

نگاهی به آینده و چالش‌های اساسی حقوق بین‌الملل¹

تألیف: آندریا بیانچی

ترجمه: دکتر محمد شمسایی²

این گفتار به معرفی برخی چالش‌های اساسی - یا فرصت‌هایی - می‌پردازد که حقوق بین‌الملل در آینده‌ای نه چندان دور با آن‌ها مواجه خواهد شد این موارد عبارت است از تلاش بازیگران غیردولتی برای احراز شخصیت حقوقی بین‌المللی، لزوم یک فرایند مناسب قانون‌گذاری، مرزهای در حال تغییر قواعد حقوق بین‌الملل، بررسی صلاحیت قواعد درون‌شبکه‌ای و یا حقوق نرم برای قرار گرفتن در جایگاه قواعد حقوقی، مشکلات همیشگی ناشی از فقدان سازوکارهای اجرایی مشابه حقوق داخلی در حقوق بین‌الملل، پیشرفت‌های صورت گرفته در حوزه سازوکارهای مسئولیت، از جمله موارد قابل اعمال بر افراد و شرکت‌های چند ملیتی، پیچیدگی، تخصص‌گرایی و پراکندگی مراجع قضایی حقوق بین‌الملل و سرانجام پراکندگی مباحث نظری در حقوق بین‌الملل و پیامدهای عملی آن

مقدمه

هیچ‌کس به قطع نمی‌تواند آینده حقوق بین‌الملل را پیش‌بینی کند. در دوره‌ای که استفاده از این رشته برای درک روابط بین‌المللی روز به روز پیچیده‌تر می‌شود، ضریب خطای پیش‌بینی‌ها بالاتر خواهد بود³ در مقابل، سایر متخصصین این رشته، اخیراً در حقوق بین‌الملل را به «دوران فرلهستی شناسی» آن جشن گرفته‌اند⁴ این دیدگاه‌های متغیر نباید مانع توجه به تحولات شگرفی باشد که حقوق بین‌الملل

1. Andrea Bianchi, "Looking Ahead: International Law's Main Challenges", in *Routledge Handbook of International Law*, edited by David Armstrong, (New York: Routledge, 2009), pp. 392-409.

2. استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی.

3. Goldsmith and Posner, *MJIL* (2005), Vol. 23, pp. 143-90.

4. T. M. Franck (ed.) *Delegating State Powers: The Effect of Treaty Regimes on Democracy and Sovereignty*, Ardsley, NY: Transnational Publishers, 1995, p.6.

اخیراً تجربه کرده است اگر گمان برود که این تغییرات عمدتاً نتیجه غیرقابل پیش‌بینی بودن سیاست‌های بین‌المللی هستند، شاید خیلی سادگوارانه و یا حتی نادرست باشد. اصولاً ساختار و مطالبات متغیربندنه اجتماعی بر فهم ما از حقوق بین‌الملل و چگونگی کارکرد آن تأثیر چشمگیری می‌گذارد. ایده جامعه بین‌الملل تغییر کرده است. تبدیل ایده جامعه بین‌الملل به یک واقعیت^۵ می‌تواند به مثابه یکی از دستاوردهای متعدد حقوق بین‌الملل در دهه نود تلقی شود؛ دهه تحقق ایده حقوق کیفری بین‌المللی و نظام جهانی تجارت در میان دیگر موضوعات تعدد بازیگران حاضر در این عرصه، به همراه مشکل جای دادن آن‌ها در نظامی که هنوز عمدتاً به شکل دولت‌محور فعالیت می‌کند نیز قابل توجه است.

اگر لازمه ترسیم آینده حقوق بین‌الملل مکارگیری هنر طالعی باشد، به نظر می‌رسد روشن کردن چالش‌های اساسی پیش روی آن هر قدر هم دشوار، اما امری امکان‌پذیرتر است. مشکل چالش‌ها این است که کسی از قبل نمی‌داند که آیا آن‌ها بروز خواهند کرد و اگر چنین است به چه صورت؟ با این حال، بررسی این چالش‌ها و تغییرات اجتماعی یکی از روش‌های راهبری توسعه حقوق بین‌الملل است. چنانچه حقوق و ساختار اجتماعی بنیادین آن شہت در هم تنیده باشند، چگونگی تصور یا برداشت ما از حقوق و ماهیت واقعی آن، منفک از یکدیگر نخواهند بود، چرا که حقوق موجودیتی محسوس‌شده که متمایز از نحوه برداشت ما از آن باشد به همین علت با روشن کردن چالش‌های فراروی حقوق بین‌الملل، افراد ناگزیر دیدگاه‌های خود را در رابطه با ماهیت آن آشکار کرده، احساس (یا آرزوی) خود را درباره مسیری که حقوق بین‌الملل در پیش گرفته است، بیایی کنند.

تلاش برای ورود ادعاهای بازیگران غیردولتی

روی‌کرد اثبات‌گرایی سنتی در حقوق بین‌الملل، نظریه جامع و کاملی در خصوص تابعان حقوق بین‌الملل ارائه می‌کرد که براساس آن، شمار محدودی از موجودیت‌ها، عمدتاً کشورها، دارای حقوق و مسئولیت بین‌المللی می‌شدند. مفهوم شخصیت حقوقی بین‌المللی برای توصیف موجودیت‌هایی به کار می‌رفت که «نظام حقوقی به آن‌ها موقعیتی اعطا کرده بود تا بتوانند وارد عرصه حقوقی شوند».^۶ از ریشه‌یابی واژه‌ها برمی‌آید که تنها اشخاصی که در نظام حقوقی مستقیماً فارغ از سایر موجودیت‌های حاضر در عرصه ایفای نقش می‌کنند، می‌توانند وارد عرصه شوند. گروه دوم می‌تواند از مسائل مورد توجه جامعه‌شناسان و علمای علم‌سیاست باشد، اما ارتباطی با تحلیلهای حقوقی ندارد.

5. De Visscher, C., *Théories et Réalités en Droit International Public*, 4th edn, Paris, A. Pedone, (1970) p.123.

6. Cheng, B., "Introduction to Subjects of International law", in M. Bedjaoui (ed.), *International Law: Achievements and Prospects*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, (1991) p.24.

این سؤال که «تابع کیست؟» در یک نظام کاملاً دولت‌محور که در آن، دولت‌ها امتیاز انحصاری وضع قانون، قضاوت قانونی و فرآیند اجرای قانون را در اختیار دارد پاسخ روشنی دریافت کرده است.^۷ در یک روش نسبتاً مرسوم، شاخصه‌های شخصیت حقوقی موج‌ودیت‌های حقوق بین‌الملل با در نظر گرفتن صلاحیت برخی موجودیتها جهت انجام وظایفی همچون تبادل هیئت‌های دیپلماتیک یا انعقاد معاهدات تعیین می‌شد که این وظایف نیز مشخصاً از امتیازات مخصوص دولت‌ها بود.^۸ البته همواره استثنائاتی می‌تواند وجود داشته باشد که ویژگی‌های آن‌ها هیچ تهدید برنامه‌ریزی شده‌ای به حساب نمی‌آید.^۹ در طول زمان، سازمان‌های بین‌المللی نیز به چندین روش به عنوان تجلی مستقیم اراده کشورها از شخصیت حقوقی بخوردار شدند و همچنین نظر مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه جبران خسارات راه را برای نسبی‌سازی دکترین تابعان (حقوق بین‌الملل) و تطبیق آن با مطالبات جدید جامعه بین‌المللی هموار ساخت.

هرچند تمایل صاحب‌نظران به استدلال در چارچوب «تابعان» و شخصیت حقوقی بین‌المللی است، اما اصطلاح «بازیگر» که از زبان علم سیاست به عاریه گرفته شده، در مناظرات معمول حقوقدانان بین‌المللی جایگاهی را به خود اختصاص داده است از دیدگاه نظری، بازیگران غیردولتی کمتر مورد توجه بودند. از این رو، با وجود این، عدم تمایل حقوقدانان بین‌المللی در ارائه یک اسلوب نظری برای دکترین بازیگران قابل درک است در واقع، این امر موضوعی است که در محل تلاقی نظریه و عمل، حقوق و سیاست قرار گرفته و موضع اتخاذی احتمالاً بر سایر موارد اصلی همچون قانونگذاری و اجرای قانون نیز تأثیر خواهد داشت به گفته جان کلابرز «دکترین تابعان میان منابع و ماهیت تفکیک قائمی می‌شود: از طریق این دکترین، تخصیص بین‌المللی ارزش‌ها انجام می‌شود و همان‌گونه که هر دانشمند علم سیاست می‌داند، تخصیص مقتدرانه ارزش‌ها از اساسی‌ترین کارکردهای سیاسی است».^{۱۰}

تعمق در خصوص مفهوم بازیگران غیردولتی، چالش‌های زیادی را در بر دارد. بررسی دانش‌واژه‌ها ممکن است این سؤال را به همراه داشته باشد که آیا این اصطلاح صرفاً نوعی معنای توصیفی برای در بر گرفتن بازیگران غیردولتی است، یا مربوط به وضعیت منحصر به فردی می‌شود که توسط نظم حقوقی بین‌المللی به رسمیت شناخته می‌شود و معنای حقوقی خاصی را نیز در بر خواهد گرفت.

7. Weil, P., "Le droit international en quête de son identité: cours général de droit international public", RC, 237, (1992), p.122.

8. Cheng., *op. cit.*, p.38.

9. Arangio-Ruiz, G., "On the Nature of the International Personality of the Holy See", RBDI, 29, (1996), 354-69.

10. Klabbers, "(I can't get no) Recognition: Subjects Doctrine and the Emergence of Non-State Actors", in J. Petman and J. Klabbers (eds) *Nordic Cosmopolitanism. Essays in International Law for Martti Koskenniemi*, Leiden/Boston, MA: Martinus Nijhoff Publishers, (2003), p. 369.

واقع بمرغم استفاده روزافزون از اصطلاح «بازیگران غیردولتی»، در آثار موجود هیچ‌گونه اسلوبی ایجاد نشده است که بتواند به گونه‌ای مطلوب از دیدگاه نظری نقش آن‌ها را در حقوق بین‌الملل معاصر تبیین کند.

از این رو، دکتربین تابعان در مقابل هرگونه تلاشی جهت بازنگری مقاومت‌مکرده و به‌عنوان سنگ بنای تحلیل‌های حقوقی اثبات‌گرا^{۱۱} باقی مانده است. هنوز هم در اکثر کتب و رساله‌ها، بخشی در رابطه با تابعان حقوق بین‌الملل وجود دارد و وحدت نظام نیز با نفی وجود هرگونه پارادایم یا مکتب علمی جدیدی که در این بین از نظریه‌های سنتی فاصله گرفته و دارای چارچوب‌های تحلیلی نوین و اصول کاملاً متفاوتی هستند، حفظ شده است. ارزش رویکردهای جامع‌شناختی نسبت به حقوق بین‌الملل در آنجا است که بیان می‌دارد اساس و ساختار نظام حقوقی بین‌المللی از یک سو و تابعان و یا بازیگران آن از سوی دیگر، «تأثیر متقابلی» بر یکدیگر دارند. نظریه‌های ساختارگرا در زمینه روابط بین‌الملل بیانگر این امر هستند که تعامل میان بازیگران مختلف، شالوده نظام را شکل می‌دهد و ساختار است که هویت، منافع و مطالبات بازیگران را در یک فرایند اثرگذاری متقابل شکل می‌دهد.^{۱۲}

این که در چه زمانی و چه گونه اصطلاح بازیگران و شرکت کنندگان وارد عرصه حقوق بین‌الملل شد، محل بحث است. قطعاً نقد روزالین هیگینز از نظریه سنتی تابعان و دفاع از مفهوم شرکت کنندگان در فرایندهای تصمیم‌گیری بین‌المللی در مشروعیت بخشیدن به این اصطلاح جدید تأثیر بسزایی داشته است. این بحث که با تفسیر و تحدید واقعیت حقوق بین‌الملل در اصطلاحات «تابعان» و «اهداف»، «ما نوعی زندان ذهنی برای انتخاب خود بناکرده و سپس از آن به‌عنوان یک محدودیت تعیین‌ناپذیر نام بردیم»^{۱۳} از مقبولیت زیادی برخوردار است؛ چرا که به نظر نمی‌رسد تمیز بین این دو هیچ‌گونه هدف کاربردی خاصی را در برداشته باشد با این حال، بعید است که این نظر بتواند اثبات‌گراها را متقاعد کند، اثبات‌گراهایی که معتقدند «چنانچه نخواهیم کل نظام حقوق بین‌الملل زیر سؤال برود» باید دکتربین برابری حاکمیت و دکتربین تابعان را بپذیریم^{۱۴} چگونه درک هر فرد از حقوق بین‌الملل در نحوه پاسخ دادن به «چه کسی این حقوق را وضع می‌کند» و این که «تابعان حقوق چه کسانی هستند»، نمایان می‌شود. در حقیقت در نظر گرفتن حقوق بین‌الملل به‌عنوان مجموعه‌ای از قواعد حاکم بر اجتماع کشورها و یا به‌عنوان فرایندی قانونی در اجتماعی که در آن

11. Positivism

12. Arend, "Do Legal Rules Matter? International Law and International Politics", *VJIL*, 38 (1998) pp.107-53; Mertus, J., "Considering Non-State Actors in the New Millennium: Toward Expanded participation in Norm generation and Norm Application", *NYUJILP*, 32, (1999-2000), pp.537-66.

13. Higgins, R., (Problems & Process: International Law and How We Use It, Oxford: Clarendon Press, (1994), p.49.

14. Dupuy, P. M., "Comments", in M. Byers and G. Nolte (eds), *United States Hegemony and the Foundations of International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, (2003), p.179.

«اعضای مختلفی وجود دارند که مطالبات خود را در چارچوب حدود تعیین شده توسط دولت‌ها و با هدف ارتقای ارزش‌های متفاوت عنوان می‌کنند»^{۱۵} نظر واحدی نیست و استفاده از دانش‌واژه‌های (ترمیولوژی) متفاوت به‌سختی می‌تواند تفاوت‌های فکری اساسی موجود در نظام حقوقی بین‌المللی را از نظر پنهان کند به نظر می‌رسد در وضعیت نابسامانی که ظاهرآدر آن دکتربین تابعان و یا بازیگران مطرح است تلاش برای نزدیک کردن این دیدگاه‌های مختلف به منظور سازش آن‌ها با یکدیگر، تنها به استقرار و ثبات این وضع نابسامان کمک می‌کند.

بسیاری از صاحب‌نظران بر ناکارآمدی دکتربین تابعان در ارائه تصویری روشن از حقایق موجود تأکید کرده‌اند. تأکید اصلی متوجه ساختارهای اجتماعی در حال تغییر اجتماع بین‌المللی و لزوم توسعه ابزارهای مفهومی وین متناسب با آن‌ها است. بسیاری از نویسندگان بر عدم کفایت دکتربین تابعان تأکید داشته‌اند. نکته کلیدی در تمام این انتقادات تأیید این امر است که ساختار اجتماعی اجتماع بین‌المللی در حال تغییر بوده، ابزارهای مفهومی نوین متناسب با آن‌ها لازم است. دیدگاه خودمدارانه حاکمیت دولت‌ها به عنوان عنصر اصلی اجتماع بین‌المللی کشورها باید راه را برای اظهارنظرهای اخیر نیروهای اجتماعی بگشاید، نیروهایی که اجتماعی وسیع را تشکیل داده‌اند که اعضای آن «ارزش‌ها، هویت‌ها و وظایفی متمایز از مرزهای جغرافیایی دولت‌ها دارند».^{۱۶} «استدلال دولت نماینده لیبرال و مفاهیم رضایت‌محور حقوق بین‌الملل»^{۱۷} اجازه تجدیدنظر در این باره را که دولت‌ها تنها تابعان نظام حقوقی بین‌المللی هستند نمی‌دهد و بدین ترتیب «موجب تفکیک میان نظریه و عمل و در نتیجه بحران مشروعیت می‌شود».^{۱۸} بسیار واضح است که بهرغم تلاش‌های فرانک برای وارد کردن مشروعیت به واژگان حقوق بین‌الملل،^{۱۹} حقوق‌دانان اثبات‌گرا در تخصیص معنای حقوقی دقیق و مناسبی به این اصطلاح ناتوانند به هر حال، این واژه در این بافت، معنای مشخصی دارد چنانچه شرکت‌کنندگان در فرایندهای حقوقی بین‌المللی نتوانند انعکاس فعالیت‌های اجتماعی خود را در حقوق مشاهده کنند، قدرت حقوق یا ادعای حقوق برای اعمال قدوم‌یافته گرفته خواهد شد.^{۲۰} این‌که آیا راحل، در نسبی کردن تابعان است و یا در موضوعیت دادن به بازیگران، همچنان مورد

15. Higgins, *op.cit.*, p.50.

16. McCorquodale, R., "Beyond State Sovereignty: the International Legal System and Non State Participants", RCDI, 8, (2006), p.149.

17. Cutler, A. C., "Critical Reflections on the Westphalian Assumptions of International Law and Organization: a Crisis of Legitimacy", RIS, 27, (2001), p.150.

18. *Ibid.*, p. 147.

19. Franck, *op.cit.*

20. Cutler, *op.cit.*.

بحث و اختلاف نظر باقی مانده است^{۲۱} حرکت دائمی از موارد اصولی به موارد توصیفی، فرد ناظر را مسخ کرده، این سؤال را به ذهن وی متبادر می‌کند که آیا واقعیت پیش رو می‌تواند پاسخگوی آنچه وی در جستجوی آن است باشد یا خیر. در واقع، تفکیک بین نظریه و عمل و کشش موجود بین نگرش‌های مختلف به یک واقعیت، از نشانه‌های وجود مشکلی کلی‌تر است که بر حقوق بین‌الملل تأثیر می‌گذارد. «دیپلماسی فرمها»^{۲۲} مدت‌های مدیدی است که کارکرد خود را از دست داده و جای خود را به اظهارات مفصلی داده که به ارائه تعاریفی متفاوت از واقعیتی واحد می‌پردازند اگر اذعان شود که حقوق بین‌الملل طی دهه‌های اخیر به صورت قابل ملاحظه تغییر کرده، لزوم تجدیدنظر در برخی از اصول اساسی آن، راهل واضحی به نظر می‌رسد. اجتماع بین‌المللی معاصر نیازمند بازنگری است دیگر این‌گونه نیست که جامعه بین‌المللی معاصر، به مثابه فراهم‌کننده زمینه‌ای برای اجرای حقوق بین‌الملل، صرفاً بر موجودیت کشورها پافشاری کند و ناگزیر روش شمول و یا استثنا که نظریه سنتی تابعان مبتنی بر آن جهت حفظ وحدت نظام به شکل سخت‌گیرانه‌ای به کار برده شود. هنوز یک چارچوب مفهومی جایگزین، ایجاد نشده و زبان سایر رشته‌های موجود جهت ایجاد نوعی سازش و تطابق موقتی به عاری گرفته شده است. این که شرکت‌کنندگان باید «مشروع» و «مسئول» باشند، امری است که برای بسیاری از حقوق‌دانان اثبات‌گرا، موضوعی کم‌اهمیت به شمار می‌رود و با این حال به نظر می‌رسد که به جزئی از بدنه اصلی حقوق بین‌الملل تبدیل شده باشد

حقوق بین‌الملل بلره L ثابت کرده که برای تطبیق با تغییرات، انعطاف کافی دارد. حقوق

بین‌الملل از بسیاری جهات همچون «پروژه‌های عملی» است که تمایل دارد در عمل خود را با پیشرفت‌ها و تحولات اجتماعی و هنجاری وفق دهد شاید بتوان بدرستی گفت که تلاش برای تمی بین تابعان و بازیگران به ندرت متضمن یک هدف کاربردی است. به هر حال اگر تصور شود که دانش‌واژه در این زمینه بی‌اثر است و دست‌بندی‌های مفهومی اساسی آن حتی ممکن است اهداف متفاوتی را مد نظر قرار دهند، امری سادفکارانه است در واقع، همان‌طور که آستون بدرستی متذکر شده است «اصطلاح منفی و دارای حسن تعبیر» بازیگران غیردولتی نمی‌تواند به دلیل کاستی‌های زبانی ایجاد شده باشد بلکه ممکن است برای «تأیید این فرضیه به کار گرفته شده باشد که دولت‌ها نه تنها بازیگران اصلی این عرصه هستند بلکه بازیگران اصلی و محوری هستند که سایر موجودیت‌ها حول آن‌ها می‌چرخند»^{۲۳} مناظره نظری در خصوص تابعان و یا بازیگران نتوانسته نزع قدرت برای پذیرفته شدن به‌عنوان یکی از شرکت‌کنندگان مشروع فرایندهای حقوق بین‌المللی را از نظر پنهان

21. Bianchi, "Relativizing the Subjects or Subjectivizing the Actors: Is That the Question?", in A. Bianchi (ed.), *International Law and Non-state Actors*, Aldershot: Ashgate, (2009).

22. Schlag, P., "The Problem of the Subject", TLR, 69, (1991), p.1742.

23. Alston, P., "The 'not-a-cat' Syndrome: Can the International Human Rights Regime Accommodate Non-state actors?", NSAHR, *Collected Courses of the Academy of European Law* 13, (2005), p.3.

کند. ناگزیر این گذر زمان تعیین خواهد کرد چه کسی برنده پیکار برای ورود خواهد بود

وضع قانون و نیاز به یک قانون عام

به نظر می‌رسد مهم‌ترین چالش در زمینه وضع قانون، فقدان سازوکارهای مناسب برای قانونگذاری عام است. از یک سو، به نظر می‌رسد که در صورت نیاز به یک واکنش اصولی مناسب، سازوکار قانونگذاری عام وجود ندارد^{۲۴} انعقاد معاهدات چندجانبه جریانی طولانی و طاقت‌فرسا را به دنبال دارد و در نهایت نیز، توانایی آن‌ها در تبدیل به یک قانون عام، بستگی به شمادولتهایی دارد که معاهده مزبور را به تصویب می‌رسانند با توجه به مدت زمانی که دولت‌ها برای تصویب معاهدات براساس مقررات حقوق اساسی داخلی خود بدان نیاز دارند، به نظر می‌رسد که در اجتماعی متشکل از حدود 200 کشور، سودمندی معاهدات چندجانبه پایین باشد به همین صورت، حقوق عرفی - حداقل در معنای سنتی آن- نیز قادر به ایجاد قواعد عام‌الشمول برای واکنش سریع در مقابل تغییرات و نیازها نیست. صرف نظر از این که کدام نظریه مربوط به عرف مد نظر باشد، یک رویه کلی و نیز اعتقاد حقوقی باید احراز شود. به همین علت در هر جا که وضعیتی خاص، تنظیم فوری قواعد را بطلبد، سازوکارهای مختلفی مورد نیاز است. اخیراً شورای امنیت با اعمال صلاحیت شبه قانونگذاری، از اختیارات صریحی که طبق منشو به آن مقام واگذار شده بود فراتر رفت و بطبق فصل هفتم منشور، تعهداتی بر دوش اعضا گذاشت تا بتواند در مقام پاسخگویی به نیازهای بدنه اجتماعی باشد^{۲۵} خواه این اقدام شورا از لحاظ مشروعیت و همسویی با قانون درست بوده باشد یا نادرست، دولت‌ها به‌طور گسترده بر این عقیده بودند که باید بی‌درنگ واکنشی اصولی در سطح عمومی نسبت به تروریسم بین‌المللی صورت گیرد در واقع شورای امنیت تنها رکنی بود که می‌توانست با تفسیر موسع و گنوده از اختیارات خود در زمینه تلمین و حفظ صلح و امنیت بین‌المللی، چنین واکنش سریعی را از خود نشان دهد. این که نه مجمع عمومی و نه خود دولت‌ها مخالفتی در رابطه با صدور قطعنامه 1373 ابراز نداشتند حائز اهمیت است تلاش‌های بعدی شورای امنیت در مقام قانونگذاری با مخالفت‌ها و اعمال شروط چندی در تأیید قطعنامه 1540 از سوی کشورها مواجه شد هر از چند گاهی خودسری‌های شورای امنیت می‌تواند مورد انتقاد واقع شود، اما تلاش‌های این رکن در جهت ایجاد قواعد عام، راهی جهت پرکردن خلأ موجود در قانونگذاری عام بین‌المللی است.

چالش دیگر مربوط به تلاش در جهت بازنگری فریلند قانونگذاری عرفی است. پیشرفت‌های اخیر

24. Bianchi, A., "Enforcing International Law Norms Against Terrorism: Achievements and Prospects", in A. Bianchi (ed.) *Enforcing International Law Norms against Terrorism*, Oxford: Hart Publishing, (2004), pp.515-518.

25. Bianchi, A., "Assessing the Effectiveness of the UN Security Council's Anti-Terrorism Measures: the Quest for Legitimacy and Cohesion", *EJIL*, 17, (2006) p.889.

بیش از پیش مؤید این امرند که به سختی می‌توان دکترین سنتی دوگانه‌گرایی عرف را پذیرفت. به موجب این دکترین، قواعد عرفی باید براساس عناصر رویه عمومی یا تکرار مستمر و انعقاد حقوقی احراز شوند از این رو لازم است که موضوع چالش برانگیز چگونگی ایجاد قواعد عرفی از نو بررسی شود در برخی حوزه‌های حقوق بین‌الملل، دکترین دوگانه‌گرایی به شدت زیر سؤال رفته است به عنوان مثال در خصوص حقوق بشردوستانه بین‌المللی برخی معتقدند در جایی که «قواعد انسانی و وجدان جمعی» از وجود یک قاعده حمایت می‌کنند دیگر نیازی به تکرار یک عمل وجود ندارد^{۲۶} این نوع اتکا بر اعتقاد حقوقی، عاری از پیامدهای عملی نیست. این امر تقریباً به بسط برخی هنجارهای کیفری بین‌المللی به ضرر اصل قانونی بودن جرم منجر شده است شواهد موجود در این زمینه را می‌توان در رویه دیوان بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق دنبال کرد. بررسی قضیه گالیچ^{۲۷} نشان می‌دهد که حتی در صورت فقدان یک رویه عام، منع تروریسم می‌تواند به عنوان یک قاعده عرفی بین‌المللی پذیرفته شود این حکم دیوان بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق که با مخالفت شدید برخی از قضات مواجه شد، گواه این امر است که اثبات عرف در بعضی موارد و از سوی برخی مقامات قضایی بین‌المللی می‌تواند تا حد بسیار زیادی از معیارهای سنتی به کار گرفته شده از سوی دیوان بین‌المللی دادگستری که مورد پذیرش گسترده دکترین حاکم نیز بوده، فاصله بگیرد.

چنین ملاحظاتی در رابطه با قواعد عرفی بین‌المللی حاکم بر توسل به زور نیز مطرح است. همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، اقدامات اخیر به طور قابل ملاحظه قواعد منشور سازمان ملل را تحت فشار قرار داده و ادعاهای مختلف خوانشی موسع از مقررات منشور یا توسل به حقوق بین‌الملل عرفی را مقابل مقررات منشور طلب کردند. دو نمونه رویه اخیر که به بهترین شکل فشار موجود بر قواعد حقوقی بین‌المللی در خصوص توسل به زور را نشان می‌دهد، مداخله نظامی کشورهای عضو ناتو در کوزوو و اشغال نظامی عراق به رهبری ایالات متحده است همان‌گونه که بعداً هم اشاره خواهد شد، توسل به زور در کوزوو بر مبنای مداخله بشردوستانه توجیه شده توجیهی که یقیناً خارج از چارچوب منشور است. در خصوص عراق نیز ایالات متحده در طول زمان، توجیهات متعددی را ارائه کرده که مهم‌ترین آن‌ها دفاع مشروع پیشگیرانه بوده است توسل به زور در سایر موارد نیز با بحث‌های زیادی مواجه بوده است، از مداخله در افغانستان در ۲۰۰۱ و حمله رژیم صهیونیستی علیه لبنان در سال ۲۰۰۶ گرفته تا وقایع کم‌اهمیت‌تری نظیر بمباران وابستگان ادعایی القاعده در سومالی در ژانویه ۲۰۰۷ توسط ایالات متحده که بسیاری از مسائلی حل نشده باقی مانده‌اند آیا توسل به زور علیه گروه‌های تروریستی در قلمرو سایر دولت‌ها مجاز است؟ آیا دولتی می‌تواند اقدام به دفاع مشروع پیشگیرانه کند؟ در این صورت در چه اوضاع و احوالی مجاز به انجام چنین اقداماتی است؟ در واقع پرسش‌های

26. Cassese A., *International Law*, 2nd edn, Oxford: Oxford University Press, (2005), p.160, *et seq.*

27. Galic

مطرح در این حوزه بیش تر حول محتوای این حقوق، نحوه شکل گیری قانونی آن و نحوه احراز و اثبات آن است.

مشکل بتوان چنین نمونه‌هایی را به عنوان حقوق بین الملل عرفی در نظر گرفت بین چنگ چنین نمونه‌هایی از اعمال دولت‌ها را که در آن‌ها شرط زمان و عمومیت داشتن از عناصر ثانوی تلقی می‌شوند، «حقوق عرفی آنی» می‌خواند^{۲۸} بنابراین قواعد عرفی حاکم بر فعالیت‌های دولت‌ها در فضای ماورای جو «به‌طور آنی» شکل گرفته است، چرا که دولت‌هایی که از ظرفیت فنی لازم برای انجام چنین فعالیت‌هایی برخوردارند از این اصول رفتاری حمایت می‌کنند البته همان گونه که چنین به درستی بدان اشاره کرده است،^{۲۹} باید به این نکته ظریف نیز توجه داشت که شاید بین چنگ تنها به این خاطر از اصطلاح «آن‌ی» استفاده کرده است که اعمال مذکور عرف نبودند. به هر صورت به نظر می‌رسد سازوکارهای سنتی قانونگذاری عام در حقوق بین الملل با توجه به تغییر مطالبات اساسی نظام حقوقی بین المللی، نیازمند بازنگری است. جاناتان چارنی به درستی بر ضرورت ایجاد سازوکارهای نوین خلق معیارهای جهانی تأکید کرده و در نظر گرفتن شرایط جدیدی که از طریق آن دولت‌ها بتوانند آزادانه به بیان نظرهای خود در عرصه بین المللی بپردازند مورد تأکید قرار داده است^{۳۰} باید پذیرفت که تعویق ارزیابی قانونی بودن اعلی انجام شده به واکنش بعدی جامعه بین المللی این خطر را در پی خواهد داشت که بیش از حد به شرایط وابسته شوندبا این حال، این رویکرد از مزیت دعوی یکجانبه توجه به ویژگی‌های نهفته در ساختار قانونگذاری عرفی، که همانا شکل گیری قانون پس از در نظر گرفتن تبعات آن در مقابل هدف است، برخوردار است. این مطالبات ممکن است پذیرفته، رد یا به‌طور ضمنی مورد پذیرش قرار گیرند و بدین ترتیب منجر به تأیید قانون موجود یا اصلاح آن گردند این واقعیت که ادعای دفاع مشروع پیشگیرانه، که عمدتاً نه فقط از سوی ایالات متحده برای توجیه مداخله نظامی در عراق مطرح شده، مورد پذیرش قرار نگرفته است در ارزیابی وضعیت کنونی قانون راجع به توسل به زور به نتیجه نیست پذیرش ضمنی مداخله نظامی در کوزوو نیز مسیر را برای پیشرفت‌های بیش تر هموار ساخته که ممکن است حصول نوعی توافق همگانی در خصوص قانونی بودن برخی جنبه‌های مداخله نظامی در موقعیت‌های خاص، که در آن نقض‌های گسترده حقوق بشر ببلد متوقف شوند را به همراه داشته باشد به علاوه در وضعیت نامشخص کنونی که عملاً هرگونه استدلالی می‌تواند برای توجیه توسل به زور مطرح گردد، استفاده از همین روش‌شناسی برای بازسازی محتوای قانون به دور از احتمال نیست

28. Cheng, B., "United Nations Resolutions on Outer Space: 'Instant' International Customary Law?", *IJIL*, 5, (1965), pp. 23-48.

29. Jennings, R. Y., "What is International Law and How Do We Tell It When We See It?", in *The Cambridge Tilburg Law Lectures*, Deventer: Kluwer, (1980), p. 742.

30. Charney, J. I., "Universal International Law", *AJIL*, 87(4), (1993), pp. 529-61.

تلاش برای بسط مفهوم دفاع مشروع بیش از حدود مجاز آن به قیمت آسیب رساندن به اعتبار حقوق بین‌الملل، نشان‌دهنده عدم کارایی قواعد موجود و نیز روش‌های به کار گرفته شده برای تعیین محتوای این حقوق است. به تصویر کشیدن نمونه‌هایی از نقض به زور، مثل حملات هوایی ایالات متحده به افغانستان، سودان و عراق در دهه 1990 به منزله دفاع مشروع و نه اقدام تلافی‌جویانه مسلحانه، نوعی تظاهر به طرفداری از حقوق بین‌الملل به نظر می‌رسد. چنانچه حقوق حقایق اجتماعی را که از آن‌ها نشأت گرفته پیچیده‌تر کند، آنگاه به بی‌اعتباری و عدم صلاحیت کنترل فرایندهای اجتماعی که قصد قاعده‌مند کردن آن‌ها را دارد محکوم است. به نظر می‌رسد کنار گذاشتن یک رویکرد شکل‌گرایانه به حقوق و توسل به یک طرح ضابطه‌فدکننده که اعمال اخیر را نیز مد نظر قرار دهد، احترام به حقوق را افزایش داده، از تأیید زورطلبی‌هایی که در اوضاع نابسامان و مبهم کنونی رونق یافته‌اند، ممانعت به عمل می‌آورد. جای تأسف دارد که دیوان بین‌المللی دادگستری بلجیجود نقش بسزایی که در توسعه حقوق بین‌الملل دارد، هنوز نتوانسته موضع جدی در رابطه با توسل به زور اتخاذ کند. به نظر می‌رسد دیوان با رتبه‌بندی موضوعات، ناشیانه به مهم‌ترین موارد چالش‌برانگیز پرداخته و با دقت بسیار از راهنمایی بازیگران بلجیجوداری کرده است.

مرزهای در حال تغییر قواعد حقوق بین‌الملل

همان‌گونه که جرالدفیتز موریس بیان کرده است: «اگر در نظام‌های حقوقی داخلی اغلب درخصوص این‌که چه مواردی قانونی‌اند تردید وجود دارد، در حقوق بین‌الملل علاوه بر این، بر سر این‌موضوع نیز تردید وجود دارد که حقوق (بین‌الملل) چیست؟»³¹ در واقع، مشکل شناسایی قواعد معادل قرار دادن یک عنصر نامعلوم در قلب حقوق بین‌الملل است.³² به هر شکل، این یک پدیده جدید است حتی در زمانی که اثبات‌گرایی تقریباً تنها چارچوب نظری غالب بود، برخی از برجسته‌ترین صاحب‌نظران این رشته با دیدی انتقادی به موضوع منابع پرداختند و به تفاوت‌های آن با نظام‌های حقوقی داخلی اشاره کردند برخلاف نظام‌های حقوقی داخلی که در آن‌ها وضعیت منابع از پیش در قواعد قانون اساسی تعیین شده و به راحتی قابل تشخیص هستند، فقدان یک نظام مرکزی و طبقه‌بندی شده از منابع در حقوق بین‌الملل کار را دشوارتر کرده است.

براساس دیدگاه سنتی که از منابع مندرج در ماده 38 اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری نشأت گرفته است، اصول حقوق بین‌الملل به دو دسته واجد الزام قانونی و فاقد الزام قانونی تقسیم شده‌اند. به ویژه هر آنچه در حیطه معاهدات، عرف و یا اصول کلی حقوقی قرار نگیرد خارج از قواعد

31. Fitzmaurice, G., "The Future of Public International Law and of the International Legal System in the Circumstances of Today", Special Report, *Annuaire IDI, Livre du Centenaire*, (1973), p. 251.

32. Higgins, *op.cit.*, p.17.

حقوق بین‌المللی تلقی می‌گردد رویکرد کنونی در خصوص قواعد، همچنان مبتنی بر پارادایم‌های حقوق سخت و یا نرم و اصول واجد یا فاقد الزام حقوقی است. اگرچه چنین پارامترهایی هنوز هم چارچوب اصلی منابع را تعیین می‌کنند، اما نمی‌توانند به شکلی رضایت‌بخش پدیده قواعد در حقوق بین‌الملل را توجیه کنند. کافی است نگاهی به رویه قضایی بین‌المللی بیندازیم تا دریابیم که این پارادایم‌ها چندان هم صریح و درست نیستند و نحوه اتخاذ تصمیمات و صدور آرا در دادگاه‌ها همیشه در تبعیت کامل از آن‌ها نیست.

قاعده‌مندی نسبی با پیشگامی پروسپر ویل در نگارش مقاله‌ی در اوایل دهه 1980 آغاز شد که وی در آن در خصوص قاعده‌مندی نسبی حقوق بین‌الملل به‌وضوح هشدار داده بود³³ این اقدام ویل بحث و مناظره‌های بعدی را شکل داد و موجب شد تا حقوقدانان بین‌المللی هم به همین صورت به موضوع بنگرند و پیش از هر چیز، تفاوت بین حقوق سخت و نرم مطرح شده‌مان‌طور که ابی صعب به‌درستی اظهار داشته است³⁴ تعبیر حقوق نرم³⁵ هنگامی که در رابطه با یک قاعده حقوقی³⁶ به‌کار می‌رود خالی از ابهام نیست (یعنی: یک قاعده حقوقی نرم). به‌عنوان مثال، بسختی می‌توان به قاعده مندرج در یک معاهده به صورت درست و مقید که بیان می‌دارد دولتی هیچ تعهدی به عهده نخواهد داشت قدرت اجرایی داد، صرف‌نظر از طبع الزام‌آور سندی که دربردارنده آن است و یا واژه حقوق نرم می‌تواند در خصوص سند حقوقی نرمی به کار برده شود که حاوی یک قاعده استبه‌عنوان مثال، یک قاعده قطعنامه مجمع عمومی می‌تواند اثر حقوقی خود را از اهمیت سندی که در آن ذکر شده و یا از فرایند رأی‌گیری به دست بیاورد، اما همچنان فاقد الزام قانونی باشد

این تمایز همچنین می‌تواند در کنار گذاشتن اصولی که فاقد اثر الزام‌آور هستند با این توجیه که اساس قواعد حقوقی، الزام‌آور بودن آن‌ها است مورد استفاده قرار گیرد³⁷ یا در تمیز بین ویژگی الزام‌آور بودن و تأثیر حقوقی یک اظهار نظر تجویزی که دو عنصر متفاوت، به کار گرفته شود. این رویکرد بین این دو سؤال که چه چیزی یک قاعده را ایجاد می‌کند و این که آیا قواعد دارای الزام حقوقی هستند یا نه، قائل به تفکیک می‌شود؛ بدین صورت که بیان می‌دارد اگرچه برخی قواعد فاقد الزام حقوقی هستند، با این حال آن‌ها اغلب در عمل از قواعد مشابهی که الزام حقوقی دارند مؤثرتر هستند و این نمونه‌های «حقوق نرم» به اندازه قواعد الزام‌آور حقوقی در رسیدگی و پاسخ به نیازهای جامعه بین‌المللی مؤثرند.

این تفاوت‌ها آن‌گونه که باید واضح نیستند و حقوق‌نرم ممکن است در محیط‌های ناهمگون نیز

33. Weil, P., "Towards Relative Normativity in International Law?", *AJIL*, 77, (1983), pp. 413-42.

34. Abi-Saab, G., "Cours général de droit international public", *RC*, 207(VII), (1987), pp. 206 *et seq.*

35. Soft Law

36. Norm

37. Klabbbers, J., "The Undesirability of soft law", *NJIL*, 67, (1998), pp. 381-91.

ارتباط پیدا کنند همچنین ممکن است مراحل مقدماتی توسعه حقوق بین‌المللی سخت‌تر خواه به شکل معاهده و خواه به شکل عرف را فراهم کنند و یا مدلی برای قانونگذاری داخلی باشن و از طریق قواعد مستمر به تهیه معیارهای هنجاری جهت اجرای معاهده یا عرف پردازن و با ارائه تفسیر به مباحثات مبتنی بر حقوق سخت‌اقتدار بیشتری بدهند در کل باید برای فهم بهتر عملکرد حقوق نرم تلاش کرد. همان‌طور که افزایش ارجاع دولت‌ها به حقوق نرم نشان می‌دهد، باید پذیرفت که این حقوق بسیاری از نیازهای کارکردی مهم موجود در نظام را بر طرف می‌سازد. در نظر گرفتن حقوق نرم به‌عنوان گونه‌ای از آسیب‌شناسی هنجاری ارتباط کمی با واقعیت‌های موجود در روابط بین‌المللی دارد این حقوق می‌تواند به‌عنوان نشان‌هایی از بلوغ نظام و جزئی از «حقوق بین‌الملل فرا ابتدایی» محسوب شود³⁸ در واقع، تمام جوامع پیشرفته با پدیده «پیچیدگی فضای هنجاری» آشنایی دارند تصمیم‌گیرندگان داخلی اغلب ترجیح می‌دهند به جای استفاده از ابزارهای امری و نظارتی سنتی، به ارائه پیشنهادها و عوامل تشویقی پردازند حقوق بین‌الملل نیز می‌تواند همین مسی را در پیش گیرد از آن‌جا که در عرصه داخلی و بین‌المللی، معیار قانونی و یا غیرقانونی بودن مبنای تجهیز و تشخیص قانون از سایر اعمال اجتماعی است، برای صحت تطبیق معانی سنتی قانونی و غیرقانونی بودن با واقعیت‌های امروزی، لازم است آن‌ها را مورد بررسی مجدد قراردهیم؛ به‌ویژه آن‌که پارامترهایی که از طریق آن‌ها معیار قانونی یا غیرقانونی بودن عملی شده‌اند، تغییر شکل داده‌اند؛ به تعیین دوباره دارند همین‌طور رویکرد سنتی سلسله مراتب قواعد در حقوق بین‌الملل نیازمند یک ارزیابی مجدد برای تطبیق با رویه کنونی است درحالی‌که قواعد آمره به شکل سنتی به عنوان قواعد بلامعارض شناخته شده‌اند، رویه نشان می‌دهد که آن‌ها در جهان واقع نقش دقیق‌تری ایفا می‌کنند و شاید بهتر است به‌عنوان آیین ارزش‌های بنیادین جامعه بین‌المللی در نظر گرفته شوند و برای تفسیر قواعد از آن‌ها استفاده شود. هم‌راستای نظر موافق قاضی دوگارد³⁹ که به رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه اقدامات مسلحانه در خاک کشور کنگو ضمیمه شده است می‌توان گفت که این موضوع می‌تواند روشی برای طرح قواعد آمره باشد. در این رأی، دیوان سرانجام قواعد آمره را تأیید کرد. دوگارد درحالی‌که معتقد است قواعد آمره تمامی موارد موجود بر سر راه خود از جمله اصل توافق جهت اعمال صلاحیت دیوان را کنار نمی‌گذارد، ماهیت خاص قواعد آمره را براساس تقدم سلسله‌مراتبی آن‌ها نشان می‌دهد. قواعد آمره تنها معرف اصول بنیادی نیستند، بلکه به سیاست‌های بنیادی جامع بین‌المللی نیز شکل قانونی می‌بخشند و از این رو به صورت توأمان باعث توسعه اصول و سیاست می‌شوند. با انتساب یک نقش تفسیری برجسته به قواعد آمره در فرایند انتخاب قضایی می‌تواند به هدف مطلوب نیل به تقویت ارزش‌های بنیادین منجر گردد و در عین حال از سخت‌های اجرای ماشین‌وار آن قواعد

38. Allott, P., "The True Function of Law in the International Community", IJGLS, 5, (1998), p. 413.

39. Dugard

که به نظر می‌رسد به غلبه هر قاعده متعارضی منجمد، باز دارد^{۴۰}

چالش دیگر قواعد حقوق بین‌المللی، به بیان «لو» قواعد درون‌شبکه‌ای است که محصول پیچیدگی‌های حقوق بین‌الملل به‌شمار می‌رود و منظور آن دسته از قواعدی است که به خودی خود دارای مفهوم مستقل نیستند بلکه قواعد متعارض و متقابل مستقل را هدایت می‌کنند تا در عمل بر یکدیگر تأثیر بگذارند^{۴۱} مثال‌ها در این خصوص بی‌شمارند مفاهیمی نظیر تناسب یا عقلانیت اغلب برای انجام وظیفه میان‌جیگری و سازش میان مطالبات هنجاری متضاد یا متعارض مبتنی بر انفعولو تطابق منافع آنی به کار برده می‌شوند. این موارد و سایر مفاهیم هنجاری از بدنه اجتماعی‌نشأت می‌گیرند و هدف هر دو، بیان سیاست‌های اتخاذی اجتماع و تصرف فضای هنجاری است. از طریق اعمال فشار قوی بر قواعد اولیه آن‌ها بر محتوا و شکل تفسیر آن‌ها تأثیر می‌گذارند. مفاهیم دیگری از جمله اصل توسعه پایدار و اصل احتیاطی^{۴۲} از یک سو، و ملاحظات اولیه انسانی و یا در نظر گرفتن وجدان جمعی که متضمن شرط مارتنز است از سوی دیگر نمونه‌های مناسب قواعدی هستند که از دسته‌بندی‌های سنتی فاصله گرفتند.^{۴۳} کارکرد قواعد درون‌شبکه‌ای به‌سادگی تضمین بیشتر به هم پیوستگی نظامند حقوق بین‌الملل نیست؛ اگرچه آن‌ها قانون‌گذاری، تفسیر و قضاوت را به سمتی که جامعه بین‌المللی پیروی از آن را مطلوب می‌داند، هدایت می‌کنند، آن‌ها همچنین این قابلیت را دارند تا حقوق را به آن سطح از عمومیت و انعطاف برسانند که پاسخگوی مطالبات متغیر اجتماعی باشد

توانایی گرفتن این تحولات هنجاری به تار و پود نظریه و عمل حقوق بین‌الملل، برای افزایش و کارکرد آن در آینده حیاتی است

خودکم‌بینی حقوقدانان بین‌المللی در مقابل حقوقدانان داخلی

مدت‌های مدیدی است که حقوقدانان بین‌المللی در مقابل حقوقدانان داخلی از نوعی خودکم‌بینی رنج می‌برند این مشکل تأثیرات منفی زیادی را به دنبال داشته است. همین خودکم‌بینی حقوقدانان بین‌المللی باعث شد تا آن‌ها اظهار کنند که حقوق بین‌الملل همانند حقوق داخلی است. چنین تلاشی ناگزیر محکوم به شکست بود، چل که تفاوت‌های موجود میان این دو نظم حقوقی، در ریشه بسیاری از نظریه‌هایی که حقوقدانان بین‌المللی برای جلب توجه همکاران حقوق داخلی خود اره‌ی کردند، وجود دارد. یکی از دلایل اصلی انکار حقوق بین‌الملل از سوی حقوقدانان داخلی، مسأله فقدان سازوکارهای اجرایی مناسب در نظام حقوق بین‌الملل است. وجود قواعد به‌تنهایی برای معیارهای که هنوز فاقد

40. Bianchi, A., "Human Rights and the Magic"of *jus cogens*", EJIL, 19, (2008) , pp. 491–508.

41. Low, P., *Interstate Relations in Classical Greece*, Cambridge: Cambridge University Press, (2007), p. 216.

42. The Precautionary Principle.

43. Bianchi, 2006, *op.cit.*

ضمانت اجرا هستند، شلن «حقوقی» ایجاد نمی‌کند. همان‌گونه که انتظار می‌رود، حقوق بین‌الملل در مسیری که سازوکارهای مشابه نظام‌های حقوق داخلی را توسعه دهد، گام بر نداشته است. با وجود افزایش دادگاهها و محاکم بین‌المللی، «ضمانت اجرا» بدان معنای سنتی که در نظام‌های حقوقی داخلی مد نظر است، نقطه قوت حقوق بین‌الملل نیست. این امر می‌تواند نشانه شکست و یا کمبود ارتباطات باشد که منجر به سوء تفاهم‌های اساسی شده است

شایان ذکر است که لوئیس هنکین در کتاب مشهور خود «درخصوص چگونگی رفتار ملتها» به صراحت عنوان کرده است که «تقریباً تمامی ملتها تقریباً تمامی اصول حقوق بین‌الملل و تقریباً تمامی تعهدات خود را تقریباً در تمامی زمان‌ها رعایت می‌کنند».⁴⁴ امری که می‌توانست دفاعی سرسختانه از سوی یکی از اعضای شرکت باشد، به موضعی قابل قبول در سطحی وسیع تبدیل شده است. مطالعات موردی بر ارزش تجربی این موضوع صحه گذاشته است. دلیل تبعیت ملتها از حقوق بین‌الملل کاملاً مورد بررسی قرار گرفته و نظریه‌های جالبی برای توضیح این امر ارائه شده است. به‌عنوان مثال که بر خلاف پیشینه نظریه خود در رابطه با فرایند حقوق فراملی این‌گونه استدلال می‌کند که التزام اخلاقی بازیگران فراملی در تبعیت از حقوق بین‌الملل در نظام‌های حقوق داخلی درونی شده است. به صورت یک التزام حقوقی داخلی در پیاید در این صورت حقوق بین‌الملل به حقوق داخلی شکل می‌دهد و لذا در یک فرایند تقویت متقابل منافع و ایجاد اتحاد بین فضا‌های ملی و بین‌المللی مشارکت می‌کند.⁴⁵

قطعاً کارآمدی کلی نظام می‌تواند بیش‌تر از این افزایش یابد. دیدگاه‌های خودسرانه زیادی در رابطه با حقوق بین‌الملل وجود دارد که به‌سختی قابل ابرار است. برای قضاوت درخصوص کارآمدی کلی نظام نباید تنها به مقوله‌سازوکارهای اجرایی توجه کرد بلکه باید تمامی عناصری را که می‌توانند در اجرای معیارهای بین‌المللی مؤثر باشند مد نظر قرار داد. مواردی از این قبیل که آیا الفاظ کاربردی متفاوت دارند و یا منابع مورد قبول، رعایت، تبعیت یا هر چیز دیگر قرار می‌گیرند مباحثی جزئی است هدف نشان دادن نزدیکی نظام حقوق بین‌الملل به نظام‌های حقوق داخلی نیست بلکه هدف درک قابلیت‌های کلی نظام حقوق بین‌الملل در تضمین احترام بمعیارهای هنجاری خود است خودکم‌بینی دیرینه حقوق‌نشان بین‌المللی درخصوص کارآمدی موجب شده که علم حقوق بین‌الملل به زمینه مساعدی برای شکوفایی جنبش حقوق و اقتصاد تبدیل شده است. نظریه انتخاب منطقی و نظریه بازی‌ها به باور عده زیادی، دلیل نهایی تبعیت از حقوق بین‌الملل است، حتی اگر این امر ایده

44. Henkin, L., "International Law: Politics, Values and Functions", RC, 216(4), (1989), p. 69.

45. Koh, H. "Transnational Public Law Litigation", YLJ, 100, (1991), pp. 2347-402; "Transnational Legal Process", NLR, 75(1), 1996, pp. 181-208; "Why Do Nations Obey International Law", YLJ, 106, (1996), pp. 2599-659.

حقوق را در هم شکن، به ویژه برای کسانی که در واقعیت در این عرصه حاضر هستند شعار «حقوق کافی است» به شدت در این علم رخنه کرده و پیام آور دوران نوینی برای حقوق بین الملل است.^{۴۶} مجموعه فرضیات هنجاری و پیش فرض‌های جنبش حقوق و اقتصاد، مرز بین ابعاد توصیفی و تجویزی نظریه را باریک کرده است این که آیا انتخاب منطقی یک مدل رفتاری به اعمال بازیگران در عرصه بین‌المللی شکل می‌دهد یا نه، با توجه به مشاهدات تجربی هنوز امری اثبات نشده باقی مانده است. قطعاً این تصور جدید که «حقوق کافی است» برای بسیاری از حقوقدانان بین‌المللی خوشایند است؛ ام این امر که آیا این نظریه می‌تواند توضیح قابل قبولی برای وقایع اجتماعی ارائه دهد همچنان به عنوان سؤال باقی مانده است

ناهمگونی سازوکارهای مسئولیت بین‌المللی

باید پذیرفت که پاسخگو بودن، مفهومی کاملاً حقوقی نیست. واژه‌های «responsibility» (مسئولیت در قبال اعمال منع شده) و «liability» (مسئولیت در قبال اعمال منع نشده) اصطلاحات پیشنهادی از سوی حقوقدانان برای توصیف وضعیتی است که در آن یک شخص یا یک موجودیت در مقابل قانون پاسخگو است اما با وجود این، واژه «پاسخگو بودن» برای دربرگرفتن سازوکارهای متعددی که می‌توانند برای کنترل اعمال بازیگران بین‌المللی مورد استفاده قرار بگیرند، مناسب به نظر می‌رسد. معیارهای که چنین ارزیابی‌هایی در مورد آن‌ها انجام می‌پذیرد بی‌شمارند و همه آن‌ها هم در چارچوب حقوق قابل بررسی نیستند اگر تصور کنیم که پاسخگو بودن، متمایز از مسئولیت حقوقی است، ره به خطا برده‌ایم. مسئولیت حقوقی، مناسب‌ترین شکل پاسخگو بودن برای برخی از بازیگران از جمله دولت‌ها، سازمان‌ها و اشخاص بین‌المللی است

درخصوص دولت‌ها باید گفت: پذیرش مواد مربوط به مسئولیت دولت‌ها در کمیسیون حقوق بین‌الملل در سال 2001 پس از گذشت بیش از 40 سال از زمان آغاز فرایند تدوین - طولانی‌ترین زمانی که کمیسیون حقوق بین‌الملل برای تدوین قواعد یک حوزه حقوق بین‌الملل بدان اختصاص داده است - به نظام‌مند کردن یکی از بحث برانگیزترین حوزه‌های حقوق بین‌الملل کمک کرده است.^{۴۷} دیوان بین‌المللی دادگستری این مواد را تأیید کرده است. مجمع عمومی نیز در همان سال در موارد مختلف بر آن صحنه گذاشت و برخی از آن‌ها را نیز به عنوان حقوق عرفی معرفی کرد. این فرایند تقویت و قانونمندی دوجانبه بین دیوان و کمیسیون حقوق بین‌الملل بیانگر این امر است

46. Guzman, A. T., *How International Law Works: a Rational Choice Theory*, New York: Oxford University Press, (2008).

47. Crawford, J., "The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: a Retrospect", *AJIL*, 96, (2002), pp. 874-90.

که جایگاه رسمی مواد که در ابتدا یک سند حقوق نرم بوده است، ارتباطی با تأثیر عملی آن بر رویه بین‌المللی ندارد، اما در مقابل می‌تواند سنگ بنای آغاز مذاکرات برای انعقاد معاهده‌ای در خصوص مسئولیت بین‌المللی باشد به تعویق انداختن این قضیه از سوی مجمع عمومی این ایراد را دارد که موجب از سرگیری مذاکرات در خصوص حساس‌ترین مسائل مربوط به مسئولیت دولت‌ها خواهد شد و تأثیر کلی کنوانسیون احتمالی به تعادل‌دهی که بعدها آن را تصویب خواهند کرد، بستگی خواهد داشت. جای امیدواری است که اهتمام کمیسیون حقوق بین‌الملل در تکمیل چنین تدوین دشواری با اقدامات دیپلماتیک نابهنگام متوقف نخواهد شد، بویژه آن‌که تبلور این مواد در رویه دولت‌ها آشکار است.

کمیسیون حقوق بین‌الملل همچنین به تدوین مسئولیت‌سازمان‌های بین‌المللی نیز همت گماشته و از آن‌جا که بخشی از آن مشابه‌قانون مسئولیت دولت‌ها است و بخش دیگر برگرفته از قواعد مندرج در اساسنامه هر سازمان تدوین در این رابطه کار آسانی نیست برداشتن نقاب سازمان‌های بین‌المللی و مسئول دانستن دولت‌های عضو در قبال اعمال خود از مشکلات در خور تأمل است. باید پذیرفت رویه اخیر که محاکم بین‌المللی که غالباً متأثر از ملاحظات سیاسی بوده است، بعید است که بتواند به گزارشگر ویژه کمیسیون حقوق بین‌الملل در خصوص ارائه راه‌حل‌های عادلانه و قابل پذیرش برای اجتماع کمی کند به نظر می‌رسد موفقیت فرایند تدوین که با اتمام در یک چارچوب زمانی معقول می‌تواند مورد پذیرش قرار گیرد، احتمالاً نظام سازوکارهای مسئولیتی حقوق بین‌الملل در خصوص نهادهایی که فعالیت‌های‌شان هرچه بیشتر با حقوق بین‌الملل در ارتباط است ارتقا خواهد بخشید در رابطه با افراد، سازوکارهای مسئولیت حقوقی از زمان (دادگاه) نورمبرگ توسعه یافته است اصل مسئولیت کیفری فردی، حداقل برای برخی از خطرناک‌ترین جرم‌های کیفری حقوق بین‌الملل، به صورت گسترده به‌عنوان یکی از مسائل حقوق بین‌الملل عرفی شناخته و همچنین مسئولیت کیفری افراد در خصوص برخی از اعمال نیز در مله‌هدات خاص پیش‌بینی شده است، اگرچه اصل مسئولیت کیفری افراد دیگر به صورت جدی مورد بحث قرار نمی‌گیرد اما همچنان کاستی‌های فاحشی مانع از اعمال مؤثر آن است. تاکنون تعداد محاکم بین‌المللی کیفری بسیار محدود بوده است و دیوان بین‌المللی کیفری نیز هنوز دوران طفولیت خود را پشت سر می‌گذارد. محاکم داخلی نیز که بر اساس اصل تکمیلی بودن، بار اصلی رسیدگی به جرم‌های بین‌المللی را بردوش می‌کشند، هنوز نتوانستند در خصوص ضمانت‌اجرا نقش فعالی ایفا کنند^{۴۸} و این امر اغلب به دلیل مسامحه‌قانون‌نگاران ملی در وضع قوانینی است که به محاکم ملی اجازه استفاده از معیارهای حقوق کیفری بین‌المللی را می‌دهد. ملاحظاتی مختلف در خصوص مسئولیت شرکت‌های غیراملی اعمال می‌شود. رشته

48. Ratner and Abrams, J. S. (ed.), *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy*, Oxford/New York: Oxford University Press, (2001), pp.160, *et seq.*

حقوق بین‌الملل به کرات راجع به این موضوع کار کرده است تأثیرگذارترین گزارش درخصوص نظریه مسئولیت حقوقی شرکتها در قبال سوءاستفاده از حقوق بشر، مقاله طولانی استیون راتنر در مجله حقوقی *ی‌اچ‌اچ* است. وی نظریه‌ای مبتنی بر حقوق بین‌الملل در رابطه با مسئولیت شرکتها ارائه می‌دهد که به موجب آن در جایی که شرکتها در مقام همکاری با دولت‌ها؛ کرامت انسانی افرادی را که با آنها سروکار دارند نقض کنند، می‌توان آن‌ها را به موجب تعهدات بین‌المللی مسئول دانست.⁴⁹ ابزارهایی نیز جهت اجرای این نظریه پیش‌بینی شده که عبارتند از مقررات رفتاری به ابتکار شرکتها، بررسی سازمان‌های غیردولتی، رژیمهای حقوقی ملی، حقوق بین‌المللی نرم و معاهدات ارزش نظریه راتنر در جامع بودن آن است و این که بنیان آن، ریشه در حقوق بین‌الملل دارد و نه یک دولت خاص. از آنجا که بخش عمده‌ی از دعاوی داخلی در رابطه با نقض حقوق بشر از سوی شرکتها در ایالات متحده و براساس قانون جبران خسارت بیگانگان مطرح شده است و اکثر ادبیات موجود در رابطه با مسئولیت دولت‌ها به این رویه قضایی توجه دارد.⁵⁰ از تحلیل‌های وسیع‌تر استقبال می‌شود علاوه بر این، راتنر غیر از عناصر حقوقی، اهمیت سایر عناصری که ممکن است موجب مسئولیت شرکتها شوند را نیز مورد تأکید قرار می‌دهد.⁵¹ مسئولیت اجتماعی شرکتها همراه با مطابقت با بازار با استانداردهای بین‌المللی در حوزه‌های مشخص می‌تواند این‌ها را دیگری برای نظام جامع مسئولیت شرکتها فراهم سازد. رویکرد متفاوت دیگر در این خصوص که مبتنی بر تفسیر گسترده و استفاده از مسئولیت دولت‌ها است اخیراً در حقوق بین‌الملل مطرح شده است.⁵² با تأکید بر قابلیت اجرای تعهدات حقوق بشری دولت مقرر درخصوص فعالیتهای فرامرزی شرکت‌های ملی و با اعمال قواعد مسئولیت دولت‌ها، طرح مسئولیت‌دولت‌های مقرر در قبال اعمال شرکت ملی متبوع مطرح شده است عزیمت این رویکرد در ارائه راه‌حلی است که به‌وضوح در داخل نظام و قواعد مسئولیت بین‌المللی وجود دارد و دولت‌ها را تشویق می‌کند تا برای اعراض از مسئولیت بین‌المللی، تمام سعی خود را به کار گیرند. این که دولت‌ها مسئول اعمال شرکت‌های خود در خارج از مرزها هستند، امری معقول به نظر می‌رسد، خصوصاً زمانی که دولت مقرر تلاش می‌کند تا در برخی حوزه‌ها از طریق کنترل‌های صادراتی گرفته تا قواعد ضد تراست به تحمیل حقوق و قواعد خود بر شعبه‌های فرعی خارجی شرکت ملی

49. Ratner, S. R., "Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility", YLJ, 111, (2001-2002), p. 449.

50. Joseph, S., Corporations and Transnational Human Rights Litigation, Oxford: Hart Publishing., (2004), Jovanovic, M. A., "Recognizing Minority Identities Through Collective rights", HRQ, 27, (2005), pp. 625-51.

51. Ratner, Corporations and Humman Right., p. 545.

52. McCorquodale, R. and Simons, P., "Responsibility Beyond Borders: State Responsibility for Extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law", MLR, 70, (2007), pp. 598-625.

بپردازد این بحث که در هنگام نقض معیارهای حقوق بشر همان دولت‌ها باید مسئول عمل همان شرکت‌ها باشند امری عقلایی است. معیارهای انتساب مسئولیت به دولت‌ها نظیر اعمال اختیارات دولتی و یا هدایت و کنترل از سوی دولت درخصوص اعمال مربوط می‌تواند ابزار مناسبی برای اجرای این راهبرد هنجاری فراهم کند.

به هر حال، دو نکته باید در این مسیر مد نظر قرار گیرد. اول این که به نظر نمی‌رسد دولت‌ها تمایلی به پذیرش چنین خوانش گسترده‌ای از ملتزم ساختن خود برطبق حقوق بین‌الملل داشته باشند و رویه بین‌المللی نیز همگام با این مسیر نیست نکته دوم نیز ریشه در رویه قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری در رابطه با موضوع انتساب دارد لازم به یادآوری است که در یکی از نمونه‌های معدود تعارض صلاحیت‌های بین‌المللی، دیوان بین‌المللی دادگستری از «کنترل مؤثر» برای انتساب اعمال گروهی از افراد به یک دولت استفاده کرد؛ درحالی‌که بعدها شعبه استیناف دیوان بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق، معیار منعطفتری را که همان «کنترل کلی» بود مورد پذیرش قرار داد در قضیه نسل‌کشی، دیوان بین‌المللی دادگستری به تکرار رویه پیشین خود پرداخت و با نوعی قاطعیت قضایی تصریح کرد که یک دولت باید بر اعمال فرد یا گروهی از افراد «کنترل مؤثر» اعمال کرده باشد تا حقوق بین‌الملل بتواند مسئولیت را بدان دولت منتسب کند در کنار جنبه‌های نهادی اختلاف بین دو دادگاه، از آن جا که دیوان بین‌المللی دادگستری به عنوان نگهبان نظام حقوق بین‌الملل از قدرت درک بالایی برخوردار است، این تصور معقول به نظر می‌رسد که زمان‌گزینش معیار دقیق‌تر «کنترل مؤثر»، دیوان نه تنها به اوضاع و احوال قضیه توجه کرده، بلکه اجرای بالقوه این معیار را در سایر زمینه‌ها از جمله مسئولیت دولت در قبال اعمال تروریستی و مسئولیت دولت در قبال اعمال فرامرزی شرکت‌های دارای شخصیت حقوقی نیز مد نظر قرار داده است. در مورد تضمین مسئولیت بازیگران غیردولتی، بحث به آن جا ختم می‌شود که آیا توسل به ساز و کارهای سنتی مسئولیت دولت‌ها، راهبرد هنجاری مناسبی جهت کسب اطمینان از تأثیرگذاری بیش‌تر خواهد بود یا خیر. هنوز در این باره تردیدهایی وجود دارد.

درخصوص مسئولیت سازمان‌های غیردولتی، اتکا به ساز و کارهای مسئولیت حقوق بین‌الملل سنتی مقدور نخواهد بود. در این زمینه، بیش‌ترین تلاش‌های صورت گرفته جهت توسعه سازوکارهای مسئولیت از طریق رویکرد میان‌رشته‌ای^{۵۳} صورت گرفته که در آن تلاش شده تا بحث مسئولیت از عامل به نقش ایفا شده تغییر جهت دهد در نتیجه یک نظریه مرکب در مورد مسئولیت سازمان‌های غیردولتی در زمامداری بین‌المللی ایجاد شده که از بسیاری از تفکیک‌های سنتی رشته حقوق از جمله داخلی و یا بین‌المللی و عمومی و یا خصوصی بودن فاصله گرفته است بحث برحسب

53. Bluemel, E. B. (2005–2006) "Overcoming NGO Accountability Concerns in International Governance", BJIL, 31, pp. 139–206.

حاکمیت بین‌المللی و نه نظم حقوقی بین‌المللی بیش از آن که تفاوت‌های مفهومی را نمایان کند، به مسائل انضباطی مربوط است علاوه بر این، غیرحقوقی تلقی کردن فعلیت‌های اجتماعی که اساس روزانه زندگی بین‌المللی را تشکیل می‌دهند و به‌طور فزاینده توسط بازیگران حاضر در عرصه عنوان موضوعی حقوقی در نظر گرفته می‌شوند، ممکن است گرایشی باشد برای حمایت از منافع حرفه‌ای خاص، اما بعید به نظر می‌رسد که به پیشرفت حقوق بین‌الملل منجر شود و بر اعتبار آن بیفزاید.^{۵۴} از این رو، گفتگوهای میان رشته‌ای می‌تواند نتایج جالب توجهی را به همراه داشته باشد و بار دیگر به عنوان ابزاری کارساز در ارائه فهم بهتری از پویایی اجتماعی ظاهر شود

پیچیدگی، تخصص‌گرایی و پراکندگی مراجع بین‌المللی

بی‌وجه نیست که گسترش روز افزون و پیچیدگی حقوق بین‌الملل، مرتبط با کمال این رشته است.^{۵۵} به هر حال، به نظر می‌رسد که این پدیده نگرانی‌هایی را برای حقوقدانان بین‌المللی به وجود آورده و موجب شده که آن‌ها با مشکلات عینی درخصوص تضمین عملکرد بدون اشکال نظام مواجه شوند. ناگزیر در یک نظام هنجاری کاملاً پیچیده بدون یک اقتدار مرکزی، مسائلی نظیر هماهنگی و تعارض بین اجزای نظام پیش خواهد آمد و راهل آن‌ها نیز نمی‌تواند در همه موارد نافذ باشد. یکی از نتایج پیچیدگی حقوق بین‌الملل، حرکت این رشته به سمت تخصص‌گرایی بیش‌تر است. در حقیقت، تأثیر تخصص‌گرایی تا به حدی است که اگر به هر سوی جهان بنگریم، تأثیرات آن را خواهیم دید.^{۵۶} همان‌گونه که برنهاردت اذعان داشته است، این حقیقت که بسیاری از قضات دادگاه اروپایی حقوق بشر بیشتر به حقوق داخلی و خصوصاً حقوق اساسی آشنایی دارند، می‌تواند لبتوسعه دکرترین تفسیر پویا توسط دادگاه و توصیف کنوانسیون اروپایی به مثابه «یک‌سند زنده» ارتباط داشته باشد.^{۵۷} در واقع، تحلیل اجتماعی تفسیر بما کمک می‌کند که دریابیم تخصص‌گرایی در یک شاخه خاص حقوق بین‌الملل، برای «جامعه تفسیری» یک فهم «صحیح» از حقوق را فراهم می‌کند.^{۵۸} تفسیر «صحیح» که از سوی جامعه تفسیری ارائه می‌شود، سایر تفاسیر را به حاشیه می‌راند به بیان

54. Krisch and Kingsbury, B., "Global Governance and Gobal Administrative law in the International Legal Order", EJIL, 17, (2006), pp. 1-13.

55. Franck., *op.cit.*, p.4 *et seq.*

56. Kuhn, A., *The Structure of Scientific Revolution*, 3rd ed., Chicago. IL: University of Chicago Press, (1996), pp. 50-51.

57. Bernhardt, R., "Evolutive Treaty Interpretation, Especially of the European Convention on Human Rights", GYIL, 42, (1999), p.24.

58. Fish, S., *Is There a Text in This Class? The Authority of Interpretative Communities*, Cambridge, Harvard University Press, (1980), pp.167-173.

فوکو، فرهنگ این رشته، روشی مؤثر برای کنترل و تعیین حدود بحث در این رشته است.⁵⁹ عاملان هر «جامعه تفسیری» نه تنها به زبان واحدی سخن می‌گویند و ارزش‌های واحدی دارند، بلکه ممکن است منافع مشترکی نیز در حفظ انحصار آنچه به عنوان تفسیر قانونی در نظر گرفته می‌شود، داشته باشند و به حمایت از یکدیگر برای ابقا در موضع قدرت در این رشته تمایل داشته باشند این اختصاصی شدن، حفاظی برای جوامع تفسیری متکثری پدید آورده که خود برداشتی گسترده از واقعیتی ناهمگون را ایجاد کرده که از رژیم‌های هنجاری متفاوتی با درجات مشخصی از استقلال برخوردارند به هر حال، مشکل تکثر در جوامع تفسیری است

پراکندگی مجامع بین‌المللی ضربه نهایی را بر یکپارچگی نظم حقوقی بین‌المللی وارد کرد از آنجا که اساس کارکرد قضایی، ارزیابی مستقل و عینی است، وجود ارزیابی متعارض در نظامی که هیچ نوع سلسله مراتب قضایی ندارد، نظم حقوقی بین‌المللی را به مخاطره می‌اندازد دادگاهها و دیوان‌های بین‌المللی که مایلند خود را به عنوان ارکان قضایی مستقل بین‌المللی مطرح سازند به کرات مسأله فقدان یک ساختار سلسله‌مراتبی را تصدیق کرده‌اند و لذا پراکندگی قضایی حقوق بین‌الملل تشویش‌هایی را به وجود آورده است که از دیاد دادگاهها و دیوان‌های بین‌المللی بدان دامن می‌زند. در واقع، دلیل نگرانی آن است که دیوان‌های بین‌المللی مایلند تا از دبی تخصص خود به مسائل حقوقی نگاه کنند همان‌طور که مارک تواین می‌گوید: «فردی که چکش در دست دارد همه چیز در نظرش میخ می‌نماید».

توهم این که «مهارت‌های مدیریتی» می‌تواند از طریق تضمین مدیریت مناسب، تعارض و هماهنگی بین قواعد مختلف را محدود کند به سرعت جای خود را به سرخوردگی در خصوص قابلیت «فنون حقوقی» در رسیدگی و حل این مشکلات داد کمیسیون حقوق بین‌الملل با آگاهی از این که باید به سرعت به مسائلی مذکور پرداخت، اخیراً مطالعاتی را آغاز کرده که مشعر است بر دشواری ایجاد نظم از طریق کاربرد فنون تفسیری در وضعیت‌تغرنج برخورد و یا هماهنگی رژیمها و هنجارها بحث پیچیدگی و پراکندگی حقوق بین‌الملل به موازات بحث اساسی شدن نظم حقوقی بین‌المللی⁶⁰ به پیش رفته است. برخی از صاحب‌نظران حقوق بین‌الملل بر جنبه‌های متنوع ظهور نظم اساسی در حقوق بین‌الملل تأکید کرده‌اند. واضح‌ترین نمونه موجود در این مسیر، تلقی منشور سازمان ملل به عنوان قانون اساسی بین‌المللی است که به صورت برجسته‌ای تنها سند بین‌المللی است که به

59. Foucault, M., "The order of discourse", in R. Young (ed.) *Untying the Text: A Post-Structuralist Reader*, London: Routledge & Kegan Paul, (1981), p.61.

60. The constitutionalization of the international legal order.

یک قانون اساسی شباهت دارد،^{۶۱} یا بهرغم فقدان شروط بنیادین قوانین اساسی در آن، چنین رویکردی به وضعیت آن وجود دارد.

روی هم رفته، در مقابل جنبه قضایی بر بعد هنجاری اساسی‌سازی بین‌المللی تأکید شده است. با پیشرفت روزافزون ادغام مفهوم جامعه بین‌المللی و قواعد بنیادین آن، مانند قواعد آمره و مقررات عام‌الشمول، بسیاری از صاحب‌نظران نشانه‌هایی از جریان اساسی‌سازی در قواعد بنیادین را دریافتند.^{۶۲} قواعد طبقه‌بندی شده حتی بدون وجود ساز و کارهای قضایی مناسب، می‌توانند کارکردهای قانون اساسی را ایفا کنند.^{۶۳} اگرچه مسأله مشروعیت امر مهمی است، اما وجود ارزش‌های جهانی که می‌توانند در سطوح بین‌المللی، منطقه‌ای و داخلی به اجرا در آیند، معادل یک ساختار اساسی است که در آن، اجزای متفاوت اما مکمل هم می‌توانند به‌عنوان یک واحد در نظر گرفته شوند.^{۶۴} نسخه‌های انتخابی دیگر به منظور ایجاد سازش بین عناصر قضایی و هنجاری پیشنهاد شده‌اند.^{۶۵} تعامل بین طبقه‌های مختلف قدرت هنجاری و سطوح الزام که پیش از این درجه‌های مختلفی از اساسی‌سازی را موجب شده بود، به‌عنوان پارادایم اساسی‌سازی در قرن بیست و یکم معرفی شده است.^{۶۶} ادغام این عناصر اساسی، مانند حمایت از حقوق بشر در رژیم‌های خودبسنده به‌عنوان روشی برای اساسی‌سازی حقوق بین‌الملل در نظر گرفته شده است.^{۶۷} مدل‌های احتمالی نظم بین‌المللی در حال شکوفایی است و موضوع اساسی‌سازی تا به امروز چنین زنده و پویا نبوده است.

در واقع تناقضات موجود بین نگرش‌های متفاوت درخصوص پیشرفت‌های اخیر بیش‌تر از این که واقعی باشند آشکار هستند و دلالت بر وجود «نگرانی‌های پساتجددگرایی» می‌کنند که اکثر ادبیات

61. Dupuy, P.M., "The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited", MPYUNL, 1, (1997), pp. 1-33. Fassbender, B., "The United Nations Charter as Constitution of the International Community", CJTL, 36, (1998), pp. 529-619.

62. Mosler, H., "The International Society as a Legal Community", RC, 140, (1974), pp. 1-320. Simma, B. (1994) "From Bilateralism to Community Interest in International Law", RC, 250, (1974), pp. 217-384. Tomuschat, C., "Obligations arising for States Without or Against Their Will", RC, IV(241), (1993), pp.195-374.

63. Peters, A., "Compensatory Constitutionalism: the Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures", LJIL, 19(3), (2006), pp.579-610.

64. De Wet, E., "The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order", LJIL, 19, (2006), pp. 611-32; "The International Constitutional Order", ICLQ, 55, (2006), pp. 51-76.

65. Frowein, J. A., "Reactions by Not Directly Affected States to Breaches of Public International Law", RC, 248, (1994), pp. 345-437.

66. Cottier, T. and Hertig, M., "The Prospects of 21st Century Constitutionalism", MPYUNL, 7, (2003), pp.261-322.

67. Petersmann, "Human Rights, Constitutionalism and the World Trade Organization: Challenges for World Trade Organization Jurisprudence and Civil Society", LJIL, 19, (2006), pp. 633-67.

معاصر در این زمینه را تشکیل داده‌اند.⁶⁸ از یک سو، توجهات به مشکلات موجود بر سر راه حفظ یکپارچگی نظام و تضمین ارتباط آن از طریق فنون تفسیر و هماهنگی نهادی معطوف شده است و از سوی دیگر، این یکپارچگی توسط فرایند اساسی‌سازی که حقوق بین‌الملل را شبیه به نظام‌های حقوقی داخلی می‌کند، تضمین شده است. چنین اظهارات مختلفی از یک واقعیت واحد، مسیر را برای ملاحظات بیش‌تر در خصوص بررسی ارتباط مباحث نظری با آینده حقوق بین‌الملل هموار ساخته است.

تکثر مباحث نظری و پیامدهای عملی آن

به نظر می‌رسد کثرت در دکترین و مشکلات نظری در فراهم کردن چارچوبی قابل قبول برای پیچیدگی فزاینده حقوق بین‌الملل جدی‌ترین تهدید به شمار می‌رود. عجیب است که زمینه‌های مستعد برای رویکردها و نظریه‌های جدید توسعه، به علت عدم کارایی شکل‌گرایی و عدم تناسب مطالعات حقوقی انتقادی - در میان برجسته‌ترین رویکردهای حقوق بین‌الملل - در ایجاد یک چارچوب تحلیلی مطلوب فراهم شده‌اند.

شکل‌گرایی، یعنی رجوع به اساس دکترین اثبات‌گرایی، همچنان به طرق مختلفی زبان مشترک در حقوق بین‌الملل است. براساس این رویکرد، ما به رویه به‌عنوان ماده خامی که نیاز به توجیه و منظم کردن دارد می‌نگریم از آن‌جا که برخی از عقاید بنیادین فلسفه غربی به این رویکرد شکل داده و الهام‌بخش آن بوده‌اند، لذا این تمایل وجود دارد که هماهنگی قطعی، هم از نظر تاریخی و هم در دوره معاصر، برای اعمال آن در نظر گرفته شود، آن هم به قیمت تحریف واقعیت از طریق نادیده گرفتن تمام اختلافات که در مغایرت با نمونه نظری از پیش تعیین شده است. تعارضات منع شده‌اند و یکپارچگی نظم حقوقی بین‌المللی نه تنها به‌عنوان پیش‌فرض در نظر گرفته شده بلکه اغلب تحمیل می‌شود. قواعد به‌عنوان موضوعاتی همیشگی و تغییرناپذیر هنجاری در نظر گرفته شده‌اند که واقعیت محکوم به تبعیت از آن‌ها است. زمانی که نظریه به سادگی رویه حقوق بین‌الملل را جهت دفاع متعصبانه از آنچه به‌عنوان قواعد قابل اجرا می‌پندارد نادیده می‌گیرد، نگرانی دائم در خصوص قواعد آن‌گونه که در متن مشاهده می‌شود، معقول به نظر می‌رسد. حتی زمانی که دولت‌ها حاضرند به تغییر پارادایم‌های حقوقی دفاع مشروع بپردازند، برخی صاحب‌نظران همچنان این‌گونه می‌پندارند که این امر تحریف قواعد موجود است، گویی که این قواعد تغییرناپذیرند.

مطالعات حقوقی انتقادی که در مقام تقابل‌وارد حقوق بین‌الملل شده‌اند، عمدتاً مربوط به نکوهش پیش‌فرض‌های مباحث حقوق بین‌الملل سنتی هستند که به نظر منتقدین، طرح‌ریزی پارادایم‌های

68. Kosekenniemi and Leino P., "Fragmentation of International Law. Postmodern Anxieties?", LJIL, 15, (2002), pp. 553-79.

سیاسی یعنی لیبرالیسم حقوقی بین‌المللی هستند ناهمگونی‌های داخلی پارادایم لیبرال موجب می‌شود که حقوق بین‌الملل دائماً بین اعتدال و آرمان‌شهر و بین انسجام و هنجار بودن در نوسان باشد.⁶⁹ نگرش مشکوک صاحب‌نظران حقوقی انتقادی درخصوص حقوق بین‌الملل نیز تعریف مطلوبی ارائه نداده است. انتقادات در فضایی کاملاً انتزاعی ارائه شده و هدف مورد نظر آن، ایجاد نظریه جایگزین نیست، بلکه «زاید خواندن» روایت‌های مختلف از اصول‌گرایی لیبرال است. امکان ردیابی تشابهات موجود بین این رویکردهای بظاهر متفاوت وجود دارد اول این که هر رویکرد به نادیده گرفتن رویه اجتماعی حقوق بین‌الملل که از طریق استدلال‌های خود و قوه ادراک «بازیگران» معین شده تمایل دارد. علاوه بر این، با تأکید بر تناقض‌های ذاتی نظام حقوق بین‌الملل، مطالعات حقوقی انتقادی به تفسیر استدلال‌هایی مانند فرضیه یکپارچگی حقوقی که از وضعیت شکل‌گرایی نشأت گرفته خاتمه می‌دهد. شکل‌گرایی و دشمن‌جویی آن، یعنی جنبش مطالعه انتقادی، هیچ‌کدام نتوانستند رهنمون مناسبی برای فهم حقوق بین‌الملل باشند. اول، چارچوب تحلیلی خود را با مطالبات متغیر حقوق بین‌الملل تطبیق نداده و تنها ادعای ادامه استفاده از دسته‌های عقلانی رامطرح کرده است که در واقعیت‌های جاری، جایگاه چندانی ندارد. دوم بدون این که به ارائه یک طرح هنجاری جایگزین ملهورت ورزد، کار خود را به انتقاد کردن و ساختارشکنی رویکرد سنتی محدود کرده و لذا این امر، فضای مناسب را برای شکوفایی و به ثمر رسیدن رویکردهای جدید فراهم‌نمیداند.

از این رو «رشد قارچ‌گونه نظریه»⁷⁰ موجب شده تا رویکردها و روش‌های نامعدودی به وجود آید تا جایی که حتی مطالعه آن‌ها را نیز با مشکل مواجه خواهد کرد. آنچه سابقاً «انجمن نامحسوس صاحب‌نظران» نامیده می‌شد،⁷¹ به هزاران محفل حرفه‌ای محسوس تبدیل شده است. دیگر زبان جهانی برای حقوق بین‌المللی وجود ندارد بلکه به تعداد صاحب‌نظران و مفسران، زبلی گفتگو وجود دارد. ریشه اکثر مشکلات به طرز تفکر ما از حقوق بین‌الملل مربوط می‌شود. ممکن است این گفته که توانگری در تنوع نهفته است، صحیح باشد. به هر حال، این باور ساده‌انگارانه است که چنین رویکردهای متنوعی که موجب پراکندگی نظری وسیعی شده‌اند تأثیری بر رویه حقوق بین‌الملل و متعاقباً کارکرد نظام حقوق بین‌الملل ندارند.

69. Koskeniemi, M., "The Politics of International Law", EJIL, 1, (1990), pp. 4–32 From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument (reissue with a new epilogue), Cambridge: Cambridge University Press (2006).

70. Carty, A., "Critical International Law: Recent Trends in the Theory of International Law", EJIL, 2, (1991), p. 93.

71. Schachter, O., "The Invisible College of International Lawyers", NULR, 72, (1977), pp. 217–26.

به بیان فیلیپ آلوت «جامعه و حقوق در جایی غیر از فکر بشر وجود ندارند».^{۷۲} پل آسملک نیز معتقد است که حقوق به ذات وجود جداگه‌ای ندارد، کسی هم نمی‌تواند آن را به جهان واقعی تزریق کند؛ چرا که حقوق تنها در «روح بشر» سکنی گزیده است.^{۷۳} تأیید طبع روان‌شناسانه حقوق، عواقب مهمی را به دنبال خواهد داشت برخلاف سایر ابزارهای اندازه‌گیری فیزیکی، قاعده حقوقی یک ابزار اندازه‌گیری نسبی بوده، ممکن است تغییر شکل دهد یکی از عوامل چنین تنوعی، شیوه‌های متفاوتی است که قاعده ممکن است در آن‌ها فرضیه‌پردازی شود و این وظیفه اصلی صابنظران است. پراکندگی وسیع بحث‌های نظری حقوق بین‌الملل می‌تواند به نسبی‌گرایی قواعد و احتمالاً از بین رفتن نظام منجر شود. با تغییر آگاهی بازیگران از فعالیتهای خود، نظریه ممکن است مسیری را که جهان حقوقی در آن به وجود آمده است، تغییر دهد.^{۷۴} صاحب‌نظران باید از اهمیت نظریه آگاه باشند. اگر رویکردهای پوچ‌گرایانه و بیش از حد بدبینانه غالب شوند، خطر تغییر اساسی در عمل وجود دارد در میان رویکردهای نظری جدید حقوق بین‌الملل، حرکت‌هایی وجود دارند که ممکن است تأثیرات عملی مهمی را و کارکرد نظام حقوق بین‌الملل ایجاد کنند

به هر حال، نکته قابل توجه این است که اغلب افراد تأیید می‌کنند که هدف نهایی اندیشیدن درباره حقوق بین‌الملل، ارتقای سازوکارهای حاکمیت جهانی و وضعیت نوع بشر است.^{۷۵} چنین انگیزه باشکوهی، به پاسخ و تحلیل‌های پیچیده سلپر نویسندگان دامن زده است که در فروکش کردن موقت یک برانگیختگی و یک خط سیر انتزاعی و مبهم به حقوق بین‌الملل به عنوان یک «عقیده سکولار»، یک «طرح استدلال‌های انتقادی» که در تلاش برای بازگرداندن امید به نوع بشر است، می‌گردند.^{۷۶} تصور این که نظریه‌ها و عقاید متعدد بعد از سال‌ها مقابله به هم‌گرایی خواهند رسید مهیج و مبهوت‌کننده است. به هر حال، پراکندگی‌ها همچنان در رسیدن به چنین هدف والایی در تکاپو هستند

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
رتال جامع علوم انسانی

72. Allott, P., "The Concept of International Law", in M. Byers (ed.) *The Role of Law in International Politics*, Oxford: Oxford University Press, (2000), p.70.

73. Amselk, P., "Le droit dans les esprits" in P. Amselk and C. Grzegorzcyk (eds), *Controverses autour de l'Ontologie du Droit*, Paris: Presses Universitaires de France, (1989), pp. 29-30.

74. Fish, S., *Doing What Comes Naturally. Change, Rhetoric, and the Practice of Theory*, Oxford: Clarendon Press, (1989), p. 208.

75. Ratner, S.R and Slaughter, A., "Appraising the Methods of International Law: A Prospectus for Readers", *AJIL*, 93, (1999), pp. 291-302.

76. Koskeniemi, M., "The Fate of International Law: Between Technique and Politics", *MLR*, 70, (2007), p.30.

نتیجه‌گیری

مشکل بسیاری از نظریه‌های مختلف این است که تمامی آن‌ها تا حدی نیازمند تعمق و تدبر هستند از دیدگاه هر نظریه‌ی قسمت‌هایی از نظام بیش‌تر قابل فهم و درک است. به هر حال، زمانی که این نظریه‌ها ادعای ایجاد یک دیدگاه جامع و واحد را مطرح می‌کنند، قابلیت آن‌ها برای توضیح پستی و بلندی‌های نظام حقوق بین‌المللی فروکش می‌کند و موجب احساس نارضایتی عمیق می‌شود. شاید، یک روش معقول برای ادامه بحث این باشد که بدانیم حقوق بین الملل به عنوان یک عمل اجتماعی در قالب یک طرح عملگرا باقی مانده است تناقض‌هایی که بنا به گفته برخی موجب کاهش اعتبار نظام می‌شوند شاید همان مواردی باشند که به این نظام اجاز مؤثر بودن و انجام وظایف تعیین شده‌اش را از طریق رشد مداوم و انطباق با مطالبات متغیر بدنه ناهمگون اجتماعی‌دهند.

این‌که آیا یک طرح سیاسی هم برای شکل دهی و حمایت از چنین حقایق مختلفی به وجود خواهد آمد، زود هنگام به نظر می‌رسد. در این مدت حقوق بین‌الملل باید به صورت منعطف و عملی به اعمال فشار برای تضمین اثر متقابل و منظم بین نیروهای اجتماعی مختلفی که روابط بین‌المللی معاصر را شکل می‌دهند پردازد اما حقوق بین‌الملل همچنین در کنار خصیصه عملی بودن خود، قادر به مادی کردن عقیده اجتماعی و حصول توافق عام در خصوص آن‌ها است. از این‌رو، صرف نظر از هر معنایی که عبورت پروژه سیاسی می‌تواند داشته باشد، باید حقوق بین‌الملل را به عنوان بخش مهمی از آن به حساب آورد.

ارزیابی چالش‌های مشروح در این متن، مغایر با این پیش‌زمینه است و ویژگی جذاب هر چالش در نامعلوم بودن پیامدهای آن است سرانجام، لطیف به این پرسش که آیا این چالش‌ها به وقوع خواهند پیوست بستگی به چند متغیر دارد که مهم‌ترین آن‌ها موضوع مورد بحث حقوق بین‌الملل نیست. قطعاً روشی که ما از طریق آن به فهم حقوق بین‌الملل نائل آمدیم روش نامناسبی است