

## پدیده‌شناسی تکوین حقوق نرم در چارچوب نظام هنجاری حقوق بین‌الملل

محسن عبدالهی\*  
اصلی عباسی\*\*

تاریخ پذیرش: ۹۶/۱۲/۱۹

تاریخ دریافت: ۹۶/۴/۱

### چکیده

معمولاً سیستم‌های حقوقی سلسله مراتب هنجاری را بر اساس منبع معینی که هنجار از آن نشئت گرفته است، مستقر می‌سازند. رایج آن است که در سیستم‌های داخلی به ارزش‌های بنیادین جامعه، جایگاهی متعالی در بطن قانون اساسی اعطا گردد و چنین هنجارهایی در صورت بروز تعارض با دیگر هنجارها اولویت می‌یابند. در نظام غیرمتمرکز بین‌المللی، هر دولتی خود حدود تعهدات خویش را به نحو برابر با دیگران، تفسیر می‌کند و ابزارهای لازم را برای اجرای تعهدات خود برمی‌گزیند. لذا شاهدیم که در عرصه حقوق بین‌الملل با کندی حصول به وفاق در مسیر تکوین هنجارهای سخت در قالب منابع سنتی، عملاً توان پاسخگویی به چالش‌های معاصر به شدت تضعیف شده است. با ابتکار صاحب‌نظران حقوق بین‌الملل و مشارکت مجمع جهانی دولت‌ها، حرکتی از مبدأ حقوق بین‌الملل سنتی که میان حقوق و غیرحقوق تمایز شدیدی قائل است، به سمت مقصد حقوق بین‌الملل مدرن آغاز شده است که در آن حقوق نرم جایگاه انحصاری منابع کلاسیک را بنا بر لزوم برخاسته از اقتضائات زمان در می‌نوردد تا زمینه‌های لازم برای پاسخگویی جهانی در برابر مسائل فراگیری چون تغییرات اقلیمی فراهم آید. نوشتار حاضر کنکاشی است در چگونگی و مسیر نفوذ نسبت حقوق نرم در عرصه سخت حقوق.

### کلیدواژه‌گان:

حقوق نرم، حقوق سخت، غیرحقوق، نسبت.

\* دانشیار دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی.

abdollahi75@hotmail.com

\*\* دانشجوی دوره دکتری حقوق بین‌الملل، دانشگاه شهید بهشتی.

asliabbasi@gmail.com

## مقدمه

شکل‌گیری تعهدات سخت همواره زمان‌بر، دشوار و کند بوده است. دولت‌ها به دلیل آنکه پذیرش اسناد سخت را نوعی محدودسازی حاکمیت و اعطای امتیازات عمده به اجتماع بین‌المللی و دیگر بازیگران عرصه بین‌الملل می‌دانند، به‌طور معمول تمایلی به سخت‌سازی تعهدات خود ندارند. افزون‌براین، چارچوبی که در آن حقوق معاهداتی سخت شکل می‌گیرد، بسیار دیوان‌سالارانه و تابع تشریفات دیپلماتیک زمان‌بر و فراوان است. همچنین، با تغییر شرایط زمان انعقاد معاهده و اصلاح آن بسیار دشوار، کند و توأم با تشریفات فراوان خواهد بود. از دیگر سو، عدم قطعیت موجود پیرامون ماهیت دقیق عناصر عرف رویه دولت و عقیده راسخ به الزام‌آور بودن امری،<sup>۱</sup> روند قانون‌سازی و شناسایی رسمی عرف را بسیار کند کرده است. باوجوداین، واقعیات کنونی اجتماعی بین‌المللی، به‌ویژه پیدایش و فراگیری چالش‌های فرامرزی مانند تروریسم، تغییرات اقلیمی و ... رواج شیوه نرم هنجارگذاری را توجیه می‌کند؛ زیرا از یک سو، روند شکل‌گیری اسناد نرم در مقایسه با اسناد سخت، کم‌هزینه‌تر و سریع‌تر است و از سوی دیگر، به دلیل غیرالزام‌آور بودن سند نرم معمولاً دولت‌ها بدون حس به مخاطره افتادن حاکمیت ملی خود، چنین اسنادی را با سختگیری کمتری می‌پذیرند. علاوه‌براین، ضرورت ایجاد ابزارهای حقوقی جدید به‌منظور مهار چالش‌های بی‌سابقه جهان معاصر، ناگزیر حرکت به سمت وراى نص ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری را توجیه می‌کند و این پرسش پیچیده و ساختاری را پیش روی ما می‌گذارد که آیا در شرایط غامض فعلی، هنوز هم می‌توان مدعی شد که منابع حقوق بین‌الملل به‌طور انحصاری در ماده مذکور فهرست شده‌اند؟ پاسخگویی به این پرسش اذهان ما را به سمت پدیده حقوق نرم، به‌عنوان عمده‌ترین مجرای نفوذ نسبی در منابع حقوق بین‌الملل کلاسیک، معطوف می‌دارد. چگونگی تکوین این پدیده در نظام هنجاری بین‌المللی مباحثات بسیاری را مطرح نموده است. در نوشتار پیش‌رو با ارائه الگویی جدید از هنجارگذاری بین‌المللی، تلاش می‌شود علاوه بر شناخت سیاق و عوامل مؤثر بر شکل‌گیری هنجاریت نسبی،

---

1. opinio juris.

فرایند حرکت از انعطاف‌ناپذیری و ثبات مخاطره‌آفرین حقوق سخت به سمت رویکرد عمل‌گرایانه و تغییر نویدبخش حقوق نرم تبیین شود.

### ۱. عوامل مؤثر بر شکل‌گیری هنجاریت نسبی ناشی از حقوق نرم

حقوق بین‌الملل متأثر از چالش‌های فراگیری چون تغییرات اقلیمی، خود را از مجموعه قواعد حقوقی حاکم بر روابط فی‌مابین دول متحول ساخته و «به شبکه پیچیده‌ای از اسناد فراملی تبدیل نموده است تا چارچوبی هنجاری برای تمامی بازیگران دولتی و غیردولتی در صحنه حقوق بین‌الملل فراهم آورد».<sup>۱</sup> در حقیقت، سیستم حقوقی بین‌المللی به‌عنوان دستاورد صلح وستفاليا و حاصل گرایش خودمحرانۀ دول اروپایی به حفظ استقلال و تمامیت سرزمینی و آزادی در پیگیری منافع خود به شمار می‌رود. دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی در رأی لوتوس (۱۹۲۷)، دیدگاه کلاسیک نسبت به حقوق بین‌الملل را چنین بیان داشت: «حقوق بین‌الملل بر روابط مابین دول مستقل حاکم است. قواعد حقوقی الزام‌آور برای دول، از اراده آزاد آنها که به‌منظور تنظیم روابط میان چنین اجتماعات همبود و مستقلی با هدف حصول به اهداف مشترک، در کنوانسیون‌ها و یا از طریق عرف ... یا در قالب اصول حقوقی بیان شده‌اند، نشئت گرفته‌اند».<sup>۲</sup>

از این منظر، حقوق بین‌الملل کلاسیک ابزاری است که با تغییر محرک‌ها بر رفتار و منافع دول اثر می‌گذارد، اما به این امر که ممکن است منافع دول در طی زمان تغییر یابد، توجهی ندارد.<sup>۳</sup> برای پاسخگویی به مسائل بین‌المللی در چارچوب کلاسیک حقوق بین‌الملل با محوریت انحصاری دول، منحصراً به اسناد حقوقی سخت تکیه می‌شود و خط حائل میان حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی با سختگیری مصرانه‌ای ترسیم شده است.

با ورود به قرن بیست و یکم، توأم با تحولات شگرف ناشی از جهانی‌سازی و شیوع تهدیدات نوین زیست‌محیطی و امنیتی، فضای سیاسی و اقتصادی بین‌المللی نیز تغییر یافت. حاصل چنین تغییراتی، شکل‌گیری عزم بین‌المللی برای پاسخگویی منسجم و هماهنگ به تهدیدات فراگیر

1. Sterio, Milena, The Evolution of International Law, 31 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 213 (2008), p. 2.

2. S.S. Lotus (Fr. v. Turk.) 1927 P.C.I.J. (Ser. A) No. 10, at 18 .

3. Weiss, Edith Brown, The Rise or the Fall of International Law? 69 Fordham L. Rev. 345-372, 2000, p. 347.

است. نظر به اینکه هر گونه پاسخگویی در قالب ابزارهای سنتی، مانند عهدنامه یا عرف، مستلزم گذشت بازه زمانی نسبتاً طولانی، جلب رضایت دول و موازنه‌سازی میان منافع متضاد است؛ لذا مجال تطور ابتکار حقوق نرم شکل گرفت. اینکه دول در اجرای تعهدات برآمده از توافقات خود به اسناد نرمی چون دستورالعمل‌ها، توصیه‌نامه‌ها و اعلامیه‌ها متوسل شده‌اند، این تفکر را تقویت می‌نماید که «توافق‌نامه‌های بین‌المللی را باید به‌عنوان توافقات زنده و پویایی نگریست که به‌طور دائم، دول به‌عنوان قانون‌گذاران غیررسمی در آنها حیات می‌دمند و جهت‌گیری‌های جدیدی را به آنها رهنمون می‌شوند»<sup>۱</sup>.

با تکثیر بازیگران صحنه بین‌المللی، پذیرش مفهوم تعهدات عام‌الشمول و قاعده آمره و به موازات هنجارسازی‌های رسمی و غیررسمی، حقوق بین‌الملل نسبت را دربرگرفته و از جزم‌گرایی منبعث از حقوق موجود -lex lata- به انعطاف حاصل از حقوق آینده -lex ferenda- رسیده است و بدین‌گونه، حقوق فردا را امروز ترسیم می‌کند. برخلاف رویکرد سنتی در حقوق بین‌الملل که بر تمایز قطعی میان حقوق و غیرحقوق و بالطبع بر تفکیک صریح بین اسناد الزام‌آور و غیرالزام‌آور اصرار می‌ورزد، حقوق بین‌الملل مدرن در پی آن است تا به نیاز دول به «پذیرش شیوه‌های جدید قانون‌گذاری که در اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری انعکاس نیافته است»<sup>۲</sup> پاسخ گوید. علاوه‌براین، اگرچه عمدتاً هنجارهای حقوقی بین‌المللی در چارچوب حقوق بین‌الملل سنتی توسط دول خلق می‌شوند، اما اکنون ما با جهان نوین‌یادی از قانون‌گذاری فراملی و غیررسمی روبه‌رو هستیم که در آن، بازیگران دولتی و غیردولتی در کنار یکدیگر، نظام‌های هنجاری متنوعی را در صحنه دائماً متغیر جهان ایجاد می‌کنند و توسعه می‌دهند. لذا دیگر نمی‌توان صدق این ادعا را که حقوق بین‌الملل مجموعه قواعد منحصرأ حاکم بر روابط بین‌الدولی است، تأیید نمود. برخلاف آن، اکنون حقوق بین‌الملل در فضای مدرن، شبکه پیچیده‌ای از معاهدات، مقررات، هنجارهای عرفی، نظام‌نامه‌های رفتاری<sup>۳</sup> و اسناد نرم و غیرالزام‌آور است که

1. Weiss, Edith Brown, "The Five International Treaties: A Living History", Weiss, Edith Brown, Jacobson, Harold Karan, (2000), Engaging Countries: Strengthening Compliance with International Environmental Accords, MIT Press, pp. 157-72.

2. Shelton, Dinah, International Law and Relative Normativity, in Evans, Malcolm David, International Law, Oxford University Press, 2006, p. 143.

3. Codes of Conduct.

طیف وسیعی از اسناد تحت شمول حقوق سخت تا اسنادی را که در حیطة رویکرد عمل‌گرایانه حقوق نرم قرار می‌گیرند، تحت پوشش قرار می‌دهد. در چنین جایگاهی است که حقوق بین‌الملل خود را نه به عنوان «واقعیتی فیزیکی»، بلکه به عنوان «پدیده‌ای انسانی»<sup>۱</sup> نمایان می‌سازد که در آن، «ارزش‌ها در ایجاد حقوق موضوعه (اعم از ملی یا بین‌المللی) سهمی مؤثر دارند»، این ارزش‌ها نه فقط «حقوق را از مسیر واقعی خود منحرف نمی‌کنند بلکه بدان جهتی معین می‌دهند تا آن حد که منافع فردی و منافع اجتماعی در آن راستا تحقق می‌یابند، رشد می‌کنند و متحول می‌شوند».<sup>۲</sup>

همان‌گونه که پیش از این نیز بیان شد، پدیده دیگری که بر حرکت از مبدأ سنت به سوی حقوق بین‌الملل مدرن تأثیر داشته است، ازدیاد هنجارهای متنوعی است که طیف وسیعی از حوزه‌های گوناگونی چون حقوق بشر، سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی و ... را دربرمی‌گیرد. تکثیر هنجارها در قرن بیستم نتیجه عوامل مختلفی بود که مهم‌ترین و موثرترین آنها عبارتند از: ۱- افزایش تعداد نهادهای حقوقی بین‌المللی که برخی از آنها وظیفه تدوین اسناد حقوقی را بر عهده دارند؛ ۲- توسعه قلمرو نفوذ حقوق بین‌الملل در حوزه‌هایی مانند حقوق کار که پیش از این به‌طور سنتی به حیطة حاکمیت دول تعلق داشت؛ ۳- حقوق بین‌الملل سنتی که پیش از این فقط به روابط بین‌الدولی می‌پرداخت، با بازیگران تازه‌واردی از جمله نهادهای غیردولتی و اشخاص مواجه شد که لزوماً آنها را نیز تحت پوشش قرار داد و بدین طریق، حقوق بین‌الملل بر نهادهای قانون‌گذاری داخلی، نهادهای قضایی ملی، مسائل مرتبط با سیاست‌های خارجی دول و حتی بر انتظارات افراد از دول ذی‌ربط خود برای احقاق حقوق و آزادی‌های بنیادین بشری آنان نیز تأثیر عمیقی داشته است. حتی شاید بتوان مدعی شد که تکثیر هنجارها و ورود نسبی در عرصه محض هنجارها، نتیجه قطعی «حضور حقوق بین‌الملل مدرن در سپهرهای حقوقی متفاوت»<sup>۳</sup> و متنوعی چون محیط زیست، حقوق کار، حقوق بشر و ... است. لذا شاهدیم که تعاملات و تقابل بیشتر میان بازیگران دولتی و غیردولتی در دهه‌های اخیر و در نتیجه، اصطکاک بیشتر میان آن

1. Korhonen, Outi, New International Law: Silence, Defence or Deliverance? 7EJIL(J996)]-28, 1996, p. 1.

۲. فلسفی، هدایت‌الله، تأملاتی در مفاهیم قاعده حقوقی، ارزش اخلاقی و بشریت، مجله حقوقی بین‌المللی، نشریه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، ۱۳۸۱-۱۳۸۰، شماره‌های ۲۷-۲۶، صص ۹-۸.

3. Sterio, Milena, ibid note 1, p. 220.

دو، ضرورت تدوین مقررات و اسنادی را آشکار ساخته است که گرچه قدرت هنجاری اسناد سخت را دارا نیستند، رویکرد عمل‌گرایانه حقوق نرم، شکل‌گیری و تبعیت از آن اسناد را برای پاسخگویی به اقتضات زمانی جامعه بین‌المللی زمینه‌سازی کرده است.

شایان ذکر است که هنوز هم بسیاری از آثاری که در حوزه حقوق بین‌الملل عمومی نوشته می‌شوند، بر منابع اولیه حقوق بین‌الملل، عرف و معاهدات توأم با «اصول کلی حقوق بین‌الملل» و منابع ثانویه مندرج در زیر بند (د) و (۱) ماده ۳۸ تأکید می‌ورزند. با این حال، درک «این واقعیت که معاهده (و دیگر منابع کلاسیک حقوق بین‌الملل) فقط تا آنجا می‌تواند منادی اعتماد و ثبات باشد که محیط نشو و نمای آن، یعنی جامعه بین‌المللی، بر آن اقبال آورده باشد»، حقوق‌دان بین‌المللی قرن بیست و یکم را به نظاره و درک عینی این واقعیت وامی‌دارد که «منابع حقوق بین‌الملل برخلاف منابع نظام‌های داخلی از انسجام و نظم علمی برخوردار نیست و رشد و توسعه آن فقط با افزایش پی‌درپی اعمال حقوقی پراکنده امکان‌پذیر گشته است».<sup>۱</sup> از این‌رو، پذیرش حقوق نرم به‌عنوان منبعی موازی با منابع سخت، تبعیت دول از تعهدات نسبی برآمده از اسناد نرم را میسر می‌سازد.

## ۲. از قدرت هنجاری حقوق سخت تا رویکرد عمل‌گرایانه حقوق نرم

در برخی مواقع، استدلال می‌شود که کارکرد عینی<sup>۲</sup> هنجار به جای کارکرد عینی سند باید به‌عنوان معیاری برای تمایز حقوق از غیرحقوق مد نظر قرار گیرد. به‌طور معمول، شکل‌گیری<sup>۳</sup> به‌عنوان مبنایی برای اثبات حقوقی بودن معاهدات مکتوب و سایر اسناد حقوقی بین‌المللی، بر مضمون (اراده)<sup>۴</sup> ترجیح داده شده است.<sup>۵</sup> در نتیجه، مضمون (اراده) در تئوری منابع حقوق

۱. فلسفی، هدایت‌الله، *رویارویی عقل و واقعیت: مسئله منابع (۲)*، سالنامه ایرانی حقوق بین‌الملل و تطبیقی، ۱۳۸۷، شماره ۴، ص ۳۴.

2. Objective Function.

3. Instrumentum.

4. Negotium.

۵. مضمون قاعده همان اراده -Negotium- و شکل قاعده همان تشریفات صوری -Instrumentum- است. عمل حقوقی -Act- از اراده (مضمون) و شکل تشکیل می‌شود. منقول از: فلسفی، هدایت‌الله، «جزوه درسی نقد و بررسی مکاتب فلسفی (دکترین)»، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، سال تحصیلی ۸۹-۱۳۸۸.

بین‌الملل بدون هیچ‌گونه اثر اثباتی حقوقی<sup>۱</sup> رها شده است.<sup>۲</sup> اسناد حقوقی که محتوای آنها کاملاً غیرهنجاری است یا به عبارت دیگر، اسنادی را که هیچ‌گونه رهنمودی پیرامون رفتاری که ایجادکنندگان سند متعهد به پیروی از آن هستند، ارائه نمی‌کنند، نیز می‌توان به‌عنوان اسناد واجد اثر حقوقی توصیف نمود.

امروزه معاهدات بسیاری دربردارندهٔ مضمون نرم<sup>۳</sup> هستند؛ به‌عنوان مثال، کنوانسیون چارچوبی حمایت از اقلیت‌های ملی<sup>۴</sup> (۱۹۹۵) (مصوب شورای اروپا) که عامدانه تعریفی از مفهوم اقلیت‌ها ارائه نمی‌کند و ارائهٔ چنین تعریفی را به طرفین متعهد محول کرده است تا معین کنند که اقلیت ملی در قلمرو آنها وجود دارند یا خیر. مثال دیگری از اسناد دربردارندهٔ مضمون نرم توافق‌نامه‌هایی هستند که خودبسند<sup>۵</sup> نیستند، از این لحاظ که به اسناد مکملی نیاز دارند تا حیطةٔ شمول آنها را به‌طور کامل معین کند. این امر به‌ویژه در خصوص کنوانسیون‌های چارچوبی که در حوزهٔ حقوق محیط زیست و منع تکثیر تسلیحات هسته‌ای تدوین می‌شوند، رواج دارد. چنین مضامین نرمی<sup>۶</sup> به‌طور معمول در اسنادی می‌آیند که طرفین متعهد را ملزم می‌کنند اسناد مکمل را که جزئیات دستورالعمل‌های مندرج در سند اصلی را می‌سازند، تدوین و تصویب نمایند (pacta de contrahendo یا pacta de negociando).<sup>۷</sup> به‌طور کلی، صاحب‌نظران دو نوع حقوق بین‌الملل را شناسایی کرده‌اند: حقوق سخت برآمده از معاهدات و حقوق نرم تجلی‌یافته در اعلامیه‌ها و توصیه‌نامه‌ها.<sup>۸</sup> حقوق سخت خالق بی‌درنگ تعهدات الزام‌آور حقوقی است، درحالی‌که حقوق نرم در قالب توصیه‌نامه‌ها نضج گرفته است و در طی زمان، ممکن است در اعلامیه‌ای درج گردد که جمع‌کنندگی از دول آن را تصویب کرده‌اند. همچنین، حقوق نرم هم می‌تواند مفسر

1. Law-ascertainment effect.

2. D'Aspremont, Jean, Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials, The European Journal of International Law Vol. 19, No. 5, 2008, pp-1075-1093.

3. Soft negotium.

4. **Framework Convention for the Protection of National Minorities (1995).**

5. Self-sufficient.

6. Soft negotium.

7. D'Aspremont, [Jean](#), Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules, Oxford University Press, 2011, pp.176-177.

8. Shelton, Dinah, Compliance with International Human Rights Soft Law, in Weiss, Edith Brown, (ed.), International compliance with nonbinding accords, Washington, DC: American Society of International Law, 1997, p.119.

معاهدات و عامل استقرار عرف گردد و هم مبنایی برای پیش‌نویس معاهدات سخت و الزام‌آور. ایجاد معاهده مستلزم وجود میزان بالایی از وفاق میان دول است. وفاق سیاسی که دربارهٔ حق بر توسعهٔ میان دول ایجاد شد و در نهایت، منجر به تصویب اعلامیهٔ حق بر توسعه (۱۹۶۳) شد، نشان‌دهندهٔ نوعی تحول در حقوق نرم است. سازمان ملل متحد با صدور اعلامیه، بیان اصول و تدوین دیگر اسناد نرم، کار خود را در این زمینه آغاز نمود. در حقیقت، چنین اقداماتی گام‌هایی بودند که برای ایجاد وفاق لازم برای پیش‌نویس معاهده ضرورت دارند. در غیر این صورت، این روند به دلیلی دال بر وجود رویهٔ بین‌المللی نیاز داشت تا حق بر توسعه را از قالب نرم آن در هیئت تعهدات حقوقی الزام‌آور، سخت نماید.<sup>۱</sup> تدوین و ایجاد تعهد الزام‌آور، قبل از اینکه از وضعیت اعلامی با تأیید جمعی دول ذی‌ربط، خارج و به صفت «الزام‌آور حقوقی» متصف گردد، مستلزم سال‌ها اقدامات مقدماتی و وفاق‌سازی است. به‌عنوان مثال، مجمع عمومی در سال ۱۹۴۸ اعلامیهٔ جهانی حقوق بشر را که از جمله حاوی مقرراتی پیرامون حقوق اقتصادی و اجتماعی است، تصویب کرد و ۱۸ سال به طول انجامید تا مجمع عمومی میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و میثاق بین‌المللی حقوق سیاسی و مدنی را در سال ۱۹۶۶ تصویب کند. البته واضح است «هر چه ارگانی از سازمان ملل که در امر تدوین سند نرم فعالیت دارد، از ردهٔ بالاتری برخوردار باشد و وفاق بیشتری برای تصویب سند نرم وجود داشته باشد، چنین سندی از اعتبار بیشتری برخوردار خواهد شد».<sup>۲</sup> علاوه بر دو میثاق یادشده، همان‌گونه که پیش از این پیرامون گذر حق بر توسعه از کانال حقوق نرم بیان شد، چنین اسناد نرمی اعتبار خویش را از پذیرش گستردهٔ خود در رویهٔ بین‌المللی حاصل می‌کنند. «عرف بین‌المللی از مجرای رویه و رفتار دولی که آن را به‌عنوان دلیلی دال بر رویهٔ عمومی و مقبولی که به‌عنوان حقوق پذیرفته‌اند، ایجاد می‌گردد».<sup>۳</sup> همچنین، این رویه و رفتار باید با اعتقاد راسخ حقوقی<sup>۴</sup> نیز همراه باشد. اعلامیه‌ها غالباً در قالب ابزاری برای ترویج چنین رویه و اعتقادی به کار گرفته می‌شوند.

1. Aguirre, Daniel, *The Human Right to Development in a Globalized World*, Ashgate Publishing, Ltd., 2008, pp. 109-110.

2. Higgins, Rosalyn, *The Development of International Law Through Political Organs of the United Nations*, Oxford University Press, 1963, p. 7.

3. Shaw, Malcolm Nathan, *International Law*, Cambridge University Press, 2003, pp. 60-61.

4. opinio juris.

همچنین، «اعلامیه‌ها می‌توانند محرکی برای شناسایی و توسعه شیوه‌های مؤثر پیاده‌سازی تعهدات نرم باشند و به‌عنوان ابزارهایی استفاده شوند که فراتر از تعهدات معاهداتی، حاوی ایده‌هایی برای عملکرد بهینه هستند»<sup>۱</sup>.

بدین ترتیب، حقوق نرم در جایگاه حقوقی که «ابزار تصدیق یا مضمون آن قوام نیافته است»<sup>۲</sup>، در حرکتی منعطف و با فاصله گرفتن از انعطاف‌ناپذیری منابع سنتی در مسیر تحولات و تغییرات جهانی، عینیت‌گرایی منسجم‌تری را در عرصه حقوق بین‌الملل به نمایش می‌گذارد. با استقرار سلسله مراتب هنجاری از مجرای پذیرش عمومی هنجارهای آمره،<sup>۳</sup> عمومیت‌یابی تعهدات<sup>۴</sup> و تقویت منافع جمعی ناشی از اعمال تعهدات عام‌الشمول<sup>۵</sup> در عمل، «سختی‌زدایی<sup>۶</sup> از عرصه حقوق بین‌الملل موجب تقویت هنجاریت نسبی می‌گردد»<sup>۷</sup> و بدین ترتیب، هنجاریت نسبی به پدیده‌ای بسیار فراگیر در عرصه حقوق بین‌الملل تبدیل می‌شود که گسترش حقوق نرم از نخستین نشانگان آن محسوب می‌گردد.

### ۳. تعریف و مصداق‌یابی حقوق نرم

در ادبیات حقوق بین‌الملل، در غالب موارد حقوق نرم به دو شیوه تعریف شده است: الف) توافق‌نامه‌های الزام‌آوری که مبهم، غیردقیق یا ضعیف هستند.<sup>۸</sup> چنین توافق‌نامه‌هایی از هر لحاظ در حیطه حقوق بین‌الملل قرار می‌گیرند، اما در مقایسه با اسناد دقیق‌تر و صریح‌تر از اثر عملی کمتری برخوردارند. متداول‌ترین نحوه کاربرد اصطلاح حقوق نرم در اشاره به پیمان‌ها،<sup>۹</sup> تعهدات<sup>۱۰</sup>

1. Clapham, Andrew, Human Rights Obligations of Non-State Actors, Oxford University Press, 2005, p. 99.

۲. فلسفی، هدایت‌الله، *صلح جاویدان و حکومت قانون: دیالکتیک همانندی و تفاوت*، تهران: فرهنگ نشر نو، ۱۳۹۰، ص ۴۴۳.

3. Jus cogens.

4. Omnium.

5. Erga omnes.

6. D'Aspremont, Jean, The Politics of Deformalization in International Law, Goettingen Journal of International Law 3, 2011, 2, 503-550.

7. D'Aspremont, Jean, Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules, op.cit., p. 6.

8. Abbott, Kenneth, Snidal, Duncan, op.cit., p. 421.

9. Promises.

10. Obligations.

یا التزاماتی<sup>۱</sup> است که طبق حقوق بین‌الملل، برخلاف معاهدات، عرف یا اصول کلی حقوق، الزام‌آور نیستند؛ ب) اصطلاح حقوق نرم به طبقه‌ای از هنجارها اشاره دارد که واجد برخی خصیصه‌های حقوقی هستند،<sup>۲</sup> اما به‌طور سنتی در زمره هنجارهای سخت و منابع کلاسیک حقوق بین‌الملل تعریف نشده‌اند.

ورود هنجاریت نسبی به عرصه حقوق بین‌الملل، منجر به گسترش دکترین منابع در حقوق بین‌الملل مدرن نیز شده است؛ به‌طوری‌که اکنون منابع را به دو دسته عمده تقسیم‌بندی می‌کنند: حقوق سخت که نمایانگر اراده و رضایت دول است و در نتیجه، اجتماع بین‌المللی چنین منبعی را متقاعدکننده‌تر می‌داند. برخی نیز حقوق نرم را به‌عنوان منبع دوم معرفی می‌کنند که مبتنی بر «مفهوم فرا-وفاقی عدالت»<sup>۳</sup> است و در نتیجه، از منظر اجتماع بین‌المللی از قدرت متقاعدکنندگی کمتری برخوردار است.<sup>۴</sup> قطعنامه‌ها، اعلامیه‌ها و برخی دیگر از اسناد منطقه‌ای و بین‌المللی در زمره مصادیق منبع دوم قرار می‌گیرند. با وجود تلاش عده بسیاری برای ارائه تعریفی جامع و دقیق از مفهوم حقوق نرم، دیوید کندی<sup>۵</sup> بر این نکته تأکید دارد که «دلیلی استنباطی<sup>۶</sup> برای توجیه تقسیم‌بندی «منابع حقوق» یا [به عبارت دیگر] «دلایل اقناعی برای پذیرش»<sup>۷</sup> دو طبقه‌بندی [سخت و نرم] وجود ندارد».<sup>۸</sup>

با توجه به تفاسیلی که گذشت، در صورتی‌که فارغ از نظر مخالفان سرسخت هنجاریت نسبی و طرف‌داران پرشور حقوق نرم، قصد ارائه تعریفی موثق از آن را داشته باشیم، گمان بر این است که تعریف ارائه شده توسط خانم پروفیسور شلتون<sup>۹</sup> مفید فایده است: «مقررات هنجاری<sup>۱۰</sup> مندرج

1. Commitments.
2. Hall, Boalt, Guzman, Andrew T., *How International Law Works: A Rational Choice Theory*, Oxford University Press, Dec 7, 2007, p. 142.
3. Extra-Consensual Notion of Justice.
4. Claude, Richard Pierre, Weston, Burns H., *Human Rights in the World Community: Issues and Action*, University of Pennsylvania Press, 2006. P. 271.
5. David Kennedy.
6. A priori.
7. Persuasive Reasons for Compliance.
8. Kennedy, David, *The Sources of International Law*, American University International Law Review, Volume 2 | Issue 1, 1987, p. 20.
9. Shelton.
10. Normative Provisions.

اسناد غیرالزام‌آور».<sup>۱</sup> البته این اصطلاح مقررات مبهم مندرج در توافق‌نامه‌های بین‌المللی را نیز که دربردارنده تعهدات حقوقی نیستند، تحت پوشش قرار می‌دهد.<sup>۲</sup> با این اوصاف، قلمرو حقوق نرم از جایی آغاز می‌شود که ترتیبات حقوقی در یک یا چند بعد از ابعاد تعهد،<sup>۳</sup> دقت<sup>۴</sup> و تفویض اختیار<sup>۵</sup> تضعیف می‌شوند.<sup>۶</sup>

پروفسور شلتون چنین استدلال می‌نماید: «حقوق نرم مرکب از متون هنجاری است ... که در قالب معاهده تدوین نشده‌اند و خطاب به اجتماع بین‌المللی به‌عنوان مجموعه‌ای واحد یا تمامی اعضای مؤسسه یا سازمان تصویب‌کننده آن است».<sup>۷</sup> از این منظر، حقوق نرم به‌عنوان منبع مدرن و مکمل منابع کلاسیک بر تبعیت از «بیانیه‌های هنجاری تأکید دارد که در قالب اسناد سیاسی غیرالزام‌آوری مانند اعلامیه‌ها و قطعنامه‌ها جای گرفته‌اند».<sup>۸</sup>

شایان ذکر است، پروفسور شلتون حقوق نرم را به دو طبقه اولیه و ثانویه تقسیم‌بندی می‌کند که حقوق نرم اولیه خواستار ایجاد استانداردهای جدید می‌شود، استانداردهایی را که قبلاً در قالب اسناد الزام‌آور یا غیرالزام‌آور پذیرفته شده‌اند، مورد تأیید مجدد قرار می‌دهد یا متون کلی یا مبهم پذیرفته‌شده از قبل را به تفصیل تشریح می‌کند. حقوق نرم ثانویه دربردارنده توصیه‌نامه‌ها، دانش حقوق<sup>۹</sup> و دیدگاه‌های نهادهای تخصصی است که بر مبنای حقوق بین‌الملل تأسیس شده‌اند. در سطح بین‌الملل، ایده‌ها و اصول جدید در وهله نخست از طریق قطعنامه‌ها و اعلامیه‌های سیاسی توسعه می‌یابند. بنابراین، توسعه هنجارهای حقوق نرم نیز از طریق فرایندهای تعامل، تفسیر و

1. Shelton, Dinah, ed. *Commitment and Compliance: The Role of Non-binding Norms in the International Legal System*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 392.

2. Fajardo, Teresa, (2010), *Soft Law*, in Carty, Tony, *Oxford Bibliographies in International Law*, OUP, available at: <http://www.oxfordbibliographies.com/>.

3. Obligation.

4. Precision.

5. Delegation.

6. Abbott, Kenneth, Snidal, Duncan, op.cit., p. 422.

7. Shelton, Dinah, (1997), *Compliance with International Human Rights Soft Law*, in Weiss, Edith Brown, (ed.), *International Compliance with Non-Binding Accords*, American Society of International Law, 119-142, P. 120.

8. Dinah L. Shelton, *Soft Law in Armstrong, David (eds.), Handbook of International Law*, Routledge Press, 2009, p. 68.

۹. واژه *jurisprudence* از اصطلاح لاتین *juris prudentia* آمده است که به معنای مطالعه حقوق، شناخت یا دانش حقوق است. البته در ایالات متحده آمریکا، این واژه عموماً به معنای فلسفه حقوق به کار می‌رود.

بین‌المللی‌سازی توسط بازیگران دولتی و غیردولتی صورت می‌گیرد.<sup>۱</sup> جامعه مدنی بین‌المللی نیز از طریق گفتمان و تفسیر حقوق نرم بر توسعه و شکل‌گیری هنجارهای نرم تأثیر می‌گذارد.<sup>۲</sup> در برخی موارد به محض ایجاد، هنجارها در سطح سیاسی در قالب اعلامیه‌ها و قطعنامه‌ها تصویب می‌شوند و در طی زمان در اسناد حقوقی الزام‌آور به هیئت هنجارهای حقوقی درمی‌آیند<sup>۳</sup> و بدین ترتیب، هنجارها رفتار بازیگران بین‌المللی را شکل می‌دهند و با تدوین هنجارهای نرم در قالب سخت معاهدات، چنین هنجارهایی به بخشی از حقوق بین‌الملل عرفی تبدیل می‌گردند. از این رو، می‌توان به این نتیجه رسید که علاوه بر ایجاد منبع مکملی چون حقوق نرم به موازات منابع کلاسیک، به تدریج در سطح بین‌الملل از شیوه‌های سنتی قانون‌گذاری نیز فاصله گرفته می‌شود. اولستوم و ویکزورک<sup>۴</sup> در تحلیل خود از پدیده «قانون‌گذاری»<sup>۵</sup> در سطح بین‌الملل به سه مدل جدید هنجارگذاری که تحول از حقوق نرم به سخت را به خوبی منعکس می‌کند، اشاره می‌کنند:

**الف) مدل افزایشی:**<sup>۶</sup> این مدل به تحول کند و تدریجی حقوق بین‌الملل اشاره دارد. با ایجاد قوانین جدید، محرک‌های تازه‌ای به وجود می‌آید که جامعه به آن واکنش نشان می‌دهد. این مدل به‌ویژه در حوزه حقوق بین‌الملل آب و حقوق بین‌الملل توسعه پایدار مصداق دارد.

**ب) مدل ساختاری:**<sup>۷</sup> در مدل ساختاری بر کنش متقابل میان چهار مؤلفه در حیطه قانون‌گذاری بین‌المللی تأکید می‌شود: علم، مذاکرات، رویه دولت و معاهدات. این مدل به‌ویژه در معاهدات مرتبط با تغییرات اقلیمی که عمدتاً متأثر از توصیه‌نامه‌های هیئت بین‌الدولی تغییرات اقلیمی<sup>۸</sup> بوده است، مصداق دارد.

1. Koh, H.H. (1997), Review Essay: Why do Nations Obey Law? Yale Law Journal, 106, pp. 2599-2603 in Xander Olsthoorn, Anna J. Wiczorek, Understanding Industrial Transformation: Views from Different Disciplines, Springer, 2006, p. 56.

2. Cover, Robert M., (1983), The Supreme Court 1982 Term – Forward: Nomos and Narrative, Harvard Law Review, 97 (4), 40 in Xander Olsthoorn, Anna J. Wiczorek, ibid, p. 57.

3. Xander Olsthoorn, Anna J. Wiczorek, ibid, p. 57.

4. Xander Olsthoorn, Anna J. Wiczorek, ibid, pp. 57-67.

5. Law Making.

6. Incremental model.

7. Structural model.

8. IPPC Intergovernmental Panel on Climate Change.

ج) **مدل رقابت در مقررات‌گذاری:**<sup>۱</sup> این مدل برخلاف دو مدل قبل به شیوه متفاوتی از تحول حقوق نرم به سخت اشاره دارد؛ مدل رقابت در مقررات‌گذاری که عمدتاً در حوزه حقوق بین‌الملل اقتصادی رایج است، به رقابت و هم‌وردی کشورها در عرصه مقررات‌گذاری می‌پردازد. طبق این مدل، برخی کشورها با تصویب قوانین خاص، به‌عنوان مثال در حوزه محیط زیست، سعی دارند بر مزیت نسبی خود برای جذب سرمایه‌گذاران خارجی بیفزایند.

د) **مدل ترکیبی ترفیعی-ترویجی:**<sup>۲</sup> افزون بر سه مدل ارائه شده در فوق، نویسندگان مقاله پیش‌رو، وجود مدل دیگری را با توجه به نحوه تکوین اسناد نرم ردیابی کرده‌اند. در این مدل که عنوان «مدل ترکیبی ترفیعی-ترویجی» را برای آن برگزیده‌ایم، شکل‌گیری هنجار نرم تا حدی مشابه روال شکل‌گیری هنجار سخت در دو مجرای موازی صورت می‌گیرد. از یک سو، ارزش‌های برآمده از نظام‌های داخلی و اقتضات اجتماع معاصر بشری با تکرار در قالب اعلامیه‌ها، توصیه‌نامه‌ها، بیانیه‌ها و سایر قالب‌های نرم، مجال ترویج می‌یابند و از آن شکل انتزاعی خود از طریق هم‌اندیشی و هم‌فکری جهانی به هیئتی ملموس‌تر می‌رسند تا بنیان‌سازی فرایند تحقق این ارزش‌ها به تدریج صورت یابد. از دیگر سو، حضور ارزش‌های متعالی و منافع جهانی در قالب اسناد نرم، مکان امکان عملی موازنه‌سازی میان خواسته‌های فردی دولت‌ها با خواست جمعی جهانی را در سایه جلب توجه جهانیان به منافع جمعی و ارتقای آگاهی اجتماع بین‌المللی نسبت به ارزش‌هایی فراتر از منافع بعضاً کوتاه‌مدت و به شدت سیاسی برخی کشورها فراهم آورده است و بدین‌گونه در ترفیع خواست و نگاه جامعه دول و ملل مؤثر خواهد بود. نمونه بارز این مدل را می‌توان در توافق‌نامه اقلیمی پاریس پیگیری کرد. این سند که در فرایند پیگیری اعمال کنوانسیون چارچوبی تغییرات اقلیمی تنظیم و تصویب شده است، در راستای اهداف و ارزش‌های جمعی حفاظت از محیط زیست و گردهم‌آوردن کلیه ملل در مسیر تلاش برای هدف مشترک مقابله با تغییرات اقلیمی و با وجود تعارض میان منافع ملی برخی کشورها با منفعت جمعی حاصل از مهار پیامدهای فراگیر تغییرات اقلیمی در فضایی آکنده از مخالفت‌های سیاسی ظاهراً لاینحل شکل گرفته است.

1. Regulatory competition model.  
2. Elevational-Promotional .

این سند آمیزه‌ای از تعهدات سخت، نرم و آرمان‌هاست؛ به‌طوری‌که خطوط حائل میان تعهدات مزبور کمرنگ شده‌اند. با اعمال اصل مسئولیت مشترک اما متفاوت، این سند به ابزاری نسبتاً مناسب در راستای تحقق عدالت اقلیمی در معنای توزیع عادلانه مسئولیت‌ها و تأثیرات اقلیمی و همچنین حمایت برابر از حقوق بنیادین بشر از جمله حق بر حیات، بهداشت و امرار معاش برای نسل‌های فعلی و آتی، مبدل شده است. تأکید سند پاریس بر ارزش‌هایی مانند پایان گرسنگی در جهان، فقرزدایی، حراست از امنیت غذایی، کار شایسته و ... آن را به سندی جهان‌شمول و ترکیبی تبدیل کرده است که با ترویج ارزش‌های مشترک، علاوه بر کشورهای توسعه‌یافته، مشارکت شفاف کشورهای در حال توسعه را نیز با مکانیزم داوطلبانه سهمیه‌های تعیین‌شده در سطح ملی<sup>۱</sup> ترغیب می‌کند. از این منظر، در سایه طرح‌ریزی خلاقانه و پیچیده توافق‌نامه پاریس، میان آرمان بلندپروازانه مهار تغییرات اقلیمی، تفاوت‌های عمیق میان کشورهای جهان و حمایت از ایده‌مقابله با پیامدهای ذاتاً ناعادلانه چنین تغییراتی، توازن قابل‌توجهی ایجاد شده است. به‌طور کلی، «در شرایطی که تعیین قواعد سخت غیرممکن است، حقوق نرم ترجیح داده می‌شود»<sup>۲</sup>؛ امری که کاملاً در خصوص مسئله تغییرات اقلیمی و پیامدهای احتمالی آن مصداق دارد.

#### ۴. ضرورت حقوق نرم: از ثبات مخاطره‌آمیز تا تغییر نویدبخش

پیدایش حقوق نرم را در واقع به‌نوعی می‌توان واکنش جامعه بین‌المللی به پایان جنگ سرد و تعدیل انعطاف‌ناپذیری‌های حقوق سخت در برابر اقتضات زمانی و مکانی قرن بیستم دانست که با فراگیر شدن دغدغه‌های جهانی، مانند محیط زیست و تروریسم، به استقبال قرن بیست و یکم رفت. در چنین فضایی ثبات حقوقی ناشی از ابرام بر سختی حقوق به مثابه تسلیم در برابر ناتوانی هنجارگذاران سنتی و مدرن در پاسخ‌گویی حقوقی به چالش‌های فراگیر و نوینی است که جامعه جهانی تا پیش از این تجربه نکرده بود. عنصر مهم پویندگی زمانی- مکانی در نظام حقوق بین‌الملل و ارتقای درک عمومی از بغرنج بودن وضعیتی که جهان به‌واسطه تهدیدات فراگیر با

1. Nationally Determined Contributions (NDCs).

2. Allegret, Jean-Pierre, Le Merrer, Pascal, Économie de la mondialisation: Vers une rupture durable ? De Boeck Superieur, 2015, p. 297.

آن مواجه است، منجر به اندیشیدن تدابیری به‌منظور مهار چنین چالش‌هایی شد که از بارزترین دستاوردهای این دوران گذار می‌توان به توجه بیشتر حقوق بین‌الملل مدرن به اشخاص، عملکرد وسیع سازمان‌های بین‌المللی در عرصهٔ هنجارسازی و تکوین حقوق نرم که در حقیقت، مسیر میان‌بر به سمت واکنش بین‌المللی در قبال تهدیدات نوین است، اشاره نمود. در چنین فضایی، حقوق نرم یا اسناد غیرالزام‌آور حقوقی به دو طریق اثر خود را می‌نمایانند: از مجرای تأثیرگذاری بر حقوق داخلی یا به‌واسطهٔ زمینه‌سازی حصول به توافق‌نامه‌های الزام‌آور، از جمله معاهدات و کنوانسیون‌های بین‌المللی. تصمیم به الزام‌آور نمودن توافق‌نامهٔ بین‌المللی در کنترل دولت‌هایی است که پیرامون محتوای تعهدات حقوقی مرتبط مذاکره می‌کنند. طبق تئوری قراردادی اولیه،<sup>۱</sup> طرفین قرارداد خواهان آن هستند که توافق‌نامهٔ مربوطه تا حد امکان معتبر باشد تا ایجاد بیشترین انگیزه برای اجرای آن تضمین گردد،<sup>۲</sup> اما در عمل، شاهد آنیم که گویی دولت‌ها در انعقاد توافق‌نامه‌هایی که اعتبار و سختی تعهدات آنان را افزایش دهد، کوتاهی می‌کنند. از منظر حقوق بین‌الملل سنتی نیز اینکه دولت‌ها اسناد نرمی را در حیطه‌های متنوعی از کنترل تسلیحات تا استانداردهای زیست‌محیطی منعقد می‌کنند که از لحاظ حقوقی الزام‌آور نیستند، توجیه‌پذیر نیست و به همین دلیل، حتی برخی صاحب‌نظران، مانند داماتو،<sup>۳</sup> چنین اسنادی را غیرحقوقی برمی‌شمارند. هر چند که از دیگر سو، بعضی بر این عقیده‌اند که حقوق نرم قواعد شبه-حقوقی<sup>۴</sup> را مستقر می‌سازد که از قابلیت تأثیرگذاری بر رفتار دول برخوردار هستند.<sup>۵</sup> از نگاه گروه اخیرالذکر، ویژگی اصلی حقوق نرم، تقویت این پیش‌بینی است که «یا با تفسیر قاعدهٔ الزام‌آور موجود و یا از طریق ترویج مجموعه‌ای جدید از قواعد الزام‌آور ولی مبتنی بر قواعد غیرالزام‌آور، قاعده‌ای غیرالزام‌آور در چارچوب توافق‌نامه‌ای الزام‌آور وارد خواهد گردید».<sup>۶</sup>

1. Basic Legal Theory.

2. Meyer, Timothy, Soft Law As Delegation, Fordham International Law Journal, Volume 32, Issue 3, 2009, pp. 888-942 .

3. D'Amato, Anthony, International Soft Law, Hard Law, and Coherence, (Northwestern Public Research Paper No. 08-01, 2008.

4. Quasi-legal Rules.

5. Guzman, Andrew T., The Design of International Agreements, 16 EURO. J. INT'L L. 579, 591, 2005, p. 580.

6. Meyer, Timothy, ibid, p. 891 .

اگر بپذیریم که برخی قواعد خاص با شرایط خاص تناسب دارند، لذا با تغییر شرایط دولت‌ها نیز تمایل خواهند داشت قواعد حاکم بر رفتار خود در صحنه بین‌المللی را تغییر دهند. در وضعیتی که دول به‌طور دائم، تناسب قواعد موجود با شرایط خود را ارزیابی می‌کنند و به ایجاد قواعد مطلوب‌تر گرایش دارند، هنجارگذاری ناگزیر از سختی و انعطاف‌ناپذیری حقوق سخت به سوی حقوق نرم که خصیصه‌های اصلی آن، همانا «انعطاف‌پذیری، تسهیل و تسریع اعمال قواعد بین‌المللی در عرصه حقوق داخلی»<sup>۱</sup> است، سوق می‌یابد تا امتیاز عمده حقوق نرم که ارتقای همکاری میان دول در شرایط خاص است، ظاهر گردد.

هنجارهای حقوق نرم ماهیتاً صلاح‌دیدی<sup>۲</sup> هستند؛<sup>۳</sup> لذا دولت مقید به اسناد حقوق نرم، نسبتاً از صلاح‌دید بیشتری در اعمال تعهدات نرم خود برخوردار است. در عمل نیز چنین هنجارهایی از آثار حقوقی و سیاسی مهمی برخوردارند، زیرا نقش اوراکلی<sup>۴</sup> را دارند که «گرایش به سخت شدن روابط بین‌المللی»<sup>۵</sup> و پیدایش قواعد الزام‌آور جدید را پیشگویی می‌کنند، مانند آنکه در آینده امروز، فردا را ترسیم می‌کنند.

عرصه ظهور تعهدات نرم با دو شرط مهیا می‌گردد: نخست، در مواردی که دولت‌ها خواهان اقدام جمعی هستند، اما از امکان زائل شدن اراده خود در اراده جمع بیمناک‌اند و دوم، در مواقعی که از تعهدات حقوقی سخت، عمدتاً به دلیل «پیچیدگی تشریفات مرتبط با شکل‌گیری، اجرا و ضمانت‌اجرای آن»،<sup>۶</sup> اجتناب دارند و خواهان کاربرد تکنیکی هستند که اراده و صلاح‌دید آنان در تبعیت از تعهدات نرم را کمتر تحدید نماید. البته به نقل از «پروفسور ریسمن»<sup>۷</sup>، حقوق نرم در معنای «توافقات عامداً غیرالزام‌آور»<sup>۸</sup>، از بیانیه‌های سیاسی صرف فراتر رفته است و آثار حقوقی

1. Guzman, Andrew T., *ibid*, pp. 19-22.

2. Discretionary In Nature.

3. Gruchalla-Wesierski, Tadeusz, A Framework for Understanding "Soft Law", *McGill Law Journal, Revue de droit de McGill*, Vol. 30, 1984, p. 37 .

۴. اوراکل (Oracle)، از پیشگویان یونان باستان بودند که آینده مردم را امروز پیش بینی می‌کردند و حقایق وضعیت‌های خاص ناآمده را در زمان و مکان حال روشن می‌ساختند.

5. Gruchalla-Wesierski, Tadeusz, *ibid*, p. 37.

6. Gruchalla-Wesierski, Tadeusz, *ibid*, p. 41.

7. Reisman.

8. Reisman, W. Michael, Soft law and Law jobs, *Journal of International Dispute Settlement*, 2011, pp. 25-20.

مستقیم و غیرمستقیمی را ایجاد می‌کند. «جوزف گلد»<sup>۱</sup> بر این عقیده است: «... دلی که چنین اسناد [نرم و غیرالزام‌آوری] را می‌پذیرند، محتوای آنها را جدی تلقی نموده و برای این اسناد حدی از اعتبار قائل‌اند».<sup>۲</sup> به نظر می‌رسد نوع نگاه و تلقی دول نسبت به اعتبار محتوای اسناد نرم، نقش تعیین‌کننده‌ای در تضمین تبعیت از هنجارهای نرم داشته باشد. بنابراین، می‌توان اذعان داشت «حقوق نرم به‌عنوان هنجارهایی که خود الزام‌آور نیستند»، بخشی از سیاق هنجاری گسترده‌تری را می‌سازند که در آن، «انتظارات [جامعه بین‌المللی] از رفتار مناسب یا معقول دولت»<sup>۳</sup> شکل می‌گیرد.

از دید روزافزون چنین اسناد نرمی که از حرکت عملی دول از اراده‌گرایی مطلق به سمت عینیت‌گرایی حکایت دارد، از پیچیدگی چالش‌های نوین بین‌المللی مانند مسائل زیست‌محیطی تأثیر گرفته است؛ مسائلی که ریشه‌های آن بعضاً هنوز ناشناخته‌اند. بنابراین، دلی که قادر به پیش‌بینی کلیه پیامدهای احتمالی ناشی از ایجاد ترتیبات حقوقی سخت برای مهار چنین مسائلی نیستند، در مواجهه با عدم قطعیت به هنجاریت نسبی حقوق نرم متوسل شده‌اند. بدین ترتیب، دول در چارچوب حقوق نرم، نخست از میزان دقت و جزئیات انعطاف‌ناپذیر تعهدات خود کاسته‌اند، زیرا آنها در وضعیت عدم قطعیت زمان حاضر که ناشی از عدم شناخت کامل و متیقن پدیده‌های جدید است، احتمالات آینده را نمی‌دانند. به‌عنوان مثال، «توافق‌نامه‌های فعلی پیرامون کنترل تسلیحات، فقط قادر به کنترل تکنولوژی‌های نظامی شناخته شده هستند و از توان کنترل تحقیقات و فناوری‌هایی که هنوز جنبه نظامی آنها ناشناخته مانده است، برخوردار نیستند».<sup>۴</sup> چنانچه دولت‌ها با تدابیر سخت، قصد کنترل چنین فناوری‌هایی را داشته باشند، از توسعه فناوری در بسیاری از شاخه‌های علمی سودمند جلوگیری خواهد شد. با این حال، کاربرد ترتیبات نرم و عمل‌گرایانه بدون تحدید امکان توسعه دستاوردهای علمی، دولت‌ها را در روند مواجهه با عدم قطعیت‌های کنونی توانمند می‌سازد.

1. Joseph Gold.

2. Gold, Joseph, Strengthening the Soft International Law of Exchange Arrangements, 1983, 77, AJIL, p. 443.

3. Lowe, Vaughan, International Law, Oxford University Press, 2007. pp. 95-6.

4. Abbot, K. W. and D. Snidal, Hard and Soft Law in International Governance, International Organization Journal, Vol. 54, 2000, p. 442.

کارآمدترین شیوه برای مهار عدم قطعیت، ایجاد ترتیبات نرمی است که اگرچه همانند ترتیبات سخت، از جزئیات و دقت بالایی برخوردارند، از لحاظ حقوقی الزام‌آور نیستند. مثال بارز چنین ترتیباتی را می‌توان در دستور کار ۲۱،<sup>۱</sup> اصول جنگل<sup>۲</sup> و دیگر اسناد ترغیب‌کننده که در کنفرانس محیط زیست و توسعه (ریو، ۱۹۹۲)<sup>۳</sup> تصویب شده‌اند، مشاهده نمود. بدین ترتیب، دول می‌توانند تأثیر هنجارهای نرم را در عمل، ملاحظه و بررسی کنند و در عین حال که از منافع چنین هنجارهایی سود خواهند برد، در صورت بروز نتایج نامطلوب از انعطاف‌پذیری لازم برای اجتناب از دشواری‌های شکل‌گیری و تبعیت از قواعد سخت نیز بهره‌مند می‌شوند و به‌سهولت هنجارهای نرم را اصلاح یا تغییر خواهند داد. دلیل چنین سهولتی این است که در مقایسه با دشواری‌های موجود در مسیر اختتام تعهدات حقوقی، توافق‌نامه‌های غیرحقوقی به آسانی قابل خاتمه‌اند.<sup>۴</sup> البته قاعدهٔ *rebus sic stantibus* (تغییر بنیادین اوضاع و احوال زمان انعقاد معاهده)<sup>۵</sup> زمینه را برای اختتام سریع تعهدات حقوقی فراهم می‌آورد (بند ۱ مادهٔ ۶۲ کنوانسیون حقوق معاهدات وین (۱۹۶۹)،<sup>۶</sup> اما حقوق در خصوص چنین تعهداتی انعطاف‌ناپذیر و سخت عمل می‌کند. تعهدات عرفی نیز با ارادهٔ یکی از دول قابل تغییر نیستند. بنابراین، در صورتی که منافع دولتی تغییر یابد، آن دولت نمی‌تواند از تعهد عرفی خود سر باز زند.<sup>۷</sup> در چنین وضعیتی، توسل به تعهدات نرم غیرحقوقی را می‌توان پاسخی متناسب با اقتضای زمان و مکان در مواجهه با انعطاف‌ناپذیری‌ها و سرگردانی‌های احتمالی در مواجهه با عدم قطعیت‌ها دانست.

دولت‌ها و دیگر بازیگران صحنهٔ بین‌المللی با استفاده از تکنیک‌های هنجاری متنوع، نوع روابط خود را معین می‌کنند و در این میان، هنجارهای غیرالزام‌آور حقوقی نقش مهمی را در فرایند تعاملات پیچیدهٔ بین‌المللی ایفا می‌کنند. در فضایی مبهم که حس گنگ «الزام به تبعیت از

1. Agenda 21, .

2. The Forest Principles.

3. Rio Conference on Environment and Development, 1992.

4. Virally, Michel, *La Deuxième Décennie Des Nations Unies Pour Le Développement*, Annuaire français de droit international Année, Volume 16/ Numéro 1, 1970, p. 29.

5. Fundamental Change of Circumstances.

۶. جهت کسب اطلاعات بیشتر در این زمینه نک: فلسفی، هدایت‌الله، *حقوق بین‌الملل معاهدات*، ویراست سوم، چاپ فرهنگ نشر نو، ۱۳۹۱، صص ۸۸۱-۸۶۸.

7. Gruchalla-Wesierski, Tadeusz, *ibid*, p.43.

حقوق بین‌الملل نرم، تمایز سابقاً معتبر میان تکنیک‌های هنجاری الزام‌آور حقوقی و غیرحقوقی» را بی‌رنگ می‌کند، شاید توجیهی جز این نیابیم که «هدف و دغدغه اولیه ما این است که به روند همکاری میان دول کمک کنیم، نه اینکه صرفاً آنها را به رفتار خاصی ملزم نماییم».<sup>۱</sup>

شایان ذکر آنکه «حقوق نرم و حقوق سخت واجد ویژگی‌های مشترکی هستند، زیرا از انگیزه همسان دول برای اعلام پایبندی خود در قبال دیگر دول»<sup>۲</sup> در وضعیت «آنارشی نسبی نظام حقوقی بین‌المللی»<sup>۳</sup> نشئت گرفته‌اند. از سوی دیگر، این دیدگاه نیز که «در غالب موارد، تقریباً از کلیه معاهدات تبعیت می‌شود»، قطعاً خام و ناسنجیده است؛ زیرا کشورها در تبعیت از اسناد حقوقی بین‌المللی از وضعیت متفاوتی برخوردارند و حتی کشوری واحد نیز ممکن است عملکرد متنوعی در تبعیت از اسناد حقوقی مختلف داشته باشد. البته نباید از خاطر دور داشت که الگوی تبعیت دول از اسناد حقوقی بین‌المللی نیز در طی زمان تغییر می‌یابد.

به‌منظور بررسی ماهیت تعهدات برآمده از اسناد نرم، ضرورت دارد دلایل وجودی تعهدات سخت بین‌المللی مورد بررسی قرار گیرد. از نظر «تمس»<sup>۴</sup>، وجود تعهد بین‌المللی به سه مؤلفه بستگی دارد: الف) دلیلی متقاعدکننده برای مخاطب تعهد برای متعهد شدن ارادی به تعهد؛ ب) تعهد واقعی مخاطب تعهد، به‌طوری که آزادی تصمیم‌گیری مخاطب پیرامون موضوع مورد تعهد در عمل، محدود شده باشد؛ ج) ابزارهای خاص به منظور ترغیب مخاطب به پیروی از دستورات مندرج در تعهد.<sup>۵</sup>

مسلم است که تکوین هنجارهای نرم در پاسخ به ضرورتی میرم بوده که بنا به عواملی چون نابرابری امکانات دولت‌ها در روند اجرای تعهدات، کندی فرایند شکل‌گیری وفاق بین‌المللی، عدم قطعیت و غیرقابل پیش‌بینی بودن آینده و وقایع احتمالی، امکان تدوین سندی سخت برای رفع ضرورت وجود نداشته است. همچنین، تمایل ذاتی دولت به حفظ سختگیرانه حدود حاکمیت

1. Bilder, Richard B., *Beyond Compliance: Helping Nations Cooperate*, in Shelton, Dinah, *Commitment and Compliance*, Oxford University Press, 2003, pp. 65-73.

2. Haas, Peter M., (2003), *Choosing to Comply: Theorizing from International Relations and Comparative Politics*, in Shelton, Dinah, *Ibid*, p. 43 .

3. Bell, Christine, *Peace Agreements: Their Nature and Legal Status*, *The American Journal of International Law*, Vol. 100:373, 2006. 373-412, p. 384.

4. Tammes.

5. Tammes, A. J. P., *Soft Law*, in *Netherlands International Law Review, Essays on International and Comparative Law: In Honour of Judge Erades*, Martinus Nijhoff Publishers, 1983, p. 187.

خویش موجب می‌گردد که تعهدی سخت، به آن نحو که اراده آزاد مخاطب تعهد را عملاً محدود نماید، ایجاد نشود. با این حال، باید به این حقیقت توجه کرد که آنچه تعهد نرم خوانده می‌شود و در قالب سندی که در زمره حقوق نرم جای دارد، نصح می‌یابد، از لحاظ حقوقی برای دولت‌هایی که چنین اسنادی را می‌پذیرند، الزام‌آور نیستند، اما این اسناد به‌عنوان اسناد حاوی هنجار از سوی دول به رسمیت شناخته شده‌اند، لذا دولت‌ها تلاش دارند تا در حدود امکانات خود از آن تبعیت کنند.

### نتیجه‌گیری

با قاطعیت می‌توان استنباط نمود که حقوق نرم نقش مهمی در رشد هنجارهای بین‌المللی، به‌ویژه در شاخه‌های نوپیدای حقوق بین‌الملل مانند حقوق محیط زیست، حقوق سرمایه‌گذاری، حقوق انرژی، حقوق فضا و ... ایفا می‌کند. این منبع نوین هنجارسازی را نباید به دلیل عدم ایجاد قواعد الزام‌آور، کم‌بها دانست. حقوق نرم با بهره‌گیری از قدرت متقاعدکنندگی، به‌شیوه‌ای غیرمستقیم بر رفتار دولت‌ها و دیگر تابعان حقوق بین‌الملل تأثیر می‌گذارد. پدیده حقوق نرم که در زمره شیوه‌های نوین هنجارگذاری بین‌المللی به‌شمار می‌رود، بر مبنای الگوی ترکیبی ترفیعی- ترویجی، اهدافی را معین می‌کند که حصول آنها در آینده، از هم‌اکنون زمینه‌سازی می‌گردد و در قالب اسناد نرم غیرالزام‌آور به جای تجویز و خلق تعهدات سخت از شیوه توصیه، جهت‌سازی و مسیرنمایی استفاده می‌شود. به نظر می‌رسد این شیوه از هنجارگذاری با کاستن از دشواری‌های ملازم با قاعده‌گذاری‌های سخت و با القای حس اطمینان به دولت‌ها، از این حیث که با عدم تحمیل الزامات انعطاف‌ناپذیر، حلقه حاکمیت ملی آنان را محدودتر نمی‌کند، از مؤثرترین ابزارهایی باشد که اجتماع جهانی در مسیر مقابله با چالش‌های سهمگین جهانی در دسترس دارد.

حقوق نرم اصطلاحی است که طبقه‌بندی نوعی پدیده هنجاری در حوزه بینابین حقوق و غیرحقوق را تحت پوشش قرار می‌دهد. این پدیده هنجاری از این لحاظ که اثر جهت‌دهنده دارد و بر اراده و اختیار مخاطبان حقوق نرم یا به بیان دیگر، دول و دیگر بازیگران صحنه بین‌الملل، تأثیر دارد، به صفت «حقوق» متصف شده است. افزون بر این، پدیده حقوق نرم شیوه‌ای مدرن و سودمند برای زمینه‌سازی شکل‌گیری رفتارهایی است که با اقتناع دولت‌ها آغاز شده است و با تکثیر و الگوبرداری از این رفتارها ترویج می‌یابد. بدین طریق، ارزش‌ها که تعیین‌گر خطوط حرکت در سیاق حقوق هستند، بر اساس مدل پیشنهادی در این مقاله، در قالب اسناد نرم، تحرک در مسیر ترویج ارزش و ترفیع اراده دولت از سطح فردی به بُعد جمعی را تسهیل می‌کنند.

## فهرست منابع

### الف) منابع فارسی

#### کتاب

۱. فلسفی، هدایت‌الله، *حقوق بین‌الملل معاهدات*، ویراست سوم، تهران: چاپ فرهنگ نشر نو، ۱۳۹۱.
۲. فلسفی، هدایت‌الله، *صلح جاویدان و حکومت قانون: دیالکتیک همانندی و تفاوت*، تهران: فرهنگ نشر نو، ۱۳۹۰.

#### مقاله

۳. فلسفی، هدایت‌الله، *رویاری عقل و واقعیت: مساله منابع (۲)*، سالنامه ایرانی حقوق بین‌الملل و تطبیقی، شماره ۴، ۱۳۸۷.
۴. فلسفی، هدایت‌الله، *تأملاتی در مفاهیم قاعده حقوقی، ارزش اخلاقی و بشریت، مجله حقوقی بین‌المللی*، نشریه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، ۱۳۸۱-۱۳۸۰، شماره‌های ۲۶-۲۷.

#### جزوه درسی

۵. فلسفی، هدایت‌الله، *جزوه درسی نقد و بررسی مکاتب فلسفی (دکترین)*، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، سال تحصیلی ۸۹-۱۳۸۸.

### ب) منابع فرانسه

6. Allegret, Jean-Pierre, Le Merrer, Pascal, *Économie de la mondialisation: Vers une rupture durable?* De Boeck Supérieur, 2015.
7. Virally, Michel, *La Deuxième Décennie Des Nations Unies Pour Le Développement*, Annuaire français de droit international Année, Volume 16/ Numéro 1, 1970.

### ج) منابع انگلیسی

#### Books

8. Aguirre, Daniel, (2008), *The Human Right to Development in a Globalized World*, Ashgate Publishing Ltd.
9. Bilder, Richard B., (2003), *Beyond Compliance: Helping Nations Cooperate*, in Shelton, Dinah, ed., (2003) *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in International Legal System*, OUP.
10. Clapham, Andrew, (2005), *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press.

11. Claude, Richard Pierre, Weston, Burns H., (2006), *Human Rights in the World Community: Issues and Action*, University of Pennsylvania Press.
12. D'Aspremont, Jean, (2011), *Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, Oxford University Press.
13. Fajardo, Teresa, (2010), *Soft Law*, in Carty, Tony, Oxford Bibliographies in International Law, OUP .
14. Hall, Boalt, Guzman, Andrew T., (2007), *How International Law Works: A Rational Choice Theory*, Oxford University Press.
15. Haas, Peter M., (2003), *Choosing to Comply: Theorizing from International Relations and Comparative Politics*, in Shelton, Dinah, ed., *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in International Legal System*, OUP.
16. Higgins, Rosalyn, (1963), *The Development of International Law Through Political Organs of the United Nations*, Oxford University Press..
17. Koh, H.H. (1997), Review Essay: *Why do Nations Obey Law?* Yale Law Journal, 106, 2599-2603 in Xander Olsthoorn, Anna J. Wicczorek, (2006), *Understanding Industrial Transformation: Views from Different Disciplines*, Springer..
18. Lowe, Vaughan, (2007), *International Law*, Oxford University Press..
19. Shaw, Malcolm Nathan, (2003), *International Law*, Cambridge University Press
20. Shelton, Dinah, (2006), *International Law and Relative Normativity*, in Evans, Malcolm, David, (2006), *International Law*, Oxford University Press .
21. Shelton, Dinah, (1997), *Compliance with International Human Rights Soft Law*, in Weiss, Edith Brown, (ed.), (1997), *International compliance with nonbinding accords*, Washington, DC: American Society of International Law.
22. Shelton, Dinah, ed. (2003), *Commitment and Compliance: The Role of Non-binding Norms in the International Legal System*, Oxford University Press .
23. Shelton, Dinah, (2009), *Soft Law in Armstrong*, David (eds.), *Handbook of International Law*, Routledge Press.
24. Tammes, A. J. P., (1983), *Soft Law*, in Netherlands International Law Review, Essays on International and Comparative Law: In Honour of Judge Erades, Martinus Nijhoff Publishers.
25. 40. Weiss, Edith Brown, (2000), *The Five International Treaties: A Living History*, in Weiss, Edith Brown, Jacobson, Harold Karan, *Engaging Countries: Strengthening Compliance with International Environmental Accords*, MIT Press.
26. Olsthoorn, Xander, (2006), *Understanding Industrial Transformation: Views from Different Disciplines*, Springer.

#### Articles

27. Abbot, K. W. and D. Snidal, "Hard and Soft Law in International Governance", *International Organization*, Vol. 54, p. 421, 2000
28. Bell, Christine, (2006), "Peace Agreements: Their Nature and Legal Status", *The American Journal of International Law*, Vol. 100:373.
29. Cover, Robert M., (1983), "The Supreme Court 1982 Term – Forward: Nomos and Narrative", *Harvard Law Review*, 97 (4), 40

30. D'Amato, Anthony, (2008), "International Soft Law, Hard Law, and Coherence", *Northwestern Public Research Paper* No. 08-01.
31. D'Aspremont, Jean, (2011), "The Politics of Deformalization in International Law", *Goettingen Journal of International Law* 3 (2011), 2.
32. D'Aspremont, Jean, (2008), "Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials", *The European Journal of International Law* Vol. 19, No. 5 .
33. Gold, Joseph, (1983), "Strengthening the Soft International Law of Exchange Arrangements", 77, *AJIL*.
34. Gruchalla-Wesierski, Tadeusz, (1984), "A Framework for Understanding "Soft Law"", *McGill Law Journal, Revue de droit de McGill*, Vol. 30.
35. Guzman, Andrew T., (2005), "The Design of International Agreements", 16 *EURO. J. INT'L L.*
36. Kennedy, David, (1987), "The Sources of International Law", *American University International Law Review*, Volume 2 | Issue 1.
37. Korhonen, Outi, (1996) "New International Law: Silence, Defence or Deliverance?" 7 *European Journal of International law*.
38. Meyer, Timothy, (2009), "Soft Law As Delegation", *Fordham International Law Journal*, Volume 32, Issue 3.
39. Reisman, W. Michael, (2011), "Soft law and Law jobs", *J Int Disp. Settlement*, 2 (1).
40. Sterio, Milena, (2008), "The Evolution of International Law," 31 *B.C. Int'l & Comp. L. Rev.*
41. Weiss, Edith Brown, (2000), "The Rise or the Fall of International Law?" 69 *Fordham L. Rev.*