

موانع آمره‌بودن قاعده منع توسل به زور

محسن عبدالهی *

کیوان بهزادی **

شناسه دیجیتال اسناد (DOI) : 10.22066/CILAMAG.2020.114134.1786

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۱۱/۲۹

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۶/۲۲

چکیده

نظریه قاعده آمره، نخستین بار در چارچوب کنوانسیون ۱۹۶۹ وین در زمینه حقوق معاهدات وارد حقوق بین‌الملل موضوعه شد. بر اساس ماده ۵۳ این کنوانسیون، سه شاخص عام‌بودن قاعده، تخطی‌ناپذیری و شناسایی و پذیرش تخطی‌ناپذیری آن از سوی جامعه بین‌الملل دولت‌ها در کل خود، شاخص‌های شناسایی قاعده آمره هستند. از سوی دیگر، باور به آمره‌بودن قاعده منع توسل به زور، گسترده است اما سنجش قاعده منع توسل به زور با شاخص‌های فوق، نشان می‌دهد نمی‌توان این قاعده را آمره قلمداد کرد چرا که آمره‌بودن (یا تخطی‌ناپذیری) آن به اندازه کافی مورد شناسایی و پذیرش دولت‌ها در کل خود قرار نگرفته و همچنین این قاعده به‌موجب دفاع مشروع و اقدام نظامی بر مبنای مجوز شورای امنیت، به‌ترتیب قابل اعتذار و تخطی است. اما در مقابل، قاعده منع تجاوز، به‌واقع تخطی‌ناپذیر و بدون استثنا است و آمره‌بودن آن به‌صورت ضمنی مورد شناسایی و پذیرش دولت‌ها در کل خود قرار گرفته است. بنابراین به نظر می‌رسد قاعده آمره حقوق بین‌الملل منع توسل به زور، قاعده منع تجاوز باشد.

واژگان کلیدی

منع توسل به زور، قاعده آمره، دفاع مشروع، نظام امنیت جمعی، اثبات‌گرایی

abdollahi75@hotmail.com

* دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

k1.behzadi@gmail.com

** نویسنده مسئول، دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

مقدمه

قاعده منع توسل به زور، یکی از بنیادی‌ترین قواعد حقوق بین‌الملل است که نقشی اساسی در پیدایش و تکامل نظام حقوق بین‌الملل معاصر ایفا کرده است. جهان‌شمولی شناسایی و پذیرش منع توسل به زور و اهمیت نظری و عملی آن موجب شده آن را در زمره قواعد آمره حقوق بین‌الملل به شمار آورند. نظریه قاعده آمره برای نخستین بار در قالب کنوانسیون حقوق معاهدات وارد حقوق بین‌الملل موضوعه شد. ماده ۵۳ کنوانسیون حقوق معاهدات ۱۹۶۹ تعریفی شکلی و رویه‌ای از قاعده آمره ارائه داده^۱ که از آن سه شاخص برای شناسایی قاعده آمره قابل استنباط است که بر اساس آن، قاعده آمره، قاعده حقوق بین‌الملل عام و تخطی‌ناپذیر است و جامعه بین‌المللی دولت‌ها در کل خود باید تخطی‌ناپذیری آن را پذیرفته و شناسایی کرده باشد. بر این اساس، هر قاعده‌ای از جمله قاعده منع توسل به زور، برای آمره‌قلمداد شدن باید شاخص‌های فوق را داشته باشد.

بر این اساس، پرسش اصلی پژوهش حاضر این است که بر مبنای شاخص‌های مندرج در ماده ۵۳ کنوانسیون حقوق معاهدات، آیا قاعده منع توسل به زور، آمره است؟ فرضیه پژوهش حاضر این است که نمی‌توان قاعده منع توسل به زور را آمره قلمداد کرد چون به موجب دفاع مشروع، قابل اعتذار و در قالب نظام امنیت جمعی قابل تخطی است و همچنین تخطی‌ناپذیری (یا آمره‌بودن) آن به اندازه کافی مورد شناسایی و پذیرش دولت‌ها در کل خود قرار نگرفته است. علاوه بر این، ساختار غیرمتمرکز جامعه بین‌المللی و عدم انحصار توسل به زور در یک نهاد مرکزی، مانع از آن است که بتوان قاعده منع توسل به زور را آمره دانست.

در این مقاله به صورت مختصر نظریه قاعده آمره در حقوق بین‌الملل بررسی می‌شود؛ بدین ترتیب که در فصل نخست تلاش می‌شود نظریه قاعده آمره و ماهیت خاص آن در حقوق بین‌الملل تشریح و تبیین شود. سپس نظریه مزبور در بستر نظم بین‌المللی ارادی بررسی خواهد شد تا چالش‌ها و ضعف‌های آن روشن شود.

در فصل دوم، قاعده منع توسل به زور با شاخص‌های قاعده آمره سنجیده شده و موانع شناسایی ماهیت آمره برای قاعده منع توسل که عبارت‌اند از ناکافی‌بودن شناسایی و پذیرش از سوی جامعه بین‌المللی دولت‌ها، اعتذار و تخطی به موجب دفاع مشروع و توسل به زور، ذیل نظام امنیت جمعی و ناسازگاری آمره‌بودن منع توسل به زور با ساختار جامعه بین‌المللی بیان خواهند شد. در همین راستا، اشاراتی در خصوص آمره‌بودن قاعده منع تجاوز انجام گرفته و نشان داده شده که اولاً این قاعده فاقد هرگونه مبنای تخطی یا اعتذار است و ثانیاً تخطی‌ناپذیری (یا آمره‌بودن) آن در مقایسه با منع توسل به زور بیشتر مورد شناسایی و پذیرش دولت‌ها است.

1. Charlesworth, H., Chinkin, Ch., "The Gender of Cogens", *Human Rights Quarterly*, Vol. 15, 1993, p. 63.

۱. چالش‌های نظری و عملی نظریه قاعده امره در حقوق بین‌الملل

۱-۱. نظریه قاعده امره در حقوق بین‌الملل

نظریه قاعده امره مبتنی بر وجود نظم عمومی بین‌المللی است که خود مفهومی منبعث از حقوق داخلی است.^۲ اما در انتقال آن از حقوق داخلی به حقوق بین‌الملل، ماهیت‌اش دستخوش تحولی اساسی شده که آن را مبدل به مفهومی متفاوت در حقوق بین‌الملل کرده است که در ادامه بدان پرداخته خواهد شد.

الف. مفهوم قاعده امره

«نظریه قاعده امره در حقوق بین‌الملل، عمیقاً مناقشه‌برانگیز بوده است چرا که بنیادهای آن غیرقطعی و محتوایش نامعلوم است».^۳ در واقع علی‌رغم اینکه درباره ایده قاعده امره به‌عنوان بخشی از حقوق بین‌الملل، کمتر تردید شده است، ضوابط شناسایی و محتوایش همواره محل بحث بوده‌اند.^۴ به همین دلیل، چیستی قاعده امره و ارائه تعریفی دقیق از آن، یکی از مسائل مناقشه‌برانگیز و دشوار حقوق بین‌الملل بوده است. تنها راهنما همان شاخص‌های سه‌گانه پیش‌گفته است. شاخص اول، نوعی پیش‌شرط برای امکان ارتقا به سطح امری است؛ یعنی اگر قاعده‌ای در کل جامعه بین‌المللی به‌عنوان قاعده‌ای حقوقی رعایت و اجرا نشود، اساساً نمی‌تواند به سطح امری ارتقا پیدا کند. شاخص دوم، تعیین قواعد غیرقابل تخطی در حقوق بین‌الملل است؛ یعنی «جامعه بین‌المللی دولت‌ها در کل خود»^۵ تعیین می‌کند چه قواعدی تخطی‌ناپذیر هستند. اما شاخص سوم (تخطی‌ناپذیری) در حقیقت عنصر اصلی سازنده نظریه قاعده امره است. تخطی‌ناپذیری یعنی نمی‌توان برخلاف قاعده امره توافق کرد چون قاعده امره مطلق است و نمی‌توان بر آن استثنایی وارد کرد.^۶ به دیگر سخن، همواره باید رعایت شود. در نهایت باید گفت اگر قاعده‌ای تخطی‌پذیر باشد، به لحاظ نظری نمی‌تواند به سطح قواعد امره ارتقا یابد و اگر تخطی‌ناپذیری قاعده‌ای مورد شناسایی یا پذیرش جامعه بین‌المللی دولت‌ها در کل خود قرار نگرفته باشد از نظر عملی (حقوق بین‌الملل موضوعه) نمی‌تواند به جایگاه قاعده امره دست یابد.

در کنار شاخص‌های پیش‌گفته، رویه دولت‌ها و رویه قضایی حاکی از پذیرش این است که

2. Schwarzenberger, G., "International Jus Cogens?" *Texas Law Review*, Vol. 43, 1964-1965, p. 456.

3. Johnson, S. J., "Jus Cogens: Theory, Case Studies, Justifications and Problems of International Peremptory Norms", *Grove City College Journal of Law and Public Policy*, Vol. 5, 2014, p. 126.

4. Tladi, Dire, "Special Rapporteur, First Report on Peremptory Norms of General International Law (*Jus Cogens*)", *International Law Commission*, 68th Sess., 2016, U.N. Doc.A/CN.4/693, p. 23, para. 42.

5. International Community of States as a Whole

6. *Annuaire de la commission du droit international*, 1963, 1, pp. 231, 233 in:

فلسفی، هدایت‌الله؛ حقوق بین‌الملل معاهدات، چاپ سوم، ویراست سوم، فرهنگ نشر نو، ۱۳۹۱، ص ۴۰۰.

قواعد آمره، حافظ و بازتاب‌دهنده ارزش‌های بنیادین جامعه بین‌المللی بوده، از نظر اعمال، جهان‌شمول هستند و در سلسله‌مراتب قواعد حقوق بین‌الملل از سایر قواعد برترند.^۷ آمره بودن، با اهمیت و اقتدار هنجاری خود قاعده مرتبط است و از لحاظ منبع با سایر قواعد فرقی ندارد. سازوکارهای ایجاد قاعده در نظام حقوق بین‌الملل، حقوق بین‌الملل عرفی و معاهدات هستند. قواعد آمره باید محصول یکی از این دو شکل باشند چون «هیچ نشانه‌ای دال بر ابتدای آن‌ها بر حقوق طبیعی یا دیگر قواعد فراحقوقی وجود ندارد».^۸ بنا به جمع‌بندی گزارشگر ویژه کمیسیون حقوق بین‌الملل، اصولاً احراز اینکه قاعده‌ای در زمره قواعد حقوق بین‌الملل عام است، باید بر اساس حقوق عرفی انجام گیرد.^۹ در نتیجه، معاهدات به علت اینکه اصولاً قواعد حاکم بر روابط میان طرف‌ها (و نه قواعد حقوق بین‌الملل عام) را بازتاب می‌دهند، نمی‌توانند تنها مبنای احراز آمره بودن یک قاعده باشند و باید حتماً در کنار حقوق بین‌الملل عرفی قرار گیرند.^{۱۰}

با این حال، با توجه به شاخص پذیرش و شناسایی از سوی جامعه بین‌المللی دولت‌ها در کل خود، «... وصف امری عملاً تنها از طریق حقوق عرفی عام یا معاهدات عام یا چندجانبه ایجاد می‌شود».^{۱۱} «علاوه بر این، ظاهراً در کنفرانس [ملل متحد در زمینه حقوق معاهدات] اجماع وجود داشت که قواعد آمره تنها از معاهدات یا عرف برمی‌خیزند»^{۱۲} «کما اینکه در ماده ۵۳ کنوانسیون وین، Accepted (پذیرش) به جنبه قراردادی، و Recognized (شناسایی) جنبه عرفی قاعده آمره دلالت دارند».^{۱۳} در همین راستا، یاسین،^{۱۴} رئیس کمیته نگارش، علت اضافه کردن «پذیرش» در کنار «شناسایی» توسط کمیته نگارش را این اعلام کرد که این دو واژه هر دو در ماده ۳۸ اساسنامه به کار برده شده‌اند.^{۱۵}

به باور آکهرست، قاعده آمره کارکرد فنی دارد که در هنگام تعارض قاعده آمره با قاعده‌ای عادی، تمام تکنیک‌های حل تعارض قوانین به کنار رفته و قاعده آمره مقدم شده و قاعده متعارض

7. Tladi, Dire, Special Rapporteur, "Second Report on Peremptory Norms of General International Law (jus cogens)", *International Law Commission*, 69th Sess., 2017, U.N. Doc.A/CN.4/706, p. 15, para. 30.

8. Schwarzenberger, G., *op.cit.*, p. 457.

9. Tladi, Dire, Second Report on Peremptory Norms of General International Law (jus cogens), *op.cit.*, p. 24, para. 47.

10. *Ibid.*, p. 28, para. 55 and *Ibid.*, p. 31, para. 59.

11. Verdross, A., "Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law", *American Journal of International Law*, Vol. 60, 1966, p. 61.

12. Akehurst, M., "The Hierarchy of the Sources of International Law", *British Yearbook of International Law*, Vol. 47, 1975, p. 283.

۱۳. زمانی، سیدقاسم؛ «جایگاه قاعده آمره در میان منابع حقوق بین‌الملل»، *مجله حقوقی*، نشریه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۲۲، بهار و تابستان ۱۳۷۷، صص ۳۲۳-۳۲۲.

14. M. K. Yasseen

15. United Nations Conference on the Law of Treaties [hereinafter UNCLT], 1st Session Vienna, 26 March-24 May 1968, Official Records, p. 471, U.N. Doc. A/CONF.39/11.

با آن باطل می‌شود. به دیگر سخن، فارغ از منبع قواعد معارض، زمان پیدایش هریک از آن‌ها و کلی یا خاص بودن قاعده امره برتری می‌یابد.^{۱۶} این کارکرد از مواد ۵۳ و ۶۴ کنوانسیون حقوق معاهدات نیز برمی‌آید.

ب. دگرذیسی نظریه قاعده امره در حقوق بین‌الملل

نظریه قاعده امره مبتنی بر پیش‌فرض وجود نظامی عمومی در عرصه بین‌المللی است. «ایده قاعده امره به‌عنوان عامل جدید در حقوق بین‌الملل، به‌طور بالقوه حاوی پیام وجود نظم بنیادین مشروطه^{۱۷} است.»^{۱۸} در واقع، نظم عمومی بین‌المللی در ورای اراده تابعان قرار می‌گیرد و هیچ توافقی نمی‌تواند مبنای تخطی از آن قرار گیرد. از زاویه‌ای دیگر باید گفت قاعده‌ای که تابع نمی‌تواند از آن تخطی کند، به‌طور منطقی نمی‌تواند حاصل توافق یا جمع اراده تابعان باشد.

در بررسی تاریخی قاعده امره باید اذعان کرد، ورود نظریه قاعده امره به حقوق بین‌الملل، معلول تلاش‌های کمیسیون حقوق بین‌الملل است. در واقع در دهه ۱۹۵۰، کمیسیون حقوق بین‌الملل «به دنبال ایجاد نظم مشروطه برای نظام حقوقی بین‌الملل بود».^{۱۹} با وجود اتفاق نظر اعضای کمیسیون بر سر وجود قواعد امره در حقوق بین‌الملل، اختلاف نظر گسترده‌ای در زمینه ماهیت و منشأ آن‌ها وجود داشت.^{۲۰} در نهایت کمیسیون به بیان کارکرد و شاخص‌های سه‌گانه بسنده کرد و روشن‌شدن کامل محتوای قاعده امره را موکول به رویه دولت‌ها و رویه قضایی بین‌المللی کرد.^{۲۱} در متن پیشنهادی خود کنفرانس حقوق معاهدات،^{۲۲} از سه شاخص پیش‌گفته، شاخص دوم یعنی «شناسایی و پذیرش از سوی جامعه بین‌المللی دولت‌ها» درج نشده بود^{۲۳} اما در پی مخالفت‌ها و انتقادات برخی از دولت‌ها بخصوص دولت‌های غربی، این عبارت به متن نهایی افزوده شد. عبارت مزبور موجب آشکارشدن دگرذیسی نظریه قاعده امره شد.

16. Akehurst, M., *op.cit.*, pp. 281-282.

17. Constitutional

18. Stephan, P.B., "The Political Economy of Jus Cogens", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 44, 2011, p. 1089.

19. *Ibid.*, p. 1083.

20. Tunkin, G. I., "Jus Cogens in Contemporary International Law", *University of Toledo Law Review*, Vol. 3, 1971, p. 110.

21. I.L.C. Rep., *Yearbook of International Law Commission* [hereinafter YBILC], Vol. 2, 1963, Commentary of Art. 37, p. 198, p. 197, U.N. Doc. A/CN.4/163.

در همین راستا، گزارشگر ویژه کمیسیون حقوق بین‌الملل در خصوص قاعده امره تأکید می‌کند راهنمای او رویه دولت‌ها و رویه قضایی است.

Tladi, First Report, *op.cit.*, p. 25, para. 45 and Tladi, Second Report, *op.cit.*, p. 16, para. 32.

22. I.L.C. Rep., YBILC, Vol. 2, 1966, Art. 37, U.N. Doc. A/CN.4/191.

23. *Ibid.*, Art. 37.

نظریه قاعده آمره، حافظ نظمی فرا ارادی است و بر این اساس، تعیین و تغییر قاعده آمره نمی‌تواند از طریق جمع اراده تابعان نظم صورت گیرد. به دیگر سخن، اگر قاعده آمره را اراده دولت‌ها تعیین کند و چنان که کمیسیون گفته، معاهدات چندجانبه عمومی به‌عنوان تبلور اراده دولت‌ها بتوانند قواعد آمره را دستخوش تغییر و تحول کنند، قاعده آمره فلسفه وجودی خود را از دست داده و به مفهومی متأثر از اراده دولت‌ها تقلیل می‌یابد، در حالی که قرار بود مانع و محدودکننده اراده باشد. بر این اساس، هرچند ظاهراً عبارت مزبور، شاخصی برای شناسایی قاعده آمره است، در واقع قاعده آمره را تابع پذیرش عمومی دولت‌ها می‌کند. نمایندگان دولت‌های حاضر بارها بر لزوم وجود توافق عمومی و رضایت اکثریت دولت‌ها برای آمره‌شناختن یک قاعده تأکید داشتند که ذکر آن‌ها در این مقال موجب اطاله کلام است.^{۲۴} در مهم‌ترین اظهارنظر، نماینده عراق و رئیس کمیته نگارش در توضیح عبارت مزبور و بخصوص عبارت «در کل خود»،^{۲۵} به لزوم پذیرش «اکثریتی بسیار بزرگ»^{۲۶} از دولت‌ها برای احراز قاعده آمره اشاره شد.^{۲۷} همین معنی در گزارش دوم و سوم گزارشگر ویژه کمیسیون حقوق بین‌الملل در خصوص قاعده آمره تکرار شده است.^{۲۸}

بر این اساس باید گفت قاعده آمره‌ای که دولت‌ها در کنوانسیون حقوق معاهدات پذیرفتند با نظریه قاعده آمره تفاوتی اساسی دارد. این امر منجر به ایجاد شکافی بزرگ میان این دو می‌شود. دولت‌ها تنها قاعده‌ای را آمره می‌دانند که اکثریت بسیار بزرگی از ایشان نسبت به تخطی‌ناپذیری (یا آمره‌بودن) آن رضایت داده باشند. دگردیسی نظریه قاعده آمره یعنی حاکمیت مجدد اراده دولت‌ها در جایی که قرار بود محدودکننده اراده دولت‌ها باشد. پس به نظر می‌رسد دو بیان از قاعده آمره وجود داشته باشد؛ نخست بیانی که قاعده آمره را متناسب با ذات و ماهیت‌اش فرا ارادی می‌داند که عمدتاً در دکترین آمده و دیگری قاعده آمره آن‌چنان که دولت‌ها شناخته و پذیرفته‌اند و اراده جمعی در آن نقش اصلی را ایفا می‌کند. «... محتوای یکی مستقل از اراده دولت‌هاست و می‌تواند از سوی هر دولتی مورد استناد قرار گیرد، [اما] محتوای دیگری کاملاً بسته به پذیرش دولت‌هاست و فقط از سوی دولتی که تحت تأثیر نقض عناصری از آن است می‌تواند مورد استناد قرار گیرد».^{۲۹}

24. UNCLT, 1st Session Vienna, 26 March-24 May 1968, Official Records, pp. 317, 330, 472, 301, 312, 317, 328, U.N. Doc. A/CONF.39/11.

25. As a Whole

26. A Very Large Majority

27. UNCLT, 1st Session Vienna, 26 March-24 May 1968, Official Records, p. 472, U.N. Doc. A/CONF.39/11.

28. Tladi, Second Report, *op.cit.*, p. 34, para. 67 and *Ibid.*, p. 36, para. 70 and Tladi, Dire, Special Rapporteur, "Third Report on Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens)", *International Law Commission*, 70th Sess., 2018, U.N. Doc. A/CN.4/714, p. 5, para. 16.

29. Weisburd, A. M., "The Emptiness of the Concept of Jus Cogens, As Illustrated by the War in Bosnia-Herzegovina", *Michigan Journal of International Law*, Vol. 17, No. 1, 1995, p. 34.

کمیسیون در شرح خود بر مواد پیش‌نویس طرح مسئولیت دولت‌ها می‌گوید: «ماده ۵۳، هم امکان ایجاد قواعد واجد وصف امری را شناسایی می‌کند و هم اینکه دولت‌ها در این خصوص نقش خاصی را به‌عنوان دارندگان اقتدار هنجاری از سوی جامعه بین‌المللی بازی می‌کنند».^{۳۰} شاید خالی از لطف نباشد به هوشمندی نماینده دولت قبرس اشاره شود که با زیرکی دریافته بود «اضافه کردن عبارت (شناسایی از سوی جامعه بین‌المللی) شاخصی ذهنی است که منجر به تحریف ماهیت قاعده آمره می‌شود».^{۳۱}

۱-۲. نظریه قاعده آمره در کنش با نظم بین‌المللی ارادی

همان‌طور که گفته شد نظریه قاعده آمره پس از ورود به حقوق بین‌الملل دچار تحول و دگرذیسی ماهوی شد. علت اصلی این امر، تفاوت بستر یا زمینه بین‌المللی است. در این گفتار ابتدا علت این دگرذیسی بررسی خواهد شد و سپس پیامدهای عملی ناهمخوانی نظریه قاعده آمره با ساختار ارادی حقوق بین‌الملل بیان می‌شود.

الف. ناسازگاری نظریه قاعده آمره با ساختار جامعه بین‌المللی

جامعه بین‌المللی متشکل از واحدهایی مستقل تحت عنوان دولت-ملت است. هریک از این دولت-ملت‌ها دارای حاکمیت بوده و از این لحاظ، هیچ‌یک بر دیگری برتری ندارند. «دولت‌ها از یکدیگر جدا بوده و خودمختار هستند و به هیچ اقتدار بالاتری پاسخ نمی‌دهند».^{۳۲} قواعد حاکم بر روابط این واحدها توسط خود ایشان و از طریق توافق، ایجاد و اجرا می‌شود. در همین چارچوب، تونکین به‌عنوان یکی از مدافعان سرسخت قاعده آمره معتقد است قواعد آمره هم مانند سایر قواعد دیگر حقوق بین‌الملل عام می‌توانند به‌صورت مشترک از طریق عرف و معاهده ایجاد شوند.^{۳۳} سازوکارهای تضمین اجرای قواعد ناشی از معاهده و عرف نیز اجباری، متمرکز و قاهرانه نیستند. به‌طور کلی ساختار جامعه بین‌المللی غیرمتمرکز و سازمان‌نیافته است. در واقع در مقایسه با جامعه ملی «... نظام بین‌المللی در وضعیت آنارشی قرار دارد».^{۳۴} این اصطلاح نه به معنای هرج و مرج مطلق و نبود هرگونه ساختار و قاعده، که به معنای نبود دولت مرکزی است که توان تضمین اجرای قواعد را داشته باشد».^{۳۵}

30. Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, *YBILC*, 2001, Vol. II, Part Two, Commentary of Art. 12, p. 56.

31. UNCLT, 1st Session Vienna, 26 March-24 May 1968, Official Records, p. 306, U.N. Doc. A/CONF.39/11.

32. Goldstein, J. S., Pevehouse, J. C., *International Relations*, Pearson, 2014, p. 50.

33. Tunkin, G. I., *op.cit.*, p. 116.

34. Anarchy

35. Goldstein, J. S., Pevehouse, J. C., *op.cit.*, p. 49.

علاوه بر این در جامعه ملی، انحصار توسل به زور و خشونت در اختیار دولت به‌عنوان اقتدار برتر است اما «در عرصه بین‌المللی، حاکم برتر وجود ندارد. بنابراین قدرت آمرانهٔ بارزی نیز وجود ندارد. همچنین در خصوص مسئله سلسله‌مراتب باید گفت هیچ نهاد بالاتری که واجد قدرت از بین‌بردن یا تغییر تعهداتی که دولت‌ها از طریق معاهده یا پذیرش الزام حقوقی عرف انتخاب می‌کنند نیز وجود ندارد... حقوق بین‌الملل به‌طور سنتی فقط از رضایت دولت‌های صاحب حاکمیت برخاسته است چرا که اقتدار دیگری برای وضع قواعد حقوقی وجود نداشته است».^{۳۶} بنابراین هرگاه هم قاعده یا نهاد یا رفتاری برتر شمرده شده، مبنای آن رضایت دولت‌ها بوده است. شاخص‌های مندرج در ماده ۵۳ کنوانسیون حقوق معاهدات در خصوص قاعده آمره، خود نمونه ابتدای این قواعد بر اراده جمعی دولت‌ها است. بر همین اساس منتقدان قاعده آمره می‌پرسند آیا نظریه قاعده آمره که در اساس به نظام حقوقی داخلی تعلق دارد، تاب حضور و اثرگذاری مشابه در جامعه بین‌المللی و حقوق بین‌الملل را دارد؟ سووارزبرگر پاسخ می‌دهد شواهد موجود در حقوق بین‌الملل در سطح جامعه بین‌المللی غیرسازمان‌یافته، تاب پذیرش وجود قواعد آمره بین‌المللی را ندارد چرا که جامعه بین‌المللی هنوز به آن سطح از رشد و تکامل نرسیده که دولت‌های عضو آن را بتوان بدون تراضی متعهد به قواعدی کرد که بتوانند هرگونه توافق خلاف آن را بی‌اعتبار کنند.^{۳۷} چنین چیزی تنها در دو حالت قابلیت تحقق دارد: «وجود اقتداری که واجد قدرت غیرطبیعی قلمداد شود (مانند زمانی که حقوق‌دان - کشیش‌ها^{۳۸} حقوق مذهبی^{۳۹} را اجرا می‌کردند) یا وجود اقتدار متمرکز جهانی که در چارچوب پلیس بین‌المللی عمل کند».^{۴۰} علاوه بر این، سلسله‌مراتب قواعد حقوق بین‌الملل که یکی از پیامدهای نظریه قاعده آمره است به دلیل نبود سلسله‌مراتب در جامعه بین‌المللی لاجرم مبتنی بر اراده جمعی دولت‌ها می‌شود. در واقع علت دگردیسی نظریه قاعده آمره در حقوق بین‌الملل و تبدیل شدن آن به مفهومی مبتنی بر اراده جمعی دولت‌ها همین ناسازگاری مبنایی و ماهوی قاعده آمره با ساختار ارادی حقوق بین‌الملل است. یعنی لزوم «تشابه با محیط»،^{۴۱} قاعده آمره را در حقوق بین‌الملل دچار دگردیسی کرده است. تنها چیزی که می‌تواند چنین نظمی را بیافریند اراده جمعی دولت‌هاست و به همین خاطر حتی قواعد مرتبط با نظم عمومی بین‌المللی نیز از طریق اراده دولت‌ها به وجود می‌آیند.

در نتیجه، حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی هرچند هر دو به دنبال تنظیم روابط میان تابعان خود هستند، به دلیل تفاوت‌های ساختاری لزوماً از ابزارها یا به عبارت بهتر، نظام هنجاری یکسانی

36. Stephan, P. B., *op.cit.*, p. 1083.

37. Schwarzenberger, G., *op.cit.*, p. 467.

38. Lawyer-Priest

39. *Jus sacrum*

40. Schwarzenberger, G., *op.cit.*, p. 467.

41. Similarity of Setting

استفاده نمی‌کند. نظام هنجاری بین‌المللی متناسب با ساختار ویژه جامعه بین‌المللی طراحی شده است که در مقایسه با نظم حقوقی داخلی ساده‌تر و ابتدایی‌تر است. البته این امر به معنای فرودست بودن آن در برابر نظم حقوقی داخلی نیست. با این حال، ضعف‌های ساختاری مختلفی در نظام بین‌المللی وجود دارد که در حقوق بین‌الملل هم تبلور یافته‌اند.^{۴۲} بنابراین می‌توان انتظار داشت تا زمانی که ساختار بین‌المللی تفاوت نکند، نظام هنجاری حاکم بر آن نیز تغییر نکند.

ب. ابهام محتوایی و نامعینی گسترده آثار نظریه قاعده آمره

یکی از مهم‌ترین نارسایی‌های قاعده آمره، مبهم بودن محتوای آن است. به عبارت دیگر، قاعده آمره تنها یک قالب است و هیچ محتوای مشخصی ندارد. قاعده آمره در وضعیت کنونی صرفاً کارکرد مشخصی در حوزه حقوق معاهدات دارد اما چستی و ضوابط تشخیص آن روشن نیست. به عبارت دیگر، «قاعده آمره هیچ‌گونه محتوایی ندارد و تنها تصویری تهی از یک قاعده است که گوشت و خون ندارد».^{۴۳} ارائه تعریفی دقیق یا ضوابطی مشخص یا حتی فهرستی مورد اجماع از قواعد آمره می‌توانست محتوای این قاعده را تا حد زیادی روشن کند. اما کمیسیون حقوق بین‌الملل، «تعیین شاخص برای تمییز قاعده آمره از سایر قواعد حقوق بین‌الملل را دشوار یافت».^{۴۴}

دولت‌های بسیاری در کنفرانس حقوق معاهدات بر نامعلوم بودن محتوای قاعده آمره تأکید داشتند؛ مثلاً نماینده هلند در نقد ماده پیشنهادی کمیسیون گفت «نمی‌تواند ماده ۵۰ را در شکل کنونی آن بپذیرد چرا که هیچ شاخصی برای [تعیین] محتوا یا منابع قواعد آمره نمی‌دهد...»؛^{۴۵} یا نماینده بریتانیا معتقد بود «ماده ۵۰ تعریفی از قواعد امری ارائه نکرده است و به‌جای آن مجازات حقوقی نقض آن را بیان کرده است».^{۴۶}

نامعلومی محتوای قاعده آمره این خطر را در پی دارد که هر کسی یا مجمعی بتواند قاعده مورد علاقه خود را به سطح قاعده آمره ارتقا دهد بدون آنکه توضیحی دقیق در خصوص چرایی و کیفیت تصمیم خود ارائه دهد. برای نمونه «... پروفیسور گرگوری تونکین در ۱۹۷۴ اعلام کرد دکترین برژنف که وی آن را «بین‌الملل‌گرایی پرولتاریایی»^{۴۷} می‌خواند، قاعده آمره است»^{۴۸} یا «آقایان

42. Weil, P., "Towards Relative Normativity in International Law", *Am. J. Int'l L.*, 1983, Vol. 77, pp. 413-414.

43. D'Amato, A., "It's a Bird, It's a Plane, It's Jus Cogens", *Connecticut Journal of International Law*, 1990, Vol. 6, p. 1.

44. Verdross, A., *op.cit.*, p. 57.

45. UNCLT, 1st Session Vienna, 26 March-24 May 1968, Official Records, p. 276, U.N. Doc. A/CONF.39/11.

46. *Ibid.*, p. 304.

47. Proletarian Internationalism

48. Tunkin, G. I., "Theory of International Law", 1974, p. 444, in: D'Amato, A., *op.cit.*, p. 1.

بارتوس و یاسین [اعضای کمیسیون] ادعا کرده‌اند که حتی قاعده ربوس هم آمره است.^{۴۹} در هر صورت یکی از بنیادی‌ترین مشکلات نظریه قاعده آمره در حقوق بین‌الملل، ابهام محتوایی است. ابهام محتوایی از یک سو تعیین قواعد آمره را دشوار می‌کند و از سوی دیگر امکان ارتقای خودسرانه یک قاعده را به سطح قواعد امری فراهم می‌آورد.

ابهام محتوایی قاعده آمره در وضعیتی است که نظریه قاعده آمره، اثر عمیقی بر نظام حقوق بین‌الملل گذاشته است؛ بدین ترتیب که «نظام بین‌المللی هنجاری به‌طور سنتی با ویژگی وحدت شناخته می‌شد»^{۵۰}؛ یعنی فارغ از منبع شکلی، هدف یا اهمیت، همه قواعد در جایگاه یکسانی قرار داشتند و نقض آن‌ها موجب مسئولیت بین‌المللی تحت رژیم واحدی می‌شد.^{۵۱} اما «وحدت رژیم هنجاری»^{۵۲} با نظریه قاعده آمره ... شکسته شده است.^{۵۳} به عبارت دیگر اگر پیش از این، دو سطح حقوقی و غیرحقوقی وجود داشت، امروز به دنبال سطح سوم هستیم که یک قاعده را «حقوقی‌تر» می‌کند؛ در واقع قواعد حقوقی دیگر با یکدیگر برابر نیستند و برخی مهم‌تر از برخی دیگرند.^{۵۴} در واقع نظریه قاعده آمره منجر به طبقه‌بندی قواعد حقوق بین‌الملل از نظر «شدت هنجاری»^{۵۵} می‌شود که عبارت است از «تعداد محدودی قاعده امری در رأس قله هنجارهای پیشرفته (قواعد نخبه) ... و در زیر آن‌ها توده‌ای بزرگ از قواعد صرفاً الزام‌آور»^{۵۶} و در پایین‌ترین سطح هم قواعدی جای می‌گیرند که حقوق قلمداد نمی‌شوند. در واقع نظریه قاعده آمره موجب پیدایش سلسله‌مراتب در حقوق بین‌الملل می‌شود و قواعدی که در رأس قرار می‌گیرند در برابر همه دولت‌ها فارغ از وجود تعهد معاهداتی و عرفی قابل استناد هستند. اینجاست که ابهام محتوایی مفهوم قاعده آمره بیش از پیش رخ می‌نماید. قواعد برتر سلسله‌مراتب حقوق بین‌الملل، محتوای مشخصی ندارند و سازوکار قاطع و مورد اجماعی هم برای تعیین محتوا یا حداقل نمونه‌های آن وجود ندارد. در عمل «این خطر وجود دارد که تعدادی از دولت‌ها - قدرتمندترین‌ها یا بزرگ‌ترین‌ها - در جامعه بین‌المللی قدرت قانونگذاری یافته و قواعدی را وضع کرده و بر دیگران تحمیل کنند»^{۵۷} چرا که «... جامعه بین‌المللی موجودیتی غیردقیق است و قدرت هنجاری که به‌طور صوری در اختیار آن قرار گرفته در حقیقت تحت کنترل هیئت اداره‌کنندگان جامعه، یک الیگارش‌ی عملی است»^{۵۸}.

49. UNCLT, 1st Session Vienna, 26 March-24 May 1968, Official Records, p. 299, U.N. Doc. A/CONF.39/11.

50. Weil, P., *op.cit.*, p. 423.

51. *Ibid.*

52. Normative Regime

53. Weil, P., *op.cit.*, p. 423.

54. *Ibid.*, p. 421.

55. Normative Intensity

56. Weil, P., *op.cit.*, p. 423.

57. *Ibid.*, p. 441.

58. *Ibid.*

علاوه بر این اثر کلان، نظریه قاعده آمره به طور بالقوه آثار ضمنی مختلفی دارد. به دیگر سخن، نظریه قاعده آمره دارای ظرفیت رسوخ و سرایت به سایر حوزه‌های حقوق بین‌الملل است. آثار ورود این نظریه به سایر حوزه‌ها هرچند بعضاً دنباله منطقی نظریه مزبور هستند، ممکن است در حقوق بین‌الملل جایگاهی نداشته باشند. استناد به این آثار منطقی که کم هم نیستند می‌تواند به این نظریه قدرتی به مراتب بیشتر از آنچه مورد نظر دولت‌ها بود اعطا کند. از جمله این آثار می‌توان به ادعای صلاحیت خودکار دیوان در دعاوی ناشی از نقض قواعد امری حقوق بین‌الملل،^{۵۹} ادعای کنار رفتن مصونیت دولت‌ها در برابر محاکم داخلی دولت دیگر در اثر نقض این قواعد^{۶۰} و همچنین رژیم مسئولیت در زمینه نقض‌های جدی و فاحش قواعد آمره^{۶۱} اشاره کرد.^{۶۲}

در نتیجه پرسش اساسی این خواهد بود که کدام‌یک از این آثار نظریه قاعده آمره در حقوق بین‌الملل پذیرفته شده‌اند؟ چه معیار و ملاکی برای تشخیص آثار پذیرفتنی و آثار نپذیرفتنی وجود دارد؟ در واقع، صرف امکان تصور آثار متعدد «... لزوماً بدین معنا نیست که قواعد بین‌المللی که از سوی عموم دولت‌ها «امری» و «تخطی‌ناپذیر» قلمداد شده‌اند، همه این آثار را هم‌زمان در پی داشته باشند».^{۶۳}

۲. چالش‌های سنجش قاعده منع توسل به زور با شاخص‌های قاعده آمره

۲-۱. ناکافی بودن شناسایی و پذیرش از سوی جامعه بین‌المللی دولت‌ها

این فصل در پرتو یافته‌های فصل پیشین به دنبال سنجش قاعده منع توسل به زور با شاخص‌های قاعده آمره و شناسایی موانع آمره بودن این قاعده است. در گفتار حاضر، رویه دولت‌ها در زمینه شناسایی و پذیرش ماهیت امری برای قاعده منع توسل به زور بررسی شده است. ابتدا فقدان اشاره به آمره بودن منع توسل به زور در اسناد بین‌المللی بیان و سپس نتیجه بررسی رویه دولت‌ها در این خصوص تشریح خواهد شد.

الف. فقدان اشاره به آمره بودن قاعده منع توسل به زور در اسناد بین‌المللی

در ادبیات حقوقی کمتر به رویه دولت‌ها در مورد ماهیت آمره قاعده منع توسل به زور [و منع تجاوز]

59. Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (*Democratic Republic of Congo v. Rwanda*), Preliminary Objection, 3 Feb. 2002, I.C.J. Rep., 2002.

60. Jurisdictional Immunities of the States (*Germany v. Italy: Greece intervening*), Merits, 3 Feb. 2012, I.C.J. Rep., 2012.

61. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, *YBILC*, 2001, vol. II, Part Two, Commentary of Art. 12,

62. ن.ک: گزارش سوم گزارشگر ویژه کمیسیون حقوق بین‌الملل در خصوص قاعده آمره.

63. Focarelli, C., "Promotional Jus Cogens: A Critical Appraisal of Jus Cogens' Legal Effects", *Nordic Journal of International Law*, Vol. 77, 2008, p. 442.

توجه شده است.^{۶۴} در نتیجه «واقعاً مشخص نیست که آیا شواهد کافی مبنی بر امری بودن ماهیت قاعده منع توسل به زور [و منع تجاوز] وجود دارد یا نه».^{۶۵} بر این اساس، مطالعه رویه دیوان بین‌المللی دادگستری، دولت‌ها و نهادهای بین‌المللی در این زمینه ضروری است. در بررسی رویه دولت‌ها، با توجه به گستردگی و حجم بالای اسنادی که ممکن است به ممنوعیت توسل به زور، منع تجاوز یا جنبه‌هایی از رژیم توسل به زور اشاره کرده باشند، روش مناسب و ممکن، تعیین یک جامعه آماری از اسنادی است که به‌طور خاص به توسل به زور یا جنبه‌هایی از آن اختصاص یافته‌اند. این اسناد عبارت‌اند از منشور سازمان همکاری شانگهای، منشور سازمان همکاری اسلامی، منشور اتحادیه عرب، منشور آتلانتیک، پیمان منع تجاوز و دفاع مشترک آفریقا، پیمان ورشو، پیمان آتلانتیک شمالی (ناتو)، اعلامیه اصول حقوق بین‌الملل حاکم بر روابط و همکاری دوستانه میان دولت‌ها مطابق با منشور ملل متحد، قطعنامه تعریف تجاوز، اعلامیه ارتقای اثرگذاری اصل خودداری از تهدید یا توسل به زور در روابط بین‌المللی، اعلامیه غیرقابل پذیرش بودن مداخله و دخالت در امور داخلی دولت‌ها، اعلامیه غیرقابل پذیرش بودن مداخله در امور داخلی دولت‌ها و حفاظت از استقلال و حاکمیت آن‌ها و اعلامیه تقویت امنیت بین‌المللی. در متن هیچ‌یک از معاهدات و موافقت‌نامه‌های بین‌المللی و همچنین قطعنامه‌های مجمع عمومی و شورای امنیت که در پژوهش حاضر بررسی شده، چه به‌صراحت و چه به‌طور ضمنی، اشاره‌ای به آمره بودن منع توسل به زور نشده است، علی‌رغم اینکه حداقل، اشاره صریح به تخطی ناپذیری یک قاعده حقوق بین‌الملل عام در این راستا عامل مهم است.^{۶۶}

جالب آنکه حتی در مواردی با آمره خواندن قاعده منع توسل به زور مخالفت هم شده است. در چارچوب مذاکرات مربوط به تصویب اعلامیه اصول حاکم بر روابط و همکاری دوستانه، نماینده مجارستان اظهار داشت که «اعلامیه وضعیت معاهده را ندارد و نمی‌تواند قاعده آمره تلقی شود اما در ذیل طبقه اصول کلی حقوق قرار می‌گیرد...».^{۶۷} نماینده ایالات متحده نیز اعلام کرد: «فارغ از] هر گونه کمک احتمالی اظهارات بیان شده برای تبیین این اصول، به ساختن جهانی بهتر و متسامح‌تر، آن‌ها آمره نیستند».^{۶۸}

64. Green, J. A., "Questioning the Peremptory Status of the Prohibition of the Use of Force", *Michigan Journal of International Law*, Vol. 32, Issue 2, 2011., p. 242, Note 124.

65. *Ibid.*, p. 217.

66. Tladi, Second Report, *op.cit.*, p. 45, para. 88.

67. Sixth Committee Rep., 1179th mtg., p. 14, U.N. GAOR, 25th Sess., Sept. 24 1970, U.N. Doc A/C.6/SR.1179.

68. Special Comm. on Principles of Int'l Law Concerning Friendly Rel. and Co-Operation Among States, Rep., p. 119, U.N. GAOR, 25th Sess., 1970, Supp. No. 18, U.N. Doc. A/8018 [hereinafter Rep. of the Special Comm.].

از آن مهم‌تر، حذف اشاره به امری بودن منع توسل به زور از پیش‌نویس اولیه قطعنامه تعریف تجاوز است. در مقدمه پیش‌نویس قطعنامه پیشنهادی تعریف تجاوز که از سوی کمیته فوق‌الذکر ارائه شد، آمده: «با تأیید امری بودن این قاعده حقوق بین‌الملل که تنها سازمان ملل دارای صلاحیت اصیل برای توسل به زور در اجرای وظایفش در تأمین صلح و امنیت بین‌المللی است...».^{۶۹} اما در گزارش کمیته به این نکته اشاره شده که برخی نمایندگان به عبارت‌پردازی بند ۷ مقدمه که از اصطلاحاتی چون «صلاحیت اصیل توسل به زور»، «قاعده امری حقوق بین‌الملل» و «حقوق بین‌الملل معاصر استفاده کرده بود اعتراض داشتند».^{۷۰} البته مشخص نشده نمایندگان کدام دولت‌ها به این امر اعتراض کرده‌اند اما به هر ترتیب، در قطعنامه مجمع در ۱۹۷۴ بند فوق حذف شد. در مقابل می‌توان پذیرش و شناسایی تخطی‌ناپذیری قاعده منع تجاوز را به صورت ضمنی، هرچند نه به طور قطعی، از دو روش احراز کرد. اولین روش، ماده ۵ قطعنامه تعریف تجاوز و دومین روش، جرم‌انگاری تجاوز است.

روش نخست؛ ماده ۵ قطعنامه تعریف تجاوز چنین مقرر می‌دارد:

«هیچ ملاحظه‌ای با هر ماهیتی اعم از سیاسی، اقتصادی، نظامی یا مانند آن نمی‌تواند به‌عنوان توجیه تجاوز به کار رود».^{۷۱}

همچنین بر اساس ماده ۲۶ پیش‌نویس مواد مسئولیت دولت‌ها، نقض قواعد آمره با استناد به عوامل رافع وصف متخلفانه قابل توجیه نیست و در نتیجه نمی‌توان هیچ عذر یا بهانه‌ای برای قانونی جلوه‌دادن تجاوز ارائه کرد. ماده ۵ که دال بر غیرقابل اعتدال بودن تجاوز است در سازگاری کامل با ویژگی مطلق و غیرقابل اعتدال بودن قاعده آمره است. باید این بیان مطلق را با بیان مقید ولی مشابه ابراز شده در خصوص قاعده منع توسل به زور مقایسه کرد. برای مثال، در قطعنامه ارتقای کارایی اصل منع توسل به زور چنین آمده است: «هیچ ملاحظه‌ای با هر ماهیتی نمی‌تواند توجیهی برای تهدید یا توسل به زور در تعارض با منشور باشد».^{۷۲} قید عدم تعارض با منشور دقیقاً برای رعایت مفاد منشور در زمینه دفاع مشروع و اقدام نظامی در چارچوب نظام امنیت جمعی است که هر دو مبنای تخطی از قاعده منع تهدید یا توسل به زور هستند. می‌توان مطلق بودن منع تجاوز در برابر مقید بودن منع تجاوز را ناشی از تخطی‌ناپذیری اولی و تخطی‌پذیری دومی دانست.

روش دوم؛ تجاوز از جمله در ماده ۵ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری (با ۱۲۲ کشور عضو)،^{۷۳}

69. Report of Special Committee on the Question of Defining Aggression, p. 4, U.N. GAOR, 23rd Sess., 1968, U.N. Doc. A/7185/Rev. 1.

70. *Ibid.*, p. 28.

71. G.A. Res. 3314 (XXIX), Definition of Aggression, 14 Dec. 1974, Art. 5, para. 1.

72. G.A. Res. 42/22, Declaration on the Enhancement of the Effectiveness of the Principle of Refraining from the Threat or Use of Force in International Relations, 18 Nov. 1987, para. 3.

73. <https://asp.iccpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx> (Last visited at Apr. 27 2019).

جرمانگاری^{۷۴} و در ماده ۸ مکرر آن تعریف شده است.^{۷۵} باید توجه داشت پیوندی میان جرم بودن تجاوز و آمره بودن آن وجود دارد. جرم بودن تجاوز می‌تواند حکایت از تفاوت نظام مسئولیت بین‌المللی تجاوز نیز داشته باشد؛ تفاوتی که فصل سوم پیش‌نویس مسئولیت دولت‌ها نیز بر آن دلالت دارد. کمیسیون حقوق بین‌الملل این دو مفهوم را به هم پیوند زده و اعلام می‌کند جرایم بین‌المللی همان نقض قواعد آمره هستند.^{۷۶} بسیونی نیز در اظهارنظری مشابه، جرم تجاوز را آمره می‌خواند.^{۷۷}

شناسایی و پذیرش جرم بودن تجاوز از سوی دولت‌ها را می‌توان شناسایی و پذیرش ضمنی تخطی‌ناپذیری (آمره بودن) آن قلمداد کرد. هرچند که این شیوه استدلال مطلوب احراز یکی از شاخص‌های قاعده آمره نیست، به‌طور قطع می‌تواند مبنایی کمکی باشد. هرچند در نهایت باید اذعان کرد قاعده منع تجاوز هم مانند منع توسل به زور به‌صراحت از سوی جامعه بین‌المللی دولت‌ها به‌عنوان قاعده آمره شناخته نشده، برخلاف منع توسل، نشانه‌هایی از پذیرش ضمنی و غیرمستقیم آن وجود دارد. از این منظر، منع تجاوز، ظرفیت بالاتری برای آمره قلمداد شدن دارد.

علاوه بر دو روش فوق، گزارشگر ویژه کمیسیون حقوق بین‌الملل در چهارمین گزارش خود در خصوص قاعده آمره، فهرستی غیرحصری از قواعدی که ماهیت امری آن‌ها از سوی کمیسیون حقوق بین‌الملل در خلال سال‌های فعالیت‌اش شناسایی شده ارائه می‌دهد.^{۷۸} بر اساس این گزارش، «قاعده منع تجاوز یا استفاده تجاوز کارانه از زور (که بعضاً از آن با عنوان «حقوق منشور در زمینه ممنوعیت توسل به زور»^{۷۹} یاد شده)^{۸۰} آمره است. همچنین در جای دیگری گزارشگر ویژه اعلام می‌دارد ممنوعیت تجاوز را به‌جای سایر جایگزین‌های احتمالی آن همچون ممنوعیت توسل به زور، ممنوعیت استفاده از زور تجاوز کارانه و حقوق منشور در زمینه توسل به زور به کار برده ولی توضیحی در خصوص چرایی این امر ارائه ننموده است؛^{۸۱} در حالی که هریک از این عبارات دارای مفهوم، گستره و آثار متفاوتی هستند که نمی‌توان آنان را یکسان پنداشت و به‌جای هم به کار برد. فارغ از نقد پیش‌گفته، می‌توان محتاطانه گفت گزارشگر ویژه، قاعده منع توسل به زور را واجد ماهیت آمره ندانسته است چرا که وی در مقام بیان مصادیق قاعده آمره، قاعده منع تجاوز (و نه منع توسل به زور) را در فهرست خود آورده و اساساً سخنی از منع توسل به زور نیاورده است و علاوه بر این، عبارت «حقوق منشور در زمینه

74. Statute of International Criminal Court, 17 Jul. 1998, Art. 5.

75. *Ibid.*, Art. 8 bis.

76. I.L.C. Rep., YBILC, Vol. 2, 1976, p. 120, U.N. Doc. A/31/10.

77. Bassiouni, M. Cherif., "International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes", *Law & Contemporary Problems*, Vol. 59, 1996, p. 68.

78. Tladi, Dire, Special Rapporteur, Fourth Report on Peremptory Norms of General International Law (jus cogens), International Law Commission, 71st Sess., 2019, U.N. Doc. A/CN.4/727, p. 26. Para. 60.

79. Law of Charter concerning the Prohibition of the Use of Force.

80. Tladi, Dire, Fourth Report, *op.cit.*, p. 26, para. 60.

81. *Ibid.*, p. 27, para. 62.

ممنوعیت توسل به زور» تعبیر و بیانی از قاعده منع تجاوز قلمداد شده (هرچند در واقع چنین نیست) که فروکاست عبارت مزبور به نفع قاعده منع تجاوز است.

ب. شناسایی محدود و پراکنده آمره بودن منع توسل به زور در رویه دولت‌ها

بررسی اظهارات و مواضع نمایندگان دولت‌ها در کنفرانس‌ها و مذاکرات مرتبط با تصویب این اسناد و معاهدات نشان می‌دهد که رویه دولت‌ها در خصوص شناسایی ماهیت آمره برای قاعده منع توسل به زور، محدود و پراکنده است. از میان ۱۹۳ عضو سازمان ملل متحد،^{۸۲} تنها ۳۸ عضو چنین ماهیتی را برای قاعده منع توسل به زور پذیرفته‌اند که چیزی کمتر از ۲۰ درصد اعضای آن است.^{۸۳} بقیه دولت‌ها عمدتاً موضعی نگرفتند و سکوت کرده‌اند، هرچند «سکوت نه به معنای رد است و نه تأیید».^{۸۴} اما باید توجه داشت که در اینجا هدف، احراز ماهیت امری قاعده منع توسل به زور یا منع تجاوز است؛ بنابراین باید شواهد کافی در این خصوص ارائه شود و سکوت کافی نیست. شاید سکوت یا در واقع رد نکردن برای ایجاد یک قاعده جدید حقوق بین‌الملل عرفی کفایت کند اما برای ایجاد قاعده آمره کافی نیست. «برای آمره‌قلمدادشدن قاعده باید حتماً برخی ضوابط اثبات‌گرایانه رعایت شود».^{۸۵} در نتیجه داده‌های فوق باید گفت قاعده منع توسل به زور، شاخص پذیرش و شناسایی از سوی دولت‌ها را ندارد.

دیوان بین‌المللی دادگستری نیز در قضیه نیکاراگوئه پس از احراز ماهیت عرفی قاعده منع توسل به زور، به بنیادین و اساسی‌قلمدادشدن اصل منع توسل به زور در اظهارات نمایندگان دولت‌های طرف دعوا و کمیسیون حقوق بین‌الملل اشاره می‌کند. اما خود «دیوان به‌عنوان اکثریت چنین چیزی را صراحتاً تأیید نکرده است»^{۸۶} و از بررسی آن در حالی که از فرصت بسیار خوبی برخوردار بود، امتناع ورزید. بنابراین دیوان صراحتاً و به‌روشنی امری بودن قاعده را نپذیرفت. البته شکی نیست که دیوان اشاره‌ای تأییدآمیز به این قضیه داشت ولی عدم بیان صریح آن از سوی اکثریت در فرازی از رأی قابل توجه و پرسش‌برانگیز است.

82. <<http://www.un.org/en/sections/member-states/membership-principal-un-organs/index.html>>, Last visited on Mar. 26 2017.

83. البته نگارندگان افزوده‌شدن بر فهرست فوق را غیرممکن نمی‌دانند چرا که ناگزیر از تحدید جامعه آماری خود بوده است؛ هرچند افزایش قابل توجه تعداد دولت‌های حامی آمره بودن قاعده منع توسل به زور را با توجه به رویه موجود در مقاطع فوق بعید می‌داند. برای فهرست دقیق این کشورها، ن. ک: کیوان بهزادی؛ *چالش‌های شناسایی ماهیت آمره برای قاعده منع توسل به زور*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۵.

84. Green, J. A., *op.cit.*, p. 253.

85. *Ibid.*, p. 257.

86. *Ibid.*, p. 224.

۲-۲. تخطی و اعتذار از قاعده منع توسل به زور

در این قسمت، قاعده منع توسل به زور از لحاظ تخطی‌ناپذیری بررسی می‌شود. نخست، استثنای دفاع مشروع و سپس قابلیت اعتذار از قاعده مزبور به موجب دفاع مشروع و ضرورت بررسی می‌شود. در نهایت، ضمن اشاره به استثنای توسل به زور در قالب نظام امنیت جمعی، ناسازگاری آمره بودن آن با بستر بین‌المللی بیان خواهد شد.

الف. تخطی از قاعده منع توسل به زور به موجب دفاع مشروع

نظام توسل به زور در منشور ملل متحد بر سه ستون استوار است: اول، منع تهدید و توسل به زور (بند ۴ ماده ۲). دوم، اقدام نظامی بر مبنای مجوز شورای امنیت (ماده ۴۲) و سوم، دفاع مشروع (ماده ۵۱).^{۸۷} ستون‌های دوم و سوم چنانچه حقوق‌دانانی چون برونو سیمما^{۸۸} و خود کمیسیون^{۸۹} اذعان داشته‌اند، استثنای قاعده منع هستند، در حالی که «پیامد نظام قاعده آمره، ممنوعیت کامل همه اعمال مخالف با قاعده امری است».^{۹۰} بر این اساس می‌توان ادعا کرد «قاعده ممنوعیت توسل به زور، مطلق نیست که بر اساس آن همه اعمال مخالف مورد قضاوت قرار گیرند. در اینجا قاعده‌ای کلی - قاعده‌ای که استثنا می‌پذیرد - مطرح است که [استثنائات] آن به صورت توجیه توسل به زور ظاهر می‌شوند».^{۹۱}

دفاع مشروع از دو جنبه مانع آمره بودن قاعده منع توسل به زور است؛ نخست آنکه استثنای ممنوعیت توسل به زور است. پیامد این امر این است که: «منع توسل به زور، آنچنان که در بند ۴ ماده ۲ منشور ملل متحد آمده، مطلق نیست. این قاعده بسته به شرایط معین اعمال می‌شود... [که] حق دفاع مشروع مندرج در ماده ۵۱ منشور ملل متحد مصداق آن است».^{۹۲} در نتیجه قاعده منع توسل به زور به علت وجود استثنای دفاع مشروع نمی‌تواند آمره قلمداد شود. حال باید دید آیا راهکاری وجود دارد که بتواند این مشکل را حل کند؟

وجود استثنا در یک حالت نمی‌تواند مانع آمره قلمداد شدن قاعده منع توسل به زور باشد. در این حالت باید بند ۴ ماده ۲ به‌عنوان بیان مورد قبول از قاعده آمره منع توسل به زور کنار گذاشته شود و بیان صحیح و کاملی از قاعده آمره منع توسل به زور ارائه شود که دفاع مشروع و اقدام نظامی

۸۷. کاسسه، آنتونیو؛ نقش زور در روابط بین‌الملل، ترجمه: مرتضی کلانتریان، چاپ دوم، آگه، ۱۳۹۳، صص ۶۴-۶۵.

۸۸. Simma, B., "NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects", *European Journal of International Law*, Vol. 10, 1999, p. 3.

۸۹. I.L.C. Rep., *YBILC*, Vol. 2, 1976, p. 105, U.N. Doc. A/31/10.

۹۰. Kahgan, Carin, "Jus Cogens and the Inherent Right to Self-Defense", *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol. 3, 1996-1997, p. 825.

۹۱. Kritsiotis, D., "When States Use Armed Force", in: *The Politics of International Law*, Christian Reus-Smit ed., 2004, p. 49, in: Green, J.A., *op.cit.*, p. 229, N. 68.

۹۲. *Ibid.*

ذیل نظام امنیت جمعی را هم در بر بگیرد. یعنی با آوردن دفاع مشروع و نظام امنیت جمعی در گستره قاعده منع، استثنا در قاعده گنجانده شود تا قاعده در ظاهر فاقد استثنا شود. در نتیجه «قاعده منع توسل به تنهایی امری نیست بلکه همه قواعد حاکم بر توسل به زور در حقوق بین الملل از جمله قواعد حاکم بر دفاع مشروع ... نیز باید آمره قلمداد شوند».^{۹۳}

به باور لیندرفالک، آمره دانستن دفاع مشروع، مشکلاتی در پی دارد. اول آنکه «در حقوق بین الملل مدرن، در واقع دو حق دفاع مشروع وجود دارد ... یک حق دفاع مشروع مندرج در ماده ۵۱ منشور ملل متحد و دیگری حق دفاع مشروع عرفی. حق دفاع مشروع عرفی شامل دفاع پیش‌دستانه نیز هست، در حالی که دفاع مشروع منشور چنین چیزی را در بر نمی‌گیرد ... به عبارت دیگر، حق [معاهداتی] دفاع مشروع مندرج در ماده ۵۱ با حق عرفی آن تعارض دارد».^{۹۴} منشور فقط مانع استناد به برخی جنبه‌های عرفی دفاع مشروع است کما اینکه دیوان در قضیه نیکاراگوئه با اتکا به قاعده عرفی منع توسل به زور و دفاع پیش‌دستانه، به نوعی محتوای عرفی این دو قاعده عرفی را زنده کرد. «رای دیوان استدلال می‌کند قاعده معاهداتی و قاعده عرفی هر دو از یک اصل بنیادین مشترک و یک قاعده خودمختار عرفی برخاسته‌اند که در نهایت تصمیم دیوان را کنترل می‌کنند».^{۹۵}

به عبارت دیگر ممکن است تعریف، گستره، شرایط، قیود و استثنای قاعده منع توسل به زور یکسان نباشد. حال باید پرسید کدام بیان کدام منبع آمره است؟ هر بیان در چه جایگاهی باید استفاده شود؟ این دوگانگی محتوا خود مشکلی برای آمره‌تلقی کردن قاعده منع توسل به زور است. همچنین احراز اینکه چه چیزی دفاع مشروع است دو شاخص ضرورت و تناسب را مطرح، و دامنه قاعده آمره منع توسل به زور را باز هم گسترده‌تر می‌کند. در واقع شبکه‌ای درهم‌تنیده و پیچیده از قواعد که هر کدام در سطوح مختلفی قرار می‌گیرند باید ماهیت امری یابند^{۹۶} که آمره‌قلمداد کردن آن‌ها به هیچ‌وجه ممکن نیست. برای نمونه، با چه استدلالی می‌توان آمره‌خواندن گزارش به شورای امنیت را پذیرفت بخصوص که حق عرفی دفاع نیز فاقد چنین الزامی است.

از طرف دیگر، حق دفاع مشروع از آزمون دو شاخص قاعده آمره یعنی شناسایی توسط دولت‌ها و تخطی‌ناپذیری، موفق بیرون نخواهد آمد. در دایره اسناد بررسی‌شده این تحقیق، رویه‌ای در خصوص آمره‌بودن دفاع مشروع از سوی دولت‌ها پیدا نشد. همچنین باید توجه داشت دفاع مشروع در منشور،

93. Orakhelashvili. A., *Peremptory Norms in International Law*, Oxford, 2006, p. 51 in: Green, J.A., *op.cit.*, p. 230. Kahgan, C., *op.cit.*, p. 781.

94. Linderfalk, Ulf, "The Effect of Jus Cogens Norms: Whoever Opened Pandora's Box, Did You Ever Think about the Consequences?", *European Journal of International Law*, Vol. 18, No. 5, 2008, p. 861.

95. Christenson, Gordon A., "The World Court and Jus Cogens", *American Journal of International Law*, Vol. 81, No. 1, 1987, p. 99.

96. Green, J.A., *op.cit.*, p. 234.

خود استثنا است و تحت نظارت شورای امنیت انجام می‌گیرد و به محض اقدام شورا فاقد وصف قانونی خواهد بود در حالی که قاعده امری مطلق است و اجرای آن توسط هیچ نهادی قابل ترک نیست. در نهایت، این رویکرد منجر به ارائه بیانی از قاعده آمره می‌شود که هر چند ظاهراً جامع است، به واسطه تجمیع و تخلیص چند منبع (بند ۴ ماده ۲، ماده ۵۱ و البته حقوق بین‌الملل عرفی) طولانی، پیچیده، مبهم و دارای شروط مختلف است که برخی از جنبه‌های آن به شدت اختلافی و مناقشه‌برانگیز است. «یک قاعده ناب و ساده [در مورد قاعده منع توسل به زور] به دست نخواهد آمد. این قاعده به خودی خود نمی‌تواند امری باشد چرا که دارای استثنا است. علاوه بر این نمی‌توان با ادغام کلیه قواعد مرتبط، به یک امر قاعده آمره [از نوع فوق] دست یافت. این امر به معنای بالابردن [ارزش حقوقی] تهدید به زور یا الزام به گزارش یا تعدادی دیگر از قواعد خرد و شکلی به مرتبه یک قاعده بنیادین امری است».^{۹۷}

در مقابل، در حالی که دفاع مشروع یکی از انواع توسل قانونی به زور است و بنابراین استثنای قاعده منع توسل به زور با هر محتوایی است، دفاع مشروع بنا به تعریف، خارج از دامنه قاعده منع تجاوز است. اصولاً دفاع مشروع در برابر تجاوز صورت می‌گیرد و در نتیجه، تجاوز بر دفاع مقدم است و مشروعیت و قانونی بودن دفاع، منوط به وقوع تجاوز است. از این منظر، نوعی پیوند میان این دو مفهوم وجود دارد به طوری که گفته شده «تکامل ایده دفاع مشروع در حقوق بین‌الملل در پیوند با منع تجاوز بوده است».^{۹۸} با این حال، این دو در مقابل هم تعریف می‌شوند و در نتیجه دفاع مشروع نمی‌تواند استثنایی بر قاعده منع تجاوز باشد و همچنین نمی‌تواند عامل رفع وصف متخلفانه تجاوز شود. مشخص است که پرسش‌ها و چالش‌های دفاع مشروع برای پیش‌فرض آمره بودن منع توسل به زور اساساً برای قاعده منع تجاوز قابلیت طرح ندارند.

ب. قابلیت اعتذار از قاعده منع توسل به زور

دومین جنبه از دفاع مشروع که مانع آمره بودن قاعده منع است این است که دفاع مشروع، عامل رافع وصف متخلفانه توسل به زور نیز هست. ماده ۲۱ مواد پیش‌نویس طرح مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها مقرر می‌دارد در صورتی که دولتی مبادرت به انجام اقدام دفاعی قانونی مطابق منشور ملل متحد کند، آن عمل فاقد وصف متخلفانه خواهد بود.^{۹۹} بنابراین دفاع مشروع، توجیه توسل به زور در قالب دفاع مشروع است. این در حالی است که بر اساس ماده ۲۶ همین طرح، عوامل رافع وصف

97. *Ibid.*, p. 233.

98. I.L.C. Rep., *YBILC*, Vol. 2, 1980, p. 52, U.N. Doc. A/CN.4/318/Add.5-7. in: Dinstein, Y., *War, Aggression and Self-Defence*, Cambridge University Press, 5th Ed., 2011, p. 189.

99. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, *YBILC*, 2001, Vol. II, Part Two, Art. 21.

متخلفانه نمی‌توانند به‌عنوان توجیه و عذر نقض تعهدات ناشی از قواعد امری حقوق بین‌الملل مورد استناد و اتکا قرار گیرند.^{۱۰۰} چنان‌که پیداست، قاعده آمره غیرقابل اعتذار است ولی توسل به زور مطابق با ماده ۲۱ قابل اعتذار و توجیه است. در شرح کمیسیون بر ماده مزبور، هیچ اشاره‌ای به امری بودن قاعده منع توسل نشده و تنها در خصوص تعهدات ناشی از حقوق بشردوستانه بین‌المللی مقررات غیرقابل تخطی حقوق بشری، به غیرقابل استناد بودن دفاع مشروع اشاره شده است.^{۱۰۱}

یکی دیگر از مبانی توجیه عمل متخلفانه بین‌المللی به‌موجب ماده ۲۵ طرح ضرورت است.^{۱۰۲} دولت‌ها بعضاً برای توجیه توسل به زور در عرصه بین‌المللی به ضرورت استناد کرده‌اند. برای نمونه ایالات متحده در قضیه نیکاراگوئه برای توجیه توسل به زور به دفاع مشروع ضرورت استناد کرد.^{۱۰۳} ولی دیوان ضرورت را احراز نکرد.^{۱۰۴} ولی اعلام هم نکرد چون قاعده منع توسل، آمره است. بنابراین نمی‌توان به ضرورت استناد کرد. در قضیه سکوهایی نفتی نیز امریکا مدعی شد حملات ایران موجب بروز ضرورت برای دفاع مشروع شد.^{۱۰۵} دیوان در این قضیه نیز اعلام کرد در خصوص بروز ضرورت قانع نشده و در نتیجه توسل ایالات متحده به زور ضروری نبود.^{۱۰۶}

پیش‌فرض این پرسش این است که توسل به زور، انواع مختلفی دارد که برخی از آن‌ها آمره نیستند. اگر همه انواع توسل به زور به‌طور مطلق آمره باشد، دیگر این پرسش جای طرح ندارد چرا که عوامل رافع وصف متخلفانه در برابر قواعد امری قابلیت استناد ندارند. دیوان این تفکیک را پذیرفته و میان شدیدترین انواع توسل به زور که حمله مسلحانه است و سایر انواع خفیف‌تر توسل به زور، تفکیک قائل شده و قواعد قابل اعمال بر این دو گونه را متفاوت دانسته است.^{۱۰۷} آگو نیز ضمن پذیرش تفکیک، ضرورت را برای توجیه عمل تجاوز قابل استناد ندانسته^{۱۰۸} اما در خصوص انواع خفیف‌تر می‌گوید «به نظر ما رویه سازمان ملل تا کنون به اندازه کافی در این خصوص مفصل و قاطع نبوده تا بتوان پاسخی قطعی و مطمئن به پرسش مطرح شده داد».^{۱۰۹} ولی تأکید می‌کند از عدم استناد به ضرورت نمی‌توان نتیجه گرفت که این مبنا کلاً مورد قبول نیست چرا که دلایلی از قبیل سختی اثبات ضرورت یا اشاره به تخلف دولت میزبان نیز می‌توانست در این امر اثرگذار

100. *Ibid.*, Art. 26.

101. *Ibid.*, Commentary of Art. 21, p. 74.

102. *Ibid.*, Art. 25.

103. *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, Merits, 1986, I.C.J. Rep., 27 Jun. 1986, para. 34.

104. *Ibid.*, para. 237.

105. *Case Concerning Oil Platforms*, Merits, 2003, I.C.J. Rep., 6 Nov. 2003, para. 62.

106. *Ibid.*, para. 76.

107. *Nicaragua*, Merits, 1986, I.C.J. Rep., 27 Jun. 1986, para. 191.

108. Ago, R., *YBILC*, Vol. 2(1), 1980, p. 21, para. 16, U.N. Doc. A/CN.4/318/Add.5-7.

109. *Ibid.*, p. 44, para. 66.

باشد.^{۱۱۰} تمایز بین انواع شدید و خفیف توسل به زور از دید کرافورد پنهان نمانده، هرچند وی بدون پاسخ‌دادن به این امر به‌درستی به این نتیجه می‌رسد که تمایز قائل شدن بین ماهیت امری برای برخی جنبه‌های قواعد حاکم بر توسل به زور و خلاف آن برای سایر جنبه‌ها موجب بروز پرسش‌های پیچیده‌ای است.^{۱۱۱}

اما کمیسیون حقوق بین‌الملل «... در نهایت، ضرورت را چارچوب مناسبی برای مسئله مداخله بشردوستانه یا کلی‌تر استثنائات بند ۴ ماده ۲ منشور ملل متحد نیافت»^{۱۱۲} و در شرح خود بر ماده ۲۵ طرح مسئولیت دولت‌ها پس از بحثی مختصر و با اشاره به سابقه اندک استناد به ضرورت برای توجیه انواع خفیف‌تر توسل به زور اعلام کرد «این پرسش که آیا مداخلات بشردوستانه مبتنی بر زور که متعاقب فصل هفتم و هشتم منشور ملل متحد مجاز شمرده نشده‌اند، در حقوق بین‌الملل مدرن قانونی هستند، در شمول ماده ۲۵ قرار نمی‌گیرد».^{۱۱۳} کرافورد، سومین گزارشگر ویژه کمیسیون در زمینه مسئولیت دولت‌ها نیز نظری مشابه با کمیسیون داشت و ضرورت را چارچوب توجیهی مناسبی نمی‌دید.^{۱۱۴} اما حقیقت این است که نه آگو و نه کمیسیون به‌طور کلی و محکم، منکر امکان استناد به ضرورت نشده‌اند و کمیسیون فقط توجیه مداخله بشردوستانه بنا به ضرورت را خارج از شمول ماده ۲۵ دانست. بنابراین به نظر می‌رسد این مسئله باز و بی‌پاسخ مانده است.

ج. ناسازگاری امره‌بودن منع توسل به زور با ساختار جامعه بین‌المللی

مبنای دیگر توسل قانونی به زور در منشور ملل متحد، اقدام نظامی بر مبنای مجوز شورای امنیت است. توسل به زور با مجوز شورای امنیت، عنصری از نظام امنیت جمعی است که شاید جایگاه و کارکرد در نظر گرفته‌شده برای آن از هر قسمت دیگر منشور مهم‌تر و بنیادین‌تر باشد. نظام امنیت جمعی بدیل خودیاری^{۱۱۵} در روابط بین‌المللی است. اما نظام امنیت جمعی حاوی واکنش همگانی به نقض و یاری‌رسانی متقابل به دولت قربانی نقض است. بر اساس ایده زیربنایی امنیت جمعی «...توازن انتظام‌یافته و نهادینه‌شده مبتنی بر ایده همه علیه یکی، ثبات بیشتری را در مقایسه با توازن انتظام‌نیافته خودیاری مبتنی بر ایده هرکس برای خودش» به ارمغان می‌آورد.^{۱۱۶}

110. *Ibid.*

111. James Crawford, Special Rapporteur, "Second Report on State Responsibility", *Int'l L. Comm'n*, 51st Sess., at 24-33, 275-91., U.N. Doc.A/CN.4/498/Add.2 (1999) in: Laursen, Andreas, "The Use of Force and (the State of) Necessity", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 37, 2004, p. 511.

112. *Ibid.*, p. 513.

113. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, *YBILC*, 2001, Vol. II, Part Two, and Commentary of Art. 25, p. 84.

114. Laursen, A., *op.cit.*, p. 513.

115. Self-help

116. Kupchan, C.A., Kupchan, C.A., "The Promise of Collective Security", *International Security*, Vol. 20, No. 1, 1995, p. 52.

کلسن سه وضع خودیاری، امنیت جمعی و امنیت جمعی پیشرفته را از هم تفکیک کرده است. در خودیاری هر دولتی عملاً برای دفاع از حقوق خود و واکنش به نقض آن‌ها در برابر دولت ناقض تنها است و از گستره‌ای از اقدامات غیرقهرآمیز و قهرآمیز برخوردار است. در امنیت جمعی، حفاظت از حقوق دولت‌ها بنا به سند مؤسس جامعه بین‌المللی بر عهده همه اعضا قرار دارد و همه موظف به کمک‌رسانی به دولت آسیب‌دیده هستند.^{۱۱۷} در این حالت، اقدامات اجرایی علیه دولت ناقض به صورتی متمرکزتر توسط یک نهاد مرکزی جامعه بین‌المللی تصمیم‌گیری و اجرا می‌شود.^{۱۱۸} یکی از انواع این اقدامات، توسل به زور است. «چنین توسل به زور متمرکزی ممکن است با تحمیل تعهد به خودداری دولت‌های عضو از توسل به زور به ابتکار خودشان همراه شود... که ترک کامل اصل خودیاری است...»^{۱۱۹} در واقع نظام امنیت جمعی تنها در صورت تعهد دولت‌ها به خودداری از توسل به زور قابلیت تحقق دارد. وضع سوم هم وضع پیشرفته نظام امنیت جمعی است که دولت‌ها خلع سلاح شده و فقط نیروی پلیسی برای حفظ نظم و قانون در اختیار دارند.

نظام کنونی بین‌المللی در وضع دوم قرار دارد. در وضع دوم یا وضع کنونی نظام بین‌الملل، مهم‌ترین مسئله، انحصار توسل به زور است؛^{۱۲۰} یعنی در وضعی مشابه با جامعه داخلی که اعمال زور و اقدامات قهرآمیز منحصراً توسط دولت انجام می‌گیرد، در جامعه بین‌المللی کنونی نیز تنها شورای امنیت می‌تواند به زور متوسل شود و دفاع مشروع، موقتی، استثنایی و در چارچوب نظام امنیت جمعی و تحت نظارت شورای انجام می‌شود. دفاع مشروع به باور کلسن «... نوع خاصی از خودیاری است که تنها در برابر نقض قاعده‌ای معین یعنی توسل غیرقانونی به زور و نه سایر نقض‌ها»^{۱۲۱} قابل اجرا است. در واقع دو گونه واکنش در هنگام وقوع حمله مسلحانه انجام می‌شود: نخست دفاع مشروع توسط قربانی حمله و دیگری اقدامات شورای امنیت علیه متجاوز برای حفظ و اعاده صلح و امنیت بین‌المللی. «... اقدامات دولت قربانی در دفاع مشروع و سازمان ملل در قالب امنیت جمعی، سازگار، مکمل و با یکدیگر هم‌زیست هستند»^{۱۲۲} و گسستی میان این دو نیست. نظام امنیت جمعی مبتنی بر یکی دیگر از جنبه‌های اساسی حقوق داخلی یعنی انحصار توسل به زور است. این بُعد از منشور، نوعی انتقال یک ایده بنیادین دیگر مانند نظریه قاعده آمره از حقوق داخلی به حقوق بین‌الملل است. حال «اگر سازمان [ملل] مطابق مقررات خود عمل کند، دیگر

117. Kelsen, Hans, "Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *American Journal of International Law*, Vol. 42, 1948, p. 783.

118. *Ibid.*

119. *Ibid.*, p. 784.

120. *Ibid.*

121. *Ibid.*

122. Kahgan, C., *op.cit.*, p. 822.

نیازی به توسل یک‌جانبه به زور نخواهد بود»^{۱۲۳} و زور تنها توسط شورای امنیت اعمال می‌شود و دفاع هم به صورت محدود و تا به کارافتادن نظام امنیت جمعی از سوی دولت قربانی انجام می‌گیرد اما «در موردی که جامعه‌ای بر اساس اصل امنیت دسته‌جمعی سازمان یافته ولی به علت عمل نکردن این نظام، دفاع مشروع اتفاق می‌افتد، مسئله کاملاً متفاوت است».^{۱۲۴}

در این حالت، سازوکار متمرکز حمایت از تابع نظم نتوانسته به شکل مؤثر و قابل قبولی به وظیفه خود عمل کند و عملاً چاره‌ای برای دولت به جز بازگشت به ابزارهای خودیاری یا ابزارهای پیشا امنیت جمعی نمی‌ماند. در واقع «اگر هریک از اعضا مجاز به اقدام برای حفاظت از خود نباشد، باید به واسطه اقدام از سوی نهاد مرکزی جامعه مورد حفاظت قرار گیرد».^{۱۲۵} در غیر این صورت نمی‌توان انتظار داشت تابع بی‌عمل بماند و امیدوار به سازوکار غیرمؤثر باشد. این امر، نوعی تنزل از وضع دوم به وضع اول یعنی از نظام امنیت جمعی به وضع خودیاری است.

حقوق دانان بین‌المللی چون شاختر^{۱۲۶} و ویزبرد^{۱۲۷} بر کم‌اثری و ناکامی نسبی رژیم منشور در زمینه توسل به زور و نظام امنیت جمعی در عمل تأکید داشته‌اند چرا که توسل به زور به صورت گسترده و شدید در جامعه بین‌المللی رخ داده و تنها موارد اندکی در قالب فصل هفتم منشور بوده است.^{۱۲۸}

همچنین شورای امنیت نتوانست موافقت‌نامه‌های خاص ماده ۴۳ را که نیروی نظامی تحت فرمان نظام امنیت جمعی بنا به آن تشکیل می‌شد منعقد کند. «به واسطه تفاوت‌های حل‌ناشدنی بلوک غرب و شرق بر سر اندازه، ترکیب، تجهیزات، منابع و استقرار این نیروها، شورا نتوانست به توافق برسد»؛^{۱۲۹} یعنی عملاً شورای امنیت یکی از ابزارهای مهم پیش‌بینی شده در منشور برای ایفای نقش را از دست داد و وابسته به نیروهای نظامی دولتها شد. در نبود چنین نیرویی، مدل رایج توسل به زور در چاقوب فصل هفتم تا کنون اعطای مجوز به دولتها در قالب ائتلاف موقتی بوده است.^{۱۳۰}

انحصار توسل به زور از آن جهت حیاتی است که پیوند تنگاتنگی با ممنوعیت تهدید و توسل

123. Reisman, W. M., "Coercion and Self-Determination: Construing Charter Article 2(4)", *American Journal of International Law*, Vol. 78, No. 3, 1984, p. 642.

124. Kelsen, H., *op.cit.*, p. 785.

125. *Ibid.*, p. 789.

126. Schachter, Oscar, "The Right of States to Use Armed Force", *Michigan Law Review*, Vol. 82, No. 5/6, 1984, p. 1620.

127. Weisburd, A. M., *Use of Force: The Practice of States Since World War II*, 1997, p. 308, and Delahunty, R. J., "Paper Charter: Self-Defense and the Failure of the United Nations Collective Security System", *Catholic University Law Review*, Vol. 56, 2007, pp. 927-928.

128. *Ibid.*, p. 931.

129. *Ibid.*, p. 893.

130. Simma, B., *op.cit.*, p. 4.

به زور دارد. در واقع در نظامی که زور منحصرأ توسط نهادی معین اعمال می‌شود، ممنوعیت معنا دارد. اگر زور به صورت غیرمتمرکز و پراکنده و با توجیهاات و بهانه‌های قانونی و غیرقانونی مختلف و با نادیده گرفتن نهاد مرکزی اعمال شود، قاعده منع توسل نیز دچار چالش می‌شود. نظام امنیت جمعی به خاطر جنگ سرد به صورت نسبی به وضع خودیاری تنزل یافت که اتحادهای نظامی و سیاسی متعارض در برابر هم قرار داشتند و از اعضا محافظت می‌کردند. در همین راستا «پیدایش نظام امنیتی گزینشی مانند سازمان پیمان آتلانتیک شمالی (ناتو) در ۱۹۴۹ که در عمل، اتحادی دفاعی، نظامی و سیاسی سنتی بوده است و [پیمان ورشو] شاهدهی...» بر این مدعاست.^{۱۳۱}

پس وضعیتی به وجود می‌آید که نظام امنیت جمعی موفقیت چندانی در تحقق کارکردهایش نداشته و ابزارهای خودیاری نیز حداقل به لحاظ حقوقی از دولت گرفته شده است. در اینجا است که دولت‌ها به ابزارهای مختلفی برای توسعه حق خود بر انجام اقدام خودیاری روی می‌آورند. در رژیم توسل به زور، ماده ۵۱ تنها مبنایی است که دولت‌ها می‌توانند با استناد بدان توسل به زور خود را قانونی جلوه دهند. دولت‌ها با تفسیر موسع از ماده ۵۱ کوشیده‌اند موارد جدیدی را توسل به زور قانونی جلوه دهند. در واقع در این حالت، دفاع مشروع دیگر استثنایی، موقتی و «...اقدامی اجتناب‌ناپذیر در چارچوب نظام امنیت دسته‌جمعی نیست بلکه جایگزین آن است...».^{۱۳۲} در واقع ناتوانی شورای امنیت در انجام وظایف‌اش به طور خاص و ناتوانی نظام امنیت دسته‌جمعی به طور عام، موجب شده تابعان نظم، رو به توسل یکجانبه به زور بیاورند. «حقوق بین‌الملل هم توسل یکجانبه به اجبار را به یک دلیل ساده و چاره‌ناپذیر تحمل کرده است. در نبود ساختارهای جامعه سازمان‌یافته برای تضمین اجرای حقوق بین‌المللی و در صورت لزوم تغییر آن‌ها، دولت‌های قربانی، راهکاری جز توسل به ابزارهای خود ندارند».^{۱۳۳}

پیش‌فرض امره بودن قاعده منع توسل به زور و حتی همانند خود نظریه قاعده امره در وضعیتی قابلیت تحقق دارد که قدرت برتر بتواند در برابر نقض حقوق، واکنش مؤثر نشان دهد و در صورت نیاز، منحصرأ به زور متوسل شود. وقتی تابع نظام نمی‌تواند امیدی به واکنش مؤثر نظام برای احقاق حقوق‌اش داشته باشد و مجبور به توسل به اقدام خودیاری از جمله توسل به زور می‌شود، دیگر مطلق و امره خواندن ممنوعیت توسل به زور معنایی ندارد؛ به دیگر سخن، امره بودن منع توسل در نظامی ممکن است که زور به صورتی مؤثر توسط نهاد مرکزی معینی و بر اساس قواعد حقوقی اعمال می‌شود.

به نظر می‌رسد پیش‌فرض امره بودن منع توسل نمی‌تواند با محیط بین‌المللی سازگاری داشته باشد و نمی‌تواند با پیچیدگی ناشی از پویایی مستمر روابط و بازیگران بین‌المللی همراه شود. علاوه

131. Delahunty, R. J., *op.cit.*, p. 927.

132. Kelsen, H., *op.cit.*, p. 785.

133. Reisman, W. M., *op.cit.*, p. 642.

بر این و در بُعدی دیگر، اقدام نظامی شورای امنیت، خود استثنایی بر قاعده مطلق و تخطی‌ناپذیر منع توسل به زور است. نمی‌توان توسل به زور در چارچوب نظام امنیت جمعی را امره دانست چرا که خود، سازکار حمایت از قربانی توسل به زور و چارچوب توسل به زور است.

نتیجه

قاعده امره علی‌رغم اهمیت و آثار عمیق و گسترده‌ای که بر نظام حقوق بین‌الملل داشته، هنوز محتوای دقیقی نیافته است. همچنین انتقال نظریه قاعده امره از حقوق داخلی به حقوق بین‌الملل، آن را دچار دگردیسی کرده و از مفهوم فرا ارادی به مفهومی مبتنی بر اراده جمعی دولت‌ها مبدل کرده است. علت دگردیسی، ناسازگاری نظریه مزبور با ساختار جامعه بین‌المللی است که آن را دستخوش چنین تحولی نموده است. به هر حال و علی‌رغم ابهام موجود درباره چیستی و آثار قاعده امره، از متن ماده ۵۳ کنوانسیون، سه شاخص عام‌بودن، شناسایی و پذیرش دولت‌ها و تخطی‌ناپذیری به دست می‌آید که هر قاعده‌ای برای امره قلمداد شدن باید با آن‌ها سنجیده شود. در نتیجه این سنجش باید گفت باور گسترده به امره‌بودن منع توسل به زور علی‌رغم رواج و اهمیت کارکردی این قاعده صحیح نیست. امره‌بودن قاعده منع توسل به زور به میزان کافی مورد شناسایی و پذیرش دولت‌ها قرار نگرفته است. این قاعده قابل تخطی و اعتذار است و به واسطه ناکارآمدی نظام امنیت جمعی و شکاف‌های آن، بستری برای امره‌شدن ندارد.

در مقابل به نظر می‌رسد بتوان قاعده منع تجاوز را به‌عنوان قاعده امره حقوق بین‌الملل توسل به زور پیشنهاد کرد چرا که سازگاری بیشتری با شاخص‌های قاعده امره دارد. این قاعده به‌واقع تخطی‌ناپذیر و فاقد استثنا است و از این منظر، شاخص ماهوی قاعده امره را دارد. همچنین تخطی‌ناپذیری (یا امره‌بودن) این قاعده، از شناسایی و پذیرش بیشتری در جامعه بین‌المللی برخوردار است و از سویی جرم بین‌المللی است و پیوند عمیقی میان جرائم بین‌المللی و قواعد امره وجود دارد.

منابع:

الف. فارسی

– کتاب

- فلسفی، هدایت‌الله؛ حقوق بین‌الملل معاهدات، چاپ سوم، ویراست سوم، فرهنگ نشر نو، ۱۳۹۱.
- کاسسه، آنتونیو؛ نقش زور در روابط بین‌الملل، ترجمه: مرتضی کلانتریان، چاپ دوم، آگه، ۱۳۹۳.

– مقاله

- زمانی، سیدقاسم؛ «جایگاه قاعده آمره در میان منابع حقوق بین‌الملل»، نشریه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۲۲، بهار و تابستان ۱۳۷۷.

ب. انگلیسی

- Books

- Dinstein, Yoram, *War, Aggression and Self-Defence*, Cambridge University Press, 5th Ed., 2011.
- Goldstein, J. S., Pevehouse, J. C., *International Relations*, Pearson, 2014.
- Weisburd, A. M., *Use of Force: The Practice of States Since World War II*, Penn State University Press; 1st Edition, 1997.

- Articles

- Akehurst, Michael, “The Hierarchy of the Sources of International Law”, *British Yearbook of International Law*, Vol. 47, 1975.
- Bassiouni, M. Cherif., “International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes”, *Law & Contemporary Problems*, Vol. 59, 1996.
- Charlesworth, Hilary, Chinkin, Christine, “The Gender of Jus Cogens”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 15, 1993.
- Christenson, Gordon A., “The World Court and Jus Cogens”, *American Journal of International Law*, Vol. 81, No. 1, 1987.
- D’Amato, Anthony, “It’s Bird, It’s a Plane, It’s Jus Cogens”, *Connecticut Journal of International Law*, Vol. 6, No. 1, 1990.
- Delahunty. Robert J., “Paper Charter: Self-Defense and the Failure of the United Nations Collective Security System”, *Catholic University Law Review*, Vol. 56, Issue 3, 2007.
- Focarelli, Carlo, “Promotional Jus Cogens: A Critical Appraisal of Jus Cogens’ Legal Effects”, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 77, 2008.

- Green, J. A., "Questioning the Peremptory Status of the Prohibition of the Use of Force", *Michigan Journal of International Law*, Vol. 32, Issue 2, 2011.
- Johnson, Samuel J., "Jus Cogens: Theory, Case Studies, Justifications and Problems of International Peremptory Norms", *Grove City College Journal of Law and Public Policy*, Vol. 5, 2014.
- Kahgan, Carin, "Jus Cogens and the Inherent Right to Self-Defense", *ILSA J. International & Comparative Law*, Vol. 3, 1996-1997.
- Kelsen, Hans, "Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *American Journal of International Law*, Vol. 42.
- Kupchan, Charles, A., Kupchan, Clifford A., "The Promise of Collective Security", *International Security*, Vol. 20, No. 1, 1995.
- Laursen, Andreas, "The Use of Force and (the State of) Necessity", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 37, 2004.
- Linderfalk, Ulf, "The Effect of Jus Cogens Norms: Whoever Opened Pandora's Box, Did You Ever Think about the Consequences?", *European Journal of International Law*, Vol. 18, No. 5, 2008.
- Reisman, W. Michael, "Coercion and Self-Determination: Construing Charter Article 2(4)", *American Journal of International Law*, Vol. 78, No. 3, July 1984.
- Schachter, Oscar, "The Right of States to Use Armed Force", *Michigan Law Review*, Vol. 82, No. 5/6, 1984.
- Schwarzenberger, Georg, "International Jus Cogens?", *Texas Law Review*, Vol. 43, 1964-1965.
- Simma, Bruno, "NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects", *European Journal of International Law*, Vol. 10, 1999.
- Stephan, Paul B., "The Political Economy of Jus Cogens", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 44, 2011.
- Tunkin, Grigory I., "Jus Cogens in Contemporary International Law", *University of Toledo Law Review*, Vol. 3, 1971.
- Verdross, Alfred, "Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law", *American Journal of International Law*, Vol. 60, 1966.
- Weil, Prosper, "Towards Relative Normativity in International Law", *American Journal of International Law*, Vol. 77, 1983.
- Weisburd, A. Mark., "The Emptiness of the Concept of Jus Cogens, As Illustrated by the War in Bosnia-Herzegovina", *Michigan Journal of International Law*, Vol. 17, No. 1, 1995.

- Cases

- *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo*

(*Democratic Republic of Congo v. Rwanda*), Preliminary Objection, 3 Feb. 2002, I.C.J. Rep., 2002.

- *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, 27 Jun. 1986, I.C.J. Rep., 1986.
- *Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Merits, 2003, I.C.J. Rep., 6 Nov. 2003.
- *Jurisdictional Immunities of the States (Germany v. Italy)*, Merits, 3 Feb. 2012, I.C.J. Rep., 2012.

- Documents

- Ago, Roberto, Yearbook of International Law Commission, Vol. 2, 1980, U.N. Doc. A/CN.4/318/Add.5-7.
- Draft Articles on Responsibility of International Organizations for Internationally Wrongful Acts, *Yearbook of International Law Commission*, 2005, Vol. II, Part Two, U.N. Doc. A/64/10.
- Draft Articles on Responsibility of International Organizations for Internationally Wrongful Acts, *Yearbook of International Law Commission*, 2005, Vol. II, Part Two, U.N. Doc. A/64/10.
- G.A. Res. 3314 (XXIX), Definition of Aggression, 14 Dec. 1974, Art. 5, para. 1.
- G.A. Res. 42/22, Declaration on the Enhancement of the Effectiveness of the Principle of Refraining from the Threat or Use of Force in International Relations, 18 Nov. 1987, para. 3.
- I.L.C. Rep., Yearbook of International Law Commission, vol. 2, 1963, U.N. Doc. A/CN.4/163.
- I.L.C. Rep., Yearbook of International Law Commission, vol. 2, 1966, U.N. Doc. A/CN.4/191.
- I.L.C. Rep., Yearbook of International Law Commission, vol. 2, 1976, U.N. Doc. A/31/10.
- Report of Special Committee on the Question of Defining Aggression, p. 4, U.N. GAOR, 23rd Sess., 1968, U.N. Doc. A/7185/Rev. 1.
- Sixth Committee Rep., 1179th mtg., p. 14, U.N. GAOR, 25th Sess., Sept. 24 1970, U.N. Doc A/C.6/SR.1179.
- Special Comm. on Principles of Int'l Law Concerning Friendly Rel. and Co-Operation Among States, Rep., p. 119, U.N. GAOR, 25th Sess., 1970, Supp. No. 18, U.N. Doc. A/8018.
- Statute of International Criminal Court, Rome, 17 Jul. 1998.
- Tladi, Dire, Special Rapporteur, First Report on Jus Cogens, International Law Commission, 68th Sess., 2016, U.N. Doc.A/CN.4/693.

-
- Tladi, Dire, Special Rapporteur, Second Report on Jus Cogens, International Law Commission, 69th Sess., 2017, U.N. Doc.A/CN.4/706.
 - Tladi, Dire, Special Rapporteur, Third Report on jus cogens, International Law Commission, 70th Sess., 2018, U.N. Doc.A/CN.4/714.
 - Tladi, Dire, Special Rapporteur, Fourth Report on Peremptory Norms of General International Law (jus cogens), International Law Commission, 71st Sess., 2019, U.N. Doc. A/CN.4/727.
 - United Nations Conference on the Law of Treaties, 1st Session Vienna, 26 March-24 May 1968, Official Records, p. 471, U.N. Doc. A/CONF.39/11.