



The University of Tehran Press

The Lasting Legacy of the Martens Clause in International Law: An Analysis of Intellectual Currents Regarding Its Nature and Legal Functions

Heidar Piri¹ | Parisa Dehghani²

1. Corresponding Author; Assistant Professor of Public International Law, Law Department, Faculty of Humanities and Social Sciences, University of Kurdistan, Sanandanj, Iran. Email: H.piri@uok.ac.ir
2. Ph.D. in Public International Law, Islamic Azad University. Science and Research Branch, Tehran, Iran. Email: dehghani.parisa902@gmail.com

Article Info	Abstract
Article Type: Research Article Pages: 1215-1239 Received: 2023/09/27 Received in Revised form: 2024/02/04 Accepted: 2024/09/15 Published online: 2025/06/22 Keywords: <i>The Martens Clause, source of law, ethics, interpretation, non-liquet, customary rules, modern armed conflicts.</i>	The Martens Clause has occupied the minds of international law scholars for years. Determining the precise legal nature and significance of the Martens Clause is very challenging, as it encompasses concepts that are not explicitly defined in international law. Consequently, there has been a degree of divergence regarding the legal effect of this clause and its position, each supported by case law, treaties, and doctrine. This study, after providing a brief overview of the Martens Clause, presents an analytical framework aimed at developing a comprehensive understanding of the Martens Clause as a source of international law. It appears that various interpretations of the Martens Clause influence our understanding of how humanitarian law is applied in armed conflicts in general and the process of forming new rules to regulate modern armed conflicts in particular. Therefore, a deep understanding of the new functions of the Martens Clause could herald a new era for the interpretation and development of international law and the application of the clause in other less developed areas. The authors believe that the Martens Clause can have different legal functions depending on the circumstances in which it is invoked. The greatest achievement of the Martens Clause, in addition to resolving legal gaps in international law, has been to offer a positivist basis for integrating concepts of natural law into positive law.
How To Cite	Piri, Heidar; Dehghani, Parisa (2025). The Lasting Legacy of the Martens Clause in International Law: An Analysis of Intellectual Currents Regarding Its Nature and Legal Functions. <i>Public Law Studies Quarterly</i> , 55 (2), 1215-1239. DOI: https://doi.com/10.22059/jpls.q.2024.365678.3398
DOI	10.22059/jpls.q.2024.365678.3398
Publisher	The University of Tehran Press



میراث ماندگار شرط مارتنس در حقوق بین الملل؛ تحلیل مشرب‌های فکری در

خصوص ماهیت و کارکردهای حقوقی

حیدر پیری^۱ | پریسا دهقانی^۲

۱. نویسنده مسئول؛ استادیار حقوق بین الملل عمومی، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی و اجتماعی، دانشگاه کردستان، سنندج، ایران.

رایانامه: H.piri@uok.ac.ir

۲. دانش‌آموخته دکتری حقوق بین الملل، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات تهران، ایران. رایانامه: dehghani.parisa902@gmail.com

اطلاعات مقاله	چکیده
نوع مقاله: پژوهشی صفحات: ۱۲۱۵-۱۲۳۹ تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۷/۰۵ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۱۱/۱۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۶/۲۵ تاریخ انتشار برخط: ۱۴۰۴/۰۴/۰۱ کلیدواژه‌ها: ارزش‌های اخلاقی، تفسیر، خلأ حقوقی، شرط مارتنس، قواعد عرفی، مخاصمات مسلحانه نوین، منبع حقوق.	مفهوم واقعی شرط مارتنس سال‌هاست ذهن علمای حقوق بین الملل را مشغول کرده است. تعیین ماهیت و اهمیت حقوقی دقیق شرط مارتنس بسیار دشوار است، زیرا شامل مفاهیمی است که به‌صراحت در حقوق بین الملل تعریف و تبیین نشده‌اند. از این‌رو در خصوص اثر حقوقی این شرط و جایگاه آن نوعی تشتت آرا به‌وجود آمده که هر کدام از حمایت‌های کافی در رویه قضایی، معاهدات و دکترین برخوردارند. پژوهش حاضر، پس از نگاه اجمالی به جایگاه شرط مارتنس در مبانی حقوق بین الملل، چارچوب تحلیلی به‌منظور توسعه برداشت جامع از شرط مارتنس به‌مثابه منبع حقوق بین الملل را به تصویر می‌کشد. به‌نظر می‌رسد تفاسیر مختلف از شرط مارتنس بر نحوه درک ما از چگونگی اعمال حقوق بشردوستانه در مخاصمات مسلحانه به‌طور کلی و روند شکل‌گیری قواعد جدید برای تنظیم مخاصمات مسلحانه نوین به‌طور خاص تأثیر می‌گذارد. از این‌رو درکی عمیق از کارکردهای نوین شرط مارتنس می‌تواند نویددهنده عصر جدیدی برای تفسیر و توسعه حقوق بین الملل و کاربرد شرط در سایر حوزه‌های کمتر توسعه‌یافته باشد. نگارندگان بر این باورند که شرط مارتنس بسته به شرایط و دادگاهی که در آن مورد استناد قرار می‌گیرد، می‌تواند کارکردهای حقوقی متفاوتی داشته باشد. البته بزرگ‌ترین دستاورد شرط مارتنس، علاوه بر روش تفسیر برای حل بن‌بست‌های حقوقی و رافع خلأهای موضوعه حقوق بین الملل، ارائه مبانی پوزیتیویستی برای ادغام مفاهیم حقوق طبیعی در حقوق موضوعه بوده است.
استناد	پیری، حیدر؛ دهقانی، پریسا (۱۴۰۴). میراث ماندگار شرط مارتنس در حقوق بین الملل؛ تحلیل مشرب‌های فکری در خصوص ماهیت و کارکردهای حقوقی. <i>مطالعات حقوق عمومی</i>، ۵۵ (۲)، ۱۲۱۵-۱۲۳۹. DOI: https://doi.com/10.22059/jplsqt.2024.365678.3398
DOI	10.22059/jplsqt.2024.365678.3398
ناشر	مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران.

۱. مقدمه

شرط مارتنس دست‌ساخته عجیب بشر در حقوق بین‌الملل بشردوستانه است. با توجه به اینکه در تاریخ به‌عنوان چیزی بیش از یک ترفند یا ابزار دیپلماتیک^۱ نبود (Cassese, 2000: 197)، بسیاری از محققان با استناد به انگیزه‌های پنهانی آن به‌عنوان مفهومی دال بر فقدان ارزش حقوقی، به‌سرعت ارتباط آن را با چارچوب مدرن حقوق بین‌الملل رد کردند (Pustogrov, 1999: 129). با وجود این، شرط مارتنس از کنفرانس ۱۸۹۹ صلح لاهه به‌طور مداوم در معاهدات، رویه قضایی، تفاسیر و نظریات علمی حقوق مورد استناد قرار گرفته است.

این یک واقعیت جالب و متناقض است که هرچه زمان بیشتری از تدوین شرط مارتنس بگذرد و قوانین جدید حقوق بشردوستانه بیشتری برای تنظیم حمایت از قربانیان درگیری‌های مسلحانه تصویب شود، بیشتر به مفاد شرط مارتنس استناد می‌کنیم. این امر به بحث پربار و در عین حال پیچیده‌ای در زمینه معنای واقعی و کاربرد آن در حقوق بشردوستانه منجر شده است. در ادبیات حقوقی معاصر و در قلمرو دکترین حقوقی بین‌المللی، رویکردهای متفاوت و اختلاف‌نظرهای بسیاری نسبت به شرط مارتنس وجود دارد. هریک از این نگرش‌ها، در خصوص جایگاه و کارکرد شرط مارتنس داورهای متفاوتی دارند؛ برخی برداشت اخلاقی-ارزشی از شرط مارتنس دارند (Gary, 2010: 57; Luf, 2013: 134; Pustgravo, 1999: 132)؛ برخی دیگر آن را به‌مثابه منبع مادی حقوق بین‌الملل می‌دانند (Quadri, 2023: 326-351). اما سه تفسیر رایج از شرط مارتنس وجود دارد؛ مضیق‌ترین تفسیر بیان می‌کند که این شرط پس از تدوین مجموعه کامل‌تری از قوانین جنگ، دیگر اهمیت قانونی ندارد (Ticehurst, 1997: 125-127). اما درج این شرط در پروتکل اول الحاقی و ارجاعات مستمر دادگاه‌ها به آن تا حد زیادی این دیدگاه را خدشه‌دار کرده است. تفسیر مضیق دیگر این است که شرط مارتنس امضاکنندگان یک معاهده را که چنین شرطی در آن ظاهر شده است، ملزم می‌کند (دهقانی و همکاران، ۱۴۰۱: ۱۲۶). تفسیر تفسیر موسع از این دیدگاه حمایت می‌کند که شرط مارتنس اصل راهبر نظام حقوقی و جهت‌دهنده به قواعد حقوقی مندرج در نظام بین‌الملل است. تفاسیر موسع‌تر، شرط مارتنس را منبعی مجزا در حقوق بین‌الملل می‌دانند (Ivanenko, 2022: 1722; Brownlie, 1998: 28; Sarkin, 2007: 151) و این استدلال که اصول بشریت و وجدان عمومی به جایگاه هنجار عرفی حقوق بین‌الملل دست یافته‌اند (Leisure, 2021: 478) که می‌توانند به‌طور مستقل به‌عنوان مبنای استدلال مورد استناد قرار گیرند. اگرچه این رویکرد توجه علمی و قضایی را به خود جلب کرده، اما همچنان دیدگاه اقلیت دارد. بر اساس تفسیر میانه که دیدگاه اکثریت است، شرط مارتنس در موقعیت‌های خاص اهمیت پایداری

1. Diplomatic ploy

داشته است. این دیدگاه شرط مارتنس را به مثابه راهنمای هرمونتیک، ابزاری برای درک و تفسیر مفاد معاهده قلمداد می‌کند (Sparow, 2017). در نهایت، رد اصل لوتوسی مانده آزادی^۱ (Stapleton- coory, 2019: 476) تفسیری تلفیقی از شرط مارتنس است.

با وجود این دیدگاه‌ها، اهمیت حقوقی دقیق شرط مارتنس در حقوق بین‌الملل مدرن همچنان کار دشواری است. عناصر مقوم شرط مارتنس یعنی اصول بشریت و وجدان عمومی با وجود درج در اسناد بی‌شماری، در هیچ سندی تعریف نشده‌اند. گویا به عمد و به طور هدفمند از این مهم اجتناب شده است، گواه این امر تاریخ پیش‌نویس منشور نورنبرگ است.^۲ بنابراین، با توجه به ذهنی بودن مفاهیم مندرج در شرط مارتنس، زمینه را برای تفاسیر متنوع با توجه به درک خاص هر فرد باز می‌کند. چه چیزی در خصوص عناصر مقوم به ظاهر ساده شرط مارتنس وجود دارد که تعریف آنها را بسیار دشوار کرده است؟ به نظر می‌رسد که در میان حدس‌های بی‌پایان، چیزی عمیقاً جذاب و ارزشمند در این کلمات وجود دارد. این همان چیزی است که میل ما را برمی‌انگیزد تا حقوق بین‌الملل بشردوستانه را به عنوان یک پدیده اخلاقی بدانیم و نه صرفاً به مثابه قواعدی که کشتار جنگ‌ها توسط آن تنظیم می‌شود.

نکته قابل تأمل در این خصوص، تأثیر جدال‌های نظری موجود در خصوص ظرفیت شرط مارتنس در تغییر روند تحولات حقوق بین‌الملل است. فرض اصلی این است که شرط مارتنس ظرفیت بالقوه‌ای دارد که هریک از اندیشمندان، رویکردها و مکاتب حقوقی تصور خاصی از آن را ترویج می‌کنند که با این همه نمی‌توانند تصویری کامل از همه زوایا و جزئیات این شرط و عناصر مقوم آن ارائه دهند. شرط مارتنس بسته به وضعیت‌ها و دادگاهی که در آن مورد استناد قرار می‌گیرد، می‌تواند کارکردهای حقوقی متفاوتی داشته باشد. بنابراین، این مقاله گامی حیاتی برای توسعه درکی دقیق‌تر از شرط مارتنس است. با توجه به نسبیت هنجاری در حقوق بین‌الملل، با پرداختن به جایگاه شرط مارتنس صورت آن مهم نیست بلکه تمرکز بر مضمون آن کلید نیل به فهم ماهیت و جایگاه آن است. با توجه به آنچه بیان شد، در این مقاله ابتدا به مفهوم و پیشینه تاریخی شرط مارتنس نظری می‌افکنیم. سپس جایگاه شرط مارتنس در مبانی حقوق بین‌الملل بیان می‌شود. در ادامه، چارچوب تحلیلی از جایگاه شرط مارتنس در منابع حقوق بین‌الملل به تصویر کشیده می‌شود. در نهایت، به کارکردهای نوین شرط مارتنس و جایگاه متفاوت آن در تفسیر و توسعه حقوق بین‌الملل پرداخته می‌شود.

1. Residual Presumption

۲. آنچه در پیش‌نویس منشور شایان توجه بود، اشارات مستمر بیشتر کشورها به جمله مشابه شرط مارتنس به‌ویژه عرف‌های مستقر در میان ملل متمدن، قوانین بشریت و ندای وجدان عمومی بود. این فرمول در تمام پیش‌نویس‌ها، تا پیش از تصویب نهایی منشور نگه داشته شده بود. اما سرانجام در نسخه نهایی منشور دادگاه حذف و به جای آن مفهوم جنایات علیه بشریت ارائه شد (Atadjanov, 2019: 91).

۲. مفهوم و پیشینه تاریخی شرط مارتنس

این شرط برای اولین بار از سوی فتودور فئودوریچ ون مارتنس^۱ در کنفرانس‌های صلح لاهه ارائه شد که مقرر می‌داشت: «تا زمان تدوین مجموعه‌ای کامل از قوانین جنگی، در موارد غیرمصرح در مقررات مصوب، جمعیت غیرنظامی و نظامیان همچنان تحت حمایت و اقتدار اصول حقوق بین‌الملل منبعث از عرف تثبیت‌شده میان ملل متمدن، اصول بشریت و ندای وجدان عمومی باقی خواهند بود».

زمانی که به موضوعات ماهوی پرداخته می‌شود، یک مسئله مهم را باید به‌خاطر بسپاریم: تاریخ و پیشینه، تاریخ واژه نیست. بسیاری از عوامل مهم از جمله واقعیت‌های زندگی، تحولات حقوقی، عوامل اجتماعی و جهانی شدن در توسعه شرط مارتنس نقش داشته‌اند. از این رو با اینکه محتوای شرط مارتنس منشأ باستانی داشته و ریشه در آرا و اندیشه‌های حقوق طبیعی دارد (زرنشان، ۱۳۹۷: ۳۲۲)، اما برای نخستین بار در کنفرانس اول صلح لاهه ۱۸۹۹ پیشنهاد شد و با درج در مقدمه کنوانسیون شماره ۲ لاهه در خصوص قوانین و قواعد عرفی جنگ زمینی وارد ادبیات حقوق بین‌الملل شد. شرط مارتنس ابتدا به‌عنوان یک شرط احتیاطی جهت تدارک قواعد بشردوستانه برای رفع بن‌بست دیپلماتیک و حل اختلاف بین اعضای کنفرانس‌های صلح لاهه در خصوص جایگاه جنبش‌های مقاومت در سرزمین‌های اشغالی (Crawford, 2007: 19) و در راستای علاج عدم کلیت قواعد حقوق و استقرار اصولی ناظر بر مقوله‌های پیش‌بینی‌نشده در عرصه حقوق بشردوستانه مطرح شد.

علت وجودی این شرط این است که به جامعه بین‌المللی یادآوری کند که هیچ‌کس خلاً حقوقی نمی‌تواند به‌عنوان عذری برای انجام اقدامات غیرانسانی (Smith, 2019: 184) که از عرف، اصول بشریت و ندای وجدان عمومی سرچشمه گرفته است، به‌کار رود. هنجارهای مندرج در شرط مارتنس، ساکن نیستند، بلکه ماهیتاً پویا هستند و هدف آن محافظت از افراد در برابر بی‌قاعدگی و ناهنجاری‌های جنگی است و این قدرت را دارند تا یک روش جنگی را در عصری توجیه و در عصری دیگر ممنوع کنند (Smith, 2019: 185). شرط مارتنس همچنان اهمیت خود را حفظ کرده است، زیرا روش‌ها و ابزارهای جنگ همیشه و به‌سرعت تکامل می‌یابند و برای قواعد بین‌المللی غیرممکن است که با این سرعت همگام شود.

نسخه‌های متعددی از شرط مارتنس در حقوق مخاصمات مسلحانه یافت می‌شود که هر کدام تغییرات بسیار جزئی نسبت به نسخه‌های قبلی دارد. حداقل پنج تعبیر از شرط مارتنس شناسایی شده است. علاوه بر مقدمه کنوانسیون شماره ۲ لاهه ۱۸۹۹، شرط مذکور در بسیاری از معاهدات حقوق بشردوستانه از جمله در کنوانسیون شماره ۴ لاهه ۱۹۰۷، پروتکل ۱۹۲۵ ژنو در خصوص ممنوعیت گازه‌های سمی، کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ و پروتکل‌های الحاقی ۱۹۷۷ در خصوص قربانیان

1. Fyodor Fyodorovich Martens

مخاصصات مسلحانه، مقدمه کنوانسیون ۱۹۸۰ ژنو در خصوص ممنوعیت برخی تسلیحات متعارف، مقدمه کنوانسیون ۱۹۹۷ اوتاوا در خصوص ممنوعیت جامع مین‌های ضد نفر و کنوانسیون ۲۰۰۸ در خصوص ممنوعیت بمب‌های خوشه‌ای درج شده است (پیری و دهقانی، ۱۴۰۱: ۲۵۵). در حوزه حقوق بشر، علاوه بر بند ۲ مقدمه اعلامیه جهانی حقوق بشر، در قطعنامه ۲۳ کنفرانس تهران در خصوص حقوق بشر ۱۹۶۸، شرط مارتنس و ماهیت عرفی آن مورد اشاره قرار گرفت. در اسناد حقوق بین‌الملل کیفری نیز از جمله منشور دادگاه‌های نظامی نورنبرگ و توکیو، قطعنامه ۱۱ دسامبر ۱۹۴۶ مجمع عمومی سازمان ملل متحد در خصوص نسل‌زدایی، کنوانسیون سازمان ملل در خصوص اجرائشدنی بودن محدودیت‌های قانونی در مورد جرائم جنگی و جنایات علیه بشریت، بیانیۀ افتتاحیۀ دادستانی دادگاه نظامی آمریکا در نورنبرگ ۱۹۴۷، پیش‌نویس مجموعه جرائم علیه صلح و امنیت نوع بشر ۱۹۵۴، ماده ۳ تا ۵ اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی سابق، ماده ۳ اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی رواندا و مقدمه و مواد ۶ تا ۸ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی همگی به شرط مارتنس و عناصر مقوم آن استناد جسته‌اند.

۳. جایگاه شرط مارتنس در مبانی حقوق بین‌الملل؛ ماهیت اخلاقی – ارزشی شرط مارتنس

۳.۱. شرط مارتنس به عنوان انعکاسی از حقوق طبیعی و تعهدات اخلاقی

برخی نویسندگان، شرط مارتنس را صرفاً به عنوان یک مرجع اخلاقی از حقوق طبیعی تعریف می‌کنند (Gary 2010: 57). تیچهرست معتقد است شرط مارتنس نشان می‌دهد که قواعد مخاصصات مسلحانه نه تنها یک کد یا قاعده حقوقی موضوعه ارائه می‌دهند، بلکه آنها یک کد اخلاقی نیز فراهم می‌کنند. شرط مارتنس با توسل به ندای وجدان عمومی ابزاری عینی برای تعیین حقوق طبیعی فراهم می‌سازد. این امر قواعد مخاصصات مسلحانه را بسیار غنی‌تر کرده و مشارکت همه کشورها در توسعه آن را مجاز می‌سازد (Ticehurst, 1997: 134). از نظر دینستین، اصل بشریت و وجدان عمومی نباید به عنوان یک هنجار قانونی، بلکه به منزله یک ملاحظه فراحقوقی در نظر گرفته شود و برای این بیان به اعلامیه سن پترزبورگ و قضیه کانال کورفو استناد می‌کند (Dinstein, 2013: 73). جان سرون، مشاور حقوقی دادگاه کیفری بین‌المللی روندا اظهار کرد که شرط مارتنس، با الهام از حقوق طبیعی، از فرض لوتوسی هر آنچه به صراحت در حقوق بین‌الملل ممنوع نشده مجاز است، حمایت نمی‌کند (Cerone, 2008: 192). لولف معتقد است شرط مارتنس باید به عنوان یک ضرورت اخلاقی درک شود (Lülf, 2013: 16). پوستوگاروف، دانشمند روسی همچنین از این منطق حمایت می‌کند. وی معتقد است که شرط مارتنس هنجارها و اصول حقوق موضوعه را با هنجارها و اصول حقوق طبیعی متحد می‌کند. وی در ادامه بیان می‌دارد که شرط مارتنس در بسیاری از جهات به عنوان مرز بین حقوق موضوعه و حقوق طبیعی، تبیین‌پذیر است (Pustogarov, 1999: 132-134).

محاكمات نورنبرگ دقیقاً در تعریف جنایات فرماندهان نظامی نازی‌ها بر هنجارهای حقوق طبیعی

اتکا کردند. در احکام خود، دادگاه اهمیت دائمی حقوق طبیعی به عنوان مبنایی برای حقوق بین الملل معاصر را تصدیق کرد. ظهور شرط مارتنس به عنوان یک هنجار اخلاقی گواه بر وجود نوعی ایده آل در حقوق بین الملل است که می توان آن را، هم محصول فرهنگی جامعه بین المللی (واقعیات بیرونی) و هم محصول وجدان مشترک بشر، عقلانیت یا اراده خداوند (فارغ از اراده انسانی و وقایع بیرونی) تلقی کرد که مفاد سایر اجزای نظام حقوقی را هدایت می کنند و سایر اجزا باید در انطباق با آن تفسیر و اجرا شوند. ما معتقدیم که این نتیجه گیری اشتباه است. اگر جامعه بین المللی این فرضیات را تصدیق کنند، این امر را تأیید می کند که شرط مارتنس فقط از نظر اخلاقی قابل توصیه است و از نظر قانونی الزام آور نیست. در حال حاضر، ملاحظات مربوط به بشریت بخش مهمی از حقوق بین الملل و به همین ترتیب از ارزش حقوقی تثبیت شده ای برخوردار است. آنچه شرط مارتنس با ماهیت اخلاقی قوی تغذیه می کند، فقط اصول اخلاقی و آکسیولوژیک (اصول متعارف) نیست. بنابراین نباید به شرط مارتنس تنها به عنوان یک تعهد اخلاقی نگریست، بلکه فراتر از آن به عنوان یک عنصر حقوقی که تصدیق کننده استقلال و ماهیت الزام آور اصول بشریت و ندای وجدان عمومی به عنوان منبع در نظام حقوق بین الملل است، عمل می کند.

۲.۳. شرط مارتنس به عنوان اصل مرتبط دهنده ارزش های اخلاقی انتزاعی با اعمال قواعد خاص

اصول مندرج در شرط مارتنس، بر اخلاق تکیه دارد، البته اخلاقی که در این دیدگاه جنبه مکتبی آن بر جنبه حقوقی اش برتری دارد. برخی با بررسی پرونده های نورنبرگ معتقدند شرط مارتنس از لحاظ تاریخی به عنوان ترجمان واسطه بین اصول انتزاعی اخلاقی / مذهبی حقوق طبیعی که به لحاظ حقوقی اهمیت کمی دارند و تلاش های خاص برای جرم انگاری حداقل جنبه هایی از اعمال غیر انسانی علیه گروه های اقلیت عمل می کرد (Filibeck, 1998; 78). در نظر مشورتی سلاح های هسته ای، حامیان غیرقانونی بودن سلاح های هسته ای بر اهمیت این امر که چگونه شرط مارتنس عناصر حقوق طبیعی را به هنجارهای موضوعه حقوق بین الملل وارد کرده است، تأکید کردند. هدف این بود که قوانین مخاصمات مسلحانه یک قاعده حقوقی موضوعه و اخلاقی فراهم سازد؛ تصدیق جنبه های حقوق طبیعی و همچنین حقوق موضوعه (Sarkin, 2007: 153).

شرط مارتنس عبارتی از نظریه حقوق طبیعی حقوق بین الملل است. تیچهرست استدلال می کند که مفاد شرط مارتنس این تفسیر را اجتناب ناپذیر می سازد که قواعد حقوق بین الملل موضوعه که از پیشرفت های اخلاقی، نظامی و فناوری رایج عقب مانده است، به روز شوند. بنابراین شناسایی یک قاعده اخلاقی به عنوان عنصری از قواعد حقوق مخاصمات و در نتیجه تبدیل به قاعده حقوقی موضوعه حائز اهمیت است. شرط مارتنس پیوندی ارتباطی بین هنجارهای موضوعه حقوق بین الملل مرتبط با مخاصمات مسلحانه و حقوق طبیعی فراهم می سازد (Ticehurst, 1997: 134).

در این دیدگاه کارکرد منظم شرط مارتنس به عنوان ترجمان بین اخلاق انتزاعی حقوق طبیعی و دکتین حقوق بین الملل موضوعه است. این تفسیر از شرط مارتنس ادغام و تلفیق ایده های اخلاقی در حقوق معاهده ای موضوعه را تصدیق می کند. این کارکرد مستلزم عملکرد به عنوان یک منبع الهام بخش اخلاقی برای قانونگذاری بشردوستانه بین المللی شامل اصلاحات قضایی و همچنین اصلاحات مبتنی بر معاهده محور است (Salter, 2012: 435). در نتیجه، در سده بیستم و حاضر به ویژه در رویه قضایی، این امر انگیزه های برای قضات فراهم می کند تا بیشتر معنی و تأثیرات تدابیر حقوق بین الملل مرتبط به این اعمال را توسعه دهند. در واقع، شرط مارتنس به قضات این اختیار را داده است تا اصول بشریت و ندای وجدان عمومی را هم از لحاظ اخلاقی و هم از منظر حقوق بین الملل به عنوان اصول جهانی به رسمیت بشناسند. ارتباط بین حقوق موضوعه و اخلاق خیال انگیز نیست. بر عکس، طرز بیان این اقدام به وضوح بر این مسئله دلالت می کند که رویه دولت ها نشان می دهد که برخی اصول هنجاری مشترک با دلالت های حقوقی که به گونه ای بالقوه به فجایع علیه غیرنظامیان مرتبط است، خارج از چهار گوشه معاهدات خاص که این اقدام سعی دارد خلاقانه تکمیل کند، قرار دارد. این امر دال بر پذیرش رسمی در قالب معاهدات به وسیله جامعه بین المللی است.

۴. جایگاه شرط مارتنس در منابع حقوق بین الملل؛ شرط مارتنس به مثابه منابع

۴.۱. شرط مارتنس به مثابه منبع مادی حقوق بین الملل

در حال حاضر فرایند شکل گیری حقوق بین الملل فقط در منابع صوری خلاصه نمی شود، منابع صوری منابع منحصر به فرد حقوق بین الملل نیستند. علل موجه قواعد حقوق بین الملل به فرایندی متصل اند که فراتر از محدوده این منابع صوری فعال است. قواعد موضوعه باید کاشف از عوامل و منابع مادی همچون اخلاقیات و ضروریات فرهنگی و اجتماعی تابعان نظام های حقوقی باشد (Franck, 1998: 25). نتیجه آنکه با اذعان به الزامات موضوعه بودن قواعد حقوقی، برای رفع نواقص دامنه حقوق و توسعه حاکمیت قانون بر تمامی شئون روابط اجتماعی نیز، باید قانونگذاری مبتنی بر منابع مادی و ضرورت های اجتماعی داشته باشیم. چنین عملکردی، خود به خود، الزام بیشتر قواعد حقوقی و ترسیم ضمانت اجرای مؤثرتر را نیز در پی خواهد داشت. از این رو برخی اظهار می کنند وجدان حقوقی مندرج در شرط مارتنس به عنوان منبع مادی نظم حقوقی بین المللی عمل می کند (Quadri, 2023: 326-351). وجدان حقوقی جهانی منبع مادی حقوق بین الملل و عامل شکل گیری حقوق ملل جدید است. با این نظام حقوقی، فکر عدالت عینی یا یک نظام حقوقی متعلق به کل بشریت به اثبات می رسد (فلسفی، ۱۳۹۹: ۴۳۰).

با اینکه توسعه و تکامل قواعد موضوعه بین المللی در طول دو قرن اخیر شتاب چشمگیری داشته

است، حقوق بین‌الملل به تعبیر بسیاری از حقوقدانان یک نظام نوپاست (ضیایی، ۱۴۰۱: ۱۶) و دور از ذهن نیست که در نوپایی این عرصه، بازیگری منابع و عوامل مادی کماکان بارزتر از حقوق موضوعه باشد. از این رو ارجاع برخی از اسناد حقوقی که حاوی قواعدی موضوعه‌اند، به شرط مارتنس و مشتقات آن برای شمول موارد پیش‌بینی‌نشده در آن سند، قابل درک و هوشمندانه به نظر می‌رسد. در واقع درج عبارت وجدان انسانی به عنوان منبع و منشأ مفاهیم دیگری همچون قوانین انسانی، اصول انسانی، فرامین وجدان عمومی و ملاحظات اولیه انسانی در پر کردن خلأ قواعد موضوعه متناسب در حقوق بین‌الملل مؤثر بوده و خود زمینه‌ساز وضع قواعد موضوعه مورد نیاز جامعه بین‌المللی شده است.

در خلال تجارب دهه‌های اخیر، قضات دادگاه‌های بین‌المللی اثبات کرده‌اند که وجدان بشری جهانی یک منبع مادی در حقوق بین‌الملل قلمداد می‌شود. در بسیاری از نظریات شخصی در رویه کمیساریای عالی پناهندگان سازمان ملل متحد به این نتیجه رسیدند که وجدان بشری جهانی می‌تواند به عنوان یک شاهد امروزی در فرایند تاریخی انسانی کردن حقوق بین‌الملل نقش بسیار مهمی داشته باشد. حتی بعضی از علمای حقوق بین‌الملل انتظار دارند که دکتین حقوقی قرن جدید به طور چشمگیری به منابع مادی حقوق بین‌الملل به عنوان تشکیل دهنده و اعتباردهنده قواعد حقوق بین‌الملل توجه داشته باشند (Kolb, 2017: 284).

امروزه توجه داشتن کامل به منابع مادی حقوق بین‌الملل یعنی همان وجدان بشری جهانی از ضروریات جامعه جهانی و آرمان‌های بشری است. در نتیجه حقوق بین‌الملل امروزی به منظور دستیابی به توسعه نیازمند تکیه کردن بر منابع مادی حقوق بین‌الملل به خصوص وجدان جمعی یا خرد جمعی یا وجدان قضایی جهانی است.

۲.۴. شرط مارتنس منبع شکلی حقوق بین‌الملل

۲.۴.۱. شرط مارتنس منبع خاص

شرط مارتنس منبع خاص^۱ حقوق بین‌الملل است. حداقل در حوزه‌های انسانی حقوق بین‌الملل، شرط مارتنس چنین منابعی را گسترش داده است. قاضی شهاب‌الدین در دیدگاه مخالف خود به نظر مشورتی سلاح‌های هسته‌ای تأکید داشت که شرط مارتنس مرجع خودبسنده و قاطع خود است در وضعیت‌هایی که هیچ قاعده مرتبطی در حقوق معاهده‌ای مقرر نشده باشد. لازم نیست در جای دیگر وجود مستقل چنین اصولی مشخص شود، منبع اصول در خود شرط نهفته است. به زعم ایشان، تعداد زیادی از نمایندگان در کنفرانس صلح لاهه قصد داشته‌اند که شرط مارتنس این نقش هنجاری بسیار قدرتمند در حقوق مخاصمات مسلحانه داشته باشد (ICJ Rep, 1996: Paras.408-409). این موضع در نظر

1. Sui generis

مخالف قاضی ویرامانتری نیز تقویت شد. ایشان بیان کردند که شرط مارتنس مبتنی بر مجموعه‌ای از اصول و فراتر از قواعد خاصی است که قبلاً تدوین شده و باید در وضعیت‌هایی اعمال شود که قبلاً تحت پوشش یک قاعده خاص قرار نگرفته‌اند (ICJ Rep, 1996: Para.484).

یان برانلی با استناد به قضیه تنگه کورفو اظهار کرد که اصول بشریت مندرج در شرط مارتنس به‌عنوان منبع حقوق بین‌الملل عمومی عمل می‌کنند (Brownlie, 2008: 28). برخی نویسندگان این تمهید را در چارچوبی توصیف می‌کنند تا مستلزم تفسیری از این نوع باشد که به آن نیروی هنجاری مستقیم می‌بخشد. سارکین اذعان می‌دارد که معاهدات و اعلامیه‌های بین‌المللی پیشین، به اصول بشریت و ندای وجدان عمومی اشاره کرده‌اند. با این حال، ارزش افزوده شرط مارتنس در شناسایی صریح چنین اصولی توسط دولت‌ها در معاهدات خاص، همراه با تصدیق وضعیت آنها به‌عنوان بخش جدایی‌ناپذیر از حقوق بین‌الملل عرفی که اعتبار آن مستقل از حقوق معاهدات است، نهفته است (Sarkin, 2007: 151).

اکثریت قضایای پس از جنگ جهانی دوم که به شرط مارتنس استناد کرده‌اند، از این استدلال که هنجارهای مقرر در شرط مارتنس جایگاه قاعده مستقل را به‌دست آورده‌اند، پشتیبانی می‌کنند. در قضیه کراپ، استناد قضایی به شرط مارتنس به عنوان معیار حقوقی و هنجاری مستقل در حقوق بین‌الملل بوده که توسط آن موضوعات پیش‌بینی‌نشده در حقوق جنگ، تحت پوشش قرار می‌گیرد. در این قضیه دادگاه نظامی مقررات مرتبط کنوانسیون‌های لاهه را نه تنها به عنوان یک معاهده بلکه همچنین به عنوان قاعده عرفی برای آلمان الزام‌آور شناخت (IMT, 1948: 620-622). دادگاه اضافه نمود که شرط مارتنس حاوی مطالبی بسیار بیشتر از اعلام محض یک قاعده است. این شرط عرف متداول بین ملل متمدن، اصول انسانیت و ندای وجدان عمومی را به معیاری حقوقی تبدیل می‌کند (IMT, 1948: 622). دادگاه با ارائه تفسیر موسع از شرط مارتنس، این گزاره را پذیرفت که به خودی خود ملاحظات مندرج در شرط مارتنس به‌طور مستقیم سبب ایجاد تعهدات حقوقی خاص می‌شوند. بی‌شک چنین اشاراتی معادل درک شرط مارتنس به‌عنوان هنجاری مستقل است که حتی قادر به تحمیل مسئولیت کیفری است.

طبق این شرط برای تکمیل قواعد نوشته‌شده، در صورت ضرورت باید به عرف و رویه مورد تأیید ملل متمدن و قوانین انسانی منطبق با وجدان عمومی توسل جست. دیوان بین‌المللی دادگستری در نظر مشورتی سلاح‌های هسته‌ای بر اهمیت شرط مارتنس تأکید و اظهار می‌کند: «در خصوص وجود و قابلیت اعمال این شرط شکی وجود ندارد». در ادامه می‌گوید: «این اصل وسیله مؤثری در مقابل تحول سریع فناوری نظامی است». در انتها نیز دیوان نتیجه می‌گیرد که این شرط ریشه در عرف بین‌المللی دارد (ICJ Rep, 1996: Paras.78-87). دیوان همچنین اظهار کرد که شرط مارتنس و قواعد اساسی که در آن گنجانیده شده است، باید توسط همه کشورهای رعایت شود، چه اینکه آنها کنوانسیونی که این مقرر را در بر دارد تصویب کرده باشند یا به عضویت آن درنیامده باشند، زیرا آنها تشکیل‌دهنده اصول تخطی‌ناپذیر

حقوق بین‌الملل عرفی‌اند (ICJ Rep, 1996: 226). بنابراین، شرط مارتنس بدون شک یک قاعده معاهده‌ای برای دولت‌های عضو معاهدات بشردوستانه و یک قاعده عرفی قابل اعمال برای طرفین مخاصمه مسلحانه‌ای است که به دلایلی به معاهدات بشردوستانه نپیوسته‌اند (Ivanenko, 2022: 1722). خصلت قاعده عرفی شرط مارتنس در حقوق بین‌الملل توسط حقوقدانان دیگری نیز تصدیق شده است (Agarwal, 2018: 231).

قاضی شهاب‌الدین همچنین در دیدگاه مخالف خود به نظر مشورتی سلاح‌های هسته‌ای اظهار کرد شرط مارتنس که اکنون به‌عنوان قاعده عرفی پذیرفته شده و در مقدمه کنوانسیون‌های لاهه نیز آمده است، اکنون مقبولیت عرفی یافته است، اما این لزوماً به مفهوم آن نیست که مصادیق آن نیز باید جنبه عرفی داشته باشد. اینکه رفتار کشورها باید مبتنی بر ملاحظات اولیه انسانی باشد، خود یک قاعده عرفی است، اما محتوای آن در پرتو تغییر شرایط متغیر خواهد بود، که از یک سو به ابزار و شیوه‌های جنگی و از دیگر سو به سطح تحمل اجتماع بین‌المللی مرتبط است (ICJ Rep, 1996: 406).

۲.۲.۴. شرط مارتنس هنجار عرفی حقوق بین‌الملل

این رویکرد افراطی‌ترین دیدگاه و عینی‌ترین تعهدات را به شرط مارتنس نسبت می‌دهد، یعنی ارتقای آن به وضعیت قاعده عرفی بین‌المللی. استدلال اساسی برای نسبت دادن وضعیت قاعده عرفی به شرط مارتنس این است که از زمان شکل‌گیری در کنفرانس‌های صلح لاهه، اصل بشریت و ندای وجدان عمومی ارزش هنجاری مشابه رویه دولت (که در شرط از آن به‌عنوان عرف رایج بین ملل متمدن یاد می‌شود) به‌دست آورده است. برخی دادگاه‌ها تا آنجا پیش رفته‌اند که این اصول را با معیار حقوقی اعمال‌شده در وضعیت‌هایی که تحت پوشش مقررات قرار نگرفته‌اند، یکسان می‌دانند (IMT, 1948: 1327)؛ دیدگاهی که وضعیت قاعده عرفی این شرط را در میان حقوقدانان مختلف تقویت کرده است.

با این حال، این دیدگاه زمانی که در برابر فرایند استاندارد ایجاد قواعد عرفی ارزیابی شود که از نظر تاریخی مستلزم وجود دو عنصر، رویه دولت و اعتقاد حقوقی است، مورد انتقاد قرار می‌گیرد. مطابق رویه دیوان بین‌المللی دادگستری، یک قاعده عرفی تنها زمانی می‌تواند وجود داشته باشد که دو معیار تجمعی محقق شود: رویه و اعتقاد حقوقی دولت‌ها (ICJ Rep, 1985: Para.27; ICJ Rep, 1996: Para.64). در متن شرط مارتنس، شواهدی از رویه وجود ندارد که این امر از نگاه پوزیتیویست‌ها به عدم پیروی از فرایند ایجاد قواعد عرفی منجر می‌شود (Salter, 2012: 436).

اما در بافت خاص شرط مارتنس، حقوقدانان مایل بوده‌اند بپذیرند که روند عرفی می‌تواند برای حمایت از ظهور هنجارهای دستوری جدید بر اصول بشریت یا ندای وجدان عمومی تکیه کند، حتی در

جایی که رویه دولت کم یا یکنواخت نباشد. در این شرایط، اعتقاد حقوقی به عنوان عنصر تعیین کننده ظهور یک قاعده یا اصل کلی حقوق بشردوستانه در نظر گرفته می شود. آنتونیو کسسه خاطر نشان کرد شرط مارتنس برای اولین بار اعلام کرد که ممکن است اصول یا قواعد حقوق بین الملل عرفی وجود داشته باشد که نه فقط از رویه دولت، بلکه همچنین از اصول بشریت و ندای وجدان عمومی ناشی می شوند (Cassese, 2000: 189). دادگاه کیفری بین المللی یوگسلاوی سابق در قضیه کوپراسکیچ نیز استدلال می کنند که شرط مارتنس استثنایی بر مقتضیات اجباری دوگانه در رویه دیوان بین المللی دادگستری برای ایجاد عرف فراهم می کند. به زعم دادگاه دامنه شرط مارتنس این است که حقوق آرمانی^۱ را به حقوق موجود^۲ تبدیل کنند؛ از طریق فرایندی که در آن اعتقاد حقوقی منتج از ضرورتها نقش بسیار مهم تری از رویه دولت ایفا می کند (Cassese, 2000: 211; ICTY, 2000: Para.527). به عبارت دیگر، این شرط به وضوح نشان می دهد که اصول حقوق بین الملل بشردوستانه (در اینجا ممنوعیت انتقام جویی علیه غیرنظامیان یا اهداف غیرنظامی مستقر در مناطق جنگی که در مواد ۵۱ (۶) و ۵۲ (۱) پروتکل الحاقی اول بیان شده است) ممکن است از طریق یک فرایند عرفی در چارچوب فشار ناشی از اصول بشریت یا ندای وجدان عمومی ظهور کند، حتی اگر هیچ رویه دولتی یکنواخت و متحدالشکلی برای حمایت از این نتیجه گیری وجود نداشته باشد (ICTY, 2000: Paras.527-536). عنصر دیگر، در قالب اعتقاد حقوقی ناشی از ضرورتها، که در نتیجه مقتضیات بشریت یا وجدان عمومی متبلور می شود، ممکن است منادی و عامل تعیین کننده ای در پیدایش یک قاعده یا اصل کلی حقوق بشردوستانه باشد (ICTY, 2000: Para.527).

برای نخستین بار بود که در رویه محاکم بین المللی کیفری اعلام شد اصول یا قواعد حقوق بین الملل عرفی وجود دارد که نه تنها از رویه دولت، بلکه همچنین از اصول بشریت و ندای وجدان بشری ناشی می شوند. بنابراین، این یک واقعیت است که شرط مارتنس، اصول بشریت و ندای وجدان عمومی را در جایگاهی مشابه با رویه غالب یعنی رویه دولت به عنوان منابع تاریخی اصول حقوق بین الملل قرار می دهد. شارلوت لوف، استاد آلمانی حقوق بین الملل، فراتر از رویه دادگاه یوگسلاوی سابق پیش رفت و شرط مارتنس را به عنوان مبنایی اخلاقی برای امکان خلق یک قاعده حقوقی با مشخصه عرفی تفسیر کرد، و نه بر مبنای رویه یا رأی راسخ دولتها (Lülf, 2013: 16). بر اساس استدلال ایشان، هر دو عنصر عرف برای ایجاد یک قاعده موضوعه غیرضروری است، زیرا دستورهای اخلاقی که در شرط مارتنس حفظ شده است، این توانایی را دارند که جایگزین عنصر رویه یا رأی راسخ دولتها شوند زمانی که منافع بشریت به حمایت نیاز داشته باشند.

1. De lege Ferenda

2. De lege Lata

با اینکه دیدگاه دادگاه کیفری یوگسلاوی سابق، کاسسه و لوف در خصوص شرط مارتنس به عنوان یک کاتالیزور در ایجاد قواعد عرفی، بسیار جالب می نماید، اما نمی تواند غالب شود. یک قاعده عرفی بدون رویه و اعتقاد حقوقی نمی تواند وجود داشته باشد، همان گونه که دیوان بین المللی دادگستری بارها به این مورد اشاره کرده است (ICJ Rep, 1985: Para.27; ICJ Rep, 1996: Para.64; ICJ Rep, 1986: Para.27 (ICJ Rep, 1969: Para.27; Paras.183,207)). جامعه بین المللی نمی تواند تعریف نادرستی از عرف که صرفاً تضمین کننده حمایت از انسان هاست، بپذیرد، چرا که این امر قانون و قواعد حمایتی آن را در معرض سوء استفاده های غیر قابل قبول قرار می دهد. البته این تحول حقوق بین الملل عرفی برای سازگاری با تفسیری موسع از شرط مارتنس، نشان دهنده تعهد عمیق به احساسات موجود در آن است. به نظر می رسد گرایش به سمت انسانی شدن مخاصمات مسلحانه تصدیقی بر این امر است که شرط مارتنس مسیری منسجم و از نظر حقوقی قابل دفاع برای گسترش آنها فراهم می کند. برای مثال دادگاه های بعد از جنگ جهانی دوم در تعدادی از قضایا به شرط مارتنس استناد کردند تا جلوی دفاع جرم انگاری عطف بماسبق شونده را بگیرند و اساساً پایه ای برای نقض های کیفری پیش از تصویب بعدی مقررات مربوط به آن رفتار فراهم می کند (Stapleton-coory, 2019: 482). با ارزیابی استنتاجی، به نظر می رسد شرط مارتنس ابزاری هنجاری و قادر به انتساب مجرمیت است، بنابراین باید دید که وضعیت یک هنجار مستقل را کسب کرده است که نقض آن جرم بین المللی محسوب می شود. در فقدان نمونه های جدید استناد به این شیوه به شرط مارتنس، روشن نیست که آیا وضعیت عرفی بودن شرط صرفاً وسیله ای ناامیدکننده برای اجتناب از بی عدالتی های غیر قابل تصور در طول فصلی از تاریخ بشر است یا خیر؟

۴.۲.۳. شرط مارتنس به مثابه اصل کلی حقوقی در قالب ماده ۳۸ اساسنامه دیوان

برخی شرط مارتنس را به مثابه اصل حقوقی در نظر گرفته اند. از نظر آنها اصل حقوقی معنایی متفاوت از اصل کلی حقوقی ذیل ماده ۳۸ (۱) (ج) اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری دارد. در این ماده اصل کلی حقوقی ذیل عنوان منبع حقوق قابل استناد در رسیدگی های دیوان مطرح می شود. اما در اینجا اصل حقوقی به معنای محتوای منبع حقوقی تلقی شده و به مثابه یک هنجار حقوقی در مقابل قاعده حقوقی قرار می گیرد نه منبع حقوقی (Petersen, 2008: 286). اصول اولاً عام تر از قواعد هستند و ثانیاً الزامات بهینه سازی هنجاری که به طور مستقیم در موضوعات امکان اعمال دارند، تلقی می شوند و این دو ویژگی در کنار هم، اصول را متمایز از قواعد می سازد (Alexy, 2010: 59). با این تعبیر و فهم از اصول و قواعد، شرط مارتنس از نظر حقوقی هنجار است، ولی از نوع اصل حقوقی نه قاعده.

اما به نظر قاضی شهاب الدین، شرط مارتنس اقتداری را فراهم ساخته است تا اصول انسانیت و ندای وجدان عمومی به عنوان اصول حقوق بین الملل که باید در پرتو اوضاع و احوال در حال تغییر احرار شوند،

تلقی کردند (ICJ Rep, 1996: 22). قاضی شهاب‌الدین تلقی شرط مارتنس به عنوان اصول کلی به طور مستقیم قابل اعمال را که متضمن پیامدهای حقوقی متغیر در زمینه‌های مختلف است، تصدیق کرد. به نظر می‌رسد هنگام تعیین محتوای کلی حقوق مخاصمات مسلحانه، شرط مارتنس اقتضا می‌کند فراتر از معاهدات و عرف به جست‌وجو بپردازیم تا اصول بشریت و ندای وجدان عمومی را مورد توجه قرار دهیم (Ticehurst, 1997: 128). این موضع مورد حمایت کمیسیون حقوق بین‌الملل است، همان گونه که اظهار کرد: «شرط مارتنس مقرر می‌کند حتی در وضعیت‌هایی که تحت پوشش موافقت‌نامه‌های بین‌المللی خاص قرار نمی‌گیرد، غیرنظامیان و جنگجویان تحت حمایت و اقتدار اصول حقوق بین‌الملل برگرفته از عرف مستقر، اصول بشریت و الزامات ناشی از وجدان عمومی باقی می‌مانند» (UN Report, 1994: 317).

دیوان بین‌المللی دادگستری ملاحظات بنیادین بشریت را اصول اولیه و کلی حقوق بین‌الملل قلمداد می‌کند. این ملاحظات ابتدایی بشریت ارتباط بسیار نزدیکی با اصل مقوم شرط دارد. تیچهرست آنها را مترادف قلمداد می‌کند (Ticehurst, 1997: 127). با تلفیق این دو دیدگاه می‌توان گفت که اصول مندرج در شرط مارتنس از اصول بنیادین حقوق بین‌الملل در قالب ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری قلمداد می‌شوند. به نظر می‌رسد که دیوان در قضیه نیکاراگوئه، هیچ تمایزی بین اصول اولیه بشریت و اصول کلی حقوق بشردوستانه قائل نشده است. به تعبیر رُزمری ابی صعب، اصول بشریت، تجلی اصول کلی یا مبانی اخلاقی است که در تمامی شرایط، خواه دوران صلح یا جنگ قابل اعمال است (Abi-Saab, 1987: 368-370). به نظر دادگاه این قواعد به همان موضوعی اشاره دارند که دادگاه در قضیه تنگه کورفو آنها را ملاحظات بنیادین بشریت نامید (ICJ Rep, 1986: Para.218).

با وجود پذیرش این امر که شرط مارتنس مستلزم یک قاعده حقوقی موجود مستقل رفتاری است که از غیرنظامیان محافظت می‌کند، اما متن و طرز بیان آن روشن نمی‌کند که آیا و اگر چنین است، دقیقاً در چه شرایطی و تا چه حدی ملاحظات بشردوستانه به طور مستقیم موجب تعهدات حقوقی خاص و الزام‌آور در زمینه فجایع و قساوت‌ها می‌شود، آن گونه که شخصی از قواعد حقوقی دقیق‌تر انتظار دارد (Fitzmaurice, 1986: 4). به نظر بهترین تفسیر ممکن است این باشد که شرط مارتنس اکنون با اصول کلی حقوق بین‌الملل بشردوستانه در یک سطح قرار گرفته است. این اصول در جایی که وجود دارند از قواعد خاص حمایت کرده و نقش پشتیبانی قواعد را بازی می‌کنند، و جایی که چنین قوانین قابل اعمالی وجود نداشته باشد، به طور مستقیم قابل اجرا هستند.

بی‌شک این رویکرد موسع قابل قبول‌ترین بخش‌های مربوط به نظر مشورتی سلاح‌های هسته‌ای است (ICJ Rep, 1996: Paras.84,78). دیوان دو اصل از سه اصل مهم تشکیل‌دهنده حقوق بشردوستانه را بیان کرد: حمایت از جمعیت غیرنظامی و ممنوعیت درد و رنج غیرضروری. دیوان سپس به شرط مارتنس به عنوان سومین اصل استناد جست. واضح است که این تصمیم هریک از سه اصل مستقر را به عنوان

هنجارهای حقوقی بنیادین حقوق بین‌الملل که به‌طور مستقیم قابل اعمال است، به‌حساب آورد. بنابراین شرط مارتنس در عمل اختیار و قدرت لازم را برای لحاظ کردن اصول انسانیت و ندای وجدان عمومی به‌عنوان اصول حقوق بین‌الملل فراهم کرد و اجازه داد که مضمون دقیق این معیار (شرط مارتنس) که بر اصول حقوق بین‌الملل دلالت دارند، در پرتو اوضاع و احوال متغیر حقوق جنگ از جمله تغییر در ابزار و روش‌های جنگی و همچنین سطوح مختلف دیدگاه و سعه نظر جامعه بین‌المللی، معلوم شود. این اصول ثابت خواهند ماند، اما اثر عملی آنها از یک زمان به زمان دیگر متفاوت است؛ آنها می‌توانند یک روش جنگ را در یک دوره توجیه و در دوره دیگر منع کنند (ICJ Rep, 1996: Para.406).

شعبه بدوی دادگاه کیفری یوگسلاوی سابق در قضیه مارتیچ به اصول مندرج در شرط مارتنس، ممنوعیت حمله به غیرنظامیان، ممنوعیت اقدامات تلافی‌جویانه و اصول کلی که ابزار و روش‌های جنگ را محدود به اصل تناسب می‌کند، استناد کرد. به اعتقاد شعبه بدوی این هنجارها از ملاحظات بنیادین انسانیت و شرط مارتنس که بنیاد کل ساختار حقوق بین‌الملل بشردوستانه و حاکم بر همه مداخلات مسلحانه‌اند، سرچشمه می‌گیرند (ICTY, 1996: Paras.12-13). در قضیه کوپراسکیچ، شعبه بدوی دادگاه اظهار کرد که شرط مارتنس قاعده ماهوی حقوق بین‌الملل ارائه نمی‌کنند، اما به‌عنوان حداقل معیار به اصول و الزاماتی اشاره دارد که در هر زمانی که یک قاعده حقوق بین‌الملل بشردوستانه به اندازه کافی دقیق یا مشخص نباشد، قابل اعمال است (ICTY, 2000: Para.525). از این‌رو شاید بهترین روش درک شرط مارتنس این باشد که آن را به‌عنوان یک اصل کلی حقوقی دید که فراهم‌کننده کمک تفسیری در تعیین قواعد ماهوی منتج از معاهدات یا عرف باشد. بنابراین رأی مارتیچ و کوپراسکیچ اصول مندرج در شرط مارتنس را به جایگاه اصل کلی حقوقی بین‌الملل ارتقا داده است که حاکم بر و همچنین تعیین‌کننده حوزه حقوق بشردوستانه و شکل‌گیری آن است.

۵. جایگاه متفاوت شرط مارتنس در تفسیر و توسعه حقوق بین‌الملل؛ کارکردهای نوین

شرط مارتنس

از مهم‌ترین کاربردهای حقوقی که می‌توان به‌حق به شرط مارتنس نسبت داد، کارکردهای نوین تفسیری آن در عرصه‌های گوناگون نظام حقوق بین‌الملل است. این بخش افزون بر ارائه جلوه‌هایی نوین از به‌منصه ظهور رسیدن شرط مارتنس، به تحلیل روش‌هایی مختلفی می‌پردازد که شرط مارتنس توانسته است بر تفسیر و کاربرد حقوق بین‌الملل تأثیرگذار باشد.

۵.۱. شرط مارتنس و رد اصل لوتوسی مانده آزادی^۱

با وجود تفرندهای سیاسی آشکاری که الهامبخش تدوین و تصویب شرط مارتنس بود، ماهیت آن با مناسبات نابتری همخوانی دارد. نمایندگان حاضر در کنفرانس لاهه از کلیت شرط مارتنس آگاه بودند و به آسانی این حقیقت را پذیرفتند که تدوین مقرراتی که همه وضعیتهای را در عمل تحت پوشش قرار دهد، غیرممکن است. این امر لزوماً به خلأهای زیادی در مقررات منجر می‌شود و متعاقباً برخی دولت‌ها از این وضعیتهای به عنوان یک مجوز قانونی استفاده می‌کنند. جنگجویان و متخاصمان نیز آن گونه که می‌خواهند مطابق با میل و اراده خود به صورت آزادانه رفتار می‌کنند و هرگونه محدودیت احتمالی و ممکن منتج از دیگر قواعد بین‌المللی را نادیده می‌گیرند. چنین بهره‌برداری از خلأهای حقوقی به بهترین وجه با تفسیری کاملاً پوزیتیویستی از اصل لوتوسی^۲ مانده آزادی نشان داده می‌شود، یعنی در نبود مقررۀ قانونی در حقوق بین‌الملل، فرض بر این است که دولت‌ها از آزادی عمل برخوردارند (Handeyside, 2007: 79). با این حال، قصد نمایندگان کنفرانس لاهه این بود که موارد پیش‌بینی نشده در نبود مقررۀ قانونی، به قضاوت خودسرانه فرماندهان نظامی و دولت‌ها واگذار نشود. شرط مارتنس از این برداشت بسیار خطرناک جلوگیری می‌کند. بنابراین در یک قرائت به نسبت رایج از شرط مارتنس، این شرط خط بطلانی است بر یک اصل دارای سابقۀ طولانی در حقوق بین‌الملل؛ اصل مانده آزادی که بر مبنای آن، هرچه به صراحت در حقوق بین‌الملل ممنوع نشده، از لحاظ حقوقی مجاز است (PCIJ Rep, 1927) یا به زعم کلسن، جایی که تکلیفی وجود نداشته باشد، اصل بر آزادی است. در واقع، شرط مارتنس مانع از این فرض پوزیتیویستی است که یک عمل، رویه یا تاکتیک خاص که به صراحت توسط معاهدات ممنوع نشده باشد، مجاز است (Meron, 2006: 27). تا زمانی که بازیگران بین‌المللی در پی سوءاستفاده از خلأ در مقررات هستند تا رفتاری را با معیارهای بشریت و وجدان عمومی مشروعیت بخشند، شرط مارتنس به ما یادآوری می‌کند که حتی در نبود قاعدۀ حقوقی، تکالیفی بنیادین در حقوق بین‌الملل وجود دارد که هیچ انحرافی از آنها مجاز نیست و در صورت نقض سبب مجازات کیفری می‌شود (Stapleton-coory, 2019: 477).

دادگاه کیفری یوگسلاوی در قضیۀ کوپراسکیچ اظهار کرد که شرط مارتنس مستلزم مقرراتی است که به رزمندگان قدرت تصمیم‌گیری قابل تفسیر اعطا می‌کند و تا حد ممکن چنین اختیاری باید محدود تفسیر شود و به طور متقابل حمایت اعطاشده به غیرنظامیان را تا جایی که ممکن است باید توسعه داد (ICTY, 2000: Para.525). این تفسیر اگر صحیح باشد، دال بر رد اصل لوتوسی مانده آزادی است. این موضع، توسط ایالات متحده و انگلستان در نظر مشورتی سلاح‌های هسته‌ای تأیید شد. ایالات متحده بیان کرد شرط مارتنس نقش

1. The residual or permissive principle

2. Lotus

محافظتی و حمایتی مهمی در حقوق ملت‌ها بازی می‌کند و روشن‌کننده این امر است که در نبود یک مقررہ معاهده‌ای خاص در خصوص وضعیتی حقوق بین‌الملل عرفی می‌تواند حاکم باشد (Verbatim Records, 1995:78)؛ این همان چیزی است که به شرط مارتنس محتوا و معنا می‌بخشد.

هرچند این تفسیر محتوای شرط مارتنس را به یک هنجار حقوقی مستقل ارتقا نمی‌دهد، اما با ایجاد یک مبنای قانونی برای حقوق بین‌الملل بشردوستانه از طریق توسعه و در بر گرفتن مسائلی که در زمان حاضر پیش‌بینی‌پذیر نیست، کیفیت ایده‌آلی به حقوق مخاصمات مسلحانه تزریق می‌کند. همان‌گونه که دیوان در نظر مشورتی سلاح‌های هسته‌ای خاطرنشان کرد که «اصول مندرج در شرط مارتنس ابزار مؤثری برای پرداختن به تحول و پیشرفت سریع فناوری نظامی است» (ICJ Rep, 1996: 257). در ادامه قاضی ویرامنتری در نظر مخالف خود به این قضیه، دقیقاً تبیین کرد که حتی اگر هیچ مقررہ خاصی نتواند از گروه خاصی از جنگجویان یا غیرنظامیان بی‌گناه محافظت کند، شرط مارتنس به همه یادآوری می‌کند که این گروه‌ها تحت حمایت، اصول بشریت و ندای وجدان عمومی باقی می‌مانند. این امر شاهدهی بر حیات ادامه‌دار و اهمیت شرط مارتنس در حقوق بین‌الملل بشردوستانه مدرن و آینده است.

۵.۲. شرط مارتنس رافع خلأهای موضوعه حقوق بین‌الملل

این یک واقعیت پذیرفته‌شده است که هیچ معاهده، قانون یا دستورالعملی نمی‌تواند کل دامنه موقعیت‌های ممکن زندگی را تحت پوشش قرار دهد و همیشه برخی خلأهای اجتماعی غیرقابل تنظیمی وجود دارد؛ این وضعیت برای همه نظام‌های حقوقی صدق می‌کند (پیری، ۱۴۰۲: ۴). از این رو بدیهی است که حقوق بین‌الملل بشردوستانه نیز قادر به تنظیم فوری تمام موقعیت‌های نظامی در حال ظهور که شامل استفاده از فناوری‌های اطلاعاتی و مخابراتی، سلاح‌های مبتنی بر هوش مصنوعی، عملیات خرابکارانه سایبری، جنگ‌های اطلاعاتی یا تهدیدهای همه‌گیر مثل کروناست، نیست. در غیاب هنجارهای معاهده‌ای حاکم بر چنین وضعیت‌هایی که اغلب خارج از درگیرهای مسلحانه هم روی می‌دهند، توسل به شرط مارتنس ممکن و ضروری است، چراکه فقد قواعد برای چنین وضعیت‌های خاصی اغلب به فجایع و جنایات توجیه‌ناپذیری منجر می‌شود. بنابراین برای جامعه بین‌المللی و حقوق بین‌الملل به مانند میلیون‌ها قربانی واقعی و بالقوه درگیری‌های مسلحانه، شرط مارتنس از اهمیت زیادی برخوردار است.

هنگامی که معاهدات و عرف حاکم بر مخاصمات مسلحانه به هر دلیلی ساکت یا غیرقابل اعمال باشند، شرط مارتنس سازوکار عملی برای پر کردن خلأهای تدوین‌نشده کالبد موضوعه حقوق بین‌الملل بشردوستانه است. ماهیت و علت وجودی^۱ شرط مارتنس اجتناب از خلأهای موجود در نظام حقوقی

1. Raison d'être

به منظور حمایت از کرامت انسانی است (Cerone, 2008: 192). این شرط به جامعه بین‌المللی یادآوری می‌کند که هیچ‌کس خلاً حقوقی نمی‌تواند به منزله عذری برای انجام اقداماتی مخالف با اصول حقوق بین‌الملل که از عرف، اصول بشریت و ندای وجدان عمومی سرچشمه گرفته است، به کار رود.

شرط مارتنس و مفاهیم مندرج در آن محاکم را ترغیب می‌کند که خلأهای موجود در معاهدات را از طریق ایجاد اصول و قواعد یا تقویت قواعد موجود، رفع کند. دیوان در نظر مشورتی آفریقای جنوب غربی، اصول بشردوستانه را مبانی الهام‌بخش برای قواعد حقوقی معرفی می‌کند و به این طریق به نقش قاعده‌سازی این مفهوم اشاره دارد (ICJ Rep, 1966: Para.34). دیوان در قضیه مشورتی سلاح‌های هسته‌ای، نسخه به‌روزی از شرط مارتنس ارائه داده است که در موارد نبود قاعده حقوقی در راستای حمایت از غیرنظامیان و رزمندگان، تدابیر صورت گرفته باید منطبق با اصول مندرج در حقوق بین‌الملل، عرف‌های مستقر، اصل بشریت و ندای وجدان عمومی باشد (ICJ Rep, 1996: Para.260). به این ترتیب می‌توان گفت که دیوان به خاصیت پر کردن خلأ به واسطه شرط مارتنس توجه داشته است. همچنین سکوت دیوان در خصوص جایگاه و اساس مبنایی شرط مارتنس در حقوق بین‌الملل می‌تواند بر چنین قابلیت بیفزاید.

نقش شرط مارتنس در پر کردن خلأهای موجود در منابع اصلی حقوق قابل اعمال در دادگاه‌های کیفری بین‌المللی را می‌توان مشاهده کرد. در این زمینه، احراز اصول کلی مندرج در شرط مارتنس، ضمن داشتن نقش اساسی در مفهوم حاکمیت قانون در جامعه بین‌المللی، سبب می‌شوند یک قاضی بین‌المللی به دلیل نقص یا سکوت قانون، از صدور حکم ممانعت نرزد (Scobbie, 1997: 269). استخراج و استنباط قاعده جدید در مواردی که حقوق بین‌الملل کیفری موضوعه ابهام دارد یا اساساً ساکت است، از طریق استنتاج قاعده از راه اصول مندرج در شرط مارتنس میسر است، همان‌گونه که شعبه بدوی دیوان کیفری بین‌المللی در قضیه بوسکو انتاگاندا با یادآوری شرط مارتنس متذکر می‌شود در وضعیت‌هایی که تحت پوشش موافقت‌نامه‌های خاص نیستند، افراد غیرنظامی و رزمندگان همچنان تحت حمایت و نفوذ اصول حقوق بین‌الملل برگرفته از عرف مستقر، اصول بشریت و ندای وجدان عمومی هستند (ICC, 2017, Paras.46-7).

دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق در قضیه تادیچ، قاعده حاکم بر مخاصمات مسلحانه بین‌المللی را که توسط دادگاه نظامی بین‌المللی با استناد ضمنی به شرط مارتنس ایجاد شده بود، به مخاصمات مسلحانه داخلی تسری داد و اظهار کرد: «بر مبنای ملاحظات اولیه انسانی و مفاهیم حقوق اساسی بشر، دلیل معقولی وجود ندارد که ما تفکیکی در جهت تمایز درگیری‌های مسلحانه غیر بین‌المللی و مخاصمات و درگیری‌های داخلی انجام دهیم و انسانی را که در مخاصمات مسلحانه بین‌المللی قرار دارد، موضوع حمایت حقوق بشردوستانه قرار دهیم و تعدی و تجاوز به حقوق وی را جنایت بنامیم. همان انسان را در مخاصمات و ناآرامی‌های داخلی مورد حمایت قرار ندهیم و تعدی و تجاوز شدید به حقوق انسانی وی را جنایت بنامیم» (ICTY, 1995: Paras.129,141).

مهم نیست که ملتها و نهادهای بین‌المللی تا چه اندازه قواعد جنگی جامعی ارائه می‌کنند، به دلیل پیشرفت‌های فناوری در جنگ و ماهیت پویای قانون به‌خودی‌خود، همیشه خلأ وجود دارد که باید با شرط مارتنس رفع شود. هرچند شرط مارتنس بر همه بخش‌های حقوق بین‌الملل بشردوستانه قابل اعمال است و با توسل به آن می‌توان از رخ دادن برخی خلأهای هنجاری جلوگیری کرد، اما نمی‌تواند به‌عنوان یک عصای سحرآمیز دیده شود که همه خلأهای موجود حقوق بین‌الملل بشردوستانه را رفع کند. علاوه بر این، دیدگاه قاعده‌آفرینی شرط مارتنس در بسیاری از موارد با اصول و قواعد برآمده از اصل حاکمیت تعارض دارد.

۵.۳. شرط مارتنس به‌مثابه راهنمای هرمنوتیک و کمک‌کننده به تفاسیر قضایی

شرط مارتنس زمانی شروع به تأثیر معناداری بر حقوق بشردوستانه می‌کند که فراتر از خلأهای معاهده‌ای یا عرفی، بر مسائل تفسیر و ساخت‌وساز قضایی اعمال شود. بر اساس این دیدگاه، هنگامی که نیاز به رفع ابهام یا حل تعارض بین دو یا چند تفسیر متناقض است، شرط مارتنس این اختیار را به قضات می‌دهد تا تفسیری از واقعه یا قاعده را انتخاب کنند که به بهترین وجه استانداردهای مورد تأیید این معیار را برآورده سازد. این امر به این دلیل است که چنین انتخابی به احتمال زیاد به‌نحو مطلوبی با روح کلی چنین قواعدی (مبنای بشردوستانه آن) سازگار باشد.

در اعطای توانایی به شرط مارتنس برای تأثیر مستقیم بر تفسیر، استانداردهای بشریت و وجدان عمومی به عوامل تعیین‌کننده توسعه آن تبدیل می‌شوند (Stapleton-coory, 2019: 478). بنابراین، اگر ماهیت واقعی شرط مارتنس کمک به تفاسیر قضایی باشد، به موجب آن در وضعیت‌های ابهام قواعد یا تفاسیر متعارض از یک وضعیت یا یک قاعده حقوقی، حقوق بین‌الملل بشردوستانه باید به‌گونه‌ای تفسیر شود که با معیارهای بشریت و ندای وجدان عمومی همخوانی داشته باشد (Cassese, 2000: 187). در نتیجه، قضات این مفاهیم حقوق طبیعی را در اختیار دارند تا به توسعه تدریجی دکترین‌های پوزیتیویستی شکل ببخشند، به این معنا، این شرط به‌عنوان ترجمه الزامات اخلاقی به نتایج حقوقی ملموس توصیف شده است (Salter, 2012: 437) و قضات را قادر می‌سازد تا چنین الزامات اخلاقی تصمیماتشان را بدون به خطر انداختن استقلال یا یکپارچگی خود، وارد کنند.

پاتریک لیژر معتقد است با توجه به واکنش جهانی به مخاصمات مسلحانه در بحبوحه بیماری همه‌گیر کرونا، اصول مقوم شرط مارتنس می‌تواند بر کاربست قضایی اصول تناسب، تفکیک و ضرورت نظامی در چنین وضعیتی تأثیر بگذارد. به‌زعم ایشان، شرط مارتنس می‌تواند بر روند شکل‌گیری یک قاعده عرفی بین‌المللی در حال ظهور در رابطه با مخاصمات مسلحانه در صورت بروز یک بیماری همه‌گیر جهانی در آینده تأثیر بگذارد. با توجه به حمایت شایان توجه جامعه بین‌المللی از آتش‌بس جهانی

پس از شیوع کووید ۱۹، ممکن است یک قاعده عرفی بین‌المللی جدید که آتش‌بس را در طول یک بیماری همه‌گیری در آینده الزامی کند، شکل بگیرد (Leisure, 2021: 472). بنابراین بخشی از ادبیات حقوقی در خصوص شرط مارتنس حاکی از جهت‌گیری‌های هرمنوتیکی آن است که در اختیار مرجع تصمیم‌گیری قرار دارد. این مکتب فکری تصریح می‌کند که شرط مارتنس چیزی بیش از راهنمایی برای قضات و سیاستمداران برای تفسیر حقوق بشردوستانه نیست.

این دیدگاه در رویه قضایی حمایت‌های قوی پیدا کرده است. دادگاه نظامی نورنبرگ در تفاسیر خود، اصول بشریت و معیارهای اخلاقی را به رویکردهایی که مخالف چنین اصولی هستند، ترجیح داد (IMT, 1947: 979). در قضیه آلتستوتر، دادگاه اظهار کرد که اگر با دو تفسیر مواجه شود که یکی در پیروی از اصول بشریت و استانداردهای اخلاقی و دیگری مخالف این اصول باشد، باید به تفسیر اولی اولویت دهیم (IMT, 1947: 954, 979). در قضیه کوپراسکیچ، شرط مارتنس پیش از هر چیز به عنوان کمکی برای تفسیر قضایی و اعمال مقررات معاهده‌ای مبهم مورد استناد قرار گرفت (ICTY, 2000). کاربرد این ارزیابی از شرط مارتنس را می‌توان در تفسیر خاص دادگاه از اصل تناسب یافت. دادگاه اذعان کرد که حملات مکرر با تردید در مشروعیت آن، با توجه به آسیب‌های اتفاقی که به جمعیت غیرنظامی وارد می‌کند، مخالف اصل تناسب است (ICTY, 2000: Para.526). در واقع، این الگوی رفتاری نظامی که ممکن است حیات و اموال غیرنظامیان را بر خطر بیندازد، بر خلاف خواسته‌های بشریت است. از این رو دادگاه روشن کرد که چنین تفسیری از اصل تناسب مطالبه مستقیم بشر است که توسط شرط مارتنس فراهم شده است. این به این دلیل است که حملاتی که بیش از حد غیرنظامیان و اموال غیرنظامی را به خطر اندازد، بر خلاف ملاحظات ابتدایی بشریت است، بنابراین از لحاظ قانونی تحمل‌ناپذیر است (ICTY, 2000: Para.526). در قضیه سلبیچ، دادگاه کاربست ماده ۳ مشترک در هر مخاصمه مسلحانه‌ای و در همه شرایط و زمان‌ها را بازتابی مستقیم از ملاحظات ابتدایی بشریت دانست که بر کل نظام هنجاری بین‌المللی رخنه کرده است. دادگاه نتیجه می‌گیرد که شرط مارتنس منبعی است که این پیشرفت ماده ۳ را قانوناً امکان‌پذیر ساخته است از آنجا که تضمین‌کننده حداقلی از کرامت انسانی در مخاصمات مسلحانه است که نمی‌تواند توسط متخاصمان مورد تخطی قرار گیرد (ICTY, 2001: Para.102; ICTY, 1995: Para.140).

آنتونیو کسسه رئیس دادگاه کیفری یوگسلاوی سابق اظهار کرد: «شرط مارتنس باید به شیوه‌ای

۱. در ۲۲ ژوئن ۲۰۲۰، ۱۷۱ کشور با امضا بیانیه‌ای رسمی حمایت خود را از درخواست دبیرکل سازمان ملل برای آتش‌بس جهانی اعلام کردند. قطعنامه ۳۰۶/۷۴ مجمع عمومی سازمان ملل نیز به صراحت از چنین درخواستی حمایت کرد (GA (Res. 2020; Statement of Support, 2020).

قضایی تفسیر شود و در درجه اول به عنوان یک اصل تفسیری قضایی به کار رود (ICTY, 2000: Para.525). با این حال، این شرط حداقل مقرر می‌دارد هر زمان که یک قاعده حقوق بین‌الملل بشردوستانه به اندازه کافی دقیق یا معین نباشد، در این موارد، دامنه و هدف قاعده باید با استناد به اصول بشریت و ندای وجدان عمومی تعریف شود (ICTY, 2000: Para.525). به زعم کاسسه، شرط مارتنس به طور ضمنی یا صریح کمک ارزشمندی در تفسیر حقوق بشردوستانه به حساب می‌آید (Cassese, 2007: 207-208). رویکرد راهنمای تفسیری کاسسه بی‌شک با شناخت پیامدهای اصلاحی این شرط سازگار است. شواهد و مستندات زیادی در رویه قضایی وجود دارد که اگر به روشی خاص تفسیر شود، از رویکرد راهنمای تفسیر حمایت می‌کند. قاضی تئودور مرون، رئیس پیشین دیوان کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق اذعان کرد که هنجارهای بشردوستانه شرط مارتنس، جایگاه مرکزی را در توسعه دامنه حقوق بین‌الملل بشردوستانه به دست آورده است (Sarkin, 2007: 154-155). چنین تصدیقی ارزش درک شده شرط مارتنس را نشان می‌دهد. با این حال، این رویکرد در وضعیت‌های خلأ و فقدان قاعده حقوقی قابل اعمال که قابل تفسیر باشد، راه‌حلی ارائه نمی‌دهد. در نتیجه شرط مارتنس اساساً تنها بر مبنای قواعد از قبل موجود کاربرد دارد (Salter, 2012: 419). علاوه بر این، استناد به این شرط در نهایت در اختیار قاضی است و هیچ الزامی برای این اختیار وجود ندارد. این رویکرد، شرط مارتنس را تابع گرایش‌های سیاسی تک‌تک قضات می‌سازد و در وضعیتی متزلزل رها می‌شود.

۶. نتیجه

ماهیت و جوهر شرط مارتنس و تأثیر آن در حقوق بین‌الملل موضوع پیچیده‌ای است که به راحتی اجازه نتیجه‌گیری روشن نمی‌دهد. تضارب آرا در خصوص تعیین جایگاه دقیق حقوقی مفهوم بشریت و وجدان عمومی با توجه به ابهام و پیچیدگی آنها، بسیار است. به جای انتخاب یکی از دیدگاه‌ها و استدلال در تقویت آن، نگارنده در عوض اظهار می‌دارد که این بحث نشان‌دهنده یک تحقیق دیالکتیکی در زمینه قابلیت‌های حقوق طبیعی و موضوعه و جایگاه متناسب آنها در چارچوب توسعه‌ای حقوق مخاصمات مسلحانه است. علاوه بر این، توجه روزافزون به شرط مارتنس هم در نظریه و هم در عمل جایگاه رفیع انسان در حقوق بین‌الملل معاصر را بیش از پیش برای ما مبرهن می‌سازد.

این شرط بسیار جذاب است، زیرا با وجود ابهام آن و سردرگمی زیادی که در روابط بین‌المللی ایجاد کرده، منبع بسیاری از مطالبات و پندارها شده است که با واقعیت‌های سخت سلوک بین‌المللی مطابقت نداشته است. هرچند استدلال‌هایی که دکت‌ترین و نهادهای بین‌المللی درباره سهم احتمالی شرط مارتنس در رفع خلأهای حقوق بین‌الملل مطرح می‌کنند قانع‌کننده‌اند، اما به جلوه‌های دقیق و روشن شرط

مارتنس برای برآوردن اصول قطعیت حقوقی و قانونمندی جرائم و مجازات‌ها هیچ اشاره‌ای نمی‌کنند. هر قانونی باید میزان شایان توجهی از قابلیت پیش‌بینی در تفسیر و به‌کارگیری را حفظ کند و میدان نبرد جایی برای قوانین مبهم و نامشخص نیست. متن نوشته‌شده قانون، قطعی، مشخص و بدون ابهام است. این امر به یقین حقوقی تأثیر می‌گذارد و بر این اساس نسبت به مفاهیم اخلاقی و حقوق طبیعی انعطاف‌ناپذیر است. با وجود این، دلیل و مبنای منطقی اولیه پشت این کار و عدم قطعیت‌هایی که به‌وجود آورده است، نباید ما را به کم‌اهمیت دادن آن برای روابط بین‌المللی سوق دهد.

مظاهر شرط مارتنس در حیطه‌های مختلف، موجب شکل‌گیری تحولات جدید است و فرایندهایی را به‌صورت منعطف در مسیر دستیابی به دنیای بهتر و انسانی‌تر ایجاد می‌کند که بسیار قابل تأمل است. از همین رو توسل به شرط مارتنس در حوزه‌های مختلف حقوق بین‌الملل می‌تواند زمینه‌ساز تحولات زیادی در آینده باشد، از این‌رو از ارزیابی جدی این ظرفیت‌ها نباید غافل ماند.

هرچند شرط مارتنس در حقوق بین‌الملل منبع شکلی حقوق نیست، اما در خلق و شناسایی قاعده نقش دارد. علاوه بر این، در وضعیت‌های بسیار متنوع، به‌عنوان مبنایی برای تفسیر و استدلال به‌کار می‌رود. البته بزرگ‌ترین دستاورد شرط مارتنس در حقوق بین‌الملل بشردوستانه ارائه یک مبنای پوزیتیویستی برای الحاق مفاهیم حقوق طبیعی به حقوق موضوعه بوده است. این شرط که یکی از بحث‌برانگیزترین مشخصات حقوق مخاصمات مسلحانه است، پیوسته در معرض تفاسیر متعارض قرار می‌گیرد. ممکن است هرگز نتوان به اجماع دست یافت و معنای واقعی شرط را استنباط و استخراج کرد. شاید چنین تعریف دقیقی وجود نداشته باشد، اما اگر هیچ کاربردی در حقوق بین‌الملل نداشته باشد، همه دیدگاه‌ها صرف‌نظر از قدرت، موقعیت یا گرایش‌های سیاسی موافق‌اند که این شرط توانسته دو چیز مهم ایجاد کند که نادیده گرفتن آنها غیرممکن است: اصول بشریت و ندای وجدان عمومی. اگر موافق باشیم که این اصول مهم‌اند و نباید نادیده گرفته شوند، پس میراث شرط مارتنس این بوده است که اطمینان حاصل شود که به آنها احترامی که شایسته آن است، داده شود. در نتیجه، در اینجا، به مانند هر مسیر دیگری از حیات، آنچه در نهایت اهمیت دارد تأثیر کلی‌ای است که هر سازه قانونی، بدون در نظر گرفتن اهداف خالقان یا مدافعان آن، ممکن است ایجاد کند. می‌توان تا آنجا پیش رفت که با لحن هگل استدلال کنیم که آنچه مهم است، عمل ترفند عقل^۱ است که ممکن است از افراد به‌عنوان ابزار صرف برای ساختن مهم‌ترین عمارت‌های تاریخ استفاده کند. با وجود این نمی‌توان انکار کرد که پیشرفت در جامعه ممکن است گاهی اوقات مسیرهای عجیب و غریب و اسرارآمیز را طی کند. اما آنچه زیاد اهمیت و ارزش دارد این نیست که چگونه این پیشرفت‌ها صورت گرفته، بلکه آن چیزی است که ساخته شده

1. List der Vernunft

است. بنابراین مهم نیست که منظور از شرط مارتنس چیست، بلکه آنچه در سال‌های گذشته برای ما معنی داشته است مهم است. با گذشت بیش از یک قرن، این شرط ناخواسته به‌طور چشمگیر و مثبتی بر روند تاریخ حوزه‌های مختلف حقوق بین‌الملل تأثیرگذار بوده است.

منابع

۱. فارسی

الف) کتاب‌ها

۱. ضیایی بیگدلی، محمدرضا (۱۴۰۱). *حقوق بین‌الملل عمومی*. تهران: گنج دانش.
۲. فلسفی، هدایت‌الله (۱۳۹۹). *سیر عقل در منظومه حقوق بین‌الملل*. تهران: نشر نو.

ب) مقالات

۳. پیری، حیدر (۱۴۰۲). بررسی تحلیلی خلاء حقوقی در نظام حقوقی ایران و حقوق بین‌الملل با تأکید بر سازکارهای رفع آن. *مجله حقوق تطبیقی*، ۱۴ (۲)، ۲۰-۱.
۴. پیری، حیدر؛ دهقانی، پریسا (۱۴۰۱). نقش شرط مارتنس در تدوین و جرم‌انگاری جرائم بین‌المللی. *مطالعات حقوقی*، ۱۴ (۴)، ۲۵۳-۲۸۸.
۵. دهقانی، پریسا؛ رضائی قوام‌آبادی، محمدحسین؛ علی‌پور، محمدرضا (۱۴۰۱). شرط مارتنس در حقوق کیفری بین‌المللی؛ ماهیت و کارکردهای تفسیری. *آموزه‌های حقوق کیفری*، ۱۹ (۲۳)، ۱۲۳-۱۵۶.
۶. زرنشان، شهرام (۱۳۹۷). نسبت میان شرط مارتنس و حقوق بشر در نظم حقوقی بین‌المللی جدید. *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، ۴۸ (۲)، ۳۱۹-۳۳۸.

۲. انگلیسی

A) Books

1. Alexy, R. (2010). *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford, Oxford University Press.
2. Atadjanov, R. (2019). *Humanness as a Protected Legal Interest of Crimes Against Humanity: Conceptual and Normative Aspect*. International Criminal Justice Series, Vol.22, Springer, Asser Press.
3. Brownlie, I. (2008). *Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press.
4. Dinstein, Y. (2013). The Principle of Proportionality. In: Larsen K et al (eds.) *Searching for a "Principle of Humanity" in International Humanitarian Law*. Cambridge, Cambridge University Press.
5. Fitzmaurice, S. G (1986). *The Law and Procedure of the International Court of Justice*. Vol.1, No.1.
6. Franck, T. (1998). *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford University Press.
7. Gary, D. S. (2010). *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in*

- War. Cambridge, Cambridge University Press.
8. Kolb, R. (2017). *Legal History as a source of International Law: from Classical to Modern International Law*. The Oxford Handbook on the Sources of International Law, Oxford: Oxford University Press.
 9. Meron, T. (2006). *The Humanization of International Law*. The Hague Academy of International Law, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
 10. Sparow, R. (2017). *Ethics as a Source of Law; Martens Clause and Autonomous Weapons*. Humanitarian Law and Policy Blog.

B) Articles

11. Abi-Saab, R. (1987). The General Principles of Humanitarian Law According to the International Court of Justice. *IRRC*, (27), 367-375.
12. Agarwal, K. (2018). An Analysis of Martens Clause with Respect to International Humanitarian Law. *International Journal of Legal Developments and Allied Issues*, 4 (5), 230-236.
13. Cassese, A. (2000). The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky? *EJIL*, 11(1), 187-216.
14. Cerone, J. (2008). The Jurisprudential Contributions of the ICTR to the Legal Definition of Crimes against Humanity-the Evolution of the Nexus Requirement. *New England Journal of International and Comparative Law*, 14(2), 191-202.
15. Crawford, E. (2006). The Modern Relevance of the Martens Clause. *ISIL Yearbook of International Humanitarian and Refugee Law*, 6(1), 1-18. <<https://ssrn.com/abstract=1810177>>.
16. Filibeck, G. (1998). Restoring a Just Order in Post-Conflict Situations in the Light of the Social Teachings of the Catholic Church. *IRRC*, 38(322), 75-81.
17. Handeyside, H. (2007). "The Lotus Principle in ICJ Jurisprudence: Was the Ship Ever Afloat?". *Michigan Journal of International Law*, 29(1), 71-94.
18. Ivanenko, V. (2022). The Origins, Causes and Enduring Significance of the Martens Clause: A view from Russia. *IRRC*, (104), 1708-1724.
19. Leisure, P. (2021). The Martens Clause, Global Pandemics, and the Law of Armed Conflict. *Harvard International Law Journal*, 62(2), 469-524.
20. Lülfi, C. (2013). Modern Technologies and Targeting under International Humanitarian Law. *Working Paper*, 3(3), 1-66.
21. Petersen, N. (2008). Customary Law without Custom? Rules, Principles, and the Role of State Practice in International Norm Creation. *American University International Law Review*, 23(2).
22. Pustogarov, V. (1999). The Martens Clause in International Law. *Journal of the History of International Law*, 1(2), 125-135.
23. Quadri, R. (2023). Cours général de droit international public (Vol.113). in: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. Consulted online on 21 September 2023 <http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789028615021_03>
24. Salter, M. (2012). Reinterpreting Competing Interpretations of the Scope and Potential of the Martens Clause. *Journal of Conflict & Security Law*, 17(3), 403-437.
25. Sarkin, J. (2007). The Historical Origins, Convergence, and Interrelationship of International Human Rights Law, International Humanitarian Law, International

- Criminal Law, and Public International Law and their Application from at least the Nineteenth Century. *Human Rights and Legal Discourse*, (1).
26. Scobbie, Iain G. M. (1997). The Theorist as Jude: Hersch Lauterpacht's Concept of the International Judicial Function. *EJIL*, (2), 264-298.
27. Smith, T. (2019). Challenges to Identifying Binding Martens Clause Rules from the 'Dictates of the Public Conscience' to Protect the Environment in Non-International Armed Conflict. *Transnational Legal Theory*, 10(2), 184-201.
28. Stapleton-coory, M. (2019). The Enduring Legacy of the Martens Clause: Resolving the Conflict of Morality in International Humanitarian Law. *Adelaide Law Review*, 40 (2), 471-484.
29. Ticehurst, R. (1997). The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict. *IRRC*, (37), 125-134.

C) Cases

30. G.A. Res. 74/306 (Sept. 11, 2020)
31. ICC, The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Appeal Chamber, ICC-01/04-02/06.
32. ICC, The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, ICC Trial Chamber, ICC-01/04-02/06-1707, 4 January 2017.
33. ICJ Rep, Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya v. Malta), 1985.
34. ICJ Rep, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion), 1996.
35. ICJ Rep, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Merits, 1986.
36. ICJ Rep. North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark and Netherlands), 1969.
37. ICJ, Verbatim Records, 15 November 1995, CR/95/34.
38. ICTY, Prosecutor v Delalic et all. ("Čelebići Case"), Appeals Chamber, Case No. IT-96-21-A, 2001.
39. ICTY, Prosecutor v. Dusko Tadic, Decision on the Defence Motion on Jurisdiction, Trial Chamber, Case No. IT-94-1-T, 10 August 1995.
40. ICTY, Prosecutor v. Dusko Tadic, IT-94--1 -AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (2 October 1995).
41. ICTY, Prosecutor v. Kupreškić et al., Case No. IT-95-16-T, 2000.
42. ICTY, Prosecutor v. Martić, Review of the Indictment Pursuant to Rule 61, No.IT-95-11- R61, 1996.
43. IMT, Nuremberg Military Tribunal Under Control Council Law No.10, United States of America v Alstötter, Case No.3, 3-4 December 1947.
44. IMT, Nuremberg Military Tribunal Under Control Council Law No.10, United States of America v Krupp, Case No.10, 31 July 1948.
45. PCIJ Rep, SS 'Lotus' (France v Turkey), 1927, (ser A) No.10.
46. Statement of Support by 171 UN Member States, Non-Member Observer States, and Observers to the U.N. Secretary-General's Appeal for a Global Ceasefire amid the COVID-19 Pandemic (2020).

D) Reports

47. UN Report of the ILC on the Work of its Forty-sixth Session, 2 May - 22 July 1994, GAOR A/49/10.