



انجمن علمی فقه‌پژای تطبیقی ایران



فصلنامه حقوق برای بین الملل

Volume 3, Issue 2, 2025

Humanitarian Soft Law in the Light of The Practice of National Courts Affiliated with the Civil Law Legal System

Farid Beyranvand*¹

1. Law Department; Faculty of Law, South Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran. (Corresponding Author)

ARTICLE INFORMATION

Type of Article:

Original Research

Pages: 17-34

Corresponding Author's Info

ORCID: 0000-0002-1654-6660

TELL: +989113232336

Email: Faridbayranvand@gmail.com

Article history:

Received: 29 Mar 2025

Revised: 14 May 2025

Accepted: 15 Jun 2025

Published online: 22 Jun 2025

Keywords:

Domestic Courts, Soft Law,
International Humanitarian
Law, Legal System, Civil law.

ABSTRACT

National courts sometimes encounter pre-produced soft law, and sometimes they appear as “producers of soft law” by creating practices that contradict existing rules. Pre-produced soft law in the light of national court practice has three very important functions: using soft law as a tool for interpreting hard rules and norms; strengthening pre-produced soft law and helping to transfer it to the space of hard law by creating new customary rules. Subjects of law in the field of international humanitarian law seek to achieve their rights in national courts by using soft law instruments. In this research, which was conducted using library data and based on the analytical-descriptive method, we asked how the practice of national courts affiliated with Civil law legal systems deals with the invocation of soft law by subjects of law in the field of humanitarian law. The research findings indicate that these courts are less likely to play the role of soft law producers due to the lack of sufficient tools.



This is an open access article under the CC BY license.

© 2025 The Authors.

How to Cite This Article: Beyranvand, F (2025). “Humanitarian Soft Law in the Light of the Practice of National Courts Affiliated with the Civil Law Legal System”. *Journal of International Criminal Law*, 3(2): 17-34.



انجمن علمی فقه‌های تطبیقی ایران

فصلنامه حقوق جزای بین الملل

www.iclj.ir



فصلنامه حقوق جزای بین الملل

دوره سوم، شماره دوم، تابستان ۱۴۰۴

حقوق نرم بشردوستانه در پرتو رویه محاکم ملی وابسته به نظام حقوقی رومی-ژرمنی

فرید بیرانوند*۱

۱. عضو هیأت علمی وابسته گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران جنوب، تهران، ایران. (نویسنده مسؤول)

چکیده

محاکم ملی گاهی اوقات با حقوق نرمی که از پیش تولید شده‌اند، مواجه می‌شوند و گاهی نیز از طریق ایجاد رویه‌های خلاف قواعد موجود در قامت «تولیدکننده حقوق نرم» ظاهر می‌شوند. حقوق نرم از پیش ایجاد شده در پرتو رویه محاکم ملی دارای سه کارکرد بسیار مهم است: استفاده از حقوق نرم به‌عنوان ابزار تفسیر قواعد و هنجارهای سخت؛ تقویت حقوق نرم از پیش ایجاد شده و کمک به انتقال آن به فضای حقوق سخت از طریق ایجاد قواعد عرفی جدید. تابعان حقوق در حوزه حقوق بشردوستانه بین‌المللی با استفاده از ابزارهای حقوق نرم در محاکم ملی به دنبال احقاق حقوق خود هستند. در این پژوهش که با استفاده از داده‌های کتابخانه‌ای و بر مبنای شیوه تحلیلی-توصیفی انجام شده است، بدین پرسش پاسخ دادیم که رویه محاکم ملی وابسته به نظام‌های حقوقی رومی-ژرمنی در برخورد با استناد تابعان حقوق در حوزه حقوق بشردوستانه به حقوق نرم، چگونه می‌باشد. یافته‌های پژوهش حاکی از آن است که محاکم مزبور به واسطه فقدان ابزارهای کافی، کمتر در نقش تولیدکننده حقوق نرم ظاهر می‌شوند.

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات: ۱۷-۳۴

اطلاعات نویسنده مسؤول

کد ارکید: ۰۰۰۰-۰۰۰۲-۱۶۵۴-۶۶۶۰

تلفن: +۹۸۹۱۱۳۲۳۲۳۳۶

ایمیل: Faridbayranvand@gmail.co

سابقه مقاله:

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۱/۰۹

تاریخ ویرایش: ۱۴۰۴/۰۲/۲۴

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۳/۲۵

تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۰۴/۰۱

واژگان کلیدی:

محاکم ملی، حقوق نرم، حقوق بشردوستانه، نظام حقوقی، رومی-ژرمنی.

خوانندگان این مجله، اجازه توزیع، ترکیب مجدد، تغییر جزئی و کار روی حاضر به صورت غیرتجاری را دارند.



© تمامی حقوق انتشار این مقاله، متعلق به نویسنده می‌باشد.

مقدمه

نکته جالب توجه این است که حال که سال‌هاست از ورود حقوق نرم به حوزه حقوق بین‌الملل بشر و بشردوستانه می‌گذرد، محاکم ملی بعضی کشورها نیز با استناد به هنجارهای حقوق نرم، عملاً در نقش توسعه‌دهندگان حقوق نرم جای می‌گیرند. در پژوهش حاضر، از این مسئله سخن می‌گوییم که محاکم ملی با نظام حقوقی رومی-ژرمنی چه نقشی را در توسعه حقوق نرم بشردوستانه ایفا می‌کنند. همچنین، از آنجایی که مصادیق حقوق نرم بشردوستانه بسیار وسیع بوده و این مصادیق در روبه محاکم ملی مورد توجه قرار گرفته و در ارتباط با آن‌ها سوابقی در آراء محاکم ملی وجود دارد، تنها به ذکر چند نمونه محدود از میان سیل عظیم قضایای مطرحه در این زمینه که در کشورهای آلمان، فرانسه و هلند طرح شده و بدانها رسیدگی شده است، می‌پردازیم. به نظر می‌رسد اگرچه این محاکم ملی در بستر نظام حقوقی رومی-ژرمنی شکل گرفته‌اند، لکن در برخورد با حقوق نرم دارای رویه و کارکردهای مختلفی هستند که در نتیجه، عملکرد مختلف نظام‌های حقوقی حاکم بر آنها ایجاد شده است. قبل از ورود به بحث اصلی، لازم است مفاهیم حقوق نرم و حقوق نرم بشردوستانه مورد تبیین قرار گیرد تا ارتباط میان استناد بدین هنجارها در محاکم ملی و عملکرد محاکم ملی در برخورد با این هنجارها بهتر تبیین شوند.

در ارتباط با پیشینه پژوهش حاضر می‌توان به مقاله ایزدی تحت عنوان «نگاهی تطبیقی به اجرای حقوق بین‌الملل در محاکم ملی» اشاره نمود. از نظر نویسنده، جامعه بین‌المللی به علت فقدان اقتدارات مرکزی اعم از اجرایی، تقنینی و قضایی ساختار نامتمرکز دارد و در فقدان عوامل اجرایی مرکزی، حقوق بین‌الملل به شدت متکی به اقدامات نهادهای حقوقی داخلی است. از این میان، دادگاه‌های داخلی کشورها از بهترین ابزارهای اجرای حقوق بین‌الملل هستند. دستگاه قضایی مستقل از قوه مجریه که از استانداردهای بین‌المللی برخوردار باشد، مسلماً بهترین مرجع برای تفسیر، اجرا و توسعه حقوق بین‌الملل است. در ارتباط با نقش محاکم ملی در حقوق بین‌الملل به صورت کلی، خلأ بسیار زیادی در آثار فارسی وجود دارد. موضوع پژوهش حاضر به واسطه متغیر «حقوق بشردوستانه» و متغیر «حقوق نرم» نسبت به پژوهش‌های انگلیسی زبان نیز دارای نوآوری خاصی می‌باشد.

در عصر اطلاعات و تکنولوژی‌های نوین، ورود سریع متغیرها و عوامل جدید به عرصه روابط بین‌الملل، نیازهای تابعان حقوق در عرصه حقوق بشردوستانه بالتبع، تحولات سریعی که در بکارگیری صنعت به خصوص در حوزه مخاصمات مسلحانه، مانند به‌کارگرفتن ربات‌ها، هواپیماهای بدون سرنشین، استفاده از هوش مصنوعی و... ایجاد می‌کند، نیاز به ایجاد هنجارهای حقوقی را دوچندان می‌کند؛ لکن، منابع سنتی حقوق بین‌الملل (یعنی منابع مندرج در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌الملل دادگستری) نمی‌تواند همگام با سرعت نیازهای جدید، متحول و اصول و قواعد مورد نیاز تابعان در این عرصه را ارائه دهد (بیرانوند و همکاران، ۱۳۹۹: ۷۶-۷۵). در حقیقت، با پیچیده‌تر شدن روابط تابعان حقوق، فرمالیسم حقوقی ایجاب می‌کند که در صورت عدم وجود ظرفیت در پاسخ به نیازهای جدید تابعان، طبقه‌بندی‌های سنتی منابع حقوق به خصوص در حوزه بین‌الملل و حقوق بشردوستانه با انکسار روبرو شود؛ چرا که مسائلی از قبیل عملیات و جنگ‌های سایبری، حفاظت از محیط‌زیست و نیز اموال و میراث فرهنگی و هنری در زمان وقوع مخاصمات مسلحانه، همچنین توسل به زور برای نجات جان اتباع مستقر در خارج از قلمرو دولت، توسل به زور توسط بازیگران غیردولتی و دفاع مشروع در برابر این بازیگران و...، نگاه سنتی و مضیق به مقوله‌های تجاوز، حاکمیت، حقوق توسل به زور و حقوق مخاصمات مسلحانه را با چالش‌های اساسی مواجه کرده است. در بطن این مسائل، نیازهای اشخاص در دسترسی به کمک‌های بشردوستانه (بیرانوند و همکاران، ۱۴۰۰: ۶۶۰-۶۶۱) و تضمین حقوق اساسی بشری همچون حق دسترسی به دادرسی عادلانه در محاکم داخلی کشورها حتی برای متهمان به ارتکاب اعمال تروریستی (سلیمی و همکاران، ۱۳۹۹: ۲-۳)، حقوق اختصاصی را لازم می‌کند. منظور از حقوق اختصاصی آن است که تحلیل‌ها و استدلال‌های جدیدی ارائه می‌شوند که این تحلیل‌ها و استدلال‌ها گاه زمینه‌ساز ایجاد هنجارهایی می‌شوند که ویژگی هنجارهای سخت بین‌المللی را نداشته، لکن توسط دولت‌های بدان عمل می‌شود (بیرانوند و همکاران، ۱۴۰۰: ۶۶۰).

۱- مفهوم‌شناسی

موضوع الزام‌آوری نظام حقوق بین‌الملل از ابتدای شکل‌گیری جامعه ملل و پس از جنگ‌های جهانی اول و دوم و تشکیل سازمان ملل متحد، موضوع بحث‌های بسیاری بوده است؛ به ویژه اینکه در رأس هنجارهای حقوق بین‌الملل، هنجارهای مربوط به حقوق بشر قرار می‌گیرند. بنابراین، امره بودن قواعد بین‌المللی نقش اساسی در تنظیم روابط میان تابعان حقوق بین‌الملل دارد و اصول بنیادین نظم حقوقی جامعه بین‌المللی از آن اثر زیادی می‌گیرد (Beer, 2019: 83).

بیشتر حقوقدانان در دهه‌های گذشته، منابع هنجارها و قواعد حقوق بین‌الملل را محدود به آنچه در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری ذکر شده بود، می‌دانستند. لکن، با گذشت قریب به هشتاد سال از تصویب این ماده، در حقوق بین‌الملل تحولات بسیاری صورت گرفته که در پی این تحولات، مفاهیم نوینی به عرصه حقوق بین‌الملل وارد شده‌اند؛ از جمله این مفاهیم نوظهور - نسبت به تصویب اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری - مفهوم حقوق نرم است (بیرانوند و همکاران، ۱۳۹۹: ۷۵-۷۶).

۱-۱- مفهوم حقوق نرم

هنجارهای حقوق نرم در یک نگاه کلی، در مقابل هنجارهای حقوق سخت مطرح می‌شوند. حقوقدانان با برشماری عناصری، مفهوم حقوق نرم و هنجارهای مطرح در آن را باز می‌شناسند. این عناصر عبارتند از قاعده رفتاری بودن، ظهور در منابع فاقد قدرت الزام‌آوری، وجود اراده صریح واضعان در توسل به این هنجارها، وجود آثار عملی و نهایتاً، داشتن سیاق ویژه (علیزاده و همکاران، ۱۳۹۵: ۸۷-۸۸). در نهایت، حقوقدانان بین‌الملل معتقدند به هنجاری، حقوق نرم گفته می‌شود که تابعان حقوق بین‌الملل، علی‌رغم عنصر الزام‌آوری حقوقی این هنجارها، بدان پایبند هستند (بیرانوند و همکاران، ۱۳۹۹: ۷۵-۷۶).

در عرصه بین‌المللی، هنجارهای مختلفی را در حوزه‌های متنوع می‌توان شناسایی نمود که در رسته حقوق نرم قرار می‌گیرند. برخی از حقوقدانان معتقدند که به هنجارهایی حقوق نرم گفته می‌شود که آن هنجار در سندی آمده است که ویژگی اصلی آن اسناد بین‌المللی، نرمی است مانند قطع‌نامه‌ها، اعلامیه‌ها،

موافقت‌نامه‌های نژادگرا و... (علیزاده و همکاران، ۱۳۹۵: ۸۸)؛ آرای دیوان بین‌المللی دادگستری و دادگاه‌های بین‌المللی کیفری که در آنها، دادگاه یا محکمه در مقام بیان قاعده حقوقی نیز قرار گرفته است، جزو این اسناد شناخته می‌شوند. بر این اساس، می‌توان تصور نمود که حقوق نرم تقریباً در تمام حوزه‌های حقوق بین‌الملل قابل شناسایی است.

به‌علاوه، حقوق نرم با عملکرد خود در سه محور هم خود را توسعه می‌دهد و هم بر هنجارهای حقوق سخت اثر می‌گذارد. این کارکردها عبارتند از: استفاده از حقوق نرم به‌عنوان ابزار تفسیر قواعد و هنجارهای سخت به‌عنوان مثال، رویه دادگاه‌ها و محاکم بین‌المللی در تفسیر قواعد و هنجارهای حقوق سخت؛ تقویت حقوق نرم از پیش ایجاد شده با استناد از آنها در اسناد جدید یا رویه جدید محاکم و همچنین، کمک به انتقال آن به فضای حقوق سخت از طریق ایجاد قواعد عرفی جدید.

۱-۲- مفهوم حقوق نرم بشردوستانه

حقوق بشردوستانه بین‌المللی مجموعه‌ای از قواعد بین‌المللی است که برای تنظیم رفتار با افراد غیرنظامی یا نظامی، مجروحین یا فعال در مخاصمات مسلحانه طراحی شده است؛ در نتیجه، می‌توان گفت که حقوق بشردوستانه بین‌المللی مجموعه قواعدی است که بنا به دلایل بشردوستانه به دنبال محدود کردن آثار مخاصمات مسلحانه می‌باشد (Commander, 2011: 3).

در میان حوزه‌های حقوق بین‌الملل، بخش ویژه‌ای از هنجارهای حقوق بشردوستانه، هنجارهای حقوق نرم بشردوستانه هستند. مصادیق مختلفی ذیل این حوزه قرار می‌گیرند، چرا که اصولی همچون اصل انسانیت و کرامت انسانی، اهمیت فوریت و نیاز به پاسخگویی سریع به نیازهایی که تحت تأثیر تحولات سریع صنعت، تکنولوژی و حتی محیط‌زیست رخ می‌دهد، بر حقوق بشر در صحنه مخاصمات مسلحانه اثر می‌گذارد؛ از جمله این مصادیق باید از رویکرد هنجارهای بین‌المللی در حوزه حق دسترسی به دادرسی عادلانه برای متهم ارتکاب‌اعمال تروریستی (سلیمی و همکاران، ۱۳۹۹: ۱۳۷-۱۴۹)، حق دریافت امدادهای پزشکی در هنگام وقوع بلایا (علیزاده و همکاران، ۱۳۹۵: ۸۵-۱۰۳) و فجایع طبیعی و انسانی (بیرانوند و همکاران، ۱۴۰۰:

از نظر خواهان‌ها، زمانی که یک حق (یعنی حق بر جبران خسارات) به نفع اشخاص حقیقی در نظر گرفته شده است، منطقاً در جهت اعمال حق مزبور نیز حقی برای اقامه دعوی و حضور در محکمه برای زیان‌دیده وجود دارد. مع‌الوصف، دیوان ضمن رأی نهایی خود در ۱۳ آگست سال ۲۰۱۳، بیان داشت که: «مطابق مفاد مواد مزبور، برای اشخاص حقیقی در مقابل دولت خارجی به جهت نقض حقوق بشردوستانه، هیچ‌گونه حقی ایجاد نمی‌شود؛ زیرا در واقع، یک دولت باید برای جبران خسارات مزبور علیه دولت خاطی به اقامه دعوی پردازد»^۲. در ارتباط با این قضیه، چند نکته مهم حائز اهمیت می‌باشد: نکته اول این‌که، خواهان‌ها در استدلال خود با تکیه بر برخی رویه‌های جدید مانند رویه دادگاه یونان^۳ مبنی بر شناسایی حق مستقیم اشخاص حقیقی برای اعمال ماده ۳ کنوانسیون چهارم لاهه استناد کرده بودند. دادگاه یونان در ارتباط با ماده ۳ چنین استدلال می‌کرد که: «در حقوق بین‌المللی هیچ قاعده‌ای وجود ندارد که صراحتاً حق اقامه دعوی اشخاص حقیقی علیه دولت‌ها در موارد نقض حقوق بشردوستانه را ممنوع کند. در نتیجه، نیازی نیست که دعوی لزوماً توسط دولت طرح شود، بلکه اشخاص حقیقی نیز مستقیماً در این زمینه می‌توانند به اقامه دعوی پردازند»^۴ (Internationalcrimesdatabase.org, 2024). البته، نباید از نظر دور داشت که این نحوه استدلال در فضای حقوق داخلی شاید قابل‌پذیرش باشد، اما در فضای حقوق بین‌الملل با توجه به ساختار خطی (اصل برابری حاکمیت‌ها)، پذیرش آن محل تردید است. در نتیجه از یک‌سو، رویه محاکم یونان در ارتباط با حق مستقیم اشخاص حقیقی برای اعمال ماده ۳ کنوانسیون لاهه، یک رویه جدید خلاف عرف موجود بود و خواهان‌ها سعی داشتند که دیوان را قانع کنند که محاکم آلمان نیز در راستای تحولات و توسعه حقوق بین‌الملل و به‌طور خاص، حقوق بشردوستانه، به رویه جدید ملحق شوند. از سوی دیگر، اساساً، رویه محاکم یونان هیچ‌گونه الزامی را برای محاکم آلمان ایجاد نمی‌کرد؛ در نتیجه، کاربرد این استناد در واقع، به‌عنوان یک

۶۵۹-۶۷۶)، که در اسناد بین‌المللی که حداقل استانداردهای این موضوع را تبیین کرده‌اند، نام برد.

اما اینکه آیا محاکم ملی و به‌طور ویژه، محاکمی که در بستر نظام‌های حقوقی رومی-ژرمنی تشکیل شده‌اند نیز نقشی در ایجاد، توسعه یا متروک شدن این هنجارهای نرم در حوزه حقوق بشردوستانه داشته باشند، محل سؤال است؛ چرا که تفاوت اصلی این محاکم در این نظام با نظام کامن‌لا، عدم صلاحیت آنها در ایجاد قواعد حقوقی است.

۲- قضیه بمباران پل واروارین^۱ (آلمان)

به دنبال تصمیم ناتو^۲ برای حمله به جمهوری فدرال یوگسلاوی سابق، در ۳۰ می ۱۹۹۹ یک پل در شهر واروارین صربستان توسط هواپیماهای جنگنده ناتو بمباران شد و در نتیجه آن، ۱۰ غیرنظامی کشته و ۳۰ نفر دیگر که همگی از شهروندان یوگسلاوی بودند، به شدت زخمی شدند. علی‌رغم این‌که نیروهای مسلح آلمان به‌صورت مستقیم در این عملیات شرکت نداشتند، اما قربانیان و خویشاوندان آن‌ها برای جبران خسارت علیه دولت آلمان اقامه دعوی کردند. استدلال خواهان‌ها این بود که آلمان به واسطه اجازه دادن به نیروهای ناتو برای هدف قراردادن پل، در واقع تعهدات بین‌المللی و حقوق داخلی خود را نقض کرده‌اند. ادعاهای مزبور در محاکم بدوی و تجدیدنظر رد شدند. خواهان‌ها در گام سوم در تاریخ نوامبر ۲۰۰۶ اقدام به طرح دعوی در دیوان عالی فدرال نمودند. دیوان در این قضیه با این پرسش اساسی مواجه بود که آیا اشخاص حقیقی به‌صورت مستقیم حق اقامه دعوی و مطالبه خسارات ناشی از نقض حقوق بشردوستانه را نزد محاکم ملی دارند؟ (Ryngaert, 2018: 466) محور اصلی استدلال خواهان‌ها، استناد حق بر جبران خسارات ذیل ماده ۳ کنوانسیون چهارم لاهه و ماده ۹۱ پروتکل الحاقی اول به کنوانسیون‌های ژنو بود.

^۱- Greek Court of First Instance of Leivadia, Prefecture of Voiotia (30 October 1997).

^۲- Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany, Areios Pagos (Supreme Court), Greece, 11/2000 (288933), Judgment, 4 May 2000.

^۱- Varvarin bridge case

^۲- North Atlantic Treaty Organization, NATO

^۳- German Constitutional Court Order of Non-Acceptance of 13 August 2013, No. 2 BvR 2660/06, 2 BvR 487/07, paras. 45.

راستا، به بررسی مفاد قطعنامه مزبور پرداخت و در نهایت، بیان داشت که: «اصول مزبور برای ارائه یک تفسیر پویا از ماده ۹۱ پروتکل اول الحاقی بیش از حد کلی هستند. در واقع، قطعنامه مزبور حاوی تعهدات مشخص حقوقی نیست، بلکه مقاصد و اهداف مربوط به آینده^۴ و جهت‌گیری و هدایت رویه آینده دولت‌ها را مدنظر دارد.»^۵ در نتیجه، دیوان در مواجهه با حقوق نرم (رویه جدید خلاف عرف موجود) به اسناد حقوق نرم (پیش‌نویس کمیسیون و قطعنامه مجمع عمومی) متوسل شد.

نکته سوم این‌که، در تحلیل رأی دیوان عالی آلمان، برخی از نویسندگان و حقوقدانان رویه دادگاه یونان را یک رویه ضعیف و استثنائی تلقی نمی‌کردند، بلکه معتقد بودند که دادگاه باید در این راستا برای تقویت رویه خلاف عرف موجود، رویه برخی دولت‌ها مانند ایالات متحده آمریکا را در جبران و پرداخت داوطلبانه خسارات وارده به قربانیان نقض‌های حقوق بشردوستانه مورد توجه قرار می‌داد (Prescott, 2018: 317-319). بعدها، در اثر این انتقادات، رویه‌هایی در ارتباط با پذیرش و شناسایی حق مستقیم افراد برای تقاضای ترمیم و جبران خسارات وارده در اثر نقض حقوق بشردوستانه، در محاکم برخی دولت‌ها، به ویژه هلند، ایجاد شد (Musa, 2018: 220-221). در ۴ سپتامبر سال ۲۰۰۹ میلادی، متعاقب حمله هوایی ناتو، دو هواپیمای جنگنده آمریکایی به دستور یک افسر آلمانی^۶ اقدام به بمباران گروهی از غیرنظامیان و دو کامیون نفتکش در شهر قندوز واقع در شمال افغانستان نمودند. بیش از یکصد غیرنظامی در این عملیات کشته و یا زخمی شدند. خانواده‌های قربانیان در سال ۲۰۱۳ در دادگاه منطقه بن اقدام به طرح دعوی علیه دولت آلمان نمودند^۷ (Internationalcrimesdatabase.org, 2024). شرایط این پرونده مشابه با شرایط پرونده وارواین بود و دادگاه می‌توانست

ابزار کمکی برای قانع کردن دیوان در پذیرش یک تفسیر موسع از ماده ۳ بود.

نکته دوم این‌که، دیوان تحولات و توسعه حقوق بین‌الملل را در فضای پس از جنگ جهانی دوم مورد توجه قرار داد. از نظر دیوان: «اشخاص حقیقی با توجه به تحولات حقوق بین‌الملل، جزئی از تابعان حقوق بین‌الملل محسوب می‌شوند؛ اما این تحول در واقع، در حوزه قواعد اولیه رخ داده است و در حوزه قواعد ثانویه (یعنی حوزه مسئولیت بین‌المللی)، رویه‌ای مبنی بر پذیرش این تحولات وجود ندارد. در نتیجه، در فضای حقوق مسئولیت بین‌المللی، این دولت متبوع قربانیان است که می‌تواند علیه دولت خاطی اقدام به اقامه دعوی کند»^۱.

دادگاه برای این استدلال خود به پیش‌نویس مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل راجع به مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها در قبال اعمال متخلفانه متوسل شد. دادگاه بیان داشت که: «با بررسی گزارش‌های کمیسیون می‌توان چنین استدلال کرد که از سال ۱۹۴۵، یک رویکرد خاصی در راستای شناسایی اعمال مستقیم حق توسط اشخاص حقیقی در ادبیات نویسندگان حقوق بین‌الملل ایجاد شده است؛ اما در حال حاضر، این موضوع صرفاً بیان یک ایده‌آل و شرایط آرمانی در فضای حقوق بشردوستانه است»^۲.

دیوان در ادامه برای عدم پذیرش و شناسایی رویه جدید (یعنی شناسایی اعمال مستقیم حق موضوع ماده ۳ کنوانسیون لاهه و ماده ۹۱ پروتکل الحاقی اول) علاوه بر پیش‌نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل، قطعنامه مجمع عمومی ملل متحد در مورد اصول مبنایی و راهنمای راجع به حق ترمیم و جبران برای قربانیان نقض‌های فاحش حقوق بین‌الملل بشر و نقض‌های جدی حقوق بشردوستانه^۳ را مورد توجه قرار داد. دیوان در این

Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law (Adopted and proclaimed by General Assembly resolution 60/147 of 16 December 2005).

⁴- Futuristic Goals

⁵- Varvarin Bridge Case, 36 citizens of Yugoslavia v. Germany, Constitutional complaint, *ibid*, para. 48-50.

⁶ Colonel Georg Klein

⁷- Kunduz incident' case, Regional Court of Bonn, 11 December 2013, Landgericht Bonn, 1 O 460/11.

¹- Varvarin Bridge Case, 36 citizens of Yugoslavia v. Germany, Constitutional complaint, 2 BvR 2660/06, 2 BvR 487/07, ILDC 2238 (DE 2013), EuGRZ 2013, 563, DO^v V 2013, 946, 13 August 2013, Germany; Constitutional Court, para. 43.

²- Varvarin Bridge Case, 36 citizens of Yugoslavia v. Germany, Constitutional complaint, 2 BvR 2660/06, 2 BvR 487/07, ILDC 2238 (DE 2013), EuGRZ 2013, 563, DO^v V 2013, 946, 13 August 2013, Germany; Constitutional Court, para. 44-45.

³- Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human

نسبت به این درخواست آمریکا، واکنش‌های مختلفی نشام دادند. در این میان، علی‌رغم این که دولت آلمان به شدت با جنگ مخالف بود، اما از یک سو برای هواپیماهای نظامی آمریکایی و انگلیسی حق پرواز بر فراز سرزمین خود را پذیرفت و از سوی دیگر، به ارتش آلمان اجازه کنترل هوایی مرزهای ترکیه و عراق را اعطا کرد. در ۲۷ مارس ۲۰۰۳، یکی از افسران ارتش آلمان^۲ اعلام کرد که وی از مشارکت در عملیات نظامی علیه عراق امتناع می‌کند؛ زیرا به عقیده او، عملیات مزبور نقض قواعد بنیادین حقوق بین‌الملل می‌باشد. به دنبال این تصمیم، افسر مزبور از فعال کردن نرم‌افزارهای نظامی ارتش آلمان امتناع می‌کند. در نتیجه این اقدام، در ۹ فوریه ۲۰۰۴، افسر آلمانی از سوی محکمه نظامی به تنزل درجه (از درجه سرگردی به سروانی) محکوم می‌شود.^۳ پس از این تصمیم محکمه نظامی، افسر آلمانی اعتراض خود را نسبت به تصمیم مزبور نزد دادگاه اداری فدرال مطرح ساخت. وی در دادخواست خود اعلام داشت که در واقع، تنبیه وی به علت سرپیچی از دستور مافوق، نقض حق آزادی وجدان است که این حق مورد حمایت قانون اساسی آلمان^۴ قرار دارد. دادگاه اداری فدرال اعلام داشت که: «حق آزادی وجدان اشخاص ایجاب می‌کند که در مواردی که از نظر یک تابع حقوق، عملی به صورت فاحش غیرقانونی محسوب می‌شود، حاکمیت باید یک راه کار جایگزین به او پیشنهاد کند. این راه کار باید به نحوی باشد که از نظر تابع حقوق به طور فاحش، غیرقانونی قلمداد نشود» (Baudisch, 2006: 911).

دادگاه همچنین، خاطر نشان کرد که: «حتی اگر افسر آلمانی در ارتباط با غیرقانونی بودن مداخله نظامی در عراق، دلایل روشنی ارائه نکرده باشد، از منظر حقوق بین‌الملل شبهاتی جدی در ارتباط با وجاهت حقوقی مداخله مزبور وجود دارد»^۵. دادگاه در این قضیه به صورت مستقیم، در ارتباط با وجود یا فقدان وجاهت حقوقی مداخله نظامی در عراق اظهار نظر نمی‌کند، اما در مقابل

در همان گام اول، دعوی مزبور را رد کند؛ اما با توجه به انتقادات فراوانی که در پرونده وارواین نسبت به رویه دادگاه صورت گرفته بود، قضات دادگاه دعوی مزبور را رد نکردند؛ بلکه دستور پخش فیلم ویدئویی حادثه را برای اعلام نظر خود صادر کردند. در واقع، این موضع‌گیری دادگاه آلمان نشان‌دهنده حساسیت محاکم نسبت به واکنش‌های افکار عمومی به آراء و عملکرد آنها است که در نهایت، موجب عدول از رویه قبلی و تلاش در جهت جبران آن می‌باشد (Jinks & others, 2014: 14). البته، در نهایت، دیوان عالی آلمان در این قضیه با این استدلال که مسئولیت عملیات و خسارات وارده به عهده سازمان ناتو می‌باشد، در گام آخر، حکم دادگاه منطقه‌ای را نقض کرد؛ اما از طرفی، این موضع دیوان به صورت ضمنی حاکی از این امر بود که اولاً، در ارتباط با این حادثه، حق مراجعه مستقیم به محکمه برای اشخاص حقیقی در موارد نقض حقوق بشردوستانه وجود دارد؛ و ثانیاً، دادگاه وجود مسئولیت برای جبران خسارات وارده را نه تنها انکار نکرد، بلکه مسئولیت مزبور را متوجه ناتو دانست که اساساً، در فرآیند رسیدگی به عنوان یکی از اطراف دعوی، حضور نداشت. در واقع، دادگاه در این قضیه با حقوق نرم جدید از پیش تولید شده (رویه محاکم یونان برای شناسایی حق مراجعه مستقیم اشخاص به مراجع حل و فصل اختلافات در موارد نقض ماده ۳ کنوانسیون لاهه) مواجه شد. دادگاه برای بررسی این رویه و ادعای خواهان نیز به اسناد حقوق نرم مانند پیش‌نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل و قطعنامه‌های مجمع عمومی متوسل شد (بیرانوند، ۱۴۰۲: ۳۷۴-۳۸۰).

۳- قضیه نقض بی‌طرفی از سوی آلمان در عملیات نظامی مشترک ایالات متحده آمریکا و انگلستان علیه عراق (آلمان)
در حین تهاجم ائتلاف نظامی به رهبری ایالات متحده آمریکا به عراق (بدون مجوز شورای امنیت) در سال ۲۰۰۳، ایالات متحده به عنوان رهبر ائتلاف، از دولت‌های مختلف درخواست کمک (از جمله حق پرواز بر فراز قلمرو سرزمینی) نمود. دولت‌ها

^۲- Grundgesetz [GG] [Constitution], Art. 4(3) (Federal Republic of Germany)

^۳- BverwG 2 WD 12.04 of 21 June 2005, para 4.1.4.1.

^۱- SC Verbatim Record, UN Doc. S/PV.4701 (5 February 2003), 36-37/39.

^۲- Major Florian Pfaff

^۳- Military Disciplinary Tribunal (Truppendienstgericht) Decision of 9 February 2004 Az.: N 1 VL 24/03.

نظر دیوان، این متهم نیست که باید ثابت کند که امتناع او از انجام دستورات، قانونی بوده است؛ بلکه این وظیفه دولت است که با توسل به ادله اثبات دعوی، ثابت کند که دستورات مورد بحث در تعارض با اصول حقوق بین‌الملل و قانون اساسی آلمان نیست.^۳

نکته دوم این که، دولت آلمان در این پرونده چنین استدلال می‌کرد که اساساً، نقض مقررات حقوق بین‌الملل صورت نگرفته است. محور اصلی استدلال آلمان این بود که اساساً، میان حالت بی‌طرفی^۴ و حالت طرف مخاصمه بودن^۵، حالت سومی تحت عنوان طرف غیرمختصم^۶ وجود دارد و وضعیت آلمان در قضیه تهاجم نظامی به عراق ذیل حالت اخیر قرار می‌گیرد. اصطلاح «طرف غیرمختصم» اولین بار در سال ۱۹۳۹ توسط ایتالیا به کار گرفته شد. دولت‌های «طرف غیرمختصم» تمایل داشتند که از یک سو، تعهدی مبنی بر بی‌طرفی و عدم ارائه کمک نداشته باشند، اما از سوی دیگر، فقط تعهد عدم مشارکت مستقیم در مخاصمه برعهده آن‌ها قرار داشته باشد. هدف اصلی دولت‌های مزبور این بود که از مزایای بی‌طرفی در مخاصمه بهره‌مند شوند و در عین حال، بتوانند یک طرف مخاصمه را انتخاب کنند و در نتیجه حاصل از مخاصمه، تأثیرگذار باشند. در راستای این رویه، برخی نویسندگان حقوق بین‌الملل معتقدند که وضعیت «طرف غیرمختصم» یک وضعیت حقوقی بینابینی محسوب می‌شود (Von Heinegg, 2007: 544-545).

با توجه به این که اولاً، به استثنای دو ارجاع بسیار نادر^۷ در هیچ معاهده یا حتی اسناد حقوق نرم اشاره‌ای به وضعیت «طرف غیرمختصم» نشده است و ثانیاً، در فضای رویه دولت‌ها نیز این وضعیت به صورت موردی مورد شناسایی و استناد دولت‌ها

بر حق آزادی وجدان تأکید دارد. در همین راستا، دادگاه اعلام داشت که: «نیروهای مسلح باید در راستای حق آزادی وجدان در مواردی که تردیدهای معقول در ارتباط با وظایف قانونی و سازمانی نظامی وجود دارد، به اعضاء خود اجازه انجام یک رفتار جایگزین را دهند»^۱.

در این قضیه، چند نکته مهم حائز اهمیت است: نکته اول این که، در حقوق بین‌الملل موضوعه «قاعده امر قانونی به‌عنوان یکی از معاذیر موجهه مسئولیت» ذیل ماده ۳۳ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری است. مطابق مفاد بند اول ماده ۳۳، فقط در صورتی می‌توان با استناد به ارتکاب جنایت در مقام اطاعت از دستور مافوق، متهم را از مسئولیت مبرا دانست که متهم قانوناً، مکلف به اطاعت از اوامر مزبور بوده و همچنین، نمی‌دانسته که آن اوامر خلاف قانون هستند و اوامر مورد نظر نیز آشکارا غیرقانونی نباشند. در این جا، صراحتاً، بار اثبات دعوی مشخص نیست. دادگاه آلمان در این قضیه رویه خاصی را در ارتباط با بار اثبات دعوی تثبیت کرد که بعدها توسط بسیاری از محاکم از آن الگوبرداری شد. تا پیش از این قضیه، میان محاکم ملی و بین‌المللی در ارتباط با بار اثبات دعوی اختلاف نظر وجود داشت، به نحوی که یک قاعده کنوانسیون فرآگیر یا یک رویه واحد در قامت یک قاعده عرفی در حقوق بین‌الملل موضوعه وجود نداشت (Solis, 2021: 395-396; Klamberg, 2017: 336-337).

در این قضیه، دادگاه صراحتاً بیان داشت که: اگر فردی در ارتباط با وجاهت حقوقی یک مداخله نظامی شک داشته باشد، و در نتیجه شک مزبور، میان وجدان وی و تعهد به اطاعت از مافوق تعارض ایجاد شود، شخص مزبور علی‌رغم این که باید اعتراض خود را توضیح دهد و دلایل خود را براساس ملاحظات جدی و صادقانه ارائه کند، برای وی هیچ‌گونه تعهد مستقیمی مبنی بر پیروی از دستورات وجود ندارد^۲. این موضع دیوان در بحث بار اثبات دعوی اهمیت فراوانی پیدا می‌کند. در واقع، از

^۵- Belligerency

^۶- Non-Belligerency

^۷- شق دوم از بند ب ماده ۴ کنوانسیون سوم ژنو، و بند ج ماده ۲ پروتکل الحاقی اول.

^۱- BverWG 2 WD 12.04 of21 June 2005, para 4.2.4.4.

^۲- BverWG 2 WD 12.04 of21 June 2005, ibid, para 4.1.5.3.1

^۳- verWG 2 WD 12.04 of21 June 2005, Ibid, para 4.1.5.3.2

^۴- Neutrality

قرار گرفته‌اند. مصادیق حقوق بنیادین بشردوستانه بسیار محدود هستند و در میان آن‌ها اشاره مستقیمی به اصل بی‌طرفی نشده است؛^۴ در نتیجه، دادگاه آلمان رویکرد جدیدی نسبت به جایگاه اصل بی‌طرفی در سلسله‌مراتب هنجاری حقوق بشردوستانه اتخاذ کرد. «پس از این رویکرد دادگاه آلمان و هم‌گام‌شدن برخی محاکم دیگر، گرایش به سمت ارتقاء اصل بی‌طرفی در سلسله‌مراتب هنجاری حقوق بین‌الملل تقویت شد» (Nollkaemper, 2012: 69-71).

نکته چهارم و پایانی این که، افسر آلمانی در این پرونده وظیفه مداخله فیزیکی و مستقیم در عملیات نظامی را نداشته است، بلکه وظیفه وی راه‌اندازی نرم‌افزارهای نظامی در فضای مجازی بوده است. در فضای حقوقی مخصصات مسلحانه، عمده تأکید اسناد سخت مانند معاهدات، بر عملیات سنتی و معمول نظامی می‌باشد و به‌طور خاص، توجه و تصریحی در ارتباط با عملیات در فضای سایبری و ابزارهای آن نشده است. دادگاه آلمان در زمان صدور رأی این پرونده با توجه به شرایط حاکم بر آن زمان، در ارتباط با تلقی عملیات سایبری و به‌طور خاص، فعال‌سازی نرم‌افزارهای نظامی به‌عنوان مصداق مباشرت مستقیم در عملیات نظامی، گامی رو به جلو برداشته است و در واقع، رویه‌ای جدید ایجاد نموده که بعدها، در حوزه حقوق مخصصات مسلحانه و فضای سایبری و به‌طور خاص، تفسیر اسناد بین‌المللی در ارتباط با ابزارهای نوین جنگی، مورد توجه خاص نویسندگان و حقوقدانان قرار گرفته است (Whetham, 2018: 69-70).

در این قضیه، دادگاه اقدام به ایجاد حقوق نرم جدید (ایجاد رویه جدید در ارتباط با بار اثبات دعوی در موارد قاعده امر آمر قانونی به‌عنوان یکی از معاذیر موجهه مسئولیت) اقدام نمود. علاوه بر این، دادگاه یک هنجار حقوق نرم از پیش تولید شده (یعنی شناسایی وضعیت طرف غیرمختصم در حقوق بشردوستانه) را مورد پذیرش قرار نداد. همچنین، دادگاه اصل بی‌طرفی را

قرار گرفته است^۱ و ثالثاً، در دستورالعمل‌های نظامی^۲ دولت‌ها نیز به‌صورت استثنائی، این وضعیت مورد شناسایی قرار گرفته است، به نظر می‌رسد مفهوم «وضعیت طرف غیرمختصم» متعلق به فضای حقوق بین‌الملل موضوعه و سخت نیست (Ferro & Verlinden, 2018: 33). در نتیجه، دادگاه آلمان در این پرونده باید در ارتباط با اعتبار حقوقی «وضعیت طرف غیرمختصم» تصمیم‌گیری می‌نمود. در همین راستا، دادگاه آلمان اعلام داشت که: «دولت آلمان تعهدات خود را به موجب حقوق بی‌طرفی در طی عملیات نظامی ایالات متحده و انگلستان علیه عراق، به واسطه صدور مجوز استفاده از پایگاه‌ها و تأسیسات آمریکایی مستقر در سرزمین آلمان و همچنین، پرواز هواپیماهای آمریکا بر فراز آلمان و انتقال نیروهای نظامی آمریکا، نقض کرده است»^۳ (Bverwg.de, 2024). به بیان ساده‌تر، دادگاه از پذیرش «وضعیت طرف غیرمختصم» امتناع نمود (بیرانوند، ۱۴۰۲: ۳۸۵).

نکته سوم این که، خواهان پرونده به جهت این که بتواند ثابت کند که «امر آمر قانونی در فرض پرونده آشکارا غیرقانونی است»، تعهد آلمان به بی‌طرفی را با توجه به این که تعهد مزبور از اصل ممنوعیت توسل به زور نشأت گرفته شده است، واجد وصف بنیادین^۴ دانست و دادگاه (علی‌رغم این که در بحث بار اثبات دعوی، پذیرفته بود خواهان نیازی نیست ثابت کند که امتناع او از انجام دستورات، قانونی بوده است، بلکه این وظیفه دولت است که ثابت کند که دستورات مورد بحث در تعارض با اصول حقوق بین‌الملل و قانون اساسی آلمان نیست) نیز این استدلال خواهان را مورد پذیرش قرار داد^۵ (Bverwg.de, 2024). باید دقت داشت که در فضای حقوق بشردوستانه، برخی هنجارهای خاص به‌صورت مطلق و دارای وصف بنیادین می‌باشند که از سوی حقوقدانان و نویسندگان حقوق بین‌الملل به‌عنوان یکی از مصادیق قواعد آمره حقوق بین‌الملل عام و در رأس سلسله‌مراتب هنجاری حقوق بین‌الملل مورد شناسایی

^۴ - Fundamental

^۵ - Bverwg 2 WD 12.04 of 21 June 2005, para.4.1.2.6

^۶ - United Nations. International Law Commission, Yearbook of the International Law Commission, Volumes 1-2, 1963,

^۱ - در دهه‌های اخیر، صرفاً ایتالیا و آلمان در جریان جنگ عراق در سال ۲۰۰۳ به این وضعیت استناد کردند.

^۲ - Military Manuals

^۳ - Bundesverwaltungsgericht (BVerwG), Judgment, 21 June 2005, 2 WD 12.04.

ساختن پروژه راه آهن بود. در مقابل، شرکت های فرانسوی مدعی شدند که دادگاه باید در ارتباط با این دعوی، قرار عدم استماع صادر کند؛ زیرا خواسته این پرونده اساساً، خارج از صلاحیت محاکم فرانسه است (بیرانوند، ۱۴۰۲: ۳۹۱-۳۹۵).

در اپریل ۲۰۰۹، دادگاه بدون ورود در ماهیت پرونده اعلام کرد که: «صلاحیت لازم برای استماع دعوی را دارد و همچنین، سازمان آزادی بخش فلسطین نمی تواند در جایگاه شاکي این پرونده قرار گیرد^۲». دادگاه در رأی خود تأکید داشت که: «متهمان نمی توانند به اصل مصونیت استناد کنند، زیرا شرکت های تجاری در فرض این پرونده، ارگان حاکمیت محسوب نمی شوند^۳». در نهایت، دادگاه رأی خود را به نفع شاکیان صادر کرد. شرکت آلستوم در نوامبر ۲۰۰۹ نسبت به رأی صادره تقاضای تجدیدنظر کرد^۴.

در دسامبر ۲۰۰۹، دادگاه تجدیدنظر با تأکید بر این که محاکم فرانسه صلاحیت رسیدگی به دعوی را دارند، رأی دادگاه منطقه را تأیید کرد. در فوریه ۲۰۱۰، شرکت آلستوم نسبت به رأی دادگاه تجدیدنظر در دیوان عالی فرانسه اعتراض کرد. در فوریه ۲۰۱۱، دیوان عالی رأی دادگاه تجدیدنظر را رد کرد و پرونده را به دادگاه منطقه نانتره ارجاع داد. در می ۲۰۱۱، دادگاه نانتره استدلال شاکیان مبنی بر بطلان قرارداد را رد کرد. شاکیان نیز به این رأی دادگاه نانتره اعتراض کردند و دادگاه تجدیدنظر ورسای ضمن رأی خود در تاریخ ۲۲ مارس ۲۰۱۳، اعلام کرد که شکوائیه غیرقابل استماع است. محور اصلی استدلال دادگاه این بود که: «مقررات مورد استناد شاکیان مربوط به اسناد بین المللی می باشند که توسط دولت ها به امضاء رسیده اند؛ در نتیجه، تعهدات ناشی از آن ها متوجه دولت ها و قدرت های اشغال گر می باشد و در این مورد نمی توان شرکت های خصوصی را مخاطب تعهدات مزبور قلمداد کرد^۵». در نهایت، دادگاه

به عنوان یکی از مصادیق تعهدات بنیادین حقوق بشردوستانه قلمداد کرد و به تعبیری، برای آن وصف آمره در نظر گرفت که این موضوع نیز در آن زمان یک رویه جدید (حقوق نرم جدید) محسوب می شد. در نهایت، دادگاه یک هنجار حقوق نرم دیگر نیز تولید کرد و آن ایجاد رویه جدید در تلقی نمودن عملیات سایبری و به طور خاص، فعال سازی نرم افزارهای نظامی به عنوان مصادیق مباشرت مستقیم در عملیات نظامی بود (بیرانوند، ۱۴۰۲: ۳۸۵-۳۸۶).

۴- قضیه انجمن همبستگی فرانسه-فلسطین و سازمان آزادی بخش فلسطین علیه شرکت حمل و نقل آلستوم و وولیا^۱ (فرانسه)

در اکتبر ۲۰۰۷، انجمن همبستگی فرانسه-فلسطین و سازمان آزادی بخش فلسطین شکایتی علیه شرکت های فرانسوی آلستوم و وولیا در دادگاه عالی منطقه نانتره فرانسه مطرح کردند. شاکیان مدعی بودند که مشارکت شرکت های آلستوم و وولیا در کنسرسیوم حمل و نقل شهری با اسرائیل برای احداث و بهره برداری از پروژه قطار سبک شهری در قدس، نقض حقوق بین الملل است. در این راستا، شاکیان اظهار داشتند که مشارکت شرکت های فرانسوی در پروژه راه آهن در واقع، کمک و معاونت در اشغال و ارتکاب جنایت جنگی توسط اسرائیل در قدس غربی می باشد؛ به همین جهت، اقدامات شرکت های مزبور، نقض حقوق بین الملل بشردوستانه و به طور خاص، مواد ۴۹ و ۵۳ کنوانسیون چهارم ژنو مصوب ۱۹۴۹، مواد ۲۳ و ۴۶ کنوانسیون چهارم ژنو مصوب ۱۹۰۷ در ارتباط با حقوق و عرف های جنگ های زمینی، بندهای ۱ و ۳ ماده ۴ کنوانسیون ۱۹۵۴ لاهه راجع به حفاظت از اموال فرهنگی در مخاصمات مسلحانه، حقوق بشردوستانه عرفی و در نهایت، برخی از قسمت های مشخص از قانون مدنی فرانسه است. خواسته اصلی شاکیان در این پرونده، حکم بطلان قرارداد و متوقف

^۴- شرکت وولیا نسبت به رأی دادگاه اعتراضی نکرد، زیرا در سپتامبر ۲۰۰۹، سهام خود را در کنسرسیوم به شرکت دان باس به فروش رساند.

^۵- Association France-Palestine Solidarite' and Palestine Liberation Organization v. Societe' Alstom transport SA and ors, Appeal judgment, 11/05331, ILDC 2036 (FR 2013), 22 March 2013, France, para. 119-121.

^۱- Association France Palestine Solidarité (AFPS) and the Palestinian Liberation Organization (PLO) v. Alstom Transport and Veolia Transport

^۲- Association France Palestine Solidarité (AFPS) et Organisation de libération de la Palestine (OLP) c. Alstom Transport et Veolia Transport. Jugement avril 2009. Para. 49.

^۳- Ibid. para. 47.

هنجارهای حقوق بین‌الملل در سلسله‌مراتب هنجاری می‌باشد را نیز مورد پذیرش قرار نداد؟^۱ با این حال، دلیل این امر چیست؟ در پاسخ به این پرسش باید یک نکته خلی مهم را مدنظر قرار دهیم و آن این که دادگاه‌های فرانسه اساساً، به تبعیت از مبانی نظام حقوق داخلی فرانسه، جایگاه بسیاری خاصی برای عنصر رضایت در فرآیند شکل‌گیری تعهدات حقوقی قائل هستند. این رویکرد را می‌توان در فضای حقوق تعهدات فرانسه به وضوح مشاهده کرد. در واقع، محاکم فرانسه در رویارویی با هر امری که عنصر رضایت را در فرآیند شکل‌گیری تعهدات با چالش مواجه کند، واکنش سخت‌گیرانه‌ای نشان می‌دهند (Steiner, 2018: 226-228). در این قضیه نیز «استنباط عنصر رضایت دولت‌ها نسبت به یک قاعده عرفی از طریق اسناد حقوق نرم» دادگاه را با این چالش مواجه می‌کند که دولت‌ها رضایت خود را صراحتاً، نسبت به یک تعهد غیرالزام‌آور اعلام کرده‌اند و در این حالت نمی‌توان رضایت مزبور را در جهت احراز رضایت دولت‌ها برای شکل‌گیری یک تعهد الزام‌آور تفسیر کرد؛ زیرا برای احراز وجود چنین رضایتی نیاز به تصریح دولت‌ها مبنی بر پذیرش تعهد الزام‌آور می‌باشد.^۲ از طرفی، به علت وجود همین گرایش در نظام حقوق داخلی فرانسه، دولت مزبور از تصویب کنوانسیون وین درخصوص حقوق معاهدات امتناع کرد (Proukaki, 2009: 29)؛ زیرا در کنوانسیون مزبور ذیل ماده ۵۳، مفهوم قواعد آمره بدون تعیین مصادیق دقیق آن مورد پذیرش قرار گرفته بود که با ورود آن به فضای حقوق بین‌الملل موضوعه، مفهوم رضایت انفرادی دولت‌ها با چالش اساسی

استدلال شاکیان را در ارتباط با وصف امره مقررات حقوق بشردوستانه مورد استناد در این پرونده مورد پذیرش قرار نداد^۱ (Cantú-Rivera, 2016: 534-535).

در ارتباط با این قضیه، چند نکته مهم حائز اهمیت است: نکته اول این که، دادگاه فرانسه با توسل به رویه قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری اعلام داشت که: «هنجارهای عرفی حقوق بین‌الملل صرفاً، نسبت به دولت‌ها اعمال می‌شوند»^۲. در واقع، دادگاه فرانسه این قاعده را با توسل به ابزار حقوق نرم (یعنی رویه دیوان بین‌المللی دادگستری که نسبت به دادگاه فرانسه فاقد وصف الزام‌آوری بود) به دست آورد. در این راستا، باید دقت داشت که «امکان اعمال هنجارهای حقوق بین‌الملل عرفی نسبت به شرکت‌ها» پیش‌تر به‌عنوان یک رویه نرم مورد پذیرش برخی محاکم ملی قرار گرفته بود؛ اما در این‌جا، دادگاه فرانسه تمایل به عدم پذیرش و حرکت در جهت خلاف رویه مزبور داشت. به بیان ساده‌تر، دادگاه با توسل به ابزار حقوق نرم، دقیقاً در جهت خلاف یک قاعده نرم حرکت کرد (بیرانوند، ۱۴۰۲: ۳۹۳-۳۹۴).

نکته دوم این که، دادگاه فرانسه از یک سو، یکی از کارکردهای اصلی حقوق نرم یعنی «استناد به اسناد و هنجارهای حقوق نرم به‌عنوان دلیلی جهت احراز عرف بین‌المللی» را مورد پذیرش قرار نداد و از سوی دیگر نیز ادعای شاکیان مبنی بر «وصف امره مصادیق حقوق بشردوستانه مورد بحث با اتکالی به اسناد و هنجارهای حقوق نرم» را رد کرد. به بیان ساده‌تر، دادگاه کارکرد دیگر هنجارهای حقوق نرم که همان کمک به ارتقاء

هنوز لازم‌الاجرا نشده است) و عبارت‌پردازی و نحوه طراحی و تصویب آن در کمیسیون حقوق بین‌الملل را به عنوان شاهدهی بر وجود حقوق بین‌الملل عرفی قلمداد کرده است. نک:

Société NML Capital v. Argentina, Appeal judgment, No. 11-10 450, ILDC 2075 (FR 2013), 28 March 2013, France.

در نتیجه، به نظر نمی‌رسد که دادگاه‌های فرانسه به طور کلی، با کارکردهای اصلی حقوق نرم، یعنی احراز قواعد حقوق بین‌الملل عرفی مخالف باشند. شاید دلیل سخت‌گیری دادگاه فرانسه در قضیه انجمن همبستگی فرانسه-فلسطین و سازمان آزادی‌بخش فلسطین علیه شرکت حمل‌ونقل آلستوم و وولیا را در بحث منافع ملی-سیاست خارجی و مناسبات نزدیک دولت فرانسه و اسرائیل باید جست‌وجو کرد.

^۱ - Association France-Palestine Solidarite´ and Palestine Liberation Organization v. Socié´te´ Alstom transport SA and ors, ibid.

^۲ - Association France-Palestine Solidarite´ and Palestine Liberation Organization v. Socié´te´ Alstom transport SA and ors, Appeal judgment, 11/05331, ILDC 2036 (FR 2013), 22 March 2013, France, para. 121.

^۳ - Association France-Palestine Solidarite´ and Palestine Liberation Organization v. Socié´te´ Alstom transport SA and ors, ibid, para. 115.

^۴ - البته، لازم به ذکر است که در رویه دادگاه‌های فرانسه، آرائی نیز وجود دارد که در آن‌ها، دادگاه با توسل به هنجارها و اسناد حقوق نرم، قواعد حقوق بین‌الملل عرفی را مورد شناسایی قرار داده است؛ برای مثال، دادگاه فرانسه در قضیه ان.ام.ال کپیتال علیه آرژانتین، مفاد کنوانسیون ملل متحد راجع به مصونیت دولت‌ها (که

نوهانویچ به‌عنوان مترجم مقرر به استخدام ملل متحد درآمد. والدین و برادر او نیز در زمان ورود صرب‌های بوسنیایی در مقرر ملل متحد مستقر بودند که البته، نام آن‌ها در لیست کارمندان مقرر وجود نداشت. نیروهای هلندی در ۱۳ جولای ۱۹۹۵، خانواده نوهانویچ را نیز مجبور به ترک مقرر ملل متحد کردند. این سه نفر نیز به محض خروج از مقرر، توسط صرب‌های بوسنیایی به قتل رسیدند (Bartrop, 2012: 238-240). پس از این دو حادثه، نوهانویچ و بازماندگان قربانیان علیه دولت هلند در دادگاه منطقه لاهه، اقدام به طرح دعوی کردند. ادعای خواهان‌ها این بود که نیروهای هلندی در برابر حملات نیروهای صرب می‌توانسته‌اند از قربانیان حفاظت کنند، اما بدون هیچ دلیل موجهی از انجام این کار خودداری کرده‌اند. در ۱۰ سپتامبر ۲۰۰۸، دادگاه منطقه‌ای اعلام کرد که نمی‌توان دولت هلند را به‌عنوان مسؤول و مقصر قلمداد کرد؛ زیرا نیروهای حافظ صلح که در بوسنی فعالیت می‌کردند، تحت نظارت ملل متحد قرار داشته‌اند. استدلال اصلی دادگاه این بود که: «فرماندهی و کنترل عملیات» نیروهای هلندی به ملل متحد منتقل شده است و همچنین، خواهان‌ها نیز هیچ استدلالی در ارتباط با محدودیت‌های انتقال فرماندهی و کنترل عملیات ارائه نکرده‌اند.

در نتیجه، با توجه به این که فرض بر این است که فرماندهی و کنترل ملل متحد بر نیروهای هلندی مطلق و کامل بوده است، نمی‌توان دولت هلند را در این زمینه مسؤول قلمداد کرد.^۵ (Uitspraken.rechtspraak.nl, 2024)

در ۵ جولای ۲۰۱۱، به واسطه اعتراض شاکیان به رأی دادگاه منطقه‌ای، دادگاه تجدیدنظر لاهه رأی دادگاه مزبور را نقض کرد و اعلام داشت که: «نیروهای هلندی تحت کنترل مؤثر دولت هلند قرار داشته‌اند؛ به همین دلیل، دولت هلند مسؤول و

مواجه شد (Yarwood, 2010: 65-67). به بیان ساده‌تر، در نظام حقوقی فرانسه اساساً، مفهوم قواعد آمره در قالب حقوق بین‌الملل معاهداتی به رسمیت شناخت نشده است و در نتیجه، دادگاه فرانسه نیز نمی‌توانست توسل به هنجارهای حقوق نرم برای ارتقاء هنجارهای حقوق بین‌الملل در سلسله‌مراتب هنجاری را مورد پذیرش قرار دهد. با توجه به آن‌چه که بیان شد، دادگاه در این قضیه برای احراز قاعده عرفی به هنجارهای حقوق نرم (یعنی رویه دیوان بین‌المللی دادگستری که برای فرانسه و محاکم آن غیرالزام‌آور بود) متوسل شد. علاوه بر این، دادگاه حقوق نرم از پیش تولید شده (یعنی رویه جدید در ارتباط با امکان اعمال هنجارهای حقوق بین‌الملل عرفی نسبت به شرکت‌ها) را مورد پذیرش قرار نداد (بیرانوند، ۱۴۰۲: ۳۹۴-۳۹۵).

۵- قضیه نوهانویچ^۱ (پادشاهی هلند)

در ۱۶ اپریل ۱۹۹۳، در حین مخاصمه بوسنی و هرزگوین، شورای امنیت ملل متحد، شهر سربرینیتسا^۲ را که تحت کنترل حکومت بوسنی و هرزگوین قرار داشت و در محاصره صرب‌های بوسنیایی بود، به‌عنوان منطقه امن ملل متحد اعلام کرد.^۳ در ۱۱ جولای ۱۹۹۵، زمانی که صرب‌های بوسنیایی منطقه تحت محاصره را غارت کردند، نیروهای حافظ صلح هلندی در آن‌جا مستقر بودند. ریزو مصطفیچ^۴ از سوی مقامات سربرینیتسا به‌عنوان متخصص برق مقرر ملل متحد تأیید شده بود. پس از سقوط شهر، نامبرده یکی از پناهندگان را همراه با همسر و سه کودک در مقرر ملل متحد پیدا کرد. در ۱۳ جولای ۱۹۹۵، نیروهای هلندی آن‌ها را مجبور به ترک مقرر کردند. در آن زمان، به واسطه گزارش‌های متعددی که در ارتباط با ارتکاب جنایت علیه مردان پناهنده رسیده بود، نیروهای هلندی از خطر بیرون‌راندن ریزو مطلع بودند.^۵ پس از ترک مقرر ملل متحد، ریزو توسط صرب‌های بوسنیایی به قتل رسید. حسن

^۵- Supreme Court of the Netherlands, Case No.: 12/03329. 6 September 2013 The State of Netherlands v. Mehida Mustafic, Damir Mustafic, and Alma Mustafic.

^۶- Operational Command and Control

^۷- District Court in The Hague, Case No.: 265615/HA ZA 06-1671, 4.15. 10 September 2008 Hasan Nuhanovic v. The State of Netherlands.

^۱- Nuhanović Case

^۲- Srebrenica

^۳- Security Council, Resolution 819, S/RES/819 (16 April 1993)

^۴- Rizo Mustafic

کمیسیون حقوق بین‌الملل راجع به مسئولیت سازمان‌های بین‌المللی، به ویژه مواد ۵ و ۶ بود. دولت هلند تأکید داشت به استناد ماده ۶ پیش‌نویس مزبور، حتی چنانچه نیروهای هلندی از چارچوب دستورات ملل متحد نیز خارج شده باشند، باز هم عمل آن‌ها نه به دولت هلند، بلکه قابل‌انتساب به ملل متحد است (بیرانوند، ۱۴۰۲: ۴۰۵-۴۰۶).

دیدگاه دوم این که رفتار نیروهای هلندی قابل‌انتساب به دولت هلند می‌باشد؛ زیرا در شرایط پرونده، این دولت هلند است که نسبت به نیروهای هلندی دارای کنترل مؤثر بوده است. البته، در راستای اثبات این دیدگاه، استدلال دیگری هم مطرح شد و آن این که نیروهای هلندی اساساً، ارگان دولت هلند محسوب می‌شوند؛ در نتیجه، همین که کنترل مؤثر ملل متحد بر نیروهای هلندی احراز نشود، به‌صورت خودکار عمل نیروهای مزبور به دولت هلند قابل‌انتساب است؛ فارغ از این که دولت هلند نسبت به آن نیروها دارای کنترل مؤثر بوده یا خیر. مبنای این استدلال نیز مفاد ماده ۴ پیش‌نویس مواد راجع به مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها بود (Nauta, 2016: 165).

دیدگاه سوم این که رفتار نیروهای هلندی به‌صورت توأمان قابل‌انتساب به دولت هلند و ملل متحد می‌باشد. در واقع، انتساب مسئولیت به‌صورت توأمان صراحتاً مورد توجه پیش‌نویس‌های کمیسیون حقوق بین‌الملل قرار نگرفته است، بلکه با جمع‌بندی مقررات پیش‌نویس‌های کمیسیون می‌توان به این نتیجه رسید که فرض انتساب مسئولیت به‌صورت توأمان منتفی نیست. نویسندگان و حقوقدانان زیادی نیز با توسل به تفسیر پیش‌نویس‌های کمیسیون حقوق بین‌الملل، این فرض را از نظر تئوری و برخی رویه‌های خاص در زمینه نهاد مسئولیت مشترک مورد شناسایی و تحلیل قرار داده‌اند (Casteleiro, 2016: 80-82).

مقصر این پرونده محسوب می‌شود^۱. در گام بعد، این پرونده با اعتراض دولت هلند به رأی دادگاه تجدیدنظر، به دیوان عالی هلند ارجاع شد (بیرانوند، ۱۴۰۲: ۴۰۴-۴۰۵).

دیوان عالی هلند چنین استدلال کرد که: «علی‌رغم این که دولت هلند کنترل و فرماندهی کامل نیروهای خود را در اختیار ملل متحد قرار داده است، اما در عین حال از یک سو، اختیار بازپس‌گیری کنترل و فرماندهی مزبور برای دولت هلند وجود داشته و از سوی دیگر، دولت هلند نسبت به نیروهای مزبور دارای صلاحیت کیفری و اختیارات انضباطی است^۲». علاوه بر این، دیوان معتقد بود که: «با در نظر گرفتن شرایط بحرانی شهر و خارج شدن وضعیت از شرایط عادی، عملاً کنترل و فرماندهی مؤثر به دولت هلند بازمی‌گردد. ملل متحد در آن زمان، صدور دستور به نیروهای هلندی را متوقف کرده بود و دولت هلند به تدریج کنترل بیشتری بر اوضاع پیدا کرده بود. در نتیجه، به نظر می‌رسد که دولت هلند دستور اخراج پناهندگان و عقب‌نشینی نیروهای هلندی را صادر کرده است^۳». در نهایت، دیوان چنین نتیجه گرفت که: «با در نظر گرفتن این شرایط، دولت هلند کنترل مؤثر بر نیروهای هلندی را در دست داشته است؛ در نتیجه، عمل نیروهای مزبور قابل‌انتساب به دولت هلند می‌باشد^۴».

چالش اصلی در این قضیه، مسئله انتساب رفتار بود. در فرآیند رسیدگی به این قضیه، دیوان با چند دیدگاه مختلف مواجه بود: دیدگاه اول این که رفتار نیروهای هلندی قابل‌انتساب به سازمان ملل متحد می‌باشد، زیرا دولت هلند نیروهای مزبور را در اختیار ملل متحد قرار داده است و نیروهای مزبور مطابق توافق هلند و ملل متحد، تحت اختیار ملل متحد قرار داشته‌اند و همچنین، تمام عملیاتی که توسط نیروهای حافظ صلح در سراسر بوسنی انجام گرفت، در راستای تصمیمات ملل متحد و به‌طور خاص، شورای امنیت بود. دلیل اصلی که طرفداران این دیدگاه (وکلائی دولت هلند) ارائه می‌کردند، پیش‌نویس

^۱- H. Nuhanović v. the Netherlands, ECLI: NL:HR:2013: BZ 9225, 6 September 2013. para. 37-39.

^۲- H. Nuhanović v. the Netherlands, ECLI: NL:HR:2013:BZ 9225, 6 September 2013. para. 42-43.

^۱- Court of Appeal in The Hague, Case No.: 200.020.174/01, Ruling of 5 July 2011 in the case of Hasan Nuhanovic v. The State of Netherlands.

^۲- H. Nuhanović v. the Netherlands, ECLI:NL: HR:2013: BZ 9225, 6 September 2013. Para. 17-19.

به واسطه قصور در پیشگیری از جنایات حین سقوط سربرنیتسا، تعداد زیادی از بازماندگان و خویشاوندان قربانیان سقوط سربرنیتسا، دعاوی را علیه سازمان ملل متحد در دادگاه منطقه لاهه مطرح کردند. در ۱۰ جولای ۲۰۰۸، دادگاه منطقه لاهه اعلام کرد که به استناد مصونیت سازمان ملل متحد، صلاحیت استماع این دعاوی علیه سازمان ملل متحد را ندارد. در ۳۰ مارچ ۲۰۱۰ نیز دادگاه تجدیدنظر، رأی دادگاه منطقه لاهه را تأیید کرد. در نهایت نیز با اعتراض شاکیان، پرونده به دیوان عالی ارجاع شد و دیوان نیز به استناد مصونیت مطلق سازمان ملل متحد، رأی دادگاه تجدیدنظر را تأیید کرد (Bothe, 2018: 50-74).

این اتفاق (تأیید رأی عدم استماع دعوی در دیوان عالی هلند) زمانی رخ داد که رأی دادگاه نوهانووویچ صادر شده بود و مسئولیت دولت هلند به واسطه قصور در پیشگیری از جنایات حین سقوط سربرنیتسا از سوی دادگاه منطقه لاهه و دادگاه تجدیدنظر مورد شناسایی قرار گرفته بود. در نتیجه این اتفاق خواهان‌های قضایای مادران سربرنیتسا، خوانده دعاوی خود را تغییر دادند و در دادگاه اروپایی حقوق بشر دعاوی را علیه دولت هلند به واسطه قصور در پیشگیری از جنایات مطرح ساختند که البته، در آنجا نیز دادگاه اروپایی حقوق بشر، دادخواست را غیرقابل استماع اعلام کرد (Reinisch, 2015: 317).

خواهان‌ها در این مرحله دوباره در دادگاه منطقه لاهه اقدام به اقامه دعوی علیه دولت هلند (و نه سازمان ملل متحد) کردند. دادگاه‌های منطقه و تجدیدنظر آراء خود را به ترتیب، در سال‌های ۲۰۱۴ و ۲۰۱۷ صادر کردند. دادگاه منطقه‌ای دولت هلند را «به جهت مشارکت در اخراج پناهجویان که در منطقه امن تحت کنترل نیروهای هلندی حضور داشته‌اند» محکوم

مع‌الوصف، تصریح عامی در این رابطه، در اسناد و هنجارهای لازم‌الاجرای حقوق بین‌الملل موضوعه وجود ندارد. دیوان عالی هلند نیز در رأی نهایی خود در جهت تقویت رویه‌های مرتبط با همین دیدگاه گام برداشت. از نظر دیوان: «رفتار متخلفانه نیروهای هلندی از یک سو، مطابق مواد ۵ و ۷ پیش‌نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل راجع به مسئولیت سازمان‌های بین‌المللی به سازمان ملل متحد قابل انتساب است؛ و از سوی دیگر، به واسطه ترک فعل دولت هلند برای جلوگیری از ارتکاب رفتار متخلفانه توسط نیروهای هلندی در شرایطی که مبنایی برای مداخله دولت هلند و نیروهای هلندی وجود داشته است، به دولت هلند قابل انتساب است».

در این قضیه، همان‌طور که مشاهده شد، پیش‌نویس‌های کمیسیون حقوق بین‌الملل و رویه‌های موردی که همگی فاقد وصف الزام‌آوری می‌باشند، نقش اساسی را در تعیین و تفسیر قاعده انتساب رفتار ایفا کردند. این رویه دیوان عالی هلند بعدها، نقش محوری را در تعیین سرنوشت قضایای «مادران سربرنیتسا» (که از نظر تعداد خواهان‌ها و میزان رقم خواسته به جهت جبران خسارات) یکی از بزرگ‌ترین و فنی‌ترین قضایای حقوق بشردوستانه محسوب می‌شود، ایفا کرد. با توجه به آنچه بیان شد، در این قضیه دادگاه از هنجارها و اسناد حقوق نرم (یعنی پیش‌نویس‌های کمیسیون حقوق بین‌الملل و رویه‌های موردی که همگی فاقد وصف الزام‌آوری برای محاکم هلند بودند) جهت تعیین و تفسیر قاعده انتساب رفتار، استفاده نمود (بیرانوند، ۱۴۰۲: ۴۰۶).

۶- قضیه مادران سربرنیتسا^۲ (پادشاهی هلند)

«مادران سربرنیتسا» بنیادی است که در کشور هلند و مطابق قانون آن کشور تأسیس شده است و نمایندگی بازماندگان و خویشاوندان قربانیان سقوط شهر سربرنیتسا در سال ۱۹۹۵ را برعهده دارد. تقریباً، به موازات پرونده نوهانووویچ در سال‌های ۲۰۰۷ و ۲۰۰۸ و همچنین، مطرح‌شدن مسئولیت دولت هلند

^۲- Mothers of Srebrenica Association et al. v. The Netherlands, The Hague District Court, judgment of 16 July 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014: 8748, ECLI:NL: RBDHA: 2014: 8562

^۳- The Hague Court of Appeal, ECLI:NL: GHDHA: 2017:1761, judgment of 27 June 2017.

^۱- Hoge Raad der Nederlanden, Judgment, The Netherlands v. H. Nuhanović, 6 September 2013, ECLI:NL: HR: 2013: BZ9225, para. 5.18.

^۲- The European Court of Human Rights (Third Section), Stichting Mothers of Srebrenica and others v. The Netherlands, Application no. 65542/12.

ایجاد حقوق نرم جدید استفاده نمود (بیرانوند، ۱۴۰۲: ۴۰۹-۴۱۰).

نتیجه‌گیری

محاکم ملی گاهی اوقات با حقوق نرمی که از پیش تولید شده‌اند، مواجه می‌شوند و گاهی نیز (از طریق ایجاد رویه‌های خلاف قواعد موجود) در قامت «تولیدکننده حقوق نرم» ظاهر می‌شوند. حقوق نرم از پیش ایجاد شده در پرتو رویه‌های محاکم ملی دارای سه کارکرد بسیار مهم است: استفاده از حقوق نرم به‌عنوان ابزار تفسیر قواعد و هنجارهای سخت؛ تقویت حقوق نرم از پیش ایجاد شده و کمک به انتقال آن به فضای حقوق سخت از طریق ایجاد قواعد عرفی جدید؛ استفاده از حقوق نرم برای ارتقاء هنجارهای سخت در سلسله‌مراتب هنجاری حقوق بین‌الملل (مانند تبدیل قواعد عرفی به قواعد آمره).

در ارتباط با نقش محاکم ملی در قامت «تولیدکننده حقوق نرم»، باید میان عملکرد نظام‌های حقوقی مختلف قائل به تفکیک شویم. محاکم ملی وابسته به نظام‌های حقوقی رومی-ژرمنی یا محاکم ملی وابسته به نظام‌های خاص که گرایش به نظام‌های رومی-ژرمنی دارند، کمتر در قامت تولیدکننده حقوق نرم ظاهر می‌شوند. وقتی صحبت از تولید حقوق نرم به میان می‌آید، یعنی محکمه داخلی یک رویه خلاف قاعده موجود را ایجاد کرده است. در این‌جا، باید میان دو حالت قائل به تفکیک شویم: حالت اول این است که رویه جدید در ساختار نظام حقوق داخلی پذیرفته شده و مجاز است یا به تعبیری، در نظام حقوق داخلی قابل هضم و جذب می‌باشد؛ حالت دوم این است که رویه جدید در ساختار حقوق داخلی نیز «جدید» محسوب می‌شود و با ساختارها و نگاه‌های سنتی هم‌خوانی ندارد. حالت اول، در رویه محاکم ملی وابسته به نظام‌های حقوقی رومی-ژرمنی مشهود است، اما حالت دوم در میان محاکم ملی مزبور

کرد؛ اما دادگاه تجدیدنظر دولت هلند را «به واسطه تسهیل جداسازی پناهجویان مرد که توسط صرب‌ها کشته شده‌اند و همچنین، به دلیل ندادن هیچ‌گونه شانس برای ماندن پناهجویان بنا به اراده و انتخاب خود، در سالن‌های وسایل نقلیه که در مقرر نیروهای هلندی وجود داشته است»، محکوم کرد.^۲ همچنین، دادگاه اعلام داشت که: «با توجه به جمعیت پناهجویان، احتمال استقرار برای هر نفر در منطقه امن تقریباً ۳۰ درصد بوده است؛ در نتیجه، نیروهای هلندی پناهجویان را از ۳۰ درصد شانس خود برای استقرار در منطقه امن محروم کرده‌اند».^۳ رأی دادگاه تجدیدنظر با اعتراض دولت هلند، به دیوان عالی ارجاع شد (Ryngaert & Spijkers, 2019: 542-544).

دیوان نیز در ۱۹ جولای ۲۰۱۹، رأی نهایی^۴ را در ارتباط با این پرونده صادر کرد. دیوان اعلام داشت که: «دولت هلند به واسطه محروم کردن پناهجویان، از ۱۰ درصد شانس برای پناه گرفتن در مقرر استقرار نیروهای هلندی، دارای مسئولیت می‌باشد».^۵

نکته جالب توجه این است که در تمام روند رسیدگی به این قضایا، از مرحله دادگاه منطقه‌ای تا رأی نهایی دیوان در سال ۲۰۱۹، محور اصلی استدلال طرفین و دادگاه، مفاد رأی قضیه نوهانوویچ و جایگاه آن در روند ایجاد رویه جدید و همچنین، تفسیر مفاد پیش‌نویس مواد راجع به مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها و نیز پیش‌نویس مسئولیت بین‌المللی سازمان‌های بین‌المللی بود. با توجه به آنچه که بیان شد، دادگاه در این قضیه از اسناد و هنجارهای حقوق نرم (یعنی، رأی نوهانوویچ و همچنین، تفسیر مفاد پیش‌نویس مواد راجع به مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها، همچنین سازمان‌های بین‌المللی) برای

^۴- Mothers of Srebrenica Association et al. v. The Netherlands, Supreme Court, judgment of 19 July 2019, ECLI: NL: HR:2019:1223 (English translation: ECLI:NL: HR:2019:1284).

^۵- Mothers of Srebrenica Association et al. v. The Netherlands, Supreme Court, judgment of 19 July 2019, ECLI:NL: HR:2019:1223 (English translation: ECLI:NL: HR: 2019:1284), para. 91.

^۱- Mothers of Srebrenica Association et al. v. The Netherlands, The Hague District Court, The Hague Court of Appeal, ECLI:NL: GHDHA:2017:1761, judgment of 27 June 2017; para. 51.

^۲- The Hague Court of Appeal, ECLI:NL The Hague Court of Appeal, ECLI:NL: GHDHA:2017:1761, judgment of 27 June 2017, para. 72.

^۳- The Hague Court of Appeal, ECLI:NL The Hague Court of Appeal, ECLI:NL: GHDHA:2017:1761, judgment of 27 June 2017, para. 82-83.

کثرت‌گرایی حقوق بین‌الملل». فصلنامه حقوق پزشکی، (۵۶): ۶۷۶-۶۵۹.

- سلیمی، صادق؛ بیرانوند، فرید و جعفری، افشین (۱۳۹۹). «تحولات تاریخی تمتع متهمان به ارتکاب اعمال تروریستی از حق بر دادرسی عادلانه با تأکید بر پرونده عمر خضر در محاکم کانادا در پرتو حقوق نرم بشردوستانه». فصلنامه تاریخ پزشکی، (۱۲(۰۰): ۱-۱۴.

- علیزاده، یعقوب؛ مسعودی‌نیا، محمد، رستمی، سارا و بیرانوند، فرید (۱۳۹۵). «تحولات اصل حق بر دریا فت امدادهای پزشکی در هنگام وقوع بلایا در پرتو حقوق نرم بین‌المللی». فصلنامه تاریخ پزشکی، (۲۸): ۸۵-۱۰۳.

ب. منابع انگلیسی

-Baudisch, I (2006). "International Decisions: Germany v. N, Decision No.2 NW 12.04,21 June 2005". *American Journal of International Law*, (100): 911-917.

- Beer, A (2019). *Peremptory Norms of General International Law*. Boston: Brill.

- Bothe, M (2018). "UN Peace Operations". In: Fleck, D (2018). *The Handbook of the Law of Visiting Forces*. Oxford: Oxford University Press.

- Cantú-Rivera, H (2016). "Towards Judicial Accountability in the Business & Human Rights Field?", In: Vicente, D.M (2018). *Towards a Universal Justice? Putting International Courts and Jurisdictions into Perspective*. Boston: Brill.

-Casteleiro, A.D (2016). *The International Responsibility of the European Union: From Competence to Normative Control*. Cambridge: Cambridge University Press.

-Commander, W (2011). *International Humanitarian Law, The Laws of War*. Vj Multimedia.

- Ferro, L., & Verlinden, N (2018). "Neutrality During Armed Conflicts: A Coherent Approach to Third-State Support for Warring Parties".

به‌صورت استثنایی و خاص مشاهده می‌شود. این موارد خاص و استثنائی نیز مختص به نظام‌های رومی-ژرمنی مانند هلند می‌باشد که از ساختار کلاسیک حقوق رومی-ژرمنی فرانسوی فاصله گرفته‌اند و نسل جدیدی از نظام حقوقی رومی-ژرمن ایجاد کرده‌اند. دلیل اصلی این مسئله به یک ویژگی مبنایی نظام حقوقی رومی-ژرمن باز می‌گردد. محاکم ملی در نظام حقوقی رومی-ژرمن در راستای انجام وظایف خود دارای حدود صلاحیت مضیق هستند، زیرا اساساً ابزار تولید قاعده و هنجار را در اختیار ندارند. این ویژگی دقیقاً نقطه مقابل محاکم ملی نظام‌های کامن‌لا محسوب می‌گردد که با تکیه بر رویه محوری، ابزار رفع خلاءهای قانونی در اختیار دادرسان قرار دارد.

ملاحظات اخلاقی: موارد مربوط به اخلاق در پژوهش و نیز امانت‌داری در استناد به متون و ارجاعات به مقاله تماماً رعایت گردید.

تعارض منافع: در تدوین این مقاله، هیچ‌گونه تعارض منافی وجود نداشته است.

سهم نویسنده: انفرادی.

تشکر و قدردانی: از تمام کسانی که نویسندگان را در تهیه این مقاله یاری رسانده‌اند، سپاسگزارم.

منابع و مأخذ

الف. منابع فارسی

- بیرانوند، فرید (۱۴۰۲). رویه محاکم ملی در مواجهه با حقوق نرم بین‌المللی با تأکید بر حقوق بشردوستانه. تهران: فرهنگ‌شناسی.

- بیرانوند، فرید؛ شریفی طرازکوهی، حسین و سلیمی، صادق (۱۳۹۹). «تکوین و اعمال حقوق نرم بین‌المللی در پرتو رویه دیوان بین‌المللی دادگستری با تأکید بر حقوق بشردوستانه». فصلنامه حقوق پزشکی، ۱۴: ۷۳-۸۷.

- بیرانوند، فرید؛ شریفی طرازکوهی، حسین و سلیمی، صادق (۱۴۰۰). «دریافت کمک‌های پزشکی در موارد وقوع فجایع طبیعی و انسانی در پرتو حقوق نرم با تأکید بر فرمالیسم و

Domestic Courts: A Casebook. Oxford: Oxford University Press.

- Ryngaert, C., & Spijkers, O (2019). "The End of the Road: State Liability for Acts of UN Peacekeeping Contingents After the Dutch Supreme Court's Judgment in Mothers of Srebrenica (2019)". *Netherlands International Law Review*, 66(3): 537-553.

- Solis, G.D (2021). *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*. 3rd Edition. Cambridge: Cambridge University Press.

- Steiner, E (2018). *French Law: A Comparative Approach*. Oxford: Oxford University Press.

- Von Heinegg, W.H (2007). "'Benevolent' Third States". In: Schmitt, M.N., Pejic, J (2007). *International Armed Conflicts: The Myth of the Irrelevance of the Law of Neutrality*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Whetham, D (2018). "Do Some Soldiers Deserve to Die More Than Others? Selective". In: Strawser, B.J., Jenkins, R., & Robillard, M (2018). *Who Should Die? The Ethics of Killing in War*. Oxford: Oxford University Press.

- Yarwood, L (2010). *State Accountability under International Law: Holding States Accountable for a Breach of Jus Cogens Norms*. London: Routledge.

International Documents

- Association France Palestine Solidarité (AFPS) et Organisation de libération de la Palestine (OLP) c. Alstom Transport et Veolia Transport. Jugement avril 2009.

- Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law (Adopted and proclaimed by General Assembly resolution 60/147 of 16 December 2005).

- BverwG 2 WD 12.04 of 21 June 2005.

Chinese Journal of International Law, 17(1), 15-43.

- Jinks, D., Maogoto, J.N., & Solomon, S (2014). "Introducing International Humanitarian Law to Judicial and Quasi-Judicial Bodies". In: Jinks, D., Maogoto, J.N., & Solomon, S (2014). *Applying International Humanitarian Law in Judicial and Quasi-Judicial Bodies: International and Domestic Aspects*, Berlin: Springer.

- Klamberg, M (2017). *Commentary on the Law of the International Criminal Court*. Brussels: Torkel Opsahl Academic Electronic Publisher.

- Musa, Sh (2019). *Victim Reparation under the Jus Post Bellum: An Historical and Normative Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Nauta, D (2016). *The International Responsibility of NATO and its Personnel during Military Operations, A Study on International Public Law and International Criminal Law*. Doctoral Thesis to obtain the degree of doctor from Radboud University Nijmegen on the authority of the Rector Magnificus prof. dr. J.H.J.M. van Krieken according to the decision of the Council of Deans to be defended in public on Wednesday, December 21, 2016.

- Nollkaemper, A. (2012). *National Courts and the International Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press.

- Prescott, J.M (2018). "Claims". in: Fleck, D (2018). *The Handbook of the Law of Visiting Forces*. Second Edition, Oxford: Oxford University Press.

- Proukaki, Elena Katselli, Countermeasures (2009). *The Non-Injured State and the Idea of International Community*. London: Routledge.

- Reinisch, A (2015). "To What Extent Can and Should National Courts Fill the Accountability Gap?". In: Blokker, M.N., & Schrijver, N.J (2015). *Immunity of International Organizations*. Vol. 10, Issue. 2, London: Brill.

- Ryngaert, C (2018). "International Humanitarian Law", in: Nollkaemper, A., Reinisch, A., Janik, R., & Simlinger, F (2018). *International Law in*

- Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany, Areios Pagos (Supreme Court), Greece, 11/2000 (288933), Judgment, 4 May 2000.

<http://www.internationalcrimesdatabase.org/upload/ICD/Upload3247/Prefecture%20of%20Voiotia%20v.%20Germany%20-%20Greece%20-%202000.pdf>

- German Constitutional Court Order of Non-Acceptance of 13 August 2013, No. 2 BvR 2660/06, 2 BvR 487/07.

- Greek Court of First Instance of Leivadia, Prefecture of Voiotia (30 October 1997).

- Mothers of Srebrenica Association et al. v. The Netherlands, Supreme Court, judgment of 19 July 2019, ECLI:NL:HR:2019:1223 (English translation: ECLI:NL:HR:2019:1284).

- SC Verbatim Record, UN Doc. S/PV.4701 (5 February 2003), 36-37/39.

- Security Council, Resolution 819, S/RES/819 (16 April 1993).

-Varvarin Bridge Case, 36 citizens of Yugoslavia v. Germany, Constitutional complaint, 2 BvR 2660/06, 2 BvR 487/07, ILDC 2238 (DE 2013), EuGRZ 2013, 563, DOV 2013, 946, 13 August 2013, Germany; Constitutional Court, para. 43-45.

- 'Kunduz incident' case, Regional Court of Bonn, 11 December 2013, Landgericht Bonn, 1 O 460/11. At:

<http://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/1035/Klein/>.

-Bundesverwaltungsgericht (BVerwG), Judgment, 21 June 2005, 2 WD 12.04, at:

<http://www.bverwg.de/entscheidungen/entscheidung.php?ent=210605U2WD12.04.0>.

- Court of Appeal in The Hague, Case No.: 200.020.174/01, Ruling of 5 July 2011 in the case of Hasan Nuhanovic v. The State of Netherlands. Available at:

<https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHSGR:2011:BR5388>.

- District Court in The Hague, Case No.: 265615/HA ZA 06-1671, 4.15. 10 September 2008 Hasan Nuhanovic v. The State of Netherlands. Available at:

<https://uitspraken.rechtspraak.nl/#zoekverfijn/ljn=BF0184&so=Relevance>.