

# تحولات رویکرد دو عنصری حقوق عرفی در نظریه و رویه‌ی قضایی بین‌المللی<sup>۱</sup>

عباس برزگزاده<sup>۲</sup>

## چکیده

بر اساس رویکرد سنتی منبعث از ماده‌ی ۳۸ (۱) (ب) اساس‌نامه‌ی دیوان بین‌المللی دادگستری، یک قاعده‌ی عرفی متشکل از دو عنصر رویه‌ی دولت و اعتقاد حقوقی است. این که آیا رویکرد اخیر به نحو یکسان در حوزه‌های حقوق بین‌الملل از جمله تجارت، هوا و فضا، حقوق بشر و حقوق بشردوستانه جاری می‌شود، موضوع این مقاله است. هم‌چنین به پاسخ این پرسش می‌پردازیم که آیا قاعده‌ی عرفی آن با توجه به اقتضائات حقوق بین‌الملل از جمله نبود قوه‌ی قانون‌گذاری واحد می‌باشد. نتیجه‌ی حاصل از نوشتار این است که شیوه‌ی سنتی دو عنصری پاسخ‌گوی قلمروهای حقوق بشر و حقوق بشردوستانه نیست و رویه‌ی قضایی بین‌المللی کیفری نیز از دیگر رویکردها برای کشف قاعده‌ی عرفی در این حوزه بهره برده است. این امر به معنای نفی مطلق کاربرد رویکرد دو عنصری نیست و در برخی قضایا نیز به شیوه‌ی سنتی استناد گردیده است.

**واژگان کلیدی:** رویکرد دو عنصری، رویکرد استنتاجی، رویکرد حقوق

بنیادین، حقوق عرفی، رویه‌ی قضایی بین‌المللی کیفری.

۱. تاریخ دریافت مقاله ۱۳۹۶/۷/۱۸، تاریخ پذیرش مقاله ۱۳۹۶/۱۰/۹.

۲. دکتری حقوق بین‌الملل، استادیار دانشکده‌ی حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد بوشهر:

abbasbarzegar60@gmail.com

## درآمد

منبع حقوق عبارت است از «فرآیندی که به وسیله‌ی آن یک قاعده‌ی حقوقی اعتبار خود را از آن اخذ می‌نماید»<sup>۱</sup>. به استناد ماده‌ی ۳۸ (۱) (b) اساس‌نامه‌ی دیوان بین‌الملل دادگستری عرف از منابع حقوق بین‌الملل است و طبق مفاد این اساس‌نامه، عرف متشکل از دو عنصر مادی<sup>۲</sup> و معنوی<sup>۳</sup> است. عنصر مادی عرف «رویه‌ی عام دولت‌ها» است و عنصر معنوی به معنی «اعتقاد حقوقی» است. اعتقاد حقوقی مترادف با «قصد<sup>۴</sup>» در انعقاد معاهدات است؛ بر این اساس چنان‌چه رفتاری بدون اعتقاد به الزامی بودن آن صورت پذیرد، داخل در عنوان «قاعده‌ی حقوقی» قرار نمی‌گیرد و صرفاً می‌تواند در حد یک سنت باقی بماند.

از منظر حقوق کلاسیک، آن نهادی در حقوق بین‌الملل به یک قاعده‌ی حقوقی تبدیل می‌شود که از رهگذر اراده‌ی دولت‌ها تایید شده باشد؛ این گروه که به پوزیتیویست‌ها<sup>۵</sup> موسوم اند، نگاهی کاملاً اثبات‌گرایانه نسبت به حقوق بین‌الملل داشته و هیچ‌گونه الزامی برای دولت‌ها خارج از آن چه اراده کرده‌اند، قائل نیستند. در قلمرو حقوق بین‌الملل، اراده‌گرایی و دولت‌گرایی در هم آمیخته و از اختلاط آن دو، نظریه‌ی اثبات‌گرایی حقوقی شکل گرفته است. این نظریه که بر اصل حاکمیت مطلق و محض کشورها بنا شده، حاکی از آن است که الزام‌آور بودن حقوق بین‌الملل ناشی از اراده‌ی کشورها است (ضیایی بیگدلی، ۱۳۹۰: ۵۹).

اندیشه‌ی حقوق وضعی و اثبات‌گرایانه توسط آستین به علم حقوق معرفی شد (Austin, 2001: 122). از منظر این مکتب، اراده اصالت دارد و جایگزینی برای آن نیست. با این وجود، ایراد در عدم ایجاد «قاعده‌ی حقوقی عرفی» در زمینه‌ی حقوق بشر و حقوق بشردوستانه با مطمح نظر قرار دادن رویکرد ارادی است. به عبارت دیگر، از آن جا که دولت‌ها خود مخاطب (غالباً سلبی) قواعد حقوق بشری و حقوق بشردوستانه هستند، شاهد رویه‌ای عام نیستیم که مشتمل بر اعتقاد حقوقی

1. I la, committee on formation of customary international cn. 912
2. Material (Practice)
3. Mens rea (opinio juris)
4. Intent
5. Positivism

باشد. لذا باید دید تا کجا می‌توان امر تشکیل یک قاعده‌ی عرفی را به اراده‌ی دولت‌ها منوط نمود.

در این نوشتار، این پرسش مطرح است که آیا در تمامی قلمروهای حقوق بین‌الملل باید به الزام مندرج در اساس‌نامه‌ی دیوان بین‌المللی دادگستری وفادار باشیم و یا با توجه به مقتضیات حقوق بین‌الملل، تفصیل قائل شده و طبقه‌بندی مشخصی از اقسام حقوق را ارائه دهیم.

پاسخ به این پرسش و بررسی بیش‌تر موضوع، مستلزم تبیین مشکلات ناشی از اعمال رویکرد دو عنصری منتج از مکتب وضعی و هم‌چنین رویه‌ی قضایی بین‌المللی کیفری است. در این راستا مکاتب حقوقی از جمله حقوق وضعی، حقوق طبیعی و رویکردهای دو عنصری، تک عنصری و استنتاجی بررسی شده و سپس رویه‌ی قضایی بین‌المللی کیفری مطالعه می‌شود.

### ۱. رویکرد حقوق وضعی به عرف

ماده‌ی ۳۸ اساس‌نامه‌ی دیوان بین‌المللی دادگستری که قائل به وجود دو عنصر مادی و معنوی برای تشکیل عرف است، مبین رویکرد حقوق وضعی است. این ماده همان شرایطی را برای ایجاد عرف در نظر دارد که برای تشکیل یک معاهده لازم است. قصد باید وجود داشته باشد و به نحوی از طریق امضاء، تنفیذ، تصویب و مانند آن به منصفی ظهور برسد.

#### ۱-۱. مکتب اصالت اراده

به تدریج و با سیطره‌ی تجربه‌گرایی، راه‌های ایدئولوژی‌پردازی از بین رفت و حقوق وضعی و پوزیتیویستی، مبنادار بودن قوانین را نفی و وضع ارزش‌ها را به اراده و تمایل انسان‌ها واگذار نمود. پوزیتیویسم حقوقی، میان هست‌ها و باید‌ها تفاوت قائل شد و اعلام داشت توصیف حقوقی باید به هست‌ها بپردازد و نه باید‌ها (جعفری‌تبار، ۱۳۸۳: ۵۲). یکی از مکاتبی که ذیل رویکرد حقوق وضعی نضج گرفت و پاسخ مناسب‌تری به تحولات حقوق بین‌الملل داد، مکتب «اصالت اراده» است که به تنهایی سازنده‌ی مکتب حقوق وضعی نیست. این مکتب نظریه‌ی تریپل و دیگر

حقوق دانان آلمانی در اواخر قرن نوزدهم را به خوبی شرح می‌دهد که تفکر آنان تا حد زیادی تحت تاثیر اندیشه‌های هگل<sup>۱</sup> قرار دارد و اراده را بر اساس ثبات کشورها مطرح می‌کند. یک قاعده‌ی حقوقی حاصل انطباق اراده‌ها است. مفاهیم اصالت اراده در دنیای مدرن فراتر از اندیشه‌ی ابتدایی تریپل است. رویکرد اصالت اراده مفاهیم مدرن را هم تحت شمول دارد و رضایت ضمنی کشورها را اساس ماهیت حقوق بین‌الملل می‌داند. در رای صادره از سوی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه‌ی نیکاراگوئه نمونه‌هایی در تائید حقوق وضعی یافت می‌شود. در این قضیه از شیوه‌های احراز قواعد عرفی شامل توافق طرفین به عنوان نخستین گواه قاعده‌ی عرفی، بررسی رویه و اعتقاد حقوقی کشورها و استنباط قواعد عرفی از اصول کلی بحث شده است (زمانی، ۱۳۷۵: ۳۰۰).

نظریه‌ی «رضایت مشترک» یا «داوطلبانه‌ی مدرن»<sup>۲</sup> را یکی از رشته‌های اصلی درک پوزیتیویستی از قواعد بین‌الملل دانسته‌اند (cheng, 1983: 207). در این راستا گفته شده است «حقوق عرفی ملل بر مبنای رضایت مشترک یا توافق‌نامه‌ی ضمنی است که برای آن‌ها الزام قانونی ایجاد می‌کند» (vattel, 1916: 25). دیوان در رای نیکاراگوئه هنوز اظهار می‌دارد که صرف توافق دو کشور بر درج قاعده‌ای در یک معاهده با هدف الزام‌آور بودن آن، برای طرفین کفایت می‌کند؛ ولی در حقوق بین‌الملل عرفی، نظر مشترک طرفین نسبت به محتوا یا مفاد آن چه به عنوان یک قاعده پذیرفته‌اند، کافی نیست و دیوان باید یقین پیدا کند که وجود آن قاعده به عنوان قاعده‌ی حقوقی حاکم بین کشورها، در عمل نیز مورد تائید واقع شده است (موسوی، ۱۳۷۴: ۳۴۴). گونتر<sup>۳</sup>، مولر<sup>۴</sup>، ویلیگر<sup>۵</sup> و دانیلنکو<sup>۶</sup> معتقدند که قواعد حقوق بین‌الملل عرفی قابلیت توسعه را دارد؛ به شرط این که دولت‌ها بتوانند به آن اقدام، فعل یا ترک فعل خاص تکیه کنند و

- 
1. Hegel
  2. Voluntary modern
  3. Gunter
  4. Muller
  5. Villager
  6. Danilenko

با لحاظ این فرض که دیگر دول قصد نداشته باشند در آینده‌ای نزدیک بر خلاف آن رفتار کنند. طبق نظر پیش‌گفته این روش انحراف از اراده‌ی محض دولت است و تنها مبنای تعهدات قانونی دولت‌ها، رضایت فردی آنان است. در نتیجه، توافق ضمنی میان دولت‌هایی که در شکل‌گیری یک هنجار جدید حقوق عرفی مشارکت داشته‌اند، عنصر اعتقاد حقوقی محسوب می‌شود. رضایت هم‌چنان از اساسی‌ترین پایه‌های حقوق بین‌الملل عرفی است، لیکن ویلیگر<sup>۱</sup> معتقد است عطف به تغییر روابط بین‌الملل و نوع تکنیک ارتباطات و با توجه به کنفرانس‌های سازمان ملل متحد و دیگر کنفرانس‌های دیپلماتیک، به نوع جدیدی از اعلام رضایت رسیده‌ایم؛ به این ترتیب که عنصر رویه‌ی عام دولت‌ها در اساس‌نامه با ترک مواجه گردیده است؛ در حالی که هنوز عنصر رضایت در این مکتب اصالت دارد. به عبارت دیگر، در دوره‌ای اعتقاد حقوقی دولت‌ها در رویه‌ی آن‌ها متبلور می‌گردید؛ اما در حال حاضر از طریق مفهوم رضایت ضمنی یا مشترک که در قطع‌نامه‌ها و کنفرانس‌ها منعکس می‌شود، بیان می‌گردد (villiger, 1985: 40).

به عقیده‌ی دانیلنکو، آن نوع از مفهوم رضایت که اندیشمندان پیشین پیشنهاد می‌دهند، تنها مبتنی بر اعلام رضایت فردی است. به زعم این نظر، رضایت فردی منحصر به دولتی است که به طور مشخص و منجز در یک موضوع ذی‌نفع است به عنوان مثال، در خصوص قواعد مربوط به دریای مجاور، اعلام رضایت دولت‌های ذی‌نفع نسبت به هنجار می‌تواند به یک قاعده‌ی عرفی جدید تبدیل شود (danilenko, 1993: 17). البته انتقادهای وارد بر نظریه‌ی حقوق وضعی تا حدودی به مکتب اصالت اراده نیز وارد است؛ چرا که اگر چه از نقش رضایت تک تک دولت‌ها نسبت به یک قاعده عدول کرده است؛ ولی هم‌چنان اراده‌ی دولت‌ها را دارای اصالت و تنها راه ممکن برای ایجاد قاعده لحاظ می‌نماید.

## ۲-۱. رویکرد اعتقاد حقوقی محور

رویکرد اعتقاد حقوقی محور در خلال جنگ سرد توسط بین چنگ<sup>۱</sup> مطرح شد. وی بر این باور بود که اگر در یک دوره‌ی زمانی طولانی رویه‌ای از دول عضو جامعه‌ی بین‌المللی جهت تشکیل یک قاعده‌ی عرفی جدید به منصفی ظهور نرسید، باید به اندیشه‌ی نوظهور اعتقاد حقوقی محور تکیه کرد. بین چنگ برای اثبات نظریه‌ی خود، به پذیرش عرف‌های جدید در قطع‌نامه‌های مجمع عمومی (XVI) (1721) (A) مورخ دوم دسامبر ۱۹۶۱ میلادی و (XVIII) مورخ سیزدهم دسامبر ۱۹۶۳ میلادی در خصوص اصول فضای ماورا جو استناد می‌کند (Cheng, 1983: 36) که با رضایت نسبت به اصول مندرج در قطع‌نامه‌های فوق‌الذکر با این قواعد عرفی به تصویب رسیده است؛ بدون این که رویه‌ی خاصی در این حوزه از پیش شکل گرفته باشد. با توجه به نظریه‌ی بین چنگ، جهت تشکیل یک قاعده‌ی حقوقی عرفی جدید تنها عنصر اعتقاد حقوقی مورد نیاز است و رویه‌ی دولت تنها به عنوان اثبات مضمون یک هنجار و قاعده‌ی عرفی جدید حقوق بین‌الملل مورد توجه قرار می‌گیرد. این نظریه نیز مشابهت‌های عمده‌ای با مفهوم رضایت ضمنی یا مشترک دارد و انتقادهای وارد به آن نظریه، به رویکرد اعتقاد حقوقی محور نیز وارد است؛ چرا که در هر حال، رضایت و اراده‌ی دولت‌ها را اصل اساسی برای ایجاد قاعده‌ی عرفی می‌داند، ولی نسبت به رویکرد دو عنصری یک پیشرفت و تحول دیده می‌شود.

## ۲. مکاتب غیر متمرکز بر اراده‌ی دولت‌ها

در این قسمت به بررسی دیدگاه‌هایی غیر از مکتب حقوق وضعی شامل «قاعده‌ی بنیادین»<sup>۲</sup>، «مکتب حقوق طبیعی»<sup>۳</sup> و رویکرد «حقوق بنیادین»<sup>۴</sup> می‌پردازیم.

1. Cheng
2. Grundnorm
3. Naturalism
4. Core Rights

## ۲-۱. قاعده‌ی بنیادین

نظریه‌ی حقوقی محض کلسن و نظریات جدید کلسنیسم در نقطه‌ی مخالف رویکردهای مبتنی بر تمایل و رضایت قرار دارد. این نظریه بیش‌ترین تاثیر را بر مکاتب جدید پوزیتیویسم در زمینه‌ی حقوق بین‌الملل داشته است. کلسن ایده‌ی رضایت محوری حقوق بین‌الملل را رد می‌کند و رضایت را مبنای اصلی حقوق بین‌الملل نمی‌داند (Kelsen, 1939: 311). با عطف به نظریه‌ی کلسن، عرف با این پیش‌فرض که شخصیت خلق حقوق را در حقوق بین‌الملل دارد، خالق حقوق واقعی است. با این فرضیه، ایده‌ی قاعده‌ی بنیادین<sup>۱</sup> را به عنوان اساس ایجاد هر گونه عرف در حوزه‌ی حقوق بین‌الملل مطرح می‌نماید (Ibid: 258). قاعده‌ی بنیادین با تمایل و رضایت دولت‌ها ایجاد نمی‌شود، بلکه این تفسیر حقوق دانان است که قانونی شدن رفتار دول را در پی دارد (Ibid: 256). کلسن در آخرین مطالعات قاعده‌ی بنیادین را چنین تعریف می‌کند: «دولت‌ها همان‌گونه که بر اساس عرف رفتار می‌نمایند، ملزم به آن هستند» (Ibid: 441). وی هم‌چنین تاکید می‌نماید که رویه‌ی مستمر طولانی مدت تعداد زیادی از دولت‌ها برای ایجاد و شکل‌گیری واقعی حقوق بین‌الملل عرفی کفایت می‌کند (Ibid: 313). در مقابل عنصر ذهنی می‌توان از عنصر رویه‌ی دولت‌ها نام برد که اثبات آن آسان‌تر است (Ibid: 264). از این رو کلسن اظهار می‌دارد برای این عرف نوظهور همین که اثبات شود منبعث از حقوق، احکام اخلاقی و عدالت است کفایت می‌کند (Ibid: 307). این شناسایی نمی‌تواند معادل عنصر ذهنی عرف قرار گیرد (Ibid: 271).

ایده‌ی کلسن پیرامون عرف در میان اندیشمندان نوظهور حقوق بین‌الملل طرفداران بسیاری پیدا کرده است. کامر هوفر<sup>۲</sup> اشعار می‌دارد که عرف بر خلاف فهم فرضیه‌ی ارادی حقوق بین‌الملل عرفی، به عنوان یک نظم رفتاری قابل فهم است (Kammerhofer, 2004: 532). او در نهایت چنین در می‌یابد که یک عرف جدید می‌تواند با شناسایی ویژگی خلق قاعده از یک رویه‌ی مشخص ایجاد شود (Ibid: 547). رویکردهای هنجاری محض (قاعده‌ی بنیادین) همواره با این ایراد

1. Grundnorm

2. Kammerhofer

مواجه است که نگاهشان با شکل‌گیری حقوق عرفی در عمل، فاصله‌ی زیادی دارد. آن‌ها قادر به در نظر گرفتن واقعیت‌های اجتماعی در روابط بین‌الملل و به طور کلی زندگی بین‌المللی نبوده و اغلب نسبت به مباحثی که از حوزه‌ی حقوق فراتر می‌رود اغماض می‌کنند (Muller, 1971: 29).

## ۲-۲. مکتب حقوق طبیعی

در مقابل نظریه‌ی مکتب پوزیتیویسم، مکتب حقوق طبیعی قرار دارد. این مکتب مشتمل بر طیفی از دیدگاه‌هایی است که حقوق بین‌الملل را به عنوان یک نظام قانونی مستقل از اراده‌ی دولت‌ها در نظر می‌گیرد که هدفش ایجاد نظم حقوقی بالاتر از اراده‌ی دولت‌های عضو جامعه‌ی بین‌المللی است. هسته‌ی اصلی این مکتب بر محور ارتباط میان حقوق و اخلاق یا اصول اخلاقی قرار دارد (Davides, 1996: 1). در عصر خردگرایی، مکتب حقوق طبیعی بر این باور بود که آزادی ارزش برتر است. در بیشتر آثار فلسفی این عصر، آزادی جوهر زندگی، مهم‌ترین آرمان مطلوب انسان و گران‌بهارترین ارزش‌ها است (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۵۰/۱).

نظریه‌ی حقوق طبیعی در مقام تبیین مبنای حقوقی نظم جهانی راهگشا است؛ زیرا این نظریه‌ی فراگیر و جهان‌شمول با قلمروی وسیعی که دارد، نظم داخلی و نظم بین‌المللی را در بر می‌گیرد. در این خصوص چند استدلال مطرح شده است از جمله این که جامعه‌ی بین‌المللی ترکیبی از جوامع داخلی است و انسان عنصر اصلی و نقش آفرین آن در نظم داخلی و بین‌المللی است. افزون بر این، غایت مطلوب حقوق و قواعد آن، تضمین حقوق و آزادی‌های اساسی‌تر در جوامع داخلی و در عرصه‌ی بین‌المللی است (وکیل، ۱۳۸۹: ۲۰).

ویتوریا<sup>۱</sup>، سوارز<sup>۲</sup> و برتر از همه گروسیوس<sup>۳</sup> که به عنوان پدر حقوق بین‌الملل مدرن نامیده می‌شود، از متفکرین این مکتب محسوب می‌شوند. در قرون شانزده و

- 
1. Vitoria
  2. Suarez
  3. Grotius



هفده میلادی، این متفکرین نخستین حقوق‌دانانی بودند که به کشف پدیده‌ای به نام حقوق بین‌الملل نایل آمدند و مبانی نظری آن را در یک سطح جامع و فراگیر مطرح نمودند. این ویژگی خاصی است که این دوران را به عنوان آستانه‌ی حقوق بین‌الملل مدرن قرار می‌دهد.

در طول قرن‌ها تئوری حقوق بین‌الملل به مکاتب طبیعیون ارجاع داشته است. ریشه‌ی الهی قوانین که باور متقدمان این جریان فکری بود، به سرعت پس از ایده‌ی مدرن نسبت به حقوق بین‌الملل محو شد. طی دهه‌های اخیر، مفهوم تئوری‌های اخلاقی جایگزین مفاهیم سنتی خدامحور گردید تا بتواند تحول و شکل حقوق بین‌الملل جدید را توصیف نماید. هم‌چنین در دهه‌های اخیر شاهد پیشرفت ایده‌های مکتب طبیعیون در مقابل پوزیتیویست‌ها هستیم. این تئوری سعی دارد با توجیه این امر که جامعه‌ی بین‌المللی از دولت‌محوری دور شده و به انسان‌محوری رسیده، شکل‌گیری قواعد جدید حقوق بشر و بشردوستانه‌ی عرفی را تشریح کند و اثبات نماید که مکتب پوزیتیویسم قادر به انطباق با تحولات سریع جامعه‌ی مدرن امروزی نیست.

## ۲-۲-۱. رویکردهای تئوریک اخلاقی نسبت به شکل‌گیری حقوق

### بین‌الملل عرفی

مقاله‌ی تسون با عنوان مداخله‌ی بشردوستانه، به مفاهیم فلسفی مبانی نظری دورکین<sup>۱</sup> و راولز<sup>۲</sup> می‌پردازد و درک آن‌ها را از ارتباط میان حقوق و اخلاق تشریح می‌نماید (Teson, 1997: 10). به موجب نظریه‌ی تسون، قواعد عرفی تنها توسط قضاوت‌های (آرا) ارزشی تعیین می‌شود و اصول و قواعد حقوق بین‌الملل متضمن بنیان‌های اخلاقی است. به عقیده‌ی وی قواعد بازی به صورت غایی توسط تفسیر و در پرتو ارزش‌های دارای پذیرش جهانی تبیین می‌شود. رویه‌ی دولت ناقض این تفسیر می‌تواند به عنوان یک تخلف از حقوق بین‌الملل در نظر گرفته شود (Ibid: 12). تسون استدلال می‌کند که در قلمروها و حوزه‌های حقوق بین‌الملل

1. Dworkin

2. Rawls (2000)

که شامل استفاده از زور و حقوق بشر است، مادام که اسناد فقط از طریق دولت‌ها به عنوان تابعان حقوق بین‌الملل منعقد می‌شوند، تعیین عرف مستلزم یک قضاوت ارزشی است. به عبارت دیگر، عرف مشتمل بر ارزش‌هایی است که در خصوص آن‌ها سندی معتبر تدوین نشده و یا اسناد ذی‌ربط دچار نقص و عیب است (Ibid: 14). حقوق‌دانان بسیاری معتقد به شکل‌گیری حقوق عرفی در حوزه‌های حقوق بشر و حقوق بشردوستانه به نام اصول و ارزش‌های والای بشری هستند (Bernhardt, 1984: 519). غالب اوقات این متفکرین بحث روی ماهیت و شکل‌گیری عرف را با انتقاد از دولت به عنوان تنها بازیگر عرصه‌ی حقوق بین‌الملل ترکیب می‌کنند و به موجب این ترکیب پیشنهاد می‌دهند که اشخاص باید به عنوان یکی از تابعان حقوق بین‌الملل به رسمیت شناخته شوند. به عبارت ساده‌تر، آن‌ها رویکرد دولت‌محور را به نفع رویکرد انسان‌محور انکار می‌کنند. در واقع متفکران مکتب طبیعی فرایند قانون‌سازی حقوق بین‌الملل را به اخلاق و ارزش‌های جامعه‌ی بین‌المللی وابسته می‌نمایند.

### ۲-۲-۲. رویکرد استنتاجی

از میان دیگر روش‌های شکل‌گیری حقوق بین‌الملل عرفی، رویکرد استنتاجی تنها روش اصلی توسعه‌یافته برای تشریح ماهیت متمایز قواعد عرفی حقوق بشر و حقوق بشر و حقوق بشردوستانه محسوب می‌شود (Tomuscht, 2006: 291). این بخش مطالعه بر روی شیوه‌ی قواعد حقوق بین‌الملل عرف است. رویکرد استنتاجی در پی یافتن عدالت است. طبیعت‌گرایان سنتی نخستین کسانی بودند که رویکرد استنتاجی را به علم و فلسفه‌ی حقوق معرفی کردند. برای مثال، توماس آکونیاس توضیح می‌دهد که اعتبار قواعد حقوق بین‌الملل بر اساس استنتاج از حقوق طبیعی تحصیل می‌شود. «حقوق بشر به دو بخش حقوق بین‌الملل و حقوق مدنی تقسیم می‌شود و هر دو بخش از حقوق طبیعی مشتق می‌گردند» (Wolff, 1951: 95).

دو مکتب جدید و قدیم طبیعیون معتقد به شکل‌گیری قواعد حقوق بین‌الملل عرفی از طریق رویکرد استنتاجی اند. اندیشمندان حقوق طبیعی بر اصول

والای اخلاقی تاکید دارند و حقوق بین‌الملل را متکی به همین اصول می‌دانند (Teson, 1997: 1)، از این حیث آن‌ها با هدف نایل آمدن بر منع‌ها، به استفاده از رویکرد استنتاجی ملزم می‌باشند. همان‌طور که قبلاً نشان داده شد، رویکرد استنتاجی صرف در مکتب پوزیتیویسم مدرن نیز کاربرد دارد؛ لیکن استدلال می‌کند که اعتبار قواعد بین‌المللی منوط به تجویز اصل بنیادین است که همه‌ی اشکال قواعد از آن سرچشمه می‌گیرد و بدین طریق از رویکرد استنتاجی به منظور اشتقاق قواعد عادی از قاعده‌ی بنیادین بهره می‌برند. تحولات جامعه‌ی بین‌المللی تحت تاثیر رشد و توسعه‌ی مفاهیم انسانی و حقوق بشر، حکایت از آن داشت که در روند شناسایی قواعد حقوقی الزام‌آور مرتبط، رویکرد دیگری باید اتخاذ نمود. در چنین عرصه‌ای، فرایند مبتنی بر رویکرد سنتی نمی‌تواند تکیه و محور قرار گیرد و بر همین اساس، دیوان بین‌المللی دادگستری به منظور شناسایی قواعد عرفی مرتبط با ملاحظات حقوق بشر دوستانه، نگرش دیگری را در پیش می‌گیرد (کدخدایی و زر نشان، ۱۳۹۲: ۱۷۵-۱۷۴).

در بحث از شیوه‌های متفاوت رویکرد عرفی، این نکته را باید شفاف کرد که در بین مکاتب مدرن، رویکرد استنتاجی به عنوان پرتعدادترین رویکرد نسبت به شکل‌گیری قواعد حقوق بشر و حقوق بشر دوستانه است و منشاء این تئوری را می‌توان در برخی از رویکردهایی که توضیح داده شد و در مفاهیم مکاتب قدیمی نیز یافت (Ziccardi, 1945: 161). به عنوان مثال، شاختر<sup>۱</sup> و هنکن<sup>۲</sup> میان حقوق بین‌الملل عرفی عام و یک قاعده‌ی حقوق آمره تفکیک قائل می‌شوند.

رویکرد استنتاجی به عنوان یک تئوری اختصاصی از حقوق بین‌الملل عرفی، نخستین بار توسط توماشت مطرح شد. وی این روش را در سال ۱۹۳۳ در لاهه پیشنهاد کرد (Tomuscht, 2006: 241)، نظریه‌ی استنتاجی توماشت ارتباط تنگاتنگی با ماهیت جدید حقوق بین‌الملل دارد. وی حامی نظام سلسله مراتبی جامعه‌ی بین‌المللی است که در بالاترین نقطه‌ی سلسله مراتب آن، برخی از اصول بنیادین قرار دارد که قواعد خاص با شیوه‌ی استنتاجی از آن‌ها مشتق

---

1. Shakhter

2. Henken

می‌شود (Ibid: 291).

اصول بنیادین مورد اجماع و پذیرش جهانی است که به طور مثال می‌توان به اصل برابری حاکمیت اشاره داشت که بر اساس آن قاعده‌ی منع توسل به زور وضع گردید؛ هم‌چنین است اصول بنیادین محیط زیست که قواعد مرتبط با آن وضع می‌گردد. این اصول مشتمل بر ارزش‌های والای نوع بشر است که برای مثال قواعد حقوق بشردوستانه از آن‌ها استنتاج می‌شود (Ibid: 301). با این وجود توماشت خواستار استعمال یک رویکرد استنتاجی هوشمند است. به طور اخص وی اظهار می‌دارد که شاید استفاده از رویکرد استنتاجی با اصل قانونی بودن جرم و مجازات در مابینت قرار گیرد (Ibid: 303)؛ بنابراین در بیش‌تر موارد، وی قائل به یک تفسیر مضیق از دامنه‌ی صلاحیت موضوعی اصل مذکور بود. در سطح بین‌المللی، وی معتقد بود رفتارهایی که جامعه‌ی بین‌المللی آن‌ها را ناعادلانه می‌نامد، باید از دامنه‌ی اصول بنیادین محو شود (Ibid: 307). چنان‌چه تفسیر قاعده دقیق انجام شود، روش استنتاجی شکل‌گیری عرف می‌تواند با اصل قانونی بودن جرم و مجازات معارض نباشد. بر اساس نظر توماشت، کاهش دامنه‌ی اصل قانونی بودن جرم و مجازات در چندین سند معتبر بین‌المللی مشاهده می‌شود. بند ۲ ماده‌ی ۱۵ کنوانسیون حقوق مدنی و سیاسی<sup>۱</sup> که مقرر می‌دارد «اعمالی که بر اساس اصول کلی حقوقی ملل متحده عضو جامعه‌ی بین‌الملل جرم تلقی گردد»، اصل عطف به ماسبق نشدن قوانین را در حوزه‌ی حقوق کیفری بین‌المللی مخدوش کرده است (Ibid: 304).

بر اساس دیدگاه توماشت، در قضیه‌ی تادیچ مجازات متهم به نقض حقوق بشردوستانه در مخاصمات مسلحانه‌ی بین‌المللی مجاز است. وی هم‌چنین پیشنهاد کرد که این رویکرد نسبت به هنجارهای اساسی حقوق بشر نیز اعمال گردد (Ibid: 337). به اعتقاد توماشت، رویکرد استنتاجی به عنوان یکی از عناصر دسته‌بندی رویکردها نسبت به حقوق بین‌الملل عرفی است و از دیگر رویکردها، نگاه سنتی دو عنصری (اعتقاد حقوقی و رویه‌ی دولتی) است که در ماده‌ی ۳۸ اساس‌نامه‌ی دیوان بین‌المللی دادگستری به رسمیت شناخته شده

1. International Covenant on Civil and Political Rights

است (Ibid: 291).

کاهین و کانیزارو حین مطالعه‌ی رویه‌ی قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری در می‌یابند که رویکرد استنتاجی تنها یکی از شیوه‌هایی است که جهت رسیدن به یک قاعده‌ی عرفی مشخص از سوی دیوان استعمال می‌شود (Cahin, 2001: 662). توماشت به این نکته اذعان دارد که رویکرد استنتاجی به دشواری با ماده‌ی ۳۸ اساس‌نامه‌ی دیوان بین‌المللی دادگستری قابل انطباق است، ولی تشریح و توسعه‌ی حقوق بین‌الملل جدید بر اساس رویکرد سنتی، پاسخ درستی به مسایل جهان معاصر ارائه نمی‌دهد (Tomuscht, 2006: 406). کانیزارو معتقد است که رویکرد استنتاجی به نوبه‌ی خود وظیفه‌ی برقراری تعادل میان اصول و ارزش‌ها را که در قالب قانون الزام‌آور بوده و مآخوذ از رفتاری از درون جامعه‌ی بین‌المللی است، بر عهده دارد (Canizzaro, 2005: 263).

### ۲-۲-۳. رویکرد حقوق بنیادین

رویکرد حقوق بنیادین، رویکردی متفاوت در شکل‌گیری حقوق بشر عرفی و حقوق بشردوستانه‌ی عرفی است که مبدع آن مرون<sup>۱</sup> می‌باشد (Meron, 1998: 238). رویکرد بنیادین بیش از آن که شکلی باشد، یک امر ماهیتی است و ارائه دهنده‌ی حقوق ذاتی و اساسی بشر است تا در رویکرد استنتاجی و غیره مورد استفاده قرار گیرد.

مرون در مقام انکار رویکردهای صرف تجربی نسبت به شکل‌گیری حقوق بشردوستانه‌ی عرفی است؛ با این وجود، این رویکرد تجربی در صدد محافظت از شأن بشریت و ارزش‌های مورد پذیرش جامعه‌ی جهانی است. مرون معتقد است قواعد عرفی اختصاصی تنها با ارجاع به رویه‌ی دولتی قابل تعیین نیست (Meron, 2000: 94). وی یافته‌های توماشت در این حوزه را تصدیق می‌کند و می‌گوید روش‌شناسی مورد استعمال جهت کشف قواعد عرفی جدید به سمت روش و رویکرد استنتاجی سوق دارد (Meron, 2005: 378). رویه‌ی قضایی محاکم به اعتقاد حقوقی یا اصولی کلی حقوق بشردوستانه‌ی مشتق از کنوانسیون‌های

1. Meron

ژنو، لاهه یا دیگر کنوانسیون‌های حقوق بشر دوستانه اتکای صرف دارند. مرون هم‌چنین یافته‌های شاختر در خصوص شکل‌گیری حقوق بشر دوستانه‌ی عرفی را تایید می‌کند و این امر ناشی از ویژگی ارزشی محور این تئوری است که مناط و ملاکش ارجحیت قواعد حقوق بشر در یک نظام سلسله مراتبی نسبت به دیگر قواعد حقوق بین‌الملل است (Ibid: 27).

به عقیده‌ی مرون این تئوری تحت الشعاع مفهوم قاعده‌ی آمره است؛ قاعده‌ای که منعکس‌کننده‌ی جست و جوی جامعه‌ی بین‌المللی برای یک نظام هنجاری است که در آن حقوق مرجعی وجود داشته باشد و به طور اخص اخلاق و قانون مانع انحراف و نقض حقوق بشر می‌گردد (Meron, 1998: 9). بر اساس یافته‌های مرون، میزان شواهد مورد نیاز برای تشکیل یک قاعده‌ی عرفی غالباً به محکومیت عام عمل مزبور توسط جامعه‌ی بین‌المللی ذی‌ربط بستگی دارد که در صورت احراز محکومیت، اندک شواهدی هم برای شکل‌گیری آن کفایت می‌کند (Meron, 2005: 378). به عنوان نتیجه، گواه و شاهد مورد نیاز برای شکل‌گیری یک قاعده‌ی جدید حقوق بین‌الملل عرفی فقط می‌تواند اعتقاد حقوقی باشد و نه الزاماً توأم بودن آن با رویه‌ی دولت. وی هم‌چنین تاکید می‌کند که حقوق بشر و حقوق بشر دوستانه غالباً بر اساس وجدان عمومی و اعتقاد حقوقی شکل می‌گیرد و گاه صرف انعقاد یک معاهده یا صدور اعلامیه یا قطع‌نامه کافی به نظر می‌رسد؛ چرا که ماهیت این حقوق متفاوت از دیگر زمینه‌ها و حوزه‌های حقوق بین‌الملل است که با معاهدات تقابلی وضع می‌گردد (Meron, 1991: 831). به اعتقاد وی، میان اهمیت مورد نظر جامعه‌ی بین‌المللی نسبت به قواعد خاص و سهولت بار اثبات مدرک حقوق عرفی رابطه‌ی مستقیمی وجود دارد (Meron, 2005: 388).

در خصوص شکل‌گیری قواعد عرفی حقوق کیفری بین‌المللی، رویه‌ی قضایی دادگاه‌های بین‌الملل متمایل به تمرکز بر روی اعتقاد حقوقی است (Meron, 1998: 224). وی تحلیل خود را به رویه‌ی قضایی دیوان کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق<sup>۱</sup> مستند می‌کند. این دیوان آشکار ساخته است که

1. International Criminal Tribunal Former Yugoslavia (ICTY)

وقتی به اعتقاد حقوقی تمایل دارد که هنجارهای مربوطه وضع گردیده باشد؛ برای مثال، دیوان مذکور به هنجارهای کنوانسیون‌های چهارگانه‌ی ژنو رجوع و قاعده را بر اساس رویکرد مستقر در آن هنجارها کشف می‌نماید (Ibid: 158) و یا برخی از دادگاه‌ها به فجیع و شنیع بودن بزه ارتكابی استناد می‌کنند.

«عطف به قلت رویه‌ی واقعی و ثابت دولت‌ها، دادگاه‌ها ممکن است وصف مجرمانه‌ی فعل را منوط به حد اهانت و هتک حرمت شأن بشریت بدانند و هرچه اعمال فجیع‌تر باشد، تمایل دادگاه برای پذیرش امر فزون‌تر خواهد بود» (Ibid: 157). البته مرون به نقایص این شیوه شامل تعارض با اصل قانونی بودن جرم و مجازات معترف است. وی حقوق مطلوب را به جای حقوق موجود می‌نشانند. تمایل نهایی که بشرمحور کردن قواعد حقوق بشردوستانه است، به وضوح بر آراء قضایی تاثیر گذاشته و به عبارت دیگر، در رویه‌ی قضایی مشهود است. ارزیابی تئوری مرون از شکل‌گیری حقوق بشر عرفی و حقوق بشردوستانه‌ی عرفی، مبین این نکته است که این رویکرد نسبت به عرف بر مبنای اعتقاد حقوقی، همواره بر مفهوم ارزش‌محور متکی است. مرون در سخنرانی سال ۲۰۰۳ در لاهه اعلام می‌دارد که ریشه‌ی مشکلات تعیین قواعد عرفی حقوق بشر و حقوق بشردوستانه ناشی از ناکارآمدی حقوق نیست، بلکه ریشه در عدم اشاعه‌ی ارزش‌ها در زمینه‌ی حقوق بشردوستانه دارد (Meron, 2003: 110).

تئوری مرون حامیان بسیاری یافته است و بسیاری از دانش پژوهان بین‌المللی بر اساس رویکرد حقوق بنیادین، از اقتضائات رویکرد دو عنصری فاصله گرفته و شکل‌گیری یک قاعده‌ی جدید حقوق عرفی را تنها به وجود اعتقاد حقوقی مستند می‌دانند. آن‌ها معتقدند قواعد منبعث از ارزش‌های اصلی در جامعه‌ی بین‌المللی، واجد شرایط عرفی شدن نیز می‌باشند.

پوکار<sup>۱</sup> و کسسه<sup>۲</sup> نیز از حامیان شکل‌گیری قواعد حقوق کیفری بین‌المللی عرفی بر مبنای اعتقاد حقوقی هستند. این نگرش بر این باور است که قواعد عرفی موجود ناشی از شرط مارتینر است که مشعر بر وجدان عمومی است؛ پس قواعد

1. Pocar

2. Cassese

جدید عرفی نیز می‌تواند از آن مشتق شود. به اعتقاد باسیونی هم، قواعد حقوق کیفری بین‌المللی مبتنی بر اصول بشردوستانه است که در جامعه لازم‌الاتباع تلقی می‌شود (Bassiouni, 1982: 153).

### ۲-۳. مکانب واقع‌گرایی

مفاهیم رئالیستی حقوق بین‌الملل عام و حقوق بین‌الملل عرفی در طول سال‌های ۱۹۵۰ تا ۱۹۶۰ به دلیل واکنش به بن‌بست ایجاد شده در خلال جنگ جهانی دوم برای سیستم حقوقی بین‌المللی، منجر به توسعه و گسترش مفاهیم به این مکتب گردید. حقوق بین‌الملل پس از حوادث متعاقب یازدهم سپتامبر به شدت تحت تاثیر این اندیشه قرار گرفت. در حوزه‌ی حقوق بین‌الملل عرفی مربوطه، «تئوری بازی» که معمولاً توسط اقتصاددانان مورد بهره‌برداری قرار می‌گرفت، اخیراً توسط رئالیست‌ها و به منظور توضیح پدیده‌ی شکل‌گیری حقوق عرفی بین‌المللی مطرح شد. گفته شده است که جنبه‌ی مفهومی رئالیستی در نظریه‌ی حقوقی آن‌ها در پی تغییرات گسترده است؛ به این معنا که حقوق نه به عنوان هدف برای خودش، بلکه به عنوان یک ابزار برای اهداف اجتماعی است؛ و در مفهوم اجتماعی خود در حال تغییرات گسترده است (Koskennienmi, 2005: 44).

### ۲-۴. مکتب نیوهیون و رویکردهای مشابه

مک دوگال<sup>۱</sup> و هارولد لاسون<sup>۲</sup> از نمایندگان مهم این مکتب هستند که موجب توسعه‌ی اندیشه‌ی رئالیست‌ها در دهه‌ی ۱۹۶۰ گردیدند، اما تاکنون یک تئوری انحصاری در باب توسعه و شکل‌گیری حقوق بین‌الملل عرفی ارائه نداده‌اند. در این مکتب قواعد بین‌المللی منبعت از فرایند تقابل قدرت و جامعه است و ارزش‌ها بر اساس تمایل جامعه‌ی بین‌المللی پدید می‌آید. بایرز از دیگر متفکران مکتب نیوهیون، رویکرد انضباط داخلی نسبت به حقوق بین‌الملل عرفی را بر مبنای اندیشه‌های اثبات‌گرایانه و جنبه‌های

1. Mc Dougal

2. Horold L.Lawson



نظری روابط بین‌الملل گسترش داد. داماتو نیز قواعد حقوق بین‌الملل عرفی را منبعث از رفتار دولت‌ها، نهادها و تقابل آن‌ها با یکدیگر لحاظ می‌نماید (Bayers, 2001: 155). بر اساس این نظریه می‌توان حقوق بین‌الملل و حقوق بین‌الملل عرفی را در مفهوم توسعه و طغیان دائم دریافت. نگرش مکتب نیوهیون متأثر از رویکرد دو عنصری مندرج در ماده‌ی ۳۸ اساس‌نامه‌ی دیوان بین‌المللی دادگستری است که تعریف آن از عرف، نتیجه‌ی بیان یک قاعده‌ی قانونی بین‌المللی توسط دول و عمل دولت به آن قاعده است. جالب این که حتی رویکردهای رئالیستی نسبت به عرف، حین ملاحظه‌ی شکل‌گیری قواعد حقوق بشر اصلاح گردیده است. بایرز اذعان می‌نماید در موضوعاتی از قبیل حقوق بشر که دولت‌ها دارای منافع واضحی هستند، بررسی دقیق رویه‌ی آن‌ها ضروری نیست و این معیار حداقل نسبت به قواعدی که ویژگی آمره دارند مانند منع تجاوز، حقوق اساسی بشر و غیره، قابل اعمال است. داماتو معتقد است قواعد عرفی و قواعد حقوق بشر عرفی می‌تواند از مقررات کلی مندرج در معاهدات دو جانبه یا چند جانبه حاصل شود و اگر مقررات یک معاهده بدون استثنا نسبت به همه‌ی تابعان حقوق بین‌الملل اعمال شد، می‌توان آن مقررات را حقوق عام نامید. وی بیان می‌کند ممکن است این مقررات پس از طی مدتی بدون نیاز به رویه‌ی متعاقب دولت‌ها به طور مستقیم به عرف تبدیل شوند (Damato, 1988: 131).

### ۳. رویه‌ی قضایی بین‌المللی کیفری

دادگاه‌های موردی<sup>۱</sup> شامل هر دو دیوان کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق و رواندا<sup>۲</sup> به منظور کشف قاعده‌ی عرفی شامل رویکرد اسنادمحور، رویکرد استنتاجی (حقوق بنیادین)، رویکرد مفهوم مشترک و رویکرد دو عنصری بهره برده‌اند که در ادامه این رویکردها در رویه‌ی قضایی بین‌المللی کیفری مورد بحث قرار می‌گیرد.

1. Ad hoc

منظور دو دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و رواندا است.

2. International Criminal Tribunal Rwanda (ICTR)

### ۳-۱. رویکرد اسنادمحور

نخستین شیوه‌ی مورد پذیرش در دادگاه‌های موردی، رویکرد اسنادمحور بود که جهات تشابه زیادی با رویکرد سنتی دو عنصری داشت. هر دو دیوان اهمتامی به اثبات رویکرد دو عنصری نداشتند و در تلاش برای فهرست کردن اسناد قانونی بین‌المللی معتبر بودند و حقوق موضوعه را نیز در حکم اسناد قانونی بین‌المللی به شمار می‌آوردند. بدین ترتیب، شیوه‌ی دو عنصری در عمل به یک عنصر تقلیل یافت.

سه فاکتور مهم بر این اصلاح و تغییر تاثیر داشت. نخستین و مهم‌ترین آن‌ها منابعی بود که به عنوان جایگزینی برای رویه‌ی دولت‌ها و عنصر اعتقاد حقوقی محسوب می‌گردید؛ به ویژه در زمینه‌ی حقوق کیفری بین‌المللی هر گونه تمایز میان عناصر، منفک از رویه‌ی دولت و اعتقاد قانونی بسیار دشوار است و بیش‌تر تئوریک به نظر می‌رسد.

فاکتور دوم، منابع بالقوه در زمینه‌ی حقوق کیفری بین‌المللی است که تکامل قواعد کیفری بین‌المللی عرفی جدید را مورد شناسایی قرار می‌دهد. در حقوق موضوعه‌ی هر دو دیوان، رویه‌ی قضایی دیوان‌های نظامی نورمبرگ<sup>۱</sup> و توکیو<sup>۲</sup>، شورای نظارت شماره‌ی ۱۰<sup>۳</sup>، محاکم داخلی، قانون پیش‌نویس جرایم کمیسیون حقوق بین‌الملل و تعداد محدودی از اسناد بین‌المللی مورد توجه قرار گرفته است.

سومین فاکتور موثر در تبدیل شیوه‌ی دو عنصری به یک عنصر، وجود تعدادی از اسناد قانونی بین‌المللی جدید است که ظهور قواعد حقوق کیفری بین‌الملل عرفی را مجاز دانسته و هم‌زمان با تاسیس هر دو دیوان لازم‌الاجرا شده است. در این طبقه‌بندی می‌توان به اساس‌نامه‌ی دیوان کیفری بین‌المللی<sup>۴</sup> و مطالعات کمیته‌ی بین‌المللی صلیب سرخ در خصوص حقوق بشر دوستانه‌ی عرفی

1. Nuremberg Trials
2. Tokyo Trial
3. Control Council Law No.10
4. ICC

اشاره کرد. اسناد مذکور به رغم این که هم‌زمان و یا پس از تاسیس دادگاه‌های موردی به وجود آمد، اما هر دو دیوان را تحت تاثیر قرار داد و نگرش هر دو دیوان نسبت به شکل‌گیری و تکامل حقوق بین‌المللی عرفی را متحول کرد. در خصوص اسناد بین‌المللی، توجه جدی دیوان‌های کیفری بین‌المللی به مطالعات کمیته‌ی صلیب سرخ جهانی در خصوص حقوق بشردوستانه به وضوح قابل مشاهده است. این طرح پس از سال‌های طولانی در سال ۲۰۰۵ انتشار یافت و در صدد احراز و اعلام آن دسته از قواعد حقوق بشردوستانه‌ی بین‌المللی است که بخشی از حقوق بین‌الملل عرفی شده‌اند. این کمیته در حوزه‌ی حقوق بشردوستانه به دنبال پر کردن خلأهای موجود بود (صدراپی، ۱۳۹۲: ۲).

### ۲-۲. رویکرد استنتاجی

رویکرد استنتاجی توسط هر دو دیوان کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق و رواندا جهت تعیین و تبیین حقوق بین‌الملل عرفی جدید بشردوستانه مورد استفاده قرار گرفته است. رویکرد استنتاجی تنها رویکردی است که از سوی دیوان بین‌المللی دادگستری به شیوه‌ی پیش از دادگاه‌های موردی اعمال می‌گردید. شاید دلیل این امر، استعمال مقدماتی آن در حوزه‌ی حقوق بشردوستانه باشد. دیوان بین‌المللی دادگستری نیز حین بررسی شکل‌گیری قواعد جدید حقوق عرفی بشردوستانه از این شیوه استفاده می‌کرد. این رویکرد غالباً از طریق حقوق موضوعه‌ی دیوان کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق و رواندا اعمال می‌گردد؛ و لذا ممکن است به عنوان راهکاری کارآمد به منظور شناسایی قاعده‌ی جدید حقوق بشردوستانه‌ی عرفی به شمار آید. با این اوصاف و به ویژه در موقعیت‌هایی که تنها شیوه‌ی کشف یک قاعده‌ی جدید عرفی، شیوه‌ی استنتاجی است، می‌توان اظهار نمود که این رویکرد اصل قانونی بودن جرم و مجازات را مخدوش می‌نماید. شعبه‌ی رسیدگی کننده به اتهامات تادیب در خصوص قابلیت اعمال ماده‌ی ۳ مشترک و این که آیا شرایط مخاصمه‌ی بین‌المللی و مخاصمه‌ی داخلی با هم مترادف دارند یا خیر، به شرح زیر شرایط نقض حقوق بشردوستانه را ارائه نمود. نخست، نقض باید یک تخلف از قاعده‌ی حقوق بشردوستانه به شمار آید؛

دوم، قاعده‌ی نقض شده باید از نظر ماهوی عرفی باشد و یا به حقوق مکتوب (معاهده‌ای) تعلق داشته باشد؛ سوم، نقض باید جدی و متوجه‌ی قاعده‌ای باشد که وظیفه‌ی حمایت از ارزش‌های مهم بشری را بر عهده دارد؛ هم‌چنین نقض باید عواقب وخیمی را برای قربانی در پی داشته باشد؛ چهارم، نقض قاعده باید به موجب حقوق عرفی یا معاهده‌ای مسؤولیت کیفری را متوجه مرتکب نماید.<sup>۱</sup>

این تعریف بر نقض یک قاعده‌ی عرفی یا معاهده‌ای بین‌المللی دلالت دارد. دیوان نیز در خصوص حقوق بشردوستانه‌ی عرفی قابل اعمال در مخاصمات مسلحانه چند ملاحظه‌ی کلی دارد.<sup>۲</sup> شعبه به محدودیت‌های رویکرد دوعنصری در زمان اعمال نتیجه‌ی فوق‌الذکر نسبت به حقوق کیفری بین‌المللی اشاره می‌نماید و اظهار می‌دارد دودستگی میان قواعد مخاصمات مسلحانه‌ی داخلی و بین‌المللی به مرور زمان محو شده است. از این رو شعبه نتیجه گرفت که در مخاصمه‌ی مسلحانه‌ی داخلی، تابعان و گروه‌های دولتی از گروه مسلح شورشی قابل تفکیک است. هم‌چنین شعبه اعلام نمود در اثر تکرار مخاصمات مسلحانه‌ی داخلی، تفاوت سنتی میان دو مجموعه از رژیم‌های حقوقی حاکم بر مخاصمات مسلحانه‌ی داخلی و بین‌المللی متروک شده است.<sup>۳</sup> بنابراین حقوق بین‌الملل عرفی‌ای شکل می‌گیرد که مجموعه‌ی یکسانی از قواعد را برای مخاصمات بین‌المللی و داخلی وضع می‌کند.<sup>۴</sup> دیوان به رغم این که اظهار داشت گسترش واقعی حقوق بشردوستانه‌ی عرفی بر اساس رویکرد دوعنصری برای حقوق بین‌الملل عرفی مشکل‌ساز خواهد بود، باز هم بر عناصر رویه‌ی دولتی و اعتقاد حقوقی به عنوان گواه و ادله‌ی حقوق عرفی جدید تاکید ورزید؛ لیکن تشخیص داد که در خصوص فرایند قانون‌گذاری مخاصمات مسلحانه این نکته باید لحاظ شود که هر رویه‌ی دولتی شایسته‌ی

1. Tadic Trial Chamber Judgement 1997, Para, 87.

2. Ibid, para.94

3. Ibid, para.95

4. Ibid, para.94,98

ارزیابی راجع به حقوق بین‌الملل عرفی نیست؛<sup>۱</sup> چرا که هدایت سربازان در میدان و صدور دستور به آن‌ها یک رویه‌ی دولتی و مشروع فرض نمی‌شود و این امر بیش‌تر به تاکتیک‌های نظامی مشابهت دارد تا بررسی عواقب و نتایج قانونی آن‌ها.

بسیار مشکل است که یک رویه‌ی دولتی در خصوص ایجاد یا موجودیت یک قاعده‌ی عرفی به عنوان سند مثبت لحاظ گردد، در خصوص علت این صعوبت گفته شده است که رفتار واقعی سربازان در میدان نبرد باید مطابق با قاعده باشد و نه قاعده مطابق با رفتار آن‌ها؛ در حقیقت این سربازان هستند که باید استانداردها را رعایت کنند نه این که استانداردها را بر اساس رفتار سربازان وضع نماییم. بنابراین مناسب است که بیش‌تر به نظام‌نامه‌های تصمیمات قضایی و اعلامیه‌های دولتی استناد شود.<sup>۲</sup> دیوان کیفری بین‌المللی رواندا نیز در قضایای آکایسو<sup>۳</sup> و کایشما<sup>۴</sup> از رویکرد استنتاجی «حقوق بنیادین» بهره‌مند شد و شعبه‌ی تجدید نظر کایشما در خصوص ماهیت عرفی منع ژنوساید اعلام می‌دارد که «مجمع عمومی یک نهاد قانون‌گذاری بین‌المللی نیست، اما معتبرترین ارگان موجود برای تفسیر عقاید جهانی است. شناسایی ژنوساید به عنوان یک جنایت بین‌الملل، ادله‌ای مجاب‌کننده و حقیقی است»<sup>۵</sup>. بدین ترتیب ویژگی عرفی بودن جنایت ژنوساید ناشی از تاکید مجمع عمومی و با توجه به ماهیت «شنیع» آن است که با استعمال رویکرد استنتاجی و مطمحن نظر قرار دادن «حقوق بنیادین» بودنش مورد شناسایی قرار گرفت.

### ۳-۲. رویکرد مفهوم مشترک

دیوان کیفری بین‌المللی رواندا بر اساس شناسایی قواعد جدید عرفی حقوق بین‌المللی، رویکرد عمل‌گرایانه‌ی ویژه‌ای را مورد پذیرش قرار داد. این رویکرد صرفاً نیازهای علم‌روش‌شناسی را پاسخ نمی‌دهد، بلکه به منظور تطابق حالات اختصاصی

1. Ibid, para.99

2. Ibid, para.99

3. Akayeso

4. Kayishma

5. Kayishma and ruzindan, para.88 and ntuakirutimana ,21 february 2003 , para .585

واقعۀ در قضایایی نزد دیوان اتخاذ گردیده است. تطابق خاص نسبت به ویژگی‌های هر قضیه‌ی اختصاصی نزد دیوان را «رویکرد مفهوم مشترک» می‌نامند و لذا این رویکرد واجد جهات تشابه بسیاری با رویکرد تفسیری است. رویکرد مفهوم مشترک بر مبنای بررسی «مورد به مورد»، پیش‌روی دیوان نسبت به تشخیص قواعد جدید عرفی در حوزه‌ی تحت صلاحیتش را به خوبی توصیف می‌کند.

نخستین پرونده‌ای که عمل‌گرایی خاص دیوان کیفری بین‌المللی رواندا را آشکار می‌سازد، قضیه‌ی آکایسو است که تعریفی از قلع و قمع ارائه می‌دهد. رای مذکور به ویژگی عرف جنایت تصریح ندارد؛ اما حین تعریف ارکان اختصاصی جنایت، به منبع عرفی آن ارجاع می‌دهد.<sup>۱</sup>

نسبت به جرم بودن قلع و قمع تحت حقوق بین‌الملل، شعبه‌ی مقدماتی به ماده‌ی ۷(۲) اساس‌نامه‌ی دیوان کیفری بین‌المللی به عنوانی شاهده‌ی از دیدگاه‌های قانون اشاره می‌کند. دیگر آراء صادره متعاقب دیوان کیفری بین‌المللی رواندا هم‌چون آراء کایشما و فروندزيجا<sup>۲</sup> صرفاً تعریف ارائه شده از ناحیه‌ی شعبه‌ی مقدماتی آکایسو را بدون بررسی تعریف عرفی یا ویژگی جرم می‌پذیرد. در قضایای کایشما و روزیندانا شعبه‌ی مقدماتی تنها به ارائه‌ی تعریفی از پروفیسور باسیونی مبادرت ورزید که او هم تعریفی مشابه آن‌چه که شعبه‌ی رسیدگی کننده به پرونده‌ی آکایسو ارائه داده بود، می‌باشد. باسیونی جرم قلع و قمع را به این شرح توصیف کرده است: «قلع و قمع شامل هر نوع کشتار عمدی و غیر عمدی است. دلیل کشتار غیر عمدی این است که کشتار یک گروه از افراد ملتزم طراحی و اجرا توسط گروه دیگری است که با وجود علم و اطلاع و قصد هدفمند ممکن است لزوماً قربانیان خود را به شکل مشخص نشناسند. افزون بر این، چنین افرادی ممکن است لزوماً عنصر معنوی که منجر به مرگ می‌شود را نداشته باشند یا این که قصد خاصی علیه قربانی ویژه‌ای نداشته باشند (Bassiouni, 1982: 291).

رای شعبه‌ی مقدماتی بگلیشما هم عناصر الزامی جنایت قلع و قمع را

1. Akayesu, para, 592

2. Furundzija

تعیین می‌نماید. این شعبه ارزیابی مقتضیات اختصاصی قلع و قمع را به صورت «مورد به مورد» و بر مبنای رویکرد مفهوم مشترک پیشنهاد نمود.<sup>۱</sup> اخیراً و حتی در بیش‌تر آراء دیوان کیفری رواندا به رویکرد مفهوم مشترک در خصوص اقدامات قلع و قمع اشاره شده است.

در نهایت شعبه‌ی مقدماتی در قضیه‌ی سمانزا<sup>۲</sup> پذیرفت که هیچ‌گونه «مجوز ویژه‌ای» درباره‌ی قلع و قمع در اساس‌نامه یا حقوق بین‌الملل عرفی وجود ندارد.<sup>۳</sup> بنابراین شعبه اعلام داشت که در فقدان راهنمای عرفی، تنها رفتار و راهبرد بین‌المللی است که قابلیت رفع این مشکل را دارد. البته این مسأله در حقوق موضوعه‌ی دادگاه لحاظ نشده بود. با مطالعه‌ی حقوق موضوعه‌ی دیوان کیفری بین‌المللی رواندا می‌توان رویکرد روش‌شناختی این دیوان را در برابر حقوق بین‌الملل عرفی توصیف کرد.

اعمال رویکرد دو عنصری با این‌که در کشف قواعد عرفی توسط هر دو دیوان در اولویت قرار داشت، ولی به واسطه‌ی نواقص فراوان در تمامی قضایا مورد استناد قرار نمی‌گرفت و با توجه به ایرادهای مترتب بر این رویکرد، بیش‌تر به سه رویکرد پیشین (اسنادمحور، استنتاجی و مفهوم مشترک) استناد می‌شود.

ارزیابی ما از هر دو دیوان رواندا و یوگسلاوی سابق اثبات کرد که هیچ‌یک شیوه‌ی واحد جهت طبقه‌بندی یک قاعده‌ی جدید حقوق کیفری بین‌المللی عرفی به ما ارائه نمی‌کنند. در عوض محاکم ویژه تکنیک‌های متعدد و متفاوتی را اعمال می‌کنند که بیش‌تر از روش محافظه‌کارانه‌ی ارزیابی مدارک تجربی جهت اثبات دو عنصر اعتقاد حقوقی و رویه‌ی دولت‌ها تا تلاش جهت استنتاج اعتقاد حقوقی دولت‌ها از اصول کلی و بنیادین حقوق بشردوستانه ادامه می‌یابد.

محاکم چهار رویکرد پیشین را جهت ارزیابی خود از هنجارهای عرفی مورد شناسایی قرار داده‌اند. نخستین رویکرد که بیش‌ترین کاربرد هم داشته، رویکرد با محوریت «اسناد بین‌المللی» است که به نظر می‌رسد مدرن‌تر از رویکرد «اعتقاد

1. Bglismema, Trial Chamber judgement 2001, Para, 86-87

2. Semanza

3. Semanza, Trial Chamber judgement 2003, Para, 341

حقوقی محور» دیوان بین‌المللی دادگستری است؛ چرا که تنها بر اساس مدارک قابل دسترس دادگاه‌ها می‌باشد و به عبارت دیگر، در خصوص عنصر اختصاصی حقوق بین‌الملل عرفی این مدرک قابل شرح و ترسیم است. محاکم صرفاً به عنوان یک نهاد ویژه‌ی تشخیص هر یک از دو عنصر اعتقاد حقوقی و رویه محسوب می‌شوند.<sup>۱</sup> دومین رویکرد، رویکرد استنتاجی است که هنجارها و قواعد حقوق بین‌الملل عرفی را از «اصول بنیادین» حقوق بین‌الملل استنباط می‌کند. این رویکرد توسط دیوان بین‌المللی دادگستری نیز اعمال می‌شود. تاکنون دیوان کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق به طور اخص بیش‌ترین ارجاعات را به این رویکرد داشته است. این رویکرد در مرحله‌ی دوم استفاده جهت ارزیابی یک قاعده‌ی جدید عرفی قرار دارد.<sup>۲</sup>

سومین رویکرد، رویکرد سنتی «دو عنصری» نسبت به حقوق بین‌الملل عرفی است که تلاش دارد مدرک یک قاعده‌ی جدید حقوق عرفی را به طور تجربی از رویه‌ی دولت‌ها و اعتقاد حقوقی آن‌ها دریافت نماید. این رویکرد که هم‌اکنون بر محاکم بین‌المللی حاکم نیست، در سه حالت اعمال می‌گردد<sup>۳</sup>؛ نخست، در موارد تردید؛ دوم، در جایی که مدرک یک قاعده‌ی عرفی در دسترس نباشد؛ و سوم، در فرضی که نتایج قانع‌کننده‌ای از دو رویکرد اسناد بین‌المللی و استنتاجی حاصل نشود.

چهارمین رویکرد مفهوم مشترک که ممکن است به طور اخص از حقوق موضوعه‌ی دیوان کیفری بین‌المللی رواندا استنباط شود، بر مبنای هدف و موضوع است. این رویکرد با تفسیر حقوق عرفی موجود بر اساس تاریخچه و شواهد واقعی قابل دسترسی برای محاکم بین‌المللی مشابهت دارد. دیوان کیفری بین‌المللی رواندا بر راه حل مفهوم مشترک که در چند موقعیت قابل تحقق است تاکید دارد.<sup>۴</sup> در دیگر موقعیت‌ها محاکم اقدام به رد یا تایید قواعد عرفی بر مبنای تفسیر ماخوذه از حقوق بشر می‌نمایند.<sup>۵</sup>

۱. این رویکرد در بیش از بیست و هفت قضیه اعمال گردید.

۲. این رویکرد در بیش از چهارده قضیه اعمال گردید.

۳. این رویکرد فقط در دو قضیه اعمال گردید.

4. Tadic, para.119 and baglishema, par 89, 87

5. Kuperskic and other, Trial Chamber judgement 2000, Para, 566.



## برآمد

۱- امروزه رویکرد سنتی (دو عنصری) پاسخ‌گوی نیازها و اقتضائات جدید حقوق بین‌الملل نیست. قواعد آمره هم که ماهیتی عرفی دارند، منوط به تحقق هر دو رکن کلاسیک عرف نگردیده‌اند؛ که اگر چنین بود شاید تا کنون قاعده‌ی آمره‌ای که در سلسله مراتب موقعیت ارجحیت دارد، نمی‌داشتیم. تحول مکتب حقوق وضعی به رضایت ضمنی یا مشترک و عدول از رویکرد صرف سنتی، مبین نواقص موجود در آن است.

۲- حقوق طبیعی که منشاء الهی و اخلاقی دارد، تا حدودی پاسخ‌گوی الزامات جدید و وضعیت حقوق بین‌الملل است. قواعد عرفی در حوزه‌ی حقوق بشر و حقوق بشردوستانه با مشکل عمده مواجه هستند و در دیگر قلمروها از جمله تجارت بین‌الملل، هوا، فضا و به طور کلی حقوق بین‌الملل عمومی، هم‌چنان می‌توان به رویکرد دو عنصری استناد نمود.

۳- در حوزه‌ی حقوق بشر و حقوق بشردوستانه نمی‌توان به رویه‌ی دولت‌ها اتکا نمود؛ چرا که آن‌ها در این حوزه‌ها برای خود ایجاد تکلیف نمی‌کنند و یا احتمالاً عملکردی بر خلاف عدالت، اخلاق و ارزش‌های والای انسانی خواهند داشت.

## فهرست منابع

- جعفری تبار، حسن، *مبانی فلسفی تفسیر حقوقی*، جلد نخست، تهران: انتشار، ۱۳۸۳.
- زمانی، سید قاسم، «حقوق قراردادی و تدوین قواعد عرفی در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری با تاکید بر قضیه نیکاراگوئه»، مجله‌ی حقوقی، شماره‌ی ۳، بهار ۱۳۷۵.
- صدرايي، فهيمه، *نقش کمیته بین‌المللی صلیب در تحول حقوق بین‌الملل با تاکید بر تفاسیر کمیته درباره قواعد حقوق جنگ*، پایان‌نامه‌ی کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی، ۱۳۹۲.
- ضیایی بیگدلی، محمدرضا، *حقوق بین‌الملل عمومی*، تهران: گنج دانش، چاپ چهلّم، ۱۳۹۰.
- کاتوزیان، ناصر، *فلسفه حقوق*، جلد نخست، تهران: انتشار، ۱۳۸۵.
- کدخدایی، عباس‌علی و زرافشان، شهرام، «*تحول رویکرد رویه قضایی بین‌المللی در فرایند شناسایی قواعد حقوق بین‌الملل عرفی*»، فصل‌نامه‌ی حقوق، مجله‌ی دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره‌ی نخست، زمستان ۱۳۹۲.
- موسوی، سید فضل‌الله، «*آیا حقوق بین‌الملل عام، تنها حقوق عرفی است*»، مجله‌ی حقوقی، شماره‌های ۱۸ و ۱۹، بهار ۱۳۷۴.
- وکیل، امیرساعد، *مروری بر مکاتب حقوق بین‌الملل*، تهران: میزان، ۱۳۸۹.
- Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Wilfried E. (ed.), University Press, Cambridge, 2001.
- Bassiouni, Cherif Mohamed, 'The Proscribing Function of International Criminal Law in the Processes of International Protection of Human Rights', 9 Yale Journal of World Public Order, 1982.
- Bernhardt, Rudolf (ed.), 'Customary International Law', id. Encyclopedia of Public International Law, vol. 7, North Holland, Ox-



ford, 1984.

Byres, Michael, Custom, *Power and the Power of Rules*, Cambridge University Press, Siglo XXI Editorial Juridica de Chile, Barcelona et al, 2001.

Cahin ,Gerard, *Coutume International et Les Organization Internationals*, Editions A.pedon, paris, 2001.

Cannizzaro, Enzo and Palchetti, Paolo, *Customary International Law on the Use of Force – A Methodological Approach*, Martinus Nijhoff, Leiden, Boston, 2005.

Cheng, Bin, '*Custom: The Future of General State Practise in a Divided World*', Macdonald Ronald and Johnston D. (eds), The Structure and Process of International Law, Kluwer, The Hague, 1983.

Danilenko, Gennady, *Law Making in the International Community*, Dordrecht, London, 1993.

Davies, Margaret, *Delimiting the Law*, Pluto Press, London, 1996.

De Vattel, Emerich, *Le Droit de Gens ou Principes de la Loi Naturelle Reproduction of Books I and II of Edition of 1758*, De Lapradelle, A. (ed.), Carnegie Institution, Washington, 1916 Book II, chap. XVII.

Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge Mass, 1993.

Kammerhofer, Jorg, '*Uncertainty in the Sources of International Law: Formation of Customary International Law*', 15 European Journal of International Law, 2004.

Kelsen, Hans, '*Theorie du Droit International Coutumier*', Re-  
vue Internationale de la Théorie du Droit, 1939.

Koskennienmi, Martti, '*International Law as a Therapy*', Read-

- ing the Health of Nations, *European Journal of International Law*, 2005.
- Meron, Theodor, **'Revival of Customary International Humanitarian Law'**, 99 *American Journal of International Law*, 2005.
- Meron, Theodor, **'The Humanization of Humanitarian Law'**, 94 *American Journal of International Law*, 2000.
- Meron, Theodor, **War Crimes Law Comes of Age**, Clarendon, Oxford.
- Muller, Jorg Paul, **Vertrauensschutz im Völkerrecht**, Heymann, Köln, 1971.
- Rawls, John, **A Theory of Justice**, Oxford University Press, Oxford 2000.
- Teson, Fernando, **Humanitarian Intervention**, Transnational Publishers, New York, 1997.
- Tomuschat, Christian, **The Fundamental Rules of the International Legal Order**, Martinus Nijhoff Leiden, 2006.
- Villiger, Mark E, **Customary International Law and Treaties 1st ed**, Kluwer, The Hague, 1985.
- Wolff, Hans Julius, **Roman Law: A Historical Introduction**, University of Oklahoma, Press Norman, 1951.
- Ziccardi, Piero, **La Costituzione Dell' Ordinamento Internazionale**, Giuffre, Milan 1943.
- Prosecutor v. Furundžija, Anto Appeals Chamber Judgement, Case No. IT-95-1711-A, 21 July 1998.
- Prosecutor v. Kupreškić, Zoran; Mirjan Kupreškić; Vlatko Kupreškić; Josipović 2.
- Popić, Dragan; Santić, Vladimir Trial Chamber Judgement, Case No. IT-95-16-T, 14 January 2000.



Prosecutor v. Tadić, Duško Appeals Chamber Judgement, Case No. IT-94-1-A, 15 July 1999 id.

Appeals Chamber, Decision on Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case No. IT R72, 2 October 1995.

Prosecutor v. Akayesu, Jean Paul Trial Chamber Judgement, Case No. ICTR-96-4-1, 2.

Appeals Chamber Judgement, Case No. ICTR-96-4-A, 1 June 2002.

Prosecutor v. Bagilishema, Ignace Trial Chamber Judgement Case No. ICTR-95-1A-T, 7, June 2001.

Prosecutor v. Kayishema, Clément and Ruzindana, Obed Trial Chamber Judgement, Case No. ICTR-95-1-T, 21 May 1999.

Prosecutor v. Semanza, Laurent Trial Chamber Judgement, Case No. ICTR-97-21-T, 15 March 2001 id Appeals Chamber Judgement, Case No. ICTR-97-21-A, 27 May 2003.