

The Practice of National Courts in Dealing with Soft Humanitarian Law with an Emphasis on the Right to Health

Farid Bayranvand*¹

1. Associate Faculty Member, Law Department, South Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.
(Corresponding Author)
Email: Faridbayranvand@gmail.com

Received: 01 Aug 2023 **Revised:** 04 Nov 2023 **Accepted:** 25 Dec 2023 **Available Online:** 20 Mar 2024

Abstract: In the space of international relations, on the one hand, there is a need for stability in line with the “rule of law” and on the other hand, there is a need for flexibility in line with the changing needs of time (which is due to the political nature or, in other words, interest-oriented relations). One of the concepts that were born in the space of international relations in response to the “need for flexibility” is the concept of “soft law”. On the other hand, national courts use treaties and other international legal norms as an important tool for guidance and assistance in interpreting domestic regulations. To put it simply, the reason for the revision of the said courts to the provisions of international law is not the binding nature of the said provisions, but their usefulness. National courts are sometimes faced with pre-produced soft law and sometimes appear as “producers of soft rights” (by creating procedures against the existing rules). As a result, it seems that basically the production of soft law in the light of the practice of national courts, not only does not create a challenge for international law, but it is considered a suitable mechanism to strengthen the needs assessment and development of international law.

Keywords: Soft Law, Humanitarian Law, National Courts, Jurisprudential Rules.

Please Cite This Article As: Bayranvand, F (2023). “The Practice of National Courts in Dealing with Soft Humanitarian Law with an Emphasis on the Right to Health”. *Iranian Health System Law*, 1(1): 45-62.

Copyright

This is an open access article distributed under CC BY 4.0 License.

© 2024 The Authors.

رویه محاکم ملی در مواجهه با حقوق نرم بشردوستانه با تاکید بر حق بر سلامت

فرید بیرانوند*

۱. عضو هیأت علمی وابسته گروه حقوق، واحد تهران جنوب، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. (نویسنده مسؤل)
Email: Faridbayranvand@gmail.com

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۵/۱۰ تاریخ ویرایش: ۱۴۰۲/۰۸/۱۳ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۰/۰۴ تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۰۱/۰۱

چکیده:

در فضای روابط بین‌المللی، از یک سو در راستای «حکومت قانون» نیاز به ثبات و از سوی دیگر در راستای ضرورت‌های متغیر زمانی (که به واسطه سیاسی بودن یا به تعبیری منفعت‌محور بودن روابط) نیاز به انعطاف‌پذیری می‌باشد. یکی از مفاهیمی که در فضای روابط بین‌المللی در پاسخ به «نیاز به انعطاف‌پذیری» متولد شده است، مفهوم «حقوق نرم» می‌باشد. از سوی دیگر محاکم ملی در تفسیر مقررات داخلی، معاهدات و سایر هنجارهای حقوقی بین‌المللی را به‌عنوان یک ابزار مهم برای راهنمایی و کمک مورد استفاده قرار می‌دهند. به بیان ساده‌تر، دلیل مراجعه محاکم مزبور به مقررات حقوق بین‌الملل، نه الزام‌آور بودن مقررات مزبور، بلکه مفید بودن آن‌ها می‌باشد. 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، در نتیجه به‌نظر می‌رسد که اساساً تولید حقوق نرم در پرتو رویه محاکم ملی، نه‌تنها چالشی برای حقوق بین‌الملل ایجاد نمی‌کند، بلکه سازوکار مناسبی برای تقویت نیازسنجی و توسعه حقوق بین‌الملل محسوب می‌شود.

کلمات کلیدی: حقوق نرم، حقوق بشردوستانه، محاکم ملی، قواعد آمره.

مقدمه

حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی نیز به‌عنوان دو شاخه اصلی عالم حقوق، تحت تأثیر این انکسار و اختصاصی شدن قرار گرفته‌اند، البته حقوق بین‌الملل به‌واسطه داشتن ساختار هم‌عرضی ناشی از اصل تساوی حاکمیت‌ها و فقدان ساختار هرمی (یعنی وجود طبقه فرمان‌روا و فرمان‌بر)، بیشتر از حقوق داخلی تحت تأثیر انکسار و اختصاصی شدن قرار گرفته است. این موضوع چند سال قبل مورد توجه کمیسیون حقوق بین‌الملل قرار گرفت. با توجه به گزارش‌های کمیسیون حقوق بین‌الملل، انکسار و اختصاصی شدن فضای حقوق بین‌الملل، چالش‌های مهمی را در حوزه‌های مختلف ایجاد کرده است. یکی از این حوزه‌ها، منابع حقوق بین‌الملل می‌باشد. در رویکرد کلاسیک به حقوق بین‌الملل، مفاد ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری به‌عنوان منابع حقوق بین‌الملل محسوب می‌شود. در فضای روابط بین‌المللی، از یک‌سو در راستای «حکومت قانون» نیاز به ثبات و از سوی دیگر در راستای ضرورت‌های متغیر زمانی (که به‌واسطه سیاسی‌بودن یا به تعبیری منفعت‌محوربودن روابط) نیاز به انعطاف‌پذیری می‌باشد و تلاش جامعه بین‌المللی نیز در جهت برقراری تعادلی مطلوب میان این دو نیاز بوده است. یکی از مفاهیمی که در فضای روابط بین‌المللی در پاسخ به «نیاز به انعطاف‌پذیری» متولد شده است، مفهوم «حقوق نرم» می‌باشد (Friedrich, 2013: 216). چنانچه ویژگی اصلی حقوق نرم را داشتن یکی از ارکان قاعده حقوقی (یعنی پابندی) بدانیم، در این صورت طیف گسترده‌ای از هنجارهای موجود در فضای حقوق و روابط بین‌المللی (از هنجارهای موجود در اسناد غیرالزام‌آور، مانند قطعنامه‌ها، اعلامیه‌ها و ... تا رویه‌های جدید خلاف قواعد سخت موجود)، در دایره حقوق نرم قرار می‌گیرند (Orrego Francisco, 2012: 421-422).

متغیر اصلی پژوهش حاضر حاضر، رویه محاکم ملی می‌باشد. وظیفه اصلی محاکم ملی در هر دولتی، اجرای قوانین و مقررات در جهت بسط عدالت و انصاف می‌باشد. در این راستا، محاکم ملی به‌عنوان یکی از مراجع اصلی حل‌وفصل اختلافات، در ساختار هر دولتی دارای نقش حیاتی می‌باشند. از یک‌سو، رویه محاکم ملی در نظام حقوق بین‌الملل نقش‌های بسیار مهمی را ایفا می‌کند. به‌عنوان مثال، نقش‌آفرینی رویه محاکم ملی به‌عنوان منبع فرعی حقوق بین‌الملل، نقش‌آفرینی رویه محاکم ملی در عنصر معنوی هنجارهای عرفی بین‌المللی، نقش‌آفرینی محاکم ملی در نظام حقوقی حل‌وفصل اختلافات بین‌المللی، نقش‌آفرینی محاکم ملی به‌عنوان مفسران و توسعه‌دهندگان حقوق بین‌الملل؛ از سوی دیگر، تقریباً در تمام نظام‌های حقوقی، دادرسان محاکم حل‌وفصل اختلافات در زمان صدور آرای خود، ضمن بیان استدلال و توجیه‌های حقوقی، از مقررات حقوق بین‌الملل استفاده می‌کنند (بیرانوند، ۲۸۷: ۱۴۰۳). در واقع مسأله «حقوق بین‌الملل نزد محاکم ملی» محل تلاقی حقوق بین‌الملل و حقوق عمومی محسوب می‌شود و در سال‌های اخیر به یک مقوله بحث‌برانگیز تبدیل شده است (Nollkaemper, 2011: 301-302). از آنجا که در حال حاضر برای اجرای هنجارها و مقررات حقوق بین‌الملل به ساختارهای حقوقی و سیاسی داخلی نیاز است (Diehl et al, 2003: 50)، استفاده محاکم ملی از مقررات حقوق بین‌الملل اهمیت فراوانی دارد، در نتیجه یافتن الگوها و مبانی مشترک توسل دادرسان محاکم ملی به مقررات حقوق بین‌الملل برای حل‌وفصل اختلافات یک امر بسیار حیاتی می‌باشد.

محاکم ملی در تفسیر مقررات داخلی، معاهدات و سایر هنجارهای حقوقی بین‌المللی را به‌عنوان یک ابزار مهم برای راهنمایی و کمک مورد استفاده قرار می‌دهند. به بیان ساده‌تر، دلیل مراجعه محاکم مزبور به مقررات حقوق بین‌الملل، نه الزام‌آوربودن مقررات مزبور، بلکه مفیدبودن آن‌ها می‌باشد. از این بیان می‌توانیم چنین نتیجه‌گیری کنیم که استناد به حقوق بین‌الملل برای کمک به کشف ارزش‌های ذاتی موجود در نظام‌های حقوق داخلی صورت می‌گیرد. این رویکرد محاکم ملی صرفاً در ارتباط با معاهدات و به‌طور کلی حقوق بین‌الملل سخت وجود ندارد. برای مثال در رویه قضایی محاکم ملی برخی دولت‌ها نیز مشاهده می‌شود که محاکم مزبور برای توجیه آرای خود به مقررات معاهداتی که دولت‌های مقرر دادگاه به عضویت آن درنیامده‌اند، استناد می‌کنند. به بیان ساده‌تر، محاکم مزبور اساساً هنجارهایی از حقوق بین‌الملل را مورد توجه قرار داده‌اند که فاقد عنصر الزام‌آوری برای دولت می‌باشند، در نتیجه محاکم ملی گاهی اوقات به‌عنوان یک ارگان حاکمیت و گاهی اوقات نیز به‌عنوان یکی از مراجع حل‌وفصل اختلافات بین‌المللی، با هنجارهای حقوق نرم مواجه می‌شوند. از یک‌سو با توجه به گستردگی مفهوم حقوق نرم بین‌المللی و مصادیق آن و از سوی دیگر نقش‌های مهم و متنوع محاکم ملی در نظام حقوق بین‌الملل، محاکم ملی برای تفسیر مقررات داخلی، از

معاهدات و سایر هنجارهای حقوقی بین‌المللی استفاده می‌کنند. به بیان ساده‌تر، دلیل مراجعه محاکم ملی به مقررات حقوق بین‌الملل، نه الزام‌آور بودن مقررات مزبور، بلکه مفید بودن آن‌ها می‌باشد. به تعبیری، استناد به حقوق بین‌الملل برای کمک به کشف ارزش‌های ذاتی موجود در نظام‌های حقوق داخلی صورت می‌گیرد. این رویکرد محاکم ملی صرفاً در ارتباط با معاهدات و به‌طور کلی حقوق بین‌الملل سخت وجود ندارد. برای مثال در رویه قضایی محاکم ملی برخی دولت‌ها مشاهده می‌شود که محاکم مزبور برای توجیه آرای خود، به مقررات معاهداتی که دولت‌های مقرر دادگاه به عضویت آن در نیامده‌اند، استناد می‌کنند. به بیان ساده‌تر، محاکم مزبور اساساً هنجارهایی از حقوق بین‌الملل را مورد توجه قرار داده‌اند که فاقد عنصر الزام‌آوری برای دولت می‌باشند. با توجه به گستردگی مفهوم حقوق نرم بین‌المللی و مصادیق آن و از سوی دیگر نقش‌های مهم و متنوع محاکم ملی در نظام حقوق بین‌الملل، در پژوهش حاضر برآنیم که با بررسی واکنش‌های محاکم ملی، رویه آن‌ها را در مواجهه با حقوق نرم بین‌المللی مورد شناسایی و ارزیابی قرار دهیم. از طریق این ارزیابی مشخص خواهد شد که آیا واکنش‌های محاکم ملی در مواجهه با حقوق نرم بین‌المللی دارای یک نظم منطقی می‌باشد و یا این که واکنش‌های مزبور به‌صورت سلیقه‌ای و بدون داشتن الگویی خاص صورت می‌پذیرد و در نتیجه نظم حقوقی بین‌المللی را با چالش بی‌نظمی مواجه می‌کند. همچنین آیا رویه محاکم ملی در مواجهه با حقوق نرم بین‌المللی، اساساً یک تهدید و یا برعکس، در واقع یک فرصت مناسب برای توسعه و تدوین حقوق بین‌الملل محسوب می‌شود؟ فرضیه‌ای که در پاسخ به پرسش پژوهش حاضر مورد ارزیابی قرار می‌گیرد، این است که رویه محاکم ملی در صورت توجه ویژه به متغیر منافع ملی، می‌تواند به فرصتی مناسب جهت توسعه و تدوین حقوق بین‌الملل تبدیل گردد. با توجه به این که واکاوی همه مصادیق حقوق نرم بین‌المللی در پژوهش حاضر ممتنع می‌باشد، قلمرو پژوهش حاضر از دو منظر محدود شده است: اول، حقوق بشردوستانه بین‌المللی؛ دوم، جنبه‌های مرتبط با حق بر سلامت.

۱- مفهوم حقوق نرم

کارکرد اصلی عالم حقوق «تنظیم روابط میان تابعان و بازیگران عالم حقوق» می‌باشد. به تعبیری، هنجارهای حقوقی بازتابی از روابط میان تابعان حقوق را نشان می‌دهند. در واقع به هر میزان که روابط میان تابعان حقوق در سطح ساده‌تری قرار گیرند و متغیرهای کمتری در آن‌ها وجود داشته باشد، هنجارهای حقوقی تنظیم‌کننده آن‌ها نیز به مراتب ساده و کلی خواهد بود. در مقابل، هرچه روابط تابعان حقوق در سطح پیچیده‌تری قرار گیرند و متغیرهای بیشتری در آن وجود داشته باشد، هنجارهای حقوقی تنظیم‌کننده آن‌ها نیز به مراتب پیچیده‌تر و جزئی‌تر می‌شود (سلیمی و همکاران، ۱۳۹۹: ۳-۴). این مسأله در واقع محصول حاکم‌شدن فضای پست‌مدرنیسم بر روابط تابعان حقوق می‌باشد. به بیان ساده‌تر عالم حقوق با گذشت زمان و حاکم‌شدن فضای پست‌مدرنیسم به سمت انکسار و اختصاصی‌شدن حرکت می‌کند (Santos, 2020: 490-491)، در نتیجه، از یک سو با توجه به ورود متغیرهای جدید و مختلف به فضای روابط میان تابعان حقوق، روابط مزبور در واقع اختصاصی شده و در پاسخ به این روابط اختصاصی نیز در عالم حقوق، هنجارها و مقررات اختصاصی، طراحی و تولید شده است. از سوی دیگر، مناسبات میان هنجارهای کلی عالم حقوق (که در قامت اصول و قواعد کلی برای اعمال در حوزه‌های مختلف حقوقی طراحی شده‌اند) با هنجارها و مقررات اختصاصی، با چالش‌های مختلفی، از قبیل تعارض، تزاخم و به‌طور کلی عدم هماهنگی، مواجه شده است. حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی نیز به‌عنوان دو شاخه اصلی عالم حقوق، تحت تأثیر این انکسار و اختصاصی‌شدن قرار گرفته‌اند (بیرانوند و همکاران، ۱۴۰۰: ۶۶۱-۶۶۲)، البته حقوق بین‌الملل به‌واسطه داشتن ساختار هم‌عرضی ناشی از اصل تساوی حاکمیت‌ها و فقدان ساختار هرمی (یعنی وجود طبقه فرمان‌روا و فرمان‌بر)، بیشتر از حقوق داخلی تحت تأثیر انکسار و اختصاصی‌شدن قرار گرفته است. بنای اصلی تئوری حقوق نرم این است که حقوق یک پدیده صفر و صدی نیست (یا نباید باشد). این نگاه که برگرفته از فضای منطقی فازی^۱ می‌باشد، رویکرد کلاسیک، یعنی قالب‌گرایی را با چالش مواجه کرده است. واژه فازی به‌معنای مبهم، غیرواضح و غیردقیق است. این رویکرد در دهه ۶۰ میلادی توسط پروفیسور لطفی‌زاده متولد شد و به‌طور خلاصه در مقابل منطق ارزش‌های صفر و یکی طراحی شده است

^۱ - Fuzzy Logic

(بیرانوند و همکاران، ۱۳۹۹: ۷۵-۷۶). به بیان ساده‌تر در پرتو این منطق باتوجه به تعدد متغیرها، خروجی ممکن است طیفی از مقادیر کاملاً صحیح، غلط، کاملاً غلط، تا حدودی صحیح، تا حدودی غلط، باشد (Perez, 2017: 236-237).

به تعبیری فضای حقوق باید طیف‌های مختلفی از روابط را مورد تحلیل و بررسی قرار دهد و در مرحله بعد به تنظیم آن‌ها بپردازد. باتوجه به این دیدگاه، نگاه به عالم حقوق در قالب‌های دوگانه سنتی مانند قانونی و غیرقانونی، الزامی و غیرالزامی بی‌فایده است. درواقع باید حقوق را در شرایط و درجات متنوعی از قانونی‌بودن یا الزام‌آوری دید. به تعبیری وضعیت حقوقی روابط تابعان حقوق در طیفی از حالت‌های مختلف، از جمله قانونی، کمتر قانونی، غیرقانونی، کمتر غیرقانونی و ... قرار می‌گیرد (Klabbers & Palombella, 2019: 2-3). به بیان ساده‌تر، هنجارها می‌توانند بیشتر یا کمتر الزام‌آور باشند (و نه حتماً الزام‌آور مطلق یا غیرالزام‌آور) و رفتارها نیز می‌توانند بیشتر یا کمتر قانونی باشند (و نه لزوماً قانونی مطلق یا غیرقانونی) (Klabbers, 1998: 157). البته این دیدگاه مصون از انتقاد نبوده است. برای مثال به اعتقاد برخی نویسندگان علی‌رغم وجود درجات مختلفی از «اراده» در زندگی اجتماعی، چنین مفاهیمی باتوجه به فقدان ابزار ارزیابی منتهی پوچی مطلق در فضای مناسبات حقوقی می‌شود (Warner & others, 1994: 43-45).

۲- حقوق نرم در چهارچوب حقوق بشردوستانه

در عصر اطلاعات و تکنولوژی‌های نوین، ورود سریع متغیرها و عوامل جدید به عرصه روابط بین‌الملل و به‌ویژه مخاصمات مسلحانه، مانند رباتیک، هواپیماهای بدون سرنشین، استفاده از هوش مصنوعی و ... نیازهای فوری و جدیدی را در حوزه حقوق بشردوستانه بین‌المللی ایجاد می‌کند. بدیهی است که به موازات نیازهای مزبور حقوق بشردوستانه نیز باید برای پاسخگویی، قواعد و هنجارهای مناسب را طراحی و ارائه دهد. از سوی دیگر 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 را ارائه دهد. در این میان نباید از این نکته نیز غافل شد که وجود اصولی همچون اصل انسانیت و کاهش حداکثری اثرات مخاصمات مسلحانه، اهمیت فوریت و نیاز به پاسخگویی سریع را دوچندان می‌کند. «سرعت در فرآیند شکل‌گیری»، یکی از ویژگی‌های منحصربه‌فرد هنجارها و قواعد حقوق نرم می‌باشد، در نتیجه وزن منابع سنتی حقوق بشردوستانه تقریباً هم‌سنگ منابع جدید آن می‌باشد (Crowe & Weston, Scheuber, 2013: 24-25). تأثیر قواعد و مقررات حقوق نرم بشردوستانه را می‌توان هم در حقوق توسل به زور و هم در حقوق مخاصمات مسلحانه و حتی در بحث ارائه کمک‌های بشردوستانه در زمان وقوع بلایای طبیعی و انسانی غیرمسلحانه مشاهده کرد (علیزاده و همکاران، ۱۳۹۵: ۸۵-۸۶). برای مثال در نگاه کلاسیک و سنتی، توسل به زور در قالب مفهوم دفاع مشروع و نیز اقدامات قهری شورای امنیت ملل متحد امکان‌پذیر است، اما در حال حاضر مسائلی، از قبیل عملیات و جنگ‌های سایبری، حفاظت از محیط زیست و نیز اموال و میراث فرهنگی و هنری در زمان وقوع مخاصمات مسلحانه، 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. چالش‌های مزبور درواقع تبدیل به فضایی مناسب جهت ظهور تفاسیر منعطف و جدید از هنجارهای سخت موجود شد، البته سازوکار تفسیر نیز در بسیاری از موارد توان پرکردن خلأ هنجارهای سخت را ندارد، در نتیجه مجال برای ظهور رویه‌ها و هنجارهای نرم فراهم می‌شود.

۳- قضیه انجمن ویتنامی قربانیان عامل نارنجی / دیوکسین علیه شرکت شیمیایی داو^۲

در طول جنگ ویتنام در دهه ۱۹۶۰ میلادی، یکی از استراتژی‌های جنگی ایالات متحده آمریکا، نابودسازی مناطق جنگلی بود، زیرا مناطق مزبور برای مبارزان ویتنامی به‌عنوان سنگر و پناهگاه محسوب می‌شد. از آنجا که جنگل‌های مزبور برای نیروهای آمریکایی قابل شناسایی دقیق نبود و تلفات جنگی سنگینی بر آمریکا تحمیل شده بود، تصمیم بر این شد که پوشش گیاهی این

²- Vietnam Association for Victims of Agent Orange/Dioxin v. Dow Chemical Co.

مناطق از بین برده شود. به همین منظور ایالات متحده، از علف‌کش‌ها و سموم گیاهی بسیار قوی جهت از بین بردن پوشش گیاهی و جنگلی استفاده کرد. استفاده از این سموم باعث شد که آسیب‌هایی به بومیان و مردم مستقر در مناطق مزبور وارد شود. اتباع ویتنامی و یک سازمان مردم‌نهاد به نمایندگی از قربانیان سموم مزبور پرونده‌ای را علیه شرکت‌های آمریکایی که در زمان جنگ برای کمک به ارتش آمریکا در ویتنام مستقر بودند، مطرح کردند.^۳

خواسته اصلی در این قضیه، رسیدگی به میزان جراحات و جبران خساراتی که خواهان پرونده به‌واسطه قرارگرفتن در معرض عامل نارنجی و سایر سموم بود.^۴ یکی از خواندگان اصلی این دعوی شرکت داو بود که به‌عنوان پیمانکار (طرف قرارداد) دولت ایالات متحده آمریکا، عامل نارنجی و سموم مزبور را در اختیار نیروهای مسلح آمریکا قرار داده بود و نیروهای آمریکایی در جنگ ویتنام از آن‌ها استفاده کرده بودند. خواهان‌های پرونده به‌عنوان اتباع بیگانه، به استناد قانون دعاوی شبه‌جرم بیگانگان^۵ تقاضای جبران خسارات و ارائه کمک‌های مالی را داشتند. در قانون مزبور برای «دادگاه‌های بخش» ایالات متحده جهت رسیدگی به خسارات ناشی از ارتکاب شبه‌جرم علیه بیگانگان در موارد تخطی از یک معاهده بین‌المللی که ایالات متحده عضو آن است، صلاحیت قضایی در نظر گرفته شده است.

وکلائی خواننده دعوی چنین استدلال کردند که طرح دعوی به استناد قانون دعاوی شبه‌جرم نسبت به شرکت داو اساساً قابل استماع نیست، زیرا شرکت مزبور در فرض پرونده، هیچ‌یک از قواعد حقوق بین‌الملل را که مورد پذیرش جهانی قرار گرفته است را نقض نکرده و در نتیجه ادعاهای خواهان‌ها غیرقابل استماع است، در نتیجه این استدلال دادگاه بخش، دعوی خواهان‌ها را رد نمود. در گام بعدی خواهان‌ها تقاضای رسیدگی تجدید نظر نمودند. در مرحله تجدید نظر محور اصلی استدلال خواهان‌ها بر این مسأله بود که خواننده دعوی، حقوق بین‌الملل عرفی مبنی بر «ممنوعیت استفاده از سلاح‌های سمی» و «ممنوعیت تحمیل درد و رنج غیرضروری» را نقض کرده است (Martin, 2009: 25-26).

خواهان‌ها برای اثبات عرفی بودن قواعد مزبور، معاهدات (اعم از معاهداتی که ایالات متحده عضو آن‌ها بوده یا خیر) و اعلامیه‌های بین‌المللی فراوانی را مورد استناد قرار دادند، از جمله مقررات لاهه مصوب ۱۹۰۷، پيوست کنوانسیون چهارم لاهه مصوب ۱۹۰۷، پروتکل گاز ژنو مصوب ۱۹۲۵، کنوانسیون چهارم ژنو، اعلامیه مجمع عمومی ملل متحد درخصوص ممنوعیت استفاده از سموم گیاهان در جنگ و ... دادگاه منطقه‌ای نیویورک در پاراگراف ۳۰۵ و ۳۰۹ رأی خود، وجود اسناد مزبور را دلیل متقنی مبنی بر وجود عرف بین‌المللی در زمان جنگ ویتنام ندانست (فارغ از این‌که سال‌ها بعد پس از جنگ ویتنام، اسناد مزبور مبنایی برای عرفی قلمدادکردن قواعد «ممنوعیت استفاده از سلاح‌های سمی» و «ممنوعیت تحمیل درد و رنج غیرضروری» محسوب شدند).^۶

در مقابل، خواننده دعوی به اعلامیه‌های آژانس حفاظت از محیط زیست متوسل شد. اعلامیه‌های مزبور علی‌رغم این‌که دارای ماهیتی توصیه‌ای و غیرالزام‌آور هستند، صراحتاً وجود میزان بسیار کم دیوکسین در عامل نارنجی را «غیرقابل اجتناب» اعلام کرده است و میزان خطرات احتمالی آن را نسبت به سلامت انسان ناچیز می‌داند. درنهایت دادگاه تجدید نظر در رأی باتوجه به رد استدلال خواهان‌ها، این استدلال خواننده را مورد پذیرش قرار داد و اعلام داشت که: «با در نظرگرفتن معیارهای مندرج در اعلامیه‌های آژانس حفاظت از محیط زیست، میزان خطرات احتمالی «ناچیز» می‌باشند، درحالی‌که برای احراز صلاحیت دادگاه و

³- Vietnam Association for Victims of Agent Orange/Dioxin v. Dow Chemical Co. Judgment. 05-1953-cv. August Term, 2006. P.6-9.

⁴- National Academies of Sciences, Engineering, and Medicine, Health and Medicine Division, Board on Population Health and Public Health Practice, Committee to Review the Health Effects in Vietnam Veterans of Exposure to Herbicides (Eleventh Biennial Update), Veterans and Agent Orange: Update 11 (2018), The National Academies Press, 2018, pp.213-558.

⁵- Alien Tort Claims Act (ATCA) 1789.

⁶- Agent Orange Product Liability Litigation, Re, Vietnam Association for Victims of Agent Orange/Dioxin and ors v. Dow Chemical Company and ors, First Instance, 373 F.Supp.2d 7 (E.D.N.Y. 2005), ILDC 123 (US 2005), 10 March 2005, District Court for the Eastern District of New York [E.D.N.Y.], paras. 305, 309.

قرارگرفتن دعوی ذیل قانون دعاوی شبه‌جرم بیگانگان، لازم است که نقض‌های قواعد و مقررات بین‌المللی به صورت فاحش و جدی صورت گیرد و منتهی به ایجاد آسیب‌ها و رنج‌های جدی شود.^۷

باتوجه به آنچه بیان کردیم، درواقع حقوق نرم در این قضیه دو کاربرد مهم داشت: یکی این که در این قضیه دادگاه از اسناد حقوق نرم برای احراز عرفی بودن قواعد مورد بحث استفاده کرده است؛ دوم این که، دادگاه براساس معیارهای مندرج در اعلامیه‌های غیرالزام‌آور آژانس حفاظت از محیط زیست اقدام به صدور رأی نمود.

۴- قضیه سارئی^۸

ریو تینتو^۹ یک گروه معدن‌کاری بین‌المللی بود که مقر آن در لندن قرار داشت. در دهه ۶۰ میلادی ضمن توافق با دولت پاپوآ گینه نو در دهکده پنگوئن در استان بوگاینویل^{۱۰} اقدام به حفاری و احداث معدن نمود. پسماندهای ناشی از فعالیت این معدن، آبراه‌ها و محیط جزیره را آلوده کرده بود و در نتیجه سلامت جسمی و روحی ساکنان جزیره با مخاطره مواجه شده بود، علاوه بر این شرکت ریو به افراد سیاه‌پوستی که در معدن کار می‌کردند، دستمزد بسیار کمتری نسبت به کارگران سفیدپوست پرداخت می‌کرد و شرایط زندگی کارگران سیاه‌پوست مانند وضعیت بردگی بود. در نوامبر ۱۹۸۸، مردم جزیره اقدام به خرابکاری‌هایی کردند که در نتیجه آن شرکت مجبور شد که معدن را تعطیل کند. شرکت ریو از دولت برای سرکوب قیام و بازگشایی معدن تقاضای کمک نمود. ارتش نیز در ۱۴ فوریه ۱۹۹۰ اقدام به حمله مسلحانه نمود که در نتیجه آن بسیاری از غیرنظامیان کشته شدند. در واکنش به این اقدام دولت مردم جزیره خواهان استقلال از کشور پاپوآ گینه نو شدند و در نتیجه، جنگ داخلی به مدت ۱۰ سال در پاپوآ گینه نو شکل گرفت.

پس از مخاصمه داخلی در پاپوآ گینه نو که در نتیجه آن منطقه بوگاینویل وضعیت خودمختاری بیشتری به دست آورد، چندین نفر از ساکنان منطقه مزبور علیه شرکت ریو تینتو به دلیل نقش آن در جنگ و روند آن، شکایت کردند. خواهان‌های پرونده مدعی بودند که فعالیت معدن ریو به سلامتی و محیط زیست آن‌ها خسارات جبران‌ناپذیری وارد کرده است و همچنین اقدامات این شرکت درواقع کمک به دولت برای ایجاد محاصره و شرایط فاجعه‌بار برای مردم بوده است (Beisinghoff, 2008: 148-149).

در این پرونده خواهان‌ها به قانون دعاوی شبه‌جرم بیگانگان آمریکا استناد نمودند که به موجب آن به بیگانگان اجازه داده شده است در محاکم آمریکا در موارد نقض حقوق ملت‌ها اقدام به طرح دعوی کنند. دادگاه اظهار داشت که علی‌رغم داشتن صلاحیت رسیدگی به ادعاهای مطروحه، باید دعوی را رد کند، زیرا چنانچه دادگاه در ارتباط با ماهیت این دعوی اظهار نظر کند، «بیان» دادگاه درواقع سیاست دولت پاپوآ گینه نو را در طول جنگ داخلی مورد قضاوت قرار داده است که این موضوع در دایره موضوعات سیاست خارجی محسوب می‌شود و این موضوع باتوجه به اصل تفکیک قوا در صلاحیت قوه مجریه قرار دارد، اما این استدلال دادگاه مورد پذیرش دادگاه تجدید نظر قرار نگرفت، زیرا دادگاه تجدید نظر در ضمن رأی خود مورخ ۱۲ آوریل ۲۰۰۷ اعلام داشت که: «صدور رأی در این پرونده منجر به دخالت در وظایف قوه مجریه نخواهد شد»^{۱۱}، در نتیجه رأی مزبور در مرحله تجدید نظر رد شد.

در این پرونده یکی از مسائل اساسی، بحث اعمال حاکمیتی و ممنوعیت نظارت قضایی بر اعمال مزبور بود. درواقع دادگاه تجدید نظر در این زمینه رویه‌ای جدید (خلاف قاعده عرفی موجود) ایجاد کرد. دادگاه اعلام داشت که: «حقوق بین‌الملل هر عملی را که

⁷- United States Court of Appeals for the Second Circuit, Vietnam Association for Victims of Agent Orange/Dioxin v. Dow Chemical Co., Docket No. 05-1953-cv, argued 18 June 2007, decided 22 February 2008. available at <http://caselaw.lp.findlaw.com/data2/circs/2nd/051760p.pdf>.

⁸- Sarei v. Rio Tinto, Plc, 02-56256 (9th Cir. 2007), United States Court of Appeals for The Ninth Circuit.

⁹- Rio Tinto

¹⁰- Village of Panguna on Bougainville

¹¹- Sarei v. Rio Tinto, Plc, 02-56256 (9th Cir. 2007), p.17.

باعث نقض قاعده آمره شود، عمل ناشی از حاکمیت تلقی نمی‌کند. هر عمل مرتبط با تبعیض نژادی قاعده آمره را نقض می‌کند و به همین علت نباید دکتترین اعمال حاکمیت را که مانع نظارت قضایی بر برخی اعمال دولتی است را مورد پذیرش قرار دهیم.^{۱۲} نکته‌ای که در پایان این قسمت باید به آن اشاره کنیم، این است که رویه قضایی محاکم ایالات متحده آمریکا در قضایای مختلف در برخورد با قانون دعوی شبه‌جرم بیگانگان، یک رویه واحد را اتخاذ نکرده است. به بیان ساده‌تر در تمام موارد، محاکم ایالات متحده در برخورد با قانون مزبور، از دکتترین مصونیت دولت، مقامات رسمی و نیز دکتترین اعمال حاکمیت عدول نکرده‌اند. نکته جالب توجه اینجاست که محاکم ایالات متحده آمریکا در دعوی مرتبط با مقامات و نظامیان آمریکایی و همچنین متحدان نزدیک آمریکا مانند اسرائیل^{۱۳}، به سختی استثنائات اصل مصونیت و اعمال حاکمیت را مورد پذیرش قرار می‌دهند (Davis, 2008: 102-103).

به بیان ساده‌تر، عمده دعوی مزبور بنابه توجیهاات مختلف مورد پذیرش محاکم قرار نمی‌گیرند و محاکم ایالات متحده به‌نوعی از رسیدگی به آن‌ها اجتناب می‌کنند^{۱۴}، اما در مقابل چنانچه دعوی علیه یک دولت غیرمتحد که دارای مناسبات استراتژیک با ایالات متحده نیست، مطرح شود، محاکم تا حد امکان برای پذیرش دعوی اقدام به تفسیر موسع از صلاحیت‌های خود و استثنائات اصل مصونیت و اعمال حاکمیت می‌کنند.^{۱۵} در مقابل، متحدان نزدیک ایالات متحده نیز در پاسخ به این وضعیت، در دعوی مطروحه علیه ایالات متحده یا مقامات رسمی آن، در پذیرش دعوی و عدول از اصل مصونیت و اعمال حاکمیت بسیار سخت‌گیرانه عمل می‌کنند.^{۱۶} باتوجه به آنچه که بیان شد، دادگاه در این قضیه نیز اقدام به تولید حقوق نرم جدید نموده است. درواقع در این قضیه دادگاه رویه‌ای جدید در این زمینه ایجاد نمود که حقوق بین‌الملل هر عملی را که باعث نقض قواعد آمره شود را عمل ناشی از حاکمیت تلقی نمی‌کند، در نتیجه قائل شدن به اصل مصونیت و همچنین سایر آثار اعمال حاکمیتی در ارتباط با عمل مزبور قابل پذیرش نیست.

۵- قضیه شرکت نوسان رسورسز^{۱۷}

دولت اریتره یک برنامه خدمات ملی دارد. به‌موجب این برنامه، همه اتباع اریتره هنگامی که به سن ۱۸ سال تمام می‌رسند، باید آموزش‌های نظامی و سایر خدمات اجتماعی را طی کنند، اما افراد حاضر در این برنامه مجبور می‌شوند که سال‌های متمادی بر روی پروژه‌هایی که توسط مقامات نظامی یا حزب سیاسی حاکم تعریف و پشتیبانی می‌شوند، کار کنند. معدن بیشا در سال ۲۰۰۸ تأسیس شد و مالک آن شرکت سهامی معدن بیشا بود. در این معدن از کارگران برنامه خدمات ملی اریتره برای کار استفاده می‌شد. کارگران مزبور مجبور بودند که تحت شرایط بسیار سخت و طاقت‌فرسا کار کنند و اجازه خروج به آن‌ها داده نمی‌شد. سه کارگر اریتره‌ای که حین سال‌های ۲۰۰۸ تا ۲۰۱۰ در معدن مزبور کار می‌کردند، توانستند مابین سال‌های ۲۰۱۱ تا ۲۰۱۳ از آنجا فرار کنند.

شرکت نوسان یک شرکت کانادایی می‌باشد که مقر آن در بریتیش کلمبیا قرار دارد. این شرکت درواقع مالک و سهامدار اصلی شرکت سهامی معدن بیشا است. سه کارگر فراری اریتره‌ای علیه شرکت نوسان اقامه دعوی کردند و مدعی شدند که شرکت مزبور

12- Sarei v. Rio Tinto, *ibid.*

13- Belhas v. Ya'alon, 515 F.3d 1279 (D.C. Cir. 2008).

14- El-Masri v. United States, 479 F.3d 296 (4th Cir. 2007), 300, 313; Mohamed v. Jeppessen Dataplan, Inc. 579 F.3d 943 (9th Cir. 2009).

15- این وضعیت صرفاً محدود به دولت ایران نمی‌باشد، برای مثال در ارتباط با فیلیپین و پذیرش استثناء نقض قواعد آمره نسبت به اصل مصونیت و اعمال حاکمیت آرای متعددی صادر شده است. برای مثال نک:

Hilao v. Estate of Marcos, 25 F.3d 1467 (9th Cir. 1994), 1472; Chuidian v. Philippine National Bank, 912 F.2d 1095 (9th Cir. 1990), 1106.

16- برای مثال بنگرید به قضیه عباسی در محاکم انگلستان:

R. (on the application of Abbasi (Feroz Ali) and Abbasi) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Secretary of State for the Home Department, Original application for judicial review, [2002] EWCA Civ 1598, ILDC 246 (UK 2002), 6th November 2002, United Kingdom; England and Wales; Court of Appeal [CA].

17- Nevsun Resources Ltd. v. Araya, 2020 SCC 5.

به واسطه برده‌داری، کار اجباری، رفتارهای غیرمعمول و تحقیرآمیز و نهایتاً جنایت علیه بشریت دارای مسؤولیت می‌باشد. آن‌ها مدعی شدند که موارد مزبور جزئی از حقوق بین‌الملل عرفی محسوب می‌شوند و از آنجا که حقوق مزبور جزئی از حقوق داخلی کانادا محسوب می‌شود، دادگاه کانادا باید بتواند شرکت نوسان را مسؤول خسارات تحمیلی اعلام کند. شرکت نوسان در دفاع از خود چنین استدلال کرد که دادگاه بریتیش کلمبیا صلاحیت رسیدگی به دعوی کارگران اریتره‌ای را ندارد. محور اصلی استدلال شرکت مزبور نیز دکرترین اعمال دولت خارجی (یعنی عمل دولت اریتره در طراحی و اجرای برنامه خدمات ملی) و همچنین عدم امکان مسؤول قلمداد کردن شرکت‌های تجاری برای نقض حقوق بین‌الملل عرفی بود (Grover, 2020: 236-239).

دادگاه در پاسخ به استدلال اول بیان داشت که: «دکرترین عمل دولت جزئی از حقوق کانادا محسوب نمی‌شود و در نتیجه قابلیت اعمال بر این پرونده را ندارد، زیرا اساساً دادگاه باتوجه به وجود برخی رویه‌های خلاف، دکرترین مزبور را جزئی از حقوق بین‌الملل عرفی قلمداد نمی‌کند.»^{۱۸} یکی از مستندات دادگاه برای عدم پذیرش دکرترین عمل دولت، رویه دیوان عالی انگلستان در قضایای بله‌هاج^{۱۹} و رحمت‌الله^{۲۰} است که در آن دیوان عالی انگلستان از رویکرد سنتی و مطلق به دکرترین اعمال دولت عدول کرده بود.^{۲۱}

دادگاه در مواجهه با استدلال دوم بیان داشت که ابتدا به ساکن باید به این پرسش پاسخ داد که آیا به موجب حقوق بین‌الملل عرفی می‌توان شرکت‌ها را به‌طور مستقیم مسؤول قلمداد کرد؟ در پاسخ، دادگاه به گزارش نماینده ویژه دبیرکل در موضوع حقوق بشر و شرکت‌های فراملی و سایر شرکت‌ها^{۲۲} استناد کرد.^{۲۳} در گزارش مزبور به این نکته تصریح شده بود که یک رویه یکنواخت و مداوم در ارتباط با ایجاد قاعده عرفی مسؤولیت (مستقیم) شرکت‌ها قابل شناسایی نیست^{۲۴} و به همین دلیل نیز در نهایت دادگاه دعوی خواهان‌ها را مورد پذیرش قرار نداد. لازم به ذکر است که دادگاه در ادامه نیز تأکید داشت که این رویکرد گزارش نماینده ویژه در کتاب حقوق دانان بسیاری، از جمله آقای جیمز کرافورد در کتاب اصول حقوق بین‌الملل عمومی برآون لی مورد پذیرش قرار گرفته است (Crawford, 2019: 630). علاوه بر کتاب آقای جیمز کرافورد که مورد استناد دادگاه قرار گرفته است، پژوهش‌های دیگری به قلم بسیاری از حقوق دانان و نویسندگان دیگر نیز در جهت پذیرش قابلیت اعمال حقوق بین‌الملل عرفی نسبت به بازیگران غیردولتی، وجود دارد (Summers & Gough, 2018: 45-49).

باید توجه داشت که آن دسته از نویسندگان و حقوق دانانی که اعمال قواعد عرفی را صرفاً محدود به روابط دولت‌ها می‌دانند و این دیدگاه را رویکرد حقوق بین‌الملل موضوعه قلمداد می‌کنند، در استدلال خود اتکای خاصی بر رویه محاکم ملی دارند، از جمله رأی دادگاه قانون اساسی آلمان در قضیه ضرورت، «کی و اورس علیه آرژانتین» دارند. در این قضیه دادگاه آلمان اعلام داشت که مفهوم ضرورت نمی‌تواند به عنوان مبنایی برای توجیه عدم اجرای تعهدات قراردادی مورد استناد قرار گیرد، زیرا این مفهوم و کارکرد آن در جهت توجیه مسؤولیت، مربوط به فضای روابط میان دولت‌ها می‌باشد و قابلیت اعمال در مورد اشخاص خصوصی و شرکت‌ها را ندارد.^{۲۵}

18- Nevsun Resources Ltd. v. Araya, 2020 SCC 5, para.83.

19- Belhaj and another (Respondents) v Straw and others (Appellants)

20- Rahmatullah (No 1) (Respondent) v Ministry of Defence and another (Appellants)

21- Judgment Belhaj and another (Respondents) v Straw and others (Appellants); Rahmatullah (No 1) (Respondent) v Ministry of Defence and another (Appellants), 17 January 2017, para.35, 121-122, 225-238.

22- Report of the Special Representative of the Secretary-General (SRSG) on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, U.N. Doc. A/HRC/4/035, February 9, 2007.

23- Nevsun Resources Ltd. v. Araya, 2020 SCC 5, para.190.

24- Report of the Special Representative of the Secretary-General, Ibid, para.34.

25- Argentine Necessity Case, K and ors v. Argentina (represented by President Néstor Kirchner), Decision of the Federal Constitutional Court, Order of the Second Senate, 2 BvM 1-5/03, 1, 2/06, vol. 118, 124, 60 NJW (2007), 2610, 138 ILR 1 (2010), ILDC 952 (DE 2007), 8 May 2007, Constitutional Court [BVerfG], paras. 51-66.

۶- قضیه در نظر گرفتن تصمیمات دادگاه اروپایی حقوق بشر توسط نهادهای داخلی، به ویژه دادگاه‌های آلمان^{۲۶}

در این قضیه دادگاه قانون اساسی آلمان در ارتباط با تأثیر رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر بر نظم حقوقی آلمان به اتخاذ تصمیم پرداخت. دادگاه آلمان در رأی خود به این نکته تصریح داشت که: «تمام مقررات نظم حقوقی آلمان باید مطابق با کنوانسیون اروپایی حقوق بشر تفسیر شوند تا از هرگونه تعارض احتمالی اجتناب شود.» از نظر دادگاه آلمان: «جایگاه این کنوانسیون در حقوق داخلی آلمان مانند جایگاه قانون اساسی است و دادگاه‌ها باید در تفسیر حقوق داخلی، این کنوانسیون را اعمال و رعایت کنند. در این راستا، حتی حقوق بنیادین مندرج در منشور حقوق نیز باید تا حد امکان در پرتو این کنوانسیون تفسیر شوند، در نتیجه کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و رویه قضایی دادگاه اروپایی حقوق بشر به عنوان یک ابزار تفسیری برای تعیین محتویات حقوق بنیادین و قانون اساسی آلمان مورد استفاده قرار می‌گیرد، البته پذیرش تفاسیر و رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر در تعیین محتوای قانون اساسی و حقوق بنیادین بدون حد و مرز نیست.» باید دقت داشت که از نظر دادگاه آلمان، اگر تفاسیر و رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر در تعارض صریح و بدون ابهام با قانون اساسی و حقوق بنیادین قرار گیرد، تعارض مزبور به نفع قانون اساسی و حقوق بنیادین حل می‌شود (German Yearbook of International Law, 2009: 725).

مطابق ماده ۴۳ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، تصمیمات دادگاه اروپایی حقوق بشر نسبت به طرفین اختلاف در صورتی که طرف کنوانسیون نیز باشند، الزام‌آور است. به موجب تصمیم دادگاه آلمان: «در صورتی که دولت آلمان در دادگاه اروپایی حقوق بشر طرف دعوی قرار گیرد، تمام مقامات تقنینی، اجرایی و قضایی مکلف به اجرای آرای دادگاه مزبور هستند.»^{۲۷} مقصود از اثر الزام‌آوری این است که مقامات اداری و قضایی باید تصمیمات دادگاه اروپایی حقوق بشر را به عنوان قسمتی از تفسیر مقررات داخلی آلمان در نظر گیرند. اگر مقامات مزبور از انجام این کار استنکاف کنند، این وظیفه دادگاه قانون اساسی است که آثار تخلف از کنوانسیون را از طریق ابطال احکام محاکم تالی از بین ببرد، پس آرای دادگاه اروپایی حقوق بشر در مواردی که آلمان طرف دعوی نمی‌باشد، علی‌رغم الزام‌آور نبودن و همچنین در صورت عدم تعارض با قانون اساسی و حقوق بنیادین، می‌تواند به عنوان یک ابزار تفسیری مورد استفاده محاکم قرار گیرد (Folz, 2011: 247-248). مع الوصف، باتوجه به آنچه که بیان شد، دادگاه در این قضیه از اسناد حقوق نرم (یعنی رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر که برای محاکم آلمان الزام‌آور نبود) به عنوان یک ابزار تفسیری اصلی استفاده کرد.

۷- قضیه زنان قربانی بردگی جنسی

قضیه زنان قربانی بردگی جنسی در ارتباط با چندین دعوای مربوط به مطالبه غرامت از سوی زنانی بود که در طول اشغال چین، کره و فیلیپین توسط ژاپن در حین جنگ جهانی دوم، مجبور به بردگی جنسی شده بودند. تمام این دعوای برمبنای ماده ۳ کنوانسیون چهارم لاهه رد شدند (Weill, 2014: 167-168).

دادگاه توکیو در این قضیه اعلام کرد که: «در بررسی دقیق متون و فرآیند تهیه پیش‌نویس ماده ۳ کنوانسیون لاهه، دادگاه نتوانسته است که این مسأله را احراز کند که در قامت یک قاعده عرفی، اشخاص حقیقی مقیم در یک سرزمین به صورت مستقیم حق تقاضای غرامت برای جبران خسارات ناشی از نقض مقررات لاهه توسط نیروهای اشغال‌گر را داشته باشند.»^{۲۸} در واقع دادگاه توکیو برای احراز قاعده حقوق بین‌الملل عرفی به ابزارهای حقوق نرم (فرآیند تهیه پیش‌نویس ماده ۳ کنوانسیون لاهه) متوسل شد. این رویکرد دادگاه توکیو، سال‌ها بعد در سال ۲۰۰۲ در قضیه دعوای بازماندگان قتل عام روستاییان چینی در استان لیائونینگ توسط نیروهای ژاپنی و همچنین دعوای متعدد دیگر علیه دولت ژاپن در ارتباط با قتل‌عام‌هایی که در استان‌های سینکیانگ و هونان مابین سال‌های ۱۹۴۱ الی ۱۹۴۲ رخ داده بود و نیز دعوای ایکس و دیگران علیه دولت ژاپن در ارتباط با پروتکل کنوانسیون لاهه

²⁶- Federal German Constitutional Court, Press Office, Press Release No 92/2004 of 19. October 2004—On the consideration of the decisions of the European Court of Human Rights by domestic institutions, in particular German courts, At: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2004/bvg04-092.html>

²⁷- Federal German Constitutional Court, Press Office, Press Release No 92/2004 of 19. Para. 49-51.

²⁸- Filipino 'Comfort Women' case, Tokyo District Court (9 October 1998).

راجع به ممنوعیت استفاده از گازهای سمی تکرار شد (Bottiglierio, 2004: 85-86). لازم به ذکر است که سال‌ها بعد، پانزده زن آسیایی در دادگاه‌های ایالات متحده آمریکا به استناد قانون دعوی شبه جرم بیگانگان اقدام به طرح دعوی کردند که این دعوی نه به علت این که اشخاص حقیقی نمی‌توانند مستقیم اقامه دعوی کنند، بلکه به استناد اصل مصونیت رد شدند. به تعبیری دادگاه در برابر این که حق مراجعه مستقیم یک قاعده عرفی است، سکوت کرد.^{۲۹}

نکته‌ای که راجع به این قضیه جالب توجه است، این که دادگاه رویه‌ای جدید در ارتباط با حدود تعهدات دولت در راستای قاعده ممنوعیت استفاده از گازهای سمی و سلاح‌های شیمیایی ارائه کرد. از نظر دادگاه، تعهدات مربوط به سلاح‌های شیمیایی، صرفاً محدود به عدم استفاده از آن‌ها نمی‌شود، بلکه شامل تعهدات مبنی بر اطلاع‌رسانی و دفع مناسب نیز می‌شود.^{۳۰}

در اینجا دو نکته حائز اهمیت است: اول این که استفاده دادگاه‌های ژاپن از حقوق نرم برای احراز قواعد حقوق بین‌الملل عرفی صرفاً محدود به فرآیند تهیه پیش‌نویس‌های کنوانسیون‌های بین‌المللی نیست، در برخی قضایا، دادگاه‌های ژاپن از مفاد مقدمه کنوانسیون‌های بین‌المللی نیز برای احراز قواعد عرفی استفاده کرده‌اند؛ دوم این که دادگاه‌های ژاپن در مواردی نیز برای احراز وصف آمره برخی هنجارهای حقوق بین‌الملل نیز به حقوق نرم (فرآیند تهیه و تصویب متن کنوانسیون‌ها، مقدمه کنوانسیون‌های بین‌المللی و آرای محاکم بین‌المللی که نسبت به ژاپن لازم‌الاجرا نیستند) متوسل شده‌اند (بیرانوند، ۱۴۰۳: ۴۱۴-۴۱۵). با توجه به آن چه که بیان شد، دادگاه ژاپن در ارتباط با ممنوعیت استفاده از سلاح‌های هسته‌ای، حقوق نرم جدیدی (رویه جدیدی) ایجاد نمود. علاوه بر این، در مواجهه با حقوق نرم از پیش تولیدشده (یعنی رویه راجع به حق مراجعه مستقیم اشخاص حقیقی به محاکم برای مطالبه غرامت ناشی از نقض حقوق بشردوستانه) مقاومت نمود و از پذیرش آن امتناع کرد. علاوه بر این، دادگاه از ابزارهای حقوق نرم (فرآیند تهیه پیش‌نویس ماده ۳ کنوانسیون ژنو) برای احراز قاعده عرفی بین‌المللی نیز استفاده نمود. در نهایت نیز، دادگاه با توسل به هنجارها و اسناد حقوق نرم (مانند فرآیند تهیه و تصویب متن کنوانسیون‌ها، مقدمه کنوانسیون‌ها و آرای محاکمی که نسبت به ژاپن فاقد وصف الزام‌آوری بود) وصف آمره برخی هنجارهای حقوق بین‌الملل را احراز نمود.

۸- قضیه هانریه تایموزو^{۳۱}

در سال ۱۹۶۹ میلادی، از میان جنبش دانشجویان ژاپن، یک سازمان چریکی تحت عنوان ارتش سرخ ژاپن اعلام موجودیت کرد. این سازمان چریکی تا سال ۲۰۰۱ به حیات خود ادامه داد. سازمان مزبور در دهه ۷۰ میلادی اقدام به انجام عملیات‌های گسترده‌ای در ژاپن و برخی دیگر از کشورها، از جمله آلمان و ایتالیا نمود. در اواخر دهه هفتاد میلادی، به دنبال فعالیت‌های این گروه چریکی، شرایط شورش و ناآرامی داخلی در ژاپن ایجاد شد (Gallagher, 2002: 14-22). هانریه تایموزو در دسامبر ۱۹۷۷ با ویزای توریستی وارد کشور ژاپن شد. نامبرده پس از انقضای اعتبار ویزا، به اقامت در توکیو ادامه داد و پس از مدتی کوتاه از سوی پلیس ژاپن دستگیر و تحت بازداشت قرار گرفت. پس از انجام تحقیقات، تایموزو به ارتباط و همکاری با ارتش سرخ ژاپن متهم شد.

در این پرونده، متهم در یک سلول انفرادی حبس شده بود. سلول مزبور دارای یک پنجره بود که آن پنجره توسط مقامات بازداشتگاه مسدود شده بود. پس از سپری شدن مدت زمان بازداشت، متهم با این ادعا که در طول دوران بازداشت حقوق وی به‌ویژه حق موضوع ماده ۷ میثاق حقوق مدنی و سیاسی، نقض شده است، در دادگاه توکیو اقدام به طرح دعوی نمود. در این پرونده، دادگاه با مسأله تفسیر ماده ۷ میثاق حقوق مدنی و سیاسی مواجه بود.

²⁹ - Hwang Geum Joo v. Japan, 172 F.Supp. 2d 52 (D.D.C. 2001).

³⁰ - X et al. v. The Government of Japan (Hague Convention Protocol for the Prohibition of the Use in War of Asphyxiating, Poisonous or Other Gases etc.), Tokyo District Court, Decision, 29 September 2003, H.J. (1843) 90 (2004).

³¹ - Hanrei Taimuzo Case

دادگاه عالی توکیو برای تفسیر ماده مزبور به دو سند مراجعه کرد: یکی قطعنامه مجمع عمومی ملل متحد راجع به مجموعه اصول برای حمایت از تمامی اشخاص تحت هر شکل از بازداشت یا حبس^{۳۲}؛ و دیگری نظرات عمومی کمیته حقوق بشر^{۳۳}.

دادگاه اظهار داشت که: «باتوجه به نظرات عمومی کمیته حقوق بشر در ارتباط با ماده ۷ میثاق و همچنین اصل ۶ از مجموعه اصول برای حمایت از تمامی اشخاص اعم اشخاصی که وضعیت آن‌ها ذیل مقررات حقوق بشردوستانه و یا حقوق بشر قرار می‌گیرد، تحت هر شکل از بازداشت یا حبس، در ماده ۷، اصطلاح «شکنجه یا رفتارهای ظالمانه، غیرانسانی و تحقیرآمیز» شامل نگه‌داشتن فرد در شرایطی که به‌طور موقت یا دائم نتواند از حواس طبیعی خود مثل بینایی، شنوایی و یا آگاهی وی از مکان و گذر زمان استفاده کند، می‌شود.»^{۳۴} درنهایت دادگاه تصریح کرد که: «باتوجه به این که خواننده دعوی از ابتدای رسیدگی، مسدود کردن پنجره را تکذیب نکرده است و به‌طور کلی این عمل با استانداردهای بین‌المللی سازگاری ندارد، در نتیجه به‌نظر می‌رسد حق خواهان به‌موجب مفاد ماده ۷ میثاق حقوق مدنی و سیاسی نقض شده است.» باتوجه به آن‌چه که بیان کردیم، در این قضیه دادگاه از ابزارهای حقوق نرم مانند نظریات عمومی کمیته حقوق بشر، قطعنامه‌ها و اعلامیه‌های مجمع عمومی ملل متحد برای تفسیر هنجارهای موضوعه استفاده نمود و این تفاسیر را نه‌فقط در حوزه حقوق بشر، بلکه قابل اعمال در فضای حقوق بشردوستانه نیز تلقی نمود (Iwasawa, 2000: 250-251).

۹- قضیه ووتر باسون^{۳۵}

ووتر باسون یک پزشک آفریقایی بود که در دوره آپارتاید، سرپرستی پروژه مخفی جنگ شیمیایی و بیولوژیکی دولت را برعهده داشت. در آن زمان نامیبیا توسط آفریقای جنوبی اداره می‌شد. وی در سال ۱۹۹۹ به جنایات متعددی، از جمله توطئه برای قتل صدها نفر از اعضای سازمان مردم آفریقای جنوب غربی^{۳۶} در نامیبیا در دهه ۱۹۸۰ متهم شد. اتهام باسون این بود که آب اردوگاه پناهندگان را با باکتری وبا آلوده کرده است. در ابتدا دادگاه منطقه‌ای اعلام داشت که اتهامات آقای باسون قابل تعقیب نمی‌باشد، زیرا جنایات مزبور در خارج از قلمرو آفریقای جنوبی رخ داده است و مشمول عفو عمومی ۱۹۹۱ در نامیبیا قرار گرفته است (Horvitz & Catherwood, 2004: 39-40). در آپریل ۲۰۰۲ پس از پایان یک دادرسی نسبتاً طولانی، باسون نسبت به اتهامات وارده تبرئه شد. دادستان نسبت به رأی صادره، نزد دادگاه تجدید نظر اعتراض نمود که البته در این مرحله نیز دادگاه مزبور در ژوئن ۲۰۰۳، رأی دادگاه منطقه‌ای را تأیید کرد. پس از اعلام رأی دادگاه تجدید نظر، دادستان اقدام به طرح دعوی در دادگاه قانون اساسی نمود (Gevers, 2015: 413-415). دادگاه قانون اساسی در رأی خود مورخ ۱۰ مارس ۲۰۰۴ اعلام کرد که: «تصمیم دادگاه مبنی بر عدم تعقیب اتهامات مطروحه، با مسائل و تعهدات ناشی از قانون اساسی و حقوق بین‌الملل ارتباط پیدا می‌کند، در نتیجه دادگاه صلاحیت بررسی و اعلام نظر را در این زمینه دارد.» از نظر دادگاه: «اتهامات وارده در واقع مصادیق نقض اصول بنیادین حقوق بشردوستانه بین‌المللی محسوب می‌شوند.»^{۳۷} برای اثبات این مسأله، دادگاه باید دو مطلب را در رأی خود مد نظر قرار می‌داد: یکی عرفی بودن اصول و قواعد حقوق بشردوستانه‌ای که مورد استناد دادستان بود؛ دیگری وصف بنیادین آن‌ها. از نظر دادگاه: «با در نظر گرفتن نظریه مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه قانونی بودن تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای، «حداقل استانداردهای حقوق بشردوستانه» و «مصادیق آن» و نیز وصف «غیرقابل عدول بودن» آن‌ها قابل احراز می‌باشد.» همچنین «رویه دیوان بین‌المللی در قضیه نیکاراگوئه و همچنین رأی دیوان بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق در قضیه تادیچ، نشان از عرفی بودن و غیرقابل عدول بودن حداقل استانداردهای بشردوستانه دارد.»^{۳۸} در واقع دادگاه از حقوق نرم هم برای

32- Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment (A/RES/43/173, 1988).

33- General Comments of the Human Rights Committee.

34- Tokyo High Court, Judgment 22 May 1995.

35- Wouter Basson Case.

36- South West Africa People's Organization (SWAPO).

37- Constitutional Court of South-Africa, S. v. Basson, 10 March 2004, 2004 (6) BCLR 620 (CC).

38- Butterworth Constitutional Law Reports 1192 (CC) 2005.

احراز عرفی بودن قواعد مزبور و هم برای احراز وصف بنیادین آن‌ها استفاده کرد. باتوجه به آن‌چه که بیان شد، دادگاه در این قضیه برای احراز غیرقابل عدول بودن مفاهیمی مانند حداقل استانداردهای حقوق بشردوستانه و همچنین مصادیق آن به هنجارهای حقوق نرم متوسل شد. علاوه بر این، دادگاه برای احراز هنجارهای عرفی نیز به رویه‌ها و اسناد غیرالزام‌آور متوسل شد.

۱۰- قضیه بررسی پروتکل دوم الحاقی به کنوانسیون‌های ژنو در دادگاه قانون اساسی کلمبیا^{۳۹}

درگیری مسلحانه داخلی در کلمبیا قدیمی‌ترین درگیری مسلحانه در آمریکای جنوبی است. تاریخ درگیری‌ها در این کشور به دوران جنگ جهانی دوم می‌رسد. در کلمبیا چندین گروه علیه یکدیگر برای تسلط بر بخش‌های بیشتری از خاک کشور می‌جنگند: دولت، شبه‌نظامی‌ها، کارتل‌های مواد مخدر و مشهورتر از بقیه، گروه‌های چپ‌گرای فارک و ارتش ملی آزادی. اوج این درگیری‌ها در دهه ۹۰ میلادی رخ داد. در این دهه، تعداد زیادی از افراد غیرنظامی کشته و زخمی شدند. پس از آغاز مذاکرات صلح در سال ۱۹۹۸ و حاکم شدن آرامشی نسبی، خانواده‌های قربانیان و افراد آسیب‌دیده علیه گروه‌های مسلح و دولت به اقامه دعوا پرداختند. یکی از موضوعات مهمی که در این دعوی مطرح بود، مسأله قابلیت اعمال کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو بر مخاصمات دهه ۹۰ بود. به دلیل اختلاف نظرات موجود میان محاکم مختلف، تقاضای رسیدگی به این مسأله از جانب محاکم بدوی، به دادگاه قانون اساسی ارجاع شد (Sanchez, 2001: 7-9).

دادگاه قانون اساسی کلمبیا در این قضیه به مسأله قابلیت اعمال کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو بر وضعیت مخاصمات داخلی دهه ۹۰ کلمبیا پرداخت. دادگاه در این رأی، دو رویه جدید در فضای حقوق بشردوستانه ایجاد کرد که بعدها محاکم ملی و بین‌المللی و همچنین مراجع غیرحقوقی نیز از آن الگو گرفتند.^{۴۰} رویه اول مربوط به شرایط تفسیر پروتکل الحاقی دوم بود. در این راستا، دادگاه با استفاده از شرط مارتنز اعلام داشت که: «پروتکل الحاقی دوم نه به‌تنهایی، بلکه همیشه باید در چهارچوب تمام اصول حقوق بشردوستانه تفسیر شود. به تعبیری اتکای انحصاری به متن پروتکل نمی‌تواند مبنای مناسبی برای تفسیر آن در نظر گرفته شود. این مقدمه به یک نتیجه مهم منتهی می‌شود و آن این که عدم وجود قواعدی خاص در پروتکل، به این معنا نیست که پروتکل رفتاری را که با اصول حقوق بشردوستانه بین‌المللی در تناقض است را مجاز می‌داند. در واقع سکوت مقررات پروتکل و عدم ممنوعیت یک رفتار خاص، نباید به معنای جواز رفتار مزبور تفسیر شود.»^{۴۱}

اما رویه دوم در ارتباط با ممنوعیت استفاده از سلاح‌های شیمیایی در مخاصمات مسلحانه داخلی می‌باشد. از نظر دادگاه: «علی‌رغم این که استفاده از سلاح‌های شیمیایی در مخاصمات مسلحانه بین‌المللی ممنوع است، اما باتوجه به استفاده از سلاح‌های شیمیایی در مخاصمات داخلی سوریه، در بحران یوگسلاوی سابق و همچنین رویه دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق در قضیه تادیچ و واکنش‌های اعضای جامعه بین‌المللی به آن‌ها، به نظر می‌رسد در ارتباط با ممنوعیت استفاده از سلاح‌های شیمیایی در مخاصمات مسلحانه داخلی، اجماع عمومی میان اعضای جامعه بین‌المللی حاصل شده است، در نتیجه علی‌رغم فقدان مقررات کنوانسیون صریح، استفاده از سلاح‌های شیمیایی در مخاصمات مسلحانه داخلی نیز ممنوع است»^{۴۲}، در نتیجه دادگاه کلمبیا در

³⁹ - Constitutional review of the Protocol Additional to the Geneva Conventions of August 12, 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), drawn up in Geneva on June 8, 1977, and of Law 171 of December 16, 1994, RULING No. C-225/95, Re: File No. L.A.T.-040; Judgment of 18 May 1995.

نسخه اصلی این رأی به زبان اسپانیایی می‌باشد، رونوشت انگلیسی آن توسط کمیته بین‌المللی صلیب سرخ ارائه شده است. نک:

Marco Sassòli and Antoine A. Bouvier, How Does Law Protect in War, vol. II, ICRC, 2006, p. 2272-3; available at: <https://casebook.icrc.org/case-study/colombia-constitutional-conformity-protocol-ii>

^{۴۰} - برای مثال کمیسیون حقوق بشر در اصول راهنمای راجع به جابه‌جایی اجباری داخلی مورخ ۱۹۹۸، قطعنامه ۲۰۰۰ شورای امنیت، قطعنامه ۲۱۱۸ شورای امنیت و... نک:

Claudie Barrat, Status of NGOs in International Humanitarian Law, Brill, 2014, pp. 249-251; UN Security Council Resolution, S/RES/2118, 27 September 2013; Henckaerts and Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law, vol. I, ICRC, 2006, pp. 1676-1677; Guiding Principles on Internal Displacement 1998;

^{۴۱} - Constitutional review of the Protocol Additional to the Geneva Conventions of August 12, 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II).

^{۴۲} - Constitutional Review of the Protocol Additional to the Geneva Conventions.

اواخر دهه ۹۰ میلادی حقوق نرمی را تولید کرد که بعدها در پرتو رویه بعدی و تبدیل شدن به قاعده حقوق بین‌الملل عرفی، وارد فضای حقوق سخت شد (Zartman, 2020: 347-349; Hasegawa, 2015: 126-127; Krutzsch *et al*, 2014: 11-14).

باتوجه به آن‌چه که بیان شد، دادگاه در این قضیه، دو هنجار حقوق نرم (یعنی رویه جدید در ارتباط با سکوت مقررات پروتکل الحاقی و عدم امکان تلقی سکوت مزبور به‌عنوان جواز و همچنین رویه جدید در ارتباط با ممنوعیت استفاده از سلاح‌های شیمیایی در دهه ۹۰ میلادی) را تولید کرد که بعدها در فضای حقوق بین‌الملل کیفری موضوعه با پشتیبانی رویه سایر محاکم مورد پذیرش قرار گرفت.

نتیجه‌گیری

در راستای پاسخ به پرسش پژوهش حاضر، یعنی چگونگی رویه محاکم ملی در مواجهه با حقوق نرم بشردوستانه، دو متغیر بسیار مهم باید مد نظر قرار گیرد: یکی امنیت و منافع ملی و دیگری ساختار نظام حقوق داخلی. اولین متغیر بیشتر از این‌که از جنس حقوق بین‌الملل باشد، از جنس فضای روابط بین‌الملل است و ابزارهای سنجش آن نیز عمدتاً دارای رنگ و بوی سیاسی و مناسبات منافع و قدرت هستند. در مقابل، متغیر دوم از جنس عالم حقوق است.

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 ایجادشده در پرتو رویه محاکم ملی دارای سه کارکرد بسیار مهم است: ۱- استفاده از حقوق نرم به‌عنوان ابزار تفسیر قواعد و هنجارهای سخت؛ ۲- تقویت حقوق نرم از پیش ایجادشده و کمک به انتقال آن به فضای حقوق سخت از طریق ایجاد قواعد عرفی جدید؛ ۳- استفاده از حقوق نرم برای ارتقای هنجارهای سخت در سلسله‌مراتب هنجاری حقوق بین‌الملل (مانند تبدیل قواعد عرفی به قواعد آمره). این سه کارکرد تقریباً در رویه تمام محاکم ملی اعم از وابسته به نظام حقوقی کامن‌لا، رومی - ژرمن و نظام‌های حقوقی خاص مشابه است.

اما 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 نظام حقوقی کامن‌لا و همچنین محاکم ملی وابسته به نظام‌های خاص که در آن‌ها عناصری از نظام حقوقی کامن‌لا وجود دارد (یا به تعبیری گرایش بیشتری به نظام حقوقی کامن‌لا دارند)، مانند آفریقای جنوبی، نقش محاکم ملی در قامت تولیدکننده حقوق نرم بسیار مشهود است، اما در مقابل، محاکم ملی وابسته به نظام‌های حقوقی رومی - ژرمنی یا محاکم ملی وابسته به نظام‌های خاص که گرایش به نظام‌های رومی - ژرمنی دارند، مانند دانمارک، محاکم ملی کمتر در قامت تولیدکننده حقوق نرم ظاهر می‌شوند.

وقتی سخن 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 تمام نظام‌های حقوقی مشهود است، اما حالت دوم در میان محاکم ملی وابسته به نظام رومی - ژرمن، به‌صورت استثنایی و خاص مشاهده می‌شود. این موارد خاص و استثنایی 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 مسأله به یک ویژگی یا به تعبیری تفاوت مبنایی دو نظام حقوقی کامن‌لا و رومی - ژرمن بازمی‌گردد. محاکم ملی در نظام حقوقی کامن‌لا در راستای انجام وظیفه خود، یعنی حل‌وفصل اختلافات، دارای حدود صلاحیت موسعی هستند، به تعبیری در مقام واضع و تولیدکننده قواعد و هنجارهای حقوقی قرار دارند، اما محاکم ملی در نظام حقوقی رومی - ژرمن در راستای انجام وظایف خود دارای حدود صلاحیت محدود هستند، زیرا اساساً ابزار تولید قاعده و هنجار را در اختیار ندارند.

ملاحظات اخلاقی: ملاحظات اخلاقی مربوط به انجام پژوهش رعایت شده است.

تعارض منافع: تدوین این مقاله، فاقد هرگونه تعارض منافی بوده است.

سهام نویسندگان: کلیه مراحل تهیه و نگارش مقاله توسط نویسنده انجام یافته است.

تشکر و قدردانی: از همه کسانی که در بازخوانی و ویرایش اثر همیاری و راهنمایی داشتند، قدردانی و تشکر می‌گردد.

تأمین اعتبار پژوهش: این پژوهش بدون تأمین مالی انجام گرفته است.

منابع و مأخذ

الف. منابع فارسی

- بیرانوند، فرید (۱۴۰۳). *رویه محاکم ملی در مواجهه با حقوق نرم بین‌المللی با تأکید بر حقوق بشردوستانه*. تهران: انتشارات فرهنگ.

- 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 بین‌المللی». *مجله علمی پژوهشی تاریخ پزشکی، ویژه‌نامه تاریخ اسلام و ایران*، ۱۲(۱): ۱۳۷-۱۴۹.

- 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، ویژه‌نامه حقوق بشر و حقوق شهروندی*، 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 کثرت‌گرایی حقوق بین‌الملل». *فصلنامه حقوق پزشکی*، ۱۵(۵۶): ۶۵۹-۶۷۴.

- علیزاده، یعقوب؛ مسعودی‌نیا، محمد؛ رستمی، سارا و بیرانوند، فرید (۱۳۹۵). «تحولات اصل حق بر دریافت امدادهای پزشکی در هنگام وقوع بلایا در پرتو حقوق نرم بین‌المللی». *مجله علمی پژوهشی تاریخ پزشکی*، ۸(۲۸): ۸۵-۱۰۳.

ب. منابع انگلیسی

- Agent Orange Product Liability Litigation, Re, Vietnam Association for Victims of Agent Orange/Dioxin and ors v. Dow Chemical Company and ors, First Instance, 373 F.Supp.2d 7 (E.D.N.Y. 2005), ILDC 123 (US 2005), 10 March 2005, District Court for the Eastern District of New York [E.D.N.Y.].

- Argentine Necessity Case, K and ors v. Argentina (represented by President Néstor Kirchner), Decision of the Federal Constitutional Court, Order of the Second Senate, 2 BvM 1-5/03, 1, 2/06, vol. 118, 124, 60 NJW (2007), 2610, 138 ILR 1 (2010), ILDC 952 (DE 2007), 8 May 2007, Constitutional Court [BVerfG].

- Beisinghoff, N (2008). *Corporations and Human Rights: An Analysis of ATCA Litigation Against Corporations*, Frankfurt: Peter Lang.

- Belhaj and another (Respondents) v Straw and others (Appellants).

- Belhas v. Ya'alon, 515 F.3d 1279 (D.C. Cir. 2008).

- Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment (A/RES/43/173, 1988).

- Bottiglieri, I (2004). *Redress for Victims of Crimes under International Law*. New York: Springer.

- Butterworth Constitutional Law Reports 1192 (CC) 2005, 12, at 1241–42, paras. 174–78.
- Constitutional Court of South-Africa, *S. v. Basson*, 10 March 2004, 2004 (6) BCLR 620 (CC), 58-59, available at: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2004/13.html>.
- Constitutional review of the Protocol Additional to the Geneva Conventions of August 12, 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II).
- Crawford, J (2019). *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Crowe, J & Weston-Scheuber, K (2013). *Principles of International Humanitarian Law*. Cheltenham: Edward Elgar.
- Davis, J (2008). *Justice Across Borders: The Struggle for Human Rights in U.S. Courts*. New York: Cambridge University Press.
- Diehl, P. F; Ku, C & Zamora, D (2003). “The Dynamics of International Law: The Interaction of Normative and Operating Systems”. *International Organization*, 57(1): 43-75.
- *El-Masri v. United States*, 479 F.3d 296 (4th Cir. 2007), p.300, 313.
- Federal German Constitutional Court, Press Office, Press Release No 92/2004 of 19. October 2004—On the consideration of the decisions of the European Court of Human Rights by domestic institutions, in particular German courts, At: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2004/bvg04-092.html>.
- Federal German Constitutional Court, Press Office, Press Release No 92/2004 of 19. Para. 49-51.
- Filipino ‘Comfort Women’ case, Tokyo District Court (9 October 1998). Para. 67-68.
- Folz, H.P (2011). “Germany”. in: Shelton, D (2011). *International Law and Domestic Legal Systems: Incorporation, Transformation, and Persuasion*. Oxford: Oxford University Press.
- Friedrich, J (2013). *International Environmental “soft law”: The Functions and Limits of Nonbinding Instruments in International Environmental Governance and Law*. New York: Springer.
- Gallagher, A (2002). *The Japanese Red Army*. New York: The Rosen Publishing Group.
- *German Yearbook of International Law* (2009). Volume 52. Universität Kiel. Institut für Internationales Recht, Duncker & Humblot.
- Gevers, Ch (2015). “International criminal law in South Africa”. in: Wet, E.D; Hestermeyer, H & Wolfrum, r (2015). *The implementation of international law in Germany and South Africa*. Pretoria: Pretoria University Law Press.
- Grover, S. C (2020). *Judicial Activism and the Democratic Rule of Law: Selected Case Studies*, Cham: Springer.
- Hasegawa, G.R (2015). *Villainous Compounds: Chemical Weapons and the American Civil War*. Southern Illinois University Press.
- Horvitz, L.A & Catherwood, CH (2004). *Encyclopedia of War Crimes and Genocide*. New York: Facts on Files.
- *Hwang Geum Joo v. Japan*, 172 F.Supp. 2d 52 (D.D.C. 2001).
- Iwasawa, Y (2000). “The domestic impact of international human rights: The Japanese experience”. in: Alston, Ph & Crawford, J (2000). *The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Judgment Belhaj and another (Respondents) v Straw and others (Appellants); Rahmatullah (No 1) (Respondent) v Ministry of Defence and another (Appellants), 17 January 2017.
- Klabbers, J & Palombella, G (2019). *The Challenge of Inter-legality*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Klabbers, J (1998). *The Concept of Treaty in International Law*. Hagu: Kluwer Law International.
- Krutzsch, W; Myjer, E; Trapp, R & Herbach, J (2014). *The Chemical Weapons Convention: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press.
- Martin, M.F (2009). *Vietnamese Victims of Agent Orange and U. S. -Vietnam Relations*. DIANE Publishing.
- Mohamed v. Jeppesen Dataplan, Incinclud., 579 F.3d 943 (9th Cir. 2009).
- Nevsun Resources Ltd. v. Araya, 2020 SCC 5.
- Nevsun Resources Ltd. v. Araya, 2020 SCC 5.
- Nollkaemper, A (2011). *National Courts and the International Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Orrego Francisco, Vicuña (2012). "Privatization of the Settlement of International Disputes". in: Wolfrum, Rüdiger, & Gätzschmann, Ina (2012). *International Dispute Settlement: Room for Innovations?*. New York: Springer.
- Perez, O (2017). "Fuzzy law: a theory of quasi-legality". in: Patrick Glenn, H (2017). *Law and the New Logics*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Rahmatullah (No 1) (Respondent) v Ministry of Defence and another (Appellants).
- Report of the Special Representative of the Secretary-General (SRSG) on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, U.N. Doc. A/HRC/4/035, February 9, 2007.
- Sanchez, G (2001). "Problem of Violence, Prospects for Peace". In: Bergquist, Ch & Peñaranda, R (2001). *Violence in Colombia, 1990-2000: Waging War and Negotiating Peace*. Greenhill: Rowman & Littlefield.
- Santos, B. D. S (2020). *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization, and Emancipation*. 3th ed. Cambridge: Cambridge University Press.
- Sarei v. Rio Tinto, Plc, 02-56256 (9th Cir. 2007).
- Summers, J & Gough, a (2018). *Non-state Actors and International Obligations: Creation, Evolution and Enforcement*, *International Law Association*. Brill Nijhoff.
- Tokyo High Court, Judgment 22 May 1995.
- United States Court of Appeals for the Second Circuit, Vietnam Association for Victims of Agent Orange/Dioxin v. Dow Chemical Co., Docket No. 05-1953-cv, argued 18 June 2007, decided 22 February 2008, available at <http://caselaw.lp.findlaw.com/data2/circs/2nd/051760p.pdf>.
- Warner, S.D; Livingston, D.W & Hume, D (1994). *Political writings*. Indianapolis: Hackett Publishing Company.
- Weill, Sh (2014). *The Role of National Courts in Applying International Humanitarian Law*. Oxford: Oxford University Press.

- X et al. v. The Government of Japan (Hague Convention Protocol for the Prohibition of the Use in War of Asphyxiating, Poisonous or Other Gases etc.), Tokyo District Court, Decision, 29 September 2003, H.J. (1843) 90 (2004).
- Zartman, J.K (2020). "Conflict in the Modern Middle East: An Encyclopedia of Civil War, Revolutions, and Regime changes". In: Khalil, J.F; Khiabany, GH & Gaaaybess, T (2023). *The Handbook of Media and Culture in the Middle East*. Hoboken, New Jersey: WILEY Blakwell.