



Criteria for Identifying Jus Cogens in Contemporary International Law: An Analysis of the International Law Commission's Draft Conclusions (2022)

Sepanta Mojtahedzadeh* 

Assistant Professor, Department of Law,
Faculty of Law and Political Science,
University of Mazandaran, Babolsar,
Iran

1. Introduction

Jus cogens, as a super-norm in the normative hierarchy of international law, has always been associated with a certain ambiguity in its definition and recognition, primarily due to its inextricable link with fundamental moral principles. In the conventional law and case law, it is not explicitly defined; instead, there are only general criteria for identifying this norm and imposing restrictions on the will of states and other subjects of international law. The identification of a rule as a peremptory norm seems to hinge primarily on the selection of a

* Corresponding Author: s.mojtahedzadeh@umz.ac.ir

How to Cite: Mojtahedzadeh, S., "Criteria for Identifying Jus Cogens in Contemporary International Law: An Analysis of the International Law Commission's Draft Conclusions (2022)", *The Quarterly Journal of Public Law Research*, Vol. 27, No. 90, (2026), 229-264.

Doi: [10.22054/QJPL.2025.82829.3057](https://doi.org/10.22054/QJPL.2025.82829.3057)

theoretical justification—should it be natural law theory, public order theory, or customary international law? Moreover, the question of methodology persists: Is there a specific and novel methodological approach for identifying peremptory norms? Or does this concern fall within a realm where recognition is based on the relevant values in an intuitive and clear manner?

These questions do not yield easy answers, given the importance and complexity of the topic. It is also challenging to derive a clear and coherent guide from existing state practices in this regard. However, it is evident that the interaction between the two subsidiary sources of international law (i.e., the doctrine and the case law) will be productive, as the ideas and guidelines generated by one can be assessed against the criteria of the other. In this respect, the present study aimed to examine the criteria for identifying peremptory norms of international law (*jus cogens*) by examining the draft approved in 2022 by the International Law Commission (ILC) regarding their identification and legal effects, alongside relevant international case law and doctrines. The central question is whether these criteria need to be substantiated or the inherent significance of a rule is sufficient for it to be deemed peremptory?

2. Literature Review

In Persian-language legal literature, there are several studies about *jus cogens* or peremptory norms. The notable studies include: “The Foundations and Legal Nature of *Jus Cogens* From the Perspective of the International Law Commission” (Golchin & Mousazadeh, 2022) and “The Obligation Not to Render Aid or Assistance in Maintaining a Situation Created by the Breach of a Peremptory Norm of General International Law (Momtaz et al., 2018). Much of the relevant literature examines different aspects of *jus cogens* in international law. What distinguishes the present study from previous research, however, is its focus on the criteria for identifying *jus cogens*. It does

so by drawing on the most recent developments in international law, particularly those reflected in the ILC's 2022 draft conclusions.

3. Materials and Methods

The current research used a descriptive–analytical methodology. The data was collected through library research, including credible online sources.

4. Results and Discussion

According to the research findings, the relevant criteria must be established in each individual case, and that the inherent significance of a rule, by itself, does not confer peremptory status upon it. In fact, any intuitive or impressionistic identification of *jus cogens* is rejected—both by the ILC and the international case law. This is why international courts rely on a broad range of tools and evidence to determine the existence of *jus cogens*, including official statements and legal views of states, diplomatic correspondence, national constitutions, administrative and judicial decisions at both national and international levels, treaty provisions, acts and documents issued by international organizations, and the writings of distinguished international jurists. All these sources are used allegorically rather than exhaustively. It should also be noted that, in the ILC's view, even subsidiary means of identifying *jus cogens*—such as the doctrine of leading jurists—are not diminished in importance due to their subsidiary character. Rather, their value lies in their facilitative role in the identification, or more precisely the “proof,” of the existence of a peremptory rule.

5. Conclusion

The study focused on the ILC's draft and the views expressed in its commentary, as well as the opinions of scholars and international jurists. Although the draft does not entirely dispel the ambiguity

surrounding jus cogens and the methods for identifying such norms in international law, it has significantly reduced these uncertainties by providing both primary and secondary tools for identifying jus cogens. Therefore, the ILC's draft constitutes a forward-looking and constructive document on the criteria for recognizing jus cogens.

Keywords: Jus Cogens, International Law Commission, Identification Criteria, Customary International Law, General Principles of Law.



معیارهای شناسایی قاعده آمره در حقوق بین الملل معاصر با نگاهی بر طرح پیش نویس کمیسیون حقوق بین الملل (مصوب ۲۰۲۲)

استادیار گروه حقوق عمومی دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران
بابلسر، ایران

سپنتا مجتهدزاده *  ID

چکیده

قاعده آمره به عنوان یک ابرهنجار در سلسله مراتب هنجاری حقوق بین الملل، به دلیل پیوند ناگسستنی که با اصول و مفاهیم ناب اخلاقی دارد، همواره در تعریف و تشخیص با نوعی ابهام همراه بوده است. در حقوق کنوانسیون و نیز رویه قضایی، تعریف صریح و روشنی از آن نشده و صرفاً به معیارهای کلی برای شناسایی این قاعده و نیز ایجاد محدودیت‌هایی بر اراده دولت‌ها و دیگر تابعان حقوق بین الملل در این رابطه اشاره شده است. روش به کار گرفته شده در این پژوهش، روش توصیفی-تحلیلی و نحوه جمع‌آوری داده‌ها نیز به روش کتابخانه‌ای، مطالعه اسناد و استفاده از منابع معتبر اینترنتی می‌باشد. در این پژوهش، به شیوه‌ای تحلیلی و با تکیه بر طرح پیشنهادی کمیسیون حقوق بین الملل در زمینه شناسایی و آثار حقوقی قواعد انکارناپذیر حقوق بین الملل عام (قواعد آمره) مصوب سال ۲۰۲۲ و نیز با نگاهی به رویه قضایی بین المللی و دکترین، شناخت بهتر معیارهای تشخیص و شناسایی قواعد آمره حقوق بین الملل بررسی شد. یافته علمی این پژوهش آن است که این معیارها در هر مورد باید اثبات شود و اهمیت یک قاعده به خودی خود، جایگاه آمره به آن قاعده نمی‌بخشد. در واقع هرگونه استنباط و استخراج شهودی قواعد آمره چه از نظر کمیسیون و چه از منظر رویه قضایی بین المللی مردود است.

واژگان کلیدی: قاعده آمره، کمیسیون حقوق بین الملل، معیارهای تشخیص، حقوق بین الملل عرفی، اصول کلی حقوقی.

* نویسنده مسئول: s.mojtahedzadeh@umz.ac.ir

مقدمه

عبارت "قاعده آمره"^۱ یا همان "قواعد انکارناپذیر حقوق بین الملل عام"^۲ از عبارات جذاب و البته مرموز ادبیات حقوق بین الملل معاصر محسوب می شود.^۳ تلاش های فراوانی از سوی حقوق دانان، نویسندگان و قضات بین المللی برای شناخت هر چه بهتر این مفهوم و نیز راه های شناسایی این قواعد صورت پذیرفته اما تاکنون به ارائه فهرستی دقیق از آنها منتج نگردیده است.^۴ در واقع از سال ۱۹۶۹ و با تصویب معاهده وین در زمینه حقوق معاهدات که در آن برای اولین بار به طور رسمی از "قواعد انکارناپذیر حقوق بین الملل عام" سخن رانده شد (ماده ۵۳) تا به امروز، دکترین یا همان نظریات علمای حقوق، در زمینه روش شناسایی قواعد آمره، پیشرفت و توسعه شایانی نداشته است. این ادعا به ویژه با نگاهی به رای دیوان بین المللی دادگستری در قضیه بلژیک علیه سنگال کاملاً تأیید می شود. آنجایی که حقوق دانان بزرگ بین المللی در قامت قضات دیوان برای توجیه آمره بودن قاعده منع شکنجه صرفاً به حقوق بین الملل عرفی در این زمینه و نیز تعدادی از معاهدات که در آن

1. Jus Cogens.

2. Peremptory Norms of General International Law.

۳. این دو اصطلاح در یک معنا مورد استفاده قرار گرفت به نحوی که بتوان این دو را به جای هم به کار گرفت و این دقیقاً همان کاری است که کمیسیون حقوق بین الملل در طرح پیش نویس خود انجام داده و نویسنده این پژوهش نیز از آن تبعیت نموده است. لازم به ذکر است که در کنوانسیون وین ۱۹۶۹ در زمینه حقوق معادات در ماده ۵۳ نیز همین شیوه اتخاذ گردیده است.

۴. در زمینه قواعد آمره تاکنون مقالات زیادی در ادبیات حقوق ایران به رشته تحریر در آمده است از جمله موارد زیر: مقاله سهیل گلچین و رضا موسی زاده با عنوان «مبانی و ماهیت حقوقی قواعد آمره در نگاه کمیسیون حقوق بین الملل»؛ مقاله جمشید ممتاز و سایرین با عنوان «تعهد به عدم مساعدت به حفظ وضعیتی که در نتیجه نقض یک قاعده آمره حقوق بین الملل عام ایجاد شده است» و همچنین مقاله آلکساندر ارکشویلی با عنوان «تأثیر قواعد آمره حقوق بین الملل بر تفسیر و اجرای قطعنامه های شورای امنیت» ترجمه سید قاسم زمانی و تعدادی مقالات و پژوهش های دیگر به زبان فارسی. این آثار آنچنان که از عنوانشان هویدا است هر کدام از بعدی به موضوع قاعده آمره در حقوق بین الملل پرداخته اند اما آن چیزی که این پژوهش را از آنها متمایز می سازد، تأکید آن بر موضوع معیارهای شناخت و تشخیص قاعده آمره با تکیه بر جدیدترین آموزه های حقوق بین الملل که در طرح پیشنهادی کمیسیون حقوق بین الملل مصوب سال ۲۰۲۲ انعکاس یافته می باشد.

شکنجه منع شده است اشاره نموده‌اند بی‌آنکه برای تشخیص خود، معیارها یا ضوابط مشخصی ارائه کنند.^۱

برای رفع این کاستی‌ها و ارائه معیارهای مشخص‌تری در این زمینه، کمیسیون حقوق بین‌الملل نیز دست به کار شد و با تصویب طرحی نسبتاً مفصل در سال ۲۰۲۲، گامی موثر در جهت رفع این ابهامات برداشت. کمیسیون در نشست شصت و هفتم این نهاد در سال ۲۰۱۵ تصمیم به قرار دادن موضوع قاعده آمره در دستور کار خود گرفت و آقای تلادی^۲ از آفریقای جنوبی را به‌عنوان گزارشگر ویژه خود در این مورد برگزید. از آن زمان کمیسیون طی جلسات متعددی گزارش‌های گزارشگر ویژه خود در این باره را مورد بحث و بررسی قرار داده و آخرین نتیجه آن ارائه طرحی ۲۳ ماده‌ای در اجلاس هفتاد و سوم کمیسیون در سال ۲۰۲۲ بوده که نسخه نهایی آن در مجموعه آخرین کارهای کمیسیون در ۱۲ آگوست منتشر شد.^۳

البته پیش از این نیز کمیسیون در طرح‌ها و گزارش‌های خود پیرامون سایر موضوعات حقوق بین‌الملل، بر حسب ضرورت و فراخور بحث به قواعد آمره نیز نیم‌نگاهی داشته است.^۴ اما این برای اولین بار است که دیوان مستقیماً و به‌طور اختصاصی به موضوع قاعده آمره و معیارهای شناسایی آن در حقوق بین‌الملل می‌پردازد که نشان از اهمیت و ضرورت

1. Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment of 20 July 2012, [2012] I.C.J Rep. at 9.

2. Dire Tladi.

3. International Law Commission, Draft Conclusions on Identification and Legal Consequences of Peremptory Norms of General International Law (jus cogens), Yearbook of the International Law Commission, Vol. II, Part Two, (2022), available at: www.un.org/illegal, accessed in July 23, 2025.

۴. برای مثال می‌توان به طرح کمیسیون در خصوص اقدامات یکجانبه دولت‌ها اشاره نمود. کمیسیون در این سند به موضوع تأثیرات قاعده آمره بر اقدامات یکجانبه دولت‌ها می‌پردازد و اینکه دولت‌ها بایستی در هنگام اعمال حق شرط بر معاهدات و یا هرگونه عمل یکجانبه دیگر، تعهدات خود را که ناشی از قواعد آمره است در نظر بگیرند. در غیر این صورت با وضعیت بطلان آن عمل حقوقی روبرو خواهند شد.

برای مطالعه بیشتر بنگرید:

International Law Commission, "Guiding Principles Applicable to Unilateral Declarations of States Capable of Creating Legal Obligations", Yearbook of the International Law Commission, Vol. II, Part Two (2006).

ابهام‌زدایی در این زمینه دارد. به نظر می‌رسد که موضوع شناسایی یک قاعده به‌عنوان قاعده آمره، ابتدا موضوعی مربوط به انتخاب تئوری توجیهی باشد: نظریه حقوق طبیعی، نظریه نظم عمومی و یا حقوق بین‌الملل عرفی. از سوی دیگر مسئله روش شناسی یا همان متدولوژی بر سر جای خود باقیست. بدین معنی که آیا یک رهیافت روش شناختی خاص و نوین برای تشخیص یک قاعده آمره وجود دارد؟ و یا اینکه آیا این موضوع به عرصه‌ای تعلق دارد که در آن تشخیص قواعد آمره بر مبنای ارزشهای مورد نظر، به نحو الهام‌گونه و بدیهی رخ می‌نمایند؟^۱ البته پاسخ به این سوالات با توجه به اهمیت و پیچیدگی موضوع آسان نیست. از رویه دولت‌ها نیز یک راهنمای مشخص و منسجم در این رابطه استخراج نمی‌شود. اما چیزی که روشن است آن است که ارتباط میان دو منبع فرعی حقوق بین‌الملل، دکترین و رویه قضایی در این جایگاه مثمر ثمر خواهد بود. با این توضیح که ایده‌ها و رهنمودهای تولید شده از یکی، در میزان و سنجه دیگری مورد ارزیابی قرار می‌گیرد. باید خاطر نشان ساخت که علمای حقوق در جایی که درصدد به رسمیت شناختن یک قاعده به‌عنوان قاعده آمره هستند، از رویه قضایی برای تقویت مدعای خویش بی‌هیچ ابایی بهره می‌گیرند، اما عکس آن آنچنان صادق نیست؛ یعنی کمتر دیده شده است که دادگاه‌های بین‌المللی برای تشخیص قواعد آمره به دکترین و نظریه علمای حقوق اشاره نمایند، بلکه ترجیح می‌دهند که برای تقویت استدلال خویش به رویه قضایی دادگاه دیگری استناد کنند،^۲ شاید یکی از علل اصلی‌کندی پیشرفت در زمینه روش‌های شناسایی و معیارهای تشخیص قواعد آمره در این سال‌ها همین عدم ارتباط دوسویه و متقابل مابین دکترین و رویه قضایی باشد.

تاکنون روشن‌ترین معیاری که برای تشخیص قاعده آمره به‌دست داده شده همان معیاری است که در ماده فوق‌الاشعار آمده است: «پذیرفته شده و به رسمیت شناخته شده از سوی جامعه بین‌المللی در کل، به مثابه هنجاری که تخطی از آن مجاز نیست». اما همین

1. Matthew Saul, "Identifying Jus Cogens Norms: The Interaction of Scholars and International Judges", Asian Journal of International Law, Vol. 5, No. 1, (2014), p. 27.

2. Ibid.

معیار به اصطلاح روشن، خود با ابهاماتی همراه است از جمله اینکه "جامعه بین‌المللی در کل" یعنی چه؟

اما اینکه چرا دولت‌ها علی‌رغم مبهم بودن این ماده به گنجاندن آن در متن رضایت دادند، پاسخش را می‌توان در ماده ۶۶ همان کنوانسیون (بند الف) جستجو نمود: «هر طرف اختلاف در رابطه با اجرا یا تفسیر مواد ۵۳ یا ۶۴ می‌تواند به موجب یک دادخواست کتبی، دعوی را بمنظور اتخاذ تصمیم در دیوان بین‌المللی دادگستری مطرح نماید مگر آنکه طرف‌های اختلاف با رضایت مشترک توافق نمایند که آن را به داوری ارجاع کنند».

در واقع امکان ارجاع به دیوان در مواقع ابهام و سپردن مسئولیت ابهام‌زدایی به این نهاد قضایی علت اصلی همراهی دولت‌ها در پذیرش متن ماده ۵۳ کنوانسیون وین بوده است. کاملاً روشن است که در زمان تدوین و تصویب کنوانسیون مزبور، ماهیت و قلمرو مفهوم قاعده آمره آنچنان مشخص نبود. کمیسیون حقوق بین‌الملل نیز در گزارش خود از پیش‌نویس ماده ۵۳، اعلام می‌دارد نظر به اینکه محتوای این ماده آنچنان مشخص نیست، پس بهتر آن است که رفع ابهام در این زمینه را به رویه دولت‌ها و نیز رویه قضایی دیوان‌های بین‌المللی بسپاریم.^۲

حال باید دید که آیا در این چند دهه که از تصویب کنوانسیون گذشته است، تغییری پیرامون این موضوع رخ داده است یا خیر؟ در واقع هدف اصلی این پژوهش آن است که با نگاهی به طرح کمیسیون در یابد آیا معیارهای مشخصی برای تشخیص قواعد آمره در حقوق بین‌الملل معاصر موجود است؟ و اگر هست کدامند؟

در ادامه پس از ذکر کلیاتی در باب تعریف، ماهیت و نیز تئوری‌های توجیهی قواعد آمره، به موضوع اصلی این پژوهش یعنی روش‌ها و معیارهای شناسایی پرداخته می‌شود. پیش از شروع بحث ذکر این نکته لازم است که روش به کار گرفته شده در این پژوهش، روش توصیفی-تحلیلی و نحوه جمع‌آوری داده‌ها نیز به روش کتابخانه‌ای، مطالعه اسناد و استفاده از منابع معتبر اینترنتی می‌باشد.

1. International Community as a Whole.

2. Second Report on the Law of Treaties (1963) 2 International Law Commission Yearbook, U.N. Doc. A/CN.4/156 at 53.

۱. تعریف قاعده آمره

شاید بتوان ورود روس/تریشی را اولین حقوقدانی دانست که نظراتش در ظهور و توسعه مفهوم قاعده آمره در حقوق بین‌الملل نقشی برجسته داشته است. وی عقیده داشت در حقوق بین‌الملل، قواعدی با ویژگی آمره وجود دارند که به مثابه «اصول کلی اخلاق»^۱ یا «سیاست عمومی مشترک»^۲ منبث از نظام‌های حقوقی ملل متمدن، در تعهدات قراردادی دولت‌ها ایجاد محدودیت می‌نمایند. برای مثال معاهداتی که یک دولت را از برقراری صلح و ایجاد نظم در قلمروش باز دارد؛ معاهداتی که از یک دولت بخواهد نیروهای نظامی‌اش را کاهش دهد به نحوی که در برابر تهاجم خارجی بی‌دفاع بماند و یا معاهداتی که یک دولت را از حمایت از اتباعش در خارج از مرزها محروم کند، به دلیل تعارض با این اصول و یا به عبارتی قواعد آمره، از درجه اعتبار ساقط است.^۳

همانگونه که می‌دانیم اولین سند مکتوب بین‌المللی که در آن تعریفی از قاعده آمره آورده شده است، کنوانسیون وین ۱۹۶۹ (ماده ۵۳) می‌باشد: «... از نظر این کنوانسیون یک قاعده انکارناپذیر حقوق بین‌الملل عام، قاعده‌ای است که از سوی جامعه بین‌المللی دولت‌ها در کلیت آن، به عنوان قاعده‌ای که تخطی از آن امکانپذیر نیست و تنها با قاعده حقوق بین‌الملل عام دیگری با همان ویژگی قابل تغییر می‌باشد، پذیرفته و به رسمیت شناخته شده است». این دقیقاً همان تعریفی است که کمیسیون حقوق بین‌الملل هم در طرح پیشنهادی خویش در سال ۲۰۲۲ از قواعد آمره ارائه می‌دهد.^۴

آنچه که مسلم است این نکته است که تعریف مشخص و منجزی از قاعده آمره آنچنان که بتوان مصادیق آن را به شکلی مستقیم، صریح و خالی از شک و تردید استنباط نمود وجود ندارد. مقاومت‌هایی که از سوی برخی از کشورها همچون فرانسه و آمریکا در هنگام بحث بر سر تصویب ماده ۵۳ صورت پذیرفت نیز خود ریشه در همین موضوع دارد.

1. General Principles of Morality.

2. A.V., Verdross, "Forbidden Treaties in International Law: Comments on Professor Garner's Report on the Law of Treaties", The American Journal of International Law, Vol. 31, No. 4, (1937), pp. 574-576.

3. International Law Commission, "Draft Conclusions on Identification and Legal Consequences of Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens)", Yearbook of the International Law Commission, Vol. II, Part Two (2022).

در واقع آنها با اینکه مخالف وجود چنین قواعدی نبوده‌اند، اما در عین حال از پذیرش موضوعی مبهم و نامشخص که می‌تواند مبطل معاهدات بین‌المللی باشد، ابا داشتند. از دیدگاه مخالفان، کنوانسیون می‌بایست تعریفی دقیق به همراه فهرستی صریح از قواعد آمره و نیز یک سازمان بین‌المللی مستقل به‌عنوان ناظر پیش‌بینی نماید تا کشورها از این مفهوم سوء استفاده ننموده و از زیر بار تعهدات کنوانسیونی خود شانه خالی ننمایند.^۱

از سوی دیگر موافقان تعریف مندرج در ماده ۵۳ (اغلب کشورهای سوسیالیستی و جهان سوم)، آن را کافی دانسته و این ادعا را داشتند که ماهیت این قواعد به گونه‌ای است که نمی‌توان مصادیق آن را به‌طور کامل مشخص نمود و این مصادیق باید به مرور زمان و با تحولات آینده حقوق بین‌الملل مشخص شوند. در خصوص تأسیس یک سازمان صلاحیت‌دار نیز این عقیده ابراز شد که نباید تحولات اصولی حقوق بین‌الملل را با تحولات نهادی و تأسیساتی آن مخلوط کرد.^۲ بعلاوه اساساً ارائه تعریفی جامع و مانع و نیز ارائه فهرستی دقیق از مصادیق، نه مفید بود و نه ممکن. مفید نبود زیرا که دست دولت‌ها را برای افزودن مصادیق دیگری از قاعده آمره به فهرست که ممکن بود بعدها در روند تحولات حقوق بین‌الملل شکل بگیرد، می‌بست؛ ممکن نبود زیرا آنچنان که کمیسیون حقوق بین‌الملل خود بدان اشاره می‌کند تبیین جزئیات و خصوصیات قواعد آمره بدون وجود رویه کافی دولت‌ها، محاکم و سازمان‌های بین‌المللی میسر نبود؛ از این رو به زمانی موکول شد که رویه قضایی مقتضی شکل گرفته باشد و قواعد آمره جایگاه واقعی خود را در بستر جامعه بین‌المللی پیدا کرده باشد.^۳

اساساً به دلیل ذات نظام بین‌الملل و اصل برابری حاکمیت‌ها و فقدان ساختار متمرکز حاکمیتی و قوای عالی قانونگذاری و قضایی در آن، ناگزیر خیلی از مفاهیم حقوقی ابتدا

1. United Nations Conference on the Law of Treaties, First and Second Session, Vienna, 26 March- 24 May 1968 and 9 April- 22 May 1969, available at: https://treaties.un.org/doc/source/docs/A_CONF.39_11_Add.2-E.pdf.

۲. پرویز ذوالعین، مبنای حقوق بین‌الملل عمومی (تهران: وزارت امور خارجه، ۱۳۸۳) ص ۷۶۰.

3. International Law Commission, "Report of the International Law Commission on the Subsequent Agreements and Subsequent Practice in Relation", A/69/10, No. 10, (2014), Para. 275.

به صورت کلی و مبهم وارد نظام حقوق بین الملل شده و سپس به مرور زمان در آن به تعبیری جا می افتند. از زمان تصویب کنوانسیون وین تاکنون، رویه های ملی و بین المللی متعددی در خصوص قواعد آمره شکل گرفت و هر بار زوایای پنهان این مفهوم حقوقی در ارتباط با نحوه شکل گیری، ماهیت و آثار آنها روشن تر شد. به ویژه کمیسیون حقوق بین الملل در بررسی کارهای مربوط به حوزه های متنوع حقوق بین الملل به آثار این قواعد بر این عرصه ها توجه نموده است. برای نمونه کمیسیون در طرح جنایات بین المللی به طور غیر مستقیم از مفهوم قاعده آمره استفاده نموده است: «یک تخلف بین المللی از نقض یک تعهد بین المللی توسط یک دولت ناشی می شود که آن تعهد آنچنان برای حمایت از منافع بنیادین جامعه بین المللی حیاتی بود که نقض آن به عنوان یک جنایت از سوی جامعه بین المللی در کلیت خود شناسایی شده است.»^۱ در تنظیم ماده ۲۶ طرح کمیسیون در خصوص مسئولیت بین المللی دولت ها نیز این نظر مطرح شد که استناد به هر یک از مواد رافع مسئولیت دولت ها نمی تواند نقض یک قاعده آمره را توجیه کند. در شرح مواد این طرح نیز کمیسیون فهرست غیر حصری از برخی مصادیق قواعد آمره معرفی کرد. مصادیقی همچون ممنوعیت تجاوز، تبعیض نژادی، برده داری، نسل کشی، جرایم علیه بشریت، شکنجه و حق تعیین سرنوشت.^۲ مثال های دیگر از توجه کمیسیون به قواعد آمره در اسناد و کارهای خود، یکی طرح کمیسیون درباره اعمال حق شرط بر معاهدات است که در آن به مسئله مجاز بودن یا نبودن اعمال حق شرط بر قواعد آمره پرداخته شده و دیگری اصول راهنمای ناظر بر اعمال یکجانبه دولت هاست.^۳

1. International Law Commission, Yearbook of the International Law Commission, 1976A/ CN.4/ SER. A/ 1976/ Add.1 (part 2), (1976), p.95.

2. Article 26: "Nothing in this chapter precludes the wrongfulness of any act of a State which is not in conformity with an obligation arising under a peremptory norm of general international law".

3. International Law Commission, "Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries", Yearbook of the International Law Commission, Vol. II, Part Two, (2001), p. 85.

۴. برای مطالعه بیشتر در این زمینه بنگرید به: سهیل گلچین و رضا موسی زاده، «مبانی و ماهیت حقوقی قواعد آمره در

نگاه کمیسیون حقوق بین الملل»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۵۲، شماره ۳، (۱۴۰۱).

۲. ماهیت قواعد آمره

اساسی‌ترین ویژگی ذاتی و ماهیتی قواعد آمره، ارتباطی است که این دسته از قواعد با «ارزش‌های بنیادین جامعه بین‌المللی» دارند. ارزش‌هایی که عمدتاً وجه انسان‌دوستانه دارند و با اقتضائات و استلزامات اخلاق و وجدان عمومی در هماهنگی کامل هستند. بر این ارتباط تنگاتنگ، هم رویه قضایی (چه داخلی^۱ و چه بین‌المللی) و هم دکترین یا همان نظریات علمای حقوق، مهر تایید زده است. برای نمونه ارجاعاتی که در رای مشورتی دیوان در قضیه حق شرط بر کنوانسیون منع و مجازات جنایت نسل‌کشی، به «حقوق اخلاقی»^۲ و «وجدان بشریت»^۳ و ارتباط آنها با مفهوم قاعده آمره شده است، در همین راستا قابل ارزیابی است.^۴ همچنین در رای سال ۲۰۰۷ دیوان در قضیه اجرای کنوانسیون منع و مجازات جنایت نسل‌کشی (دعوای بوسنی هرزگوین علیه صربستان و مونته‌نگرو)، دیوان به قواعد انکارناپذیر حقوق بین‌الملل (قواعد آمره) و نقش آنها در حمایت از «ارزش‌های انسان‌دوستانه اساسی»^۵ اشاره می‌نماید.^۶

در میان دانشمندان و نظریه‌پردازان حقوق نیز این ارتباط مورد تأکید قرار گرفته است. برای مثال به عقیده کلب این ایده که میان قواعد آمره بین‌المللی و ارزش‌های اخلاقی ارتباطی وثیق وجود دارد، یک «نظریه به‌طور مطلق غالب» در حقوق بین‌الملل به حساب می‌آید.^۷ برگرون ارتباط با ارزش‌های اساسی جامعه بین‌المللی را تنها ویژگی تعیین‌کننده

۱. برای دیدن نمونه آرای دادگاه‌های ملی که در آنها به ارتباط میان قواعد آمره بین‌المللی و ارزش‌های اخلاقی اشاره شده است رجوع کنید به:

International Law Commission, Draft Conclusions on Identification and Legal Consequences of Peremptory Norms of General International Law (*Jus Cogens*), with Commentaries, A/77/10 (2022) p. 20.
 2. Moral Law.
 3. Conscience of Mankind.
 4. Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, p. 15, at p. 23.
 5. Essential Humanitarian Values.
 6. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 43, at pp. 110–111, para. 161.
 7. R. Kolb, *Peremptory International Law–Jus Cogens: a General Inventory* (Oxford: Hart Publishing, 2015) at p. 32.

قواعد آمره قلمداد کرده است.^۱ همچنین آلن پله قواعد آمره را قدمی بیشتر برداشتن به سوی قاعده اخلاقی نشأت گرفته از نظم عمومی تلقی نموده است.^۲

کمیسیون نیز در طرح سال ۲۰۲۲ خود در خصوص قواعد آمره، آنها را منعکس کننده و حمایت کننده ارزش‌های بنیادین جامعه بین‌المللی قلمداد می‌نماید (ماده ۲ طرح). کمیسیون همچنین در تفسیریه خود در این زمینه خاطرنشان می‌سازد که به کارگیری واژگان (Reflect) و (Protect) با هدف تاکید بر کارکرد دوگانه ارزش‌های بنیادین جامعه بین‌المللی در ارتباط با قواعد آمره صورت پذیرفته است. با این توضیح که واژه (Reflect) نشانگر آن است که ارزش‌های مورد نظر، مبنایی منطقی برای ویژگی انکارناپذیر بودن قواعد آمره ایجاد نموده و همچنین این قواعد و هنجارها به برخی از ارزش‌ها، ویژگی خاص اعطاء می‌نمایند. واژه (Protect) نیز با هدف حمایت از ارزش‌های بنیادین مورد استفاده قرار گرفته است. در واقع با تبعیت از قاعده آمره، ارزش‌های بنیادین مشترک نیز حمایت شده محسوب خواهند شد.^۳

در انتهای این بخش باید خاطرنشان ساخت که یکی از ویژگی‌های مهم قواعد آمره عدول‌ناپذیری آنهاست که اتفاقاً می‌توان آن را از آثار این دسته از قواعد نیز تلقی نمود. یعنی حتی با توافق دولت‌ها نیز نمی‌توان قواعد آمره را از اعتبار تهی ساخت و از چنان خصوصیتی برخوردارند که آزادی دولت‌ها در انعقاد معاهدات را محدود می‌نمایند و هر نوع قاعده معارضی را باطل می‌سازند.

این دیدگاه که قواعد آمره می‌توانند دیگر قواعد معارض با خود را بی‌اعتبار سازند، نتیجه و اثر منطقی پذیرش سلسله‌مراتبی بودن هنجارها در نظام حقوق بین‌الملل است.^۴ در ماده ۲ طرح کمیسیون نیز این ویژگی به نحوی صریح مورد اشاره قرار گرفته است: «...آنها

1. N. Gagnon-Bergeron, "Breaking the Cycle of Deferment: Jus Cogens in the Practice of International Law", *Utrecht Law Review*, Vol. 15, No. 1, (2019), at p. 64.

2. A. Pellet, "Comments in Response to Christine Chinkin and in Defense of jus Cogens as the Best Bastion against the Excesses of Fragmentation", *Finnish Yearbook of International Law*, Vol. 17, (2006), pp. 83–90, at p. 87.

3. International Law Commission (2022), op. cit., Conclusion 2, Commentary, para. 2.

4. Antonio, Cassese, *Realizing Utopia: the Future of International Law: For an Enhanced Role of Jus Cogens* (Oxford: Oxford University Press, 2012) p.159.

به صورت جهانی قابلیت اجرا داشته و تفوقی سلسله‌مراتبی بر سایر قواعد حقوق بین‌الملل دارند.^۱

در اهمیت عدول‌ناپذیری قواعد آمره بین‌المللی همین بس که حتی شورای امنیت به‌عنوان رکن سیاسی قدرتمند از سازمانی فراگیر، در صدور قطعنامه‌هایش برای حفظ، تحکیم و یا اعاده صلح نمی‌تواند آنان را نادیده بگیرد و معطل نماید. «اشاره کنوانسیون وین ۱۹۶۹ به بی‌اعتباری معاهدات معارض با قواعد آمره و عدم اشاره به سایر منابع، گاه قرینه‌ای بر این امر تلقی شده است که قواعد آمره بین‌المللی در مورد اعمال ارگان‌هایی چون شورای امنیت حاکم نخواهد بود. اما این تردیدها بی‌اعتبار است. زیرا که این امر به صورتی وسیع و مستمر پذیرفته شده است که مفاد قاعده آمره قلمروی فراتر از معاهدات دارد.... مبنای مفهومی این رویکرد به وضوح در آموزه‌های علمی شرح داده شده است: شورای امنیت باید حرمت قواعد آمره را پاس بدارد زیرا بر خلاف قواعد معمول و عادی حقوق بین‌الملل، ارزش‌های ناب مورد حمایت قواعد آمره، قابل تخطی یا اعراض نیستند.»^۲ نکته پایانی اینکه، یکی دیگر از آثار عدول‌ناپذیری قواعد آمره بین‌المللی آن است که هیچ دولتی نباید وضعیت‌های ناشی از نقض این دسته از قواعد را به رسمیت بشناسد. تعهد به عدم شناسایی تصرف سرزمین با استفاده از زور و نیز عدم اعتبار معاهداتی که با نقض حق تعیین سرنوشت خلقها منعقد گردیده است، در این راستا قابل ارزیابی است.^۳

1. International Law Commission (2022), op. cit., Conclusion 2.

۲. برای مطالعه بیشتر در این زمینه رجوع کنید به: آلکساندر ارکشویلی «تأثیر قواعد آمره حقوق بین‌الملل بر تفسیر و اجرای قطعنامه‌های شورای امنیت»، ترجمه سید قاسم زمانی، نشریه پژوهش‌های حقوقی، بهار و تابستان، شماره ۷، (۱۳۸۴)، ص ۶۱.

۳. برای مطالعه بیشتر رجوع کنید: جمشید ممتاز و سایرین، «تعهد به عدم مساعدت به حفظ وضعیتی که در نتیجه نقض یک قاعده آمره حقوق بین‌الملل عام ایجاد شده است»، نشریه پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲۲، شماره ۱، (۱۳۹۷)، صص ۱۳۵-۱۵۳.

۳. تئوری‌های توجیهی (مبانی نظری)

همانگونه که قبلاً اشاره شد، برای توجیه نظری وجود قواعد آمره بین‌المللی، تئوری‌های مختلفی از سوی حقوقدانان ارائه گردیده است: نظریه حقوق طبیعی، نظریه نظم عمومی و نظریه حقوق بین‌الملل عرفی. هر یک از این ۳ نظریه نیز دارای محدودیت‌ها و نقایصی است.

با تکیه بر نظریه توجیهی حقوق طبیعی شاید بتوان قواعد آمره را آن دسته از قواعد بنیادین دانست که ثابت و غیرقابل تغییر بوده و اراده دولت‌ها در ابطال و نسخ و نیز در خلق آن بی‌تأثیر است. اما همینجا مشکلی بروز می‌کند و آن اینکه مکتب حقوق طبیعی بر شناسایی ارزش‌های حقوق طبیعی خاص و ایستا استوار است، حال آنکه تعداد و ماهیت قواعد آمره بین‌المللی به فراخور تحولات و دگرگونی‌های جامعه بین‌المللی در گذر زمان در حال تغییر است.^۱ از سوی دیگر کاربست نظریه حقوق طبیعی در تعیین و شناسایی قواعد آمره، از آنجا که این نظریه بر مبانی ذهنی و نه عینی استوار است،^۲ بیش از حد، رویه قضایی را به سوی ذهنیت‌گرایی سوق می‌دهد و یا اینکه بر مبنای نظریه نظم عمومی که در آن بر وجود ارزش‌های مشترک جامعه بین‌المللی تکیه می‌گردد نیز مشکلی دیگر رخ می‌نماید و آن اینکه چه کسانی این ارزش‌های مشترک را استخراج می‌نمایند؟ و اینکه جامعه بین‌المللی را چگونه باید تعریف کرد؟ از همین‌رو است که شخصی چون *توماشات* که خود از طرفداران نظریه نظم عمومی است برای برحذر ماندن از اشتباه در تعیین ارزش‌های مشترک و اینکه چنین انتخابی در نهایت بر خلاف رضایت دولت‌ها و جامعه

1. Michael Byers, "Conceptualizing the Relationship between Jus Cogens and Erga Omnes Rules", *Nordic Journal of International Law*, Vol. 66, Issue 2-3, (1997), p. 224.

۲. اصولاً یکی از ایرادهای اساسی که از سوی مخالفان (عمدتاً پوزیتیویست) به مکتب حقوق طبیعی وارد می‌شود عدم تطابق واقعیات اجتماعی با مفروضات حقوق طبیعی است. از دیدگاه پوزیتیویست‌ها اعتبار هر قانون و قاعده حقوقی را صرفاً می‌توان بر اساس منبعی که به لحاظ عینی اثبات‌شدنی است، ارزیابی کرد. به عبارت دیگر ما بعد الطبیعه جایی در عرصه علم حقوق ندارد. برای مطالعه بیشتر در این زمینه بنگرید: دل، وکیو، *فلسفه حقوق*، ترجمه جواد واحدی، چاپ اول (تهران: نشر میزان، تهران، ۱۳۸۰).

بین‌المللی نباشد، پیشنهاد می‌دهد که این هنجارها از رهگذر معیار حقوق بین‌الملل عرفی نیز در بوته آزمون قرار گیرند.^۱

شاید بتوان جذاب‌ترین و محبوب‌ترین نظریه توجیهی را همان نظریه اراده‌گرای حقوق بین‌الملل عرفی دانست: قواعد آمره آن دسته قواعدی هستند که از سوی دولت‌ها به‌عنوان قاعده‌ای غیر قابل تخطی در نظر گرفته شده‌اند و در عمل و رویه نیز این تعهد خود را نشان داده‌اند. اما این تئوری هم بدون نقص نیست. از جمله اینکه تکلیف **معترض مصر**^۲ چه می‌شود؟ آیا او می‌تواند از زیر بار تعهد در قبال قاعده آمره عرفی شانه خالی کند؟ بعلاوه بسیاری از قواعد آمره حقوق بین‌الملل فاقد عنصر رویه منسجم از سوی دولت‌ها که برای تشکیل قاعده عرفی لازم است، می‌باشند.^۳ رویه دولت‌ها در زمینه منع شکنجه و تخطی فراوان آنها از این قاعده، خود گواهی روشن بر این مدعاست. از این‌رو نائل شدن به جایگاه قواعد آمره از رهگذر حقوق بین‌الملل عرفی، چیزی فراتر از شیوه‌های سنتی شکل‌گیری قاعده عرفی در حقوق بین‌الملل را طلب می‌کند.

گفتنی است که *ژرژ سل* حقوق عرفی را شامل دو دسته از قواعد دانسته است: قواعدی که تخلف از آن جایز نیست (یعنی قواعد آمره) و قواعدی که با معاهدات لاحق قابل تغییر است.^۴

به هر حال در گزارش کمیسیون حقوق بین‌الملل نیز حقوق بین‌الملل عرفی به‌عنوان مهمترین مبنا برای شناسایی قواعد آمره در نظر گرفته شده است.^۵

1. Christian Tomuschat, "Obligations Arising for States without or against Their Will", (1993-IV) 241 Recueil des Cours 209 at 307.

۲. معترض مصر (Persistent Objector)، کشور است که از همان ابتدای شکل‌گیری قاعده عرفی در مخالفت با آن اصرار ورزیده است.

3. Jure VIDMAR, "Rethinking Jus Cogens after Germany v. Italy: Back to Article 53?", (2013) 60, Netherlands International Law Review, 1 at 17.

۴. به نقل از هدایت الله فلسفی، *حقوق بین‌الملل معاهدات*، چاپ دوم (تهران: فرهنگ نشر نو، ۱۳۸۳) ص ۲۸۱.

5. International Law Commission, op. cit., Part two, Conclusion: 5.

۴. معیارهای تشخیص

در این قسمت ابتدا باید خاطر نشان ساخت که در اصل، تشخیص قاعده آمره از طریق اعمال قواعد ثانویه نظام حقوقی بین‌المللی صورت می‌گیرد (مراد از قواعد ثانویه در اینجا قواعد مربوط به ایجاد و اصلاح قاعده حقوقی در نگاه پوزیتیویستی هربرت هارت می‌باشد که در کتاب معروف خود یعنی «مفهوم قانون» به تفصیل بدان پرداخته است و نه قواعد حقوق مسئولیت بین‌المللی)^۱، قواعد ثانویه در این زمینه نیز همان قواعد و معیارهایی است که در ماده ۵۳ کنوانسیون حقوق معاهدات در زمینه قاعده آمره آورده شده است.^۲ اما با همه این احوال، روش‌های شناسایی و معیارهای تشخیص قواعد آمره از شفافیت آنچنانی در حقوق بین‌الملل معاصر برخوردار نیست بلکه حقوق‌دانان در اغلب اوقات و نه البته همیشه، هنگامی که از این قواعد صحبت می‌کنند، صرفاً به ارائه یک فهرست از آنها همچون حق تعیین سرنوشت، ممنوعیت توسل به زور، منع شکنجه، برده‌داری، ناپدیدشدگی اجباری گسترده و ... می‌پردازند و از آنجایی که این موضوعات از لحاظ اخلاقی از جذابیت فراوانی برخوردار است، کمتر این گونه فهرست‌ها با چالش جدی از سوی سایر حقوق‌دانان روبرو می‌شود. اما بی‌تردید این شیوه کمک شایانی به قضات در روش‌شناسی انتخاب قواعد آمره نخواهد کرد. بالطبع در رویه قضایی نیز اغلب همین شیوه تکرار می‌شود: تعیین قواعد آمره بدون اعلام روش شناسایی این دسته از قواعد.

البته نمونه‌هایی نیز وجود دارد که در آنها به صرف تعیین قواعد آمره بسنده نمی‌شود و تئوری‌های توجیهی آنها نیز توضیح داده می‌شود. برای مثال دادگاه آمریکایی حقوق بشر در یکی از آرای خویش اصل برابری در مقابل قانون و نیز اصل عدم تبعیض را از مصادیق قواعد آمره قلمداد نموده و در توجیه آن اعلام می‌دارد: «تمامی ساختار حقوقی نظم عمومی ملی و بین‌المللی بر این مبنا استوار است و این یک اصل بنیادینی است که در

۱. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به: هربرت هارت، *مفهوم قانون*، ترجمه محمد راسخ (تهران: انتشارات نشر نی، ۱۴۰۲).

2. Katie A. Johnston, "Identification the Jus Cogens Norm in the Jus ad Bellum, International & Comparative Law Quarterly, Vol. 70, No.1, (2021), p. 32.

تمامی نظام‌های حقوقی رسوخ کرده است.^۱ و یا اینکه در رای صادره از سوی کمیسیون آمریکایی حقوق بشر، حق حیات در زمره قاعده آمره قرار گرفت با این توجیه که این قاعده به طور صریح (از طریق معاهدات) و یا ضمنی (از طریق عرف) مورد تصدیق قرار گرفته و هم اینکه این قاعده (حرمت حق حیات) برای حمایت از نفع مشترک و نیز اخلاق عمومی جامعه بین‌المللی امری ضروری محسوب می‌شود.^۲

بی‌تردید زمانیکه آرای محاکم قضایی، چه ملی و چه بین‌المللی، حاوی تئوری‌های توجیهی در زمینه شناسایی قواعد آمره باشد، آنگاه بر مشروعیت آرای صادره و به تبع آن مشروعیت خود نهادهای قضایی خواهد انجامید و این امر راه را برای گردن نهادن دولت محکوم به اجرای تصمیمات دادگاه‌ها هموارتر می‌کند. زیرا در این صورت تصمیم صادره نه صرفاً نظر دادگاه بلکه به مثابه یک ارزیابی عینی مبتنی بر مقتضیات حقوقی خواهد بود. این امر جایگاه دادگاه را به عنوان یک میانجی بی‌طرف در نزد طرفین حفظ و در نتیجه این تصور را در ذهن آنها ایجاد خواهد نمود که رای صادره در روند رسیدگی دقیق و کامل به محتویات پرونده تحت مقررات، قوانین و اصول حقوقی، رأیی اجتناب‌ناپذیر بوده است و جز این نتیجه دیگری قابل تصور نبود.^۳ از این رو به نظر می‌رسد که ایجاد شفافیت در فرایند شناسایی قواعد آمره و ارائه معیارها و سنجه‌های ملموس در این رابطه از سوی قضات و حقوقدانان، امری ضروری و یا حداقل مفید خواهد بود. کمیسیون در طرح سال ۲۰۲۲ از دو معیار کلی برای تشخیص قاعده آمره سخن می‌گوید که البته در این تعریف، قواعد زیر استخراج گردیده است:

«برای شناسایی یک قاعده انکارناپذیر حقوق بین‌الملل عام (قاعده آمره) ضروری است اثبات شود که قاعده مزبور دارای معیارهای ذیل می‌باشد:

الف- قاعده مزبور یک قاعده حقوق بین‌الملل عام باشد.

1. Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion OC-18/03 (17 December 2003) (Decision No) IACHR Series a No 18, para. 101.

2. Inter-American Commission of Human Rights, Tugboat Case, Case 11.436, Report No. 47/96 (1997), para. 79.

3. Mathew Saul, "Identifying Jus Cogens Norms: The Interaction of Scholars and International Judges", Asian Journal of International Law, Vol. 5, No. 1, Available on CJO 2014 doi: 10.1017/S2044251314000058, p.24.

ب- توسط جامعه بین‌المللی دولت‌ها در کل به عنوان قاعده‌ای تخلف‌ناپذیر و قاعده‌ای که صرفاً با یک قاعده دیگر حقوق بین‌الملل عام با همان ویژگی قابل تغییر باشد، پذیرفته و به رسمیت شناخته شود.^۱

استفاده از عبارت «ضروری است که اثبات شود»^۲ در صدر ماده ۴ طرح، به‌زعم خود دیوان نشانگر آن است که وجود این معیارها در هر مورد باید اثبات شود و اهمیت یک قاعده به خودی خود، جایگاه آمره به آن قاعده نمی‌بخشد.^۳ در واقع بدین طریق کمیسیون، استنباط و استخراج شهودی قواعد آمره را مردود اعلام می‌نماید. در ادامه به این دو معیار بیشتر پرداخته و ابعاد آنها روشن‌تر می‌شود.

۱-۴. معیار نخست: تعلق به حقوق بین‌الملل عام

حقوق بین‌الملل عام^۴ در موضوع این پژوهش (یعنی قواعد آمره) در مقابل مفهوم «قاعده خاص» قرار نمی‌گیرد بلکه مراد از مفهوم حقوق بین‌الملل عام، محدوده و تعداد کشورهایی است که به آن عمل می‌کنند. به عبارت روشن‌تر قاعده متعلق به حقوق بین‌الملل عام آن قاعده‌ای است که به‌زعم دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه فلات قاره دریای شمال «دارای الزام برابر برای همه اعضای جامعه بین‌المللی»^۵ باشد.^۶

از این معیار این امر مشخص می‌شود که قاعده آمره هیچگاه از درون یک قرارداد دوجانبه یا عرف خاص، استخراج نمی‌شود بلکه این قاعده حتماً ناشی از یک قاعده عرفی (از نوع عام آن) می‌باشد. شاید یکی از دلایل عدم قطعیت در تعیین قواعد آمره، ناشی از

1. International Law Commission (2022), op. cit., Part 2, Conclusion: 4

“To identify a peremptory norm of general international law (jus cogens), it is necessary to establish that the norm in question meets the following criteria: (a) it is a norm of general international law; and (b) it is accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character”.

2. “It is Necessary to Establish”.

3. Ibid. Commentary, para. 2.

4. General International Law.

5. North Sea Continental Shelf, I.C.J. Reports 1969, p.3, at pp. 38-39, para. 63.

6. International Law Commission, “Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries”, op. cit., p.31.

ماهیت منشأ آن یعنی حقوق بین الملل عرفی باشد. چه همانگونه که می دانیم قواعد عرفی در بعضی از موارد نسبت به قواعد معاهداتی از قطعیت و شفافیت کمتری برخوردار است. البته این بدان معنی نیست که قاعده آمره هیچگاه ریشه معاهداتی نداشته بلکه مراد این است که در این موارد نیز قاعده معاهده‌ای حتماً تبدیل به قاعده عرفی شده و یا تدوین یک قاعده عرفی از پیش موجود بوده است. از همین رو کمیسیون حقوق بین الملل در ماده ۵ طرح پیش نویس خویش، ابتدا از حقوق بین الملل عرفی و سپس از حقوق معاهداتی و اصول کلی حقوقی به عنوان "مبانی"^۱ پیدایش یک قاعده آمره نام می برد. از سوی دیگر تردیدی در این نیست که آشکارترین دلیل وجود یک قاعده حقوق بین الملل عام، وجود قاعده عرفی در همان زمینه می باشد و در نتیجه حقوق بین الملل عرفی می تواند مهمترین منبع برای قواعد آمره تلقی گردد. این چیزی است که رویه بین المللی دولت ها نیز آن را تصدیق و تایید نموده است. برای مثال دیوان عالی آرژانتین، ظهور قاعده آمره در خصوص جرایم جنگی و جرایم علیه بشریت را ناشی از وجود قواعد حقوق بین الملل عرفی در این زمینه دانسته است.^۲ دادگاه قانون اساسی پرو قواعد حقوق بین الملل عرفی را منشا شکل گیری قواعد آمره بین المللی قلمداد می نماید.^۳ همچنین دیوان عالی فیلیپین، قواعد آمره بین المللی را دارای بالاترین جایگاه در سلسله مراتب میان اصول و هنجارهای حقوق بین الملل عرفی در نظر گرفته است.^۴ دیوان عالی کانادا نیز در پرونده ای قواعد آمره را عالی ترین شکل حقوق بین الملل عرفی معرفی می نماید.^۵

1. Bases.

2. Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros, Case No. 259, Judgment of 24 August 2004, Supreme Court of Argentina, para. 28.

3. 25% del número legal de Congresistas contra el Decreto Legislativo N° 1097, EXP. No. 0024-2010- PI/TC, Judgment of the Jurisdictional Plenary of 21 March 2011, Constitutional Tribunal of Peru, para. 53.

4. Bayan Muna as Represented by Representative Satur Ocampo et al., v. Alberto Romulo, in His Capacity as Executive Secretary et al., (Case G.R. No. 159618, Judgment of 1 February 2011), para. 92.

5. Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran, File No. 35034, Appeal Decision of 10 October 2014, Supreme Court of Canada, 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176, at p. 249, para. 151.

دیوان بین‌المللی دادگستری نیز رویه‌ای مشابه با دادگاه‌های ملی در این زمینه دارد. در قضیه مسائل مربوط به تعهد به محاکمه یا استرداد، دیوان؛ قاعده منع شکنجه و همچنین بسیاری از اصول حقوق بشر دوستانه بین‌المللی را قواعد تخلف‌ناپذیر (آمره) با مبنایی عرفی در نظر می‌گیرد.^۱ همچنین این رویه در دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق قابل مشاهده است. برای مثال در قضیه فروندزیجا، دیوان از قواعد آمره به‌عنوان هنجارهایی یاد می‌کند که از مرتبه‌ای بالاتر از قواعد معاهداتی و یا قواعد معمولی عرفی برخوردارند.^۲ بنابراین آن چیزی که مشخص است نقش و تاثیر غالب و مسلطی است که عرف بین‌المللی در شکل‌گیری و ظهور قواعد آمره بین‌المللی ایفاء می‌نماید، اما این بدان مفهوم نیست که دیگر منابع حقوق بین‌الملل مندرج در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری - یعنی معاهده و اصول کلی حقوقی - در این رابطه بی‌نقش و بی‌اثرند. کمااینکه کمیسیون در طرح پیشنهادی خود به این منابع اشاره نموده و آنها را به‌عنوان مبنای قواعد آمره در نظر گرفته است منتها از لفظ «ممکن است همچنین»^۳ استفاده نموده (بند دوم از ماده ۵ طرح) یعنی گویا ذهنیت نویسندگان طرح آن بوده که در مواردی «ممکن است» مقررات معاهده و اصول کلی حقوقی، مبنای قواعد آمره باشند (تاکید از نگارنده) اما نقش این منابع در مقایسه با حقوق بین‌الملل عرفی، کمرنگ‌تر است.

در این زمینه نکته بسیار مهم در خصوص معاهدات آن است که در طرح پیشنهادی از عبارت «مقررات معاهده»^۴ به‌جای لفظ خالی «معاهده» استفاده شده که حاکی از آن است که آنچه در اینجا موضوعیت دارد یک یا چند مقررره از یک معاهده است و نه لزوماً خود معاهده، زیرا در اغلب موارد معاهدات، بخشی از «حقوق بین‌الملل عام» نیستند. در نتیجه معمولاً دارای قلمرو اجرایی با نیروی الزام‌آوری برابر برای همه اعضای جامعه بین‌المللی نمی‌باشند. از همین‌رو حقوقدان شهری چون تونکین، قواعد کنوانسیون و نه خود

1. Questions Relating to Obligation to Prosecute or Extradite, (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J., Report 2012, p. 457, para. 99.

2. *Prosecutor v. Anto Furundzija*, Case No. IT-95-17/1-T, Judgment of 10 December 1998, Trial Chamber, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Judicial Reports 1998, Vol. 1, at p. 569, para. 153.

3. May Also.

4. Treaty Provisions.

کنوانسیون را مبنایی برای قواعد آمره بین‌المللی در نظر می‌گیرند (تاکید از نگارنده)؛ زیرا که در مواقع بسیار، برخی از قواعد کنوانسیونی می‌توانند بخشی از «حقوق بین‌الملل عام» در نظر گرفته شوند.

نکته شایان ذکر در اینجا آن است که همچنانکه گروه مطالعاتی کمیسیون حقوق بین‌الملل در زمینه "تکه‌تکه شدن حقوق بین‌الملل"^۱ بدان اشاره کرده است، تعریف پذیرفته شده یکسانی از حقوق بین‌الملل عام وجود ندارد.^۲ به‌زعم کمیسیون، از عبارت "حقوق بین‌الملل عام" در موقعیت‌های مختلف، معانی متفاوتی مستفاد می‌گردد. به‌عنوان نمونه گاه این عبارت در مقابل مفهوم "قاعده خاص"^۳ قرار می‌گیرد. این در حالیست که چنین معنایی (یعنی قاعده عام)^۴ در زمینه قواعد آمره حقوق بین‌الملل بی‌معنا و بی‌کاربرد است. به‌زعم کمیسیون، عبارت حقوق بین‌الملل عام در این مورد به مسأله "قابلیت اعمال"^۵ قواعد مذکور اشاره دارد. یعنی آنچنان که دیوان بین‌المللی دادگستری بدان اشاره کرده است، قواعد حقوق بین‌الملل عام آن دسته از قواعد حقوقی هستند که «الزامی برابر برای همه اعضای جامعه بین‌المللی»^۶ ایجاد می‌کنند (آنچنان که قبلاً اشاره نمودیم، عرف عام بارزترین نوع این قواعد است).

در خصوص اصول کلی حقوقی نیز هر چند سابقه فراوانی در نظر و رویه، دال بر امکان مبنا قرار گرفتن آنها برای شکل‌گیری قواعد آمره در دست نیست، اما می‌توان به موارد معدودی اشاره نمود که در رویه قضایی بین‌المللی بدان اشاره شده است. برای مثال دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق، منع ژنوساید را قاعده‌ای آمره و اصولی که بر مبنای آنها چنین ممنوعیتی شکل گرفته را اصول به رسمیت شناخته شده نزد ملل متمدن

1. Fragmentation of International Law.

2. Report of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law (A/CN.4/L.702), 13 April 2006, para. 14 (10), note 11.

3. Lex Specialis.

4. Lex Generalis.

5. Applicability.

6. North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at pp. 38–39, para. 63.

معرفی می‌نماید^۱ و یا اینکه دادگاه آمریکایی حقوق بشر، حق برابری میان افراد را یک قاعده آمره ناشی از جایگاه این حق به عنوان یک اصل کلی حقوقی در نظر می‌گیرد.^۲ به زعم کمیسیون، اصول کلی حقوقی، بخشی از حقوق بین‌الملل عام می‌باشند زیرا که دارای قلمروی اجرایی عام برای همه اعضای جامعه بین‌المللی با قدرت الزام‌آوری یکسان و برابر هستند. در واقع حقوق بین‌الملل عرفی به همراه اصول کلی حقوقی، حقوق بین‌الملل عام را تشکیل می‌دهند.^۳

۲-۴. معیار دوم: پذیرش و شناسایی

بر طبق این معیار که مورد پذیرش کمیسیون نیز واقع شده است (بند ب از ماده ۴ و نیز ماده ۶ طرح) جامعه بین‌المللی دولت‌ها در کلیت آن، بایستی قاعده مزبور را به عنوان یک قاعده تخلف‌ناپذیر که صرفاً با قاعده‌ای با همان ویژگی قابل تغییر و اصلاح است، بپذیرد و به رسمیت بشناسد. این سند به روشنی اعلام می‌کند که قواعد آمره تبلور ارزش‌های جامعه بین‌المللی و حافظ آن است. این بیان به نوعی در ماده ۵۳ عهدنامه وین هم مورد توجه قرار گرفته که در آنجا گفته شده بود قواعد آمره مورد توافق جامعه بین‌المللی در کلیت آن است. اما تصریح پیش‌نویس حاضر به ارزش‌های جامعه جهانی، می‌تواند از این حیث قابل تأمل باشد که نسبت به سال ۱۹۶۹ و زمان التزام به عهدنامه وین، احتمالاً جامعه بین‌المللی انسجام و وحدت بیشتری پیدا کرده و بیشتر به معنای دقیق «جامعه» در مفهوم کلتی هماهنگ با ارزش‌ها، دغدغه‌ها و منافع مشترک نزدیک شده است.

به زعم کمیسیون، استفاده از دو واژه «Accepted» و «Recognized» در متن طرح پیشنهادی که اولی عمدتاً به پذیرش قواعد عرفی و دومی به پذیرش قواعد معاهداتی و

1. Prosecutor v. Jelusic, Case No. IT-95-10-T, Judgment of 14 December 1999, Trial Chamber, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Judicial Reports 1999, pp. 431-433.

2. *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants*, Advisory Opinion OC-18/03 of 17 September 2003, Requested by the United Mexican States, Inter-American Court of Human Rights, Series A, No. 18, p. 99, para. 101.

3. International Law Commission, Draft Conclusions on Identification and Legal Consequences of Peremptory Norms of General International Law (*Jus Cogens*), with Commentaries, 2022, A/77/10, p.35.

اصول کلی حقوقی اشاره دارد، می‌تواند بیانگر این نکته باشد که هر سه دسته حقوق عرفی، حقوق معاهداتی و اصول کلی حقوقی می‌توانند مبنایی برای شکل‌گیری قواعد آمره بین‌المللی باشند.^۱

در زمان تدوین عهدنامه وین ۱۹۶۹، پروفیسور یاسین در توضیح معیار مزبور به این نکته اشاره می‌کند که مفهوم «جامعه بین‌المللی در کل» بدان معنا نیست که تک‌تک کشورها باید آن قاعده آمره را بپذیرند، بلکه منظور اکثریتی عمده است که نمایانگر کلیت یا بخش‌های اساسی این جامعه باشد.^۲ دقیقاً همین معیارهای کمی و کیفی (اکثریت بسیار زیاد و نمایندگی از سوی کلیت جامعه بین‌المللی)^۳ در متن طرح کمیسیون (۲۰۲۲) آورده شده است (بند ۲ از ماده ۷).^۴

نکته‌ای که در اینجا باید بدان اشاره شود این است که برای احراز معیار کیفی شناسایی (یعنی نمایندگی از سوی کلیت یا بخش‌های اساسی جامعه بین‌المللی)، بایستی این پذیرش در مناطق جغرافیایی و نظام‌های حقوقی مختلف و نیز فرهنگ‌های گوناگون دیده شود.^۵ به‌زعم کمیسیون «تخلف‌ناپذیری» و «قابلیت تغییر با قاعده هم‌سنگ»، معیارهای جداگانه‌ای برای تشخیص قاعده آمره به حساب نمی‌آیند. بلکه این دو خود از عناصر مولفه معیار «پذیرش و شناسایی» می‌باشند. در واقع دو عنصر در یک معیار.^۶

کمیسیون به همین مقدار بسنده نمی‌کند و در ادامه ادله و نشانه‌های عملی برای پذیرش یک قاعده آمره را البته به صورت تمثیلی و نه احصایی بر می‌شمرد: بیانیه‌های عمومی از سوی دولت‌ها، اعلامیه‌های رسمی، نظرات حقوقی دولت‌ها، مکاتبات دیپلماتیک، اقدامات

1. Ibid.

2. United Nations Conference on Law of Treaties (UNCLT), 1969, p.472, available at: https://treaties.un.org/doc/source/docs/A_CONF.39_11_Add.2-E.pdf.

3. Very Large and Representative Majority.

4. "Conclusion 7:

International Community of States as a Whole

1. (...)

2. Acceptance and Recognition by a Very Large and Representative Majority of States is Required for the Identification of a Norm as a Peremptory".

5. International Law commission, Draft Conclusions on Identification and Legal Consequences of Peremptory Norms of General International Law (*Jus Cogens*), with Commentaries, 2022, A/77/10, p.40

6. Ibid., p.29.

اجرائی و قانونگذاری، تصمیمات دادگاه‌های ملی، قوانین اساسی، مقررات معاهده‌ای؛ تصمیمات اتخاذی از سوی یک سازمان بین‌المللی دولتی و یا یک کنفرانس بین‌الدولی و دیگر رفتارهای دولت‌ها (بند ۲ ماده ۸ طرح).^۱

ادله شناسایی یک قاعده آمره، طیف وسیعی از موارد را شامل می‌شود و آنچنان که کمیسیون در تفسیریه خود از طرح پیش‌نویس بدان اشاره می‌کند، «هر چیزی که بازتاب‌دهنده و بیانگر دیدگاه دولت‌ها باشد»^۲ را در بر می‌گیرد.^۳ از همین رو معاهدات بین‌المللی و نیز قطعنامه‌های صادره از سوی سازمان‌های بین‌المللی در این زمینه مفید فایده خواهند بود.^۴ در این میان نقش سازمان ملل متحد بسیار حائز اهمیت است. از آنجا که امروزه تا حدود زیادی سازمان ملل متحد به‌ویژه مجمع عمومی، تجلی بارز اراده دولت‌ها و جامعه بین‌المللی در کل است، بر همین اساس شاید بتوان قطعنامه‌های صادره از این نهاد را بهترین نشانه برای شناسایی قواعد آمره قلمداد نمود. به‌عنوان مثال قواعدی همچون ممنوعیت شکنجه، منع تجاوز سرزمینی و حق تعیین سرنوشت از جمله قواعد آمره‌ای هستند که مجمع عمومی در تقویت آنها نقش غیرقابل انکاری ایفاء نموده است. البته باید توجه داشت آنچه که در اینجا مطرح نظر است قطعنامه به‌عنوان بیانگر اراده دولت‌هاست و نه صرفاً سندی صادره از سوی رکنی از ارکان یک سازمان بین‌المللی. چه همانگونه که قبلاً نیز بدان اشاره شد، آنچه که در شناسایی قواعد آمره اهمیت دارد، اراده دولت‌هاست و نه

1. Conclusion 8: Evidence of Acceptance and Recognition

1. (...)

2. Forms of evidence include but not limited to: public statements made on behalf of states, official publications, government legal opinions, diplomatic correspondence, constitutional provisions, legislative and administrative acts, decisions of national courts, treaty provisions, resolutions adopted by an international organization, or at an intergovernmental conference, and other conduct of states.

2. Any Materials Capable of Expressing or Reflecting the Views of States.

3. International Law Commission, Draft Conclusions on Identification and Legal Consequences of Peremptory Norms of General International Law (*Jus Cogens*), with Commentaries, A/77/10, (2022), p.41.

۴. البته در این موارد، توجه به نکاتی همچون اعلامیه‌هایی که در زمان رای‌گیری (برای تصویب معاهدات یا قطعنامه‌ها)، میزان آرای مثبت و منفی، میزان غایبین، تعداد اسناد تصویب و اوضاع و احوال و شرایط زمان انعقاد یک معاهده ضروری است.

دیگر موجودیت‌های بین‌المللی هر چند که اینان نیز می‌توانند به تقویت و استحکام قاعده آمره بین‌المللی کمک نمایند.

دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه "تعهد به محاکمه یا استرداد"^۱، برای اعلام آمره بودن قاعده منع شکنجه، به کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو و میثاق حقوق مدنی و سیاسی و همچنین قطعنامه مجمع عمومی به شماره ۳۴۵۲/۳۰ مصوب سال ۱۹۷۵ در زمینه حمایت از افراد در برابر شکنجه و سایر اعمال ظالمانه، غیر انسانی و تحقیرکننده اشاره می‌نماید. همچنین دیوان در رأی مشورتی سال ۱۹۷۱ خود^۲، برای اعلام حق بر تعیین سرنوشت ملت‌ها به‌عنوان یک قاعده آمره بین‌المللی، به قطعنامه‌های شورای امنیت و مجمع عمومی در این زمینه، در کنار کنوانسیون‌های حاوی حق تعیین سرنوشت اشاره می‌نماید. در پرونده‌های «دلایچ» و نیز «فروندزیجا» در دیوان بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق^۳، همین رویکرد به منظور شناسایی قاعده آمره در خصوص منع شکنجه تکرار شد.

آرای دادگاه‌های ملی و همچنین مقررات مندرج در قوانین اساسی کشورها نیز می‌تواند در کنار سایر دلایل و شواهد، دلیلی خوب برای وجود یک قاعده آمره بین‌المللی باشد. کمیسیون همچنین از رویه قضایی دادگاه‌های بین‌المللی به‌ویژه دیوان بین‌المللی دادگستری به‌عنوان یک "ابزار فرعی"^۴ برای شناسایی یک قاعده آمره بین‌المللی یاد می‌کند که نشانگر اهمیت آرای دیوان در این زمینه است. همچنین مؤسسات تخصصی بر ساخته دولت‌ها یا سازمان‌های بین‌المللی و همچنین آموزه‌های علمی نویسندگان معتبر هر کشور نیز در این زمینه به‌زعم کمیسیون، یک ابزار فرعی به حساب می‌آیند (ماده ۹).^۵

1. Questions Relating to Obligation to Prosecute or Extradite, (Belgium v. Senegal), judgment, I.C.J., Report 2012, p.457, para.99.

2. Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa), notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports, 1971, p.16.

3. Prosecutor v. delalic, et al., Case No. IT-96-21-T, Judgment of 16 November 1998, Trial Chamber, ICTY, para. 45 4; Prosecutor v. Anto furundzija (Case No. IT-95-17/1-T, Judgment of 10 December 1998, Trial Chamber, Judicial Reports 1998, Vol. 1, p. 563, at p. 144.

4. Subsidiary Means.

5. "Conclusion 9: Subsidiary Means for the Determination of the Peremptory Character of Norms of General International Law:

البته متصف به وصف فرعی بودن، نباید شائبه کم‌اهمیتی این ابزارها را ایجاد نماید بلکه صرفاً به این معناست که این ابزارها به تنهایی نمی‌توانند به یک قاعده حقوق بین‌الملل، وصف آمرگی ببخشند اما می‌توانند روند شناسایی یک قاعده آمره را برای ما آسانتر سازند. از جمله آرای که بارها از سوی مراجع قضایی بین‌المللی به منظور شناسایی منع شکنجه به عنوان یک قاعده آمره بدان استناد شده است همین رای دیوان کیفری برای یوگسلاوی سابق در قضیه "فروندزیجا" است که در بالا بدان اشاره شد. دادگاه اروپایی حقوق بشر در قضیه الادسانی^۱ و دادگاه آمریکایی حقوق بشر در قضیه گارسیا لوکرو^۲ از جمله این موارد هستند.

در متن ماده ۹ طرح (بند اول) از دیوان بین‌المللی دادگستری به طور خاص نام می‌برد که حاکی از اهمیت این نهاد قضایی بین‌المللی است و این اهمیت به گفته خود کمیسیون دلایل واضحی دارد. از جمله اینکه دیوان رکن قضایی سازمان ملل متحد است و اعضای آن توسط مقتدرترین ارکان سازمان (یعنی شورای امنیت و مجمع عمومی) انتخاب می‌شوند. همچنین دیوان تنها مرجع قضایی بین‌المللی با صلاحیت عام محسوب می‌شود.^۳ لذا طبیعی است که شناسایی یک قاعده به عنوان قاعده آمره از سوی دیوان، نقش کلیدی در تثبیت آن در سپهر حقوق بین‌الملل دارد. کیست که بتواند نقش رای دیوان در قضیه

1. Decisions of International Courts and Tribunals, in Particular of the International Court of Justice, Are a Subsidiary Means for Determining the Peremptory Character of Norms of General International Law, Regard May also be Had, as Appropriate, to Decisions of National Courts.

2. The Works of Expert Bodies Established by States or International Organizations and the Teachings of the Most Highly Qualified Publicists of the Various Nations May also Serve as Subsidiary Means for Determining the Peremptory Character of Norms of General International Law".

1. Al-Adsani v. the United Kingdom, Application No. 35763/97, Judgment of 21 November 2001, Grand Chamber, European Court of Human Rights, Reports of Judgments and Decisions 2001-XI, para.30.

2. García Lucero, et al., v. Chile, Judgment 28 August 2013, Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 267, paras.123-124.

3. International Law Commission, (2022), op. cit., p.45.

تعهد دولت‌ها به محاکمه یا استرداد^۱ در آمره اعلام نمودن قاعده منع شکنجه را انکار نماید؟

همانطور که پیشتر اشاره شد، ابزار فرعی دیگری که کمیسیون از آن نام می‌برد، آموزه‌های برجسته‌ترین حقوق‌دانان و نویسندگان است. اما باید توجه داشت که وزن و اعتبار این ابزار فرعی ارتباط مستقیمی با نحوه استدلال و احتجاج آن نویسنده دارد و همینطور اینکه بتواند یافته‌های خود را با ابزارهای دیگر همچون رویه دولت‌ها و رویه دادگاه‌ها و سازمان‌های بین‌المللی تقویت نماید^۲ و گرنه بسیار دیده شده است که آنها صرفاً به "حقوق مطلوب"^۳ اشاره می‌نمایند و نه "حقوق موجود"^۴. اما در انتهای این پژوهش، نکته بسیار مهم در بحث "پذیرش و شناسایی" آن است که این معیار در موضوع قاعده آمره بین‌المللی، از لحاظ کیفی بسیار متفاوت از آن چیزی است که مثلاً در مورد پذیرش یک قاعده عرفی معمولی یا شناسایی یک اصل کلی حقوقی مطرح می‌شود. در واقع در اینجا این پرسش مطرح می‌شود که آیا جامعه بین‌المللی دولت‌ها در کلیت آن، یک قاعده را به مثابه قاعده‌ای آمره که امکان تخطی از آن به هیچ عنوان وجود ندارد و تنها با قاعده‌ای با همان ویژگی قابل اصلاح و تغییر است، به رسمیت می‌شناسد؟ یعنی در واقع در اینجا پای یک "معیار اضافی - کیفی" در میان است؛ معیاری که بتواند یک قاعده حقوق بین‌الملل عام را به یک قاعده آمره حقوق بین‌الملل عام برکشد.

از سوی دیگر، آنچنان که دیدیم و در متن طرح کمیسیون و همینطور ماده ۵۳ کنوانسیون وین نیز به صراحت به آن اشاره شد، موضع دولت‌ها (جامعه بین‌المللی دولت‌ها در کل) و نه دیگر بازیگران بین‌المللی در مسئله پذیرش یک قاعده آمره موضوعیت دارد. البته در مذاکرات اولیه مربوط به نگارش طرح، کشورهایی همچون کانادا حامی گسترش دایره موجودیت‌های صاحب صلاحیت برای پذیرش و شناسایی قاعده آمره بوده‌اند و درخواست نمودند عبارت "سازمان‌های بین‌المللی و سازمان‌های غیردولتی" نیز به متن اضافه شود، اما

1. Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), op. cit.

2. International Law Commission (2022), op. cit., p. 47.

3. Lex Ferenda.

4. Lex Lata.

کمیسیون ترجیح داد که در وضعیت کنونی حقوق بین‌الملل این کار را نکند و به همان "جامعه بین‌المللی دولت‌ها" بسنده نماید.^۱ نهایتاً اینکه هرچند موضع‌گیری دیگر بازیگران می‌تواند به ما در فرایند احراز و ارزیابی تحقق معیار پذیرش کمک کند، اما به تنهایی از ارزش استنادی برخوردار نیست. برای مثال مصوبات و رویه سازمان‌های بین‌المللی می‌تواند در احراز موضع و رویه دولت‌ها در خصوص یک قاعده حقوق بین‌الملل کارگشا باشد و یا اینکه اعمال و رفتارهای یک نهاد غیردولتی می‌تواند در فرایند ارزیابی رویه دولت به کار گرفته شود. این نکته از بند سوم ماده ۷ طرح کمیسیون قابل درک است.^۲

نتیجه‌گیری

قواعد آمره بین‌المللی، به مثابه هنجارهای برتر در سلسله‌مراتب هنجاری حقوق بین‌الملل، ضامن بقای این نظام حقوقی و عدم انحراف آن از بنیان‌های عمدتاً اخلاقی هستند. شناخت هر چه بهتر و بیشتر این قواعد و نیز به‌روزرسانی و همگام‌سازی آنها با تحولات فزاینده روابط بین‌المللی و در نتیجه هماهنگ‌سازی آنها با نیازهای جدید جامعه بین‌المللی، ضامن بقاء و پویایی و عدم از هم‌پاشیدگی ساختار حقوق بین‌الملل است. در این راستا همکاری و تعامل میان قضات محاکم بین‌المللی و نیز حقوقدانان و صاحب‌نظران (تعامل میان رویه قضایی و دکترین) و نیز تلاش‌های نهادهای بین‌المللی دارای صلاحیت برای تدوین و توسعه حقوق بین‌الملل همچون کمیسیون حقوق بین‌الملل، در فهم و شناخت هر چه بهتر این هنجارهای بالادستی، نقش شایانی بازی می‌نماید. طرح کمیسیون که در این پژوهش به فراخور موضوعات مطروحه بدان پرداخته شد، تلاشی ستودنی از سوی یک نهاد علمی بین‌المللی محسوب می‌شود که به‌زعم نگارنده تا حدود زیادی توانسته است پرده‌های ابهام را از این مفهوم مرموز حقوق بین‌الملل کنار بزند هر چند که نمی‌توان مدعی شد این پایان کار است. خصوصاً آنکه موضوع قاعده آمره در حقوق بین‌الملل، امری صرفاً حقوقی نبوده بلکه ملاحظات سیاسی فراوانی از سوی دولت‌ها در این‌باره وجود دارد که کار را سخت‌تر نیز

1. See Canada Statement, United Nation General Assembly, Official Records, A/C.6/71/SR.27, Seventy-first session, 5 December 2016, para.9.

2. Ibid. p.38.

می‌کند. از این‌رو انتظار سرعت عمل در این مورد، انتظاری مهمل است. به نظر می‌رسد پذیرش روندی آهسته (و البته پیوسته) در شناسایی و تبیین این دسته از قواعد، امری اجتناب‌ناپذیر و با توجه به شرایط حقوق بین‌الملل موجود، انتظاری معقول باشد. در نهایت می‌توان حداقل این نتیجه‌گیری را نمود که ادبیات به‌کارگرفته شده در این طرح از سوی کمیسیون حقوق بین‌الملل ما را به این نکته رهنمون می‌سازد که معیارهای شناسایی قواعد آمره، معیارهای شهودی نیست. یعنی اینکه اهمیت یک قاعده و جایگاه آن در پهنه اخلاقی جامعه بین‌المللی، به خودی خود و به تنهایی نمی‌تواند به یک قاعده حقوق بین‌الملل (هر چند مهم)، ویژگی آمره ببخشد بلکه بایستی در هر مورد، وجود این دست قواعد به اثبات برسد.

از همین‌رو است که دیوان به طیف وسیعی از ابزارها و دلایل برای شناسایی قواعد آمره همچون بیانیه‌های رسمی دولت‌ها، دیدگاه‌های حقوقی دولت‌ها، مکاتبات دیپلماتیک، قوانین اساسی کشورها، مصوبات قانونی و اداری، رویه دادگاه‌های ملی و بین‌المللی، مقررات معاهداتی، اعمال و اسناد صادره از سوی سازمان‌های بین‌المللی، آموزه‌های حقوقدانان برجسته بین‌المللی و...، آنهم با بیانی تمثیلی و نه حصری اشاره می‌نماید. نکته‌ای که باید بدان توجه داشت این است که در نگاه کمیسیون، حتی ابزارهای فرعی شناسایی قواعد آمره همچون آموزه‌های حقوقدانان برجسته (دکترین) به دلیل فرعی بودنشان، از اهمیت کمتری برخوردار نیستند بلکه به دلیل نقش تسهیل‌کننده در شناسایی قاعده آمره و به عبارت دیگر نقشی که در «اثبات» این دست قواعد دارند، از اهمیت شایانی برخوردار می‌باشند.

تعارض منافع

تعارض منافع وجود ندارد.

ORCID

Sepanta Mojtabedzadeh



<https://orcid.org/0000-0002-1444-6826>

منابع

کتاب‌ها

- ذوالعین، پرویز، *مبانی حقوق بین‌الملل عمومی* (تهران: انتشارات وزارت امور خارجه، ۱۳۸۳).
- فلسفی، هدایت‌الله، *حقوق بین‌الملل معاهدات*، چاپ دوم (تهران: فرهنگ نشر نو، ۱۳۸۳).
- وکیو، دل، *فلسفه حقوق*، ترجمه جواد واحدی، چاپ اول (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۰).

مقاله‌ها

- ارکشویلی، آکساندر، «تأثیر قواعد آمره حقوق بین‌الملل بر تفسیر و اجرای قطعنامه‌های شورای امنیت»، ترجمه سید قاسم زمانی، نشریه پژوهش‌های حقوقی، شماره ۷، (۱۳۸۴).
- گلچین، سهیل و موسی‌زاده، رضا، «مبانی و ماهیت حقوقی قواعد آمره در نگاه کمیسیون حقوق بین‌الملل»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۵۲، شماره ۳، (۱۴۰۱).
- ممتاز، جمشید و سایرین، «تعهد به عدم مساعدت به حفظ وضعیتی که در نتیجه نقض یک قاعده آمره حقوق بین‌الملل عام ایجاد شده است»، نشریه پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲۲، شماره ۱، (۱۳۹۷).

References

Books

- Cassese, Antonio *Realizing Utopia: The Future of International Law: For an Enhanced Role of Jus Cogens* (Oxford: Oxford University Press, 2012).
- Kolb, R., *Peremptory International Law—Jus Cogens: A General Inventory* (Oxford: Hart Publishing, 2015)

Articles

- Gagnon-Bergeron, N., “Breaking the Cycle of Deferment: Jus Cogens in the Practice of International Law”, *Utrecht Law Review*, Vol. 15, No. 1, (2019).
- Johnston, Katie A., “Identification the Jus Cogens Norm in the Jus ad Bellum”, *Cambridge University Press, International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 70, No. 1, (2021).

- Jure VIDMAR, "Rethinking Jus Cogens after Germany v. Italy: Back to Article 53", *Netherlands International Law Review*, Cambridge University Press , Vol. 60, No. 1, (2013).
- Pellet, A, "Comments in Response to Christine Chinkin and in Defense of Jus Cogens as the Best Bastion against the Excesses of Fragmentation", *Finnish Yearbook of International Law*, Vol. 17, (2006).
- Saul, Matthew, "Identifying Jus Cogens Norms: The Interaction of Scholars and International Judges", *Asian Journal of International Law*, Vol. 5, Issue 1, (2015).
- Tomuschat, Christian, "Obligations Arising for States Without or Against Their Will", (1993-IV) 241 *Recueil des Cours* 209 at 307, available at: www.referenceworks.brill.com, (accessed in June 5, 2025)
- Verdross, A.V., "Forbidden Treaties in International Law: Comments on Professor Garner's Report on the Law of Treaties", *The American Journal of International Law*, Vol. 31, Issue 4, (1937).

Judicial Decisions

- *Al-Adsani v. the United Kingdom*, Application No. 35763/97, Judgment of 21 November 2001, Grand Chamber, European Court of Human Rights, Reports of Judgments and Decisions 2001-XI, para.30.
- *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007, p.43.
- *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros*, Case No. 259, Judgment of 24 August 2004, Supreme Court of Argentina.
- *Bayan Muna as Represented by Representative Satur Ocampo et al., v. Alberto Romulo, in his Capacity as Executive Secretary et al.*, (Case G.R. No. 159618, Judgment of 1 February 2011).
- *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, Judgment, I.C.J. Reports 2007, p.43.

- Del número legal de Congresistas contra el Decreto Legislativo N° 1097, EXP. No. 0024-2010- PI/TC, Judgment of the Jurisdictional Plenary of 21 March 2011, Constitutional Tribunal of Peru.
- García Lucero, et al., v. Chile, Judgment 28 August 2013, Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 267, paras.123-124.
- Inter-American Commission of Human Rights, Tugboat Case, Case 11.436, Report No. 47/96, (1997).
- Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion OC-18/03 (Decision No) IACHR Series A, No 18.
- Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants, Advisory Opinion OC-18/03 of 17 September 2003, requested by the United Mexican States, Inter-American Court of Human Rights, Series A, No. 18.
- Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran, File No. 35034, *Appeal Decision of 10 October 2014*, Supreme Court of Canada, 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176.
- North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at pp. 38–39, para. 63.
- Prosecutor v. Anto Furundzija (Case No. IT-95-17/1-T, Judgment of 10 December 1998, Trial Chamber, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, *Judicial Reports 1998*, Vol. 1, p. 563.
- Prosecutor v. Anto Furundzija, Case No. IT-95-17/1-T, Judgment of 10 December 1998, Trial Chamber, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, *Judicial Reports 1998*, Vol. 1, at p. 569.
- Prosecutor v. Jelusic, Case No. IT-95-10-T, Judgment of 14 December 1999, Trial Chamber, International Criminal Tribunal for the *Former* Yugoslavia, *Judicial Reports 1999*, pp.431-433.
- Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment of 20 July 2012, [2012] I.C.J Rep. at 9.
- Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, p.15.

Documents

- International Law Commission, (2014), Report of the International Law Commission on the Subsequent Agreements and Subsequent Practice in Relation, (A/69/10), available at: www.un.org/llibrary.org, accessed in 2025-7-23.
- International Law Commission, (1976), Yearbook of the International Law Commission, 1976A/CN.4/SER, (A/1976/Add.1) (part 2), www.un.org/llibrary.org, accessed in 2025-7-23.
- International Law Commission, (2022), Draft Conclusions on Identification and Legal Consequences of Peremptory Norms of General International Law (*Jus Cogens*), with Commentaries, (A/77/10), www.un.org/llibrary.org, accessed in 2025-7-23.
- International Law Commission, (2006), Report of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law (A/CN.4/L.702), www.un.org/llibrary.org, accessed in 2025-7-29.
- Second Report on the Law of Treaties, (1963) 2 International Law Commission Yearbook, U.N. (A/CN.4/156), www.un.org/llibrary.org, accessed in 2025-7-29.
- United Nations Conference on the Law of Treaties, First and Second session, Vienna, 26 March- 24 May 1968 and 9 April- 22 May 1969, www.un.org/llibrary.org, accessed in 2025-7-25.

In Persian

Books

- Zoleyn, Parviz, *The Bases of International Law: Les bases du droit International public* (Tehran: Ministry of foreign Affairs, 2004). [In Persian]
- Falsafi, Hedayatollah, *International Law of Treaties* (Tehran: Nashr-e- no, 2004). [In persian]

Articles

- Orakhelashvili, Alexander, “The Impact of Peremptory Norms on the Interpretation and Application of United Nations Security Council Resolution”,

Translated by Seyed Ghasem Zamani, Journal of Legal Research, Vol. 4, Issue 7, (2005). [In Persian]

- Golchin, Soheil & Mousazadeh, Reza, "The Foundations and Legal Nature of Jus Cogens from the Perspective of the International Law Commission", Public Law Studies Quarterly, Vol. 52, Issue 3, (2022). [In Persian]
- Momtaz, Jamshid, Alizadeh, Massoud & Zarneshan, Shahram, "The Obligation to not Render Aid or Assistance so as to Maintain a Situation Created by the Breach of a Peremptory Norm of General International Law", Comparative Law Research Quarterly, Vol. 22, Issue 1, (2018). [In Persian]

استناد به این مقاله: مجتهدزاده، سپنتا، «معیارهای شناسایی قاعده آمره در حقوق بین‌الملل معاصر با نگاهی بر طرح پیش‌نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل (مصوب ۲۰۲۲)»، پژوهش حقوق عمومی، دوره ۲۷، شماره ۹۰، (۱۴۰۵)، ۲۶۴-۲۲۹.

Doi: 10.22054/QJPL.2025.82829.3057



The Quarterly Journal of Public Law Research is licensed under a Creative Commons Attribution-Non Commercial 4.0 International License