

The role of doctrine in the development of the Martens clause with an emphasis on Judge Trindad's thoughts

Meysam Gharaei¹, Heybatollah Najandi Manesh ², Mohammad Reza Alipour³

Abstract

Field and Aims: The possibility of rule-making in customary international law, based on the principles contained in the "Martens clause", that is, the principle of humanity and the provisions of predictions, has been encountered, according to several opinions, by using the decision-making of the Hague Convention of 1899 until Article 3 of the Co-writing Convention of 2023. Proponents of the natural school with a broad interpretation as a source in international law, on the contrary, the proponents of the volitional school with a narrow interpretation and some others have dealt with it with an intermediate view. In the meantime, "doctrine" in the judicial procedures of the court has a fundamental role and position in determining and constructing customary rules, and on the other hand, the origin and criteria for accepting the evolution of rules in customary international law can be found in the approval of the Martens clause. The main question in this article is what effect the doctrine, especially the thoughts of Judge Trindad, had on the Martens clause.

Method: This article is written in a descriptive-analytical way.

Findings and Conclusions: The doctrine has gone out of its traditional form and appears in various forms today. Separate opinions of judges, especially Judge Trindad, in the judgments and advisory opinions issued by the International Court of Justice are one of the most important manifestations of the doctrine in the field of international law. This judge has expressed most of his opinions around the content of the Martens clause. With regard to paragraph (d) of Article 38 of the Statute of the International Court of Justice, which states: "judicial decisions and teachings of the most prominent jurists of different nations are considered secondary tools for determining legal rules", according to the findings of this research, the discourse and The legal studies conducted on the role of the Martens clause in various judicial opinions and opinions have to a large extent been able to cause the growth and development of humanitarian law and especially the Martens clause.

Keywords: Martens clause, Laws of humanity, Requirements of the public, Judge Trinidad, Legal obligation of states, humanitarian rights.

*Citation (APA): Gharaei, M.; Najandi Manesh, H.; Alipour, M. (2024). The role of doctrine in the development of the Martens clause with an emphasis on Judge Trindad's thoughts. *International Legal Research*, 17(65), 73-104.

1. PhD candidate in Public International Law, Faculty of Law, Theology and Political Sciences, Science and Research Unit, Islamic Azad University, Tehran, Iran. Email: m.gharaei110@gmail.com

2. Assistant Professor, Department of Public and International Law, Faculty of Law and Political Sciences, Allameh Tabatabaie University, Tehran, Iran. (Author). Email: hnajandimanesh@gmail.com

3. Assistant Professor, Department of Public and International Law, Faculty of Law, Theology and Political Sciences, Science and Research Unit, Islamic Azad University, Tehran, Iran. Email: m_alipour@srbiau.ac.ir

نقش دکترین در توسعه شرط مارتنس با تأکید بر اندیشه‌های قاضی ترینداد

میثم قارایی^۱، هیبت الله نژندی منش^۲، محمدرضا علی پور^۳

چکیده

زمینه و هدف: امکان بررسی قاعده‌سازی در حقوق بین‌الملل عرفی، بر اساس اصول مندرج در «شرط مارتنس»، یعنی اصول انسانیت و احکام وجدان عمومی، با کثرت نظرات متعدد، از زمان تصویب در کنوانسیون ۱۸۹۹ تا انعکاس در ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو و درج مجدد اصول در مقدمه پیش‌نویس کنوانسیون تسلیحات خودکار (مارس ۲۰۲۳) مواجه بوده است. طرفداران مکتب طبیعی با تفسیری موسع به مثابه منبع در حقوق بین‌الملل و بالعکس، طرفداران مکتب اراده‌گرایی با تفسیری مضیق و برخی دیگر با نگاهی بینابینی به آن پرداخته‌اند. در این بین، «دکترین» در رویه‌های قضایی دیوان، نقش و جایگاه اساسی در تعیین و ساخت قواعد عرفی را دارا بوده و از سویی دیگر، منشاء و ملاک پذیرش تحول قواعد در حقوق بین‌الملل عرفی را می‌توان در تصویب شرط مارتنس جستجو کرد. پرسش اصلی در این نوشتار این است که دکترین، به‌ویژه اندیشه‌های قاضی ترینداد، چه تأثیری بر شرط مارتنس داشته است. **روش:** این مقاله به شیوه توصیفی-تحلیلی نگارش یافته است.

یافته‌ها و نتایج: دکترین از شکل سنتی خود خارج شده و امروزه، به اشکال مختلفی بروز پیدا می‌کند. نظرات جداگانه مخالف قضات، بخصوص قاضی ترینداد، در احکام و نظرات مشورتی صادره توسط دیوان بین‌المللی دادگستری از مهم‌ترین جلوه‌های دکترین در حوزه حقوق بین‌الملل می‌باشند. این قاضی بیشترین دیدگاه‌های خود را حول محور محتوای شرط مارتنس بیان نموده است. با عنایت به بند (د) ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری که اشاره می‌دارد: «تصمیمات قضایی و آموزه‌های برجسته‌ترین حقوقدانان ملل مختلف به منزله ابزارهای فرعی جهت تعیین قواعد حقوقی بشمار می‌آید»، بنا بر یافته‌های این پژوهش، گفتمان و مطالعات حقوقی انجام‌شده پیرامون نقش شرط مارتنس در آراء و نظرات مختلف قضایی تا حدود بسیاری توانسته باعث رشد و توسعه حقوق بشردوستانه و بخصوص شرط مارتنس قرار بگیرد.

کلیدواژه‌ها: شرط مارتنس، اصول انسانیت، احکام وجدان عمومی، قاضی ترینداد، الزام حقوقی دولت‌ها، حقوق بشردوستانه.

* استاندارد می (APA): قارایی، میثم؛ نژندی منش، هیبت الله و علی پور، محمدرضا. (۱۴۰۳). نقش دکترین در توسعه شرط مارتنس با تأکید بر اندیشه‌های قاضی ترینداد. *تحقیقات حقوقی بین‌المللی*، ۱۷ (۶۵)، ۷۳-۱۰۴.

۱. دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل عمومی، گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. رایانامه: m.gharaei110@gmail.com
۲. استادیار گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران. (نویسنده مسئول). رایانامه: Hnajandimanesh@gmail.com
۳. استادیار گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. رایانامه: m_alipour@srbiau.ac.ir



مقدمه

پیشنهاد تصویب «شرط مارتنس» ابتدا در راستای علاج عدم کلیت قواعد حقوقی و استقرار اصولی ناظر بر مقوله‌های پیش‌بینی‌نشده و به‌منظور نوعی راه دیپلماتیک و برای حل اختلاف در راستای رفع موانع برای تصمیم‌گیری میان اعضای کنفرانس‌های صلح لاهه ۱۸۹۹^۱ در خصوص «جایگاه جنبش‌های مقاومت در سرزمین‌های اشغالی» از جانب نماینده روسیه، جناب «فئودور فیودریش ون مارتنس»^۲ مطرح گردید و البته، بعدها اهمیت بسیار بیشتری در فرآیند تصویب سایر اسناد مرتبط با حقوق بشردوستانه و حقوق ناظر بر مخاصمات مسلحانه به دست آورد. به موجب این شرط،^۳ «تا هنگامی که مجموعه کامل‌تری از قواعد ناظر بر جنگ تدوین و تصویب نگردیده است، طرفین معظم در خصوص اعلام این مهم، موافقت می‌نمایند در مواردی که تحت شمول مقررات مصوب قرار نمی‌گیرد، غیرنظامیان و نظامیان تحت حمایت و اقتدار اصول حقوق بین‌الملل، منبعث از رویه تثبیت‌شده میان ملل متمدن، اصول انسانیت و احکام وجدان عمومی باقی خواهند ماند»^۴.

بحث و تبادل نظر در حوزه امکان قاعده‌سازی به واسطه محتوای مندرج در شرط مارتنس «اصول انسانیت»^۵ و احکام وجدان عمومی^۶ از کنفرانس صلح لاهه ۱۸۹۹ آغاز و در ماده ۳ مشترک کنوانسیون ۱۹۴۹^۷ که در بردارنده قواعد عرفی می‌باشد، تحولی بنیادی را در منابع حقوق بین‌الملل بوجود آورد و بی‌هیچ شبهه، رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه نیکاراگوا تأثیر فوق‌العاده‌ای نیز در تأیید محتوای عرفی ماده ۳ برجای گذارد (ممتاز و رنجریان، ۱۳۸۷: ۴۲)؛ و متعاقب آن، همین قواعد در پروتکل اول^۸ و دوم الحاقی^۹ ۱۹۷۷ نیز مجدداً درج و تصریح گردید و در رأی مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری در مورد استفاده از تسلیحات اتمی^{۱۰} و سایر آراء قضایی دیوان و منابع دیگر در حقوق بین‌الملل توسط حقوقدانان مورد بحث قرار گرفت و در طرح پیش‌نویس کنوانسیون تسلیحات خودکار در مارس ۲۰۲۳ مورد توجه قرار گرفت و عیناً، عبارات شرط مارتنس در مقدمه طرح گنجانده شد.^{۱۱} موضوع اصلی این پژوهش، نقش دکتربین در توسعه

1 Hague Convention 1899.

4 Fyodor Fyodorich von Martens.

3 Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land, The Hague, 1899, Preamble.

4 Until a more complete code of the law is issued, High Contracting Parties think it right to declare that in cases not included in the Regulations adopted by them, populations and belligerents remain under the protection and empire of the principles of international law, as they result from the usages established between civilized nations, from the laws of humanity, and the requirements of the public.

5 laws of humanity.

6 the requirements of the public.

7 Geneva Convention 1949.

8 Additional protocol(I) to the Geneva Conventions, 1977.

9 Additional protocol(II) to the Geneva Conventions, 1977.

10 Advisory Opinion of Legality of the Threat or Use by a state of Nuclear Weapons in armed conflict, ICJ Reports of 8 July 1996.

11 Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects, 13 March 2023, CCW /GGE.1 /2023 / WP.4/Rev.1.

شرط مارتنس بوده، چرا که در علم حقوق منظور از دکتین، نظرانی است که علمای حقوق در مقام شرح و تفسیر قوانین و نیز در مقام نقد و بررسی آراء قضایی ارائه می‌کنند. علمای حقوق که وظیفه آموزش حقوق در دانشگاه‌ها و کرسی‌های بخصوص را برعهده دارند، عامل اصلی شکل‌گیری دکتین حقوقی هستند. وقتی نظریه‌ای توسط علمای حقوق بیان شده و در معرض نقد دیگران قرار گرفته و همچنان استوار باقی می‌ماند، این نظریه «ارزش راهبری حقوقی» پیدا می‌کند. در این پژوهش، مکاتب مختلف و نظرات قضات دیوان بین‌المللی دادگستری و اساتید دانشگاه‌های مختلف، بخصوص اندیشه‌های قاضی فقید آنتونیو آگستو کانچادو ترینداد¹ در توسعه حقوق بشردوستانه و تأثیر آن را در خصوص شرط مارتنس مورد بررسی قرار خواهیم داد و در ابتدا، ضمن بیان مفهوم و تعیین جایگاه دکتین، به بررسی آراء و نظرات مختلف می‌پردازیم و به‌طور کلی، به دنبال پاسخ به این سؤال هستیم که ببینیم در سلسله‌مراتب هنجارها و قواعد حقوقی متأثر شده از شرط مارتنس، جایگاه دکتین ارائه‌شده کجاست و تا چه میزان در ایجاد قاعده حقوقی و توسعه در زمینه حقوق بشردوستانه تأثیر گذار بوده است؟

این تحقیق به روش «توصیفی-تحلیلی» انجام گردیده و با توجه به نوع مقاله، از روش آماری استفاده نشده است و از آنجا که نتایج تحقیق کاربردی می‌باشد، اطلاعات این تحقیق با ابزار سندپژوهی و کتابخانه‌ای گردآوری شده است. در روش کتابخانه‌ای ادبیات موضوع و مطالعات تخصصی صورت گرفته و اطلاعات نظری از طریق جستجوی کتابخانه‌ای تخصصی، اینترنتی به‌روزترین منابع بانک مقالات علمی، کتب مرتبط و بانک‌های اطلاعاتی معتبر مرتبط به دست آمده است. با توجه به این که محققین ضمن فیش‌برداری، دقیقاً منابع مربوط را نیز ذکر و در ذیل هر مطلب درج نموده‌اند؛ بنابراین، اعتبار مطالب توسط مدارک علمی انتخابی به صورت دقیق مشخص گردیده است.

بررسی محتوایی شرط مارتنس در دکتین و مکاتب حقوق بین‌الملل

در مواجهه با شرط مارتنس، هر یک از پژوهشگران حقوق بین‌الملل دارای دکتین و منظومه فکری با قوه ادراکی و تأثیرگذاری خاص خود در تفسیر و توسعه حقوق بین‌الملل می‌باشند که بسته به نوع درک افراد از ابعاد مختلف نظری نسبت به شرط مارتنس را دارد و در همین راستا، رهیافت‌های متعددی که در حوزه ادبیات حقوق بین‌الملل بشردوستانه وارد گردیده، نشان از کثرت نظرات موافق و مخالف در این موضوع می‌باشد.

1 Antônio Augusto Cançado Trindade



۱- جایگاه دکترین

دکترین به مفهوم خاص، نظریات یا عقایدی است که علمای حقوق در مقام شرح یا تفسیر قواعد حقوقی بیان می‌کنند. دکترین همانند قانون و رویه قضایی دارای ماهیت مکتوب و نوشتاری است؛ بنابراین، به آن دسته از آراء و نظریات حقوقدانان دکترین اطلاق می‌شود که در جایگاه آموزش یا در لباس پژوهش به رشته تحریر درآمده باشد. مطابق این تعریف، کتب، جزوات آموزشی، مقالات، پژوهش‌های صورت گرفته در مراکز تحقیقاتی و یا دایره‌المعارف‌های حقوقی، رساله‌های دکتری و دیدگاه‌های ارائه شده در کنگره‌ها و محافل و نشست‌های علمی و بطور کلی، آثار و شاهکارهای طلایه‌داران حقوق مهمترین مصادیق دکترین هستند (اسلام پناه، ۱۳۹۹: ۱۱). دکترین نظر شخصی هر حقوقدان است که درباره یک مسئله حقوقی یا در پاسخ به یک پرسش بیان می‌کند. البته، هر چه تعداد طرفداران یک نظریه بیشتر باشد، آن نظریه از قوام و مقبولیت بیشتری برخوردار خواهد بود. امروزه، اشخاص و مؤسسات حقوقی تحقیقاتی که از امکانات و تجهیزات برخوردارند، در این عرصه ایفای نقش می‌کنند. مؤسسه بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی و کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل متحد که حقوقدانان بزرگ بین‌المللی در آنها فعالیت می‌کنند، نمونه‌های بارز دکترین در عرصه حقوق هستند. به عبارت دیگر، امروزه دکترین از حالت فردی به سوی کارهای گروهی و جمعی متحول گشته است. دکترین در رسالت خود به وضع، نسخ، تفسیر قوانین و شکل‌گیری نظام حقوقی کمک می‌کند.

الف: کمک به وضع قاعده: دکترین به‌خودی‌خود، قاعده حقوقی وضع نمی‌کند، ولی می‌تواند مقنن را به وضع قواعد حقوقی وادار کند. گاه دکترین آهنگ قانون جدیدی را به صدا درمی‌آورد و مقنن را به تدوین آن ترغیب می‌کند. قانون، محصول کار جمعی «عرف، دکترین و مقنن» است. عرف در میان مردم به صورت شبه‌غریزی شکل می‌گیرد، توسل حقوقدانان صورت‌بندی شده و به وسیله مقنن تصویب یا تأیید می‌شود (دل‌وکیو، ۱۳۸۰: ۱۰).

ب: کمک به درک صحیح از قاعده: یکی از اصلی‌ترین وظایف دکترین، افزایش آگاهی نسبت به حقوق است. دکترین با تفسیر قواعد حقوقی، امکان درک حقوق موجود را فراهم می‌آورد. علمای حقوق در گرایش‌های مختلف حقوقی هر یک به سهم خود بخشی از قواعد حقوق موضوعه را تحت مطالعه قرار می‌دهند. حقوق، بدون وجود دکترین، تعداد انبوهی از قوانین و مقررات است که به طور خشک و بی‌روح در قفسه‌ها نگهداری می‌شود. دکترین به قوانین و مقررات گرما و حیات می‌بخشد. کار اصلی دکترین به عنوان مرجعی آگاه و بی‌طرف ارائه معنایی درست از قانون به عنوان منبع اصلی حقوق است. دکترین با تحقیقات خود از گره‌ها و موانع در مسیر حقوق رمزگشایی می‌کند.

ج: هشدار نسبت به قواعد نامناسب: یکی از وظایف دکترین این است که قواعد موجود در حقوق بین‌الملل را مورد نقد و بررسی قرار دهد. جامعه جهانی به کسانی نیاز دارد که دائماً درباره حقوق بین‌الملل بیندیشند. دکترین در این رسالت خود نقش دیده‌بان را ایفا می‌کند؛ بنابراین، اگر قواعد حقوق موضوعه را نادرست تشخیص دهد، باید نسبت به ادامه اجرای این قوانین، زنگ خطر را به صدا درآورد و مقنن را به نسخ یا اصلاح آن‌ها ترغیب نماید.

د: سامان‌دهی نظام حقوقی: وجود دکترین برای داشتن یک نظام حقوقی معقول و منطقی، ضروری است. کار واقعی دکترین، فرضیه‌سازی، نظریه‌پردازی، نقد و پیشنهاد است. دکترین با کار نظام‌مند خود، قواعد حقوقی را در سازمان‌های حقوقی قرار داده و نظامی هماهنگ از اصول و قواعد و سازمان‌های حقوقی را عرضه نموده و با تدوین نظامی منطقی، کلیت، وحدت و پیوستگی حقوق را رقم می‌زند.

۲- بررسی ماهیت شرط مارتنس در مکاتب حقوق بین‌الملل

بعد از تبیین جایگاه و مفهوم دکترین در علم حقوق، باید به این نکته مهم نیز اشاره کرد که با توجه به اینکه بخش اعظم تشکیل‌دهندگان و تدوین‌کنندگان قواعد حقوق بین‌الملل در بخش‌های مختلف شاخه‌های حقوق بین‌الملل، حقوق بشردوستانه و حقوق معاهدات از اساتید و قضات دیوان بین‌المللی دادگستری^۱ و دیوان بین‌المللی کیفری^۲ هستند و دکترین آن‌ها سبب ترویج روش استدلال صحیح، قانون‌مند کردن رسیدگی‌ها، اصلاح رویه قضایی، ارتقای نظام حقوقی و برقراری عدالت مؤثر واقع می‌شود، بررسی و آشنایی با مکاتب، نظرات و منظومه فکری آنان در مورد بحث حاضر از جایگاه بسیار مهمی برخوردار است؛ چرا که علمای حقوق با تکیه بر قوه تعقل خود مبتنی بر منظومه مکتب فکری خویش، النهایه به ساخت آثار و تدوین قاعده یا معاهده در عرصه حقوق بین‌الملل اقدام می‌نمایند و شناخت نظرات آنان از این حیث، حائز اهمیت می‌باشد. همانند سایر مبانی و اصول کلی حقوق بین‌الملل که دارای تفاسیر و نظرات مختلف می‌باشد، موضوع «شرط مارتنس» نیز از این قاعده مستثنی نمی‌باشد. از همین رو، این شرط موضوع طیف وسیعی از تفاسیر گوناگون قرار گرفته که برخی نگاهی بسیار حداقلی و مضیق و برخی نگاهی بسیار موسع به آن دارند. با عنایت به این توضیحات در این بخش، نظرات مکاتب مختلف در حوزه شرط مارتنس را مورد بررسی قرار داده و در بخش بعدی، به بررسی منظومه فکری قاضی ترینداد می‌پردازیم.

1International Court of Justice

2International Criminal Court



الف: طرفداران مکتب طبیعی، موافقان پذیرش تفسیر موسع به شرط مارتنس

برخی از حقوق‌دانان که پیرو مکتب طبیعی هستند، با یکجانبه‌گرایی به دنبال تفسیر موسع از شرط هستند. به زعم خود «فئودرو مارتنس»، محتوای این شرط از سابقه‌ای تاریخی برخوردار است و در آراء و اندیشه‌های مکتب حقوق طبیعی ریشه دارد (مرون^۱، ۷۹:۲۰۰۰)؛ چرا که طبیعت، عقل، عدالت، اخلاق و حقوق الهی همگی مفاهیمی برخاسته از آموزه‌های حقوق طبیعی محسوب می‌شوند و بعد از تصویب شرط مارتنس بود که جامعه جهانی این موضوع را پذیرفت که در حوزه ملاحظات بشردوستانه، شکل‌گیری قاعده می‌تواند تحت تأثیر و نفوذ غالب اصول و اندیشه‌های حقوق طبیعی نیز صورت پذیرد. اعلامیه‌ای که تصویب و انتشار آن خود تحت تأثیر تحولات ناشی از رشد و گسترش اصول و مبانی حقوق بشر، به ویژه در اوایل قرن بیستم بوده است و ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو به نوعی «تجلی خاص» همین شرط بوده است که دیوان بین‌المللی دادگستری در شناسایی آن ملاحظات انسانی و احکام وجدان عمومی را در بادی امر مورد توجه قرار داده است و این یعنی اثرگذاری و نقش‌آفرینی مستقیم مبانی حقوق بین‌الملل - در اینجا حقوق طبیعی - در فرایند شکل‌گیری و تحول منابع آن - در اینجا عرف (زرنشان، ۱۳۹۳: ۳۰۰).

بر مبنای همین تفسیر، تئودور مرون معتقد است که: «شرط مارتنس گرایشی را تقویت می‌کند که بر اساس آن، در فرآیند شکل‌گیری قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، در وهله اول، *Opinio Juris* (اصول انسانیت و احکام وجدان عمومی) به عنوان مبنا مد نظر قرار می‌گیرد تا رویه دولت‌ها» (مرون، منبع پیشین: ۸۸). همچنین، بنا به نظریه‌ای از سوی کسسه در رابطه با قید مذکور نیز به همین ترتیب بوده است (کسسه^۲، ۲۰۰۰: ۲۱۴). به زعم وی، عناصر مادی و معنوی به عنوان عناصر تشکیل‌دهنده عرف در یک شاخه خاص از حقوق بین‌الملل، یعنی حقوق بشردوستانه در درگیری‌های مسلحانه، نقش متفاوتی را ایفاء می‌نمایند. این امر بدلیل شرط معروف مارتنس است. بدین ترتیب، بنا به نظر کسسه، اینگونه اثبات شده است که برای شکل‌گیری یک اصل یا قاعده مبتنی بر اصول انسانیت یا احکام وجدان عمومی، شرط عملکرد دولت لازم نیست یا حداقل این الزام نباید در مورد اصول و قواعدی که از شالوده و منطق متفاوت (انسانی) برخوردارند، آن قدر دارای اهمیت باشد. به عبارت دیگر، زمانی که مشخص شود یک اصل یا قاعده کلی ناظر بر اصول انسانیت یا وجدان جمعی است، در نتیجه تأثیر شرط مارتنس در حقوق بین‌الملل تکوین یافته است (کسسه، ۲۰۰۱: ۱۲۱). پس، به وضوح مشخص است که تفسیر موسع در خصوص ماهیت شرط مارتنس، نقش آن را به عنوان یکی از قواعد حقوق بین‌الملل بشردوستانه و ماهیتی مبنایی مبدل کرده است؛ بدین معنا که اعمال دولت‌ها که منجر به نقض اصول بشریت و احکام وجدان عمومی

1Meron
2 Cassese

شود، نقض شرط مارتنس به حساب می‌آید و در نتیجه، «ممنوع» است (دهقانی، ۱۴۰۲: ۱۲۷). این موضع دولت استرالیا^۱ بود که در لایحه تقدیمی خود به دیوان بیان داشت: «این واقعیت که یک رفتار تحت پوشش معاهدات بین‌المللی قرار نگیرد، به خودی خود این نتیجه را نمی‌دهد که چنین رفتاری با اصول کلی حقوق بین‌الملل بشردوستانه سازگار است».^۲

اوج یکه‌تازی شرط مارتنس در تفسیر موسع‌تر آنجاست که شرط مارتنس دو منبع جدید در حقوق بین‌الملل ایجاد کرده است. از این رو، اصول بشریت و احکام وجدان عمومی، منابع مستقل حقوق بین‌الملل به شمار می‌روند (استریل^۳، ۱۹۸۲: ۲۵۲). در راستای همین تفسیر، ژان پیکته^۴ نیز شرط مارتنس را به مثابه ستون فقرات حقوق بشردوستانه قلمداد کرده و معتقد است که «این شرط نه تنها در مورد مسائل از پیش موجود، بلکه در خصوص قضایای آتی نیز رهنمودهای کامل و قابل‌درکی را به منظور قاعده‌سازی در این حیطه ارائه می‌دهد» (پیکته، ۱۹۸۵: ۵۹). روبرت تایتهرت^۵ نیز معتقد است که «طرفین مخاصمه در یک درگیری مسلحانه نه تنها به قواعد عرفی و معاهده‌ای ملزم هستند، بلکه همچنین به اصول بشریت و احکام وجدان عمومی نیز متعهدند» (تایتهرت، ۱۹۹۷: ۱۲۴). بر مبنای تفسیر موسع دیتر فلک^۶ در مورد نقش شرط مارتنس در خصوص حفاظت از محیط‌زیست بیان می‌دارد: «در صورت تأیید و تصدیق دیوان بین‌المللی دادگستری در مورد ملاحظات اصول اولیه بشریت در زمان جنگ در مورد حفاظت از محیط‌زیست، آیا Opinio juris یا همان اعتقاد به الزام حقوقی دولت‌ها در زمان صلح و در زمان مخاصمات مسلحانه نیز اعمال می‌شود؟» (فلک، ۲۰۲۰: ۲۴۳). وی در تحقیق خود، به پژوهش اخیر ILC^۷ و تصویب لایحه پیش‌نویس ۱۹۹۳ که عمدتاً از اصول و مقررات عمومی حقوق بشردوستانه بین‌المللی، قواعد مربوط به محیط‌زیست و قواعد حقوق بشر و همچنین، از جنبه‌های مهم زیست‌محیطی کنوانسیون ۱۹۵۴ سلاح‌های شیمیایی برای حفاظت تشکیل می‌شود، اشاره نموده و اظهار می‌دارد: «کمسیون شناسایی حقوق بین‌الملل عرفی که متشکل از رویه عمومی دولت‌ها هستند را به عنوان عناصر تشکیل‌دهنده در نظر می‌گیرد و در نتیجه، بر «رویکرد دوعنصری» تأکید می‌کند. قواعد جدید که در این پیش‌نویس آمده، از احکام وجدان عمومی استخراج می‌شود و مسئولیت خاصی را برای حفاظت از منابع طبیعی و محیط‌زیست برای نسل‌های آینده بیان می‌کند. در واقع، پس از اینکه هر

1 ICJ, Verbatim Records, CR/95/22, 30 October 1995.

2 Australian Statement – ICJ – Requests for Advisory Opinions on the Legality of Nuclear Weapons, reprinted in Aust YB Int'l L 685, 1996.

3 Strebel.

4 Jean Pictet.

5 Rupert Ticehurst.

6 Dieter Fleck.

7 International Law Commission.



دو گزارشگران ویژه به این مساله پرداخته بودند، یک بند زیست‌محیطی «مارتنس گونه» به عنوان پیش‌نویس اصل ۱۲۷۲ با یک گزارش در آن اضافه شد.^۱

فارغ از تعاریف و تفاسیر مختلفی که در مورد ماهیت و اجزاء شرط مارتنس ارائه گردیده، باید به این حقیقت توجه داشت به واسطه تأکید رویه‌های قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری از قبیل: تنگه کورفو^۲، دادگاه‌های نورمبرگ^۳، توکیو^۴، دادگاه‌های کیفری اختصاصی یوگسلاوی سابق در قضایای فروندزیجا^۵، تادیچ^۶، مارتیچ^۷، کوپراسکیچ^۸ و رواندا^۹، نیکاراگوئه^{۱۰} و به طور خاص، تشکیل دیوان کیفری بین‌المللی و جرم‌انگاری جرایمی مانند جنایات علیه بشریت، نسل‌زدایی، جنایات جنگی و تجاوز در اسانامه دیوان در راستای عملی‌ساختن هدف مندرج در شرط مارتنس^{۱۱}، با هدف پایان‌بخشیدن به بی‌کیفرمانی جنایات بین‌المللی و پیشگیری از آن و نیز با فعالیت‌ها و تشریک مساعی نهادهای حقوق بشری و سازمان‌های مختلف در تدوین کنوانسیون‌ها، قطعنامه‌های سازمان ملل متحد، پیش‌نویس مجموعه جرائم علیه صلح و امنیت بین‌المللی و اسناد متعدد مرتبط با حقوق بشردوستانه، نباید شرط مارتنس را صرفاً محدود به کنفرانس صلح لاهه و موضوع خاص آن دانست؛ بلکه، موارد فوق به پذیرش عام و مقبولیت بین‌المللی شرط مارتنس (لااقل با تفسیری مضیق از آن) گواهی بر این مدعاست.

از سویی دیگر، با نگرش واقع‌بینانه بر این باور هستیم که ساختار و مبانی نظام حقوق بین‌الملل امروز اغلب مبتنی بر آرا و اندیشه‌های مکاتب اراده‌گرایی است و به همین سبب نیز حاکمیت دولت‌ها محور اصلی ساخت قواعد حقوق بین‌الملل تلقی می‌شود؛ اما نباید از یاد برد که موجودیت و اعتبار حقوق بشری که اکنون به کرات از آن سخن می‌گوییم، مدیون ساخت و اراده دولت‌ها نیست.

1 Second Report of the Special Rapporteur on the Protection of the Environment in Relation to Armed Conflicts by M. G. Jacobsson, UN Doc. A/CN.4/685, 28 May 2015, 47, para. 146; Second Report of the Special Rapporteur on Protection of the Environment in Relation to Armed Conflicts by Marja Lehto, UN Doc. A/CN.4/728, 27 March 2019, paras. 173-184.

2 Corfu Channel (United Kingdom v. Albania), ICJ Reports, 1949.

3 Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law.

4 The Nuremberg Trial and the Tokyo War Crimes Trials (1945-1948)

5 ICTY, Furundžija Case, (1998). Judgment, 10 Desember.

6 ICTY, Trial Chamber, Tadić, judgment of 10 Aug. 1995.

7 Martić Case (Rule 61 of the ICTY's Rules of Procedure and Evidence)

8 ICTY, Kupreskić Case, (2000). Judgment, 14 January

9 the International Criminal Tribunal for Rwanda.

10 Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States), ICJ Reports, 1986.

11 Rome Statute of the International Criminal Court, UN Doc. A/CONF.183/9, 17 July 1998.

ب: طرفداران مکتب اراده گرایی، موافقان تفسیر مضیق و کارکردی تفسیری از شرط مارتنس اراده گرایی به طور کلی بر سه مبنا استوار شده است: نفی حقوق طبیعی، جدایی میان اخلاق و حقوق، تبعیت حقوق از اراده دولت. بر این اساس، طرفداران این نظریه معتقد بودند که چون حقوق همان اراده دولت است که از هیچ اصل برتری تبعیت نمی کند، خصوصیت قاعده حقوقی در این است که دولت آن را وضع و تحمیل کند و به این اعتبار، مقامی بالاتر از جامعه مدنی و هر قانون انسانی دیگر دارد. در اواخر قرن نوزدهم و اوایل قرن بیستم، قدرت دولت (حاکمیت) آن چنان تقدیس شد که بر مبنای آن، حقوق عمومی در کشورهای اروپایی بنیاد گرفت (فلسفی، ۱۳۸۵: ۳۲). البته، تأیید بیشتر تفسیر مضیق را می توان منتج از نگرانی های اراده گرایی برای بهینه سازی قطعیت حقوقی^۱ و دکنترین تعیین حقوقی^۲ دانست و از این طریق، دامنه اصول کلی، به ویژه آن هایی که جنبه ها یا/و دلالت های ضمنی اخلاقی و حقوق طبیعی را کاهش دهد. از طرف دیگر، نگرش اراده گرایی موضع منفی نسبت به همه مقولات اخلاقی و گسترده تعریف شده از جمله بشریت و ندای وجدان عمومی را تشویق می کند (پوستوگاروف^۳، ۱۹۹۹: ۱۳۲). از این دیدگاه اراده گرایی که پیوسته تثبیت کننده رؤیاهای علم حقوق است، معانی چنین مقولاتی علی الظاهر از یک تفسیر ذهنی به دیگری متفاوت است. اگر این مقوله های بسیار گسترده بدون بررسی مؤثر صلاحدید ذهنی، به عنوان قانون شناسایی شوند، از این رو تصمیم گیری قضایی خودسرانه، به نوبه خود مغایر با اصل قانونمندی است. این عدم محدودیت ظاهراً مغایر با منطق نظام حقوق مدرن قاعده محور است که در آن، قاعده حقوقی قابل اعمال مطابق با معنای عینی و مفروض آن (برخلاف ذهنیت تصمیم گیرندگان) به درستی نتایج قضایای خاص را مشخص و معین می کند (دهقانی، منبع پیشین: ۱۳۵).

قاضی آنتونیو کسسه علاوه بر نظرات بسیار راه گشایی که نسبت به کارکردهای شرط مارتنس داشته، اما معتقد است که «مارتنس به نمایندگی از دولت های قدرتمند با بیان عباراتی آرمانی، آراسته و البته، مبهم در قالب شرط مزبور، صرفاً تصویری مطلوب و وعده ای دور از دسترس به دولت های کوچک تر داد تا ضمن جلب موافقت ایشان، کنفرانس صلح را به سرانجامی موفق برساند.» (کسسه، ۲۰۰۰: ۱۸۶). به زعم وی، با استدلال از راه مفهوم مخالف^۴، از آنجا که برخی موضوعات توسط کنوانسیون لاهه به نظم کشیده نشده است، در نتیجه متخاصمان آزاد بودند آنگونه که می خواستند، رفتار کنند و از این رو، محدودیت های احتمالی ناشی از سایر قواعد بین المللی (چه) عرفی و چه معاهده ای را نادیده بگیرند. شرط مارتنس «تنها» برای جلوگیری از چنین استنتاج خطرناکی وجود دارد (پیشین: ۱۸۹).

1 Legal certainty.

2 Doctrinal 'determinacy'.

3 Pustogarov.

4 A contrario argument.



به عقیده کسسه: «مطمئناً شرط مارتنس، تولد دو منبع مستقل حقوق بین‌الملل متمایز از عرف را در پی نداشته است. به عبارت دیگر، در هیچ یک از موارد، اصول بشریت و احکام وجدان عمومی به عنوان یک قاعده جدید و مستقل شناخته نشده‌اند. هیچ دادگاه ملی یا بین‌المللی بر اساس این تصور عمل نکرده است که علاوه بر معاهده و عرف، دو منبع حقوقی اضافی در جامعه بین‌المللی وجود داشته است. دادگاه‌ها چه به صراحت و چه به طور ضمنی به بشریت اشاره کرده‌اند، صرفاً برای بیان این تصور که در تفسیر قواعد بین‌المللی نباید به مقتضیات بشریت کور بود.» (کسسه، ۶۱:۲۰۰۶).

به عقیده تاینه‌رت، دیدگاه مضیق حاکی از این نیست که اصول انسانیت یا احکام وجدان عمومی، منبع مستقل حقوق بین‌الملل قلمداد می‌شوند. وی همچنین، معتقد است که «با این همه تفاسیر مختلف، یکی از بزرگترین و البته مهم‌ترین چالش فراروی حقوقدانان در حوزه حقوق بشردوستانه این است که هیچ تفسیری که مورد قبول عامه دولت‌ها و اندیشمندان قرار گرفته باشد، در خصوص شرط مارتنس وجود ندارد.» (تاینه‌رت، منبع پیشین: ۱۲۶).

در چارچوب این تفسیر، دولت‌ها به تنهایی از این اختیار برخوردارند که قبل از ایجاد و ساخت یک سلاح، چه با انعقاد معاهدات و چه با استقرار قواعد عرفی، آن را غیرقانونی اعلام نمایند. بنابراین، تحت این دیدگاه، شرط مارتنس به تنهایی نمی‌تواند باعث ممنوعیت یک رفتار یا سلاح خاص باشد (دهقانی، منبع پیشین: ۱۳۳). به همین صورت، علیرغم نظرات مهم مرون در خصوص فرآیند شکل‌گیری قواعد حقوق بین‌الملل عرفی که از *Opinio Juris* سرچشمه می‌گیرد (که در بخش قبل اشاره گردید)، وی نیز معتقد است که «شرط مارتنس به ما اجازه نمی‌دهد تا قلعه‌هایی از شن ساخته شود، بجز در وضعیت‌های حاد، اشاره به اصول انسانیت و احکام وجدان عمومی به تنهایی ابزارها یا سلاح‌های جنگی به ویژه در موارد مناقشه‌آمیز را غیرقانونی کند. وی نتیجه می‌گیرد که دولت‌ها هنوز آماده نیستند تا اصول گسترده بشریت و احکام وجدان عمومی را به قواعد الزام‌آور انتقال دهند (مرون، ۲۶:۲۰۰۶).

ج: تفسیر میانه، شرط مارتنس پلی میان مکتب طبیعی و اراده‌گرایی

دیدگاه بینایی از شرط مارتنس، اصول بشریت و احکام وجدان عمومی را به عنوان منابع مکمل حقوق بین‌الملل شناسایی می‌نماید. در چارچوب این دیدگاه، دو عنصر شرط مارتنس یعنی اصول بشریت و احکام وجدان عمومی به طور مستقل منبع حقوقی قابل اعمال نیستند، آن گونه که قواعد عرفی یا معاهده‌ای هستند (اوانس^۱، ۷۲۴:۲۰۱۳). با تکیه بر این تفسیر، شرط مارتنس می‌تواند مؤثر بر این دیدگاه باشد که رفتار یا سلاحی که هنوز ایجاد نشده است، ممنوع است؛ اما شرط مارتنس

1 Evans

به تنهایی برای این ممنوعیت کافی نخواهد بود. بنابراین، مطابق این برداشت، اصول بشریت یا احکام وجدان عمومی باید جایگاه یک مقررہ معاہدہ‌ای یا قاعده عرفی حقوق بین‌الملل را به دست سلاحي آورد (دهقانی، منبع پیشین: ۱۳۶). اکثریت قریب به اتفاق مواردی که شرط مارتنس را تفسیر نموده‌اند، از آن به شکلی تکمیلی استفاده کرده‌اند. بنابراین، شرط مارتنس برای پیشبرد این ایده که اصول بشریت و احکام وجدان عمومی، منابع تکمیلی حقوق بین‌الملل به شمار می‌روند، مورد استفاده قرار گرفته است. در چنین وضعیت‌هایی، تصمیمات بر مبنای دیگری گرفته شده بود و توسل به شرط مارتنس تنها نقش کمکی داشت (کسسه، ۲۰۲۰: ۲۰۲)؛ به عنوان مثال و در آخرین دستاورد از این نوع کارکرد، در حوزه سیستم تسلیحات خودمختار مرگبار در ژنو، پس از حدود گذشت از ده سال پیگیری و سلسله نشست‌های منظم در ۱۵-۱۹ مه ۲۰۲۳، گروهی از کشورها من جمله استرالیا، کانادا، ژاپن، جمهوری کره جنوبی، بریتانیا و ایالات متحده با همکاری کمیته بین‌المللی صلیب سرخ و دیدبان حقوق بشر و سایر نهادهای حقوق بشردوستانه و تعدادی از کارشناسان دولتی در زمینه فناوری‌های نوظهور در حوزه سیستم تسلیحات خودمختار مرگبار ژنو، اقدام به ارائه پیش‌نویسی با عنوان «پیش‌نویس موادی در مورد سیستم‌های تسلیحاتی خودکار، ممنوعیت‌ها و سایر اقدامات نظارتی بر اساس قواعد بین‌المللی حقوق بشردوستانه» نمودند که در مقدمه پیش‌نویس کنوانسیون ضمن ممنوعیت از استفاده از اینگونه تسلیحات، به اصول شرط مارتنس اشاره می‌دارد: «با یادآوری اینکه دیوان بین‌المللی دادگستری نظر داده است که اصول اساسی حقوق بین‌المللی بشردوستانه، از جمله موارد ضمیمه‌شده در اینجا می‌باشد که در مورد همه اشکال جنگ و انواع سلاح‌ها، چه سلاح‌های در گذشته، حال و آینده اعمال می‌شود. با اشتیاق برای روشن نمودن اینکه چگونه اصول اصلی موجود در حقوق بشردوستانه که از سنت عرف مستقر، اصول انسانیت و از دستورات یا احکام وجدان عمومی مشتق شده‌اند، همچنان قابل اجرا هستند و الزاماتی را اعمال می‌کنند که از مردم و رزمندگان غیرنظامی محافظت می‌کنند.» این استفاده‌های تکمیلی از شرط مارتنس در درجه اول، در واکنش به درخواست‌های بشردوستانه و احکام وجدان عمومی صورت می‌گیرد، نه در حمایت از این ایده که اصول بشریت و احکام وجدان عمومی، به تنهایی و به صورت منبع کاملاً مستقل حقوق بین‌الملل به شمار می‌روند. بر این اساس، یک تفسیر منصفانه این است که شرط مارتنس یک مبناء و چارچوب قانونی برای تفسیر قواعد حقوق بین‌الملل فراهم می‌نماید تا اینکه یک قاعده ایجاد نماید؛ یعنی دادگاه‌ها می‌توانند و باید از اصول بشریت و احکام وجدان عمومی به عنوان یک راهنما برای ارزیابی موضوع و مسئله‌ای که در محضر آنها مطرح شده است، استفاده نمایند.^۱

1 Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects, 13 March 2023, CCW/GGE.1/2023/WP.4/Rev.1.



به هر تقدیر، آنچه بیشتر مورد توجه حقوقدانان و جامعه جهانی قرار گرفته، نقش شرط مارتنس در ایجاد قواعد حقوقی در زمانی است که قاعده معاهداتی یا عرفی مشخصی وجود ندارد. اگرچه گره‌گشایی شرط در موارد فقدان قاعده عرفی یا معاهداتی یکی از کاربردهای اصلی آن است، لیکن به لحاظ ماهیت شرط مارتنس، می‌توان اثرگذاری آن را در حوزه‌های دیگری نیز ملاحظه کرد. به همین جهت، کارایی شرط مارتنس به عنوان پلی ارتباطی میان حقوق طبیعی و اراده‌گرایی حقوقی نیز مورد توجه قرار گرفته است (طرحی، ۱۳۹۸: ۳۸)؛ به عنوان نمونه، تایثرت بر این عقیده است که شرط مارتنس نه تنها نوعی قاعده حقوقی اراده‌گرایی را ارائه می‌دهد، بلکه موجب نوعی قاعده اخلاقی منبعث از حقوق طبیعی نیز هست. مطابق دیدگاه وی، «شرط مارتنس موجب نوعی رابطه میان قواعد پوزیتیویستی حقوق بین‌الملل مرتبط با حوزه مخاصمات و حقوق طبیعی بوده است. یکی از دلایلی که حقوق طبیعی به موجب آن، مورد انکار قرار می‌گیرد، در واقع، ذهنی‌بودن کلیت این حقوق بوده و دولت‌های مخالف حقوق طبیعی بر تناقض میان قواعد آن تأکید بسیاری می‌ورزند. با این حال، شرط مارتنس نوعی روش عینی برای احراز حقوق طبیعی به دست می‌دهد که در قالب احکام وجدان عمومی متجلی گشته است. این امر موجب غنای هرچه بیشتر حقوق ناظر بر مخاصمات گردیده و موجبات مشارکت تمامی دولت‌ها را در توسعه این حقوق فراهم می‌آورد. دولت‌های قدرتمند از لحاظ نظامی با وجود اینکه در جریان محاکمات نورمبرگ، تأکید بسیاری بر حقوق طبیعی داشتند، لیکن همواره با تأثیر حقوق طبیعی بر حقوق ناظر بر مخاصمات مخالفت کرده‌اند (تایثرت، منبع پیشین).

به عبارتی، می‌توان عملکرد شرط مارتنس را در این مقام به عنوان رابطی مورد مطالعه قرار داد که قرار است حقوق طبیعی و پوزیتیویسم محض حقوقی را در فضای حقوق بین‌الملل بشردوستانه با یکدیگر آشتی دهد و یکی را به وسیله دیگری تعدیل نماید. هدف از چنین امری در واقع، تضمین حمایت‌های حداقلی از انسان در مواردی است که حقوق مدون مبتنی بر اراده دولت‌ها، قاعده‌ای را به منظور اخیر وضع نکرده است. به عقیده ولادیمیر واسیلویچ پوستاگاروف که یکی از اندیشمندان برجسته روسی است، شرط مارتنس قواعد و اصول حقوق طبیعی را با قواعد و اصول حقوق مبتنی بر اراده دولت‌ها (پوزیتیویسم) متحد می‌سازد (پوستاگاروف، منبع پیشین: ۱۳۴).

۳-مروری بر نقش قاضی ترینداد در توسعه شرط مارتنس

با عنایت به ادبیات موجود در حوزه شرط مارتنس، پژوهشگران بسیاری به این حوزه پرداخته‌اند که به طور نمونه، قاضی کسسه از مشهورترین افراد در بین چهره‌های شناخته‌شده می‌باشد و آرا و اندیشه‌های وی در حقوق بین‌الملل نیز بسیار تأثیرگذار بوده، ولی به جهت نوآوری در بیان

دیدگاه‌های بدیع، نگارنده به دنبال کشف حقایق و ابعاد دیگری از این موضوع می‌باشد. در همین راستا، به بررسی نظرات قاضی فقید آنتونیو آگوستو کانچادو ترینداد^۱، (۱۹۴۷-۲۰۱۸) که بدون شک، یکی از چهره‌های برجسته حقوق بین‌الملل و از جمله افرادی بود که تأثیر عمیقی بر بسیاری از حقوقدانان دیگر داشته است، می‌پردازیم.

معرفی قاضی ترینداد

این قاضی برزیلی‌ال‌اصل به عنوان یک استاد، محقق، رایزن، مشاور حقوقی، نماینده و قاضی دیوان بین‌المللی دادگستری، همواره تعهدی سرسختانه به حقوق بین‌الملل انسانی شده داشت؛ قواعدی که همواره نسبت به نیازهای تک‌تک انسان‌ها، حساس و مورد توجه بوده است (ریرو^۲، ۱۴۰۱: ۱۰). از نوشته‌های وی حدوداً ۵۲ کتاب و ۶۸۰ تک‌نگاری، مشارکت در کتاب‌ها، مقالات در مورد حقوق بین‌الملل بجا مانده که در کشورهای متعدد و به چندین زبان منتشر شده است.^۳ نوشته‌های آنتونیو، که محقق پرکار بود، تنها محدود به حقوق بین‌الملل بشر نبود، بلکه شامل حقوق بین‌الملل بشردوستانه، حقوق بین‌الملل پناهندگان، حقوق سازمان‌های بین‌المللی، نظریه و تاریخ حقوق بین‌الملل، مسئولیت دولت، حقوق بین‌الملل محیط‌زیست، دادگاه‌ها و دیوان‌های بین‌المللی، منابع حقوق بین‌الملل، حقوق دیپلماتیک و کنسولی، خلع سلاح هسته‌ای و شرط مارتنس... نیز می‌شد. ترینداد در خصوص کارکرد تفسیری از شرط مارتنس معتقد بود: «مسئلاً، شرط مارتنس را می‌توان به عنوان راهنما و کمک به تفسیر قواعد بشردوستانه در جهت بالابردن نقش حمایتی آن به کار برد. این ویژگی شرط مارتنس، منعکس‌کننده اصل تفسیر و تطبیق قانون^۴ است که یک اصل کلی حقوقی است که می‌تواند در رویه قضایی بین‌المللی^۵، قوانین داخلی برخی کشورها^۶ و معاهدات مختلف^۷ یافت شود. کارکرد اصل تفسیر و تطبیق قانون این است که تعیین کند در میان این چند تفسیر ممکن برای یک قاعده مشابه، تفسیری که موجب بالابردن و تقویت بیشتر حمایت از انسان شود، غالب خواهد بود. به همین ترتیب، هنگامی که قاضی یا دادرس با یک یا چند هنجار

1 Antônio Augusto Cançado Trindade.

2 Ribero

3 https://en.wikipedia.org/wiki/Ant%C3%B4nio_Augusto_Can%C3%A7ado_Trindade#cite_note-3

4 The prohomine principle.

5 Case of the Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay, IACtHR, Judgment of 29 March 2006, para. 140; Case of the "Mapiripán Massacre" v. Colombia, IACtHR, Judgment of 15 September 2005, para. 106; IACtHR, Advisory Opinion OC-13/93 of 16 July 1993, paras. 50, 54.

□ پرو، اکوادور، جمهوری دومینکن، مکزیک، برزیل، ونزوئلا، بولیوی.

7 First additional protocol, art. 75(8); American Convention on Human Rights, 1969, art. 29.b; International Covenant on Civil and Political Rights, 1966, art. 5.2; International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 1966, art. 5(2); European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1950, art. 60; European Social Charter, 1961, art. 32; Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 1979, art. 23; Convention against Discrimination in Education, 1960, art. 10; Convention on the Rights of the Child, 1989, art. 41; Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 1987, arts. 1(2) e 16.



حقوقی متناقض روبرو می‌شود، قاعده‌ای باید انتخاب شود که حمایت از انسان‌ها را بهتر تأمین کند. بنابراین، در چارچوب این اصل متعارف تفسیری، تفسیر یا قاعده غالب همیشه آن چیزی نخواهد بود که در اعمال حقوق بشر، کمتر مزاحمت ایجاد نماید (ترینداد، ۱۳:۱۹۸۷).

رودولفو ریبیرو^۱ که از دانشجویان نزدیک به قاضی ترینداد در برزیل بود، در مقاله‌ای برای یادبود مقام وی نوشته است: {...نوشته‌های کانچادو ترینداد همواره گیرا و قانع‌کننده بود. در دریایی از بدینی و بی‌عدالتی جهانی، پیشنهادهای وی برای انسانی‌تر شدن حقوق بین‌الملل، به اندازه کافی قانع‌کننده به نظر می‌رسید.} وی با توجه به شهرتی که از قبل در زمینه حقوق بین‌الملل حقوق بشر داشت، توسط مجمع عمومی سازمان کشورهای آمریکایی، در سال ۱۹۹۴ به عنوان قاضی در دادگاه بین‌المللی حقوق بشر انتخاب شد (ریبرو، منبع پیشین). در سن خوزه، قاضی کانچادو ترینداد این فرصت را به دست آورد تا آنچه را که برای دو دهه مطالعه کرده بود، عملی کند. در طول مأموریت او، دادگاه میان‌آمریکایی، رویه قضایی‌ای ماهرانه و مترقیانه را توسعه داد. کانچادو ترینداد از طریق نظرات فردی خود، پیشگام گسترش حیطه قواعد آمره فراتر از ممنوعیت شکنجه و سایر اعمال غیرانسانی بود تا مواردی مانند اصل عدم تبعیض، حق بر دادخواهی، ممنوعیت ناپدیدشدن اجباری، ممنوعیت قواعد عفو خودسرانه و نقض‌های شدید قواعد بین‌المللی بشردوستانه را پوشش دهد. در دوران ریاست وی (۱۹۹۹-۲۰۰۴)، دیوان یک سری نظرات مشورتی مترقیانه را اتخاذ کرد که مباحثی را در ارتباط با حق کسب اطلاعات در مورد مساعدت کنسولی، حقوق کودکان و وضعیت حقوقی مهاجران غیرقانونی شکل داد. تأثیر وی در تحولات رویه دیوان به حدی زیاد بود که برخی آن را «دیوان کانچادو ترینداد» نامیده‌اند. وی در سال ۲۰۰۸، با بیشترین تعداد آرا در تاریخ دیوان (۱۶۳ رأی در مجمع عمومی و ۱۴ رأی در شورای امنیت) به عنوان عضو دیوان بین‌المللی دادگستری انتخاب شد. او اولین برزیلی بود که در سال ۲۰۱۸، مجدداً در دیوان بین‌المللی دادگستری انتخاب شد. ترینداد در لاهه، به دلیل جهان‌بینی انسانی و سبک منحصر به فرد خود، شهرت جهانی بیشتری را به دست آورد. در دادگاهی که برای حل اختلافات میان دولت‌ها طراحی شده است، کانچادو ترینداد همچنان با اطمینان خاطر بر دیدگاه انسان‌محور خود پافشاری می‌کرد. از آرا ترافعی و نظرات مشورتی در مورد حمایت از محیط‌زیست، اختلافات مرزی، تعیین سرنوشت، حمایت دیپلماتیک و مصونیت‌های دولتی تا حفظ پستانداران دریایی، خلع سلاح هسته‌ای، نسل‌زدایی و ضبط اسناد و داده‌ها، برای او نیازهای تک‌تک انسان‌ها، پیش از همه و در کانون توجه بود. در حالی که نظریات او ممکن است مورد توجه اعضای این حرفه در کشورهای توسعه‌یافته نباشد، اکنون، انعکاس تلاش کانچادو ترینداد در راستای دستیابی به حقوق بین‌الملل انسانی شده، در سایر نقاط جهان شنیده می‌شود. ترینداد در

1 Rodolfo Ribiero

دوره عمومی خود در آکادمی لاهه نوشت: «برای شروع، ما می‌توانیم با یادگیری درست درس‌های گذشته، آرزوی دنیایی بهتر داشته باشیم. در لحظات تاریخی بحران‌ها، مانند بحرانی که اکنون شاهد آن بوده و تحمل می‌کنیم، فردی بوده است که توانایی خود را به کار بسته و تشویق شده است که همت خود را مصروف بهبود وضعیت بشری کند. وجدان انسان در برابر ناملایمات بزرگ تسلیم نمی‌شود و بالعکس، نیاز مبرم به رویارویی با چالش‌های جدید و ساختن جهانی بهتر را بیدار می‌کند... من این شهامت را دارم تا اطمینان خود را در این مورد ابراز کنم که با پایبندی به دیدگاه انسان‌گرا و جهان‌شمول بنیان‌گذاران رشته خود، در سال‌های پیش‌رو، نسل‌های جدید محققان آن موفق خواهند شد که به نفع فرزندان ما، نسل جدید حقوق بین‌الملل عصر جدید را، به عنوان حقوق بین‌الملل برای بشر، بنیان‌گذاری کنند.» وی پس از یک دوره بیماری طولانی، در سن ۷۴ سالگی درگذشت. از وی، همسرش کارملیتا و سه پسرش به یادگار مانده است. { (منبع پیشین).

نظرات قاضی ترینداد در رابطه با شرط مارتنس

یکی از اهداف این پژوهش، نقش دکرین قضات دیوان بین‌المللی دادگستری بخصوص مورد بررسی این پژوهش، قاضی ترینداد می‌باشد؛ چرا که با بررسی آرا ایشان و با توجه به یافته‌های این پژوهش و با عنایت به بند (د) ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری که اشاره می‌دارد: «تصمیمات قضایی و آموزه‌های برجسته‌ترین حقوقدانان ملل مختلف به منزله ابزارهای فرعی جهت تعیین قواعد حقوقی بشمار می‌آید»، گفتمان و مطالعات حقوقی انجام‌شده پیرامون نقش شرط مارتنس در آراء و نظرات مختلف قضایی وی، تا حدود بسیاری توانسته باعث رشد و توسعه حقوق بشردوستانه و بخصوص شرط مارتنس قرار بگیرد. از آثار و آرای قاضی ترینداد، پرونده‌ها و نگاشته‌های بسیاری در حوزه حقوق بشر و حقوق بشردوستانه وجود دارد؛ اما در این پژوهش به منظور آشنایی با منظومه فکری وی، مهم‌ترین آرا و نظراتی که میزان تأثیرگذاری با شرط مارتنس را داشته، با لحاظ تقدم و تأخر زمانی را بررسی می‌نمایم.

الف- رأی معروف حقوق بشری قاضی ترینداد در قضیه دستور موقت^۱

از آراء مشهور که قاضی ترینداد در میان نظرات خود، به موضوع «ملاحظات انسان‌دوستانه» به آن پرداخته، رأی دستور موقت است که وی با دادن رأی مثبت برای تصویب به اجماع دستور در تاریخ دیوان ۳ اکتبر ۲۰۱۸ با اتخاذ اقدامات موقتی برای حمایت در قضیه نقض‌های ادعایی عهدنامه ۱۹۵۵ مودت روابط اقتصادی و حقوق کنسولی عهدنامه مودت جمهوری اسلامی ایران

1 Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America)

به نقل از وب سایت

<https://www.icj-cij.org/files/case-related/175/175-20180717-PRE-01-00-EN.pdf>



علیه ایالات متحده آمریکا موافقت کرده و به عقیده وی، ایران در صدد بوده که صلاحیت دیوان را بر مبنای بند ۲ ماده ۲۱ عهدنامه و بند ۱ ماده ۳۶ اساسنامه دیوان ثابت کند و در درخواست اقدامات موقتی به ماده ۴۱ اساسنامه دیوان و مواد ۷۵-۷۳ قواعد دیوان استناد کرده است. بنا به نظر ترینداد: «در دستور حاضر دیوان با تشخیص وجود صلاحیت علی‌الظاهر بر طبق بند ۲ ماده ۲۱ عهدنامه ۱۹۵۵ بند (۵۲)، به درستی با حمایت من به اتخاذ اقدامات موقتی برای حمایت مقرر در بندهای اجرایی بند (۱۰۲) حکم داد. من اهمیت ویژه‌ای برای برخی مسائل مرتبط در پرونده حاضر قائل هستم که از دید من، زیربنای تصمیم دیوان را تشکیل می‌دهند؛ اما دیوان در استدلال خود به طور کامل به آن نپرداخته و به نظر من نباید ناگفته از آن گذشت، در نتیجه چاره‌ای ندارم جز اینکه برای ثبت در سوابق در نظریه مستقل حاضر به شناسایی این مسائل و مبانی موضع خود پردازم. این کار را بار دیگر تحت فشار ناجوانمردانه زمان و متأثر از حس وظیفه‌شناسی در اجرای وظایف قضایی بین‌المللی انجام می‌دهم، به ویژه آنکه برخی از تجربیاتی که من از موضوع تشکیل‌دهنده تصمیم حاضر دیوان ارائه خواهم کرد، در استدلال دیوان در دستور حاضر به کفایت مورد بررسی قرار نگرفته‌اند. اندیشه‌های من در این نظریه، مستقل بیش از همه و به تطویل به نکات مهم مربوط به اقدامات موقتی برای حمایت معطوف می‌شود، اما پیش از این بررسی مناسب می‌نماید که با ملاحظات اولیه‌ام با ماهیت هرمنوتیک و ارزش‌شناسی به بازمینی سه مسأله‌ای که برای بررسی درست پرونده حاضر مهم است، پردازم و آن شامل الف- صلح بین‌المللی معاهدات به عنوان اسناد زنده در توسعه رو به جلوی حقوق بین‌الملل، ب- اقدامات موقتی وجود صلاحیت علی‌الظاهر دیوان و ج- تفوق ضروریات تحقق عدالت استناد به «منافع امنیتی ملی». بخش اول نظراتم، آن که ماهیتی مفهومی و معرفت‌شناسانه دارد، شامل موارد ذیل است: الف- انتقال اقدامات موقتی حمایت از حقوق تطبیقی شکلی داخلی به رویه حقوقی بین‌المللی، ب- ماهیت قضایی اقدامات موقتی برای حمایت، ج- تحول اقدامات موقتی برای حمایت، د- اقدامات موقتی برای حمایت و بُعد پیشگیرانه حقوق بین‌المللی و ه- اقدامات موقتی برای حمایت و ادامه وضعیت‌هایی که منجر به آسیب‌پذیری انسانی می‌شوند.

بخش دوم نظرات من در مورد اقدامات موقتی برای حمایت با ماهیت قضایی و فلسفی شامل: الف- ملاحظات انسان‌دوستانه در خصوص آسیب‌پذیری انسانی، ب- ورای نگاه مضیق بین‌الدولی، توجه به مردم و افراد؛ و ج- خطر متداوم آسیب جبران‌ناپذیر، د- تداوم وضعیت تاثیرگذار بر حقوق و بی‌ربط بودن آزمون باورپذیری»، ه- ملاحظات مربوط به امنیت بین‌المللی و وضعیت فوریت، این زمینه را مهیا خواهد کرد که در بخش آخر چکیده‌ای از نکات مهم موضوعی را که در این نظریه مستقل ارائه کردم، مطرح کنم.» در طول تهیه پیش‌نویس اعلامیه ۱۹۷۰ سازمان ملل در مورد اصول حقوق بین‌الملل ناظر بر روابط دوستانه و همکاری میان دولت‌ها بر طبق منشور

سازمان ملل (۱۹۷۰-۱۹۶۴)، ضرورت بیان صریح این مسأله که دولت‌های قوی‌تر نمی‌توانند اراده خود را بر دولت‌های ضعیف‌تر تحمیل کنند و اینکه نابرابری‌های «موجود» میان دولت‌ها نمی‌تواند «احقاق حقوق طرف ضعیف‌تر را متأثر کند» احساس می‌شد. اصل برابری قضایی دولت‌ها پاسخی است به این نگرانی (ترسیم «ایده عدالت»^۱ و نشأت گرفته از احکام وجدان قضایی جهانی).^۲

نتیجه‌گیری بعدی من آن بود که اصول کلی حقوق بین‌الملل همانند برابری قضایی دولت‌ها (مندرج در ماده (۲۱) منشور) مشتمل بر اصل برابری سلاح‌ها^۳ و روند صحیح قانونی^۴ را نمی‌توان با ادعاهای مربوط به «امنیت ملی» از میان برد. اصل زیربنایی برابری قضایی دولت‌ها، «که تجسم‌بخش ایده عدالت است، برتری دارد». ایده عدالت عینی و ارزش‌های انسانی در ورای واقعیت‌ها قرار می‌گیرد که به‌خودی‌خود تأثیر قانون‌ساز ندارند؛ حقوق از وجدان برمی‌آید، الزامات تحقق عدالت بر تظاهرات «اراده» دولت‌ها برتری دارد. وجدان در ورای «اراده» قرار می‌گیرد. ضروریات ناشی از عدالت عینی در ورای استراتژی‌های مختلف دادخواهی قرار می‌گیرد (...). و دیوان بدون نیاز به چشم‌انتظار ماندن برای تظاهر مربوط به «اراده»، یکی از دول طرف اختلاف، کاملاً محق در تصمیم‌گیری در مورد {اقدامات موقتی} است. این جزء احکام وجدان انسانی و عمومی است که با قرار گرفتن در ورای «اراده»، باعث توسعه پیشروانه حقوق بین‌الملل می‌شود که این «حقوق از وجدان برمی‌آید». وی در بخش ۱۴ در خصوص ملاحظات مربوط به امنیت بین‌المللی و فوریت وضعیت و ارتباط تحریم‌ها از سوی آمریکا نسبت به ایران در خصوص موضوع گسترش و اشاعه تولیدات هسته‌ای^۵ به این نکته اشاره می‌نماید که: «در عمل، کل موضوع مطروحه در برابر دیوان در رسیدگی حاضر می‌بایستی با در نظر گرفتن امنیت بین‌المللی بررسی شود. این مسأله سلاح‌های هسته‌ای از نگرانی‌های جامعه بین‌المللی در کلیت آن است. در نتیجه، عجیب است که در اوضاع و احوال قضیه حاضر امنیت بین‌المللی با وجود آنکه در درخواست ایران برای اتخاذ اقدامات موقتی مطرح شده بود (ص. ۴ بند (۱۰))، بدون کنکاشی از سوی طرفین اختلاف در استدلال‌های شفاهی در طول جلسه استماع در برابر دیوان باقی ماند. وی در اشارات بعدی از قطعنامه‌های شورای امنیت در خصوص عدم اشاعه تسلیحات اتمی بیان می‌دارد: «این تحولات نشان می‌دهد که عدم اشاعه هیچگاه در مرحله پایانی خود قرار ندارد؛ در ورای آن، خلع سلاح

1 idée de justice

2 SEPARATE OPINION OF JUDGE CANÇADO TRINDADE, Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America) Para, 20-23

منبع پیشین.

3 égalité des armes

4 due process of law

5 para. 34; p. 65 para. 42; pp. 74-75 para. 31; and cf. also: ICJ, CR 2018/18, of 29.08.2018, p. 24 para. 8; p. 25 para. 12; p. 35 para. 1; pp. 36-37 paras. 6-7, 9 and 11-12; p. 38, paras. 12 and 15-16; p. 42 para. 3.



هسته‌ای قرار دارد که می‌تواند تضمین‌گر بقای نوع بشر به عنوان یک کل باشد؛ یک تکلیف جهانی خلع سلاح هسته‌ای.^۱

تسلیمات هسته‌ای غیراخلاقی و غیرقانونی هستند؛ یک بی‌حرمتی به نوع بشر. زرادخانه‌های مدرن این سلاح‌ها در برخی کشورها نگرانی عمیقی است و مایه تأسف جامعه بین‌المللی در کل. برداشت‌های ملی نمی‌تواند از امنیت بین‌المللی غافل باشد. وی در جمع‌بندی و نتیجه‌گیری از نظرات خود مجدداً خود و همفکران خود را دعوت به یک بازنگری و بازاندیشی به موضوعات انسان‌گرایانه داشته و معتقد است که عدالت عینی و ارزش‌های انسانی در ورای همه واقعیت‌ها قرار می‌گیرد. سپس، به موضوعات آسیب‌پذیری انسانی و هشدارهای فرامین عدالت در راستای تفکر حقوق می‌پردازد و الزامات عقل سلیم، وجدان قضایی جهانی که بر استنادات ناشی از حاکمیت برتری دارد و در بند آخر اشاره دارد که: «صدور دستور اتخاذ اقدامات موقتی برای حمایت تنها می‌تواند از یک منظر انسان‌گرایانه تحقق یابد و در نتیجه، ضرورتاً از افتادن در دام توسل به اراده‌گرایی منسوخ دولت‌ها اجتناب می‌شود. بار دیگر در قضیه حاضر و همواره نوع بشر نیازمند حمایت در مقابل شری است که در درون انسان قرار دارد و دست آخر اینکه چنین نگاهی دلیل وجودی انسانیت بایستی بر دلیل وجودی دولت برتری داشته باشد؛ حقوق بین‌الملل انسانی شده (حقوق ملل) بر منافع یا استراتژی‌های ادعایی «امنیت ملی» برتری دارد.» (منبع پیشین: ۲۱-۲۴).

ب- نظر قاضی ترینداد در حوزه حقوق بین‌الملل محیط‌زیست در رأی مارشال

امروزه، از کارکردهای حقوق بین‌الملل تضمین همزیستی و همکاری بین دولت‌ها است. نیاز دولت‌ها به همکاری در زمینه‌های متعددی، جاییکه وابستگی‌هایشان به آشکاری حاکمیتشان است، ضروری می‌شود. لذا، اگر بعضی پیشرفت‌ها امروزه در حقوق بین‌الملل وجود دارد، بدون تردید بواسطه درک وسیع از وابستگی متقابل دولت‌ها و وجود ارزش‌ها و منافع مشترک در جامعه بین‌المللی است. در توازن بین همزیستی و همکاری، کفه ترازو به نفع همکاری در حال تغییر است. این پیشرفت‌ها ناظر بر تعیین تعهدات فراسرزمینی دولت‌ها، تعهد به همکاری، تصمیم‌گیری مشترک و ایجاد ساختارها و نهادهای جدید به منظور تحقق هدف‌ها و تعهدات مورد توافق‌اند (سبحانی نیا و عبدالحی، ۱۴۰۰: ۸۱).

از جلوه‌های این طرز نگاه به منافع مشترک، در نظریه مخالف قاضی ترینداد در رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در پرونده جزایر مارشال نمود یافته است.^۲ در رأی قاضی ترینداد در حوزه

1 Cf. A.A. Cançado Trindade, The Universal Obligation of Nuclear Disarmament, Brasília, FUNAG, 2017, pp. 41-224; A.A. Cançado Trindade, "A Conferência da ONU sobre o Tratado de Proibição de Armas Nucleares", 44 Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano (2017), Washington D.C., General Secretariat of the OAS, 2017, pp. 11-49.

2 Obligations Concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom), ICJ Reports 2016.

تعهد به خلع سلاح هسته‌ای که با صلح و امنیت بین‌المللی و حفظ حیات کلیه انسان‌ها پیوند خورده، آورده است: «پرونده حاضر، در راستای رویکردی انسان‌محور بجای رویکردی حاکمیت‌محور و بین‌دولتی، نیازمند تمرکز بر نوع بشر است. سازوکار بین‌دولتی احقاق حق در قضایای ترافی دیوان نباید صرفاً به اتخاذ رویکردی بین‌دولتی در استدلال دیوان منجر گردد، زیرا خلع سلاح هسته‌ای موضوعی دارای جنبه نگرانی بشریت در کل است.»^۱ از این رو، آنچه ضروری است، توجه به منافع مشترک جامعه بین‌المللی در کل است که از روابط متقابل میان دولت‌ها فراتر رفته و مستلزم اتخاذ دیدگاهی مترقیانه به الزامات زیست‌محیطی جمعی بین‌المللی است. حفاظت جهانی از محیط‌زیست نیز همانند حمایت از حقوق بشر و ملاحظات اولیه انسانی، یکی از منافع متعلق به جامعه بین‌المللی محسوب می‌شود؛ چراکه حفاظت از محیط‌زیست، حراست از زندگی تمام انبای بشر را در پی دارد. امروزه، مسائل مشترک زیست‌محیطی در سراسر کره زمین نمود روزافزون یافته‌اند؛ افزایش دمای زمین، بالا آمدن سطح دریاها، خطر غرق شدن دولت‌های جزیره‌ای کوچک، رو به نابودی بودن بسیاری از گونه‌های گیاهی و جانوری، فرسایش لایه ازن بر اثر فعالیت‌های صنعتی و انسانی، تخریب جنگل‌ها، آلودگی آب‌ها و ریزش باران‌های اسیدی، مشکلاتی‌اند که دولت‌ها با هدف غلبه بر آن‌ها ناگزیر از مشارکت و همفکری با یکدیگر خواهند بود (سبحانی نیا و عبدالحی، منع پیشین).

دیوان بین‌المللی دادگستری در پرونده صید نهنگ، با موضوع حفاظت از این قبیله منافع مشترک زیست‌محیطی مواجه بوده است. در همین زمینه، قاضی ترینداد در نظریه مخالف خود خاطرنشان می‌سازد که: «پرونده حاضر موقعیت استثنایی را جهت پیش‌بینی نظامی متشکل از قواعد جمعی زیست‌محیطی با رویکرد انتفاع نسل‌های آینده برای دیوان فراهم آورده است. وی اضافه می‌کند که در حوزه حفاظت و استفاده پایدار از منابع زنده دریایی، حقوق الزامی^۲، فراتر از اراده آزاد^۳ در پاسداری از مشترکات عمومی نمود خواهد داشت.»^۴ به هر شکل، می‌توان ادعا داشت در تعیین هر گونه سلسله‌مراتبی باید حداقل سه مسئله در نظر گرفته شود: نخست، یک هنجار به دلیل ارزش ذاتی خود، به جایگاه برتری در سلسله‌مراتب هنجاری دست می‌یابد. این امر از سوی دیوان بین‌المللی دادگستری در پرونده بارسلونا تراکشن، زمانی که از عبارت «اهمیت حق‌ها»^۵ در خصوص تعهدات *erga omnes* استفاده نمود، مورد تأیید قرار گرفت.^۱

1 Obligations Concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom), ICJ Reports 2016, Dissenting Opinion of Judge Cancadi Trindade, para. 319.

2 Jus Necessarium.

3 Jus Voluntarium.

4 Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening), ICJ Reports 2014, Dissenting Opinion of Judge Cancado Trindade, para. 87-90.

5 "importance of the rights involved".

تعهدات *erga omnes*^۶ تعهداتی اطلاق می‌گردد که به جامعه بین‌المللی دولت‌ها در کل تعلق داشته و همه دولت‌ها در حمایت از آن‌ها دارای نفع حقوقی هستند.



دوم، عملکرد یک هنجار نیز جایگاه سلسله‌مراتبی آن را تعیین می‌کند. بنابراین، هنجارهای غیرقابل تخطی و آن‌ها که حاکمیت دولت‌ها را محدود می‌سازند، برتر از سایر هنجارها تلقی شده؛ چراکه آن‌ها از اهمیت فوق‌العاده‌ای برای حمایت از ارزش‌های اساسی جهانشمول (مانند حق حیات و کرامت انسانی) برخوردارند. مسئله سوم در سلسله‌مراتب هنجاری در حقوق بین‌الملل اینست که هنجارهای برتر از نظر سلسله‌مراتبی بر مبنای نفع جامعه بین‌الملل در گُل شکل می‌گیرند.

ج- پرونده آلمان و ایتالیا^۲

آلمان در اواخر دسامبر ۲۰۰۸، یک دعوای حقوقی علیه ایتالیا در دیوان ثبت کرد و مدعی شد که ایتالیا تعهدات بین‌المللی خود را در قبال آلمان نقض کرده است. آلمان در درخواست خود بیان کرد: «در سال‌های اخیر، مراجع قضایی ایتالیا به طور مکرر مصونیت قضایی آلمان را به عنوان یک دولت دارای حاکمیت نادیده گرفته‌اند. نقطه اوج این اقدامات در رأی دادگاه عالی تجدیدنظر^۳ ایتالیا در پرونده فرینی^۴ است که در آن، دادگاه اعلام کرد که ایتالیا صلاحیت رسیدگی به دعوای فردی که در جنگ جهانی دوم به آلمان تبعید شده است تا در صنایع اسلحه‌سازی به عنوان نیروی کار اجباری به کار گرفته شود را دارا است.» به طور کلی، دادگاه تجدیدنظر فلورانس اعلام کرد که مصونیت قضایی مطلق نیست و کشوری که مرتکب جنایات بین‌المللی شده است، نمی‌تواند به آن استناد کند (بیانچی^۵، ۲۰۰۵: ۲۴۴). پس از این رأی، دعوای متعددی علیه آلمان توسط اشخاصی که در اثر مخاصمات مسلحانه دچار آسیب شده بودند، در محاکم ایتالیایی مطرح گردید (حاتمی و حسینی، ۱۳۹۵: ۶۸). در سال ۱۹۹۵، قربانیان این قتل عام با هدف جبران خسارت جانی و مالی، علیه آلمان شکایت کردند. دادگاه یونان در اولین پرونده مربوط به لیوادی^۶ آلمان را به جبران خسارت برای وارثان قربانیان قتل عام محکوم کرد. شاکیان پرونده دیستومو^۷ مجوز اجرای حکم را درخواست کردند، ولی وزیردادگستری آن را نپذیرفت. در نتیجه، احکام بر علیه آلمان در یونان اجرایی نشد. محکوم‌له‌های پرونده، شناسایی و اجرای رأی مزبور را از دادگاه فلورانس ایتالیا درخواست کردند و دادگاه تجدیدنظر فلورانس در ۱۳ ژوئن سال ۲۰۰۶، توقیف یک مال غیرمنقول متعلق به آلمان در ایتالیا، یعنی ویلای وگونی^۸ را مورد پذیرش قرار داد (حاتمی و

1 Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, 1970, Belgium v Spain, Judgment, ICJ Rep 3 (Barcelona Traction).

2 Germany. v. Italy. 2011, I.C.J. 143, Greece requests permission to intervene in the proceedings, summery, press release, unofficial, [online], available at: <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16294.pdf>.

3 corte di Cassazione.

4 Ferrini.

5 Bianchi.

6 Livadia.

7 Distomo Case.

8 Villa Vigoni.

حسینی، منبع پیشین). ترینداد در رأی مخالف خود، موضوع را به جنبه‌های حقوق بشری پیوند می‌زند. به عقیده وی، «قربانیان اصلی همانا افراد هستند و نسبت به جانبداری دیوان از اراده‌گرایی (پوزیتیویسم) هشدار می‌دهم. حقوق افراد از جمله برخورداری از حمایت برای دریافت غرامت ناشی از جرائم جنگی با حقوق دول متبوعشان یکی نیست و هر نوع انصراف از حقوق ذاتی افراد توسط دولت (در اینجا، ایتالیا در عهدنامه صلح ۱۹۴۷) مغایر نظم عمومی بین‌المللی است و باید فاقد آثار حقوقی باشد. دولت‌ها نمی‌توانند از دعاوی جبران خسارت ناشی از نقض‌های اساسی حقوق بشر و نقض‌های جدی حقوق بین‌الملل بشر دوستانه که منتهی به جرائم جنگی می‌شود، صرف نظر کنند. از سوی دیگر، عهدنامه دوجانبه ۱۹۶۱ بین آلمان و ایتالیا راجع به پرداخت خسارت، علت واقعی اختلاف حاضر را تشکیل می‌دهد و یک «وضعیت مستمر» را تا هم‌اکنون ایجاد کرده است. بنابراین، محدوده زمانی صلاحیت دیوان به دعاوی متقابل ایتالیا نیز گسترش می‌یابد و بر اساس ماده ۸۰ آیین دادرسی، دعوا باید قابل پذیرش اعلام شود؛ چرا که علاوه بر شرط صلاحیت که ذکر شد، دعاوی متقابل ارتباط مستقیم با دعاوی اصلی نیز دارد. به عقیده وی، قضیه حاضر (مطروحه توسط آلمان) اگرچه مربوط به مصونیت دولت است، اما ارتباط مستقیمی با جرائم جنگی (مطروحه توسط ایتالیا) دارد و انصراف دولت از جبران خسارات وارده به قربانیان، مخالف قاعده آمره است و دولت‌ها نمی‌توانند با آسیب‌رساندن به انسان‌ها، نظم عمومی بین‌المللی را پایه‌ریزی کنند.» ترینداد در بخشی دیگر از رأی خود در حمایت از بشریت بیان کرده است که: «بسیار مهم است که به تمامی جرائم بزرگ از منظر شروع به تمایل ارتکاب آن نگریسته شود، بدون در نظر گرفتن اینکه چه کسی آن را مرتکب شده است. سیاست کیفری دولت و غرامت حاصل از ارتکاب جرائم چیزهایی نیستند که بتواند تحت عنوان مصونیت دولت منتفی شود. هنگامی که دولتی اقدام به کشتار بخشی از جمعیت خود می‌نماید، نمی‌توان پنهان‌شدن آن پشت عنوان مصونیت قضایی را پذیرفت. نقض فاحش حقوق بشر و حقوق بشردوستانه بین‌المللی در قالب جرائم بین‌المللی برخلاف «عدالت و قاعده آمره» است و نمی‌توان آن را به راحتی، با تکیه بر مصونیت دولت از بین برد و به فراموشی سپرد.»^۱

د: رأی قاضی ترینداد در قضیه لاگرانژ^۲

استدلال قاضی ترینداد و نظرات او در مورد این رأی بر چند وجه قابل بررسی است.^۳ وی با اشاره به اهمیت جان انسان‌ها در قبال بازداشت خودسرانه یا حتی به صورت قانونی، این موضوع را بسیار

1 Dissenting opinion of Judge CançadoTrindade, in the case concerning Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), (2012), [online], (last visited: 7/9/2013), para.303, available at:

2 LaGrand Case (Germany v. United States of America), I.C.J. Reports 2001

3 DISSENTING OPINION OF JUDGE CANÇADO TRINDADE, OBLIGATION TO PROSECUTE OR EXTRADITE (DISS. OP. CANÇADO TRINDADE), p.166. para3



مهم ارزیابی می‌کند و بیان می‌دارد: «در موارد قبلی، دیوان بین‌المللی دادگستری نیز به طور مشخص نگران حفاظت از جان انسان‌ها بود. در دو دهه قبل، این موضوع در دستور کار دیوان بین‌المللی دادگستری در تاریخ ۱۵ دسامبر ۱۹۷۹، در پرونده موسوم به کارکنان دیپلماتیک و کنسولی ایالات متحده در تهران (دعوی ایالات متحده آمریکا علیه جمهوری اسلامی ایران) مطرح گردید. دیوان استدلال‌های دولت برای حفاظت از زندگی، آزادی و امنیت شخصی از اتباع خود (کارکنان دیپلماتیک و کنسولی در تهران) را در نظر گرفت و اقدامات موقت و صدور دستور موقت حمایت و اهمیت از این حقوق را نشان داد و به کنوانسیون ۱۹۶۱ وین در مورد روابط دیپلماتیک و کنوانسیون ۱۹۶۳ وین در مورد روابط کنسولی (بند ۴۱) اشاره داشته است و در بند ۴۲ دستور موقت اشاره می‌دارد: «تداوم وضعیتی که موضوع درخواست است، آن را آشکار می‌کند. انسان‌هایی نگران محرومیت، سرنوشتی دردناک و حتی خطرات جانی و سلامتی آنها و در نتیجه احتمال جدی صدمات جبران‌ناپذیر» (پاراگراف ۱۷) نیم دهه بعد، در دستور ۱۰ مه ۱۹۸۴، نیکاراگوئه در برابر پرونده ایالات متحده آمریکا، دیوان بین‌المللی دادگستری اقدامات موقت را نشان داد و پس از توجه به استدلال دولت درخواست‌کننده خواستار حمایت از حقوق زندگی، آزادی و حقوق شخصی امنیت شهروندان نیکاراگوئه شد (پاراگراف ۱۸). ترینداد پس از بیان واقعیات در خصوص پرونده لاگران و نظر مخالفی که اظهار داشت: «به یک جمع‌بندی در خصوص برون‌رفت از فضای سنتی دیوان اصرار داشتم و آن هم اعتقاد به الزام حقوقی و گرایش به اصول انسانیت بوده است.» (پاراگراف ۱۹). وی در جمع‌بندی رأی برادران لاگران اظهار می‌دارد: «موضوع حاضر، حتی در این مرحله، به نظر من به عنوان یکی از مباحث مهم «به عنوان حق حفظ - حق تحقق عدالت - به عنوان قاعده قانونی به طور اجتناب‌ناپذیری در هر دو سطح ملی و بین‌المللی» مرتبط است. نکته قابل توجه این است که با توجه به بیداری وجدان حقوقی جهانی، امروزه این موضوع در هر دو سطح مورد توجه قرار گرفته و توجه روزافزون در دستور کار مجمع عمومی سازمان ملل در سه سال گذشته جلب شده است. مجمع عمومی سازمان ملل در واقع، «نیاز به پایبندی جهانی به حاکمیت قانون در هر دو سطح ملی و بین‌المللی» و همچنین، تعهد آن به نظم بین‌المللی بر اساس قواعد و قواعد بین‌المللی را تأیید کرده است (پاراگراف ۱۰۱). پیش‌تر، کمیسیون قبلی حقوق بشر در سازمان ملل متحد در قطعنامه ۲۰۰۰/۴۳ خود تأکید کرده است که «همه اتهامات شکنجه یا سایر رفتارها یا مجازات‌های ظالمانه، غیرانسانی یا تحقیرآمیز، باید به سرعت و بی‌طرفانه توسط مقام ملی ذی‌صلاح بررسی شود. کمیسیون تأکید کرد که «کشورها باید قوانینی که منجر به معافیت از مجازات برای کسانی که مسئول نقض شدید حقوق بشر مانند

به نقل از وب سایت

<https://www.icj.cij.org/sites/default/files/case-related/144/144-20090528-ORD-01-03-EN.pdf>.

1 Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), I.C.J. Reports 1984, p. 169.

شکنجه هستند را لغو کنند و چنین تخلفاتی را تحت پیگرد قانونی قرار دهد و از این طریق مبنای محکمی برای این قانون فراهم نماید» (بند ۲) (پاراگراف ۱۰۱). او معتقد است که برای رسیدن به بزرگترین شهر ملل^۱ که ایده آل در قرن هجدهم بوده و توسط کریستین ولف^۲ ابداع گردیده و از زمان یونان باستان این ایده تاکنون ادامه دارد، باعث دگرگونی در وجدان حقوقی جهانی بایستی منتج گردد. وی در ادامه بیان می‌دارد به منظور ساخت مفهوم بزرگترین شهر ملل یا همان مدینه فاضله ملت‌ها می‌بایست به کمک یکدیگر برای سرکوب و ترویج خیر مشترک نیاز به دلیل درست دارند و چه دلیلی بالاتر از وجدان حقوقی جهانی یا همان وجدان عمومی (پاراگراف ۱۰۴). در نهایت، به ترتیب فعلی، دیوان بین‌المللی دادگستری دریافت که به نظر می‌رسد یک اختلاف اساسی میان طرفین در مورد تفسیر و کاربرد مفاد مربوط به کنوانسیون ملل متحد علیه شکنجه وجود داشته باشد. به نظر من، کشورهای طرف کنوانسیون ملزم به اعمال صلاحیت جهانی، در خصوص شکنجه به یک اجماع رسیده و در نتیجه، کمک به ساخت تدریجی قواعد بین‌المللی واقعاً جهانی و به عبارتی، عام‌الشمول شده است. پس، بنابراین، در موارد نقض شدید حقوق بشر و حقوق بشردوستانه بین‌المللی، باید فراتر از انواع صلاحیت سنتی سرزمینی، صلاحیت‌های شخصیتی فعال و منفعل (ملیت) و صلاحیت حفاظتی مورد توجه قرار گیرد. بنابراین، باید به ارزش‌های برتر حقوقی که به اشتراک گذاشته شده و توسط جامعه بین‌المللی به عنوان یک کل و همچنین، پاسخ‌دادن به نگرانی‌های مشروع آن برای غلبه بر معافیت از مجازات در سطح ملی ابراز شود (پاراگراف ۱۰۵).

هن نظر قاضی ترينداد در خصوص رأی مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری در پرونده هسته‌ای
در پرونده رأی مشورتی دیوان در خصوص استفاده از تسلیحات هسته‌ای به اعتقاد ترينداد و طرفداران مکتب طبیعی که حامیان آن، نهادهای مردم‌نهاد به شمار می‌روند، دولت‌ها نیازی به انعقاد یک معاهده بین‌المللی چندجانبه ندارند تا باطل‌کننده سلاح‌هایی باشد که ناقض اصول بشریت یا ندای وجدان عمومی‌اند. بنابراین، دیدگاه موسع، در حال حاضر، بزرگ‌ترین تهدید برای ممنوعیت سلاح‌های خاص (ربات‌ها) به شمار می‌رود و طبیعتاً، این تفسیری است که با ازدست‌دادن بشریت به وجود می‌آید.^۳

1 the *civitas maxima gentium*.

2 Christian Wolff.

3 Trindade, Antônio Augusto Cançado, Co-Existence and Co-Ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights, The Hague, Martinus Nijhoff, 1987.



نظریه قاضی ترينداد در خصوص اعتقاد به الزام حقوقی (Opinio juris)

پروفسور سیسیلیا بایلیت^۱ که از اساتید دپارتمان حقوق بین‌الملل دانشگاه اسلو نروژ می‌باشد، در نوشتاری به بیان اعتقادات و دیدگاه قاضی ترينداد در خصوص تبیین موضوع Opinio Juris پرداخته است (بایلیت، ۲۰۲۲: ۲).

به عقیده بایلیت: «قاضی آنتونیو آگوستو ترينداد در تحول مفهوم Opinio Juris وجدان حقوقی جهانی، آن را به عنوان یک قانون لازم‌الاجرا در نظر گرفته و با ایده «جستجوی هر نسل برای تحقق فرجامی در برابر رنج انسانی» پیش رفته است. همانطور که در کتاب نگاشته‌شده در سال ۲۰۲۰ او با عنوان «حقوق بین‌الملل برای بشریت» بیان شد، به سمت یک حق و عدالتی جدید برای مردم را مطرح کرد. او رویکردهای اراده‌گرایی در تفسیر حقوق بین‌الملل را به عنوان جداکننده ارزش‌ها و اخلاقیات و در نتیجه، مانع‌شدن حقوق بین‌الملل از برآوردن نیازهای اجتماعی، مقصر دانست.» به نظر ترينداد: «حقوق بین‌الملل مطلقاً، به ابزاری در خدمت قدرت خلاصه نمی‌شود. خطاب نهایی آن در نهایت، انسان است که برعهده خودش است که نیازهای آنها را برآورده کند که از جمله آنها، تحقق عدالت است. «منبع حقوق» در خود وجدان انسان نهفته است. کانچادو وجدان را به عنوان مقابله با بی‌عدالتی و ظلم و ستم توصیف می‌کند و دارای حداقل تقلیل‌ناپذیری است که به خیر مشترک، عقل و روشنگری و ضرورت مطلق تفکرات کانت مرتبط است. او پیشنهاد کرد که فقدان دلیل صحیح منجر به جنایات وحشیانه می‌شود، بنابراین به رسمیت شناختن وجدان حقوقی جهانی برای ایجاد یک قاعده بین‌المللی برای بشر ضروری است. کنوانسیون سال ۱۹۴۸ علیه نسل‌کشی، اساسنامه رم دادگاه جنایی بین‌المللی و کنوانسیون آمریکایی در مورد ناپدیدشدن اجباری افراد، شرط مارتنس، پروتکل الحاقی دوم کنوانسیون ژنو ۱۹۷۷، کنوانسیون استفاده از قوانین و محدودیت‌های خاص در خصوص استفاده متعارف از تسلیحات نظامی و معاهدات حقوق بشری همگی حس از شناسایی و برانگیختگی بشریت و وجدان بشری هستند. علاوه بر این، وی مدعی شد که وجدان حقوقی جهانی شالوده هنجارهای آمره و همچنین، رویه قضایی دادگاه‌های کیفری بین‌المللی و دادگاه‌های بین‌المللی حقوق بشر و نیز قطعنامه‌های مجمع عمومی سازمان ملل را تشکیل می‌دهد که زمینه‌ساز انسانی‌شدن جامعه حقوق بین‌الملل و مشروعیت‌بخشیدن به آن است. کانچادو ترينداد از پیامدهای منفی جهانی‌شدن انتخابی، جابجایی آزاد سرمایه، کالا و خدمات به ازای تکریم و ارتقاء انسان‌ها ابراز تأسف کرد، چرا که معتقد بود این موضوع نشأت گرفته از حاشیه‌نشینی و استثمار اقتصادی گروه‌های آسیب‌پذیری است که بجای آزار و شکنجه فردی از گرسنگی، بدبختی و درگیری‌های مسلحانه فرار می‌کنند و سپس، به این

1 Cecilia M. Bailliet.

افراد برجسب «مهاجر غیرقانونی» یا «مهاجران غیرقانونی» زده می‌شود و علیرغم اینکه انسان‌هایی با حقوق اولیه هستند، از حمایت محروم می‌شوند.

در تفسیر و کاربرد *Opinio juris*، اصول بنیادین و ارزش‌های انسانی نقش مرتبطی دارند. در اینجا، اولویت توجه به قربانیان ظلم و ستم انسانی وجود دارد، زیرا به هر حال، *raison d'humanité* بر *raison d'Etat* غلبه دارد. او دامنه حقوق بین‌الملل نوع بشر را فراتر از قواعد حقوق بشری می‌داند که حقوق بشر، حقوق بین‌الملل بشردوستانه و حقوق بین‌الملل محیط‌زیست، حقوق دریاها و حقوق فضای ماورای جو را نیز در بر گرفته است. مفهوم وجدان حقوقی جهانی و حقوق بین‌الملل نوع بشر ممکن است با دیدگاه‌های برابری بین‌نسلی مرتبط باشد. به نوبه خود، به رسمیت شناختن برابری بین‌نسلی از مفاهیم میراث مشترک و نگرانی مشترک نوع بشر به عنوان ارزش‌های اساسی مشترک جامعه بین‌المللی است که حمایت می‌کند همبستگی‌ای را برای رویارویی با چالش‌های جهانی و آن را نیز ترغیب می‌کند. از این رو، ممکن است استدلال شود که وجدان حقوقی جهانی و حقوق بین‌الملل نوع بشر بستری را برای آینده‌محوربودن قانون ارائه می‌دهد. کانچادو در نظر مخالف خود در پرونده جزایر مارشال علیه بریتانیا^۱، وجدان حقوقی جهانی را مورد استناد قرار می‌دهد؛ زیرا «تعهد به عاری کردن جهان از سلاح‌های هسته‌ای، یک امر ضروری نسبت مستقیم است و نه مشتق از «اراده» از کشورها. در واقع، برای زنده‌نگه داشتن امید، باید همیشه کل بشریت را در نظر داشت. به عقیده وی، «وجدان حقوقی جهانی این دیدگاه را پایه‌گذاری می‌کند که استفاده واحد از سلاح‌های هسته‌ای، صرف‌نظر از شرایط، ممکن است امروزه در نهایت، به معنای پایان خود نوع بشر باشد. تمام سلاح‌های کشتار جمعی غیرقانونی و ممنوع است. تهدید یا استفاده از چنین سلاح‌هایی در هر شرایطی توسط وجدان حقوقی جهانی محکوم است.» (پاراگراف ۱۹۶). وی استفاده یا تهدید به استفاده از سلاح‌های هسته‌ای را نقض آشکار قواعد بین‌المللی، حقوق بشردوستانه بین‌المللی و حقوق بین‌الملل حقوق بشر می‌داند؛ آن هم به دلیل ممنوعیت مطلق سلب خودسرانه از زندگی انسان، رفتار ظالمانه، غیرانسانی یا تحقیرآمیز با انسان‌ها و ایجاد رنج غیرضروری، عدم تمایز، تناسب یا ضرورت و الزام خلع سلاح هسته‌ای را امری ضروری بیان می‌دارد.

نتیجه‌گیری او در مورد ناامیدی خود از شکست اکثریت در کمک به نظر حقوقی رو به رشد که سلاح‌های هسته‌ای را به عنوان تهدیدی برای بشریت محکوم می‌کند، قاطعانه است: «یک لحظه تصور کنید دنیایی با زرادخانه‌های تسلیحات هسته‌ای، مانند جهان ما، ناچار است گذشته خود را نابود کند، حال را به‌طور خطرناکی تهدید می‌کند و اصلاً، آینده‌ای ندارد. سلاح‌های هسته‌ای راه

□ برای مطالعه بیشتر مراجعه شود به

Opinion dissidente de M. le juge Cançado Trindade, jointe à l'arrêt du 5 octobre 2016, obligation relative à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire, paras. 259-287.



را قطعاً به سوی نیستی هموار می‌کنند. به نظر من، دیوان بین‌المللی دادگستری، به‌عنوان ارگان قضایی اصلی سازمان ملل متحد، باید در رأی حاضر، در این زمینه حساسیت نشان می‌داد و باید در موضوعی که از دغدغه‌های اصلی جامعه بین‌المللی آسیب‌پذیر و در واقع، کل بشریت است، مشارکت می‌کرد (پاراگراف ۳۲۷).

در حال حاضر (اکتبر ۲۰۲۳)، تخمین زده می‌شود که ۴۰۰۰ کلاهک هسته‌ای وجود داشته باشد که با نیروهای عملیاتی در سراسر جهان مستقر هستند و آتلانتیک اخیراً، مقاله‌ای را نیز منتشر کرده است که در آن، به نقل از مقامات، ادعا می‌کند که «خطر جنگ هسته‌ای امروز بیشتر از هر زمان دیگری از زمان جنگ هسته‌ای است. بحران موشکی کوبا» این احتمال در آینده وجود دارد که دادخواست‌هایی به دیگر دادگاه‌های بین‌المللی درباره سلاح‌های هسته‌ای در رابطه با حقوق بشر، از جمله حق برخورداری از محیط‌زیست سالم، پیگیری شود و بنابراین، وجدان حقوقی جهانی در نشأت‌های جدید تکامل خواهد یافت، همانطور که آرزوی قاضی ترینداد بود (بایلیت، منبع پیشین: ص ۶-۷).

باید اذعان نمود دکترین حقوق موضوعه با اینکه به واسطه ملاحظه رضایت و اراده دولت‌ها به عنوان مبنای اساسی شکل‌گیری قانون، با نظام بین‌الدولی حاکم بر روابط بین‌الملل سازگاری و تطابق بیشتری دارد، با این حال نتوانسته و نمی‌تواند به تنهایی پاسخگوی مسائل و مقتضیات جامعه بین‌المللی کنونی باشد. توسعه حقوق بشر و سایر ملاحظات انسان‌دوستانه به خصوص از اوایل قرن بیستم، به شکلی عالی مبین احیاء مجدد اصول و اندیشه‌های حقوق طبیعی در عرصه مبانی حقوق بین‌الملل می‌باشد. به طور مشخص، تدوین و تصویب کنوانسیون‌های لاهه ۱۸۹۹ و ۱۹۰۷، تصویب منشور ملل متحد در سال ۱۹۴۵ که مقدمه آن با عنوان «ما مردمان ملل متحد» آغاز و احترام به کرامت انسانی و نیز حقوق اساسی بشر از جمله اهداف و آرزوهای سازمان ملل متحد قرار داده شده است، صدور اعلامیه جهانی حقوق بشر در سال ۱۹۴۸، تصویب میثاقین حقوق مدنی سیاسی و حقوق اقتصادی اجتماعی و فرهنگی در سال ۱۹۶۶، تصویب کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو در سال ۱۹۲۹، تصویب پروتکل‌های الحاقی ۱۹۷۷، تجلی عینی ارزش‌های انسانی در قالب مقام‌یافتن فرد در حقوق بین‌الملل - به عنوان نمونه - از رهگذر پیش‌بینی مکانیسم‌های شکایت فردی در مراجع قضایی بین‌المللی و نیز توجه ویژه دیوان بین‌المللی دادگستری و دیوان بین‌المللی کیفری به اقتضائات و آمال‌های انسانی تدوین و تصویب کنوانسیون منع ژنوساید در سال ۱۹۴۸ و به دنبال آن، تصویب ده‌ها سند حقوق بشری دیگر... همچنین، ایجاد دادگاه‌های کیفری بین‌المللی موقت و دائم به منظور مقابله با بی‌کیفری و نقض‌های جدی و سیستماتیک ارزش‌های انسانی (در این چارچوب می‌توان از تأسیس محاکم کیفری نورمبرگ و توکیو، دیوان کیفری برای یوگسلاوی سابق و رواندا و نیز دیوان کیفری بین‌المللی در سال ۲۰۰۲ به طور خاص نام برد، ضمن اینکه عدم

توجه به مقام و سمت رسمی متهمین خواه به عنوان هر مقام عالی رتبه دیگر در هنگام محاکمه و مجازات، از ویژگی‌های ممتاز محاکم فوق محسوب می‌شود)، تأسیس انواع متعددی از مراجع قضایی و شبه قضایی حقوق بشری، به ویژه در سطح منطقه‌ای و غیره، همگی بیانگر توجه به اصول و مبانی حقوق طبیعی در سطح بین‌المللی است (زرنشان، ۱۳۹۳: ۳۱۶).

بحث و نتیجه‌گیری

دکترین به صورت حافظه حقوق عمل می‌کند، یعنی میان گذشته، حال و آینده حقوق ارتباط برقرار کرده و با برقراری توازن میان قوانین کهن و نیازهای جدید به تحول حقوق کمک می‌کند. البته، قاضی ترينداد، در توسعه قلمرو وظایف دکترین پا را فراتر از این نهاده و معتقد است اندیشه حقوقی باید در همه جا و همیشه در برابر بی‌عدالتی قد علم کند و از بی‌کس و کارها در برابر صاحبان قدرت و ستم‌پیشگان دفاع کند و این وظیفه‌ای پایان‌ناپذیر است برای تمامی عدالت‌جویان. آنچه که بیشتر از همه در آرای بررسی‌شده قاضی ترينداد به نظر می‌رسد و در این پژوهش به صورت مختصر به آن پرداخته شده، گزاره‌های تأکیدی وی بر وجدان عمومی و اصول انسانیت مندرج در شرط مارتنس است؛ چه در حوزه‌های محیط‌زیستی مانند قضیه مارشال، چه در حوزه‌های حقوق بشری در قضیه دستور موقت و برادران لاگرانژ و چه در حوزه‌های حقوق بشردوستانه مانند قضایای آلمان و ایتالیا و رأی مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری در خصوص سلاح‌های هسته‌ای. نتایج بررسی‌های بدست آمده در مورد تأثیر آرای قضات دیوان بین‌المللی دادگستری، بخصوص مورد بررسی این پژوهش، نقش آراء قاضی ترينداد در توسعه شرط مارتنس و بیان دیدگاه‌های وی در خصوص اعتقاد حقوقی دولت‌ها (Opinio Juris)، بخوبی به ما نشان می‌دهد که حقوقدان دیوان بین‌المللی دادگستری و حتی دیوان کیفری بین‌المللی هیچ وقت در فضای بن‌بست برای دفاع از حقوق بشر و در انشاء رأی قرار ندارند و نمی‌توانند به بهانه خلأ قاعده‌ای بخصوص در موضوعات حقوق بشری، از تکلیف خود سرباز زنند و از سویی دیگر نیز نقش دکترین در توسعه، تدوین و تصویب اصول شرط مارتنس می‌تواند منشاء و ملاک پذیرش تحول مذکور به حساب آید و شناسایی ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو- که منعکس‌کننده و مؤید همین شرط است- توسط دیوان بین‌المللی دادگستری در رأی نیکاراگوئه ۱۹۸۶ و نیز پروتکل اول، دوم الحاقی و تهیه پیش‌نویس کنوانسیون سیستم‌های تسلیحاتی خودکار ۲۰۲۳ (که بر اساس و در چارچوب همین تحولات بوده)، گواهی بر ادعای درحال توسعه بودن شرط مارتنس را دارد.

علاوه بر این، نفوذ بیش از پیش اصول و مبانی حقوق طبیعی بر پیکره نظام حقوق بین‌الملل معاصر آن هنگام تجلی بارزتری یافت که نظام سنتی قاعده‌سازی موجود دیگر نمی‌توانست در تمام زمینه‌ها به طور مشخص حوزه حقوق بشر، پاسخگوی اقتضائات و ضرورت‌های جامعه



بین‌المللی باشد و به همین جهت بود که نظام سنتی آرام‌آرام جای خود را به نظام مدرن در قاعده‌سازی عرفی در حقوق بین‌الملل داد و به همین جهت بود که اعلامیه «شرط مارتنس» به تصویب دولت‌ها رسید و این امر محقق نشد جز در سایه توسعه دکترین مربوط به شرط مارتنس. بدین ترتیب، به نظر قاضی ترینداد، در حال حاضر شاهد تحولی نوین در عرصه ساخت و پرداخت مهم‌ترین منابع حقوق بین‌الملل بشریم؛ «تحولی در راستای پاسخ به نیازهای روز بشر، تحولی که تجلی پیوند شرط مارتنس با حقوق بشر در نظم حقوقی جدید است و به دنبال رهیافت و تحولی برای قاعده‌سازی موضوعات و چالش‌های جدید با استفاده از همان رویکرد عرف‌محوری مدرن با تکیه بر نقش محوری *Opinio Juris*. نگارندگان به خوبی بر این نکته واقفند که ادعای ساخت منابع جدید در حقوق بین‌الملل، ادعای بسیار شگرفیست؛ آن هم در موضوعات خاصی که شاید در تعارض با اصل منافع دولت‌ها باشد، اما آرمان‌های بشری که موضوع احکام وجدان عمومی یا به عبارتی دیگر، الزام به اعتقاد حقوقی است، موضوعی است که با قداست در حقوق بین‌الملل و با عدالت و آرمان‌های بشری روبرو است و در صورت و اساس قاعده‌گذاری در حقوق بین‌الملل، اساساً پاسخ به مقتضیات بشری است. از طرفی دیگر، به اعتقاد مکتب اراده‌گرایی، این امر در کنار تفسیر موسع از شرط، حاکمیت دولت‌ها را به گونه‌ای جدی، به مخاطره می‌اندازد و می‌تواند با مقاومت جدی ایشان در احترام به اصول انسانیت در زمان مخاصمه روبرو شود. از آنجایی که شرط مارتنس آزادی دولت‌ها را در انجام آزادانه آنچه صراحتاً به موجب معاهده یا عرف منع نشده با محدودیت جدی مواجه می‌سازد، لذا به اعتقاد برخی حقوق‌دانان، یک‌تازی شرط مارتنس در قاعده‌سازی و متعهد ساختن دولت‌ها به انجام تعهدی که در پذیرش آن دخیل نبوده‌اند، واکنش منفی آنها را موجب خواهد شد. امروزه، اغلب دولت‌ها که بازیگران درجه اول حقوق بین‌الملل به شمار می‌آیند، تمایل چندانی برای تبدیل مفاهیمی موسع و نه چندان روشن همچون اصول انسانیت و تمنیات وجدان جمعی به حقوق لازم‌الاجرا ندارند؛ اگرچه باید اعتراف کرد که اجرایی ساختن مفاد شرط مارتنس در نهایت، موجب «انسانی شدن» هرچه بیشتر حقوق بشردوستانه به طور خاص و البته، حقوق بین‌الملل در کلیت آن شده و موجب صیانت از ارزش‌های اساسی و مشترک جامعه جهانی خواهد شد. به نظر می‌رسد در عرصه مبانی حقوق بین‌الملل، تلفیقی از دکترین حقوق موضوعه (سنتی و مدرن) و نظریه حقوق طبیعی (سنتی و مدرن) بهترین ترسیم از وضعیت موجود می‌باشد. وضعیتی که می‌تواند به نوعی مبین جدال میان «ارزش» و «واقعیت» که از دیرباز وجود داشته و همچنان بر دوام مانده است، تقابلی است مستمر و پویا میان «آنچه هست» و «آنچه باید باشد». البته، در این بین، بایستی تأکید کنیم اصول ناشی از مکتب اخیر تنها از رهگذر اراده دولت‌ها - عموماً در قالب معاهده و عرف به عنوان منابع اصلی اراده‌گرایی - تجلی عینی می‌یابند و تبدیل به قانون موضوعه می‌گردند و این به معنای سلطه و غلبه‌ای است که

حقوق موضوعه در راستای اجرای مقررات حقوقی و تحقق اهداف آن در عرصه بین‌المللی و تعیین منابع حقوق بین‌الملل برخوردار است.

منابع

- ممتاز، جمشید و رنجبریان، امیرحسین. (۱۳۸۷). *حقوق بین‌الملل بشردوستانه، مخاصمات مسلحانه داخلی*. نشر میزان، ۴۲.
- اسلام پناه، علی. (۱۳۹۹). *دکترین به‌منزله منبع حقوق، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی*. (۹)، ۱۱.
- دل و کیو، ژرژ (۱۳۸۰). *فلسفه حقوق، ترجمه جواد واحدی*. ۱۰.
- زرنشان، شهرام، (۱۳۹۳). *شکل‌گیری و شناسایی حقوق بین‌الملل عرفی*. انتشارات گنج دانش، ۳۰۰.
- فلسفی، هدایت‌الله. (۱۳۸۵). *حقوق بین‌الملل از اراده مطلق تا عقل و واقعیت، و از عقل و واقعیت تا بشریت، سالنامه ایرانی حقوق بین‌الملل و تطبیقی*. (۲)، ۳۲.
- طرحی، مهران. (۱۳۹۸) *امکان یا امتناع اعمال شرط مارتنس در حقوق بشردوستانه معاصر، مرکز مطالعات حقوق بین‌المللی مدرن*. (۴)، ۳۸.
- ریبرو، رودولفو (۱۴۰۱). *یادبود قاضی آنتونیو آگوستو کانچادو ترینداد، ترجمه کتایون اشرفی، شهرپور، وبسایت آکادمی ضیایی بیگدلی*.
- https://bigdeliacademy.com/1401/06/01/judge_katayoonashrafi
- دهقانی، فریبا. (۱۴۰۲). *شرط مارتنس در حقوق کیفری بین‌المللی؛ ماهیت و کارکردهای تفسیری، مجله آموزه‌های حقوق کیفری*. ۱۹ (۲۳)، ۱۲۷.
- سبحانی نیا، مجتبی و عبدالهی، محسن. (۱۴۰۰). *واکاوی سلسله‌مراتب هنجاری در حقوق بین‌الملل محیط‌زیست، پایداری، توسعه و محیط‌زیست*. ۲ (۴)، ص ۸۱.
- حاتمی، مهدی و حسینی، فرشته سادات. (۱۳۹۵). *مصونیت قضایی دولت با تأکید بر رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه آلمان و ایتالیا، مجله حقوقی دادگستری*. ۸۰ (۹۳)، ۶۸.

- Book/Article

- Bianchi, Andrea, (2005). "Ferrini v. Federal Republic of Germany", *American Journal of International Law*, Vol. 107, , p. 244.
- Cassese, Antonio, (2001). *International Law*, Oxford University Press, pp.121-122.
- Cassese, Antonio, (2006). *The Human Dimension of International Law*, Oxford, Oxford University Press, p.61.
- Cassese, Antonio, (2000). The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky?, *European Journal of International Law*, Vol.۱۱, No.1 ,p.186.
- Dieter Fleck, The Martens Clause and Environmental Protection in Relation to Armed Conflicts, *Goettingen Journal of International Law* 10 (2020) 1,P 243.
- Evans, Tyler D., (2013). "At War with the Robots: Autonomous Weapon Systems and the Martens Clause", *Hofstra Law Review*, Vol. 41(3), p.724.
- Meron, Theodor, (2006). *The Humanization of International Law*, The Hague Academy of International Law, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, p.26.



- Meron. T, The Martens Clause, (2000). Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience, No., 78, *American Journal of International Law*, p.79.
- Pictet, Jean, (1985). *Development and Principles of International Humanitarian Law*, (Martinus Nijhoff /Henri Dunant Institute, Dordrecht/ Geneva, p 59.
- Pustogarov, Vladimir Vasilievich, "The Martens Clause in International Law", *Journal of the History of International Law*, Vol. 1, 1999, p. 132.
- Strebel, Helmut, (1982). "Martens Clause", in: Rudolf Bernhardt (Ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 3, New York, Elsevier, p. 252.
- Ticehurst, Rupert, (1997). "The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict", 317 *IRRC*125, p 125-126.
- Ticehurst, Rupert, (1997). "The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict", 317 *IRRC*125, p 126.
- Trindade, Antônio Augusto Cançado, (1987). *Co-Existence and Co-Ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights*, The Hague, Martinus Nijhoff.
- Vladimir V. Pustogarov, (1999). "The Martens Clause in International Law", *Journal of the History of International Law*, Vol.1, No.125, p 134.

Case/convention/ DISSENTING OPINION/website

- Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land, The Hague, 1899, Preamble.
- Additional protocol(I) to the Geneva Conventions, 1977
- Additional protocol(II) to the Geneva Conventions, 1977
- Advisory Opinion of Legality of the Threat or Use by a state of Nuclear Weapons in armed conflict, ICJ Reports of 8 July 1996
- Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects, 13 March 2023, CCW /GGE.1 /2023 / WP.4/Rev.1
- ICJ, Verbatim Records, CR/95/22, 30 October 1995.
- Australian Statement – ICJ – Requests for Advisory Opinions on the Legality of Nuclear Weapons, reprinted in Aust YB Int'l L 685, 1996.
- Second Report of the Special Rapporteur on the Protection of the Environment in Relation to Armed Conflicts by M. G. Jacobsson, UN Doc. A/CN.4/685, 28 May 2015, 47, para. 146; Second Report of the Special Rapporteur on Protection of the Environment in Relation to Armed Conflicts by Marja Lehto, UN Doc. A/CN.4/728, 27 March 2019, 76, paras. 173-184.
- Corfu Channel (United Kingdom v. Albania), ICJ Reports, 1949.
- Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law.
- The Nuremberg Trial and the Tokyo War Crimes Trials (1945–1948)
- ICTY, Furundžija Case,(1998). Judgment, 10 Desember.
- ICTY, Trial Chamber, Tadić , judgment of 10 Aug. 1995.
- Martić Case (Rule 61 of the ICTY's Rules of Procedure and Evidence)
- ICTY, Kupreskic Case,(2000). Judgment, 14 January
- the International Criminal Tribunal for Rwanda.
- Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States), ICJ Reports, 1986.
- Rome Statute of the International Criminal Court, UN Doc. A/CONF.183/9, 17 July ۱۹۹۸
- Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America)

-SEPARATE OPINION OF JUDGE CANÇADO TRINDADE, Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America) Para, 20-23

-Obligations Concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom), ICJ Reports 2016

-Obligations Concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom), ICJ Reports 2016, Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade, para. 319

-Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening), ICJ Reports 2014, Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade, para. 87-90

-Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, 1970, Belgium v. Spain, Judgment, ICJ Rep 3 (Barcelona Traction).

- Germany. v. Italy. 2011, I.C.J. 143, Greece requests permission to intervene in the proceedings, summary, press release, unofficial, [online], available at: <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16294.pdf>.

-Dissenting opinion of Judge Cançado Trindade, in the case concerning Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), (2012), [online], (last visited: 7/9/2013), para.303, available at

-LaGrand Case (Germany v. United States of America), I.C.J. Reports 2001

-DISSENTING OPINION OF JUDGE CANÇADO TRINDADE, OBLIGATION TO PROSECUTE OR EXTRADITE (DISS. OP. CANÇADO TRINDADE), p.166. para3.

-DISSENTING OPINION OF JUDGE CANÇADO TRINDADE, OBLIGATION TO PROSECUTE OR EXTRADITE (DISS. OP. CANÇADO TRINDADE), p.172. para18.