



قدم به قدم، همراه دانشجو...

WWW.GhadamYar.Com

جامع ترین و به روزترین پرتال دانشجویی کشور (پرتال دانش)  
با ارائه خدمات رایگان، تحصیلی، آموزشی، رفاهی، شغلی و...  
برای دانشجویان

- ۱) راهنمای ارتقاء تحصیلی. (کاردانی به کارشناسی، کارشناسی به ارشد و ارشد به دکتری)
- ۲) ارائه سوالات کنکور مقاطع مختلف سالهای گذشته، همراه پاسخ، به صورت رایگان
- ۳) معرفی روش های مقاله و پایان نامه نویسی و ارائه پکیج های آموزشی مربوطه
- ۴) معرفی منابع و کتب مرتبط با کنکورهای تحصیلی (کاردانی تا دکتری)
- ۵) معرفی آموزشگاه ها و مراکز مشاوره تحصیلی معتبر
- ۶) ارائه جزوات و منابع رایگان مرتبط با رشته های تحصیلی
- ۷) راهنمای آزمون های حقوقی به همراه دفترچه سوالات سالهای گذشته (رایگان)
- ۸) راهنمای آزمون های نظام مهندسی به همراه دفترچه سوالات سالهای گذشته (رایگان)
- ۹) آخرین اخبار دانشجویی، در همه مقاطع، از خبرگزاری های پربازدید
- ۱۰) معرفی مراکز ورزشی، تفریحی و فروشگاه های دارای تخفیف دانشجویی
- ۱۱) معرفی همایش ها، کنفرانس ها و نمایشگاه های ویژه دانشجویی
- ۱۲) ارائه اطلاعات مربوط به بورسیه و تحصیل در خارج و معرفی شرکت های معتبر مربوطه
- ۱۳) معرفی مسائل و قوانین مربوط به سربازی، معافیت تحصیلی و امریه
- ۱۴) ارائه خدمات خاص ویژه دانشجویان خارجی
- ۱۵) معرفی انواع بیمه های دانشجویی دارای تخفیف
- ۱۶) صفحه ویژه نقل و انتقالات دانشجویی
- ۱۷) صفحه ویژه ارائه شغل های پاره وقت، اخبار استخدامی
- ۱۸) معرفی خوابگاه های دانشجویی معتبر
- ۱۹) دانلود رایگان نرم افزار و اپلیکیشن های تخصصی و...
- ۲۰) ارائه راهکارهای کارآفرینی، استارت آپ و...
- ۲۱) معرفی مراکز تایپ، ترجمه، پرینت، صحافی و ... به صورت آنلاین
- ۲۲) راهنمای خرید آنلاین ارزی و معرفی شرکت های مطرح
- ۲۳) .....



WWW.GhadamYar.Ir

WWW.PortaleDanesh.com

WWW.GhadamYar.Org

۰۹۱۲ ۳۰ ۹۰ ۱۰۸

باما همراه باشید...

۰۹۱۲ ۰۹ ۰۳ ۸۰۱

www.GhadamYar.com

## جزوه حقوق بین الملل عمومی 1 دکتر نیک نفس- قسمت اول

### جزوه حقوق بین الملل عمومی 1 دکتر نیک نفس- قسمت اول

[www.lawbush.blogfa.com](http://www.lawbush.blogfa.com)

حقوق بین الملل ، عموماً بد فهمیده می شود و غالباً شاخه ای از حقوق است که هنوز بدرستی درک نشده است . از نظر یک مشاهده گر صحنه ی بین المللی که در واقع یک فرد غیر متخصص نیز می باشد ، میزان قدرت حقوق بین الملل در توانایی جلوگیری از جنگ ها و مجازات تخلفات صورت گرفته در محیط بین الملل دانسته می شود و چون نمی تواند جلوی جنگ را بگیرد بنابراین از دیدگاه آنها حقوق بین الملل از قدرت لازم برخوردار نیست. در حالی که هیچ کس منکر این تفکرات و واقعیت ها نیست ، اما باید توجه داشت که این نیز ممکن است به طیف وسیعی از مبادلات فرامرزی که موضوع حقوق بین الملل نیز می باشد ، نگریسته شود و همه ی این روابط که توسط حقوق بین الملل انجام می شود ، نادیده گرفته می شود بنابراین نتیجه گیری می کنیم که چون حقوق بین الملل فقط در یک مورد ضعیف است دلیل بر عدم قدرت آن نمی شود و تیر روزنامه ها فقط اطلاعات ناقصی را از میزان موفقیت ها و شکست های قواعد حاکم بر روابط ملت ها را ارائه می کنند و همه ی اطلاعات را در اختیار ما قرار نمی دهند.

حقوق بین الملل ، ریشه ، تحول و تعریف :

حقوق بین الملل بر قواعدی دلالت دارد که روابط ، معاملات و اعمال فرامرزی که از مرزهای ملی فراتر می روند را تنظیم می کند .

در وضعیت فعلی حاکم بر دنیا ، این شاخه از حقوق از اهمیت کاربردی وسیعی برخوردار شده است . وسایل سریع حمل و نقل و مبادلات و مکاتبات فوری ، خلأهای زمانی و مکانی را پر کرده است و باعث شده است مردم روز به روز به یکدیگر نزدیک تر شوند . توسعه و صنعتی شدن و موانع آن موجب وابستگی شدید دولت ها به یکدیگر شده است و تماس های روزافزون مسیرهای نوین ولی بی سابقه ای را هم برای همکاری و هم برای تعارض گشوده است . تقاضاها برای برقراری روابط مداوم و آسان بین دولت ها و اشخاص ، اهمیت این دست از قواعد را که ما از آن به عنوان «حقوق بین الملل» یاد می کنیم ، بیشتر کرده است .

ارتباط میان حقوق بین الملل با جامعه ی بین الملل رابطه ای جامعه شناسی است زیرا به دلیل وجود جامعه ی بین الملل می بایستی حقوق بین الملل نیز وجود داشته باشد . حقوق پدیده ای اجتماعی است ؛ ضرورت وجود حقوق بین الملل بخاطر وجود جامعه ی بین الملل می باشد و نیز جامعه همیشه از سمت ساده ( کامیونتی ) به سوی جامعه ی پیشرفته تر ( سوسائیتی ) پیش می رود . وجود جامعه ی بین الملل و هماهنگ شدن جوامع با آن باعث می شود که دولتها حیات خویش را از دست بدهند و جوامع به یکپارچگی و اتحاد دست یابند .

## ریشه و مبنای حقوق بین الملل :

امروزه ریشه ی حقوق بین الملل منطقاً می تواند به رویه های عرفی ایجاد شده در میان دولت هایی که از قرون 15 و 16 در قاره ی اروپا تاسیس شده اند ، منتسب شود . آیا دنیای قدیم کاملاً از اهمیت وجودی حقوق بین الملل بی اطلاع بوده و در آن زمان ها خبری از قواعد هدایت کننده ی روابط جوامع با یکدیگر نبوده است ؟

تمدن های باستانی یونان ، روم ، مصر و هند مفاهیمی را مطرح کرده اند که امروزه قسمت اعظم حقوق بین الملل را شکل می دهد. برای مثال می توان به عرف ها و رویه هایی که به معاهدات ، مزایا ، مصونیت ها ، هدایت جنگ ، انعقاد معاهده ی صلح و . . . راجع است که در هند باستان زیاد به چشم می خورد ، اشاره نمود . همین طور دولت- شهرهای یونانی جهت تنظیم روابط مستقل و هرچند کوچک شان را با یکدیگر ، قواعدی را ایجاد کردند ؛ از جمله اینکه هیچ جنگی نمی بایستی بدون اعلام صورت گیرد [ اول اعلام جنگ سپس احیاناً در صورت ضرورت ، جنگ ] و روم قدیم تصویر متفاوتی را ارائه می کند . امپراطوری روم در سراسر اروپا گسترش یافت و در نتیجه امپراطور دارای ملت هایی بود که از استقلال و حاکمیت کمی برخوردار بودند ؛ بنابراین امپراطور نمی توانست بر مبنای اصل برابری با آنها رفتار کند . فقدان تماس با سرزمین های دور به دلیل عدم وجود وسایل نقلیه و تبادل مانع شد از این شد که قواعد از نظر ماهوی بتوانند جهانی شوند. این قواعد در برترین حالت بصورت سیستم های منطقه ای حقوق بین الملل باقی می ماندند البته همین سرنوشت برای سیستم اروپایی حقوق بین الملل نیز صدق می کند اما تعدادی از ملت های اروپایی قدرت شان را با هم تلفیق کردند و برای دست یابی به فرصت های جدید عازم سرزمین های دور شدند و دست به ماجراجویی زدند (مثل آفریقا ، آسیا و آمریکا). به تدریج با گذشت زمان قسمت های اعظم این قاره ها مستعمره ی این دولت ها (بریتانیا، اسپانیا، پرتغال، هلند و فرانسه) شدند . طبق یک سنت قدیمی که در مورد حاکمیت بیگانه صدق می کند این اربابان اروپایی حقوق بومی خودشان را بر این مردم و ملت ها تحمیل کردند که از جمله این نهادهای حقوقی ، سیستم حقوقی بین الملل بود که ریشه دوانده بود و متناسب با نیازها و اعتقادات خاص خودشان رشد کرده بود ؛ بنابراین جای تعجبی نخواهد بود که دولت های تازه به وجود آمده در آسیا ، آفریقا و آمریکا به تعدادی از اصول اساسی معترض بودند. و همچنین این سیستم حقوق بین الملل اروپایی از تحولات جدید در قرن 18 و 17 ریشه گرفته بود .

## تحول حقوق بین الملل :

شکل گیری دولت ها در قاره ی اروپای قرن 16 و 15 بدلیل مجاورت بسیار زیاد با یکدیگر باعث ایجاد روابط و تماس های به روز آنها با یکدیگر انجامید و به عینه این روابط، روابطی غیرقابل اجتناب بودند . رویه ها و عملکردهای پیروی شده از سوی این دولت ها جهت تنظیم روابط دوجانبه شان ، فرآیند شکل گیری قواعد عرفی حقوق بین الملل را آغاز کرد .

تعدادی از حقوقدانان آن زمان به این فرآیند تحولی توجه کرده و شروع به انسجام دادن به چنین رویه های عرفی و مرتب کردن آنها نمودند . این حقوقدانان نظرات خویش را با استمداد از عقل ، استنباط ، قیاس و حقوق طبیعی ای که تا آن زمان وجود نداشت در ارتباط با این قواعد مطرح نمودند .

هوگو گروسیوس حقوقدان هلندی که از وی به عنوان « پدر علم حقوق بین الملل » نیز یاد می شود ، در میان نویسندگان قدیمی حقوق بین الملل از جایگاه ویژه ای برخوردار بود . گروسیوس یک عالم ، حقوقدان و دیپلمات (جز رجال سیاسی) بود که بر روابط خارجی و بین المللی متناظر بود .

گروسیوس از همان زمان کودکی بسیار باهوش و نابغه بود و در سن 15 سالگی مدرک دکترای حقوق خویش را از دانشگاه اورلئان اخذ نمود . گروسیوس بدلیل اعتقادات تند سیاسی به کشور فرانسه پناهنده شد و در سال 1625 کتاب معروف خویش با عنوان «حقوق جنگ و صلح» را در فرانسه نشر نمود. گرچه نمی توان گروسیوس را اولین نویسنده ی حقوق بین الملل دانست اما به جرئت می توان گفت گروسیوس اولین حقوقدانی است که اثری بس علمی را راجع به حقوق ارائه داده که نه تنها جامع بوده بلکه اثری سیستماتیک و نظام مند نیز بوده است ؛ با وجود اینکه این اثر باز در

نوع خویش دارای نقایصی نیز بوده اما این کتاب اولین اثر علمی و قابل اتکایی بوده که تمامی مباحث حقوق را بصورت علمی مطرح کرده است .

در اواخر قرن 17 آثار علمی گروسیوس بطور وسیعی پذیرفته شده بود و بطور مداوم و مستمر به آثار گروسیوس استناد می شده است و از آن به عنوان یک منبع قابل استناد و دارای اعتبار یاد می شده است [ یعنی هرگاه حقوق شخص یا اشخاصی در محیط بین الملل ضایع می شده با استناد به اثر گروسیوس مرزبندی های حقوق و تکالیف دوطرفه را به یکدیگر گوشزد می کردند و بدان کتاب استناد می کردند ] . جای هیچ تعجبی نیست که از گروسیوس به عنوان پدر علم حقوق بین الملل نوین یاد می کردند. وی برای مدت طولانی رویه های عرفی واقعی تبعیت شده از سوی دولت ها در دوران خودش را مورد بررسی قرار داد ؛ وی بصورت شدید بخاطر جنگ های 30 ساله ای که در اروپا رخ داده بود ، شوکه شده بود. بطوری که اتفاقاتی که در جنگ رخ داده بود به قدری فجیع بود که اگر نژادهای وحشی نیز این فجایع را مشاهده می کردند ، شرمگین می شدند . از لحظه ای که اسلحه به دست گرفته می شد دیگر احترام به حقوق دیگری وجود نداشت و اصول انسانیت مطرح نبود؛ این حادثه موجب شد تا گروسیوس را بدین اندیشه وادار کرد که « چرا انسان ها در هنگام جنگ، حقوق را فراموش می کنند؟» و باعث شد تا وی ایده ی صلح را برای اولین بار در صحنه ی بین الملل مطرح کند. وی جنگ را به 2 دسته ی مشروع و نامشروع ( عادلانه و غیر عادلانه) تقسیم کرد.

گروسیوس راجع به موضوع جنگ های مشروع و جنگ های نامشروع به تفصیل مطلب نوشت و خواهان برقراری کنفرانس های دوره ای جهت حل و فصل اختلافات بین دولتمردان بود . نظریه های گروسیوس بر مباحث کنگره ی اروپا تأثیر گذاشت و باعث تصویب معاهده ی وست فالیا در سال 1648 شد که از آن به عنوان تاریخ پایان جنگ طولانی در اروپا نیز یاد می شود . گروسیوس حقوق ملل را از حقوق طبیعی متمایز نمود و حقوق ملت ها را بر عرف ها ، معاهدات و همچنین حقوق طبیعی مبتنی کرد. وی همچنین حقوق طبیعی را زمینی کرد [ از حالت آسمانی خارج کرد ] و متین شد که حقوق طبیعی مجموعه دستوراتی است که منشأ آنها یا راستی و درستی و حق و عدالت و انصاف است یا مبتنی بر عقل و همچنین دستوراتی که از پروردگار نشأت گرفته باشد نیست . وی حاکمیت را سرزمینی می دانست [ اصل حاکمیت سرزمینی ] و نظریه ی بی طرفی محدود را مطرح کرد و حقوق و آزادی های اساسی انسان را به رسمیت شناخت و آن را وارد حقوق ملت ها کرد . وی از آزادی دریاهای حمایت کرد و همچنین اینکه هر دولتی باید قول هایش را عملی کند [ اصل وفای به عهد ] و همچنین هر دولتی باید ضرر وارد شده به دیگری را جبران نماید [ اصل لاضرر ] . گام های تحول حقوق بین الملل در سال های اواخر قرن نوزدهم ، بسیار کند برداشته می شد و تحولات بسیار بسته و محدود بودند و حقوق بین الملل به رسوم ، رویه ها و آثار حقوقدانان محدود می شد .

در سال 1815 کنگره ی وین به عنوان اولین مجمع اروپایی قواعدی را برای کشتیرانی در رودخانه های بین المللی تصویب کرد و همچنین قواعدی راجع به تشریفات و درجات مربوط به سفر ا وضع شد . نیمه ی دوم قرن نوزدهم به عصری که در آن حقوق بین الملل تحول شگرفی پیدا کرده است مشهور شده است و عموماً آن هم به دلیل ظهور دولت های مقتدر در اروپا ، تسریع در امر حمل و نقل و ویرانگرتر شدن جنگ می باشد . جالب است که تا سال های اخیر « جنگ » خودش به عنوان وسیله ای برای اعمال سیاست های ملی تلقی می شده - که حتی عملی مشروع نیز تلقی می شده - در حالی که جنگ نمی توانست غیرقانونی فرض شود ؛ بدین منظور از باب ضرورت از سوی جامعه ی دولت ها برای جستجو و یافتن راه ها و طرقی جهت تنظیم و کاستن آلام و دردها و وحشی گری ها و ویرانی جنگ به خصوص هنگام شروع آن ، این امر دنبال می شد . اعلامیه ی پاریس 1856 قواعدی را برای جنگ دریایی تصویب کرد . همچنین وضع قوانین مربوط به جنگ بخاطر قاعده ی « قبح عقاب بلا بیان » یا اصل « قانونی بودن جرایم و مجازات ها » می باشد . کنوانسیون ژنو در سال 1864 برای بهبود شرایط بیماران و زخمی ها در جنگ های زمینی (آغاز پیدایش صلیب سرخ ) بوده است . اعلامیه ی سن پترزبورگ در سال 1864 استفاده از گلوله های انفجاری را در جنگ ممنوع کرد . تمرکز کنفرانس های لاهه در سال های 1899 تا 1907 بر مقررات مربوط به جنگ زمین و ممنوعیت بمباران شهرهای بی دفاع و ایجاد دیوان دائمی داوری بود که به سهم خود در توسعه ی حقوق بین الملل نقش بسزایی ایفا کرد. مشارکت حقوق دانان و به خصوص متخصصین حقوق بین الملل در طی این دوره بسیار چشمگیر بوده است ، پایان جنگ جهانی اول به عنوان وحشی گری که در تاریخ بشریت به ثبت رسیده است، ضرورت تأسیس جامعه ی ملل را به خود می بیند . بر اساس معاهده ی ورسای در سال 1919 به شکل جامعه جهانی اولین سازمان بین المللی خودش را البته با صلاحیت جهانی جهت برقراری صلح و امنیت بین المللی و ارتقا همکاری بین المللی ایجاد کرد. در همان آغاز شکل گیری جامعه ملل ، دیوان دائمی دادگستری بین المللی در سال 1921 تأسیس شد که این تحول دیگری در قلمرو

تحول حقوق بین الملل است که از اهمیت بسزایی برخوردار بود درحالی که ترتیبات جامعه بین الملل برای جلوگیری از بروز جنگ جهانی دوم ناتوان شد که به مدتی کمتر از دو دهه ویرانی بی سابقه و وحشی گری ها ، جامعه ی جهانی را مصمم کرد تا این بی نظمی و بحران را به سمت صلح جهانی با قدرت و توان بیشتری هدایت کند . دوره ی بعد از جنگ جهانی دوم در تاریخ بشریت شاهد فضایی است که جامعه جهانی گرد هم می آیند و جهت خاتمه دادن به جنگ و جلوگیری از آن و عدم تکرار بلایای جنگی و خلق سازمان ملل متحد در سال 1945 و تأسیس محاکم نظامی بین المللی جهت محاکمه جنایتکاران جنگی [ کسانیه که جرائمی را علیه صلح و بشریت و همچنین جرائم جنگی را مرتکب شده بودند ] و دوباره فعال کردن دادگاه جهانی در سال 1946 بصورت فشرده یکدیگر را هل می دهند. رشد حقوق بین الملل و قانونگذاری در سطح بین المللی و جهانی در دوره ی بعد از تأسیس سازمان ملل خود شاهدهی است بر رشد جامعه ی دولت ها و فشار آوردن بر این دولت ها و رهاکردن این کره خاکی از تنش ها و مخاصمات تا اینکه میوه های صلح و توسعه و پیشرفت به ثمر برسند و تمام بشریت بتوانند از این میوه ها استفاده کنند .

### تعریف حقوق بین الملل :

این شاخه از حقوق ، اسامی زیادی را به خود دیده است. اصطلاح حقوق ملل قدیمی ترین اصطلاحی است که به این نظم داده شده است. و برابری هنوز هم همان اصطلاح را می پسند . اصطلاح حقوق بین الملل برای اولین بار در سال 1780 توسط جرنی بن تام بکار رفت و از آن زمان تا کنون این اصطلاح رایج ترین اصطلاحی است که نویسندگان آن را به کار می برند . اصطلاحات دیگری که به کار رفته اند عبارتند از: حقوق عمومی بین المللی، حقوق بین دولتی، حقوق بین قدرت ها، حقوق جامعه دولتها [ البته حقوق فراملی در سال 1956 توسط قاضی جساپ بکار رفت و به نظر می رسد این اصطلاح مناسب ترین اصطلاح باشد چرا که روح معاصر این نظم را منعکس می کند ] .

### تعریف حقوق بین الملل از دیدگاه های مختلف :

اوپن هایم : مجموعه ای از قواعد عرفی و قراردادی است که دولت ها را از نظر حقوقی الزام آور تلقی کرده و در روابط بین خودشان رعایت می کنند .

برابری : مجموعه اصول و قواعد رفتار حاکم بر روابط دولت ها که الزام آور می باشد .

شوآرزن برگر : مجموعه ای از قواعد حقوقی که اجرا می شود بین دولت های دارای حاکمیت و دیگر موجوداتی که بر آنها شخصیت بین المللی اعطا شده است [ شرکت های چند ملیتی، نفتی و . . . (انتفاعی) - صلیب سرخ (غیرانتفاعی) ]

هیگینز : مجموعه ای از هنجارهای حقوقی که اعمال می شود بر روابطی که بین مرزهای دولتها منعقد می شود و اجرا می شود که مهم ترین آنها هنوز روابط بین دولت ها است .

استارک : حقوق بین الملل می تواند به عنوان آن مجموعه از حقوق که قسمت اعظم آن اصول و قواعد رفتاری است که دولت ها آنها را الزام آور می دانند و آنها را عموماً در روابط شان با یکدیگر رعایت می کنند ، تعریف شود و آن شامل :

A: قواعد حقوقی که مربوط می شود به کارکرد نهادها و سازمان های بین المللی و روابط شان با دولت ها و اشخاص حقیقی یا همان افراد انسانی .

**B:** قواعد خاصی از حقوق که به افراد انسانی و موجودات غیردولتی تا جایی که حقوق و تکالیف چنین افراد انسانی و موجودات غیردولتی مورد علاقه یا توجه جامعه ی بین المللی مربوط می شود .

حقوق بین الملل به عنوان حقوقی که بین ملتهاست ، غالباً بطور انحصاری به حقوق و تکالیف دولت های دارای حاکمیت از زمان های بسیار دور تا به حال مربوط می شود .

دو تعریف اول این نقطه نظر را به وضوح منعکس می کند که حقوق بین الملل مربوط به روابط بین دولت هاست و این موضوع غالباً محدود به دولت ها است و از پایان جنگ جهانی دوم بدین طرف متحمل دگرگونی شده است. در خلال این دوره تحولات با اهمیت بسیاری اتفاق افتاده است و این تعاریف را به سمتی هدایت می کند که نقش واقعی حقوق بین الملل را بیان کند که در حال حاضر در دنیا ایفا می کند . به عنوان مثال تکثیر نهادهای بین المللی و نگرانی حقوق بین الملل در مورد حقوق و تکالیف انسان ها و دیگر موجودات غیردولتی عناصر دیگری هستند که موضوع این شاخه از حقوق را شکل می دهند؛ هر تعریفی که این واقعیت را منعکس نکند نمی تواند معیار کافی جهت ملاحظه کردن در شرایط امروزی باشد ، تعریف ارائه شده از سوی شوآرزن برگر بطور نسبی این جنبه را منعکس می کند .

... و استارک تعریف جامع تری را ارائه می کند که هماهنگی دارد با تقاضاها و نیازهای معاصر و می تواند یک تعریف رضایت بخشی محسوب شود .

#### حقوق بین الملل خصوصی :

حقوق بین الملل خصوصی ، تنظیم کننده ی رابطه ی اشخاص در زندگی بین المللی است . یعنی هرچاکه در رابطه ی اشخاص یک عامل خارجی وجود داشته باشد ، قواعد حاکم بر آن را باید در این شعبه از حقوق جستجو کرد . در اینگونه موارد ، مهمترین مسأله ، تشخیص قانونی است که باید بر اعمال و رویدادهای حقوقی حکومت کند می باشد . به عنوان مثال اگر یک ایرانی خانه ای را که یک فرانسوی در سوئیس دارد بخرد ، این پرسش به میان می آید که رابطه ی حقوقی خریدار و فروشنده تابع قانون ایران است یا فرانسه یا سوئیس و اگر اختلافی بروز کند ، دادگاه چه کشوری صلاحیت رسیدگی به آن دارد ؟ ولی ، چون حل اینگونه مسائل با تابعیت اشخاص و حقوقی که خارجیان در هر کشور دارند بستگی دارد .

سه بخش اصلی تشکیل دهنده ی حقوق بین الملل خصوصی:

1- تابعیت : یعنی رابطه ی سیاسی و معنوی که شخص را به دولتی مربوط می سازد . در این مبحث ، اصولی که مبنای اعطای تابعیت هر دولت است و شرایط پذیرفتن و خروج از آن ، مورد گفتگو قرار می گیرد .

2- حقوق خارجیان : در این بخش ، حقوق و تکالیف بیگانگانی که در خاک کشوری به سر می برند ، در زمینه های سیاسی و حقوق عمومی و خصوصی ، مورد بحث قرار می گیرد .

3- تعارض قوانین : در این مبحث ، گفتگو از این است که روابط حقوقی اشخاص در زندگی بین المللی تابع چه قانونی است و کدام دادگاه صلاحیت رسیدگی به اینگونه دعاوی دارد .

حقوق بین الملل خصوصی یا تعارض قوانین که مقابل حقوق بین الملل عمومی قرار می گیرد، مجموعه ای از اصول و قواعدی است که محاکم داخلی را در تعیین این موضوعات هدایت می کند :

1-دادگاه صالح جهت رسیدگی یا اقامه دعوی کردن برای دعاوی بین المللی یا اتباع کشورها و یک عنصر خارجی در آن دخالت دارد که البته عنصر خارجی به شخص و مکان بر می گردد ؟

2- کدام سیستم حقوقی سرزمینی باید اجرا شود [ قوانین کدام کشور حاکم است ؟ ] که به موجب آن حقوق و تکالیف اشخاص مشخص شود .

3- تحت چه شرایط و اوضاع و احوالی احکام دادگاه های خارجی می توانند شناسایی و اجرا شوند ؟ در مواردی که در آنها یک یا چند عنصر خارجی وجود دارد مطرح می شود برای مثال یا طرفین بیگانه اند ( شخص ) یا اشیاء و اموال خارجی اند [ یعنی اینکه محل وقوع مال در خارج است ] یا معامله و قرارداد بخش یا تمامی آن در سرزمین بیگانه منعقد می شود که این عناصر خارجی موضوعات را با سیستم حقوقی خارجی و یا واقعه ی حقوقی اتفاق افتاده برای شخص خارجی مرتبط می کند. مانند فوت فردی خارجی در ایران و تعیین چگونگی وصیت و اموال و . . .

این شاخه از حقوق اساساً بخشی از حقوق داخلی است و درصدد آن است تا تعارض قوانین را حل نموده و در موضوعاتی شبیه اقامتگاه ، ازدواج ، طلاق ، وصیت ، قراردادها و . . . به هماهنگی برساند. حقوق بین الملل خصوصی غالباً حقوق خصوصی و روابط خصوصی افراد است و بخشی از حقوق داخلی می باشد منتهی روابط بین المللی که در داخل کشور مطرح می شود را تنظیم می کند .

مبنای حقوق بین الملل :

حقوق طبیعی مبنای تمام نظام های حقوقی است [ قدیمی ترین مکتب حقوقی که اینگونه بیان می کند که حقوق یا بر مبنای فطرت یا احساسات و عقل انسان است و یا بر مبنای خدا و مذهب ] و اصول و قواعدی است که نه تنها خارج از اراده ی دولت ها است بلکه راهنمای دولت ها نیز می باشد. اصل لاضرر ، اصل وفای به عهد و . . . علی رغم تعابیر و تفاسیر متعددی که به نظریه ی حقوق طبیعی ارائه شده که از حقوق الهی گرفته تا دستورات عقلی ، تضمینی برای حقوق به شمار رفته است و قدرت الزام آور به حقوق می دهد که در غیر این صورت حقوق این ویژگی را از دست می دهد . بنابراین حقوق حاکم بر افراد و روابط آنها در حقوق داخلی ناشی از حقوق طبیعی است و حقوق داخلی الزام و اعتبار خویش را از آن می گیرد، حقوق طبیعی به همان ترتیب در مراحل اولیه حقوق را از نقاط مختلف دنیا شکل می دهد. مثل هند ، یونان ، مصر و . . . اما سهم حقوق طبیعی در مشارکت در شکل دادن حقوق ملل در روم باستان ثابت شده است که در نتیجه تحول بعدی حقوق بین الملل بوده است ؛ حقوق ملل که در مقابل حقوق مدنی قرار می گیرد بر ساکنان امپراطوری روم اعمال می شده و بخشی از قواعدی بوده است که مبنای آن عقل است و قابل اعمال بر افراد و اموالی که وارد امپراطوری روم می شدند هرچند برای زمان کوتاه و موقت بوده است اما مبنای عقلی حقوق ملل و اجرای جهانی اش آن را مترادف و همسنگ حقوق طبیعی کرد .

حقوق بین الملل نوین شروع خود را بر مبنای حقوق طبیعی در قرون 16 و 15 آغاز کرد و بدین خاطر حقوق طبیعی بعدها بخاطر نوشته ها و آثار افرادی همچون ویتوریا ، سوارز، جنتیلی و گروسایوس حتی بعدها رنگ مذهبی نیز به خود گرفت . و گروسایوس کسی بود که حقوق طبیعی را از حقوق ملل جدا کرد و حقوق طبیعی را بر مبنای دنیوی قرار داد که بر اساس عقل پایه ریزی می شود. حقوق بین الملل قبل از قرن 19 و جنگ جهانی دوم فقط بر دولت ها حاکم بود . حقوق بین الملل نوین در مراحل آغازین ( در قرن 16 و 15 ) صرفاً بر مبنای حقوق طبیعی بود؛ حقوقی عالی یا برتر که ناشی از اوامر خداوند است ؛ تا ظهور گروسایوس که علاوه بر آنکه حقوق طبیعی را مبتنی بر عقل نمود ، اهمیت برابری را در طول حقوق طبیعی برای رویه دولت ها چه بصورت عرف و چه بصورت معاهده به عنوان مبنای حقوق بین الملل قائل شد. دولت در معنای عام ، متشکل از سه عنصر سیاسی - حقوقی ، جغرافیایی و جامعه شناسی می باشد .

عنصر سیاسی، حکومت یا حاکمیت و قدرت است که قدرت لازمه ی تشکیل دولت است و مستقل و ذاتی است ؛ قدرت می بایستی در محدوده ای جغرافیایی به نام سرزمین اعمال شود و در محدوده ی سرزمین دو عامل جمعیت و جامعه بوجودآورنده ی دولت هستند و دولت ها در معنای واقعی از قرن 16 بوجود آمده اند. تحول در مبنای حقوق در قرن 16 به بعد که اراده ی دولت، مبنای حقوق می شود و دولت و طبیعت دوشادوش هم مبنای حقوق را تشکیل می دهند و بعد از قرن 17 و 16 دولت قدرت می گیرد و اراده ی دولت مبنای حقوق می شود. در قرن 16 گروسایوس حقوق ملل و حقوق طبیعی را از هم منفک و جدا کرد و آنها را [ که قبلاً در طول هم بودند و حقوق ملل زیر مجموعه ی حقوق طبیعی بود ] هم عرض هم قرار داد و مبنای حقوق بین الملل را تماماً حقوق ملل [ که همان اراده ی دولتهاست که در معاهدات و عرف نمایان و اعمال می شود ] و حقوق طبیعی قرار داد . در قرن 18 و 17 اصل حقوق فردی مطرح می شود. حقوق

ملل چیزی نیست جز قواعد قراردادی و قواعد عرفی که همان حقوق ملل و اراده ی دولت ها است. هواداران گروسیوس مانند ولف و واتل معروف شده اند به طرفداران گروسیوس و همینطور رُخ ، بینکرشوک، مُزر و . . . که تحت تاثیر جان بودن قرار گرفته اند که اینها معتقدند تنها مبنای حقوق بین الملل رویه ی دولت ها [ اراده ی دولت ها ] می باشد که خودشان را در قواعد عرفی ای که ناشی از رضایت ضمنی دولت ها است نشان می دهند و قواعدی هستند که دولت ها آنها را اجرا می کنند. این گروه را گروه مثبت (موضوعه یا تحققی) می نامند که حقوق وجود ندارد مگر اینکه دولت آن را اثبات، وضع یا تحقق بخشد. این پزوتونیست های اولیه و ابتدایی علاقه مند بودند که خود را از نفوذ حقوق طبیعی رها کنند اما موفق نشدند. به عنوان مثال جان بودن [ برای اولین بار اصطلاح حاکمیت را وارد حقوق کرد] در اثر خود تحت عنوان « جمهوری در قرن 16 » اینگونه بیان می کنند که :

« در هر دولتی یک قدرت و حاکمی وجود دارد که حکومت کرده و از وی به عنوان منبع حقوق نیز یاد می شود که خود دولت مقید به قانون نیست اما با وجود اینکه این قدرت حاکمه از نظر حقوق داخلی آزاد است اما به حقوق الهی، حقوق طبیعی و حقوق ملل مقید است» [ حقوق موضوعه در مقابل حقوق طبیعی قرار می گیرد]. و همچنین بینکر شوک می گوید که : « عقل مرا امر می کند که بطور مساوی و برابر، با دو تن از دوستانم ( حقوق طبیعی و حقوق ملل ) رفاقت کنم ؛ با دو رفیقی که خود با یکدیگر دشمن هستند و در جدال بین این دو تن ، هیچکدام را به دیگری ترجیح ندهم » .

طبیعت حقوق بین الملل ( ماهیت حقوق بین الملل ) :

آیا حقوق بین الملل ، حقوق است یا خیر ؟ امروزه طرح چنین سوالی بی مورد و نامناسب است و فقط از نظر اشخاص بی اطلاع و تازه کار و بی تجربه ممکن است در مورد ویژگی حقوقی و الزامی حقوق بین الملل شکلی به وجود آید .

در سال های شکل گیری حقوق بین الملل هیچ کس راجع به حقوق ملل ( اراده ی دولتها ) و اعتبار آن ایرادی طرح نمی شد چرا که مبنای حقوق بین الملل مانند حقوق داخلی و حقوق طبیعی بود و قدرت الزام آور هر دو سیستم حقوقی ، بر مبنای حقوق طبیعی شکل می گرفت چون از نظر آنها هرآنچه که بر مبنای حقوق طبیعی باشد ، حقوقی است ؛ بنابراین حقوق بین الملل هم مانند حقوق ملل و حقوق داخلی وجود دارد و حقوق است زیرا عقل آن را تأیید می کند و بر مبنای حقوق طبیعی استوار است . بنابراین شکی در مورد حقوقی بودن یا حقوقی نبودن حقوق بین الملل پیش نمی آید . زمانی شک و تردید درباره ی حقوقی بودن حقوق بین الملل تغییر کرد که طرز فکر مردم درباره ی مبنای حقوق بین الملل تغییر کرد و حقوق بین الملل بر مبنای اراده ی دولت ها قرار گرفت که البته قدرت آنها محدود بود ولی باید بدین نکته اشارت نمود که در حقوق بین الملل این دولت ها هستند که حقوق را ایجاد می کنند ولی اگر خود آنها به آن عمل نکنند ، به دلیل عدم وجود قدرتی مافوق قدرت دولت ها ، ضمانت اجرا با مشکل مواجه می شود . بنابراین شک و تردید درباره ی حقوق بین الملل بوجود می آید .

با ظهور پزوتونیست ها در اوایل قرن 19 ویژگی حقوقی حقوق بین الملل ضعیف می شود و این در حال است که هابس ، پوفندورف و بن تام از شکاکین ابتدایی هستند و جان آستین است که حقوق بین الملل را تا حد اخلاق بین المللی ، تنزل داد و اعتقادات و اظهارات تند و افراطی حقوقدانان بین المللی را واژگون نمود یعنی به عبارت دیگر حقوقدانان بین المللی را در حالت انفعالی قرار داد و زیر سوال برد .

\* ریشه ی این اعتقاد و اعتراض از ناحیه ی جان آستین به نحوه ی ارائه ی تعریف حقوق می باشد برمی گردد که حقوق شامل قواعدی می شود که ناشی از حاکمیت قطعی و فرامینی بوده که دارای ضمانت اجرا نیز می باشد و از آنجایی که حقوق بین الملل فاقد این ویژگی ها و خصوصیات بود و بخصوص در زمان آستین هیچ کدام از این سه عناصر مذکور [ 1- وجود حاکمیت قاطع 2- وجود فرامین و دستورات 3- وجود ضمانت اجرا ] در حقوق بین الملل وجود نداشت بنابراین آستین حقوق بین الملل را ترکیبی از قواعد اخلاقی می دانست .

بنابراین به جای اینکه در جستجوی تعریف بهتری از حقوق باشیم باید طوری در تعریف حقوق تجدیدنظر شود که حقوق بین الملل را در بر گیرد .



در حالی که این تئوری نامناسب آستین از حقوق یک موضوع مربوط به اطلاعات علمی و عمومی است اما نکته ی جالب این است که آستین موفق شد تعدادی از حقوقدانان و نویسندگان را گمراه کرده و بدین اعتقاد و باور بیاورد که حقوق بین الملل حقوق نیست .

به عنوان نمونه یکی از حقوقدانان این گونه بیان می کند که حقوق بین الملل حقوقی است برای هنجارسازی و شکل گیری و این حقوق برای بقا و نگه داشتن خویش تلاش می ورزد و برای متمایز کردن خود از اخلاق بین المللی تلاش و کوشش می نماید .

موارد و استناداتی وجود دارد له و علیه حقوق بین الملل که « آیا حقوق بین الملل حقوق است یا خیر؟ » که البته هم اکنون این موضوع صرفاً آکادمیک و نظری است و فقط دارای ارزش نظری است بنابراین جایز نیست بیش از این در این مورد بحث شود . اما با وجود تفاسیل مذکور امروزه باز یک هم یک عده ای وجود دارند که متمایلند حقوق بین الملل را منزلت و پست جلوه دهند و این سیستم حقوقی را از ارزش بیاندازند. علی هذا ادله ی متعددی که علیه حقوق بین الملل ارائه شده و پاسخ هایی نیز به نفع حقوق بین الملل ارائه شده که در بحث بعدی مورد بررسی قرار خواهد گرفت :

ایرادات وارد بر حقوق بین الملل :

#### 1- حقوق بین الملل مشمول تعریف حقوق نمی شود ( اولین ایراد وارد بر حقوق بین الملل ) :

اعتراض و ایراد اصلی آستین علیه حقوق بین الملل این بود که حقوق بین الملل در قالب تعریف وی از حقوق نمی گنجد و « حقوق عبارتست از مجموعه فرامین و دستورات حاکم که توسط ضمانت اجرا، حمایت می شود . » این تعریف از حقوق به هیچ وجه وضعیت حقوق در دموکراسی های معاصر و حتی زمان خود آستین را هم منعکس نمی کند بلکه انعکاس بخشی از واقعیت هاست و از طرف دیگر تعریف حقوق آنگونه که اوپن هایم ارائه کرده برای همیشه دارای اعتبار است و نه تنها حقوق بین الملل را بلکه حقوق داخلی و جوامع ملی را می پوشاند و اوپن هایم حقوق را بصورت ذیل تعریف می نماید :

« حقوق مجموعه ای از قواعد است برای تنظیم رفتار بشری در داخل یک جامعه به پشتوانه ی رضایت عام جامعه که توسط قدرت خارجی حمایت و اجرا می شود » .

در برخی سیستم های حقوقی مانند سیستم حقوقی ایالات متحده ی امریکا ، از معاهدات به عنوان حقوق برتر سرزمینی یاد می شود .

#### 2- مرجع قانونی خاصی وجود ندارد ( دومین ایراد وارد بر حقوق بین الملل ) :

حقوق ضرورتاً محصول عوامل محیط (عوامل جغرافیایی، عوامل اجتماعی و عوامل تاریخی ) می باشد و از موقعی حقوق شکل گیری پیدا می کند که جامعه شکل گرفته باشد.

تحقیقات نوین تاریخی نشان داده که در بسیاری از جوامع ، مرجع قانونگذاری وجود نداشته است اما یک سیستم حقوقی و الزام آور وجود داشته که رعایت حقوق را مجبور می کرد و از حیث الزام آور بودن هیچ تفاوتی با حقوقی که هم اکنون در بطن و داخل دولت هاست و توسط مراجع قانونگذاری ایجاد می شده ، نبوده است [عدم وجود قوه ی مقتنه به معنی عدم وجود حقوق نیست ]

استارک : در سال های اخیر انبوهی از قوانین بین المللی شکل گرفته اند که حتی اگر این واقعیت وجود داشته باشد که در عرصه ی بین المللی مرجع قانون گذاری وجود ندارد اما این وضع قوانین حقوق بین الملل عملاً شبیه آیین قانونگذاری داخلی می باشد .

### 3- قواعد حقوق بین الملل فقط نیروی اخلاقی دارد ( سومین ایراد وارد بر حقوق بین الملل ) :

برای این ادعا را که حقوق چیزی جز اخلاق نیست را رد می کند و بدین صورت بیان می دارد که « بهترین دلیل وجود حقوق بین الملل این است که هر دولت واقعی آن را از حیث وجودی به رسمیت می شناسد و خودش نیز متعهد به رعایت آن می باشد .

پولاک بیان می کند که حقوق بین الملل فقط اخلاق بود و طراحان سیاسی حقوقی خارجی دولت ، بیشترین انرژی خویش را روی استدلال های اخلاقی صرف می کردند . اما واقعیت امر این است که وضعیت بدین صورت نیست . دولتمردان به احساسات عمومی ناشی از اخلاق متوسل نخواهند شد بلکه آنها [در قضاوت کردن در درستی و نادرستی] از سوابق] عرف یا آرا مراجع قضایی] ، معاهدات و نظرات متخصصین حقوق بین الملل استفاده می کنند.

هال می گوید که حقوق بین الملل عادتاً هم به عنوان حقوق تلقی شده و هم اجرا شده است و ماهیت حقوقی حقوق بین الملل به خوبی در رویه دولت ها در ارتباط رابطه بین الملل و حقوق داخلی منعکس شده است .

قواعد عرفی حقوق بین الملل(قواعد بین المللی عرفی) به عنوان بخشی از حقوق سرزمینی(حقوق داخلی) توسط دولت ها پذیرفته شده اند .

### 4- نقض حقوق بین الملل ( چهارمین ایراد وارد بر حقوق بین الملل ) :

اغلب استدلال می شود که حقوق بین الملل نقض می شود. ملاحظات و نظرات اوپن هایم در اینجا می تواند مفید واقع شود. در حالی که تکرار نقض حقوق بین الملل ممکن است نیروی حقوقی آن را زایل کند و تائید ماهیت الزام بودنش بدون اهمیت نیست(تائید رسمی) .

همچنین برای بیان می کند که : « دولت ها ممکن است اغلب حقوق بین الملل را نقض کنند همانگونه که افراد حقوق داخلی را نقض می کنند .» اما دولت ها نه بیشتر از اشخاص تجاوزات شان را به حقوق بین الملل اینگونه توجیه نمی کنند که ما برتر از حقوق بین الملل هستیم .

### 5- عدم توانایی در جلوگیری از جنگ ( ایراد پنجم وارد بر حقوق بین الملل ) :

در رابطه با نقش حقوق بین الملل سو تفاهم عمومی ای وجود دارد مبنی بر اینکه حقوق بین الملل منحصرأ بوجود آمده تا از جنگ جلوگیری کند . جنگ ها و اصطلاح مستعمل امروزی آن مخاصمات مسلحانه قابلیت این را دارند که تبلیغ سو یا نامطلوبی در ارتباط با افکار عمومی صورت بدهند . افکار عمومی نیز تحت تأثیر چنین شرایطی به نادرستی به این نتیجه می رسند که حقوق بین الملل به طور کامل از بین رفته است ؛ قسمت قابل ملاحظه ای از حقوق بین الملل اصلاً ارتباطی با موضوعات جنگ و صلح ندارد و غالباً موضوعاتی از قبیل ذیل در حقوق بین الملل مطرح می شود :

دعاوی مربوط به خسارات وارده بر بیگانگان ، اخراج افراد از کشور ، تابعیت ، تفسیر و اجرای معاهدات در زمینه های تجاری ، انرژی هسته ای و . . . یک سری موضوعاتی هستند که دائماً در حقوق بین الملل مورد توجه قرار می گیرند بدون اینکه توجه غالب مردم را به خود جلب کنند . موبکت در این زمینه می گوید حقوق بین الملل به عنوان یک سیستم حقوقی عمل می کند حتی زمانی که به صورت مکرر اتفاق می افتد ؛ در مواقعی که حقوق داخلی نقض می شود یا دچار آشوب و بحران می شود مانند اغتشاش ، تظاهرات و . . . و همین طور زمانی که در حقوق داخلی جرمی صورت می پذیرد ، در چنین شرایطی هیچ کس وجود حقوق را منکر نمی شود و همگان خود را تابع حقوق می دانند ، به همین ترتیب وقوع جنگ و مخاصمات مسلحانه نیز به دلیل عدم وجود حقوق بین الملل نیست [طبق یک قاعده ی معروف « نقض حقوق یا قاعده ی حقوقی دلیل بر نفی قاعده ی حقوقی نیست »] . حتی در زمان جنگ هم دولت های متخاصم و درگیر تلاش می کنند که موضع خود را با استناد به حقوق بین الملل توجیه کنند و لازم به ذکر نیست که بگونه خود جنگ ها هم مطابق حقوق بین الملل هدایت می شوند .

## 6- فقدان ضمانت اجرا ( ایراد ششم وارد بر حقوق بین الملل ) :

جدی ترین ایرادی که بر حقوق بین الملل مطرح است این است که جامعه ی بین المللی سازمان دائمی و مقتدری ندارد که با توسل به آن رعایت حقوق بین الملل تضمین شود . این استدلال با این پیش فرض مطرح شده است که ضمانت اجرا فقط یک شکل دارد و آن ضمانت اجرای قاهرانه و مبتنی بر زور است . رعایت عمومی و عام در هر مرحله ای از مراحل تاریخ بشری چه حقوق داخلی و چه حقوق بین الملل ، ناشی از این اعتقاد عمومی است که حقوق برای فرد و جامعه مفید است . ضمانت اجرا انواع مختلفی دارد که اجبار و قاهرانه بودن یکی از انواع آن است که البته کامل ترین نوع آن است ولی عدم وجود آن دلیل بر عدم وجود انواع دیگر نیست و البته نوعی ضعیف نیز وجود دارد و این به معنای عدم وجود ضمانت اجرا نیست .

همانگونه که برابری اشاره کرده است این وجود نیروی پلیس نیست که سیستم حقوقی را قوی می سازد و حقوق را درخور احترام می سازد بلکه این نیروی حقوق است که شرایط را مساعد می کند که نیروی پلیس بطور موثر سازمان یابد . و همین طور مین در این ارتباط متبیین می شود که افرادی هستند که حقوق را بخاطر ترس از مجازات رعایت می کنند اما اگر این تعداد از افراد را با اکثریت افراد جامعه مقایسه کنیم این طیف از افراد تعداد کمی را تشکیل می دهند . به نظر می رسد این طیف محدود به طبقه ی مجرمین شود اما تعداد زیادی از قواعد حقوقی به صورت ناخودآگاه و به دلیل عادت فکری رعایت می شوند .

عوامل متعددی از قبیل افکار عمومی ، عادت ، وجدان ، دفاع مشروع ، مصلحت و اقدامات متقابل و ترس از مقابله به مثل وجود دارند که سبب می شوند حقوق بین الملل رعایت شوند . در جهان معاصر موثرترین ضمانت اجرا ، عدم بهره مندی از منافعی است که ناشی از همکاری بین المللی است .

منابع نوین حقوق بین الملل :

1- تصمیمات سازمان های بین المللی : [ مثل اینکه کشوری مانند لیبی تعهد نماید که فعالیت های هسته ای را انجام ندهد و این تعهد ، تعهدی یکجانبه است که فقط برای یک طرف تکلیف ایجاد می کند ] تصمیمات سازمان های بین المللی اصولاً الزام آور نیستند بلکه آنچه به تصویب دولتها در سازمان های بین المللی می رسد ، بعداً تبدیل به معاهده می شود . بنابراین این تصمیمات بستر را آماده می کنند برای تبدیل آن به یک قاعده ی حقوقی که یا بصورت معاهده شده یا تبدیل به عرف می شود یعنی وقتی کشورها در مورد موضوعی تصمیم می گیرند ، عنصر معنوی شکل می گیرد و زمینه برای شکل گیری عنصر مادی بوجود می آید سپس به شکل عرف در می آیند یا با موافقت همه ی کشورها ، بصورت معاهده در می آید . بیشتر تصمیمات سازمان های بین المللی بصورت تشویقی و پیشنهادی است که به آنها حقوق نرم می گویند که میل و گرایش به سخت شدن را داراست و زمینه ساز قواعد حقوق بین المللی است .

تصمیمات سازمان های بین المللی :

## 1- حقوق نرم ( ) 2- Soft Law عرف و معاهده ( Hard Law )

2- اعمال یک جانبه : [ مثلاً یک کشور رأساً تعهدی را بصورت یکجانبه برای خود ایجاد می کند و به نوعی برای کشورهای ذی نفع حقی را ایجاد می کند ؛ گاهی بصورت ضمنی و گاهی بصورت صریح ]

3- قواعد آمره [ از طریق عرف و معاهده ] : قواعدی هستند که نظم عمومی بین المللی را تأمین و تضمین می کنند مانند ممنوعیت تجاوز . قواعد آمره که در حقوق داخلی در مقابل قواعد تکمیلی قرار می گیرد ، مربوط به نظم عمومی است . منع استفاده از زور ، منع تجاوز از قواعد آمره است زیرا این قواعد مربوط به نظم عمومی می باشند . چون در حقوق بین الملل قانونگذار نیست ، از این جهت کدام یک از قواعد آمره هستند و کدام یک قواعد آمره نیستند ، ابهام وجود دارد و علت وجود این ابهام هم عدم وجود قانونگذار است .

شکل گیری قواعد آمره در حقوق بین الملل :

در حقوق بین الملل راجع به شکل گیری قواعد آمره و عادی هیچ تفاوتی وجود ندارد و در حقوق بین الملل همه ی قواعد حقوقی یا از عرف و معاهده گرفته شده یا از اصول کلی ؛ لذا شناسایی آن هم از طریق محتوای قواعد صورت می گیرد . مثل منع کشتار جمعی که آمره است چون تأمین کننده ی نظم عمومی می باشد که دیوان بین المللی دادگستری ، مجمع عمومی سازمان ملل متحد در تشخیص این قواعد به ما کمک می کنند و همچنین با وجود کمک دکترین در تشخیص این مسئله ، اما می توان گفت که تأثیر دو مورد بالا بیشتر است . قواعد آمره به اراده ی دولت ها بستگی دارد یعنی کشورها اراده می کنند تا قاعده ای را به عنوان قاعده ی آمره بپذیرند .

منابع کلاسیک حقوق بین الملل :

1- عرف :

2- معاهده :

3- اصول پذیرفته شده توسط ملل متمدن : [ اصولی که در تمام سیستم های حقوقی داخلی وجود دارند مانند جبران خسارت ]

4- رویه ی قضایی 1- داخلی 2- بین المللی

5- نظریه ی علمای حقوق بین الملل ( دکترین )

منابع حقوق بین الملل 5 مورد است اما غالباً یا بر اثر عرف بوجود می آید یا بر اثر معاهده . تمام منابع حقوق بین الملل در یک سطح قرار دارند و سلسله مراتب خاصی وجود ندارد .

1- به علت شکلی : مرجع قانونگذار 2- به علت ماهوی که موضوعات آنها اساسی تر و مهمتر است

رابطه ی حقوق بین الملل و حقوق داخلی :

حقوق بین الملل بنا به دلایل ذیل برتر از حقوق داخلی است :

1- حقوق داخلی می بایستی خودش را با حقوق بین الملل هماهنگ کند

2- با استناد به حقوق داخلی نمی توان مقررات بین المللی را نقض کرد

3- نظم کوچکتر می بایستی تابع نظم بزرگتر باشد.

آیا حقوق بین الملل در حقوق داخلی الزام آور است و یا از اعتبار قانونی برخوردار است ؟ یعنی آیا قضات می توانند در حقوق داخلی بطور مستقیم به حقوق بین الملل استناد کنند ؟ ماده ی 9 قانون مدنی ایران مقرر داشته که « مقررات عهودی که بر طبق قانون اساسی بین دولت ایران و سایر دول مُنعقد شده باشد ، در حکم قانون است » . همچنین اصل 77 قانون اساسی جمهوری اسلامی مقرر داشته که « مقاوله نامه ها ، عهدنامه ها ، قراردادهای و موافقت نامه های بین المللی باید به تصویب مجلس شورای اسلامی برسد » . همچنین اصل 125 قانون اساسی ایران نیز مقرر داشته که « امضای عهدنامه ها ، مقوله نامه ها ، موافقت نامه ها و قراردادهای دولت ایران با سایر دولت ها و همچنین امضای پیمان های بین المللی مربوط به اتحادیه های بین المللی پس از تصویب مجلس شورای اسلامی ، با رئیس جمهور یا نماینده ی قانونی وی می باشد » . در پاسخ به این سوال ، دو مکتب وجود دارد یکی مکتب وحدت گرا و دیگری مکتب ثنویت که به نظر می رسد دولتها به مکتب ثنویت ، تمایل بیشتری از خود نشان داده اند . پس قواعد بین المللی قبل از

اینکه در دادگاه‌ها استفاده شود و قضات از آنها استفاده کنند [ یعنی قبل از آنکه الزام آور شوند ] ، باید پذیرش شوند یعنی طبق ماده ی 9 قانون مدنی ایران و اصول 125 و 77 قانون اساسی ایران ، قواعد حقوق بین الملل در حقوق داخلی اجرا می شود ولی در روابط بین دولتها در صحنه ی بین المللی نیاز به تصویب مجلس ندارد مثل عرف که در روابط بین دولت ها ، ایجاد الزام برای قواعد قراردادی یا عرفی بین المللی ، نیازی به تصویب مجلس ندارد ؛ و این شرط تصویب مجلس ، فقط برای قانونی شدن یا الزام آور شدن قواعد حقوق بین الملل است در حقوق داخلی که بدین امر در حقوق بین الملل ، پذیرش یا ادغام حقوق بین الملل در حقوق داخلی می گویند و این امر یعنی لازم بودن پذیرش حقوق بین الملل توسط حقوق داخلی نشأت گرفته از این نوع تفکر داخلی جدید است و ماهیتاً با یکدیگر متفاوت هستند .

رابطه ی حقوق بین الملل با حقوق داخلی خود بیانگر و متبیین حقوقی بودن حقوق بین الملل است . منابع حقوق بین الملل در یک راستا قرار دارند و قسمتی نسبت به دیگری برتری ندارد. برای رسیدن به یک قانون برتر و اساسی افراد می بایستی به همبستگی برسند و برای تحقق و دست یافتن به این همبستگی می بایستی قسمتی از آزادی خویش را از دست بدهند . ولی در جوامع بین المللی هنوز چنین همبستگی بوجود نیامده و سیستم حاکم بر آن ، سیستم افقی است و اصل برابری حاکمیت ها وجود دارد ؛ و کشورهای بین المللی به علت فقدان مرجع قانونگذاری به چنین وحدت ، همبستگی و اتفاق نظر دست نیافته اند . اینگونه می توان استنباط کرد که هر دولتی بخشی از وظیفه ی قانونگذاری را بر عهده دارد یعنی دولتها هم واضع حقوق هستند و هم تابع قانون و سیستم افقی حکمفرماست ولی در سیستم داخلی اصل سلسله مراتب وجود دارد و سیستم عمودی و هرمی است .

و حقوق بین الملل هم اکنون در حال پیشروی به طرف سیستم هرمی است و نمونه ی بارز آن ظهور قواعد آمره است هر چند به صورت ناقص باشد تا حدودی می توان صحبت از سلسله مراتب منابع در حقوق بین الملل وجود دارد ولی بصورت استثنا است . در سیستم هرمی هر چه بالاتر می رویم مسائل جزئی تر می شود که « همبستگی » در آنها کمتر است . اما در عمل سلسله مراتب است یعنی دادگاه در رسیدگی به پرونده نوعی سلسله مراتب بین آنها بصورت زیر قائل می شود : 1- معاهده 2- عرف 3- اصول کلی حقوقی پذیرفته شده توسط ملل متمدن [ اصولی که در تمام سیستم های حقوقی داخلی وجود دارند ] 4- رویه ی قضایی اعم از رویه ی قضایی موجود در حقوق داخلی و رویه ی قضایی موجود در حقوق بین الملل 5- نظریه علمای حقوق بین الملل 6- صلاحدید کشورها

دولتی می تواند از شخص حمایت دیپلماتیک کند که با آن رابطه ی واقعی تابعیتی داشته باشد . صلاحیت وضع قاعده با دولتهاست که هم واضع و هم تابع قانون هستند .

هر گاه در عرف و معاهده خلأ حقوقی بود با به عمل آوردن تفسیر می توان مشکل قاعده ی حقوقی را برطرف کرد و قضات در دادگاه ها با استفاده از تفسیر و اصول کلی حقوقی رویه ی قضایی ایجاد کنند که رویه ی قضایی خود قاعده ی حقوقی بوجود می آورد . البته رویه ی قضایی علاوه بر وضع قاعده ی حقوقی ، کار کشف قاعده ی حقوقی را نیز ایفا می کند و کار کشف را با مراجعه به پرونده های سابق ، آرا صادر شده در موارد مشابه را استخراج می کند .

اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری می گوید که می بایستی در دادگاه ها اصل سلسله مراتب بصورت گفته شده رعایت شود : اول به معاهده چون در معاهده است که اراده ی طرفین مشخص می شود و معاهده روشن تر است چون معاهده از عرف خاص تر است و در برخورد عرف و معاهده ، معاهده را در نظر می گیریم و این بر می گردد به این دلیل که در « برخورد عام و خاص » می بایستی به « خاص » رجوع کنیم ، بعد از آن به عرف و سپس به اصول کلی حقوقی مراجعه می کنیم . سه مورد بالا یعنی معاهده ، عرف و اصول کلی حقوقی منابع اصلی محسوب می شوند و همچنین رویه ی قضایی و نظریه علمای حقوقی نیز از منابع فرعی هستند . در میان سه منبع اصلی، معاهده و عرف اصل بوده و اصول کلی حقوقی ، بیشتر جنبه ی تکمیلی دارد و در صورتی که در عرف و معاهده ابهام وجود داشته باشد ، اصول کلی حقوقی آنها را تکمیل می کند . و رویه ی قضایی و نظریه علمای حقوق ، راه رسیدن به معاهده ، عرف و اصول کلی را نشان می دهد . البته رویه ی قضایی می تواند به صورت قاعده نیز در بیاید . وقتی که در معاهده و اصول کلی حقوقی ابهامی وجود داشته باشد می توان با استفاده از رویه ی قضایی قاعده ایجاد کرد ؛ حال آیا قاعده ی حقوقی در حقوق بین الملل الزام آور است ؟

در حقوق بین الملل آرا مراجع قضایی اصولاً نسبی است و رأی دادگاه در مورد همان پرونده و نسبت به طرفین همان دعوی الزام آور است ؛ و ایجاد الزام حقوقی نمی کند اما مراجع قضایی و قضات عملاً از آرای خوب و عاقلانه تبعیت می کنند . اما ممکن است اگر رأیی که صادر شده عقلایی و منصفانه نباشد ، قضات دیگر عملاً ملزم به پیروی از آن باشند . یکی از نشانه های رفتار عادلانه این است که در وضعیت مشابه ، نظریات یکسان صادر شود [ الزام قانونی ندارد ولی الزام روانی و منطقی به همراه دارد ] .

[www.lawbush.blogfa.com](http://www.lawbush.blogfa.com)

**جزوه حقوق بین الملل عمومی 1 دکتر نیک نفس - قسمت دوم**  
**جزوه حقوق بین الملل عمومی 1 دکتر نیک نفس - قسمت دوم**

[www.lawbush.blogfa.com](http://www.lawbush.blogfa.com)

حقوق بین الملل از دیدگاه کلی

ماهیت ( طبیعت ) ، هدف و مبنا

کسانی که بعد از مطالعه ی سیستم حقوقی ملی نزدیک حقوق بین الملل شده و وارد مطالعه ی آن می شوند ، احساس می کنند که نیاز دارند یا به اینکه مورد تجدیدنظر قرار دهند دیدگاه شان را از مفهوم « حقوق » یا اینکه این نقطه نظر را اتخاذ کنند ، که بیشتر افراد نیز همین کار را می کنند که « حقوق بین الملل اصلاً حقوق نیست » ، کسانی که دیدگاه دوم را اتخاذ می کنند ممکن است متعجب شوند زمانی که متوجه می شوند که هر دولتی در دنیا - به عبارت دیگر دولتمردان و حکومت ها - بر مبنای این فرض عمل می کنند که روابط بین الدولی به وسیله ی « حقوق » تنظیم شده اند . بنابراین ممکن است توصیه شود که چنین فرضی را داشته باشد .

حقوق بین الملل به نظر می رسد که از حقوقی که در سیستم های داخلی منعکس شده است حداقل از 2 جهت مهم متفاوت باشد :

۱- حقوق بین الملل فاقد مرجع قانونگذاری است

۲- حقوق بین الملل جهت مجبور نمودن برای رعایت حقوق یا مجازات نمودن در صورت نقض شدن مقررات ، فاقد هرگونه نیروی پلیس یا ارتشی است .

برای تأیید حقوقی بودن ماهیت ( طبیعت ) حقوق بین الملل ، ضروری است ثابت شود که هیچکدام از دو مورد فوق اشاره از عناصر واجب یا ضروری وجود یک سیستم حقوقی نمی باشد .

اما به هر حال از آنجایی که ماهیت ، هدف و مبنای حقوق بین الملل در زمینه ی روابط بین الدولی فقط تطبیق ماهیت ، هدف و مبنای حقوق ( بطور کلی یا فی نفسه ) است . شیوه ی اتخاذ شده در پاراگراف های ذیل حرکت از کلیات حقوق ( خود حقوق ) بسوی موضوعات خاصی ( حقوق بین الملل بعنوان یک نوع خاصی از حقوق ) می باشد . این بخش با ارائه ی مطالبی در مورد ارزش قانونگذاری در یک سیستم حقوقی ، اجرای حقوق و استفاده از زور در روابط بین الدولی خاتمه می پذیرد .

### ماهیت حقوق و حقوق بین الملل

حقوق مفید و پویاست : آن در خدمت بشر است ، و نه اینکه صاحب آن باشد . حقوق بصورت یک مفهوم و شکل مفهومی کامل ( صورت مفهومی کامل ) وجود ندارد بلکه تا حدی وجود دارد که به رفتار بشر مربوط می شود . نتیجتاً آن بخاطر هماهنگ شدن با پیچیده شدن جامعه و نیازهای اعضایش تغییر خواهد کرد . در حالیکه ماهیت فایده مند بودن ( سودمند بودن ) و پویایی حقوق با مطالبی هستند که جا دارد مورد تأکید قرار گیرد اما عوامل یا عناصر یا جزئیات ( Influences ) دیگری وجود دارند که عنصر ثابتی را معرفی می کنند . عدالت یک امر ثابت و تغییرناپذیری است و عقل خودش به نظر می رسد که خواهان به نفع عدالت رعایت قواعد و اصول خاص و معین است علی رغم تغییرات زمانی و مکانی و مربوط به اوضاع و احوال ( شرایط ) . این شاید مبین « اصول کلی حقوق » باشد .

در تاریخ حقوق بین الملل ، مکتب حقوق طبیعی معتقد به مفاهیم مجرد ( انتزاعی ) عدالت و عقل به عنوان نقطه ی شروع استدلال و نظریات شان بودند ؛ « حقوق طبیعت یا قانون طبیعت » در شکل ناب و خالصش ، اساساً تلاشی بود جهت تشریح ماهیت حقوق بین الملل بدین صورت که آن را تجلی عقل در روابط بین دولت ها می دانست تا در این راستا به راه حلی عادلانه یا منصفانه ( درست ) برای اختلافات شان دست یابند .

در مقابل هواداران « حقوق طبیعی » ، « هواداران حقوق موضوعه » ادعا می کنند که حقوق بطور کامل از هرگونه نفوذ خارجی از قبیل عدالت انتزاعی یا نیازهای ذاتی بشر مستقل است . تا حدی که این تفکر ( مکتب ) اصرار می کند بر آزادی کامل جامعه جهت تجویز قوانین خودش نفوذ هواداران حقوق موضوعه مفید است ؛ اما با اصرار بر اینکه « حقوق فقط آن است که از طریق عمل ( رفتار ) صریح جامعه باشد » و آنها تلاش می کنند یک محدودیت مضر و خطرآفرینی را به [ پیکره ی ] حقوق بین الملل وارد کنند که منعکس کننده ی واقعیت های موجود نیست . اگر باید چنین باشد ، حقوق عرفی از قدیمی ترین شکل از اشکال حقوق هرگز نمی توانست شروع به شکل گیری کند . درج عنوان « اصول کلی حقوق » در میان منابعی که دیوان دانی دادگستری بین المللی می بایستی اعمال می کرد ، نقص این قسمت از دکتترین حقوق موضوعه را مشخص کرد ( نشان داد ) .

در روزگار ما ، نهضت حرکت به سمت حمایت بین المللی از حقوق بشر دربرگرفته ( مستلزم ) شناسایی این واقعیت است که دغدغه ی اصلی حقوق ، نیازهای بشر می باشد .

### هدف حقوق و حقوق بین الملل

در حالی که غور در ماهیت حقوق به ناگزیر تنوریکي و نظري است ، کارکرد حقوق به شدت کاربردي و عملي است بخاطر اینکه آن وسیله اي است که بدون آن مردم قادر نیستند در کنار یکدیگر و در درون جامعه زندگی کنند . هدف حقوق در اندرون جامعه ارائه یا برقراري نظم است در روابط اعضایش از طریق ایجاد موانع ( محدودیت ها ) شناخته شده و نیز برای رفتار قابل پیش بینی است . حال هر چقدر جامعه پیچیده تر باشد ، نیاز به حقوق بیشتر است و برعکس هر چقدر تعداد قواعد بیشتر باشد همبستگی و بافت جامعه بیشتر و پروضوح تر ، تعریف شده و بهم تنیده می گردد . قاعده ي « هر چه که منع نشده است ، مُجاز است » بیانی از کارکرد حقوق در جامعه می باشد . هدف یا کارکرد حقوق بین الملل هیچکدام با یکدیگر تفاوتی ندارند و به همین خاطر است که در قرون هجده و نوزده هنوز مرسوم بود که به اصطلاح « خانواده ي ملل » اشاره می شد . بخاطر اینکه خانواده مینا و اولین واحد شناخته شده ي جامعه محسوب می شود ، جانیکه در آن بعداً حقوق عرفی شکل می گیرد . هر دولتی نیازمند آن است که بداند چه چیزی را می تواند انجام دهد و بداند که چه چیزی را نمی تواند انجام دهد به همان ترتیب که يك عضو خانواده بایستی بداند .

### مبنای حقوق و حقوق بین الملل

این راحت تر است که گفته شود « چه چیزی مبنای حقوق بین الملل نیست » تا اینکه گفته شود « چه چیزی مبنای حقوق بین الملل هست » .

مطابق يك نظریه ، این رضایت دولت هاست که این مینا را فراهم می کند ؛ مطابق نظریه ي دیگر ، مبنای حقوق بین الملل « حقوق اساسی دولت ها » می باشد . مشکل نیست نتیجه گیری این که نظریه ي اول ناشی می شود از دیدگاه هواداران حقوق موضوع و نظریه ي دوم از دیدگاه هواداران حقوق طبیعی ( دومی فقط انطباق حقوق طبیعی بشر بر دولت هاست ) . هیچ کدام رضایت بخش نیستند همانگونه که برابری نوشته است : « يك قاعده ي عرفی رعایت می شود نه بخاطر اینکه به آن رضایت داده شده است بلکه بخاطر اینکه الزام آور بودنش باور شده است » ( حقوق ملل چاپ ششم ص 52 ) . از افراد طبیعی به عنوان اعضای يك سیستم حقوقی پرسیده نمی شود که آیا آنها قواعد حقوق را پذیرفته اند یا خیر ، و به آنها اجازه داده نمی شود که رضایت شان را پس بگیرند . آنها یا حقوق را اطاعت می کنند و یا خودشان را مواجه می بینند با مجازات یا حذف ( طرد یا نفی بلد ) از جامعه زمانی که قواعدش را آنها خودداری می کنند از پذیرفتن در حالیکه شکلی در این واقعیت وجود ندارد که آرزوی همیشگی آن کسانی است که در جامعه اي زندگی می کنند که آن را کامل کنند و تضمین شود که حقوق اساسی اعضایش مورد احترام قرار می گیرد ، مشکل این نظریه این است که يك شخص نمی تواند نسبت دهد ( اسناد کند ) " حقوق " را از هر نوعی ، چه اساسی و چه غیر اساسی، به اعضاء جامعه تا زمانی که يك سیستم حقوقی وجود داشته باشد تا بتواند به آنها این ویژگی را اعطا کند .

مشکل مبنای حقوق بین الملل هیچ تفاوتی با مشکل مبنای حقوق بطور کلی ندارد . منطق به خودی خود هر پاسخ حقوقی را به این سوال ( مشکل ) حذف می کند . به عنوان مثال اظهار اینکه قاعده ي توافقات باید رعایت شوند مبنای حقوق ناتوان است از توضیح دادن آنکه چرا توافقات باید رعایت شوند ، موضوعی است که بایستی مورد تحقیق قرار بگیرد .

قوانین یا سیستم های حقوقی فقط در ارتباط با جوامع وجود دارند و مبنای حقوق باید با تجزیه و تحلیل آن مفاهیم فهمیده شوند . افراد انسانی در جوامع زندگی می کنند و دولت ها در جامعه اي ( ساده ) زندگی می کنند و بخاطر آنکه چنان کاری بکنند برخی نیازهای شان را برآورده و برخی امتیازات شان را رها می سازند . از طرف دیگر ، زندگی در جامعه فقط در صورتی امکان پذیر است که رفتار اعضای دیگر جامعه تابع يك درجه ي معقولی از قابلیت پیش بینی باشد و برخی محدودیت ها را بپذیرند . در عوض منفعتی که افراد از زندگی در جامعه بدست می آورند ، اعضای دیگر اصرار دارند به رعایت آن افراد از این ممنوعیت ها و محدودیت ها . عدم رعایت عمده و گسترده به معنی از هم گسیخته شدن جامعه است و این ضمانت اجرای نهایی است ، جهت جلوگیری کردن از اینکه تمام ضمانت اجرای ضعیف تر تحلیل شوند و تنوری وار پذیرفته شوند .

آنچه که مشخص می سازد هر عضوی از يك جامعه را این فرض است از سوی شخصی مربوطه که وي يك عضوی از آن است یا در مورد يك خارجی که وي نمی باشد . این حسن تعلق يك ضمانت اجرای قابل حصولی را مطرح می کند یعنی تهدید به اخراج یا تبعید ( نفی بلد ) . در قرون هجدهم و نوزدهم پذیرفته شدن به خانواده ملل متمدن يك امتیاز تلقی می



شد. شناسایی عضو جدید از سوی اعضای موجود موجب اعطای امتیاز پذیرفته شدن به جامعه دولتها می شد که روابط دوجانبه اش تنظیم می شد توسط قواعد حقوق که در حدود آن قواعد قابل پیش بینی و منظم و مرتب می شد.

چه کسی حقوق را می سازد؟

جوامع در حال رشد، با درک فواید (مزایای) مربوط به محدود نمودن رفتار اعضای شان در چهارچوب حدود مربوط به قابلیت پیش بینی آنها، شروع نمودند به اعمال فشار جمعی به اعضای متمرّد و نافرمان شان در چهارچوب این محدودیت ها جهت محدود نمودن رفتارشان. از اینجا، گاهی هرچند ناچیز برداشته شد به سوی مجازات آن کسانی که به آن محدودیت ها تجاوز نمودند. واقع شدن (قرار گرفتن یا ماندن) و باقی ماندن در درون جامعه به معنی و مستلزم تسلیم شدن به قواعدش می باشد. ریشه آن قواعد هرگز مورد بازخواست قرار نگرفته است یا اگر مورد بازخواست قرار گرفته، پاسخی داده شده و صرفاً با این بیان که (با اظهار اینکه) آن ناشی از جمع (جمعی بودن) " به دلیل وجود خود جامعه " می باشد که آنها را (قواعد را) بوجود آورده است. اصرار اینکه همانطور که برخی چنین می گویند که قبل از اینکه بتواند یک سیستم حقوقی وجود داشته باشد بایستی اشخاص یا نهادی وجود داشته باشند که حقوق را بسازند، از نظر تاریخی کوتاه بینی است (زیرا برخلاف تحولات تاریخی - اجتماعی است): بخاطر اینکه این اظهار نظر برخلاف تحول تاریخی جوامع در سرتاسر جهان است. البته خلق (شکل گیری) یک قوه ی مقتنه، یک نقطه یا مرحله ی مهمی در تحول یک جامعه است اما اهمیت این گام به تعداد اعضایش بستگی خواهد داشت. چنانکه تعداد اعضا به میلیون ها نفر می رسد، بدون اعتماد کردن به یک نهاد کوچک تر جهت ایجادشان مشکل است فهم اینکه چگونه حقوق و قوانین بتوانند شکل بگیرند. اما جایی که تعداد اعضا کاملاً کوچک است (و تعداد دولت ها در جهان امروزه فقط 160 می باشد) امکان شکل گیری حقوق بدون وجود یک قوه ی مقتنه وجود دارد.

امروزه حقوق (قوانین) اکثراً به همان شیوه ای که در جوامع رشدنیافته (ابتدایی) شکل می گرفتند، در داخل سیستم حقوق بین الملل شکل می گیرد و هنوز در قبایل بدوی شکل می گیرد یعنی از طریق واکنش متقابل رفتار هر فرد نسبت به دیگری شکل می گیرد. بخاطر اینکه این یک فرآیند مداومی بوده است. محدوده ها (حدود) برخی از انواع رفتار از قبل شناخته شده اند؛ اما در دیگر موارد، این حدود (محدوده ها) فقط از طریق اول یعنی اقدام کردن و سپس مشاهده کردن عکس العمل (واکنش) می تواند مشخص شود و بقیه جامعه ی بین الملل از آن بدهد و به همین دلیل است که عرف مبتنی بر رویه دولت ها مهم ترین منبع حقوق بین الملل بوده و خواهد بود. حال مجمع عمومی سازمان ملل متحد فرصتی فراهم می کند برای تسریع فرآیند شکل گیری حقوق از طریق رویه دولتها، از آنجایی که آن عمل می کند برای جامعه بین الملل به عنوان یک میدانی که در آن عکس العمل (واکنش) جمعی را در قبایل اعمال فردی دولت ها و دیگر تحولات و پیشرفت های مهم و خطیر معاصر، ثبت می کند. اما از باب احتیاط ذکر این مطلب ضروری است که دولت ها ممکن است در این میدان عکس العمل یا واکنش نشان دهند نه بر اساس اعتقاد حقوقی بلکه بیشتر بر اساس انگیزه های سیاسی؛ یعنی برایشان مهم نیست (تفاوتی ندارد) که آن عمل برخاسته از قانون باشد یا معتبر (عملی که در قبایل آن واکنش نشان می دهند).

یکی از اشکالات نبود یک قوه ی مقتنه (مرجع قانونگذاری) این است که کشف یا درک محتوای حقوق بسیار مشکل تر می شود. اگر قوانین نوشته نشوند و صادر نشوند به شکل فرمان یا حکم توسط یک مرجع قانونگذاری، از کجا یک شخص می تواند راجع به محتوا و مفاد قانون اطلاعاتی کسب کند؟ در جامعه ی بین المللی این مشکل نسبتاً از طریق استفاده از معاهده حل شده است و به همین خاطر است که معاهدات هم نقش قراردادهای را ایفا می کنند و هم تا حدودی نقش قانونگذاری را ایفا می کنند. هم اکنون بسیاری از معاهدات وجود دارند که دولت ها (حکومت ها) ممکن است به خوبی ندانند که تعهدات قراردادی شان (معاهده ی ایشان) در مورد هر موضوع خاصی دقیقاً تا چه حدودی است. طبقه بندی دیگر امروزه دورانش به سر رسیده است و امروزه فقط از طریق استفاده از امکانات مربوط به کامپیوترها (رایانه ها) مثل حفظ، ثبت و نگهداری بخاطر آوردن مجدد اطلاعات است که دولت ها قادر خواهند بود که به قسمت رو به رشد حقوق بین الملل که ریشه و منبع آن در معاهدات است، دسترسی داشته باشند.

دلیل وجودی حقوق (ادله مربوط به وجود قواعد حقوق) که شکل می گرفت توسط عرف در گذشته فقط یافت می شد در بایگانی های حکومت و این ها یا محرمانه بودند یا اگر قابل دسترس بودند، پنهان می ماندند در میان انبوهی از کاغذها

و مدارك دولتي كه هيچ نقشي را در حقوق بين الملل ايفا نمي كردند . چنين ادله اي امروزه فقط از طريق انتشار در برخي از دولت ها به صورت خلاصه هايي از رويه دولتي در زمينه حقوق بين الملل قابل دسترس مي شوند .

چرا حقوق ثبت مي شود ؟

مردم حقوق را رعايت و تبعيت مي كنند چون آنها را براي خودشان مفيد و داراي منفعت مي دانند و لذا آت را رعايت مي كنند . اما از آنجايي كه مردم هميشه حقوق را رعايت نمي كنند و برخي اوقات هم آن را فقط بخاطر ترس از تبعات نقض آن رعايت مي كنند ، آن بيان نياز به توضيح بيشتري دارد ؛ هر عضوي از جامعه يك انگيزه فردي يا شخصي دارد و يك انگيزه عمومي : در مورد اولي وي اهداف خودش را دنبال مي كند . عموماً در رقابت با . . . و به قيمت ناپديده گرفتن اعضاي ديگر . اما در مورد دومي ، وي آماده است تا محدوديت هاي ايجادشده توسط جامعه را در مورد رفتارش قبول کرده و همچنين در راه رفاه جامعه مشاركت داشته باشد ( به عنوان مثال ، با پرداخت ماليات ها ) كه موارد ذكرشده متضمن و دربردارنده ي نفع عمومي است ؛ بخاطر اينكه اين اوست كه تشخيص مي دهد آنچه كه به نفع عموم است كه اين امر به نفع وي نيز به عنوان يك عضوي از جامعه مي باشد اگرچه آن مي تواند در حالت انفرادي عليه منافعش نيز باشد . لذا اين معنا از واژه ي « منفعت يا فايده » مدنظر است كه بيان مطروحه در جمله ي اول از اين پاراگراف معنا مي شود .

اگر اين حقيقت داشته باشد اين بدان معناست كه مردم از قوانين تبعيت مي كنند بخاطر اينكه تا حد زيادي آنها با قوانين موافق هستند . اگر جامعه ، جامعه اي دموكراتيک آنها كمك مي كنند تا آنها ( قوانين ) شكل بگيرند يا حداقل بطور ساكني به شكلگيري شان رضاييت ضمنی داشته باشند . احتمالاً فقط در دولت هاي تماميت خواه قوانين از سوي اكثريت مهمي از جمعيت مورد تنفر و انزجار قرار داشته باشد كه در اين حالت نياز مي شود كه تبعيت از قانون از طريق زور تحمیل شود .

هيچ جامعه ي آزادي نمي تواند براي مدت زمان طولاني وجود داشته باشد اگر دليل تبعيت مردم از قانون ( حقوق ) صرفاً بخاطر اين باشد آنها اگر تبعيت نکنند مجازات خواهند شد . اولين و قديمي ترين مثال هاي اجبار به اجرائي حقوق ( يا قوانين ) درگير هستند با اقدام جمعي و خودبخودي ( يا از روي طيب خاطر ) ديگر اعضاي جامعه . « داد و فرياد و قيل و قال به دنبال جاني ( cry & hue ) در انگلستان آنگلو سكسون يك مثال خوبي است . تاسيس و ايجاد نيروهاي پليس در جوامع غربي يك پديده ي نسبتاً نوين است ؛ سيستم هاي حقوقي قبلاً و قرن ها قبل از ورودشان وجود داشته است . فقدان يا غيبت نيروي پليس در ارانه ي خدمات به جامعه بنابراین يك عامل مربوطه در فهم ماهيت حقوق چه در زمينه ي ملي ( داخلي ) و چه در زمينه ي بين المللي نمي باشد .

استفاده از زور قانوني و غير قانوني

از لحاظ اينكه ميان تمام رفتارهاي بشري كدام نياز به محدود شدن دارد اگر قرار است كه وي در جامعه زندگي كند ، آن استفاده از زور است كه از اهميت بيشتري برخوردار است ( مهمترين است ) . از طرف ديگر ، توانايي جامعه در حفظ يك نيرو ( زور ) نظامي بزرگتر ( قوي تر ) از آن زوري كه بكار گرفته مي شود [ عليه وي ] در شورش هاي داخلي و متجاوزين خارجي از آن استفاده مي كنند ، معيار و محكي است براي سنجش توانايي اش براي بقا ( زنده ماندن ) . اين دو جنبه متفاوت از استفاده ي از زور در مواجهه با يكديگر عمل مي كنند . بخاطر اينكه استفاده از زوري كه توسط اعضاي جامعه در شرايطي ممنوع شده است به موجب قانون مي تواند كنترل شده و جلوگیری شود و متخلفين از طريق استفاده كردن از زور بيشتري و به اندازه اي كه بقای جامعه نياز دارد ، مجازات شوند .

آنچه كه جوامع بشري را از جامعه ي دولت ها متمايز مي سازد اين است كه دومي ( جامعه دولت ها ) از آنجايي كه متضمن و دربردارنده ي تمام دولت ها در دنيا مي شود ، تاكنون هيچ زور خارجي كه عليه آن باشد و آن بايد زوري را از خودش مهيا كند جهت زنده ماندن و بقا [ جهت عكس العمل نشان دادن در مقابل آن زور خارجي ] نمي شناسد ( و وجود ندارد ) . لذا در حقوق بين الملل هيچ زوري در اختيار كل جامعه وجود ندارد . لذا نتيجه اين شده است كه جامعه ي بين المللي بسيار مشكل مي بيند اين امر را كه شخصي كه رفتار دولت ها در رابطه با استفاده فردي شان از زور ؛ و ناتواني نسبي اش ، حتى امروزه جهت تجويز قواعد الزام آور در اين قلمرو ، محدوديت هايي را ايجاد کرده است در

اعانه ( کمک و سهم ) حقوق بین الملل در قالب بندی ( ترکیب دادن ) دولت ها جهت تبدیل شدن و داخل شدن در اندرون یک جامعه ی واحد . اما به هر حال ، قاعده حکومت قانون بایستی وجود داشته باشد قبل از اینکه آن بتواند اعمال و اجرا شود [ از طریق زور ] . و منشور ملل متحد که تدوین و ترسیم شده توسط فاتحین یک جنگ خونین بر دو قاعده ی اساسی راجع به استفاده از زور توسط دولت ها موافقت کردند :

( الف ) : " . . . تمام اعضا باید خودداری کنند در روابط بین المللی شان از تهدید یا استفاده از زور علیه تمامیت ارضی یا استقلال سیاسی هر دولت . . . ( ماده ی 224 ) "

( ب ) : " هیچ چیزی در منشور حاضر نباید آسیب بزند به حق ذاتی دفاع مشروع فردی یا جمعی [ علیه ] یک حمله ی مسلحانه . . . ( ماده ی 51 ) "

در روابط بین الملل بنابراین در دفاع مشروع استفاده از زور قانونی است و استفاده از زور در دیگر شرایط و اوضاع و احوال ( مگر با مجوز خود سازمان ملل یا استفاده از زور از جانب و به نیابت از آن ) غیر قانونی است البته با رعایت آنچه که گفته خواهد شد در فصل 13 جایی که این موضوع با تفصیلات بیشتر مورد بررسی قرار خواهد گرفت .

در حال حاضر جامعه ی بین الملل در تحمیل کردن این قواعد و مجازات تخلفات آنها ، ناتوان است . اما این ویژگی حقوقی شان را از آنها نمی گیرد اما عدم مجازات یا بدون مجازات ماندن نقض قوانین ، حقوق را بی آبرو و رسوا می سازد . اما به هر حال ، اجرای حقوق هرگز نمی تواند موثرتر شود تا زمانیکه جامعه امکانات مربوط به آن را فراهم ساخته باشد ( امکانات مربوط به آن جهت رسیدن به این هدف را فراهم ساخته باشد ) ، و تا رسیدن به آن مرحله سیستم حقوقی بین الملل مجبور خواهد بود تا تحت این ضعف کار کند تا اینکه یک زمانی سیستم به آن مرحله ی تکاملی دست یابد .

رابطه ی بین حقوق بین الملل و حقوق داخلی در آینده

همانند بسیاری از مباحث تنوری بحث برانگیز ( تنوری ) ، مسئله ی رابطه ی بین حقوق بین الملل و حقوق داخلی فقط نفع تنوری دارد ، بدین معنی که هیچ وضعیت عملی ( کاربردی ) نمی تواند مطرح شود که در آن این موضوع مورد محک و بررسی قرار گیرد . هر وضعیت قضایی ( حقوقی ) بایستی مبتنی شود یا اختصاص داده شود یا در سطح بین الملل یا در سطح داخلی ، چرا که بین این دو سطح چیزی وجود ندارد . اگر با یک بیگانه بدرفتاری شود ، یکی از دو وضعیت یا هر دو وضعیت قضایی ممکن است مطرح شود . اگر بیگانه ای جهت محاکمه به محاکم داخلی فرا خوانده شود ( نزد محاکم داخلی آورده شود ) محاکم محل اقامت وی ، قاضی حقوق بین الملل را اعمال خواهد نمود ، و برای وی آن نهایی و قطعی خواهد بود . مقامات و مراجع قانونی متبوع بیگانه ممکن است در سطح دیپلماتیک مداخله کنند و به مسنولیت بین المللی کشور یا دولت دیگر استناد کنند . اگر موضوع مطرح شود نزدیک دادگاه که دارای صلاحیت بین المللی است ، آن مرجع حقوق بین الملل را اجرا خواهد کرد و رأی و تصمیم دادگاه اثر نهایی خواهد داشت . نزد قاضی داخلی بی معنا ( بیهوده ) به نظر می رسد که راجع به حقوق بین الملل بحث کند : به همان ترتیب نزد قاضی بین المللی بی معنی خواهد بود که راجع به حقوق داخلی به بحث پردازد . به عبارت دیگر رابطه ی بین حقوق بین الملل و حقوق داخلی به صلاحیتی که نزد آن وضعیت یا موضوع مورد نظر برای قضاوت مطرح شده است ، بستگی خواهد داشت . اگر آن وضعیت مطروحه داخلی باشد ، حقوق داخلی حاکم خواهد بود و اگر آن وضعیت بین المللی باشد ، حقوق بین الملل حاکم خواهد شد . هیچ وضعیت بینابینی وجود ندارد .

بنابراین ، اکنون توجه را محدود می کنیم به بررسی و ملاحظه ی اینکه چه می باشد وضعیت حقوق داخلی در مورد یک پرونده که مطرح شده نزد یک صلاحیت یا مرجع بین الملل و برعکس .

حقوق داخلی نزد محاکم بین المللی

نزدیک مرجع قضایی بین المللی ، حقوق داخلی ملاحظه می شود ، اگر اصلاً مربوط باشد ، به عنوان يك واقعیّت ( به عنوان يك امر موضوعی ، عینی و خارجی ) . واقعیّت و يك امر موضوعی باید همانگونه که اوضاع و احوال مربوط

اجازه می دهد مورد بررسی قرار گیرد ، و يك اشتباه آشکار در درك و فهم يك قاعده از حقوق داخلی در ابطال يك رأی داوری ( بین المللی ) کافی دانسته شده است . همانگونه که يك اشتباه مهم مربوط به عوامل مربوط دیگر می تواند چنان اثری داشته باشد و نه بیشتر و نه کمتر .

قضیه می تواند قدری پیچیده تر شود زمانیکه قاعده ی حقوق بین الملل خودش به معیاری که یکی از قواعد حقوق داخلی است ، ارجاع دهد . این وضعیت غالباً در مورد تابعیت اتفاق می افتد . هیچ قاعده ای در حقوق بین الملل مشخص نمی کند که کدام فرد کدام تابعیت را دارد . هر دولتی آزاد است که این موضوع را خودش مشخص کند . زمانی که تابعیت فرد در يك پرونده ی بین المللی مطرح است ، این حقوق داخلی دولت تابعیت آن فرد است که بایستی مورد مراجعه قرار بگیرد . زمانیکه این تابعیت و رابطه ی فرد با دولت مدعی مورد شك و تردید قرار گیرد . حقوق بین الملل از طرف مربوطه تقاضا می کند که ادعای خود را در ارتباط با موضوع مطروحه در پرونده ثابت کند . بنابراین این امکان برای يك مرجع بین المللی وجود دارد که تصمیم بگیرد راجع به پرونده ی مطروحه نزد آن فرد مدعی ( آقای فلگن هایمر ) تابعیت ایالات متحده امریکا را ندارد . اگرچه وزارت امور خارجه اظهار می کرد که وی تابعیت امریکا را دارد ، بر مبنای تصمیم يك مرجع قضایی ایالات متحده امریکا که در ارتباط با همین موضوع صادر شده بود . بنابراین ، گرچه فلگن هایمر مطابق قانون تابعیت ایالات متحده امریکا هنوز يك تبعه ی امریکایی محسوب می شد ، مرجع قضایی به این نتیجه رسید که ادله و مدارک به اندازه ی کافی ثابت نمی کند که وی در زمره ی اشخاص دارنده تابعیت امریکا قرار می گیرد یعنی مشمول عبارت « اتباع امریکایی » مندرج در معاهده ی صلح بین قدرت های متحدین و ایتالیا مورخ 1947 نمی شود لذا نمی تواند درخواست خسارت محتمله در خلال جنگ جهانی دوم را از آن ثابت کند .

#### حقوق بین الملل نزد محاکم داخلی

اصولاً حقوق داخلی ممکن است حقوق بین الملل را نادیده بگیرد : اگر دولتی قواعد حقوق بین الملل را وارد حقوق داخلی اش کند ، آن دولت آن رفتار را با انتخاب آزاد و مناسب تشخیص داده انجام داده است . تعدادی از دولت ها در قانون اساسی شان مقرر نموده اند که قوانین شان باید هماهنگ با حقوق بین الملل باشد و اگر دولت ها تضمین می دهند با یک یا چند راه حل که برای حل ( حل و فصل ) اختلافات مطروحه نزد محاکم داخلی شان حقوق بین الملل مورد استناد قرار گیرد . دلایل منطقی ای برای چنین رفتاری وجود دارد ، از آنجایی که به ماهیت پرونده مربوط می شود چنین دعاوی ای ممکن است دوباره در سطح بین الملل مطرح شوند بعد از آنکه محکمه داخلی حکم نهایی را صادر کرده باشد . در این سطح بین الملل دیگر نه قوه قضائیه و نه حتی قوه مقننه ، مسئولیتی ندارند بلکه این قوه مجریه است که به نام دولت پاسخگو به دولت دیگر و یا دولت های درگیر در پرونده است ، و این امکان نیز وجود دارد که مکلف به پرداخت خسارت شود. در پرونده مورتسن علیه پی ترز ( ) ( mortensen v . peterr ) دادگاه عالی عدالت ، اسکاتلند ، 1906 یک مثال خوبی را ارائه می دهد . مطابق قانونی که مصوب پارلمان بود ، ماهیگیری توسط « هر شخصی » را در موری فیرث ( moray firth ) حتی خارج از محدوده 3 مایلی را جرم قلمداد کرده بود . قانون اعمال شده بود بر مورتسن ، یک تبعه دانمارکی ، که وی مدعی بود که حقوق بین الملل منع می کند اعمال حقوق اسکاتلند را بر بیگانگان واقع در خارج از مرزهای صلاحیت قضایی پادشاهی متحد ( یعنی حد 3 مایل ) . قضات اعلام کردند که « برای ما قانون پارلمان عالیترین مرجع محسوب می شود و ما متعهد هستیم از قواعدش ( شروطش ) پیروی ( تبعیت ) کنیم » و بیان کردند که عبارت « هر شخصی » شامل بیگانگان نیز می شود . در نتیجه گرفتن جریمه مالی در آن پرونده ، وزارت امور خارجه دانمارک یک اعتراض دیپلماتیک طرح کرد ؛ و حکومت پادشاهی متحد ( انگلستان ) مورد رد و انکار قرار داد تفسیر صورت گرفته توسط دادگاه را ، و مکلف شد تا عذر خواهی کند و مبلغی را بابت جبران خسارت پرداخت نماید . بخاطر اجتناب از این نوع تعارض است که دولت ها تلاش می کنند تا تضمین کنند که حقوق داخلی شان حقوق بین الملل را منعکس می کند و حتی در جایی که ضروری است آن را وارد و داخل کنند [ به حقوق داخلی ] یعنی حقوق بین الملل را وارد حقوق داخلی کنند . به تکنیک هایی که مورد استفاده قرار می گیرد برای انجام چنین کاری متفاوت می شود به لحاظ اینکه حقوق بین الملل مورد نظر مبنای مشاهده ای داشته باشد و یا عرفی .

#### معاهدات و حقوق داخلی

این حکومت - قوه مجریه - است که معاهدات را می سازد و در سطح بین الملل رضایت دولت را به متعهد شدن توسط معاهدات اعلام می دارد . امروزه برای اینکه معاهدات موثر واقع شوند بسیاری از آنها نیاز دارند که نه تنها در سطح

بین المللی بلکه همچنین در سطح داخلی به عنوان قسمتی از حقوق داخلی اجرا شوند . اما وظیفه قانون سازی در صلاحیت مقننی ( قوه مقننه ) و نه قوه مجریه می باشد . آیینی که به موجب آن معاهدات یا بطور دقیق تر ، حقوق و تکالیف ناشی از معاهدات ، "تغییر شکل می دهند" ، "درج یا داخل می شوند" ، یا صرفاً "موثر می شوند" در حقوق داخلی از دولتی به دولت دیگر متفاوت می شود . در انگلستان یک لایحه "اختیار دهنده" "enabling" به پارلمان ارائه می شود ، و فقط وقتی که آن تبدیل به قانون شد به عنوان یک قاعده موضوعه معمولی ، قوه مجریه معاهده را تصویب می کند . غالباً منبع معاهده ای حتی ذکر نمی شود در متن قانون موضوعه که بنابراین اجرا و تغییر می شود بوسیله محاکم همانند دیگر قوانین که بطور خلاصه ریشه داخلی دارند . در ایالات متحده آمریکا قانون اساسی مقرر می دارد که معاهدات "قوانین عالی سرزمین" ، را تشکیل می دهند ، اما مجلس سنا ، به عنوان یک ارگان قانونگذاری ، کمک می دهد به قوه مجریه در تصمیم گیری راجع به اینکه معاهده را تصویب کند یا نه . دول دیگر بیان می دارند که معاهدات به محض تصویب شدن ، باید توسط محاکم داخلی اجرا شوند پیرو و با رعایت به جریان افتادن یک سری قوانین اداری از قبل انتشار در یک روزنامه رسمی . در تعدادی از این دولت ها ، مثل فرانسه ، معاهده بوسیله این شیوه ، داخل می شود یا یکی شود ؛ در حقوق فرانسه : آن برای مثال ترجمه فرانسوی معاهده است ، منتشره در روزنامه رسمی ، که لازم اجرا است ، چه زبان فرانسه یک از زبانهای رسمی معاهده باشد یا نباشد . در دولت های دیگر ( مثل جمهوری فدرال آلمان و اتریش ) معاهده داخل حقوق داخلی نمی شود ( یکی نمی شود ) اما به حقوق داخلی به عنوان معاهده پذیرش می شود . در دولت های دیگر محاکم را عیناً معاهده در نظر می گیرند دیگر نیازی به تغییر شکل است و نه یک شدن جهت موثر شدن در حقوق داخلی ، قوانین موضوعه بعدی حقوق معاهده ای را اصلاح می کند . به عبارت دیگر ، این قاعده وجود ندارد که حقوق معاهده ای بر قوانین با ریشه داخلی برتری دارد .

#### حقوق بین الملل عرفی و حقوق داخلی

از آنجایی که حقوق بین الملل عرفی از رویه دولت ها منعکس می شود ، و رشد می یابد ، و از آنجایی که رویه دولت ها بیشتر در احکام محاکم داخلی و مصوبات قانونی قوانین بصورت قوه مجریه منعکس می شود ، بنابراین اگر حقوق داخلی با حقوق بین الملل عرفی مغایر باشد شگفت آور خواهد بود . بعضی قواعد که ریشه عرفی دارند ، مانند قواعد مربوط به مصونیت دولت ، اکثراً به طور انحصاری بر رویه محاکم داخلی مبتنی بوده اند . در مورد دیگر از موضوعات که خارج از قلمرو معمولی دادگاه داخلی و نظارت آن قرار می گیرد ، نتیجه این است که اگر حتی موضوع و پرونده ای مطرح شود به هیچ قاعده آماده و از پیش ایجاد شده ای از حقوق داخلی وجود ندارد که با موضوع مرتبط شود . در چنین مواردی بجای اینکه خلأ پذیرفته شود یا قانونگذاری بازی به عمل آید ، محاکم برمی گردد ( میل می کند به ) هر قاعده ای از حقوق بین الملل که برای پرونده راه حل را ارائه میکند در حالیکه اعلام می دارند که تبع یک سنت با ریشه انگلیسی - آمریکایی که « حقوق بین الملل قسمتی از حقوق خودمان است » . در حقیقت فقط در مواردی که محاکم داخلی نیاز به پرکردن خلأ دارند ، این واقعیت دارد . در صورت وجود یک قانون موضوعه ، یا تصمیم ناشی از دادگاه عالی از نظر سلسله مراتب ، دادگاه حقوق داخلی را تبعیت خواهد کرد ، حتی اگر مغایر با حقوق بین الملل باشد .

اغلب موردی که با این موضوع پیچیده می شود این است که دادگاه نیاز پیدا می کند به ادله مربوط به یک واقعیت یا وضعیتی که تصمیم گیری راجع به آن از سوی خودش خارج از صلاحیتش می باشد و مربوط به موضوعاتی هم می شود که با حقوق بین الملل درگیر هستند . برای مثال ، اینکه آیا دولت در وضعیت جنگ است یا صلح موضوعی نیست که هر دادگاه داخلی بتواند به طور مناسب تصمیم بگیرد . همینطور اینکه اشخاص موجود در طرف رسیدگی قضایی حکومت یک دولت خارجی هستند یا صرفاً گروهی از شورشیان می باشند چیزی است که حکومت به عنوان یک موضوع مربوط به سیاست ، تصمیم گیری می کند . یک دادگاه داخلی به سادگی صالح نیست چنان تصمیمی را اتخاذ کند و فقط می تواند از قوه مجریه برای پاسخ دادن به سوال درخواست کند و همینطور مطالب فوق قابل اعمال است در مورد این موضوع که آیا یک منطقه جغرافیایی داخل در قلمرو و مرزهای یک دولت خارجی قرار می گیرد یا خیر ؛ رفتار قوه مجریه با بیگانگان در خارج از سرزمین دولت ( عمل دولت ) در انگلستان ، خارج از صلاحیت محاکم داخلی محسوب می شود اما این فقط یک مثالی است از این واقعیت که این واقعیت که این حقوق بین المللی است که حل و فصل می کند یا حدود صلاحیت قضایی داخلی را و بنابراین صلاحیت محاکم داخلی را مشخص می کند . مطابق مطالب فوق این حقوق بین الملل که حدود خارجی اجرای سرزمینی قوانین داخلی را مشخص می کند . یک قانون موضوعه انگلستان ممکن است به خوبی اجرا شود بر انگلستان اما نه به همانصورت (و به همان راحتی ) بر اسکاتلند اگر متنی چنان بگوید ، اما آن قطعاً نمی تواند اعمال شود بر فرانسه ، گرونلند یا قطب شمال ، چه متنی به صراحت بگوید و یا نگوید .

## منابع و ادله [حاکمی از وجود قواعد حقوقی] حقوق بین الملل

تفاوت بین منابع و ادله حقوق بین الملل این است که اولی واقعاً حقوق را می سازد ، در حالیکه دومی صرفاً قصد دارد ( در نظر دارد ) تا آن را بیان کند . معاهدات ، عرف و اصول کلی حقوق منابع هستند : تصمیمات قضایی و دکترین ، تشریح شده در ماده 38 اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری به عنوان « وسایل کمکی » ادله می باشند .

### منابع حقوق بین الملل

حقوق چگونه ساخته می شود ؟ هیچ مرجع قانونگذاری جهت گذراندن قوانین برای اعضای جامعه بین الملل وجود ندارد . مجمع عمومی سازمان ملل متحد به ایفای این وظیفه نزدیک شده است اگرچه قطعنامه هایش از اثر حقوقی از الزام آور بودن برخوردار نیستند مگر در مورد موضوعات مربوط به خود سازمان . بنابراین هرگونه قیاس با منابع هر حقوق داخلی ( مثل حقوق انگلیس یا حقوق فرانسه ) بنابراین گمراه کننده است . هیچ بیان مقتدر ( قاطع ) و جامعی از منابع در هر سیستم حقوقی نمی تواند وجود نداشته باشد . در عوض به آنچه که دیوان بین المللی دادگستری به آن هدایت شده است جهت اعمال آن به عنوان حقوق بین الملل اشاره می تواند صورت گیرد و این مقرر شده است در ماده 38 اساسنامه دیوان که به عنوان یک قسمت تشکیل دهنده ( تکمیل کننده ) منشور سازمان ملل متحد ، دارای همان اعتبار متنی ( منشور ) را دارد . ماده 38 به قرار ذیل بیان می دارد :

1- دیوان که وظیفه اش تصمیم گرفتن است مطابق حقوق بین الملل در مورد دعاوی که به آن تسلیم می شود ، اعمال خواهد کرد [ باید اعمال کند ] :

( a ) کنوانسیونهای بین المللی ، چه عام و چه خاص ، که قواعد را ایجاد می کنند که توسط دولت های تصدیق کننده به صراحت به رسمیت شناخته شده اند؛

( b ) عرف بین الملل به عنوان دلیل یک رویه عمومی پذیرفته شده به عنوان حقوق ؛

( c ) اصول کلی حقوق پذیرفته شده ( به رسمیت شناخته شده ) توسط ملل متمدن؛

( d ) با رعایت مقررات ماده 59 ، تصمیمات قضایی و آموزه های حقوقدانان متخصص در حقوق عمومی که از بالاترین کیفیت برخوردارند و از میان ملل مختلف می باشند ، به عنوان وسایل کمکی برای تعیین قواعد حقوق .

همانگونه که لاتر یاخت نوشته است ( کتاب حقوق بین الملل : مقالات (مجموعه مقالات) ، جلد اول ، کلیات صفحه 87( 970 ) ) :

« نظمی که در آن منابع حقوق بین الملل در اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری برشمرده شده اند ، اساساً ، مطابق با اصل حقوقی صحیحی است و هماهنگ است با ماهیت حقوق بین الملل به عنوان یک مجموعه ای از قواعد مبتنی شده بر رضایت . . . وقتی یک دعوی بین دو دولت مطرح می شود در مورد یک موضوعی که تنظیم شده توسط معاهده، آن طبیعی که طرف ها استناد کنند . . . در اولین وهله ، به مقررات معاهده در مورد موضوع مورد بحث .

مابقی این فصل تفسیری مبتنی بر متن ماده 38 می باشد .

### معاهدات

معاهدات، همانند قراردادها، تعهدات را مابین طرف ها نسبت به آنها خلق می کنند.

« کنوانسیونهای بین المللی » اسم دیگری برای معاهدات می باشد. « چه عام و چه خاص » به سادگی چه به معاهده ای که بسیاری از دولت ها از طرف های آن هستند (عام) و چه به معاهداتی که فقط تعدادی از دولت ها مربوط می شود یعنی فقط دولت های تصدیق کننده (رضایت دهنده) را شامل می شود (خاص). معاهده بین دو دولت ، معاهده ی دو جانبه نامیده می شوند ؛ معاهده ای که بین بیشتر از دو دولت منعقد شده است « چندجانبه » نامیده می شود . معاهدات قواعد را ایجاد می کنند که به صراحت توسط دولت های تصدیق کننده به رسمیت شناخته شده اند ؛ معاهدات حقوق نمی سازند ( با اجرای عام ) بلکه قواعد می سازند ( مجری بین طرف ها ) آنها به صراحت به رسمیت شناخته شده اند وقتی دولت یا یک اقدام اختیاری ( داوطلبانه ) طرف معاهده می شود ، یعنی وقتی آن معاهده را به صورت دیگری تصویب می کند توسط مقرراتش متعهد ( مقید ) می شود . قواعد معاهده برای طرف ها حقوق می شوند بخاطر وجود حقوق معاهدات که این اثر را به آنها می دهد ، به همان طریق که مطابق حقوق داخلی یک قرارداد می تواند حقوق را بخاطر اثر حقوق قرارداد وارد روابط طرف ها کند.

سرایان سینکلر در کتاب خودش تحت عنوان « کنوانسیون وین راجع به حقوق معاهدات » ( چاپ دوم ) ( 1948 ) انتشارات دانشگاه منچستر ) می نویسد : « . . . منبع قواعد حقوقی حاکم بر انعقاد ، شکل گیری ، تفسیر و اعتبار معاهدات چیست ؟ قبل از انعقاد کنوانسیون وین راجع به حقوق معاهدات ، یک شخص مُعتمد ( مُعتقد ) کامل بیان می کرد که منبع اگر قواعد حقوق معاهدات در عرف بین الملل قرار دارد که نشان دهنده رویه عام پذیرفته شده به عنوان حقوق می باشد . . . ( اما ) . . . منبع بنیاتی ترین اصل حقوق معاهدات - یعنی اصل وفای به عهد . . . می تواند فقط باشد و هست - فرا حقوق از نظر ماهیت . »

#### معاهدات حقوق ساز

از نظر ادبی ، چنین چیزی به عنوان معاهده قانون (حقوق) ساز وجود ندارد ، اما از آنجایی که تقریباً تمام نویسندگان در مورد موضوع مورد نظر این نام را داده اند به یک سری از معاهدات از دسته های خاص ، همان اصطلاح اینجا بکار رفته است . در فقدان یک مرجع قانونگذاری ، دولتها غالباً آن را مناسب دیده اند ( یافته اند ) که یک معاهده چند جانبه ای را مُنعقد کننده ، که هدف آن اعطای حقوق و تکالیف دو جانبه ( دو طرفه ) نمی باشد به طوری که بیان می کند به یک طریقه جامع چیزی را به صورتی که از نظر آنها آن چیز حقوق می باشد یا باید که باشد .

یک نام بهتر بنابراین معاهده بیانگر « حقوق » **law- stating** می باشد - قواعد مقرر شده در یک معاهده بیانگر حقوق مقید می کند طرف های دولتی آن معاهده را به همان شیوه و طریقه ای که هر معاهده دیگری می کند ؛ اما این دولت ها همچنین « مقید » هستند بدون در نظر گرفتن ( بی ارتباط ) معاهده بخاطر اینکه از نظر آنها معاهده بیانگر و بیان کننده ی حقوق است . اینکه یک معاهده ی بیانگر حقوق ، حقوق می سازد بستگی خواهد داشت نه به هر زوری که در داخل معاهده ( ذاتی معاهده ) است بلکه بستگی خواهد داشت به رویه بعدی دولت ها ، و بویژه رویه و رفتار اتّخاذه نسبت به قواعدی که آن در بردارد توسط دولت های ثالث ، اگر دومی بپذیرد و بیان جدیدی از حقوق را که در معاهده مندرج است ، و رویه خودشان را با آنها هماهنگ کنند ، بخاطر اینکه آنها هم فکر کنند که این حقوق است یا حالا باید باشد ، سپس آن چیزی است که تبدیل به حقوق می شود . اما هر بیان دیگری از حقوق به غیر از شکل معاهده ای ، مانند بیان مُندرج در یک قطعنامه مجمع عمومی سازمان ملل متحد ، بیشتر مقتدرانه تر خواهد بود به همان شیوه اگر رویه معاصر و آینده دولت ها بیان می کردند که آن بیان ، یک بیان صحیحی است .

یک معاهده «بیانگر حقوق» که تبدیل شد به «سازنده ی حقوق» بود کنوانسیون بین المللی راجع به قوانین عرفهای جنگ زمین 1907 ( کنوانسیون لاهه شماره : ( V ) مقدمه مشتمل بر این عبارت است « . . . تا زمانی تدیون یک کد کاملتر از قوانین جنگ که می تواند بعداً تدوین شود ، . . . طرفهای آن را به صلاح می بینند که اعلام می دارند . . . » مثالهای دیگر هستند : اعلامیه پاریس 1856 ( راجع به بیطرفی در جنگ دریایی ) ؛ کنوانسیون ژنوساید 1948 و منشور سازان ملل متحد به خصوص بند 3 ماده 2 و بند 4 ماده 2 .

برای مطالعه ی بیشتر :

بند 3 ماده ی 2 منشور ملل متحد : کلیه اعضاء اختلافات بین المللی خود را به وسایل مسالمت آمیز به طریقی که صلح و امنیت بین المللی و عدالت به خطر نیافتد، حل خواهند کرد.

بند 4 ماده ی 2 منشور ملل متحد : کلیه اعضاء در روابط بین المللی خود از تهدید به زور یا استفاده از آن علیه تمامیت ارضی یا استقلال سیاسی هر کشوری یا از هر روش دیگری که با مقاصد ملل متحد مابینت داشته باشد خودداری خواهند نمود.

#### معاهدات سازنده سازمانهای بین الملل

دیوان بین المللی دادگستری اعلام کرد که منشور سازمان ملل متحد را با یک شخصیت عینی یعنی یک چیزی که بر غیر اعضا نیز الزام آور است ، خلق کرده است. در قضیه پرداخت خسارات ( 1949 ) دیوان بین المللی دادگستری مشاوره داد که سازمان ملل متحد صلاحیت دارد یک دعوی بین المللی علیه اسرائیل اقامه کند ، در آن زمان عضو سازمان ملل نبود ، بخاطر قصور در حمایت به اندازه کافی از یک مأمور رسمی سازمان ملل که آنجا توسط تروریست ها به قتل رسید . هر سازمان بین المللی خلق شده توسط یک معاهده بین دولت ها احتمالاً وجود « عینی » تا حدودی داشته باشد .

#### عرف

تعریف عرف : هیچ تعریفی از عرف وجود ندارد ، اما توصیف آن به عنوان یک رویه عام پذیرفته شده به عنوان حقوق،متضمن و دربردارنده بیشترین عناصر تشکیل دهنده عرف است.

#### رویه دولت ها

رویه دولت توسط اقدامات آن و رفتارش در روابط بین المللی با دیگر دولت ها نشان داده می شود . وقتی که واضح و آشکار شود که هر دولتی به یک شیوه عمل می کند ، یا رفتار مشابهی در قبال فعل یا ترک فعل دیگر دولت ها اتخاذ می کند ، رویه متحدالشکل برای یک دوره ی زمانی معینی ، رویه پایدار ( ثابت،یکنواخت ) است . رویه دولتی که هم متحدالشکل و هم یکنواخت است «رویه متداول «usage» را خلق می کند.

عرف به یک « رویه عام » نیاز دارد ؛ هیچ جواب دقیقی به این سوال نمی تواند داده شود که چطور و به چه نحو و کیفیتی عام بودن رویه نیاز دارد که باشد . تا زمانی ( مادامی که - به شرطی که ) یک گروه از دولت ها رویه را پیروی می کنند ، و آن را می پذیرند به عنوان حقوق ، یک عرف وجود دارد . تمام عرفها به یک نحو ( شیوه ) شروع شده اند ، و به طور روزافزونی اجرای جهانی پیدا می کنند اگر دولت های بیشتری رویه شان را با آنها هماهنگ کنند . در قضیه راجع به فلات قاره ( ) Tibya , Malta 1985 ICJ دیوان استدلالات طرفها را مورد بررسی قرار داد در مورد رویه دولت ها در زمینه تحدید حدود فلات قاره ، و اهمیت چنین رویه ای آنگونه که تصریح شده در تعداد حدود هفتاد توافق نامه منتشره در مورد تحدید حدود فلات قاره . دیوان « هیچ تردید نداشت » ، در مورد اهمیت رویه دولتی در این موضوع ، « اما آن رویه به هر حال و هرگونه تفسیر شود،توان ثابت کردن وجود قاعده ای را نداشت... »

#### یک دوره ی زمانی

در قضیه فلات قاره دریای شمال ( 1969 ) ICJ دیوان در مورد دوره ی زمانی ضروری برای شکل گیری یک عرف بیان داشت : « اگرچه گذشت فقط یک دوره زمانی کوتاه ضروری نیست ، یا به خودی خود مانعی برای شکل گیری یک قاعده جدید از حقوق بین الملل عرفی نمی باشد ، یک شرط واجب این است که در داخل دوره زمانی مورد نظر ، اگرچه ممکن است کوتاه باشد ، رویه دولتی که متضمن و دربردارنده رویه دولتهایی است که منافعشان به طور ویژه متأثر می شوند ، از نظر مقررره مورد استناد هم باید وسیع و هم بایستی واقعاً متحدالشکل باشد .



دوره ی زمانی که دیوان اشاره کرد ممکن است دیده شود ( استنباط شود ) از اوضاع و احوالی که کنوانسیون راجع به فلات قاره مفتوح بود برای امضاء در 1985 و در ژوئن 1964 لازم الاجرا شد ، در حالی که رسیدگی قضایی در فوریه 1967 آغاز شد .

پذیرفته شدن به عنوان حقوق-اعتقاد به حقوقی بودن ( ) Opinion , Juris

برای تبدیل شدن به قاعده ای از حقوق بین الملل عرفی ، یک رویه ( usage ) بایستی شناسایی شود ، توسط دولت هایی که موافق آن هستند ، به عنوان امری که دارای نیروی حقوقی الزام آور است . رویه ای که تحمیل می کند مسئولیت را تبدیل می شود به یک عرف وقتی دولت ها دیگر احساس نمی کنند که قادر هستند عمل کنند به شیوه ای متفاوت از رویه یا به عبارت دیگر احساس می کنند که آنها باید از نظر حقوقی این رویه را تبعیت کند . با ریا مسئولیت سپس تبدیل شده است به یک تعهد .

ترک فعل

رویه دولتی می تواند نشان داده شود نه تنها فقط بوسیله فعل ( افعال ، اعمال ) بلکه همچنین بوسیله رفتارها از جمله یک ترک فعل . اهمیت حقوقی چنین رفتار منفی می تواند فقط بوسیله انگیزه اش قضاوت شود. در قضیه لوتوس ( Lotus ) ( PCIJ-1927 دیوان دائمی دادگستری بین المللی بیان کرد ، « دولت ها اغلب از آغاز نمودن رسیدگی های کیفری خودداری کرده اند . . . فقط اگر چنین خودداری مبتنی شده بود بر آگاهی شان بر یک وظیفه در خودداری نمودن آن امکان داشت برای صحبت کردن از یک عرف بین المللی .

[www.lawbush.blogfa.com](http://www.lawbush.blogfa.com)

<http://www.lawbush.blogfa.com/post/140>