

The Function of Law-Making Treaties in the Light of the Constitutionalism Approach in International Law (Original Research)

Mahdi Haddadi*

(DOI): 10.22066/CILAMAG.2024.710235

Date Received: 17 June 2023

Date Accepted: 13 October 2023

Abstract

In the international law system, a treaty can serve as a source of conventional rules of international law, unlike a contract in domestic law. The pivotal question that arises is: can the rules embedded in law-making treaties, designed to safeguard values or common interests, be deemed as binding convention rules for all members of the international community? This article explores this aspect of law-making treaties in the light of the constitutionalism approach in international law. In this approach, the traditional and horizontal paradigm, stemming from the equality of states, undergoes a transformation into a vertical paradigm grounded in the Constitution. Consequently, the underlying assumption posits that upon the conclusion of a law-making treaty, the legal order that it establishes, begins its autonomous existence.

Key words

Law-Making Treaty, Constitutionalism, Source of International Law, Common Values and Interests, International Community

* Associate Professor, Faculty of Law, College of Farabi, University of Tehran, mhaddady@ut.ac.ir



کارکرد معاهدات قانون ساز در پرتو رویکرد قانون اساسی‌گرایی در حقوق بین‌الملل (پژوهشی)

مهدی حدادی *

(DOI) : 10.22066/CILAMAG.2024.710235

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۷/۲۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۳/۲۷

چکیده

معاهده در نظام حقوق بین‌الملل برخلاف قرارداد در حقوق داخلی می‌تواند منبع قواعد معاهداتی حقوق بین‌الملل باشد. اما مسئله آن است که آیا قواعد مندرج در معاهدات قانون ساز که به دنبال حمایت از ارزش‌ها یا منافع مشترک هستند، می‌توانند به‌عنوان قواعد کنوانسیون برای تمام اعضای جامعه بین‌المللی الزام‌آور تلقی شوند؟ مقاله حاضر، این کارکرد معاهدات قانون ساز را در پرتو رویکرد قانون اساسی‌گرایی در حقوق بین‌الملل بررسی کرده است. در این رویکرد، پارادایم سنتی و افقی ناشی از برابری حاکمیت دولت‌ها به پارادایم عمودی و مبتنی بر قانون اساسی تغییر می‌کند؛ لذا فرض اصولی این است که به‌محض انعقاد معاهده قانون ساز، نظم حقوقی که آن معاهده ایجاد کرده است، حیات مستقل خود را پیش می‌گیرد.

واژگان کلیدی

معاهده قانون ساز، قانون اساسی‌گرایی، منبع حقوق بین‌الملل، ارزش‌ها و منافع مشترک، جامعه بین‌المللی

مقدمه

معاهدات در کنار حقوق بین الملل عرفی و اصول کلی حقوق، یکی از منابع اولیه حقوق بین الملل هستند. هنگامی که دولت‌ها معاهده‌ای را منعقد می‌کنند، داوطلبانه موافقت می‌کنند که به مفاد و به تعهدات مندرج در معاهده پایبند باشند. به عنوان قاعده کلی، معمولاً تعهداتی که معاهده به عنوان توافق حقوقی الزام‌آور ایجاد می‌کند، محدود به طرف‌هایی است که آن را امضا و تصویب کرده‌اند. با این حال، استثناهایی برای این قاعده کلی در حقوق بین الملل وجود دارد.

اگر معاهده‌ای به طور گسترده تصویب و به بخشی از حقوق بین الملل عرفی تبدیل شود، می‌تواند همه دولت‌ها را حتی آن‌هایی که صراحتاً معاهده را تصویب نکرده‌اند، ملزم کند. علاوه بر این، برخی از معاهدات، اقدام به تدوین مقررات عرفی کرده‌اند؛ لذا کشورهایی که معاهده را تصویب نکرده‌اند، ملزم به رعایت مقررات عرفی مندرج در معاهده هستند. معاهدات خاصی نیز وجود دارد که حاوی هنجارهای آمره تلقی می‌شوند، هنجارهایی که جامعه بین المللی دولت‌ها به عنوان یک کل به رسمیت شناخته است و نمی‌توان از آن‌ها عدول کرد، مانند هنجارهای آمره شامل منع نسل‌کشی، برده‌داری و شکنجه. این هنجارها برای همه کشورها، صرف‌نظر از اینکه معاهده مربوطه را تصویب کرده باشند، الزام‌آور تلقی می‌شوند.

اما مسئله مقاله این است که آیا صرف‌نظر از موارد فوق، معاهدات قانون ساز، قادر به ایجاد قواعدی هستند که همه دولت‌ها را در نظام حقوق بین الملل ملزم کند؟ به عبارت دیگر آیا جامعه بین المللی می‌تواند از طریق معاهدات قانون ساز، نقش قانونگذاری ایفا کند؟ به گونه‌ای که بدون عرفی بودن یا عرفی شدن مفاد معاهده، صرفاً به جهت اهداف و موضوع مشترکی که معاهده برای نظام بین المللی دنبال می‌کند، همه دولت‌ها التزام به مفاد و مقررات معاهده پیدا کنند؟ نظر به خصوصیات معاهده و شکل‌گرایی (فرمالیسم) حقوقی، قطعاً چالش‌هایی در خصوص ایده فوق ایجاد خواهد شد.

اما بی‌تردید، نیاز به کارکرد قانون در سطح بین المللی کماکان مطرح است و «معاهده قانون ساز»، ایده‌ای قدرتمند و ضروری در شکل‌بخشیدن به روابط جهانی به نظر می‌آید. در جهت رفع چالش شکل‌گرایی حقوقی و کارکرد معاهدات قانون ساز، ایده‌هایی از جمله نظریه قانون اساسی گرایی در نظام حقوق بین الملل مطرح شده است.

در خلال سال‌های اخیر، مباحث آکادمی بسیاری پیرامون قانون اساسی گرایی در حوزه حقوق بین الملل مطرح شده است. مدافعان قانون اساسی گرایی بر تکوین تدریجی نظم مبتنی بر قانون اساسی بین المللی^۱ اصرار دارند که در بردارنده سه مؤلفه است: جامعه بین المللی به عنوان تابع نظم نوین، نظام ارزشی بین المللی به عنوان بیانگر آرمان‌های فرادست و خاستگاه بنیادین و معتبر

مقررات بین‌المللی و ساختارهای ابتدایی که برای اجرا و تضمین اجرای مقررات بین‌المللی در حال شکل‌گیری هستند.^۲

این مقاله در نظر دارد از منظر رویکرد قانون اساسی‌گرایی در حقوق بین‌الملل، امکان ایفای نقش قانونگذاری از طریق معاهدات قانون‌ساز را بررسی کند.

۱. رویکرد سنتی به قانونگذاری در نظام حقوق بین‌الملل

می‌توان از دو دیدگاه به مفهوم قانون توجه کرد. در دیدگاه اول، قانون شامل قواعد و مقررات الزام‌آوری است که با داشتن شرایط و خصوصیات ویژه، برای مخاطبین خود الزام و اجبار به وجود می‌آورد. در این مفهوم، به جای تمرکز بر فرایند ایجاد قانون، بیشتر بر محصول و نتیجه قانون تأکید می‌شود. عنوان و روند ایجاد قانون، مؤثر در ماهیت نیست. آنچه مهم است، قاعده حقوقی الزام‌آوری است که روابط افراد را با یکدیگر تنظیم می‌کند. در دیدگاه دوم، منظور از قانون، قاعده حقوقی است که توسط یک مرجع صلاحیتدار مشخص و معین، به‌عنوان مثال، پارلمان، تصویب و با رعایت سلسله مراتب به اجرا در آید. در سطح ملی با تکامل جامعه و سازمان‌یافتن نظم و انضباط در روابط افراد و تشکیل حکومت، نظام حقوقی داخلی نیز تکامل پیدا کرده و وظیفه تهیه و تصویب قوانین به یک مرجع ویژه اعطا شده است.^۳ اگرچه از دیرباز در جوامع مختلف برای تنظیم روابط افراد، قوانین لازم‌الاجرا وجود داشته است و این قوانین عمدتاً از طریق عرف یا تصمیم حاکمان شکل می‌گرفتند، در عصر جدید، تحول در جوامع و پیشرفت‌های بشری، ایجاد مراجع و شیوه‌های قانونگذاری را ضروری ساخته است.^۴

بدین ترتیب در نظام حقوق داخلی، قانونگذاری به عمل ایجاد یا خلق قوانین موضوعه به شکل نوشته طبق آیین‌های شکلی خاص از سوی بخشی از حکومت که بدین منظور تأسیس یافته اطلاق می‌شود.^۵ بنابراین عمل قانونگذاری از نظر شکلی یکجانبه است. از این طریق، برخی قوانین، ایجاد یا اصلاح می‌شود. قوانین مربوطه ماهیت کلی دارد. هدف از وضع قانون نیز از یک سو حل و فصل اختلافات احتمالی اعضای جامعه (مکتب اصالت فرد) و از سوی دیگر، دفاع از ارزش‌های جامعه اعم از امنیت، آزادی و غیر آن (مکتب اصالت اجتماع) است. در این فرایند، خلق قانون، گزینش هنجارهای رفتاری (قواعد اولیه) و روش‌های تضمین پذیرش عمومی این

2. Erika De Wet, "The International Constitutional Order," *International and Comparative Law Quarterly* 55, 1 (2006): 51-76.

۳. حمید رستمی، جایگاه هنجارگذاری غیررسمی در حقوق بین‌الملل و تأثیر آن بر روندهای هنجارسازی کلاسیک حقوق بین‌الملل، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل، (تهران: دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۹۹-۱۳۹۸)، ۱۹.

۴. محمد راسخ، «ویژگی‌های ذاتی و عرضی قانون»، نشریه مجلس و راهبرد، ۱۳، ۵۱، (۱۳۸۵): ۱۳.

5. Bryan A. Garner, *A Dictionary of Modern Legal Usage* (New York: Oxford University Press, 1995), 250.

هنجارها (قواعد ثانویه) حائز اهمیت بسیار است.^۶

علی‌رغم اینکه نظام حقوق بین‌الملل همانند نظام حقوق داخلی به قانون در تنظیم روابط تابعان نظام حقوقی نیازمند است، از نظر ساختاری فاقد انسجام موجود در نظام‌های حقوق داخلی است. تفاوت میان جامعه داخلی با جامعه بین‌المللی به‌عنوان بستر اعمال قواعد حقوقی و بر همین اساس، تفاوت در ویژگی‌های تابعان، موجب می‌شود که استفاده از عبارت قانونگذاری بین‌المللی چالش‌برانگیز به نظر برسد. حقوق بین‌الملل در مقایسه با حقوق داخلی از لحاظ ایجاد قواعد، کاستی‌های بیشتری دارد. اصل اساسی در ایجاد قواعد در حقوق بین‌الملل این است که واضح حقوق بین‌الملل، قانونگذار خارجی نیست، این حقوق را خود کشورها ایجاد می‌کنند و بر خود آنان نیز حاکم است؛^۷ لذا قانونگذاری با ویژگی‌های نظام‌های حقوق داخلی با نظام بین‌المللی سنتی و با ساختار جامعه بین‌المللی مرکب از دولت‌های دارای حاکمیت سازگار نیست زیرا اقتضای ساختار نظام سنتی آن است که قواعد حقوق بین‌الملل نباید به دولت‌ها تحمیل شوند، به این معنا که هر قاعده‌ای باید به تصویب آن‌ها برسد یا اینکه خود به میل و رغبت متحمل چنین قواعدی بشوند؛^۸ لذا به عقیده اغلب صاحب‌نظران، امروزه در حقوق بین‌الملل به اقتضای ساختار و ماهیت آن به جای قانونگذاری بین‌المللی^۹ بهتر است از قانون‌سازی بین‌المللی^{۱۰} سخن به میان آورد.^{۱۱}

آنچه در حقوق داخلی به‌عنوان استثنا است، در حقوق بین‌الملل، شکل قاعده دارد؛ بدین معنی که در قلمرو ملی غالباً قوانین مورد نیاز مردم و جامعه از طریق قانونگذاری مشخص و معین، تصویب و اجرا می‌شود و در موارد بسیار نادر و استثنایی، قوانین مورد نیاز از مراجع یا روش‌های دیگری ایجاد می‌شود، مانند تصمیمات و آرای قضایی، عرف و آداب محلی. اما این موضوع در حقوق بین‌الملل برعکس است و غالب قوانین و مقررات بین‌المللی خارج از روند قانونگذاری مشخص ایجاد می‌شوند.^{۱۲} به عبارت دیگر، اکثر قوانین بین‌المللی از طریق معاهدات، عرف و اصول حقوقی شکل می‌گیرند و در موارد استثنایی و در شکل ابتدایی آن، سازمان‌های بین‌المللی

۶. رضوان باقرزاده و امیرحسین رنجیریان، «شناخت قانون‌سازی بین‌المللی در پرتو ملاحظه کلی قانون‌سازی در علم حقوق»، *مجله تحقیقات حقوقی*، ۷۴ (۱۳۹۵): ۱۷۲.

۷. آنتونیو کاسسه، *حقوق بین‌الملل در جهانی نامتحد*، ترجمه: مرتضی کلاتری، (تهران: انتشارات دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۷۰)، ۲۰۳.

۸. هدایت‌الله فلسفی، *حقوق بین‌الملل معاهدات*، (تهران: انتشارات فرهنگ نشر نو، ۱۳۷۹)، ۱۶.

9. International legislation

10. International law making

۱۱. باقرزاده و رنجیریان، همان، ۱۷۷.

۱۲. رستمی، همان، ۳۱.

امروزه توانسته‌اند بعضی از مقررات بین‌المللی را تصویب و شبیه مجالس ملی کشورها عمل کنند. در عین حال، تحولات ناشی از جهانی‌شدن، گسترش فناوری‌های نو و ورود فعالان جدید در عرصه تدبیر زیست بین‌المللی موجب شده است صورت‌های تازه‌ای از هنجارسازی در نظام حقوق بین‌الملل شکل بگیرد. این صورت‌های تازه، بیشتر تحت عنوان حقوق نرم بررسی شده‌اند.^{۱۳}

۲. ویژگی معاهدات قانون‌ساز: فقدان تقابل در اجرای تعهدات

با پدیداری دولت‌های حاکم و مستقل در جامعه بین‌المللی و نظر به برابری حاکمیت‌ها، مناسبات بین‌المللی دولت‌ها در چنین جامعه‌ای بر مبنای اصل عمل متقابل^{۱۴} قرار گرفته است. تا زمانی که نظام حقوقی بین‌المللی فاقد ساختار اجرایی متمرکز باشد، جایگاه اصل عمل متقابل به‌عنوان نیروی سازنده، فروکاهنده و تثبیت‌کننده، غیرقابل انکار است.^{۱۵} به موجب این اصل، تعهد طرف‌های متعهد در برابر یکدیگر، متقابل و نسبی است و به هر میزان که طرف مقابل متعهد است، آن‌ها نیز متعهد می‌شوند.^{۱۶} از این رو حقوق بین‌الملل کلاسیک یا سنتی بر بنیان تعهدات متقابل دولت‌ها در برابر یکدیگر قرار دارد.^{۱۷} بر این اساس، *واتل* اصطلاح حقوق ملل را در چارچوب نظم حق در برابر تکلیف تعریف می‌کند. بدین ترتیب از نظر وی، حقوق بین‌الملل، علمی است که حق‌های موجود میان ملت‌ها یا دولت‌ها و تعهدات متقابل آن‌ها را می‌آموزد.^{۱۸} اصل عمل متقابل را بر دو گونه دانسته‌اند: اصل عمل متقابل مثبت که مبنای الزام به تعهدی است و اصل عمل متقابل منفی که موجب خاتمه‌بخشیدن به تعهدی است که قبلاً پذیرفته شده است. به عبارت دیگر، عمل متقابل مثبت بدین معناست که یک دولت در صورتی خود را در برابر دولت دیگر متعهد به رعایت یک قاعده حقوقی می‌نماید که طرف دوم نیز همین تعهد را بر عهده بگیرد؛ در حالی که اصل عمل متقابل منفی، به نحو مندرج در ماده ۶۰ کنوانسیون ۱۹۶۹ حقوق معاهدات، مبین آن است که یک طرف می‌تواند در صورت نقض تعهدات معاهداتی از سوی طرف دیگر متعهد، خود را از قید تعهد رها سازد.^{۱۹}

۱۳. شاهرخ شاکریان، *شناخت حقوق نرم در نظام حقوق بین‌الملل*، (تهران، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۲)، ۱۴.

14. Reciprocity

15. Bruno Simma, "Reciprocity," in *Encyclopedia of Public International Law* 7, ed. Rudolf Bernhardt, (The Netherlands: Elsevier Science Publishers B.V., 1984), 400.

۱۶. ابراهیم بیگزاده و عباس باقرپور اردکانی، «بازخوانی اصل تبادل در حقوق بین‌الملل بشردوستانه»، *مجله تحقیقات حقوقی*، ویژه‌نامه شماره ۷ (۱۳۹۰): ۲۸۲.

۱۷. عباسعلی کدخدایی و امیر مقامی، «ساختار آنالوگ حقوق بین‌الملل»، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، ۴۶، ۳ (۱۳۹۵): ۴۶۷.

18. Vattel, Emer De, *The Law of Nations*, Liberty Fund, 2008. به نقل از کدخدایی و امیر مقامی، همان.

۱۹. بیگزاده و باقرپور اردکانی، همان، ۲۸۴.

در میان منابع حقوق بین‌الملل، عمل متقابل در حوزه معاهدات بین‌المللی، عمیق‌ترین آثار را گذاشته است. ساخته شدن بنای معاهده بر اساس عمل متقابل، مطمئن‌ترین شیوه برای تأمین پذیرش و نیز اجرای تعهدات معاهده است. به این ترتیب، نیروی کارآمد عمل متقابل در تمام معاهدات بین‌المللی نقشی حیاتی ایفا می‌کند زیرا بر مبنای برابری حاکمیت‌ها، آزادانه منعقد شده‌اند، چه آن‌ها مشتمل بر تبادل چندجانبه منافع باشند یا متضمن قواعدی واحد برای رفتار در آینده شوند. امروزه به‌عنوان واقعیت پذیرفته شده است که معاهداتی که مبتنی بر تعامل و اشتراک واقعی منافع اعضا باشند، در مقایسه با تعهدات معاهده‌ای که صرفاً بر مبنای مصالحه و توافقات خارج از چهارچوب معاهده هستند از ثبات بیشتری برخوردار خواهند بود.^{۲۰}

با وجود این مشاهده می‌شود که مفاهیم کلاسیکی چون حاکمیت، عدم مداخله و برابری حاکمیت‌ها در سایه توسعه و گسترش حقوق بین‌الملل متحول شده‌اند و در ضمن این تحولات، روز به روز دامنه اختیارات و حقوق حاکمیتی دولت‌ها محدود و بر تعهدات و مسئولیت‌های دولت‌ها افزوده شده است. البته نکته مهم آنکه تعهدات دولت نه فقط در برابر دولت یا دولت‌های دیگر، بلکه در مقابل افراد انسانی و جامعه بین‌المللی مورد تأکید است.^{۲۱} همین امر مناسبات متقابل دولت‌ها را که مبتنی بر منافع و حقوق متقابل آن‌ها بوده با تحولات عمیق مواجه نموده تا آنجا که حوزه عدم تقابل به‌عنوان سنگ بنای حقوق بین‌الملل رو به گسترش نهاده است. با ارتقای جایگاه افراد بشر و کرامت انسانی در نظام بین‌المللی معاصر، سخن از جامعه جهانی است که اعضای آن رو به تکثر است و علاوه بر دولت‌ها، سازمان‌های بین‌المللی، افراد و حتی نهادهای جامعه مدنی نیز نقش مؤثری در آن ایفا خواهند نمود.^{۲۲} در این صورت، مفهوم حاکمیت دولتی و برابری حاکمیت‌ها به منزله یگانه عوامل تعیین‌کننده در تعاملات و روابط حقوقی و غیرحقوقی بین‌المللی نخواهند بود، بلکه ملاحظات انسانی نیز در تنظیم این روابط نقش مؤثری ایفا خواهند نمود.^{۲۳} چنانچه در رأی صلاحیتی قضیه نقض‌های معاهده مودت (ایران علیه ایالات متحده) دیوان بین‌المللی دادگستری در بررسی ایراد دوم صلاحیتی مطرح از سوی ایالات متحده آمریکا مبنی اینکه اکثریت قاطبه اقدامات تحریمی مورد اعتراض ایران خارج از صلاحیت موضوعی معاهده مودت قرار دارد، بیان می‌دارد که قصد واقعی اقدامات ایالات متحده در عدم اجرای برجام، بنابر اظهارات مقامات رسمی این کشور، تضعیف اقتصاد ایران است و تابعان و

۲۰. هاله حسینی اکبرنژاد، *عدم تقابل در نظام حقوق بین‌الملل بشر*، رساله دکتری، (تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبایی، ۱۳۹۳)، ۳۸.

21. David Sloss, *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement* (New York: Cambridge University Press, 2009), 39.

۲۲. یوسف فرزانه، *انسانی‌شدن حقوق بین‌الملل با تأکید بر نظریه مسئولیت حمایت*، (تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۴)، ۴۷.

۲۳. حسینی اکبرنژاد، همان، ۳۹.

شرکت‌های ایرانی هدف اقداماتی هستند که خوانده آن‌ها را به‌عنوان اقدامات کشور ثالث می‌نامد.^{۲۴}

بر این اساس به نظر می‌رسد چارچوب معاهدات با موضوع حمایت از ارزش‌های انسانی و نیز معاهدات حمایت‌کننده از منافع مشترک بشری، با معاهدات سنتی تفاوت‌های عمده داشته باشد زیرا به‌طور سنتی، معاهدات مبتنی بر عمل متقابل بوده‌اند اما معاهدات مزبور مشتمل بر تعهدات موازی و یکجانبه در قبال اصول اخلاقی از قبل موجود هستند. چنین معاهداتی به دنبال تأمین منافع متقابل دولت‌های متعاقد نیستند، بلکه چارچوبی هستند که اقدامات یکجانبه الزام‌آور دولت‌ها را تنظیم می‌کنند.

در فرایند آماده‌سازی اولین کنوانسیون حقوق معاهدات، گزارشگر ویژه کمیسیون حقوق بین‌الملل، تفاوت میان معاهدات بر اساس محتوا را مطرح کرد. سیرجرالد فیتز‌موریس که در بین سال‌های ۱۹۵۵ و ۱۹۶۰ روی مجموعه مقررات حقوق معاهدات کار کرده بود، رویکردی بدیع و نسبتاً فنی را پیش گرفت که نه تنها به کارکرد معاهده، بلکه به روابط حقوقی ناشی از آن نیز نظر داشت. طبقه‌بندی او امروزه نیز کاربرد دارد. او سه دسته از معاهدات را متمایز می‌دارد: اول، معاهداتی دوجانبه یا چندجانبه که بر مبادله متقابل حقوق و منافع مبتنی هستند (معاهدات کلاسیک قراردادی این‌گونه هستند مانند معاهداتی که اتحادیه گمرکی ایجاد می‌کنند). حتی در معاهدات چندجانبه نیز روابط میان طرف‌ها به‌صورت مجموعه‌ای از روابط دوجانبه به هم تنیده ملاحظه می‌شود. در واقع این حقیقت که معاهده چندجانبه، چندین دولت را در یک زمان ملزم می‌کند به هیچ وجه بدین معنا نیست که دولت‌ها از جهت اجرا نفع برابر دارند.^{۲۵} برای نمونه، کنوانسیون روابط دیپلماتیک ۱۹۶۱ در این دسته قرار می‌گیرد.

دوم، معاهدات «وابسته به هم»^{۲۶} که در آن اجرا از سوی یک طرف به اجرا از سوی تمام طرف‌ها وابسته است، مانند معاهدات خلع سلاح. این معاهدات حاوی تعهداتی هستند که اجرای دقیق آن‌ها توسط دولت‌های ملزم به آن‌ها یک شرط اساسی برای اجرای سیستمی است که آن‌ها ایجاد کرده‌اند. برای مثال در یک معاهده خلع سلاح، روشن است که هر دولت، قدرت نظامی خود را به خاطر و تا حدی کاهش می‌دهد که سایر طرف‌های معاهده چنین اقدامی انجام دهند. در نهایت او به طبقه‌ای دیگر اشاره داشت: «معاهدات قانون‌ساز، یا معاهدات نظام یا رژیم‌ساز، یا معاهداتی که متضمن تعهداتی برای مطابقت با استانداردها و شرایط خاص است، یا

24. *Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objections, Judgment, *I.C.J. Reports* 2021, para. 80.

۲۵. مهدی حدادی، تحول در اجرای مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها، (تهران، نشر دادگستر، ۱۳۹۰)، ۶۶.

26. Interdependent

هر معاهده دیگری که الزام قانونی به تعهد مندرج در آن ذاتی است و وابسته به اجرای متقابل از سوی طرف‌های دیگر معاهده نیست...، به طوری که تعهد دارای خصیصه ذاتی^{۲۷} است که مستلزم التزامی مطلق و تام است و اجرا تحت هر شرایط...»^{۲۸}. لذا از نظر وی معاهدات قانون ساز، تعهدات تام را مقرر می‌دارند، یعنی آن‌ها همان‌طور که هستند و در تمامیت خود، باید اجرا شوند و به جای طرفین معاهده، نظامی برای کل دنیا ایجاد می‌کنند.^{۲۹} چنین چیزی برخلاف تعهدات «متقابل» و «اعطایی» در معاهدات قراردادی است که مبادله متقابل منافع را میان دو طرف معاهده فراهم می‌آورد و برای هر کدام، حقوق و تکالیفی را رقم می‌زند که رفتار خاصی را از جانب هر یک از طرفین، جداگانه یا نسبت به هر یک از طرفین شامل می‌شود.^{۳۰} می‌توان از بیان فیتز موریس متوجه شد وی در آن زمان از تعهدات بین‌المللی صحبت می‌کند که بعدها دیوان در قضیه بارسلونا ترکشن ۱۹۷۰ آن را تعهدات ارگامنی نامید.

وی از معاهدات حقوق بشری به‌عنوان نمونه‌ای از معاهدات قانون ساز، از رژیم‌های دریایی به‌عنوان نمونه‌ای از «معاهدات نظام یا رژیم ساز» و از کنوانسیون‌های سازمان جهانی کار به‌عنوان نمونه‌ای از معاهدات استاندارد ساز نام می‌برد. تعهدات ناشی از چنین معاهداتی، نه از نظر حقوقی و نه از نظر عملی، به عملکرد متناظر طرف‌های دیگر وابسته نیست. قابل توجه است که در اینجا جای اشاره به معاهدات مؤسس سازمان‌های بین‌المللی خالی است، در حالی که نمونه‌ای بی‌نظیر از معاهدات قانون ساز محسوب می‌شوند و در ۱۹۳۰ توسط مک نیر در دسته‌ای جداگانه شناسایی شده‌اند. با این حال همان‌طور که از نمونه‌های تفسیر مشخص است، در طرح فیتز موریس، «رژیم» فقط در مفهوم سرزمینی‌اش به کار رفته است.^{۳۱}

۳. زمینه‌های پیدایش معاهدات قانون ساز در حقوق بین‌الملل

اندیشه معاهدات قانون ساز جدید نیست. در اواخر قرن ۱۹، تریپل نظریه مشهور اراده مشترک^{۳۲} را بیان می‌کند که یک قصد مستقل و جمعی است که از کلیه قصدهای انفرادی دولت‌ها متمایز است.^{۳۳} به گفته او، چنین قصدی منطقیاً به سمت هدف و برنامه واحد سوق داده می‌شود. از لحاظ

27. Self-existent

28. Gerald Fitzmaurice, *Second Report on the Law of Treaties*, UN Doc. A/CN.4/107, YILC 1957, Vol. II, 31.

29. *Ibid.*, 54.

30. Catherine Brölmann, "Law-Making Treaties: Form and Function in International Law," *Nordic Journal of International Law* 74 (2005): 384.

31. *Ibid.*, 388.

32. Gemeinwillen.

33. Heinrich Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht* (Leipzig, C.L: Hirschfeld, 1899; Reprint by Scientia Antiquariat Aalen), 56.

تکنیکی، اراده مشترک، در یک توافق،^{۳۴} در مقابل یک قرارداد^{۳۵} تجسم می‌یابد. قرارداد، وسیله‌ای برای معامله حقوقی^{۳۶} است، یعنی توافقی با ماهیت قراردادی است. این تمایز، مبتنی بر محتوای توافقات است. از جهت شکلی، تفاوتی میان توافق و قرارداد وجود ندارد. این تصادفی نیست که ایده سند حقوقی که هنجارهای عام را تصریح می‌کند و تجسم اراده جمعی است، در اواخر قرن ۱۹ بحث روز شود؛ زمانی که اروپا تا حدودی توسط قوانینی که مورد پذیرش قدرت‌های بزرگ قرار گرفته بود مدیریت می‌شد و زمانی که اولین سازمان‌های بین‌المللی تأسیس شدند.^{۳۷}

در ابتدای قرن بیستم، حجم بی‌سابقه‌ای از نزاع‌ها، دیدگاه حاکمیت قانون و قطعیت حقوقی را تقویت کرد. این امر، از دو طریق عملکرد معاهده را تحت تأثیر قرار داد. نخست ترویج انتشار معاهدات را موجب شد، که در ابتدا معاهدات خاص مدنظر قرار گرفتند، مانند پیمان‌های نظامی که به علت ماهیت مخفیانه‌ای که دارا هستند، عاملی شناخته شده در شروع جنگ محسوب می‌شوند. به علاوه، این انگیزه‌ای برای نظریه معاهدات قانون‌ساز بود. پروژه بزرگ تدوین حقوق بین‌الملل تحت تلاش‌های بسیار، البته بدون موفقیت چشمگیر، با همکاری جامعه ملل آغاز شد. برخلاف آن، اقدام سازمان ملل متحد با هدف مشخص «تدوین و توسعه حقوق بین‌الملل» در منشور (ماده ۱۳ بند ۱ که نظیر آن در میثاق ملل موجود نیست) بسیار نتیجه‌بخش بود. این عملکرد معاهده، بخصوص در مورد معاهداتی که حقوق بشر بین‌المللی در آن‌ها قید شده است، بحث قواعد حقوقی عینی را به سطحی عام‌تر منتقل کرد.

تمایل به معاهدات قانون‌ساز به‌طور جدایی‌ناپذیری به ظهور یک بُعد عمومی برای نظم حقوقی بین‌المللی مرتبط است. چنین ابعاد عمومی که ممکن است مربوط به یک زمینه عملکردی خاص باشد (مانند استفاده از زور، حفاظت از آب‌های فرامرزی یا حمایت از افراد)، نیاز به قوانین با کارکرد قانونی بالاتر و فراتر از قوانین حاکم بر روابط حقوقی اختیاری بین تابعان برابر دارد. این امر بار دیگر چشم‌انداز یک جامعه بین‌المللی را آشکار ساخت که همراه با ایده یک نظام حقوقی واحد است.

از زمانی که گروسیوس مفهوم جامعه‌ای بزرگ مرکب از دولت‌ها را به‌عنوان اساس حقوق بین‌الملل و نظم و همکاری بین‌المللی مطرح کرد، اندیشمندان درباره موجودیت جامعه یا اجتماع راستین در ورای دولت - ملت‌ها اختلاف نظر داشته‌اند. یک عقیده آن است که شواهد تجربی محکمی دال بر این که عملکرد روابط بین‌المللی به جامعه یا اجتماع (به معنای معمول این واژه‌ها) شکل داده باشد وجود ندارد، بلکه نظام بین‌المللی مرکب از دولت‌ها وجود دارد که اگرچه

34. Vereinbarung.

35. Vertrag.

36. Rechtsgeschäft.

37. Brölmann, Law-Making Treaties: Form and Function in International Law, 389.

الگوی منظمی از تعامل را درون محیطی خاص به نمایش می‌گذارد، به درجه‌ای از همگرایی که برای تصدیق عنوان جامعه بر آن ضرورت دارد، دست نیافته است. اما نظر دیگر آن است که یک جامعه بین‌المللی در ورای دولت‌ها تشکیل شده است که بنیان نظم بین‌المللی را شکل می‌دهد و ضرورتی بنیادین دارد.^{۳۸}

مسئله دیگری که در نظام حقوق بین‌الملل مطرح می‌شود، تغییرات بنیادین و جهت‌گیری‌های جدید در جامعه بین‌المللی است که آثاری مشهود و عینی بر نظم عمومی بین‌المللی گذاشته و می‌گذارد و نقش بیشتری را برای حقوق طلب می‌کند. در این راستا و در جهت ترقی قواعد نظم حقوقی، هنجارها و تعهداتی شکل می‌گیرند که بر ارزش‌های انسان و منافع مشترک تأکید دارند. مفاهیمی نو در جهت استقرار نظم حقوقی که ساختار هنجارهای بین‌المللی را عرضه می‌نماید پدیدار می‌شوند. این رهیافت که بر آینده واحد جهانی با سرنوشت مشترک بشری تکیه دارد، نظم حقوقی را طالب است که از یک سو متناسب با ساختار جامعه بین‌المللی و از سوی دیگر شایسته انسان متمدن باشد. حدود و ثغور و آثار این نظم حقوقی در چارچوب منافع اساسی جامعه بین‌المللی که ناظر بر سرنوشت مشترک بشریت است تبیین می‌شود. این نظم حقوقی با توجه به نگرش‌های جدید و نیز ضرورت‌های زیست بین‌المللی و همبستگی جامعه جهانی در قبال مسائل و معضلات جهانی در مقام ایجاد توازن و تعادل بین منافع فردی واحدهای سیاسی مستقل به نفع جامعه بین‌المللی است.^{۳۹} این روند در واقع نشان‌دهنده جامعه‌گرایی^{۴۰} در نظام حقوقی بین‌المللی است.

دیوان بین‌المللی دادگستری به‌عنوان رکن قضایی سازمان ملل متحد در احراز و تبیین مفهوم جامعه بین‌المللی و نظم نوین حقوقی نقش مهم و مؤثری ایفا کرده است. دیوان در قضیه کانال کورفو ۱۹۴۹ به ملاحظات بنیادین انسانی،^{۴۱} در قضیه حق شرطها نسبت به کنوانسیون منع و مجازات جرم کشتار جمعی ۱۹۵۱ به ارزش‌های جهانی غالب، در قضیه بارسلونا ترکشن ۱۹۷۰ به تعهدات ارگا امنس و تعهدات در برابر جامعه بین‌المللی در کل،^{۴۲} در رأی مشورتی قانونی بودن استفاده از سلاح هسته‌ای ۱۹۹۶ به اصول غیرقابل تخطی حقوق بین‌الملل،^{۴۳} در رأی دیوار حائل

۳۸. گراهام ایوانز و جفری نونام، فرهنگ روابط بین‌الملل، ترجمه: حمیرا مشیرزاده و حسین شریفی طرازکوهی، (تهران، نشر میزان، ۱۳۸۱)، ۴۱۷.

۳۹. حسین شریفی طرازکوهی، قواعد آمره و نظم حقوقی بین‌المللی (تهران، انتشارات وزارت امور خارجه، ۱۳۷۵)، ۴۷.

40. Socialism

41. *Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania)*, ICJ Reports 1949, 22.

42. *Barcelona Traction Case (Belgium/Spain) (Merits)*, ICJ Reports 1970, 32, para. 33.

43. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons Case (Advisory Opinion)*, ICJ Reports 1996, para. 79.

۲۰۰۴ به اصول تخطی‌ناپذیر حقوق بین‌الملل عرفی^{۴۴} و در قضیه کنگو علیه رواندا ۲۰۰۶ به قواعد امره حقوق بین‌الملل^{۴۵} اشاره می‌نماید. همچنین در راستای امکان طرح دعوا از سوی اعضای جامعه بین‌المللی در خصوص نقض قواعد امره و تعهدات ارگا امنسی، در قضیه بلژیک علیه سنگال ۲۰۱۲ راجع به کنوانسیون منع شکنجه،^{۴۶} دیوان به ماهیت ارگا امنسی تعهدات برخاسته از کنوانسیون مذکور که به دولت بلژیک اجازه طرح ادعا علیه سنگال را داد، اشاره و ارجاع نموده است. همین استدلال در قضیه مربوط به کنوانسیون نسل‌زدایی ۲۰۲۲ نیز از جانب گامبیا علیه میانمار بر مبنای تعهدات مندرج در کنوانسیون نسل‌زدایی ارائه شد و دیوان با درایت دعوا را مسموع دانست.^{۴۷}

لذا حدود ده سال پیش، رئیس دیوان بین‌المللی دادگستری بیان داشت: «رویکرد راسخانه اثبات‌نگرا (پوزیتیویستی) و اراده‌گرایی حقوق بین‌الملل که از ابتدای قرن کنونی جریان دارد،..... با حقوقی جایگزین شده است که با سهولت بیشتری به دنبال بازتاب وجدان حقوقی جمعی است و به نیازهای اجتماعی دولت‌هایی که به‌عنوان یک جامعه سازمان یافته‌اند، پاسخ می‌دهد».^{۴۸}

با وجود سابقه بسیار طولانی معاهدات، حقوق بین‌الملل خیلی پیش‌تر از اینکه در معاهدات نوشته شود، وجود داشته است. در واقع، نقش مرکزی قانون‌سازی که به کنوانسیون‌های تدوین سازمان ملل واگذار شده است، اساساً به خاطر نبود جایگزین است. دولت‌هایی که منشور سازمان ملل را تدوین می‌کردند، به‌شدت مخالف تفویض این قدرت به سازمان بودند تا قواعد الزام‌آور بین‌المللی را به اجرا بگذارند. علاوه بر این، پیشنهاد اعطای اختیار به مجمع عمومی که کنوانسیون‌های عام معین را از طریق رأی اکثریت به دولت‌ها تحمیل کند، رد شد.^{۴۹}

بنابراین انتظار این است که معاهدات در حقوق بین‌الملل از عهده هر دو عملکرد قراردادی و قانونی برخوردارند. این ریشه در سخنان آرنولد مک نیر دارد که بارها نقل شده است: «متأسفانه معاهده تنها ابزار به کاررفته‌ای است که جامعه بین‌المللی برای پیشبرد معاملات

44. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory Case* (Advisory Opinion), *ICJ Reports* 2004, para. 87-88.

45. *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, *ICJ Reports* 2006, para. 120-126.

46. *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, *ICJ Reports* 2012, para. 68.

47. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, *ICJ Reports* 2022, para. 34-46.

48. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (Advisory Opinion), *ICJ Reports* 1996; Declaration by President Bedjaoui, para. 13.

49. Brölmann, *Law-Making Treaties: Form and Function in International Law*, 387.

گوناگونش به آن مجهز است».^{۵۰}

۴. معاهدات قانون ساز و چالش شکل گرای حقوقی

شکل گرای در لغت به معنای افراط در تمسک به ظواهر است. در مفهوم مصطلح کلمه، روشی حقوقی است که در آن به شکل و تشریفات اهمیت داده می شود؛ آن هم در مقابل مضمون و روح قاعده.^{۵۱} به عبارت دیگر در معنای اصطلاحی و در فلسفه حقوق، شکل گرای اصولاً به رهیافتی اطلاق می شود که برای شناخت نظام حقوقی باید منابع صوری آن را ملاک اعتبار قرارداد و از هرگونه تمسک به منابع واقعی و مادی آن اجتناب کرد. همچنین از بُعد آیین دادرسی، شکل گرای رهیافتی است که بر اساس آن قاضی یا حقوق دان تنها به شکل قاعده و آیین های تشریفاتی مرتبط به آن توجه دارد و مضمون و روح قاعده را قربانی توجه به آیین های شکلی می کند. این دو مفهوم از شکل گرای بیش از همه برجسته است. با وجود برداشت های مختلف از عبارت شکل گرای، اشتراک همه آنها توجه بیشتر به صورت هر امری به جای توجه به محتوای آن است. این سخن بر نظام حقوق بین الملل نیز منطبق است. در واقع شکل گرای در حقوق بین الملل حاوی این پیام است که باید برای شناسایی اصول و قواعد حقوقی از یک سو و تفسیر آنها از سوی دیگر، بیش از همه به صورت و ظواهر آن اصول و قواعد توجه نشان داد.^{۵۲}

اگرچه مفهوم معاهده قانون ساز، کارکردها و آرمان های مرتبط با یک نظم حقوقی و احتمالاً یک جامعه بین المللی را منعکس می کند، معاهده به لحاظ شکلی برای فراهم آوردن این آرمان ها دچار مشکل است زیرا معاهدات مبتنی بر اصل شکل گرای حقوقی هستند. معاهده، خواه منبع اصلی یا صوری نظم حقوقی باشد، در ایجاد و شکل گیری خود مستلزم کسب اراده صریح دولت ها است. بر پایه اصل رضایی بودن معاهدات، التزام حقوقی ناشی از معاهده که طرف های معاهده را به اجرای مقررات معاهده مکلف می کند، حاصل اراده طرف های خود معاهده است.^{۵۳} همچنین اصل برابری حقوقی دولت ها مستلزم این است که در جامعه بین المللی متشکل از دولت های حاکم و برابر و فاقد اقتدارات فراکشوری، یک یا چند کشور نتوانند دیگران را وادار به قبول تعهد نموده و در مقام قانونگذار بین المللی عمل نمایند.^{۵۴} بدون شک، این یک نکته شکلی و شکل گرایانه

50. Lord McNair, *The Law of Treaties* (England: Oxford University Press, 1961), 739.

۵۱. هدایت الله فلسفی، *سیر عقل در منظومه حقوق بین الملل* (تهران، نشر نو، ۱۳۹۶)، ۲۹۷.

۵۲. سیدمصطفی میرمحمدی و لادن حریریان، «تأملی بر رهیافت فرمالیستی و انتقادی از قواعد حقوق بین الملل»، *مجله حقوقی بین المللی*، ۶۶، ۱۴۰۱: ۶۰.

۵۳. فلسفی، *حقوق بین الملل معاهدات*، ۱۵.

۵۴. نادر ساعد، «تأملی بر اصل رضایی بودن پذیرش معاهدات در آیین تحولات بین المللی خلع سلاح و کنترل تسلیحات»، *مجله حقوقی*، ۳۲ (۱۳۸۴): ۶۳.

اما همچنان مشکل‌ساز است. همان‌طور که دیوان در پرونده‌های آفریقای جنوب غربی اظهار داشت: «با این وجود، حتی چنین معاهدات قانون‌سازی تنها دول امضاکننده را متعهد می‌کنند و دولی را که طرف آن محسوب نمی‌شوند متعهد نمی‌سازند».^{۵۵} بدین‌سان گفته می‌شود از اصل برابری دولت‌ها در انعقاد معاهدات بین‌المللی دو مفهوم استنباط می‌شود: یکی برابری در قبول تعهدات و دیگری برابری در تعهدات.^{۵۶}

۵. تأثیر رویکرد قانون اساسی‌گرایی بر کارکرد معاهدات قانون‌ساز

بی‌تردید، نیاز به کارکرد قانون در سطح بین‌المللی کماکان مطرح است و «معاهده قانون‌ساز»، ایده‌ای قدرتمند و ضروری در شکل‌بخشیدن به روابط جهانی به نظر می‌آید. در جهت رفع چالش شکل‌گرایی حقوقی و کارکرد معاهدات قانون‌ساز، ایده‌هایی مطرح شده است.

برخی در رفع چالش میان شکل‌گرایی و کارکرد معاهدات قانون‌ساز معتقدند باید کمتر به شکل، و بیشتر به محتوا نگاه کرد. قاضی *آلوارز* در نظر مخالف‌اش در پرونده نظریه مشورتی ۱۹۵۱ نسل‌کشی بیان داشت: کنوانسیون‌های قانون‌ساز، قوانین بین‌المللی واقعی هستند... این کنوانسیون‌هایی که به امضای اکثریت بالایی از کشورها رسیده است، باید برای سایر کشورها نیز لازم‌الاجرا باشند، هرچند آن‌ها به صراحت نپذیرفته باشند: چنین کنوانسیون‌هایی نوعی عرف الزام‌آور یا اصولی ایجاد می‌کنند که باید توسط همه کشورها به دلیل وابستگی‌شان و وجود یک سازمان بین‌المللی رعایت شود.^{۵۷}

بر اساس این نظر، اگر معاهده‌ای به‌طور گسترده تصویب شود و به بخشی از حقوق بین‌الملل عرفی تبدیل شود، می‌تواند همه دولت‌ها را حتی آن‌هایی که صراحتاً معاهده را تصویب نکرده‌اند، ملزم کند. همچنین معاهدات خاصی نیز وجود دارد که حاوی هنجارهای آمره هستند که توسط جامعه بین‌المللی به‌عنوان یک کل به رسمیت شناخته شده‌اند و نمی‌توان از آن‌ها عدول کرد، مانند منع نسل‌کشی، برده‌داری و شکنجه. این هنجارها برای همه کشورها، صرف‌نظر از اینکه معاهده مربوطه را تصویب کرده باشند، الزام‌آور تلقی می‌شوند.

اما *داماتو* در ۱۹۶۲ بیان می‌دارد: «این درست است که معاهدات، موافقت‌نامه هستند اما قانون اساسی نیز موافقت‌نامه‌ای میان شهروندان است». وی تلاش بسیار کرد تا توضیح دهد چرا معاهدات قانون‌ساز باید این‌طور در نظر گرفته شوند که برای کشورهایی که طرف‌شان نیستند،

55. *Southwest Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, ICJ Reports 1966, 7.

56. ابراهیم بیگزاده، «بدیع‌بودن معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای در قلمرو حقوق بین‌الملل»، *مجله تحقیقات حقوقی*، ۱۶-۱۷ (۱۳۷۴): ۲۷۴.

57. Dissenting Opinion of Judge Alvarez to the *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Advisory Opinion), ICJ Reports 1951, 52-53.

اثر الزام آور داشته باشند؛ نه به عنوان منبع عرف، بلکه به عنوان منبعی مستقل.^{۵۸} برخی معتقدند این نظر را باید در امتداد نظریه دیوان بین المللی دادگستری در قضیه جبران خسارات ۱۹۴۹ مورد توجه قرار داد. دیوان در خصوص عینی بودن شخصیت حقوقی سازمان ملل متحد چنین استدلال کرد که اکثریت ۵۰ کشور با امضای منشور سازمان ملل قادر به ایجاد اثر حقوقی برای پنجاه و یکمین کشوری هستند که هیچ وقت رضایت اش را در برابر معاهده اعلام نکرده است.^{۵۹} درست است که پرونده جبران خسارت در مورد ایجاد موجودیت حقوقی عینی بود که باید توسط دولت های ثالث به رسمیت شناخته شود (که می تواند به راحتی با آموزه های موجود در مورد معاهدات وضعیت مرتبط باشد)، و نه ایجاد رژیم هنجاری ماهوی الزام آور برای کشورهای ثالث، اما خط استدلال یکسان است. از چنین رویکردی به رویکرد قانون اساسی گرا تعبیر می شود. آیا چنین رویکرد قانون اساسی گرا نسبت به معاهدات قانون ساز در زمان حاضر قانع کننده به نظر می رسد؟ در پارادایم کلاسیک حقوق بین الملل، این مسئله از آنجا که از یک فرض غیرارادی ناشی می شود، مشکل ساز است. احتمالاً مبنای آن را باید خارج از چارچوب حقوق معاهدات پیدا کرد.^{۶۰} بدین ترتیب از این منظر باید معاهدات قانون ساز را خارج از مقررات کنوانسیون حقوق معاهدات و در چارچوب گفتمان قانون اساسی گرایی مورد توجه قرار داد.

۱-۵. مفهوم قانون اساسی گرایی

قانون اساسی گرایی، نوعی فهم و روش ایجاد و تأویل هنجارهای حقوقی است که در پی نهضت های ملی تدوین قانون اساسی پدیدار شده است. قانون اساسی به ویژه به معنای شکلی آن، دستاورد نهضتی است که به دنبال انقلاب صنعتی در جهت قانونی سازی جوامع به وقوع پیوست. هدف اصلی این حرکت، پایان دادن به خودسری حکام و تأمین آزادی های فردی بود.^{۶۱} چنین هدفی معمولاً از طریق پیش بینی نهادهای حقوقی چون تفکیک قوا، درج حق های اساسی در قوانین اساسی موضوعه و پذیرش اصل سلسله مراتب قواعد حقوقی تأمین می شود.^{۶۲} بر اساس توصیف فوق، قانون اساسی گرایی به معنای ابتدای نظام سیاسی بر قانون اساسی به منظور تحدید قدرت بوده و از این رو، قوانین اساسی مدرن، نه برای توصیف ساختار قدرت که

58. Anthony D'Amato, "Treaties as a Source of General Rules of International Law," *Harvard International Law Journal* 3 (1962): 1-35.

59. *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations (Advisory Opinion)*, ICJ Reports 1949, 174, p. 185.

60. Brölmann, *Law-Making Treaties: Form and Function in International Law*, 399.

۶۱. ابوالفضل قاضی، *حقوق اساسی و نهادهای سیاسی*، جلد اول (تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۸)، ۹۱.

۶۲. عباسعلی کدخدایی و امیر مقامی، «پیامدهای خوانش دستورگرایانه از حقوق بین الملل»، *مجله حقوقی بین المللی*، ۵۹، ۳۵، ۸. (۱۳۹۷).

برای تعیین حدود آن، یا به عرصه وجود نهادند و به دیگر سخن، نظام سیاسی مبتنی بر یا مشروط به قانون اساسی، هدف اصلی نهضت قانون اساسی‌گرایی بوده است. با این حال، برخی حقوق‌دانان به درستی ضمن قبول عنصر تحدیدی فوق یعنی دولت محدود یا مشروطه، معتقدند که قوانین اساسی تنها عامل تعیین قدرت دولت نیستند بلکه مبنای قدرت دولت نیز هستند. به عبارت دیگر، قانون اساسی، مؤسس دولت و قوای حاکمیتی و تعیین‌کننده حدود و ثغور اختیارات و صلاحیت‌های آنهاست و نه آنکه صرفاً اقتدارات موجود دولت را تعیین کرده باشد.^{۶۳}

بدین ترتیب، قانون اساسی‌گرایی گام مهمی در جهت ایجاد حکومت دموکراتیک و پاسخگو است زیرا چارچوبی را برای حمایت از حقوق فردی و ایجاد محدودیت در قدرت دولتی فراهم می‌کند. همچنین سازگار برای حل و فصل اختلافات و تعارضات درون جامعه فراهم و تضمین می‌کند که همه افراد و نهادها تحت یک چارچوب قانونی قرار می‌گیرند.

۲-۵. قانون اساسی‌گرایی در حقوق بین‌الملل

در خلال سال‌های اخیر، مباحث آکادمی بسیاری درباره قانون اساسی‌گرایی در حوزه حقوق بین‌الملل مطرح شده است. مدافعان قانون اساسی‌گرایی بر تکوین تدریجی نظم مبتنی بر قانون اساسی بین‌المللی^{۶۴} اصرار دارند که در بردارنده سه مؤلفه است: جامعه بین‌المللی به‌عنوان تابع نظم نوین، نظام ارزشی بین‌المللی به‌عنوان بیانگر آرمان‌های فرادست و خاستگاه بنیادین و معتبر مقررات بین‌المللی و ساختارهای ابتدایی که برای اجرا و تضمین اجرای مقررات بین‌المللی در حال شکل‌گیری هستند.^{۶۵}

قانون اساسی‌گرایی بین‌المللی در جستجوی شناخت یا بازیابی هنجارها و نهادهای حکمرانی جهانی است که از اصول قانون اساسی‌گرایی تبعیت می‌کنند. اصول قانون اساسی‌گرایی در حیطه داخلی عبارت‌اند از تفکیک قوا، حاکمیت قانون، حمایت از حقوق بشر، دموکراسی و همبستگی. البته زمانی که این اصول به سطح بین‌المللی انتقال می‌یابند به‌طور قطع، این اصول و ابزارهای پیاده‌سازی آنها باید با مقتضیات بین‌المللی تطبیق داده شوند. به عبارت دیگر، در چارچوب حقوق بین‌الملل، قانون اساسی‌گرایی به این ایده اشاره دارد که یک نظم قانون اساسی بین‌المللی در حال ظهور است که مبتنی بر اصول دموکراسی، حقوق بشر و حاکمیت قانون است.^{۶۶}

۶۳. سیدفضل‌الله موسوی و حسین خلف رضایی، «مشروطه‌گرایی در جامعه بین‌المللی»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، ۲۱، ۵۲، (۱۳۹۹): ۳۲۴.

64. International constitutional order

65. De Wet, The International Constitutional Order, 51-76.

66. Susan C. Breau, "The Constitutionalization of the International Legal Order," *Leiden Journal of International Law* 21, 2 (2008): 545.

برخی نیز بر این اعتقاد هستند اگرچه قانون اساسی گرایي بین المللی، علی رغم اهمیتی که دارد، تا کنون به فرجام نرسیده و نظام بین المللی قادر به ایجاد اجماع و رضایت حداکثری بر سر قواعد دستوری خویش نیست، این رویکرد می تواند روش شناخت حقوق بین الملل و الگوی ذهنی و فکری در مواجهه با پدیده های حقوقی بین المللی باشد؛ یک موتیف برای ارکستر بزرگ حقوق بین الملل، تا جایی که کارگزاران دولتی را به عنوان بازیگر این عرصه، حقوق دانان و قضات را به عنوان ناظران و قاضیان این عرصه، به شناختی خاص از حقوق بین الملل رهنمون شود.^{۶۷}

رویکردهای کلی زیر، دیدگاه های نویسندگان مختلف درباره قانون اساسی گرایي در حقوق بین الملل را نشان می دهد و مطمئناً نظر نویسندگان، منحصر در این دو دیدگاه نخواهد بود. تمرکز این مقاله بر روی رویکردی است که کارکرد معاهدات قانون ساز را به عنوان ابزار حکمرانی جهانی تسهیل می کند.

الف. رویکرد ساختاری: قانون اساسی سازی برای حقوق بین الملل

رویکرد اول، گرایش خاصی به استفاده از درس ها و فرمول های مورد استفاده در ساختار قوانین اساسی نظام های حقوقی داخلی داشته و تلاش می کند ویژگی های برجسته این ساختار را با اعمال تغییرات لازم، به حقوق بین الملل منتقل کند. معمولاً چنین رویکردی به شدت بر چگونگی ساختار نهادهای بین المللی متمرکز است تا حقوق بین الملل را در جهت پیشنهادی هدایت کنند. بنابراین، این رویکرد کلی بر فرآیندها و نهادهایی متمرکز است که نظام حقوقی بین المللی را تشکیل می دهند و ممکن است به عنوان رویکرد ساختاری از آن یاد شود.

این رویکرد بر ایجاد قانون اساسی یا تدوین حقوق اساسی برای نظم حقوقی بین الملل از طریق هنجارها و نهادهای مورد نیاز که برای توسعه حقوقی ضروری تلقی می شوند، تمرکز دارد؛^{۶۸} لذا پدیده بین المللی سازی قانون اساسی برای حقوق بین الملل را دنبال می کند. در خلال این پدیده، تابعان اولیه و ثانویه حقوق بین الملل به تدریج فعالیت ها و روابط متقابل خود را تابع اصول قانون اساسی بین المللی می نمایند. در نتیجه، سلسله مراتب هنجاری میان قواعد حقوق بین الملل از اهمیت خاص برخوردار می شود و در رأس این سلسله مراتب، قواعد آمره قرار می گیرند.

قانون اساسی بین المللی همچنین به عنوان پاسخی به چندپارگی حقوق بین الملل تلقی می شود، جایی که حقوق بین الملل از رژیم های کارکردی تخصصی تشکیل شده است که هر کدام معاهدات، اصول و نهادهای خاص خود را دارند. چندپارگی این مسئله را مطرح می کند که ارزش ها و منافع

۶۷. کدخدایی و مقامی، همان، ۹.

68. John Rafferty, "Constitutionalism in International Law: The Limits of Jus Cogens," LLM Thesis, (University of Pretoria, 2012), 2.

موجود در این رژیم‌های جداگانه همیشه با یکدیگر سازگار نیستند. مزیت قانون اساسی در اینجا این است که می‌تواند با ارائه نهادهای مرکزی یا ارائه سلسله مراتب خاص به این مشکل پاسخ دهد. به این ترتیب گفته می‌شود که نظم خاصی به سیستمی داده می‌شود که در غیر این صورت ممکن است به‌عنوان هرج و مرج یا تکه‌تکه تلقی شود.^{۶۹} کاسکنیمی و همکارانش در کمیسیون حقوق بین‌الملل نیز انسجام را بخشی از ماهیت نظام حقوقی تعریف می‌کنند.^{۷۰} این انسجام موجب می‌شود قواعد نظام به‌صورت جزایر پراکنده و نامرتب مشاهده نشوند، بلکه به‌هم‌پیوسته، فهم، تفسیر و تحلیل شوند. قانون اساسی‌گرایی، نسقی غایت‌گرایانه و ترتیبی به قواعد حقوقی می‌بخشد و به مثابه نشانه‌ی رأس نظام حقوقی تضمین‌کننده این انسجام است.^{۷۱}

بدین ترتیب، این رویکرد قانون اساسی‌گرایی، هدف تعیین حاکمیت دولت را مشابه آنچه در نظام‌های داخلی مبتنی بر قانون اساسی تجربه شده است، پیگیری می‌کند.^{۷۲} از نگاه طرفداران قانون اساسی‌گرایی، حقوق بین‌الملل ارجحیت و برتری منفعت مشترک بشریت و منافع دولت‌ها را به رسمیت شناخته و تلاش دارد با اجرای اصول برتر قانون اساسی، محدودیت‌هایی را بر خواست نامحدود دولت وضع کند. دولت‌ها نیز دیگر در سنگر قلمرو محفوظ خود باقی نمانند.^{۷۳}

ب. رویکرد مبتنی بر ارزش: هویت مستقل جامعه بین‌المللی

رویکرد دیگر، برآیند واقع‌بینی تابعان حقوق بین‌الملل نسبت به مسائل معاصر و حصول حقوق بین‌الملل به سطحی از عینیت‌گرایی است. برخی از نویسندگان از رویکرد ساختاری غالب یا مشخصی که هنجارها یا نهادهای لازم برای توسعه حقوقی را در تفکر قانون اساسی ضروری می‌دانند، فاصله گرفته‌اند. برای مثال، دی‌وت، دیدگاهی از قانون اساسی‌گرایی را پیشنهاد می‌کند که معتقد به نظم قانون اساسی متشکل از یک جامعه بین‌المللی و یک نظام ارزشی بین‌المللی و نیز ساختارهای ابتدایی خاصی برای اجرای چنین نظامی است.^{۷۴}

فرض شود که رویکردهای قانون اساسی‌گرایی در حقوق بین‌الملل در پی تحقق دو هدف هستند: اول، انتقال برخی از کارکردهای قوانین اساسی کشورها به حقوق بین‌الملل و تقویت آن

69. Ibid., 10.

70. Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, *Yearbook of International Law Commission*, 2006, Vol II, Part Two.

71. کدخدایی و مقامی، همان، ۹.

72. اصلی عباسی، شیوه‌های جدید هنجارگذاری در حقوق بین‌الملل، رساله دکتری حقوق بین‌الملل (تهران: دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۸)، ۱۰۶.

73. Thomas Kleinlein, "Constitutionalization in International Law," *Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht* 231 (2012): 703.

74. De Wet, *The International Constitutional Order*, 51.

کارکردها در سطح بین‌المللی و دوم، مستقل‌سازی حقوق بین‌الملل از اراده و خواست حاکمیتی دولت‌ها (نسبی‌سازی حاکمیت). در رویکرد مبتنی بر ارزش، مستقل‌سازی حقوق بین‌الملل از اراده حاکمیتی دولت‌ها مورد توجه قرار دارد. در این رویکرد، ماهیت نظام حقوق بین‌الملل از حقوق بین‌الدولی به نظام حقوقی جامعه بین‌المللی و متعهد به منفعت بشریت تغییر خواهد نمود.

این رویکرد به دنبال به رسمیت شناختن یک جامعه حقوقی بین‌المللی است که توانایی هدایت و محدود کردن قدرت سیاسی را دارد. چنین جامعه‌ای به ظهور یک نظام ارزشی بین‌المللی اعتبار می‌دهد.^{۷۵} این ارزش‌ها به موجودیت قواعد معینی از حقوق بین‌الملل که به منظور حمایت از چنین ارزش‌های بین‌المللی به وجود آمده‌اند، مشروعیت می‌بخشند و بر این اساس، اراده سیاسی دولت‌ها را از طریق مقید کردن آن‌ها به ملاحظات مبتنی بر جامعه محدود می‌کنند. این نگرش به وجود و کارکرد احتمالی قواعد امره اعتبار و مشروعیت می‌بخشد زیرا قواعد امره، پیش از آنکه قابلیت محدود‌سازی اراده سیاسی دولت‌ها را داشته باشند، باید از طرف جامعه بین‌المللی در کل الزام‌آور شناخته شوند. این رویکرد کلی به‌عنوان رویکرد «مبتنی بر ارزش» شناخته می‌شود.^{۷۶}

تمرکز رویکرد ارزش‌محور این است که آیا می‌توان از «جامعه بین‌المللی» صحبت کرد؟ این یک ملاحظه مهم است زیرا باید مبنایی برای وجود ارزش‌های مشترک در حقوق بین‌الملل وجود داشته باشد.

وجود چنین ارزش‌هایی اجازه می‌دهد تا قوانین و اصول خاصی وضع شود که به‌طور کارکردی از آن‌ها محافظت کند. یک جامعه بین‌المللی با ارزش‌های مشترک، اعتبار وجود هنجارهای قانون اساسی را فراهم می‌کند. بنابراین تمرکز در اینجا بر ملاحظات مربوط به فرض یک جامعه بین‌المللی خواهد بود و به‌طور گسترده با ساختارها یا نهادهای درگیر سر و کار نخواهد داشت. هنوز وجود چنین جامعه بین‌المللی و همچنین اهمیت حقوقی آن، مورد مناقشه است. مفهوم جامعه بین‌المللی در این مرحله دارای تعریف دقیق مورد توافق نیست، اگرچه به نظر می‌رسد وجود آن توسط اسناد بین‌المللی مختلف و همچنین رویه قضایی تأیید شده است، که در قسمت قبل به آن‌ها اشاره شد. البته هنوز این مفهوم مخالفانی دارد. به‌عنوان مثال، بویلی و چینکین این مفهوم را به‌عنوان ساختار کاملاً مصنوعی می‌بینند که هم وجود آن و هم ارزش‌های پیشنهادی ناشی از آن مورد بحث است.^{۷۷}

علی‌رغم چنین اظهاراتی، ترکیب چنین جامعه‌ای است که بیشترین بحث را در نوشتارها به راه می‌اندازد و نه وجود آن. دی‌وت بر این عقیده است که «جامعه بین‌الملل در این مرحله از

75. Ibid., 57.

76. Rafferty, *Constitutionalism in International Law: The Limits of Jus Cogens*, 3.

77. Alan Boyle and Christine Chinkin, *The Making of International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2007), 17.

توسعه‌اش، هنوز عمدتاً از دولت‌ها تشکیل شده است زیرا آن‌ها در فرآیند ایجاد حقوق بین‌الملل نقش محوری دارند».^{۷۸} بنابراین او همچنین سازمان‌های بین‌المللی و افراد را به درجات مختلف شامل این جامعه قرار می‌دهد. برای مثال، افراد به دلیل استقرار نظام‌های حقوق بشر در حقوق بین‌الملل، دارای درجه خاصی از شخصیت حقوقی هستند.^{۷۹}

در خصوص معیار تشخیص قاعده امره حقوق بین‌الملل عام، ماده ۵۳ کنوانسیون حقوق معاهدات ۱۹۶۹ از جامعه بین‌المللی دولت‌ها در کل صحبت می‌کند. آقای تلادی، گزارشگر ویژه کمیسیون حقوق بین‌الملل در خصوص قاعده امره نیز با توجه به ماده ۵۳ یکی از معیارهای تشکیل قاعده امره را پذیرش و شناسایی جامعه بین‌المللی دولت‌ها در کل معرفی می‌کند. یکی از مباحثی که در کمیسیون حقوق بین‌الملل درباره گزارش آقای تلادی شکل گرفت، در خصوص ماهیت جامعه بین‌المللی دولت‌ها در کل بود؛ اینکه باید اکثریت عددی دولت‌ها یا قدرتمند بودن آن‌ها یا یک معیار ترکیبی را ملاک قرار داد؟ آنچه مدنظر آقای تلادی بود، اکثریت عددی غالب دولت‌ها با پراکندگی جغرافیایی مناسب و همچنین عدم مخالفت کشورهای بزرگ است.^{۸۰} در یافته شماره ۷ پیش‌نویس، یافته‌های کمیسیون حقوق بین‌الملل در خصوص قاعده امره ۲۰۲۲ بیان شده است: پذیرش و به رسمیت شناختن توسط اکثریت بسیار بزرگ و نماینده دولت‌ها برای شناسایی یک هنجار به عنوان هنجار قاعده امره لازم است. پذیرش و به رسمیت شناختن توسط همه کشورهای مورد نیاز نیست.^{۸۱}

به دلیل چنین تفکر ارزش‌مداری، نویسندگان حتی هنجارهای امره را به عنوان هنجارهای «مبتنی بر ارزش» معرفی کرده‌اند. چنین نویسندگانی معتقدند که این هنجارها به طور مستقیم بر ارزش‌های جهانی مبتنی هستند. دی وت استدلال می‌کند که نظام ارزشی بین‌المللی به هنجارهایی مربوط می‌شود که «مبنای اخلاقی قوی» دارند. از نظر او چنین هنجارهایی در حقوق بین‌الملل موضوعه ادغام شده‌اند و در مقایسه با سایر هنجارها جایگاهی سلسله‌مراتبی پیدا می‌کنند.^{۸۲} گفته می‌شود که چنین سلسله‌مراتبی ماهیت لایه‌ای دارد که شامل قاعده امره و تعهدات ارگا امنسی می‌شوند. آقای تلادی گزارشگر ویژه نیز بر اساس دکترین، رویه دولت‌ها و آرای محاکم، افزون بر خصوصیات مندرج در ماده ۵۳ کنوانسیون ۱۹۶۹ برای قواعد امره، سه خصوصیت دیگر برمی‌شمارد: حفاظت از ارزش‌های بنیادین جامعه بین‌المللی، برتری از سایر

78. De Wet, *The International Constitutional Order*, 55.

79. *Ibid.*

80. *Report on the Work of the Sixty-Ninth Session (2017)*, *ILC Report*, A/72/10, 2017, Chap. VIII, paras. 148-161.

81. Draft Conclusions on Identification and Legal Consequences of Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens), *Yearbook of the International Law Commission*, 2022, Vol. II, Part Two.

82. De Wet, *The International Constitutional Order*, 57.

هنجارهای حقوق بین الملل در سلسله مراتب، جهان شمولی.^{۸۳} این دیدگاه گزارشگر ویژه در یافته شماره ۲ پیش نویس یافته های کمیسیون حقوق بین الملل در خصوص قاعده آمره ۲۰۲۲ در خصوص ماهیت قاعده آمره بیان شده است: قاعده آمره از ارزش های بنیادین جامعه بین المللی حمایت می کند. آن ها به طور جهانی قابل اجرا هستند و از نظر سلسله مراتبی بر سایر قواعد حقوق بین الملل برتری دارند.^{۸۴}

بنابراین تمایز مهم این دو رویکرد کلی در آن است که رویکرد ساختاری، جایگاه و کارکرد خاصی را به قواعد آمره اعطا می کند، در حالی که رویکرد مبتنی بر ارزش، به قواعد آمره با این ادعا که بر ملاحظات ارزشی جامعه مبتنی هستند، مشروعیت می بخشد.

۵-۳. معاهدات قانون ساز، ابزار حکمرانی فرادولتی

در رویکرد قانون اساسی گرا، ماهیت نظام حقوق بین الملل تغییر خواهد نمود. پارادایم سنتی و افقی ناشی از برابری حاکمیت دولت ها به پارادایم عمومی و مبتنی بر قانون اساسی تغییر می کند. به طور کلی فرآیند قانون اساسی گرایی در سطح بین المللی متضمن آن است که مبنای رضایی حقوق بین الملل، جای خود را به مبنای اجباری و مبتنی بر قانون اساسی دهد که در آن صورت تعهدات بین المللی مدافع ارزش ها و منافع مشترک به صورت اجباری به دولت ها تحمیل می شود.^{۸۵} بدین ترتیب از نظر استقلال حقوق بین الملل از اراده حاکمیتی دولت ها، رویکرد قانون اساسی گرایی نشان می دهد که حقوق بین الملل باید مستقل از اراده دولت ها باشد و در عوض بر اراده جمعی جامعه بین المللی مبتنی باشد. این امر تضمین می کند که حقوق بین الملل تابع اراده و منافع فردی دولت ها نیست و در عوض مبتنی بر اصولی است که مورد توافق همه اعضای جامعه بین المللی است.^{۸۶}

علاوه بر مباحث مطرح شده، جامعه بین المللی تجربه هایی نیز در خصوص پیاده سازی قانون اساسی گرایی در نظام بین المللی کسب کرده است. برخی از صاحب نظران، لزوم گرایش به قانون اساسی سازی حقوق بین الملل را ناشی از تحولاتی دانستند که در طی چند دهه اخیر در سطح جهان تحت عنوان فرآیند جهانی سازی رخ داده است و فشار بی سابقه ای را بر دولت ها برای ایجاد

83. Report on the Work of the Sixty-Ninth Session (2017), ILC Report, [A/72/10](#), 2017, Chap. VIII, paras. 148–161.

84. Draft Conclusions on Identification and Legal Consequences of Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens), *Yearbook of the International Law Commission*, 2022, Vol. II, Part Two.

۸۵. محمود حاجی زاده، هیبت اله نزدی منش و محمدحسین زارعی، «جایگاه حاکمیت قانون در حقوق بین الملل»، *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*، ۱۸، ۵۴ (۱۳۹۶): ۱۸۹.

86. JG. Van Mulligen, "Global Constitutionalism and the Objective Purport of the International Legal Order", *Leiden Journal of International Law* 24, 2 (2011): 277.

سیستم‌های حکمرانی فرادولتی یا بسط سیستم‌های موجود وارد کرده است. در زمره شاخص‌ترین سیستم‌های حکمرانی فرادولتی می‌توان به اتحادیه اروپا در سطح منطقه‌ای و سازمان تجارت جهانی در سطح بین‌المللی اشاره کرد. چنین سیستم‌هایی بر طیف متنوعی از موضوعات مانند حمایت از حقوق بشر، ارتقای تجارت یا حفاظت از محیط‌زیست تمرکز کرده است و از ساختارهای تصمیم‌سازی و نهادهای تنظیمی ناظر تا دستگاه‌های پیچیده قانونگذاری و داوری را در بر می‌گیرد.^{۸۷} این سیستم‌های حکمرانی فرادولتی که شاید بتوان نام مناسب ساختارهای شبه‌قانون اساسی را برای آن‌ها به کاربرد، از سه خصیصه اصلی برخوردارند: ۱. مجری طیف وسیعی از اختیارات قانونی بوده و کاملاً به فرآیند قانونگذاری مقید هستند. ۲. تصمیمات حقوقی را اتخاذ می‌کنند که به شکل مستقیم بر دولت‌ها و اشخاص و نهادهای فعال در بخش خصوصی تأثیر دارند. ۳. روابط پیچیده‌ای با دولت‌ها دارند که برداشت سنتی از حقوق بین‌الملل به‌عنوان نظام الزام‌آور مبتنی بر رضایت دولت را به چالش می‌کشد.

البته نباید از این مهم غفلت نمود که پیدایش این سیستم‌های حکمرانی فرادولتی مبتنی بر رضایت دولت‌ها بر مبنای ابزارهای سنتی حقوق بین‌الملل مانند معاهدات است. با این حال به‌محض شکل‌گیری، این سیستم‌ها حیات مستقل خود را آغاز کرده و تا حد چشمگیری خارج از حیطه کنترل دولت فعالیت دارند. با توجه به چنین تحولاتی است که صاحب‌نظران معتقدند حقوق بین‌الملل، حوزه تحت شمول خود را گسترانیده و پیوند خود را با رضایت دولت سست نموده و سازوکارهای اجرای خود را تقویت کرده است.^{۸۸}

همچنین بر اساس رویکرد قانون اساسی‌گرایی، سازمان‌های بین‌المللی نسبتاً از دولت‌های عضو خود مستقل خواهند شد و سند تأسیس سازمان نیز همانند قانون اساسی است که الگویی از یک نظم حقوقی مستقل را برای سازمان ایجاد می‌کند. به گفته آن‌ها هرچند سازمان‌های بین‌المللی از طریق معاهدات یا سایر اسناد بین‌المللی تحت قلمرو حقوق بین‌الملل ایجاد شده‌اند، اما حقوق داخلی سازمان، به‌محض به وجود آمدن، دیگر بخشی از حقوق بین‌الملل نیست و حقوق داخلی سازمان تلقی می‌شود.^{۸۹}

بدین ترتیب بر اساس رویکرد قانون اساسی‌گرا، فرض اصولی این است که به‌محض انعقاد معاهده قانون‌ساز، نظم حقوقی که ایجاد کرده است، حیات مستقل خود را پیش می‌گیرد، چنانچه استنباط دادگاه بین‌المللی حقوق بشر نیز چنین است: «می‌توان فرض کرد که دولت‌ها با

87. Federico Fabbrini, "The Constitutionalization of International Law: A Comparative Federal Perspective," *European Journal of Legal Studies* 6, 2 (2013/14): 9.

۸۸. عباسی، همان، ۱۱۵.

۸۹. مهدی حدادی و رضا اسمخانی، «ماهیت حقوقی قواعد سازمان‌های بین‌المللی: داخلی یا بین‌المللی»، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، ۵۰، ۴ (۱۳۹۹): ۱۶۲۸.

انعقاد این معاهدات حقوق بشری، خود را تابع نظم حقوقی می‌کنند که در چارچوب آن به جهت نفع عمومی تعهدات مختلفی را نه در برابر دولت‌های دیگر بلکه در برابر تمام افرادی که تحت صلاحیت‌شان قرار دارند بر عهده می‌گیرند؛^{۹۰} لذا توافق اولیه در پس‌زمینه محو شده و رژیم معاهده، مستقل و خودگردان باقی می‌ماند. همچنین این دیدگاه اجازه می‌دهد تا معاهدات قانون ساز به شیوه‌ای «تکاملی» تفسیر شوند زیرا معنای قواعد در ارتباط با سایر هنجارهای حقوقی یا با واقعیت اجتماعی تغییر می‌کند.

البته جدا شدن معاهده اصلی از رژیم حاصله، ایده جدیدی نیست، مفهوم «رژیم عینی» ظاهراً از دسته قدیمی «معاهدات وضعیت» مانند معاهدات مرزی توسعه یافته است. اندیشمندان حقوقی در این باره توافق دارند که رژیم مبتنی بر معاهده به محض ایجاد در واقع، خارج از محدوده حقوق معاهدات قرار می‌گیرد؛^{۹۱} یا به قول پل رویتر: «دیدگاه‌های مختلف در این مورد توسط کمیسیون حقوق بین‌الملل دنبال شد ... اینکه برخی آثار حقوقی را نه به‌عنوان نتیجه خود معاهده، بلکه به‌عنوان پیامد وضعیتی که آن معاهده ایجاد کرده است در نظر گرفتند».^{۹۲} بنابراین رویکرد قانون اساسی گرا این امکان را فراهم می‌کند تا سازکار معاهده از محتوا معاهده جدا شود.

نتیجه

این مقاله به بررسی این مسئله پرداخته است که آیا قواعد مندرج در معاهدات قانون ساز که در جهت منافع جامعه بین‌المللی منعقد می‌شوند، همه دولت‌ها را در نظام حقوق بین‌الملل ملزم می‌کنند؟ البته چنانچه مفاد معاهده قانون ساز، تبدیل به قواعد عرفی شود یا معاهده، عرف موجود را تدوین کرده باشد، قواعد مندرج در معاهده برای دولت‌های غیرعضو نیز الزام‌آور است. اما گاهی در اثر ضرورت‌های جامعه بین‌المللی، کنوانسیون‌های قانون‌سازی منعقد می‌شوند که مفاد آن بیانگر توسعه تدریجی حقوق بین‌الملل است و حاوی قواعد عرفی نیستند. در این صورت چگونه می‌توان تمام اعضای جامعه بین‌المللی را به مفاد آن ملزم دانست؟

از منظر رویکردهای سنتی حقوق بین‌الملل از جمله اصل رضایی بودن التزام به معاهده و نیز شکل‌گرایی حقوقی، امکان التزام تمام اعضای جامعه بین‌المللی به مفاد معاهده بدون رضایت آن‌ها وجود ندارد؛ لذا این امکان از منظر رویکردهای نوین در حقوق بین‌الملل بررسی شد. رویکرد مورد نظر، رویکرد قانون اساسی گرایی در نظام حقوق بین‌الملل است.

90. *The Effect of Reservations on the Entry into Force of the American Convention on Human Rights* (Articles 74 and 75), *Inter-American Court of Human Rights*, Advisory Opinion OC-2/82, September 24, 1982, para. 29.

91. Brölmann, *Law-Making Treaties: Form and Function in International Law*, 403.

92. Paul Reuter, *Introduction to the Law of Treaties* (London: Routledge, 1995), 128.

قانون اساسی‌گرایی نوعی رویکرد به حکمرانی است که بر اهمیت قواعد و محدودیت‌های روشن برای قدرت صاحبان قدرت سیاسی تأکید می‌کند. به عبارت دیگر، قانون اساسی‌گرایی گام مهمی در جهت ایجاد حکومت دموکراتیک و پاسخگو است زیرا چارچوبی را برای حمایت از حقوق فردی و ایجاد محدودیت در قدرت دولتی فراهم می‌کند. اصول قانون اساسی‌گرایی در حیطه داخلی عبارت‌اند از تفکیک قوا، حاکمیت قانون، حمایت از حقوق بشر، دموکراسی و همبستگی. بر همین اساس، قانون اساسی‌گرایی بین‌المللی در جستجوی شناخت یا بازیابی هنجارها و نهادهای حکمرانی جهانی است که از اصول قانون اساسی‌گرایی تبعیت می‌کنند.

در این پژوهش، تأکید بر آن رویکردی از قانون اساسی‌گرایی در حقوق بین‌الملل قرار گرفت که مستقل‌سازی حقوق بین‌الملل از اراده حاکمیتی دولت‌ها (نسبی‌سازی حاکمیت) را دنبال می‌کند. در این رویکرد، ماهیت نظام حقوق بین‌الملل از حقوق بین‌الدولی به نظام حقوقی جامعه بین‌المللی و متعهد به منفعت بشریت تغییر خواهد نمود. این رویکرد به دنبال به رسمیت‌شناختن یک جامعه حقوقی بین‌المللی است که توانایی هدایت و محدودکردن قدرت سیاسی دولت‌ها را دارد. در این رویکرد، پارادایم سنتی و افقی ناشی از برابری حاکمیت دولت‌ها به پارادایم عمومی و مبتنی بر قانون اساسی تغییر می‌نماید. به‌طورکلی فرآیند قانون اساسی‌گرایی در سطح بین‌المللی متضمن آن است که مبنای رضایی حقوق بین‌الملل، جای خود را به مبنای اجباری و مبتنی بر قانون اساسی دهد که در آن صورت تعهدات بین‌المللی مدافع ارزش‌ها و منافع مشترک به‌صورت اجباری به دولت‌ها تحمیل می‌شود. بر اساس این رویکرد، فرض اصولی این است که به‌محض انعقاد معاهده قانون‌ساز، نظم حقوقی که ایجاد کرده است، حیات مستقل خود را پیش می‌گیرد، یعنی توافق اولیه در پس‌زمینه محو شده و یک رژیم معاهده مستقل و خودگردان باقی می‌ماند.

منابع:

الف. فارسی

– کتاب

۱. الهویی نظری، حمید، *حقوق بین الملل عمومی*. تهران: نشر دادگستر، ۱۳۹۲.
۲. ایوانز، گراهام و جفری نونام، *فرهنگ روابط بین الملل*، ترجمه: حمیرا مشیرزاده و حسین شریفی طرازکوهی. تهران: نشر میزان، ۱۳۸۱.
۳. حدادی، مهدي، *تحول در اجرای مسئولیت بین المللی دولت ها*. تهران: نشر دادگستر، ۱۳۹۰.
۴. شاکریان، شاهرخ، *شناخت حقوق نرم در نظام حقوق بین الملل*. تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۲.
۵. شریفی طرازکوهی، حسین، *قواعد آمره و نظم حقوقی بین المللی*. تهران: انتشارات وزارت امور خارجه، ۱۳۷۵.
۶. فرزانه، یوسف، *انسانی شدن حقوق بین الملل با تأکید بر نظریه مسئولیت حمایت*. تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۴.
۷. فلسفی، هدایت الله، *سیر عقل در منظومه حقوق بین الملل*، تهران، نشر نو، ۱۳۹۶.
۸. _____، *حقوق بین الملل معاهدات*، تهران: انتشارات فرهنگ نشر نو، ۱۳۷۹.
۹. قاضی، ابوالفضل، *حقوق اساسی و نهادهای سیاسی*، جلد اول. تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۸.
۱۰. کاسسه، آتونویو، *حقوق بین الملل در جهانی نامتحد*، ترجمه: مرتضی کلانتری. تهران: انتشارات دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۷۰.

– مقاله

۱. باقرزاده، رضوان و امیرحسین رنجبریان، «شناخت قانون سازی بین المللی در پرتو ملاحظه کلی قانون سازی در علم حقوق»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۷۴ (۱۳۹۵).
۲. بیگزاده، ابراهیم، «بدیع بودن معاهده منع گسترش سلاح های هسته ای در قلمرو حقوق بین الملل»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۱۶-۱۷ (۱۳۷۴).
۳. بیگزاده، ابراهیم و عباس باقرپور اردکانی، «بازخوانی اصل تبادل در حقوق بین الملل بشردوستانه»، *مجله تحقیقات حقوقی*، ویژه نامه شماره ۷ (۱۳۹۰).
۴. حاجی زاده، محمود، هیبت اله نژدی منش و محمدحسین زارعی، «جایگاه حاکمیت قانون در

- حقوق بین‌الملل»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی ۱۸، شماره ۵۴ (۱۳۹۶).
۵. حدادی، مهدی و رضا اسمخانی، «ماهیت حقوقی قواعد سازمان‌های بین‌المللی: داخلی یا بین‌المللی»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی ۵۰، شماره ۴ (۱۳۹۹).
۶. راسخ، محمد، «ویژگی‌های ذاتی و عرضی قانون»، نشریه مجلس و راهبرد، ۱۳، شماره ۵۱ (۱۳۸۵).
۷. ساعد، نادر، «تأملی بر اصل رضایی بودن پذیرش معاهدات در آیین تحوالات بین‌المللی خلع سلاح و کنترل تسلیحات»، مجله حقوقی، شماره ۳۲ (۱۳۸۴).
۸. کدخدایی، عباسعلی و امیر مقامی، «پیامدهای خوانش دستورگرایانه از حقوق بین‌الملل»، مجله حقوقی بین‌المللی ۳۵، شماره ۵۹ (۱۳۹۷).
۹. کدخدایی، عباسعلی و امیر مقامی، «ساختار آنالوگ حقوق بین‌الملل»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی ۴۶، شماره ۳ (۱۳۹۵).
۱۰. موسوی، سیدفضل‌الله و حسین خلفرضایی، «مشروطه‌گرایی در جامعه بین‌المللی»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی ۲۱، شماره ۵۲ (۱۳۹۹).
۱۱. میرمحمدی، سیدمصطفی و لادن حریریان، «تأملی بر رهیافت فرمالیستی و انتقادی از قواعد حقوق بین‌الملل»، مجله حقوقی بین‌المللی ۳۹، شماره ۶۶ (۱۴۰۱).

- پایان‌نامه

۱. حسینی اکبرنژاد، هاله. عدم تقابل در نظام حقوق بین‌الملل بشر، رساله دکتری، تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبایی، ۱۳۹۳.
۲. رستمی، حمید. جایگاه هنجارگذاری غیررسمی در حقوق بین‌الملل و تأثیر آن بر روندهای هنجارسازی کلاسیک حقوق بین‌الملل. پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل، تهران: دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، ۹۹-۱۳۹۸.
۳. عباسی، اصلی. شیوه‌های جدید هنجارگذاری در حقوق بین‌الملل. رساله دکتری حقوق بین‌الملل، تهران: دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۸.

ب. انگلیسی

- Books

- Boyle, Alan and Christine Chinkin. *The Making of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Garner, Bryan A. *A Dictionary of Modern Legal Usage*. New York: Oxford University Press, 1995.

3. McNair, Lord. *The Law of Treaties*. England: Oxford University Press, 1961.
4. Reuter, Paul. *Introduction to the Law of Treaties*. London: Routledge, 1995.
5. Simma, Bruno. "Reciprocity." in *Encyclopedia of Public International Law* 7, edited by Rudolf Bernhardt, 400-404. The Netherlands: Elsevier Science Publishers B.V, 1984.
6. Sloss, David. *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement*, New York: Cambridge University Press, 2009.

- Articles

1. Breau, Susan C. "The Constitutionalization of the International Legal Order." *Leiden Journal of International Law* 21, Issue 2 (2008).
2. Brölmann, Catherine. "Law-Making Treaties: Form and Function in International Law." *Nordic Journal of International Law* 74 (2005).
3. D'Amato, Anthony. "Treaties as a Source of General Rules of International Law." *Harvard International Law Journal* 3 (1962).
4. De Wet, Erika. "The International Constitutional Order." *International and Comparative Law Quarterly* 55, no. 1 (2006).
5. Fabbrini, Federico. "The Constitutionalization of International Law: A Comparative Federal Perspective." *European Journal of Legal Studies* 6, Issue 2 (2013/14).
6. Kleinlein, Thomas. "Constitutionalization in International Law." *Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht* 231 (2012).
7. Van Mulligen, JG. "Global Constitutionalism and the Objective Purport of the International Legal Order." *Leiden Journal of International Law* 24, Issue 2 (2011).

- Thesis

1. Rafferty, John. "Constitutionalism in International Law: The Limits of Jus Cogens." LLM Thesis. University of Pretoria, 2012.

- Cases

1. *Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objections, Judgment, *I.C.J. Reports* 2021.
2. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, *ICJ Reports* 2022.
3. *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, *ICJ Reports* 2006.
4. *Barcelona Traction Case (Belgium v. Spain)* (merits), *ICJ Reports* 1970.
5. *Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania)*, *ICJ Reports* 1949.
6. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied*

- Palestinian Territory Case* (Advisory Opinion), *ICJ Reports* 2004.
7. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons Case* (Advisory Opinion), *ICJ Reports* 1996.
 8. *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, *ICJ Reports* 2012.
 9. *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, International Court of Justice* (Advisory Opinion), *ICJ Reports* 1949.
 10. *Southwest Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, *ICJ Reports* 1966.
 11. *The Effect of Reservations on the Entry into Force of the American Convention on Human Rights* (Articles 74 and 75), *Inter-American Court of Human Rights*, Advisory Opinion OC-2/82, September 24, 1982.
 12. *The Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Advisory Opinion), *ICJ Reports*, 1951.

- Documents

1. Dissenting Opinion of Judge Alvarez to the *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Advisory Opinion), *ICJ Reports* 1951.
2. Draft Conclusions on Identification and Legal Consequences of Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens), *Yearbook of the International Law Commission*, 2022, Vol. II, Part Two.
3. Fitzmaurice, Sir Gerald, *Report on the Law of Treaties*, UN Doc. A/CN.4/107, YILC 1957, Vol. II.
4. Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, *Yearbook of International Law Commission*, 2006, Vol II, Part Two.
5. Report on the Work of the Sixty-Ninth Session (2017), *ILC Report*, A/72/10, 2017, Chap. VIII.

ج. ألمانى

1. Triepel, Heinrich. *Völkerrecht und Landesrecht*. Leipzig: C.L. Hirschfeld, 1899, Reprint by Scientia Antiquariat Aalen.