اصول مندرج در حقوق بین‌الملل، عرف‌های مستقر و اصل بشریت و اوامر وجدان عمومی باشد. ن.ک:

Coupland, Robin, "Humanity: What Is It and How Does It Influence International Law?", *IRRC Dec.* 2001, vol. 83 No. 844, pp. 974-975; *Laws and Customs of War on Land (Hague II)*, 29 July 1899; *Laws and Customs of War on Land (Hague IV)*, 18 October 1907.

2. *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)*, ICJ, Judgment of 15 December 1949, ICJ Reports 1949, p. 22.

3. International Law Legal Corpus

4. Inalienable Rights

5. Diderot, D., *Encyclopedie*, vol. 5, in J. Mason & Wokler, R. (eds) *Diderot: Political Writings*, Cambridge: Cambridge University Press, 1992, p. 20.

6. Christendom

7. Dictates of Public Conscience

اراده‌گرایی و پوزیتیویسم حقوقی، از چارچوب مضیق جزم‌گرایی (دوگماتیسم) حقوقی خارج شوند و به ورای اراده صرف دولت‌ها عزیمت کنند؛ بدین معنی که مبانی شکل‌گیری اراده را بررسی کرده، مهارهای اجتماعی و عقیدتی حاکم بر اراده را که در چپستی و چگونگی اراده‌سوری و ظاهری تأثیرگذار هستند، نمایش دهند تا بدین ترتیب، به‌جای یا حداقل در کنار منطق مصلحت دولت،^۸ به منطق استدلال حقوقی درست،^۹ اصالت بخشند.

۱. جایگاه مفهوم بشریت در دکترین حقوقی بین‌المللی

تضارب آرا در خصوص تعیین موضع و جایگاه دقیق حقوقی مفهوم بشریت، بسیار است. به‌طور کلی از یک‌سو برخی آن را در زیرمجموعه یکی از منابع حقوق جستجو می‌کنند. برخی به‌طور مشخص، آن را یکی از اصول عام حقوق بین‌الملل می‌دانند. در مقابل، برخی بشریت را اصل راهبر نظام حقوقی و جهت‌دهنده به قواعد حقوقی مندرج در آن نظام می‌شناسند.^{۱۰} دیوان در نظر مشورتی صحرای غربی، اصول بشردوستانه را مبانی الهام‌بخش برای قواعد حقوقی معرفی می‌کند و به این طریق، به نقش قاعده‌سازی این مفهوم اشاره دارد؛ به این ترتیب که این ملاحظات به‌خودی‌خود، منجر به ایجاد قواعد حقوقی نمی‌شود، اما به هر حال نباید میان قواعد حقوقی و اهداف اخلاقی که آن قواعد برای تحقق آن اهداف تعبیه شده است، دچار اشتباه شد.^{۱۱} در موارد دیگر نیز دیوان در آرای کورفو و نیکاراگوئه، مکرراً عنوان می‌کند که تعهدات معاهداتی مقرر در کنوانسیون ژنو، جز انعکاس اصول عام بنیادین حقوق بشردوستانه نیست؛^{۱۲} اصولی که به‌خودی‌خود، الزام‌آور و تعهدآفرین است. به تعبیر ژرمری/بی‌صعب، اصول کلی حقوق بین‌الملل

8. *Raison d'État*

9. *Recta ratio/ right reason*

مقصود از این اصطلاح، استدلال حقوقی مبتنی بر خرد فطری یا *لوگوس* است. مبنای درستی امری در دکترین حقوقی دوران رم باستان، متابعت گزاره‌های هر قضیه از عقل سلیم بوده است که در دوران بعدی، به تاسی از آموزه‌های کلیسا، معیار مورد نظر، شکل قدسی به خود گرفته، در انطباق با اراده خدا و وحی ظاهر می‌شود. در لسان علمای حقوق، این اصطلاح بیشتر برای تأکید بر منافع جمعی، توسعه همبستگی و تأمین خیر عمومی به‌کار رفته است. ن.ک.

Cañado Trindade, Antônio Augusto, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium (I)*, General Course on Public International Law, vol. 316 (2005), 2006 Martinus Nijhoff Publishers Leiden, pp. 37-40, 177-179.

10. Cassese, A., "The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky?", *European Journal of International Law* 11, 2000, p. 191.

11. South West Africa (*Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa*) (Second Phase), *ICJ Reports* 1966, pp. 34-35.

12. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (*Nicaragua v. United States*), *ICJ, Judgment, ICJ Reports*, 1986. pp. 112-114.

بشردوستانه، جزئی از اصول کلی حقوق بین‌الملل است و صرف‌نظر از وضعیت معاهداتی دولت‌ها و وضعیت مخاصمه، اعم از اینکه مخاصمه بین‌المللی یا داخلی باشد، در همه شرایط جهت حمایت از قربانیان مخاصمات، قابل اعمال است. به نظر می‌رسد که دیوان در قضیه نیکاراگوئه، هیچ تمایزی میان اصول اولیه بشریت و اصول کلی حقوق بشردوستانه قائل نشده است. به این ترتیب، اصول بشریت، تجلی اصول کلی یا مبانی اخلاقی است که در تمامی شرایط، خواه دوران صلح یا جنگ قابل اعمال است. لذا تضمین کامل قواعد و استانداردهای حداقلی بشردوستانه، حتی هنگامی که آن استانداردها به صورت رسمی به واسطه کنوانسیون‌های بشردوستانه درج نشده باشد، ضرورت دارد.^{۱۳}

قاضی شهاب‌الدین هم در نظر مخالف خود در نظر مشورتی جواز تهدید و استفاده از سلاح هسته‌ای، اصول اولیه بشری به خودی خود را، منجر به ایجاد تعهداتی دارای خصیصه حقوقی معرفی می‌کند که معادل وجدان مشترک است. به این طریق، تفاوت آن را با اعتقاد به الزام حقوقی و مستغنی بودن این مفهوم را از پیوندزدن آن به عرف، اثبات می‌کند.^{۱۴} قاضی شهاب‌الدین در خصوص محتوای این مفهوم، آن را بسته به شرایط، متغیر می‌داند که از یک سو به ابزار و شیوه‌های جنگی، و از دیگر سو به سطح تحمل اجتماع بین‌المللی مرتبط است. گرچه خود اصل، ثابت و پایا است، اثر عملی آن از زمانی به زمان دیگر متفاوت است.^{۱۵} به همین دلیل است که وی تهدید یا استفاده از سلاح هسته‌ای را به دلیل مغایرت فاحش آن با وجدان مشترک جامعه بین‌المللی، نامشروع و نادرست می‌داند.

آنچه پیترز معتقد است که بشریت در تقابل با حاکمیت بر آن برتری یافته، جایگاه خود را به‌عنوان هنجار بنیادین^{۱۶} حقوق بین‌الملل تثبیت کرده است تا آنجا که حتی معنای خود مفهوم حاکمیت را هم باید در پرتو مفهوم و تلقی از بشریت روشن کرد.^{۱۷} شاید تجلی دقیق چنین برداشتی از مفهوم بشریت، در تضييق حاکمیت را بتوان در دکترین مسئولیت حمایت مشاهده کرد. این دیدگاه به تعابیر کلسنی نزدیک می‌شود که در آن کلسن به تبعیت از کانت، عنوان می‌کند که باید از مقولات صوری، مثل زمان و مکان که در طبیعت وجود ندارند برای بیان امور استفاده کرد. لذا در نگاه هنجارگرایان، برای تبیین نظام‌مندی استعلایی مقوله‌های حقوقی، از امر

13. Abi-Saab, Rosemary, "The General Principles of Humanitarian Law According to the International Court of Justice", *International Review of the Red Cross*, vol. 27, 259 August 1987, pp. 368, 370, 375.

14. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, p. 407 (Judge Shahabuddeen).

15. *Ibid.*, p. 406 (Judge Shahabuddeen)

16. *Grundnorm / Letztbegründung*

17. Peters, Anne, "Humanity as the A and Ω of Sovereignty", *European Journal of International Law* 20, 2009, pp. 513-514.

بنیادین بهره گرفته می‌شود.^{۱۸}

بشریت در مقام ارزش، پهنه‌ای از برابرانگاری را پیش روی دولت‌های با پیشینه‌های فرهنگی، تمدنی و اعتقادی مختلف می‌گسترده که زمینه‌گردن نهادن به یک سری اصول مشترک و متعاقب آن، قواعدی قابل اعمال بر موارد عینی را ایجاد می‌کند. بدین طریق، بشریت، راه‌گشای اعتباربخشیدن به گام‌نهادن ورای حقوق موضوعه می‌شود. با تعبیر و تفاسیر مختلف، خواه آن‌هایی که آن را همان ترجمان حقوق طبیعی می‌شمارند، یا نمایانگر فعلیت یافتن و به‌کارگیری خرد مشترک بشری می‌شناسند، یا اینکه در چارچوب قالب‌های متعارف منابع حقوق بین‌الملل، تبلور مظاهر حقوقی آن را می‌جویند، همگی بر ویژگی پرکردن خلأ حقوقی توسط این مفهوم، تأکید دارند.

نظام‌مندشدن ساختار حقوق بین‌الملل، ناگزیر از تن‌دادن به یک سلسله‌مراتب هنجاری اصول و قواعد است که برخاسته از ارزش‌های اساسی برگرفته از بشریت است. اعمال این اصول و قواعد، برای اجتماع بین‌المللی در کل دارای اهمیت است که اقدام‌های یک‌جانبه یا توافق‌های مغایر با آن را بی‌اثر می‌سازد. مفهوم قواعد آمره^{۱۹} در حقوق بین‌الملل عمومی نشانگر همین کارکرد ارزش بشریت است^{۲۰} که در جهت نظام‌بخشیدن به اجتماع لجام‌گسیخته بین‌المللی عمل می‌کند تا آن‌چنان نظم مطلوبی را مستقر کند، بدین معنی که قواعد غیرمتمرکز و افقی حقوق بین‌المللی موجود را در چارچوبی مبتنی بر آن ارزش متعالی، دارای سلسله‌مراتب کرده و وحدت بخشد؛ همان وحدت و سلسله‌مراتبی که وجود حاکمیت‌های مستقل، امکان محقق‌کردن آن را منتفی می‌کند. البته این امر به معنی ازمیان‌برداشتن حاکمیت‌های مستقل نیست، بلکه تا آنجا که مسئله مورد نظر، مربوط به آن حوزه برابری واقعی ارزشی است، حاکمیت‌های مستقل را از

۱۸. ویکس، ریموند؛ فلسفه حقوق: از حقوق طبیعی تا پسامدرنیسم، ترجمه: فاطمه آبیاری، نشر رخ داد نو، ۱۳۸۹، صص ۵۲-۵۳.

19. *Jus cogens*

20. Motataianu, Stefan, "The Hierarchy of the Norms in the International Law System", *Masaryk University*, 2009, pp. 4-8.

البته باید متوجه این نکته بود که تحقق سلسله‌مراتب در نظام حقوق بین‌الملل در معنایی مشابه به آنچه در سلسله‌مراتب در حقوق داخلی وجود دارد، عملاً امکان‌پذیر نیست زیرا حوزه‌های صلاحیت‌بندی‌شده در حقوق بین‌الملل، منشعب از قدرتی واحد و یگانه نیست بلکه تنها حوزه‌های معدود و معینی تحت قواعد حقوق بین‌المللی قاعده‌مند شده است. بخش‌های گسترده‌ای از واقعیات اجتماعی هنوز در قالب روابط قدرت، عرصه بده‌بستان‌های سیاسی بوده و قالب رابطه‌محور بودن خود را حفظ کرده است. ناگفته نماند که تحقق چنین سلسله‌مراتبی در فضای متکثر بین‌المللی لزوماً مطلوب نیست زیرا زمینه ظهور امپریالیسم حقوقی بوده و میراث متفرق تمدن‌های در حاشیه را معدوم خواهد نمود. ن.ک: هدایت‌الله فلسفی؛ *تقریرات درس متدولوژی*، دوره دکترای حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، سال تحصیلی ۱۳۹۲-۱۳۹۱.

پی‌گرفتن منش منفعت‌گرایانه فردی آن‌ها بازدارد.

۲. سیر حقوق بین‌الملل، از برابری صوری به برابری واقعی

می‌توان مباحث مربوط به بشریت از یک سو و حاکمیت از دیگر سو را صحنه معارضه برابری حقیقی^{۲۱} دولت‌ها و برابری فرضی^{۲۲} آن‌ها دانست. برابری فرضی دولت‌های حاکم، موجب تفرق و جدایی آن‌ها از یکدیگر شده، تمایل به دنبال کردن منافع فردی دولت‌ها را شدت می‌بخشد؛ درحالی‌که برابری حقیقی، برخاسته از پندار بشریت، به گستره‌ای از ارزش‌های مشترک و متعاقب آن، اصول و قواعدی اشاره دارد که همگی آن‌ها در آن سهیم‌اند و هنجارهای برخاسته از آن برای دولت‌ها الزام‌آور است. ریشه چنین الزامی، ورای رضایت صوری معمول در چارچوب معاهدات بوده، باز به همان ارزش متعالی بازمی‌گردد که هریک از دولت‌ها با استناد به پیشینه فرهنگی، تاریخی، تمدنی و مذهبی خود، سهم خود را در استقرار و پاسداشت چنان ارزشی مؤثر می‌دانند. همان‌طور که قاضی ویرامانتری در نظریه مخالف خود در نظریه مشورتی مشروعیت تهدید و استفاده از سلاح هسته‌ای در ایضاح مفهوم بشریت عنوان کرده است، بشریت، نمایانگر وجدان جمعی مشترکی است که ارباب اندیشه و مذهب با وجود همه تفاوت‌هایی که با یکدیگر دارند و [باوجود آنکه] هریک برآیند تمدن‌هایی متفاوت از یکدیگر هستند، بر سر آن اتفاق نظر دارند.^{۲۳} در تقویت نگاه برابری‌مدار مفهوم بشریت، می‌توان به تأکید فلاسفه یونان بر ویژگی خردورزی بشر (به‌عنوان وجه ممیزه بشر و مشترک میان همه آن‌ها) و همین‌طور، فلسفه رواقیون در روم باستان اشاره کرد که دوگانه رومی و بربر را با جایگزینی *homo humanus* به‌جای *homo romanus* حل کردند و سطحی از برابری را برای رومی و غیر آن پذیرفتند.^{۲۴}

در واقع، سیاست نهفته در بهره‌گیری از چنین اصطلاحی را می‌توان در فرصت‌طلبی دیوان برای ایجاد تحول در حقوق بین‌الملل بر مبنای وابستگی متقابل اجتماعی دولت‌ها در این عصر ارزیابی کرد که با ترسیم بشریت به‌عنوان خیر مشترک ناظم بر نظم چنین اجتماعی در جهت حقیقت‌بخشیدن به عدالت اجتماعی گام برداشت تا بدین‌وسیله بتوان هر قاعده یا عمل خلاف

21. Material Egalitarianism

22. Legal Fictional Equality

23. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, *op. cit.*, (Dissenting Opinion of Judge Weeramantry) pp. 443-444.

24. Jean-Luc Blondel, "The Meaning of the Word 'Humanitarian' in Relation to the Fundamental Principles of the Red Cross and Red Crescent", *IRRC*, No. 273, November-December 1989, pp. 507-515.

علیه چنین مفهومی را به‌عنوان تقصیر بین‌المللی تخطئه کرد.^{۲۵} می‌توان چنین برداشتی از بشریت را هم‌طراز بیانات هنجاری جفرسونی^{۲۶} از انسانیت دانست که نظام قضایی از آن محافظت می‌کند و حوزه اعمال جهان‌شمول هنجارهای ساطع از مفهوم بشریت می‌شود.^{۲۷} «هرچند سرچشمه حقوق، دولت است، [اما] نباید به ساختمان ظاهری قناعت کرد، بلکه باید در پی نیروها و عواملی بود که اسباب واقعی ظهور [قانون] شده‌اند. در واقع، نمی‌توان مواد اولیه حقوق را از یاد برد و باز ادعای جستجوی حقیقت را داشت. به هر ترتیب، دولت هم تنها سهمی از رهبری را بر عهده دارد و حتی قضات نیز در امر دادرسی، متأثر از اخلاق و عادات اجتماعی هستند تا آنکه صرفاً به مسئله اجرای مَر قانون بیندیشند».^{۲۸} حقوق، مجموعه‌ای از قواعد، اصول و سیاست‌هایی است که از طریق آن، قضات به دنبال یگانه پاسخ درست هستند که به بهترین شکل با تکیه بر عینیت اخلاقی بر یکپارچگی نظام حقوقی منسجم، تأثیر می‌گذارد.^{۲۹} به تعبیر لاتریا، شناسایی قضایی ضرورت‌ها و مقتضیات مفهوم اجتماع بین‌المللی، توجیه‌کننده وجود منبع حقوقی مضاعفی^{۳۰} می‌شود که هم عملکرد دولت‌ها بر مبنای آن منبع و هم صدور رأی محاکم قضایی

25. *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)*, ICJ, Judgment of 15 December 1949, p. 45 (Judge Alvarez).

26. این مسئله به تلاش‌های جفرسون در جریان جنبش الغای بردگی اشاره دارد که بنیادهای فکری آن، ریشه در آموزه‌های حقوق طبیعی داشت. همین امر، تامس جفرسون را به نماد آزادی‌خواهی بدل کرده است. مهم‌ترین نتیجه تلاش‌های وی را می‌توان در آموزه مشهور «همه انسان‌ها برابر خلق شده‌اند» مشاهده کرد که در اعلامیه استقلال آمریکا گنجانده شده است. ن.ک:

Annette Gordon-Reed, *The Hemingses of Monticello: An American Family*, W. W. Norton & Company, 2008, pp. 99–100; Joseph, J. Ellis, *American Creation: Triumphs and Tragedies in the Founding of the Republic*, House Large Print, 2007, pp. 55–56.

27. Zagor, Matthew, "Elementary Considerations of Humanity", *ANU College of Law Research Paper*, No. 12-19, 2012, p. 3.

28. ریبر، ژرژ؛ «نیروهای سازنده حقوق»، در: ناصر کاتوزیان؛ مسئولیت مدنی - ضمان قهری، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۰، صص ۴۱، ۱۴۶، ۱۵۵.

29. تیبیت، مارک؛ فلسفه حقوق، ترجمه: حسن رضایی خاوری، چاپ دوم، مؤسسه فرهنگی قدس، مشهد، ۱۳۸۶، صص ۱۱۵-۱۱۳.

30. Residuary Source/Clause

منبع حقوقی مازاد، اضافه یا مضاعفی که باقیمانده مسائلی را که هنوز اراده دولت‌ها تکلیف موضوعات زیرمجموعه آن را روشن نکرده است، دربرمی‌گیرد. همین کارکرد در خصوص قید مشتمل بر موضوعات باقیمانده هم صدق می‌کند. برای نمونه، در حوزه جرم‌انگاری جنایات علیه بشریت، مقرر مندرج در ماده 1(k)7 تحت عنوان سایر اعمال غیرانسانی، بدون تعیین مصادیق، اعمالی را که مشابه جنایت‌های علیه بشریت باشند بر اساس ضابطه وحدت ملاک یا *ejusdem generis* تحت عنوان سایر اعمال غیرانسانی، جنایت علیه بشریت دانسته است.

بین‌المللی بر آن اساس را موجه می‌کند.^{۳۱} پیش از این در دیوان دائمی در قضیه *نولیلیا*^{۳۲} در سال ۱۹۲۸ (مسئولیت دولت آلمان در خصوص خسارت وارده به منافع استعماری پرتغال در جنوب آفریقا)، از مفهوم بشریت برای محدود کردن قلمرو اقدام‌های تلافی‌جویانه مجاز (موجود در ساختار جامعه ملل) استفاده شده بود.^{۳۳} از آنجاکه حقوق‌دانان بین‌المللی، خود را داورانی می‌دانند که منعکس‌کننده وجدان مشترک جامعه بین‌المللی هستند، مجال آن را دارند تا بر پهنه‌ای بالاتر و در گستره محض بشریت، نظاره‌گر روابط بین‌المللی باشند؛ جایی که دیگر اختلاف‌های سیاسی، جایی برای عرض اندام نمی‌یابد. به این ترتیب، بشریت در کورفو در قامت اصل هنجارگرا ظاهر شد.

والدک معتقد است که دیوان در اعمال مفهوم اصول اولیه انسانی، با ایجاد ابهام در مرز میان عرف و اصل کلی، معلوم نیست کدام‌یک را مبنای اعمال قرار داده است.^{۳۴} اما در نقطه مقابل می‌توان گفت، دیوان با بهره‌گیری از مفهوم بشریت در مقام اصلی کلی توانسته است به قواعد عرفی مرتبط در دعوی مذکور، شفافیت بیشتری بخشد و با بهره‌گیری از مبنای اخلاقیات مسلم، زمینه توجیه و اقناع را هم فراهم کند؛ به‌ویژه اینکه سکوت خود دیوان در خصوص جایگاه این مفهوم در حقوق بین‌الملل می‌تواند بر قابلیت پرکننده خلأهای موجود در حقوق بین‌الملل بیفزاید، خواه این مفهوم، اصل مستقر از اصول حقوق بین‌الملل عام به حساب آورده شود که تالی منطقی روابط دولت‌ها بر مبنای روابط برابر بوده باشد (آن هم دولت‌هایی که از سیاق واحد نظام اخلاقی - حقوقی مشترکی برخوردار هستند) یا آنکه در قالب شرط *مارتنس* در نظر گرفته شود که اکنون زمینه اعمال گسترده‌تری پیدا کرده است.

۳. مفهوم بشریت در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری

دیوان در قضایای تنگه *کورفو* و *نیکاراگوئه* در شکل‌دادن به اصول کلی بنیادین حقوق بشردوستانه، تنها به حقوق لاهه و ژنو متکی بود، اما در نظر مشورتی مشروعیت استفاده از سلاح هسته‌ای فرصت یافت تا به مصادیقی از حقوق حفاظت از محیط‌زیست و مصادیقی از حقوق

31. Lauterpacht, H., *International Law and Human Rights*, New York, F. A. Praeger, 1950, p. 422; G. Goodwin-Gill and J. Mc. Adam, *The Refugee in International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 358-362, in: H. Mosler, "The International Society as a Legal Community", *Recueil des Cours* 140, 1974, pp. 148.

32. Naulilaa

33. Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du sud de l'Afrique, 2 R.I.A.A. 1013, 1226 (1928), in: Meron, Theodor, the Martens Clause, "Principle of Humanity and Dictates of Public Conscience", *ASIL*, vol. 94, No.1, 2000, p. 82.

34. Waldock, H., "General Course on Public International Law", *Recueil Des Cours* 106, 1962, p. 63.

بشری، چون حق بر حیات در میثاق حقوق مدنی و سیاسی هم توجه کند. در این نظر مشورتی، توجه دیوان، بیشتر به بحث ابزار و شیوه‌های جنگی منعطف است و اهمیت تفکیک میان اهداف مشروع نظامی و اهداف غیرنظامی و همین‌طور، اهمیت عدم تحمیل رنج غیرضرور علیه رزمندگان را بیان می‌کند. در نتیجه، محدوده‌ای را برای اراده آزاد دولت‌ها در گزینش ابزار و شیوه‌های جنگی بر دولت‌ها تحمیل می‌کند^{۳۵} یعنی تعهدات دولت‌ها را در توسل به زور، یادآور می‌شود. در رأی نیکاراگوئه، دیوان منشأ استخراج تعهدات دولت‌ها را تنها کنوانسیون‌های ژنو نمی‌داند، بلکه تعهداتی می‌داند که از اصول کلی حقوق بشردوستانه سرچشمه می‌گیرد؛^{۳۶} «برخی قواعد کنوانسیون‌های ژنو، خود توصیف‌گر این اصول هستند [...] برای مثال، ماده ۳ مشترک، دربرگیرنده این اصول کلی بشردوستانه است که در مواقع مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی قابلیت اعمال می‌یابد» و دیوان آن را توصیفی برآمده از معنای اصول اولیه بشریت می‌داند.^{۳۷} به عقیده یورگن سن، ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های ژنو، بازتاب همین اصول اولیه بشری است که برای اینکه زمینه اعمال بر موارد عینی را بیابد، باید سیمای حقوق عرفی به خود بگیرد.^{۳۸}

در آرای دیوان‌های ویژه کیفری بین‌المللی هم می‌توان پی‌گرفتن چنین رویه موافق و متکاملی را مشاهده کرد. برای نمونه، تفسیری که از اشخاص تحت حمایت حقوق بین‌الملل بشردوستانه در آرای تادیچ^{۳۹} و سلیبیچی (دلایچ و دیگران)^{۴۰} ارائه شده است، قلمرو صلاحیت شخصی^{۴۱} حقوق بین‌الملل بشردوستانه را بیش از پیش گسترش داده است؛ یعنی با اصل قراردادن غایت قاعده که همان حمایت از غیرنظامیان در بازه درگیری مسلحانه است، ابزار اعطای چنین حمایتی را از تابعیت مندرج در ماده ۴ کنوانسیون چهارم ژنو در خصوص حمایت از غیرنظامیان، به ضابطه‌ای دیگر که ملاک انتفاع از حقوق سیاسی از دولت مذکور است، تغییر می‌دهد که در این قضایا، ملاک قومیت، چنین کار ویژه‌ای را به انجام می‌رساند. به این ترتیب، دیوان با تمایز قائل شدن میان غایت قاعده و وسیله به کار گرفته شده، با شالوده‌شکنی^{۴۲} ضابطه مقرر در ماده ۴، ابزاری کارآمدتر را در مخاصمات داخلی به کار می‌گمارد.

در رأی تنگه کورفو، دیوان از بشریت به‌عنوان شاخص و ضابطه تعیین‌کننده در اعمال قاعده

35. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, ICJ, *op. cit.*, para. 86.

36. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, *op. cit.*, para. 220.

37. *Ibid.*, para. 218.

38. Jørgensen N. H. B, *The Responsibility of States for International Crimes*, Oxford University Press, 2003, p. 128.

39. *Prosecutor v. Tadic*, ICTY, IT-94-1-A72, Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, para. 97.

40. *Prosecutor v. Delalic*, ICTY, IT-96-21-T, Judgment, 16 November 1998, para. 263.

41. *Ratione personae*

42. *Déconstruction*

قابل اعمال استفاده می‌کند. گذشته از آن، گستردگی پهنه اعمال اصول برآمده از بشریت و اوامر وجدان مشترک بشری را علاوه بر حوزه مخاصمه مسلحانه، به تصویر می‌کشد. در قضیه نیکاراگوئه، دیوان، کار ویژه بشریت را در ایجاد و استقرار اصول و قواعد حقوقی تبیین و به اصول و تعهداتی اشاره می‌کند که صرف‌نظر از تعهدات برآمده از عرف یا مندرج در معاهدات، به اصولی پیوند می‌زند که به‌خودی‌خود دارای نیرو و قوه الزام‌آورند. دیوان در نظر مشورتی مشروعیت تهدید یا استفاده از سلاح هسته‌ای، با اتخاذ رویکرد سلبی، به تشریح تعهداتی می‌پردازد که دولت در فرض توسل به زور به‌واسطه ابزار جنگی خاص، متعهد به متابعت و پیروی از آنهاست. گرچه دیوان در گام آخر یعنی اعلام عدم جواز استفاده از این سلاح در فرض معارضه با موجودیت دولت تشکیک می‌کند، حوزه تعهدات مرتبط را در فرض توسل به سلاح، به تفصیل تشریح می‌کند.

در واقع می‌توان گفت دیوان بی‌آنکه به این عرصه برابری موجود در میان دولت‌ها که خود مبتنی بر مفهوم بشریت است، اشاره کند، آثار و توالی ناشی از این برابری را یک به یک، بنا به مورد مرتبط با پرونده، عنوان داشته است. هرچند زمانی که معارضه میان برابری حقیقی دولت‌ها در مفهوم بشریت با برابری صوری آنها به مفهوم حاکمیت می‌رسد (نظر مشورتی تهدید یا توسل به سلاح هسته‌ای ۱۹۹۶)، دیوان خود را در مقام بیان ترجیح یکی بر دیگری، ناکام می‌بیند.

۴. تجلی مفهوم بشریت در قضیه ۱۹۴۹ تنگه کورفو

بر اساس توافقنامه میان بریتانیا و جمهوری خلق آلبانی، بررسی دو مسئله مسئولیت دولت آلبانی در خصوص انفجار مین‌ها و پرداخت خسارت از سوی آن کشور، همین‌طور نقض حاکمیت دولت آلبانی از سوی بریتانیا و جلب رضایت آن در این مورد، از سوی دولت‌های آلبانی و بریتانیا به‌عنوان خواسته‌های این دعوا طرح شد.

۴-۱. یافته‌های دیوان در حوزه مفهوم بشریت

دیوان در قضیه تنگه کورفو، به تعهداتی اشاره می‌کند که برگرفته از اصل بشریت است. در این مورد، بشریت به‌صورت اصلی راهنما به کار گرفته می‌شود و دامنه تعهدات دولت آلبانی را گسترش می‌دهد. دیوان بدون اینکه به تقنین دست زده باشد، محتوای قاعده را گسترش داده است. دیوان در این استدلال به‌طریق‌اولی (اقوی دلیل) تعهدات برخاسته از بشریت را در دوران

صلح نیز قابل اعمال اعلام می‌کند. بدین ترتیب، دیوان با غنمیت‌شمردن فرصت، از بشریت که جهت قواعد را مشخص می‌کند، برای آشکارکردن برخی قواعد خاص استفاده می‌کند؛ به این صورت که از آن به‌عنوان شاخصی بهره می‌گیرد که در مقام گزینش میان قواعد محتمل قابل اعمال، قاعده‌ای را برمی‌گزیند که تأمین‌کننده منافع اجتماعی است که از دولت‌هایی متعهد به یک‌سری ارزش‌های مشترک تشکیل شده‌اند، نه جامعه‌ای از دولت‌هایی با حاکمیت برابر که هر یک به دنبال منافع فردی و ملی خود هستند. دقیقاً به همین دلیل است که مسئله ایجاد شکاف در حاکمیت مطرح می‌شود زیرا توجه صرف به رضایت دولت‌ها در گردن‌نهادن به قواعد حقوقی و اراده‌گرایی محض، در فضای تبادل میان حاکمیت‌های مستقل معنا دارد؛ حال آنکه مفهوم بشریت، وجه مْجامع و حد وسطی از ارزش‌های مشترکی است که همه دولت‌های عضو اجتماع بین‌المللی نه‌تنها بدان معترف، بلکه در شکل‌گیری آن نیز سپه‌م هستند.

تعهدات موردنظر در رأی تنگه کورفو، بر مبنای قواعد مندرج در کنوانسیون چهارم لاهه ۱۹۰۷ که تنها در دوره مخاصمه قابل اعمال است، استوار نیست بلکه مبتنی بر برخی اصول کلی و شناخته‌شده، مثل اصول اولیه بشری است که به‌صورت دقیق‌تر در دوران صلح قابل اعمال هستند. این اصول در موضوع این پرونده خاص، عبارت‌اند از اصل آزادی ارتباطات دریایی و تعهد همه دولت‌ها بر عدم استفاده زیان‌بار از سرزمین خود بر علیه سایر دولت‌ها.

قاضی برزیلی، فیلالدفو آزه و دو، در نظریه مخالف خود در رأی تنگه کورفو عنوان می‌کند که «ارتکاب قصور اخلاقی، منجر به نقض تعهد [حقوقی] می‌شود [چون] مفهوم قصور، همواره با نوعی بی‌مبالاتی یا غفلت همراه است».^{۴۳} به این ترتیب، وی میان مفهوم بشریت و ساحت ارزشی و اخلاقی آن، موازنه‌ای ایجاد می‌کند. قاضی آلوارز هم عمل خلاف بین‌المللی را مغایر با عواطف بشردوستانه می‌شناسد که مشتمل بر عملی است که دولت در قلمرو خود انجام می‌دهد حتی اگر در راستای حفظ منافع عالی خود اقدام کرده باشد، یا حتی در فرضی که در سرزمین دولت دیگر و با رضایت دولتی، مرتکب آن شده باشد، باز هم شریک چنان تخلفی خواهد بود. در صورتی که بدون رضایت آن دولت صورت گرفته باشد نیز صرف‌نظر از مسئله علم یا آگاهی دولت، بنا بر اصل نظارت انحصاری دولت بر سرزمین خود، دولت متعهد است که از آن مطلع باشد. در نتیجه، دولت مزبور هم به دلیل قصور در اتخاذ تدابیر مناسب و مقتضی برای پیشگیری از امر زیان‌بار در سرزمین خود نسبت به دولت دیگر، مسئول خواهد بود.^{۴۴} در واقع به این ترتیب حتی اگر آگاهی دولت آلبانی هم احراز نمی‌شد، باز مسئولیت

43. Corfu Channel Case, *op. cit.*, (Dissenting Opinion Judge Azevedo), p. 85.

44. *Ibid.*, p. 45. (Judge Álvarez)

بین‌المللی آن به‌واسطه قصور در انجام نظارت انحصاری در قلمرو سرزمینی‌اش قابل احراز بود.

۲-۴. سیاست قضایی دیوان در پی دوران وفاق بین‌المللی

در هنگام رسیدگی دیوان به این قضیه، دولت‌ها برای حل اختلاف‌هایشان، وفاق داشتند و باوجود گسست ایجادشده میان شرق و غرب، هریک از کشورهای مستقر در این گروه‌بندی‌ها، خود را تسلیم نظرات دیوان و موقعیت برجسته ملل متحد و به‌طور اخص، شورای امنیت می‌شناسند. لذا دیوان در چنین وضعیتی دست به کاری خطیر می‌زند و مظاهر و تجلیات اصل بشریت را در حوزه ورای حقوق مخاصمات مسلحانه، از جمله آزادی ارتباطات دریایی و عدم استفاده زیان‌بار از سرزمین آشکار می‌کند. بدین ترتیب، دیوان در نخستین رأی خود توانست گامی بلند در راستای ارائه چهره‌ای کاملاً متفاوت از آنچه تا آن زمان بر روابط بین‌الدولی حاکم بود ارائه دهد. این رکن قضایی جامعه بین‌المللی در برابر حاکمیت و در راستای تبیین محدوده حاکمیت دولت‌ها مفهوم بشریت را عرضه کرد تا به این واسطه، فضای حاکم بر دوره همزیستی توأم با همکاری دولت‌ها را در چارچوب ارزش‌های مشترک آن‌ها ترسیم کند. «اهمیت کار دیوان در قضیه تنگه کورفو آن است که دیوان نهاد جوانی بود که در فضای جهان‌وطنی و احیای نهادهای گوناگون فعالیت می‌کرد. حرکت دیوان در این مورد، بسیار بی‌نظیر بود. دیوان به بیان مفاهیمی پرداخت که در اراده دولت‌ها شکاف ایجاد کرد و همین طور درباره حقوق بین‌الملل عام سخن گفت».^{۴۵}

۵. تجلی مفهوم بشریت در نظر مشورتی مشروعیت توسل یا تهدید به استفاده از سلاح هسته‌ای ۱۹۹۶

در خصوص نظرات مشورتی دیوان باید گفت که اگرچه آن‌ها فاقد نتیجه و اعتبار امر مختوم هستند، بی‌تردید در ایجاد و استقرار رویه تأثیرگذارند زیرا آنچه در مقدمه حکم می‌آید، خود حقوق بین‌الملل موجود و بیانگر قاعده خاص قابل اعمال در خصوص یک موضوع واقعی است.^{۴۶} در واقع دیوان در نظرات مشورتی، عناصر پراکنده قاعده در جامعه بین‌المللی را صورت‌بندی کرده، به کاوشی حقوقی دست می‌زند و با ارائه استدلال‌های پیوسته، قاعده حقوقی صحیح قابل اعمال

۴۵. فلسفی، هدایت‌الله: *تقریرات درس تحلیل محتوای آرای قضایی بین‌المللی*، دوره دکترای حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، سال تحصیلی ۱۳۸۹-۱۳۸۸.

۴۶. پیشین.

در فرض مقرر در موضوع پرسش را شناسایی می‌کند.

۵-۱. یافته‌های دیوان در حوزه مفهوم بشریت

دیوان ابتدا همه حوزه‌های مختلف حقوق بین‌الملل مرتبط با این موضوع را برمی‌شمرد و قواعد و اصول و هنجارهای بلاشرط را تشریح می‌کند. سپس به ویژگی‌های خاص سلاح هسته‌ای توجه می‌کند و در ادامه با پی‌گرفتن مباحث در سیاق دگماتیسم^{۴۷} حقوقی مرسوم آرای دیوان، حقانیت و جواز استفاده از سلاح هسته‌ای را تبیین می‌کند. دیوان در این قضیه به دنبال پاسخ‌دادن به این پرسش است که آیا عمل مذکور در مطابقت با قاعده صورت می‌گیرد یا نه و اینکه آیا متابعت از تعهدات دولت‌ها، مانعی بر سر راه توسل آن‌ها به سلاح هسته‌ای یا تهدید به استفاده از آن است یا نه؟ در این راستا دیوان با استناد به بند ۲ ماده ۱ پروتکل دوم الحاقی به کنوانسیون‌های ژنو، نسخه به‌روزی از شرط *مارتنس* را ارائه داده است که در موارد نبود قواعد حقوقی در راستای حمایت از غیرنظامیان و رزمندگان، تدابیر صورت‌گرفته باید منطبق با اصول مندرج در حقوق بین‌الملل، عرف‌های مستقر و اصل بشریت و اوامر وجدان عمومی باشد.^{۴۸} به این ترتیب می‌توان گفت که دیوان به خاصیت پرکردن خلأ به‌واسطه اصل بشریت توجه داشته است.

پرسشی که بی‌پاسخ مانده این است که در برخورد اصول راهنما با یکدیگر، چه مسئله‌ای موجب می‌شود که یکی دارای اولویت بر دیگری شناخته شود تا اولویت‌دادن یکی به دیگری، ترجیح بلامرجح قلمداد نشود. شاید این مسئله با توجه به سلسله‌مراتب میان ارزش‌هایی که مبنای ایجاد این اصول بوده‌اند، قابل حل باشد. این مسئله، عرصه واردعمل‌شدن نظریه‌های حقوقی است. دیوان در چارچوب دگماتیسم حقوقی، چاره‌ای جز اولویت‌دادن به حاکمیت در مقابل بشریت نداشته است؛ گرچه در راستای روشن‌ترکردن عرصه عمل اصول متخذه از بشریت هم گام برداشته است.

می‌توان واکنش‌ها به نظر مشورتی سال ۱۹۹۶ را دقیقاً نقطه مقابل جریانی دانست که متعاقب رأی ۱۹۸۶ نیکاراگوئه نسبت به دیوان ایجاد شده بود. گرچه در بدو امر، نگاه بدبینانه‌ای

^{۴۷} دگماتیسم حقوقی، معادل روش فنی حقوقی به‌کاررفته است. در این روش، عناصر اجتماعی در تحلیل‌های حقوقی وارد نمی‌شود و تنها مسئله تأثیرگذار در معادله حقوقی جهت استنباط حکم اعمال ارتکاب‌یافته، انطباق امر حکمی به‌عنوان کبرای قضیه بر مسائل موضوعی قضیه خاص است؛ به این ترتیب که ابتدا مسائل موضوعی در قالب توصیف‌های حقوقی دوباره تعریف می‌شود و معبر حقوقی امور موضوعی دانسته می‌شود و سپس حکم قابل اعمال بر آن توصیفات عنوان می‌شود.

^{۴۸} به نظر می‌رسد دیوان در این قضیه، در خصوص یافتن مدخلی برای طرح مباحث مرتبط با بشریت، چارچوب منابع حقوق و به‌طور اخص، اصول کلی حقوق را برگزیده باشد.

نسبت به دیوان پس از صدور رأی نیکاراگوئه ایجاد شد، بعد از مدت کوتاهی که شوک ناشی از صدور این رأی مرتفع شد، دیوان نه تنها وجههٔ مقبول تری در پیشگاه دولت‌ها یافت، بلکه حتی نگاه کلی نسبت به ارکان قضایی در صحنه بین‌المللی خوش‌بینانه‌تر شد. به تعبیر ژرژ/بی‌صعب، گویی شاهدزاده‌های برابر برخاسته از نظام *وستفالی* متعاقب جنگ سی‌ساله مذهبی، که پیروی از الگوی «هرکس به دین و رسم و مسلک و فرمان پروردگار سرزمین خویش» را مبنای صلح قرار داده‌اند^{۴۹} و به این ترتیب خود را مستغنی از داوری یا قضاوت شدن می‌دانستند و چنین قضاوتی را توهین به ساحت بی‌رقیب خود می‌پنداشتند، به این باور رسیدند که حقوق بین‌الملل با بهره‌گیری از نهاد ثالث، می‌تواند بر فراز اراده و صلاح‌دیدهای آن‌ها بایستد. این مسئله حداقل شاهدزادهٔ مورد ستم در این نظام برابرمدار را به جنبش واداشت. اما رأی سال ۹۶ بار دیگر نشان داد که در معادله تعهدات دولت‌ها در عرصه‌ای که مسئله بودن یا نبودن (موجودیت) این شاهدزاده‌ها طرح شود، چاره‌ای جز تعظیم و کرنش یا حداقل سکوت معصیت‌بار همراه با شراکت در عمل ملازم با نقض تعهد ندارد، چون سکوت علامت رضا است.

دیوان در این نظر مشورتی بر سر دو راهی قرار می‌گیرد؛ از یک سو با توجه به ویژگی‌های منحصر به فرد سلاح هسته‌ای، صرف استفاده از این سلاح، ناقض اصولی است که حقوق بشردوستانه بر آن استوار شده است؛ اصولی چون اصل تفکیک، تناسب، عدم تحمیل رنج شدید و از سوی دیگر در حقوق معاهداتی و عرفی موجود و مستقر در حقوق بین‌الملل، علی‌رغم حتمی بودن نقض اصول پیش‌گفته، آشکارا و به‌طور اخص، هیچ منعی در خصوص سلاح هسته‌ای ایجاد نشده است. در واقع دیوان در مواردی که موضوع بقای یک حاکمیت مطرح است، در این مقام که مسئله سلاح هسته‌ای را در چارچوب روابط بین‌الدولی حاکمیت‌های برابر بررسی کند یا در چارچوب ارزش‌های مشترکی که اجتماع بین‌الدول بر آن استوار شده است، گزینه نخست را بر می‌گزیند و راه‌حل نهایی را به تداوم پیگیر مذاکراتی همراه با حسن‌نیت احاله می‌دهد؛ بدین معنا که اگر قرار باشد قواعد استقرار یافته در حقوق بین‌الملل در چارچوب سه منطق برابری، همکاری و قدرت تحلیل شود، منطق برابری قابل انشقاق به دو گونه برابری صوری دولت‌های حاکم، به‌عنوان فرض حقوقی و برابری در معنای پیوستگی ارزشی میان همین دولت‌هاست. نماد برابری در معنای دوم، بشریت است که حکایت از شکل‌گیری پهنه‌ای دارد که بازیگران آن، علی‌رغم همه تفاوت‌هایشان، در گستره‌ای از ارزش‌های مشترک با هم سهیم‌اند که جدای از منافع فردی

49. *Formulae quo jus regio jus religio*

دولت‌ها، برآورده‌کننده منافع همگانی آن‌ها در اجتماعی است که در آن زیست می‌کنند. شاید دیوان به دلیل ویژگی‌های سلاح هسته‌ای به‌عنوان اهرمی تأثیرگذار در روابط قدرت بازیگران عرصه بین‌المللی، هنوز نتوانسته مسئله تسلیحات هسته‌ای را باوجود همه آثار فاجعه‌آفرینش در چارچوب منطق قدرت ارزیابی کند و از هدایت آن به سمت حوزه برابری واقعی و ارزشی وامانده است. باین‌حال، دیوان در سایر موارد، متابعت از قواعد و اصول حاکم بر مخاصمه مسلحانه و همین‌طور استانداردهای مقرر در معاهدات هسته‌ای را لازم می‌شمرد.

۵-۲. سیاست قضایی دیوان در مواجهه بشریت و حاکمیت

برای روشن‌تر شدن این مسئله که سیاست قضایی دیوان، در چه مواردی با شهامت و جسورانه با واقعیت اجتماعی برخورد می‌کند، می‌توان مثالی ذکر کرد. اشاره به مفهوم استفاده بهینه در قضیه پالپ میل (خمیر کاغذ)^{۵۰} را می‌توان نشانی از جسارت دیوان در به‌کارگیری اصول مدیریتی جهت استفاده معقول از منابع طبیعی دانست که در ارزیابی کلی در چارچوب اصول عام حقوق بین‌الملل^{۵۱} قابل درک است.^{۵۲} این رویه به دیوان بین‌المللی حقوق دریا هم کشانده شد و در جریان نظر مشورتی در خصوص اصول حقوق بین‌الملل حاکم بر ماهی‌گیری در دریای آزاد و مناطق انحصاری اقتصادی ادامه یافت.^{۵۳} درمقابل، انتخاب اصطلاح «مفهوم توسعه پایدار» به‌جای «اصل توسعه پایدار» در رأی گابچیکوو - ناگیماروش را می‌توان نشانه‌گزینهش رویکرد

50. International Court of Justice (ICJ), Case Concerning Pulp Mills on the River (*Argentina v. Uruguay*), 2007. in: Kooijmans, Pieter, "The ICJ in the 21st Century: Judicial Restraint, Judicial Activism, or Proactive Judicial Policy", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 56, 2007, p. 751.

51. *Axiom/Axiomatic Principles*

توالی اصول و قواعد مستقر در هر نظامی، منجر به ایجاد رابطه‌ای نظام‌مند میان این اصول و قواعد می‌شود، به‌گونه‌ای که درنهایت، رابطه‌های منطقی غیرقابل‌گریزی بی‌آنکه نتیجه و حاصل رضایت دولت باشد، تداوم منطقی قواعد و اصولی است که تا کنون نتیجه اراده و رضایت دولت‌ها بوده است. بدون در نظر گرفتن این اصول، حقوق بین‌الملل، مجموعه‌ای از قواعد پراکنده‌ای جلوه می‌کند که هیچ ارتباطی با هم ندارند. اهمیت اصول متعارف (axiomatic) در همین روابط منطقی است به این دلیل که در حقوق بین‌الملل، دولت‌ها تمایل دارند، با صورت‌بندی‌های جدید، اعمال ممنوعه را در قالب‌های جدید، مشروع جلوه دهند، در صورتی که در لوای اصول عام منطقی، چنین امری قابل پذیرش نیست. باوجود این، در بیشتر موارد، دولت‌ها برای درمان‌ماندن از دایره شمول این اصول، نبوغ خود را در ارائه توصیف‌های جدید، آشکار می‌کنند.

52. بدین ترتیب که اگر از یک سو یک‌سری منابع محدود و از دیگر سو، تعهدی مبنی بر حفاظت از این منابع موجود باشد، نتیجتاً اصل استفاده بهینه از این منابع، قابل استخراج خواهد بود که تالی ناگزیر این دو گزاره است.

53. International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS), Request for an Advisory Opinion Submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC), 2014.

محتاطانه دیوان دانست.^{۵۴}

صرف اینکه دیوان خود را صالح به صدور نظر مشورتی در حوزه تسلیحات هسته‌ای اعلام کرد، نشان از اتخاذ سیاستی جسورانه از سوی دیوان دارد. در این میان نباید از رد کردن ارائه نظر مشورتی به سؤال سازمان جهانی بهداشت و مخالفت شدید کشورهای قدرتمند غافل بود؛ به‌ویژه اینکه شکل‌گیری نظام ملل متحد و اعضای دائم شورای امنیت هم بر مبنای همین دارایی راهبردی استوار شده است.

اما در مقابل، دیوان زمانی که به مسئله مقابله عربان حاکمیت و بشریت در خصوص تهدید و استفاده از سلاح هسته‌ای می‌رسد، سر بر آستان حاکمیت فرود آورده، به یک‌باره جانب بشریت را رها می‌کند. با وجود مغایرت فاحش استفاده از تسلیحات هسته‌ای با بسیاری از اصول مسلم حق‌های بشردوستانه و بشری، دیوان جانب قواعدی را می‌گیرد که در استحکام بنای دیرپای حاکمیت به کار گرفته شده‌اند.

پس از صدور این نظر مشورتی، دیوان آماج انتقادهای شدید و فراوانی قرار گرفت. شاید به همین دلیل است که روند جدیدی در دیوان در سال‌های اخیر شکل گرفته است که زمانی که به مسائل حساس و مرتبط به حاکمیت می‌رسد، تا آنجا که مقدور بوده است، پرسش یا خواسته طرح‌شده را به‌گونه‌ای مضیق می‌کند که از پرداختن به مسائل چالش‌آفرین و به‌ویژه مسائلی که می‌تواند زمینه‌ساز تحدید بیش از پیش حاکمیت شود، طفره می‌رود.

نتیجه

حقوق بین‌الملل، حقوقی غیرمتمرکز و سازمان نیافته است.^{۵۵} مفهوم بشریت با بیان کلیتی که از ضرورت درون‌بودی (ذاتی) این نظام سرچشمه می‌گیرد، سعی بر آن داشته تا حداقل در مواردی که برای ضرورت تداوم حیات این نظام لازم می‌نماید، مجموعه‌ای از قواعد عام‌الشمول را فراهم آورد؛ همان‌طور که در قضیه تنگه کورفو ضرورت اعمال اصل «اصول اولیه انسانی» را

54. International Court of Justice (ICJ), Case concerning the Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, 25 September 1997.

55. مقصود از عدم تمرکز و سازمان‌نیافتگی حقوق بین‌الملل این است که قواعد حقوقی حاکم بر روابط بین‌الدولی، فاقد کلیت هستند؛ بدین معنی که به دلیل حاکمیت سیاق و نگرش حقوق خصوصی بر روابط قراردادی میان دولت‌ها (*Jus Inter Gentes*)، بسیاری از حوزه‌های زیرمجموعه این حقوق، از منطبق حقوق قراردادی قابل‌الغا (*Jus dispositivum*) پیروی می‌کنند، لذا قاعده‌مندی آن حوزه‌ها با نقصان و کاستی‌هایی مواجه است. از سوی دیگر، با توجه به حاکمیت منطبق قدرت، برخی حوزه‌های دیگر، حتی حوزه‌های قاعده‌مندشده نیز خارج از عرصه قاعده‌گذاری باقی مانده است. با وجود این، حقوق بین‌الملل به فراخور فوریت و اهمیت موضوع مرتبط، با فراهم کردن هم‌گرایی سیاسی، زمینه قاعده‌گذاری را ایجاد می‌کند.

به‌طریق‌اولی^{۵۶} در دوره صلح، ضروری می‌شناسد؛ قواعدی که اعمال آن در دوران صلح، به‌مراتب بجا و صحیح‌تر به نظر می‌رسد.^{۵۷}

خواه‌ناخواه، فعلیت و عینیت‌یافتن مفهوم بشریت در عرصه بین‌المللی، ناچار در دام محدودیت‌های سیاسی فرومی‌غلند. برای نمونه، در خصوص انسانی‌شدن مفهوم حاکمیت در چارچوب دکترین مسئولیت حمایت، این عینیت‌یافتن با دو نقد جدی مواجه است. نخست اینکه اعمال این دکترین به موارد معینی مانند نسل‌زدایی، جنایت علیه بشریت، جنایت جنگی و پاک‌سازی قومی محدود شده است، درحالی‌که بسیاری دیگر از نیازهای اساسی بشر وجود دارد که زمینه اعمال این دکترین در خصوص آن‌ها وجود ندارد. دیگری نقش‌آفرینی نهاد شورای امنیت در اعمال این دکترین است که در عرصه عمل، نحوه فعلیت‌یافتن گزینشی آن را موجب می‌شود؛^{۵۸} عملکرد گزینش‌گرانه‌ای که در بسیاری از موارد می‌تواند مصداق سوءاستفاده از حق قلمداد شود.^{۵۹}

می‌توان میان تعابیر سه‌گانه‌ای که برونو زیما از جهان‌شمولی در ساحت حقوق بین‌الملل ارائه می‌دهد با مفهوم بشریت، نسبتی ایجاد کرد؛ با مبنای‌دادن مفهوم بشریت می‌توان: الف) به سطحی از همگن‌بودن در جامعه‌ای بین‌المللی دست یافت که ب) حاصل آن، مجموعه‌ای از اصول و قواعد باشد که نتیجتاً پ) برای همه دولت‌ها دارای اعتباری الزام‌آور باشد که منتج به شکل‌گیری نظام یکپارچه حقوقی شود که حالتی ایستا نداشته، دائماً به سوی استقرار نظامی همگن و پیوسته به پیش می‌رود.^{۶۰} نمونه آن، سهولت دسته‌بندی جنایات بین‌المللی در قالب اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری و همین‌طور، آشتی نظام‌های حقوقی در حوزه چگونگی اعمال قواعد حقوق کیفری رومی - ژرمنی و کامن‌لا در رویه مستقر دیوان‌های ویژه است.

گاه بشریت در قامت اصلی راهنما عمل می‌کند که در بسیاری از موارد به دلیل تعارض با اصول و قواعد برآمده از اصل حاکمیت، هنوز نتوانسته جایگاه مستحکمی در حقوق بین‌الملل به دست آورد. در نتیجه در عرصه حقوق، همیشه به یک میزان تأثیرگذار نبوده است. در واقع، خلأیی که مفهوم بشریت در حقوق بین‌الملل در پی پُرکردن آن است، همان عدم عام‌الشمولی قواعد

56. *A fortiori*

57. Corfu Channel (*United Kingdom v. Albania*), ICJ, Judgment of 15 December 1949, para. 22.

58. Kidd White, Emily, "Humanity as the A and Ω of Sovereignty: Four Replies to Anne Peters", *EJIL*, vol. 20, No. 3, 2009, p. 545-546.

59. *Ibid.*, p. 547.

60. Simma, Bruno, "Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner", *EJIL*, (2009), vol. 20, No. 2, pp. 266-267.

برخاسته از نظام وستفالیایی^{۶۱} حاکمیت محور حقوق بین‌الملل است؛ بدین ترتیب که با پیوند زدن قواعد به مفهومی غیر از رضایت دولت، قابلیت اعمال آن قاعده را نسبت به همه دولت‌ها گسترش دهد. یکی از وجوه قواعد منبعث از حوزه بشریت در حقوق بین‌الملل، ویژگی عام‌الشمول آن قاعده است که علاوه بر قربانی مستقیم عمل متخلفانه، برای سایر دولت‌ها نیز حقی در چارچوب نظام حقوقی برای اقامه دعوایی حقوقی ایجاد می‌کند.^{۶۲} در این مورد در قضیه تنگه کورفو، دیوان از بشریت در قالب اصلی راهنما و به‌عنوان ابزاری برای تفسیر قواعد موجود حقوق بین‌الملل استفاده کرده است.

پاسخ به این پرسش در این وهله ضروری به نظر می‌رسد که دیوان به این دلیل که در حصار دگماتیسم حقوقی عمل می‌کند، چگونه می‌تواند از بشریتی سخن بگوید که متعلق به ماورای حقوق موضوعه است؟ نکته اصلی این است که دیوان در صدور احکام و تدارک استدلال‌های حقوقی خود با مفهوم بشریت در مقام پهنه برابری واقعی دولت‌ها، و موقع ارزشی آن مفهوم و همین‌طور بشریتی که در جریان تشکیل قاعده وارد عمل می‌شود، سروکاری ندارد، بلکه در رهگذر منابع حقوق و انتخاب قاعده قابل اعمال بر قضیه پیش روی خود، از گرایش کلی برخاسته از این مفهوم بهره می‌گیرد. برای نمونه، رأی راسخ حقوقی در خصوص شرط *مارتنس*، زمینه تبلور عرفی آن را فراهم ساخته، در نتیجه تنها در انتظار تصدیق قضایی دیوان است. به بیان دیگر، صرف‌نظر از قابلیت اعمال حقوق معاهداتی، در قضایای مربوط به قواعد و اصول مرتبط با اصول اولیه بشری یا اوامر وجدان مشترک، مبانی اخلاقی جهت قابلیت اعمال حقوق عرفی فراهم می‌شود. بدین ترتیب، دیگر در معاهدات، نیازی به استناد به چنین اصولی وجود ندارد چون خود این اصول، جنبه عرفی یافته‌اند یا بنا به نظر قاضی شهاب‌الدین، اصول حقوق بین‌الملل ارجاعی به شرط *مارتنس* از منابع مختلف استخراج می‌شود که یکی از آن‌ها عرف‌های مستقر است.^{۶۳} این مسئله به‌وضوح در نظر مشورتی سال ۱۹۹۶ دیوان مشهود است.

بدین ترتیب، کار ویژه مفهوم بشریت به دو صورت جلوه می‌کند؛ نخست ویژگی پرکردن خلأهای موجود در حقوق بین‌الملل که در واقع به خصیصه قاعده و اصل‌آفرینی مفهوم بشریت اشاره دارد، در حالی که جلوه دیگر آن را می‌توان به شاخص‌بودن بشریت در گزینش میان اصول یا قواعدی دانست که در خصوص موضوع مورد اختلاف قابل اعمال است یعنی شاخص‌گزینش

61. *Westfälische Ordnung/ Westphalian Order*

62. Posner, Eric A., "Erga Omnes Norms, Institutionalization, and Constitutionalism in International Law", *The Law School The University of Chicago, Public Law and Legal Theory Working Paper*, No. 224, August 2008, p. 1.

63. Chetail, Vincent, "The Contribution of the International Court of Justice to International Humanitarian Law", *IRRC*, June 2003, vol. 85, No. 850, 235, p. 258.

قاعده مناسب با غایت بشریت در میان قواعد مختلفی که امکان اعمال در موضوع خاص را دارند. کارکرد دیگر آن، پرکردن خلأهای نظام حقوقی از طریق ایجاد اصول و قواعد یا تقویت قواعد موجود است.

منابع:

الف) فارسی

- کتاب

- تیبیت، مارک؛ فلسفه حقوق، ترجمه: حسن رضایی خاوری، مؤسسه فرهنگی قدس، مشهد، چاپ دوم، ۱۳۸۶.
- کاتوزیان، ناصر؛ مسئولیت مدنی - ضمان قهری، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۰.
- ویکس، ریموند؛ فلسفه حقوق: از حقوق طبیعی تا پسامدرنیسم، ترجمه: فاطمه آبیاری، نشر رخ داد نو، ۱۳۸۹.
- قربان‌نیا، ناصر؛ اخلاق و حقوق بین‌الملل، سمت، ۱۳۷۸.

- تقریرات

- فلسفی، هدایت‌الله؛ تقریرات درس تحلیل محتوای آرای قضایی بین‌المللی، دوره دکترای حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، سال تحصیلی ۱۳۸۸-۱۳۸۹.
- _____؛ تقریرات درس متدولوژی، دوره دکترای حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، سال تحصیلی ۱۳۹۱-۱۳۹۲.

ب) انگلیسی

- Books

- Antônio Augusto Cançado Trindade, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium (I)*, General Course on Public International Law, vol. 316 (2005), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006.
- Diderot, D., *Volume 5 Encyclopedie*, in J. Mason & R. Wokler (eds.) *Diderot, Political Writings*, Cambridge: Cambridge University Press, 1992.
- Ellis, Joseph, *American Creation: Triumphs and Tragedies in the Founding of the Republic*, House Large Print, 2007.
- Jørgensen, N. H. B., *The Responsibility of States for International Crimes*, Oxford University Press, 2003.
- Gordon-Reed, Annette, *The Hemingses of Monticello: An American Family*, W. W. Norton & Company, New York, 2008.
- Goodwin-Gil, G. and J. Mc. Adam, *The Refugee in International Law*, Oxford University Press, 2010.
- Lauterpacht, H., *International Law and Human Rights*, New York: F. A.

Praeger, 1950.

- Mosler, H. *The International Society as a Legal Community*, *Recueil des Cours* 140, 1974.
- Waldock, H., *General Course on Public International Law*, *Recueil des Cours* 106, 1962.

- Articles

- Blondel, J. L., "The Meaning of the Word "Humanitarian" in Relation to the Fundamental Principles of the Red Cross and Red Crescent", *IRRC*, No. 273, November-December 1989.
- Cassese, Antonio, "The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky?", *European Journal of International Law* 11, 2000.
- Chetail, Vincent, "The Contribution of the International Court of Justice to International Humanitarian Law", *IRRC*, June 2003 vol. 85, No. 850.
- Coupland, Robin, "Humanity: What Is It and How Does It Influence International Law?", *IRRC*, vol. 83, No 844. Dec. 2001.
- Kidd White, Emily, "Humanity as the A and Ω of Sovereignty: Four Replies to Anne Peters", *EJIL*, vol. 20, no. 3, 2009.
- Kooijmans, Pieter, "The ICJ in the 21st Century: Judicial Restraint, Judicial Activism, or Proactive Judicial Policy", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 56, 2007.
- Motataianu, Stefan, "The Hierarchy of the Norms in the International Law System", *Masaryk University*, 2009.
- Meron, Theodor, "The Martens Clause, "Principle of Humanity and Dictates of Public Conscience"", *AJIL*, vol. 94, No.1, 2000.
- Simma, Bruno, "Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner", *EJIL*, vol. 20 No. 2. 2009.
- Peters, Anne, "Humanity as the A and Ω of Sovereignty", *European Journal of International Law* 20, 2009.
- Posner, Eric A., "Erga Omnes Norms, Institutionalization, and Constitutionalism in International Law", *The Law School of The University of Chicago, Public Law and Legal Theory Working Paper*, No. 224, August 2008.
- Zagor, Matthew, "Elementary Considerations of Humanity", *ANU College of Law Research Paper*, No. 12-19, 2012.

- Judicial Decisions and Judgments

- Corfu Channel (*United Kingdom v. Albania*), ICJ, Judgment of 15 December 1949.
- Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996.

-
- Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (*Nicaragua v. United States*), ICJ, Judgment, ICJ Reports, 1986.
 - Responsibilite de l'Allemagne a raison des dommages causes dans les colonies portugaises du sud de l'Afrique, 2 R.I.A.A. 1013, 1226 (1928).
 - South West Africa (*Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa*) (Second Phase), ICJ Reports 1966.
 - Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975.
 - International Court of Justice (ICJ), Case concerning the Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia). Judgment. 25 September 1997.
 - International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS), Request for an Advisory Opinion Submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC), 2014.
 - *Prosecutor v. Tadic*, ICTY, IT-94-1-A72, Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, para. 97.
 - *Prosecutor v. Delalic*, ICTY, IT-96-21-T, Judgment, 16 November 1998, para. 263.