

نسبت میان شرط مارتنس و حقوق بشر در نظم حقوقی بین‌المللی جدید

شهرام زرنشان*

چکیده

ساختار و مبانی نظام حقوق بین‌الملل امروز اغلب مبتنی بر آرا و اندیشه‌های مکاتب پوزیتیویستی است و به همین سبب نیز حاکمیت دولت‌ها محور اصلی ساخت قواعد حقوق بین‌الملل تلقی می‌شود، اما نباید از یاد برد که موجودیت و اعتبار حقوق بشری که اکنون به کرات از آن سخن می‌گوییم، مدیون ساخت و اراده دولت‌ها نیست. حقوق بشر امروز روایتی تازه از همان حقوق طبیعی دیروز است. علاوه بر این، نفوذ بیش از پیش اصول و مبانی حقوق طبیعی بر پیکره نظام حقوق بین‌الملل معاصر آن هنگام تجلی بارزتری یافت که نظام سنتی قاعده‌سازی موجود دیگر نمی‌توانست در تمام زمینه‌ها - به‌طور مشخص حوزه حقوق بشر - پاسخگوی اقتضانات و ضرورت‌های جامعه بین‌المللی باشد. از این رو اعلامیه «شرط مارتنس» به تصویب دولت‌ها رسید. بدین ترتیب در حال حاضر شاهد تحولی نوین در عرصه ساخت و پرداخت مهم‌ترین منابع حقوق بین‌الملل بشریم؛ تحولی در راستای پاسخ به نیازهای روز؛ تحولی که تجلی پیوند شرط مارتنس با حقوق بشر در نظم حقوقی جدید است.

کلیدواژه‌ها

حقوق طبیعی، حقوق عرفی، شرط مارتنس، منابع حقوق بین‌الملل.

* عضو هیأت علمی دانشگاه بوعلی سینا، همدان، ایران.

مقدمه

جامعه بین‌المللی - از نظر ساختاری و کلاسیک^۱ - 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 می‌کنند و به آن گردن می‌نهند. به همین سبب گفته شده که جامعه بین‌المللی از نظر حقوقی جامعه‌ای است که دولت‌های مستقل و برخوردار از حاکمیت آن را براساس سلسله مقررات الزام‌آور بنیاد نهاده‌اند تا روابط متقابل خویش را از طریق ارگان‌های دائم یا غیردائم، در زمان صلح و به‌هنگام جنگ، سازمان دهند و تنظیم کنند (کلیبار، ۱۳۷۱: ۵).

در جامعه بین‌المللی قدرت متفرق و پراکنده است. گو اینکه اتحادیه‌های سیاسی و نظامی هر از چندگاهی ایجاد شده یا با همپوشانی قوی منافع دو یا چند عضو جامعه بین‌المللی تکامل یافته است، با وجود این، این موارد در چارچوب یک ساخت قدرت پایدار بروز نیافته‌اند. روابط بین دولت‌های تشکیل‌دهنده جامعه بین‌المللی تا حد زیادی «افقی» باقی مانده است. هیچ ساختار عمودی که قاعده حاکم در نظام داخلی دولت‌هاست، در نظام بین‌المللی به منصفه ظهور نرسیده است (کاسسه، ۱۳۸۵: ۲۷). نتیجه اصلی ساختار افقی جامعه بین‌المللی این است که موازین سازمانی در مرحله‌ای بسیار ابتدایی قرار دارد. قواعدی که ساختار ویژه‌ای را برای تحقق سه کار ویژه قانونگذاری، اجرایی و قضایی ایجاد کند، برای واگذاری این وظایف به یک نهاد خاص یا یکی از اعضای جامعه بین‌المللی، وجود ندارد. هر سه وظیفه غیرمتمرکز است (کلیبار، ۱۳۷۱: ۲۸-۲۷). بنابراین در مورد جامعه بین‌المللی نمی‌توان از کارکردهای مناسب سخن گفت. در این چارچوب باید گفت از ویژگی‌های برجسته جامعه بین‌المللی که نقطه تمایز آن با جوامع ملی نیز محسوب می‌شود، همین پراکندگی قدرت و فقدان تمرکز به‌ویژه در عرصه قانونگذاری و قاعده‌سازی بین‌المللی است که به نظر، نتیجه و اثر طبیعی برابری حاکمیت دولت‌هاست در عرصه روابط بین‌الملل.

۱. در معنای دیگر، جامعه بین‌المللی مترادف «بشریت» در مفهوم حقوقی آن شده است. البته منظور از بشریت، توده‌ای انبوه از انسان‌ها که از استخوان و ریشه سرشته شده باشند، نیست. بلکه همان «ارزش‌های متعالی» است که در تمامی نظام‌های فکری و رفتاری به آن اعتبار داده شده است (فلسفی، ۱۳۷۹: ۴۰۸-۴۰۳). به عبارت دیگر، حقوق بین‌الملل معاصر، جامعه بین‌المللی را به‌مثابه یک جامعه مرکب و سازماندهی‌شده تلقی می‌کند که در آن بر منافع مشترک و توسعه ارزش‌های مشترک تأکید می‌شود و به‌زعم تومشات چنین منافع و ارزش‌های مشترکی به‌واقع مهم‌ترین شاخصه‌های جامعه بین‌المللی‌اند (Tomuschat, C, Obligation Arising for States Without or Against Their Will, 241 Res Cours, 1993: 227)

به نقل از: شهبازی، ۱۳۸۹: ۶۸. همچنین برای مطالعات مفصل‌تر در این خصوص ر.ک: Tomuschat, C, International Law: ensuring the survival of mankind on the eve of a new century, 281 Recueil des cours: Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1999 .

در چنین شرایط و اوضاع و احوالی اما قواعد عرفی، به‌عنوان یکی از مهم‌ترین منابع حقوق بین‌الملل، به سبب دارا بودن ویژگی‌هایی چون پویایی و انطباق‌پذیری سریع با تحولات روز، دارا بودن قابلیت جایگزینی و اینکه شکل‌گیری، تحول و تکاملشان تابع کنش و واکنش تابعان اصلی روابط بین‌الملل است - صرف‌نظر از هر گونه نیاز به وجود قدرت عالی‌تر یا تشریفات خاص - از منزلتی متمایز و برتر برخوردارند (زر نشان، ۱۳۹۳: ۷) و بسیار بیشتر از سایر منابع حقوقی می‌توانند خود را با ساختار کنونی جامعه بین‌المللی منطبق سازند. شکل‌گیری و شناسایی قواعد حقوق بین‌الملل عرفی اگرچه فرایندی از پیش تعریف‌شده و مبتنی بر نظام دوعنصری است، هیچ‌گاه در پرتو قالبی منسجم و دقیق صورت نگرفته و این امر همواره از دشواری‌های اساسی نظام حقوق عرفی بوده است. با وجود این رویه قضایی بین‌المللی از رهگذر توجه به شرایط و اوضاع و احوال حاکم بر روابط بین‌الملل و نیز سیاستی قضایی که متأثر از متغیرهایی چون نظم، عدالت و خیر مشترک است، روند شناسایی قواعد عرفی را منطبق با تحولات جامعه بین‌المللی پی گرفته‌اند. یکی از این تحولات مهم تدوین و تصویب اعلامیه «شرط مارتنس» در جامعه بین‌المللی است که بر مبنای آن - در قلمرو حقوق بشر و حقوق بشردوستانه - قواعد عرفی می‌توانند تحت تأثیر غالب اصول و اندیشه‌های آرمانی و ارزشی حقوق طبیعی نیز شکل بگیرند؛ امری که همسو با رشد و تکامل مفاهیم انسانی و همگام با ضرورت‌های جامعه بین‌المللی امروز، در چارچوب رویه دیوان بین‌المللی دادگستری و دیگر مراجع معتبر نیز تأیید شده است. در ادامه، نوشتار حاضر ضمن بررسی مفهوم و مبانی «شرط مارتنس»، تأثیرگذاری آن در تحول روند ساخت و پرداخت قواعد حقوق بین‌الملل عرفی در حوزه ملاحظات بشری و انسان‌دوستانه تحلیل می‌شود.

مفهوم‌شناسی و بررسی مبانی نظری

۱. مفهوم‌شناسی

«شرط مارتنس»^۱ چیست؟ این قید ابتدا به‌منظور حل اختلاف میان اعضای کنفرانس‌های صلح لاهه در خصوص جایگاه جنبش‌های مقاومت در سرزمین‌های اشغالی مطرح شد. دولت‌هایی که گمان می‌کردند ساکنان سرزمین‌های اشغالی که علیه نیروهای اشغالگر سلاح به دست گرفته‌اند، باید رزمندگان قانونی تلقی شوند، نمی‌توانستند برای پیشنهاد خود اکثریت آرا را به‌دست آورند. به همین دلیل مقررات مربوط به وضعیت رزمندگان در مواد ۱ و ۲ مقررات لاهه، مبارزان نیروهای مقاومت را در فهرست آنهایی که از امتیاز رزمندگان بودن برخوردار بودند، قرار نداد. بسیاری از دولت‌ها شرط مارتنس را نوعی تذکر تلقی می‌کردند مبنی بر اینکه مواد ۱ و ۲ را نباید آخرین کلام در خصوص موقعیت قانونی رزمندگان دانست و این موضوع که آیا مبارزان

1. Martens Clause.

نیروی مقاومت از همین موقعیت برخوردارند یا خیر، نباید صرفاً از طریق اشاره به حذف آنها از مواد ۱ و ۲ تعیین شود، بلکه باید از رهگذر مراجعه به این اصل که «در مواردی که مشمول این معاهده یا دیگر موافقت‌نامه‌های بین‌المللی نیستند، غیرنظامیان و نظامیان تحت حمایت و اقتدار اصول حقوق بین‌الملل ناشی از رویه‌های مسلم، اصول انسانیت و اصول وجدان عمومی باقی می‌مانند»، حل شود. اما امروزه شرط مارتنس نسبت به کل قلمرو حقوق بشردوستانه قابل اعمال است و این امر به اشکال مختلف در غالب اسناد مربوطه تأیید و تصدیق شده است (دیترفلک، ۱۳۸۷: ۶۵-۵۶).^۱

شرط مارتنس اولین بار از سوی پروفیسور فردریش ون مارتنس اهل لیبونیا روسیه و نماینده تزار نیکولاس دوم در کنفرانس‌های صلح لاهه ارائه و در مقدمه کنوانسیون‌های ۱۸۹۹ و ۱۹۰۷ درج شد؛ «تا زمانی که مجموعه‌ای کامل‌تر از قوانین جنگی تدوین و تصویب شود، طرفین معظم موافقت می‌نمایند در مواردی که تحت شمول مقررات مصوب قرار نمی‌گیرد، غیرنظامیان و نظامیان تحت حمایت و اقتدار اصول حقوق بین‌الملل منبعت از رویه تثبیت‌شده میان ملل متمدن، اصول انسانیت، و تمنیات وجدان جمعی باقی خواهند ماند».^۲

به‌زعم پروفیسور مارتنس محتوای این شرط از سابقه‌ای تاریخی برخوردار است و در آرا و اندیشه‌های حقوق طبیعی ریشه دارد (Meron, T, *The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience*, 2000: 79)؛ نکته‌ای که به واقع اساس بحث حاضر را شکل می‌دهد و در ادامه در مورد آن به تفصیل سخن خواهیم گفت.

این اعلامیه در دنیای امروز اگرچه میراثی از کنفرانس‌های صلح لاهه در اواخر قرن نوزدهم و اوایل قرن بیستم محسوب می‌شود، این امر بدان معنا نیست که میانی آن محدود به آن دوره و در زمینه موضوعی مشخص بوده باشد. چارچوب و اساس این شرط از زمان تدوین، همواره مورد توجه و استناد بوده و همان‌طور که اشاره شد، در حال حاضر نسبت به کل قلمرو حقوق بشردوستانه و نیز حقوق بشر قابل اعمال است. رویه قضایی محکمه نورمبرگ، عملکرد دیوان بین‌المللی دادگستری، فعالیت‌های نهادهای حقوق بشری و انواع متعددی از اسناد و معاهدات مرتبط شامل کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ (ماده ۶۳ کنوانسیون اول، ماده ۶۲ کنوانسیون دوم، ماده ۱۴۲ کنوانسیون سوم و ماده ۱۵۸ کنوانسیون چهارم) و پروتکل‌های الحاقی در سال ۱۹۷۷ (ماده ۱(۲) پروتکل اول و بند ۴ مقدمه پروتکل دوم)، همگی مبین مقبولیت جهانی و پذیرش عام شرط مارتنس در سطح بین‌المللی است.

۱. برای بررسی بیشتر ر.ک: Cassese, A, 2000: 211-214.

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

همچنین به زعم برخی شرط مارتنس می‌تواند یادآور این نکته نیز باشد که حذف کلی یک موضوع در یک معاهده به این معنا نیست که حقوق بین‌الملل باید لزوماً درباره آن ساکت باشد و این شرط نوعی تذکر است دال بر اینکه معاهده مورد نظر مانع از حمایت حقوق بین‌الملل عرفی نخواهد شد. در فرایند مذاکرات مربوط به تدوین و تصویب سندی خاص به‌ویژه در حوزه حقوق بشر و حقوق بشردوستانه معمولاً مشاجرات و جدل‌های گسترده‌ای به‌وجود می‌آید که در نهایت ممکن است به حذف موضوعی خاص در متن نهایی منجر شود که در چنین شرایطی این اعلامیه می‌تواند پوشش عرفی مناسبی را در مورد آن موضوع (در صورت لزوم) ایجاد کند (Abi-saab, 1984: 274).

اما همان‌طور که گفته شد، محتوای شرط مارتنس ریشه در آرا و اندیشه‌های حقوق طبیعی دارد. از این رو تبیین دگرترین حقوق طبیعی از نظر مبانی بحث حاضر بسیار حائز اهمیت است و این می‌تواند مقدمه قسمت بعدی نوشتار حاضر باشد که در چارچوب آن مشخص خواهیم کرد چطور و به چه نحو شرط مارتنس در نظام حقوق بین‌الملل معاصر اصول و مبانی حقوق طبیعی را جایگزین اراده مستقیم دولت‌ها در فرایند خلق قاعده ساخته است.

۲. مبانی نظری

حقوق طبیعی که حقوق فطری نیز خوانده می‌شود، متضمن قواعدی است که غایت مطلوب انسان است (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۴۴). مبانی حقوق طبیعی، مطالعه در ذات انسان و طبیعت انسانی است (جوان، ۱۳۲۹: ۷۷). حقوق طبیعی مجموعه حقوق ازلی، ابدی و تغییرناپذیر است که عموم افراد بشر از هر نژاد و جنس را در برمی‌گیرد. این حقوق براساس قانون و قاموس طبیعت مقرر شده‌اند، بنابراین هیچ قاعده موضوعه و قراردادی نمی‌تواند آنها را از انسان سلب کند. از نظر افرادی که به ویژگی مشترک طبیعت انسانی معتقدند، قواعد ملهم از طبیعت بشر آنچنان اساسی‌اند که هدف غایی هر نظم حقوقی تلقی می‌شوند که بر آگاهی عمومی و طلب ارزش‌های انسانی مبتنی‌اند؛ قواعدی که غایت مطلوب انسان است. بر این اساس، نظم حقوقی که متشکل بر قواعد و اصول حقوق طبیعی است، مافوق اراده افراد تلقی می‌شود، اصول و قواعدی که لازمه شخصیت انسان است (نقیبی مفرد، ۱۳۸۹: ۶۰).^۱

به‌طور کلی مبانی و اصول حقوق طبیعی به روم، یونان باستان و اندیشه‌های سقراط، افلاطون، ارسطو و رواقیون بازمی‌گردد. اندیشه اصولی فرازمانی، فرامکانی و فراشرایطی برای بشریت از همان زمان دغدغه اصلی حقوقدانان طبیعی بود. در این بین سقراط سرآغاز سنت بود و منظور از حقوق طبیعی در دوران کلاسیک می‌تواند همان آموزه‌هایی باشد که وی پدید آورد

۱. برای مطالعه بیشتر رک: موحد، ۱۳۸۱: ۲۱۲-۲۱۱.

و بقیه آن را بسط و گسترش دادند. در همین چارچوب افلاطون اساس حقوق طبیعی را بر اصل کلی عدالت قرار می‌داد و آن را ایده‌آل ابدی فرض می‌کرد (ذوالعین، ۱۳۸۳: ۴۴۱-۴۴۰). رواقیون نیز در یونان قدیم درباره حقوق طبیعی نظرهای خاصی داشتند. به‌طور کلی ریشه‌های حقوق بین‌الملل را باید در حکمت رواقیون جست‌وجو کرد. رواقیون اولین مکتبی بودند که آیین قانون طبیعی را بنیان نهادند و بعدها رومیان بر همین اساس حقوق خاص بیگانگان^۱ یا به زبان امروزی حقوق بین‌الملل را معتبر شناختند.

در همین چارچوب و تحت تأثیر و نفوذ مکتب رواقی، سیسرون کامل‌ترین وجه از نظریه حقوق طبیعی را ارائه می‌کند. اصل اساسی تفکر سیاسی سیسرون همان عقیده رواقیون به قانون و حقوق طبیعی است، بدین معنا که سراسر کائنات، از جاندار و بی‌جان، پیرو یک قانون یا مجموعه قوانین است (عنایت، ۱۳۸۴: ۱۱). از منظر سیسرون - در توصیفی دقیق‌تر از حقوق طبیعی - «قانون حقیقی همان عقل سلیمی است که در مطابقت با طبیعت باشد؛ قانونی که جهانشمول، تغییرناپذیر و جاوید است؛ قانونی که فرامینش تعهدآفرین است و نواهی‌اش از انجام عمل نادرست باز می‌دارد...» (Freeman, 1994: 130-131).

پس از سیسرون، آکویناس شاید مؤثرترین نظریه‌پرداز حقوق طبیعی محسوب شود. از نظر او حقوق طبیعی، حقوقی جاوید، ابدی و جهانشمول است و شامل همه انسان‌ها خواهد بود. حقوق طبیعی نتیجه شهود عقلانی انسان به‌عنوان موجودی عاقل بوده و قابل درک و فهم برای عقل بشری است و برای همه انسان‌ها به‌گونه‌ای یکسان قابل فهم و قابل اعمال است (Aquinas, 102-103).

هوگو گروسوس حقوقدان و فیلسوف برجسته‌ای که آرا و اندیشه‌هایش نقش اساسی و تعیین‌کننده در عرصه مبانی حقوق بین‌الملل داشته است و از وی به‌عنوان بنیانگذار حقوق بین‌الملل نوین و بعضاً پدر حقوق بین‌الملل یاد می‌کنند (جان کلی، ۱۳۸۸: ۳۳۰؛ موحد، ۱۳۸۱: ۱۵۴) نیز با الهام از دیدگاه‌های متفکران گذشته و آرای رواقیون، «طبیعت اجتماعی انسان» را منشأ نهایی حقوق طبیعی می‌داند^۲ (Gilbey, 1965: 124; Grotius, 2001: 50). وی در تبیین اصول و قواعد حقوق طبیعی گشایشگر عرصه‌های جدید در این قلمرو به حساب می‌آید. او اعتقاد داشت که «حقوق طبیعی» قواعدی است که عقل آنها را موافق طبیعت اجتماعی انسان می‌داند. به‌زعم وی، این قواعد حتی اگر خدایی هم نبود، یا در کار انسان دخالت نمی‌کرد، باز وجود داشت (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۵۹)، زیرا خداوند «با خلق طبیعت اراده

1. Jus Gentium

۲. به نقل از: قاری سید فاطمی، ۱۳۸۸: ۹۹. همچنین ر.ک: Bix, B, 2000: 224.

۳. به نقل از: قاری سید فاطمی، ۱۳۸۸: ۱۰۳-۱۰۲.

۴. به نقل از: شهبازی، ۱۳۸۸: ۸۰.

کرده است که این اصول در ما انسان‌ها وجود داشته باشد» (Claude Du Pasquier, 1979: 221).^۱ منظور گوینده - که خود آدمی ملتزم به دیانت بود - همان ثبات و قابل اعتماد و مطمئن بودن قوانین آفرینش است؛ نکته‌ای که در قرآن کریم هم بارها به آن اشاره شده است (موحد، ۱۳۸۱: ۱۵۵).

از نگاه گروسیوس می‌توان نظام قانونی معقولی را که در همه جای دنیا قابل اعمال باشد، تصور کرد و به همین دلیل او را پدر حقوق بین‌الملل دانسته‌اند. عقل حکم می‌کند که انسان چه بکند و از چه کاری خودداری ورزد. احکام عقلی بر اندیشه خیر مبتنی است و این اندیشه منشأ فکر عدالت است. بنابراین احکام عقل از مرز کشورها فراتر می‌رود و در قلمرو قوم و نژاد و رنگ محصور نمی‌ماند. هر آدمیزادی در انسانیت با دیگر آدمیزادگان شریک است و حکم عقل بالسویه در میان آنها جاری است. از نظر گروسیوس «حقوق طبیعی» اصول و مبادی حیات مشترک را نشان می‌دهد و «حقوق ملل» آن اصول را از قوه به فعل درمی‌آورد و حد و حدودش را مشخص می‌سازد (فلسفی، ۱۳۸۵: ۶۰).

براساس آنچه گفته شد به‌خوبی مبرهن است که در چارچوب حقوق طبیعی با مجموعه‌ای از حق‌های ازلی، ابدی و تغییرناپذیر که مشمول مرور زمان نمی‌شوند و عموم افراد بشر از هر نژاد و جنس را در برمی‌گیرد، مواجهیم. این حقوق طبق قانون و قاموس طبیعت مقرر شده‌اند، بنابراین هیچ قاعده موضوعه و قراردادی نمی‌تواند آنها را از انسان سلب کند. از نظر افرادی که معتقد به ویژگی مشترک طبیعت انسانی‌اند، قواعد ملهم از طبیعت بشر آنچنان اساسی‌اند که هدف غایی هر نظم حقوقی تلقی می‌شوند (نقیبی مفرد، ۱۳۸۹: ۶۰).^۲ از این‌رو اندیشمندان و حقوقدانانی نیز که در این عرصه نظریه‌پردازی کرده‌اند، از یونان و روم باستان گرفته تا قرون معاصر، علی‌رغم برخی اختلافات و تفاوت رویکردها در قلمرو حقوق طبیعی، همگی بر وجود اصول محوری طبیعت، عقل، عدالت، اخلاق و اندیشه خیر برای بشریت اتفاق نظر داشته‌اند؛ اصولی که مینا و اساس شکل‌گیری مجموعه‌ای از حق‌های ازلی و ابدی است. جان فینیز حقوقدان و فیلسوف برجسته دنیای انگلیسی‌زبان که از وی به‌عنوان احیاگر معاصر نظریه کلاسیک حقوق طبیعی یاد می‌کنند، حقوق بشر را زبان معاصر (امروزی) همین حقوق طبیعی می‌داند (قاری سید فاطمی، ۱۳۸۸: ۱۱۳).

امروزه حقوق بشر روایتی تازه از حقوق طبیعی است. موجودیت و اعتبار حقوق بشر مدیون خواست و اراده دولت‌ها نیست. به‌اصطلاح حقوقی قوانین داخلی و معاهدات بین‌المللی در این زمینه نقش اعلامی بر عهده دارند. دولت نه می‌تواند چیزی بر حقوق بشر بیفزاید و نه چیزی از آن را باطل گرداند. برخلاف قوانین معمولی که تابع اراده و تصمیم قانونگذاران است و برخلاف

۱. به نقل از: فلسفی، ۱۳۸۵: ۶۰.

۲. همچنین رک: شریفی طراز کوهی، ۱۳۸۳: ۱۱-۱۳.

حقوق معاهداتی که تابع اراده و تصمیم دولتهاست، و برخلاف اصول کلی حقوق که بر پایهٔ مشابهت و قیاس از نظام‌های مختل حقوقی گرفته می‌شود، حقوق بشر فراوردهٔ هیچ نظام قضایی نیست، واضح و مقنن هم ندارد و از همین روست که حکم آن بلاواسطه و یکسان چه در نظام‌های مختلف حقوقی ملی و چه در نظام حقوق بین‌الملل به رسمیت شناخته می‌شود (موحد، ۱۳۸۱: ۴۸۶-۴۸۵).

شاید در این بین اندیشه و تفکر فیلسوف و حقوقدان آلمانی ایمانوئل کانت در نمایاندن بارز و برجستهٔ اصول و مبانی حقوق طبیعی در نظام حقوق بین‌الملل و بشر امروز مؤثر بوده باشد. وی که اصالتاً یک حقوقدان طبیعی است، به‌خوبی توانسته است چارچوب نظری مناسبی در توجیه اخلاقی حق‌های جهانشمول ذاتی و غیرقابل سلب برای انسان ارائه کند.^۱

در پایان این بحث باید اذعان کنیم با وجود غلبهٔ نظام پوزیتیویستی بر پیکرهٔ حقوق بین‌الملل حاکمیت‌محور امروز، آموزه‌های مبتنی بر مکتب حقوق طبیعی و به‌ویژه اندیشه‌های حقوق بشری کانت اما در حد یک تئوری ساده و صرفاً نظری باقی نمانده‌اند و امروزه به‌خوبی شاهد تجلی عینی این اندیشه‌ها در قلمرو نظام بین‌الملل هستیم. گسترش تصویب و تأسیس اسناد و نهادهای حقوق بشری، طرح مباحثی چون مشروعیت دموکراتیک و مسئولیت حمایت در روابط بین‌الملل و تأسیس دیوان کیفری بین‌المللی از جمله نمونه‌های برخاسته از اصول و آموزه‌های مکتب حقوق طبیعی و اندیشه‌های اخلاق‌مدارانهٔ کانت هستند. فراتر از این موارد - از نظر نگارنده - حتی می‌توان به جایگزینی مبانی و آرای حقوق طبیعی به‌جای ارادهٔ دولت‌ها در فرایند خلق قواعد حقوق بین‌الملل موضوعه نیز در برخی موارد اشاره کرد. امکانی که حقیقتاً تحولی نوین در روند شکل‌گیری قاعده محسوب می‌شود؛ این یعنی تأثیر مستقیم مبنا بر تحول ساخت منابع حقوق بین‌الملل. امری که در ادامه بیشتر در مورد آن صحبت خواهیم کرد.

۱. اساس فلسفهٔ اخلاقی و حقوقی کانت این حکم مطلق است: «چنان باش که دستور عمل تو بتواند دستور عمل همگان باشد.»

"Act only on that maxim whereby thou canst at the same time will that is should become a universal law" منظور کانت از حکم مطلق حکمی قطعی، فراگیر و عام است که اگر و مگر در آن راه ندارد و به‌هیچ‌وجه مقید و مشروط نیست. این حکم هم ناظر بر عمل اخلاقی است و هم ناظر بر عمل حقوقی و توضیح مطلب چنین است که اخلاق و حقوق از دو ماهیت مختلف برنمی‌خیزد. ماهیت آنها یکی است، منتها نوع و منشأ فرمان در آنها فرق می‌کند. فرمان یکی از درون آدمی برمی‌آید و دیگری از بیرون بر او تحمیل می‌شود. آنچه انسان را به یک عمل اخلاقی وامی‌دارد، انگیزه‌های درونی اوست، ولی انگیزهٔ عمل حقوقی اجبار قانون است که در بیرون انسان است و عنصر اساسی قانون به‌شمار می‌آید (موحد: ۱۸۶)، همچنین ر.ک: H.J.Paton, 1971: 88.

تصویب «شرط مارتنس» در جامعه بین‌المللی؛ تأثیر گذاری مستقیم

مبانی حقوق طبیعی بر تحول ساخت منابع حقوق بین‌الملل بشر

چنانکه در مقدمه نیز گفته شد، فرایند شکل‌گیری قواعد حقوق بین‌الملل در عرصه مهم‌ترین منابع آن یعنی عرف با تحولات چشمگیری مواجه بوده است که ریشه چنین تحولاتی را می‌توان در تصویب «شرط مارتنس» در جامعه بین‌المللی جست‌وجو کرد. نحوه شناسایی ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹، که انعکاسی از مبانی همان اعلامیه شرط مارتنس است، در قضیه نیکاراگوئه نشان می‌دهد که دیوان بین‌المللی دادگستری در روند شناسایی قواعد حقوق بین‌الملل عرفی از ملاحظه رویه دولت‌ها در وهله اول - که همواره عنصر کلیدی در فرایند ساخت و پرداخت قواعد حقوق عرفی بوده است - صرف‌نظر کرده و در این روند برای اعتقاد حقوقی دولت‌ها نقش محوری و غالب قائل شده است. در این چارچوب اعتقاد حقوقی دولت‌ها نه از رویه آنان، بلکه منبعث از اصول انسانیت و تمنیات وجدان جمعی^۱ است. به دیگر سخن، اعتقادی که نه در چارچوب اراده دولت‌ها و منافع ملی آنها، که تحت تأثیر غالب اصول و اندیشه‌های آرمانی و ارزشی حقوق طبیعی شکل می‌گیرد. در این عرصه، شناسایی و احراز اعتقاد حقوقی دولت‌ها نیازی به وجود رویه‌های مقدم و تجربه‌های پیشینی ندارد، بلکه اعتقاد حقوقی (نسبت به الزام‌آور بودن قاعده‌ای خاص) - براساس همان اصول انسانیت و تمنیات وجدان جمعی که بی‌شک مورد قبول و پذیرش تمام اعضای جامعه بین‌المللی است - فرض گرفته شده و سپس پیروی از آن در رویه دولت‌ها بررسی می‌شود. در این چارچوب «دیوان می‌بایست متقاعد شود که وجود قاعده در اعتقاد حقوقی دولت‌ها، در رویه آنان تأیید شده است» (ICJ Reports, 1986: para.184).

شناسایی ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹ توسط دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه نیکاراگوئه نقطه عطفی بود در فرایند شناسایی قواعد حقوق بین‌الملل عرفی. به موجب این ماده که اساساً در مورد مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی مصداق دارد، «چنانچه منازعه مسلحانه جنبه بین‌المللی نداشته باشد و در خاک یکی از دول معظم متعاهد روی دهد، هر یک از متخاصمان مکلف‌اند که لااقل مقررات ذیل را رعایت کنند:

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

1. Principles of Humanity and Dictates of the public Conscience

اعمال ذیل در مورد اشخاص مذکور در هر زمان و هر مکان ممنوع است و خواهد بود:

الف) لطمه به حیات یا تمامیت جسمانی از جمله قتل به تمام اشکال آن، زخم زدن، رفتار بی‌رحمانه، شکنجه و آزار؛

ب) اخذ گروگان؛

ج) لطمه به حیثیت اشخاص از جمله تحقیر و تحقیف؛

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

۲. زخم‌داران و بیماران باید جمع‌آوری و پرستاری شوند.

یک دستگاه نوع‌پروری بی‌طرف مانند کمیته بین‌المللی صلیب سرخ می‌تواند خدمات خود را به متخاصمان عرضه دارد.

گذشته از مراتب مذکور متخاصمان سعی خواهند کرد تمام یا قسمتی از سایر مقررات این قرارداد را نیز از طریق موافقت‌نامه‌های مخصوص به‌موقع اجرا گذارند.

اجرای مقررات مذکور اثری در وضعیت حقوقی متخاصمان نخواهد داشت.

تصویب ماده ۳ مشترک را در حقیقت باید «تحوالی بنیادی» در حمایت از انسان به‌هنگام این نوع مخاصمات دانست (R.J. Wilhelm, 1972: 332).^۱ ترتیبات این ماده هر اندازه که محدود و کم‌شمار باشد، رخنه‌ای بی‌سابقه در سد نفوذناپذیر صلاحیت انحصاری دولت‌ها در این زمینه ایجاد کرد. پس بی‌راه نیست که ماده ۳ مشترک را «تحوالی انقلابی» (G.H. Aldrich, 2000: 59) یا بهتر از آن «انقلاب حقوقی واقعی» توصیف کنند (M. Torrelli, 1993: 179).^۲ زیرا دولت‌ها پذیرفتند که از آن پس اگر گروهی از مردم از فرمان حکومت سر پیچیدند و بر ضد آن شوریدند، حقوق بین‌الملل بر این رابطه و نزاع مسلحانه حاکم باشد. در واقع از طریق ماده ۳ بود که ورود حقوق بشردوستانه به نظام حقوقی داخلی دولت‌ها ممکن شد و به این ترتیب شکافی عمیق بر دیوار سخت و سنگین حاکمیت دولت وارد کرد (Abi-Saab, 1986: 256).^۳

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

در چارچوب این رأی، از آنجا که دیوان نمی‌توانست با توجه به رزرو ایالات متحده اختلافات

۱. به نقل از: ممتاز و رنجبریان، ۱۳۸۴: ۳۹.

۲. به نقل از: منبع پیشین.

۳. به نقل از: منبع پیشین.

۴. به نقل از: ممتاز و رنجبریان، ۱۳۸۴: ۴۰.

مطروحه را با تکیه بر کنوانسیون‌های ژنو و در قالب آن بررسی و حل‌وفصل کند، ضمن اظهار عدم ضرورت اعلام موضع در این زمینه، به ابتکار خود مفاد این کنوانسیون‌ها به‌ویژه ماده ۳ مشترک را در پرتو حقوق بین‌الملل عرفی مورد توجه قرار می‌دهد. به اعتقاد دیوان - به‌منظور ارزیابی رفتار ایالات متحد در قبال رعایت اصول عام حقوق بشردوستانه که کنوانسیون‌های ژنو از برخی جهات توسعه و تحول و از جهات دیگر صرفاً بیان‌کننده آن هستند - مقررات ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو حداقلی از قواعد حقوقی بشردوستانه را شکل می‌دهند که در پرونده حاضر، صرف‌نظر از عدم استناد نیکاراگوئه به کنوانسیون‌های مذکور و قطع‌نظر از رزرو ایالات متحد در این رابطه، باید اعمال شوند (ICJ Reports, 1986: para.217-220). بدین ترتیب دیوان تصدیق می‌کند که اصول بشردوستانه‌ای مستقل و جدا از حقوق عهدنامه‌ای وجود دارد که این اصول در ماده ۳ مشترک منعکس و متبلور است؛ ماده‌ای حاوی حداقلی از مقررات که در هر مخصصه‌ای اعم از بین‌المللی یا داخلی باید اجرا شود (ممتاز و رنجبریان، ۱۳۸۴: ۴۲).

این رویکرد دیوان همچنین در برخی آرای مهم دیگر دیوان مورد توجه قرار گرفته است؛ برای نمونه در رأی مربوط به مشروعیت تهدید یا استفاده از سلاح‌های هسته‌ای در حقوق بین‌الملل ۱۹۹۶. در چارچوب این رأی و به‌منظور شناسایی حقوق بشردوستانه قابل استناد در پرونده، دیوان پس از اینکه نتوانست دریابد در عرصه حقوق بین‌الملل منع جامع و جهانشمولی فی‌نفسه در مورد تهدید یا کاربرد سلاح‌های هسته‌ای وجود دارد، پاسخ به این پرسش را پیش روی خود قرار داد که آیا توسل به سلاح‌های هسته‌ای را با در نظر گرفتن اصول و قواعد حقوق بین‌الملل بشردوستانه قابل اعمال در درگیری‌های مسلحانه و حقوق بی‌طرفی می‌توان نامشروع تلقی کرد یا خیر؟ (ICJ Reports, 1996: para.74). در این زمینه دیوان ضمن تأیید و تصدیق نظر اکثریت وسیعی از دولت‌ها و همچنین حقوقدانان دال بر قابل اعمال بودن اصول و قواعد حقوق بشردوستانه حاکم در درگیری‌های مسلحانه در زمینه تهدید یا کاربرد احتمالی سلاح‌های هسته‌ای و در این چارچوب بررسی اصولی چون تفکیک و منع ایراد درد و رنج غیرضرور، اذعان می‌دارد تصور شرايطی که در آن کاربرد سلاح‌های هسته‌ای حقوق بین‌الملل بشردوستانه را نقض نکند، دشوار است، به‌ویژه در پرتو خصوصیات منحصربه‌فرد این‌گونه سلاح‌ها (ICJ Reports, 1996: para.75-76). به‌زعم دیوان، اصول مذکور متضمن ماهیتی بنیادین‌اند که باید توسط کلیه دولت‌ها اعم از اینکه کنوانسیون‌های دربردارنده آن اصول را تصویب کرده باشند یا خیر، رعایت شوند، زیرا آنها اصول غیرقابل تخطی حقوق بین‌الملل عرفی و منعکس‌کننده ملاحظات اولیه بشری هستند (ICJ Reports, 1996: para.79). بدین ترتیب بعد از رأی معروف نیکاراگوئه ۱۹۸۶، در چارچوب رأی مشورتی سال ۱۹۹۶ نیز شاهد جنبه‌هایی دیگر از تجلی پذیرش رویکردی مدرن در عرصه شناسایی قواعد حقوق بین‌الملل عرفی هستیم. فرایند شناسایی اصول و قواعد بشردوستانه در قالب این رأی به‌خوبی مبین

تأثیرگذاری و نفوذ اصول انسانیت و تمنیات وجدان جمعی در روند احراز قواعد است.^۱ شایان ذکر است دیوان بین‌المللی دادگستری آورده‌های خود در پرونده حاضر را یک بار دیگر در رأی مشورتی مربوط به ساخت دیوار حائل در سرزمین‌های اشغالی ۲۰۰۴ تصدیق می‌کند. به‌زعم دیوان مقررات نظام‌نامه‌های لاهه اکنون بخشی از حقوق بین‌الملل عرفی محسوب می‌شوند که توسط همه دولت‌هایی که در قضیه کنونی اظهارنظر کرده‌اند، به رسمیت شناخته شده است. به اعتقاد دیوان، به موجب ماده ۱۵۴ کنوانسیون چهارم ژنو، این کنوانسیون مکمل نظام‌نامه‌های لاهه است و دیوان تأکید دارد که قواعد مندرج در این نظام‌نامه‌ها بخشی از حقوق بین‌الملل عرفی بوده و برای همه دولت‌ها از جمله اسرائیل صرف‌نظر از عضویت یا عدم عضویت آنها الزام‌آور است (ICJ Reports, 2004: para.89).

رویکرد تحولی دیوان در شناسایی قواعد عرفی در رویه قضایی دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق نیز پذیرفته شده است. به‌زعم این دیوان از آنجا که در عرصه بحث حاضر تصور خلق قاعده‌ای عرفی با تکیه بر رویه منسجم و هماهنگ دولت‌ها تقریباً غیرممکن است، به موجب شرط مارتنس، اصول حقوق بین‌الملل بشردوستانه می‌توانند از رهگذر استناد و توسل به مقتضیات انسانی و تمنیات وجدان جمعی (Opinio Juris) به منصفه ظهور برسند (ICTY, 2000: para.527) و در همین زمینه، پروفیسور مرون هم تصدیق کرده است که شرط مارتنس گرایشی را تقویت می‌کند که براساس آن در فرایند شکل‌گیری قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، در وهله اول، Opinio Juris (در اینجا: اصول انسانیت و تمنیات وجدان جمعی) به‌عنوان مبنا مدنظر قرار می‌گیرد تا رویه دولت‌ها (Meron, The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience, 2000: 88).

اما پذیرش رویکردی جدید در فرایند شناسایی قواعد حقوق بین‌الملل عرفی بشری، به‌طور کلی واکنش‌های مختلفی را در دکتترین در پی داشته است. برخی چون ریچارد لیلیچ و لوری برون، عرف مدرن^۲ را منبع حقوقی مهمی برای تعهدات حقوق بشری دولت‌ها قلمداد می‌کنند (Meron, Human

۱. در چارچوب همین رأی، قاضی شهاب‌الدین در نظریه مخالف خود معتقد است شرط مارتنس که اکنون به‌عنوان یک قاعده عرفی پذیرفته شده و در مقدمه کنوانسیون‌های ۱۸۹۹ و ۱۹۰۷ لاهه نیز آمده، اکنون مقبولیت عرفی یافته است، اما این لزوماً به مفهوم آن نیست که مصادیق آن نیز باید جنبه عرفی داشته باشند. اینکه رفتار کشورها باید مبتنی بر اقتضائات و ملاحظات اولیه انسانی باشد، خود یک قاعده عرفی است، اما محتوای آن در پرتو تغییر شرایط متغیر خواهد بود. به‌عبارت دیگر اصول ثابت می‌ماند، اما اثر عملی آنها در طول زمان می‌تواند تغییر یابد. دیوان باید کاربرد این سلاح‌ها را با معیار مندرج در این شرط یعنی ملاحظات اساسی انسانی و اقتضائات وجدان عمومی ارزیابی نماید. ملاحظات انسانی به‌خودی‌خود متضمن تعهداتی با ویژگی حقوقی‌اند (ICJ Reports, Shahabudeen, 1996: 135-136). به نقل از: الهویی نظری، ۱۳۹۲: ۴۱.

۲. شایان ذکر است از رویکرد تحولی دیوان در روند شناسایی قواعد عرفی، به‌عنوان عرف مدرن (Modern Custom) یاد می‌کنند.

تحوالی را انتقال حقوق از مبنای دولت‌محور به مبنای ارزش‌محور انسان‌مدار و یک حقوق مبتنی بر نظام دولتی لیبرالی به حقوقی مبتنی بر خیر توصیف کرده است (Henkin, 1995-96: 34-35). لوئیس هنکین نیز چنین از رویکرد مدرن در حقوق عرفی، تلقی رویکرد هنجاری (Normative) یا اخلاقی (Morally) هم شده است. رویکردی که اساساً بر آنچه رویه باید باشد و نه توصیف آنچه هست، مبتنی است (Elizabeth Roberts, 2011: 761,764).^۱ به دیگر سخن، از آنجا که در این فرایند رویه دولت اهمیت کمتری دارد، حقوق در این عرصه متضمن تجویز استانداردهای ایده‌آل رفتاری خواهد بود تا توصیف عملکرد موجود (Elizabeth Roberts, 2011: 766).^۲ برای نمونه ممنوعیت شکنجه که بیشتر یک انزجار اخلاقی است از آن تا توصیفی واقعی از رویه دولت‌ها (The American Law Institute, 1987: 702)، ضمن اینکه در اینجا تأکید شده است، برخلاف فرایندهای معمول و سنتی عرف‌سازی که قاعده‌ای از پیش موجود می‌تواند در اثر نقض گسترده و شکل‌گیری رویه‌های معارض با آن تغییر و حتی به قاعده دیگری تبدیل شود، در روند جدید ساخت قاعده که در بردارنده حوزه‌های مرتبط با ملاحظات انسانی و ارزشی است - مثلاً همین ممنوعیت شکنجه - قواعد موجود هیچ‌گاه از رهگذر نقض آن ولو به صورت گسترده، تحت تأثیر یا تغییر قرار نخواهند گرفت (Weisburd, 1995: 49). به عبارت دیگر، وجود تناقض و تعارض در رویه دولت‌ها می‌تواند حقوق مبتنی بر رویه را متزلزل کند، اما در مورد حقوق مبتنی بر ارزش‌های انسانی و اخلاقی - در اینجا حقوق عرفی مدرن - وضعیت به هیچ‌وجه این‌گونه نیست و رویه‌های متعارض خدشه‌ای به اعتبار آن وارد نخواهند آورد (Elizabeth Roberts, 2011: 765) و این می‌تواند به نوعی ویژگی مثبتی برای رویکرد جدید باشد که ماهیت قواعد شکل‌گرفته و شناسایی شده در چارچوب آن از پایداری و انسجام ابدی برخوردار است. همچنین بعضاً رویکرد مدرن با تفاسیری از هارت و کاسکنمی مقایسه شده است (Elizabeth Roberts, 2011: 761,766)؛ تفسیر تجویزی (Prescriptive) هارت از حقوق و تفسیر آرمانی (Utopian) کاسکنمی از حقوق. براساس تفسیر اول، حقوق از رهگذر ملاحظه وقایع و توصیف آنها (Descriptive) حاصل نمی‌شود، چراکه این وقایع (Fact) دلالت دارند بر آنچه هست (رویه موجود). در پرتو این تفسیر، اما قواعد حقوقی همیشه تجویزی و کلاً مبتنی‌اند بر آنچه باید باشد (رویه‌ای که باید موجود باشد).^۳ در قالب تفسیر دوم نیز حقوق مبتنی خواهد بود بر اصولی غیرمرتبط با منافع دولت‌ها یا اراده آنان؛ اصولی کاملاً اخلاقی و صرف‌نظر از واقعیات کنونی که بر جهان تحمیل می‌شود (Koskeniemi, 2005: 2).

۱. همچنین ر.ک: Charlesworth, H, C, M, 1984-1987: 31, 110: 1-3; Cassese, A, 1989.

۲. و نیز ر.ک: Meron, T, 1986: 19-20; Schachter, O, 1982: 133-4.

۳. برای مطالعات بیشتر ر.ک: Hart, H, L, A, 1961: 183.

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

اما رویکرد مدرن در فرایند شناسایی قواعد حقوق بین‌الملل عرفی همواره با انتقادهایی نیز مواجه بوده است. برای نمونه، برخی معتقدند عرف مدرن بیشتر منعکس‌کننده ایده‌آل‌هاست تا واقعیات و استانداردهای رفتاری (Bodansky, 1995: 141). ماهیت نورماتیو عرف مدرن به خلأ عمده بین آن و رویه دولت‌ها منجر خواهد شد (The American Law Institute, 1987: 702). همچنین گفته شده که مبانی ملتزم‌سازی^۱ عرف مدرن متزلزل است، چراکه به نظر می‌رسد قواعد عرفی در این زمینه صرفاً دربردارنده مجموعه‌ای از اهداف آرمانی‌اند تا الزامات واقع‌گرایانه در مورد اعمال و رفتار دولت‌ها. برای مثال، در چارچوب اعلامیه تونس (مصوب ۴۲ دولت آفریقایی در سال ۱۹۹۲) و اعلامیه بانکوک (پذیرفته شده به وسیله ۳۴ دولت آسیایی در سال ۱۹۹۳)، بیشتر دول غیرغربی اعلام داشته‌اند که عرف‌های مدرن حقوق بشری، واجد تعهدات الزام‌آور نبوده و تنها انعکاسی از یک سلسله توصیه‌های آرمانی‌اند (Elizabeth Roberts, 2011: 770). ضمن اینکه برخی نیز از عرف مدرن به عنوان «حقوق نرم» یاد کرده‌اند که حقوق به معنای واقعی تلقی نمی‌شود (Weil, 1983: 415). همچنین امکان به وجود آمدن موقعیت‌هایی به منظور سوء استفاده‌های سیاسی و حقوقی و فقدان مشروعیت به لحاظ نادیده گرفتن رضایت دولت‌ها (Fidler David, 1996: 216) نیز از دیگر انتقاداتی هستند که معمولاً در این عرصه مطرح می‌شوند. همچنین به زعم پروفیسور داماتو رویکرد مدرن بنیان نظری عرف را از طریق وارونه کردن برتری سنتی رویه بر اعتقاد حقوقی از بین می‌برد (D'Amato, 1987: 100). از منظر سر رابرت جنینگز، بیشتر آنچه ما سرسختانه در چارچوب حقوق بین‌الملل عرفی مدرن بر آن تأکید می‌کنیم، نه تنها عرف نیست، حتی شبیه آن هم نیست. عباراتی چون عرف «مدرن»، «جدید»، «معاصر» و «آنی» ذاتاً متناقض‌اند و مبانی واقعی ساخت حقوق را به چالش می‌کشند (Jennings, 3-5). برونا سیما و فیلیپ آلتون نیز در این عرصه معتقدند رویکرد مدرن برای عرف یک «بحران هویت» ایجاد می‌کند و از این رو بهتر است قواعد حاصل از آن از منظر اصول کلی حقوق بین‌الملل مورد توجه قرار گیرند تا عرف (Simma, B, Aleston, P, 1988-89: 82). باید گفت فصل مشترک عمده انتقادهای مطروحه در چارچوب بحث حاضر، بر نادیده گرفتن نقش غالب و برجسته رویه دولت‌ها دلالت دارد، که به زعم پروفیسور هافمن چنین روندی

1. Regulatory .

ولو منطبق با عدالت، سبب نابودی نظام حقوق بین‌الملل از طریق بی‌ثبات کردن آن می‌شود (Hoffmann, 2006: 20). اما این همه ماجرا نیست. عرف مدرن با وجود تمام انتقاداتی که در مورد آن مطرح است، - به شرحی که پیش از این گفته شد - حقیقتاً از مبانی مستحکمی برخوردار است و به همین سبب در عرصه رویه قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری به‌عنوان شیوه‌ای نوین در روند قاعده‌سازی حقوقی پذیرفته شده است. پذیرش چنین شیوه‌ای به‌واقع واکنشی به این مسئله بوده است که نظام سنتی موجود نمی‌توانسته در تمام موارد پاسخگوی اقتضائات و ضرورت‌های جامعه بین‌المللی باشد (Fidler David, 1996: 216).^۱ در رویکرد جدید اگرچه اراده دولت‌ها تا حد زیادی تعدیل می‌شود، نقش آفرینی آن هیچ‌گاه حذف نمی‌شود. در عرف مدرن اصول و مبانی ارزشی و انسان‌گرایانه حقوق طبیعی جایگزین رویه دولت‌ها در وهله اول می‌شود و از این رهگذر نقشی برجسته می‌یابد. امری که متأثر از رشد و توسعه مفاهیم انسانی و ملاحظات بشردوستانه، در چارچوب نظام بین‌الملل کنونی مورد پذیرش قرار گرفته است و از نظر ما تحولی مؤثر در فرایند عرف‌سازی و به‌طور کلی قاعده‌سازی بین‌المللی در حوزه حقوق بشر به حساب می‌آید. تحولی اجتناب‌ناپذیر در عصر حاضر و به‌منظور تحقق آرمان بشریت و احترام به کرامت انسانی.

اما ریشه و اساس این تحول کجاست؟ به‌عبارت دیگر، پذیرش نگرشی جدید در روند شناسایی قواعد حقوق بین‌الملل عرفی در عملکرد دیوان بین‌المللی دادگستری مبتنی بر چیست؟ همان‌طور که گفته شد، در رویکرد جدید احراز قاعده بر مبنای اثبات اولیه و محوری اعتقاد حقوقی دولت‌ها صورت می‌پذیرد. اعتقادی که نه ناشی از ملاحظه رویه، بلکه منبعث از اصول انسانیت و تمنیات وجدان جمعی است (اصولی منبعث از اقتداری و رای اراده دولت‌ها). در این زمینه نگارنده معتقد است اگرچه تحول در نگرش دیوان تحت تأثیر تحولات مرتبط با رشد و توسعه مفاهیم انسانی صورت گرفته است، ریشه و اساس چنین تحولی را به‌واقع باید متأثر از تدوین و تصویب شرط مارتنس در جامعه بین‌المللی دانست، اعلامیه‌ای که در آن جامعه جهانی پذیرفت در حوزه ملاحظات بشری و انسان‌دوستانه شکل‌گیری قاعده می‌تواند تحت تأثیر و نفوذ غالب اصول و اندیشه‌های حقوق طبیعی نیز صورت پذیرد. اعلامیه‌ای که تصویب و انتشار آن خود تحت تأثیر تحولات ناشی از رشد و گسترش اصول و مبانی حقوق بشر به‌ویژه در اوایل قرن بیستم بوده است و ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو که پیش از این اشاره شد، به‌نوعی تجلی خاص همین شرط است که دیوان در شناسایی آن ملاحظات انسانی و تمنیات وجدان جمعی را در بادی امر مورد توجه قرار داده است و این یعنی اثرگذاری و نقش آفرینی مستقیم مبانی حقوق بین‌الملل و بشر در فرایند شکل‌گیری و تحول مهم‌ترین منابع آن یعنی عرف.

۱. همچنین ر.ک.: Meron, Theodor, 13-20; Charney, 1993: 543.

نتیجه گیری

«شرط مارتنس» بی تردید در نظام حقوق بین الملل امروز نمادی عینی از رشد و توسعه مفاهیم انسانی و به طور کلی حقوق بشر محسوب می شود و همان طور که گفتیم، حقیقتاً تحولی نوین در این عرصه به حساب می آید، تحولی که - از نظر نگارنده - تحول در روند شکل گیری و شناسایی قواعد حقوق بین الملل انسان دوستانه را نیز سبب شده است. در بخشی از این شرط به صراحت بر امکان شکل گیری حقوق بین الملل بر اساس و مبنای اصول انسانیت و تمنیات وجدان جمعی تأکید شده و این همان نفوذ و تأثیرگذاری بلاواسطه ای است که اصول و مبانی حقوق طبیعی - به شرحی که بحث شد - در عرصه خلق قواعد بین المللی از آن برخوردار شده اند.^۱

اصولی که از آن به عنوان اصل انسانیت و اصل تمنیات وجدان جمعی در اعلامیه مارتنس یاد شده است، امروزه ساختار نظام حقوق بشر و بخشی از اعتقاد عمومی مشترک جهانی (Opinio Juris) را شکل می دهد (ICJ Reports, 1996, Dissenting Opinion of Judge Weeramantry: 490) که هیچ دولتی نمی تواند آنها را نادیده بگیرد. به دیگر سخن، اعتقاد به اصول انسانیت و ملاحظات بشردوستی به ویژه در حال حاضر جزیی از ارزش های اساسی، بنیادین و مشترک جامعه جهانی اند و دولتی که به این ارزش ها بی توجه باشد یا باوری به وجود آنها نداشته باشد، بی شک نمی تواند جایگاهی در جامعه بین المللی امروز داشته باشد.^۲

منابع

۱. در این زمینه شایان ذکر است، بعضاً از «شرط مارتنس» به عنوان اصل یا قاعده ای حقوقی یاد می کنند که اگرچه تعهدی رسمی در عرصه حقوق بین الملل تلقی نمی شود، اما در موارد فقدان قاعده ای مشخص به ویژه در خصوص محدودیت یا ممنوعیت برخی روش ها و سلاح های جنگی، می تواند مورد استناد قرار بگیرد. برای نمونه ر.ک:

Case concerning Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, ICJ Reports, 1996., Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, pp.396, 406.

Case concerning Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, op. cit., Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, p.486.

با این حال باید تأکید کنیم - بنا به آنچه گفته شد - این اعلامیه خود فی نفسه نمی تواند متضمن اصل یا قاعده ای حقوقی در عرصه حقوق بین الملل باشد که همواره امکان رجوع بدان در موارد خلأ وجود داشته باشد، بلکه ملاحظات مندرج در آن (یا به عبارتی مبانی آن) یعنی اصول انسانیت و تمنیات وجدان جمعی اساساً باید به عنوان مبنا و منشأ شکل گیری اصل یا قاعده حقوق بین الملل مورد توجه قرار بگیرند و نه منبع آن. به عبارت دیگر اعلامیه مارتنس علی الاصول باید به عنوان مکانیسمی برای خلق قاعده مدنظر باشد.

۲. در این زمینه ر.ک:

Millennium Declaration, United Nations, A/55/1.2, 2000.

Coupland, Robin, *Humanity: What is it and How does it Influence International Law?*, 83 International Review of the Red Cross (IRRC), 2001.

۱. فارسی

الف) کتاب‌ها

۱. جان کلی (۱۳۸۸) تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ترجمه محمد راسخ، تهران: طرح نو.
۲. جوان، موسی (۱۳۲۹). مبانی حقوق، ج ۲، چاپ رنگین.
۳. دیتر فلک (۱۳۸۷). حقوق بشردوستانه در مخصصات مسلحانه، به اهتمام سید قاسم زمانی، نادر ساعد، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
۴. ذوالعین، پرویز (۱۳۸۳)، مبانی حقوق بین‌الملل عمومی، دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی.
۵. زرنشان، شهرام (۱۳۹۳). شکل‌گیری و شناسایی حقوق بین‌الملل عرفی، تهران: گنج دانش.
۶. شهبازی، آرامش (۱۳۸۹). نظام حقوق بین‌الملل: وحدت در عین کثرت، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
۷. ----- (۱۳۸۸). حقوق بین‌الملل؛ دیالکتیک ارزش و واقعیت، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
۸. فلسفی، هدایت‌الله (۱۳۷۹). حقوق بین‌الملل معاهدات، فرهنگ نشر نو.
۹. فیلیپ مالوری (۱۳۸۳). اندیشه‌های حقوقی، ترجمه مرتضی کلانتریان، تهران: نشر آگه.
۱۰. کلییار، کلود آلبر (۱۳۷۱)، سازمان‌های بین‌المللی، ترجمه و تحقیق از هدایت‌الله فلسفی، نشر فاخته.
۱۱. کاسسه، آنتونیو (۱۳۸۵). حقوق بین‌الملل، ترجمه حسین شریفی طرازکوهی، تهران: میزان.
۱۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). فلسفه حقوق، ج ۱، تعریف و ماهیت حقوق، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۳. عالم، عبدالرحمن (۱۳۸۱). تاریخ فلسفه سیاسی غرب، انتشارات وزارت امور خارجه.
۱۴. عنایت، حمید (۱۳۸۴). بنیاد فلسفه سیاسی در غرب، انتشارات زمستان.
۱۵. قاری سید فاطمی، سید محمد (۱۳۸۸). حقوق بشر در جهان معاصر، دفتر یکم؛ درآمدی بر مباحث نظری: مفاهیم، مبانی، قلمرو و منابع، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
۱۶. موحد، محمدعلی (۱۳۸۱). در هوای حق و عدالت، از حقوق طبیعی تا حقوق بشر، تهران: نشر کارنامه.
۱۷. ممتاز، جمشید؛ رنجبریان، امیرحسین (۱۳۸۴). حقوق بین‌الملل بشردوستانه مخصصات مسلحانه داخلی، کمیته ملی حقوق بشردوستانه، تهران: میزان.
۱۸. نقیبه مفرد، حسام (۱۳۸۹). حکمرانی مطلوب در پرتو جهانی شدن حقوق بشر، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.

ب) مقالات

۱۹. الهویی نظری، حمید (۱۳۹۲). جایگاه اصول کلی حقوقی در آرای دیوان بین‌المللی دادگستری، فصلنامه حقوق دانشگاه تهران، ش ۴.
۲۰. شریفی طراز کوهی، حسین (۱۳۸۳). «درآمدی بر بنیان‌های نظری حقوق بشر»، فصلنامه نامه مفید، ش ۴۶.
۲۱. فلسفی، هدایت‌الله (۱۳۸۵). «حقوق بین‌الملل از اراده مطلق تا عقل و واقعیت، و از عقل و واقعیت تا بشریت»، سالنامه ایرانی حقوق بین‌الملل و تطبیقی، ش ۲.

۲. انگلیسی

A) Books

22. Abi-saab, G,(1984). *The Specificities of Humanitarian Law*, Oxford University Press.
23. Cassese, A,(1989). *International Law in a Divided World*, Clarendon Press.
24. Henkin, Louis,(1995-96). *Human Rights and State Sovereignty*, Columbia University.
25. H.J.Paton,(1971). *The categorical Imperative: A study in Kant s moral philosophy*.
26. Tomuschat, C,(1993). *Obligation Arising for States Without or Against Their Will*, 241 Res Cours.
27. Tomuschat, C,(1999). *International Law: ensuring the survival of mankind on the eve of a new century*, 281 Recueil des cours: Collected Courses of The Hague Academy of International Law.
28. Meron, Theodor,(1989). *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford University Press.
29. Schachter, O,(1982). *International Law in Theory and Practice*, 178 Recueil des cours: Collected Courses of The Hague Academy of International Law.
30. Hart, H, L, A, *The Concept of Law*,(1961), Oxford University Press.
31. Koskeniemi, Martti,(2005). *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge University Press.
32. *Millennium Declaration*,(2000). United Nations, A/55/1.2.
33. Freeman, M, D, A,(1994), *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, Sweet and Maxwell, London,
34. Bix, B, Natural Law Theory,(2000), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Blak Well Pub., Theologica, S, *Classia of Western Philosophy*, edited by Steven M, Cahn,(1990), Hackett Publishing Company Inc, 4th ed.
35. Verdross, A, Natural Law,(1954), *The Tradition of Universal Reason and Authority*, Ronald ST, J, McDonald and Douglas, M, Johnston (ed) *The Structure and Process of International Law Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory*.

36. G.I.A.D. Draper, *The Geneva Convention of 1949*,(1965), 114 Recueil des cours: Collected Courses of The Hague Academy of International Law.
37. R.J.Wilhelm,(1972), *Problems relatifs a la protection de la personne humaine par le droit international dans les conflits armes ne presentant pas un caractere international*, RCDI, tome 137.
38. G.Abi-Saab,(1986), *Conflits armes non internationaux*, in: *Les dismenions internationals du droit humanitaire*, UNESCO, Pedone, Paris.

B) Articles

39. Cassese, A,(2000). "The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky?" *European Journal of International Law*, Vol.II, No.1.
40. D'Amato, A, A,(1987). *Trashing Customary International Law*, 81 *American Journal of International Law*.
41. Elizabeth Roberts,(2011). "Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation", 95 *American Journal of International Law*.
42. Fidler David,(1996). "Challenging the Classical Concept of Custom", 46 *German Yearbook of International Law*.
43. Jennings, R,(1999). "The Identification of International Law", 58 *Indian Journal of International Law*.
44. Meron, T, The Martens Clause (2000), Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience, 78 *American Journal of International Law*.
45. Meron, T,(1986), On a Hierarchy of International Human Rights, 80 *American Journal of International Law*.
45. Weisburd, A,(1995). "The Emptiness of the Concept of Jus Cogens, as Illustrated by the War in Bosnia-Herzegovina", 17 *Michigan Journal of International Law*.
46. Bodansky, Daniel,(1995). "Customary (and Not So Customary) International Environmental Law", 3 *Indian Journal of Global Legal Stud.*
47. Weil,(1983). "Towards Relative Normativity in International law?", 77 *American Journal of International Law*.
48. Simma, B, Aleston, P,(1988-89). "The sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, and General Principles", *Astralian Yearbook of International Law*.
49. Hoffmann, T,(2006). "Dr.Opinio Juris and Mr.State Practice: The Strange Case of Customary International Humanitarian Law", *Budapest* .
50. Charney,(1993). "Universal International Law", 87 *American Journal of International Law*.
51. Coupland, Robin,(2001). "Humanity: What is it and How does it Influence International Law?", 83 *International Review of the Red Cross (IRRC)*.
52. Charlesworth, H, C, M,(1984-1987), "Customary International Law and the Nicaragua Case", 11 *Astralian Yearbook of International Law*.
53. The American Law Institute: "Restatement (Third) Foreign Relations Law of The United States",(1987). Vol.I.

C) Cases

54. Case concerning *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*,(1986). merits, ICJ Reports.
55. Case concerning *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, (1996). ICJ Reports.
56. --- Dissenting Opinions of Judges Shahabuddeen, Weeramantry & Weeramantry.
57. Case concerning *Legal Consequences of the Construction of A Wall in the Occupied Palestinian Territory*,(2004). ICJ Reports.
58. ICTY, *Kunarac Case*, (2001). Judgment, 22 February.
59. ICTY, *Kupreskic Case*,(2000). Judgment, 14 January.