

شناخت «قانون‌سازی بین‌المللی» در پرتو ملاحظه کلی قانون‌سازی در علم حقوق

رضوان باقرزاده*
امیرحسین رنجبریان**

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۰۵/۱۵

تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۱۰/۲۵

چکیده

ساختارهای اساسی متفاوت در جوامع، نظام‌های حقوقی و در نتیجه اشکال قانون‌سازی متفاوتی را به همراه می‌آورند. در همین راستا، با وجود برخی مبانی مشترک میان حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل در زمینه‌ی خلق قانون، عوامل متنوعی نظیر ویژگی تابعان حقوقی و ماهیت روابط آنان و نیز ساختار نامتمرکز و ناهمگن حقوق بین‌الملل سبب گردیده تا قانون‌سازی در حقوق بین‌الملل دارای مختصات و پیچیدگی متفاوتی نسبت به حقوق داخلی باشد. در حالی که اغلب در سیستم‌های حقوقی داخلی، قانون‌سازی در کنار سایر منابع حقوقی عمدتاً ناظر است به قانون‌گذاری، در حقوق بین‌الملل اغلب مفهوم قانون‌سازی کارکرد خلقی قانون را به دوش می‌کشد. مفهوم عام قانون‌سازی در این نظام به هرگونه اقدام اعضای جامعه‌ی بین‌المللی در جهت خلق حقوق اطلاق می‌شود. همچنین امروزه تحولات و چالش‌های فرایند قانون‌سازی بین‌المللی شایسته‌ی توجه است. به علاوه، ملاحظه‌ی منابع آن از زاویه‌ی خلق قواعد حقوقی به درک و شناخت بهتری از این مفهوم در پهنه‌ی حقوق بین‌الملل می‌انجامد.

کلید واژگان

قانون‌گذاری بین‌المللی، قانون‌سازی بین‌المللی، قانون‌گذاری داخلی، منابع حقوق بین‌الملل.

* دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل دانشگاه تهران

bagherzadeh.rezvan@yahoo.com

** دانشیار حقوق بین‌الملل عمومی دانشگاه تهران (نویسنده مسئول)

aranjbar@ut.ac.ir

مقدمه

اساساً در هر اجتماعی شیوه‌های قانون‌سازی نشان دهنده‌ی ساختارهای اساسی یک جامعه است و از آنجا که حقوق داخلی حقوق تبعیت و حقوق بین‌الملل حقوق همکاری است، به نظر می‌آید هر یک از این دو نظام دارای ساختاری متفاوت و در نتیجه فنون و روشی متفاوت می‌باشند. در حالی که حقوق داخلی در این زمینه دارای فنون و روش‌های منظم است، حقوق بین‌الملل در این زمینه متفاوت است و حتی گاه مسائل غیرحقوقی و اوضاع و احوال تاریخی به فرایند وضع مقررات بین‌المللی راه می‌یابند و گاه عوامل سیاسی نظیر دکترین حاکمیت ملی و نظریه منافع حیاتی حقوق بین‌الملل را از مسیر واقعی خود منحرف می‌سازند.^۱

اصطلاح قانون‌گذاری بین‌المللی^۲ در ادبیات حقوقی گستره‌ی معنایی وسیعی دارد. تعریف کلاسیک هادسن از این عبارت ناظر است به تلاش‌های عامدانه و آگاهانه برای افزودن و یا ایجاد تغییر در «حقوق ملل». با این توضیح که هادسن با اتخاذ دیدگاهی موسع قانون‌گذاری بین‌المللی را اعم از روند و محصول نهایی این تلاش‌ها می‌داند.^۳ در همین راستا، صاحب‌نظران بسیاری با حفظ ایده‌ی توسعه‌ی آگاهانه‌ی حقوق بین‌الملل، بحث تدوین حقوق بین‌الملل از رهگذر معاهدات قانون‌ساز را پیش کشیده‌اند و آن را نزدیک‌ترین مفهوم به قانون‌گذاری بین‌المللی دانسته‌اند. اما در دیدگاه نوین حقوق بین‌الملل در دهه‌های اخیر، اغلب صاحب‌نظران اصطلاح مورد بحث را به سایر منابع حقوق بین‌الملل - حتی استانداردهای غیرالزام آور حقوق نرم و نیز قواعد مصوب سازمان‌های بین‌المللی - تسری بخشیده‌اند و اساساً آن را وضع هنجارهای الزام‌آور بر دولت‌ها توسط نهادهای بین‌المللی می‌دانند.^۴ بنابراین می‌توان گفت اساساً مفهوم عام قانون‌سازی در حقوق بین‌الملل به هرگونه اقدام اعضای جامعه‌ی بین‌المللی در جهت خلق حقوق اطلاق می‌شود و در همین راستا از نظر کارکردی ارتباط نزدیکی میان منابع حقوق بین‌الملل و روش‌های متداول قانون‌سازی بین‌المللی^۵ وجود دارد.^۱ بنابراین ضمن توجه به تفاوت قانون‌گذاری

۱. فلسفی، هدایت الله؛ حقوق بین‌الملل معاهدات، چ دوم، تهران: فرهنگ نشر نو، ۱۳۸۳، صص ۲۴-۲۳.

2. International Legislation

3. Hudson, in: Brunnee, Jutta, International Legislation, MPEPIL, 2010, p. 1.

4. Ibid., pp. 1-2.

5. International Law-making

و قانون‌سازی بین‌المللی می‌توان گفت امروزه مفهوم قانون‌سازی است که در حقوق بین‌الملل کارکرد خلق قانون و قاعده را به دوش می‌کشد که اغلب صاحب‌نظران نیز بر آن اتفاق نظر دارند.^۲ اما از آنجا که برخلاف ادبیات روز حقوق بین‌الملل در سراسر دنیا، در ادبیات حقوقی به زبان فارسی تلاش چندانی برای تبیین این مفاهیم صورت نگرفته است، نوشتار حاضر در صدد است تا حدودی به این فقدان پاسخ گفته و در حد توان به شناخت مفاهیم بنیادین قانون‌گذاری و قانون‌سازی بین‌المللی یاری رساند. البته بدیهی است با توجه به گستردگی این موضوع و به خصوص چالش‌های متعدد نظری وارد بر آن، در این مجال نمی‌توان به همه‌ی جوانب موضوع پرداخت. بنابراین در اینجا به طور خاص تلاش می‌شود از اصل موضوع با نگاهی تحلیلی ابهام‌زدایی شده و به فراخور بحث به موضوعات مرتبط اشاره‌ای هرچند گذرا صورت گرفته و تفصیل آنها به مجالی دیگر سپرده شود.

روشن است که فهم قانون‌سازی بین‌المللی در گرو آگاهی یافتن نسبت به قانون‌سازی در علم حقوق- ناگزیر با محوریت حقوق داخلی- است. بنابراین در نوشتار حاضر پس از شناخت این مفهوم در علم حقوق، با ورود به دنیای پر پیچ و خم حقوق بین‌الملل، به تبیین مفهوم قانون‌سازی بین‌المللی، نگاه مکاتب مختلف بدان، ابزارها و نیز چالش‌ها و تحولات آن در حقوق بین‌الملل معاصر خواهیم پرداخت.

۱. قانون‌سازی در علم حقوق

هر نظام حقوقی دارای ارکان و نهادهای مختلفی است که بار بخشی از مجموعه‌ی آن نظام را به دوش می‌کشد. بر اساس معروف‌ترین طبقه‌بندی موجود یعنی نظریه تفکیک قوا به هر یک از ارکان تقنین یا قانونگذاری، قضایی و اجرایی وظیفه‌ی مربوطه محول می‌گردد. در این میان، خلق قاعده و قانون‌سازی^۳ نقطه‌ی آغازین در یک نظام حقوقی است که اساساً باید واجد دو ویژگی بنیادین باشد: (۱) از سوی نهادهای ذی‌صلاح صورت پذیرفته باشد؛ (۲) هدف از آن، دفاع

۱. سادات میدانی، سید حسین؛ **صلاحیت قانونگذاری شورای امنیت**، تهران: دفتر مطالعات سیاسی و بین-

المللی، ۱۳۸۴، ص ۳۳.

2. Brunnee, *op. cit.*, pp. 1-2.

3. Law-making; Law-creation; Production of Law, etc.

از ارزش‌های مورد پذیرش و مطلوب آن جامعه باشد.^۱

۱.۱. مفهوم قانون‌سازی در علم حقوق

به بیان گارنر، ویراستار شهیر کلیه‌ی نسخ دیکشنری بلک، در سیستم‌های حقوقی داخلی مراد از قانون‌سازی اغلب قانونگذاری در معنای خلق حقوق موضوعه به شکل مکتوب است که مطابق با آیین دادرسی‌های مرتبط از سوی بخش حکومتی مختص این فعالیت صورت پذیرفته باشد.^۲ هدف از قانون‌سازی هم ایجاد یک سیستم عملی به منظور حل و فصل اختلافات احتمالی (مکتب اصالت فرد) و هم دفاع از ارزش‌های یک جامعه اعم از امنیت، آزادی و غیر آن (مکتب اصالت اجتماع) می‌باشد^۳ و بدیهی است که در این پروسه‌ی خلق قانون، گزینش هنجارهای رفتاری (قواعد اولیه) و روش‌های تضمین پذیرش عمومی این هنجارها (قواعد ثانویه) حائز اهمیت بسیار است.^۴

همچنین شایان توجه است که قانون‌سازی به عنوان یک عمل حقوقی، واجد ویژگی‌هایی است که آن را از قرارداد متفاوت می‌سازد: (۱) ماهیت یکجانبه‌ی وضع قانون؛ (۲) آثار حقوقی قانون‌سازی برای مخاطبان آن؛ (۳) عام‌الشمول و در نتیجه تکرارپذیر بودن قانون‌سازی.^۵ از همین رو خصوصیات و وضعیت‌های فردی در ایجاد نظام حقوقی دخالت نداشته و محوریت با روابط و فنون و روش‌های نوعی و نه موردی حقوقی است.^۶ بنابراین در تحلیل نهایی می‌توان به طور خلاصه، مفهوم ایجاد قانون را مساوی با ایجاد حق و تکلیف مستقیم برای همه‌ی اعضای جامعه

۱. سادات میدانی، سید حسین؛ **صلاحیت قانونگذاری شورای امنیت**، تهران: دفتر مطالعات سیاسی و بین-المللی، ۱۳۸۴، ص ۲۶.

2. Garner, Bryan A., A Dictionary of Modern Legal Usage, 2nd ed., West Publishing Co., 1993, p. 520.

۳. کاتوزیان، ناصر؛ **فلسفه حقوق**، چ هفتم، تهران: شرکت سهامی انتشار، جلد اول، ۱۳۹۳، صص ۴۷۸-۴۴۳.

4. Higgins, Rosalyn, Problems and Process: International Law and How We Use It, Oxford University Press, 1993, p. 1;

نک. هارت، هربرت؛ **مفهوم قانون**، ترجمه محمد راسخ، چاپ چهارم، تهران: نشر نی، ۱۳۹۳، صص ۱۶۷-۱۳۹.

5. Yemin, Edward, Legislative Powers in the United Nations and Specialized Agencies, A. W. Sijthoff- Leyden, 1969, pp. 3-5;

به نقل از: سادات میدانی، همان، ص ۲۳.

۶. فلسفی، هدایت‌الله؛ **حقوق بین‌الملل معاهدات**، چ دوم، تهران: فرهنگ نشر نو، ۱۳۸۳، ص ۱۳.

که واجد شرایط یکسان هستند دانست.^۱

البته نباید از نظر دور داشت که یکی از ویژگی‌های نظام‌های حقوقی کارآمد، توانایی آنها در انعکاس نیازها و خواسته‌های متغیر جوامع ذی‌ربطشان است. بدین ترتیب «... نظام‌های حقوقی موفق متضمن فعالیت قانون‌سازانه‌ی مستمر می‌باشند... [در واقع] قانون‌سازی یک پاسخ حقوقی-سیاسی طبیعی از سوی یک نظام حقوقی در حال توسعه است به نیازها و مشکلات جدید جامعه».^۲

۱.۲. منابع سازنده حقوق: سیری در مبنا و منبع حقوق

بدون تردید فهم صحیح از منابع حقوق، نقشی مهم و مرکزی در شناخت حقوق و ساختن حقوق بازی می‌کند؛ چه، تنها یک مفهوم حقوق که مبتنی بر دکترین منابع حقوقی است، قادر است تمایز میان قواعد حقوقی و سایر قواعد به ویژه هنجارهای اخلاقی و سیاسی را تبیین می‌نماید.^۳ اصطلاح «منبع حقوق»^۴ ناظر به مفاهیم مختلفی است و در عین حال که ممکن است معطوف به مبانی یک قاعده‌ی حقوقی اعم از اجتماعی، اخلاقی، تاریخی و نظایر آن باشد، می‌تواند مستقیماً به خود قواعد حقوقی نیز اشاره داشته باشد.^۵ اما نگاهی دقیق‌تر به آن در چارچوب بحث حاضر دلالت بر تمایز میان خود حقوق و منابع حقوق دارد؛ چه، در حالی که اصطلاح «حقوق» اغلب به عنوان یک «سیستم قواعد حقوقی» تعریف می‌شود،^۶ «منابع حقوق» به تعبیر برانلی روش‌ها و روندهای حقوقی برای ایجاد قواعد کلی است که بر مخاطبان خود به لحاظ حقوقی الزام‌آور است.^۷ بنابراین به نظر می‌رسد برای فهم دقیق مفهوم قانون‌سازی ناگزیر از درک مفهوم و انواع منابع حقوق هستیم.

سیری در اندیشه‌های فلسفی و علمی حقوقی نشان می‌دهد که تا چه اندازه برای تعیین مبانی و

1. Danilenko, G. M., Law-making in the International Community, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 5.

2. *Ibid.*, p.1.

3. *Ibid.*, p.23.

4. Source of Law

5. Abi-Saab, in: Wolfrum, Rüdiger, *Sources of International Law*, MPEPIL, 2011, p. 1.

6. Swart, Mia, *Judicial Lawmaking at the ad hoc Tribunals: The Creative Use of the Sources of International Law and 'Adventurous Interpretation'*, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2010, ZaöRV 70, p. 462.

7. Brownlie, in: *Ibid.*

منابع واقعی حقوق تلاش شده است.^۱ در سطح حقوق داخلی- مسامحتاً به عنوان حقوق معیار- مبنای مستقیم حقوق، اراده‌ی سازمان صالح دولت است و تصمیم قوه‌ی مقننه مهم‌ترین منبع حقوق است. در عین حال گاه دخالت سازمان قضایی برای ارائه راه‌حل‌های تازه و تفاسیر مقتضی همگام با روح و مفاد قوانین ضروری است و حتی گاه رویه‌ی قضایی مبدل به یکی از ارکان قانون‌گذاری می‌گردد. علاوه بر این، تحولات اقتصادی و تغییر عادات و رسوم گاه سبب می‌شود ایجاد حقوق، خواسته یا ناخواسته، از آن عقب بماند و اعضای جامعه به ویژه ذی‌نفعان احتمالی قواعد حقوقی قابل اعمال، خود در طی زمان به خلق حقوق از کانال عرف و عادات روی آورند و بدین‌سان یکی دیگر از منابع حقوق را البته با تأیید و اراده‌ی دولت به یاری طلبند.^۲ مناسبات نظام‌های حقوقی با یکدیگر و به ویژه با حقوق بین‌الملل سبب ورود منابع حقوق بین‌الملل به ویژه معاهدات در آنها نیز می‌گردد که البته حد آن در سیستم‌های حقوقی متفاوت، متنوع است.^۳ در این میان، طبقه‌ی حاکم نیز ناگزیر برای حفظ نظم و تأمین منافع خود و جامعه باید قواعدی را محترم شمرده و بدین ترتیب، در خلق قانون آزادانه و خودسرانه عمل نمی‌کند.

در خصوص عناصر واقعی سازنده‌ی حقوق می‌توان گفت ترکیب و تحلیل نیروهای مختلف اعم از عادات و رسوم اجتماعی، جبر جغرافیایی، اقتصادی و مذهبی، ملاحظات اخلاقی، سیاسی و غیر آن، همه و همه شرایطی را به وجود می‌آورد که قانون‌ساز در ایجاد قواعد حقوق از آن الهام می‌گیرد. بدون تردید نباید این بخش مهم منابع ماهوی حقوق را نادیده گرفت و پوسته‌ی ظاهری را واقع انگاشته و مغز را به دور افکند. در واقع، منابع واقعی حقوق اعم از منابع شکلی و منابع ماهوی است:^۴ «... اگر قواعد حقوقی را به آب روانی که از چشمه‌ساری می‌تراود مانند کنیم، کاوش نخستین به سفره‌های آبدۀ پنهانی و نیروها و منابع مؤثر در آن می‌پردازد و پژوهش دوم محدود به

۱. کاتوزیان، ناصر؛ **فلسفه حقوق**، چ هفتم، تهران: شرکت سهامی انتشار، جلد اول، ۱۳۹۳، صص ۴۱۹-۳۹.

۲. کاتوزیان، ناصر؛ **فلسفه حقوق**، چ هفتم، تهران: شرکت سهامی انتشار، جلد اول، ۱۳۹۳، ص ۴۲۱.

۳. نک. ضیائی بیگدلی، محمد رضا؛ **حقوق بین‌الملل عمومی**، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۴، صص ۹۲-۷۳. Shelton, Dinah L., *International Law and Domestic Legal Systems: Incorporation, Transformation, and Persuasion (Introduction)*, Oxford University Press, 2011, pp. 1-22.

۴. کاتوزیان، کاتوزیان، ناصر؛ **فلسفه حقوق**، چ هفتم، تهران: شرکت سهامی انتشار، جلد اول، ۱۳۹۳، ج ۱، صص ۴۳۱-۴۱۹.

مطالعه و شناسایی همان چشمه‌سار ظاهری است و به عوامل واقعی بروز آب توجه ندارد»^۱. روشن نیست که دقیقاً تا چه اندازه مفهوم قانون‌سازی می‌تواند فرایندهای گسترده‌ی اقتصادی، اجتماعی و سیاسی را پوشش دهد. برخی صاحب‌نظران از مفهوم گسترده‌ی شکل‌دهی قانون دفاع نموده و آن را اعم از هنجارهای رفتاری و عوامل مبنایی و غیر حقوقی شکل‌دهی مستقیم و غیر مستقیم حقوق می‌دانند.^۲ اما به نظر می‌رسد چنین دیدگاه موسعی بیش از آن که حقوقی باشد، فلسفی است. به جهت تنوع منابع ماهوی از یک‌سو و پرهیز از دشواری‌های نظری و عملی تحلیل جنبه‌های مختلف ساخت قانون از سوی دیگر، می‌توان گفت مراد از منبع، صورت‌های ایجاد و ظهور قواعد است و نه عواملی که در جوهر و ماهیت قواعد حقوق نقش ماهوی داشته‌اند؛ چرا که در چارچوب قانون‌سازی در واقع سخن از مکانیسم‌های هنجاری و ابزارهایی است که مقام دارای حق وضع و تحمیل قواعد، برای بیان قواعد و ایجاد حق و تکلیف حقوقی به کار می‌برد.^۳

در تحلیل نهایی قانون‌سازی را می‌توان ایجاد هنجار رفتاری توسط منابع شکلی حقوق با هدف اصالت دادن هم به فرد و هم به جامعه دانست و بدیهی است با توجه به «حقوق» بودن حقوق بین‌الملل، کلیت این سخن ناظر به حقوق بین‌الملل نیز هست، اما مصداق‌های اجرای آن متفاوت از حقوق داخلی است که در ادامه بدان بیشتر خواهیم پرداخت.

۱.۳. گونه‌شناسی قانون‌سازی در علم حقوق

در خصوص شمار و انواع منابع حقوق اغلب صاحب‌نظران قائل به نظام نامحدود منابع هستند و محدودیتی برای منابع شکلی حقوق به عنوان ابزارهای قانون‌سازی نمی‌شناسند. گوریچ، دوگمی و هوریو این منابع صوری حقوق را ابزارهای فنی نمایش پدیده‌های الزام‌آور دانسته و میان این ابزارها تمایزی نمی‌بینند.^۴ با وجود اهمیت نظری و عملی بسیار منابع حقوق، تلاش چندانی برای ارائه‌ی نظام‌مند آنها صورت نگرفته است. اما به نظر می‌رسد دسته‌بندی پاریزی و فون از

۱. همان، جلد دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم، ۱۳۹۳، ص ۳.

۲. کاتوزیان، ناصر؛ **فلسفه حقوق**، چ هفتم، تهران: شرکت سهامی انتشار، جلد دوم، ۱۳۹۳.

3. Danilenko, op. cit., p. 5.

۴. کاتوزیان، همان، ج ۲، ص ۱۱.

دیدگاه‌های جدید برای ارائه‌ی روش‌های سازمانی قانون‌سازی، انسجام قابل توجهی را به منابع شکلی حقوق اعطا می‌نماید. این چهار روش قانون‌سازی عبارتند از: ۱) قانونگذاری داخلی؛ حقوق مدون داخلی؛^۱ ۲) دادگستری؛ حقوق ساخته‌ی دست قاضی؛ رویه‌ی قضایی؛^۲ ۳) عملکرد؛ حقوق عرفی؛^۳ ۴) توافق با سایر دولت‌ها؛ حقوق معاهده؛^۴ بدیهی است که جایگاه این منابع بسته به سیستم حقوقی مربوطه متفاوت است؛ کما اینکه رویه قضایی در سیستم‌های حقوقی نوشته و کاملاً جایگاه کاملاً متفاوتی دارد.^۵ البته در این میان قانون حاصل از وجه نخست آن یعنی قانونگذاری همواره از دیرباز مورد ستایش قرار گرفته است^۶ و امروزه نیز اهمیت منابع نوشته در میان منابع حقوق در اغلب کشورهای مدرن سیری فزاینده داشته است.^۷

با توجه به اینکه استقرای منابع شکلی به معنای محدود ساختن ابزارهای فنی بیان حقوق نمی‌باشد، علاوه بر چهار گروه فوق می‌توان به جایگاه دکتترین و اندیشه‌های حقوقی، اصول کلی حقوقی، انصاف، اعمال حقوقی، حقوق اسلامی به عنوان متمم قانون در حقوق ایران،^۸ مشتقات قانونگذاری نظیر اعلامیه‌های اجتماعی (مانند وعده‌ها و برنامه‌ها) و شناسایی وضع جدید (مانند امتیازی که کارفرمایان متعاقب اعتصاب کارگران به آنها می‌دهند) و به طور کلی حقوق صنفی نیز اشاره نمود^۹ که البته هر یک از آنها را می‌توان به نوعی ذیل یکی از چهار گروه فوق هم گنجانید.

۲. مختصات قانون‌سازی بین‌المللی

با وجود برخی مبانی مشترک میان حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل در زمینه‌ی خلق قانون، عوامل مختلفی نظیر ویژگی تابعان حقوقی و ماهیت روابط میان آنان، عرصه‌ی اعمال قواعد نظام

۱. نک. اصول ۵۸، ۵۹ و ۱۶۷ قانون اساسی ج. ا. ا.

۲. نک. مواد ۳ و ۴ قانون مدنی ج. ا. ا.

۳. نک. مواد ۴۸۶ و ۴۲۶ قانون مدنی ج. ا. ا.

۴. نک. ماده‌ی ۹ قانون مدنی ج. ا. ا. و اصل ۷۷ قانون اساسی ج. ا. ا.

5. Ibid, p. xiii.

۶. کاتوزیان، ناصر؛ **فلسفه حقوق**، چ هفتم، تهران: شرکت سهامی انتشار، جلد دوم، ۱۳۹۳، ص ۱۸.

7. Ibid., p. 3.

۸. نک. اصل ۱۶۷ قانون اساسی ج. ا. ا.

۹. همان، صص ۴۷۱-۳۸۱، ۶۹۲-۶۰۳.

حقوقی و مانند آن سبب گردیده تا قانون‌سازی در حقوق بین‌الملل دارای پیچیدگی و حساسیت‌های به مراتب بیشتری نسبت به حقوق داخلی باشد.^۱

۲.۱. مفهوم قانون‌سازی در حقوق بین‌الملل

پیش از هر چیز به نظر می‌رسد تفاوت قانون‌گذاری^۲ و قانون‌سازی بین‌المللی نیازمند بذل دقت ویژه است. با این توضیح که در «قانون‌گذاری»، قدرت عمودی و یک‌سویه‌ی تصمیم‌سازی توسط مرجعی صالح و دارای نمایندگی از سوی دولت‌ها مطرح است و شاید از همین رو است که اغلب صاحب‌نظران قانون‌گذاری را زمانی محقق می‌دانند که رضایت دست‌کم برخی دولت‌های مشارکت‌کننده در اتخاذ تصمیم مربوطه مفقود باشد و تصمیم اجماعاً حاصل نشده باشد. این در حالی است که «قانون‌سازی» بین‌المللی لزوماً واجد این ویژگی نیست. بنابراین می‌توان گفت قانون‌گذاری بین‌المللی مرزهای قانون‌سازی افقی و رضایت‌محور بین‌المللی را در می‌نوردد و بسیار به قانون‌گذاری داخلی سیستم‌های حقوقی نزدیک می‌گردد.^۳ از همین رو اختیاری که دولت‌ها به سازمان‌های بین‌المللی برای انجام وظایف و تحقق اهداف‌شان - نظیر تدوین مقررات اداری سازمان و ایجاد ارکان فرعی - اعطا می‌نمایند^۴ را می‌توان بارزترین شکل قانون‌گذاری بین‌المللی تلقی نمود.^۵ اما در چارچوب بحث حاضر، این نوع از قانون‌گذاری داخلی در سازمان‌ها و نهادهای داخلی مطمح نظر نیست.

به عقیده‌ی اغلب صاحب‌نظران، امروزه در حقوق بین‌الملل به اقتضای ساختار و طبیعت آن مفهوم قانون‌سازی بین‌المللی است که کارکرد خلق قانون و قاعده را بر عهده دارد.^۶ با این

۱. سادات میدانی، سید حسین؛ **صلاحیت قانون‌گذاری شورای امنیت**، تهران: دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی، ۱۳۸۴، صص ۲۶-۲۵.

۲. دادگاه بین‌المللی کیفری ویژه برای یوگسلاوی سابق در رأی تادیج از اصطلاح «قانون‌گذاری بین‌المللی» استفاده نموده است. برای ملاحظه برخی مصادیق دیگر تک.

Brunnée, *op. cit.*, p. 2.

3. Ibid.

4. Delegated Law-making

۵. بدیهی است که سازمان‌های بین‌المللی فقط در محدوده‌ی اهداف و اختیارات خود اعم از صریح و ضمنی قادر به اتخاذ تصمیمات و اقدامات مربوطه هستند. شایگان، فریده؛ **شورای امنیت سازمان ملل متحد و مفهوم صلح و امنیت بین‌المللی**، تهران: انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۰، ص ۲۰۰.

6. Brunnée, *op. cit.*, pp. 1-2.

توضیح که در قانون‌سازی بین‌المللی «واضع حقوق بین‌الملل قانون‌گذاری خارجی نیست [و] این حقوق را خود کشورها ایجاد می‌کنند و نسبت به خود آنان نیز اعمال می‌گردد».^۱ در واقع جامعه‌ی بین‌المللی به اقتضای برابری حاکمیت دولت‌ها به عنوان اصل اولیه‌ی راهنما در روابط دولت‌ها، مندرج در منشور، به فقدان تمرکز دچار است و بنابراین، «جلوه‌گاه وحدت واضع و تابع حقوق بین‌الملل» گردیده است. البته نمی‌توان این واقعیت را انکار نمود که معادلات کلاسیک جامعه‌ی بین‌المللی سخت بر هم خورده و جامعه‌ی بین‌المللی امروز محدود به جامعه‌ی دولت‌ها نیست.^۲ با وجود این، به تعبیر مشهور قاضی هیگینز «در این لحظه از تاریخ، کماکان دولت‌ها در قلب سیستم حقوقی بین‌المللی هستند».^۳

به علاوه، به سبب بافت حقوقی سست‌تر نظام بین‌المللی در مقایسه با نظام‌های داخلی و نیز به جهت محدود بودن اعضای جامعه‌ی بین‌المللی، وضعیت‌های فردی بر قواعد کلی غلبه دارند. از همین رو، از مدت‌ها قبل تا همین امروز، علی‌الاصول حقوق و تکالیف دولت‌ها در روابط با هم با تکیه بر معاهدات دوجانبه و بر مبنای منافع خاص و نیز نوع روابط طرفینی معین می‌شود و حقوق معاهدات بخشی از حقوق بین‌الملل است؛ در حالی که در حقوق داخلی، حقوق ناشی از قراردادهای خصوصی متمایز از حقوق دولتی است.^۴ همچنین گاه وضعیتی خاص به اعتبار عمل یکجانبه و ادعای صرف برخی دولت‌ها پدید می‌آید که با گذر زمان و حتی گاه بر اثر اغماض و یا مدارای اعضای جامعه‌ی بین‌المللی، مخصّص قواعد عام موجود شده و صورت قاعده‌ای حقوقی را به خود می‌گیرد.^۵ در همین راستا، می‌توان گفت منابع حقوق بین‌الملل برخلاف منابع حقوق داخلی، علاوه بر قواعد عام، متضمن آن وضعیت‌های خاصی نیز هست که حسب مورد فارغ از

۱. کاسسه، آنتونیو؛ **حقوق بین‌الملل در جهان نامتحد**، ترجمه دکتر مرتضی کلانتریان، تهران: دفتر خدمات

حقوقی بین‌المللی ج.ا.ا، ۱۳۷۰، صص ۲۰۴-۲۰۳.

۲. زر نشان، همان، صص ۲۲-۲۱.

3. Higgins, op. cit., p. 93.

۴. نک. ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی ج.ا.ا.

۵. شیوه تعیین محدوده‌ی دریای سرزمینی توسط دولت نروژ که پس از مدتی صورت قاعده‌ای حقوقی به خود گرفت مصداق آن است.

Fisheries Case, (UK v. Norway), ICJ Reports, 1951, p. 139.

قید و بند رعایت قواعد عام به وجود آمده‌اند.^۱ در همین راستا، توجه به این نکته نیز ضروری است که حقوق بین‌الملل به عنوان نظامی ناهمگن و در عین حال واقع‌گرا به چگونگی روابط قدرتهای موجود در صحنه بین‌المللی توجه بسیار دارد و از این منظر، حقوق بین‌الملل در مقیاسی وسیع بر اصل استقرار وضع حقوقی استوار است و بدین سان، اساساً در آن واقعیات و نه فروض حقوقی موجد آثار حقوقی هستند.^۲

به طور کلی، در نتیجه‌ی گریزناپذیر ساختار نامتمرکز و افقی جامعه‌ی بین‌المللی و به دنبال آن اهمیت بنیادین اصل رضایت دولت‌ها و رفتار متقابل در حقوق بین‌الملل، موازین سازمانی این نظام در مرحله‌ای ابتدایی قرار دارد و قواعدی که قرار است ساختار ویژه‌ای را برای تحقق سه کارویژه (قانونگذاری، اجرایی و قضایی) ایجاد کند نیز نامتمرکز است. بنابراین در جامعه بین‌المللی نمی‌توان با قطعیت از کارکردهای مناسب سخن گفت.^۳ بر همین اساس، حقوق بین‌الملل اغلب نوعی نظام حقوقی فاقد شرایط و ضوابط قانون‌سازی رسمی تلقی شده است^۴ و به همین سبب است که گفته شد در حقوق بین‌الملل وزن خلق قواعد بر دوش قانون‌سازی و نه قانون‌گذاری است.

با این وجود، فقدان تمرکز و قوه‌ی عالی‌ه قانون‌گذاری در جامعه‌ی بین‌المللی بیش از آن که یک نقطه ضعف برای آن تلقی گردد، ویژگی ساختار کنونی نظام مزبور است.^۵ در همین راستا، سیاست و البته حقوق موجود ناظر بر قانون‌سازی بین‌المللی، به ویژه توسط مرجعی غیر از خود دولت‌ها نیازمند تحلیلی دقیق است.^۶

همچنین بدیهی است حقوق بین‌الملل نیز به عنوان یک نظام حقوقی پویا می‌بایست همواره به شرایط متغیر جامعه توجه کافی داشته باشد^۷ و در همه‌ی جوانب از جمله در فرایند قانون‌سازی،

۱. فلسفی، سادات میدانی، سید حسین؛ **صلاحیت قانونگذاری شورای امنیت**، تهران: دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی، ۱۳۸۴، صص ۱۳-۱۴.

۲. کاسسه، **حقوق بین‌الملل در جهانی نامتحد**، ترجمه دکتر مرتضی کلانتریان، صص ۴۵-۴۴.

۳. زونشان، همان، ص ۲۵.

۴. سادات میدانی، همان، ص ۳۱.

۵. زرنشان، همان، ص ۲۸.

6 See Higgins, op. cit., pp. 1-16.

۷. دیوان بین‌المللی دادگستری تعیین حقوق قابل اعمال بر یک قضیه را نیازمند توجه به تکامل مداوم حقوق بین‌الملل می‌داند.

Fisheries Jurisdiction Case, (United Kingdom v. Iceland), ICJ Reports, 1974, p. 20.

خود را با تغییرات گاه اجتناب‌ناپذیر و گاه خودخواسته‌ی جامعه‌ی بین‌المللی هماهنگ سازد. به طور کلی جامعه‌ی بین‌المللی برای ارائه‌ی پاسخ مقتضی به تغییر شرایط و مطالبات و در نتیجه قانون‌سازی مستمر، دو راه پیش رو دارد که اولی وضع مقررات و خلق قواعد حقوقی در حوزه‌های جدید و ورود نیافته‌ی حقوق بین‌الملل و دیگری پالایش و بروزرسانی مداوم حقوق موجود است.^۱ به نظر می‌رسد همه‌ی منابع حقوق بین‌الملل و ابزارهای قانون‌سازی بین‌المللی از یکی از این دو راه در جهت خلق حقوق استفاده می‌نمایند. از آن جمله می‌توان معاهده‌سازی در زمینه‌ی نانو تکنولوژی و یا تغییر مسیر عرف در زمینه‌ی تحدید حدود فلات قاره را به ترتیب مصادیق این دو راه دانست. اما پیش از ورود به بحث ابزارهای قانون‌سازی بین‌المللی، مطالعه‌ی اجمالی دیدگاه مکاتب مختلف فلسفه‌ی حقوق بین‌الملل در خصوص قانون‌سازی بین‌المللی برای شناخت بهتر این مفهوم خالی از لطف نخواهد بود.

۲.۲. تئوری‌های قانون‌سازی بین‌المللی

چگونگی ساخت حقوق بین‌الملل توجه دیدگاه‌ها و تئوری‌های مختلف حقوق بین‌الملل را به خود جلب نموده است. البته رویکردهای نظری به حقوق بین‌الملل و چگونگی خلق و شکوفایی و شناسایی قانون‌سازی بین‌المللی امروزه به سادگی گذشته نیست.^۲ دسته‌بندی‌های مختلفی از زوایای مختلف از روش‌ها و تئوری‌های حقوقی در پاسخ به این که حقوق بین‌الملل چگونه ساخته می‌شود صورت گرفته است.^۳ اما به طور کلی می‌توان گفت یک تغییر بنیادی در تئوری‌های معاصر در این حوزه اتفاق افتاده است: در حالی که تأکید در مکاتب سنتی صرفاً بر دکترین منابع حقوق استوار بود و لحظه‌ی خلق منبع حقوقی معادل با قانون‌سازی شمرده می‌شد، تئوری‌های جدیدتر نظیر مکتب نیوهاون بر پروسه و رویکردهای وسیع‌تری تکیه می‌کنند و قانون‌سازی بین‌المللی را فراتر از صرفاً منابع حقوق بین‌الملل می‌دانند.^۴ اما از آنجا که تفصیل این بحث مجال

1. Danilenko, op. cit., p. 1.

2. Schachter, in: Boyle, A. & Chinkin, C, The Making of International Law, Oxford University Press, 2007, p. 10.

3. See Ratner, Steven R. & Anne-Marie Slaughter, Symposium on Method in International Law; Appraising the Methods of International Law: A prospectus for Readers, AJIL, 1999, Vol. 93, p. 292.

4. Venzke, Ingo, Contemporary Theories and International Law-making, ACIL Research Paper, 2014, No. 2013-23, pp. 1, 11-13.

فراخ‌تری را می‌طلبد، در اینجا به بیان مهم‌ترین دیدگاه‌ها و تئوری‌های حقوقی بین‌المللی در خصوص قانون‌سازی بین‌المللی اکتفا می‌گردد.

تفکر حقوق طبیعی در خصوص قانون‌سازی بین‌المللی بر کشش به چیزی مافوق حقوق موضوعه و یک «حقوق برتر» مبتنی است.^۱ این تفکر قادر به ارائه‌ی اصول جهانی برای تعیین روابط میان دولت‌ها هست، اما از ارائه‌ی برنامه‌ی دقیق و جزئی برای مقررات حقوقی عاجز است.^۲

در مقابل، دیدگاه پوزیتیویسم حقوقی به حقوق به گونه‌ای که «هست» می‌پردازد و با تکیه بر قواعد منبث از رضایت دولتی، به معاهدات و عرف بسیار وفادار مانده است. این تفکر در حالی که سایر منابع مندرج در ماده‌ی (۱) ۳۸ اساسنامه دیوان را نیز معتبر می‌شمرد، حقوق نرم را در ساخت حقوق مقبول نمی‌داند. در همین راستا، این دیدگاه دولت‌ها را تنها تابعان حقوق بین‌الملل دانسته^۳ و بنابراین قانون‌سازی توسط سایر بازیگران این عرصه را نمی‌پذیرد. البته نمی‌توان انکار کرد که پوزیتیویسم روشنفکر^۴ انعطاف بیشتری در مقایسه با وجه کلاسیک آن دارد.^۵

محققان حقوقی انتقادی - که اغلب خود را جزئی از «موج نو»ی پژوهش‌های حقوقی بین‌المللی می‌شمرند^۶ - حقوق را منطقی، بی‌طرف، عینی و پای‌بند به اصول می‌دانند. در عین حال آنها معتقدند حقوق بین‌الملل در این زمینه ناروشن و پرتضاد است و برای مثال پوزیتیویسم که معاهدات را نمونه‌ی برجسته‌ی حقوق سخت می‌داند، در مینا به اصل نرم وفای به عهد رجعت دارد.^۷ در حقیقت تحلیل انتقادی، قانون‌سازی را «بخشی» از مشکل دانسته و معتقد است حقوق‌دانانی که حل معضل قانون‌سازی را گره‌گشا می‌دانند، به بیراهه رفته‌اند.^۸

صاحب‌نظران رئالیست بر روبرو بین‌الملل بیش از حقوق بین‌الملل تکیه می‌نمایند و «رفتار»

1. Boyle & Chinkin, *op. cit.*, p. 11.

۲. با وجود این نمونه‌های بسیاری در توسل به «حقوق اخلاقی» (Moral Law) در پهنه‌ی بین‌المللی می‌توان برشمرد که منضم به حقوق طبیعی در قانون‌سازی بین‌المللی هستند و از آن جمله است شرط مارتنس. نک.

Ibid.

3. Ratner & Slaughter, *op. cit.*, p. 292.

4. Enlightened Positivism

5. Boyle & Chinkin, *op. cit.*, p. 12.

6. Ratner & Slaughter, *op. cit.*, p. 293.

۷. نک. ماده ۲۶ کنوانسیون وین ۱۹۶۹ در خصوص معاهدات.

8. Kennedy; in: Boyle & Chinkin, *op. cit.*, p. 14.

بازیگران بین‌المللی را واجد اهمیت بسیار می‌دانند.^۱ آنها عمیقاً بر کارکرد حقوق تکیه می‌کنند و آن را به ویژه در عصر پس از جنگ سرد به نوعی در خدمت منافع دولت‌ها قوی‌تر می‌شمرند.^۲ به نظر آنان، حقوق و در معنای خاص قانون و ساختن آن، صرفاً در تصمیم‌گیری‌های بین‌المللی «لحاظ» می‌شود^۳ و بنابراین نمی‌توان آن را عنصری تعیین‌کننده برشمرد.

در مقابل مفهوم حقوق بین‌الملل همکاری که مبتنی بر منفعت دوجانبه به ویژه از طریق مشارکت مشترک سازمانی است،^۴ گرایش انقلابی دیگری از دهه ۱۹۶۰ قدرت یافت. این گرایش متضمن سلسله مراتب هنجارهای بین‌المللی بود و در کنوانسیون ۱۹۶۹ حقوق معاهدات در قالب هنجارهای امره وزن قراردادی نیز یافت.^۵ بدین‌سان و با توجه به سایر اقدام‌های بین‌المللی، سیستم حقوقی بین‌المللی از جمله در ماده‌ی ۴۸ طرح مسئولیت دولت از یک سیستم قانون‌سازی دوجانبه و اراده‌گرایی دولتی به سوی یک سیستم قانون‌سازی چندجانبه و ارزش‌های جامعه‌ی بین‌المللی حرکت نموده است.^۶ در همین راستا، با بهره‌گیری از آموزه‌های پیشین حقوق طبیعی، تلاش‌هایی در قانون‌سازی بین‌المللی برای عینیت بخشی به مفاهیم انتزاعی ارزش‌های جامعه صورت گرفته است^۷ که این امر از جمله در ارجاع برخی آرای دادگاه‌های بین‌المللی به قواعد امره و ارگا امنس به خوبی منعکس است.^۸

به طور کلی به نظر می‌رسد هیچکدام از تئوری‌های حقوقی بین‌المللی، راهنمای جامعی را در خصوص حقوق‌سازی ارائه نمی‌دهند. با این وجود، هر یک توان خود را به کار می‌بندند تا منطبق با اصول و سایر بخش‌های تئوری خود، تحلیلی قابل قبول از قانون‌سازی بین‌المللی صورت بندند.

۲.۳. ابزارهای قانون‌سازی بین‌المللی

بدون تردید نظم هنجاری بین‌المللی به طور قابل ملاحظه‌ای در سال‌های اخیر عمر حقوق

1. Ratner & Slaughter, op. cit., p. 293.

2. Raustiala, Kal, Refining the Limits of International Law", GA. J. INT'L & COMP. L., 2006, Vol. 34, p. 3.

3 Boyle & Chinkin, op. cit., p. 15.

4 Friedmann, in: Ibid.

۵. نک. مواد ۵۳، ۶۴، ۶۶ و ۷۱ کنوانسیون وین ۱۹۶۹ در خصوص معاهدات.

6. See Simma, Bruno, From Bilateralism to Community Interest in International Law, Recueil des Cours, 1994, Vol. 250, pp. 285-321.

۷. از جمله تئوری مسئولیت به حمایت نیز از همین تفکر سرچشمه گرفته است.

8. E.g. East Timor, (Portugal v. Australia), ICJ Reports, 1995, para. 29 et seq.

بین‌الملل بسط و توسعه یافته است و امروزه موضوعاتی که در گذشته به ویژه تا نیمه قرن بیستم موضوعاتی داخلی محسوب می‌شد، زیر چتر حقوق بین‌الملل قرار گرفته‌اند. علاوه بر بسط حوزه‌های مربوطه، حقوق بین‌الملل بر حقوق داخلی دولت‌ها تأثیر به مراتب مستقیم‌تر و عمیق‌تری داشته است و نیز بازیگران جدیدی اعم از سازمان‌های بین‌المللی، سازمان‌های غیردولتی و گاه گروه‌های متشکل از افراد و حتی رسانه‌ها، در جامعه‌ی بین‌المللی و در کنار دولت‌ها ظهور کرده‌اند. بدیهی است مجموع این عوامل در شکل‌دهی نظم هنجاری بین‌المللی تأثیر بسزایی داشته است.^۱ در واقع طبیعتاً این بسط و گسترش حوزه‌ها و مشارکت‌کنندگان در قانون‌سازی بین‌المللی، به طور مسقیم و غیرمستقیم توسعه‌ی ابزارهای قانون‌سازی در این عرصه را نیز به همراه داشته است. اما باید این نکته را هم در نظر داشت که امروزه قانون‌سازی بین‌المللی فقط محدود به منابع حقوق بین‌الملل نیست، بلکه بر نحوه‌ی تعاملات و ارتباطات بین‌المللی در محافل و سازمان‌های بین‌المللی نیز متکی است.^۲

به طور کلی می‌توان فهرست‌وار حقوق سنتی بین‌المللی شامل عرف^۳ و معاهدات با تأکید ویژه بر معاهدات عام، اصول کلی حقوقی، اعمال یکجانبه‌ی دولت‌ها، دکترین، رویه‌ی قضایی، حقوق نرم و حتی در موارد استثنایی قطعنامه‌های شورای امنیت را ابزارهای قانون‌سازی بین‌المللی برشمرد و البته در این میان نباید از جایگاه ویژه کمیسیون حقوق بین‌الملل - که به نوعی بازتاب‌دهنده‌ی دکترین جمعی دولت‌ها است - غفلت کرد.^۴ محافل دیپلماتیک هم که مدرن‌ترین قانون‌سازی-

1. Wolfsum, op. cit., p. 13.

2. See Venzke, op. cit., pp. 5-11.

۳ اغلب نویسندگان عرف را شاید به دلیل عمدی نبودن پروسه خلق قواعد آن، از مجموعه قانون‌سازی بین‌المللی کنار گذاشته‌اند. I. Brunnee, op. cit., p. 1

۴ سازمان‌دهی و بیان تدریجی قواعد حقوق بین‌الملل، در اصطلاح حقوق بین‌المللی آن «تدوین و توسعه‌ی پیشروانه‌ی حقوق بین‌الملل» است که به عنوان یک عنصر شاخص روند قانون‌سازی بین‌المللی شناخته می‌شود. قسمت عمده‌ی تدوین حقوق بین‌الملل نتیجه‌ی کار کمیسیون حقوق بین‌الملل بوده است که در سال ۱۹۴۷ بنا به تصمیم مجمع عمومی سازمان ملل و بر اساس ماده‌ی ۱۳ منشور ایجاد گردید. این کمیسیون از همان زمان تأسیس بسیار فعال بوده و در میان سازمان‌ها و نهادهای مختلف تدوین و توسعه‌ی حقوق بین‌الملل، از کارایی به مراتب بالاتری برخوردار است. تک:

Boyle & Chinkin, op. cit., pp. 163-171;

کمیسیون مزبور به چند طریق مسئولیت خطیر خود در هر دو عرصه تدوین و توسعه را ایفا نموده است: الف) تنظیم پیش‌نویس‌های حاصل از جلسات متعدد در خصوص موضوعات گوناگون؛ ب) زمینه‌سازی برای تأمل در برخی

های بین‌المللی بویژه از طریق اجماع در آنها اتفاق می‌افتد عبارتند از جلسات سازمان‌های بین‌الدولی نظیر ملل متحد، کمیسیون‌ها، کنفرانس‌ها و یا جلساتی که طرفین معاهدات چندجانبه متناوباً در آنها شرکت می‌کنند، و نیز کنفرانس‌های مذاکرات موردی.

در پایان یادآوری می‌شود که در اواخر دهه‌ی ۶۰ قرن بیستم تغییرات جالبی رخ داد و در مجمع عمومی ملل متحد، دیدگاه مبنی بر جایگاه والاتر برخی هنجارهای بین‌المللی و به طور خاص حق تعیین سرنوشت نمود یافت و کنوانسیون وین ۱۹۶۹ در خصوص معاهدات آشکارا نظام سلسله‌مراتبی منابع را رقم زد^۱ و حجت را بر همگان تمام کرد. البته مطابق متن ماده مزبور تنها یک هنجار حقوقی بین‌المللی از پیش موجود می‌تواند به جایگاه یک قاعده‌ی آمره ارتقا یابد.^۲

بنابراین وصف آمرانگی قانون‌سازی در مفهوم مضیق آن محسوب نمی‌شود، اما مکانیسمی ماهوی است که ارزش‌های بنیادین جامعه بین‌المللی را با قواعد حقوق بین‌الملل ادغام می‌نماید.^۳

در حقیقت، قواعد آمره و ارگا امنس همانند چتری بر سر قانون‌سازی بین‌المللی گسترده‌اند؛ به ویژه آنکه برخی صاحب‌نظران حقوق بین‌الملل را آنچه که بازیگران، در روابط میان خودشان هنجار می‌شمردند می‌دانند^۴ و طبیعتاً چنین قواعد ویژه‌ای احترام ویژه‌ی تابعان حقوق بین‌الملل را به همراه دارد و بنابراین نقش پررنگی در قانون‌سازی بین‌المللی ایفا می‌نماید.

۲.۴. چالش‌ها و تحولات قانون‌سازی بین‌المللی

پیچیدگی روابط بین‌المللی معاصر و تغییرات محیط بین‌المللی از یک سو و در عین حال نابسندگی حقوق بین‌الملل در واکنش به این تغییر شرایط از سوی دیگر، سال‌ها دغدغه‌ی صاحب‌نظران بسیاری بوده است. همین امر، مباحثات بسیاری را در خصوص پروسه‌ها و اشکال قانون‌سازی

موضوعات مهم و جدی در جامعه‌ی بین‌المللی؛ ج) دخالت در فرآیند شکل‌گیری قواعد حقوق بین‌الملل عرفی. نک. شهپازی، آرامش؛ ارزیابی کارنامه کمیسیون حقوق بین‌الملل در آیین وحدت و تکرر سیستم حقوق بین‌الملل، در: مجموعه مقالات همایش نقش مجمع عمومی سازمان ملل متحد در تدوین و توسعه تدریجی حقوق بین‌الملل، دانشگاه تهران (پنجم و ششم دی ۱۳۸۹)، تهران: انجمن ایرانی مطالعات سازمان ملل متحد، ۱۳۹۱، صص ۹۹-۸۷؛ بنابراین چه بسا بتوان روند طرح مسائل در کمیسیون را بیش از سایر موارد، به روندهای قانون‌گذاری داخلی نزدیک دانست.

1. Wolfrum, op. cit., p. 12.

2. Shelton, Dinah, Normative Hierarchy in International Law, AJIL, 2006, Vol. 100, p. 300.

3. Simma, op. cit., p. 292.

4. Higgins, op. cit., p. 18.

برانگیخته و تئوری‌های نسبتاً نوظهور در این خصوص ایده‌های نوینی را ارائه نموده‌اند.^۱ بدون تردید مشکلات جهانی راه‌حل‌های جهان‌شمول را هم می‌طلبد.^۲ در واقع «جهان جهانی شده»^۳ در مواجهه با تهدیدات علیه صلح و امنیت بین‌المللی، نقض‌های فاحش حقوق بشر، پیشرفت‌های علمی و فنی نظیر شبیه‌سازی‌ها و مانند آن نیازمند راه‌حل‌های جهانی است. در همین راستا، قانون‌سازی بین‌المللی معاصر مستلزم فعالیت مشارکت‌کنندگان متعدد در پروسه‌های مربوطه است؛ کما اینکه بازیگران نوظهور غیردولتی در چارچوب‌هایی نظیر حقوق بشر و محیط زیست، وضع مقررات بین‌المللی مقتضی را از دولت‌ها خواستار شده‌اند.^۴ در این میان، نقش معاصر رسانه‌ها^۵ از طریق ساخت و ارسال تصاویر لحظه‌ای به سراسر جهان در تسریع تغییر حقوقی را نباید از یاد برد.^۶ به علاوه، نهادهای قضایی بین‌المللی نیز نشان داده‌اند که می‌توانند در قانون‌سازی بین‌المللی مشارکت قابل توجهی داشته باشند.^۷

در کنار فروریختن مرزهای سرزمینی از طریق اینترنت، پیشرفت‌های روزافزون علمی و فنی چالش‌های مختلف و کماکان حل‌ناشده‌ای را نیز در تنظیم مقررات بین‌المللی در حوزه‌های مختلف سبب شده است که از آن جمله می‌توان به حوزه‌های انتقال تکنولوژی و دسترسی به

1. Venzke, op. cit., pp. 11-23.

2. Danilenko, op. cit., p. xiii.

3. Globalised World

4. See Boyle & Chinkin, op. cit., pp. 19-20;

البته ایجاد تحول در دکرترین ایستای منابع حقوق بین‌الملل و حرکت‌های متهوران‌ه و رای این ایستای، همواره طرفداران و مخالفانی داشته است. نک.

Roberts, A. & Sivakumaran, S., Lawmaking by Non-state Actors: Engaging Armed Groups in the Creation of International Humanitarian Law, *The Yale Journal of International Law*, 2012, Vol. 37, No. 1, pp. 111-115.

۵. در این میان سی‌ان‌ان از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است و اصطلاح CNN Factor گواه آن است.

Boyle & Chinkin, op. cit., p. 20.

۶. کما اینکه در سال ۱۹۹۱ تمرکز رسانه‌ای گسترده بر شرایط نامساعد کردها پس از جنگ کویت و عراق، روند کمک‌های بشردوستانه به آنها را تسریع کرد. همچنین در ماه‌های اخیر انتشار عکس‌ها و فیلم‌های متعدد در خصوص شمار بالای پناهجویان سوری و عراقی، در سیاست‌گذاری‌های حقوقی دولت‌های اروپایی بویژه آلمان، اوکراین و لهستان تأثیر بسیار داشته است. البته نمی‌توان انکار کرد که توجه رسانه‌ای اغلب انتخاباتی و کوتاه‌مدت است.

7. See Bogdandy, Armin von & Ingo Venzke (ed.), *Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers*, *German Law Journal*; Special Issue, 2011, Vol. 12, No. 05, pp. 979-1370.

اطلاعات به طور خاص در کشورهای مختلف اروپایی اشاره نمود.^۱ همچنین با توجه به تحولات فزاینده‌ی حقوقی، علمی، اقتصادی، سیاسی و غیر آن در حیات بشری، طبیعی است که برخی «مناطق بدون حقوق» و یا «سیاه‌چاله‌های حقوقی» باقی باشد.^۲ از همین رو برخی دولت‌ها ممکن است مدعی شوند که رفتار ناصواب آنها قانوناً قابل پیگیری نیست.

توسعه‌ی سازمان‌های بین‌المللی و آژانس‌های تخصصی در نیمه‌ی دوم قرن بیستم، تحول مضاعفی را در ساخت حقوق بین‌الملل سبب گردیده است؛ چه، این نهادها محافلی را فراهم می‌آورند تا همه‌ی دولت‌ها بتوانند به تعامل و تبادل نظر در سطح گسترده بپردازند. در همین راستا، مدافعان اصلاح اساسی حقوق بین‌الملل، منابع کنونی حقوق بین‌الملل را در مواجهه با مشکلات فزاینده‌ی جامعه‌ی بین‌المللی ناکافی می‌دانند و بنابراین ایجاد اشکال جدید قانون‌سازی را ضروری می‌دانند. اما دیدگاه میانه و معتدل‌تر در این زمینه ظهور منابع کاملاً بدیع در این زمینه را رد می‌کند و ضمن حفظ منابع سنتی حقوق بین‌الملل، روش‌های جدید قانون‌سازی بین‌المللی نظیر اعمال یکجانبه و حقوق نرم را هم مورد پذیرش قرار می‌دهد.^۳ علاوه بر این، گذار در جامعه‌ی بین‌المللی پس از فروپاشی شوروی سابق سبب تحول در سیستم منابع حقوق شده است.^۴ بنابراین در مجموع می‌توان گفت امروزه منابع حقوقی بین‌المللی بسیار فراتر از منابع حقوق بین‌الملل منعکس در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری رفته‌اند و علاوه بر این، ابزارهای سنتی قانون‌سازی هم با شرایط کنونی همگام شده‌اند که از آن جمله می‌توان به تکنیک‌های اصلاح معاهدات اشاره نمود.^۵ در عین حال تمایز میان قواعد هنجاری و سایر قواعد نباید نادیده گرفته شود.^۶

چالش‌های دیرپای دیگر در قانون‌سازی بین‌المللی به ویژگی‌های حقوق بین‌الملل عرفی بازمی‌گردد.^۷ با وجود تغییرات بسیار حقوق بین‌الملل عرفی در گذر ایام،^۱ پروسه‌ی ایجاد و تعیین

1. Mayer, F., Europe and the Internet: The Old World and The New Medium, EJIL, 2000, Vol. 11, pp. 149-169.

2. Sharryn & Streyn, in: Boyle & Chinkin, op. cit., p. 39.

3. Danilenko, op. cit., pp. xiii-xiv.

۴. سادات میدانی، سید حسین، صلاحیت قانونگذاری شورای امنیت، تهران: دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی، ۱۳۸۴، ص ۳۵.

5. Boyle & Chinkin, op. cit., p. 35.

6. Weil, in: Wolfrum, op. cit., p. 13.

7. Allott, Philip, The Concept of International Law, EJIL, 1999, Vol. 10, p. 38.

عرف بین‌المللی به ناکارآمدی‌های بسیاری دچار است و راه‌لهایی نظیر تولد مفهوم حقوق عرفی فوری نیز نتوانسته تغییری در ذات محافظه‌کار و گذشته‌نگر این مدل قانون‌سازی نانوشته ایجاد نماید. برعکس، معاهده‌سازی چندجانبه و گسترده، تلاشی عامدانه برای برآورده کردن نیازهای جامعه‌ی معاصر بین‌المللی است و طبیعتاً مشارکت گسترده‌تر در آن، طبیعت دموکراتیک قانون‌سازی بین‌المللی را تقویت می‌کند. اما چنین مشارکتی اغلب کند و گاه منوط به گروه‌کشی‌های سیاسی است و حتی تعمق بیشتر ممکن است اختلاف نظرات گسترده‌تری را به همراه داشته باشد.^۲ همین امر علاوه بر تشویق کردن عمل یکجانبه دولت‌ها از جمله در اقدام نظامی ناتو علیه صربستان در مارس ۱۹۹۹، سبب می‌شود برخی پروسه‌های منعطف‌تر قانون‌سازی پا به عرصه‌ی وجود و توسعه گذارند که از آن جمله می‌توان به رونق پروتکل‌های الحاقی اشاره نمود.^۳

دیگر چالش جدی حقوق بین‌الملل معاصر در زمینه‌ی مورد بحث، چندپارگی در حقوق بین‌الملل است.^۴ بدیهی است که این معضل در فرایندهای قانون‌سازی موازی در رژیم‌های حقوقی مجزا نظیر اتحادیه اروپا (منطقه‌ای)، سازمان ملل متحد (جهانی) و نیز رژیم‌های خاص چالش‌های بسیاری را موجب می‌گردد؛ چه، بر رژیم‌های خودبسنده و خاص حقوق بین‌الملل نظیر حقوق اقتصادی و حقوق خلع سلاح، بیش از یک مجموعه اصول و قواعد اعمال می‌شود و این دست کم در کوتاه‌مدت چالشی جدی است.^۵ در واقع، چندپارگی قانون‌گذاری در حوزه‌های صلاحیتی

۱. نک. کاسسه، آنتونیو؛ حقوق بین‌الملل، ترجمه حسین شریفی طرازکوهی، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۱، صص

۲۲۷-۲۲۶.

۲. مثال بارز این مورد هرگونه تغییر در شرایط عضویت شورای امنیت است که متضمن اصلاح منشور است (نک. ماده ۱۰۸ منشور ملل متحد) و ماهیت آن با بحث بغرنج صلح و امنیت بین‌المللی گره خورده است. نیاز به اصلاح شورای امنیت مورد توجه هیأت عالی‌رتبه تهدیدات، چالش‌ها و تغییرات هم قرار گرفته و بحث‌های بسیاری پیرامون چالش‌های آن مطرح شده است. برای مطالعه بیشتر در این زمینه نک.

3. A more secure world: Our shared responsibility, Report of the UN's High Level Panel on Threats, Challenges and Change, 2003, para. 250; UNGA Res. 55/2, 2000, para. 30; UNGA Res. 60/1, 2005, para. 153.

3. See Boyle & Chinkin, op. cit., pp. 21-23.

۴. نک. میرعباسی، سید باقر و سادات میدانی، سید حسین؛ دادرسی‌های بین‌المللی؛ دیوان بین‌المللی دادگستری؛ مسائل روز، چکیده آراء و اسناد، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۸۷، صص ۴۱-۳.

Boyle & Chinkin, op. cit., pp. 23-24. ۵.

مختلف، چالش‌های حقوقی بسیاری را به همراه دارد.^۱ یکی دیگر از ابهامات و مصائب این عرصه به چگونگی ساخت حقوق بین‌الملل برمی‌گردد. این مسأله به ویژه از اوایل دهه ۹۰ در سیاق حقوق بین‌المللی کیفری توجه بسیاری را به خود جلب نمود و این پرسش به طور جدی مطرح گردید که بازیگران مختلف از کدام نقطه باید حقوق ماهوی مربوطه را توسعه دهند؛ از رویه‌ی قضایی پیشین و معاهدات دیرین، از سیستم‌های حقوقی داخلی، از رویه قضایی منطقه‌ای، از دکتترین و یا از فعالیت‌های علمای اجتماعی و سیاسی؟

همچنین در برخی حوزه‌های حقوق بین‌الملل که معطوف به اهدافی نظیر توسعه پایدار و عدالت اجتماعی جهانی هستند، زبان تعهد بیشتر سیاسی و نه حقوقی است و بنابراین نهادهای درگیر با امر توسعه و اقتصاددانان به مراتب بیش از حقوق‌دانان مسئولیت اجرای مقررات در این زمینه را بر عهده دارند. تحول دیگر هم به روابط مدرن بین‌المللی بر می‌گردد که مطابق آن نماینده‌ی دولت‌ها برای تصمیم‌گیری و تعیین سند قانون‌ساز، با ملاک «صلاحیت» شخص مربوطه تعیین می‌گردد^۲ و نمایندگی دیگر در انحصار رؤسای دولت‌ها و وزرای امور خارجه نیست. همچنین، به دلیل تأثیر فزاینده‌ی حقوق بین‌الملل بر حقوق داخلی، مکانیسم‌های حقوق داخلی و قضات ملی نیز مکرراً با این مسأله دست به گریبان هستند که قوانین بین‌المللی کدامند.^۳ بنابراین، از نقش آنان دست کم در شناسایی قواعد حقوقی نیز نباید غفلت نمود.

این پرسش جدی نیز مطرح است که آیا اساساً فرایند و بستر قانون‌سازی بین‌المللی از مشروعیت برخوردار هست تا بازیگران بین‌المللی حاضر باشند با طوع و رغبت به قوانین و قواعد بین‌المللی آن - گونه که شایسته‌ی نام قانون است - تن در دهند که شرح این مطلب از حوصله‌ی بحث خارج است. در پایان لازم به ذکر است که پذیرش وجود مشکلات و چالش‌های بسیار در هنجارسازی‌های حقوقی مؤید آن است که ارزیابی قانون‌سازی بین‌المللی یک ضرورت است.^۴

1. Meyer, Timothy, From Contract to Legislation: The Logic of Modern International Lawmaking, *Chicago Journal of International Law*, 2014, 2014, p. 600.

2. Armed Activities on the Territory of the Congo, (DRC v. Rwanda), ICJ Reports, 2006, para. 47.

3. Boyle & Chinkin, op. cit., pp. 36, 38;

البته چالش‌های عام دیگری هم مطرح است که مهم‌ترین آنها عبارتند از ابهامات قواعد آمره در نظام سلسله مراتب هنجارهای حقوق بین‌الملل و فقدان سلسله مراتب در منابع حقوق بین‌الملل که شرح آنها از حوصله‌ی این نوشتار خارج است. نک: فلسفی، همان، صص ۱۷-۱۲.

4 Boyle & Chinkin, op. cit., p. 39.

نتیجه‌گیری

نقطه‌ی آغازین هر نظام حقوقی خلق قانون و قاعده‌ی حقوقی است و نظر به اهمیت و جایگاه آن، دوام و کارایی هر نظام حقوقی در گرو قانون‌سازی صحیح و مناسب در آن نظام است. با عنایت به مطالب گفته شده در این نوشتار، می‌توان گفت خلق قانون در حقوق بین‌الملل به مراتب پیچیده‌تر از نظام‌های حقوقی داخلی است و این امر، نتیجه‌ی اجتناب‌ناپذیر ساختار و بافت جامعه‌ی بین‌المللی و مختصات متفاوت آن است. در تحلیل نهایی می‌توان به طور خلاصه، مفهوم موسع ایجاد قانون را ایجاد حق و تکلیف مستقیم برای اعضای جامعه دانست. با این توضیح که در خوانش حقوقی داخلی آن، عمدتاً قانون‌گذاری در معنای خلق حقوق موضوعه مطابق قوانین شکلی موجود به شکل مکتوب توسط بخش حکومتی مختص این فعالیت مطرح است. اما خوانش حقوق بین‌المللی آن، از قدرت تصمیم‌سازی عمودی توسط مرجعی صالح و دارای نمایندگی از سوی دولت‌ها در قانون‌گذاری - که در موارد اندکی نظیر حق قانون‌گذاری رکن صالح یک سازمان برای اعضای خود به نمایندگی از آنها مصداق می‌یابد - عبور می‌کند و به مفهوم عام خلق قانون که همان ایجاد حق و تکلیف برای تابعان خود است بسنده می‌نماید و بدین‌سان، بار خلق قانون و قاعده‌ی حقوقی را بر دوش مفهوم قانون‌سازی بین‌المللی قرار می‌دهد.

اما دشواری جدی در این حوزه - که شاید به اساس حقوق بین‌الملل رجعت دارد - این است که قانون‌سازی نه پایان ماجرا که تازه آغاز آن است! مسائل اعمال، تبعیت، اثرگذاری و اجرای حقوق از اهمیت بسیاری برخوردار است و صرف داشتن قوانین حتی در صورت تبعیت از آنها به معنای داشتن قوانین مؤثر نیست. بنابراین، امروزه در کنار وضع قوانین، تلاش در جهت تضمین یکپارچگی، انسجام، اثربخشی، دسترسی جهانی به حقوق بین‌الملل موجود و نظیر اینها ضرورتی اجتناب‌ناپذیر است.^۱ با این وجود، آنچه با تسامح حقوق حاکم بر قانون‌سازی بین‌المللی شمرده می‌شود، نیازمند تحلیلی دقیق به ویژه توسط مرجعی غیر از دولت‌ها است؛ چه، فهم صحیح قانون‌سازی بین‌المللی، شناخت بهتر نقش بازیگران مختلف بین‌المللی را در ساخت حقوق سبب می‌شود و پیش‌بینی نتایج اختلافات احتمالی بین‌المللی را با سهولت بیشتری میسر می‌سازد.

1. Boyle & Chinkin, op.cit., P. 39.

فهرست منابع

الف) فارسی

۱. کتاب‌ها

۱. زر نشان، شهرام؛ شکل‌گیری و شناسایی حقوق بین‌الملل عرفی، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۲.
۲. سادات میدانی، سید حسین؛ صلاحیت قانونگذاری شورای امنیت، تهران: دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی، ۱۳۸۴.
۳. شایگان، فریده؛ شورای امنیت سازمان ملل متحد و مفهوم صلح و امنیت بین‌المللی، تهران: انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۰.
۴. ضیائی بیگدلی، محمدرضا؛ حقوق بین‌الملل عمومی، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۴.
۵. فلسفی، هدایت‌الله؛ حقوق بین‌الملل معاهدات، تهران: فرهنگ نشر نو، چاپ دوم، ۱۳۸۳.
۶. کاتوزیان، ناصر؛ فلسفه حقوق، جلد اول، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ هفتم، ۱۳۹۳.
۷. کاتوزیان، ناصر؛ فلسفه حقوق، جلد دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم، ۱۳۹۳.
۸. کاسسه، آنتونیو؛ حقوق بین‌الملل در جهان نامتحد، ترجمه دکتر مرتضی کلانتریان، تهران: دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی ج.ا.ا.، ۱۳۷۰.
۹. کاسسه، آنتونیو؛ حقوق بین‌الملل، ترجمه حسین شریفی طرازکوهی، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۱.
۱۰. میرعباسی، سید باقر و سادات میدانی، سید حسین؛ دادرسی‌های بین‌المللی؛ دیوان بین‌المللی دادگستری؛ مسائل روز، چکیده آراء و اسناد، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۸۷.
۱۲. هارت، هربرت؛ مفهوم قانون، ترجمه محمد راسخ، تهران: نشر نی، چاپ چهارم، ۱۳۹۳.

۲. مقالات

۱۳. شهبازی، آرامش؛ ارزیابی کارنامه کمیسیون حقوق بین‌الملل در آئینه وحدت و کثرت سیستم حقوق بین‌الملل، مجموعه مقالات همایش نقش مجمع عمومی سازمان ملل متحد در تدوین و توسعه تدریجی حقوق بین‌الملل، دانشگاه تهران (پنجم و ششم دی

تهران: انجمن ایرانی مطالعات سازمان ملل متحد، ۱۳۹۱، صص ۸۶-۱۰۰

(ب) لاتین

A) Books

14. Boyle, A. & Chinkin, C, **The Making of International Law**, Oxford University Press, 2007.
15. Danilenko, G. M., **Law-making in the International Community**, Martinus Nijhoff Publishers, 1993.
16. Garner, Bryan A., **A Dictionary of Modern Legal Usage**, 2nd ed., West Publishing Co., 1993.
17. Higgins, Rosalyn, **Problems and Process: International Law and How We Use It**, Oxford University Press, 1993.
18. Parisi, F. & Fon, V., **The Economics of Lawmaking**, Oxford University Press, 2009.
19. Shelton, Dinah L., **International Law and Domestic Legal Systems: Incorporation, Transformation, and Persuasion (Introduction)**, Oxford University Press, 2011.
20. Simma, Bruno, **From Bilateralism to Community Interest in International Law**, Recueil des Cours, Vol. 250, 1994.

B) Articles

21. Allott, Philip, **The Concept of International Law**, EJIL, 1999, Vol. 10, pp. 31-50.
22. Bogdandy, Armin von & Ingo Venzke (ed.), **Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers**, German Law Journal; Special Issue, 2011, Vol. 12, No. 05, pp. 979-1370.
23. Brunnée, Jutta, **International Legislation**, MPEPIL, 2010, pp. 1-20.
24. Mayer, F., **Europe and the Internet: The Old World and The New Medium**, EJIL, 2000, Vol. 11, pp. 149-169.
25. Meyer, Timothy, **From Contract to Legislation: The Logic of Modern International Lawmaking**, Chicago Journal of International Law, 2014, Vol 14, No. 2, pp. 558-624.
26. Palmer, G., **New Ways to Make International Environmental Law**, AJIL, 1992, Vol. 86, pp. 259-283.

27. Ratner, Steven R. & Anne-Marie Slaughter, **Symposium on Method in International Law; Appraising the Methods of International Law: A prospectus for Readers**, AJIL, 1999, Vol. 93, pp. 291-303.
28. Raustiala, Kal, **Refining the Limits of International Law**, GA. J. INT'L & COMP. L, 2006, Vol. 34, pp. 1-21.
29. Roberts, A. & Sivakumaran, S., **Lawmaking by Non-state Actors: Engaging Armed Groups in the Creation of International Humanitarian Law**, The Yale Journal of International Law, 2012, Vol. 37, No. 1, pp. 107-152.
30. Shelton, Dinah, **Normative Hierarchy in International Law**, AJIL, 2006, Vol. 100, pp. 291-324.
31. Swart, Mia, **Judicial Lawmaking at the ad hoc Tribunals: The Creative Use of the Sources of International Law and 'Adventurous Interpretation'**, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2010, ZaöRV 70, pp. 459-486.
32. Venzke, Ingo, **Contemporary Theories and International Lawmaking**, ACIL Research Paper, 2014, No. 2013-23, pp. 1-27.
33. Wolfrum, Rüdiger, **Sources of International Law**, MPEPIL, 2011, pp. 1-19.

C) Cases

34. **Armed Activities on the Territory of the Congo**, (DRC v. Rwanda), ICJ Reports, 2006.
35. **East Timor**, (Portugal v. Australia), ICJ Reports, 1995.
36. **Fisheries Case**, (UK v. Norway), ICJ Reports, 1951.
37. **Fisheries Jurisdiction Case**, (United Kingdom v. Iceland), ICJ Reports, 1974.

D) Documents

38. **A more secure world: Our shared responsibility**, Report of the UN's High Level Panel on Threats, Challenges and Change, 2003.
39. **UNGA Res. 55/2**, 2000.
40. **UNGA Res. 60/1**, 2005.