

شکل‌گیری قاعده عرفی در حقوق بین‌الملل؛ ارزیابی امکان نقش‌آفرینی بازیگران غیردولتی

شهرام زرنشان*

چکیده

حقوق بین‌الملل عرفی در سلسله‌مراتب میان منابع حقوق بین‌الملل از جایگاه برجسته‌ای برخوردار بوده و نقش بسزایی در تنظیم روابط بین‌المللی و همسان‌سازی سیاست‌های رفتاری دولت‌ها با یکدیگر ایفا می‌نماید. در این بین، چندی است که نقش عوامل غیردولتی و امکان مشارکت مستقیم آن‌ها در فرایند شکل‌گیری قواعد عرفی از سوی برخی حقوق‌دانان به‌جد پیگیری می‌شود. گوااینکه در حال حاضر به‌واسطه رشد و توسعه نقش‌آفرینی بازیگران غیردولتی در عرصه‌های مختلف بین‌المللی، امکان مشارکت مؤثر این عوامل در روند ساخت قواعد حقوقی بین‌المللی مطرح شده است، باوجود این، سازمان‌های بین‌المللی غیردولتی و افراد، تابعان اصلی و فعال حقوق بین‌الملل نیستند و به‌نظر هنوز زمان زیادی باقی است تا بتوان صحبت از تحقق امکان فوق به میان آورد.

واژگان کلیدی

حقوق بین‌الملل عرفی، بازیگران غیردولتی، سازمان‌های بین‌المللی غیردولتی، افراد، شکل‌گیری قاعده عرفی، حقوق بین‌الملل، جامعه بین‌المللی.

به موجب شق «ب» بند ۱ ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، عرف بین‌المللی «به منزله ادله رویه عامی که به عنوان حقوق، پذیرفته شده»، تعریف گردیده است. گوا اینکه در این متن اشکالاتی وجود دارد که بعضاً از سوی حقوق دانان نیز مورد اشاره قرار گرفته است،^(۱) باین حال عبارت مذکور در پرتو آرای نویسندگان و رویه قضایی بین‌المللی به وضوح مبین دو عنصر مادی یا «رویه»، و روانی یا «پذیرفته شدن به عنوان حقوق» می‌باشد. از این عنصر دوم، دیوان بارها به عنوان *Opinio Juris Sive Necessitates* یاد کرده است که بیان ساده آن به صورت همان *Opinio Juris* مطرح می‌شود.

۱. اشکالات موجود در ترتیب نگارش ماده ۳۸ به زعم برخی عجیب و حتی حیرت‌آور است. از نظر *آنریلوتی*، عبارت‌بندی فوق، حقوق عرفی به عنوان ادله رویه عامی که به عنوان حقوق، پذیرفته شده، صحبت می‌کند، در حالی که آن دقیقاً برعکس است؛ رویه‌ای که به صورت عام پذیرفته شده منجر به شکل‌گیری حقوق عرفی خواهد شد. (D. Anzilotti, Corso di Diritto Internazionale, Vol. D).
Teorie Generali, 3rd, Roma 1928, p. 99, In: Wolfke, Karol, *Custom in Present International Law* - primo, *Introduzione* (Law, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1993., p.6)
 به همین ترتیب *ماکوسکی* معتقد است متن ماده ۳۸ به غلط نوشته شده چرا که عرف، تشکیل دهنده ادله عرف نیست. (Jlian Makowski, *Podre Cznik Prawa Miedzynarodowego*, Warszawa).
 (1948, p.12, In: Wolfke, op. cit., p. 6) همچنین انتقادات مشابهی از سوی هودسن در سال ۱۹۵۰ در پرتو مباحثات کمیسیون حقوق بین‌الملل در رابطه با عرف و پروفیسور *شوارزنبورگر* نسبت به این نگارش ماده ۳۸ ارائه شده است. (Wolfke, op. cit., p. 6)
 به طور کلی دیدگاه‌های فوق، راجع به نحوه نگارش ماده ۳۸ صحیح می‌باشد، چرا که بر این اساس، هر کس ممکن است تصور کند این عرف بین‌المللی است که ادله «رویه عام» و «پذیرفته شدن به عنوان حقوق» را فراهم می‌آورد و نه «رویه عام» و «پذیرفته شدن به عنوان حقوق» به منزله دلیل عرف بین‌المللی. به همین خاطر برخی حقوق دانان معتقدند عبارت «as evidence of» در حقیقت می‌بایست «as evidenced by» باشد چرا که حقوق بین‌الملل عرفی علت رویه عام پذیرفته شده به عنوان حقوق نیست بلکه برعکس، معلول و نتیجه آن است و در واقع این ماده، نظم منطقی وقایع را به صورتی وارونه جلوه داده است. (M. Virally, *The Sources of International Law*, (In: Soreson, M.,(ed), *Manual of Public International Law*, Martin Press, 1968, p.137)

لازم به ذکر است عدم طرح انتقاداتی مشابه به شیوه نگارش ماده ۳۸، از سوی حقوق دانان دیگری که راجع به عرف بحث کرده‌اند به هیچ وجه به معنای پذیرش ادبیات کنونی این ماده از سوی آنان نیست. چنان که پیش از این نیز ذکر شد اکثر حقوق دانان، صرفاً یک چارچوب کلی از ماده ۳۸ را قبول کرده و بر این اساس، قاعده عرفی را قاعده‌ای می‌دانند که بر مبنای رویه عامی شکل می‌گیرد که دولت‌ها خود را بدان ملزم دانسته‌اند. البته در این بین حقوق دانانی نیز وجود دارند که ترتیب مندرج در ماده ۳۸ را منطقی می‌دانند چرا که به زعم اینان برخلاف آنچه تصور می‌شود، وجود یک قاعده عرفی است که رویه‌ای را که توسعه یافته و سپس به عنوان حقوق پذیرفته شده است تصدیق می‌کند. (Jennings, Sir, R, & Y, Watts, Sir, A, *Oppenheim's International Law*, 9th edn, Peace, Vol. (1, Oxford University Press, 1992, p. 26)

در مجموع، بررسی کارهای مقدماتی مربوط به ماده ۳۸ نشان می‌دهد که هدف اصلی از تدوین این ماده، قادر ساختن دیوان به منظور اعمال قواعدی عرفی است صرف نظر از تشریح فرایند خاصی که دیوان را به این هدف ناائل سازد. (Zimmermann, A., Tomuschat)
 F. Karin, *The Statute of the International Court of Justice, A Commentary*, Oxford University - Christian, Oellers (Press, 2006., p. 749)
 به زعم برخی، هنگامی که قاعده‌ای از رهگذر رویه عام و مداوم دولت‌ها به وجود می‌آید، وظیفه قاضی است که قاعده مذکور را اعمال نماید. (Baron Descamps, *Process*, 1920, p. 322, - *Verbaux of the Advisory Committee of Jurists*, 1920, p. 322, In: *Ibid*, p. 749)
 شاید کمیته حقوق دانان در سال ۱۹۲۰ به شکلی واضح، قصد ارائه تعریفی از عرف در قالب دو عنصر متمایز را نداشته است. با وجود این روشن است که امروزه همین ماده ۳۸ منشأ وجود این تفکیک قرار می‌گیرد و به واقع ابزار مفیدی برای کشف قواعد عرفی است. (F. Karin, op. cit., p.749 - Zimmermann, A., Tomuschat Ch. Oellers). اگرچه همچنان در مورد ترتیب نگارش آن انتقاد وجود دارد.

البته لازم به یادآوری است در بین نویسندگان، اشخاصی نیز وجود دارند که به خاطر وجود برخی ابهامات در مفهوم عرف از جمله اینکه «رویه عام» چیست و چطور «به عنوان حقوق پذیرفته می‌شود»، اساساً ارائه تعریفی واقع‌گرا و قابل قبول از حقوق بین‌الملل عرفی را غیرممکن دانسته‌اند.^(۲) با وجود این باید گفت اگرچه اصول و ضوابط مشخصی در مورد عناصر شاکله عرف تدوین نگردیده است، - چنان‌که اشاره شد - دکتربین با تکیه بر آرای قضایی بین‌المللی توانسته است چارچوب‌های روشنی در این رابطه ارائه دهد و تا حد زیادی موفق به ابهام‌زدایی شده است. بنابراین ارائه چنین نظریاتی در حقیقت غیرمنطقی است و از اقبال مناسبی برخوردار نیست.

به‌طور کلی رویه عامی که به‌عنوان حقوق پذیرفته می‌شود، دلالت بر رویه دولت‌ها - و همچنین سازمان‌های بین‌المللی دولتی - دارد و این امر به‌خوبی از آرای دیوان استنباط می‌شود. در حقیقت دولت‌ها به‌عنوان تابعان اصلی نظام بین‌الملل، و رفتار و رویه آن‌ها به‌عنوان عنصر اساسی سازنده قاعده در قلمرو این نظام، مهم‌ترین و اصلی‌ترین نقش را در عرصه شکل‌گیری حقوق بین‌الملل عرفی ایفا می‌کنند. با وجود این در چند دهه اخیر و به‌موازات رشد و توسعه نقش‌آفرینی بازیگران غیردولتی در عرصه‌های گوناگون حقوق و روابط بین‌الملل، سخن از مشارکت این عوامل در فرایند قاعده‌سازی بین‌المللی نیز به گوش می‌رسد. در این رابطه نقطه‌نظرات متعددی وجود دارد که باید با تفصیل بیشتری به آن پرداخت اما نگارنده در کل معتقد است هنوز زمان زیادی باقی است تا بتوان از مشارکت مؤثر عوامل مذکور در فرایند ساخت قواعد حقوق بین‌الملل صحبت نمود. لذا در ادامه و به‌منظور انجام بررسی‌های بیشتر در این خصوص، ابتدا نقش سازمان‌های بین‌المللی غیردولتی و سپس میزان مشارکت افراد در این فرایند مورد بحث قرار خواهد گرفت.

۱. بررسی نقش سازمان‌های بین‌المللی غیردولتی (NGOs)

همان‌طور که اشاره شد اصولاً دکتربین حاکم، مشارکت مستقیم سازمان‌های بین‌المللی غیردولتی در فرایند شکل‌گیری قواعد حقوق بین‌الملل عرفی را نمی‌پذیرد. کما اینکه در مورد معاهدات نیز وضعیت به‌همین ترتیب است. سازمان‌های بین‌المللی غیردولتی، تابعان فعال حقوق بین‌الملل نیستند و نمی‌توانند حق و تکلیف ایجاد کنند. آن‌ها صرفاً می‌توانند موضوع حق و تکلیف قرار بگیرند.

برخلاف سازمان‌های بین‌المللی دولتی که مستقیماً در فرایند رویه‌سازی منجر به شکل‌گیری قاعده عرفی مشارکت دارند، در این زمینه نقش سازمان‌های غیردولتی تنها محدود به رایزنی‌های پشت پرده و نفوذ بر نمایندگان دولت‌ها در کنفرانس‌های دیپلماتیک و مجامع بین‌المللی است.^(۳) بدین ترتیب در کل مراحل مربوط به ساخت قاعده عرفی، از شروع مذاکرات و جمع‌آوری ادله تا شناسایی و تصویب نهایی قاعده، سازمان‌های غیردولتی می‌توانند نقش مهمی ایفا نمایند اما در این فرایند مشارکت مستقیم ندارند. همچنین - مشخصاً در مورد معاهدات - سازمان‌های غیردولتی ممکن است به‌منظور قراردادن پیش‌نویس معاهده‌ای خاص در دستورکار

2. N. C. H. Dunbar, "The Myth of Customary International Law", 8 *Australian Yearbook of International Law*, 1978 - 1980, p.18.

3. *Ibid*, p. 203, also see: M. Fitzmaurice, *Actors and Factors in the Treaty - Making Process*, Contemporary Issues in the Law of Treaties, pp. 49, 57 - 58, by Fitzmaurice, M, and Elias, O, eds, 2005.

مذاکرات آینده، فشارهای گسترده‌ای را بر اعضای جامعه بین‌المللی وارد آورند یا حتی ممکن است در مواردی، خود متن پیش‌نویس خاصی را جهت ادغام با متن تهیه‌شده توسط دولت‌ها ارائه دهند.^(۴) اما در نهایت این دولت‌ها و نه سازمان‌های بین‌المللی غیردولتی هستند که در انعقاد معاهدات مشارکت می‌کنند. در مورد ایجاد نرْم‌های حقوق بین‌الملل عرفی، که در رابطه با آن‌ها، سازمان‌های مزبور می‌توانند به‌صورت غیرمستقیم بر سمت و سوی عملکرد دولت‌ها و تحول رویه آن‌ها تأثیرگذار باشند نیز وضع به همین منوال است.^(۵)

به‌عنوان نمونه، صلیب سرخ بین‌المللی (ICRC) تاکنون نقش بسیار مؤثری در راستای توسعه و ارتقای حقوق بین‌الملل بشردوستانه ایفا کرده است چنانکه به‌زعم برخی حقوق‌دانان، هرگونه بررسی حقوق بشردوستانه بدون اشاره به صلیب سرخ بین‌المللی ناقص خواهد بود. صلیب سرخ، از کمیته بین‌المللی صلیب سرخ، جوامع ملی صلیب سرخ، یک مرجع هماهنگ‌کننده و مجمع صلیب سرخ تشکیل شده است. کمیته بین‌المللی صلیب سرخ که هر یک از کنوانسیون‌های ژنو، آن را به‌عنوان «یک نهاد بشردوستانه بی‌طرف» می‌شناسند، مسئول توسعه و اعتلای حقوق بشردوستانه ماهوی است.^(۶) بی‌تردید هیچ‌کس نمی‌تواند نقش این نهاد مؤثر بین‌المللی را در فرایند تدوین و تصویب کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو در سال ۱۹۴۹، پروتکل‌های الحاقی به آن‌ها مصوب ۱۹۷۷ و سایر اسناد مربوط به حقوق بشردوستانه نادیده بگیرد.

باوجود این، صلیب سرخ، نهاد غیردولتی است و صرف‌نظر از اینکه شاید در مقایسه با سایر نهادهای غیردولتی بین‌المللی، مهم‌ترین نهاد در این عرصه تلقی شود، نمی‌تواند مستقیماً در فرایند ساخت قواعد، مشارکت داشته باشد. با این اوصاف - به‌زعم برخی - جای تعجب است که گردآورندگان مجموعه اخیرالانتشار صلیب سرخ، تحت‌عنوان حقوق بین‌الملل عرفی بشردوستانه،^(۷) توجه زیادی را به رویه کمیته بین‌المللی صلیب سرخ و نیز رویه سایر سازمان‌های بین‌المللی غیردولتی مربوطه مانند عفو بین‌الملل ابراز داشته‌اند.^(۸) در سرتاسر این مجموعه، گزارش‌های سازمان بین‌المللی صلیب سرخ، اعلامیه‌ها و بیانیه‌های مطبوعاتی آن و هر چیز مشابه دیگری که اصولاً هیچ ارتباطی به فرایند شکل‌گیری قواعد عرفی ندارد جز تأییدی که ممکن است بر رویه دولت‌ها داشته باشد، مرتباً مورد اشاره و استناد قرار گرفته است.^(۹) عملکرد کمیته بین‌المللی صلیب سرخ از اینکه ممکن است بر

4. S. Hobe, "The Role of Non - state Actors, in Particular of NGOs, in Non - Contractual Law - Making and the Development of Customary International Law", *Developments of International Law in Treaty Making*, pp. 319, 321 - 324, by Wolfrum and Rben, eds, 2005.

5. *Ibid.*

۶. والاس، ربکا، **حقوق بین‌الملل**، ترجمه و تحقیق: سیدقاسم زمانی، مهناز بهراملو، شهر دانش، ویرایش دوم، ۱۳۸۷، ص ۳۸۱.

7. J. M. Henckaerts and L. Doswald - Beck, "Customary International Humanitarian Law", ICRC, eds, 2005.

8. D. Yoram, "The Interaction Between Customary International Law and Treaties", 322 *Recueil des cours: Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, 2006., p. 268, also see: J. M. Henckaerts and L. Doswald - Beck, 2(1) "Customary International Humanitarian Law", ICRC, J. M. Henckaerts and L. Doswald - Beck, eds, 2005, p. 400.

9. Y. Dinstein, *op. cit.*, p. 268, For An Example, 2(1) "Customary International Humanitarian Law", *op. cit.*, p. 266, (regarding the prohibition of indiscriminate attacks).

رویه دولت‌ها و حتی سازمان‌های بین‌المللی تأثیر بگذارد، و همچنین درجایی که سعی می‌کند قواعد عرفی مربوط به حقوق بشردوستانه را شناسایی کند بسیار ارزشمند و قابل تقدیر است. اما یک توصیه یا ترغیب از سوی صلیب سرخ به خودی خود نمی‌تواند سنگ بنای ساخت عرف در حقوق بین‌الملل باشد. چنین رویکردی از سوی سازمان فوق‌الذکر اگر با واکنش مثبت دولت‌ها همراه نباشد - که بعضاً هم نبوده است^(۱۰) - در بهترین حالت، ناکارآمد و غیرمؤثر، و در بدترین شکل، ممکن است متقابلاً دلیلی بر این باشد که دولت‌ها خود را ملزم به ملاحظات مورد حمایت سازمان بین‌المللی صلیب سرخ نمی‌دانند.^(۱۱) به دیگر سخن، آنچه از سوی صلیب سرخ، بیان و حمایت می‌شود تنها امور توصیه‌ای بوده و واجد ماهیت الزام‌آور نیست.

انجمن حقوق بین‌الملل^(۱۲) نیز که از سال ۱۸۷۳ در پاریس فعالیت می‌کند تاکنون مشارکت ثمربخشی را در فرایند شکل‌گیری قواعد بین‌المللی داشته است. مشارکت این سازمان در تصویب و به‌هنگام کردن قواعد مربوط به مختصات مسلحانه - مانند سازمان بین‌المللی صلیب سرخ - یکی از مهم‌ترین عملکردهای آن است. مؤسسه حقوق بین‌الملل، اغلب پیش از تدوین رسمی قواعد بین‌المللی، پیشنهادهایی می‌کند. برای مثال می‌توان از قطعنامه‌های ۱۹۶۳ در مورد نظام حقوقی حاکم بر فضای ماورای جو که منجر به انعقاد معاهدات ۱۹۶۷ و ۱۹۷۲ گردید یا از قطعنامه‌های ۱۹۶۹ در مورد مبارزه با آلودگی دریایی که چند ماه بعد منجر به انعقاد کنوانسیون‌های ۱۹۶۹ بروکسل در این زمینه شد نام برد.^(۱۳)

با نگاهی به عملکرد مؤسسه حقوق بین‌الملل می‌توان گفت که تقریباً تمامی کارهای این سازمان، منجر به تهیه پیش‌نویس کنوانسیون‌ها یا صدور قطعنامه‌هایی گردیده که مبنای تدوین رسمی قواعد بین‌المللی قرار گرفته‌اند.^(۱۴) با این حال باید مجدداً تأکید کرد که فعالیت مؤسسه حقوق بین‌الملل به‌عنوان یک نهاد غیردولتی صرفاً زمینه‌ساز تحقق امکان خلق قواعد حقوق بین‌الملل بوده است و در این چارچوب، مشارکت مستقیمی صورت نمی‌پذیرد.

همچنین شاید مدل سازمان بین‌المللی کار که در قالب آن، گروه‌هایی به‌جز دولت در روند اصلی‌ترین فعالیت‌های سازمان مشارکت می‌نمایند^(۱۵) و حاصل عملکرد آن‌ها نیز بعضاً از جنبه تقنینی و الزام‌آوری برخوردار است، مجدداً نشان دهد مشارکت عوامل غیردولتی در جریان ساخت و پرداخت حقوق بین‌الملل می‌تواند یک

10. For Example See: Response of U.S. to ICRC Study on Customary International Humanitarian Law With Illustrative Comments (November 3, 2006).

11. Y. Dinstein, *op. cit.*, p. 268.

12. International Law Association

۱۳. ابراهیم بیگزاده، تأثیر سازمان‌های غیردولتی در شکل‌گیری و اجرای قواعد بین‌المللی، *مجله تحقیقات حقوقی* دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۱۵، ۱۳۷۴-۱۳۷۳، ص ۳۰۸.

۱۴. همان، ص ۳۰۹.

۱۵. در جایی که نمایندگان اتحادیه‌های کارگری و کارفرمایی در کنار نمایندگان دولت‌ها در سطحی تقریباً برابر در فرایند ساخت قواعد حقوقی و شکل‌دادن به رویه‌های سازمانی با یکدیگر مشارکت می‌کنند و این ساختار به‌زعم برخی بی‌نظیر است.

L. R. Gunning, "Modernizing Customary International Law: The Challenge of Human Rights", *Virginia Journal of International Law*, vol. 31, 1991, p. 232.

احتمال واقعی باشد^(۱۶) که ممکن است به تدریج در عرصه‌های وسیع‌تری توسعه یابد. عملکرد سازمان بین‌المللی کار چه از بُعد درونی و چه بیرونی در هر صورت می‌تواند در شکل‌گیری قواعد حقوقی بین‌الملل تأثیرگذار باشد، با وجود این نباید از یاد برد که ساختار سازمان بین‌المللی کار، خاص و بیشتر فنی بوده و متمایز از دیگر سازمان‌های حقوق بشری می‌باشد و هنوز مدت زمان بسیاری لازم است تا امکان مشارکت واقعی یک سازمان بین‌المللی غیردولتی در جامعه بین‌المللی پذیرفته شود، هرچند سازمان بین‌المللی کار به معنای حقیقی یک سازمان غیردولتی نیست.

ماده ۷۱ منشور ملل متحد می‌تواند گویای نقش‌آفرینی سازمان‌های غیردولتی در شکل‌گیری قواعد بین‌المللی از جمله قواعد حقوق بین‌الملل عرفی باشد. بر اساس این ماده: «شورای اقتصادی اجتماعی می‌تواند برای مشاوره با سازمان‌های غیردولتی که به امور داخل در صلاحیت شورا اشتغال دارند هرگونه تدابیر مناسب را اتخاذ نماید. این تدابیر ممکن است به سازمان‌های بین‌المللی و در صورت لزوم به سازمان‌های ملی پس از مشورت با عضو ذی‌نفع ملل متحد تسری یابد».

برخی از قطعه‌نامه‌های شورای اقتصادی و اجتماعی ملل متحد، زمینه اجرای این ماده را فراهم نموده‌اند، از جمله قطعه‌نامه ۱۲۹۶ مصوب ۲۳ می ۱۹۶۸ تحت‌عنوان «ترتیبات برای مشاوره با سازمان‌های غیردولتی». این قطعه‌نامه اعلام می‌دارد که باید سازمان غیردولتی در قلمرو اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی، تعلیم و تربیت، بهداشتی، علمی، فنی و موضوعات مشابه و همچنین حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین فرد^(۱۷) فعالیت کند^(۱۸) و به‌خصوص فعالیت‌هایش منطبق با روح و اصول ملل متحد ناشی از پیشگفتار و ماده ۱ منشور ملل متحد باشد.^(۱۹) بدین ترتیب مجدداً تأکید می‌گردد که سازمان‌های بین‌المللی غیردولتی از رهگذر مشارکت در ارائه نظرات کارشناسی و مشاوره و همچنین راهنمایی دولت‌ها و سازمان‌های دولتی و مذاکره با آن‌ها و نیز نظارت بر اجرای مقررات بین‌المللی، سهمی اگرچه غیرمستقیم ولی مؤثر در شکل‌گیری قواعد بین‌المللی دارند.^(۲۰)

16. *Ibid*, p. 233.

۱۷. در این حوزه به‌عنوان مثال، سازمان عفو بین‌الملل از جمله سازمان‌های مهم به حساب می‌آید. یکی از فعالیت‌های برجسته این سازمان، نظارت بر اجرای مقررات حقوق بشر و کمک به دولت‌ها برای رعایت هرچه بهتر آن‌هاست که این امر می‌تواند در شکل‌دهی رویه دولت‌ها در عرصه موردبحث مؤثر باشد. هدف سازمان عفو بین‌الملل، نظارت بر اجرای دقیق مقرراتی است که جامعه بین‌المللی به‌عنوان حقوق بنیادین برای افراد به‌خصوص در منشور ملل متحد، در اعلامیه جهانی حقوق بشر و در میثاق‌ها و کنوانسیون‌های مربوط به حقوق بشر شناخته است.

۱۸. همچنین لازم به ذکر است امروزه در حوزه بهداشت و سلامت، سازمان‌هایی چون سازمان پزشکان بدون مرز و فدراسیون بین‌المللی دندانپزشکان از جمله سازمان‌های بین‌المللی غیردولتی مهم محسوب می‌شوند که می‌توانند از رهگذر راهنمایی و مشاوره در کنار دولت‌ها در عرصه شکل‌گیری قواعد بین‌المللی مربوطه، نقش‌آفرین و مؤثر باشند. همچنین می‌توان به سازمان صلح سبز (Green Peace) در عرصه حمایت و حفاظت از محیط‌زیست اشاره کرد.

۱۹. بیگزاده، پیشین، صص ۳۱۳-۳۱۲.

۲۰. همچنین تأثیرگذاری و نقش‌آفرینی سازمان‌های غیردولتی در اجرای قواعد بین‌المللی از جمله قواعد حقوق بین‌الملل عرفی نیز حائز اهمیت است. اگرچه مجریان اصلی قواعد بین‌المللی دولت‌ها هستند در جریان مخاصمات مسلحانه، در امر توسعه، در حفاظت از محیط‌زیست، در اجرای حق تغذیه، حق بهداشت، حق تعلیم و تربیت، اگر دولت‌ها قادر نباشند قواعد بین‌المللی را اجرا کنند مشاهده می‌شود که اغلب افراد در قالب تجمع‌های سازمان‌یافته غیردولتی، در اجرای قواعد بین‌المللی جایگزین دولت‌ها می‌شوند. نمونه بارز جایگزینی سازمان‌های غیردولتی به‌جای

۲. تحلیل مشارکت افراد

وضعیت فوق در مورد افراد نیز صادق خواهد بود. آن‌ها مانند سازمان‌های بین‌المللی غیردولتی می‌توانند هم از حقوق و امتیازات برخوردار شوند و هم تکالیف بین‌المللی داشته باشند. در پنجاه سال اخیر، آگاهی بیشتر به حقوق بشر از مجرای مقررات بین‌المللی و منطقه‌ای، کمک شایانی به رشد و گسترش تضمین حقوق بشر برای افراد نموده است.^(۲۱) گواینکه مشارکت افراد در حال حاضر در عرصه حقوق بین‌الملل، بیش از گذشته است و به‌زعم دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق در قضیه *تادیچ* - استیناف، ۲ اکتبر ۱۹۹۵ - «دیدگاهی که حاکمیت دولت‌ها را محور حقوق بین‌الملل می‌دانست به تدریج جای خود را به دیدگاهی داده که در آن، فرد محوریت دارد».^(۲۲) باین حال افراد نیز تابعان اصلی حقوق بین‌الملل نیستند. امروزه برخلاف اظهارات دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری در قضیه *کارکنان راه‌آهن دانزینگ* در رابطه با استثنائی بودن حقوقی که معاهدات می‌تواند برای آن‌ها ایجاد کند،^(۲۳) افراد می‌توانند در عرصه‌های مختلفی از حقوق بین‌الملل ایفای نقش نمایند. تصویب گسترده کنوانسیون‌های بین‌المللی حقوق بشری که موضوع اصلی آن‌ها ایجاد حق و تکلیف برای افراد است،^(۲۴) نتایجی به‌دنبال داشته است از جمله: امکان مراجعه افراد به مراجع قضایی بین‌المللی، بدون نیاز به توسل به حمایت دیپلماتیک و حتی امکان طرح دعوا علیه دولت متبوع خویش،^(۲۵) گسترش مسئولیت بین‌المللی کیفری

دولت‌ها را می‌توان در اجرای قواعد حقوق بین‌الملل بشردوستانه مشاهده نمود. طبق کنوانسیون‌های ۱۹۴۹ ژنو [که غالب مفاد آن، ماهیتی عرفی نیز یافته است] [Meron, T, "The Geneva Conventions as Customary Law, 81 American Journal of International Law, 1987.] و پروتکل‌های ۱۹۷۷ منضم به آن‌ها، کمیته بین‌المللی صلیب سرخ دارای صلاحیت‌های متعددی است که از آن جمله می‌توان ملاقات و گفتگو با اسرای جنگی بدون حضور شاهد، کمک به افراد غیرنظامی در سرزمین‌های اشغالی، تلاش برای یافتن اشخاص ناپدیدشده، انتقال پیام‌های خانوادگی به اسرای جنگی، پیشنهاد مساعی جمیله برای تسهیل در ایجاد مناطق بهداشتی، امن و غیره را نام برد. (بیگزاده، پیشین، صص ۳۱۷-۳۱۶)

همچنین گاهی اساساً اجرای قواعد بین‌المللی توسط سازمان‌های بین‌الدولی به عهده سازمان‌های غیردولتی گذاشته می‌شود. نمونه بارز آن، قطعنامه ۶۶۶ مورخ ۱۹۹۰ شورای امنیت سازمان ملل متحد است. شورای امنیت در این قطعنامه، ارجحیت را به سازمان‌های غیردولتی از جمله کمیته بین‌المللی صلیب سرخ داده است تا اقدامات بشردوستانه را که استثنائاتی بر مجازات‌های متخذه علیه عراق بعد از حمله به کویت می‌باشند اجرا نماید. همچنین ارکان اصلی سازمان ملل متحد در قطعنامه‌هایی که در سال‌های اخیر صادر نموده‌اند در کنار سازمان‌های بین‌المللی و دولت‌ها، از سازمان‌های غیردولتی خواسته‌اند تا نسبت به مصوبات آن‌ها اقدام نمایند. از جمله آن، قطعنامه‌های ۴۳/۳۱ مصوب ۱۹۸۹ و ۴۵/۱۰۰ مورخ ۱۹۹۱ مجمع عمومی در مورد «کمک‌های بشردوستانه به قربانیان بلایای طبیعی و وضعیت‌های اضطراری» و قطعنامه ۷۹۴ مصوب ۱۹۹۲ شورای امنیت در مورد سومالی است. (همان)

۲۱. والاس، پیشین، ص ۱۰۰.

22. ICTY, *Tadic Case*, Interlocutory Appeal, 2 October 1995, para. 97.

23. *Advisory Opinion of Jurisdiction of the Courts of Danzing*, PCIJ, 1928, Series b, no 15, p.27.

۲۴. به‌عنوان نمونه رجوع شود به منشور بین‌المللی حقوق بشر که شامل اعلامیه جهانی حقوق بشر (۱۹۴۸)، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی است. (۱۹۶۶)

۲۵. نمونه‌های قابل ذکر در این رابطه عبارت‌اند از: نظام شکایت فردی موجود در میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (۱۹۶۶)، کنوانسیون منع شکنجه (۱۹۸۴) و به‌ویژه کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و آزادی‌های اساسی (۱۹۵۳) و نیز دیوان داوری ایران و آمریکا.

فردی،^(۲۶) طرح عنوان «میراث مشترک بشریت» در اعماق دریاها و فضای ماورای جو و ...

آنچه مسلم است، اینک برخلاف قرن بیستم، دیگر سخن حکیمانه ژرژسل، رؤیای شیرین اما غیرقابل تعبیر قلمداد نخواهد شد، که تابع حقیقی و اصیل هر نظام حقوقی، فرد انسانی است و تنها او دارای شعور و ادراک است. تردیدی نیست که در تحلیل نهایی، غایت و مقصد هر نظام حقوقی، فراهم آوردن زمینه رشد و بالندگی همه‌جانبه انسان است.^(۲۷)

باوجود این، افراد نیز نمی‌توانند در فرایند ساخت قواعد حقوقی بین‌المللی مشارکت کنند. به‌زعم اکثر حقوق‌دانان بین‌المللی، مشارکت افراد در شکل‌گیری حقوق بین‌الملل عرفی - به‌گونه‌ای که در مورد سازمان‌های بین‌المللی غیردولتی هم گفته شد - به‌صورت غیرمستقیم قابل‌پذیرش است. به‌عنوان مثال، پروفیسور مندلسون گویند که در وهله اول و در یک مفهوم وسیع، سازمان‌های غیردولتی و افراد را نیز از زمره مشارکت‌کنندگان در شکل‌گیری قواعد عرفی قلمداد می‌کند اما در نهایت بر نقش غیرمستقیم آن‌ها در این رابطه به‌صراحت تأکید می‌ورزد. از نظر وی، اینکه دولت‌ها انحصار سفت و سختی بر فرایندهای قاعده‌سازی موجود دارند، واقعیت نظام بین‌المللی کنونی است.^(۲۸)

علی‌رغم وجود چنین ملاحظاتی در مورد کیفیت مشارکت افراد در روند ساخت قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، دیدگاه‌های دیگری در حقوق بین‌الملل وجود دارد که به‌نوعی قائل به نقش‌آفرینی مستقیم افراد در عرصه قاعده‌سازی نیز هست. شاید در این بین، مکتب تاریخی آلمانی ساوینی و رانک که عنصر روانی یا «اعتقاد حقوقی» در حقوق بین‌الملل را معادل وجدان حقوقی مردم (Volk) یا اراده مشترک آن‌ها می‌دانست^(۲۹) زمینه مساعدی را به‌منظور توسعه حضور افراد در عرصه خلق قواعد حقوق بین‌الملل فراهم کرد که بعدها از سوی

۲۶. در این رابطه دادگاه بین‌المللی نورنبرگ ابراز داشته است: «جرائم علیه حقوق بین‌الملل به‌وسیله انسان‌ها و نه موجوداتی انتزاعی به‌نام دولت، ارتکاب می‌یابد و فقط با مجازات افراد مرتکب چنین جرایمی است که مقررات حقوق بین‌الملل می‌تواند اجرا شود».

International Military Tribunal, p. 466.

ازجمله مهم‌ترین جرایم بین‌المللی که توسط افراد ارتکاب می‌یابد می‌توان به جرایم علیه بشریت، جرایم جنگی و نسل‌کشی اشاره نمود. دزدی دریایی نیز از قدیم‌الایام طبق حقوق بین‌الملل عرفی به‌عنوان جرم بین‌المللی تلقی می‌شده است.

۲۷. برای مطالعه بیشتر در رابطه با موقعیت و جایگاه افراد در حقوق بین‌الملل، ن.ک: هدایت‌الله فلسفی، **جایگاه بشر در حقوق بین‌الملل معاصر، مجله تحقیقات حقوقی**، شماره ۱۸، ۱۳۷۵؛ هدایت‌الله فلسفی، **حق، صلح و منزلت انسانی، تأملاتی در مفاهیم قاعده حقوقی، ارزش اخلاقی و بشریت**، مجله حقوقی، شماره ۲۷-۲۶، ۱۳۸۰-۱۳۸۱؛ **اوترن پین، بشریت و حقوق بین‌الملل**، ترجمه ابراهیم بیگزاده، **مجله حقوقی**، شماره ۱۷-۱۶، ۱۳۷۲-۱۳۷۱؛ سیدقاسم زمانی، **فرایند انسانی شدن حقوق بین‌الملل و چالش‌های فراروی آن**، مجموعه مقالات هفته پژوهش در دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبایی، ۱۳۸۸.

M. McDougal, "Human Rights and World Public Order: A Framework for Inquiry", 63 *American Journal of International Law*, 1969.

28. M. H. Mendelson, "The Formation of Customary International Law", 272 *Recueil des cours: Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, 1998., p. 203.

۲۹. به‌زعم برخی اساساً مفهوم حقوق بین‌الملل عرفی و ایده *Opinio Juris* از همین مکتب سرچشمه می‌گیرد. در این رابطه در قسمت‌های بعد صحبت خواهد شد.

نویسندگان دیگری که معتقد به این امر بودند، تلویحاً مورد استناد قرار می‌گرفت.^(۳۰) اما چنین بیانی تنها ناشی از یک عقیده آرمان‌گرایانه در سطح حقوق بین‌الملل است که بیشتر از سوی حامیان سرسخت فردگرایی در نظام بین‌المللی مورد توجه قرار گرفته است؛ ضمن اینکه به نظر نمی‌رسد تحلیل فوق از اعتقاد حقوقی توانسته باشد به‌خوبی از سوی حقوق‌دانان امروزی به‌ویژه از نقطه‌نظر مسئله مشارکت افراد در فرایند قاعده‌سازی، مورد بررسی و تحلیل قرار بگیرد. لذا نمی‌تواند مبنای گونه‌ای از نظریه‌پردازی در قلمرو نقش‌آفرینی مستقیم و فعال افراد در حقوق بین‌الملل باشد. حتی در همین راستا عده‌ای بر این عقیده‌اند که میان توصیف فوق از اعتقاد حقوقی و مفهوم امروزی آن - در عرصه حقوق بین‌الملل عرفی - اساساً هیچ ارتباط بالقوه‌ای وجود ندارد. به‌زعم این عده، درک اینکه چطور وجدان مشترک - به بیانی که گفته شد - می‌تواند نسبت به محتوای ماهوی هریک از قواعد حقوق بین‌الملل عرفی به‌خصوص آن دسته از قواعدی که از ویژگی فنی بالایی برخوردارند، وجود داشته باشد، بسیار سخت است. علاوه بر این، از نقطه‌نظر حقوق بین‌الملل سنتی، چنین وجدان مشترکی ضرورتاً در میان دولت‌ها وجود خواهد داشت و نه مردم.^(۳۱)

پروفسور *جاناتان چارنی* از جمله دیگر حقوق‌دانانی است که در این رابطه اظهارنظر کرده است. وی در پیشنهادهایش در خصوص حقوق بین‌الملل جهان‌شمول، به سودمندی یا شاید ضرورت مشارکت فعال و وسیع همه دولت‌ها و دیگر گروه‌های ذی‌نفع در روندهای قاعده‌سازی اشاره می‌کند، البته اگر چنین روندهایی به‌صورتی قانونی و مشروع صورت بگیرد.^(۳۲) به‌دیگرسخن، وی در رابطه با امکان نقش‌آفرینی تمام بازیگران بین‌المللی از جمله سازمان‌های بین‌المللی غیردولتی و افراد در فرایند خلق قواعد بحث می‌کند. البته چارنی در این ارتباط به همین حد اکتفا کرده و توضیح دیگری نمی‌دهد و لذا به همین خاطر نیز شاید نتوان نقد خاصی بر آن وارد آورد. با این حال دیدگاه وی به‌عنوان کسی که معتقد به مشارکت افراد در فرایندهای قاعده‌سازی است، قابل طرح به‌نظر می‌رسد.

همچنین در ادامه می‌توان به دیدگاه‌های پروفسور *لانگ* چو چن اشاره کرد. به‌زعم وی در قالب مفهوم عرف، که حقوق از رهگذر الگوهای رفتاری متجانس مردم ایجاد می‌شود، افراد همواره در حال نقش‌آفرینی هستند.^(۳۳) از نظر او افراد به‌خودی‌خود یا در چارچوب گروه‌های خصوصی یا حتی دولت‌ها، مشارکت‌کنندگان نهایی در هر فرایند اجتماعی و نیز به‌طور خاص در شکل‌گیری حقوق بین‌الملل عرفی هستند.^(۳۴) پروفسور چن در کتابی که در سال ۱۹۸۹ در رابطه با حقوق بین‌الملل منتشر کرد، بر این امر تأکید ورزید که افراد اکنون تابع حقوق بین‌الملل هستند. مدل سنتی حقوق بین‌الملل که تنها دولت‌ها را در زمره تابعان این عرصه قرار می‌دهد، اگر هم تاکنون

30. A. Carty, "The Decay of International Law? A Reappraisal of the Limits of Legal Imagination in International Affairs", 1986, pp. 30 - 39, In: Ochoa Christiana, The Individual and Customary International Law Formation, 48 *Virginia Journal of International Law*, 2007, p. 137.

31. M. Byers, "Custom, Power, and Power of Rules", Cambridge University Press, 1999, pp. 139 - 140.

32. M. Byers, op.cit., pp. 139 - 140.

33. C. Lung - chu., "An Introduction to Contemporary International Law: A Policy - Oriented Perspective", Yale University Press, 1989, p.80.

34. *Ibid*, p. 80 - 81.

درست بوده، در حال حاضر دیگر منسوخ شده است.^(۳۵) وی چنین تحلیلی را در نهایت یک ارزیابی واقع‌گرایانه‌تر از چگونگی شکل‌گیری عرف تلقی می‌کند.^(۳۶) بر اساس این ارزیابی علاوه بر دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی دولتی، مشارکت افراد و دیگر گروه‌های خصوصی نیز مدنظر قرار می‌گیرد.

در مجموع به نظر می‌رسد پروفوسور چن نیز مانند سایر همفکران خود به دنبال نوعی ساختارشکنی در روند معمول شکل‌گیری حقوق بین‌الملل عرفی معاصر است بدون اینکه بتواند تحلیل محکمی را در این مورد ارائه دهد. شاید بهترین ادله چن و بسیاری دیگر از هم‌قطاران، توسعه سیستمیک نظام حقوق بشر و نقشی که افراد می‌توانند در قالب این نظام بیابند، باشد. به زعم این دسته از حقوق‌دانان، اساساً هیچ تابع و موضوعی در فرایندهای مربوط به قاعده‌سازی موضوعیت ندارد. افراد به همراه دولت‌ها، سازمان‌های بین‌المللی و گروه‌های غیردولتی، مجموعه متنوعی از مشارکت‌کنندگان در این عرصه هستند.^(۳۷) به اعتقاد اینان، افراد، نقش‌آفرینان نهایی در روند قانون‌سازی مربوط به خود می‌باشند و در حقیقت قسمتی از ساختار و بافت حقوق بین‌الملل را شکل می‌دهند.^(۳۸)

پروفوسور جردن پائوست نیز در همین ارتباط - البته کمی افراطی‌تر - معتقد است که این «انتظارات بشری»^(۳۹) است که در نهایت معیار نهایی و اساسی ساخت قاعده عرفی را ایجاد می‌کند. جز این، هرگونه معیار دیگری واقع‌بینانه نخواهد بود چرا که همه انسان‌ها به شکل قابل‌ملاحظه‌ای در روند پذیرش و شکل‌دهی به گرایش‌های مختلف مربوط به خود مشارکت کرده‌اند، اعم از اینکه چنین مشارکتی واقعاً از سوی هریک از آن‌ها واقع شده یا اینکه از طرق دیگری مثلاً سکوت صورت پذیرفته باشد. به زعم وی، این روند شکل‌گیری قاعده، مبین دموکراتیک‌ترین شکل حقوق بین‌الملل کنونی است.^(۴۰)

پروفوسور پائوست در ادامه به برخی از آرای مراجع قضایی عالی ایالات متحده در گذشته اشاره می‌کند که در آن‌ها دادگاه‌ها معتقد بودند که حقوق بین‌الملل، حاصل «رضایت عام انسان‌هاست»^(۴۱)،^(۴۲) و نیز از بلک استون نقل می‌کند که اظهار داشته بود: «حقوق بین‌الملل، نظامی از قواعد است که از رهگذر رضایت جهانی ساکنین

35. *Ibid*, p. 76 – 81.

36. *Ibid*.

در این رابطه تحلیل مشابهی نیز از سوی پروفوسور چیگارا (Chigara) ارائه شده است. به اعتقاد وی در هنگام تدوین شق «ب» بند ۱ ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری که به‌واقع به سال ۱۹۲۰ برمی‌گردد، دولت‌ها به‌عنوان تنها تابعان حقوق بین‌الملل شناخته می‌شدند و در این خصوص هیچ چالشی وجود نداشت اما تحولات بعد از جنگ جهانی دوم از جمله شکل‌گیری و توسعه نظام بین‌الملل حقوق بشر، اشاعه سازمان‌های بین‌المللی اعم از دولتی و غیردولتی و تأسیس دیوان کیفری بین‌المللی، نشان داد که حاکمیت دولت و رضایت آن‌ها دیگر از آن نقش بی‌نظیر اولیه برخوردار نیست.

B. Chigara, "Legitimacy Deficit in Custom: A Deconstructionist Critique", 2001, p. 2.

37. R. Higgins, "Conceptual Thinking about the Individual in International Law", *N.Y.L. Rev.* 11, 1978, p. 16.

38. *Ibid*.

39. The expectations of mankind

40. Paust, J. "The Complex Nature, Sources and Evidences of Customary Human Rights", 25 *GA Journal of International Law and Comparative*, 1996, p. 62.

41. The general consent of Mankind

42. J. Paust, *op. cit.*, p. 59.

متمدن آن ایجاد می‌شود».^(۴۳) به واقع پابوست با این ارجاعات می‌خواهد دیدگاه‌هایی را صورت‌بندی کند که عقاید مربوط به نقش‌آفرینی افراد در فرایند شکل‌گیری قواعد حقوق بین‌الملل عرفی را مورد توجه قرار می‌دهد. بدین ترتیب پابوست نیز به‌ویژه در قلمرو حقوق بشر معتقد به مشارکت فعال افراد در شکل‌گیری قواعد است. وی چنین مسئله‌ای را مورد تأیید و تصدیق دکترین حقوق بین‌الملل عرفی می‌داند. اما - چنان‌که پیش از این نیز گفته شد - واقعیت موجود حقوق بین‌الملل، چیز دیگری است. نظام بین‌الملل حقوق بشر اگرچه به‌منظور حمایت از افراد انسانی طراحی می‌گردد و اگرچه برای اینکه این نظام بتواند پویایی و اثرگذاری‌اش را حفظ کند باید افراد نیز در ملاحظات مربوط به محتوای آن در نظر گرفته شوند، در نهایت این دولت‌ها و گاه سازمان‌های بین‌المللی دولتی هستند که تصمیم می‌گیرند و به‌نظر می‌رسد در این چارچوب، داشتن اعتقادی جز این، غیرواقع‌بینانه خواهد بود.

نهایتاً دسته دیگری از حقوق‌دانان وجود دارند که به‌زعم خویش می‌کوشند تحلیل‌های اساسی‌تری را در رابطه با مشارکت افراد در فرایند شکل‌گیری قواعد حقوق بین‌الملل عرفی ارائه دهند. پروفیسور/اوپا از جمله آن‌هاست. وی با طرح توجیهات نظری و فلسفی - اجتماعی همراه با برخی از تفسیرهای کاربردی تلاش می‌کند تصویر روشن‌تری از مبانی مشارکت افراد در شکل‌گیری قواعد حقوق بین‌الملل عرفی ترسیم کند. ظهور مفاهیمی چون جهانی‌شدن،^(۴۴) جهان‌وطنی یا شهروند جهانی^(۴۵) و دموکراسی مشارکتی،^(۴۶) مهم‌ترین

43. *Ibid*, pp. 60 - 61.

44. C. Ochoa, *op. cit.*, p. 164.

جهانی‌شدن (Globalization)، مجموعه فرایندهایی است که متضمن دگرگونی در سازمان روابط اجتماعی و نظام دادوستد بوده و جریان‌های سراسری جهانی و منطقه‌ای و شبکه‌هایی از فعالیت و تعاملات متقابل را ایجاد می‌نماید. جهانی‌شدن، رشد سریع روابط پیچیده داخلی و جهانی بین دولت‌ها و جوامع در فرایندهای ملی و بین‌المللی است که نظام جدید جهانی را شکل می‌دهند. جهانی‌شدن را می‌توان تشدید روابط اجتماعی در سطح جهانی تعریف کرد. جهانی‌شدن، افزایش شمار پیوندها و ارتباطات متقابل است که فراتر از دولت‌ها دامن می‌گستراند و نظام جدید جهانی را می‌سازد. در فرایند جهانی‌شدن، تمام مردم جهان در یک جامعه واحد و فراگیر جهانی به‌هم می‌پیوندند و در اینجا است که برخی آن را مبنایی جدید در روند ساخت نظام حقوق بین‌الملل نوین با مشارکت فعال افراد می‌پندارند.

45. *Ibid*, pp. 166 - 167.

جهان‌وطنی یا شهروند جهانی (Cosmopolitanism) تا پیش از قرن بیستم به‌عنوان یک باور و اعتقاد مطرح بود تا اینکه در قرن بیستم این ایده وارد ادبیات شد و به‌عنوان یک مکتب ادبی پایه‌ریزی شد. در چارچوب این مفهوم، این اعتقاد وجود دارد که همه مردم جهان باید خود را هم‌وطن یکدیگر و تمام دنیا را وطن خود بدانند. در این مکتب، هدف، رسیدن به فرهنگ و ادبایاتی جهانی به‌دور از هرگونه وابستگی ملی و تفاوت‌های نژادی و فرهنگی است. جهان‌وطنی مفهومی است که به متعلق بودن به تمام جهان و مردم آن و به عدم وابستگی‌های قومی ملی و در کل، به اینکه جهان، میهن مشترک تمامی مردم است باور دارد. *امانوئل کانت، گوته و مارکوس سیرون* از اولین طرفداران این نظریه بودند. ظهور مفهوم جهان‌وطنی، شرایط جدیدی را ایجاد می‌کند که مستلزم بازنگری در موقعیت افراد در مشارکت در دولت و حکومت است و در این چارچوب است که این نظریه قوت می‌گیرد که افراد باید در فرایند شکل‌گیری حقوق بین‌الملل عرفی مشارکت داشته باشند.

46. *Ibid*, p. 168.

دموکراسی مشارکتی (Participatory Democracy) مبتنی بر مشارکت گسترده و مؤثر شهروندان در تصمیم‌گیری‌های عمومی است. بر مبنای اصول حاکم بر دموکراسی مشارکتی و تحقق حاکمیت مردم، باید نقش شهروندان در تصمیم‌گیری‌های عمومی افزایش یابد. اگر مردم بر این باور باشند که فرصت‌هایی برای مشارکت مؤثر در تصمیم‌گیری وجود دارد معتقد خواهند شد که مشارکت در امور عمومی،

مبانی طرح شده از سوی اوچا به منظور توجیه مشارکت افراد در روند شکل‌گیری قواعد عرفی است. بدین ترتیب، این حقوق‌دان در صدد است با عبور از دکترین‌های حقوقی متداول، اثبات نماید که ظهور پدیده‌های اجتماعی مذکور در سطحی وسیع، روند قاعده‌سازی موجود در عرصه حقوق بین‌الملل را دستخوش تغییر کرده است. به‌زعم وی، این امر باعث رنگ‌باختن مفهوم وستفالیایی حاکمیت دولت، دست‌کم در قلمرو حقوق بشر شده است.^(۴۷)

پروفسور اوچا در ادامه، برخی از راهکارهای عملی شناسایی رسمی افراد به‌عنوان مشارکت‌کنندگان در عرصه شکل‌گیری قواعد حقوق بین‌الملل عرفی را نیز ارائه می‌دهد. وی در این خصوص بدو امکان تغییر متن یا تعبیر در نحوه تفسیر ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری را مورد توجه قرار می‌دهد. در این راستا در وهله نخست، منابع فرعی در بند دوم این ماده مورد اشاره قرار می‌گیرد. در اینجا آموزه‌های برجسته‌ترین متخصصان حقوق بین‌الملل به‌عنوان ابزار فرعی تبیین مقررات حقوقی در سطح بین‌المللی قلمداد می‌گردد. به اعتقاد پروفسور اوچا مراجع قضایی در هنگام شناسایی و تبیین قواعد حقوقی بین‌المللی، همواره به آموزه‌های مذکور، توجه کرده‌اند. این آموزه‌ها در این چارچوب، گاه انتظارات مردم را در کنار سایر ملاحظات در فرایند شکل‌گیری قواعد عرفی منعکس نموده‌اند.^(۴۸)

در گام بعدی، شیوه تفسیر شق «ب» بند ۱ ماده ۳۸ مورد توجه قرار می‌گیرد. اوچا با اشاره به ارائه پیش‌نویس‌های مختلف که در هنگام تدوین ماده ۳۸ اساسنامه مطرح بود، در صدد رسیدن به این نتیجه است که عبارت‌بندی کنونی این ماده در خصوص «رویه عام» به‌عنوان عنصر تشکیل‌دهنده عرف، صرفاً دلالت بر رویه دولت‌ها نمی‌کند بلکه سایر عوامل از جمله افراد را نیز شامل می‌شود چرا که به اعتقاد وی، پیش‌نویس‌های اولیه ماده ۳۸ بر نقش انحصاری دولت‌ها در این رابطه تأکید ورزیده بودند اما در پیش‌نویس نهایی، چنین تصریحی برای دولت‌ها وجود ندارد و از این حیث می‌توان گفت که «رویه عام» می‌تواند دلالت بر رویه افراد نیز داشته باشد.^(۴۹) البته اوچا بعد از این اظهارات بلافاصله خود اذعان می‌نماید که به‌منظور حصول چنین نتیجه‌ای ضروری است الگوهای تفسیری پراهمیت تثبیت‌شده حاکم بر شق «ب» بند ۱ ماده ۳۸ که بر اساس آن‌ها ایده انحصاری دولت‌گرایانه، همواره فرض اولیه و مبنایی بوده است با اصلاحات اساسی روبه‌رو شود.^(۵۰)

همچنین این حقوق‌دان در ادامه از عناصر عرف در میان افراد، سخن به میان می‌آورد. به اعتقاد او انتظارات عمومی مردم، معادل همان اعتقاد حقوقی در بین دولت‌هاست که ممکن است به‌ویژه از رهگذر قطعنامه‌های مجمع عمومی سازمان ملل متحد، سازمان‌های بین‌المللی غیردولتی، هنگام دادخواهی و نظرسنجی‌های عمومی

کاری ارزشمند است و بنابراین فعالانه مشارکت خواهند کرد. دموکراسی مشارکتی به‌واقع نه تنها از یک نظام سیاسی دموکراتیک و مشارکتی، بلکه از نوعی زندگی دموکراتیک حمایت می‌کند که در آن مشارکت فعال همه شهروندان در همه زمینه‌ها ارزش محسوب می‌شود. لذا دموکراسی مشارکتی به افراد، قابلیت مشارکت در ساخت قواعد حقوقی و پایبندی به آن‌ها را اعطا می‌نماید.

47. *Ibid*, p.151.

48. *Ibid*, pp.170 - 171.

49. *Ibid*, p.172.

50. *Ibid*, p. 173.

به منصفه ظهور برسد. (۵۱)

در این ارتباط مطالب زیاد دیگری وجود دارد که به علت گستردگی بحث، از ارائه آن‌ها خودداری می‌گردد لیکن باید توجه داشت که پروفیسور *اوجا* گرچه از رهگذر مباحث فوق تلاش می‌کند تصویر واقع‌بینانه‌تری از مبانی مشارکت افراد در روند ساخت قواعد حقوق بین‌الملل عرفی ترسیم نماید و اساساً خود نیز موافق نقش‌آفرینی مؤثر افراد در این فرایند - به‌خصوص در قلمرو حقوق بشر - می‌باشد، اما نحوه استدلال‌های وی نشان می‌دهد که او نیز در نهایت بر واقعیت‌های کنونی نظام بین‌الملل اذعان داشته و مسئله مشارکت فعال افراد در روند قاعده‌سازی بین‌المللی، موضوعی است که به نظر می‌رسد فعلاً در دکتترین از جایگاه و اهمیت ویژه‌ای برخوردار نیست. در پایان این بحث مجدداً تأکید می‌شود که «رویه عام» به‌منزله عنصر مادی تشکیل‌دهنده عرف نمی‌تواند رویه افراد باشد. همان‌طور که گفته شد، تنها مشارکت اشخاص حقوقی بین‌المللی فعال در این عرصه قابل قبول است، هرچند در چارچوب حاضر - مانند سازمان‌های بین‌المللی غیردولتی - تأثیرگذاری احتمالی افراد بر نحوه عملکرد دولت‌ها و نیز سازمان‌های بین‌المللی قابل چشم‌پوشی نیست.

نتیجه

جامعه بین‌المللی امروز به علت فقدان تمرکز و بهره‌مندی از قوه عالیه قانونگذاری، اصولاً جامعه‌ای غیرنهادین تلقی می‌شود که در چارچوب آن، حقوق بین‌الملل مشتمل بر قواعد و مقرراتی است که تابعان نظام بین‌الملل، خود آن را ایجاد کرده و به آن گردن می‌نهند. در این عرصه، قواعد عرفی به‌خاطر دارابودن ویژگی‌هایی چون پویایی و انطباق‌پذیری سریع با تحولات روز، دارابودن قابلیت جایگزینی و اینکه شکل‌گیری، تحول و تکاملشان تابع کنش و واکنش تابعان اصلی روابط بین‌الملل می‌باشد - صرف‌نظر از هرگونه نیاز به وجود قدرت عالیه یا تشریفات خاص - از منزلتی متمایز و برتر برخوردارند.

«قواعد عرفی به‌علت فراغ‌بودن از قالب‌هایی که از رهگذر نظام حقوقی صورت‌پردازی شده، همواره در بُعد زمانی، مقدم بر قواعد قراردادی بوده‌اند. گذری در گذشته نشان می‌دهد که در شکل‌گیری حقوق بین‌الملل، حقوق عرفی، نقش اصلی و ابتدایی را ایفا نموده و تا زمان بسیار طولانی حقوق بین‌الملل اساساً دارای ماهیت عرفی بوده است و هرچند در مواردی حقوق قراردادی خاص بر حقوق عرفی تفوق می‌یافت، ولی این‌گونه معاهدات بیشتر به تدوین قواعد عرفی از پیش موجود مبادرت ورزیده و درصورت فقدان معاهده، این قواعد عرفی بودند که روابط میان کشورها را رقم می‌زدند.» (۵۲)

اما فرایند شکل‌گیری قواعد عرفی علی‌رغم تمام توصیفات فوق، اساساً فرایندی مبهم و نامشخص است و همین امر، دشواری اثبات این قواعد را دامن زده است. اینکه اصول، ضوابط و معیارهای دقیقی در این رابطه وجود ندارد اگرچه ممکن است ویژگی مثبتی برای عرف به حساب آید، درعین‌حال، چالشی مستمر در روابط بین‌المللی نیز بوده است. اینکه رویه چیست و چگونه به‌وجود می‌آید، سازندگان آن کیستند، مدت زمانی که در طی آن، رویه

51. *Ibid*, p. 177.

۵۲. زمانی، سیدقاسم، عرف و معاهده در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری با تأکید بر قضیه نیکاراگوئه، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۲، ص ۱.

باید مدنظر قرار بگیرد، میزان انسجام و یکپارچگی رویه، عام بودن و حدود عمومیت رویه، ماهیت رویه و در نهایت، نقش آفرینی عنصر روانی (*Opinio Juris*)، از جمله مهم‌ترین مسائل مطروح در عرصه ساخت قواعد حقوق بین‌الملل محسوب می‌شوند که در مورد هیچ‌کدام از آن‌ها چارچوب مشخص و روشنی وجود ندارد و این یکی از مشکلات اساسی حاکم بر روند شکل‌گیری قواعد حقوق بین‌الملل عرفی است.

در همین چارچوب و در قلمرو موضوع سازندگان عرف، آنچه به‌طور مشخص در نوشتار حاضر مورد توجه قرار گرفت مربوط به امکان مشارکت بازیگران بین‌المللی غیردولتی در عرصه قاعده‌سازی حقوقی بود. در این رابطه گفته شد اگرچه به‌واسطه توسعه نقش‌آفرینی عوامل غیردولتی در نظام بین‌الملل معاصر از جمله از سوی افراد، این عوامل از حضوری تأثیرگذارتر و چشمگیرتر در این عرصه برخوردار شده‌اند، با این حال، تنها از مشارکتی غیرمؤثر به شرحی که پیش از این گفته شد برخوردارند و نمی‌توانند به‌طور مستقیم در روند قاعده‌سازی مشارکت داشته باشند. در حال حاضر دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی دولتی به‌عنوان تابعان فعال، یکه‌تازان عرصه ساخت و پرداخت حقوق بین‌الملل هستند و هنوز صحبت از نقش‌آفرینی عوامل غیردولتی در این روند، زود است، هرچند نادیده‌گرفتن میزانی از تأثیرگذاری عوامل غیردولتی در حال حاضر هم غیرقابل‌انکار است.

البته از نقطه‌نظر التزام بازیگران غیردولتی به قواعد حقوق بین‌الملل عرفی باید متذکر شد که نهادهای اخیر اگرچه در روند شکل‌گیری قواعد حقوق عرفی مشارکت غیرمستقیم دارند، در مقام اجرا مانند دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی دولتی (بازیگران فعال بین‌المللی) مستقیماً مکلف‌اند. سازمان صلیب سرخ جهانی که پیش از این مورد اشاره قرار گرفت می‌تواند نمونه خوبی در این چارچوب تلقی شود.

این امر در عرصه حقوق بین‌الملل کیفری تجلی بارزتری دارد. ظهور مفاهیمی چون جنایت علیه بشریت، جنایت جنگی و نسل‌کشی اگرچه از رهگذر عملکرد دولت‌ها - البته تحت تأثیر تحولات ناشی از رشد و توسعه مفاهیم انسانی در جامعه بین‌المللی - صورت پذیرفته است، مستقیماً حقوق و تکالیفی را بر بازیگران غیردولتی بار می‌نماید. بررسی رویه مراجع قضایی بین‌المللی از جمله دیوان بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق و رواندا گویای همین نکته است. «جرایم علیه حقوق بین‌الملل، به‌وسیله انسان‌ها ارتکاب می‌یابد و نه موجوداتی انتزاعی به‌نام دولت و فقط با مجازات افراد مرتکب چنین جرایمی است که مقررات حقوق بین‌الملل می‌تواند اجرا شود.»^(۵۳)

در همین راستا اضافه می‌گردد که بیش از نیمی از حقوق بشر امروز که عرفی نیز هست، متضمن حق‌ها و تکالیفی برای افراد بوده و مستقیماً آن‌ها را ملزم می‌نماید. لذا بازیگران غیردولتی (شامل افراد و دیگر نهادهای غیردولتی) که در نظام بین‌الملل معاصر از موقعیت و نقش‌آفرینی برجسته‌ای برخوردار گشته‌اند، در عرصه پیروی از مقررات حقوق بین‌الملل از جایگاهی یکسان با نهادهای درجه اول حقوق بین‌الملل برخوردارند و این امر در مجموع، مبنی ارتقای جایگاه نهادهای غیردولتی در جامعه بین‌المللی نیز هست.

۵۳. جهت مطالعه در این خصوص و بررسی بیشتر موضوع، ن.ک:

J. M. Henckaerts and L. Doswald - Beck, "Customary International Humanitarian Law", *op. cit.*

(۱) فارسی

- اوژن پین، بشریت و حقوق بین الملل، ترجمه ابراهیم بیگزاده، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی و بین المللی ریاست جمهوری، شماره ۱۷-۱۶، ۱۳۷۲-۱۳۷۱.
- بیگزاده، ابراهیم، تأثیر سازمان‌های غیردولتی در شکل‌گیری و اجرای قواعد بین‌المللی، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۱۵، ۱۳۷۴-۱۳۷۳.
- بیگزاده، ابراهیم، سازمان‌های غیردولتی و حقوق بین‌الملل، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۳۱-۳۲، ۱۳۷۹.
- زمانی، سیدقاسم، عرف و معاهده در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری با تأکید بر قضیه نیکاراگوئه، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۲.
- زمانی، سیدقاسم، فرایند انسانی‌شدن حقوق بین‌الملل و چالش‌های فراروی آن، مجموعه مقالات هفته پژوهش در دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۸۸.
- فلسفی، هدایت‌الله، جایگاه بشر در حقوق بین‌الملل معاصر، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۱۸، ۱۳۷۵.
- فلسفی، هدایت‌الله، حق، صلح و منزلت انسانی، تأملاتی در مفاهیم قاعده حقوقی، ارزش اخلاقی و بشریت، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی و بین‌المللی ریاست جمهوری، شماره ۲۶-۲۷، ۱۳۸۱-۱۳۸۰.
- والاس، ربکا، حقوق بین‌الملل، ترجمه و تحقیق: سیدقاسم زمانی، مهناز بهراملو، شهر دانش، ویرایش دوم، ۱۳۸۷.
- هنجنی، سیدعلی، تحولات پیدایش عرف بین‌المللی، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۱۲-۱۱، ۱۳۷۲-۱۳۷۱.

(۲) لاتین

- Carty, A. "The Decay of International Law? A Reappraisal of the Limits of Legal Imagination in International Affairs" (1986).
- Byers, M. "Custom, Power, and Power of Rules", Cambridge University Press (1999).
- Charney, J. I. "Universal International Law", 87 *American Journal of International Law* (1993).
- Christiana, O. "The Individual and Customary International Law Formation", 48 *Virginia Journal of International Law* (2007).
- Wolfke, K., "Custom in Present International Law", Martinus Nijhoff Publishers,

Netherlands (1993).

- Anzilotti D. “Corso di diritto internazionale”, Vol. primo, *Introduzione – Teorie generali*”, 3rd, Roma, In: Wolfke, Karol, (1928).
- Makowski, J. “*Podre Cznik Prawa miedzynarodowego*”, Warszawa, In: Wolfke, Karol, (1984).
- Virally, M., “*The Sources of International Law*”, In: Soreson, M,(ed), *Manual of Public International Law*, Martin Press (1968).
- Jennings, Sir, R, & Y, Watts, Sir, A. “*Oppenheim's International Law*”, 9th edn, Peace, Vol. 1, Oxford University Press (1992).
- Zimmermann, A., Tomuschat Ch., O, – F, Karin. “*The Statute of the International Court of Justice, A Commentary*”, Oxford University Press (2006).
- Descamps, B., “*Proces – Verbaux of the Advisory committee of Jurists*”, In: *Ibid* (1920).
- Dunbar, N. C. H. “*The Myth of Customary International Law*”, 8 *Australia Yearbook of International Law* (1978 – 1980).
- Fitzmaurice, M. “*Actors and Factors in the Treaty – Making Process*”, (2005) *Contemporary Issues in the Law of Treaties*, by Fitzmaurice, M, and Elias, O, eds.
- Hobe, S. “*The Role of Non- state Actors, in Particular of NGOs, in Non – Contractual Law – Making and the Development of Customary International Law*, *Developments of International Law in Treaty Making*, by Wolfrum and Rben, eds (2005)..
- Meron, T, “*The Geneva Conventions as Customary Law*”, 81 *American Journal of International Law*, 1987.
- Dinstein, Y. “*The Interaction Between Customary International Law and Treaties*”, 322 *Recueil des cours: Collected Courses of The Hague Academy of International Law* (2006).
- J. Henckaerts M. and L, Doswald – Beck, “*Customary International Humanitarian Law*”, ICRC, eds, 2005.
- R. G. Isabelle, “*Modernizing Customary International Law: The Challenge of Human Rights*”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 31(1991).
- McDougal, M. “*Human Rights and World Public Order: A Framework for Inquiry*”, 63 *American Journal of International Law* (1969).
- Mendelson, M, H “*The Formation of Customary International Law*”, 272 *Recueil des*

cours: Collected Courses of The Hague Academy of International Law (1998).

- Lung - chu, Ch., “*An Introduction to Contemporary International Law: A Policy - Oriented Perspective*”, Yale University Press (1989).
- Chigara, B. “*Legitimacy Deficit in Custom: A Deconstructionist Critique*” (2001) .
- Higgins, R. “*Conceptual Thinking about the Individual in International Law*” N.Y.L. Rev. 11 (1978).
- Paust, J. “The Complex Nature, Sources and Evidences of Customary Human Rights”, 25 GA *Journal of International Law and Comparative* (1996).
- *Tadic Case* (1995), Interlocutory Appeal, 2 October ICTY.
- *Advisory Opinion of Jurisdiction of the Courts of Danzing*, PCIJ (1928), Series B, no 15.