

## حقوق نرم در پرتو تصمیمات نهادهای قضایی و شبه‌قضایی بین‌المللی

دکتر زهرا محمودی<sup>۱</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۲/۲۸

تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۵/۱۴

### چکیده

از زمان پدیدار شدن مفهوم حقوق نرم در عرصه‌ی حقوق بین‌الملل سال‌ها می‌گذرد، اما هنوز هیچ اجماعی در خصوص تعریفی واحد از آن حاصل نشده‌است. علل استفاده‌ی دولت‌ها از حقوق نرم نیز کماکان در هاله‌ای از ابهام قرار دارد. این مقاله در چارچوب نظریه‌ی آثار حقوقی، تفاسیر غیر الزام‌آوری که نهادهای قضایی و شبه‌قضایی بین‌المللی از قواعد الزام‌آور حقوق بین‌الملل ارائه می‌دهند را بررسی نموده‌است. منظور از مراجع قضایی و شبه‌قضایی، مهمترین نهادهایی است که به موجب حقوق بین‌الملل، صلاحیت سخن گفتن از قواعد بین‌المللی را دارا هستند. به لحاظ حقوقی، تصمیمات صادره توسط نهادهای یادشده عموماً تنها نسبت به طرفین اختلاف و در همان دعوی الزام‌آور می‌باشند؛ با این وجود، تحت شرایطی آثار حقوقی ناشی از تصمیمات مزبور به سایر دولت‌ها بسط پیدا کرده و الزامات حقوقی برای آن‌ها به ارمغان می‌آورد. نکته این‌جاست که نقش اصلی را در فرآیند ذکرشده، حقوق نرم بر عهده دارد؛ نقشی که تا حد زیادی در حقوق بین‌الملل ناشناخته مانده‌است. مقاله‌ی حاضر به بررسی این نقش اختصاص یافته است.

**واژگان کلیدی:** حقوق نرم، آثار حقوقی، مراجع قضایی، نهادهای شبه‌قضایی.

## مقدمه

همان‌گونه که از عنوان مقاله مشخص است، هدف آن واکاوی و بررسی حقوق نرم از منظر فعالیت‌ها و تصمیمات نهادهای قضایی و شبه‌قضایی حقوق بین‌الملل است. لازمه‌ی این کار، شناخت مفهوم حقوق نرم است. از همین رو، در مبحث اول از بخش نخست مقاله، ابتدا به نظرات و تعاریف موجود پیرامون حقوق نرم پرداخته و سپس تعریف مد نظر مقاله که متکی بر آثار حقوقی حقوق نرم است، بیان شده. شناخت تفاوت‌های حقوق نرم و سخت و نیز بررسی مزیت‌های این حقوق نسبت به حقوق سخت، مبحث دوم این فصل از مقاله را تشکیل می‌دهد که از خلال مباحث آن می‌توان تا حدودی به علل گرایش دولت‌ها نسبت به حقوق نرم پی برد.

بخش دوم مقاله اختصاص دارد به تشریح و ارزیابی نقش مهمترین نهادهای قضایی و شبه‌قضایی در ایجاد حقوق نرم. در چند دهه‌ی اخیر تعداد دادگاه‌ها، دیوان‌ها و کمیسیون‌های بین‌المللی به شدت افزایش یافته که دو علت اصلی را برای آن می‌توان ذکر کرد: جهانی‌شدن اقتصاد که ناشی از پایان یافتن جنگ سرد است و ظهور بازیگران غیر دولتی در مناسبات بین‌المللی و تسری حقوق بین‌الملل به موضوعات مربوط به بازیگران غیر دولتی که در تلاش‌اند به عنوان مدعی و خواهان در مراجع قضایی بین‌الملل حضور یابند.

یکی از مهمترین پیامدهای افزایش مجامع قضایی بین‌المللی گسترش حوزه‌ی شمول حقوق بین‌الملل است. دادگاه‌ها و دیوان‌های بین‌المللی به‌صورتی قاعده‌مند و از طریق تفسیر قواعد سخت و الزام‌آور، تصمیماتی قضایی اتخاذ می‌کنند که در حال تبدیل‌شدن به منبعی بنیادین برای حقوق بین‌الملل است. از آنجایی که نهادهای مزبور بر اساس قواعد حقوق بین‌الملل درباره‌ی اکثر موضوعات بین‌المللی اتخاذ تصمیم می‌کنند، لذا شاهد مجموعه‌ای از تصمیماتی با آثار الزام‌آور هستیم که بر اساس حقوق بین‌الملل گرفته می‌شوند.

در مبحث اول بخش دوم، نقش و کارکرد مراجع قضایی (دیوان بین‌المللی دادگستری و دو مورد از محاکم داوری) بررسی شده و در مبحث دوم، از میان مراجع شبه‌قضایی، عملکرد کمیته‌ی حقوق بشر و رکن حل‌وفصل اختلافات سازمان تجارت جهانی در تفسیر قواعد الزام‌آور و بسط آثار حقوقی ناشی از تصمیمات شان مدنظر قرار گرفته است.

## گفتار اول: شناخت حقوق نرم

### ۱- تعریف حقوق نرم

برخلاف چالش‌های نظری که فراوری حقوق نرم قرار دارد، پژوهشگران حقوق بین‌الملل آن را به عنوان بخش جدایی‌ناپذیر از این نظام حقوقی به رسمیت می‌شناسند. موضوع حقوق نرم همیشه موضوعی بکر برای پژوهشگران حقوق بین‌الملل بوده است و از آنجایی که هیچ تعریف رسمی از این نوع حقوق وجود ندارد، حقوقدانان بین‌المللی بر اساس رویکردهای مختلف از آن و یا تأکید بر ویژگی و خصلتی خاص، تعاریف متعددی ارائه کرده‌اند؛ از این رو، برای درک بهتر تعریفی که مقاله‌ی حاضر بر اساس آن تدوین شده، اشاره‌ای گذرا بر برخی از آن تعاریف خواهیم داشت.

### ۱-۱- تعاریف موجود

عده‌ای از محققان، رویکردی مضیق و سنتی نسبت به این مقوله داشته و آن را خارج از «حوزه‌ی حقوق و فاقد وصف حقوقی» می‌دانند؛ برای مثال، چنان‌که پروفیسور وییل بیان می‌کند: «این‌گونه تعهدات را نه می‌توان حقوق نرم به حساب آورد و نه سخت؛ زیرا اساساً فاقد وصف حقوقی‌اند» (Weil, 1983, p. 414).

برخی از نویسندگان در تعریف حقوق نرم، روی مسأله‌ی «میزان شفافیت» تعهدات مزبور تمرکز نموده‌اند. از نظر این دسته از پژوهشگران، حقوق نرم شامل تعهدات «مبهم و غیر صریح» می‌شود (Abbott & Snidal, 1992, P. 135). در این بین، هستند محققانی که صراحتاً حقوق نرم را بعد از معاهدات و عرف به عنوان سومین منبع حقوق بین‌الملل معرفی نموده‌اند؛ منبعی که در نیمه‌ی دوم قرن بیستم با تمرکز بر موضوعات بحث‌برانگیز و دور از اجماع، مثل حقوق بشر، حفاظت از محیط زیست، اخلاق زیستی و معیارهای فنی تجارت بین‌المللی، توسعه یافته است (Andron, 2007).

اما اکثریت قریب به اتفاق پژوهندگان حقوق بین‌الملل معتقدند تعهدات و هنجارهای مزبور، سیاست صرف به حساب نمی‌آیند؛ به همین دلیل، از وصف «شبه‌حقوقی» برای آن‌ها استفاده کرده‌اند. بنا بر نظر ایشان، لسان به‌کار گرفته‌شده در اسنادی از قبیل اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر، سند هلسینکی تصمیمات کمیته‌ی حقوق بشر سازمان ملل متحد و قانون‌گذاری‌های انجام‌شده به‌واسطه‌ی آرای دیوان بین‌المللی دادگستری و محاکم داوری، به دلیل ویژگی شبه‌قانونی که دارند، بر دولت‌ها تأثیرگذار هستند. طبق نظر این محققان، حقوق نرم، تعهدات شبه‌قانونی یا بیانیه‌هایی را شامل می‌شود که فاقد شرایط و استانداردهای لازم برای حقوق سخت هستند.

هیچ یک از نظرات ذکرشده خالی از ایراد نیست؛ برای مثال، نظریه‌ی اول با واقعیات حاکم بر حقوق بین‌الملل معاصر و نقش روزافزون حقوق نرم در آن سازگاری ندارد و نظریه‌ی دوم نیز با

نگرشی محدود، تعریف خود را تنها بر یک ویژگی از تعهدات نرم مبتنی نموده، لذا تعریفی جامع و مانع به حساب نمی‌آید. اما نظریه‌ی شبه‌قانونی، جامع‌تر بوده و از همین رو، در بین حقوقدانان طرفداران زیادی داشته و به نحو گسترده‌ای در حال استفاده است.

### ۱-۲- تعریف مد نظر مقاله: تأکید بر آثار حقوقی

تعریف مورد نظر مقاله‌ی حاضر مبتنی بر نظریه‌هایی همچون «حقوق مشترک بین‌المللی»<sup>(۱)</sup> و «حالت‌های اثرگذار» است. نقطه‌ی ثقل این تعریف، تکیه بر آثار حقوقی حقوق نرم است. طبق این تعریف: «حقوق نرم، مقوله‌ای است که فی‌مابین حقوق سخت و تعهدات صرفاً سیاسی قرار می‌گیرد؛ به عبارت دیگر، حقوق نرم اسناد غیر الزام‌آوری است که درک و فهم کشورها را از قواعد الزام‌آور (سخت) تفسیر نموده، از وجود قواعد مزبور خبر داده و تمایلاتی را میان کشورها در خصوص رفتار مناسب و منطبق با حقوق سخت ایجاد می‌کند» (Andrew & Timothy, 2010, p 171). لذا حقوق نرم اگرچه غیر الزام‌آور است، اما دارای «آثاری حقوقی» است و همین ویژگی است که آن را از سیاست صرف منفک می‌سازد.

مروری بر تئوری «حالت‌های اثرگذار»<sup>(۲)</sup> که سال‌ها پیش در حقوق بین‌الملل مطرح شده‌است، به خوبی مبنای تعریف فوق را نشان می‌دهد:

«... اتخاذ تصمیمات الزام‌آور تنها راه توسعه‌ی حقوق و ایجاد تحولات حقوقی نیست. آثار حقوقی می‌تواند نتیجه و پیامد اعمالی باشد که - در معنای پذیرفته‌شده و رسمی - الزام‌آور نمی‌باشند [...] قواعد غیر الزام‌آور به این دلیل که شکل‌دهنده‌ی انتظارات دولت‌ها از رفتار درست و منطبق هستند، می‌توانند پیامدهای حقوقی و الزام‌آور داشته باشند» (Higgins, 1994, p. 25).

### ۲- تفاوت‌های حقوق نرم و سخت

از آغاز قرن بیستم به بعد، حاکمیت بین‌المللی به نحو فزاینده‌ای قانونمند شده‌است. این فرآیند پیچیده‌ی قانونمند شدن، به عنوان حرکتی پیوسته و زنجیره‌وار است که از حقوق نرم به سمت حقوق سخت در حال حرکت و تحول است. پس هر دو نوع حقوق در این فرآیند صاحب نقش هستند، اما این به معنی انکار تفاوت‌های موجود میان آن‌ها نیست؛ ضمن این‌که این تفاوت‌ها و بیان آن‌ها هرگز به معنی اولویت یکی بر دیگری نیز نخواهد بود و چنان‌که اشاره خواهیم کرد، ریشه در ویژگی‌های ساختاری آن‌ها داشته که هرکدام بسته به موقعیت مورد نظر برای قانونمند نمودن جامعه‌ی بین‌المللی به کار آمده و نقش‌آفرینی می‌کنند.

به منظور تفکیک میان حقوق نرم و سخت، معیارهای مختلفی توسط حقوق دانان بیان شده، اما آنچه که اکثریت روی آن اتفاق نظر دارند، سه معیار زیر است ( Martha Finnemore and, 2001, P. 743):

الف) تعهد<sup>(۳)</sup>

وزن تعهد حقوقی که حقوق سخت ایجاد می‌کند، در مقایسه با حقوق نرم، بیشتر است؛ به عبارت دیگر، حقوق نرم تعهد حقوقی ضعیف‌تر ایجاد نموده و یا حتی فاقد هرگونه تعهد حقوقی است.

ب) دقت و صراحت<sup>(۴)</sup>

حقوق بین‌الملل ملغمه‌ای است از اسنادی که با دقت و صراحت زیاد یا کم نگاشته شده‌اند. اصولاً آن دسته از اسنادی که از میزان بالاتری از دقت و صراحت برخوردارند، اسناد حقوق سخت هستند، حال آن‌که اسناد حقوق نرم ابهام بیشتری داشته و از عبارات و اصطلاحات کلی، مجمل و انتزاعی بهره می‌جویند.

ج) نمایندگی<sup>(۵)</sup>

بر اساس این معیار، در مورد اسناد حقوق سخت این امکان وجود دارد که تفسیر یا اجرای آن را به اشخاص ثالث مستقل از قبیل محاکم و دیوان‌های بین‌المللی واگذار نمود؛ اما در مورد اسناد حقوق نرم، این تفسیر یا اجرا در موجدین آن خلاصه شده و به همین دلیل است که فضای بیشتری را برای مانور نظرات سیاسی فراهم می‌آورد.

لازم است در همین جا اشاره کنیم که معیارهای ذکر شده نسبی هستند؛ به معنای دیگر، با اتکا به این معیارها نمی‌توان یک سند یا قاعده‌ی حقوق بین‌الملل را مطلقاً سخت یا نرم نامید، بلکه درجه و شدت و ضعف این معیارها است که میزان سختی یا نرمی یک قاعده را مشخص می‌سازد. برای مثال لزوماً تمام قواعدی که در زمره‌ی قواعد سخت قرار می‌گیرند، هر سه ویژگی تعهد، دقت و اعطای نمایندگی را ندارند، در نتیجه، قاعده‌ای که از این سه معیار بیشتر بهره برده باشد، سخت‌تر است و بالعکس.

### ۳- قدرت پنهان حقوق نرم

چنان‌که در مطلب قبلی نیز به‌طور گذرا اشاره شد، نمی‌توان حقوق بین‌الملل سخت را همواره برتر از حقوق نرم دانست - اگرچه برخی از نویسندگان خلاف این نظر را دارند - اما واقعیت این است که تابعان حقوق بین‌الملل به منظور نیل به اهداف خود از طیف وسیعی از اسناد استفاده

می‌کنند که بر اساس سه ویژگی ذکر شده (تعهد، نمایندگی و دقت) ماهیتی سخت یا نرم دارند. این اسناد منافع و مزایایی را در چارچوب‌های مختلف عرضه می‌کنند و از همین رو، بسته به مورد، گاهی به شکل منفرد (تنها حقوق نرم یا سخت) و گاهی به صورت ترکیبی به کار گرفته شده‌اند و در نتیجه، حقوق بین‌المللی ممزوج از اسناد نرم و سخت است. علی‌رغم مزیت‌هایی که حقوق سخت دارد، اما برخی از ویژگی‌های منفی آن، سبب تمایل کشورها به حقوق نرم شده‌است که از جمله می‌توان موارد زیر را فهرست‌وار برشمرد:

در بر داشتن هزینه، ایجاد تعهدات رسمی و در نتیجه، محدود ساختن رفتار دولت‌ها، مشکل‌بودن اتخاذ و ایجاد تغییرات و در مواردی نقض بالقوه‌ی حاکمیت دولت‌ها.

این جستار به دنبال کالبدشکافی معایب حقوق نرم نیست، بلکه هدف، ذکر مزایای حقوق نرم است؛ حقوقی که در موارد متعدّد بدون تحمیل هزینه‌های حقوق سخت، قادر به قانونمند کردن روابط میان تابعان نظام حقوق بین‌الملل است. این مزایا به شرح ذیل عبارت‌اند از:

#### الف) کاهش هزینه‌های مربوط به انعقاد معاهده

ایجاد حقوق سخت نیازمند صرف زمانی نسبتاً طولانی است، در حالی که ایجاد حقوق نرم، هزینه‌ها و زمان کمتری لازم دارد. برای انعقاد تمام موافقتنامه‌ها داشتن آگاهی درباره‌ی مسائل، چانه‌زنی، زبان تدوین و نگارش، در زمره‌ی مسائل مهم محسوب می‌شوند، ضمن آن‌که در قواعد سخت‌تر مسائل دیگری از قبیل همکاری دولت‌ها، زمان، تصویب و بازنگری نیز اضافه می‌شود. اما حقوق نرم از آنجایی که از رسمیت کمتری برخوردار بوده و زبان تشویقی و توصیه‌ای داشته (Callies, and Moritz, 2009, P. 148) و فارغ از مشکلات پیش‌گفته است، می‌تواند روش مناسبی برای تنظیم و بهبود روابط میان دولت‌ها در بسیاری از موضوعات باشد.

هدف تابعان حقوق بین‌الملل از پذیرش قواعد بین‌المللی اعم از نرم و سخت نیل به منافع است، با این تفاوت که قواعد سخت غالباً دربردارنده‌ی هزینه‌هایی است در حالی که قواعد نرم منافع و مزایای بیشتر در مقابل هزینه‌های کمتر خواهد داشت. نهایتاً آنچه که سبب می‌شود دولت‌ها میان این دو گروه قواعد دست به انتخاب بزنند، بستگی به برآوردی دارد که از منافع و هزینه‌های حاصل از هر قاعده به عمل می‌آورند.

#### ب) کاهش تهدید نسبت به حاکمیت

قواعد سخت که بیشتر در قالب موافقت‌نامه‌های حقوقی بین‌المللی عرضه می‌شوند، آزادی عمل دولت‌ها را محدود کرده و از این راه حاکمیت آن‌ها را محدود می‌سازند؛ به بیان دیگر، حقوق سخت کنترل دولت‌ها را بر فضای داخلی و خارجی آن‌ها کاهش می‌دهد. با توجه به عدم تمایل

دیرینه‌ی کشورها به محدود شدن حاکمیت‌شان، مسأله‌ی مهم این است که باید میان آنچه دولت‌ها از حقوق به دست می‌آورند، نسبت به آنچه از دست می‌دهند، تعادل وجود داشته باشد، در غیر این صورت، دولت‌ها بدون دلیل موجه تن به این کار نخواهند داد. حقوق نرم، روش و راهی را فراهم می‌آورد که بر اساس آن کشورها می‌توانند وارد یک رابطه شوند، در حالی که حاکمیت آن‌ها نیز حفظ شده است؛ از جمله، وجود قیود فرآر<sup>(۶)</sup>، عبارت‌پردازی‌های مبهم و نیز اجتناب از محو کردن اختلافات به اشخاص ثالث. این استراتژی‌ها یک رابطه با کمترین تهدیدات حاکمیتی را برای دولت‌ها به ارمغان می‌آورد. البته این تعادل و موازنه میان حاکمیت از یک سو و مزایای حقوق نرم از سوی دیگر، نسبت به موضوعات مختلف متفاوت عمل می‌کند. به عبارت دیگر، همواره به این شکل نیست که حفظ حاکمیت برای یک کشور بر استفاده‌ی حقوق سخت اولویت داشته باشد. لذا نباید تصور نمود که همواره کفه‌ی ترازوی حقوق نرم و در نتیجه، حفظ حاکمیت سنگینی کند. برای مثال، زمانی که کشورها به دنبال برقراری روابط طولانی‌مدت و نهادینه‌شده باشند، حتی اگر این همکاری و روابط منتهی به تعهداتی گردد که حاکمیت کشورها را تهدید کند، باز کشورها مایل به اتخاذ حقوق سخت برای روابط نهادین خود هستند؛ مثال بارز این نوع از روابط، ایجاد سازمان‌های بین‌المللی به‌یژه سازمان‌هایی است که با هدف همبستگی ایجاد می‌شوند، مثل اتحادیه‌ی اروپا.

اما در مورد مسائل مربوط به امنیت ملی، آنچه از اهمیت به‌سزایی برخوردار است، حفاظت از حاکمیت کشورهاست؛ از این رو، بیان‌شده که حقوق نرم در مورد مسائل مربوط به امنیت ملی یک هنجار است. به همین دلیل است که حتی در موافقت‌نامه‌هایی نظیر پیمان ناتو اگرچه میزان تعهد بسیار بالا است، اما تعهدات از دقت و صراحت کمتری برخوردار هستند و به عبارت دیگر، تعهداتی مطلقاً سخت محسوب نمی‌شوند؛ زیرا از سه ویژگی گفته‌شده فقط ویژگی نخست را دارند.

### ج) مشارکت بازیگران غیردولتی

این ویژگی اساس مقاله‌ی حاضر را شکل می‌دهد؛ به این نحو که حقوق نرم تنها محدود به دولت‌ها نبوده، بلکه بازیگران غیردولتی حقوق بین‌الملل از جمله ارکان سازمان‌های بین‌المللی، محاکم قضایی و شبه قضایی، شرکت‌های تجاری چندملیتی و سازمان‌های بین‌المللی غیردولتی نیز

می‌توانند در ایجاد قواعد نرم بین‌المللی نقش داشته باشند.<sup>۱</sup> در عین حال، دولت‌ها نیز به دنبال بازخوردهای ناشی از قواعد نرم در میان شهروندان خود هستند و در نتیجه، به نظرات شهروندان که در قالب سازمان‌های بین‌المللی غیردولتی ارائه می‌شود، رجوع می‌کنند (، 2008، [www.idrc.ca/en/ev-30130-201-I-do](http://www.idrc.ca/en/ev-30130-201-I-do)).

#### د) انعطاف‌پذیری حقوق نرم و تسهیل توافق

اسناد حقوق نرم انعطاف‌پذیری بیشتری برای دولت‌ها فراهم می‌آورند و به آن‌ها اجازه‌ی کنار آمدن با شرایط متفاوت و متنوع را می‌دهند. ضمن این‌که مشکلات مربوط به حصول سازش، توافق و چانه‌زنی میان کشورها را تسهیل می‌کنند. خصلت انعطاف‌پذیری این حقوق، به دولت‌ها اجازه می‌دهد تا تعهد را با موقعیت خاص خود تطبیق دهند. برای مثال می‌توان به قواعد اعسار در آنسیترال اشاره داشت. این مقررات، در رابطه با تفاوت‌های اقتصادی و سیاسی موجود میان کشورها انعطاف لازم را به عمل آورده است و لذا توافق و سازش را برقرار نموده، بدون آن‌که دولت‌ها را ملتزم به تعهداتی فراتر از توان‌شان کند.

#### ه) توسعه‌ی حقوق بین‌الملل

با افزایش جهانی‌شدن، مسائل جدید و پیچیده‌ای ظهور می‌یابد که باید توسط حقوق بین‌الملل به نظم کشیده شود. هرچند موافقت‌نامه‌های بین‌المللی به عنوان نماد بارز حقوق سخت می‌توانند در این رابطه نقش‌آفرین باشند، اما مسأله این است که کشورها در پیوستن به معاهداتی که موضوع آن‌ها واضح نیست و یا نتایج حاصل از آن‌ها نامعین است، بسیار محتاطانه عمل می‌کنند. در این میان، حقوق نرم می‌تواند فارغ از خطرات ناشی از عدم قطعیت، برخی از مزایا و منافع حقوقی را تأمین نماید. مثلاً مسائل مربوط به تغییرات جهانی آب‌وهوا از ابهامات زیادی رنج می‌برند؛ از جمله این‌که معلوم نیست این تغییرات چگونه و در چه زمانی رخ خواهد داد و یا نتایج حاصل از آن چه خواهد بود. لذا بهترین قالب برای نظم کشیدن مسائلی از این دست، حقوق نرم است؛ زیرا حقوق نرم به دولت‌ها اجازه‌ی جاه‌طلبی و به زبان آوردن خواسته‌ها و تمایلات‌شان را می‌دهد که این حسن در کنار عدم نگرانی از اجرای تعهد، همکاری‌های عمیق‌تر میان دولت‌ها را در حوزه‌ی مسائل جدید به دنبال دارد (Shaffer & Pollack, , 2010, P. 719).

<sup>۱</sup> برای مثال می‌توان به اصول اختیاری امنیت و حقوق بشر در صنایع استخراجی اشاره نمود که موضوع بحث مشترک میان دو کشور آمریکا و انگلیس، سازمان‌های غیردولتی عفو بین‌الملل و دیده‌بان حقوق بشر و نیز شرکت‌های چند ملیتی بزرگ نفت و گاز (بریتیش پترولیوم، شورن - تگزاکو و رویال داچ شل) است.



تا قبل از پیدایش پدیده‌ای با عنوان حقوق نرم، مسائل و موضوعات بحث برانگیز و جدید حقوق بین‌الملل با بی‌اعتنایی کشورها مواجه بود. این بی‌توجهی اصولاً در احتراز کشورها از قانونمند کردن مسائل مذکور از طریق قالب‌های حقوق سخت (معاهدات) ریشه داشت. اما انعطاف‌پذیری حقوق نرم این امکان را برای کشورها فراهم آورده و در نتیجه، با سرعت بخشیدن به ایجاد هنجارهای جدید، تبدیل به ابزار مهمی برای توسعه‌ی حقوق بین‌الملل شده‌است. برای مثال می‌توان از حوزه‌ی حقوق بین‌الملل محیط زیست نام برد. حوزه‌ای که دولت‌ها نسبت به بسیاری از ابتکارات و نوآوری‌های آن تمایلی نشان نمی‌دهند و یا با آن‌ها مخالفت می‌کنند؛ حقوق نرم از ارزش و اهمیت بسیار زیادی - به‌ویژه در ایجاد تعادل میان اهداف زیست‌محیطی با سایر اهداف (اقتصادی، اجتماعی و ...) - برخوردار است.

### و) نوآوری در قانون‌گذاری‌ها و هنجارسازی‌های بین‌المللی

حقوق نرم از طریق معرفی منابع جدید مانند کدهای رفتاری، رهنمودها و استانداردهای فنی غیر الزام‌آور، زمینه‌ی نوآوری در قانون‌گذاری‌های بین‌المللی را فراهم می‌آورد (هداوند و سیف الهی، ۱۳۸۸، ص ۱۴۴). برای نمونه می‌توان به استانداردهای فنی مندرج در موافقت‌نامه‌ی موانع فنی فراروی تجارت<sup>(۷)</sup> که از موافقت‌نامه‌های زیرمجموعه‌ی سازمان تجارت جهانی است، اشاره نمود<sup>۱</sup>.

موافقت‌نامه‌ی مزبور، استاندارد را این‌گونه تعریف کرده‌است: «سندی که مصوب یک مؤسسه‌ی مورد تأیید می‌باشد و قواعد، رهنمودها یا مشخصات محصولات و یا فرآیندها و روش‌های تولید مربوط به آن‌ها که «رعایت آن‌ها الزامی نیست» را بیان می‌کند»<sup>۲</sup>.

طبق این تعریف، اولاً رعایت استانداردها اختیاری است و ثانیاً، استانداردهای مزبور می‌توانند برگرفته از قواعد و رهنمودهایی باشند که توسط نهادهای غیردولتی وضع شده‌است. هر دو ویژگی ذکر شده، نشان می‌دهد که استانداردها بخشی از حوزه‌ی حقوق نرم هستند که علی‌رغم تعلق‌شان به این حوزه، ابزاری بسیار پرکاربرد در تنظیم فعالیت‌های اقتصادی دولت‌ها به شمار می‌روند. همچنین چون هدف استانداردها، حمایت از مصرف‌کنندگان، سلامت عمومی و حفاظت از محیط زیست است، لذا از طریق فراهم آوردن اطلاعات اقتصادی و زیست‌محیطی به تولیدکنندگان و مصرف‌کنندگان در معاملات تجاری‌شان کمک شایانی می‌کنند. از نمونه‌های بارز و شایع این

<sup>۱</sup> بند ۳ ماده‌ی ۱ و بند ۲ ضمیمه‌ی الف موافقت‌نامه‌ی موانع فنی فراروی تجارت.

<sup>۲</sup> بند ۲ ضمیمه‌ی الف موافقت‌نامه‌ی موانع فنی فراروی تجارت.

استانداردها می‌توان به روش‌ها و فرآیندهای تولید محصولات، بسته‌بندی و برچسب‌گذاری‌های زیست‌محیطی اشاره نمود که همگی در حفاظت از سلامت عمومی و محیط زیست سهم عمده‌ای ایفا می‌کنند (محمودی کردی، ۱۳۹۱، ص ۱۱۸).

### گفتار دوم: مراجع قضایی و شبه‌قضایی بین‌المللی و حقوق نرم بین‌المللی<sup>۱</sup>

این مبحث اصلی‌ترین بخش مقاله‌ی حاضر است و چنان‌که پیشتر اشاره شد، یکی از امتیازات حقوق نرم بر حقوق سخت این است که منحصر به دولت‌ها نیست، بلکه بازیگران غیردولتی نقش به‌سزایی در ایجاد قواعد آن ایفا می‌کنند.

در کنار بازیگران غیردولتی، محاکم و نهادهای بین‌المللی تأسیس شده توسط دولت‌ها نیز در تصمیمات، آرا و اعلامیه‌های رسمی خود، تفاسیری غیر الزام‌آور از قواعد حقوقی الزام‌آور ارائه می‌دهند. برخلاف توافق‌های صریح که رضایت دولت‌ها شرط ایجاد تعهدات حقوقی است، یک محکمه یا سازمان بین‌المللی می‌تواند تصمیمی را اتخاذ کرده و بدون نیاز به کسب رضایت دولت‌ها اقدام به تفسیر و تشریح یک قاعده‌ی حقوقی الزام‌آور نماید. اگرچه این تصمیم به‌خودی‌خود الزام‌آور نیست، اما به یقین می‌تواند نقش مهمی را در شکل‌دهی به خواسته‌های دولت‌های متعهد به قاعده مزبور ایفا نماید.

بنابراین، تأسیس یک محکمه با صلاحیت محدود و برای استماع و حل اختلافات در سازمان‌های بین‌المللی می‌تواند استراتژی و راهکاری برای تقویت و تعمیق همکاری میان کشورهای هم‌فکر باشد؛ زیرا از طریق آن مجموعه‌ای از قواعد نرم شکل می‌گیرد که می‌تواند رفتار دولت‌هایی که عضو آن سازمان نبوده و یا مخالف تشکیل آن بوده‌اند را محدود سازد.

حل‌وفصل منازعات بین‌المللی در دوران معاصر با دیوان دائمی داوری<sup>(۸)</sup> که توسط کنوانسیون‌های ۱۸۹۹ و ۱۹۰۷ لاهه بنیاد نهاده شد، آغاز گردید. هرچند دیوان دائمی داوری، نه دائمی است و نه یک دادگاه، اما تأسیس آن به عنوان اولین مجموعه‌ی داوری بین‌المللی،

<sup>۱</sup> یکی از چالش‌های مهمی که حقوق نرم با آن مواجه است، وسعت آن است؛ زیرا هرچیزی که شبیه قانون باشد می‌تواند تحت عنوان حقوق نرم لقب گیرد. بر این اساس، گستره‌ی حقوق نرم از جمله شامل این موارد می‌شود: اسناد مکتوب رسمی امضا شده توسط دولت‌ها که به هر علتی واجد وصف معاهده نمی‌باشند، مبادلات غیررسمی، وعده‌ها و قول‌هایی که از طریق ارتباطات و مکاتبات دیپلماتیک داده می‌شود، تصمیمات صادره توسط سازمان‌های بین‌المللی، آرا و تصمیمات محاکم قضایی و شبه‌قضایی بین‌المللی.

نقطه‌ی عطف مهمی بود. این مجمع داوری، اولین مکانیزم جهانی برای حل و فصل اختلافات بین‌المللی محسوب می‌شود.

امروزه، بیش از بیست دادگاه، دیوان و کمیسیون بین‌المللی به عنوان نهادهای دائمی فعال هستند و دست کم هفتاد نهاد بین‌المللی دیگر دارای کارکردهایی قضایی یا شبه قضایی هستند. در چند دهه‌ی گذشته، صحنه‌ی بین‌المللی شاهد تاسیس دیوان‌های رسیدگی به اختلافات تجاری و سرمایه‌گذاری، دیوان‌های رسیدگی به انبوه دعوی خسارت، دیوان‌های ایجاد شده به وسیله‌ی سازمان‌های اقتصادی منطقه‌ای، دادگاه‌های حقوق بشر بوده‌است.

علاوه بر نیاز به ایجاد مجامع قضایی با هدف حل و فصل دعاوی بین‌المللی چندجانبه، شتاب جهانی شدن تجارت و ارتباطات در دوران پس از جنگ سرد از حقوق بین‌الملل تمرکززدایی کرد و آن را از حالتی که صرفاً تریبونی برای انعکاس صدای دولت‌ها باشد، خارج ساخت و همچنین نیاز به حقوق بین‌الملل و توسعه‌ی آن را افزایش داد. تا قبل از این تحولات، افراد و شرکت‌ها در صحنه‌ی بین‌المللی به عنوان بازیگران حقوقی شناخته نمی‌شدند؛ بنابراین، هرگونه شکایتی از سوی آن‌ها باید از مجرای یک دولت مطرح می‌شد تا قابلیت طرح در یک محکمه‌ی بین‌المللی پیدا کند. با ظهور و گسترش حقوق بشر، توجه به حقوق افراد در رابطه با رفتار دولت افزایش یافته است. گسترش حقوق بین‌الملل در راستای مد نظر قرار دادن حقوق بازیگران غیر دولتی که نمود برجسته‌ی آن را در تجارت بین‌الملل و حقوق بشر می‌توان دید، این دکترین تاریخی که فقط دولت‌ها برای حضور در دادگاه‌های بین‌المللی از شخصیت حقوقی بین‌المللی برخوردارند را با تردید مواجه ساخته است.

اگرچه دادگاه‌های بین‌المللی به‌صورتی سلسله‌مراتبی در زیرمجموعه‌ی دیوان دادگستری بین‌المللی قرار نگرفته‌اند، اما تنوع آن‌ها تهدیدی علیه انسجام سیستم حقوق بین‌الملل ایجاد نکرده‌است. در واقع، دادگاه‌ها و دیوان‌های فعال در حل و فصل اختلافات بین‌المللی نه تنها در حال همکاری با هم هستند، بلکه ویژگی‌های یک شبکه را به نمایش می‌گذارند. اگرچه مجموعه‌های قضایی مختلف خطراتی برای یکپارچگی و وحدت حقوق بین‌الملل ایجاد می‌کنند (تعدد و چندگانگی جهانی)، اما در عین حال، تقویت‌کننده‌ی سیستم حقوق بین‌الملل هستند؛ زیرا این دادگاه‌ها، دیوان‌ها و کمیسیون‌های جدید بین‌المللی که به‌طور انفرادی فعالیت می‌کنند، در حال اقدامی هماهنگ هستند که هدف‌شان نقش‌آفرینی گسترده‌تر حقوق بین‌الملل در دنیای کنونی است و تصمیمات آن‌ها در قالب حقوق نرم، در حال گسترده کردن حوزه‌ی حقوق بین‌الملل است.

بنابراین، فهم نحوه‌ی فعالیت مجامع قضایی و نقش آن‌ها در توکد حقوق نرم و توسعه‌ی آن از اهمیت به‌سزایی برخوردار است که تحت دو عنوان نهادهای قضایی و شبه‌قضایی در دو بخش بعدی به آن‌ها پرداخته خواهد شد.

### ۱- نهادهای قضایی بین‌المللی

در عصر جدید و پس از شکل‌گیری دولت‌های مستقل و محصور در مرزهای جغرافیایی نیز شاهد بروز اختلافات و دعاوی بسیاری هستیم که روابط کشورها را تحت تأثیر قرار داده و وجود نهاد قضایی بین‌المللی را ضروری کرده‌است. از این رو، نهاد قضایی و داوری، اندک اندک و بعد از فراز و نشیب‌هایی در معاهدات و حقوق بین‌الملل استقرار یافت تا اختلافات دولت‌ها را حل و فصل نماید. از آنجایی که از جمله ویژگی‌های حقوق بین‌الملل رضایی بودن آن است، به این معنی که به جز استثنائاتی محدود، رضایت دولت‌ها برای التزام به یک قاعده‌ی حقوق بین‌الملل ضروری است، لذا در چارچوب موافقت‌نامه‌های جمعی، این امکان وجود دارد تا دولت‌هایی که خواستار همکاری سطحی هستند، دولت‌های دیگر را که به دنبال همکاری عمیق هستند، دچار مشکل نمایند. هرچند، تأسیس یک سازمان بین‌الدولی با صلاحیت اعلام و بسط قواعد الزام‌آور، راه حلی برای برون‌رفت از این مشکل است، اما این راه حل قادر به حل مشکل دیگر یعنی جلب موافقت جمعی اولیه برای تأسیس سازمان نمی‌باشد. راه حل درست‌تر توسل به حقوق نرم است؛ به عبارت دیگر، آن دسته از دولت‌هایی که خواهان قواعد عمیق‌تر هستند - در حالی که توانایی انعقاد یک موافقت‌نامه‌ی گسترده و تأسیس نهادی بین‌الدولی را هم ندارند - می‌توانند به‌جای آن به قواعدی مبهم و سطحی بسنده نمایند، اما پس از کسب توافق برای همکاری سطحی و اندک، اقدام به تأسیس نهادی قضایی با صلاحیت رسیدگی به اختلافات فیما بین نمایند. با توجه به اینکه معمولاً تصمیمات این نهادها برای سایرین (به جز طرفین دعوی در همان موضوع مشخص) الزام‌آور نیست، بنابراین می‌تواند گویای شکلی از حقوق نرم باشد.

### ۱-۱ دیوان بین‌المللی دادگستری

در این بخش، به ارزیابی نقش مهم حقوق نرم نشأت گرفته از دیوان بین‌المللی دادگستری، در معماری این حقوق پرداخته خواهد شد. دیوان بین‌المللی دادگستری مهم‌ترین رکن قضایی بین‌المللی سازمان ملل متحد است و نسبت به همه‌ی مسائل حقوق بین‌الملل اختیار تام دارد (بند ۱ ماده‌ی ۳۶ اساسنامه‌ی دیوان بین‌المللی دادگستری). اساسنامه‌ی دیوان متضمن مقررات شکلی با رویکرد محافظه کارانه است؛ از جمله اختیار دولت‌ها مبنی بر اینکه موضوع تصمیم دیوان قرار

بگیرند یا نه (بندهای ۲-۵ ماده‌ی ۳۶ اساسنامه). همچنین دولت‌ها بر اساس شرایطی، در پذیرش صلاحیت دیوان بین‌المللی دادگستری مختارند. به رغم وجود این‌گونه قید و بندهای اساسی، اقتدار دیوان بین‌المللی دادگستری در نظام قضایی بین‌المللی منحصر به فرد است. دولت‌های عضو سازمان ملل متحد متعهد شده‌اند تصمیمات این دیوان را بپذیرند (بند ۱ ماده‌ی ۹۴ منشور ملل متحد) و شورای امنیت سازمان ملل متحد می‌تواند دیوان را در اجرای تصمیماتش یاری رساند. با این اوصاف، در این‌که دیوان بین‌المللی دادگستری محکمه‌ای برجسته و شاخص در جامعه‌ی بین‌المللی است، تردیدی وجود ندارد. عملکرد این محکمه نشان‌دهنده‌ی نقش غالب آن در تولید حقوق نرم است. این نقش به طریقی که ذیلاً اشاره می‌شود، انجام می‌پذیرد:

### الف) تفسیر موافقت‌نامه‌های بین‌المللی الزام‌آور

زمانی که یک محکمه‌ی بین‌المللی اقدام به تفسیر موافقت‌نامه‌ای الزام‌آور می‌کند، نتیجه‌ی آن نوعی قانون‌گذاری در قالب حقوق نرم است. اختلافاتی که در آن‌ها دیوان بین‌المللی دادگستری صلاحیت تفسیر معاهدات لازم الاجرا را پیدا می‌کند، به شیوه‌های متفاوتی قابل طرح هستند؛ از جمله، پذیرش صلاحیت اجباری<sup>(۹)</sup> دیوان بین‌المللی دادگستری توسط دولت‌ها بر اساس بند ۲ ماده‌ی ۳۶ اساسنامه‌ی دیوان و یا مقررات مندرج در معاهداتی که صلاحیت دیوان بین‌المللی دادگستری را برای اختلافات ناشی از آن معاهده به رسمیت شناخته‌اند. در بیشتر موارد، قیود اعطای صلاحیت به دیوان در قالب یک پروتکل اختیاری درج می‌شود که صلاحیت دیوان بین‌المللی دادگستری را برای حل اختلافات ناشی از تفسیر به رسمیت می‌شناسد. مثل پروتکل اختیاری حل-وفصل اجباری اختلافات که منضم به کنوانسیون وین (روابط کنسولی)<sup>۱</sup> در چنین موقعیت‌هایی می‌توان گفت کشورهایی که صلاحیت دیوان بین‌المللی دادگستری را پذیرفته‌اند، در واقع به نحو مؤثری دیوان را قادر به ایجاد حقوق نرم قضایی نموده‌اند، در حالی که این حقوق نرم، قابلیت تأثیرگذاری بر تعهدات تمام کشورها (حتی آن‌هایی که صلاحیت دیوان را نپذیرفته‌اند) را دارد.

### ب) نظرات مشورتی

دومین راه تولید حقوق نرم توسط دیوان، صدور نظرات مشورتی است. دیوان بین‌المللی دادگستری طبق منشور ملل متحد و اساسنامه‌اش، از صلاحیت صدور نظریه‌های مشورتی در پاسخ به پرسش‌های مطروحه توسط مجمع عمومی و شورای امنیت و نیز سایر ارگان‌های سازمان ملل متحد - که توسط مجمع عمومی مجاز شناخته شده باشند - برخوردار است<sup>(۱۰)</sup>. دیوان تاکنون در

<sup>۱</sup> ر.ک. ماده‌ی ۹۶ منشور سازمان ملل متحد و ماده‌ی ۶۵ اساسنامه‌ی دیوان بین‌المللی دادگستری.

خصوص برخی از مهمترین سؤالات مطروحه در حوزه‌ی جغرافیای سیاسی و چالش‌هایی که حقوق بین‌الملل با آن‌ها مواجه شده، نظرات مشورتی صادر کرده است. از جمله نظرات مشورتی درباره‌ی مشروعیت استفاده از سلاح‌های هسته‌ای<sup>(۱۱)</sup>، آثار حقوقی ساخت دیوار حائل توسط اسرائیل در قلمرو فلسطین اشغالی<sup>(۱۲)</sup> و مشروعیت اعلامیه‌ی استقلال کوزوو از صربستان<sup>(۱۳)</sup>.

مقایسه‌ی میان اختلافاتی که مستلزم تفسیر یک موافقت‌نامه‌ی بین‌المللی هستند با نظریات مشورتی، مشخص می‌سازد برخلاف مورد نخست که در آن تصمیم اتخاذ شده توسط دیوان برای طرفین اختلاف الزام‌آور و برای کلیه‌ی کشورها بیان نوعی از حقوق نرم است، نظرات مشورتی دیوان برای هیچ دولتی الزام‌آور نمی‌باشد (Liamzon, 2007, P. 815). اما با وجود این حقیقت، دولت‌ها غالباً تمایل خود را برای اجرای مقررات حقوق بین‌الملل مندرج در نظرات مشورتی دیوان نشان داده‌اند؛ برای نمونه می‌توان از قطعنامه‌ی مجمع عمومی سازمان ملل متحد نام برد که اندک زمانی بعد از صدور نظریه‌ی مشورتی در قضیه‌ی ساخت دیوار حائل صادر گردید. در این قطعنامه، از اسرائیل خواسته شده تا به تعهدات خود مطابق نظریه‌ی مشورتی عمل نماید (www.palestine-84=11&id=pmc,cam/details.asp). اتحادیه‌ی اروپا نیز با اشاره به همان نظریه‌ی مشورتی از اسرائیل می‌خواهد تا تعهداتش را مطابق حقوق بین‌الملل رعایت نماید (Hirsch, 2005, p 321).

این نحوه عکس‌العمل به یک نظریه‌ی مشورتی در حالی انجام پذیرفته که همه‌ی دولت‌ها نظرات مشورتی را به عنوان اندرزها و نصیحتی می‌دانند که حول قواعد الزام‌آور صادر می‌شود. البته این هرگز به معنی تلقی نظرات مشورتی به عنوان اظهاراتی صرفاً سیاسی نمی‌باشد؛ زیرا عکس‌العمل کشورها نشان می‌دهد که آن‌ها در مقابل عدم رعایت و قصور از اجرای نظرات مشورتی انتظار نتایج و پیامدهای حقوقی دارند. تنها توضیحی که برای این رویکرد کشورها می‌توان ارائه کرد، این است که اولاً هرچند نظرات یادشده جزء حقوق الزام‌آور تلقی نمی‌شوند، اما چون به تشریح و بیان مقررات مندرج در قواعد الزام‌آور می‌پردازند<sup>۱</sup>، در زمره‌ی حقوق نرم قرار می‌گیرند. ثانیاً تعهدات درج‌شده در نظرات مشورتی، چون به انتظارات و خواسته‌های دولت‌ها از رفتار منطبق با قواعد الزام‌آور شکل می‌دهند، پس بیان‌کننده‌ی حقوق نرم هستند.

<sup>۱</sup> لازم به ذکر است که همه‌ی تصمیمات صادره از دیوان توسط کلیه‌ی کشورها به عنوان بیانی از مقررات قواعد الزام‌آور تلقی نمی‌شوند و همین نکته است که تفاوت میان یک نظریه‌ی مشورتی غیرالزام‌آور با یک قاعده‌ی الزامی مهم و اساسی را روشن می‌سازد.

### ج) حقوق بین‌الملل عرفی

روش سوم دیوان بین‌المللی دادگستری در ایجاد حقوق نرم از طریق حقوق بین‌الملل عرفی انجام می‌پذیرد. دیوان، اصلی‌ترین محکمه‌ی داوری درباره‌ی حقوق بین‌الملل عرفی به عنوان یک قاعده‌ی کلی و قابل اعمال نسبت به همه‌ی دولت‌ها محسوب می‌شود. اگرچه حقوق عرفی به لحاظ سنتی، نتیجه‌ی ترکیب دو عنصر مادی (رویه دولت‌ها) و معنوی (اعتقاد عمومی) است، اما هیچ قاعده‌ی معتبر و امری درباره‌ی لوازم ایجاد یک قاعده‌ی عرفی وجود ندارد؛ از همین رو، دولت‌هایی که خواستار شفافیت در قواعد عرفی هستند، تدابیری را به کار گرفته‌اند.

راهکار نخست، تدوین قواعد عرفی است. کشورهای ذی‌نفع می‌توانند با هدف تدوین عرف، این قواعد را در قالب یک معاهده‌ی بین‌المللی قرار داده و با این عمل، نظر خود را به دیگر کشورها اعلام نمایند. اما روش جایگزینی برای تدوین وجود دارد که از ارزش بالقوه‌ی بیشتری برخوردار، و در تبیین حقوق عرفی نیز مؤثرتر است. این روش همان اعطای صلاحیت به محاکم بین‌المللی جهت تفسیر قواعد عرفی است. این شیوه، ارزشمندتر از تدوین است؛ چراکه دولت‌های اعطا کننده‌ی صلاحیت، کنترلی بر تفاسیر منتج شده از قواعد عرفی نخواهند داشت. برای ذکر مثال در این مورد، نگاهی به قضیه‌ی نیکاراگوئه می‌اندازیم. طبق قواعد بین‌المللی یکی از اصلی‌ترین موارد قانونی برای توسل به زور، قواعد عرفی مربوط به حق دفاع مشروع است. در قضیه‌ی نیکاراگوئه، دیوان بین‌المللی دادگستری ابزار مناسبی را برای دولت‌هایی که خواستار محدود شدن استفاده از زور و منع مداخله دولت‌ها در امور داخلی یکدیگر بودند، فراهم آورد. این کار از طریق تشریح و تفسیر دقیق محدودیت‌های وارد بر حق دفاع مشروع - به عنوان یک قاعده‌ی عرفی - صورت گرفت. در قضیه‌ی مزبور، دیوان صراحتاً بیان می‌دارد که حقوق بین‌الملل عرفی یک دولت را از مداخله در امور داخلی دولت دیگر با هدف استفاده از روش اجبار در انتخاب نظام سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی منع می‌کند<sup>(۱۴)</sup>. ملاحظه می‌شود که علی‌رغم محدودیت‌های موجود درباره‌ی صلاحیت دیوان و ناتوانی آن در خلق حقوق بین‌الملل الزام‌آور، دیوان از طریق تفسیر قواعد عرفی، در مورد انطباق رفتار کلیه‌ی دولت‌ها - و نه فقط طرفین اختلاف - با حقوق بین‌الملل اظهار نظر نموده است. امروزه مفسران حقوقی عموماً به این نتیجه رسیده‌اند که احکام دیوان در تفسیر، تأویل و تنویر حقوق بین‌الملل عرفی می‌تواند تعهدات کلیه‌ی دولت‌ها را متأثر نماید. با توجه به خصلت غیرالزامی احکام صادره برای سایر کشورها، این مهم تنها از طریق تلقی احکام مزبور تحت عنوان «حقوق نرم» امکان‌پذیر است.

## ۲-۱- داوری تجاری بین‌المللی

جهانی‌شدن اقتصاد که سبب کاهش قدرت کارکردهای سنتی دولت‌ها از جمله به‌کارگیری یک نظام مناسب حل‌وفصل اختلافات گردید، از یک سو و از سوی دیگر، ظهور بازیگران غیر دولتی در مناسبات بین‌المللی و تسری حقوق بین‌الملل به موضوعات مربوط به این بازیگران که در تلاش‌اند به عنوان مدعی و خواهان در مراجع قضایی بین‌المللی حضور یابند، بر نقش داوری‌های بین‌المللی بیش از پیش افزوده است. پایان جنگ سرد و گذار جهان از چارچوب دو قطبی به چارچوبی چند قطبی که تا امروز همواره در حال توسعه و گسترش بوده‌است، سبب گردید تا تجارت بین‌الملل و به تبع آن نیاز به مراجع حقوقی بین‌المللی برای حل‌وفصل اختلافات غیرقابل اجتنابی که ناشی از گسترش معاملات جهانی هستند، افزایش یابد. در دهه‌های گذشته، مشابه سایر حوزه‌های حقوقی، حقوق نرم اهمیت فزاینده‌ای در داوری‌های بین‌المللی پیدا کرده‌است و هرچه پیش می‌رویم این حقوق، صورت مجموعه‌ای از قواعد را به‌خود می‌گیرد که می‌توان از آن تحت عنوان «کدهای نرم» نام برد.

می‌توان گفت بازیگران غیردولتی هم‌اکنون تشکیل یک جامعه‌ی جهانی را داده‌اند که اقدام به ایجاد هنجارهای حقوقی جدیدی نموده و تحت عنوان هنجارهای ماهوی و شکلی نرم شناخته می‌شوند. اما از آنجایی که حقوق نرم شکلی می‌تواند جوهره و اساس شکل‌گیری حقوق نرم را در حوزه‌ی داوری‌های بین‌المللی به نحو کامل‌تری به نمایش بگذارد، در ادامه، به بررسی بیشتر آن از منظر دو سند عمده و جهانی در داوری‌های تجاری بین‌المللی پرداخته خواهد شد. این دو سند عبارت‌اند از:

۱- قواعد مربوط به ارائه‌ی دلیل در داوری‌های تجاری بین‌المللی

۲- قواعد داوری اطاق بازرگانی بین‌المللی

در مورد هر دو سند مذکور، یافتن پاسخ این پرسش مهم که چه نهاد یا نهادهایی آن‌ها را ایجاد نموده‌اند، تعلق آن‌ها را به مجموعه‌ی حقوق نرم ثابت می‌کند.

پیش از بررسی این اسناد، ذکر توضیحی در خصوص قواعد داوری و ارتباط آن‌ها با حقوق نرم خالی از فایده نیست. آن دسته از قواعد داوری که توسط رکن داوری تشریح می‌گردد، بدون تردید حقوق نرم محسوب می‌شوند، اما قواعدی که طرفین نسبت به آن‌ها توافق نموده و آن‌ها را در موافقت‌نامه‌ی داوری درج می‌کنند، بخشی از قرارداد طرفین می‌باشد. به عبارت دیگر، این قواعد ماهیت قراردادی پیدا می‌کنند و لذا در قالب حقوق سخت قرار می‌گیرند.



### الف) قواعد انجمن بین‌المللی وکالت<sup>(۱۶)</sup> در خصوص ارائه‌ی دلیل

این قواعد در سال ۱۹۴۷ توسط انجمن بین‌المللی وکالت وضع گردید. این انجمن یک نهاد حقوق خصوصی با اعضای مشتمل بر ۵۵۰۰۰ وکیل و ۲۰۶ کانون و مؤسسه‌ی حقوقی از سراسر دنیا است (<http://www.int-bar.org>). هدف اولیه‌ی انجمن، حمایت از حرفه‌ی وکالت و گسترش اصلاح مقررات بین‌المللی مرتبط با آن است. انجمن بین‌المللی وکالت از بخش‌ها و کمیته‌های متعددی تشکیل شده که کمیته‌ی چهارم آن (کمیته‌ی D) یک کمیته‌ی داوری است که خود زیرمجموعه‌ی بخش حقوق تجارت بین‌الملل است. هدف کمیته‌ی چهارم، استانداردسازی در حوزه‌ی داوری‌های تجاری بین‌المللی است، به گونه‌ای که استانداردهای وضع شده در فرهنگ‌های حقوقی مختلف قابل پذیرش باشند (Karrer, 2004, p 130).

قواعد مورد نظر این تحقیق یعنی قواعد مربوط به ارائه‌ی دلیل در داوری‌های تجاری بین‌المللی در سال ۱۹۹۹ و توسط کمیته‌ی چهارم انجمن بین‌المللی وکالت وضع گردید (Veeder, 2009, p 32) و در سال ۲۰۱۰ مورد بازنگری قرار گرفت. گروه کاری که توسط کمیته برای وضع و بازنگری ایجاد شده بود، متشکل از متخصصان داوری از کشورهای مختلف بود؛ به عبارت دیگر، هیچ ردپایی از مشارکت دولت‌ها در وضع قواعد مزبور مشاهده نمی‌شود. انگیزه‌ی اصلی برای وضع قواعد مربوط به ارائه‌ی دلیل تردیدها و بی‌اعتمادی‌هایی بود که سابق بر این در مورد جمع‌آوری و ارائه‌ی دلیل در داوری‌های بین‌المللی وجود داشت. این عدم اطمینان از دو مورد نشأت می‌گرفت: نخست: استقلال گسترده‌ای که قوانین داخلی داوری به طرفین اختلاف در رابطه با مسائل شکلی اعطا می‌کردند.

دوم: تفاوت‌های مهمی که در آیین‌های شکلی در نظام‌های حقوقی کشورهای مختلف وجود دارد. از جمله، تفاوت در نظام‌های حقوقی رومی - ژرمن و کامن‌لا. لذا انجمن بین‌المللی وکالت این قواعد را وضع نمود تا خلأهای موجود را پر کرده و نوعی هماهنگی را در میان مقررات شکلی کشورهای مختلف ایجاد کند. هرچند، این قواعد نرم از سنت‌ها و رویه‌های شکلی متنوعی أخذ شده‌اند، اما در نهایت به شکل نورم‌هایی درآمده‌اند که به‌صورت گسترده در عرصه‌ی داوری‌های تجاری و سرمایه‌گذاری بین‌المللی مورد پذیرش قرار گرفته است.

### ب) قواعد داوری اطاق بازرگانی بین‌المللی<sup>(۱۷)</sup>

اطاق بازرگانی بین‌المللی سازمانی غیردولتی است که در سال ۱۹۱۹ به همت بخش خصوصی و با هدف برآورده کردن نیازهای جامعه‌ی تجار بین‌المللی ایجاد شد. از جمله نیازهایی که سازمان

مزبور خیلی زود متوجه آن شد، حل و فصل اختلافات تجاری بود و به همین منظور در سال ۱۹۲۳ اقدام به ایجاد دادگاه بین‌المللی داوری نمود. حل و فصل اختلافات تجاری که توسط دیوان داوری اطاق به صورت مستمر انجام می‌شود، بسیاری از مشکلات موجود در روابط مالی و تجاری میان مؤسسات خصوصی و دولتی را مرتفع می‌سازد. اطاق بازرگانی به اقتضای اهدافی که دنبال می‌کند با سازمان‌های بین‌المللی ذی‌ربط و فعال در امور بازرگانی بین‌المللی همکاری بسیار نزدیکی دارد. سازمان ملل متحد و مؤسسات تابعه‌ی آن از آن به عنوان یک نهاد مشورتی مجرب استفاده می‌کنند. در سطح بین‌المللی، اطاق بازرگانی بین‌المللی نقش بسیار مهمی در مذاکرات منتهی به انعقاد کنوانسیون ژنو ۱۹۲۷ با موضوع اجرای احکام داوری خارجی ایفا نموده (Goldman, 1999, p 247) Fouchard, & Gaillard &، ضمن این‌که در اصلاح کنوانسیون یادشده و نیز تدوین کنوانسیون نیویورک مشارکت فعال داشته است.

چنانچه مشخص است، هم اسناد یادشده و هم قواعد داوری اطاق را نمی‌توان حقوق نرم نام‌گذاری کرد. قواعد داوری اطاق بازرگانی بین‌المللی در حقیقت پیشنهاد‌های این نهاد به طرفین اختلاف هستند که با اعلام موافقت طرفین با داوری اطاق بازرگانی بین‌المللی به موافقت‌نامه‌ی داوری آن‌ها وارد شده و در نتیجه، تبدیل به بخشی از توافق آن‌ها می‌شوند. از این نظر، قواعد مزبور جزئی از حقوق سخت هستند، اما در این میان نباید دیدگاه‌ها و انتخاب‌های مؤسسه‌ی داوری را در مسائل مرتبط با آیین داوری نادیده گرفت. از این دیدگاه‌ها می‌توان تحت عنوان کدهای نرم آیین داوری یاد کرد. این کدها ویژگی‌هایی دارند که منحصر به اطاق بازرگانی بین‌المللی است و این نهاد از آن‌ها در جهت ایجاد حقوق نرم در داوری استفاده می‌کند. برای نمونه می‌توان از ایجاد قواعد نرم در مورد شرایط رجوع به داوری نام برد.<sup>۱</sup> این شرایط باید توسط داوران و طرفین داوری امضا و به محکمه‌ی داوری فرستاده شده و سپس مورد تأیید محکمه قرار گیرد. علاوه بر این، طبق مقررات اطاق بازرگانی بین‌المللی، تجدید نظر و بررسی رأی و ایجاد تغییرات در شکل و ماهیت رأی نیز با دیوان داوری است.<sup>۲</sup> ویژگی‌های ذکرشده منحصر به این نهاد بوده و از جایگاه مهمی در داوری‌های آن برخوردار هستند تا جایی که امکان توافق طرفین داوری در مورد این قواعد منتفی است (Yeves & Eric, 2005, P.7).

<sup>۱</sup> برای اطلاعات بیشتر رک. ماده‌ی ۱۸ قواعد اطاق داوری بین‌المللی.

<sup>۲</sup> ماده‌ی ۹۷ قواعد اطاق داوری بین‌المللی.

بررسی دو سند فوق نشان می‌دهد که جامعه‌ی داوری به عنوان عنصری هدایت کننده در داوری بین‌المللی عمل می‌کند. امروزه اقتدار تصمیم‌گیری در داوری‌های بین‌المللی تقریباً به‌طور کامل در دست داورانی است که از مسائل حقوقی مطلع هستند و دیوان‌های داوری به‌صورت نمونه‌ای از مراجع رسیدگی قضایی مطلوب درآمده و آیین‌های داوری و قواعد رسیدگی به داوری هرچه بیشتر صبغهی مقرراتی که توسط حقوقدانان حرفه‌ای تنظیم و تدوین می‌شوند را به خود می‌گیرند. نقش بارز این جامعه، ایجاد تجربیات خاص در خصوص داوری‌های تجاری است. بازیگران این جامعه شامل مؤسسات و نهادهای داوری، متخصصان علم حقوق و دانشگاهیان هستند که چنان‌که ملاحظه شد، نقش غالبی در شکل‌گیری اجماع فراملی در قواعد شکلی و ماهوی داوری ایفا می‌کنند.

## ۲- مراجع شبه قضایی بین‌المللی

در این قسمت از مقاله، رویه‌ی دو مرجع شبه قضایی که بیشترین نقش را در استفاده و توسعه‌ی حقوق نرم بر عهده داشته‌اند، ارزیابی می‌شود.

### ۲-۱- کمیته‌ی حقوق بشر

حقوق بشر از جمله حوزه‌های حقوق بین‌الملل است که حقوق نرم توانسته نقش حیاتی و مهمی را در توسعه‌ی آن ایفا نماید. از جنگ جهانی دوم به این سو، معاهدات حقوق بشری تبدیل به مهمترین ابزار اجبار دولت‌ها به پذیرش روش‌های رفتار با شهروندان‌شان شدند. حقوق بشر برخلاف سایر حوزه‌های حقوق بین‌الملل به دنبال حل مشکل به وسیله‌ی روش‌های برون‌مرزی نیست، بلکه بخش عمده‌ی حقوق بشر را شیوه‌های رفتار دولت‌ها با شهروندان‌شان تشکیل می‌دهد که غالباً تبعات برون‌مرزی محسوسی به دنبال ندارد<sup>۱</sup>. در مجموع، فقدان تبعات برون‌مرزی به همراه این واقعیت که نقض حقوق بشر در قلمرو تحت کنترل دولت ناقض رخ می‌دهد، مشکلات خاصی را برای این حوزه ایجاد نموده است. به این مشکلات باید دشوار بودن انعقاد موافقت‌نامه‌ای جامع درباره‌ی معیارها و استانداردهای منسجم حقوق بشری را نیز اضافه کرد. علت اصلی این مشکل،

---

<sup>۱</sup> البته این اصل، بلا استثناء نیست. مثلاً نقض فاحش و گسترده‌ی حقوق بشر می‌تواند مشکلاتی - از جمله پناهندگی - را برای کشورهای همسایه در پی داشته باشد.

تعارض میان سنت‌ها و فرهنگ‌های بومی با حقوق بین‌الملل است که در حوزه‌ی حقوق بشر به حد اعلی می‌رسد.

اقدامی که معاهدات حقوق بشری در پاسخ به این دشواری‌ها و نگرانی‌ها و با هدف نظارت بر اجرای موافقت‌نامه‌های حقوق بشری انجام داده‌اند، ایجاد دیوان‌ها یا کمیته‌هایی در سطوح منطقه‌ای و بین‌المللی است. در سطح منطقه‌ای دیوان‌هایی با ساختارهای نسبتاً متفاوت از کمیته‌ی حقوق بشر توسط موافقت‌نامه‌های منطقه‌ای حقوق بشری تشکیل شده‌است که دادگاه اروپایی و دادگاه آمریکایی حقوق بشر، دو نمونه‌ی بارز این محاکم به شمار می‌آیند.

در سطح بین‌المللی از جمله مهمترین این نهادها، کمیته‌ی حقوق بشر است که به منظور رصد و نظارت بر اجرای میثاق حقوق مدنی و سیاسی شکل گرفته است<sup>(۱۸)</sup>.

کمیته، به سه شیوه بر اجرای میثاق توسط دولت‌ها و انطباق رفتار آن‌ها با مفاد میثاق نظارت می‌کند:

- ۱- ارائه‌ی توضیحات و نظرات لازم نسبت به گزارش‌های دولت‌ها در مورد اجرای تعهدات‌شان طبق میثاق. در ادبیات حقوقی این توضیحات تحت عنوان تفاسیر کلی<sup>(۱۹)</sup> شناخته می‌شوند.
- ۲- صدور گزارش درباره‌ی اختلافات میان کشورها در اجرای میثاق.
- ۳- صدور نظرات غیر الزام‌آور در خصوص شکایات مطرح‌شده توسط افراد علیه دولت‌هایی که صلاحیت کمیته را پذیرفته‌اند.

اگرچه حاصل کار کمیته در هر سه حوزه اشاره شده‌است، غیر الزام‌آور بوده و لذا در چارچوب تلقی ما از حقوق نرم قرار می‌گیرد، اما به دو دلیل، مورد سوم بیشتر مورد توجه مقاله‌ی حاضر است: نخست این‌که اختیار کمیته برای اظهار نظر درباره‌ی شکایت‌های افراد منوط به این است که دولت‌های عضو میثاق، صلاحیت کمیته را از طریق یک پروتکل اختیاری پذیرفته باشند؛ چنان‌که در سطور پیشین اشاره شد، این پذیرش دلالت بر مبادله‌ای دارد که دولت‌ها در اعطای صلاحیت به نهادهای بین‌المللی انجام می‌دهند. دومین دلیل اهمیت حوزه‌ی سوم این است که تا کنون روش یادشده مؤثرترین راه ایجاد رویه‌های حقوق بشری توسط کمیته بوده‌است (Helfer & Slaughter, 1997, P. 273). کمیته‌ی حقوق بشر سازمان ملل متحد در این روش از صلاحیت و اختیار تفسیر بهره جسته است. از آنجایی که اغلب قواعد حقوق بشری به صورت کلی نوشته شده‌اند، برای اثبات این‌که آیا یک فعل یا ترک فعل ناقض قاعده‌ی حقوقی هست یا خیر، به جزئیاتی بیش از آنچه که در قاعده‌ی مقرر شده، نیاز است.

هرچند که احکام صادره توسط کمیته‌ی حقوق بشر غالباً حتی برای طرفین اختلاف نیز الزام‌آور نمی‌باشند، اما آنچه آن‌ها را حائز اهمیت کرده و در قالب حقوق نرم قرار می‌دهد این حقیقت است که احکام مزبور گویای شیوه‌ی تفکر و اعتقاد دولت‌ها در مورد تعهدات حقوقی الزام‌آور و اساسی است. نکته‌ی قابل تأمل دیگر این است که هم کمیته و هم دولت‌های عضو جامعه‌ی بین‌المللی معتقدند نقطه‌نظرات و دیدگاه‌هایی که کمیته در استماع شکایات افراد - طبق پروتکل اختیاری - بیان می‌دارد، نسبت به دولت‌های غیر عضو نیز قابل اعمال می‌باشد.

در تأیید این گفته می‌توان به نمونه‌هایی اشاره کرد که نشان می‌دهد نظرات و تصمیمات کمیته در خصوص شکایات افراد علیه دولت‌ها، در تفاسیر کلی نهاد درباره‌ی گزارش‌های کشورهای که پروتکل اختیاری را نپذیرفته‌اند، نمود یافته و آن‌ها را متأثر ساخته است (Toonen, 1992).

البته آنچه بیان شد هرگز به معنای موافقت با ادعای برخی از صاحب‌نظران حقوق بشر (Helfer, 2008, p 87) مبنی بر توانایی دیوان‌های حقوق بشری در تبدیل قواعد غیر الزام‌آور به قواعد الزام‌آور نیست، بلکه تأکید بر نقشی است که حقوق بین‌الملل برای هنجارهای غیر الزام‌آور - از جمله احکام و تصمیمات دیوان‌های حقوق بشری - قائل می‌شود، این نقش که در زمره‌ی کارکردهای مهم حقوق نرم می‌باشد، همان اثرگذاری بر نحوه‌ی درک و برداشت صحیح دولت‌ها از قواعد حقوقی الزام‌آور است.

## ۲-۲- رکن حل و فصل اختلافات سازمان تجارت جهانی

در حال حاضر، اصلی‌ترین نهاد رسیدگی‌کننده به اختلافات تجاری در نظام تجارت جهانی رکن حل و فصل اختلافات سازمان تجارت جهانی است که در طول زمان گسترش و تکامل یافته تا به شکل و قالب امروزی آن درآمده است.<sup>۱</sup> می‌توان ادعا کرد ایده‌ای که در پشت تأسیس نظام کنونی فیصله‌ی اختلافات سازمان تجارت جهانی قرار داشته، ایجاد یک حقوق نرم تجاری توسط

---

<sup>۱</sup> رویه‌ی حل و فصل اختلافات در سلف سازمان تجارت جهانی یعنی در چارچوب گات نیز وجود داشت، اما با این تفاوت که در گات روند رسیدگی یک مرحله‌ای بوده و امکان بلوکه کردن تصمیمات صادره از هیأت فیصله اختلافات توسط کشورهای عضو وجود داشت؛ زیرا تصمیمات صادره تنها با اجماع کشورها قابل اجرا بود، در حالی که در نظام کنونی، تصمیمات صادره به صورت خودکار اجرا می‌شوند، مگر آن‌که کلیه‌ی کشورهای عضو برای عدم اجرای آن‌ها به اجماع برسند. از سوی دیگر، برخلاف رویه‌ی گات که بسیاری از اختلافات برای مدت زمان طولانی و بدون حصول به نتیجه ادامه پیدا می‌کرد، در سازمان تجارت جهانی طرح دعوی چارچوب‌های زمانی مشخصی دارد که از ۱۵ روز تجاوز نمی‌کند؛ به عبارت دیگر، چنان‌که الکساندر کیس به‌درستی بیان داشته است، طبق مقررات گات هرگز تمایلی برای حل اختلافات به شکل قضایی وجود نداشت، اما ظرفیت قضایی نظام فیصله اختلافات در سازمان تجارت جهانی تقویت شده است (کیس الکساندر و همکاران، ۱۳۸۶، ص ۱۸۱).

تصمیمات این نهاد شبه‌قضایی بوده‌است؛ حقوق نرمی که می‌تواند موجبات توسعه و رشد نظام تجارت جهانی را فراهم آورد. کشورهای عضو سازمان تجارت جهانی توافق کرده‌اند که در صورت بروز اختلاف از اتخاذ اقدامات یک‌جانبه خودداری کرده و به‌جای آن به نظام حل‌وفصل اختلافات مراجعه نمایند. نظام حاکم بر حل‌وفصل اختلافات در سازمان تجارت جهانی، تفاهمنامه‌ی حل‌وفصل اختلافات است که سیستمی چندلایه را برای رسیدگی ایجاد نموده‌است. نظام مزبور از رکن بدوی (گروه‌های ویژه)، رکن پژوهش و رکن حل‌وفصل اختلاف تشکیل شده‌است. رکن بدوی متشکل از کارشناسان و متخصصان فنی می‌باشد که وظیفه‌ی آنها بررسی رفتار مورد چالش است. اما رکن پژوهش که متشکل از افراد توانمند در حوزه‌های حقوق بین‌الملل و تجارت بین‌الملل است، وظیفه‌ی ارزیابی و بررسی نتایج حقوقی ناشی از تصمیمات رکن بدوی را بر عهده دارد. رکن حل‌وفصل اختلاف متشکل از نمایندگان کلیه‌ی کشورها بوده و در غیاب کنفرانس وزرا رکن عالی تصمیم‌گیری در سازمان تجارت جهانی محسوب می‌شود. نقش اصلی این رکن، فراهم آوردن مکانی برای اعضای سازمان است تا نظرات خود را درباره‌ی تفاسیر و استدلال‌های ارکان بدوی و پژوهش بیان نمایند. از دیگر وظایف رکن حل‌وفصل اختلافات، تصویب گزارش‌های رکن بدوی و تصمیمات رکن پژوهش، نظارت بر اجرای آنها و نهایتاً صدور مجوز اقدام متقابل در صورت عدم پابندی یک کشور به احکام صادره است.

مطالب زیر نقش رکن حل‌وفصل اختلافات را در پیدایش حقوق نرم و اثرگذاری آن بر کشورهای ثالث (غیر از طرفین دعوی) روشن می‌سازد:

**نخست** این‌که مقررات مندرج در موافقت‌نامه‌های زیرمجموعه‌ی سازمان تجارت جهانی همانند غالب موافقت‌نامه‌های جمعی حاصل از مصالحه و موازنه، عمدتاً فاقد شفافیت بوده و به‌ویژه در حیطه‌ی برخورد مسائل و ارزش‌های تجاری و اقتصادی با ارزش‌های اجتماعی از قبیل حقوق بشر و محیط زیست ابهاماتی دارند که این ابهامات نیاز به تفسیر متن این موافقت‌نامه‌ها را مبرهن می‌سازد. در همین راستا، بند ۲ ماده‌ی ۳ تفاهمنامه‌ی حل‌وفصل اختلاف به‌صراحت بیان داشته که نظام حل‌وفصل اختلاف به دنبال شفاف‌سازی مفاد موافقت‌نامه‌ی سازمان تجارت جهانی، بر طبق قواعد عرفی تفسیر حقوق بین‌الملل عمومی است. علاوه بر این، بند ۶ ماده‌ی ۱۷ تفاهمنامه‌ی مذکور نیز به‌صورت ضمنی صلاحیت انجام تفسیر حقوقی توسط ارکان بدوی و پژوهش را به رسمیت شناخته است.

دوم این که نظام تجارت جمعی در اثر تحولاتی که به خود دیده است، از نظامی که هدفش ارتقای رفاه جهانی و داخلی - از طریق افزایش میزان تجارت - بوده به نظامی فراملی بدل شده که خواستار برقراری تعادل میان تجارت و ارزش های دیگر است. در جهان معاصر، لازمی حفظ مشروعیت سازمان تجارت جهانی این است که رکن حل و فصل اختلاف و به طور خاص رکن پژوهش، سیاست برقراری تعادل را دنبال کرده و تعامل خود را با ارزش های دیگر از قبیل ارزش های زیست محیطی و حقوق بشری حفظ نماید (محمودی کردی، ۱۳۹۱، ص ۱۵۳).

شایان توجه است که از نقطه نظر قضایی، رکن حل و فصل اختلاف سازمان تجارت جهانی تا حدودی از دیوان ها و محاکم قضایی و شبه قضایی بحث شده متفاوت است؛ زیرا تفاهمنامه ی حل و فصل اختلافات سازمان تجارت جهانی به لحاظ صوری ضمیمه ی موافقت نامه ی مؤسس سازمان مزبور (موافقت نامه ی مراکش) است و در نتیجه برای تمامی اعضای این سازمان الزام آور است و اساساً در چارچوب سازمان تجارت جهانی، مسأله ی اعطای صلاحیت مطرح نمی شود.

بر اساس آنچه بیان شد، رکن حل و فصل اختلافات سازمان تجارت جهانی نقش مهمی را در بازتعریف و توسعه ی تعهدات مندرج در موافقت نامه های زیرمجموعه ی این سازمان ایفا می کند که نتیجه ی آن توسعه ی نوعی حقوق نرم در حوزه ی تجارت است و مختصراً به یک مورد از آنها اشاره می شود:

در قضیه میگو - لاک پشت های دریایی، از رکن پژوهش سازمان تجارت جهانی خواسته شد تا برای نقض استثنائات ماده ی ۲۰ موافقت نامه ی گات توسط دولت های عضو، اظهار نظر نماید (WT/DS58/AB/R, Paras 79-91, 12 Oct 1998). در این پرونده، کشورهای خواهان، در شکایت خود از آمریکا مدعی بودند که این کشور به دلیل تحریم کردن واردات انواع مشخصی از میگو و فرآورده های تهیه شده از آن، تعهدات تجارت آزاد خود بر طبق سازمان تجارت جهانی را نقض نموده است. رکن بدوی، پیرو خواسته ی کشورهای خواهان، بدون توجه به استثنائات ماده ی ۲۰ گات، اقدام آمریکا را ناقض بند ۱ ماده ی ۱۱ گات دانست. اما رکن پژوهش ضمن رد روش رکن بدوی، ادعای آمریکا مبنی بر توجیه اقداماتش طبق استثنائات ماده ی ۲۰ گات را از نو بررسی نمود و به این نتیجه رسید که تحریم اعمال شده توسط آمریکا طبق استثناء مندرج در بند (ز) ماده ی ۲۰

گات<sup>۱</sup> موجه است؛ زیرا اقدامی لازم برای حفاظت از منابع طبیعی تجدیدناپذیر محسوب می‌شود (غرکن پژوهش با این تصمیم‌گیری خود، دو برداشت رایج از مقررّهی مورد نظر را رد کرد؛ یک برداشت این بود که منابع طبیعی تجدیدناپذیر فقط شامل منابع محدود و متناهی مثل مواد معدنی شده و در نتیجه، منابع تجدیدپذیر مثل موجودات زنده از حوزه‌ی آن خارج است. جالب این است که برداشت مذکور از جمله استدلال‌های خواهان‌های پرونده‌ی میگو - لاکپشت‌های دریایی نیز بود. اما استدلال رکن پژوهش این بود که منابع زنده از مصادیق منابع طبیعی محدود محسوب می‌شود؛ زیرا خطرات ناشی از مصرف و انقراض، آن‌ها را نیز تهدید می‌کند (Ibid., Para. 129)؛ در نتیجه، رکن پژوهش، منابع طبیعی را مفهومی پویا و متکامل می‌داند. در همین راستا، نکته‌ی قابل توجه دیگر این است که رکن پژوهش در تفسیر بند (ز) ماده‌ی ۲۰ گات، به دغدغه‌های زمان صدور گزارش در رابطه با حفاظت از محیط زیست توجه نشان داده است، نه دغدغه‌های زمان تدوین متن که مدت زیادی از آن می‌گذرد.

برداشت دیگری که این گزارش درصدد اصلاح آن برآمده است، مربوط می‌شود به قلمرو اعمال بند (ز) ماده ۲۰؛ طبق نظر رکن پژوهش، ضرورتی ندارد که منابع تجدیدناپذیر در قلمرو تحت صلاحیت دولت استناد کننده به استثنا قرار داشته باشند. ملاحظه می‌شود که طبق نظر رکن پژوهش، اقدامات حمایتی از منابع تجدیدناپذیر قلمرو گسترده‌ای پیدا کرده که ریشه در پذیرش خصلت برون‌مرزی بسیاری از تهدیدهای زیست‌محیطی دارد.

این تفاسیر رکن پژوهش از یکی از موافقت‌نامه‌های سازمان تجارت جهانی (ماده‌ی ۲۰ گات) دارای آثار حقوقی فراتر از پرونده‌ی میگو - لاکپشت‌های دریایی است. منظور ما از آثار حقوقی فراتر، نحوه‌ی ارزیابی دولت‌ها از رفتار منطبق با موافقت‌نامه‌ی یاد شده‌است؛ به عبارت دیگر، این تفسیرها به عنوان بخشی از حوزه‌ی حقوق نرم بر نحوه‌ی عملکرد زیست‌محیطی دولت‌ها در فعالیت‌های تجاری‌شان اثرگذار است.

برخی از نویسندگان، این روش قاعده‌سازی رکن پژوهش را به شیوه‌ی دادگاه‌های نظام حقوقی کامن‌لا یعنی پرکردن خلأهای قانونی و ابهام‌زدایی تشبیه کرده‌اند (Goldstein & Steinberg, 2008, P. 268). در مورد نخست، دادگاه‌ها در فقدان منبع و نص قانونی، اقدام به ایجاد تعهد می‌کنند. اما در مورد دوم دادگاه، متن قانونی را که - اغلب عامدانه - مبهم تدوین شده‌است، ابهام‌زدایی می‌کنند.

<sup>۱</sup> بند (ز) ماده‌ی ۲۰ موافقت‌نامه‌ی گات اشاره دارد به تدابیر و اقداماتی که مرتبط با حفاظت از منابع طبیعی تجدیدناپذیر است، مشروط به این‌که چنین اقداماتی با اعمال محدودیت بر تولید یا مصرف خارجی همراه باشد.



تفاوت این دو روش، تفاوت در شدت و ضعف است، نه تفاوت در نوع؛ زیرا در هر دو مورد، دادگاه یا محکمه اقدام به ایجاد و خلق تعهدی می‌کند که صراحتاً توسط متن موافقت‌نامه تعریف نشده است.

### نتیجه‌گیری

در این مقاله، نقش تصمیمات صادره توسط نهادهای قضایی و شبه قضایی در ایجاد حقوق نرم بررسی شد. تصمیماتی که هرچند غیر الزام‌آور هستند، اما از طریق کانال حقوق نرم نتایجی الزام‌آور برای همه‌ی دولت‌ها خواهند داشت. این نقش حقوق نرم مبتنی بر نظریه‌ی آثار حقوقی و حقوق مشترک بین‌المللی است و به ما نشان می‌دهد که چگونه دولت‌ها صلاحیت ایجاد حقوق نرم را به مؤسسات و نهادهایی غیر از خودشان واگذار می‌کنند. دولت‌ها در اعطای صلاحیت و اختیار به یک نهاد بین‌المللی برای ایجاد حقوق نرم در حقیقت وارد یک معامله می‌شوند؛ از یک سو، حقوق نرم به دولت‌هایی که خواستار دقت و تعین بیشتر در قوانین هستند - علی‌رغم مخالفت و امتناع برخی از کشورها برای مشارکت در نهادهای بین‌المللی - امکان التزام به این دست قواعد را می‌دهد. اما از سوی دیگر، دولت‌ها بخشی از کنترل خود را بر این نهادهای بین‌المللی از دست می‌دهند. حاصل کار این نهادها قواعد شبه حقوقی یا حقوق نرم است.

عموماً نویسندگان تمایل دارند این تصمیمات را در قالب حقوقی قرار بدهند؛ از جمله، از طریق برچسب حقوق عرفی یا قائل شدن اثر حقوقی الزام‌آور برای تصمیمات این نهادها؛ زیرا معتقدند از این طریق می‌توان به آن‌ها ارزش و اعتبار بخشید. اما اگر تصمیمات نهادهای یادشده را حقوق نرم بدانیم، نیازی به استفاده از این برچسب‌ها نیست. چون مطابق نظریه‌ی آثار حقوقی قواعد غیر الزام‌آور هم می‌توانند آثار حقوقی الزام‌آور مهمی به دنبال داشته باشند و این اتفاق زمانی رخ می‌دهد که این تصمیمات به انتظارات دولت‌ها از رفتار منطبق با قواعد الزام‌آور شکل می‌دهند.

### پی‌نوشت

۱. International common law.
۲. Influencing States.
۳. Obligation.
۴. Precision.
۵. Delegation.
۶. Escape clauses.

---

WTO Agreement on Technical Barriers to Trade (TBT).	.۷
Permanent court of Arbitration.	.۸
Compulsory jurisdiction.	.۹
Legality of the threat or use of nuclear weapons, Advisory Opinion, ICJ.226, 242-243 (July, 1996).	.۱۰
Legal consequences of the construction of a wall in the occupied Palestinian territory, Advisory Opinion, ICJ. 136, 171 (July 2004).	.۱۱
Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, Advisory Opinion, ICJ. (July, 2010).	.۱۲
Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, Advisory Opinion, ICJ. ( July, 2010).	.۱۳
Para.108.	.۱۴
Soft Codes.	.۱۵
International Bar Association (IBA).	.۱۶
International Commerce Chamber (ICC).	.۱۷
Optional protocol to the international covenant on civil and political rights, G.A. Res2200 A (XXI) at59, U.N. Doc, A/6316 (December. 16, 1966).	.۱۸
General Comments.	.۱۹
Panel Report, U.S. Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, Para.7/17.	.۲۰

## منابع

### الف) فارسی

۱. کیس الکساندر و همکاران: *حقوق محیط زیست*، ترجمه‌ی محمدحسن حبیبی، جلد سوم، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۶.
۲. محمودی کردی، زهرا: *ضوابط زیست محیطی سازمان تجارت جهانی: خلأها و بایسته‌ها*، رساله‌ی دکتری حقوق بین‌الملل، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۱.
۳. (هداوند، مهدی، سیف‌الهی، آرمان): «جایگاه حقوق نرم در توسعه‌ی حقوق بین‌الملل»، *فصلنامه‌ی راهبرد*، شماره‌ی ۵۰، ۱۳۸۸.
4. Andrew, Guzman & Timothy, Meyer, 'International Sales Law', Journal of Legal Analysis, 2010, p.171.
5. Andron, Robert, **The inevitable Role of Soft Law in the Development of Universal Bioethics**, 2007.
6. Abbott, Kenneth W., & Duncan Snidal, **Hard and Soft Law in International Governance, International Organization**, Vol. 24, 1992.
7. Calliess and Moritz, **from Soft Law to Hard Law: Justification of Global Governance Retrieved**, 2009.
8. Derains Yeves, Schwartz Eric, **A Guide to the ICC Rules of Arbitration** , 2<sup>nd</sup> Edition, Kluwer International Law, The Hague, 2005.

- 
9. Goldstein, Judith, & Richard Steinberg, **Negotiate or Litigate? Effects of WTO Judicial Delegation on U.S. Trade Politics**, Law & Contemporary Problems, Vol. 72, 2008.
  10. Gregory C. Shaffer and Mark A. Pollack, **Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance**, Legal Studies Research Paper Series Research Paper No. 09-23, 2010.
  11. Helfer, Laurence R., & Anne-Marie Slaughter, **Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication**, Yale Law Journal, Vol. 107, 1997.
  12. Helfer, Laurence R. **Nonconsensual International Lawmaking**, International Law Review, Vol. 71, 2008.
  13. Higgins, Rosalyn, **Problems and Process: International Law and How We Use It**, Oxford University Press, New York, 1994.
  14. Hirsch, Moshe. **The Impact of the Advisory Opinion on Israel's Future Policy: International Relations Perspective**. Journal of International law & International relative, Vol.1, 2005.
  15. Liamzon, Aloysius P., **Jurisdiction and Compliance in Recent Decisions of the International Court of Justice**, European. Journal of International Law, Vol. 18, 2007.
  16. Martha Finnemore and Stephen J. Toope, **Alternatives to Legalization: Richer Views of Law and Politics**, INT'L ORG, Vol.55, 2001.
  17. Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard, Bernard Goldman, in E. Gaillard and J. Savage, **International Commercial Arbitration**, Kluwer Law International, No. 8, The Hague, 1999.
  18. Pierre A. Karrer, **Internationalization of civil Procedure- Beyond the IBA Rules of Evidence**, in Nedim Petervogt, Reflections on the International Practice of Law, Basle Geneva, 2004.
  19. Reisman, W. Michael, **The Concept and Functions of Soft Law in International Politics**, In Essays in Honor of Judge Taslim Olawale Elias, Volume I Contemporary, 1992.
  20. Veeder, V., **Are the IBA Rules on the Taking of Evidence Perfectible?** ; in Written Evidence and Discovery in International Arbitration: New Issues and Tendencies, ICC Publication, 2009.
  21. Weil, Prosper. **Towards Relative Normativity in International Law**, Am. J. Int'l L. Vol. 77. 1983.
- ج) اسناد
22. Advisory Opinion on Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, ICJ. (July 2010).

23. Advisory Opinion on Legality of the threat or use of nuclear weapons, ICJ.226, 242-243( July 1996).
24. Advisory Opinion on Legal consequences of the construction of a wall in the occupied Palestinian territory, ICJ.136,171 (July 2004)
25. <http://www.int-bar.org>.
26. ICC Rules of Arbitration at: <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration/>.
27. International Development Research Center, How Can Communities Use Soft Law and Nonbinding International Agreements? 2008, at: [www.idrc.ca/en/ev-30130-201-I-do](http://www.idrc.ca/en/ev-30130-201-I-do).
28. Optional protocol to the international covenant on civil and political rights, G.A. Res 2200 A (XXI) at 59, U.N. Doc, A/6316 (December. 16, 1966).
29. Toonen V. Australia, Communication No488/1992,U.N.Doc,ecpr/C/50/D/488/1992.
30. U.N. General Assembly Resolution Acknowledging the Advisory Opinion of the ICJ on Israel's Apartheid Wall , July 2004, Available at: <http://www.palestinepmc.com/details.asp=11&id=84>.
31. WTO AB Report, U.S. Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/AB/R, 12 Oct 1998.
32. WTO Agreement on Technical Barriers to Trade (TBT), 1995.
33. WTO Panel Report, U.S. Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products.