

## The Recognition of Customs and Treaties from the Perspective of International Law-making (Original Research)

Rezvan Bagherzadeh \*

(DOI) : 1022066/cilamag.2024.2015648.2469

Date Received: 25 Mar.2024

Date Accepted: 12 Aug.2024

### Abstract

Legislation forms the bedrock of all legal systems, and each system operates according to its distinct structure, characteristics, and conditions. Unlike domestic legal systems, international law does not exhibit the same degree of systematic operation in this regard; non-legal factors, such as political considerations, may significantly infiltrate the process of international regulation. Broadly construed, not only states but all actors within the international community engage in international law-making, utilizing both hard and soft law sources. Among these, the traditional sources of international law, custom and treaty, occupy a distinct and unique role. The central question of this study is how these sources have actively participated in the international law-making process from historical times to the present day. According to the hypothesis of this research, employing a descriptive-analytical methodology, these two sources, in a voluntary and non-coercive yet divergent manner, fulfill the needs of their creators. This study finds that while customary international law, as a collective endeavor, evolves spontaneously, implicitly, gradually, and sometimes even inadvertently, the formulation of legal norms through treaties, representing a form of individualism or particularism within the international community, transpires abruptly, explicitly, uniformly, and with deliberate intent.

### Keywords

International Law-Making, International Law-Creation, Custom, Treaty, Sources of International Law.

---

\* Assistant Professor, Law Department, Bu-Ali Sina University; r.bagherzadeh@basu.ac.ir



## بازشناسی عرف و معاهده از نظرگاه خلق قواعد حقوقی بین‌المللی (پژوهشی)

رضوان باقرزاده \*

(DOI) : 1022066/cilamag.2024.2015648.2469

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۵/۲۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۱/۰۵

### چکیده

قانونگذاری سنگ بنای نظام‌های حقوقی است و تمامی این نظام‌ها از چنین کارکردی به اقتضای ساختار و مختصات خود برخوردارند. در این زمینه، حقوق بین‌الملل برخلاف نظام‌های حقوقی داخلی، به دلایلی چون تأثیر عوامل غیرحقوقی، چندان منظم عمل نمی‌کند و می‌توان هرگونه اقدام اعضای جامعه بین‌المللی در جهت ایجاد حقوق را خلق قواعد حقوقی بین‌المللی یا قانون‌سازی بین‌المللی دانست. بنابراین، همه کنشگران بین‌المللی، به کمک ابزارها و منابع سخت و نرم حقوق بین‌الملل، در این فرایند مشارکت می‌نمایند. در این میان، منابع سنتی حقوق بین‌الملل، عرف و معاهده، از جایگاهی ویژه برخوردارند. عمر دیرپای این دو منبع به زمان تشکیل جامعه جهانی بازمی‌گردد و همچنان دولت‌ها برای ایجاد قواعد لازم‌الاجرا از آن‌ها بهره می‌برند. پرسش اصلی این است که چگونه این منابع سنتی از گذشته تا کنون در فرایند قانون‌سازی بین‌المللی مشارکت داشته‌اند؟ مطابق فرضیه، با ابتدای بر روش توصیفی-تحلیلی، این منابع به شکلی خودخواسته و غیرتحمیلی، اما متفاوت، نیازهای واضعان خود را مرتفع می‌سازند و همین، رمز بقای آن‌ها در درازای تاریخ است. نوشتار حاضر، همسو با فرضیه پژوهش، درمی‌یابد در حالی که قانون‌سازی عرفی، به‌عنوان حرکت جمعی، عمدتاً خودجوش، ضمنی، تدریجی و غیرعامدانه است، خلق معاهداتی قواعد حقوقی، به‌عنوان نماد فردگرایی یا خاص‌نگری در جامعه بین‌المللی، اغلب دفعی، صریح، یکباره و عامدانه رقم می‌خورد.

### واژگان کلیدی

خلق قواعد حقوقی بین‌المللی، قانون‌سازی بین‌المللی، عرف، معاهده، منابع حقوق بین‌الملل

«حقوق بین‌الملل معاصر اغلب محصول تعامل پیچیده و متحول [کلیه] ابزارها، اعم از الزام‌آور و غیرالزام‌آور ... است».<sup>۱</sup>

## مقدمه

از زمان تشکیل جامعه بین‌المللی تا کنون، همواره دولت‌ها از دو منبع اصولی عرف و معاهدات برای ایجاد قواعد لازم‌الاجرا بهره برده‌اند<sup>۲</sup> و این دو ابزار به گونه‌ی تحسین‌برانگیزی موفق شده‌اند نیازهای واضعان خود را برآورده سازند؛ چه، اساساً دولت‌ها با توافقات و عملکردهای خود نشان داده‌اند که تمایلی به پایبندی به تعهدات تحمیلی ندارند و از آنجا که حقوق حاصل از عرف و معاهده را مستقیماً همان‌هایی وضع می‌کنند که بدان متعهد می‌شوند، بیشترین میزان رغبت از این دو به عمل آمده است؛ به‌ویژه معاهدات که با قابلیت اجرا تنها بر طرف‌های خود، آشکارا «اصالت فرد» [در سطح بین‌المللی عمدتاً دولت]<sup>۳</sup> و «خاص‌نگری»<sup>۴</sup> غالب در جامعه بین‌المللی را نشان می‌دهند. ویژگی دیگر قاعده‌سازی بین‌المللی یعنی نبودن سلسله‌مراتب میان عرف و معاهده، نمودار آزادی دولت‌هاست و حکومت اصول حاکم بر روابط منابع در تمامی نظام‌های حقوقی<sup>۵</sup> نشان می‌دهد که این دو مجموعه قواعد از ارزشمندی یکسانی برخوردارند. بنابراین، دولت‌ها صرف‌نظر از ماهیت برتر یکی، شامل قواعد آمره، اصولاً قادرند با عدول از یکی، دیگری را خلق نمایند.

از سوی دیگر، به‌طور کلی سنگ زیرین هر نظام حقوقی، کارکرد تقنین است و در روند خلق قانون، گزینش هنجارهای رفتاری (قواعد اولیه) و روش‌های تضمین پذیرش عمومی این هنجارها (قواعد ثانویه) حائز اهمیت بسیار است.<sup>۶</sup> اساساً شیوه‌های قانون‌سازی نشان‌دهنده ساختارهای اساسی یک جامعه است و از آنجا که حقوق داخلی، حقوق تبعیت، و حقوق بین‌الملل، حقوق همکاری است، هر یک دارای ساختار، فنون و روشی متفاوت هستند. نوعاً حقوق داخلی در این زمینه دارای فنون و روش‌های منظم و متمرکز است اما در حقوق بین‌الملل، قاعده‌سازی اساساً موسع و نامتمرکز

1. Alan Boyle and Christine Chinkin, *The Making of International Law*, (Oxford University Press, 2007) 210.

۲. ن.ک: آنتونیو کاسسه، *حقوق بین‌الملل در جهان نامتحد*، ترجمه: مرتضی کلانتریان، (تهران: دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی ج.ا.ا، ۱۳۷۰)، ۲۱۹-۲۰۳.

3. Individualism

4. Particularism

۵. قاعده مؤخر قاعده سابق را لغو می‌کند (Lex Posterior Derogat Priori)؛ قاعده مؤخر کلی نمی‌تواند قاعده خاص سابق را لغو کند (Lex Posterior generalis non Derogat Lex Specialis Derogat generalis) و قاعده خاص بر قاعده عام ترجیح دارد (Lex Specialis Derogat generalis). آنتونیو کاسسه، *حقوق بین‌الملل*، ترجمه: حسین شریفی طرازکوهی، (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۱)، ۲۲۵.

6. Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, (Oxford: Clarendon Press, 1995);

ن.ک: هربرت هارت، *مفهوم قانون*، ترجمه: محمد راسخ (تهران: نشر نی، ۱۳۹۳)، ۱۳۹-۱۶۷.

است<sup>۷</sup> و گاه مسائل غیرحقوقی و اوضاع و احوال تاریخی آشکارا به فرایند وضع مقررات بین‌المللی راه می‌یابند و گاه عوامل سیاسی نظیر دکترین سنتی، حاکمیت ملی و نظریه منافع حیاتی آن را از مسیر واقعی خود منحرف می‌کنند.<sup>۸</sup> بنابراین باید توجه داشت که حقوق بین‌الملل، حقوقی منحصر به فرد است که ویژگی‌ها، روش نظم‌بخشی حقوقی به جامعه و قلمرو خاص خود را دارد.<sup>۹</sup> افزون بر آن، به تعبیر آلن پله، تلاش‌های بین‌المللی در دهه‌های اخیر، معطوف برقراری سازش میان حقوق و واقعیت‌های جامعه بوده است.<sup>۱۰</sup> بنابراین، به کلیت این مباحث، علاوه بر جنبه‌های هنجاری و حقوقی، باید تجربی و عینی‌گرایانه نیز نگریست<sup>۱۱</sup> و بحث قانون‌سازی در این پهنه را محدود به منابع حقوق بین‌الملل ندانست و به «رویکرد تعاملی»<sup>۱۲</sup> کنشگران، منابع و محافل بین‌المللی سازمانی و غیر آن نیز توجهی شایسته داشت.

عرف و معاهده، ابزارهای سنتی و همچنان اصیل خلق قواعد حقوقی بین‌المللی به شمار می‌آیند. تعیین فرایند ایجاد قواعد عرفی معین نیست و این ذاتی عرف است. همچنین در حالی که در نظام‌های حقوقی داخلی عموماً اصول قانون اساسی و سایر اصول با اشاره به تابعان، نهادهای قانونگذار، مراحل مختلف قانونگذاری و سایر امور مرتبط، و روندهای پیچیده قانونگذاری را مشخص می‌کنند، در حقوق بین‌الملل، فرایندهای شکل‌گیری معاهده دقیقاً مشخص نشده است. این امر اتفاقی نیست! به نظر می‌رسد دولت‌ها خواهان آن هستند که در تعاملات خود تا حد ممکن آزاد باشند و این به‌عنوان ویژگی اساسی سنت جامعه بین‌المللی، گرچه امروزه در مواردی از بین رفته، هنوز هم دارای اعتبار بسیاری است.

در خصوص عرف و معاهده به‌عنوان منابع اصلی حقوق بین‌الملل سخن بسیار رفته است. مطالب پیشین در این حوزه عمدتاً با نگاهی عملیاتی این منابع را شرح داده‌اند و بیشتر به چیستی آن‌ها با نگاه به قواعد و رویه‌های موجود پرداخته‌اند؛ حال آنکه آنچه این نوشتار را، ضمن بهره‌گیری از یافته‌های قبلی، متمایز می‌کند، تمرکز آن بر چرایی و چگونگی مشارکت آن‌ها در امر خطیر خلق قواعد حقوقی، با پرداختن به ظرافت‌های نظری و کمتر پرداخته‌شده بحث است؛ چه، به تبع آنکه

7. Henrique Jerônimo Bezerra Marcos, "Consistency in international law: how to make sense of a decentralised and expansive rule-based world, Doctoral Thesis, (Maastricht University, Universidade de São Paulo, 2023), 127.

۸. هدایت‌الله فلسفی، *حقوق بین‌الملل معاهدات* (تهران: فرهنگ نشر نو، ۱۳۸۳)، ۲۳-۲۴.

9. Rudi Natamiharja, Rudy Rudy, and Ali Chaidir. "Law Making Treaties: The Implication of International Law towards Indonesia's Legislations" *Jambe Law Journal* 3, 2 (2021): 200.

10. Alain Pellet, "The Normative Dilemma: Will and Consent in International Law-Making," *Aust. YBIL* 12, 1 (1988): 25.

11. Nahuel Maisley, "The Infrastructure of International Law-Making: How Buildings Shape the Publicness of the Global Law-Making System," *AJIL* 117 (2023): 25.

12. Communicative practice; Ingo Venzke, *How Interpretation Makes International Law: On Semantic Change and Normative Twists*, (Oxford University Press, 2012).

اساساً به مبحث قانون‌سازی بین‌المللی به‌عنوان بحث نظری حقوقی و حتی فلسفی، آنچنان که شایسته است، دست کم در آثار حقوقی به زبان فارسی پرداخته نشده است، به عرف و معاهده هم از این منظر اعتنای درخوری صورت نگرفته است. در منابع غیرفارسی نیز این بحث همچنان زنده و پویاست و به جنبه‌های مختلف بحث از زوایای مختلف پرداخته می‌شود. بدیهی است که تحلیل وضع موجود و رویه جاری در جامعه بین‌المللی، با شناخت فلسفه و مباحث دکترینی آن به‌مراتب کامل‌تر، سازنده‌تر و البته به‌باور پژوهنده، جذاب‌تر خواهد بود و پیش‌بینی قواعد آتی حقوق بین‌الملل را تسهیل خواهد کرد.

پرسش اصلی پژوهش این است که چگونه عرف و معاهده در مسیر خلق قواعد حقوقی بین‌المللی ایفای نقش می‌نمایند؟ مطابق فرضیه اصلی نوشتار حاضر، با بهره‌گیری از روش توصیفی-تحلیلی، عرف به‌عنوان روندی خودجوش و عمدتاً کُند، محصول دیالکتیک عملکرد دولت‌ها و معاهده به‌عنوان ابزاری دفاعی و عمدتاً چابک در قانون‌سازی بین‌المللی مشارکت می‌کنند. مطالب پژوهش حاضر در دو بخش اصلی تنظیم شده است: نخست به شناخت مفهوم، مشارکت‌کنندگان و ابزارهای خلق قواعد حقوقی پرداخته خواهد شد و سپس چگونگی ساخت قواعد حقوقی بین‌المللی توسط عرف و معاهده، محور بحث خواهد بود.

## ۱. خلق قواعد حقوقی بین‌المللی؛ مفهوم، کنشگران و ابزارها

در مسیر شناخت جایگاه عرف و معاهده در قانون‌سازی بین‌المللی، گام نخست، شناخت مفهوم، مشارکت‌کنندگان و ابزارهای خلق قواعد حقوقی در پهنه بین‌المللی<sup>۱۳</sup> است.

### ۱-۱. مفهوم‌شناسی خلق قواعد حقوقی بین‌المللی

ضمن توجه به تفاوت‌های خلق و توسعه حقوق<sup>۱۴</sup> می‌توان گفت اصطلاح عام قانونگذاری بین‌المللی در ادبیات حقوقی گستره معنایی وسیعی دارد.<sup>۱۵</sup> به نظر هادسن، این اصطلاح ناظر بر تلاش‌های عامدانه و آگاهانه برای افزودن یا ایجاد تغییر در «حقوق ملل» است. او با اتخاذ دیدگاهی موسع،

۱۳. بخشی از مطالب این بخش به تفصیل در مقاله دیگری از همین نویسنده و استاد گرانقدر آمده است: رضوان باقرزاده و امیرحسین رنجبریان، «شناخت "قانون‌سازی بین‌المللی" در پرتو ملاحظه کلی قانون‌سازی در علم حقوق»، فصلنامه تحقیقات حقوقی ۱۹، ۷۴ (۱۳۹۵)، ۱۶۹-۱۹۲.

۱۴. محمد حبیبی مجنده و ساناز کامیار راد، «قاعده‌سازی در دیوان بین‌المللی دادگستری از مجرای تفسیر پویا»، مجله حقوقی بین‌المللی ۳۵، ۵۸ (۱۳۹۷)، ۶۸-۷۰.

۱۵. برای ملاحظه دیدگاهی سنتی و در عین حال پیشرو نسبت به بحث قانون‌سازی بین‌المللی و نیز تاریخچه این بحث، ن.ک: Herbert A. Smith, "International Law-making," *Transactions of the Grotius Society* 16 (1930).

قانونگذاری بین‌المللی را اعم از روند و محصول نهایی این تلاش‌ها می‌داند.<sup>۱۶</sup> صاحب‌نظران بسیاری هم با حفظ ایده توسعه آگاهانه حقوق بین‌الملل، معاهدات قانون‌ساز یا عام<sup>۱۷</sup> را نزدیک‌ترین مفهوم به این عبارت دانسته‌اند. اما در دهه‌های اخیر، اغلب صاحب‌نظران، اصطلاح مورد بحث را به سایر منابع حقوق بین‌الملل، حتی استانداردهای حقوق نرم هم تسری بخشیده‌اند. امروزه مفهوم عام *قانون‌سازی بین‌المللی*<sup>۱۸</sup> به هرگونه اقدام اعضای جامعه بین‌المللی در جهت خلق حقوق گفته می‌شود و طبق دکترین غالب، همین مفهوم است که به فراخور ساختار و طبیعت حقوق بین‌الملل، کاربرد خلق قانون و قاعده را در سطح بین‌المللی عهده‌دار است.<sup>۱۹</sup> همچنان که در بیانی موجز و مقبول، ایجاد قانون، ایجاد حق و تکلیف مستقیم برای همه اعضای جامعه که واجد شرایط یکسان هستند شمرده شده است.<sup>۲۰</sup> در خلق قواعد حقوقی بین‌المللی، «واضع حقوق بین‌الملل، قانونگذاری خارجی نیست [و] این حقوق را خود کشورها ایجاد می‌کنند و نسبت به خود آنان نیز اعمال می‌شود».<sup>۲۱</sup> بنابراین در سطح بین‌المللی، قدرتی فرادولتی و کاملاً عمودی وجود ندارد تا بتوان آن

16. Manley Ottmer Hudson, *International Legislation: A Collection of the Texts of Multipartite International Instruments of General Interest Beginning with the Covenant of the League of Nations*, (Carnegie Endowment for International Peace Washington, 1931): xiii; in: Jutta Brunnée, "International Legislation," *Max Planck Encyclopedia of Public International Law [MPEPIL]* (2010).

۱۷. برخی نویسندگان، معاهدات قانون‌ساز و عرف عام را دو دسته اصلی قانون‌ساز در پهنه بین‌المللی دانسته‌اند.

Oscar Schachter, "Recent Trends In International Law Making," *Aust. YBIL* 12 (1989): 1.

18. International Law-making; Law-Creation; Production of Law, etc.

19. Brunnée, *International Legislation*, 1-2.

20. Gennadii Mikhailovich Danilenko, *Law-making in the International Community*, (Martinus Nijhoff Publishers, 1993), 5;

حقوق‌دانان عمدتاً اوصاف شکلی قاعده حقوقی، اعم از داخلی و بین‌المللی را کلیت، دوام، وجه اجتماعی، الزام و ضمانت اجرا می‌شمرند. ن. ک: فرید آزادبخت، «تحلیل سیستمی، مفهوم، اوصاف و مبانی قاعده حقوقی بین‌المللی»، در کتاب: *جامعه بین‌المللی و حقوق بین‌المللی در قرن ۲۱* (مجموعه مقالات اهدایی به دکتر محمدرضا ضیائی بیگدلی)، (تهران: شهر دانش، ۱۳۹۲)، ۱۳۰-۱۰۵. البته درباره اساسی بودن هیچ‌یک اتفاق نظری میان اهل فن وجود ندارد. ناصر کاتوزیان، *فلسفه حقوق*، جلد اول، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳)، ۵۱۷. به اعتقاد برخی نویسندگان، اینکه یک قاعده حقوقی در کمال صحت به وجود آمده باشد آن قدر مهم نیست که آن قاعده مورد تبعیت قرار گیرد و مشروع دانسته شود. ن. ک:

Jutta Brunnée and Stephen J. Toope, *Legitimacy and Legality in International Law: An Interactional Account*, (Cambridge University Press, 2010).; Onuma Yasuaki, "International Law in and with International Politics: The Functions of International Law in International Society," *EJIL* 14, 1 (2003): 113-120;

توماس فرانک، اعتقاد هنجاری به ضرورت تبعیت از یک قاعده حقوقی را سبب مشروعیت آن می‌شمرد و با یادآوری رأی ۱۹۲۷ دیوان سابق بین‌المللی در قضیه *لوتوس*، سنگ زیرین بحث مشروعیت قواعد حقوقی بین‌المللی را اراده آزاد دولت‌ها می‌داند. وی مؤلفه‌های مشروعیت قاعده حقوقی بین‌المللی را ایضاح، اعتبار نمادین، انسجام و حمایت از قواعد می‌داند. ن. ک:

PCIJ, SS. "Lotus Case (France v. Turkey)." (1927): 26.; Thomas M. Franck, *Fairness in the International Legal and Institutional System: General Course on Public International Law*, (Martinus Nijhoff, 1993): 46, 48-61.

۲۱. کاسسه، *حقوق بین‌الملل در جهان نامتحد*، ۲۰۳-۲۰۴. جامعه بین‌المللی به اقتضای برابری حاکمیت دولت‌ها به‌عنوان اصل اولیه راهنما، «جلوه‌گاه وحدت واضح و تابع حقوق بین‌الملل» است. البته معادلات کلاسیک جامعه بین‌المللی امروز، سخت

را قانونگذاری به معنای اخص کلمه نامید. در کنار سیر تحول مفهوم خلق قواعد حقوقی بین‌المللی و با توجه به ادبیات روزآمد حقوق بین‌الملل، در مقام بیان تفاوت «قانونگذاری بین‌المللی»<sup>۲۲</sup> و «قانون‌سازی بین‌المللی» می‌توان گفت در قانونگذاری بین‌المللی که مفهومی وام‌گرفته از نظام‌های حقوقی ملی است، تکیه بر قدرت عمودی و یک‌سویه تصمیم‌سازی توسط مرجعی صالح و دارای نمایندگی از سوی دولت‌ها است. بنابراین قانونگذاری بین‌المللی، با عبور از مرزهای خلق افقی و رضایت‌محور قواعد حقوقی، به قانونگذاری داخلی نزدیک می‌شود. اختیاری که دولت‌ها به سازمان‌های بین‌المللی برای انجام وظایف و تحقق اهدافشان اعطا می‌نمایند، بارزترین شکل قانونگذاری بین‌المللی است<sup>۲۳</sup> و از آن جمله است تدوین مقررات اداری توسط خود سازمان یا ایجاد ارکان فرعی توسط سازمان مانند تأسیس دادگاه‌های کیفری ویژه توسط شورای امنیت ملل متحد. این در حالی است که چنانکه در سطور بالا گفته شد، قانون‌سازی بین‌المللی، تعبیری بسیار عام و به مراتب گسترده‌تر است، گرچه برخی نویسندگان چنین تفکیکی را قائل نیستند و هر دو را تقریباً به یک معنا به کار می‌برند؛<sup>۲۴</sup> البته در دهه‌های اخیر عمدتاً به منظور خلق قواعد حقوقی بین‌المللی به هر شکل در نظام بین‌المللی، از تعبیر قانون‌سازی بین‌المللی بهره گرفته می‌شود.<sup>۲۵</sup>

با توجه به آنکه هدف از قانون‌سازی، هم ایجاد نظام عملی به منظور حل اختلاف‌های احتمالی (مکتب اصالت فرد) و هم دفاع از ارزش‌های جامعه مانند امنیت و آزادی (مکتب اصالت اجتماع) است،<sup>۲۶</sup> ناگزیر باید در کنار توجه به ایجاد مستقیم حق و تکلیف برای تابعان جامعه و اساساً مخاطبان قاعده حقوقی، به نظام ارزشی آن جامعه هم توجه کافی صورت گیرد. به اقتضای طبیعت غایت‌محور

---

بر هم خورده و جامعه محدود به دولت‌ها نیست. شهرام زرنشان، شکل‌گیری و شناسایی حقوق بین‌الملل عرفی، (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۲)، ۲۱-۲۲.

## 22. International Legislation

برای مثال، دادگاه بین‌المللی کیفری ویژه برای یوگسلاوی سابق در رأی تادیچ از تعابیر «قانونگذار» (Legislature) و «قوة قانونگذاری» (Legislative Power) استفاده می‌کند.

*Tadić Case (Prosecutor v Tadić [Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction])*, (02 Oct. 1995), para. 43.

۲۳. سازمان‌های بین‌المللی فقط در محدوده اهداف و اختیارات صریح یا ضمنی خود، قادر به اتخاذ تصمیمات مربوطه هستند. فریده شایگان، شورای امنیت سازمان ملل متحد و مفهوم صلح و امنیت بین‌المللی، (تهران: انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۰)، ۲۰۰.

24. See for instance: Narendra N. Singh, "The Legislative Process in International Law: A General Comment," *Bond Law Review* 2, 2 (1990): 172-181; Mukhammadjonov Jasurbek Jakhongir Ugli, "Law Making by International Organizations," *JournalNX* 6, 10 (2020): 58-62.

25. For instance James Kraska, Ronan Long, and Myron H. Nordquist, *Peaceful Maritime Engagement in East Asia and the Pacific Region*, Oceans Law and Policy 25, (Brill / Nijhoff, 2023): 19; Rain Liivoja and Jarna Petman, "International Law-making," (Routledge, 2014).; Catherine Brölmann and Yannick Radi, *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking*, (Edward Elgar Publishing Limited, 2016).; Boyle & Chinkin, *The Making of International Law*, 1.

۲۶. ن. ک: کاتوزیان، فلسفه حقوق، جلد اول، ۴۴۳-۴۷۸.

حقوق بین‌الملل، در سطح بین‌المللی این مسئله نمود بیشتری هم می‌یابد. همچنین یکی از ویژگی‌های نظام‌های حقوقی کارآمد، توانایی آن‌ها در انعکاس نیازها و خواسته‌های متغیر جوامع‌شان است، چه، نظام‌های حقوقی موفق، فعالیت قانون‌سازانه مستمر دارند و قانون‌سازی، پاسخ حقوقی-سیاسی طبیعی نظام حقوقی در حال رشد به نیازها و مشکلات جدید جامعه است. بی‌تردید حقوق بین‌الملل به‌عنوان نظام حقوقی پویا باید همواره به شرایط متغیر جامعه توجه کافی داشته باشد و در فرایند قانون‌سازی، خود را با تغییرات گاه اجتناب‌ناپذیر و گاه خودخواسته جامعه بین‌المللی هماهنگ سازد؛ همچنان که دیوان بین‌المللی دادگستری، تعیین حقوق قابل اعمال بر یک قضیه را نیازمند توجه به تکامل مداوم حقوق بین‌الملل می‌داند.<sup>۲۷</sup> در این مسیر حقوق بین‌الملل دو راه پیش رو دارد: (۱) وضع مقررات و خلق قواعد حقوقی در حوزه‌های جدید حقوق بین‌الملل؛ (۲) پالایش و روزآمدسازی مداوم حقوق موجود.<sup>۲۸</sup> بدین‌سان، حوزه‌های مختلف حقوق بین‌الملل، پیوسته از حیث خلق قواعد حقوقی، تجربه‌های تازه‌ای را از سر می‌گذرانند.<sup>۲۹</sup> طبیعتاً همه ابزارهای قانون‌سازی بین‌المللی از یکی از این دو راه در جهت خلق حقوق بهره می‌برند؛ از جمله معاهده‌سازی در زمینه نانو فناوری یا تغییر مسیر عرف در زمینه تحدید حدود فلات قاره.

## ۱-۲. کنشگران معاصر خلق قواعد حقوقی بین‌المللی

افزون بر گذار جامعه بین‌المللی در پی فروپاشی شوروی سابق،<sup>۳۰</sup> توسعه سازمان‌های بین‌المللی و آژانس‌های تخصصی در نیمه دوم قرن بیستم، تحول مضاعفی را در ساخت حقوق بین‌الملل سبب شد و محافلی برای تعامل و تبادل نظر گسترده دولت‌ها پدید آمد.<sup>۳۱</sup> «جهان جهانی‌شده»<sup>۳۲</sup> در مواجهه با تهدیدات علیه صلح و امنیت بین‌المللی، نقض‌های فاحش حقوق بشر، پیشرفت‌های علمی و فنی از جمله در شبیه‌سازی انسان، نیازمند راه‌حل‌های جهانی است. در همین راستا، قانون‌سازی بین‌المللی معاصر مستلزم فعالیت مشارکت‌کنندگان معاصر در روندهای مربوط است. نگارش و مفاد ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری به‌عنوان مقرره‌ای بازتاب‌دهنده حقوق بین‌الملل عام، چنین می‌نماید که دولت‌ها بازیگران اصلی قانون‌سازی بین‌المللی بوده و مثلاً نهادهای غیردولتی فاقد تأثیر بر این کارکرد هستند. به تعبیر مشهور قاضی هیگینز، در این لحظه

27. Bimal N. Patel, "Fisheries Jurisdiction Case:(United Kingdom v. Iceland)." In *The World Court Reference Guide*, pp. 386-396. (Brill Nijhoff, 2000).

28. Danilenko, *Law-making in the International Community*, 1.

29. See for instance: Tatiana Andia and Nitsan Chorev, "How to Study Global Lawmaking: Lessons from Intellectual Property Rights and International Health Emergencies," *Annual Review of Law And Social Science* 19 (2023): 215-234.; Liivoja and Petman, *International Law-making...*, 190-210, 271-282.

۳۰. سیدحسین سادات میدانی، *صلاحیت قانونگذاری شورای امنیت* (تهران: دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی، ۱۳۸۴)، ۳۵.

31. Danilenko, *Law-making in the International Community*, xiii-xiv.

32. Globalized World



از تاریخ همچنان دولت‌ها در مرکز نظام حقوقی بین‌المللی جای دارند<sup>۳۳</sup> و نمی‌توان انکار کرد که تمرکز مطلق بر دولت‌ها،<sup>۳۴</sup> تصویر گمراه‌کننده‌ای از قانون‌سازی بین‌المللی ارائه می‌دهد. این فرایند، مستلزم فعالیت مشارکت‌کنندگان متعدد در روندهای مربوط است.<sup>۳۵</sup> صاحب‌نظران دامنه‌کنشگران بین‌المللی را در فرایند قانون‌سازی بین‌المللی اعم از دولت‌ها، سازمان‌های بین‌الدولی و غیردولتی،<sup>۳۶</sup> شرکت‌های چندملیتی، افراد خصوصی، رسانه‌ها،<sup>۳۷</sup> گروه‌های فشار، گروه‌های ذی‌نفع، مراجع قضایی بین‌المللی<sup>۳۸</sup> و چه‌بسا غیر اینها می‌دانند؛<sup>۳۹</sup> همچنان که اساساً تابعان متعدد حقوق بین‌الملل به رسمیت شناخته شده‌اند.<sup>۴۰</sup> به دیگر سخن، از رهگذر اتخاذ نگرشی دموکراتیک و چندجانبه‌گرا و نیز

33. Higgins, *Problems and Process*..., 93;

افزون بر آن، سهم و شانس دولت‌ها هم در مشارکت در قانون‌سازی یکسان نیست.

Dire Tladi, "Representation, Inequality, Marginalization, and International Law-Making: The Case of the International Court of Justice and the International Law Commission," *UC Irvine J. Int'l Transnat'l & Comp. L.* 7 (2022), 60.

۳۴. در خصوص مشارکت دولت‌ها در قانون‌سازی بین‌المللی که عمدتاً تابعی از همان الگوی کلاسیک رضایی‌بودن حقوق بین‌الملل است، ن.ک:

Arnold N. Pronto, "Some Thoughts on the Making of International Law" (Book Review), *EJIL* 19, 3 (2008), 603-604.

35. Boyle & Chinkin, *The Making of International Law*, 19-20;

ایجاد تحول در دکترین ایستای منابع حقوق بین‌الملل و حرکت‌های جسورانه‌ی خلاف این ایستایی، همواره طرفداران و مخالفانی داشته است. ن.ک:

A. Anthea Roberts and Sandesh Sivakumaran, "Lawmaking by Non-state Actors: Engaging Armed Groups in the Creation of International Humanitarian Law," *Yale J. Int'l L.* 37, 1 (2012), 111-115.

۳۶. بازیگران نوظهور غیردولتی در چارچوب‌هایی نظیر حقوق بشر و محیط‌زیست، مکرراً وضع مقررات بین‌المللی مقتضی را از دولت‌ها خواستار شده‌اند. ن.ک:

Ramses A. Wessel, "Informal International Law-Making as a New Form of World Legislation?," *International Organizations Law Review* 8 (2011), 253-265.; Martti Koskeniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, (Cambridge University Press, 2001) 98.

۳۷. برای مثال، سی‌ان‌ان از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است و تعبیر CNN Factor گواه آن است.

Boyle & Chinkin, *The Making of International Law*, 20;

در سال ۱۹۹۱ تمرکز رسانه‌ای گسترده بر شرایط نامساعد کردها پس از جنگ کویت و عراق، روند کمک‌های بشردوستانه بدان‌ها را تسریع کرد. همچنین در سال‌های اخیر، انتشار عکس‌ها و فیلم‌های متعدد در خصوص شمار بالای پناهجویان سوری و عراقی، در سیاست‌گذاری‌های حقوقی دولت‌های اروپایی به‌ویژه آلمان، اوکراین و لهستان تأثیر داشت. البته توجه رسانه‌ای اغلب گزینشی و کوتاه‌مدت است.

۳۸. نهادهای قضایی بین‌المللی نشان داده‌اند که می‌توانند در قانون‌سازی بین‌المللی مشارکت قابل‌توجهی داشته باشند. ن.ک: رضوان باقرزاده، *قانون‌سازی بین‌المللی با تکیه بر مشارکت مراجع قضایی؛ از نظر تا عمل*، رساله‌ی دکتری حقوق بین‌الملل، دانشگاه تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، (۱۳۹۵)؛

Armin von Bogdandy and Ingo Venzke, "Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers," *German Law Journal; Special Issue* 12, 5 (2011): 979-1370; Tladi, *Representation* ..., 68-72.

۳۹. مایکل ریومن و هارولد کوه بر اهمیت بازیگران فاقد صلاحیت رسمی قانون‌سازی تأکید می‌کنند. ن.ک:

Michael W. Reisman, "The View from the New Haven School of International Law," In *Proceedings of the ASIL Annual Meeting* 86 (1992): 122; Harold Hongju Koh, "Why Do Nations Obey International Law?," *Yale LJ* 106 (1996), 2599-2626.

۴۰. برای مطالعه راهنمایی مفید در خصوص شمار تابعان بین‌المللی از دید اسناد مهم بین‌المللی و صاحب‌نظران شهیر، ن.ک:

فهمی نو از مفهوم رضایت دولت، بازیگران مشروع قانون‌سازی بین‌المللی گستره بسیار وسیعی را در بر می‌گیرند.<sup>۴۱</sup>

### ۱-۳. ابزارهای خلق قواعد حقوقی بین‌المللی

بدون تردید، ارتباط مستقیمی میان ابزارهای حقوق بین‌الملل و منابع حقوق بین‌الملل برقرار است. اساساً قرار است قواعد حقوقی بین‌المللی از این منابع استخراج شوند و دکتترین منابع حقوقی، تمایز میان قواعد حقوقی و سایر قواعد به‌ویژه هنجارهای اخلاقی و سیاسی را تبیین می‌نماید؛<sup>۴۲</sup> گرچه قلمرو قانون‌سازی به‌مراتب فراتر از منابع شکلی حقوق است.

در چارچوب نظام‌های ملی، «منبع حقوق»<sup>۴۳</sup> در عین اینکه ممکن است معطوف به مبانی قاعده حقوقی اعم از اجتماعی، اخلاقی، تاریخی و نظایر آن باشد (منابع مادی/ماهوی)،<sup>۴۴</sup> می‌تواند مستقیماً معطوف قواعد حقوقی هم باشد<sup>۴۵</sup> و منابعی را که مستقیماً حق و تکلیف می‌زایند (منابع شکلی/صوری)<sup>۴۶</sup> در نظر داشته باشد. اما از آنجا که میزان الهام قانون‌ساز از ترکیب و تحلیل نیروهای مختلف اعم از عادات و رسوم اجتماعی، جبر جغرافیایی، اقتصادی و مذهبی، ملاحظات اخلاقی، سیاسی و غیر آن، و به تبع آن، تأثیر فرایندهای گسترده اقتصادی، اجتماعی و سیاسی در قاعده نهایی روشن نیست،<sup>۴۷</sup> و نیز به جهت تنوع منابع ماهوی و پرهیز از دشواری‌های نظری و عملی تحلیل جنبه‌های مختلف ساخت قانون، عموماً مراد از منبع، صورت‌های ایجاد و ظهور قواعد است و نه عواملی که در ماهیت آن نقش داشته‌اند.<sup>۴۸</sup> به دیگر سخن، «منابع حقوق»، روش‌ها و روندهای حقوقی برای ایجاد قواعد کلی است که بر مخاطبان خود به لحاظ حقوقی الزام‌آور است.<sup>۴۹</sup> در نتیجه،

Cecilia Marcela Bailliet, "Subjects of International Law," *University of Oslo (Public International Law)*, (2013): 1-30.

41. Samantha Besson and José Luis Martí, "Legitimate Actors of International Law-Making: Towards a Theory of International Democratic Representation," *Jurisprudence* 9, 3 (2018): 504-540.

42. *Ibid.*, 23.

43. Source of Law

44. Material Sources of Law

45. Georges Abi-Saab, "Les Sources du Droit International: Essai de Déconstruction," *El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación* 1 (1994): 31.; Rüdiger Wolfrum, "Sources of international law." *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* 9 (2011): 299-313.

46. Formal Sources of Law

47. ن.ک: کاتوزیان، *فلسفه حقوق*، جلد ۱، ۳۱-۴۱۹ و ۴۲۱؛ محمدرضا ضیائی بیگدلی، *حقوق بین‌الملل عمومی* (تهران:

انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۶)، ۶۹-۸۶؛

Dinah L. Shelton "International law and domestic legal systems: Incorporation, transformation, and persuasion (introduction)." *INTERNATIONAL LAW AND DOMESTIC LEGAL SYSTEMS: INCORPORATION, TRANSFORMATION, AND PERSUASION*, Dinah Shelton ed (2011): 2013-61.

48. Danilenko, *Law-making in the International Community*, 5.

49. Mia Swart, "'Judicial Lawmaking at the ad hoc Tribunals: The Creative Use of the Sources of International Law and 'Adventurous Interpretation'". *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 70, 3 (2010): 459-86.

در چارچوب قانون‌سازی، سخن از سازکارهای هنجاری و ابزارهایی است که مقام دارای حق وضع و تحمیل قواعد، برای بیان قواعد و ایجاد حق و تکلیف حقوقی به کار می‌برد. البته همچنان برخی صاحب‌نظران از مفهوم گسترده شکل‌دهی قانون دفاع نموده و آن را اعم از هنجارهای رفتاری و عوامل مبنایی شکل‌دهی مستقیم و غیرمستقیم حقوق می‌دانند؛<sup>۵۰</sup> اگرچه بسیاری چنین دیدگاه موسعی را فلسفی، و نه حقوقی می‌دانند.<sup>۵۱</sup> اساساً تلاش چندانی برای ارائه نظام‌مند این منابع شکلی صورت نگرفته است. اغلب صاحب‌نظران با تأکید بر نظام نامحدود منابع حقوق، محدودیتی برای منابع شکلی حقوق به‌عنوان ابزارهای قانون‌سازی نمی‌شناسند.<sup>۵۲</sup> به نظر می‌رسد دسته‌بندی چهارگانه پاریزی و فون در ارائه روش‌های سازمانی قانون‌سازی در سطح داخلی، انسجام قابل‌توجهی به منابع شکلی حقوق می‌دهد: ۱) قانونگذاری داخلی، حقوق مدون داخلی،<sup>۵۳</sup> ۲) دادگستری، حقوق قاضی‌ساخته، رویه‌قضایی،<sup>۵۴</sup> ۳) عملکرد، حقوق عرفی،<sup>۵۵</sup> ۴) توافق با سایر دولت‌ها، حقوق معاهده.<sup>۵۶</sup> بدیهی است که جایگاه این منابع، بسته به نظام حقوقی مربوط<sup>۵۷</sup> متفاوت است<sup>۵۸</sup> و این استقرای منابع به معنای محدودکردن ابزارهای فنی بیان حقوق نیست.<sup>۵۹</sup>

اما در سطح بین‌المللی اوضاع به‌مراتب پیچیده‌تر است. جوان‌بودن حقوق بین‌الملل، درهم‌تنیدگی و پیچیدگی روابط بین‌المللی معاصر، تغییرات محیط بین‌المللی و نابسندگی حقوق بین‌الملل در واکنش به این تغییر شرایط و مانند اینها، مباحثات بسیاری را در خصوص قانون‌سازی بین‌المللی برانگیخته و ایده‌های جدیدی در این خصوص ارائه شده است.<sup>۶۰</sup> بنابراین چنین می‌نماید که برخلاف دیدگاه مضیق غالب در خصوص منابع در نظام‌های داخلی، در سطح بین‌المللی مفهوم موسع‌تر منابع حقوق و قانون‌سازی با اقبال بیشتری مواجه شده است که شرح آن ذیل مفهوم‌شناسی گذشت.

۵۰. کاتوزیان، *فلسفه حقوق*، جلد ۱، ۴۱۹-۴۳۱.

51. Danilenko, *Law-making in the International Community*, 5.

۵۲. گورویچ، دوگمی و هوریو، منابع صوری حقوق را ابزارهای فنی نمایش پدیده‌های الزام‌آور دانسته و میان آن‌ها تمایزی نمی‌بینند. کاتوزیان، *فلسفه حقوق*، جلد ۲، ۱۱.

۵۳. ن.ک: اصول ۵۸، ۵۹ و ۱۶۷ قانون اساسی ایران.

۵۴. ن.ک: مواد ۳ و ۴ قانون مدنی ایران.

۵۵. ن.ک: مواد ۴۸۶ و ۴۲۶ قانون مدنی ایران.

۵۶. ن.ک: ماده ۹ قانون مدنی و اصل ۷۷ قانون اساسی ایران.

۵۷. همچنان که رویه‌قضایی در نظام‌های حقوقی نوشته و کاملاً جایگاه کاملاً متفاوتی دارد.

Francesco Parisi and Vincy Fon, *The Economics of Lawmaking*, (Oxford University Press, 2009), xiii.

۵۸. قانون حاصل از وجه نخست، یعنی قانونگذاری مدون، همواره از دیرباز مورد ستایش قرار گرفته است. کاتوزیان، همان، جلد ۲، ۱۸؛ امروزه اهمیت منابع نوشته در اغلب کشورهای مدرن، سیری فزاینده داشته است.

*Ibid.*, 3.

۵۹. ن.ک: کاتوزیان، *فلسفه حقوق*، جلد ۲، ۳۸۱-۴۷۱، ۶۰۳-۶۹۲.

60. Ingo Venzke, "Contemporary Theories and International Law-making," *ACIL Research Paper* 23 (2013): 11-23.

البته این نگرش عام‌تر به تمام مبانی و منابع ماهوی حقوق تسری نمی‌یابد و همچنان خود را در چارچوب حقوق حفظ می‌کند. طبیعتاً گسترش فزاینده حوزه‌های تحت شمول حقوق بین‌الملل و تحول کمی و کیفی مشارکت‌کنندگان در قانون‌سازی بین‌المللی، توسعه ابزارهای قانون‌سازی را به همراه داشته است. مدافعان اصلاح اساسی و نسبی حقوق بین‌الملل، ضمن ناکافی شمردن منابع شکلی کنونی حقوق بین‌الملل در مواجهه با مشکلات فزاینده جامعه بین‌المللی، منابع سنتی حقوق بین‌الملل را پابرجا دانسته و اشکال و روش‌های جدید قانون‌سازی بین‌المللی نظیر اعمال یکجانبه و حقوق نرم را هم پذیرفته و حتی ضروری می‌شمرند.<sup>۶۱</sup> امروزه قانون‌سازی بین‌المللی نه فقط محدود به منابع حقوق بین‌الملل، بلکه بر نحوه تعاملات بین‌المللی در محافل بین‌المللی نیز متکی است<sup>۶۲</sup> و بر همین اساس، حقوق بین‌الملل معاصر محصول تعامل کلیه ابزارهای الزام‌آور و غیرالزام‌آور شمرده می‌شود. اینک منابع حقوقی بین‌المللی از منابع کلاسیک حقوق بین‌الملل منعکس در اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری بسیار فراتر رفته و ابزارهای سنتی قانون‌سازی هم با شرایط کنونی همگام شده‌اند، مانند فنون اصلاح معاهدات.<sup>۶۳</sup> در واقع، ماده ۳۸ اساسنامه دیوان، واقعیت‌های قانون‌سازی معاصر بین‌المللی را بازتاب نمی‌دهد و همچنان کنترل دولت‌ها را بر آنچه حقوق بین‌الملل شمرده می‌شود حفظ می‌کند.<sup>۶۴</sup>

با توجه به نکات گفته‌شده می‌توان فهرست‌وار حقوق سنتی بین‌المللی مشتمل بر عرف و معاهدات با تأکید ویژه بر معاهدات عام و همچنین اصول کلی حقوقی، اعمال یکجانبه دولت‌ها، دکترین، رویه قضایی، حقوق نرم و حتی در موارد استثنایی و در کمال احتیاط، قطعنامه‌های شورای امنیت را ابزارهای قانون‌سازی بین‌المللی برشمرد. محافل دیپلماتیک که مدرن‌ترین قانون‌سازی‌های بین‌المللی، به‌ویژه در موارد کنسانسوس،<sup>۶۵</sup> در آن‌ها اتفاق می‌افتد عبارت‌اند از جلسات سازمان‌های بین‌الدولی نظیر ملل متحد، کمیسیون‌ها، کنفرانس‌ها یا جلساتی که طرفین معاهدات چندجانبه متناوباً در آن‌ها شرکت می‌کنند، و کنفرانس‌های مذاکرات موردی. در این میان نباید از جایگاه ویژه کمیسیون حقوق بین‌الملل که بازتاب‌دهنده دکترین جمعی دولت‌ها و تا حدودی مشابه قانونگذاری داخلی است، غفلت کرد.<sup>۶۶</sup> با یادآوری اینکه در اواخر دهه ۶۰ قرن بیستم، کنوانسیون وین ۱۹۶۹

61. Danilenko, *Law-making in the International Community*, xiii-xiv.

62. Venzke, *Contemporary Theories and International Law-making*, 5-11.

63. Boyle & Chinkin, *The Making of International Law*, 35, 210.

64. Hilary Charlesworth and Christine Chinkin, "Modes of international law-making," in *The Boundaries of International Law*, (Manchester University Press, 2022): 65.

65. Consensus

66. «تدوین و توسعه پیش‌رونده حقوق بین‌الملل» که کارویژه کمیسیون است، مؤلفه‌ای شاخص در قانون‌سازی بین‌المللی است و کمیسیون به شایستگی از عهده این امر برآمده است. ن.ک:

*Ibid.*, 163-171; Tladi, *Representation...*, 72-75.

در خصوص معاهدات، آشکارا نظام سلسله‌مراتبی هنجاری را رقم زد،<sup>۶۷</sup> می‌توان گفت قواعد امره<sup>۶۸</sup> و تعهدات عام‌الشمول<sup>۶۹</sup> همانند چتری بر سر قانون‌سازی بین‌المللی گسترده‌اند؛ به‌ویژه آنکه برخی صاحب‌نظران، حقوق بین‌الملل را آنچه بازیگران در روابط میان خودشان هنجار می‌شمرند می‌دانند.<sup>۷۰</sup> و طبیعتاً احترام ویژه‌ی تابعان حقوق بین‌الملل برای این قواعد، نقش ماهوی قابل‌ملاحظه‌ای در قانون‌سازی بین‌المللی ایفا می‌نماید. البته باید توجه داشت تنها یک هنجار حقوقی بین‌المللی از پیش موجود می‌تواند به جایگاه قاعده‌ی امره ارتقا یابد<sup>۷۱</sup> و وصف آمرانگی یک قاعده‌ی حقوقی بین‌المللی، نه قانون‌سازی در مفهوم دقیق آن، بلکه سازکاری ماهوی است که ارزش‌های بنیادین جامعه‌ی بین‌المللی را در قواعد حقوق بین‌الملل ادغام می‌نماید.<sup>۷۲</sup>

با وجود برشمردن ابزارهای قانون‌سازی، حقوق بین‌الملل معاصر، اغلب محصول به‌کارگیری فنونی حقوقی مانند استقرا و قیاس<sup>۷۳</sup> و برقراری تعاملی پیچیده و متحول میان کلیه‌ی ابزارهای الزام‌آور و غیرالزام‌آور، در چارچوب‌های سازمانی و ساختارمند و غیر آن<sup>۷۴</sup> شمرده می‌شود و به‌عنوان مثال، با وجود اهمیت تمایز میان ابزارهای «حقوق سخت»<sup>۷۵</sup> و «حقوق نرم»،<sup>۷۶</sup> نمی‌توان در چارچوب قانون‌سازی بین‌المللی، نقشی قاطع و قطعی برای این تمایز قایل شد؛ چه، در چارچوب کلان تعامل منابع حقوق بین‌الملل، اهمیت هر یک از اسناد حقوق نرم و معاهدات چندجانبه، در جای درست، خود را می‌نمایاند<sup>۷۷</sup> و حتی برخی قانون‌سازی غیررسمی از جمله توسط حقوق نرم را راه برون‌رفت از مشکلات برخی حوزه‌های حقوق بین‌الملل از جمله حقوق بین‌الملل بشردوستانه شمرده‌اند.<sup>۷۸</sup>

67. Wolfrum, *Sources of International Law*, 12.

68. Jus Cogens

69. Erga Omnes

70. Higgins, *Problems and Process...*, 18.

71. Dinah L. Shelton, "Normative Hierarchy in International Law," *AJIL* 100, 2 (2006): 300.

72. Bruno Simma, *From Bilateralism to Community Interest in International Law*, (Martinus Nijhoff, 1994): 292; See also Liivoja and Petman, *International Law-making...*, 261.

73. Sandesh Sivakumaran, "Techniques in International Law-Making: Extrapolation, Analogy, Form and the Emergence of an International Law of Disaster Relief," *EJIL* 28, 4 (2017): 1097-1132.

74. Rüdiger Wolfrum, "International Law Making," in James Kraska, Ronan Long, and Myron H. Nordquist. *Peaceful Maritime Engagement in East Asia and the Pacific Region* 25 (Brill, 2022): 20.

75. Hard Law

76. Soft Law

77. Boyle & Chinkin, *The Making of International Law*, 210.

78. Pauline Charlotte Janssens and Jan Wouters, "Informal international law-making: A way around the deadlock of international humanitarian law?," *International Review of the Red Cross* 104, 920-921 (2022): 2111-2130.

## ۲. نگاهی دیگرسان به عرف و معاهده به‌عنوان ابزارهای اصیل خلق قواعد حقوقی

### بین‌المللی

در این بخش، پژوهنده می‌کوشد ضمن بهره‌گیری از بررسی‌های سنتی عرف و معاهده ذیل بحث کلاسیک منابع حقوق بین‌الملل، از آن مباحث تا حدی فاصله گیرد و بیش از چپستی که عمدتاً عملیاتی ناظر به قواعد و رویه‌های جاری بین‌المللی است، بر چرایی و چگونگی مشارکت این ابزارها در امر خطیر قانون‌سازی بین‌المللی متمرکز شود. طبیعتاً به دلیل تقدم تاریخی و عمر دیرپای عرف، در اینجا نیز نخست بدان پرداخته می‌شود.

اما پیش از شروع بحث، شایان توجه است که در گرایش‌های جدید در خصوص عرف و معاهده، سه تحول اساسی رخ داده است: اولاً با ظهور تعداد زیادی از دولت‌ها در قرن بیستم با زمینه‌های متفاوت ایدئولوژیک، سیاسی و فرهنگی، تنظیم توافقات در سطح بین‌المللی دقت بیشتری را همراه با مشارکت این دولت‌های جدید اقتضا داشته است؛ کما اینکه خلق کنوانسیون ۱۹۶۹ وین در مورد حقوق معاهدات و متعاقباً نظیر آن در ۱۹۸۶ در خصوص سازمان‌های بین‌المللی، پاسخی بود به ضرورت تدوین، بازنویسی و توسعه قواعد سنتی که در آن جزئیات شرایط انعقاد، مدت اعتبار و اساساً تمامی ویژگی‌های اساسی توافقات بین‌المللی تبیین شد. ثانیاً پدیدارشدن مجموعه‌ای از ارزش‌های بنیادین در قالب قواعد آمره و پیدایی نوعی سلسله‌مراتب ماهیتی در پیکره قواعد حقوق بین‌الملل، سبب شد اصول سابق حاکم بر روابط میان قواعد حقوق بین‌الملل، به دلیل اعتبار والای این نوع قواعد، در خصوص آن‌ها اعمال نشود. ثالثاً اکنون دولت‌ها به‌سادگی قادر به مخالفت با شکل‌گیری قاعده عرفی نیستند و بدین‌سان، جامعه بین‌المللی نسبت به گذشته دچار فردگرایی کمتر و یکپارچگی به‌مراتب بیشتری است و فشار جامعه روی دولت‌ها، سرسختی احتمالی آن‌ها در مقابل پایبندی به قواعد جدید را تا حد زیادی خدشه‌دار کرده است.<sup>۷۹</sup>

## ۱-۲. عرف در مقام دیالکتیک عملکردی؛ قانون‌سازی عمدتاً خودجوش، تدریجی

### و غیرعامدانه

عرف همان رویه هماهنگ و هم‌سازی است که در طول زمان شکل می‌گیرد و باور عمومی، تخلف از آن را نکوهش و احترام به آن را تحسین می‌کند.<sup>۸۰</sup> حقوق بین‌الملل اساساً در قالب حقوق عرفی که از دیرباز محصول رضایت جمعی ملت‌ها شمرده می‌شود<sup>۸۱</sup> ساخته شده

۷۹. فلسفی، حقوق بین‌الملل معاهدات، ۲۲۳-۲۲۷.

۸۰. فرماندو تسون، فلسفه حقوق بین‌الملل، ترجمه: محسن محبی (تهران: شهر دانش، ۱۳۸۸)، ۱۷۸.

۸۱. Charles A. Riedl, "How Can International Legislation Best Be Improved", *Marq. L. Rev.* 31, 4, (1947), 259.

است<sup>۸۲</sup> و عرف، مدت‌ها منبع اولیه و اصلی هنجارها و اصول حقوق بین‌الملل به شمار می‌آمد.<sup>۸۳</sup> حقوق عرفی، محصول خودسازندگی واقعیت و آرمان یک جامعه است و شاید بتوان آن را تهنشین گذشته جامعه و نه روند قانون‌سازی رسمی دانست؛ چه، جامعه از طریق آن، برای خود به خلق حقوق در قالب یک قانون‌سازی ناگفته و ضمنی دست می‌زند و برون‌داد این تجربه خودانتظامی جامعه، ایجاد قاعده حقوقی است.<sup>۸۴</sup> در همین راستا، حتی برخی نویسندگان، اعتبار و مشروعیت هنجاری عرف را، به دلایل گوناگون مانند عدم قطعیت و خدشه‌پذیر بودن آن،<sup>۸۵</sup> دغدغه‌ای دیرپا شمرده‌اند<sup>۸۶</sup> و آن را به دلیل پیچیدگی‌های روند تکوینی، از مجموعه قانون‌سازی بین‌المللی کنار گذاشته‌اند.<sup>۸۷</sup> حقوق عرفی به‌طور کلی و حقوق عرفی بین‌المللی به‌طور خاص محصول «دیالکتیک عملکرد»<sup>۸۸</sup> تابعان جامعه است که در چارچوب «نظریه قرارداد اجتماعی ضمنی»،<sup>۸۹</sup> اقتدار خود را در رضایت فرضی آن‌ها می‌یابد<sup>۹۰</sup> و اعضای جامعه به‌عنوان منبع اصیل اقتدار آن، نویسندگان حقوق عرفی هستند. به تعبیر واتل در ۱۷۵۸<sup>۹۱</sup> دولت‌ها همه آزاد، مستقل، برابر و در عین حال ساکنان «دولت طبیعت»<sup>۹۲</sup> بوده و ساختن، قضاوت کردن و اجرای حقوق در دست خودشان است.<sup>۹۳</sup> در ماده ۳۸(۱)

**۸۲.** حقوق بین‌الملل عرفی در ساخت حقوق بین‌الملل، دوران‌های مختلفی را در بستر جامعه بین‌المللی از سر گذرانده که به ترتیب زمانی بدین شرح است: (۱) زمان خلق تصور حقوق بین‌الملل از سال ۱۵۰۰ یعنی زمان تولد حقوق بین‌الملل مدرن؛ (۲) دوران دیپلماسی و جنگ به‌عنوان همزیستی حداقلی در قرن ۱۶؛ (۳) دوران تکیه بر حکومت سرزمینی؛ (۴) زمان پذیرش دو قلمرو ملی و بین‌المللی در اواخر قرن ۱۸ و اوایل قرن ۱۹؛ (۵) زمان خلق قلمرو عمومی بین‌المللی در نیمه دوم قرن ۱۹؛ (۶) دوران خلق و شناسایی ارزش‌های والای جهانی در نیمه دوم قرن گذشته؛ با این توضیح که خودانتظامی حال حاضر جامعه بین‌المللی از طریق حقوق عرفی، مشتمل بر شش لایه نظم عمومی یادشده است که در درازای زمان در جامعه بین‌المللی رسوب نموده است.

Philip Allott, "The Concept of International Law," *EJIL* 10, 1 (1999): 40-42.

**83.** Parth Tanwar and Jaispriya Poply, "Instant Formation of Customary International Law in the 21st Century: Components, Challenges and Applications in Customary Legal Fields," *SSRN Electronic Journal*, (2023), 1.

**84.** Allott, *The Concept of International Law*, 38-39.

**85.** Monica Hakimi, "Making Sense of Customary International Law," *MICH. L. REV.* 118 (2019): 1502.

**86.** Emmanuel Voyiakis, "A disaggregative view of customary international law-making," *Leiden Journal of International Law*, 29, 2 (2016): 366.

**87.** Brunnee, *International Legislation*, 1; See also Hakimi, *Making Sense of Customary International Law*, 1497-1504.

شاید به همین دلیل است که در اغلب نظام‌های حقوقی داخلی از اهمیت عرف به‌عنوان منبع حقوقی کاسته شده است.

W. Seneviratne, "Contemporary Validity of Customary International Law with Reference to International Law Making Process," *Proceedings of 8th International Research Conference*, (2015): 141.

**88.** Dialectic of Practice

**89.** Implicit Social Contract Theory

**۹۰.** برای مطالعه بیشتر در خصوص جایگاه اراده و رضایت در قانون‌سازی بین‌المللی، ن. ک:

Pellet, *The Normative Dilemma*..., 22-53.

**91.** Emmerich De Vattel, "The Law of Nations or the Principles of Natural Law (1758)."; Allott, *The Concept of International Law*, 39.

**92.** State of Nature

**93.** *Ibid.*, 38-40.

اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، در میان منابع حقوقی که دیوان بر اساس آن‌ها رأی صادر می‌کند، از عرف بین‌المللی به‌عنوان عملکرد کلی در قامت قاعده پذیرفته‌شده حقوق بین‌الملل سخن به میان آمده است. این تعبیر مبین این نظریه متداول است که عرف متشکل از دو عنصر است: عملکرد کلی (عنصر مادی)<sup>۹۴</sup> و اعتقاد به ضرورت انجام رفتار (عنصر معنوی).<sup>۹۵،۹۶</sup>

اما در خصوص عرف این مسئله از دیرباز مطرح بوده است که با توجه به ضرورت وجود رکن معنوی برای وجود قاعده عرفی بین‌المللی، آیا اساساً می‌توان گفت ممکن است عرف روشی غیرعامدانه و غیرآگاهانه باشد، آنچنان که برخی صاحب‌نظران معتقدند؟ در این زمینه بحث بسیار است. به‌طور خلاصه می‌توان گفت توضیحات مبسوط مفسران و پیروان مکاتب فکری مختلف در خصوص ماهیت رکن روانی عرف در دو گروه کلی طبقه‌بندی می‌شود: (۱) نظریه رضایت ضمنی اراده‌گرایان، (۲) اعتقاد حقوقی منبعث از ضرورت‌ها. در نظریه نخست، رضایت دولت‌های دارای حاکمیت، نقشی بنیادین ایفا می‌کند و حتی با توجه به اینکه شاخص مشخصی برای احراز رضایت دولت‌های غیرفعال، غیرذی‌نفع و جدید وجود ندارد، از ترفندهای حقوقی مانند مفروض‌گرفتن رضایت آن‌ها کمک گرفته می‌شود. اما در نظریه دوم، عملکرد کلی دولت‌ها از این باور نشأت می‌گیرد که حق یا تکلیف مربوط، مظهر قاعده‌ای عینی و مظهر احتیاجات و الزامات زیست اجتماعی بین‌المللی است و این همان دلیلی است که سبب می‌شود آن قاعده عرفی بر حتی دولت‌های غیرمشارکت‌کننده در ایجاد آن نیز الزام‌آور باشد.<sup>۹۷</sup> مطابق هر دو نظریه، کاملاً محتمل است که رضایت صریح و آشکار یک دولت به شکل‌گیری یک قاعده عرفی مفقود باشد و چه‌بسا غفلت و تسامح آن، حمل بر رضایتش شود؛ به‌ویژه آنکه عنصر عملکرد به معنای رویه همه دولت‌ها نیست و نهایتاً ممکن است رضایت دولتی غیرفعال در خصوص قاعده مربوط، مفروض گرفته شود.

بنابراین، با وجود اختلاف‌نظرها،<sup>۹۸</sup> در چارچوب قانون‌سازی می‌توان گفت ویژگی کلی عرف این است که در آن یک روند سراسر آگاهانه برای خلق قانون وجود ندارد. در خصوص موافقت‌نامه‌ها،

94. State Practice

95. Opinio juris

۹۶. ن.ک: کاسسه، *حقوق بین‌الملل*، ۲۲۸-۲۳۳؛ برای ملاحظه دیدگاه دیرپای کلاسیک در خصوص عناصر عرف و روند خلق آن، ن.ک:

Krzysztof Skubiszewski, "Elements of Custom and the Hague Court," *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (1971): 810-854.

برای ملاحظه بحث‌های جدیدتر در این زمینه، ن.ک:

Roozbeh (Rudy) B. Baker, "Customary International Law in the 21st Century: Old Challenges and New Debates," *EJIL* 21, 1 (2010): 173-204; Andre Da Rocha Ferreira, Cristieli Carvalho, Fernanda Graeff Machry, and Pedro Barreto Vianna Rigon. "Formation and evidence of customary international law." *UFRGS Model United Nations Journal* 1 (2013): 182-201.

۹۷. زرنشان، *شکل‌گیری و ...*، ۱۵۰-۱۶۳.

۹۸. ن.ک: همان، ۱۳۴-۱۶۹؛

Hakimi, *Making Sense of Customary International Law*, 1497.



نوعاً دولت‌ها به خواست خود گرد هم می‌آیند تا آگاهانه معیارهای حقوقی رفتار مورد قبول طرف‌های شرکت‌کننده در فرایند قاعده‌سازی را تنظیم کنند. اما در عرف چنین نیست. هدف دولت‌ها در زمان مشارکت در فرایند تکوین قاعده حقوقی، نه وضع قواعد بین‌المللی، بلکه بیشتر حمایت از منافع اقتصادی، اجتماعی یا سیاسی خود است.<sup>۹۹</sup> در حقیقت، قواعد بین‌المللی جدید، هم‌پای عملکرد مؤثر دولت‌ها در روابط بین‌الملل، معمولاً به تدریج شکل می‌گیرند.<sup>۱۰۰</sup> از همین رو، کلسن عرف را قاعده‌سازی بین‌المللی غیرآگاهانه و ناخواسته می‌داند و جولیانو، آگو و باریل از عرف به‌عنوان فرایند خودجوش خلق حقوق یاد می‌کنند. افزون بر این، دیگر ویژگی تمایزبخش قانون‌سازی عرفی از معاهداتی، این است که اصولاً قواعد عرفی عام نسبت به تمامی اعضای جامعه بین‌المللی یا منطقه‌ای الزام‌آور شمرده می‌شوند، حال آنکه در موافقت‌نامه‌های پرتعداد حتی علی‌القاعده تهرای دولت‌هایی متعهد شوند که آن‌ها را پذیرفته‌اند.<sup>۱۰۱</sup> تردیدی نیست که با وجود اهمیت یافتن سایر منابع حقوقی در حقوق بین‌الملل و گرایش فزاینده غالب دولت‌ها نسبت به معاهدات،<sup>۱۰۲</sup> هنوز هم عرف از فقدان «پارلمان جهانی»<sup>۱۰۳</sup> بهره بسیار می‌برد،<sup>۱۰۴</sup> اگرچه نگرانی‌ها و چالش‌هایی را هم در جامعه برمی‌انگیزد.<sup>۱۰۵</sup>

## ۲-۲. معاهده در مقام دیالکتیک ایده‌ها؛ قانون‌سازی عمدتاً دفاعی، صریح و عامدانه

به سبب بافت حقوقی سست‌تر نظام بین‌المللی در مقایسه با نظام‌های داخلی و نیز محدودبودن اعضای جامعه بین‌المللی، وضعیت‌های فردی بر قواعد کلی غلبه دارند. از همین رو از دیرباز، اصولاً حقوق و تکالیف دولت‌ها در روابط با هم با تکیه بر معاهدات دوجانبه و بر مبنای منافع خاص و روابط طرفینی معین می‌شود و حقوق معاهدات، بخش مهمی از حقوق بین‌الملل است، حال آنکه در حقوق داخلی، حقوق ناشی از قراردادهای خصوصی، متمایز از حقوق دولتی است.<sup>۱۰۶</sup> حتی گاه

99. See Voyiakis, *A Disaggregative View of Customary...*, 365-388.

۱۰۰. از اهمیت عرف‌های آنی در حقوق بین‌الملل امروز نیز نباید غفلت کرد. ن. ک:

Diego Germán Mejía-Lemos, "Some considerations regarding 'Instant' International Customary Law", fifty years later," *Indian Journal of International Law* 55, 1 (2015): 85-108; Michael P. Scharf, "Accelerated Formation of Customary International Law," *ILSA J. Int'l & Comp. L.* 20, 2 (2014): 313-342.

۱۰۱. کاسسه، *حقوق بین‌الملل*، ۲۲۷-۲۹۹. در زمینه ضرورت یا عدم ضرورت حمایت تمامی دولت‌ها از قواعد عرفی نیز ن. ک: ۲۳۸-۲۳۵.

۱۰۲. در خصوص نقش کنونی عرف و زمینه‌های تضعیف و تقویت آن، ن. ک: کاسسه، *حقوق بین‌الملل*، ۲۳۸-۲۴۰.

103. World Parliament

104. Seneviratne, *Contemporary Validity of Customary International Law...*, 137.

105. *Ibid.*, 139-141;

برای مطالعه جزئیات بیشتر در خصوص قانون‌سازی عرفی بین‌المللی، ن. ک:

Brölmann and Radi, *Research Handbook on the...*, 133-159.

۱۰۶. ن. ک: ماده ۱۰ قانون مدنی ایران.

وضعیتی خاص به اعتبار عمل یکجانبه و ادعای صرف برخی دولت‌ها پدید می‌آید که با گذر زمان و چه بسا بر اثر چشم‌پوشی یا مدارای اعضای جامعه بین‌المللی، مخصوص قواعد عام موجود شده و صورت قاعده‌ای حقوقی به خود می‌گیرد.<sup>۱۰۷</sup> در همین راستا، منابع حقوق بین‌الملل برخلاف منابع حقوق داخلی، علاوه بر قواعد عام، متضمن آن وضعیت‌های خاصی نیز هست که حسب مورد، فارغ از قید و بند رعایت قواعد عام به وجود آمده‌اند.<sup>۱۰۸</sup>

جالب است که اصل ایده معاهده از ایده خود حقوق بین‌الملل قدیمی‌تر است. هر جا که واحدهای حکومتی همزیستی نموده‌اند، تعامل رسمی آن‌ها صرف‌نظر از چگونگی تلقی آن‌ها از یکدیگر رخ داده است. تاریخ جوامع ملی هم نشان می‌دهد که تراکم و پیچیدگی فزاینده روابط اجتماعی، حرکت از حقوق عرفی به قراردادی و به‌واقع حرکت از قانون‌سازی آهسته (عرف) به قانون‌سازی فوری (قرارداد) را ضروری کرده است.<sup>۱۰۹</sup> جامعه بین‌المللی از نهاد مهم قرارداد و توافق، مأخوذ از نظام‌های ملی، بهره‌جسته و آن را به‌عنوان ابزاری جهت قانون‌سازی نظام‌مند خود پذیرفته است، چه، زمانی که جامعه بین‌المللی تقریباً از ۱۸۱۵ با تراکم و پیچیدگی مواجه شد، معاهدات کارکرد اجتماعی مشابهی با خلق قانون در نظام‌های ملی پیدا کردند.<sup>۱۱۰</sup>

۱۰۷. شیوه تعیین محدوده دریای سرزمینی توسط دولت نروژ که پس از مدتی صورت قاعده‌ای حقوقی به خود گرفت، نمونه مشهور آن است. ن.ک:

*Fisheries Case, (UK v. Norway), ICJ Reports, (1951), 139; See also Kraska et al., Peaceful Maritime Engagement..., 85.*

۱۰۸. فلسفی، *حقوق بین‌الملل معاهدات*، ۱۳-۱۴.

۱۰۹. دست نامرئی قانونگذار، در شکل سازمان‌یافته‌ای مانند فرمان پادشاه، شورا، سنا، پارلمان، احکام حکومتی و اساسنامه مرئی شد و هر جامعه، اشکال سازمانی مناسب خود را برای قانونگذاری تأسیس کرد.

Allott, *The Concept of International Law*, 43.

۱۱۰. مقررات وین در خصوص نمایندگی دیپلماتیک (The Vienna Reglement On Diplomatic Representation) مورخ ۱۹ مارس ۱۸۱۵ یک مثال قدیمی است.

*Ibid.*;

در حقوق بین‌الملل سنتی از اصل آزادی دولت‌ها در زمینه ایجاد توافق حمایت شده که با فشار شدید کشورهای سوسیالیستی و در حال توسعه، تغییرات مهمی در آن صورت گرفته است که تا حد زیادی در کنوانسیون ۱۹۶۹ وین حقوق معاهدات لحاظ شده‌اند. در اینجا دو نکته حائز اهمیت است: ابعاد شکلی حقوقی بین‌المللی و نیز مفاهیم سیاسی و ایدئولوژیک مستتر و مؤثر در انعقاد معاهده. در خصوص مبنای کنوانسیون می‌توان گفت بسیاری از مواد آن یا تدوین حقوق عرفی یا مبین حقوق بین‌الملل عام هستند. اما کل کنوانسیون هنوز به وضعیت حقوق بین‌الملل عام نایل نشده است. مواد کنوانسیون گاه بر حقوق عرفی و منسوخ شدن حقوق بین‌الملل سنتی نیز تأثیر می‌نهد. در خصوص فلسفه ایدئولوژیک و سیاسی مبنای ابداعات مهم کنوانسیون سه اصل مهم جالب توجه است: (۱) قیدنهادن بر آزادی نامحدود پیشین دولت‌ها توسط ارزش‌های بنیادین بین‌المللی در قالب قواعد آمره (ن.ک: مواد ۵۳ و ۶۴ کنوانسیون)؛ (۲) دموکراتیزه شدن روابط حقوقی بین‌المللی، منع اعمال زور سیاسی، نظامی و اقتصادی در مورد انعقاد معاهده (ن.ک: ماده ۵۲ کنوانسیون و اعلامیه منع اعمال زور سیاسی، نظامی یا اقتصادی در مورد انعقاد قرارداد منضم به کنوانسیون) و عدم نگرانی دولت‌ها برای حق وتوی برخی طرف‌های توافق (ن.ک: مواد ۲۳-۱۹ کنوانسیون)؛ و (۳) اولویت ارزش‌های بین‌المللی مغایر با ادعاهای ملی و تفسیر معاهدات به نفع حقوق بین‌الملل. اما حقوق بین‌الملل نوین

امروزه رایج‌ترین روش ایجاد قواعد بین‌المللی، انعقاد توافقنامه‌های بین‌المللی صرف‌نظر از عناوین مختلف آن‌ها<sup>۱۱۱</sup> است،<sup>۱۱۲</sup> چه، تمامی آن‌ها با وجود تنوع در عنوان، ماهیتاً یکسان‌اند و نمایان‌گر تلفیق اراده‌های دو یا چند تابع بین‌المللی با هدف تنظیم منافع‌شان از طریق قواعد بین‌المللی هستند. ویژگی اولیه توافقی، متعهدکردن صرفاً طرفین آن<sup>۱۱۳</sup> و نوعاً فقدان پیامد برای دولت‌های ثالث است.<sup>۱۱۴</sup>

چنانکه گفته شد، حقوق عرفی حاصل دیالکتیک عملکردی هماهنگ با نظریه‌های جامعه و در اجرای ارزش‌ها و اهداف آن است، حال آنکه در حقوق قراردادی، «دیالکتیک ایده‌ها»<sup>۱۱۵</sup> رقم می‌خورد.<sup>۱۱۶</sup> اما شمول هر دوی آن‌ها بر روابط حقوقی به معنای انطباق رفتار با حقوق ساخته‌شده، آن هم ناگزیر در خدمت نفع مشترک جامعه، این دو نوع مختلف دیالکتیک را به لحاظ ساختاری همانند می‌سازد<sup>۱۱۷</sup> و حتی این دو یکدیگر را تقویت هم می‌کنند.<sup>۱۱۸</sup>

هنوز کاملاً جایگزین حقوق بین‌الملل قدیم نشده و ماده ۴ کنوانسیون گویای آن است. همچنین از آنجا که تمامی اعضای جامعه بین‌المللی عضو این کنوانسیون نیستند، توافقی‌های منعقد شده توسط دولت‌های غیرطرف کنوانسیون و موارد ماقبل اجرای آن، تا حدی که تجلی حقوق بین‌الملل عرفی باشند یا به قواعد عرفی تبدیل شوند در چارچوب کنوانسیون قرار خواهند گرفت. اما اساساً معاهدات ماقبل ۱۹۶۹ در شمول حقوق بین‌الملل قدیم قرار دارند. کاسسه، *حقوق بین‌الملل*، ۲۴۲-۲۴۳.

۱۱۱. ن.ک: فلسفی، *حقوق بین‌الملل معاهدات*، ۸۸-۹۴.

۱۱۲. در زمینه انعقاد معاهدات، حق شرط، زمینه‌های بی‌اعتباری معاهدات، تفسیر معاهدات، انقضای معاهدات و مطالعه تفصیلی جایگاه قواعد آمره در معاهدات، ن.ک: کاسسه، *حقوق بین‌الملل*، ۲۶۳-۲۸۲، ۲۴۴-۲۵۹.

۱۱۳. بنا به تصریح دیوان دایمی دادگستری بین‌المللی در رأی ۱۹۲۶ در خصوص برخی منافع آلمان، یک توافق صرفاً مقرراتی را میان دولت‌های عضو آن برقرار می‌سازد.

*Polish Upper Silesia*, PCIJ, Series A, No. 7, (25 May 1926), 29.

۱۱۴. مطابق حقوق بین‌الملل سنتی و حتی معاصر، توافقی‌ها اصولاً بر حقوق و تعهدات ثالث بی‌اثر است و تنها رضایت محرز یا مفروض آن‌ها به پذیرش تعهدات یا اعمال حقوق سبب می‌شود این معادله بر هم خورد. ن.ک: مواد ۳۶-۳۴ کنوانسیون وین ۱۹۶۹ حقوق معاهدات. دیدگاه پوزیتیویستی نسبت به رابطه دولت‌های ثالث و معاهدات، ایجاد تعهد و حق برای دولت‌های ثالث را «متضمن وجه مشترک لزوم قصد طرف‌های معاهده و وجه افتراق نحوه ابراز رضایت کشور ثالث» می‌داند. حمید الهویی نظری، «معاهدات موجد حق برای دولت‌های ثالث با نگاهی به ماده ۲۶ کنوانسیون وین راجع به حقوق معاهدات»، *مجله حقوقی بین‌المللی* ۳۳، ۵۴ (۱۳۹۵)، ۱۸۷.

115. Dialectic of Ideas

116. Allott, *The Concept of International Law*, 39;

برای مطالعه مطلبی مختصر و مفید در خصوص تفاوت‌ها و شباهت‌های عرف و معاهده در قانون‌سازی بین‌المللی، ن.ک: Timothy Meyer, "How Different are Treaties and Modern Customary International Law? A Response to Verdier and Voeten." (2014): 240-245.

117. Allott, *The Concept of International Law*, 43.

118. *Ibid.*, 42;

با وجود فقدان سلسله‌مراتب میان عرف و معاهدات و هم‌ارز و هم‌عرض بودن آن‌ها، عموماً معاهدات به‌واسطه انطباق‌پذیری سریع‌تر با نیازها و منافع معاصر، شفافیت و قاطعیت بیشتر، درخواست دولت‌های نوپدید با هدف فراهم‌آوردن امکان تبادل نظر برای همگان و نیز مشارکت کاملاً آگاهانه طرفین آن در روند مذاکره، مرجح شمرده می‌شوند. در عمل، فرایند تدوین، همسو با

در خصوص ماهیت معاهده، تحلیل جالبی صورت گرفته است: اینکه یک معاهده نه توافق، بلکه ماهیتاً عدم توافق است که به یک نوشته فرو کاسته شده است. طرف‌های مختلف با ایده‌های متفاوت وارد مذاکره می‌شوند و از دیالکتیک نظرات، موجود سومی به نام معاهده خلق می‌شود که چه‌بسا برای طرف‌های خود مطلوب نیست، اما به دلایل گونه‌گون آن را می‌پذیرند.<sup>۱۱۹</sup> در واقع، تعارضات ایده‌ها و منافع در قامتی حقوقی در چارچوب مذاکرات سامان می‌یابد و نهایتاً در قالب معاهده به‌عنوان برون‌دادی نو وارد روند اجتماعی می‌شود. این داده سوم یعنی معاهده، حیات مستقل خود را دارد و قادر است نظام حقوقی کوچک درون نظام حقوقی کلی جامعه خلق کند و منشأ آثار حقوقی و تأثیرات اجتماعی شود. البته در تحلیل نهایی همین خرده‌نظام‌های حقوقی در خدمت نفع مشترک جامعه بین‌المللی نیز هستند.<sup>۱۲۰</sup>

برخی نویسندگان، معاهدات عام/قانون‌ساز<sup>۱۲۱</sup> را به لحاظ کارکردی نزدیک‌ترین مفهوم به خلق قانون می‌دانند<sup>۱۲۲</sup> و بر تأثیر بالای مفاد آن‌ها بر حقوق داخلی نیز تأکید می‌نمایند.<sup>۱۲۳</sup> این معاهدات، یا برخی حوزه‌های حقوق بین‌الملل را تدوین می‌کنند (مانند کنوانسیون ۱۹۶۱ وین در خصوص روابط دیپلماتیک و کنوانسیون ۱۹۶۹ وین در خصوص حقوق معاهدات)، یا رژیم‌ها یا قواعد عامی را به منظور هدایت رفتار آتی دولت‌ها برقرار می‌سازند (مانند موافقت‌نامه عمومی تعرفه و تجارت (۱۹۹۴ و ۱۹۴۷) و کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها). به‌علاوه، گاه مفاد معاهدات عام، قواعدی حقوقی است که از لحاظ عینی و بدون توجه به طرف‌های آن، برای همه دولت‌ها اثری حقوقی به همراه دارد<sup>۱۲۴</sup> و معاهدات تأسیس سازمان‌های بین‌المللی یا معاهدات مرزی از آن جمله هستند.<sup>۱۲۵</sup> این معاهدات در مقابل

ضرورت هماهنگی حقوق بین‌الملل با واقعیات جدید، این را تأیید کرد و «بین دهه‌های ۱۹۶۰ تا ۱۹۸۰ برتری ذاتی قراردادهای رسماً اعلام شد...» کاسسه، حقوق بین‌الملل، ۲۵۹-۲۶۲، ۲۴۱-۲۴۳.

۱۱۹. سیاست در حقوق معاهده نظیر همه انواع قانون‌سازی‌ها نقش داشته و قانون‌سازی معاهداتی به‌عنوان یک بخش اساسی نظام حقوقی بین‌المللی، با دیپلماسی سنتی، قدرت، نفع ملی، سیاست خارجی و تمام توان سیاسی دولت‌ها پیوند خورده است. از همین رو، وجود و کارکرد کمیسیون حقوق بین‌الملل برای مدیریت دیدگاه‌های آکادمیک و دیپلماتیک سنتی نقشی برجسته پیدا می‌کند. ن.ک:

Allott, *The Concept of International Law*, 42-47.

120. *Ibid.*, 43.

121. Law-making Treaties; Treaty-Law; Normative Treaties;

در ۱۹۹۸/آن پله به‌عنوان گزارشگر ویژه کمیسیون حقوق بین‌الملل در گزارش خود از اصطلاح «معاهدات هنجاری» استفاده نمود. ن.ک:

Malgosia Fitzmaurice and Armin Quast, "Section A: Introduction to the law of treaties" (study guide), (University of London, 2007): 12.

122. Brunnée, *International Legislation*, 2; See Catherine Brolmann, "Law-making treaties: form and function in international law." *Nordic J. Int'l L.* 74 (2005): 383.

123. Natamiharja et al., *Law Making Treaties...*, 201-202.

124. See Anthony D'Amato, "Treaties as a Source of General Rules of International Law," *Harvard International Law Journal* 3 (1962), 8-10.

۱۲۵. حمید الهویی نظری، حقوق بین‌الملل عمومی (تهران: نشر دادگستر، ۱۳۹۲)، ۶۹.

«معاهدات قراردادی/خاص»<sup>۱۲۶</sup> که حقوق و تعهدات متقابلی را برای برخی دولت‌ها ایجاد می‌کنند قرار می‌گیرند و ترسیم مرزی روشن میان آن‌ها در عمل ساده نیست.<sup>۱۲۷</sup> همچنین به نظر می‌رسد محدود کردن قانون‌سازی در حقوق بین‌الملل به بخشی از معاهدات که چه‌بسا سوء تفاهمی ناشی از درج واژه قانون‌ساز در عنوان آن است، فروکاستن اهمیت و تأثیرگذاری این نهاد چندسطحی است. حقوق معاهده، صرف‌نظر از نوع آن، واجد سه «اثر فراقانونگذارانه»<sup>۱۲۸</sup> نیز شمرده شده است:

(۱) مشارکت در شکل‌گیری حقوق بین‌الملل عرفی؛ معاهدات قادرند با ارائه الگوی رفتاری برای غیرطرف‌های خود، در شکل‌پذیری روابط حقوقی آن‌ها ایفای نقش نمایند؛

(۲) ایجاد موقعیت عام حقوقی؛ معاهدات می‌توانند روابط حقوقی طرف‌های معاهده را با ثالث بدون رضایت خاص آن‌ها تحت تأثیر قرار دهند؛ آنجا که به موجب معاهده، از جمله در خصوص رژیم‌های مناطق دریایی، صلاحیت جهانی کیفری، کنترل تسلیحات، توسل به زور یا رژیم تجارت خارجی، طرف معاهده منطقی‌نمی‌تواند رژیم‌های متفاوت یا تبعیض‌آمیزی را میان طرف‌های معاهده و ثالث اعمال نماید؛<sup>۱۲۹</sup>

(۳) قطع حقوق بین‌الملل عرفی؛ ممکن است حقوق معاهداتی با تأثیرگذاری فراطرفینی، تعامل ساختاری و همزیستی اجتماعی طرف خود را که تا آن زمان پیرو قواعد عرفی متفاوت بوده بر هم بزند و طبیعتاً این امر ناظر به غیرطرف‌های آن معاهده نیز در ارتباط با همان طرف معاهده می‌شود.<sup>۱۳۰</sup>

شایان ذکر است که در پی تراکم اقدام‌ها و پیچیدگی فزاینده روابط اجتماعی در تاریخ جوامع ملی، «قانون‌سازی محول‌شده/به‌نماینده‌گی»<sup>۱۳۱</sup> افزایش چشمگیری یافته است. قوه مقننه اختیارات خلق قانون را به اشخاص یا نهادهایی به‌ویژه در شعب اجرایی دولت در زمینه‌های تجاری و صنعتی واگذار می‌کند و بدیهی است که این خرده‌نظام‌های حقوقی باید نفع خود را هماهنگ با نفع مشترک جامعه که در حقوق جامعه منعکس است دنبال کنند. در حقوق بین‌الملل نیز همین اتفاق یعنی اعطای اختیارات قانونگذارانه به نظام‌های ساختارمند بین‌المللی رخ داده که از آن جمله است قانونگذاری سازمان‌های بین‌المللی نظیر فائو در خصوص محیط زیست، مسایل اداری و مدیریت

126. Contractual Treaty; Treaty-Contract; See M. Fitzmaurice, "Treaties", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law [MPEPIL]*, (2010): 3.

127. Brunnée, *International Legislation*, 2;

معاهدات قانون‌ساز و ایده قانونگذاری بین‌المللی توسط آن‌ها، ریشه در جنبش تدوین اروپایی اواخر قرن ۱۹ و اوایل قرن ۲۰ میلادی دارد که نهایتاً در قالب تلاش‌های کمیسیون حقوق بین‌الملل ملل متحد تداوم یافت. ن.ک:

*Ibid.*, 3.

128. Meta-Legislative Effect

129. See D'Amato, *Treaties as a Source of General Rules of International Law*, 1-40.

130. Allott, *The Concept of International Law*, 44.

131. Delegated Law-making

منابع.<sup>۱۳۲</sup> این قانون‌سازی توسط نهادهای معاهداتی و سازمان‌های بین‌المللی، به‌عنوان وجهی از قانون‌سازی قراردادی و مشخصاً قانونگذاری مطرح شده است. چنانکه ذیل مفهوم‌شناسی اشاره شد، دولت‌ها به‌عنوان واضعان و تابعان اصلی حقوق بین‌الملل، حدی از اختیار قانونگذاری را که سازمان‌های بین‌المللی برای انجام وظایف و تحقق اهداف خود لازم دارند، نظیر تدوین مقررات اداری سازمان و ایجاد ارکان فرعی، به آن‌ها اعطا نموده‌اند.<sup>۱۳۳</sup> جالب است که اینک میزان این قانونگذاری‌های محول‌شده با حقوق معاهدات مقدماتی برابری می‌کند. این قانون‌سازی محول‌شده، اعم است از اعلامیه‌های دوجانبه و چندجانبه، قطعنامه‌ها، تفاسیر رسمی، بیانیه‌های اصول، برنامه‌ها و نقشه‌های راه و مانند اینها که دست‌کم در قالب نوعی «اعمال شبه‌قانونگذارانه»،<sup>۱۳۴</sup> قواعد مربوط را خلق می‌کنند. چنانچه نهاد بین‌المللی هنجارهایی را تصویب کند که مستقیماً بر تابعان آن الزام‌آور هستند و متکی بر اصل «خودسامانی»،<sup>۱۳۵</sup> اغلب موضوع‌های اداری، مالی، آیین دادرسی و مانند اینها را شامل می‌شود،<sup>۱۳۶</sup> نزدیک‌ترین مفهوم به قانونگذاری را رقم زده است. نباید از یاد برد که چنین روندهایی منبعث از شرایط و اقتضائات رضایت‌محور و شکلی حقوق معاهده و اغلب محدود به حوزه‌های مشخصی هستند.<sup>۱۳۷</sup> اگرچه معمولاً اختیارات واگذار شده به‌صراحت در اسناد تأسیس مربوط مقرر می‌شود، گاه ذیل اختیارات ضمنی نهادها نیز می‌توان برای آن‌ها صلاحیت قانونگذاری در نظر گرفت.<sup>۱۳۸</sup> بدیهی است که در هر دو صورت، دامنه اقدام‌ها و تصمیمات مجاز نهادها یا

132. See Julia Somme, "Environmental Law-Making by International Organisations," *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (1996), 628-667.

۱۳۳. شایگان، شورای امنیت سازمان ...، ۲۰۰.

134. Para-Legislative Acts

135. Self-organization

136. Somme, *Environmental Law-Making* ..., 650.

137. Brunnée, *International Legislation*, 9.

138. See Pierre Klein, "International Organizations or Institutions, Implied Powers: International Organizations or Institutions, Internal Law and Rules," *MPEPIL*, (2007).

برای ملاحظه مشتقات قانونگذاری داخلی یا قانون‌سازی الزام‌آور توسط سازمان‌ها و نهادهای بین‌المللی معاهداتی و نیز هنجارسازی غیرالزام‌آور توسط آن‌ها از جمله در قطعنامه‌های مجمع عمومی، ن.ک:

Wolfrum, *Sources of International Law*, 11-12; Brunnée, *International Legislation*, 10-14;

در میان سازمان‌های بین‌المللی، قانونگذاری اتحادیه اروپا برای دولت‌های عضو از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است. نهاد پارلمان در اتحادیه در ماهیت و وظایف، بی‌شبهت به پارلمان‌های ملی، و تنها مشترک لفظی است. وظیفه قانونگذاری در اتحادیه اساساً بر دوش شورا و کمیسیون قرار دارد. ن.ک: عباس کدخدایی، *ساختار و حقوق اتحادیه اروپایی* (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۰)، ۵۳-۵۴، ۱۱۰-۱۱۶؛

Brunnée, *International Legislation*, 15-16;

البته همچنان نباید از یاد برد که اتحادیه اروپا مولود حقوق بین‌الملل و خود، تحت شمول قانون‌سازی بین‌المللی نیز هست. Patrick Butchard, "Principles of international law: a brief guide," *House of Commons Library, Briefing Paper* 9010 (2020): 9.

سازمان‌های بین‌المللی محدود به اهداف و اختیارات صریح یا ضمنی آن‌ها<sup>۱۳۹</sup> است.<sup>۱۴۰</sup>

### نتیجه

نقطه آغازین هر نظام حقوقی، خلق قواعد حقوقی است و بی‌تردید، دوام و کارایی هر نظام حقوقی در گرو قانون‌سازی صحیح و مناسب در آن است. خلق قانون در حقوق بین‌الملل به مراتب پیچیده‌تر از حقوق داخلی است و این امر، از جمله نتیجه گریزناپذیر ساختار و بافت جامعه بین‌المللی و مختصات کاملاً متفاوت آن است. ضمن یادآوری مفهوم موسع ایجاد قانون در معنای ایجاد حق و تکلیف مستقیم برای اعضای جامعه، می‌توان گفت در خوانش حقوقی داخلی، عمدتاً قانونگذاری به معنای خلق حقوق موضوعه نوشته، توسط رکن ذی صلاح دولتی، مطابق قوانین شکلی موجود است و قانون‌سازی حقوق و تکالیف ناشی از همه منابع شکلی داخلی را دربرمی‌گیرد. اما خوانش بین‌المللی از ایجاد قانون، از قدرت تصمیم‌سازی عمودی و الزام‌آور مرجعی صالح و دارای نمایندگی از دولت‌ها (قانونگذاری به نمایندگی مانند حق قانونگذاری رکن صالح سازمان برای اعضای خود) عبور می‌کند و مفهوم عام‌تری از خلق قانون یعنی ایجاد حق و تکلیف برای تابعان را می‌پذیرد. در رهیافتی تعاملی و پویا، قانون‌سازی بین‌المللی محصول تعامل ابزارها، روندها و محافل مختلف بین‌المللی است و آشکار است که در این معنا، پهنه کنشگران و ابزارهای آن بسیار فراتر از دولت‌ها و منابع شکلی حقوق بین‌الملل است.

عرف و معاهده، ابزارهای سنتی و همچنان اصلی خلق قواعد حقوقی بین‌المللی به شمار می‌آیند. البته تعیین فرایند ایجاد قواعد عرفی، امری ناروشن است و این از ذات عرف برمی‌خیزد. در خصوص معاهده هم، برخلاف نظام‌های حقوقی داخلی که عموماً به لطف اصول قانون اساسی و قوانین مرتبط، نهادهای قانونگذار و مراحل مختلف قانونگذاری روشن است، فرایندهای بین‌المللی شکل‌گیری معاهده به‌طور دقیق و شفاف مشخص نشده است؛ چه‌بسا در این امر عمدی نهفته باشد، چه، دولت‌ها خواهان آن هستند که در تعاملات خود تا حد ممکن آزاد و بدون تقیدات دست‌وپاگیر عمل کنند و این ویژگی سنتی جامعه بین‌المللی، گرچه تعدیل شده، هنوز اساساً معتبر است. در جامعه بین‌المللی با آنکه اصل ایده و انعقاد معاهدات از ایده خود حقوق بین‌الملل قدیمی‌تر است، اصولاً به دلیل تراکم و پیچیدگی فزاینده روابط اجتماعی، حرکت از حقوق عرفی به قراردادی ضروری شده و قانون‌سازی آهسته (عرفی) جای خود را به قانون‌سازی فوری (قراردادی) بخشیده است. در عرف عموماً روند آگاهانه برای خلق قانون وجود ندارد، اما در معاهدات، دولت‌ها خودخواسته

۱۳۹. شایگان، *شورای امنیت سازمان ...*، ۲۰۰.

۱۴۰. برای مطالعه جزئیات بیشتر در خصوص قانون‌سازی معاهداتی، ن.ک:

Brölmann and Radi, *Research Handbook on the...*, 87-132.

گرد هم می‌آیند تا در مورد معیارهای حقوقی رفتار مقبول توافق، و آگاهانه معیارهای حقوقی را تنظیم کنند. حقوق عرفی بین‌المللی محصول دیالکتیک عملکرد تابعان، و حقوق معاهداتی بین‌المللی مولود دیالکتیک ایده‌های عمدتاً صریح آن‌هاست. برخلاف حقوق معاهدات، حقوق عرفی در چارچوب نظریه قرارداد اجتماعی ضمنی اقتدار خود را در رضایت فرضی تابعان حقوق می‌یابد و اعضای جامعه بین‌المللی، نویسندگان عملی آن هستند. قانون‌سازی توسط عرف، به‌عنوان حرکت جمعی، معمولاً امری خودجوش، ضمنی، آهسته، تدریجی و چه‌بسا غیرعامدانه، و قانون‌سازی توسط معاهده، به‌عنوان نماد موردگرایی و خاص‌انگاری در جامعه بین‌المللی، معمولاً امری دفعی، سریع، صریح و کاملاً عامدانه است. البته در تحلیل نهایی، حقوق بین‌الملل معاصر، اغلب محصول تعامل پیچیده و متحول کلیه ابزارهای قانون‌سازی، اعم از الزام‌آور و غیرالزام‌آور شمرده می‌شود و بنابراین تأثیر و تأثر عرف، معاهده و سایر منابع حقوق بین‌الملل نیز آثار اجتناب‌ناپذیر خود را در خلق قواعد حقوقی بین‌المللی بر جای می‌گذارد.

همچنین نباید کنشگر و مؤثر بودن مخاطب قواعد حقوقی در حقوق بین‌الملل را در فرایند قانون‌سازی از یاد برد که مولود وحدت واضح و تابع در پهنه بین‌المللی است. به‌دیگر سخن، افزون بر نقش عمده دولت‌ها و سایر مشارکت‌کنندگان در مرحله ایجاد قواعد حقوقی بین‌المللی، در مرحله اجرای قواعد نیز حرکت عموماً جمعی آن‌ها است که نشان می‌دهد تا چه میزان آن قاعده در جامعه بین‌المللی مقبول افتاده است؛ ازجمله می‌توان به استقبال دولت‌ها از به‌کارگیری اصل انصاف در تحدید حدود فلات قاره توسط دیوان بین‌المللی دادگستری (برای نخستین بار در قضیه ۱۹۶۹ فلات قاره دریای شمال) اشاره نمود که در مفاد کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها آشکارا خود را نمایاند. بدین‌سان، خود دیوان با تداومی پیش‌رونده در اعمال اصل انصاف در موارد مشابه و نیز دولت‌ها با پذیرش قاعده حقوقی نیم‌بند ایجادی توسط دیوان برای تحدید حدود فلات قاره، حجت را برای ایجاد این قاعده ملهم از اصل انصاف، تمام کرده و بر خلق قاعده توسط دیوان، مهر تأیید زدند.



### منابع:

#### الف. فارسی

##### – کتاب

۱. آزادبخت، فرید، «تحلیل سیستمی، مفهوم، اوصاف و مبانی قاعده حقوقی بین‌المللی»، در کتاب: *جامعه بین‌المللی و حقوق بین‌المللی در قرن ۲۱* (مجموعه مقالات اهدایی به دکتر محمدرضا ضیائی بیگدلی). تهران: نشر شهر دانش، ۱۳۹۲.
۲. الهویی نظری، حمید، *حقوق بین‌الملل عمومی*. تهران: نشر دادگستر، ۱۳۹۲.
۳. تسون، فرماندو، *فلسفه حقوق بین‌الملل*. ترجمه: محسن محبی، تهران: نشر شهر دانش، ۱۳۸۸.
۴. زر نشان، شهرام، *شکل‌گیری و شناسایی حقوق بین‌الملل عرفی*. تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۲.
۵. شایگان، فریده، *شورای امنیت سازمان ملل متحد و مفهوم صلح و امنیت بین‌المللی*. تهران: انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۰.
۶. ضیائی بیگدلی، محمدرضا، *حقوق بین‌الملل عمومی*. تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۶.
۷. فلسفی، هدایت‌الله، *حقوق بین‌الملل معاهدات*. تهران: فرهنگ نشر نو، ۱۳۸۳.
۸. کاتوزیان، ناصر، *فلسفه حقوق*. جلد‌های اول و دوم. تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳.
۹. کاسسه، آنتونیو، *حقوق بین‌الملل در جهان نامتحد*. ترجمه: مرتضی کلاتریان، تهران: دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی ج.ا.ا، ۱۳۷۰.
۱۰. \_\_\_\_\_، *حقوق بین‌الملل*. ترجمه: حسین شریفی طرازکوهی، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۱.
۱۱. کدخدایی، عباس، *ساختار و حقوق اتحادیه اروپایی*. تهران: نشر میزان، ۱۳۸۰.
۱۲. هارت، هربرت، *مفهوم قانون*. ترجمه: محمد راسخ، تهران: نشر نی، ۱۳۹۳.

##### – مقاله

۱. الهویی نظری، حمید، «معاهدات موجد حق برای دولت‌های ثالث با نگاهی به ماده ۳۶ کنوانسیون وین راجع به حقوق معاهدات»، *مجله حقوقی بین‌المللی* ۳۳، شماره ۵۴ (۱۳۹۵).
۲. باقرزاده، رضوان و امیرحسین رنجبریان، «شناخت «قانون‌سازی بین‌المللی» در پرتو ملاحظه کلی قانون‌سازی در علم حقوق»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی* ۱۹، شماره ۷۴ (۱۳۹۵).
۳. حبیبی مجنده، محمد و ساناز کامیاراد، «قاعده‌سازی در دیوان بین‌المللی دادگستری از مجرای تفسیر پویا»، *مجله حقوقی بین‌المللی* ۳۵، شماره ۵۸ (۱۳۹۷).

**- پایان نامه**

۱. باقرزاده، رضوان، *قانون‌سازی بین‌المللی با تکیه بر مشارکت مراجع قضایی؛ از نظر تا عمل*. رساله دکتری حقوق بین‌الملل، (دانشگاه تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۹۵-۱۳۹۴).

**ب. انگلیسی****- Books**

1. Bailliet, Cecilia Marcela. "Subjects of International Law". *University of Oslo (Public International Law)*, 2013.
2. Brölmann, Catherine, and Yannick Radi. *Research handbook on the theory and practice of international lawmaking*. Edward Elgar Publishing, 2016.
3. Brunnée, Jutta, and Stephen J. Toope. *Legitimacy and legality in international law: An interactional account*. Vol. 67. Cambridge University Press, 2010.
4. Butchard, Patrick. "Principles of international law: a brief guide." (2020).
5. Charlesworth, Hilary, and Christine Chinkin. "Modes of international law-making." In *The boundaries of international law*, pp. 62-95. Manchester University Press, 2022.
6. Danilenko, Gennadii Mikhaïlovich. *Law-making in the International Community*. Vol. 15. Brill, 2024.
7. De Vattel, Emmerich. "The Law of Nations or the Principles of Natural Law (1758)." *Fenwick, C (trans)* (1916).
8. Fitzmaurice Malgosia, and Armin Quast, "Section A: Introduction to the law of treaties" (study guide), University of London, 2007.
9. Franck, Thomas M. *Fairness in the international legal and institutional system: general course on public international law*. Martinus Nijhoff, 1993.
10. Higgins, Rosalyn. *Problems and Process: International Law and How We Use It*. Clarendon Press, 1995.
11. Hudson, Manley Ottmer. "International legislation: a collection of the texts of multipartite international instruments of general interest: beginning with the covenant of the League of Nations." (*No Title*) (1931).
12. Kraska, James, Ronan Long, and Myron H. Nordquist. *Peaceful Maritime Engagement in East Asia and the Pacific Region*. Brill, 2022.
13. Liivoja, Rain, and Jarna Petman. "International Law-making." (2014).
14. Maisley, Nahuel. "The infrastructure of international law-making: How buildings shape the publicness of the global law-making system." (2023): 21-25.
15. Parisi, Francesco, and Vincy Fon. *The economics of lawmaking*. Oxford University Press, 2009.
16. Patel, Bimal N. "Fisheries Jurisdiction Case: (United Kingdom v. Iceland)". In *The World Court Reference Guide*, pp. 386-396. Brill Nijhoff, 2000.
17. Seneviratne, W. "Contemporary Validity of Customary International Law with Reference to International Law Making Process". (2015).

18. Simma, Bruno. *From bilateralism to community interest in international law*. Martinus Nijhoff, 1994.
19. Skubiszewski, Krzysztof. "Elements of custom and the Hague Court." (1971).
20. Venzke, Ingo. "Contemporary theories and international lawmaking." In *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking*, pp. 66-84. Edward Elgar Publishing, 2016.
21. Wolfrum, Rüdiger. "Sources of international law." *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* 9 (2011): 299-313.

**- Articles**

1. Abi-Saab, Georges. "Les sources du droit international: essai de déconstruction." (1994).
2. Allott, Philip. "The concept of international law." *European Journal of International Law* 10, no. 1 (1999): 31-50.
3. Andia, Tatiana, and Nitsan Chorev. "How to Study Global Lawmaking: Lessons from Intellectual Property Rights and International Health Emergencies." *Annual Review of Law and Social Science* 19, no. 1 (2023): 215-234.
4. Baker, Roozbeh (Rudy) B. "Customary international law in the 21st century: old challenges and new debates." *European Journal of International Law* 21, no. 1 (2010): 173-204.
5. Besson, Samantha, and José Luis Martí. "Legitimate actors of international law-making: towards a theory of international democratic representation." *Jurisprudence* 9, no. 3 (2018): 504-540.
6. Brolmann, Catherine. "Law-making treaties: form and function in international law." *Nordic J. Int'l L.* 74 (2005): 383.
7. D'Amato, Anthony. "Treaties As a Source of General Rules of International Law." *Harvard International Law Journal* 3 (1962): 11-16.
8. Da Rocha Ferreira, Andre, Cristieli Carvalho, Fernanda Graeff Machry, and Pedro Barreto Vianna Rigon. "Formation and evidence of customary international law." *UFRGS Model United Nations Journal* 1 (2013): 182-201.
9. Hakimi, Monica. "Making sense of customary international law." *Mich. L. Rev.* 118 (2019): 1487.
10. Janssens, Pauline Charlotte, and Jan Wouters. "Informal international law-making: A way around the deadlock of international humanitarian law?." *International Review of the Red Cross* 104, no. 920-921 (2022): 2111-2130.
11. Koh, Harold Hongju. "Why do nations obey international law." *Yale IJ* 106 (1996): 2599.
12. Koskenniemi, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870–1960*. Vol. 14. Cambridge University Press, 2001.

13. Mejía-Lemos, Diego Germán. "Some considerations regarding "Instant' International Customary Law", fifty years later." *Indian Journal of International Law* 55, no. 1 (2015): 85-108.
14. Meyer, Timothy. "How Different are Treaties and Modern Customary International Law? A Response to Verdier and Voeten." (2014): 240-245.
15. Murphy, Sean D. "The Making of International Law. By Alan Boyle and Christine Chinkin. Oxford, New York: Cambridge University Press, 2007. pp. xxx, 338. Index. 70, paper." *American Journal of International Law* 104, no. 4 (2010): 697-701.
16. Pellet, Alain. "The normative dilemma: will and consent in international law-making." *Aust. YBIL* 12 (1988): 22.
17. Pronto, Arnold N. *Some thoughts on the making of international law*. Vol. 19, no. 3. Oxford University Press, 2008.
18. Reisman, W. Michael. "The view from the New Haven School of international law." In *Proceedings of the ASIL Annual Meeting*, vol. 86, pp. 118-125. Cambridge University Press, 1992.
19. Riedl, Charles A. "How Can International Legislation Best Be Improved." *Marq. L. Rev.* 31 (1947): 259.
20. Roberts, Anthea, and Sandesh Sivakumaran. "Lawmaking by nonstate actors: engaging armed groups in the creation of international humanitarian law." *Yale J. Int'l L.* 37 (2012): 107.
21. Rudi Natamiharja, Rudi Natamiharja, Rudy Rudy, and Ali Chaidir. "Law Making Treaties: The Implication of International Law towards Indonesia's Legislations." *Jambe Law Journal* 3, no. 2 (2020): 191-210.
22. Schachter, Oscar. "Recent trends in international law making." *Aust. YBIL* 12 (1988): 1.
23. Scharf, Michael P. "Accelerated formation of customary international law." *ILSA J. Int'l & Comp. L.* 20 (2013): 305.
24. Shelton, Dinah L. "International law and domestic legal systems: Incorporation, transformation, and persuasion (introduction)." *INTERNATIONAL LAW AND DOMESTIC LEGAL SYSTEMS: INCORPORATION, TRANSFORMATION, AND PERSUASION*, Dinah Shelton ed (2011): 2013-61.
25. Shelton, Dinah. "Normative hierarchy in international law." *American Journal of International Law* 100, no. 2 (2006): 291-323.
26. Singh, Narendra N. "The legislative process in international law: A general comment." *Bond L. Rev.* 2 (1990): i.
27. Sivakumaran, Sandesh. "Techniques in international law-making: Extrapolation, analogy, form and the emergence of an international law of disaster relief." *European Journal of International Law* 28, no. 4 (2017): 1097-1132.
28. Smith, Herbert A. "International Law-Making." *Transactions Grotius Soc'y* 16 (1930): 93.

29. Sommer, Julia. "Environmental law-making by international organisations." *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 56 (1996): 628.
30. Swart, Mia. "Judicial Lawmaking at the ad hoc Tribunals: The Creative Use of the Sources of International Law and 'Adventurous Interpretation'." *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 70, no. 3 (2010): 459-86.
31. Tanwar, Parth, and Jaispriya Poply. "Instant Formation of Customary International Law in the 21st Century: Components, Challenges and Applications in Customary Legal Fields." *Challenges and Applications in Customary Legal Fields (July 14, 2023)* (2023).
32. Tladi, Dire. "Representation, Inequality, Marginalization, and International Law-Making: The Case of the International Court of Justice and the International Law Commission." *UC Irvine J. Int'l Transnat'l & Comp. L.* 7 (2022): 60.
33. Ugli, Mukhammadjonov Jasurbek Jakhongir. "Law Making By International Organizations." *JournalNX* 6, no. 10 (2020): 58-62.
34. Von Bogdandy, Armin, and Ingo Venzke. "Beyond dispute: international judicial institutions as lawmakers." In *International judicial lawmaking: on public authority and democratic legitimation in global governance*, pp. 3-33. Berlin, Heidelberg: Springer Berlin Heidelberg, 2012.
35. Voyiakis, Emmanuel. "A disaggregative view of customary international law-making." *Leiden Journal of International Law* 29, no. 2 (2016): 365-388.
36. Wessel, Ramses A. "Informal international law-making as a new form of world legislation?." *International Organizations Law Review* 8, no. 1 (2011): 253-265.
37. Wolfrum, Rüdiger. "International Law Making," in Kraska, James, Ronan Long, and Myron H. Nordquist. *Peaceful Maritime Engagement in East Asia and the Pacific Region*. Brill, 2022.
38. Yasuaki, Onuma. "International law in and with international politics: The functions of international law in international society." *European Journal of International Law* 14, no. 1 (2003): 105-139.

**- Thesis**

1. Marcos, Henrique Jerônimo Bezerra. *Consistency in international law: how to make sense of a decentralised and expansive rule-based world*, Doctoral Thesis, (Maastricht University, Universidade de São Paulo, 2023).

**- Cases**

1. *Fisheries Case*, (UK v. Norway), ICJ Reports, 1951.

2. *Fisheries Jurisdiction Case*, (United Kingdom v. Iceland), ICJ Reports, 1974.
3. PCIJ, SS. "Lotus Case (France v. Turkey)." (1927): 26.
4. *Polish Upper Silesia*, PCIJ, Series A, No. 7, 25 May 1926.
5. *Tadić Case (Prosecutor v Tadić [Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction])*, 02 Oct. 1995.

