

## ارزیابی مفهومی قاعده آمره به مثابه برترین شاخص نظام‌ساز حقوق بین‌الملل

محمد صالح عطار<sup>۱</sup> - علیرضا ابراهیم‌گل<sup>۲</sup>

دریافت: ۱۳۹۶/۶/۷ - پذیرش: ۱۳۹۶/۱۲/۲۶

### چکیده

حقوق بین‌الملل به مثابه گرایش علمی دارای اجزای متشکله‌ای (سیستم‌ها، رژیم‌ها و مجموعه) قواعد حقوقی است که به واسطه وضعیت یا عواملی به وحدت می‌رسد و به شأن نظام نایل می‌آید. یکی از مفاهیمی که ادعا می‌شود به مثابه عامل وحدت‌ساز در اجزای متشکله حقوق بین‌الملل، سلسله مراتب و نظم برقرار می‌نماید، مفهوم قاعده آمره است. با این همه در رابطه با ابعاد مختلف قاعده آمره از نظر مفهومی و علمی، اختلاف نظر وجود دارد. بعد از شکل‌گیری مفهوم قاعده آمره، دیدگاه‌های متمایزی راجع به مفهوم و تعریف آن در قلمرو حقوق بین‌الملل مطرح شده است. این دیدگاه‌ها را می‌توان در دو قالب فهم کلاسیک و فهم جدید از قاعده آمره طبقه‌بندی کرد. دیدگاه این پژوهش آن است که آموزه‌های متمایز در زمینه مفهوم قاعده آمره در قلمرو نظریات اندیشمندان حقوق بین‌الملل، گویای این واقعیت است که نگاه تک‌بعدی و تک‌ساحتی به قاعده آمره نمی‌تواند گویای نقش سیال و پویای امروزی قاعده آمره در نظم حقوقی بین‌المللی باشد. امروزه قاعده آمره به مثابه برجسته‌ترین شاخص نظام‌ساز محتوایی حقوق بین‌الملل، نظر به پیچیدگی روزافزون حقوق بین‌الملل، لاجرم در کالبدها و فنون متمایز حقوقی باید ظهور نماید تا قادر باشد، ویژگی نظم‌آفرینی خود را حفظ کند.

**واژگان کلیدی:** قاعده آمره، نظم حقوقی، فهم جدید، فهم کلاسیک

## مقدمه

اصطلاح قاعده آمره برای اولین بار به صورت رسمی در کنوانسیون وین حقوق معاهدات طرح و تعریف شد. در ماده ۵۳ این کنوانسیون آمده است:<sup>۱</sup> «از نظر عهدنامه حاضر، قاعده آمره حقوق بین‌الملل عام، قاعده‌ای است که از سوی جامعه بین‌المللی دولت‌ها در کل، به عنوان قاعده‌ای که تخلف از آن مجاز شمرده نشده است (تخلف‌ناپذیر) و تنها از طریق یک قاعده بعدی با همان ویژگی قابل تغییر باشد، پذیرفته و به رسمیت شناخته شده است» (زمانی، ۱۳۷۷: ۳۱۹).

بعد از طرح این مفهوم بود که دیدگاه‌های متمایزی راجع به این مقرر در میان حقوق‌دانان و اندیشمندان، مطرح شد. از نظر بسیاری از نویسندگان، یکی از معضلات اصلی در نظریه قاعده آمره، شناخت مفهوم آن است (Paulus, 2005: 298). «در حال حاضر دسته‌ای از علمای حقوق از این «قاعده» دفاع می‌کنند و دسته‌ای دیگر آن را به طور کلی نفی می‌کنند. مدافعان .... از مفهومی دفاع می‌کنند که باید باشد. اما دسته دوم، جهان را به صورتی که وجود دارد می‌بینند و .... اعتقاد دارند که چنین مفهومی وجود خارجی ندارد» (فلسفی، ۱۳۹۴: ۵۵۳). به جهت مشکلاتی که در ارزیابی مفهومی قاعده آمره - به نحوی که در تعریف آن در کنوانسیون وین حقوق معاهدات آمده است - وجود دارد، برداشت‌ها از این مفهوم متمایز و متفاوت بوده است. برداشت‌ها از مفهوم و تعریف قاعده آمره را می‌توان به دو فهم قدیم و جدید از آن تقسیم و در هر دو فهم نیز می‌توان دیدگاه‌های متمایزی ملاحظه کرد. در ادامه به تبیین مفهوم قاعده آمره پرداخته و مواضع و سیر تطور نظریات مطرح در این حوزه تبیین و ارزیابی می‌شود.

## ۱. فهم کلاسیک از قاعده آمره

عمده دیدگاه‌های اولیه در خصوص نظریه قواعد آمره در نقد و رد آن شکل گرفت؛ البته در همان دوره و بویژه بعد از آن به تدریج در دیدگاه‌های متأخر، نویسندگان به پذیرش این مفهوم و توجیه ابعاد معنایی آن تمایل پیدا نمودند (Petsche, 2010: 235-236).

بیشتر دیدگاه‌های شکل گرفته در سال‌های اولیه ظهور اصطلاح قاعده آمره، در چارچوب فهم کلاسیک و منطقی از هنجار و قاعده‌ای که متأثر از برداشتی پوزیتیویستی بود، شکل گرفت. بدین

۱. متن این ماده عیناً به همین صورت در ماده ۵۳ کنوانسیون ۱۹۸۶ کنوانسیون وین راجع به حقوق معاهدات بین دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی و بین سازمان‌های بین‌المللی با یکدیگر تکرار شده است. بنگرید به: [https://treaties.un.org/doc/source/docs/A\\_CONF.129\\_15-E.pdf](https://treaties.un.org/doc/source/docs/A_CONF.129_15-E.pdf).

ترتیب در چارچوب فهمی صوری و کلاسیک از قاعده آمره، دو جبهه علمی ایجاد شد و به واقع پوزیتیویست‌ها - البته نه فقط پوزیتیویست‌ها<sup>۱</sup> - خود به دو دسته عمده تقسیم شدند. گروهی که امکان مفهومی و جود قاعده آمره را تأیید و آن را از نظر عملی نیز مفید می‌دانستند (طرفداران) و آنانی که به وجود قاعده آمره و فایده آن اعتقاد نداشتند (مخالفان یا شکاکان) (Inderfalk, 2008: 855) سردمداران این دو جبهه فکری را می‌توان به ترتیب ورودروس و شوانزربرگر دانست. ورودروس قاعده آمره را اصلی اخلاقی در بالاترین سطح سلسله‌مراتب هنجاری معرفی نمود و شوانزربرگر معتقد بود که هر هنجار امری موجود نیز بر مظاهر سنت حقوق پوزیتیویستی مبتنی است و لذا تنها باید در این چارچوب فهم شود (Gangl, 1980: 73). در ادامه این مواضع طرفداران این دو جبهه فکری تشریح و ارزیابی می‌شود.

#### ۱-۱. مخالفان قاعده بودن قاعده آمره

چنانکه اشاره شد عمدتاً اندیشمندانی که بویژه در سال‌های اولیه طرح اصطلاح قاعده آمره به آن پرداختند، مفهوم این قاعده را به چالش کشیده‌اند (Petsche, 2010: 258). آخرین گزارشگر کمیسیون حقوق بین‌الملل در رابطه با کنوانسیون وین حقوق معاهدات، همفری والداک، خود به فقدان وجود توافق و اجماعی در ارائه ضابطه به منظور شناخت قاعده آمره اشاره داشت.<sup>۲</sup> از همین رو در فرآیند تدوین کنوانسیون وین ۱۹۶۹، به منظور رفع این نقیصه، قید «پذیرفته شده و مورد شناسایی قرار گرفته توسط جامعه بین‌المللی دولت‌ها در کل» به تعریف کمیسیون افزوده شد تا نقص مربوط برطرف شود.

علیرغم اصلاح مزبور، در سال‌های بعد از تعریف این اصطلاح در کنوانسیون وین حقوق معاهدات، مخالفان، ایرادات خود را بر تعریف قاعده آمره را در سه دسته ضعف نظری، ایرادات مفهومی و فقدان فایده عملی طبقه‌بندی و طرح نمودند (Weisburd, 1995: 24-40).

در حوزه ضعف مفهومی، اصلی‌ترین ایراد آن است که در ماده ۵۳ کنوانسیون وین از قاعده آمره تعریف محتوایی ارائه نشده و ویژگی‌های شکلی ارائه شده برای قاعده آمره نیز فاقد ضابطه

۱. برخی صاحب‌نظران به بررسی نسبتاً مبسوط جایگاه قاعده آمره از منظر حقوق طبیعی پرداخته‌اند. به منظور مطالعه در این خصوص بنگرید به: شریفی طرازکوهی، حسین، (۱۳۷۵)، قواعد آمره و نظم حقوقی بین‌المللی، موسسه چاپ و انتشارات، صص ۶۴-۷۳.

2. Report by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur, [1963] 2 Y.B. INT'L L. COMM'N 52, U.N. Doc. A/CN.4/156/Add.1-3.

مشخصی است. از این رو اعمال آن نسبت به حقوق بین‌الملل با این وضعیت برای این حوزه حقوقی مضر است (Christenson, 1987: 585-591).

منتقدان از دیدگاه مفهومی معتقد بودند که در تعریف کنوانسیون تنها به مسئله فرآیند تشکیل و امحای قاعده آمره (جامعه بین‌المللی دولت‌ها در کل) توجه شده است و برای تشخیص این مورد نیز ضابطه ارائه نشده است. در این تعریف به محتوای قواعد آمره که می‌تواند ارزش‌ها یا منافع مشترک و جهانی یا جامعه بین‌المللی باشد، اشاره نشده است و تنها به اوصاف آن (غیرقابل تخطی بودن و اعتلای هنجاری نسبت به سایر هنجارهای حقوق بین‌الملل) توجه شده است که در این رابطه نیز مفهوم غیرقابل تخطی بودن و تمایز آن در خصوص قاعده آمره، از عدم قابلیت تخطی در رابطه با قواعد معمولی بیان نشده است. به همین جهت است که در نتیجه عدم ارائه ضابطه در مقوله تشکیل یا امحای قاعده آمره، ۲ مشکل اساسی ایجاد شده است: **اول** اینکه قاعده آمره از چه منبعی در حقوق بین‌الملل ظهور می‌کند؛ **دوم** اینکه ضابطه شناسایی جامعه بین‌المللی دولت‌ها در کل چیست.

در قلمرو عملی، برخی معتقد بودند به جهت ابهام در چگونگی ارتباط مفهوم قاعده آمره - به نحو مقرر در طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل - با عملکرد واقعی دولت‌ها (پوزیتیویسم حقوقی)، چنین قاعده‌ای فاقد وجه عملی و بی‌فایده می‌دانستند (Schwarzenberger, 1990: 6).

از منظر نویسندگان دارای این رویکرد، امکان تدارک نظریه جامعی در رابطه با قاعده آمره یکی از بزرگترین چالش‌های حقوق بین‌الملل بوده و هست و در وضعیت موجود، مفهوم قاعده آمره تنها دستاویزی برای خودسری‌های خطرناک در حقوق بین‌الملل خواهد بود (Weisburd, 1995: 27).

نظر به مجموع دیدگاه‌های طرفداران این رویکرد می‌توان علت اینکه در نظریه پردازان متقدم، قاعده آمره نفی می‌شد را اینگونه جمع‌بندی کرد که ایشان قاعده آمره را در قیاس مفهوم قاعده آمره با مفهوم سیاستگذاری عمومی داخلی فهم می‌نمودند و از این منظر به تحلیل آن می‌پرداختند لذا انتظار ایشان از قاعده آمره به مثابه یک قاعده همچون قواعد اساسی حقوق داخلی بود؛ ثانیاً نقش اراده دولت‌ها (جامعه بین‌المللی دولت‌ها) را در ساخت آن همچون قواعد معمولی تلقی می‌نمودند؛ بدین شکل ایشان به دنبال شناخت ویژگی‌هایی شبیه قوانین اساسی صوری و ملی برای قواعد آمره در سطح بین‌المللی بودند و در این راه اراده دولت‌ها را عامل اصلی نیل به چنین قواعدی تلقی می‌نمودند و چون اولاً قاعده آمره مطرح در حقوق بین‌الملل از ناحیه طرفداران آن فاقد ویژگی‌هایی شبیه قوانین اساسی صوری و ملی بود و ثانیاً اراده یا منبعی فراتر از اراده دولت‌ها

از نظر ایشان در حقوق بین‌الملل قابل تصور نیست، به نفی قاعده آمره روی آورده ( Simma and Pulkowsk, 2006: 496) و در نتیجه معتقد به عدم تحقق نظم حقوقی بین‌المللی منطقی با شرایط مدنظرشان بودند (Whiteman, 1977: 615).

به هر روی میزان ابهامات و مشکلات قاعده آمره تا آنجا بوده است که اخیراً کمیسیون حقوق بین‌الملل موضوع «قواعد آمره» را در سال ۲۰۱۵ مجدداً در دستور کار خود قرار داد و آقای دایر دی تلادی را به عنوان گزارشگر ویژه در این خصوص منصوب نمود؛<sup>۱</sup> او نیز اولین گزارش خود را در خصوص طرح بررسی مسائل مربوط به قاعده آمره را در سال ۲۰۱۶ منتشر نمود.<sup>۲</sup> چنین ایرادات قابل درک و غیرقابل انکار در خصوص مفهوم قاعده آمره به نحو تعریف شده در کنوانسیون وین حقوق معاهدات باعث شد تا گروهی از نویسندگان به دنبال یافتن راه حل در این زمینه باشند. در این مسیر، فنون کلاسیک و بعضاً جدیدی در رابطه با فهم و توجیه و اثبات قاعده آمره ارائه شده است که در ادامه به همین ترتیب تشریح و ارزیابی می‌شود.

## ۲-۱. طرفداران قاعده بودن قاعده آمره

حسب انتقادات وارده بر مفهوم قاعده آمره، طرفداران قاعده آمره تلاش کرده‌اند تا در راستای پاسخ به این ایرادات، مفهوم قاعده آمره را منقح و روشن نمایند. جوهره روش ایشان بازتعریف مفهوم قاعده و سپس انطباق مفهوم قاعده آمره با مفهوم بازتعریف شده از قاعده بوده است. به عنوان مثال برخی تلاش نموده‌اند که با تمرکز بر محتوای قاعده آمره، قواعد آمره را طبقه‌بندی نموده و با ارائه دو طبقه قواعد آمره مرتبط با امنیت و استقلال دولت‌ها و قواعد مرتبط با حقوق اشخاص، قواعد آمره را با نظر به این دو دسته از منافع و ارزش‌ها (باز) تعریف نمایند (Haimbaugh, 1986-1987: 212). برخی نیز تلاش داشته‌اند تا با تدوین ضوابط متعدد کلیه نواقص مفهومی - اعم از شکلی و محتوایی - قاعده آمره را برطرف نمایند و به این صورت مفهوم آن را روشن کنند.<sup>۳</sup>

۱. بنگرید به: [http://legal.un.org/ilc/summaries/1\\_14.shtml](http://legal.un.org/ilc/summaries/1_14.shtml).

۲. البته وی در این گزارش تنها برنامه مطالعاتی خود را ارائه نموده است. بنگرید به:

<http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/693>.

۳. به عنوان مثال والتر گانگل ۴ ضابطه را در راستای شناسایی قاعده آمره معرفی می‌کند: ۱- ابتئای آن بر اخلاق؛ ۲- اهمیت آن برای صلح و نظم بین‌المللی؛ ۳- پذیرش عام در جامعه بین‌المللی دولت‌ها و ۴- در خدمت منافع جهانی بودن و نه صرف منافع دولت خاص؛ برای مطالعه بیشتر بنگرید به:

قبل از طرح اصطلاح قاعده آمره، مفهوم آن در سال‌های نیمه اول قرن بیستم میلادی، مطرح شده بود. در دهه بیستم همین قرن، وجود هنجار برتر در حقوق بین‌الملل، توسط عده‌ای از اندیشمندان طرح شد. اندیشمندانی نظیر هاید، هال، مک نیر و فیتز موریس از این قبیل بودند (Haimbaugh, 1986-1987: 239). با این حال، جامع‌ترین بحث از این هنجارها توسط آلفرد ووردرس انجام شده است. ووردرس معتقد بود که هر نظم حقوقی «ریشه در اخلاق جامعه ... دارد ... و فارغ از این اساس اخلاقی قابل فهم نیست» (Von Verdross, 1966: 59). آنانی که از رویکردی پوزیتیویستی به مطالعه و ارزیابی دیدگاه او پرداخته‌اند، ترجمان فهم او را از اخلاق جامعه در اصول حقوقی دانسته‌اند و بدین ترتیب دیدگاه او را در چارچوب فهمی کلاسیک و منطقی معرفی نموده‌اند (Simma, 1995: 50-51).

دیدگاه‌های مطرح در فضای علمی - دانشگاهی به تدریج به واسطه اندیشمندان به فضاهای رسمی بین‌المللی نیز وارد شد.<sup>۱</sup> در همین جریان می‌توان به نظر مخالف قاضی شوکینگ در قضیه اسکارشین اشاره کرد که اظهار داشت: «دیوان هیچ‌گاه نباید کنوانسیون را که ... معایر اخلاق عمومی است، اجرا نماید.»<sup>۲</sup>

پروفسور پلا به در خواست دبیر کل ملل متحد، در سال ۱۹۵۰، مطالعه‌ای جامع را در رابطه با موضوع «طرح کد جرایم علیه صلح و امنیت بشر» انجام داد؛ او در رابطه با «تجاوز بین‌المللی یا اعمالی که ناقض قوانین جنگ هستند..... [آنها را] اعمالی» دانست که «بنیان‌هایی که جامعه بین‌المللی بر آنها مبتنی است را به لرزه در می‌آورد و زیست صلح‌آمیز ملت‌ها را به خطر می‌اندازد.»<sup>۳</sup>

Gangl, Walter, (1980), "The Jus Cogens Dimensions of Nuclear Technology", Cornell International Law Journal, Vol. 13: Iss. 1, Article 3, 1980, P.64.

1. Report on the Law of Treaties by Mr. H. Lauterpacht, Special Rapporteur Topic: Law of Treaties Extract from the Yearbook of the International Law Commission: -1953, Vol. II, Document: -A/CN.4/63, p154, para2.

۲. بنگرید به:

Publications of the P.C.I.J., Series A/B, No.63, p. 150.

۳. بنگرید به:

Memorandum Concerning a Draft Code of Offenses against the Peace and Security of Mankind, U.N. Doc. A/CN/4/39 at 17 (1950) [hereinafter Cited as Code of Offenses].

۴. پیش از آن نیز در سال ۱۹۴۸ این جرایم علیه میانی تمدن تلقی شده بودند:

A/CN.4/398 and Corr. 1-3, Fourth report on the draft code of offences against the peace and security of mankind, by Mr. Doudou Thiam, Special Rapporteur Extract from the Yearbook of the International Law Commission: -1986 Document: vol. II (1), p 55, para. 4.

متعاقب طرح چنین دیدگاه‌هایی بود که مفهوم قاعده آمره در فرآیند تدوین کمیسیون حقوق بین‌الملل در زمینه حقوق معاهدات نیز وارد شد؛<sup>۱</sup> در زمان گزارشگری گزارشگر ویژه اول کمیسیون حقوق بین‌الملل، جیمز آل برابری (۱۹۵۰-۱۹۵۲) از این مفهوم در حقوق معاهدات یاد نشد تا اینکه هرش لاتریاخت (۱۹۵۳-۱۹۵۶)، گزارشگر ویژه دوم کمیسیون، در سال ۱۹۵۳ و در گزارش اول خود در همین خصوص ذیل ماده ۱۵ طرح پیشنهادی اصول عالی حقوق بین‌الملل به عنوان اصول تشکیل دهنده سیاست عمومی بین‌المللی (نظم عمومی بین‌المللی) را مبین قواعد اخلاقی بین‌المللی قلمداد نمود.<sup>۲</sup>

بر این اساس و متأثر از طرح مفهوم هنجار برتر و بحث از آن در مباحث و محافل علمی و دانشگاهی و مرجعی نظیر کمیسیون حقوق بین‌الملل، زمینه‌های لازم برای طرح این مفهوم در سایر مراجع رسمی در عرصه حقوق بین‌الملل فراهم شد.<sup>۳</sup>

چنانچه ملاحظه می‌شود، گزارشگران ویژه کمیسیون حقوق بین‌الملل<sup>۴</sup>، همگی به برگردان قاعده آمره به اصول اخلاقی که در حقوق موضوعه به رسمیت شناخته شده و حیثیت اصول کلی حقوق بین‌الملل را یافته باشد، تمایل داشته و از این اصول با عنوان قواعد امری یا مطلق یاد نموده‌اند. بنابراین رویکرد ایشان به قاعده آمره، رویکردی بوده است که می‌توان آن را رویکرد کلاسیک و منطقی در فهم آن دانست که البته بسیار منطبق بر خوانشی پوزیتیویستی از این قاعده است (Hart, 1958: 615- 627).

بنابراین طیف قابل توجهی از اندیشمندان، قاعده آمره را در چارچوبی کلاسیک و پوزیتیویستی از حقوق بین‌الملل دریافت کرده و سعی در اثبات آن به این صورت داشتند. در این

۱. بنگرید به:

[http://legal.un.org/ilc/guide/1\\_1.shtml](http://legal.un.org/ilc/guide/1_1.shtml) .

۲. بنگرید به:

Report on the Law of Treaties by Mr. H. Lauterpacht, Opcit, p155, para4.

۳. در سال ۱۹۵۳، کمیته ششم مجمع عمومی سازمان ملل متحد در گزارش خود به مجمع عمومی این مسئله را متذکر شد: Rep. of the Int'l Comm'n, 15th Sess. Nov. 6, 1963, U.N. Doc. A/5601, para 18, GAOR, 18th Sess. (1963).

۴. بنگرید به:

Third Report on the Law of Treaties by Mr. G.G. Fitzmaurice, Special Rapporteur Topic: Law of Treaties Extract from the Yearbook of the International Law Commission:-1958, Vol. II, Document:-A/CN.4/115 and Corr.1 (English and French), p 27, Art. 17 , Fifth Report on the Law of Treaties by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur Topic: Law of Treaties Extract from the Yearbook of the International Law Commission:- Document:- A/CN.4/183 and Add.1-4, 1966, vol. II, p22

زمینه دو رویکرد موسع و مضیق به مفهوم قاعده آمره قابل مشاهده است. در چارچوب رویکرد موسع، در سال‌های اخیر اندیشمندانی بوده‌اند که با توجه به ضوابط و ملاکات پوزیتیویستی سعی در تعیین مفهوم قاعده آمره و مضمون آن نموده‌اند.<sup>۱</sup> به عنوان مثال ترینیداد، در درس آکادمی لاهه خود در سال ۲۰۰۵ با تشریح ابعاد مختلف مفهومی قاعده آمره، وجود قاعده آمره را به مثابه یک قاعده حقوقی حقوق پوزیتیویستی ادعا نموده و تلاش کرده است تا این ادعا را ضمن ارزیابی آن با ارائه مثال‌های متعدد از مراجع قضایی و داوری بین‌المللی به ویژه دادگاه بین‌المللی حقوق بشر<sup>۲</sup> و دیوان بین‌المللی برای یوگوسلاوی سابق، اثبات نماید (Augusto Cançado Trindade: 2005, 316). به نظر وی، قاعده آمره از زمان ظهور به مثابه یک قاعده دو نوع توسعه داشته است؛ توسعه افقی و توسعه عمودی؛ توسعه افقی<sup>۳</sup> در قلمرو مفهوم و استفاده از آن بوده است و توسعه عمودی آن به واسطه در برداشتن ارزش‌های جامعه بین‌المللی در چارچوب ایجاد سلسله مراتب هنجاری، نظم حقوقی و ارتباط با سایر نظامات حقوقی مثل حقوق داخلی بوده است.

اما برخی دیگر قاعده آمره را در معنایی مضیق قاعده تلقی نموده‌اند. به‌زعم ایشان قاعده آمره هرچند ساختار تعهدات بین‌المللی را تحت الشعاع قرار داده و متحول نموده است ولی این تحول تنها در سطح قواعد اولیه روی داده است و از این رو هرچند قلمرو حقوق و تکالیف دولت‌ها را تعیین می‌نماید ولی قابلیت اجرایی مشخصی ندارد (Sivakumaran, 2009: 19-20, 133). در همین فضای فکری، برخی مضمون حقوق بین‌الملل را هنجار و هنجار را مشتمل بر قاعده و اصل دانسته و با استفاده از تعریف و تمایز برقرار شده توسط دورکین از قاعده و اصل در سیستم‌های حقوقی مدرن، اصل را فاقد قابلیت ایجاد سلسله مراتب هنجاری دانسته و معتقد هستند که تنها مفهوم

۱. در این میان برخی اندیشمندان داخلی نیز با طرح مفهوم قاعده آمره، ضمن تشریح ملاکات آن از منظر حقوق موضوعه، آن را سنگ بنای نظم حقوقی بین‌المللی دانسته‌اند. بنگرید به شریفی طراز کوهی، پیشین، صص ۴۶ و ۷۴-۱۴۲.

۲. بنگرید به:

Inter-American Court of Human Rights (IACtHR), Advisory Opinion, No. 18, on The Juridical Condition and the Rights of the Undocumented Migrants (of 17.09.2003), pars. 98- 99, and Concurring Opinion of Judge A.A. Cançado Trindade, pars. 65-67.

۳. در خصوص توسعه افقی قاعده آمره به شمول تدریجی مفهوم قاعده آمره نسبت به حوزه‌های موضوعی حقوق بین‌الملل (حقوق مسئولیت بین‌المللی و حقوق بین‌الملل عام) و موضوعات دیگر حقوق بین‌الملل (نظیر شکنجه، ناپدیدشدگی اجباری و اعدام‌های فراقانونی) اشاره دارد. بنگرید به: در منبع زیر سال قید شود

Augusto Cançado Trindade, Antônio, Jus Cogens: "The Determination and the Gradual Expansion of Its Material Content in Contemporary International Case-Law", (2009), p5.



قاعده حقوقی چینی ظرفیتی را دارد؛ ایشان قواعد را به دو نوع قواعد مطلق<sup>۱</sup> و قواعد عام<sup>۲</sup> تقسیم و تنها قواعد مطلق را دارای ظرفیت ایجاد سلسله مراتب هنجاری معرفی نموده و مصادیق آن‌ها را در حقوق بین‌الملل کنونی، ممنوعیت شکنجه، برده‌داری و نسل‌کشی دانسته‌اند. از نظر ایشان، امروزه قاعده آمره تنها به مثابه قاعده حقوقی اولیه مطلق وجود دارد (Rafferty, 2012: 5). در این میان هستند برخی که به صورت ضمنی کارکرد قاعده آمره را از ساحت قواعد اولیه خارج نموده و آن را به قلمرو قواعد ثانویه مرتبط و ناظر می‌دانند و معتقدند مضمون قواعد آمره به مثابه قواعد ثانویه می‌ماند که باید به سایر قواعد و اعتبار آن‌ها جهت دهد (عزیزی، ۱۳۹۲: ۱۶۵-۱۶۴).

چنانچه مشاهده می‌شود، طرفداران قاعده آمره در رویکرد کلاسیک خود دیدگاه‌های متمایزی ارائه نموده‌اند. روش و رویکرد ایشان، حفظ مفهوم قاعده آمره و تلاش برای انطباق مفهوم قاعده آمره بر مفهوم قاعده است. بر اساس این مفهوم‌پردازی جایگاه و آثار متعددی برای آن احصا نموده‌اند.

## ۲. فهم جدید از قاعده آمره

برخی در راستای پاسخ به انتقادات وارده بر مفهوم قاعده آمره - به مثابه یک قاعده حقوقی - و با بهره‌برداری از فنون جدید، در چارچوبی متمایز از فهمی صوری و کلاسیک از قاعده آمره، مفهوم قاعده آمره در حقوق بین‌الملل را تشریح نمودند (Simm and Pulkowsk, 2006: 498). شاید بتوان یکی از پیشگامان این عرصه را پراسپرو ویل دانست. او ضمن بحث از نسبییت هنجاری در حقوق بین‌الملل، با پرداختن به جایگاه قاعده آمره صورت آن را مهم نمی‌داند بلکه تمرکز بر مضمون آن را کلید نیل به فهم ماهیت و جایگاه آن می‌داند (Fastenrath, 1993: 323). عمده دیدگاه‌های جدید دایرمدار همین نوع نگاه به قاعده آمره است. روش این دیدگاه‌ها برای تشریح وضعیت قاعده آمره در حقوق بین‌الملل، مبتنی بر ارائه ماهیت متمایز از قاعده برای قاعده آمره است که ضمن استفاده از سایر مفاهیم حقوقی نظیر اصل حقوقی یا ارزش و ... محقق می‌شود. این گروه در واقع نواقص و ایرادات وارد بر مفهوم قاعده آمره را می‌پذیرند ولی در تدارک پاسخ بدان به جای ارائه ضوابطی در چارچوب اثبات شأن بازتعریف شده قاعده‌ای قاعده آمره، نظیر آنچه پیش از این بدان اشاره شد، تعابیر و مفهوم‌پردازی جدیدی از آن ارائه می‌کنند. عمده چنین

1. Absolute Rules.  
2. General Rules.

دیدگاه‌های جدید، تحت رویکرد ایده‌آل‌گرایی در حقوق بین‌الملل (ایده‌آلیسم حقوقی) مطرح شده است (Linderfalk, 2009: 8). به عنوان نمونه برخی طرفداران این دیدگاه، قواعد آمره را نه در زمره منابع حقوق بین‌الملل بلکه به مثابه محتوای منابع (Orakhelashvili, 2005: 82) تلقی نموده‌اند؛ به‌زعم ایشان حقوق بین‌الملل با کمک محتوای برتر قواعد آمره متحول شده و به شأن نظام نایل آمده و سلسله مراتب هنجاری با کمک محتوای قاعده آمره در حقوق بین‌الملل ایجاد شده است (Bianchi, 2008: 494-495).

به هر روی، طرفداران شیوه جدید فهم قاعده آمره، خود در این سبک نگاه به قاعده آمره، رویکردهای متمایزی را اتخاذ نموده‌اند (Yarwood, 2006: 16) که در ادامه بدان اشاره می‌شود.

#### ۱-۲. قاعده آمره به مثابه ارزش

برخی از آنانی که نتوانسته یا نخواسته‌اند ضعف‌های قاعده آمره را به عنوان قاعده حقوقی - به نحو تعریف شده در کنوانسیون وین حقوق معاهدات - نادیده گرفته و با ارائه تفسیر، کاستی‌های آن را برطرف نمایند، شیوه دیگری را در تعیین جایگاه قاعده آمره در حقوق بین‌الملل در پیش گرفته‌اند.

به‌زعم ایشان ایده قاعده آمره دال بر وجود یا لزوم شناسایی مجموعه‌ای از ارزش‌هایی بنیادین در حقوق بین‌الملل است. به نظر ایشان این نوع نگاه به قاعده آمره دو پیامد دارد: اول اینکه به منظور حمایت از ارزش‌های ملحوظ در قاعده آمره باید برتری هنجاری به واسطه سلسله مراتب هنجاری به قواعد مذکور اعطا شود؛ دوم اینکه حمایت از ارزش‌های ملحوظ در این قواعد مستلزم برتری آن‌ها نسبت به اراده دولت‌ها نیز می‌باشد. به واقع از دیدگاه ایشان، قاعده آمره به مثابه ارزشی نمادین، حقوق بین‌الملل را به شأن یک سیستم حقوقی ارتقا داده است، در حقوق بین‌الملل ظهور نموده و عمل می‌کند (Charlesworth, 1993: 63).

طرفداران این رویکرد با ارتباط بخشی بین مفاهیم ارزش، هنجار و حق، مقدمه طرح دیدگاه خود را ارائه نموده‌اند. از نظر این عده، ارزش‌ها<sup>۱</sup> بنیان اساسی جامعه (مثلاً دولت - ملت) بوده و لذا از مفهوم هنجار مبنایی‌تر هستند به این معنا که قدرت جامعه‌شناختی آن در تعریف جامعه بیش از سایر مفاهیم است. از نظر ایشان، ارزش (ها) منشأ هنجار (ها) هستند و هنجار (ها) متضمن حق (ها).

به عنوان مثال [لزوم حفظ] کرامت بشر (ارزش)، منشأ ممنوعیت رفتار ترذیلی (هنجار) است که خود متضمن حق شخص مبنی بر مورد رفتار ترذیلی قرار نگرفتن است.

به نظر ایشان ارزش‌ها معمولاً در حقوق به صورت مستقل بیان نمی‌شوند بلکه در قالب قاعده حقوقی (هنجار) بیان می‌شوند لذا قواعد حقوقی (هنجارهایی) که هدف از آن‌ها تضمین حمایت از ارزش‌های بنیادین است «هنجارهای بنیادین» نامیده می‌شوند. بر اساس این نوع نگاه، وصف بنیادین در عبارت هنجارهای بنیادین، به هنجار باز نمی‌گردد بلکه به ارزش ملحوظ در هنجار ضامن ارزش اشاره دارد. از این رو قواعد معمولی، قواعدی هستند که مشتمل بر ارزش بنیادین جامعه نیستند. هم‌نشینی و ارتباطات بین هنجارهای معمولی و بنیادین، همان برتری هنجاری هنجارهای بنیادین نسبت به هنجارهای معمولی است.<sup>۱</sup>

با این توضیح، این عده معتقد هستند که در حقوق بین‌الملل موجود، قاعده آمره مؤید وجود ارزش‌های بنیادین و در نتیجه هنجارهای بنیادین است (Orakhelashvili, 2005: 864). به‌زعم این عده، شناسایی ارزش‌های بنیادین به واسطه رژیم حقوقی برتری هنجاری (سلسله مراتب) (Petsche, 2010: 262) در پرتو قاعده آمره میسر می‌شود. به‌زعم این گروه، قوی‌ترین مبنای ایجاد سلسله مراتب در حقوق بین‌الملل، قواعد آمره است که در بالاترین سطح از هرم هنجاری حقوق بین‌الملل به مثابه هنجار متضمن ارزش - فارغ از اینکه قاعده آمره، قاعده حقوقی قلمداد شود یا خیر - قرار می‌گیرند (Petsche, 2010: 263-268). تعریف قاعده آمره در ماده ۵۳ کنوانسیون وین حقوق معاهدات هرچند نقش دولت را در تدارک قاعده آمره متذکر می‌شود ولی دو محدودیت بر آن مقرر می‌دارد: اول اینکه جامعه بین‌المللی دولت‌ها در کل را مدنظر دارد نه دولت‌ها و نه تمامی دولت‌ها؛ دوم اینکه - بنابر نظر این گروه که به ادعای آنها دیدگاه اکثریت حقوقدانان در رابطه با قاعده آمره است - نیاز نیست کلیه دولت‌های جامعه بین‌المللی آن را بپذیرند لذا نظر اکثریت بر اقلیت تحمیل خواهد شد و این از نظر آنها نوعی رد محدود اراده‌گرایی است که در مکتب اراده‌گرایی و ذیل حقوق موضوعه واقع شده است و در نتیجه آن خوانش، خوانش اجماعی یا اتفاقی از اراده دولت‌ها را در تشکیل قاعده آمره به مثابه ضامن ارزش مورد توجه و شناسایی قرار می‌دهد (Petsche, 2010: 263-268).

۱. به نظر ایشان دو روش واقع‌گرایانه/پوزیتیویستی یا ذهنی و حقوق طبیعی یا عینی‌گرایانه در رابطه با شناسایی هنجارهای بنیادین متضمن ارزش‌های جامعه وجود دارد.

از دیدگاه ایشان، قاعده آمره دو ویژگی دارد: اولاً ارزش برتر جامعه را در بر دارد<sup>۱</sup> و ثانیاً رد محدود اراده‌گرایی دولت-محور است (Villalpando, 2010: 412). با این نوع نگاه در رابطه با قاعده آمره، قاعده آمره به توسعه حقوق بین‌الملل به مثابه یک نظام کمک نموده است و لذا رویکرد اولیه تشکیل نظم افقی بین‌المللی که رویکردی دولت-محور نسبت به هنجار امری بین‌المللی بود و بر منافع دولت تمرکز داشت را به سمت رویکردی شخص-محور از قاعده آمره<sup>۲</sup> سوق داده است (Petsche, 2010: 26-273).

در همین سنت فکری، به‌زعم برخی دیگر، قاعده آمره، نوعی ایده‌آل<sup>۳</sup> است که در قالب هنجاری بروز نموده و ظاهر می‌شود. تمایز ایده‌آل (به عنوان یکی از اشکال ارزش) از هنجار (قاعده یا اصل) آن است که ایده‌آل راهنمایی در راستای تقویت واقعیت اجتماعی است (همچون هنجار) ولی به صورت دقیق مشخص نمی‌کند که برای تحقق آن ایده‌آل چه اقداماتی باید انجام شود (برخلاف هنجار). بر این اساس هر نوع توصیف و تجویز دقیق چگونگی اداره یک جامعه (هنجار) به واقع متضمن نوعی ایده‌آل است. مثلاً تجویز معاهده حقوق بشری و توصیف آن به صورت دقیق به مثابه ایده‌آل تلقی نمودن مقوله حقوق بشر است. بر این اساس از نظر ایده‌آل‌گرایی حقوقی، ایده‌آل‌ها جزئی از تعریف حقوق هستند، همانگونه که هنجارها جزئی از آن می‌باشند (Linderfalk, 2009: 9-11).

از این دیدگاه، ظهور اصطلاح قاعده آمره به عنوان یک هنجار حقوقی (قاعده یا اصل) گواه و دال بر وجود نوعی ایده‌آل در حقوق بین‌الملل است. البته برخی طرفداران ایده‌آل‌گرایی قاعده آمره (نظم عمومی‌گراها، قانون اساسی‌گراها، لیبرال‌ها) قاعده آمره و ایده‌آل ملحوظ در آن را محصول فرهنگی جامعه در جامعه بین‌الملل می‌دانند و لذا مضمون آن را جاودانه و غیرقابل تغییر نمی‌پندارند ولی برخی دیگر (حقوق طبیعی‌گراها) آن را محصول طبیعت (وجدان) مشترک بشر، عقلانیت یا اراده خداوند تلقی نموده و لذا محتوای آن را ضروری و غیرقابل تغییر می‌دانند. گروه اول منع قاعده آمره را هم واقعیات بیرونی و هم بُعد ایده‌آل‌گرایانه آن می‌دانند و گروه دوم نیز

۱. برخی اندکی در این زمینه محتاط‌تر صحبت نموده‌اند و قاعده آمره را به مثابه نمادی در عالم حقوق به منظور صیانت از ارزش‌های جامعه بین‌المللی تلقی نموده‌اند:

Bianchi, Andrea, (2008), "Human Rights and the Magic of Jus Cogens", *The European Journal of International Law*, Vol. 19, No. 3, p 507.

2. Individual-centered Notion of Jus Cogens.

3. Ideal.

فارغ از اراده انسانی و وقایع بیرونی به قاعده آمره می‌نگرند.<sup>۱</sup> در هر حال از نظر ایشان قاعده آمره بیانگر نوعی ایده‌آل در حقوق بین‌الملل است که به مثابه جزئی از نظام حقوقی مفاد سایر اجزای نظام حقوقی را هدایت نموده و سایر اجزا باید در انطباق با آن تفسیر و اجرا شوند و بدین ترتیب قاعده آمره به کارکرد انتظام‌بخشی و وحدت‌آفرینی در حقوق بین‌الملل به واسطه وارد نمودن ارزش‌ها و ایده‌آل‌ها به این حوزه حقوقی، نائل آمده است (Linderfalk, 2009, 31-32).

## ۲-۲. قاعده آمره به مثابه اصل حقوقی

برخی قاعده آمره را به مثابه اصل حقوقی در نظر گرفته‌اند.<sup>۲</sup> از نظر ایشان اصل حقوقی معنایی متفاوت از اصل حقوقی ذیل ماده ۳۸(۱)(c) اساسنامه دیوان دارد. در این ماده اصل حقوقی ذیل عنوان منبع حقوقی قابل استفاده و استناد در رسیدگی‌های دیوان، مطرح می‌شود که در مقابل معاهده یا عرف قرار می‌گیرد اما در اینجا اصل حقوقی به معنای محتوای منبع حقوقی تلقی شده و به مثابه یک هنجار حقوقی در مقابل قاعده حقوقی قرار می‌گیرد نه منبع حقوقی (Petersen, 2008: 286).

بحث از اصل و قاعده حقوقی در چارچوب محتوای منابع حقوقی، با ایرادات دورکین بر دیدگاه هارت مطرح شد و با ورود جوزف رز در حمایت از دیدگاه هارت در مقابل دورکین غنایی دوجندان یافت و در نظریه رابرت الکسی که مقبول‌ترین و جدیدترین دیدگاه را در این خصوص مطرح نمود، به اعتلا رسید. در این قسمت، با تمرکز بر دیدگاه الکسی، ماهیت قاعده آمره را ارزیابی خواهیم نمود (Braithwaite, 2002: 52).

الکسی و «نظریه حق‌های اساسی» (Alexy, 2010: 59) او جانی تازه در نظریه محتوایی اصل حقوقی دمید. الکسی همگام با دورکین و رز، قواعد و اصول را هنجار می‌دانست ولی تمایز قواعد و اصول را به شیوه‌ای متمایز از این دو ترسیم نمود (Alexy, 2003: 132-134). نظریه او راجع به اصل بر تمایز نظری-هنجاری بین اصول و قواعد مبتنی است. الکسی بر خلاف رز، قواعد و

۱. بنگرید به: در منبع زیر سال قید شود

Inter-American Court of Human Rights, (2003), Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants, Advisory Opinion, OC-18/03, paras 99 & 100.

۲. برای مطالعه تفصیلی‌تر در این خصوص بنگرید به:

Verhoeven, Sten, (2011), "Norms of Jus Cogens in International Law, A Positivist and Constitutionalist Approach", Katholieke Universiteit Leuven, p 75 & 140.

اصول را دلیل مستقیم هنجار و دلیل غیرمستقیم عمل می‌داند (Alexy, 2010: 59). از نظر او قواعد، هنجارهایی هستند که مدلول خود را ضرورتاً الزام می‌نمایند لذا قواعد دال بر فرامین یا اوامر مشخص و قاطع هستند؛ شکل اجرای آنها ضروری است؛ به این معنا که در صورت تحقق کامل شرایط اعمال آنها، موضوع آنها عیناً باید محقق شود؛ در صورت انجام این الزام، قاعده رعایت شده و در صورت عدم انجام آن، قاعده رعایت نشده است. تعارض بین قواعد در سیستم حقوقی به کمک مدلول قاعده حل تعارض، حل می‌شود و البته چنین رفع تعارضی، رفع تعارض ایستا است زیرا قاعده حل تعارض (مثلاً حکومت قاعده خاص یا مؤخر) مدلولی ثابت و بدون تغییر دارد.<sup>۱</sup>

در نقطه مقابل، اصول، الزامات بهینه‌سازی<sup>۲</sup> هستند به این معنا که هدف از اصول تحقق حداکثری مضامین اصول با توجه به امکانات عملی و حقوقی می‌باشد. از نظر او اصول، مفادی عام (تر) نسبت به قواعد دارند (Alexy, 2010: 61). مضمون هر اصل، به صرف تحقق شرایط اعمال آن اصل، ضرورتاً از آن ناشی نمی‌شود بلکه وجود اصل به معنای دلیل اولیه مفاد آن است و میزان تحقق مفاد هر اصل به درجه مناسب تحقق آن با توجه به مفاد سایر هنجارهای حقوقی باز می‌گردد؛ این مهم به کمک برقراری تعادل میسر می‌شود لذا برقراری تعادل، شیوه‌ای مختص اعمال اصول است (Alexy, 2003: 51) او برقراری تعادل (حداکثرسازی امکان عملی و حقوقی متابعت از مدلول اصول) را با اصل تناسب تعریف و تنظیم می‌نماید و از این رو این دو مفهوم را معادل هم می‌داند (Alexy, 2003: 52).

اصول از نظر الکسی یکسان نبوده و دارای سطوح هستند (Alexy, 2010: 80). براین اساس چنانچه ایجاد نظم رتبه‌بندی شده ارزش‌ها در یک سیستم حقوقی میسر شود، در رفع تعارض بین اصول، سطوح اصول نظر به سطوح ارزش‌ها تعیین و غلبه و اولویت اصول در فرض تعارض نیز مشخص می‌شود (Alexy, 2010: 96) اما چنانچه تدارک این نظم رتبه‌بندی شده ارزش‌ها میسر نباشد، رفع تعارض بین دو اصل امری ایستا نخواهد بود بلکه پویا است زیرا تعارض بین اصول در شرایط متمایز با تفاوت یافتن ارزش مدلول اصول به صورت‌های متفاوتی حل می‌شود و از این رو

۱. به منظور مطالعه مثال دورکین در زمینه تمایز اصل و قاعده بنگرید به:

Dworkin, Ronald M, 1967, "The Model of Rules, Yale Law School Faculty Scholarship, Faculty Scholarship Series 1967. Paper 3609, p24.  
2. Optimization Requirements.

الکسی آن را «رابطه اولویت مشروط»<sup>۱</sup> می‌نامد.

پیش از او اعتقاد بر این بود که مدلول یک اصل قابلیت ورود به قاعده را دارد و در این حالت مدلولی که ذیل قاعده قرار می‌گیرد در سیستم حقوقی مورد توجه قرار می‌گیرد و مدلول اصل دیگر مورد توجه قرار نمی‌گیرد (Petersen, 2008: 291-292).

الکسی با وجود پذیرش اینکه که مدلول یک اصل، قابلیت ورود به قاعده را دارد ولی این را که قاعده مستقیماً بر موضوع اعمال شده ولی اصل نمی‌شود را رد می‌کند. به‌زعم او اصل حقوقی نیز چون قاعده حقوقی قابلیت اعمال بر موضوعات به صورت مستقیم را داراست (Alexy, 2010: 133). در این حالت اصل حقوقی در فرآیند برقراری تعادل به واسطه ساختار تعادل<sup>۲</sup> از طریق فرمول تعیین ارزش<sup>۳</sup> به بهینه‌سازی هنجاری سیستم حقوقی کمک می‌نماید (Alexy, 2003: 54). بنابراین از نظر الکسی اصول اولاً عام‌تر از قواعد هستند و ثانیاً الزامات بهینه‌سازی هنجاری که مستقیماً در موضوعات امکان اعمال دارند، تلقی می‌شوند و این دو ویژگی در کنار هم، اصول را متمایز از قواعد می‌نماید.

با این تعبیر و فهم از اصول و قواعد، این سوال مطرح است که آیا می‌توان آنچه امروزه به عنوان مفهوم و مصداق قاعده آمره مطرح می‌شود را در قالب اصل حقوقی به معنای مدنظر الکسی دریافت. با وجود مخالفت برخی (Alexy, 2003: 43-45) با این رویکرد، سایرین معتقد هستند که می‌توان قاعده آمره را به مثابه اصل به معنای مدنظر الکسی تلقی نمود (Verhoeven, 2011: 269).

استن ورهوون، معتقد است که جوهره قاعده آمره از مفهوم «زمینه‌ای برای بی‌اعتباری» به مفهوم «محدودیتی بر اقتدار دولت» تبدیل شده است. به نظر او تحقق سلسله‌مراتب به واسطه قاعده آمره در حقوق بین‌الملل را با انطباق بر دو مفهوم نظام‌ساز می‌توان ترسیم کرد: نظم عمومی و قانون اساسی‌گرایی در معنای وسیع. از دیدگاه او، توصیف قاعده آمره به مثابه عامل ایجاد نظم عمومی گویای وضعیت قاعده آمره در حقوق بین‌الملل در وضعیت موجود نیست (Verhoeven, 2011: 283-284). بنابراین تلاش نمود که قاعده آمره را با مفهوم قانون اساسی‌گرایی در معنای موسع معرفی نماید (Verhoeven, 2011: 290). به نظر او، قاعده آمره از نظر حقوقی هنجار است ولی از نوع اصل نه قاعده و همچنین مراد او از اصل نیز دقیقاً همان معنای مدنظر الکسی است؛ در

1. Conditional Relation of Precedence.  
2. The Structure of Balancing.  
3. The Weight Formula.

این معنا قاعده آمره همان اوصاف اصل حقوقی در نظریه الکسی را دارد و فلسفه وجودی آن تعهد و الزام به تلاش در راستای انطباق حداکثری با مدلول قاعده آمره است (Verhoeven, 2011: 306). این وضعیت از نظر ایشان قادر به ایجاد نوعی وحدت و همزمان سلسله مراتب و در نتیجه نظام حقوقی است. بر همین اساس و مبتنی بر همین دیدگاه، او تعارض بین دو دسته از هنجارهای امری (بین اصل عدم مداخله و اصل عدم توسل به زور از یک سو و حمایت از حقوق بنیادین در پرتو مسئولیت حمایت از دیگر سو؛ بین اصل مصونیت دولت از یک طرف و اجرای حقوق بشر از طرف دیگر) را در حقوق بین الملل تبیین نموده و با استفاده از دستاورد الکسی در رابطه با نظریه اصل حقوقی تلاش می‌نماید که آنها را حل کند (Verhoeven, 2011: 402-425).

بر اساس این نظریه، مدلول قواعد آمره همان اصول حقوقی در معنای مدنظر الکسی هستند که حدود و ثغور امکان اعمال قواعد حقوقی را به واسطه ارائه تفسیری از آنها تعیین می‌نمایند.<sup>۱</sup>

### ۳-۲. قاعده آمره به مثابه اصول تفسیر

برخی دیگر از نویسندگان، مهم‌ترین ویژگی مفهومی قاعده آمره در حقوق بین‌الملل را ویژگی تفسیری آن می‌دانند (Petsche, 2008: 237). ایشان از رویکرد کارکردگرایانه حاکم در دهه‌های ۱۹۶۰ و ۱۹۷۰ میلادی در حقوق سازمان‌های بین‌المللی که به طرح مفهوم تفسیر تکاملی و پویا<sup>۲</sup> منجر شده است (D. Mitrany, 1946: 99) (Klabbers, 2015: 30) بهره می‌برند.<sup>۳</sup> در این نگاه؛ موسس، این نهادها و سازمان‌ها را «اسنادی زنده» تلقی نموده<sup>۴</sup> و تفسیری را که قادر به ارائه اثر مفید در این زمینه باشد، به مثابه تفسیر تکاملی یا پویا مطرح شده (Pavoni, 2010: 664) است.

۱. بنگرید به:

Buontempo, Natasha, (2016), "A Discussion of Robert Alexy's Theory of Constitutional Rules And Constitutional Principles as a Model for Adjudication", p2, available at: [http://www.elsa.org\\_mt/wp-content/uploads/2016/04/First-Art-A-DISCUSSION-OF-ROBERT-ALEXY%E2%80%99S-TH-2-Dynamic-Evolutionary-Interpretation](http://www.elsa.org_mt/wp-content/uploads/2016/04/First-Art-A-DISCUSSION-OF-ROBERT-ALEXY%E2%80%99S-TH-2-Dynamic-Evolutionary-Interpretation).

۳. حین مطالعه در رابطه با کارکردگرایی در حقوق بین الملل باید سه رویکرد نسبت به آن را از یکدیگر تمیز داد؛ کارکردگرایی در حقوق عمومی، کارکردگرایی در علوم سیاسی و کارکردگرایی در حقوق نهادی بین المللی. بنگرید به: Klabbers, Jan, (2014), "The Emergence of Functionalism in International Institutional Law: Colonial Inspirations", *The European Journal of International Law*, Vol. 25, No. 3, p. 647-648.

۴. بنگرید به:

Reservations to the Convention on Genocide, 28 May 1951, ICJ, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, p. 53 (Alvarez, J, Dissenting Opinion).



برخی با استفاده از نظریه تفسیر تکاملی، قواعد آمره را عامل تفسیر تلقی نموده و معتقد هستند قاعده آمره به کمک توان تفسیری که به حقوق بین‌الملل ارائه می‌کند قادر است تا رویکرد تفسیری واحدی را به منظور نیل به اهداف حقوق بین‌الملل فراهم آورد (Bjorge, 2014: 3-6). ایشان معتقد هستند که کمیسیون حقوق بین‌الملل نیز آنجا که می‌گوید: «هنجارهای امری حقوق بین‌الملل عام متضمن اصول تفسیری قدرتمندی هستند که همه یا بیشتر تعارضات موجود را حل خواهد نمود»<sup>۱</sup> به قاعده آمره از همین دید نگریسته است. این نوع نگاه به کارکرد قاعده آمره در حقوق بین‌الملل در قالب تفسیر تکاملی به محدودیت اراده و حاکمیت دولت‌ها در رابطه با سازمان‌های بین‌المللی منجر می‌شود و تداعی کننده ایده قانون اساسی‌گرایی است (Kleinlein, 2012: 92).

بر اساس این نوع برداشت از قواعد آمره بین‌المللی، هیچ نهادی حتی شورای امنیت سازمان ملل متحد صلاحیت نقض هنجارهای بنیادین حقوق بین‌الملل نظیر حقوق بشر را ندارد زیرا نزد دولت‌های مؤسس سازمان ملل متحد مفروض هم نبوده است که به این شورا چنین صلاحیتی اعطا شود (Milanovic, 2012: 13).

بر اساس این نوع نگاه، به واقع قاعده آمره به مثابه اصول عالی تفسیر محتوایی، رفتار تابعان بین‌المللی را در اعمال و تفسیر حقوق بین‌الملل به سوی اهداف حقوق بین‌الملل سوق می‌دهد (Mogere, 2015: 70). بنابراین می‌توان آنها را مظهر تحقق تفسیری اتویایی از حقوق بین‌الملل دانست که به روشی همچون قانون اساسی در حقوق بین‌الملل وارد شده و عمل می‌کنند و سایر هنجارهای حقوق بین‌الملل را در مسیری مشخص و واحد هدایت می‌نمایند (Kleinlein, 2012: 130).

#### ۴-۲. قاعده آمره به مثابه هنجار ارتباطی

برخی از نویسندگان در رابطه با قاعده آمره دیدگاهی محدودتر و البته فنی‌تر اتخاذ نموده‌اند. ایشان با مفروض قلمداد نمودن مناسبات فراتر از دولت در وضعیت کنونی جهان، به دنبال نیل به راهکاری برای تنظیم مناسبات فرادولتی به ویژه در پیوند آن‌ها با دولت هستند (Petsche, 2008: 237).

۱. بنگرید به:

International Law Commission, (2001), Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Article 26, Commentary, Para. 3, Report of the International Law Commission: Fifty-third Session (23 April-1 June and 2 July-10 August 2001, UN Doc. Supplement No. 10 (A/56/10), p. 207.

آن پترز یکی از طرفداران این نوع نگاه است. از نظر او در شرایط کنونی، مناسبات بین‌المللی به مناسبات جهانی مبدل شده است و لذا هرگونه طرحی برای مشروعیت بخشی به حقوق باید با توجه به این مهم واقع شود (Peters, 2016: 1012-1013). از نظر پترز تنها مدل پاسخگو در این حالت، مدل «دموکراسی چندگانه- یگانه»<sup>۱</sup> است و از همین رو نظریه «دموکراسی دوگانه» را مطرح می‌کند؛ این مدل دو پایه دارد؛ پایه دولتی و پایه شخص محور.

به زعم او در فرآیند تحقق دموکراسی دوگانه، مهمترین نقش را اصول قانون اساسی ایفا نموده و البته مظهر اصول قانون اساسی را در حقوق بین‌الملل کنونی، قواعد آمره می‌داند. قواعد آمره در این فرآیند، وظیفه برقراری تعادل بین ادعاهای حقوقی ناشی از سطوح و زمینه‌های مختلف حکمرانی را دارد و ضرورتاً در وضعیت کنونی حقوق بین‌الملل ویژگی هنجاری قوی را با خود به همراه ندارد. به واقع قاعده آمره در نقش حقوق ارتباطی، گفتمان حقوقی ارتباطات بین‌رژیمی را سازماندهی می‌نماید (Kleinlein, 2012: 132). با توجه به استفاده پترز از مفهوم حقوق ارتباطی لازم است اندکی در این خصوص توضیح داده شود.

مفهوم «حقوق ارتباطی»<sup>۲</sup> اولین بار توسط ووگان لو مطرح شد (Lowe, 2001: 212). او یکی از مهمترین تحولات حقوق بین‌الملل مدرن را ظهور حقوق ارتباطی معرفی نمود. از نظر مفهومی حقوق ارتباطی «قواعد ضمنی عمل کننده درون و بیرون از چارچوب‌های هنجاری صریح» تعریف شده است (Simmons, 2013: 353). بر این مبنا حقوق ارتباطی، قواعد حقوقی هستند که مناسبات هنجارهای حقوقی با یکدیگر را تنظیم می‌نمایند. او هنجارهای ارتباطی را موتور تغییر در حقوق بین‌الملل معرفی کرده است. وی دیدگاه خود را جمع به حقوق ارتباطی را به نظر مخالف قاضی ویرامانتری در قضیه گابچیگوو- ناگی ماروس مرتبط می‌نماید و اظهار می‌دارد قاضی ویرامانتری «توسعه پایدار» را فراتر از یک مفهوم و به عنوان یک اصل دارای ارزش هنجاری که در دل خود متضمن اصل سازش که بین هنجارهای متعارض آشتی برقرار می‌نماید، معرفی کرده و رد پای این هنجارهای بنیادین را در سایر قضایای بین‌المللی نیز ارزیابی نموده و در نهایت ادعا می‌کند که در نتیجه این سازش- هنجارها که به واسطه هنجار ارتباطی میسر می‌شود حقوق بین‌الملل قادر خواهد بود به مسائل روز خود پاسخگو شود (Lowe, 2001: 215).

1. Multi-Unit Democracy.

2. Interstitial Law.

در این معنا، هنجار ارتباطی با نظر به منطق درونی هنجار اولیه و با توجه به عوامل خارجی عمل می‌نماید (Lowe, 2001: 216). لذا تنها به تنظیم مناسبات بین هنجارها می‌پردازد و از این رو به صورت مستقیم فاقد قابلیت هنجاری تولید حق و تکلیف است و تنها با اثرگذاری بر قلمرو هنجارهای اولیه بر حقوق و تکالیف تابعان حقوق تأثیر می‌گذارد (Lowe, 2001: 218-220).

البته لو قاعده آمره را به مثابه مصداق هنجار ارتباطی تعریف نمی‌نماید ولی پترز با بهره‌برداری از دیدگاه لو، معتقد است که قاعده آمره کارکرد هنجار ارتباطی را داراست (Kleinlein, 2012: 131). بر این مبنا، قاعده آمره در مناسبات بین هنجارهای موجود حقوق بین‌الملل وارد شده و حدود این هنجارها را در هماهنگی با مضمون خود، هماهنگ و هدایت می‌نماید. برخی دیگر از نویسندگان نیز چنین دیدگاهی در رابطه با قاعده آمره اتخاذ نموده‌اند (Linderfalk, 2009: 854).

### نتیجه‌گیری

ماده ۵۳ کنوانسیون وین، حقوق معاهدات قاعده آمره را به حقوق بین‌الملل وارد نموده است و شکاک‌ترین منتقدان قاعده آمره که معمولاً پوزیتیویست‌ها هستند (Linderfalk, 2009: 871)، در وضعیت موجود نمی‌توانند از منظر هستی‌شناختی وجود قاعده آمره را نفی کنند.

با این وجود قاعده آمره به نحو مقرر در ماده ۵۳ کنوانسیون وین حقوق معاهدات، از منظر عناصر منطقی و عقلانی متشکله، از نارسایی‌های مفهومی رنج می‌برد. می‌توان گفت این ضعف‌ها تا حدودی ریشه در مبنای نظری که معمولاً در رابطه با قاعده آمره اتخاذ می‌شود (پوزیتیویسم حقوقی) دارد و نه ذات قاعده آمره؛ فارغ از مبنای نظری آن. از همین رو آنانی که در فضای نظری خارج از پوزیتیویسم حقوقی از قاعده آمره صحبت نموده‌اند نوعاً نه تنها موافق وجود چنین قاعده‌ای هستند بلکه آن را ضروری نیز می‌پندارند (Pellet, 1988: 38-39).

می‌توان مفهوم قاعده آمره در حقوق بین‌الملل را در دو طیف برداشت حداقلی (الگوی ضعیف مفهوم قاعده آمره) و حداکثری (الگوی قوی مفهوم قاعده آمره) از آن تصور نمود.<sup>۱</sup> در مفهوم حداقلی (مدل ضعیف قاعده آمره)، وجود قاعده آمره ولو با پذیرش ابهام مفهومی آن

۱. بنگرید به:

Editors: den Heijer, Maarten, van der Wilt, Harmen (Eds.) *Netherlands Yearbook of International Law 2015, Jus Cogens as the "Highest Law"? Preemptory Norms and Legal Hierarchies*, Kleiden, Thomas, Shelton, p. 205-206.

بی‌فایده تلقی نمی‌شود. به واقع، به گفته جرج/ابی‌صعب حتی چنانکه مفهوم قاعده آمره را همچون «جعبه فاقد محتوا»<sup>۱</sup> بدانیم، حداقل کارکردی که طرح مفهوم قاعده آمره دارد آن است که جعبه‌ای را برای پر کردن تدارک دیده است و تا چنین جعبه‌ای وجود نداشته باشد، دغدغه‌ای برای پر کردن آن به وجود نخواهد آمد (Abi-Saab, 1999: 341). به واقع با تأسیس این مفهوم، زمینه طرح نظریات متمایزی در خصوص مفهوم قاعده آمره فراهم شده است که در این پژوهش این نظریات تشریح و تا حدودی ارزیابی شد. این زمینه، طلیعه تغییر در نوع نگاه به نظام حقوق بین‌الملل از دیدگاهی سنتی به جدید را فراهم آورده است (Scheuner, 1969: 28) دیدگاه‌های جدید نوعاً متضمن مفهومی وسیع از قاعده آمره هستند.

دیدگاه این پژوهش آن است که تعاریف ارائه شده برای مفهوم و ماهیت قاعده آمره در حقوق بین‌الملل، مبین آن است که قاعده آمره می‌تواند همزمان چند ماهیتی و چند مفهومی باشد؛ در نتیجه همزمان به ایفای چند نقش در حقوق بین‌الملل پردازد. به دیگر بیان واژه «قاعده» در عبارت «قاعده آمره» هرچند از نقطه نظر سنتی و کلاسیک مشعر بر همان مفهوم قاعده است اما به تدریج و طی سالیان ضمن تحولات روی داده در حقوق بین‌الملل و افزوده شدن پیچیدگی‌های آن، برتر بودن هنجار موسوم به قاعده آمره، سایر ظرفیت‌های خود را نیز نشان داده است به نحوی که کارکردهای متمایز و جدید قاعده آمره، منجر به شکل‌گیری دیدگاه‌های متمایزی راجع به مفهوم و ماهیت حقوقی آن و فنون حقوقی متمایز آن شده است که مهم‌ترین فنون پیش از این مطالعه و بررسی شد. البته همه قواعد آمره ظرفیت مفهومی تمامی این مفهوم و فنون را ندارند بلکه قاعده آمره مفهومی است کلی که به حمل شایع صناعی بر مصادیق زیادی اطلاق می‌شود منتها هر یک از این مصادیق به شیوه و فن مختص به خود در حقوق بین‌الملل عمل می‌کند به نحوی که می‌توان امروزه از رژیم حقوقی قواعد آمره در حقوق بین‌الملل سخن گفت (Linderfalk, 2009: 961-977). با این بیان می‌توان اذعان داشت که عبارت «قاعده آمره» را در ادبیات حقوقی فعلی باید تنها مشترک لفظی دانست که متضمن معانی و فنون متمایز حقوقی است. در هر مورد با توجه به نوع عملکرد قاعده آمره باید مفهوم و ماهیت آن را روشن نمود. البته از دیدگاه دیگر می‌توان کلیه مفاهیم پیش‌گفته در خصوص قواعد آمره را به نوعی در طول یکدیگر و مکمل هم دانست و اذعان داشت که همگی این موارد نمود و تظاهرات متمایز یک ویژگی قاعده آمره یعنی غیرقابل

تخطی بودن آن هستند. از این‌رو همراه با بسیاری از اندیشمندان می‌توان ادعان داشت که قاعده آمره نه تنها در چارچوب نظری بلکه در قلمرو عمل، موجبات تحول نظم حقوقی بین‌المللی را با ایجاد سلسله مراتب محتوایی فراهم آورده است. از این دیدگاه قاعده آمره، یگانه مفهومی است که به این صورت ظرفیت ایجاد نظم حقوقی بین‌المللی را دارد (Villalpando, 2010: 337) این ظرفیت نظم‌آفرینی برای قاعده آمره با تلقی معانی متمایز برای قاعده آمره است که به حد کمال می‌رسد.

## منابع

### الف - فارسی

#### کتابها

- فلسفی، هدایت‌اله، (۱۳۹۴)، *صلح جاویدان و حکومت قانون، دیالکتیک همانندی و تفاوت*، چاپ دوم، فرهنگ نشر نو.
- شریفی طرازکوهی، حسین، (۱۳۷۵)، *قواعد آمره و نظم حقوقی بین‌المللی*، موسسه چاپ و انتشارات.

#### مقاله‌ها

- زمانی، سید قاسم، (۱۳۷۷)، «جایگاه قاعده آمره در میان منابع حقوق بین‌الملل»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، دوره ۱۶، شماره ۲۲.
- عزیزی، ستار، (۱۳۹۲)، «تعامل مصونیت دولت‌ها و قواعد آمره در پرتو رأی مصونیت صلاحیتی ۲۰۱۲»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۴۳، شماره ۳.

### ب - انگلیسی

#### Books:

- Alexy, Robert, (2010), *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press.
- Augusto Cançado Trindade, Antônio, (2005), *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium, General Course on Public International Law - Part I*, 316 *Recueil des cours de l'académie de droit international de la haye*.
- Bjorge, Eirik, (2014), *The Evolutionary Interpretation of Treaties*, Published to Oxford Scholarship Online, available at: <https://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780198716143.001.0001/acprof-9780198716143>.
- Editors: den Heijer, Maarten, van der Wilt, Harmen (Eds.), (2015), *Netherlands Yearbook of International Law, Jus Cogens as the "Highest Law"? Preemptory Norms and Legal Hierarchies*, Kleiden, Thomas, Shelton.
- International Law Commission, (2001), *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Report of the International Law Commission: Fifty-third session (23 April–1 June and 2 July–10 August 2001, UN Doc. Supplement No. 10 (A/56/10)*.

- Lowe, Vaughan, (2001), *The Politics of Law-Making*, in Michael Byers (ed.), "The Role of Law in International Politics: Essays in International Relations and International Law", Oxford University Press.

- Pellet, Allen, (1988), *The Normative Dilemma: Will And Consent In International Law-Making*, Australian Year Book of International Law, Vol. 12.

- Peters, Anne, (2016), *Fragmentation and Constitutionalization*, In *The Theory of Internayional law*, Anne Oxford and Florian Hoffmann with Mathin Clark (ed.), Oxford University Press.

- Scheuner, Ulrich, (1969), *Conflict of Treaty Provisions with a PeremPtory Norm of General International Law*, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht.

- Simmons, Beth, (2013), *International Law, in Handbook of International Relations*, Edited by Walter Carlsnaes, Thomas Risse, beth a Simmons, Second Edition, SAGE.

- Sivakumaran, E.g, (2009), *Impact on the Structure of Treaty Obligations*, in M. Scheinin and M. Kamminga (eds), *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, Oxford University Press.

#### **Articles:**

- Abi-Saab, George, (1999), "The Uses of Article 19", *The European Journal of International Law*, Vol. 19, No. 3.

- Alexy, Robert, (2003), "Constitutional Rights, Balancing, And Rationality", *Ratio Juris*, Vol. 16 No. 2.

- Augusto Cançado Trindade, Antônio, (2009), "Jus Cogens: The Determination and the Gradual Expansion of its Material Content in Contemporary International Case-Law", 2009, p5, available at: [https:// www. oas. org/ dil/ esp/ 3%20-%20cancado.LR.CV.3-30.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/3%20-%20cancado.LR.CV.3-30.pdf).

- Bianchi, Andrea, (2008), "Human Rights and the Magic of Jus Cogens", *The European Journal of International Law*, Vol. 19, No. 3.

- Braithwaite, John, (2002), "Rules and Principles: A Theory of Legal Certainty", *Australian Journal of Legal Philosophy*, Vol. 27.

- Buontempo, Natasha, (2016), "A Discussion of Robert Alexy's Theory of Constitutional Rules and Constitutional Principles as a Model for Adjudication",

available at: <http://www.elsa.org.mt/wp-content/uploads/2016/04/First-Art-A-DISCUSSION-OF-ROBERT-ALEXY%E2%80%99S-TH>(visited at 2017).

- Charlesworth, Hilary and Chinkin, Christine, (1993), "The Gender of Jus Cogens", *Human Rights Quarterly*, Vol. 15, No. 1.

- Christenson, Gordon A., (1987), "Jus Cogens: Guarding Interests Fundamental to International Society", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 28.

- D. Mitrany, (1946), "A Working Peace System: An Argument for the Functional Development of International Organization", *Royal Institution of International Affairs*.

- D.Haimbaugh, Jr, George, (1986-87), "Jus Cogens: Root and Branch (an Inventory)", *Touro Law Review*, Vol. 3.

- D'Amato, Anthony, (1990), "It's a Bird, it's a Plane, It's Jus Cogens!", *Connecticut Journal of International Law*, Vol. 6, No.1.

- Gangl, Walter,(1980), "The Jus Cogens Dimensions of Nuclear Technology", *Cornell International Law Journal*, Vol. 13: Iss. 1, Article3.

- Hart, H. L. A., (1958), "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4.

- Klabbers, Jan, (2014), "The Emergence of Functionalism in International Institutional Law: Colonial Inspirations", *The European Journal of International Law*, Vol. 25, No. 3.

- Klabbers, Jan, (2015), "The EJIL Foreword: The Transformation of International Organizations Law", *The European Journal of International Law*, Vol. 26, No. 1.

- Kleinlein, Thomas, (2012), "Between Myths and Norms: Constructivist Constitutionalism and the Potential of Constitutional Principles In International Law", *Nordic Journal of International Law*, Vol. 81.

- Linderfalk, Ulf, (2009), "Normative Conflict and the Fuzziness of the International Jus cogens Regime", *ZaöRV*, Vol. 69.

- Linderfalk, Ulf, ( 2008), "The Effect of Jus Cogens Norms: Whoever Opened Pandora's Box, Did You Ever Think About The Consequences?", *The European Journal of International Law*, Vol.18, No. 5.

- Milanovic, Marko, (2012), "Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg", *The European Journal of International Law*, Vol. 23, No. 1.



- Mogere, Evelyn kerubo, (2015), "The Role of Jus Cogens in Resolving the Intertemporal Problem in Mau Mau Torture Claims and other Historical Injustices: A Theoretical Exploration", Max Planck Institute for Procedural Law.
- Orakhelashvili, Alexander, (2005), "The Impact of Peremptory Norms on the Interpretation and Application of United Nations Security Council Resolutions", *The European Journal of International Law*, Vol. 16, No.1.
- Paulus, Andreas, (2005), "Jus Cogens between Hegemony And Fragmentation: An Attempt At A Re-appraisal", *Nordic Journal of International Law*, Vol. 74.
- Pavoni, Riccardo, (2010), "Mutual Supportiveness as a Principle of Interpretation and Law-Making: A Watershed for the 'WTO-and-CompetingRegimes' Debate?", *The European Journal of International Law*, Vol. 21, No. 3.
- Petersen, Niels, (2008), "Customary Law without Custom? Rules, Principles, and the Role of State Practice in International Norm Creation", *American University International Law Review*, Volume 23, Issue 2.
- Petsche, Dr. Markus, (2010), "Jus Cogens as a Vision of the International Legal Order", *Penn State International Law Review*, Vol. 29: No.2, Article 2.
- Schwarzenberger, Georg, (1964-65), "International Jus Cogens? ", *Texas Law Review*, Vol. 43.
- Simma, Bruno and Dirk Pulkowsk, (2006), "Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law", *The European Journal of International Law*, Vol. 17, No.3.
- Simma, Bruno, (1995), "The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law", *The European Journal of International Law*, Vol. 6.
- Verhoeven, Sten, (2011), "Norms of Jus Cogens in International Law, A Positivist and Constitutionalist Approach", Katholieke Universiteit Leuven.
- Villalpando, Santiago, (2010), "The Legal Dimension of the International Community: How Community Interests are Protected in International Law", *The European Journal of International Law*, Vol. 21, No. 2.
- Von Verdross, Alfred, (1966), "Jus Positivism and Jus Cogens in International Law", *The American Journal of International Law*, Vol. 60, p59.
- Weisburd, A. Mark, (1995), "The Emptiness of the Concept of Jus Cogens, As

Illustrated By the War In Bosnia-Herzegovina”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 17, Issue 1.

- Whiteman, Marjorie, (1977), “Jus Cogens in International Law, With a Projected List”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 7, No. 2.

- Yarwood, Lisa, (2006), “Jus Cogens: Usefull Tool or Passing Fancy? A Modest Attempt at Definition”, *Boston Law Journal*, Vol. 38.

- Fastenrath, Ulrich, (1993), “*Relative Normativity in International Law*”, *European Journal of International Law*, Vol. 4.

**Documents:**

- CN.4/398 and Corr. 1-3, Fourth report on the draft code of offences against the peace and security of mankind, by. Doudou Thiam, Special Rapporteur Extract from the Yearbook of the International Law Commission:-1986 Document:-vol. II(1), p 55, para, 4.

- Inter-American Court of Human Rights (IACtHR), Advisory Opinion no. 18, on the Juridical Condition and the Rights of the Undocumented Migrants (of 17.09.2003), pars. 98- 99, and Concurring Opinion of Judge A.A. Cançado Trindade, pars. 65-67.

- Inter-American Court of Human Rights, Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants, Advisory Opinion, OC-18/03, paras 99-100.

- Memorandum Concerning a Draft Code of Offenses against the Peace and Security of Mankind, U.N. Doc. A/CN.4/39 at 17 (1950).

- Publications of the P.C.I.J., Series A/B, No.63, p. 150.

- Rep. of the Int'l Comm'n, 15th Sess. Nov. 6, 1963, U.N. Doc. A/5601, para 18, GAOR, 18th Sess. (1963).

- Report on the Law of Treaties by Mr. H. Lauterpacht, Special Rapporteur Topic: Law of Treaties Extract from the Yearbook of the International Law Commission:-1953, Vol. II, Document:-A/CN.4/63, p154, para2.

- Reservations to the Convention on Genocide, 28 May 1951, ICJ, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, p. 53 (Alvarez, J., dissenting opinion).

**others:**

- Rafferty, Daniel John, (2012), Constitutionalism in International Law: The Limits of Jus Cogens, Submitted in fulfillment of the requirements for the degree, In

