

## ساختار آنالوگ حقوق بین الملل

عباسعلی کدخدایی<sup>۱</sup>، امیر مقامی<sup>۲\*</sup>

### چکیده

نظام حقوق بین الملل از همان ابتدا براساس بده — بستان و روابط متقابل دولت‌ها شکل گرفته است. چنین نظامی در حوزه‌های حقوق ماهوی و حقوق مسئولیت، بیشتر تداعی کننده ساختارهای حقوق خصوصی است و این، اصلی‌ترین آسیب برای تحقق یک نظم حقوقی دستوری است که بتواند با تکیه بر معیارهای سلسله‌مراتبی، از حق‌های بنیادین افراد حمایت کافی به عمل آورد. تحول حقوق بین الملل به سوی نظم جدید، از ورود آرمان‌های بشردوستانه به این نظام حقوقی تأثیر می‌پذیرد و چشم‌انداز آینده نشان می‌دهد که در پرتو چنین تحولی ممکن است ساختار حقوق مسئولیت و اجرای مسئولیت بین المللی نیز متحول شود.

### واژگان کلیدی

تعهدات ارگامنس، جامعه بین المللی، حقوق معاهدات، حقوق مسئولیت، ساختار.

۱. استاد گروه حقوق عمومی و بین الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران.

۲. استادیار، دانشکده حقوق و الهیات دانشگاه شهید اشرفی اصفهانی، اصفهان (نویسنده مسئول).

Email: amir.maghami@live.com

تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۱۲/۱۰، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۰۶/۲۳

## مقدمه

استفاده از عبارت «آنالوگ» در توصیف ساختار شکلی حقوق بین‌الملل، به‌جای تعبیر مرسوم «حقوق بین‌الملل سنتی»، به ماهیت آن ساختار و حتی پیامدهای آن، اشاره می‌کند. عبارت آنالوگ، نه تنها یادآور گذار عصر ارتباطات به فضای دیجیتال است، بلکه در خود معنایی جز «قیاس» و «نظاره» و «تشبیه» یا رابطهٔ یکان به یکان را افاده نمی‌کند و این دقیقاً گویای چگونگی آیین حقوق بین‌المللی ساختهٔ وستفالیاست.

این تعبیر، به‌نحو موجزی نشان می‌دهد که سازهٔ آیینی حقوق بین‌الملل، چیزی جز مجموعه‌ای از تعهدات «متقابل» نیست و در نتیجه، هر بازیگر بین‌المللی تنها تا جایی در برابر بازیگر دیگر متعهد است که دیگری چنین تعهدی را دارد. به‌عبارت دیگر، حقوق بین‌الملل چیزی جز تعهدات رودرو نیست که در نتیجهٔ آن ممکن است تعهدات بازیگر «الف» در برابر بازیگر «ب»، با تعهدات وی در برابر بازیگر «پ» متفاوت باشد و قس علیهذا.

به‌واقع، در این نگرش حقوق بین‌الملل برآمده از معاهدات دوجانبه‌ای است که تنها به‌واسطهٔ پیشرفت‌های فناوری بشری این فرصت و وسعت را یافته است که هرچه بیشتر با بازیگران دیگر گره بخورد و چندجانبه و بلکه همه‌جانبه شود. با وجود این، ظاهر چندجانبه یا حتی همه‌جانبه معاهدات مزبور، سبب نخواهد شد که ماهیت رودرویی تمامی تعهدات مزبور، دچار تغییر بنیادین شده و به تعهداتی اجتماعی تبدیل شود که «در برابر همگان» قابل استناد باشد. حتی حقوق عرفی نیز چنانکه خواهیم دید، از این روال مستثنا نیست.

شاهدمثال‌های فراوانی از رودرویی تعهدات — ولو در هنگامهٔ دستیابی به توافق‌های عمومی و فراگیر — می‌توان آورد که تنها به چند نمونه بسنده می‌شود. نتیجهٔ مشترک این ارزیابی‌های نمونه‌ای آن است که نشان می‌دهد موانع ساختاری جدی در نظم حقوقی بین‌المللی برای دستیابی به سطحی از دستورگرایی بین‌المللی وجود دارد. مقصود از دستورگرایی<sup>۱</sup> مجموعه‌ای از ترتیبات و نهادهای حقوقی است. حراست از منافع عمومی جامعهٔ سیاسی (بین‌المللی) و نیز تأمین حقوق و آزادی‌های بنیادین انسانی، متضمن سلسله‌مراتبی از هنجارهاست که اغلب وجهی انسان‌گرایانه دارند. دستورگرایی بین‌المللی در حدود ویژگی‌های خاص جامعهٔ بین‌المللی، هم مؤید ترتیب هنجارهای حقوقی است، هم پیوسته با حکومت قانون است و هم با تضمین حقوق اشخاص — و نه دولت‌ها — سروکار دارد و به‌علاوه تقسیم‌کنندهٔ اختیارات منفک قوای حاکمیتی است. علاوه‌بر این، تصویر حقوق بین‌الملل را از مجموعهٔ قواعد پراکنده به یک «نظام حقوقی» دارای انسجام و شفافیت و پیش‌بینی‌پذیری نسبی تبدیل می‌کند. حال آنکه روابط بین‌الملل نه تنها اشخاص را به‌ندرت، بازیگر و تابع خویش محسوب می‌دارد، بلکه اساساً فاقد

نظام حکمرانی همچون نظام‌های داخلی است. حال، ساختار آنالوگ حقوق حاکم بر این روابط نیز برای نیل به دستورگرایی شاید دست‌وپاگیر باشد.

شاید بتوان گفت یک مجموعه هنجارهای آنالوگ، از نظر شکلی شایسته عنوان «ساختار» هم نیست. در مقابل این شرح رهن دستورگرایی، دستورگرایی را در چارچوب زبان رقومی (دیجیتال) تازه حقوق بین‌الملل توصیف خواهیم کرد که در کنار زبان قیاسی (آنالوگ) متولد می‌شود، رشد می‌یابد و در انتظار بلوغ خویش است. پس از بازشناختن زبان حقوق بین‌الملل، شاید بتوان در مدعای نام «حقوق بین‌الملل» نیز به جست‌وجو پرداخت و در نهایت این پرسش را مطرح کرد که آیا حقوق بین‌الملل، ساختار و چارچوب تازه‌ای را می‌پذیرد؟

### مبحث اول: وجوه «یک در برابر یک» ایجاد تعهدات بین‌المللی

اگر بگوییم حقوق بین‌الملل آنالوگ، عبارت است از تعهدات متقابل دولت‌ها در برابر یکدیگر، شاید در همین تعبیر کوتاه، هیچ نکته‌ای ناگفته نمانده باشد. برای مثال و به‌عنوان یک متن کلاسیک، واتل، اصطلاح حقوق ملل را در چارچوب نظم حق در برابر تکلیف، تعریف می‌کند: «حقوق [بین‌الملل] عبارت است از علمی که حق‌های موجود میان ملت‌ها یا دولت‌ها و تعهدات مقابل آن‌ها را می‌آموزد» (Vattel, 2008: 67). این رابطه متقابل میان حق و تکلیف که بسان یک رابطه «معوض»، مطالعه می‌شود، همان چیزی است که از آن به رابطه «یک در برابر یک» تعبیر می‌کنیم؛ زیرا هر ذی‌حق معین در قبال یک حق معین در برابر یک ذی‌تکلیف معین که به‌سبب آن حق، تکلیف معینی یافته است، محق به مطالبه است (Ibid: 342). این تعیین منفرد است که سبب می‌شود بر چهره یک در برابر یک ادراک کلاسیک حقوق بین‌الملل، اصرار ورزیم. پس حقوق بین‌الملل سنتی یک ساختار معاوضی و غیرتوزیعی دارد که در فهم سنتی از حقوق، کاملاً عادلانه است (رستم‌زاد، ۱۳۸۴: ۲۱).

با وجود این، ممکن است تصور شود، چندجانبه‌گرایی در روابط بین‌المللی که در قالب‌هایی مانند دیپلماسی چندجانبه و سازمان‌های بین‌المللی نمایان شده و به بروز و انعقاد صدها معاهده چندجانبه منجر شده است - که هر کدام از آنها به روی تمامی دولت‌ها «باز» هستند و فراگیری و جهانشمولی از جمله اهداف چنین اسنادی بوده است - حقوق بین‌الملل را به پایان عصر آنالوگ خود رسانده است. باید توجه داشت که حقوق بین‌الملل، در منشور ملل متحد خلاصه نمی‌شود، بلکه منشور، بخشی مهم از حقوق بین‌الملل است که شاید بتوان گفت، گذار روابط بین‌المللی از عصر آنالوگ به دوران دیجیتال را تسهیل، کنترل و هدایت کرده است و همچنان به این نقش خود ادامه می‌دهد.

## گفتار اول: از منظر حقوق معاهدات

معاهدات بین‌المللی، مرسوم‌ترین آیین قانون‌سازی در حقوق بین‌الملل کنونی‌اند که همچنان شکل سنتی خود را محفوظ داشته‌اند. با اینکه حرکت جامعه بین‌المللی به سوی «تدوین و توسعه حقوق بین‌الملل» به عنوان یک امر مطلوب، ساختار شکلی این فرایند، همچنان آنالوگ باقی مانده است و هر دولت، در برابر دولت دیگر، فقط تا جایی تعهد می‌پذیرد که آن دولت نیز به همان ترتیب، متعهد شده باشد و بدین وسیله، یکجانبه نبودن تعهدات تضمین می‌شود (همان: ۲۲)، یعنی تعهدات مندرج در معاهدات بین‌المللی چهره‌ای «یک در برابر یک» دارند و به عبارت دیگر هر معاهده - هر چند با تعداد اعضای بسیاری - در واقع به مجموعه‌ای از معاهدات دوجانبه براساس فرمول ریاضی زیر تفکیک پذیر است:

$$\text{A treaty with } (n) \text{ members} = (n-1) + (n-2) + (n-3) + \dots + (n-(n-1)) \text{ treaties}$$

(n) : Members of a treaty

به زبان ساده، آنچه در عالم واقع به عنوان «یک معاهده واحد» با تعدادی عضو (مثلاً ۱۲۰ دولت) دیده می‌شود، از نظر تکنیک حقوقی بین‌المللی به تعداد بسیاری معاهده تفکیک می‌شود که در این مورد عبارت است از  $119 + 118 + 117 + \dots + 1$  معاهده. البته حاصل جمع مزبور با این فرمول جایگشتی، ساده می‌شود:

$$C(n,r) = \frac{n!}{(n-r)!r!}$$

در نتیجه:

$$C(120,2) = \frac{120!}{(120-2)!2!} = 7140$$

بنابراین، یک معاهده چندجانبه با عضویت ۱۲۰ دولت، متشکل از ۷۱۴۰ رابطه حقوقی دوجانبه است. پس ظاهر فراگیر معاهدات، حتی آن دسته از معاهدات حقوق بشر که مدعای حمایت ارزش‌های بنیادین اخلاقی و انسانی عموم جامعه بشری را مطرح می‌کنند، نباید موجب انحراف از این واقعیت شود که در حقیقت، با مجموعه‌ای از معاهدات دوجانبه روبه‌رو هستیم؛ به عبارتی چند روح (به تعداد معین براساس فرمول بالا) در یک صورت. ممکن است چنین وضعیتی سبب شود، با اثبات عدم امکان تحقق دستورگرایی شکلی، حقوق بین‌الملل به دستورگرایی ماهوی رضایت دهد که همان ارزش‌های مورد حمایت این معاهدات است که فارغ از وجه رضایی حقوق بین‌الملل، اعتبار یابند. از بین موارد متعددی که می‌توان برای شرح زبان آنالوگ ساخت قواعد حقوق بین‌الملل از مجرای معاهدات بررسی کرد، تنها به شرحی بر مسائل حق شرط، جایگزینی معاهدات (جدید)

و فسخ ناشی از نقض اساسی معاهده اکتفا می‌شود. مسائل دیگری مانند حقوق و تعهدات کشورهای ثالث، اصلاح یا تعلیق معاهده چندجانبه و خروج از معاهده نیز در این مقال می‌گنجد، اما برای بیان هدف این رساله، به موارد مذکور اکتفا می‌شود. در مقابل، ممکن است بتوان ادعا کرد برخی مناظر حقوق معاهدات، جلوه‌ای رقومی دارد؛ که به‌ویژه در مسائل مربوط به قواعد آمره خودنمایی می‌کند که در بندی جداگانه به این موضوع خواهیم پرداخت.

### بند اول - حق شرط در معاهدات چندجانبه

ساده‌ترین دلیل برای اثبات آنکه یک معاهده چندجانبه، در واقع مجموعه‌ای از معاهدات دوجانبه است، در مفهوم تحدید تعهد (حق شرط)، قابل بیان است. ماده ۲۱ کنوانسیون ۱۹۶۹ وین در زمینه حقوق معاهدات به‌خوبی یکان به یکان بودن تعهدات قراردادی را توصیف می‌کند. به موجب این ماده، در پی تحدید تعهد از سوی یک دولت، برای آن کشور، آن قسمت و به همان میزان از معاهده که موضوع تحدید قرار گرفته، تعدیل می‌شود و به‌طور متقابل برای «طرف دیگر» نیز همان قسمت از معاهده تا همان میزان در قبال کشوری که تحدید تعهد کرده است، تعدیل می‌شود.

چنانچه کشوری که با تحدید تعهد مخالفت ورزیده، با لازم‌الاجرا شدن معاهده «بین خود و کشوری که به تحدید تعهد اقدام کرده است»، مخالفت نکند، آن قسمت از معاهده که موضوع تحدید تعهد بوده است، بین آنها اعمال نخواهد شد. به‌عبارت دیگر، ممکن است کشوری که با تحدید تعهد مخالفت می‌کند، اساساً مخالف لازم‌الاجرا شدن معاهده (چندجانبه) میان خود و کشور ذی‌ربط باشد. به‌عبارت دیگر، ارزیابی اعتبار حق شرط نمی‌تواند کار قاضی باشد، مگر آنکه دولت‌ها به این امر رضایت دهند (کک دین و دیگران، ۱۳۸۲: ۲۹۴). دلیل این تقسیم کار نیز مشخص است؛ این دولت‌ها هستند که می‌توانند و باید در مورد مشارکت در معاهده با وجود اراده محدود دولت‌های دیگر تصمیم بگیرند و حدود تعهدات متقابل خود را روشن سازند. بنابراین چه تحقق پیامدهای سلبی تحدید تعهد و چه مخالفت یا اعتراض دولت‌های دیگر، مسئله‌ای اجتماعی یا فراگیر و همگانی محسوب نمی‌شود، بلکه به روابط یک به یک کشورها با کشوری که اقدام به تحدید تعهد کرده است، بازمی‌گردد.

مقایسه معاهدات با قراردادهای الحاقی حقوق عمومی داخلی بیشتر موضع بحث را روشن می‌سازد. در قراردادهای الحاقی، مجموعه‌ای از قرارداد دوجانبه میان کارگزار دولتی و هر یک از طرف‌های او (مشتریان) قابل شناسایی است و ارتباطی میان مشتریان با یکدیگر وجود ندارد و حقوق و تعهدات هیچ‌یک درباره دیگری اثرگذار نیست. درحالی‌که در معاهده بین‌المللی، همه طرف‌ها با یکدیگر روبه‌رو هستند و حقوق هر یک بر حقوق دیگران نسبت به وی، اثر می‌گذارد. با این حال، دو مورد که جنبه استثنایی دارد، نشان می‌دهد که دولت‌ها علاقه‌مندند در کنار

این زبان قیاسی، در موقع لزوم از زبان رقومی نیز بهره ببرند. از جمله ماده ۲۰ کنوانسیون مقرر کرده است در مواردی که از اوضاع و احوالی مانند تعداد محدود دولت‌های مذاکره‌کننده یا هدف معاهده معلوم نشود که اجرای معاهده «در کلیت آن» نسبت به تمام کشورهای عضو، ضروری است، تحدید تعهد منوط به موافقت همه طرف‌هاست.

دیوان بین‌المللی دادگستری در نظریه مشورتی حق شرط بر کنوانسیون منع نسل‌زدایی بیان کرد دولتی که حق شرطی مطابق با هدف و موضوع معاهده اعلام کرده است، همچنان طرف معاهده محسوب می‌شود و در غیر این صورت (عدم مطابقت حق شرط)، عضو معاهده محسوب نخواهد شد (ICJ, 1951: 28).

در ادامه دیوان، همین زبان آنالوگ را ادامه داده و معتقد است چنانچه کشوری، حق شرط را مغایر هدف و موضوع معاهده بیندارد، به این معناست که در روابط او و کشور شرط‌گذار، کشور اخیر عضو معاهده تلقی نمی‌شود و چنانچه حق شرط پذیرفته شود، کشور شرط‌گذار عضو معاهده محسوب خواهد شد (Ibid: 29).

در چارچوب قواعد کنونی حقوق معاهدات، یک دولت می‌تواند با اعلام مخالفت حق شرط دولت دیگر با هدف و موضوع معاهده، آن دولت را از دایره تعهدات و حقوق خود نسبت به آن معاهده معین کنار بگذارد و موضوعی حقوقی را به امر دیپلماسی احاله دهد. به عبارت دیگر، حتی جنبه اجتماعی ضرورت عدم مغایرت حق شرط با هدف و موضوع معاهدات چندجانبه، در عمل مانع از آن نیست که چنین معاهده‌ای را به معاهداتی دوجانبه تفکیک کنیم.

نکته دیگر در مورد سند تأسیس سازمان‌های بین‌المللی است که حق شرط باید از سوی رکن ذی‌صلاح آن سازمان (و نه الزاماً همه دولت‌های عضو) قبول شود. با در نظر داشتن اینکه اسناد تأسیس سازمان‌ها، همزمان دارای دو بعد تأسیسی (دستوری) و قراردادی هستند، استثنای اخیر نیز تأثیر پررنگی بر تغییر چهره آنالوگ حقوق بین‌الملل نخواهد داشت.

در مجموع، پیش‌بینی حق شرط در معاهدات، امکان ابراز مخالفت از سوی هر دولت و تأثیرگذاری چنین مخالفتی نشان می‌دهد، معاهدات، هنوز یکان به یکان مورد استناد قرار می‌گیرند؛ در حالی که پذیرش هنجارهایی در خصوص مشاوره و رایزنی درباره تأیید حق شرط و عدم تأثیرگذاری حق شرط تا زمان تأیید آن از سوی همه دولت‌های عضو — که با وضعیت کنونی جامعه بین‌المللی، پیشنهادی غیرواقع‌بینانه به نظر می‌رسد — می‌توانست جمع‌گرایی و فراگیری این معاهدات را تضمین کند؛ چنانکه آلن پله، توافق دسته‌جمعی را قاعده سنتی در خصوص پذیرش حق شرط توصیف می‌کند (Pellet, 2013: 1078). رویه سنتی مزبور در جامعه ملل مرعی بود که به موجب آن، حق شرط در صورتی مورد قبول خواهد بود که تمامی دولت‌های عضو معاهده آن را می‌پذیرفتند و فقط با وجود یک مخالفت، دولت شرط‌گذار نمی‌توانست عضو معاهده باشد (کک دین و دیگران، پیشین: ۲۹۲).

به اعتقاد پله، نظام وین دربارهٔ حق شرط، متوازن، باثبات و قابل انطباق است و ضمن اینکه در تمام معاهدات قابل کاربرد است، می‌تواند جهانشمولی مورد نظر و تمامیت معاهده را حفظ کند. با وجود این نظر، می‌توان گفت دست کم مسئلهٔ پیامدهای حق شرط از جمله تأثیر آن در هنجارهای مربوط به روابط اعضای معاهده و اعتراض به حق شرط، که به تفکیک معاهده منجر می‌شود، نوعی تصمیم سیاسی ناشی از ضرورت‌های روابط بین‌المللی است تا مصلحتی حقوقی. احتمالاً می‌توان گفت مسئلهٔ تفکیک معاهدهٔ واحد به مجموعه روابط دوجانبه، بیشتر تمایلات و منافع دولت‌ها را در «جهان نامتحد» کنونی تأمین می‌کند و بیشتر بیانگر میل دولت‌ها به عدم انتظام حقوق بین‌الملل اجتماعی است. به عبارت دیگر، زمانی که روابط بین‌المللی قیاسی و آنالوگ است، طبیعتاً حقوق بین‌الملل نیز همین صورت را خواهد داشت.

به‌علاوه در ضمن مقررات حق شرط نیز برابر بند ۲ مادهٔ ۲۰ که اشاره‌ای به تعهدات به هم وابسته<sup>۱</sup> محسوب می‌شود، در موردی که جاری بودن معاهده «در کلیت آن»، نسبت به تمام طرف‌ها، شرط ضروری هر یک برای التزام باشد، تحدید تعهد باید مورد قبول «همهٔ طرف‌های معاهده» قرار گیرد. با وجود اشاره به پذیرش همهٔ طرف‌ها در صورت به‌هم‌پیوستگی معاهده نیز، این امر موجب آن نخواهد شد که روابط دولت‌های عضو از حالت آنالوگ خارج شود و حکم اخیر، نسبت به تعدادی از روابط یکان به یکان (دولت شرط گذار در برابر یکایک دولت‌های عضو دیگر) جاری است.

با پذیرش تفکیک معاهدهٔ واحد به مجموعه معاهدات دوجانبهٔ مشمول حق شرط‌های متعدد، نتیجهٔ حاصله این خواهد بود که حقوق و تعهدات هر دولت در برابر هر دولت دیگر، الزاماً با حقوق و تعهدات وی در برابر دولت‌های عضو دیگر یکسان نخواهد بود و ممکن است معاهده به یکسان‌سازی حقوق و تعهدات بین‌المللی دولت‌های عضو منجر نشود؛ بلکه شبکهٔ پیچیده‌ای از حقوق و تعهدات متقابل را بیافریند و در نهایت چیزی جز بقای اصل «رفتار متقابل»، حاصل دیگری محصول نشده است.

### بند دوم - معاهدات جانشین

در روابط بین‌المللی و حتی در سطح چندجانبه به‌وفور مشاهده می‌شود که یک معاهده با تدوین و تصویب معاهدهٔ مؤخر، نسخ یا تصحیح و تکمیل می‌شود. معاهدات مربوط به حقوق بشردوستانه و حقوق دریاها از جملهٔ این اسناد هستند. همچنین می‌توان مواردی را به‌خاطر آورد که یک کشور همزمان تعهداتی را نسبت به یک معاهدهٔ فراگیر و یک معاهدهٔ منطقه‌ای دارد که ممکن است برخی هنجارهای حقوقی معاهدهٔ مؤخر، با هنجارهای معاهدهٔ مقدم

مطابقت نداشته باشد. برای مثال، یک دولت اروپایی ممکن است همزمان با عضویت در میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، عضو اسناد مؤسس اتحادیه اروپا (شامل منشور حقوق بنیادین) (کدخدایی، ۱۳۸۳: ۷۵) و کنوانسیون اروپایی حقوق بشر نیز باشد که بعضاً موضوعات مشابهی را مطرح کرده‌اند. اگرچه ممکن است دعوایی بر مبنای کنوانسیون اروپایی، در دیوان بین‌المللی دادگستری قابل طرح باشد، مبنای صلاحیت و قانون حاکم در مراجع اروپایی، اسناد اروپایی خواهند بود.

بحث درباره کثرت هنجاری در حقوق بین‌الملل، نسبتاً غنی شده است؛ به‌علاوه هم کنوانسیون حقوق معاهدات و هم یافته‌های کمیسیون حقوق بین‌الملل، آن قسمت از تکتک را که به معاهدات بین‌المللی مرتبط است، ساده کرده‌اند: نسخ قانون مقدم به‌وسیله قانون مؤخر. برابر بند ۴ ماده ۳۰ کنوانسیون و با در نظر داشتن مفاد ماده ۵۹، بین کشوری که طرف هر دو معاهده (مقدم و مؤخر) است و کشوری که فقط طرف یکی از دو معاهده است، فارغ از تقدم و تأخر زمان لازم‌الاجرا شدن، همان معاهده‌ای لازم‌الاجراست که میان دو طرف مشترک است. به‌علاوه میان کشورهایی که طرف هر دو معاهده هستند، تا جایی که در معاهده مؤخر تصریح نشده باشد یا تعارض مفاد آن ایجاد نکند؛ هر دو معاهده و در غیر این صورت، معاهده مؤخر معتبر خواهد بود. بنابراین و برای مثال، یک دولت اروپایی ممکن است نسبت به یک دولت، در چارچوب اسناد اروپایی حقوق بشر و نسبت به یک دولت دیگر در چارچوب میثاق متعهد باشد و از آنجا که نظام اروپایی، نظامی جداگانه محسوب می‌شود که تابع رژیم خاص خود است، چنانچه اجرای دو نظام به‌طور همزمان میسر نباشد، لاجرم باید تعهدات این دولت نسبت به یکی از دولت‌ها نقض شود.

در چنین مواردی، این پیشنهاد مطرح شده است که «قاعده مطلوب‌تر» برای حل تعارض، معیار قرار گیرد. با اینکه چنین روالی، در راستای شناسایی حقوق بیشتر و تضمین مؤثرتر حقوق برای «افراد» و در چارچوب غایات دستورگرایی قابل اعتناست، دست‌کم با این نقص روبه‌روست که تنها حوزه معاهدات حقوق بشر را تحت پوشش قرار می‌دهد. بنابراین تعارض میان یک تعهد حقوق بشری و یک تعهد معمولی در چارچوب دو معاهده میان دو کشور، همچنان در قالب‌های سنتی مورد اشاره، قابل رفع خواهد بود.

فارغ از این پیامدها، آنچه در اینجا اهمیت دارد این است که نظام بین‌المللی، تکتک هنجاری را درون خویش پدید آورده است. این امر نیز ناشی از رویکرد آنالوگ حقوق معاهدات بین‌المللی است. ویژگی آنالوگ حقوق بین‌الملل سبب می‌شود، هیچ معاهده مؤخری نتواند حقوق ناشی از معاهدات یا عرف‌های مقدم نسبت به اشخاص ثالث را مخدوش کند. اعتبار حقوق مکتسبه بازیگران ثالث، از جمله یافته‌های کمیسیون حقوق بین‌الملل در مطالعه از هم‌گسیختگی حقوق بین‌الملل نیز است.



در اینجا نیز با توجه به فقدان قوه مقننه واحد بین‌المللی که به طور قهری عمل کند، و از آنجا که اراده و تصمیم (هرچند متعارض دولت‌ها)، تعهدات و حقوق آنها را در نظم آنالوگ — که مبتنی بر رفتار متقابل است — تنظیم می‌کند، چنین اتفاقی غیرمنتظره تلقی نخواهد شد.

### بند سوم - فسخ ناشی از نقض قواعد اساسی معاهده

با توجه به نواقص نظام قضایی اختیاری بین‌المللی، و با در نظر گرفتن بنیان «متقابل» حقوق بین‌الملل، طبیعی است که «خودیاری» نه تنها مجاز باشد؛ بلکه خود به‌عنوان یک ضمانت اجرای حقوق بین‌المللی و در شرایطی نیز ابزار حل و فصل اختلافات محسوب شود (Noortmann, 2005: 91). در این زمینه، توسل به دفاع مشروع استثنای غیرقابل حذف حقوق توسل به زور نیز تلقی می‌شود.

«خودیاری» در برابر نقض معاهدات نیز به انعطاف‌پذیری بیشتر جنبه قراردادی آنالوگ حقوق بین‌الملل کمک می‌کند. در این زمینه، حقوق بین‌الملل در برابر دولتی که از تعهدات خود به موجب یک معاهده می‌گریزد، به دولت‌های دیگر اجازه می‌دهد بدون طی مراحل قضایی یا ماهوی دیگر — که ممکن است در نظام‌های حقوقی داخلی ضروری باشند — به فسخ یکجانبه معاهده اقدام کند.

ماده ۶۰ کنوانسیون وین، در برابر نقض اساسی یک معاهده چندجانبه به دولت‌های دیگر حق می‌دهد از طریق توافق جمعی، معاهده را به طور کامل یا جزئی در روابط میان همه دولت‌های عضو، تعلیق یا فسخ کنند یا اجرای آن را در روابط خود با دولت متخلف، به حال تعلیق درآورند یا فسخ کنند. علاوه بر این، فارغ از حصول چنین توافقی — که بعید به نظر می‌رسد قابل حصول باشد — به دولت زیان‌دیده این امکان را می‌دهد که با استناد به چنین نقض اساسی، تمام یا جزئی از معاهده را در روابط خود با دولت متخلف تعلیق یا فسخ کند. در نتیجه می‌توان گفت ماده ۶۰ مزبور، بین جمع‌گرایی و فردگرایی توازن برقرار می‌کند و ضمن امکان تصمیم‌گیری جمعی، تصمیم فردی دولت‌ها را نیز محترم می‌شمارد. شق «ب» بند ۲ این ماده که متضمن اقدام فردی دولت زیان‌دیده است، نتیجه زبان آنالوگ حقوق بین‌الملل است که در پی آن، یکی از اجزای معاهده چندجانبه، معاهده‌ای دوجانبه میان دولت متخلف و دولت زیان‌دیده است و بدون آنکه به دیگر اجزای معاهده (روابط یکان به یکان دیگر اعضا)، خدشه‌ای وارد شود، تنها همین یک جزء به حالت تعلیق درمی‌آید یا فسخ می‌شود.

نقطه مقابل یا آنتی‌تزی چنین رویکرد آنالوگی این است که در صورت نقض اساسی معاهده چندجانبه از سوی یکی از دولت‌ها، همه دولت‌های عضو بتوانند چنین نقضی را برای فسخ یا

تعلیق معاهده در روابط میان خود با دولت متخلف مورد استناد قرار دهند؛ بی‌آنکه چنین اراده‌ای با اراده دیگر دولت‌های عضو و توافق جمعی آنها گره بخورد. در مبحث آتی، به این نکته خواهیم پرداخت که اساساً فقط «زیان‌دیده» بودن یک دولت به وی حق استناد به نقض و مسئولیت دولت متخلف را می‌دهد و زیان‌دیدگی دسته‌جمعی دولت‌های عضو یک معاهده، وضعیتی استثنایی است که به صرف چندجانبه بودن معاهده مربوط، اتفاق نمی‌افتد.

#### بند چهارم - نشانه‌های دیجیتال شدن حقوق معاهدات

از آنجا که «توسعه حقوق بین‌الملل» به‌ویژه از طریق نهادهایی مانند کمیسیون حقوق بین‌الملل، انکارناپذیر و واقع‌های ناگزیر به‌شمار می‌آید، می‌توان برخی روابط یک به صفر (رقومی - دیجیتال) را نیز در میان کنوانسیون حقوق معاهدات جست‌وجو کرد. بی‌شک، بارزترین نماد حقوق بین‌الملل پسا‌آنالوگ، بروز و ظهور قواعد آمره است که مشخصاً پس از طرح در کنوانسیون مزبور، در نظام حقوق بین‌الملل و هر گونه برداشت و تحلیل از آن جایگاه خاصی یافته است. مواد ۵۳، ۶۴ و ۷۱ کنوانسیون به ابعاد گوناگون حقوقی ناشی از قواعد آمره پرداخته است.

با در نظر گرفتن مفاد ماده ۵۳ فوق، شناسایی یک قاعده حقوق بین‌الملل امری و رای حقوق قراردادی است و با اعتبار مفهوم جامعه بین‌المللی، شناسایی چنین قاعده‌ای را ناشی از رویه «جامعه بین‌المللی در کل» معرفی می‌کند. این قاعده، بر کلیت معاهده و نیز اجزای یکان به یکان معاهدات چندجانبه حاکم است و تمامی معاهده ناقض خویش را بی‌اعتبار می‌سازد. همچنین، طرف‌های معاهده از ادامه انجام تعهدات خود معاف خواهند بود و باید روابط متقابل فی‌مابین را با قاعده آمره جدید سازگار سازند.

همچنین می‌توان به ماده ۵۶ اشاره کرد که با تمهید اصل عدم امکان خروج، بقای تعهدات قراردادی را با وجود عدم استمرار رضایت دولت عضو مقرر کرده است. در ماده ۵۷ نیز ضرورت «رضایت کلیه طرف‌های معاهده» برای تعلیق توافقی آن پیش‌بینی شده است؛ درحالی که برابر زبان آنالوگ، طبیعتاً یک رضایت دوجانبه در معاهده‌ای چندجانبه می‌تواند موجب تعلیق توافقی آن باشد. چه بسا با توجه به سرشت آنالوگ حقوق معاهدات، همچنان بتوان ادعا کرد که مقرر ماده ۵۷ مانع از آن نیست که تعداد محدودی (دو یا چند دولت) از دولت‌های عضو معاهده، بتوانند نسبت به تعلیق معاهده در روابط میان خود اقدام کنند؛ بدون آنکه این تعلیق در رابطه آنها با دیگر اعضا تأثیرگذار باشد.

علاوه بر این رویه دیوان بین‌المللی دادگستری در نظر مشورتی حق شرط بر معاهده منع نسل‌زدایی که بعداً در کنوانسیون وین تأیید شد، نشان می‌دهد که حق شرط نباید

با موضوع و هدف معاهده مغایرت داشته باشد. مسئله موضوع و هدف معاهده، یک امر اجتماعی محسوب می‌شود و ذاتاً از حوزه روابط یک به یک، خارج است. با وجود این، همان‌گونه که مشاهده شد، ارزیابی اینکه حق شرط، با موضوع و هدف معاهده مغایرت دارد یا نه، به دولت‌های دیگر واگذار شده و همین ارزیابی‌های انفرادی پیامدهای قیاسی حق شرط را رقم می‌زند.

در مجموع به نظر می‌رسد، نه کنوانسیون حقوق معاهدات و نه رویه‌های پس از آن، نشانی از حذف زبان آنالوگ حقوق معاهدات ندارد؛ بلکه تثبیت زبان دیجیتال است که با چالش مواجه است.

### گفتار دوم: از منظر حقوق عرفی

سیالیت و پویایی حقوق بین‌الملل عرفی، امکان انطباق آن با ضرورت‌های زیست دسته‌جمعی بین‌المللی را فراهم می‌کند؛ به‌ویژه آنکه رضایی بودن هنجارهای عرفی بین‌المللی دست‌کم در مواردی مانند بازگشت از رضایت دولت (به هر دلیلی از جمله تغییر حکومت)، و تعهدات عرفی دولت‌های تازه‌تأسیس، چندان معتبر به نظر نمی‌رسد.

یکی از نظریاتی که ممکن است بتواند چگونگی پیدایش و شناسایی یک هنجار عرفی را نشان دهد، نظریه بازی است. برابر این نظریه، توافق دولت‌ها بر یک رویه مشترک و یکسان در گذر زمان، حاصل و نتیجه یک بازی است که به وضعیتی مطلوب برای همه بازیگران منجر شده است یا حداقل، از نظر پراکندگی قدرت، وضعیتی مطلوب‌تر قابل حصول نبوده است که بتواند خواسته‌های احیاناً متفاوت بازیگران را به‌طور هم‌زمان، پوشش دهد.

نظریه بازی، اگرچه وضعیت یک بازی با چند بازیگر را ترسیم می‌کند، در عین حال و از آنجا که منافع و رقابت‌های دوگانه و چندگانه در قالب بازی دسته‌جمعی قابل تصور است، نمی‌توان انتظار داشت این نظریه، چیزی جز تبیین رقابت آنالوگ بازیگران باشد. هرچند در اینجا نیز، نتیجه نهایی بازی در امتیازهای کسب‌شده تمامی بازیگران تجلی می‌یابد و چنانچه حاصل بازی با جمع مثبت باشد، می‌توان گفت همه طرف‌ها در دستیابی به هدف خود توفیق یافته‌اند و در واقع، نتیجه حاصله، همان وضعیتی است که برای همه بازیگران از مطلوبیت - نسبی یا کافی - برخوردار است.

به‌عبارتی، هنجار عرفی حاصل از تلاش و رویه‌سازی بازیگران، بازتاب رقابت‌های یکان به یکان آنهاست که در یک بازی نامحسوس - نسبت به روند تدوین معاهده - به رقابت‌های دوگانه متعدد با یکدیگر مشغول‌اند.

با کنار زدن نقاب «بازی» و مشاهده «بازی‌ها»ی درون آن - که مانند داستان‌های فرعی در قالب یک داستان نمایشی اصلی‌اند - چیزی جز عرف‌های آنالوگ باقی نمی‌ماند و در واقع،

همچنان روابط دولتها به شکلی یک به یک، تنظیم می‌شود؛ حتی اگر اغلب عرفها بر خلاف معاهدات، جنبه جهانشمول داشته باشند (Hall, 2001: 287). حتی توسل دولتها و مراجع قضایی بین‌المللی به رویه دولتهایی به جز دولتهای طرف اختلاف در شناسایی یک عرف بین‌المللی نباید این توهم را به وجود آورد که دولتهای دیگر، حقوق حاکم بر دولتهای طرف اختلاف را ساخته‌اند؛ بلکه در حقیقت باید گفت حاصل جمع بازی‌های فرعی — شامل عملکرد طرفین اختلاف و طرفهای ثالث — است که نتیجه مجموعه «بازی» را تعیین و آن را بر همه بازیگران تحمیل کرده است و این حاصل اعتبار اجتماعی عرف است؛ نه یک بازی واحد فاقد اجزای درونی.

اساساً این تصور که حقوق عرفی، زبان دیجیتال حقوق بین‌الملل است که هنجارهای خویش را از منبع واحد ناملموس و غیرمتشکلی به نام جامعه بین‌المللی فراهم می‌سازد، باید با ارزیابی پیشینه شناسایی «عرف» به‌عنوان سازنده اصلی قاعده حقوقی به سنجش گذارد. در این زمینه، آنچه به‌عنوان عرف، منبع اصلی حقوق بین‌الملل تلقی می‌شود، ناشی از سنت حقوقی کامن‌لا بوده که در روند تاریخی منحصربه‌فردی، «عرف مشترک» مناطق گوناگون تحت سلطه امپراتوری را از طریق فرایند قیاس قضایی، به‌عنوان هنجارهای حقوقی معتبر و لازم‌الاجرا شناسایی کرده است. این عرفهای مشترک، در غیاب اراده و علم بازیگران نسبت به حضورشان در «بازی» و به‌صورت نظم خودجوش اجتماعی حاصل شده است. کک دین، پله و دنیه نیز حقوق عرفی و حتی اصول کلی حقوق را منابع «خودجوش» حقوق بین‌الملل توصیف می‌کنند (کک دین و دیگران، پیشین: ۵۱۹) که بسیونی نیز آنها را منبع تفسیر حقوق بین‌الملل، ابزار توسعه هنجارهای جدید قراردادی و عرفی و منبع مکمل حقوق عرفی و قراردادی می‌خواند. (Bassiouni, 1990: 776)

با این دیدگاه، تنزل عرف به اراده‌گرایی که آن را صرفاً ناشی از اراده دولت می‌داند، مردود تلقی می‌شود؛ چه آنکه چنین رویکردی نقش بنیادی و چه‌بسا انحصاری برای عنصر روانی عرف پدید می‌آورد. آن نگاه اراده‌گرایانه در رأی دیوان دائمی در قضیه لوتوس که هم قرارداد و هم عرف را ناشی از پیوند اراده دولتها می‌داند، بازتاب یافت. دیوان در قضیه مزبور پس از تأکید بر استقلال دولتها به‌عنوان تابعان حقوق بین‌الملل، بیان داشت که «قواعد عمومی الزام‌آور برای دولتها از اراده آزاد خود آنها ناشی می‌شود که در معاهدات به ظهور رسیده یا به‌وسیله عرف‌هایی اعلام شده که عموماً بیانگر اصول حقوقی بوده است... بنابراین نمی‌توان فرض را بر محدودیت استقلال دولتها نهاد» (PCIJ, 1927: 18).

چنین رویکردی در بادی نظر به نظام‌زدایی از حقوق بین‌الملل منجر می‌شود (Crawford, 2013: 54) اما از منظر جامعه‌شناسی حقوق، چنین خوانش اراده‌محورانه‌ای با واقعیت اجتماعی پیدایی هنجار حقوقی (بین‌الملل) سازگار نیست؛ گو اینکه خود دیوان نیز دست کم در خصوص

عرف‌ها دوپهلوی سخن گفته و به‌طور ضمنی به این نکته اشاره دارد که اراده دولت‌ها به عرف، جلوه‌ای از پرتو اصول حقوقی است؛ بی‌آنکه در مورد چیستی یا منشأ این اصول و ارتباط موجودیت آنها با اراده دولت‌ها سخنی بگوید. گویی از این‌روست که زیما و پائولوس معتقدند اتفاقاً رویکرد لوتوسی، تصدیق جامعه‌محوری حقوق بین‌الملل است، زیرا اراده دولت‌ها در چارچوب نهادهای حقوقی بین‌المللی معنا یافته است و نه در خلأ انزوا و انفراد. بنابراین آنها منافع فردی خود را از طریق نهادهای چندجانبه پی می‌گیرند (Simma and Paulus, 1998: 277) و نظمی خودجوش را سامان می‌دهند.

این نظم خودجوش، همزمان متأثر از سنت‌های فرهنگی و منطقه‌ای و رقابت‌های شخصی یا گروهی است و دلیلی ندارد که چنین رقابتی، به‌صورت همزمان یک «بازی» واحد تلقی شود. بلکه براساس توضیح بالا، نتیجه حاصل از مجموعه‌ای از بازی‌ها و رقابت‌هاست که به‌عنوان هنجار حقوقی ثابت می‌یابد. آن دسته از حقوق‌دانانی که پدیداری عرف را نه ثمره رضایت دولت‌ها، بلکه ناشی از اجماع آنها (ولو با سکوت) می‌دانند، در حقیقت ضمن تفکیک شکل پیدایش عرف و معاهده، نقابی را پس می‌زنند که اگر کنار زده نمی‌شود؛ ممکن بود تصور شود هر عرفی یک قرارداد ضمنی منسجم نانوخته است که ویژگی نانوخته‌بودنش سبب می‌شد موجب توهم نسبت به وجود ساخت دیجیتالی حقوق بین‌الملل باشد.

به تعبیر دیگر و همان‌گونه که ابی‌صعب خاطر نشان ساخته است، طی قرن بیستم خوانش اراده‌گرایانه یا رضایت‌محورانه از حقوق بین‌الملل جای خود را به مفهومی نوعی از حقوق بین‌الملل داده است که بی‌شک تحت تأثیر جهانی شدن است. به اعتقاد وی، حقوق بین‌الملل اینک بازتاب‌دهنده وجدان حقوقی جمعی و ضرورت‌های اجتماعی دولت‌های سازمان‌یافته در جامعه بین‌المللی است (ICJ, 1996: 270).

با این حال، آن اجماع نیز مؤید بازی‌های یک در برابر یک است که هر بار در رابطه‌ی بازیگر تکرار شده و با سکوت یا همراهی دیگر بازیگران تأیید شده است و با تکرار بازی‌های مشابه، قاعده بازی به‌مثابه «عرف» تصدیق شده است.<sup>۱</sup>

۱. برای ایضاح بیشتر این دیدگاه می‌توان به تمثیلی فانتزی دست زد. فرض کنیم که هنوز بازی دارای قواعد منسجمی به نام «فوتبال» وجود ندارد و برای اولین بار، دو گروه این بازی را در یک تفریح دوستانه کشف می‌کنند. روز اول، کسی نمی‌داند که چگونه برنده تعیین می‌شود تا اینکه احتمالاً در همان روز، شوق یک گروه برای فرستادن توپ به نقطه‌ای که گروه مقابل از آن محافظت می‌کرده است (دروازه)، و ناراحتی گروه مقابل نشان می‌دهد که پیروزی در این بازی، نیازمند فرستادن توپ به نقطه‌ای مشخص است. به تدریج، دروازه‌ها شکل می‌گیرند. تصمیم گرفته می‌شود «خط دروازه» ترسیم شود. سپس به این دریافت می‌رسند که برای «گل»، تمام قطر توپ باید از آن خط عبور کند و عبور قسمتی از توپ کافی نیست. در مرحله دیگر، ممکن است خطای هند برای منصفانه کردن بازی وضع شود. اینکه چه حرکتی «فول» است، کدام فول‌ها باید با چه جریمه‌ای مواجه شوند، تعداد و نقش و اختیارات داوران و... همگی در رویه بازیگران حاصل می‌شود. گروه‌های دیگر که

در ادامه، صورت آنالوگ حقوق بین‌الملل عرفی را با دو مثال درباره عرف‌های خاص و «اعتراض مستمر» یا مصرانه<sup>۱</sup> بیشتر تشریح خواهیم کرد.

### بند اول - حقوق عرفی خاص

با توضیحات بالا و با فرض مترادف موضوعی و معنایی «حقوق بین‌الملل عام» و «حقوق عرفی»، جایی برای تردید درباره ساختار آنالوگ پیدایش حقوق عرفی وجود ندارد. بدین ترتیب، عرف‌های متکثر سبب شده است تابعان متفاوت حقوق بین‌الملل تحت حاکمیت قواعد متفاوتی از حقوق بین‌الملل قرار گیرند (پاولین، ۱۳۸۹: ۱۰۷). با وجود این، نوعی از حقوق عرفی به‌طور واضحی ضمن برخورداری از اعتبار کافی، نشان می‌دهد که عرف چگونه در فرایندی قیاسی حاصل می‌شود. این نوع خاص، عرف‌های خاص است.

در تعریف عرف خاص، قدر متیقن آن است که حتی رویه همسان دو دولت (مثلاً دو دولت همسایه یا روبه‌روی هم) نیز به شرط بهره‌مندی از شرایط لازم «عرف» بودگی، دارای اعتبار حقوقی کافی خواهد بود. در نتیجه، عرف خاص حاکم بر روابط دو کشور، نسبت به عرف‌های عام‌تر مانند عرف منطقه‌ای یا جهانی مقدم است.

بنابراین همان‌گونه که در رابطه آنالوگ ناشی از یک معاهده چندجانبه و یک معاهده دوجانبه، تعهدات معاهده مؤخر بر روابط دو کشور حاکم است؛ در صورت تعارض میان عرف خاص و عرف عام نیز جنبه قیاسی پیدایش حق سبب می‌شود عرف مؤخر حاکم گردد؛ مگر آنکه دریابیم که هدف از انعقاد معاهده دوجانبه یا ایجاد عرف خاص، پدید آوردن یک «قاعده خاص» بوده است. در اینجا «قاعده خاص» میان اعضای معاهده متضمن چنین قاعده‌ای یا طرف‌های عرف خاص، حاکم خواهد شد. نتایج کار کمیسیون حقوق بین‌الملل

در روزهای دیگر و جاهای دیگر، مشابه این بازی را انجام می‌دهند، به تدریج این عرف‌ها تثبیت می‌کنند و به این ترتیب، قوانین عرفی در چارچوب مجموعه‌ای از بازی‌های یک در برابر یک، شکل می‌گیرند و تکمیل می‌شوند. در اینجا نباید گفت که پیدایش عرف، حاصل یک بازی معین با مجموعه‌ای از بازیگران متعدد بوده است، بلکه در حقیقت، قوانین عرفی این بازی در بازی‌های متعدد بازیگران متعدد در برابر یکدیگر شکل گرفته و تثبیت شده است. این همان روند آنالوگ پدیداری عرف‌ها در حقوق بین‌الملل است. با این تفاوت آشکار که بعداً فوتبال، صاحب تشکیلاتی به نام «هیأت بین‌المللی فوتبال» شد که قوانین معتبر این رشته را از اسکاتلند به دیگر نقاط دنیا معرفی می‌کند. با وجود این، هر فدراسیون ملی یا باشگاه ممکن است بعضی مقررات انضباطی خود را در تورنمنت‌هایی که عهده‌دار آنهاست به اجرا بگذارد. مثلاً در یک تورنمنت، دو کارت زرد در دو مسابقه موجب محرومیت از بازی بعد است و در تورنمنت دیگر، ممکن است تصمیم گرفته شود با سه کارت زرد در سه بازی، بازیکن از یک بازی محروم شود.

#### 1. Persistent Objector

درباره ازهم‌گسیختگی حقوق بین‌الملل<sup>۱</sup>، تعارض عرف خاص و عام را مورد توجه قرار نداده است؛ بلکه به این قاعده کلی که «قانون خاص، قانون عام را نسخ می‌کند» استناد جسته است.

کمیسیون همچنین تأکید کرده که قاعده خاص، تنها میان متعهدان خود معتبر است و در روابط میان این دولت‌ها با دولت‌های ثالثی که تابع قاعده عام (عرفی یا قراردادی) هستند و نیز روابط میان دولت‌های ثالث با یکدیگر تأثیری نخواهد داشت. به عبارت دیگر، در اینجا نیز ساخت آنالوگ حقوق بین‌الملل با استصحاب بی‌پایان اعتبار حقوق مکتسبه بازیگران ثالث گره می‌خورد؛ تا جایی که اراده چنین بازیگرانی، تعهدات وی را نسبت به دولت‌ها دچار تغییر کند.

### بند دوم - اعتراض مصرانه

در حقوق بین‌الملل عام، پذیرفته شده است که اعتراض مصرانه یک دولت به رویه‌ای در حال شکل‌گیری، نشان‌دهنده عدم «اعتقاد حقوقی» آن دولت است و ممکن است به خروج آن دولت از شمول عرف مزبور نسبت به وی در میان تمام اعضای جامعه بین‌المللی منجر شود (Greenwood, 2011: 238). در مقابل، عدم اعتراض دولت به رویه موجود، از ادله وجود «اعتقاد حقوقی» محسوب می‌شود؛ چنانکه رویه قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضایایی مانند شیلات انگلیس/نروژ و لوتوس نیز بر این واقعیت حقوقی، صحه گذاشته است.

دولت آمریکا اعتبار قاعده اعتراض مصرانه را ناشی از رضایت‌محور بودن بنیان حقوق بین‌الملل می‌داند. با وجود دکترین اعتراض مصرانه، برخی حقوقدانان بر آن‌اند که چنین دیدگاهی متعلق به دوران گذشته است و دیگر کاربردی ندارد. کسسه معتقد است چنین اعتراضی ممکن است روند تحقق عرف جدید را کند کند یا مانع پیدایش آن شود؛ اما پس از شکل‌گیری قاعده عرفی، اعتراض مزبور حقی ایجاد نمی‌کند؛ به‌ویژه از آن جهت که پیدایش قاعده عرفی مستلزم قبول «جهانی» نیست و «عمومیت» آن کافی است؛ چنین دیدگاهی اگرچه قابل تأمل به نظر می‌رسد، در عمل موجب بهای بیشتر واقعیت و قدرت در برابر ارزش‌های جامعه بین‌المللی می‌شود (Byers, 2003: 102). علی‌ای حال، بی‌اعتباری اعتراض مصرانه را تنها می‌توان به حوزه‌های خاصی که هنجارهای آن به جایگاه قواعد آمره دست یافته‌اند یا ویژگی خاص آنها موجب ضرورت «فراگیری» آن است، محدود کرد. همچنین این اعتراض از سوی دولت‌های تازه‌تأسیس که مدعی عدم مشارکت خویش در فرایند تکامل عرف هستند، قابل پذیرش نخواهد بود.

حتی پذیرش دیدگاه کسسه نیز خللی در پدیداری یک عرف آنالوگ علی‌رغم اعتراض

۱. ر.ک: مجموعه اسناد مرتبط با فعالیت‌های کمیسیون حقوق بین‌الملل در:

[http://untreaty.un.org/ilc/summaries/1\\_9.htm](http://untreaty.un.org/ilc/summaries/1_9.htm)

مستمر قدرت‌های بزرگ و مؤثر در آن موضوع حقوقی، ایجاد نمی‌کند، زیرا می‌توان پذیرفت که فراگیری عرف عام ممکن است با مستثنا شدن برخی دولت‌ها همراه باشد. طبیعتاً حکومت قانون در سطح بین‌المللی ایجاب می‌کند، پذیرش و شناسایی عرف – هر چند محدود – بر فقدان آن ترجیح داشته باشد. همچنین، در صورتی که عرف جدید متعارض با عرف سابق، پدیدار شود؛ دولتی که همچنان عرف سابق را معتبر می‌داند، بسان دولتی که به معاهده مقدم، پایبند است، در برابر دولت‌هایی قرار می‌گیرد که عرف جدید را معتبر می‌دانند که گویی عضو معاهده مؤخرند.

اعتراض مصرانه، نماد پایداری حقوق بین‌الملل آنالوگ در ساختار تقنینی عرفی است (Ibid). بنابراین، زبان آنالوگ حقوق بین‌الملل نه تنها اعتراض مصرانه را مقبول می‌یابد، بلکه در پذیرش آن همان قدر دچار چالش است که دولت‌های عضو معاهدات متوالی متعارض. پس همان‌گونه که معاهدات متعارض، ممکن است به صورت قیاسی در روابط یک به یک، هر کدام به قدر خویش معتبر باشند، عرف‌ها نیز با همین رویکرد اعتبار می‌یابند.

در مقابل، تعهدات خاصی وجود دارند که در ویژگی‌های اجتماعی آنها تردیدی وجود ندارد. همان‌گونه که دیوان بین‌المللی دادگستری درباره نسل‌زدایی به این تعبیر متوسل می‌شود که هیچ دولتی نفعی خاص در رعایت مقررات کنوانسیون نسل‌زدایی ندارد؛ بلکه این جامعه جهانی است که از رعایت آن منتفع می‌شود. از این رو، دیوان درمی‌یابد که تعهدات ناشی از این معاهده، دارای چنان اعتبار عرفی است که هیچ دولتی نمی‌تواند از شمول آن تعهدات مستثنا شود.

به عبارت دیگر، ویژگی «عمومی» بودن در عرف‌های حقوقی بین‌المللی، تا حدودی معتبر است که میان دولت‌های دارای «اعتقاد حقوقی» عمومیت داشته باشد. اما ماهیت خاص بعضی تعهدات عرفی، امکان عدم اعتقاد حقوقی را زایل می‌سازد؛ چون این‌گونه تعهدات با قوام و ارزش‌های اساسی مورد پذیرش در روابط بین‌المللی که مستمراً از تأیید عرفی برخوردار شده، (Ibid, 203) سروکار دارند و بی‌اعتقادی به آنها، نوعی طغیان محسوب می‌شود. برای مثال، چه در قضیه قرار بازداشت و چه در قضیه مصونیت صلاحیتی که اتهامات جرایم شدید بین‌المللی به دولت‌ها یا افراد متوجه است، دولت‌های خوانده خود و اتباعشان را مستثنا از رعایت این تعهدات نمی‌دانند؛ بلکه گاه به صراحت از متخلفانه بودن چنین اعمالی در حقوق بین‌الملل دفاع می‌کنند و با وجود این، برای شانه خالی کردن از بار مسئولیت خویش، به ایرادات شکلی و مشخصاً قواعد مربوط به مصونیت، متوسل می‌شوند. بنابراین، امکان خوانش دیجیتال از عرف، به ماهیت و ویژگی‌های خاص تعهد عرفی مربوط بستگی دارد و از ساختار یا آیین پدیداری قاعده عرفی، چیزی جز زبان آنالوگ بر نمی‌آید.

در حوزه حقوق معاهدات نیز همین رویه را مشاهده کردیم. بنابراین، در حالی که زبان شکلی حقوق بین‌الملل، همچنان آنالوگ است و به عبارتی قواعد صلاحیت‌ساز مربوط به چگونگی وضع



قانون در این نظام حقوقی، ساختاری شبیه نظام حقوق قراردادها و به عبارت بهتر خصوصیتی قیاسی یا یک در برابر یک دارند؛ درحالی که حوزهٔ هنجاری حقوق بین‌الملل با اعتباربخشی مضاعف به بعضی هنجارها، متمایل به پذیرش رابطهٔ صفر و یک، یعنی تابعیت محض از هنجارها بدون توجه به رضایت دولت است، یا دست کم این رضایت را در تقدیر می‌داند، زیرا بدون شناسایی آن هنجارهای خاص، نظام روابط بین‌المللی با خلأهای جدی مواجه می‌شود. شاید بتوان مدعی شد آنقدر که ساختار هنجاری حقوق بین‌الملل به سوی نظام‌مندی دیجیتالی حرکت کرده است، ساختار شکلی آن همچنان در قید سنت‌های آنالوگ است. این بحث را در بازخوانی نظام حقوق مسئولیت پی می‌گیریم.

### مبحث دوم: تکوین یک در برابر یک نظام حقوق مسئولیت

وقتی حقوق بین‌الملل به صورت یک در برابر یک، ساخته می‌شود، انتظار نابجایی نیست که نظام حقوق مسئولیت به عنوان قواعد ثانویه نیز از همین الگو تبعیت کند. آیین‌های دادرسی بین‌المللی نیز بر همین مبنا شکل گرفته‌اند و ورود ثالث به یک دعوی دوجانبه، امری استثنایی است که تنها در صورت تحت تأثیر قرار داشتن حقوق و تعهدات طرف ثالث (مادهٔ ۶۲ اساسنامه) امکان‌پذیر است. بنابراین، مرجع قضایی بین‌المللی تنها در صورت تطابق ارادهٔ طرفین اختلاف مبنی بر صلاحیت خود، قادر به حل و فصل اختلاف خواهد بود (ICJ, 2002: 57) و رأی او نیز در همان حدود و فقط برای همان طرف‌ها، الزام‌آور تلقی می‌شود و نه برای کل جامعهٔ بین‌المللی. مسئلهٔ مهم آنکه برابر مادهٔ ۶۳ اساسنامه، در صورتی که موضوع اختلاف، تفسیر یک معاهدهٔ چندجانبه باشد، دولت‌های دیگر عضو معاهده نیز می‌توانند در دادرسی شرکت کنند و با در نظر گرفتن بند ۲ این ماده و اصل نسبی بودن آرای دیوان (مقرر در مادهٔ ۵۹)، در صورت اعمال این حق، از سوی دولت ثالث، تفسیر دیوان دربارهٔ او نیز الزام‌آور خواهد بود و در صورت عدم اعمال حق، تفسیر مزبور همچنان بین طرفین دعوا، معتبر می‌ماند؛ یعنی حتی تفسیر یک معاهدهٔ چندجانبه که مورد اختلاف دو دولت عضو است، اصولاً تأثیری در حقوق و تعهدات دولت‌های ثالث عضو آن معاهده نخواهد داشت. بنابراین نه تنها رژیم مسئولیت، بلکه سازوکارهای قضایی مرتبط با مسئولیت بین‌المللی نیز سامانی قیاسی دارند. در ادامه از سه منظر به واکاوی صورت آنالوگ حقوق مسئولیت خواهیم پرداخت؛ نخست به مفهوم دولت زیان‌دیده می‌پردازیم؛ سپس مفهوم زیان دسته‌جمعی را به مثابهٔ یک استثنا نشان خواهیم داد و در نهایت، خواهیم دید که همین استثنا نیز در عمل تا تحقق خویش، با موانع غیرحقوقی روبه‌روست.

### گفتار اول: مفهوم دولت زیان‌دیده

اولین فرض مادهٔ ۴۲ طرح مواد راجع به مسئولیت این است که «دولت زیان‌دیده» حق دارد به

مسئولیت دولت متخلف استناد کند؛ ولو آنکه تعهد مزبور در برابر همان دولت یا گروهی از دولت‌ها باشد. به عبارت دیگر، دسته‌جمعی بودن تعهد - اگر به فرض صحیح باشد که با مبنای آنالوگ تعهدات بین‌المللی اصولاً صحیح نیست - فی‌نفسه به همه اعضای گروه، حق استناد به مسئولیت و مطالبه جبران خسارت را نمی‌دهد.

براساس بند «ب» ماده ۴۲ در صورتی «گروهی» از دولت‌ها، حق استناد به مسئولیت را خواهند داشت که دولت مشخصی از نقض تعهد، زیان دیده باشد یا ویژگی خاصی در تعهد باشد که وضعیت سایر دولت‌ها را تحت تأثیر قرار دهد. شق اخیر را در بند آتی به‌مثابه یک وضعیت استثنایی بررسی خواهیم کرد که حالتی استثنایی است. البته در معنای ماده ۴۲، اعتراضات دیپلماتیک به‌منزله استناد به مسئولیت محسوب نمی‌شوند، بنابراین شرح و تفسیر کمیسیون این فضا را باز گذاشته است که تنها صورت «قضایی شده» استناد به مسئولیت، چنین معنایی داشته باشد. بنابراین، در قبال معاهده یا تعهدی که «هر دو دولت» به آن ملزم‌اند، واکنش‌های سیاسی نیازمند «زیان‌دیدگی» نیست. با این حال، حتی برای امکان واکنش سیاسی نیز «هر دو دولت» باید به آن تعهد ملتزم باشند.

به اعتقاد کمیسیون حقوق بین‌الملل، نمونه آشکار مصادیق بند «الف»، روابط قراردادی دوجانبه است که به معاهدات چندجانبه نیز تسری یافته است. بنابراین تعهد متقابل (دوجانبه) ناشی از یک معاهده چندجانبه نیز در همین مقال می‌گنجد. در نتیجه «اگرچه یک معاهده چندجانبه معمولاً چارچوبی از قواعد حاکم بر تمامی دول عضو را ایجاد می‌کند، در مواردی اجرای آن در وضعیت معین، متضمن رابطه‌ای دوجانبه بین دو طرف است. این قبیل معاهدات چندجانبه اغلب به مجموعه‌ای از روابط دوجانبه منجر می‌شوند» (کمیسیون حقوق بین‌الملل، ۱۳۸۸: ۲۶۱). با این حال، آنچه کمیسیون به «مواردی» محدود می‌کند، عملاً و با شیوه حقوقی که پیشتر اشاره شد، اصالت دارد و در نتیجه مسئولیت یک در برابر یک نیز اصل و مسئولیت اجتماعی یا یک در برابر همه، استثنایی است.

حتی در جایی که دیوان بین‌المللی دادگستری ضمن رأی خود در قضیه کارکنان دیپلماتیک و کنسولی آمریکا در تهران، به صدمات جبران‌ناپذیر «کل جامعه بین‌المللی» بر اثر رفتار ایران اشاره می‌کند و آن را به‌منزله متزلزل ساختن بنای حکومت قانون در جامعه بین‌المللی می‌داند؛ قواعد حقوقی مورد نظر را بر «روابط میان اعضای جامعه بین‌المللی» حاکم می‌داند. (ICJ, 1980: 93) در نتیجه می‌توان گفت از آنجا که تعهدات حقوقی بین‌المللی اصولاً جنبه یک در برابر یک دارند، مطالبه مسئولیت نیز رابطه‌ای میان دولت زیان‌دیده و دولت متخلف است که بر همین شکل قیاسی استوار است. زنجیره‌ای از تعهد و مسئولیت آنالوگ در کنار نظام قضایی صرفاً «ترافی» و اختیاری - به معنای حقیقی کلمه و با توجه به اینکه اعلامیه‌های صلاحیت اجباری نیز در حقیقت، اختیاری هستند - بنیان‌های آنالوگ حقوق

بین‌الملل را به‌خوبی ترسیم می‌کنند؛ تا جایی که حتی در برخی اعلامیه‌های مزبور پیش‌بینی شده است که دولت صادرکننده تنها در مواردی به‌عنوان خواننده، صلاحیت دیوان را می‌پذیرد که دولت خواهان نیز حداقل در همان حدود مقرر، صلاحیت اجباری دیوان را پذیرفته باشد. ماده ۳۶ اساسنامه، شرط معامله متقابل را از جمله شروط قابل قبول بر اعلامیه پذیرش صلاحیت، قلمداد کرده است. برابر این شرط، هر دولت فقط دعوی را می‌تواند به دیوان عرضه کند که علیه او نیز قابل طرح باشد و در نتیجه، دیوان محدودترین اعلامیه را ملاک قرار خواهد داد (میرعباسی و سادات میدانی، ۱۳۸۷: ۴۱۱). به‌عبارتی، می‌توان گفت توافقی و اختیاری بودن دادرسی‌های بین‌المللی نیز ثمره نظام تعهد و مسئولیت یک در برابر یک است.

ماده ۴۶ طرح مواد نیز که به موضوع زیان‌دیدگی دسته‌جمعی گروهی از دولت‌ها اشاره کرده است، خارج از این رویکرد قیاسی نیست. برابر این ماده، هنگامی که دولت‌های متعددی، از یک عمل متخلفانه آسیب می‌بینند، هر کدام آنها «جداگانه» می‌توانند به مسئولیت دولت متخلف استناد کنند. به‌عبارت دیگر، تعدد زیان‌دیدگان، موجب خروج از رویکرد قیاسی نمی‌شود و همچنان رابطه یک در برابر یک میان دولت متخلف و هر یک از دولت‌های زیان‌دیده قابل تصور است و طبیعی است که مکانیزم‌های استناد به مسئولیت (از جمله رجوع به نهادهای قضایی بین‌المللی) نیز تابع همین اصل — توافقی یک در برابر یک — باقی خواهد ماند. با این حال، همچنان این ماده ۴۲ است که بر تعریف دولت زیان‌دیده حاکم است. دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی نیز در قضیه اس.اس.ویمبلدون تصریح کرد که هر چهار دولت خواهان، در اجرای مقررات مربوط به کانال کیل، «منافع آشکاری» دارند. با وجود این، هر دولت باید زیان وارده به خود (یا اتباعش) را اثبات کند.

### گفتار دوم: زیان دسته‌جمعی و زیان فراگیر (جامعه بین‌المللی)

قسمت دوم بند «ب» ماده ۴۲ نیز به موقعیتی اشاره می‌کند که تعهد مورد نظر، ویژگی خاصی دارد که نقض آن، وضعیت دولت‌های دیگر را نسبت به رعایت آتی تعهداتش، تحت تأثیر قرار می‌دهد. این بخش نیز، همچنان براساس وضعیت خاص تعهد استوار است؛ یعنی با در نظر گرفتن ماده ۶۰ کنوانسیون حقوق معاهدات، تعهداتی وجود دارند که نقض آنها به‌خودی‌خود، موجب تأثیرپذیری دولت‌های دیگر می‌شود. معاهدات خلع سلاح، از جمله این معاهدات شمرده شده‌اند. واکنش دیوان بین‌المللی دادگستری به طرح دعوی جزایر مارشال، علیه نه دولت دارای سلاح هسته‌ای می‌تواند اعتبار و قابلیت تحقق چنین ویژگی را در تعهدات مزبور، در عمل متجلی سازد. البته کمیسیون در شرح خود بر این ماده، بر آن است که در خصوص این‌گونه تعهدات نیز باید توجه داشت که هر دولت «منفرداً» می‌تواند به نقض تعهد

واکنش نشان دهد و برای این منظور ممکن است هیچ دولتی، زبانی قابل تشخیص، متحمل نشده باشد.

چنین تعهداتی از معاهدات موجد «رژیم‌های خاص» ناشی می‌شود و به نظر کمیسیون، این بند ماده ۴۲ باید به صورت مضیق تفسیر شود، چراکه جنبه‌ای کاملاً استثنایی دارد و در حقیقت، استثنایی بر اصل آنالوگ بودن نظام حقوق بین‌الملل است. علاوه بر این، می‌توان به ماده ۴۸ طرح مواد اشاره داشت که اساساً به مسئله استناد به مسئولیت از سوی دولتی غیر از دولت زیان دیده توجه کرده و مفهوم تعهد ارگامنسی را تداعی می‌کند و هر دولتی را به‌عنوان یک مجری حقوق بین‌الملل قرار می‌دهد. (De Wet, 2006: 69) برابر بند ۱ این ماده، در برابر نقض تعهدی که «[منافع آن] به گروهی از دولت‌ها اختصاص دارد و در راستای حمایت از منافع «دسته‌جمعی» آنهاست» یا آنکه تعهد مزبور «در برابر جامعه بین‌المللی در کل» بوده است؛ دولت غیرزیان دیده می‌تواند به مسئولیت دولت متخلف استناد کند. دسته اول تعهدات مزبور ممکن است ناشی از معاهدات چندجانبه یا عرف‌های حقوق بین‌الملل عام باشد و نیز ممکن است حامل ویژگی ارگامنس نیز باشند، اما مقصود از دسته دوم منحصرأ تعهدات ارگامنس است.

ردپای این رویکرد، به رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه بارسلونا ترکشن بازمی‌گردد که در آنجا دیوان، با توجه به ماهیت حمایت دیپلماتیک، توجه طرفین را به این موضوع جلب کرد که بعضی تعهدات در جامعه بین‌المللی وجود دارد «تمایز ضروری» با سایر تعهدات دارند و بسته به ماهیت و ویژگی «حق» مورد حمایت، تمامی اعضای جامعه بین‌المللی به آن «اهتمام» دارند یا «ذی‌ربط» هستند<sup>۱</sup> و از «نفع قانونی» بهره‌مند می‌شوند و نه دولتی خاص.

اینکه واکنش دولت‌های مزبور، به صورت گروهی یا انفرادی باشد، در معتبر داشتن نفع آنها بی‌تأثیر است، زیرا نفع حقوقی همه دولت‌ها در این موارد مفروض است و حتی اینکه تعهدات مزبور در عمل با منافع کشوری خاص (منفرداً)، گره خورده باشد نیز اهمیتی ندارد. برای مثال، آلودگی محیط زیست دریایی که می‌تواند نقض یک تعهد ارگامنسی باشد، در عین حال آسیبی مستقیم برای دولت ساحلی نیز دربردارد. طبیعی است دولتی که زیان ندیده است، تنها می‌تواند توقف رفتار متخلفانه یا اجرای تعهدات را مطالبه کند و مطالبات جبرانی، تنها از سوی دولت زیان دیده قابل تصور است.

پذیرش مفاهیمی مانند زیان دسته‌جمعی یا نقض تعهد در برابر «جامعه بین‌المللی در کل»، نشان می‌دهد که روی دیجیتال یا اجتماعی شده حقوق مسئولیت بین‌المللی دولت نیز در حال ظهور و آشکار شدن است. با توجه به بند ۲ ماده ۴۸ که نوع مسئولیت دولت متخلف را در برابر دولت‌های غیرزیان دیده تعیین کرده است، می‌توان گفت این گونه مفاهیم در واقع جایگزین نظام

1. (Obligations That)...Are The Concern Of All States...

دولتی شده‌اند و به عبارتی، هر دولتی در جایگاهی مشابه یک مدعی‌العموم بین‌المللی است. چنین وضعیتی تنها با وضعیت تکثر قدرت و فقدان حکومت واحد در نظام بین‌المللی قابل درک است و توجیه می‌شود.

همان‌طور که دیدیم، این ویژگی خاص یک تعهد است که به آن جنبه اجتماعی می‌دهد؛ نه مرجع شناسایی‌کننده آن. درست برعکس نظام حقوق داخلی که صرف ماهیت اجتماعی یا امری یک قاعده، به آن اعتبار اجتماعی نمی‌بخشد تا اشخاص غیرزبان‌دیده نیز در مقام مطالبه مسئولیت شخص متخلف، برآیند؛ بلکه برای مثال، این مرجع شناسایی است (که تحت عنوان کلی «مقنن») تعیین می‌کند کدام تخلفات جنبه عمومی و اجتماعی دارند و کدام تخلفات صرفاً شخصی‌اند و بدون شکایت شاکی خصوصی قابل تعقیب نیستند. اگرچه معمولاً ارزش مورد حمایت و ویژگی‌های اجتماعی یک هنجار نیز در تصمیم قانونگذار برای تعیین جنبه عمومی یا خصوصی یک هنجار (کیفری)، مؤثر است، اما در نهایت این تصمیم اوست که جنبه عمومی یا خصوصی به یک هنجار می‌بخشد و نه صرف آن ویژگی‌ها. در نظام حقوق بین‌الملل، که عمدتاً و اصولاً مبتنی بر تکثر مقنن، یکسانی مقنن و متعهد و همچنین ارادی بودن پذیرش تعهد است - و هر فرض خلاف این، صرفاً جنبه استثنایی دارد - طبیعی است که مرجع قانونگذاری (که همواره اصولاً همان دولت‌ها و در نتیجه متکثر است)، معیار تشخیص اجتماعی بودن یک تعهد نیست؛ بلکه صرفاً ویژگی یا ماهیت تعهد در این زمینه معیار خواهد بود. همچنان که دیوان نیز در قضیه بارسلونا ترکشن بر اعتبار «ماهیت» تعهد صحه گذارده است.

### گفتار سوم: رویه قضایی و مسئولیت ناشی از نقض تعهدات ارگامنس

با وجود پیشرفت روند انسانی شدن حقوق بین‌الملل و تأثیر آن بر حوزه مسئولیت بین‌المللی دولت، (Meron, 2006: 247) در قضایایی مانند ویمبلدون و آزمایش‌های هسته‌ای، آنچه دولت‌ها را به صرافت مرافعه قضایی انداخت، ماهیت حق‌ها نبود؛ بلکه صرفاً زیان دیدن آنها از رفتار متخلفانه ادعایی بود. این موضوع تنها در چارچوب ماده ۴۶ طرح مواد می‌گنجد، اما همواره توسل به ماهیت فراگیر حق یا تعهد ذی‌ربط، با موانعی روبه‌رو بوده (Tams, 2005: 197) که می‌توان آنها را در دو واژه خلاصه کرد: کاهلی و ناکامی.

تاکنون رویه‌ای ماهوی در دیوان بین‌المللی دادگستری پدید نیامده است که وجه ارگامنس یک قاعده، بدون توجه به زیان‌دیدگی مستقیم دولت خواهان مورد اهتمام باشد. به عبارت دیگر، دولت‌ها هرگز نخواستند هزینه‌های مرافعه در زمینه ارگامنس را که آسیب مستقیمی به آنها وارد نیاورده است، بپردازند، اگرچه مبانی نظری استدلال‌های دیوان در قضیه بارسلونا ترکشن چنین زمینه‌ای را فراهم کرده است (شریفی طرازکوهی، ۱۳۷۵: ۲۷۹). این تعهدات، حقوقی نسبت به همه اعضای جامعه بین‌المللی ایجاد می‌کنند، اما اجرای واقعی آنها به

دولت‌های ذی‌نفع عملی، محدود و معطوف شده است، از این رو گویی ماهیت فراگیر این تعهدات، با اجرای فراگیر آنها ملازمه نداشته است (کاسسه، ۱۳۸۵: ۴۱). با وجود این، ثبت دعوی یوگسلاوی علیه ده عضو ناتو در قضیه «قانونی بودن توسل به زور» یا دعوی اخیر جزایر مارشال علیه ۹ کشور هسته‌ای درباره مذاکرات خلع سلاح اهمیتی خاص دارند.

دیوان در قضیه «قانونی بودن توسل به زور»، در مرحله ایرادات مقدماتی متوقف شد و از صدور رأی در ماهیت بازماند. در این مورد نیز یوگسلاوی، به‌طور مستقیم از اقدامات نظامی اعضای ناتو تأثیر پذیرفته بود و این موضوع نیز بی‌گمان در قالب ماده ۴۶ قابل طرح بود. اساساً به‌نظر می‌رسد تا جایی که موضوعی در چارچوب زیان‌دیدگی یک دولت قابل طرح باشد، ارجاع به مطالبه مسئولیت از سوی دولت غیرزیان‌دیده بلاوجه است؛ هرچند، همچون ماجرای یوگسلاوی، ماهیت مسئله مورد اختلاف از جمله تعهدات ارگامنس باشد، زیرا دیوان پیشتر در قضیه بارسلون‌ترکشن، به‌صراحت اصل «منع تجاوز» (موضوع اختلاف اخیر) را هم‌ردیف با قاعده «منع نسل‌کشی» در زمره قواعد ارگامنسی حقوق بین‌الملل برشمرده بود (ICJ, 1970: 34).

در مقابل، طرح دعوی جزایر مارشال، اتفاقی مهم‌تر محسوب می‌شود؛ هرچند در بدو امر به‌نظر می‌رسد به‌ویژه با توجه به اینکه معاهده ان.بی.تی فاقد شرط ارجاع اختلافات اجرایی یا تفسیری به دیوان بین‌المللی دادگستری است، احراز صلاحیت دیوان حداقل نسبت به شش دولتی که اعلامیه صلاحیت اجباری دیوان را صادر نکرده‌اند، با ایراد مواجه شود.

ادعای جزایر مارشال این است که نه دولت خوانده، تعهدات قراردادی و عرفی خود را در خصوص انجام مذاکرات خلع سلاح هسته‌ای و پایان دادن به مسابقه تسلیحاتی ایفا نکرده‌اند؛ بلکه رفتاری «مانع‌تراشانه و منفی» در پیش گرفته‌اند. خواهان، ماهیت قاعده مندرج در ماده ۶ معاهده ان.بی.تی را تعهدی عرفی می‌داند که در نظر مشورتی دیوان راجع به مشروعیت کاربرد سلاح‌های هسته‌ای، اعتباری مضاعف یافته است (ICJ, 1996: 99).

این اعتبار در واژه‌پردازی متن نظریه دیوان آشکار است: دیوان تعهد مزبور را «فراتر از تعهد صرف به فعل» توصیف کرده است، چراکه باید به نتیجه‌ای تشخیص یعنی «خلع سلاح در تمام ابعاد آن» منجر شود. مهم‌تر آنکه دیوان بیان می‌کند که تعهد مزبور، به ۱۸۲ عضو (وقت) معاهده مربوط است که در واقع «اکثریت عظیمی از جامعه بین‌المللی» را تشکیل می‌دهند. (Ibid, 100)

جزایر مارشال مدعی نیست که مستقیماً از عدم ایفای چنین تعهدی متضرر شده، بلکه صرفاً خواستار انجام تعهد است؛ همان‌گونه که ماده ۴۸ طرح مواد درباره تعهدات در برابر جامعه بین‌المللی، فقط دو گونه از پیامدهای مسئولیت یعنی «توقف نقض» و «انجام تعهد» را پیش‌بینی کرده است.

گاهی نیز دولت‌ها از سازوکارهای ملی برای واکنش به موارد نقض تعهدات ارگامنس و قواعد

آمره بهره برده‌اند که داستان ناکامی آنها، ملال‌انگیز است. در قضیه مصونیت صلاحیتی، دیوان استفاده ایتالیا از مراجع داخلی برای پاسخگویی به نقض فاحش حقوق بشردوستانه از سوی آلمان را غیرقابل قبول توصیف کرد؛ آنچنان که پیشتر در قضیه قرار بازداشت، نه تنها عملکرد دولت بلژیک را رد کرد، بلکه عملاً این دولت را در وضعیتی قرار داد که از همه مدعیات خود عقب نشیند و قوانین داخلی خود را — چه بسا بیش از آنچه لازمه عدم تکرار رویداد مشابه بود — بازنگری کند.

## نتیجه‌گیری

ساختار حقوق بین‌الملل، بیش از آنکه ناشی از یک طراحی نظام‌مند باشد، متأثر از واقعیت‌های تاریخی مستتر در مفهوم حکمرانی است؛ از این رو در بعد تاریخی خود، ساختاری یک در برابر یک تلقی می‌شود، یعنی تعهدات بازیگران اصلی روابط بین‌الملل محدود به تعهدات متقابل است. بدین‌سان، حقوق معاهدات به‌عنوان معمول‌ترین روش ایجاد قواعد حقوقی بین‌المللی، نمونه بارز چنین ساختاری است که وضعیت آنالوگ خود را حتی در هنگام پذیرش معاهدات جهانشمول نیز حفظ می‌دارد، و هر «حق شرط» اعلام‌شده از سوی یک دولت، معاهده واحد را به چندین معاهده تبدیل می‌کند؛ زیرا تعهدات دولت‌ها در برابر «یکدیگر» و محدود به حداقل تعهدات پذیرفته‌شده از سوی «طرفین» است (اصل معامله متقابل).

دیگر شیوه ایجاد حقوق بین‌الملل یعنی پدیداری عرف‌های بین‌المللی نیز به همین شیوه قابل روایت است. وقتی قاعده حقوقی، مبتنی بر بده — بستان دوجانبه پدید می‌آید، طبیعی است که اجرا یا نقض آن نیز در قالب حقوق مسئولیت، از همین مدل تبعیت کند و هر دولت تنها در برابر دولت «زیان‌دیده» که مفهومی «عینی» است، مسئولیت خواهد داشت؛ درست شبیه مسئولیت‌های مدنی در نظام حقوق داخلی که ذی‌نفع خصوصی معینی دارد. طبیعتاً عدم اقبال دولت‌ها به پذیرش مفهوم «جرم بین‌المللی دولت» را نیز باید از همین منظر تحلیل کرد. در همین ساحت نیز با تحولات ناشی از همبستگی و پیدایش تدریجی ولو اعتباری جامعه بین‌المللی، هم قواعدی شناسایی شده است که «جامعه» از رعایت/نقض آن نفع/ضرر می‌بیند و هم زیان‌های دسته‌جمعی قابل تصور شده است که ناشی از فهم اجتماعی حقوق و تعهدات اعضای «جامعه» است. با وجود این، همچنان امکانات نظری و عملی حقوق بین‌الملل برای تحقق مسئولیت در برابر جامعه، هنوز محدود و ناکافی است و دولت‌ها برای به چالش کشیدن دولتی که چنین تعهدی را نقض کرده، اما مستقیماً ضرری به آنها وارد نکرده است، تمایلی ندارند.

## منابع

### الف) فارسی

۱. پاولین، ژوست (۱۳۸۹)، «کثرت حقوق بین الملل»، ترجمه عبدالله عابدینی، ویژه نامه مجله حقوقی بین المللی.
۲. رستمزاد، حسین قلی (۱۳۸۴)، جامعه بین المللی و تعهدات بین المللی (Erga Omnes)، مجله حقوقی بین المللی.
۳. کدخدایی، عباسعلی (۱۳۸۳)، «تحولات قانون اساسی اتحادیه اروپا»، حقوق اساسی، ش ۲.
۴. کک دین، نگوین و دیگران (۱۳۸۲) حقوق بین الملل عمومی، ج ۱، ترجمه حسن حبیبی، تهران، اطلاعات.
۵. کمیسیون حقوق بین الملل (۱۳۸۸) مسئولیت بین المللی دولت، متن و شرح مواد کمیسیون حقوق بین الملل، ترجمه علیرضا ابراهیم گل، تهران، شهردانش.
۶. میرعباسی، سید باقر و سید حسین سادات میدانی (۱۳۸۷)، دادرسی های بین المللی، دیوان بین المللی دادگستری در تئوری و عمل، تهران، جنگل.

### ب) انگلیسی

#### کتابها و مقالات:

7. Bassiouni, M. Cherif (1990), A Functional Approach to "General Principles of International Law", Michigan Journal of International Law, Vol 11.
8. Byers, Michael, Custom (2003), Power And The Power Of Rules: International Relations And Customary International Law, Cambridge University Press, 2003.
9. Crawford, James (2013), Chance, Order, Change, The Course Of International Law, The Hague, Academy Of International Law.
10. De Wet, Erika (2006), The International Constitutional Order, ICLQ, Vol 55.
11. Greenwood, Christopher (2011), The Role Of The International Court Of Justice In The Global Community, University of California, Vol 17.
12. Hall, Stephen, (2001) The Persistent Spectre: Natural Law, International Order And The Limits Of Legal Positivism, EJIL, Vol 12, No. 2.
13. Meron, Theodor (2006), The Humanization Of International Law, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers.
14. Noortmann, Math (2005), Enforcing International Law From Self-help to Self-contained Regimes, Ashgate, 2005.
15. Pellet, Alain (2013), The ILC Guide To Practice On Reservations To Treaties: A General Presentation By The Special Rapporteur, EJIL, Vol. 24 No. 4
16. Simma, Bruno and Andreas L. Paulus (1998), The 'International Community': Facing the Challenge of Globalization, EJIL, 9.



17. Tams, Christian J. (2005), Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law, Cambridge University Press.
18. Vattel, Emer De (2008), The Law Of Nations, Liberty Fund, 2008.

اسناد:

19. ICJ, Case Concerning United States Diplomat And Consular Staff In Tehran (United States Of America V. Iran), Judgment Of 24 May 1980.
20. ICJ, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, Declaration of President Bedaoui. para.12. ICJ Reports (1996)
21. ICJ, Armed Activities on the Territory of the Congo, New Application: 2002, (Dem. Rep. Congo v. Rwanda), 2002 ICJ REP. 219, 241, para. 57 (Order of July 10).
22. ICJ, Case Concerning The Barcelona Traction, Light And Power Company, Limited (New Application : 1962) (Belgium V. Spain) Second Phase, ICJ, Judgment Of 5 February 1970.
23. ICJ, Reservations To The Convention On The Prevention And Punishment Of The Crime Of Genocide , Icj, Advisory Opinion Of May 28th, 1951
24. P.C.I.J, 1927, The Lotus Case (France V. Turkey), Series A, No. 10.