

International Constitutionalism: The Tools of Recognition

(Type of Paper: Research Article)

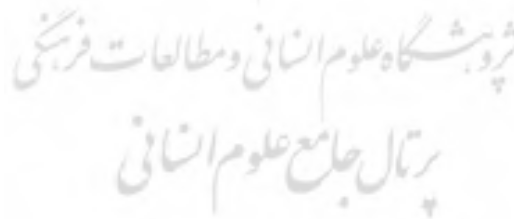
Amir Maghami*

Abstract

International law as domestic legal systems may not has a codified constitution, but it can use constitutionalist approach in reading and interpretation of its rules. This paper studied how can recognize this approach, its hidden values and legal consequences, then introduce various tools and shows that natural law has an important role in strengthening constitutional approach, also international courts can apply rational intuitionist approaches to recognize constitutional norms. This study by descriptive research method concludes that recognition of constitutional values and norms is by rereading contractual and customary norms, and it affects general reading and understanding of legal order.

Keywords

Natural Law, Constitutionalism, Intuitionism, International Treaties, International Customs.



* Assistant Prof., Faculty of Law and Political Science, University of Yazd, Yazd, Iran.

Email: maghami@yazd.ac.ir

Received: November 10, 2015 - Accepted: April 25, 2016



This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution 4.0 International, which permits others to download this work, share it with others and Adapt the material for any purpose.

دستورگرایی بین‌المللی: ابزارهای شناخت

(نوع مقاله: علمی - پژوهشی)

امیر مقامی*

چکیده

حقوق بین‌الملل مانند نظام‌های حقوقی داخلی ممکن است قانون اساسی مدونی نداشته باشد، اما می‌تواند از رویکرد دستورگرایانه در خوانش و تفسیر قواعد خویش بهره‌مند شود. مقاله حاضر در تلاش برای پاسخ به این پرسش که چگونه می‌توان این رویکرد، ارزش‌های نهفته در آن و پیامدهای حقوقی‌اش را شناخت، ابزارهای گوناگونی را معرفی می‌کند و نشان می‌دهد ضمن آنکه حقوق طبیعی، نقش مهمی در استحکام رویکرد دستوری دارد، محاکم قضایی بین‌المللی نیز می‌توانند از رهیافت‌های شهودگرایانه عقلانی در چارچوب نظم حقوقی، برای شناخت هنجارهای اساسی بهره ببرند. مقاله حاضر با روش تحقیق توصیفی نشان می‌دهد که ممکن است بتوان از بازخوانی هنجارهای قراردادی و عرفی، ارزش‌ها و قواعد اساسی را بازشناسی کرد که قرائت و فهم کلی از نظام حقوقی را تحت تأثیر قرار می‌دهند.

کلیدواژگان

حقوق طبیعی، دستورگرایی، شهودگرایی، عرف بین‌المللی، معاهدات بین‌المللی.

مقدمه

دستورگرایی، رویکردی حقوقی است که به موجب آن، ارزش‌های انسان‌گرایانه‌ای چون آزادی و حقوق بشر به‌عنوان عالی‌ترین هنجارهای حقوقی، مرکز ارزش‌های نظام حقوقی و چارچوب فهم و تفسیر نظام حقوقی را تحت تأثیر قرار می‌دهد.^۱ به‌رغم مدعیان و مخالفان دستورگرایی بین‌المللی، خوانش دستوری از نظام موجود حقوق بین‌الملل روزبه‌روز، طرفداران بیشتری می‌یابد؛ چه آنها که در حد منشور ملل متحد به‌عنوان یک قانون اساسی مکتوب برای جامعه بین‌المللی باقی می‌مانند (Fassbender, 2009) و چه آنها که با تمایز میان «قانون اساسی معین» و رهیافت دستورگرایانه یعنی باور به قانون اساسی به‌مثابه حکومت قانون، خواهان خوانش سلسله‌مراتبی و بشر‌گرایانه حقوق بین‌الملل موجودند (Gardbaum, 2009; Gardbaum, 2008). در این رهیافت، منشور ملل متحد نه‌فقط به‌عنوان سند تأسیس سازمان ملل متحد، بلکه به‌مثابه معاهده‌ای جهانی شده و مشتمل بر اصول و ارزش‌های مشترک جامعه بین‌المللی، نقطه آغازی برای پدیداری یک نظام حقوقی بین‌المللی منصفانه، جهانی‌شده و اجتماعی است که جایگزین مجموعه هنجارهای قراردادی و عرفی مبتنی بر عدالت معاوضی، نظام‌های اختصاصی، متقابل و جزئی را شکل می‌دادند. چنانچه دستورگرایی با مؤلفه‌هایی چون تفکیک قوا، حمایت از آزادی‌های اساسی و سلسله‌مراتب هنجارها در چارچوب مجموعه‌ای منظم و ساختارمند از هنجارها، تعریف شود و با وجود اثبات امکان و ضرورت تبیین دستوری از حقوق بین‌الملل، سؤال بعدی که مطرح می‌شود این است که چگونه و با چه معیارهایی می‌توان قواعد دستوری را به‌عنوان قواعد عالی حقوق بین‌الملل از سایر قواعد جدا کرد و چگونه می‌توان رهیافت دستوری را به‌کار بست؟

مبنای رضایی حقوق بین‌الملل، ممکن است پاسخی ساده برای این پرسش فراهم سازد و آن اینکه اراده دولت‌ها تعیین خواهد کرد که کدام قواعد دستوری هستند و کدام نه؛ چه رهیافت و خوانشی دستوری است و چه خوانشی آنالوگ^۲ و مبتنی بر نظم‌های حقوقی اختصاصی و معاوضی؛ که البته این پاسخی ناقص و تقریباً غیرواقعی است.

۱. ارائه تعریفی روشن از «دستورگرایی» (Constitutionalism) هنوز قدری دشوار است، اما دست‌کم می‌توان گفت یک نظام حقوقی دستورگرا، از مؤلفه‌های ضروری برای حمایت از ارزش‌های آزادی‌خواهانه و حقوق بشر برخوردار است. مهم‌ترین این مؤلفه‌ها در نظام‌های حقوقی داخلی معمولاً عبارت‌اند از: برتری قانون اساسی، تضمین حقوق و آزادی‌های فردی در قانون اساسی، تفکیک قوا و نظام دادخواهی فردی به‌منظور حمایت از حقوق تضمین‌شده.

۲. مقصود از ادراک «آنالوگ» حقوق بین‌الملل آن است که حقوق بین‌الملل به‌طور سنتی، ساختاری متقابل دارد. این ساختار متقابل، چه در هنگام ایجاد تعهد، اجرا یا ضمانت اجرای آن، اعم از قواعد عرفی یا قراردادی، یک قاعده بنیادین است. به‌عبارت دیگر، ساختار آنالوگ حقوق بین‌الملل، ارجاعی است به این تعبیر که هر دولت، تنها و به‌میزانی در برابر دولت دیگر، متعهد است که دولت مزبور در برابر وی، تعهد دارد. بدیهی است تحولات ناشی از جهانی شدن و حقوق بشر، این خوانش را به‌شدت تحت تأثیر قرار داده است.

فردروس، در معرفی ادله شناخت قواعد آمره که بار بخش مهمی از نظم سلسله‌مراتبی را در خوانش دستوری حقوق بین‌الملل بر عهده دارند، از اصول کلی حقوقی نام برده است و حقوقدانان دیگری مبناهایی چون رضایت، حقوق طبیعی، نظم عمومی بین‌المللی و اصول اساسی را برشمرده‌اند (Shelton, 2006: 299).

فرایندهای حقوقی، اگرچه به‌ظاهر بر مبنای اراده حاکمیت شکل می‌گیرند، در قید این اراده باقی نمی‌مانند و اساساً حکومت قانون، ایجاب می‌کند که منبع و مبنای هنجار حقوقی را در دولت محدود نسازیم (ویژه، ۱۳۹۲: ۱۶۹). از این‌رو هم می‌توان مبنای دستورگرایی را در اراده دولت جست‌وجو کرد و هم در عواملی و رای آن. این قواعد دستوری، در واقع همان قواعد رایج حقوق بین‌الملل هستند که در میان سایر قواعد ارزش و اعتبار ویژه‌ای می‌یابند. در این مقاله برآنیم تا از راز چنین ویژگی و امتیازی پرده برداریم. همچنین این پرسش مطرح است که گزاره‌های دستوری بین‌المللی مشروعیت خود را از کجا کسب می‌کنند؟ پاسخ به این پرسش نیز در گرو مشروعیت و اعتبار شیوه‌های شناسایی حقوق دستوری است.

اگرچه تألیفات فارسی و خارجی زبان در موضوع دستورگرایی بین‌المللی کم نیست، تقریباً هیچ محققی تلاش نکرده است تا به این پرسش پاسخ دهد که چگونه می‌توان قانون اساسی فرضی جامعه بین‌المللی را شناسایی کرد؟ با توجه به فقدان سند دستوری بین‌المللی که به‌صراحت حائز این ویژگی باشد، و از آنجا که منشور ملل متحد تأمین‌کننده قانون اساسی جامعه برای جامعه بین‌المللی نیست و تنها بخشی از آن می‌تواند باشد (Kotzur, 2012: 588)، شناخت دستورگرایی بین‌المللی را در عناصری متکثر دنبال خواهیم کرد. برای این منظور، ابتدا انگاره‌های غیررضایی را در شناسایی قواعد دستوری ارزیابی خواهیم کرد که عبارت‌اند از: شهودگرایی و حقوق طبیعی. بر این اساس، اعتبار روند استدلالی و تصمیمات مراجع قضایی بین‌المللی که براساس منطق حقوقی، نوعی شهودگرایی عقلانی را رقم می‌زند که با تکیه بر فهم نظم عمومی بین‌المللی، می‌تواند نقطه آغاز مناسبی برای این مبحث باشد. چنانکه خواهیم دید، شناسایی قواعد آمره نیز در میان سطور تصمیمات این نهادهای قضایی پیشرفت بسیاری داشته است. سپس به آرمان‌های حقوق طبیعی خواهیم پرداخت که اقتضانات نظام حقوقی مبتنی‌بر غایات انسانی را برای شناخت حوزه حقوق بین‌الملل دستوری، مورد توجه قرار می‌دهد.

در دو مبحث نهایی، با اراده‌گرایان همراه خواهیم شد و آنچه از عملکرد، نصوص و متونی که دال بر اعتقاد و رویه دولت‌هاست، مدنظر قرار خواهیم داد. به‌عبارتی، هم معاهدات بین‌المللی و هم عرف‌ها به‌شرطی که به‌صورت پراکنده و جزیره‌ای تحلیل نشوند و به شکلی به‌هم‌پیوسته، در مدار منطقی یک «نظم حقوقی» نظاره شوند، ممکن است هنجارهای دستوری حقوق بین‌الملل را بازنمایانند.

شهودگرایی

بعضی فلاسفه اخلاق، منبع اصیل دریافت قاعده اخلاقی را در شهود^۱ یعنی فهم وجدانی از اخلاق می‌جویند. به اعتقاد اینان، «خوب» غیرقابل تعریف است و حقایق عینی اخلاقی وجود دارد که اصول اخلاقی را باید با پیروی از شهودهای پایه‌ای اخلاقی برگزید^۲ (گنسلر، ۱۳۸۹: ۱۰۳). وجدان انسانی کانون بلاواسطه‌ای است که هر هنجار اخلاقی از آن ناشی می‌شود. در فلسفه حقوق نیز شهودگرایی معمولاً بخشی از فرایند قضایی تلقی می‌شود که به موجب آن، قاضی برداشتی را که بر مبنای شهود وجدانی وی، منصفانه و مناسب با مقصود مقنن است، بر سایر تفسیرها ترجیح می‌دهد.

این باور عمومی در میان برخی فیلسوفان اخلاق است که مفروضات نخستین معرفت و کردار ما، برهان‌پذیر نیستند و خودشان از اصل یا اصول دیگری استنتاج نشده‌اند؛ یعنی چنان بدیهی‌اند که به مجرد آنکه آن را می‌فهمیم، تصدیق می‌کنیم. شماری از ایشان، ضرورت راستگویی، وفای به عهد، جبران خطا و منع آزار دیگران را از جمله این گزاره‌های شهودی نام برده‌اند (هولمز، ۱۳۸۵: ۳۷۶)؛ گزاره‌هایی که آشکارا در هر نظام حقوقی از جمله حقوق بین‌الملل نیز در چهره و ادبیاتی حقوقی، یافت می‌شوند.

اگر دستورگرایی بین‌المللی، خود ابزاری برای حکومت قانون و حکمرانی «خوب» بین‌المللی باشد که به دنبال استقرار و تأمین «خیر مشترک» جهانی است، برای شناخت «خیر» در جامعه بین‌المللی بی‌نیاز از شهودگرایی نخواهد بود. همان‌گونه که پیداست شهودگرایی، در واقع گزینشی آزاد، شخصی و ذهنی اما فرافکری^۳ از میان گزینه‌های متفاوت است؛ اگرچه انتظار شهودگرایان این است که این گزینش توسط هر شخصی انجام گیرد، به نتیجه مشابهی ختم شود و بدین‌سان اگرچه با گزینشی عینی و بر مبنای واقعیت اراده قانونگذار یا شارع روبه‌رو نیستیم، اما به‌سبب جهانشمولی شهود و امر شهودی، نتیجه حاصل عام‌الشمول خواهد بود. البته شهودگرایی، دقیقاً از همین منظر مورد نقد نیز قرار گرفته است، زیرا به باور منتقدان، شهود اخلاقی و گزینش مبتنی بر آن، ممکن است ناشی از تربیت اجتماعی باشد (گنسلر، ۱۳۸۹: ۱۰۳).

شهودگرایی بر مبنای روش استدلال است نه محتوا؛ به این معنا که در رویکرد شهودی،

1. Intuition

۲. به‌طور خلاصه، شهودگرایی را می‌توان نوعی برداشت و قضاوت «وجدانی» و درونی نسبت به پدیده‌ها دانست که برخلاف قضاوت‌های «اثبات‌گرا» نیازمند ارائه ادله خاصی نیست. برای مثال وقتی حکم می‌کنیم که «عدالت، خوب و پسندیده است»، این گزاره را دارای چنان اعتبار بدیهی و روشنی می‌دانیم که نیازی به اقامه دلیل و مدرکی برای اثبات این مدعا نیست. گزاره‌های شهودی، نقشی انکارناپذیر در قضایای اخلاقی دارند، اما همواره با انتقادهایی نیز روبه‌رو هستند.

3. Supra-Intellectual

آنچه اهمیت دارد، نتیجه استدلال نیست، بلکه روش استدلال است که شهودی بودن یک گزاره را تعیین می‌کند. برای مثال، وقتی می‌گوییم دزدی، از نظر شهودی کاری ناپسند است؛ ماهیت دزدی اهمیت درجه دوم دارد و آنچه به‌عنوان استدلال شهودی مهم است، این است که مبنای این نتیجه، رجوع به وجدان شخصی است و نه منبع بیرونی دیگری. شهودگرایان، حسن و قبح را قابل تعریف نمی‌دانند، بلکه آن را امری قابل شناخت (اکتشافی) می‌دانند.

با وجود شباهت‌های روشی، شهودگرایی حقوقی و اخلاقی با یکدیگر متفاوت‌اند و به‌عبارتی شهودگرایی اخلاقی عام‌تر است. در شهودگرایی، یک قاعده/هنجار بدون قاعده (شهودی) دیگر معطل می‌ماند و به‌عبارتی، قوام و اعتبار آن قاعده در گرو قاعده شهودی است. در اینجا قاعده دوم به اندازه قاعده اول اعتبار و ارزش دارد. اما از شهودگرایی چه چیزی برای دستورگرایی بین‌المللی قابل استفاده است؟

پاسخ را از دو منظر می‌توان ارائه داد؛ اولی شهودگرایی کلاسیک یعنی شهودگرایی بلاواسطه اخلاقی است که به موجب آن احتمالاً قضات بین‌المللی این فرصت را می‌یابند که بر مبنای استشهاد خود چیدمان نظم دستوری بین‌المللی را تعیین و در عین حال، سلسله‌مراتب نظام حقوقی را تقویت کنند. چنین روندی، علاوه بر در نظر گرفتن رویکردهای روانی به هیأت قضات محاکم بین‌المللی به‌ویژه دیوان بین‌المللی دادگستری نیازمند گذار زمان است تا به مرور و حسب اقتضات قضایی، چنین سیری طی شود. به‌علاوه، احتمالاً چنین فرایندی به‌علت واگذاری اختیار به هیأت قضات بین‌المللی، غیردموکراتیک فرض شده، ممکن است با مخالفت دولت‌ها که همچنان حامی روش‌های رضایت‌محورانه در خلق و توصیف قواعد حقوق بین‌الملل هستند، مواجه شود؛ چراکه چنین شهودگرایی ممکن است عملاً موجب لجام‌گسیختگی اختیارات نهادهای قضایی بین‌المللی و سیطره آنها بر دولت‌ها شود و با وجود دکترین دستورگرایی که حافظ تفکیک قوا (در نظام‌های ملی) (قلضی، ۱۳۸۰: ۱۷۵) و تخصیص کارکردها (در نظام بین‌المللی) است (De Wet, 2006: 51; ICTY, 1995, para 43)، مراجع مزبور را در جایگاه قانونگذاری بین‌المللی قرار دهد که با مبانی و استانداردهای نظام بین‌المللی سازگار نیست؛ دوم اینکه شهودگرایی می‌تواند در چارچوب معتدل خویش یعنی در قالب منطق حقوقی عرضه شود؛ به این معنا که از طریق استنتاج رویکردهای تازه و قواعد نوین از قلب نیازهای اجتماعی بین‌المللی و مبانی حقوقی موجود به‌ویژه با استعانت از اصول کلی حقوقی به‌عنوان مبنای حقوقی معتبر برای دستورگرایی (شهبازی، ۱۳۹۱: ۱۸۷) به رفع خلأهای نظام حقوقی کمک کند. در واقع، شهودگرایی ناشی از توجیه عقلانی قاعده مستنبطه است و در چارچوب دکترین آکوئیانسی که می‌گوید حقوق طبیعی ناشی از حکم عقلی است (Araujo, 2000: 1754)، شهود عقلانی به استحصال قواعد منضبط حقوق طبیعی منجر خواهد شد.

همان گونه که اینها می گوید، خرد انسانی^۱ بالاتر از هر دلیل دیگری، ریشه حقوق طبیعی و لذا موجد قاعده حقوقی است (Oppenheim, 1908: 328).

در واقع در این رویکرد، شهودگرایی معتدل به منزله ایجاد تناسب میان موقعیت‌های عینی و ذهنی است. از منظر شهودگرایان معتدل، قاعده مطلوب در میان تبادل دیدگاه‌ها و اندیشه‌ها و درک مشترک تابعان نظام هنجاری (اخلاق/حقوق) از یک موقعیت (اخلاقی/حقوقی) سبب یافتن اوصاف (اخلاقی/حقوقی) می شود (دباغ و نفری، ۱۳۸۸: ۱۱). این رویکرد تا حدی به رویکردهای تطبیقی در دستورگرایی بین‌المللی شباهت دارد. منطق حقوقی براساس آموزه‌های بنیادین دستورگرایی از جمله انسان‌گرایی و آزادی‌گرایی، حقوق ناب و سلسله‌مراتب و نیز با در نظر گرفتن اهداف اصلی رژیم‌های بین‌المللی شامل حمایت از حیات انسانی و صلح و امنیت بین‌المللی، نسبت به تشخیص و تمایز و در نتیجه توصیف و رده‌بندی قواعد حقوقی بین‌المللی کمک می‌کند.

بنابراین اگرچه شهودگرایی کلاسیک به ظاهر بر مبنای رویکردی فراعقلانی و احساسی تعریف شده است، در زمینه حقوقی اخیر (در نظر داشتن منطق حقوقی یا شهودگرایی معتدل) به نوعی از عقلانیت مرتبط می‌شود که تا حدودی شبیه استلزامات عقلی است؛ به این معنا که شهود عقلانی حکم می‌کند که قاعده‌ای به سبب اهمیت ماهوی ناشی از ارزش‌هایی که نمایندگی یا حمایت آنها را بر عهده دارد یا حسب نتایجی که به بار می‌آورد، از جایگاهی ویژه برخوردار می‌شود. این رویکرد به سبب اعتبار بخشیدن به جایگاه عقل، نسبت به رویکرد شهودی صرف، فراگیرتر است و نتایج نسبتاً جهانشمولی به همراه دارد که از مخاطرات شخصی شدن شهودگرایی کمتر آسیب می‌بیند.

در رویکرد شهودی، حقوق بشر جایگاهی خاص در نظام حقوقی می‌یابد و بر شناسایی و فهم هنجارهای آن نیز تأثیر می‌گذارد. برای مثال زمانی که می‌گوییم منع شکنجه یک قاعده دستوری حقوق بین‌الملل است، استنتاج خود را بر دریافت عقلانی از لزوم در نظر گرفتن جایگاهی ویژه برای قاعده منع شکنجه و اهمیت آن برای نظم عمومی بین‌المللی استوار می‌کنیم و بر مبنای بهره شهودی خود استدلال می‌کنیم که با عادی قلمداد کردن قاعده منع شکنجه، نظام حقوق بین‌الملل قادر به تأمین اهداف انسان‌گرایانه خود در حفظ کرامت انسانی نیست و چنین قاعده‌ای برای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی، کاستن از خشونت و نتایج مصیبت‌بار مخاصمات ضروری است؛ همان گونه که ارزش‌های اساسی که حقوق بین‌الملل متعهد به حمایت از آنهاست، اقتضا می‌کند این قاعده چنین جایگاهی داشته باشد.

در استدلال مشابهی دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق در قضیه فروندیا، بیان داشت که «به علت اهمیت ارزش‌هایی که حمایت می‌شوند، منع شکنجه به صورت یک قاعده آمره درآمده که از بالاترین مرتبه در سلسله‌مراتب حقوقی بین‌المللی برخوردار است و بالاتر از

حقوق قراردادی و حتی قواعد عرفی معمولی قرار می‌گیرد (ICTY, 1998, para 153). البته ممکن است این استدلال‌ها و ضرورت‌ها بر پایهٔ مشاهداتی عینی نیز استوار باشد و هر یک به نوبهٔ خود، از پشتیبانی استدلال‌های دیگری برخوردار باشد. در حالی که در رویکرد شهودی صرف که کاملاً شخصی است، جایگاه خاص این قاعده ناشی از دریافت وجدانی خاصی است که منع شکنجه را ذاتاً و فارغ از تأثیر آن در صلح و امنیت بین‌المللی یا حمایت از ارزش‌های بنیادین حاکم بر رژیم حقوق بین‌الملل، واجد ارزشی مضاعف و دستوری می‌داند.

با اینکه معمولاً شهودگرایی اعم از آنکه مرتبط با حوزهٔ اخلاق یا حقوق باشد، در مرحلهٔ شناسایی حق یا قاعده مطالعه می‌شود، اما نمی‌توان انکار کرد که پس از شناسایی و به‌هنگام توصیف و رده‌بندی احتمالی حقوق یا قواعد نیز می‌توان دست به دامان شهودگرایی شد. البته شهودگرایی به‌منظور فهم دستوری حقوق بین‌الملل، هرچه بیشتر نیازمند آن است که ابتدائاً از مدخل دکترین و رویهٔ قضایی و سپس از ورودی اصول کلی حقوقی به قلمرو حقوق بین‌الملل راه یابد. به‌عبارت دیگر، شهودگرایی مجوزی برای بی‌بندوباری و بی‌انضباطی در نظام حقوقی بین‌المللی نیست؛ که اگر یکی از اهداف و نتایج دستورگرایی، نیل به انضباط و نظم، شفافیت و امنیت حقوقی باشد، شهودگرایی خارج از قلمرو عقلانی – به شرح فوق – دستورگرایی را از هدف خود، دور خواهد ساخت.

آن‌گونه که پیداست، شهودگرایی به‌سبب ماهیت ذهنی خود نسبتی با عرض‌اندام در قالب معاهدات بین‌المللی ندارد. در «رویهٔ» دولت‌ها به‌مثابهٔ عرف نیز ممکن است در میان مواضع و اسناد سیاسی دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی، به‌صورت اعلام «اعتقاد حقوقی» بازیگران بین‌المللی جلوه‌گر شود؛ اما بیش از هر عرصهٔ دیگری در رویکرد فردوسی^۱، توسل به «اصول کلی حقوقی» است که می‌تواند شهودگرایی را به‌مثابهٔ ابزار و روشی برای درک دستوری از حقوق بین‌الملل، به‌کار برد. برای این منظور، «اصول کلی حقوقی» معمولاً در پیوند و تطبیق هنجارهای متوازن و مشترک نظام‌های حقوقی ملی و در چارچوب منطق استعلایی حقوق از طریق نهادهای قضایی بین‌المللی شناسایی (جلالی و مقامی، ۱۳۹۰: ۱۰۵) و به بخشی از رویهٔ قضایی بین‌الملل تبدیل شده‌اند. از این منظر، رهیافت‌های بین‌المللی شدهٔ دستورگرایی ملی نیز حسب اقتضا در فرایندی تطبیقی می‌تواند براساس روش شهودی، به قلمرو حقوق دستوری شدهٔ بین‌المللی راه یابد. این فرایند تطبیقی، به اکتشاف دستورگرایی جهانی می‌انجامد که در نهایت عناصر ضروری هر گونه دستورگرایی را در نظم بین‌المللی مشخص خواهد ساخت. به اعتقاد آن پترز، طی این فرایند باید به نکات ظریفی توجه داشت و از جمله آنکه مرکزیت اصل حاکمیت در نظام بین‌المللی تحت تأثیر اصل بشریت قرار گرفته که به موجب آن، حقوق، نیازها و امنیت انسانی باید در هر اقدامی مراعات شود. بدین ترتیب، اصل

1. Alfred Verdross

حاکمیت که بنیان ساختار افقی حقوق بین‌الملل تلقی می‌شود، انسانی شده و در نتیجه اصل «حاکمیت انسانی‌شده»، مسئولیت حاکمیت برای احترام و تقویت حقوق بشر را ایجاب می‌کند؛ دوم اینکه اصل رضایت دولت نیز تحت تأثیر اراده اکثریت اعضای جامعه بین‌المللی و نهادهای بین‌المللی قرار گرفته و اطلاق خود را از دست داده است، امری که برای تقویت حکمرانی بین‌المللی ضروری بود. سوم اینکه بعضی ارزش‌های اساسی همچون حمایت از حقوق بشر و احتمالاً تجارت آزاد و... چنان در معاهدات چندجانبه گسترش یافته‌اند که از اعتباری جهانشمول برخوردار شده‌اند و این پذیرش، آغاز دستوری شدن حقوق بین‌الملل است. چهارم اینکه اختلافات بین‌المللی بیشتر حقوقی شده‌اند و این امر سبب حقوقی‌تر شدن روابط بین‌المللی می‌شود و همه این نکات را باید در متن ارزیابی تطبیقی نظام‌های دستوری مورد توجه قرار داد (Peters, 2009: 398-399). می‌توان گفت اگرچه برای ادعای پترز، شواهد زیادی وجود دارد، مجموعه این شواهد و مدعیات در قالبی کلی بیان شده که نشانه شهود پترز از روند دستوری شدن حقوق بین‌الملل است. علاوه بر این، همچنان رویکردهای اثبات‌گرایانه رضایت‌محور در نظام بین‌المللی از اصالت و اعتبار برخوردارند.

نکته حائز اهمیت دیگر آن است که «دکترین» نیز معمولاً نقش مهمی در هوشمندسازی و برانگیختن حساسیت نسبت به بعد شهودی حقوق دارد. اگرچه ماده ۳۸ اساسنامه، دکترین حقوقی بین‌المللی را یکی از منابع فرعی حقوق بین‌الملل ذکر کرده است؛ حتی اگر نتوان از دکترین به‌عنوان منبع مستقیم «شناسایی» قاعده نام برد، در «توصیف» قاعده حقوقی محدودیتی وجود ندارد و دکترین می‌تواند نقشی فعال‌تر از وضع کنونی خود ایفا کند، زیرا در مرحله «شناسایی» مبانی رضایی حقوق بین‌الملل، به‌شدت نقش دکترین را تحت تأثیر قرار می‌دهد؛ اما پس از آنکه یک قاعده حقوق بین‌الملل براساس رضایت دولت‌ها در سطح عمومی جامعه بین‌الملل مقبولیت یافت، توصیف آن به‌عنوان یک قاعده دستوری تابع رضایت یک اعضای جامعه نیست و از خلال رویه و اعتقاد حقوقی که می‌تواند مبتنی بر شهود عقلانی باشد نیز قابل حصول است. با این حال، همچنان نقش و قلمرو دکترین در حقوق بین‌الملل، موضوعی حاشیه‌ای محسوب می‌شود و کمتر از «رویه قضایی» مورد استناد قرار می‌گیرد، اگرچه ماده ۳۸ اساسنامه دیوان این دو را در یک ردیف قرار داده است (رنجبریان و کمالی‌نژاد، ۱۳۹۲: ۴۵).

در مجموع، منشأ تعهد دولت‌ها به اینکه نباید از تعهداتی خاص (تعهدات ناشی از قواعد آمره)، عدول یا تخطی کنند را باید در جایی خارج از تراضی و اراده آنها جست‌وجو کرد. به تعبیر تسون، «کسی نمی‌داند چرا» این هنجارها دستوری و قطعی‌اند اما همین که آنها را می‌بینند، گویی آنها را می‌شناسد و تصدیق می‌کند (Teson, 1998: 93). چنانکه لاترپاخت می‌گوید، قواعد آمره احتمالاً تنها از قواعد اخلاقی بین‌المللی یا ارزش‌ها پدید آمده‌اند (گلنون، ۱۳۸۰: ۵۶۳).

تسون برای نقض رویکرد رضایی به چنین قواعدی مثال خوبی مطرح می‌کند. در نظر دولت‌گرایان که رضایت دولت را منبع ایجاد قواعد دستوری می‌دانند، فقط رضایت دولت می‌تواند معلوم کند که امری، قانونی است یا غیرقانونی. بنابراین اگر منع قتل زندانیان جنگی، غیرقانونی است، تنها به این دلیل است که اکثریت بزرگی از دولت‌ها با آن مخالفاند و در نتیجه اگر همان اکثریت، چنین عملی را قانونی بشمارند، مجاز به انجام آن خواهند بود. بنابراین پوزیتیویسم خالی از شهودگرایی و اخلاق، به ضدحقوق تبدیل می‌شود. در نتیجه اگرچه دولت‌ها نباید یا نمی‌توانند نسبت به امور زشت تراضی کنند، اما اینکه چه چیزی زشت و فاجعه است، با رضایت خود آنها تعیین می‌شود (Teson, 1998: 93).

شهودگرایی ابزار ظاهراً ساده و کم‌اعتبار برای متصف کردن قواعد شناخته‌شده حقوق بین‌الملل به عنوان قواعد دستوری است که اگر در رویکرد شهود عقلانی در چارچوب نظم و منطق حقوقی و براساس اهداف و انتظارات جامعه بین‌المللی از حقوق بین‌الملل (حفظ صلح و امنیت بین‌المللی با برداشتی بشردوستانه) به کار رود، سهمی در شناخت قلمرو و ماهیت حقوق بین‌الملل دستوری شده ایفا خواهد کرد.

حقوق طبیعی

مبنای نظری دستورگرایی، حقوق طبیعی است. اما با وجود واقعیت‌های تاریخی در خصوص تأثیرپذیری انکارناپذیر نظام‌های دموکراسی و حقوق اساسی داخلی از دکتترین حقوق طبیعی (Arkes, 2010: 46)، به نظر می‌رسد این دکتترین در حقوق بین‌الملل عینیت‌گرا، کمترین نقش ممکن را ایفا می‌کند؛ اما این ساده‌سازی نمی‌تواند واقعیت نقش حقوق طبیعی را انکار کند. نه فقط مشروعیت نظام حقوقی، بلکه ثبات عقلانی آن نیازمند بهره‌گیری از آموزه‌های حقوق طبیعی است و حقوق بین‌الملل نیز از این نیاز مستثنا نیست. از این‌رو، می‌توان گفت دستورگرایی در نظام‌های حقوقی مدرن، به همزیستی رویکردهای حقوق طبیعی و اثباتی کمک کرده است.

نظریه قرارداد اجتماعی که براساس برداشت‌های گوناگون از «وضع طبیعی»^۱ در هر دو سطح ملی و بین‌المللی مطرح شده، احتمالاً ساده‌ترین راه برای اثبات تأثیرگذاری حقوق طبیعی و ضرورت آن برای ادراک نظام حقوقی است. زیرا قرارداد اجتماعی، اگرچه مبتنی بر انگاره‌های ضروری و واقعیت‌گرایانه حکومت، مطرح شد، متقابلاً توازن است حمایت از حقوق و آزادی‌های اشخاص را که پیش از این انگاره‌های آرمانی حقوق طبیعی تصور می‌شدند، رسمیت بخشد. البته قرارداد اجتماعی، در واقع بیش از آنکه یک نظریه علمی باشد، یک فرض است که نه جایگزین واقعیت تاریخی می‌تواند باشد و نه جای عملکرد حقوقی را می‌گیرد (عالم، ۱۳۷۵:

۲۰۷-۲۰۴)، بلکه فرضی را متصور می‌سازد که در حقیقت، امکان شناخت فضایی که به ایجاد قدرت قانونی و مشروع منتج شده را فراهم می‌کند.

رالز نیز بیان می‌کند که قانون اساسی جامعه بین‌المللی که «آرمانسرای واقعی»^۱ می‌خواند، از یک «موقعیت واقعی»^۲ شبیه تجربه فکری معروف عدالت در وضع طبیعی حاصل می‌شود (Rawls, 2000: 6). در خلال همین تجربه است که وی، اصول اساسی خود را بیان می‌کند (Rawls, 2000: 37).

در دیدگاه حقوق طبیعی لیبرال، اساساً حرمت نهادن به حقوق و آزادی‌های فردی است که شایستگی بهره‌مندی از حمایت‌های بین‌المللی را به حاکمیت اعطا می‌کند (Roth, 2012: 50). با این وصف، اگرچه مبنای دولت‌محور حقوق بین‌الملل، هر گونه توسل به حقوق طبیعی را در مرحله شناسایی حقوق و قواعد دچار اشکال می‌کند، اما اولاً برخی چون گروسسیوس و واتل معتقدند اساساً هر گونه قانون^۲ که به‌طور معتبر بر رفتار و روابط دولت‌ها حاکم باشد، تنها می‌تواند از حقوق طبیعی استخراج شود (Schroder, 2002: 210). بنابراین آنچه به‌طور موضوعه در اراده دولت‌ها تجلی می‌یابد نیز اغلب متکی بر اصول بنیادین حقوق طبیعی است و اساساً وجود آن، ناشی از لازم‌الاجرا بودنش نیست (Araujo, 2000: 1753)؛ ثانیاً روند تاریخی طی‌شده بیانگر تمایل دولت‌ها به در نظر داشتن ملاحظات ناشی از حقوق طبیعی است. به اعتقاد پافندورف نیز اگرچه حقوق طبیعی به‌تنهایی برای حیات اجتماعی انسان کافی نیست، برای استقرار حاکمیت در هر جامعه «ضروری» است (Pufendorf, 2009: 367).

اینک و پس از مرور آنچه بر حقوق بین‌الملل گذشته و رویکردهای پس از تأسیس «ملل متحد» مؤید آن است که اندیشه حقوق طبیعی، نقش مهمی در شکل‌گیری قالب‌ها و گفتمان‌های جدید حقوق بشری داشته است، به‌نحوی که ایده حقوق بشر، خود به توسعه حقوق بین‌الملل منجر شده و ضمن گسترش قلمرو آن، فهم و تفسیر قواعد پیشین را نیز متأثر ساخته است.

برخی نیز معتقدند ویژگی‌های خاصی مانند ابطال معاهدات در صورت اکراه، اجبار، ارتشا و... و همگی ناشی از خصلت‌های حقوق طبیعی است؛ گویی ارادی بودن - به‌مثابه عدم تخدیش رضایت بر اثر عوامل جائزانه بیرونی - که در نظام‌های حقوق مدنی از شروط اعتبار قرارداد محسوب می‌شود، مشروعیت معاهده را زائل می‌سازد (فلسفی، ۱۳۹۱: ۳۸۲) و این، خود قاعده حقوق طبیعی است. علاوه بر این، توجه به ماهیت قواعد آمره که با وجود توافق نیز قابل تخطی نیستند، نشان می‌دهد حقوق بین‌الملل در ماهیت نیز حسب ارزش‌های منبعث از حقوق طبیعی تکامل می‌یابد و اتصال چنین قواعدی به رضایت دولت‌ها، برای اثبات الزام‌آوری‌شان میسر نیست (Fassbender, 2007: 315).

علاوه بر جنبه‌های مذکور باید به این نکته نیز اشاره کرد که گویی فیلسوفان پوزیتیویست نیز

1. Realistic Utopia
2. Code

در جایی برای اعتبار بخشیدن به یک قاعده حقوقی از معیارهای دولت‌گرای پوزیتویسم فاصله می‌گیرند و به رویکردهای ذهنی و اعتباری روی می‌آورند. برای مثال، هارت در استمرار فلسفه آستین، اعتباربخشی از قواعد حقوقی را بیش از آنکه به اراده دولت مرتبط بدانند، به ویژگی‌های ذاتی آن قاعده یا آنچه آن قاعده از آن حمایت می‌کند، پیوند می‌دهد. براساس این رویکرد شبه‌طبیعی، منع دزدی پیش از آنکه منوط به تصویب قانون از سوی دولت باشد، یک قاعده حقوقی مسلم و ذاتی است، که احتمالاً ناشی از احترام به مالکیت است. حال اینکه ارزش احترام به مالکیت، خود ناشی از دولت یا ذاتی/طبیعی است؛ باز هم به وجه ذاتی حرمت مالکیت بازمی‌گردد. این ذات‌گرایی در شناسایی قاعده حقوقی، چنانچه ناشی از باور و نه عرف باشد، بیش از آنکه پوزیتویستی (ولو در رویکردهای جامعه‌شناسی حقوقی) باشد، تعبیری دیگر و به اصطلاح روی دیگر سکه طبیعت‌گرایی است، چراکه چنین ترتیباتی برخلاف آن مثل حقوق رومی است که می‌گوید «اراده شاه، قانون است» و در نتیجه حاکم را نیز تحت شمول نظم حقوقی و رای اراده او می‌شمارد.

حقوقدانان بین‌المللی نیز رویکرد مشابهی را پس از جنگ دوم جهانی و در حمایت از تأسیس و احکام دادگاه‌های نظامی بین‌المللی پی گرفتند و تعبیر «جرائم طبیعی بین‌المللی» را در برابر «جرائم قراردادی بین‌المللی» به کار بردند. زیرا جرائم و عناوین مجرمانه مندرج در منشور نظامی، پس از ارتکاب اعمال مرتکبان طرح و تصویب شده بود و به نظر می‌رسید هیچ مستمسکی به اندازه حقوق طبیعی نتواند «قانونی» یا «مشروع» بودن دادگاه را تثبیت کند؛ ولو رویکردهای پوزیتویستی هرگز چنین رویکردی را مقبول ندانند. دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق، به‌ویژه در قضیه تادیچ، این رویکرد را با زبانی دیگر استمرار بخشید.

بر این اساس، جرائم طبیعی، بدون آنکه نیازی به وجود یک معاهده باشد، جنایت بین‌المللی محسوب می‌شود و موجد مسئولیت بین‌المللی مرتکب خواهد بود. این روند را بعداً دیوان بین‌المللی دادگستری به‌نحوی تلویحی تأیید و بیان کرد که تعهدات ناشی از کنوانسیون منع نسل‌زدایی، مقرراتی است که به‌وسیله ملل متمدن چنان پذیرفته شده که حتی بدون تعهدات قراردادی نیز برای همه اعضای جامعه بین‌المللی، الزام‌آور است. از این‌رو، جرائمی که در رده جنایت علیه بشریت قرار گرفته‌اند معمولاً براساس مبانی حقوق طبیعی توجیه می‌شوند که به تدریج از اقبال دولت‌ها در معاهدات یا رویه عرفی آنها برخوردار شده‌اند.

همچنین چگونه می‌توان نقش حقوق طبیعی را در توسعه مفهومی و مصداق نظام بین‌المللی حقوق بشر و بهره‌مندی این حقوق از حمایت دولتی انکار کرد؟ حال، حقوق طبیعی که در تکوین قلمرو و گفتمان حقوق بین‌الملل همواره نقشی مثبت ایفا کرده است، چه سهمی در شناسایی و توصیف قواعد دستوری^۱ حقوق بین‌الملل خواهد داشت و آیا تکیه بر آن کافی است؟

برای پاسخ به این پرسش باید توجه داشت که حقوق بین‌الملل در نخستین نسخه‌های خود، بخشی از حقوق طبیعی قلمداد شده و گروسیوس - که نامش با پیدایش حقوق بین‌الملل گره خورده است - جزء طبیعی‌گرایان محسوب می‌شود (Hall, 2001: 270). به عبارت دیگر، نگاه پوزیتیویستی به حقوق بین‌الملل از قرن نوزدهم آغاز و با تثبیت «منابع» شکلی حقوق بین‌الملل در اساسنامه دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی، در ابتدای قرن بیستم تثبیت می‌شود؛ تقریباً مقارن با انکار صریح اقتدار حقوق طبیعی به مثابه منبع الزام در حقوق بین‌الملل از سوی کمیسیون دعاوی عمومی مکزیک - ایالات متحده (Hall, 2001: 272)، بی‌آنکه احتمال ناعادلانه بودن قوانین موضوعه در رویکرد پوزیتیویسم مطلق - که به طرز عجیب و به عنوان استمرار مفهوم «دولت» در میان سایر دیدگاه‌های فلسفه حقوق پیشتازی می‌کرد - در نظر گرفته شود. بعدها، تجربه پوزیتیویسم مطلق در اروپا به بحران‌هایی انجامید که ذیل تاریخ جنگ جهانی دوم، آرمان‌های طبیعی را در حقوق داخلی بیدار ساخت.

متعاقباً با پیشرفت حقوق بین‌الملل و توجه بیشتر به مفاهیم شبه‌طبیعی، نهاد حقوقی قواعد آمره به حوزه حقوق موضوعه راه یافت و در کنوانسیون ۱۹۶۹ حقوق معاهدات و پس از آن در مواضع دولت‌ها و نهادهای سیاسی و قضایی بین‌المللی مورد اشاره قرار گرفت. به نظر می‌رسد همان‌گونه که کاپلینسکی می‌گوید، قواعد آمره حقوق بین‌الملل ریشه در اصول حقوق طبیعی دارند (Czapliński, 2006: 89-83) که هم قواعدی مانند منع شکنجه، منع بردگی، منع نسل‌زدایی و جنایت علیه بشریت را شناسایی می‌کند و هم آنها را در مرتبتی بالاتر از دیگر قواعد حقوق بین‌الملل قرار می‌دهد؛ تا جایی که قواعد مغایر آنها باطل تلقی می‌شود. این اصول حقوق طبیعی ممکن است ناشی از «قاعده زرین»^۱ (چراغی، ۱۳۹۰) باشد که به موجب آن «آنچه برای خود نمی‌پسندی، برای دیگری نیز نپسند». لذا تمامت حقوق بین‌الملل که بر پایه اصل رفتار متقابل سامان یافته است، ریشه‌هایی در حقوق طبیعی دارد؛ اگرچه ممکن است محتوای قواعد مزبور منعکس‌کننده وجوه اخلاقی حقوق طبیعی نباشد.

حقوق طبیعی، ابزاری برای خارج کردن نظم حقوقی از اراده معطوف به قدرت (اراده سیاسی) است. آنچنان که کازکنمی می‌گوید، سازماندهی یک جامعه از جمله جامعه بین‌المللی براساس هنجارهای حقوقی، نیازمند دو فرض است؛ فرض نخست آنکه به هم‌پیوستگی حقوق با فاصله گرفتن از «عدالت طبیعی» تضمین شود. وی در این مفروض بر اصل لیبرال «عینی بودن ارزش» صحه می‌گذارد و در واقع، منافع عموم و اعضای جامعه را مبنای عدالتی عینی می‌شمارد؛ موضوعی که در مباحث مربوط به اجتماعی شدن حقوق بین‌الملل به آن پرداختیم. دیگر آنکه هنجاری بودن حقوق، از طریق ایجاد تمایز میان قاعده حقوقی و رفتار واقعی دولت، تأیید شود. در واقع، هنجار حقوقی، امری و رای عمل یا اراده حقوق، معنادار است و این همان نگره کلاسیک

حقوق طبیعی است (7: Koskeniemi, 1990). به اعتقاد وی با جمع این دو شرط (منافع عینی عموم و هنجاربودگی حقوق) شایسته است و می‌توان مفهوم حکومت قانون را شناخت. با این وصف، آنچه در توصیف یک قاعده به‌عنوان بخشی از حقوق بین‌الملل دستوری‌شده اهمیت دارد، اعتبار ماهوی آن قاعده به پشتوانه تأیید و پشتیبانی حقوق طبیعی است و نه صرف حمایت حقوق طبیعی از ساختار متقابل حقوق بین‌الملل، خاصه آنکه این ساختار آنالوگ از نظر اخلاقی توان حفظ حمایت حقوق طبیعی را ندارد. به‌علاوه همان‌گونه‌که شهودگرایی عقلانی برای تثبیت قواعد دستوری باید از روزه‌های رویه قضایی، دکترین و اصول کلی حقوقی عبور کند، حقوق طبیعی نیز همین فرایند را در پیش خواهد داشت. در واقع، اگرچه برخی قواعد ضروری ناشی از حقوق طبیعی به‌واسطه معاهدات یا حمایت عرفی دولت‌ها به قلمرو حقوق بین‌الملل موضوعه وارد شده است، انصاف چنین قواعدی به وصف دستوری نیز نیازمند بهره‌گیری از سازوکارهای حقوقی بین‌المللی است؛ با این توضیح که بخش مهمی از این فرایند به‌واسطه پذیرش و مقبولیت چنین استانداردهایی به‌عنوان قواعد امره حقوق بین‌الملل، تاکنون طی شده است؛ یعنی آنچه به‌عنوان قواعد امره مورد تأیید جامعه بین‌المللی قرار گرفته، ناشی از حقوق طبیعی است و این روند می‌تواند حسب اقتضا و نیاز این جامعه، بار دیگر و درباره قواعد ضروری دیگری نیز تکرار شود.

همان‌گونه‌که حقوق طبیعی، از طریق تغذیه جنبش‌های آزادی‌خواهانه، منبع الهام‌بخشی برای دستورگرایی ملی بوده است، نیز می‌تواند به همین شکل در فرایند دستوری شدن حقوق بین‌الملل مؤثر باشد. بنابراین بعید به‌نظر می‌رسد وجوه دولت‌گرای حقوق بین‌الملل در پرتو اصول حقوق طبیعی، تقویت شوند و حقوق طبیعی از گذر تبدیل به حقوق موضوعه در فرایند تاریخی خود، همان‌گونه‌که تاکنون عمل کرده است، بیشتر بخش انسان‌گرای این نظام حقوقی را تثبیت و تقویت خواهد کرد.

متن‌گرایی

این ایده که نظام بین‌المللی - به‌ویژه در وضع متکثر کنونی - به متنی واحد یا متعدد به‌عنوان «قانون اساسی» دست یابد، بسیار بلندپروازانه به‌نظر می‌رسد. دست‌کم در سطحی کوچک‌تر یعنی در اتحادیه اروپا، برخورداری از اشتراکات سیاسی و فرهنگی متعدد نیز نتوانست به شکل‌گیری سندی با نام «قانون اساسی» منجر شود. به‌علاوه واضح است که تدوین چنین سندی، هیچ سطحی از روابط بین‌المللی را به روابط داخلی فرو نخواهد کاست؛ مگر آنکه «اتحاد» سیاسی تقریباً مشابه اتحادیه‌های قدیمی و امپراتورهای تاریخی پدید آید، زیرا از نظر تحلیل حقوقی، هر گونه قانون اساسی بین‌المللی از تناقض ذاتی رنج خواهد بود، زیرا از یک طرف ماهیتا ویژگی‌های یک معاهده تابع نظام حقوق بین‌الملل را خواهد داشت و از طرف دیگر،

طرح عنوان قانون اساسی، به مثابه اضمحلال حاکمیت‌هایی خردتر از حاکمیت بین‌المللی است و حداکثر نوعی فدرالیسم را متبادر می‌سازد. بنابراین وجود چنین متنی، گرفتار تناقض است و میان قاعده همکاری و قاعده تبعیت سرگردان و بلا تکلیف خواهد بود.

با این حساب، چگونه می‌توان بدون وجود چنین متنی و در میان معاهدات پرشمار بین‌المللی، نظم دستوری مورد نظر را شناسایی کرد؟ دست کم به نظر می‌رسد در میان همین معاهدات که هیچ‌یک جز منشور ملل متحد داعیه قانون اساسی بین‌المللی را از جهت ماهوی ندارند (Crawford, 2013: 336) و برای این منظور تدوین نشده‌اند، تثبیت یک «مهم» انکارناپذیر است و آن اینکه سازوکارهای بین‌المللی بر مبنای تخصیص کارکردها برخی جنبه‌های تشریفاتی دستورگرایی را سامان بخشیده است. به علاوه، همین کثرت و تکرار، خود زمینه‌ساز تسهیل شناسایی آن دسته از قواعدی است که جایگاهی برتر از دیگر قواعد دارند؛ چون در فرایندی تطبیقی می‌توان «عام» بودن قواعد مشترک مندرج در این معاهدات را دریافت (زمانی، ۱۳۷۷: ۳۰۵).

نظام بین‌المللی با چنین تکثر بازیگران که هر یک سهمی در قانون‌سازی دارند و بدون برخورداری از سازمان متمرکز حکمرانی نمی‌تواند مؤلفه‌های «تفکیک قوا» را مشابه نظام‌های ملی نمایندگی کند، اما تخصیص کارکردها به نهادهای جهانشمول، چنین فقدان را تا حدودی قابل تحمل ساخته است. به این منظور، اگرچه متن منشور، مجمع عمومی را در مقام پارلمان جهانی قرار نمی‌دهد، در مجموع بدون تعارف، نقشی یگانه برای شورای امنیت تصویر کرده است. همین‌طور می‌توان به نقش دیوان بین‌المللی دادگستری اشاره کرد که به‌عنوان رکن قضایی جامعه بین‌المللی، اگرچه توفیقات نهاد منطقه‌ای همچون دیوان دادگستری اروپا را در پدیدآوردن یک همبستگی بین‌المللی (کدخدایی، ۱۳۸۰: ۱۰۴) نداشته است و به‌رغم همه محدودیت‌های صلاحیتی‌اش، بیش از هر نهاد دیگری ضامن موجودیت، بقا و حتی انسجام و شفافیت نظام حقوقی بین‌المللی بوده است. از این رو می‌توان مدعی شد از نظر ساختار لازم برای تخصیص کارکردها- به‌عنوان جایگزین تفکیک قوا حسب ویژگی‌های نظام بین‌المللی- منشور ملل متحد به‌عنوان یک «متن»، امکاناتی را فراهم کرده است، که از جمله آنها می‌توان به مواد ۱۰، ۱۲ و ۱۳ منشور اشاره کرد (Macdonald, 1999: 209).

از لحاظ هنجاری نیز اصول مندرج در منشور مقبولیت ویژه‌ای یافته است که بخش مهمی از قواعد دستوری حقوق بین‌الملل را می‌توان در آن یافت، اما اشکال اینجاست که در درجه اول این اصول، «کلی» هستند و تعیین مصادیق یا حتی تفسیرها و استثنائاتی که جامعه بین‌المللی ضروری می‌داند، نسبت به آنها کار مشکلی است و دوم اینکه رابطه میان این اصول گاه مبهم است. دیگر اینکه وجه «دولتی» این اصول بر جنبه‌های انسانی آن غلبه دارد و بالتبع برخی اصول مهم دیگر همچون حق تعیین سرنوشت، در سایه آن اصول دولت‌گرا خوانده شده‌اند.

با این وضع، منشور ملل متحد را با تمام اعتبار و اهمیتی که دارد و با عنایت به اینکه اصول مندرج در آن نیز از گذر مقررۀ «اولویت» که در ماده ۱۰۳ پیش‌بینی شده است، جایگاهی خاص در سلسله‌مراتب نظام حقوق بین‌الملل نیز پیدا کرده‌اند، نمی‌توان به‌عنوان یک سند دستوری واحد تلقی کرد که متضمن تمامی نیازهای حقوق بین‌الملل دستوری شده برای جامعه بین‌المللی با نظامی پساآنالوگ نیز باشد، کما اینکه از میان آنچه تاکنون قواعد آمرۀ حقوق بین‌الملل شناخته شده‌اند، همه را نمی‌توان در منشور یافت. از میان استانداردهای بشرگرایانه منشور که در زمرۀ قواعد آمره هستند نیز تنها می‌توان به حق تعیین سرنوشت اشاره کرد، که آن هم در زمان تصویب بیشتر واجد ویژگی‌های بین‌الدولی بوده و در پارادایم زمانۀ تدوین منشور، به‌مثابۀ حقی برای ملت‌های تحت اشغال یا استعمار تلقی می‌شده و اینک با تأثیرات گفتمان حقوق بشر، جایگاهی فردگرایانه نیز پیدا کرده است و در نتیجه حقوق و آزادی‌های سیاسی نیز از آن استنباط می‌شود (امیدی، ۱۳۸۷: ۲۱).

با آنکه متن منشور در بیان غایات انسان‌گرایانه دستورگرایی بین‌المللی، نارسا به نظر می‌آید، رویۀ بین‌المللی متعاقب آن را باید به‌عنوان دلیلی جدی و قابل دفاع برای اثبات آثار دستوری منشور مورد توجه قرار داد؛ رویه‌ای که با استعانت از مفاهیم کلی منشور در حمایت از «حقوق بشر و آزادی‌های اساسی برای همگان»، گنجینه پرباری به حساب می‌آید. به‌علاوه اگر رویکرد این تحقیق را در پیوندزنی میان منشور و اسناد اصلی حقوق بشر به‌عنوان معاهداتی قانون‌ساز بپذیریم و موازین انسان‌گرای حقوق بین‌الملل مدرن را در ساحت‌های حقوق بشر و حقوق بشردوستانه به‌صورتی نظام‌مند، غایت‌گرایانه و مؤثر در تحول ذات حقوق بین‌الملل لحاظ کنیم، و درون این معاهدات به ارزیابی تطبیقی بپردازیم، این خلأ نسی نیز تا حدودی رفع می‌شود.

چنانچه از زاویه‌ای دیگر به موضوع بنگریم، نمی‌توان با قاطعیت گفت که حقوق بین‌الملل با تدوین معاهدات پرشمار قانون‌سازی که روند افزایشی آنها متوقف نشده، یک نظام شبیه رژیم‌های رومی-ژرمنی و متن‌محور است یا با توجه به قدمت و استحکام قواعد عرفی، درباره نظامی مشابه رژیم‌های کامن‌لا بحث می‌کنیم. طبیعتاً این تلون مزاج و سیالیت حقوق بین‌الملل، سبب می‌شود در شناسایی قواعد دستوری آن نیز نه بتوان به شواهد متنی - ولو متعدد - اکتفا کرد و نه به مبانی عرفی یا منطق و ماهیت وجودی این نظام محدود شد. با وجود این، به‌نظر می‌رسد با توجه به شفاف نبودن در اجماع نسبی دولت‌ها در زمینه استانداردهای دستوری حقوق بین‌الملل، رجوع به ویژگی‌های عرفی این نظام حقوقی کارساز باشد.

استدراک عرفی

با نبود متنی که در قالب معاهده یا هر شکل واقعی یا فرضی دیگر، ویژگی‌های شکلی و ماهوی

یک نظام دستوری بین‌المللی را یکجا و تمام و کمال در خود جای داده باشد، مراجعه به فهم عرفی از ویژگی دستوری قواعد حقوقی موجود نیز می‌تواند راهگشای شناسایی قواعد دستوری باشد. اینکه در چارچوب منطق حقوق بین‌الملل که اصول و اهداف مورد تأکید جامعه بین‌المللی را تشکیل می‌دهد، کدام قواعد جنبه اساسی دارند و فارغ از عدم امکان تخطی، ارزشی جدی در روابط بین‌المللی محسوب می‌شوند را هم می‌توان از میان تکرار کاربرد و اعمال این اصول در متون، آرا و رویه دولت‌ها، سازمان‌ها و حتی مراجع قضایی بین‌المللی دریافت که نیازمند تحلیل محتوای این اسناد و مواضع بازیگران بین‌المللی است.

تحلیل محتوای رویه دولت‌ها که به اعتقاد برخی، خود منبعث از حقوق طبیعی است (Prakash, 2010: 70)، نشان می‌دهد برخی ارزش‌های روابط بین‌المللی جنبه اساسی دارند و قواعد حقوقی نسبتاً منضبطی را گرداگرد خویش می‌یابند. از جمله مهم‌ترین این ارزش‌ها می‌توان به اصولی مانند منع تهدید یا توسل به زور، منع مداخله و ضرورت حل‌وفصل مسالمت‌آمیز اختلافات بین‌المللی اشاره کرد که هر یک علاوه بر پشتیبانی منشور ملل متحد، در مواضع سیاست خارجی دولت‌ها و رویه سازمان‌های بین‌المللی از جایگاهی مستحکم برخوردارند (Sinclair, 2002: 30). به‌علاوه، رویه قضایی بین‌المللی نیز با صحه گذاردن بر چنین قواعدی و ارزش ماهوی آنها، اعتبار ویژه‌ای به چنین قواعدی بخشیده است.

برخی قواعد ثانویه نظام حقوق بین‌الملل نیز که مربوط به مفاهیم و هنجارهای بنیادین «نظام» هستند، بر اثر تکرار رویه دولت‌ها و دیگر بازیگران بین‌المللی، از وضعیتی پایدار برخوردار شده و از یک هنجار یا قاعده حقوقی به یک ویژگی پایدار در نظام حقوقی تبدیل شده‌اند. از جمله چنین قواعدی می‌توان به مفاد ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری اشاره کرد که اگرچه در ظاهر «حقوق قابل اعمال در دیوان» را برمی‌شمرد، با تکرار در اسناد تأسیس سایر نهادهای قضایی و مواضع و برداشت دولت‌ها و سازمان‌ها عملاً به منبعی برای شناخت منابع نظام حقوقی بین‌المللی تبدیل شده است. بقای مفاد مزبور، خروج آن از دایره سند تأسیس یک نهاد قضایی و اعتبار آن به‌مثابه بخشی از ویژگی‌های نظام حقوقی، ناشی از استمرار رویه دولت‌ها از یک سو و اهمیت ماهوی و موضوعی آن از سوی دیگر است.

به‌عبارت دیگر، برای آنکه یک قاعده حقوق بین‌الملل طی فرایندی عرفی به یکی از ویژگی‌های پایدار نظام حقوقی تبدیل شود، همان‌گونه که رویه مستمر و خدشه‌ناپذیر بازیگران اصلی جامعه بین‌المللی، همراه با اعتقاد آنها به اهمیت بنیادین آن قاعده ضروری است، لازم است موضوع قاعده مزبور نیز اهمیتی «اساسی» داشته باشد؛ مثلاً به کارکردهای اجرایی، تقنینی یا قضایی جامعه بین‌المللی در کل و به‌نحوی فراگیر مرتبط باشد، یا شناخت منابع نظام حقوقی، یا از جمله قواعدی باشد که برای بقای نظام بین‌المللی یا حیات بشری «ضروری»

است، چنانکه برای مثال، دیوان اروپایی حقوق بشر در قضیهٔ جونز، منع شکنجه را از «استانداردهای جامعهٔ بین‌المللی» توصیف می‌کند (ECtHr, 2014, para 64). بدین‌سان و به‌مثابهٔ «فرض» و «مثال»، ممکن است قواعدی را که در مادهٔ ۳۸ اساسنامهٔ دیوان آمده، از آنجا که به شناخت منابع نظام مربوط می‌شود (Wells, 2005: 15). مواد ۱ و ۲ منشور را به‌سبب آنکه قواعدی ضروری برای بقای نظام هستند و مادهٔ ۴۱ منشور را از آنجا که به کارکردهای ساختاری نهادهای جامعهٔ بین‌المللی می‌پردازد، دارای چنین وصفی دانست. تمامی قواعد مزبور هم با اعتقاد حقوقی دولت‌ها به جنبه‌های بنیادینشان، از استمرار عرفی برخوردار بوده‌اند و هم از اهمیتی «اساسی» برای نظام بین‌المللی برخوردارند. برای نمونه دیوان در قضیهٔ نیکاراگوئه بیان کرد که «... کرارا در اظهارات نمایندگان کشورها، نه‌فقط اصل منع توسل به زور به‌عنوان یک اصل حقوق بین‌الملل عرفی، بلکه یک اصل بنیادین حقوقی دانسته شده است.» همچنانکه دیوان یادآور می‌شود، کمیسیون حقوق بین‌الملل نیز در جریان تدوین کنوانسیون حقوق معاهدات، بر این نظر بوده که «مقررات منشور راجع به منع توسل به زور، نمونهٔ بارز قاعده‌ای بین‌المللی با ویژگی آمره است» (ICJ, 1986, para 190). بنابراین حتی اگر حیات منشور «به‌مثابهٔ یک معاهده» خاتمه یابد، حیات قاعدهٔ مزبور استمرار خواهد یافت (Thirlway, 1990: 109). بدین ترتیب، نه‌تنها قواعد آمره‌ای چون منع توسل به زور بلکه به‌طور کلی هر گونه برداشت دستورگرایی از حقوق بین‌الملل، الزاما در حیات خود به منشور وابسته نخواهد بود، اگرچه با منشور متولد شده باشد. این استقلال، ناشی از استقلال عرف از معاهده به‌عنوان یک منبع معتبر حقوق بین‌الملل است. سایر قواعد آمره چون شکنجه، منع بردگی و حق تعیین سرنوشت نیز خارج از قلمرو تعهدات قراردادی، معتبر باقی می‌مانند؛ چنانکه دیوان بار دیگر در قضیهٔ منع نسل‌کشی نیز تعهدات ناشی از کنوانسیون منع نسل‌کشی را فراقراردادی توصیف کرد.

نتیجه‌گیری

حقوق بین‌الملل، نه شبیه حقوق داخلی است و نه می‌تواند شبیه آن باشد؛ بنابراین هر گونه بحث دربارهٔ هنجارهای دستوری حقوق بین‌الملل با عنوان مشابه آن در حقوق داخلی، تفاوت خواهد داشت. هنجارهای حقوق اساسی در حقوق داخلی از قوهٔ مؤسس و احیاناً هنجارهای پیرامونی قوهٔ مقننه یا عرف و حتی فرمان حاکم، نشأت می‌گیرد، اما جامعهٔ بین‌المللی، آشکارا وضعیتی متفاوت دارد: فاقد قوهٔ مؤسس است، قوهٔ مقننه در آن غیرمتمرکز است و قانون در صورتی توافقی (افقی) و نه قهری (عمودی) پدیدار می‌شود و حاکمی نیز وجود ندارد. اما این بدان معنا نیست که ارزش‌هایی که نظام‌های دستوری داخلی را ساخته‌اند، در جامعهٔ بین‌المللی

مفقود باشند، بلکه اتفاقاً حقوق بین‌الملل، حامی و ضامن رعایت ارزش‌های انسان‌گرایانه مزبور است که به‌ویژه پس از تصویب منشور ملل متحد، اعتباری خاص در روابط بین‌الملل نیز یافته‌اند. برای شناخت و درک چنین ارزش‌هایی، نهادهای متعددی در حقوق بین‌الملل وجود دارد. محاکم قضایی گاه بدون آنکه نامی از شهود عقلانی بیاورند، منطق حقوق و حفظ جامعه بین‌المللی را در حفظ شأن و کرامت انسانی یافته‌اند. همچنین حقوق طبیعی، همواره نقش‌های پدیدآورنده، تکمیلی و تفسیری خود را در حقوق بین‌الملل حفظ کرده است. رویکردهای درون تطبیقی از خلال متون معاهدات قانون‌ساز، ارزش‌های مشترک را نشان می‌دهند و در نهایت رویه و التزام دولت‌ها به وجود و نقش چنین ارزش‌هایی و هنجارهای ناشی از آنها در عرف بین‌المللی، متجلی شده است.

مینای دکتربین پیشنهادی در چهار میحث اخیر این نیست که بتوان میان چهار شیوه شناسایی قواعد دستوری، به همپوشانی قائل بود؛ یعنی نمی‌توان به این نتیجه دست یافت که یک قاعده دستوری معین در حقوق بین‌الملل هم از منطق شهودی بهره‌مند است، هم دارای پشتوانه‌ای در حقوق طبیعی است، هم در متون معتبر بین‌المللی تصریح شده و همزمان به این سه، رویه بین‌المللی نیز بر اصل قاعده و ویژگی دستوری آن صحه می‌گذارد. بلکه همان‌گونه که از ماده ۳۸ اساسنامه دیوان نیز استنباط می‌شود، یک قاعده حقوق بین‌الملل (چه در اصل اثبات و وجود خویش و چه برای ارتقا به وصف دستوری) باید پشتوانه‌ای در یکی از منابع اصلی حقوق بین‌الملل (معاهده، عرف و اصول کلی حقوق) داشته باشد؛ که البته یکی از این سه نیز برای اثبات قاعده و اتصاف دستوری آن کفایت می‌کند؛ و در صورت اقتضا رویه قضایی و دکتربین نیز می‌تواند «دال» بر وجود و ماهیت چنین قاعده‌ای باشد. بنابراین طبیعی است که با تکیه بر شهودگرایی (هرچند عقلانی) یا حقوق طبیعی به‌تنهایی نمی‌توان قواعد دستوری را کشف کرد، بلکه نیاز است قاعده مزبور از حمایت یکی از منابع رسمی حقوق بین‌الملل نیز برخوردار باشد که معمولاً اگر قواعد مشهود یا ناشی از حقوق طبیعی در متون و رویه عرفی دولت‌ها هم جایی نیافته باشند؛ اغلب از ویژگی‌های اصول کلی حقوقی برخوردارند و رویه قضایی نیز بر آنها صحه می‌گذارد؛ ولو نقش دکتربین همچنان که هست باشد و آنچنان که بایسته آن است - دست کم هم‌ردیف رویه قضایی - نباشد و نتواند جنبه‌ها و جلوه‌های دستوری حقوق بین‌الملل را بازنمایی کند.

A) Books

1. Alam, Abdolrahman (1996), *Foundations of Political Science*, Tehran, Ney Pub.
2. Arkes, Hadley (2010). *Constitutional Illusions And Anchoring Truths, The Touchstone Of The Natural Law*, Cambridge University Press.
3. Cheraghi, Ali (2011), *A Comprehensive view on the Golden Rule*, Qom, Bustan-e-Ketab (In Persian).
4. Crawford, James (2013). *Chance, Order, Change, The Course Of International Law*, The Hague, Academy Of International Law
5. Czapliński. Władysław(2006). "Jus Cogens And The Law of Treaties.. In: *The Fundamental Rules Of The International Legal Order*, C.Tomuschat And J.M. Thouvenin (Eds) Netherlands: Koninklijke Brill Nv
6. Falsafi, Hedayatollah (2012), *International Law of Treaties*, Tehran, Farhag e Nashr e Now (In Persian).
7. Fassbender, Bardo, (2007). *The Meaning Of International Constitutional Law*, In: *Transnational Constitutionalism, International And European Perspectives*, Nicholas Tsagourias (Ed), Cambridge University Press.
8. Fassbender, Bardo, (2009). *The United Nations Charter As The Constitution Of The International Community*, MartinusNijhof.
9. Gardbaum, Stephen,(2009). *Human Rights And International Constitutionalism*, In: *Ruling The World? Constitutionalism, International Law, And Global Governance*, Jeffrey L. Dunoff And Joel P. Trachtman (Eds), Cambridge University Press.
10. Ghazi,Abolzadzi (2001), *Requirements of Constitutional Law*, Tehran, Dadgostar (In Persian).
11. Pufendorf, Samuel (2009). *The Elements Of Universal Jurisprudence*, Liberty Fund.
12. Rawls, John (2000), *The Law of Peoples*, London: Harvard University Press
13. Schroder, Peter (2002). *Natural Law, Sovereignty and International Law: A Comparative Perspective*, In: *Natural Law And Civil Sovereignty, Moral Right And State Authority In Early Modern Political Thought*, Ian Hunter And David Saunders (Eds), Palgrave Mcmillan.
14. Sinclair, Ian (2002). "The Significance of The Friendly Relations Declaration", In: *The United Nations And The Principles Of International Law*, Vaughan Lowe And Colin Warbrick (Eds), London, Routledge.
15. Teson, Fernando (1998). *A Philosophy of international law*, Colorado: Westview.
16. Wells, Donald A. (2005). *The United Nations: States vs International Laws*, New York, Algora Publishing.

B) Articles

17. Dabagh, Soroush and Neda Nafari (2009), *Explanation of Goodness Concept in Good Governance*, *Journal of Public Administration*, Vol 1, Issue 3 (In Persian).

18. Gardbaum, Stephen, (2008). "Human Rights as International Constitutional Rights", *EJIL*, Vol 19, No 4.
19. Hall, Stephen (2001). "The Persistent Spectre: Natural Law, International Order And The Limits of Legal Positivism", *EJIL*, Vol 12, No. 2.
20. Jalali, Mahmoud and Amir Maghami (2012), THE FUNCTION OF INTERNATIONAL LAW IN THE PROCESS OF GLOBALIZATION OF LAW, *Law Quarterly*, Vol.41, Issue 3 (In Persian).
21. Kadkhodaei, Abbasali (2000), An Attitude towards the Structure of the Court of Justice and its role in the Union's solidarity, *Law Quarterly*, Issue 51 (In Persian).
22. Koskeniemi, Martti (1990). "The Politics of International Law", *EJIL*, Vol 1, No 4.
23. Kotzur, Markus (2012). "Overcoming Dichotomies: A Functional Approach to the Constitutional Paradigm in Public International Law", *Goettingen Journal of International Law* 4:2.
24. Macdonald, Ronald (1999). "The Charter of the United Nations in Constitutional Perspective", *Australian YBIL*, Vol 2.
25. Omid, Ali (2009), CONCEPTUAL EXPANSIONS OF SELF-DETERMINATION OF PEOPLES: FROM INDEPENDENCE OF COLONIAL TERRITORIES TO RIGHT OF DEMOCRACY FOR ALL, *Law Quarterly*, Vol. 38, Issue 2 (In Persian).
26. Oppenheim, L. (1908). "The Science of International Law: Its Task And Method", *AJIL*. 2.
27. Peters, Anne (2009), "The Merits of Global Constitutionalism", *Indiana Journal of Global Legal Studies* 16:2.
28. Prakash, Saikrishna (2010). "The Constitutional Status of Customary International Law", *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol 29, No 8.
29. Ranjbarian, Amir Hossein and Hassan Kamalinejad (2014), Teachings of the Prominent International Lawyers, *Quarterly of Studies of Comparative Law*, Vol 4, Issue 2 (In Persian).
30. Robert John Araujo, "International Law Clients: The Wisdom of Natural Law", *Fordham Urban Law Journal*, 2000, 28:6
31. Roth, Brad R (2012). "Sovereign Equality And Non-Liberal Regimes", *NYIL*, Vol. 43
32. Shahbazi, Aramesh (2012), Constitutionalism in International Community: Fact or Fiction?, *Quarterly of International Law Review*, Vol 29, Issue 46 (In Persian).
33. Shelton, Dinah (2006). "Normative Hierarchy In International Law", *AJIL*, Vol 100, No 2.
34. Thirlway, H. (1990). "The Law and Procedure of The I.C.J.", *BYIL*, 1990.
35. Vjeh, Mohammad Reza (2013), An Analysis of the Relations between Government and Legal Order, *Journal of Legal Studies*, Vol 5, Issue 1 (In Persian).
36. Zamani, Seyyed Ghasem (1998), The Status of Peremptory norm among the sources of international law, *International Law Review*, Vol 16, Issue 22 (In Persian).

C) Cases

37. ICJ Reports, 1986, CASE CONCERNING MILITARY AND PARAMILITARY

ACTIVITIES IN AND AGAINST NICARAGUA (NICARAGUA v. UNITED STATES OF AMERICA) JUDGMENT OF 27 JUNE 1986

38. ICTY, Decision On The Defence Motion For Interlocutory Appeal On Jurisdiction, Prosecutor V. DuskoTadic A/K/A "Dule", ICTY, 2 October 1995.
39. ICTY, Prosecutor v. Furundzija, No IT-95-17/1-T, para 153. (Dec, 10, 1998)
40. ECtHR, Case Of Jones And Others V. The United Kingdom, Judgement 14 January 2014.

