




RYUICHI IDA

ترجمه

دکتر اردشیر امیر ارجمند

شکل گیری قواعد بین المللی در دنیایی
رو به تحول. نقد مفهوم «حقوق قوام نیافته»
(*Soft Law*)



مشخصات این مقاله به قرار زیر است.

**"Formation des Normes Internationales dans un monde en
mutation: Critique de la notion de Soft Law "in Mélanges
Michel VIRALLY, PEDONE, Paris, 1991.**

در جامعه بین‌المللی کنونی، علاوه بر افزایش روابط دو جانبه، رشد پدیده‌ای به نام سازمان‌های بین‌المللی و اهمیت فزاینده روابط چند جانبه تأثیر به‌سزایی بر مباحث مختلف حقوق بین‌الملل داشته‌اند. مجادله بر سر مفهوم «حقوق قوام نیافته» یا «حقوق نرم» نشان‌دهنده جنبه‌ای از ابهامات این حقوق در قبال تغییرات ساختارین جامعه ماست.^۱

در حقوق بین‌الملل، به دقت حقوق از غیر حقوق تفکیک گردیده است و این یک (آنچه حقوق نیست) مورد نظر ما نیست. با وجود این، استفاده از اصطلاح «حقوق قوام نیافته» این احساس را ایجاد می‌کند که این تفکیک چندان دقیق نیست. در تحقیق حاضر به بررسی این مسأله اساسی می‌پردازیم که «حقوق قوام نیافته» چیست. در واقع قبل از یافتن پاسخی قانع‌کننده برای این سؤال، تحلیل و بررسی کارکردها و تأثیرات «حقوق قوام نیافته» ممکن نخواهد بود.

به نظر می‌رسد که صاحب‌نظران، بی‌آنکه تعریفی واحد و مشترک از

۱. پروفیسور تابانا (از دانشگاه توکیو) در حقوق بین‌الملل خود (لاوانالی، توکیو، ۱۹۶۶) توجه ما را به این نکته جلب کرده است که دنیا، خصوصاً پس از جنگ، تغییرات ساختارین مهمی به خود دیده است. هم از آن رو بوده که شاگردانش با همکاری یکدیگر کتابی به نام «حقوق بین‌الملل در دنیای در حال تغییر» تدوین کرده و به وی ارزانی داشته‌اند (پوشینه، توکیو، ۱۹۷۳).

واژه «حقوق قوام نیافته» داشته باشند، آن را به صورتی متفاوت و مطابق با ذهنیت و تصور خود به کار برده‌اند. آموزه‌های حقوقی قائل به وجود حداقل سه دسته «حقوق قوام نیافته» شده‌اند:

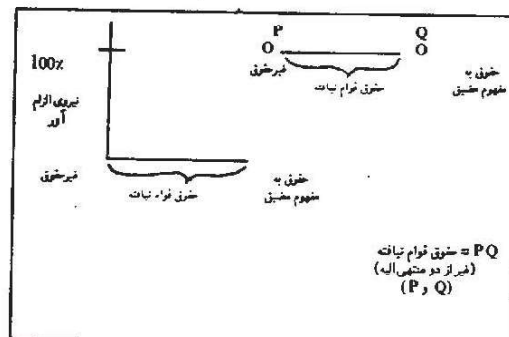
۱. در بین قواعد قراردادی، آنهایی که از اقل الزام برخوردارند بوده‌اند (گروه B در تابلوی زیر)؛
۲. قطعنامه‌های سازمانهای بین‌المللی؛
- الف. متونی که گرچه قدرت الزام آور «کامل» (int oto) ندارند، ولی تنها مبین انتظارات و تمایلات ساده نیز نیستند (گروه D).
- ب. متونی که هنوز اعتبار قاعده حقوقی به معنای اخص را به دست نیاورده‌اند، اما در حال گذر از مرحله «واقعیت» به «قاعده حقوقی» می‌باشند (گروه E).

بنابراین واژه «قوام نیافته» مشخص می‌سازد که قدرت الزام آور متن مربوط بیشتر از متون فاقد ارزش حقوقی و کمتر از متون دارای ارزش حقوقی کامل است.

	نیروی الزام آور		گروه	حقوق نرم
	مادی	شکلی		
معاهده	O	کامل	A	-
		سطح پایین	B	O
قطعنامه و غیره	X	کامل	C	-
		متوسط	D	O
		در حد اغلب	E	O
		هیچ	F	-

گروه B و D

گروه E



با این وصف، ما در بطن اصطلاح «حقوق قوام نیافته» تضادی یافته ایم.^۲ در چارچوب مورد بررسی، واژه «قوام نیافته» الزاماً به معنای نیروی غیرالزام آور یا حداقل با قدرت الزام آور در حد پایین است، در حالی که واژه «حقوق» طبعاً متضمن اجبار یا الزام است. برای حل این تضاد دو جواب می‌توان داشت. اولاً، متون دارای ماهیت حقوقی دو گونه‌اند: متون حقوقی «سخت» یا «قوام یافته» (hard law) یا متون حقوقی «قوام نیافته» یا «نرم» (soft law). ثانیاً متون با ماهیت «قوام نیافته»، یعنی متونی که فاقد قدرت الزام آور رسمی هستند، خود به دو دسته تقسیم می‌شوند: آنهایی که حقوقی هستند و آنهایی که حقوقی نیستند.

با ترکیب دو کلمه متضاد «قوام نیافته» و «حقوق»، متونی که مورد توجه ما می‌باشند عبارت خواهند بود از: ۱. مقررات قراردادی با قدرت الزام آور کم (گروه B نمودار)؛ ۲. قطعنامه‌هایی که تا حدودی دارای قدرت الزام آور می‌باشند (گروه D و E نمودار).

I. حقوق قوام نیافته در متون قراردادی

با آنکه در بین مقررات قراردادی، تفکیک بین حقوق سخت (قوام یافته) و حقوق قوام نیافته ممکن است، این تفکیک متضمن این فرض است که این مقررات به درجات مختلف از قدرت الزام آور برخوردارند. دکترین دو معیار را در این خصوص عرضه می‌دارد: ۱) آیا مقررات مورد بحث، حقوق و تکالیف روشن و صریحی را ایجاد می‌کنند یا نه؟^۳ ۲) آیا می‌توان اجرای این مقررات را اجباری نمود؟^۴

در حقیقت، در مقایسه با مقرراتی که فقط خواستار کوشش و تلاش

2. G. Arangio-Rutiz, "Interventions orales", A. D. I. Colloque 1973; La Protection de l'environnement et le droit international, Leiden, Sijthoff, 1975, P. 540.

3. P. Weil, "Vers une normativité relative en droit international", R. G. D. I. P. t. 86, 1982, P. 7.

4. R. Baxter, "International Law in" Her Infinite Variety", I. C. L. Q., vol. 29, 1980, P. 552.

برای تحقق اهداف مورد نظر هستند، مقرراتی که موجب حقوق معین یا تعهدات به نتیجه می‌باشند از اهمیت بیشتری برخوردارند. همچنین مقرراتی که اجرای آنها مستلزم اجبار است موثرتر از سایر مقررات هستند. با وجود این، اگر معاهده‌ای بر اساس یکی از این دو معیار، حقوق «قوام نیافته» توصیف گردد، این معاهده ماهیت حقوقی خود را از دست نمی‌دهد. زیرا کلیه معاهدات از لحاظ شکلی حقوق سخت یا «قوام یافته» بوده و دارای قدرت الزام‌آور تمام عیار می‌باشند.^۵ ممکن است که دولت آزادی عمل نسبتاً زیادی داشته باشد، اما اعمال دولتی باید همواره در چارچوب مقررات مربوط باقی بمانند.

مسئله حقوق قوام نیافته در چارچوب قراردادی، لطمه‌ای به قدرت الزام‌آور حقوقی که کلیه معاهدات واجد آن هستند وارد نمی‌کند (قدرتی را که می‌توان به قدرت الزام‌آور «شکلی» توصیف نمود). اما مشکل حقوق قوام نیافته بیشتر مربوط می‌شود به چگونگی و درجه محدودیت اعمال حاکمانه دولت. در اینجا منظور بیشتر قدرت الزام‌آور مادی ناشی از محتوای مقررات قراردادی است. به عبارت دیگر، یک قاعده حقوق «قوام نیافته» در یک معاهده، قاعده‌ای است که به دولت میدان عمل یا حوزه اقتدار بسیار وسیع اعطا می‌کند، در حالی که «حقوق سخت» یا «قوام یافته» قراردادی، رفتار دولت یا نتایجی را که باید حاصل شود به دقت تعیین می‌کند.

با وجود این، چنین تفکیکی چندان سودمند نیست، زیرا تنها به طبقه بندی محتوای الزامات منتهی می‌گردد و نه به تعیین ماهیت حقوقی یک متن مشخص. در این معنا، مقررهای قراردادی که به حقوق قوام نیافته موصوف شده‌اند، پدیده یا ابتکار جدیدی نیستند.^۶ یکی از نمونه‌های

5. M. Virally, "La distinction entre textes internationaux de Portée Juridique et textes internationaux dépourvus de Portée Juridique (à l' exception des textes émanant des organisations internationales): Rapport Provisoire" Ann I. D. I. Vol. 60- I, 1983, Par. 207.

6. R. Baxter, op. cit., P. 557.

شاخص در این زمینه بخش چهارم GATT [سابق] است که فقط حاوی مقرراتی است که اطراف معاهده را ملزم به «کوشش» به تحقق امری می‌نماید. اما هیچ‌گونه تعهد الزام‌آوری برای متعاهدین برای مبادرت به رفتاری خاص، غیر از کوشش نمودن ایجاد نگردیده و هیچ‌گونه معیار مشخصی نیز برای ارزیابی کوشش انجام شده در نظر گرفته نشده است. از این رو، وجود چنین تلاش‌هایی، و نه نتایج حاصل از آن، خود دلیل بر مشروعیت آن اعمال است. بدین ترتیب فصل چهارم GATT [سابق] همچون متنی به شمار آمده که از نیروی الزام ضعیفی برخوردار است. در واقع آنچه در اینجا مطرح می‌شود قدرت الزام آور فی نفسه نیست بلکه محتوای تعهدات تحمیل شده به متعاهدین می‌باشد. تعهد حقوقی به اهتمام ورزیدن روشن و واضح است، در حالی که کسب نتیجه مثبت از این کوششها ضروری ننموده است.

اگر معیار تفکیک به جوهر و ماهیت تعهدات مربوط شود، مناسبتر آن خواهد بود که به جای اصطلاح «حقوق تکوین نیافته» از اوصاف دیگری که به صورت مشخص‌تر، ماهیت هر تعهد را نمایان می‌سازد استفاده شود. به عنوان مثال: «ممنوعیت»، «تعهد به عمل»، «تعهد به کوشش»، «تعهد به ترک فعل» و غیره. طبقه بندی کلیه تعهدات قراردادی در دو گروه، یعنی حقوق سخت یا قوام یافته و حقوق نرم یا قوام نیافته صلابت لازمه علم حقوق را ندارد.

II - حقوق قوام نیافته در قطعنامه‌های سازمانهای بین‌المللی

قطعنامه‌ها عموماً فاقد قدرت الزام‌آور حقوقی هستند. حال اگر برای یک قطعنامه ماهیت حقوق «قوام نیافته» قائل شویم، این طرز تلقی به چه معنا خواهد بود؟ معنا چنین است که قطعنامه تصویب شده فاقد قدرت الزام‌آور شکلی بوده اما تا حدی از قدرت الزام‌آور عملی برخوردار است.^۷ اما منظور از «حدی از قدرت الزام‌آور» و «قدرت الزام‌آور عملی» چیست؟

7. B. Stern, *Un nouvel ordre économique international?*, Paris, Economica, 1983, P. XLIY.

الف. برای پاسخ به سؤال اول، ابتدا باید خاطر نشان ساخت که نظریه «حقوق قوام نیافته» با این اندیشه بنیاد گرفت که قواعد حقوقی به درجات مختلف از قدرت الزام آور برخوردارند.^۸ اگر در یک طرف حقوقی را قرار دهیم که از قدرت الزام آور صد در صد برخوردار است و در طرف دیگر آنچه را قرار دهیم که حقوق نیست و در نتیجه کاملاً از قدرت الزام آور عاری است، در حد فاصل بین این دو، درجات مختلفی از «قدرت الزام آور» وجود خواهد داشت.^۹

در این نگرش، قاعده حقوقی در تمامی فرایندها تکوینش مورد توجه قرار می‌گیرد، یعنی از اولین مرحله شکل‌گیری آن، از هنگامی که نطفه قاعده حقوقی بسته می‌شود، تا مرحله تحکیم آن یعنی مرحله‌ای که در آن ارزش حقوقی قاعده کاملاً تثبیت می‌شود؛ این قاعده تحکیم یافته را «حقوق سخت» یا «قوام یافته» و آنچه را مادون آن است «قوام نیافته» یا «حقوق نرم» می‌نامند. بدین ترتیب قاعده حقوقی «قوام نیافته» مرحله‌ای از فرایند شکل‌گیری قواعد حقوقی است.

ب. مسأله دوم به «قدرت الزام آور عملی» مربوط می‌شود. این واژه ما را متذکر می‌سازد که قاعده‌ای، علی‌رغم عاری بودن از هر گونه قدرت الزام آور شکلی، دست کم می‌تواند در عمل به طور جدی بر رفتار دولت نظارت کند.

۱. وجود قدرت الزام آور «عملی» متکی به عناصر زیر است.^{۱۰}

اوضاع و احوال مربوط به تصویب قطعنامه، آیین رأی‌گیری و نتایج

8. M. Virally, "Rapport Provisoire" op. cit., Par. 185.

9. A. J. P. Tammes, "Soft Law", E RADICE ARBOR. Essays on International and Comparative Law in Honour of Judge Erades, Dordrecht, M. Nijhoff, 1983, P. 189.

۱۰. در خصوص عناصر مختلف نک:

R. J. Dupuy, "Droit déclaratoire et droit programmatoire: de la coutume sauvage à la Soft Law, L'élaboration du droit international public, SFDI, Colloque de Toulouse 1974" Paris, Pedone 1975, P. 145; B. Stern op cit., PP. XLI- XLIX; anisi que o. Schachter, "The Evolving International Law of Development", Colum. J. Trans. L., vol. 15, 1976, p. 5.

حاصل از آن، عنوان قطعنامه و عبارت‌های به کار رفته در متن آن، اعمال حق شرط نسبت به قطعنامه، نظام کنترل و به اجرا گذاردن قطعنامه. بدین ترتیب ملاحظه می‌شود که مثلاً قبل از تصویب قطعنامه، بحث بیشتر بر سر الزامی بودن یا نبودن آن است. "در هنگام اتخاذ تصمیم، چگونگی رأی (اتفاق آراء، اکثریت یا وفاق عام)، همچنین کسب اکثریت احتمالی بعدی بر آثار حقوقی متن مصوب تأثیر می‌گذارد. به علاوه (شکل یا منطوق یک قطعنامه) می‌تواند بدان ظاهر حقوقی بخشد: به عنوان مثال حاوی واژه‌های حقوقی مثل «حقوق»، «تکالیف» و غیره باشد. همچنین ممکن است که قطعنامه دارای عنوانی باشد که به صورت ضمنی خبر از آثار حقوقی دهد: «اصول حقوقی» یا «منشور». "گاهی نیز قطعنامه‌ها حاوی تدابیری مربوط به نظارت بر اجرای آنها می‌باشند. هر اندازه که این تدابیر صریح‌تر و عینی‌تر باشند، آزادی عمل دولت کمتر می‌شود. بدین ترتیب قطعنامه می‌تواند کاملاً به متنی با قدرت الزام‌آور کامل نزدیک گردد، بدون آنکه به درجه و حد حقوق به معنای اخص ارتقاء یابد. علیرغم اینکه اصولاً حق شرط نسبت به معاهدات اعمال می‌گردد، اخیراً شاهد رویه و عملکرد دولتها مبنی بر اعمال حق شرط نسبت به قطعنامه‌ها نیز بوده‌ایم" و این نکته جالبی است. این پدیده عجیب این فکر را ایجاد ۱۱. نمونه شاخص آن طرح‌گذر رفتاری شرکتهای چندملیتی است که در چهارچوب سازمان ملل در دست تدوین می‌باشد.

12. Exemples: Rés. 3281 (XXIX): La charte des des droits et devoirs économiques des Etats"; rés. 1962 (XVIII) Déclaration des principes juridiques régissant les activités des Etats en matière d' exploitation et d' utilisation de l'espace extra- atmosphérique.

Droit International du développement, Paris, Berger- Levraut, 1983, P. 84):

M. Bennouna

عناوین این اسناد (اعلامیه، منشور یا برنامه) تأثیری بر اعتبار حقوقی آن ندارد، هر چند این عناوین مبین اراده تصویب‌کنندگان این اسناد برای اعطای رسمیت بیشتر به برخی از آن با توجه به محتوا و اهمیتشان می‌باشد.

13. Voir J. F. Flauss, "Les réserves aux résolutions des Nations Unies", R. G. D. I. P., t. 85, 1981, PP. 5- 37.

می‌کند که با درج شرط، یک دولت سعی می‌کند که قطعنامه برای آن ایجاد تعهد نکند.^{۱۴} اگر این قطعنامه یک توصیه‌نامه صرف و فاقد ارزش حقوقی باشد، دولت امضاکننده از نظر حقوقی به هیچ وجه تعهدی در قبال آن ندارد و به همین سبب لازم نیست که شرطی بر آن وارد کند. اما آیا در واقع هدف از اعمال حق شرط علاوه بر تغییر یا امحاء اثر اخلاقی و سیاسی یک قطعنامه، از میان بردن یا دگرگون ساختن اثر حقوقی آن نیست؟ در این صورت آیا نمی‌توان نتیجه گرفت که قطعنامه مزبور دارای برخی آثار حقوقی است؟ دولت ذینفع متقاعد شده که این قطعنامه دارای قدرت الزام‌آور بوده، یعنی بدین ترتیب متنی حقوقی است.

با در نظر گرفتن کلیه عوامل مذکور در فوق، به نظر می‌رسد که قطعنامه می‌تواند از درجه‌ای از قدرت الزام‌آور عملی برخوردار باشد. با این وصف، این ادعا که، قطعنامه «حقوق قوام نیافته» است، از نظر علم حقوق، تجزیه و تحلیلی ناقص از قضیه است. مفهوم «حقوق قوام نیافته» قطعاً مبین این نظر است که قطعنامه چیزی ورای یک توصیه‌نامه ساده است ولی نه بیش از این. این مفهوم، میزان دقیق و مشخص قدرت الزام‌آور این قطعنامه را معین نمی‌کند. بنابراین اگر قاعده‌ای وجود دارد که احتمالاً به «حقوق قوام نیافته» موصوف گردیده و در عمل رفتار دولتها را به صورت غیرحقوقی محدود و یا کنترل می‌کند، به نظر می‌رسد باید آن را در زمره قرار داده‌های سیاسی در چهارچوبی که استاد ویرالی پیشنهاد کرده است قرار دهیم.^{۱۵}

۲. نکته مهم دیگر، هر چند جنبه واژه شناختی دارد، این است که از سه واژه اساسی «قدرت الزام‌آور»، «تعهد» و «اثر حقوقی» با توجه به وابستگی متقابل آنها استفاده می‌شود. در تعریف «حقوق قوام نیافته» از

14. B. Stern, op. cit., P. XLII, gatif.

خانم استرن اعمال حق شرط در قطعنامه را رأی منفی تلقی می‌کند.

15. M. Virally, "La distinction entre textes internationaux ayant une portée juridique dans les relations mutuelles entre les outeurs et textes qui en sont dépourvus: Rapport définitif" Ann. I. D. I., op. cit., PP. 328- 357.

واژه الزام‌آور با وصف «ناقص»، یا «در سطحی نازل» استفاده می‌شود. وقتی که منظور از «حقوق قوام نیافته» حقوقی با قدرت الزام‌آور ناقص باشد یا هنگامی که این واژه معرف قاعده‌ای مادون «حقوق سخت» است، دکترین غالباً برای مشخص نمودن سطح و قدرت الزام‌آور بودن آن به محتوای تعهد رجوع می‌نماید. عبارت «درجه‌ای از اثر حقوقی» بدین معنا است که یک قاعده هنوز از قدرت الزام‌آور کامل برخوردار نشده است و این امر توجه ما را به سوی مسأله محتوای تعهد جلب می‌کند.

بنابراین، تفکیک بین «حقوق قوام نیافته» و «حقوق سخت» غالباً بر اساس محتوای تعهد صورت می‌گیرد. بدین جهت، به نظر می‌رسد استفاده از واژه‌های دقیق‌تر به جا «حقوق قوام نیافته» که معرف محتوای تعهدات و کیفیت و چگونگی قدرت الزام‌آور آنها است مفیدتر می‌باشد. بنابراین واژه‌هایی از این دست می‌توانند معرف ماهیت حقوقی دقیق یک قطعنامه و همچنین میزان اثر حقوقی آن باشند و نشان دهند متن مورد نظر در چه مرحله‌ای از فرایند شکل‌گیری و ایجاد قاعده قرار گرفته است.^{۱۶}

III - نقض قواعد حقوق قوام نیافته،

حال آنچه باقی می‌ماند، مسأله بررسی نقض حقوق قوام نیافته و نتایج حاصل از آن است، اگر چه چنین موردی بیشتر جنبه ذهنی دارد. الف. نقض «حقوق قوام نیافته» مانند نقض «حقوق سخت» موجد وضعیت غیرقانونی است. از آنجا که از نظر منطقی نقض این دو دسته قواعد وضعیت غیرقانونی مشابهی را ایجاد می‌کند، نقض حقوق قوام نیافته نیز می‌تواند موجد مسؤولیت بین‌المللی معمولی گردد. در اینجا کافی است که سرشت قوام نیافته یا سخت قاعده اصلی را مد نظر قرار دهیم و نه

۱۶. A. pellet ارجاع می‌دهد «قاعده مندی» که بین «بهشت حقوق» و «جهنم غیرحقوق» وجود دارد.

"Conclusion" de la Table ronde du C. R. E. S. M.: la formation des normes en droit international du développement, Paris/ Alger, CNRS/ OPU, 1984, PP. 369- 370.

مسئولیت ناشی از نقض آن را.

همچنین می‌توان فرض کرد که مسئولیت ناشی از نقض حقوق قوام نیافته، ناقص است (کامل نبوده)، یا در مرتبه‌ای پایین‌تر از مسئولیت ناشی از نقض قواعد حقوق سخت قرار دارد. این مسئولیت «قوام نیافته» بین مسئولیت کامل یعنی مسئولیت عادی و مرتبه صفر یعنی جایی که هیچ مسئولیتی ایجاد نشده است قرار می‌گیرد.^{۱۷}

اما آیا می‌توان مرحله واسطی بین وجود و عدم مسئولیت تصور نمود؟ آیا می‌توان قائل به وجود یک وضعیت بینابینی شد که نه قانونی باشد و نه غیرقانونی؟ درک چنین وضعیتی دشوار است. قطعاً امکان دارد که شرایط ایجاد مسئولیت و جبران خسارت تعدیل و تخفیف یابد، اما درجه این تخفیف را تعهد ذریبط معین می‌کند، بنابراین یک بار دیگر باز محتوای تعهد است که سرشت قوام نیافته مسئولیت ایجاد شده را هویدا می‌سازد.

ب. همچنین می‌توان قائل به وجود «ضمانت اجرای تنبیهی» «قوام نیافته» نیز گردید،^{۱۸} در این صورت این ضمانت اجرا یا جزای حقوقی در سطحی پایین‌تر و مادون از ضمانت اجرا تنبیهی عادی قرار می‌گیرد. در حقوق دو گونه ضمانت اجرا داریم؛ عکس‌العمل غیردوستانه (Retorsion) و اقدامات تلافی‌جویانه (Represailles). مسأله تا آنجا که به عکس‌العمل غیردوستانه مربوط می‌شود نسبتاً روشن است، زیرا عکس‌العمل سرزده از جانب دولت زیان دیده یک عمل قانونی است. در اینجا کافی است به این سؤال جواب داده شود که این عکس‌العمل منطبق با حقوق سخت (قوام یافته) است یا حقوق قوام نیافته.

17. A. Ch. Kiss, "Problèmes juridiques de la Pollution de l' air", A. D. I. Colloque, op[cit., PP. 202- 203, 237 et 497, et son intervention dans veldern, "International Economic "Soft" Law, R. C. A. D. I., 1979- II, PP. 205- 209 ("The non- observance of soft commitments could hardly be qualified as an objective international delinquency" (P. 205).

۱۸. نک: اظهار نظر M. MQNIN در SFDI, op. cit, P. 175.

در خصوص اقدامات تلافی‌جویانه، عکس‌العمل دولت زیان‌دیده ضرورتاً عملی مغایر با اصل «حقوق قوام نیافته» است («اقدامات تلافی‌جویانه قوام نیافته»)، زیرا عمل خلاف اصلی نیز یک عملی مغایر با «حقوق قوام نیافته» بوده است. با عنایت به اینکه درجه قدرت الزام‌آور قواعد حقوق قوام نیافته متفاوت می‌باشند، قدرت الزام‌آور قاعده حقوقی که تحت عنوان اقدام تلافی‌جویانه قوام نیافته نقض گردیده باید با قدرت الزام‌آور قاعده قوام نیافته‌ای که ابتداً نقض و موجب اقدام تلافی‌جویانی شده هم‌مطراز باشد. اصل تناسب چنین حکم می‌کند هر اندازه قدرت الزام‌آور عمل اصلی ضعیف باشد، اقدام تلافی‌جویانه قوام نیافته به عکس‌العمل غیردوستانه نزدیکتر می‌شود. بنابراین، یک بار دیگر به مسأله محتوای تعهد مربوط می‌رسیم.

نتیجه

مفهوم حقوق قوام نیافته به دو دلیل پاسخ‌دهنده به تطورات جامعه بین‌المللی در عصر حاضر است. اولاً، فرایند عادی شکل‌گیری قواعد حقوق بین‌الملل - یعنی معاهدات و عرف - نیاز به مدت زمان نسبتاً طولانی دارد، به گونه‌ای که این قواعد حقوقی نمی‌توانند همپای تحولات اجتماعی رشد و توسعه یابند. در حالی که شکل‌گیری قواعد حقوق قوام نیافته به ویژه آن دسته از این قواعد که ناشی از قطعنامه‌ها هستند نیاز به زمانی به طولانی‌تر زمان شکل‌گیری قواعد سنتی حقوق بین‌الملل ندارند.

در جامعه بین‌الملل معاصر مشاهده می‌شود که در اعمال و رفتار دولتها همیشه بین دو عنصر مشروعیت (Légalité) و مقبولیت (Légitimité) یگانگی و وحدت برقرار نیست. بدین دلیل مفهوم قوام نیافته ناشی از وضعیت اجتماعی معاصر است. بدین ترتیب بین آزادی عمل دولتها مبتنی بر حقوق بین‌الملل موجود، از یک طرف، و نفع عمومی و سعادت جمعی

مبتنی بر مفهوم «جامعه بین‌المللی»^{۱۹} که قواعد مؤید آن هنوز به صورت کامل استحکام نیافته‌اند، از طرف دیگر، تعارض ایجاد می‌شود. بنابراین امکان دارد که عمل دولت، بر اساس قواعد حقوق بین‌الملل سنتی غیرمشروع باشد، اما با توجه به منافع جامعه خاکی، مقبول و موجه تلقی گردد.

دلایل دوگانه فوق‌نشان می‌دهد که چرا مفهوم «حقوق قوام نیافته» غالباً در موضوعات جدید حقوق بین‌الملل مانند: توسعه، محیط زیست، فضا و منابع اعماق دریاها مطرح و همچنین مورد اعتراض قرار می‌گیرد. علم حقوق بین‌الملل باید پدیده‌های جدید متعددی را مورد تجزیه و تحلیل قرار دهد. صاحب‌نظرانی که راغب به استفاده از اصطلاح «حقوق قوام نیافته» نیستند نیز به جهش و تحولات اخیر در فرایند شکل‌گیری قواعد حقوق بین‌الملل اذعان داشته و از واژه‌هایی چون «حقوق برنامه‌گذار»، (Droit Programmatore)، «ماقبل حقوق» (Pré-droit)، یا «حقوق در شرف پیدایش» ("lex in statu nascendi") استفاده می‌نمایند. به نظر می‌رسد که استفاده از چنین واژه‌هایی مناسب‌تر باشد، زیرا نشان می‌دهد که یک قاعده در چه مرحله‌ای از فرایند شکلی‌گیری قواعد حقوقی قرار داشته و نقص و کمبود این قاعده از جنبه قدرت الزام‌آور تا چه میزان است.

به علاوه واژه «حقوق قوام نیافته» یک مفهوم سلبی است، زیرا معنایش این است که آن قاعده نه «غیرحقوقی» (non-droit) است و نه «حقوق سخت» (hard law). قطعاً در اجتماع بین‌المللی کنونی، شاهد ظهور یک پدیده جدید در امر قاعده‌گذاری هستیم و بدون تردید برای مشخص نمودن این پدیده، واژه «حقوق قوام نیافته» در مجموع مفید به نظر می‌رسد. اما هنگامی که استفاده از اوصاف دیگر که جنبه اثباتی داشته و

۱۹. در خصوص مفهوم «جامعه بین‌المللی» (Communauté Internationale) نک:

R. J. Dupuy, "Communauté internationale et disparité de développement"- Cours général de droit international Public, R. C. A. D. I., 1979- IV, PP. 21-44.

ماهیت حقوقی متن مربوط را بهتر نشان می‌دهند امکان پذیر است، استفاده از این واژه یعنی «حقوق قوام نیافته» غیرقابل اجتناب نیست. مفهوم «حقوق قوام نیافته» در حد وسیله‌ای برای تجربه و تحلیل حقوق مفهومی وزین نیست (جامع و مانع نیست). باید اعتراف کرد که در توسعه حقوق بین‌الملل، توجه به دقت و صحت مفاهیم اساس و مبنای کار است و از این منظر است که حقوق‌دانان می‌توانند نقش تعیین‌کننده‌ای ایفا نمایند، در غیر این صورت این خطر وجود دارد که حقوق بین‌الملل تنها در «حد گفتار» باقی بماند.^۳

20. M. Virally, "Conclusion", de la table ronde du C. R. E. S. M.: La formation des normes (...), op. cit., P. 380.