

تحلیلی ساختاری از نقش دادگاه‌های بین‌المللی در توسعه حقوق بین‌الملل

علی‌اکبر سیاهپوش*

تاریخ دریافت: ۹۹/۰۵/۲۵

تاریخ پذیرش: ۹۹/۰۹/۲۶

چکیده

اگر سامانه حقوق بین‌الملل به‌عنوان مجموعه قواعدی معرفی شود که حاکم بر شکل‌گیری و تحول قواعد جاری در جامعه بین‌المللی است، آنگاه بررسی جایگاه هر مؤلفه در این سامانه متأثر از شناخت جایگاه آن در جامعه خواهد بود. نوشتار حاضر به بررسی ماهیت جامعه بین‌المللی و تأثیر عنصر گوهری شناخت ماهیت آن در تعیین کارکرد هنجارین محاکم پرداخته، تلاش دارد عناصر توجیه‌کننده منزلت محاکم در جامعه بین‌المللی را تبیین نماید. تعبیر هنجارین از مفهوم جامعه بین‌المللی از طریق مفهوم «مرجعیت حقوقی» قابل توجیه است، لذا شناخت مرجعیت در حقوق بین‌الملل کلید شناخت جامعه بین‌المللی و فهم کارکرد نهادهای قضایی در این مرجعیت است. از آنجاکه تعاملی دائمی میان ساختار و کارکرد نهادها وجود دارد، این تعامل مستمر به‌واسطه گردش «معنی» در نظام‌های اجتماعی محقق و تضمین می‌شود. در نتیجه، نقش دادگاه‌های بین‌المللی در مرجعیت حقوقی تابعی است از مشارکت آنها در توسعه معنایی قواعد حقوق بین‌الملل. به همین دلیل، سلسله مراتبی میان دادگاه‌های بین‌المللی ایجاد می‌شود که بازتابی از سلسله مراتبی نظام معنایی خواهد بود.

کلیدواژگان:

اساسی‌گرایی، توسعه قضایی، دادگاه‌های بین‌المللی، مرجعیت حقوقی، مرجعیت معنایی.

* دانش‌آموخته دکتری حقوق بین‌الملل، دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول)
akbar.siahpoosh@gmail.com

مقدمه

با آنکه مسئله مشارکت نهادهای قضایی در توسعه نظام حقوقی موضوع مباحث علمی و نظری فراوان بوده، «توسعه ساختاری» نظام حقوقی کمتر مورد توجه پژوهشگران قرار گرفته است. پرداختن به تحولی ساختاری که توسط محاکم بین‌المللی در نظام حقوق بین‌الملل به وجود می‌آید، بدون در نظر گرفتن مؤلفه‌های ساختاری مؤثر بر این تحول، ممکن نخواهد بود. بررسی این مؤلفه‌های ساختاری از آن نظر دارای اهمیت است که آنها هم سازنده عناصر کارکردی نهادهای قضایی‌اند و هم در عین حال سازنده معماری این ساختار محسوب می‌شوند. لذا نوشتار حاضر بررسی «نقش» دادگاه‌ها در توسعه حقوق بین‌الملل را از رهگذر بررسی مؤلفه‌های مؤثر بر این «نقش» ممکن می‌داند.

با در نظر داشتن هم‌آیی همیشگی «نقش» و «ساختار»، می‌توان گفت بررسی اثر دو مؤلفه اساسی در هر ساختار برای فهم تحولات ساختاری حیاتی است؛ این دو مؤلفه ساختاری عبارت‌اند از: «نسبت ایستا» و «نسبت پویا» میان محاکم بین‌المللی و دیگر عناصر ساختاری حقوق بین‌الملل. «نسبت ایستا» از منزلت محاکم در ساختار مرجعیت‌هنجاری حقوق بین‌الملل سخن می‌گوید؛ در مقابل، «نسبت پویا» به بررسی محمول‌های ساختاری می‌پردازد که با تکیه بر آنها شکل‌گیری و تعامل دادگاه‌های بین‌المللی و دیگر عناصر ساختاری ممکن می‌گردد. با آنکه بررسی دو نسبت ایستا و پویا امکان مطالعه تحول ساختاری را در کنار شناخت ساختار این تحول ممکن می‌گرداند، مقاله حاضر خود را به بررسی «نسبت ایستا» محدود کرده است. لذا، این نوشتار به بررسی موشکافانه مبانی شکل‌گیری و رویه قضایی دادگاه‌های بین‌المللی در فرایند اکتشاف رَشحات و آثار مفهوم «ارزش» در جامعه بین‌المللی نیز نمی‌پردازد؛ چراکه این مسئله سوای از آنکه مجال بسیار فراخ‌تر از قالب یک مقاله می‌طلبد تا بتوان حق مطلب را ادا نمود، هم به حوزه «نسبت پویا» و هم به یک پرسش اساسی کاملاً متفاوت مربوط می‌شود که باید در پژوهشی مستقل بررسی گردد.

به باور نوشتار حاضر، عناصر «نسبت ایستا» از عناصر و ویژگی‌های مفهوم مرجعیت‌هنجاری متأثر گشته‌اند. به همین دلیل، برای یافتن مقام و منزلت دادگاه‌ها باید به بررسی ماهیت جامعه

بین‌المللی پرداخته و رابطه گویا اساسی در تعیین ماهیت این جامعه را با جایگاه محاکم بین‌المللی در مرجعیت هنجاری حقوق بین‌الملل، بررسی نمود. بنابراین، می‌توان با بررسی مشارکت ساختاری دادگاه‌های بین‌المللی در تبیین و پاسداری از ارزش گوهری متعلق به جامعه بین‌المللی، منزلت این محاکم را در سامانه حقوق بین‌الملل نشان داد. چنین مطالعه‌ای متضمن پذیرش این اصل اساسی و بنیادین است که «حقوق» پدیداری ذهنی است که تماماً در قالب «زبان» تجلی می‌یابد؛ از این رو در نظر داشتن ویژگی‌های زبانی حقوق می‌تواند جنبه‌هایی از نقش نهاد قضایی در توسعه حقوق را روشن سازد؛ ویژگی‌هایی که شاید در پژوهش‌های متداول کمتر به آنها توجه شده است.^۱ بر مبنای این فرض اساسی، حقوق به مثابه یک «نظام اجتماعی» در موسع‌ترین تعبیر خود، به عنوان یک «نظام معنایی» تلقی شده است؛^۲ اگر «نظام معنایی» به عنوان «شالوده» نظام حقوقی پذیرفته شود، آنگاه نقش دستگاه قضایی در سیستم حقوقی برجسته می‌گردد.

سؤال اساسی این مقاله آن است که در این نظام معنایی، جایگاه ساختاری دادگاه‌های بین‌المللی در جامعه بین‌المللی را با اتکا به چه معیاری می‌توان شناخت؟ و آثار هنجارین این جایگاه در کارکرد محاکم چیست؟ میزان مشارکت دیوان‌های بین‌المللی در عینیت‌بخشی به

۱. ژان کریونیه رابطه جدایی‌ناپذیر «حقوق» و «زبان» را مورد توجه قرار می‌دهد و معتقد است هر دو پدیداری اجتماعی با خصلتی غالباً عرفی هستند که از ویژگی «هنجاری» و «محدودکننده» برخوردارند.
Carbonnier, Jean, *Droit civil, Introduction*, Paris: Presses Universitaires de France, 1999/2004, p.44 :

برای مطالعه‌ای مفصل در این خصوص ر.ک:

Marmor, Andrei, Scott Soames, *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford: Oxford University Press, 2011.

۲. نظریه سیستمی نیکلاس لومان قائل به خودزا (Autopoietic) بودن سیستم‌هاست؛ یعنی هر سیستم اجزای تشکیل‌دهنده خود، از جمله مرز تعیین‌کننده میان سیستم و محیط، را خود به وجود می‌آورد؛ لومان از این نظر میان سیستم‌های ارگانیک، روانی و اجتماعی تمایز قائل می‌شود. به عقیده او «حیات» ابزار خودزایی سیستم‌های ارگانیک است و «معنی» (Meaning) ابزار سیستم‌های اجتماعی و روانی است. با آنکه لومان میان خودزایی «حیات، خودآگاهی و ارتباط» تمایز قائل شده و آنها را مانع‌الجمع می‌داند، اما او معنی را «دستاورد مشترک» (Common Achievement) سیستم‌های اجتماعی و روانی معرفی می‌کند که نظم آنها را سامان داده و صورتی غیرقابل اجتناب و غیرقابل انکار از پیچیدگی‌ها و خودارجاعی (Self-Reference) آنهاست. برای آشنایی با اندیشه‌های لومان ر.ک:

Ritzer, George, *Sociological Theory*, Eighth Edition. New York: The McGraw Hill Companies, Inc., 2011.

ماهیت جامعه بین‌المللی کلید فهم منزلت ساختاری محاکم در حقوق بین‌الملل و مشارکت آنها در مرجعیت حقوقی این نظام است. برای تحقق این هدف، ابتدا تلاش خواهد شد گوهر اساسی در تعریف جامعه بین‌المللی از میان رویکردهای مختلف معرفی شود. پس از آن به ترتیب، به رابطه این گوهر اساسی با مرجعیت حقوقی در حقوق بین‌الملل و نقش دادگاه‌های بین‌المللی در این مرجعیت حقوقی پرداخته می‌شود.

۱. نقش «ارزش» در تعیین ماهیت جامعه بین‌المللی

نگاه دقیق‌تر به رویکردهای متعدد در خصوص مفهوم جامعه بین‌المللی^۱ نشان می‌دهد، مفهوم کلیدی در تمام این رویکردها وجود «ارزش‌های مشترک» و نقش آنها در فهم جهت‌ی

۱. به‌طور کلی در نظریات حقوقی به پنج تعریف از «جامعه بین‌المللی» اشاره شده است: ۱) «جامعه بین‌المللی» در تعریف سنتی خود به‌عنوان جامعه دولت‌ها تعریف شده است.

Mosler, H., *The International Society as a Legal Community*, Sijthoff/Noordhoff, Alphen aan der Rijn, 1980, p.1.

طرفداران این رویکرد به دو کنوانسیون حقوق معاهدات ۱۹۶۹ و ۱۹۸۶ استناد می‌کنند که هر دو در متنی مشابه، اصطلاح «جامعه بین‌المللی دولت‌ها» را به‌کار برده‌اند؛ ۲) دومین تعریف از این اصطلاح با توجه و تأکید بر وصف جمعی آن، یعنی عبارت «در کلیت خود» ارائه شده است و بر وجود مستقل این جامعه مبتنی است. خلق این واحد مستقل به‌واسطه یک عامل ادغام‌کننده رخ داده که عناصر آن را به هم پیوسته است؛ عناصری که الزاماً دارای هم‌خوانی نیستند. در نتیجه علی‌رغم به وجود آمدن این کلیت، اعضای آن وجود مستقل خود را حفظ می‌کنند؛ ۳) معنای دیگر «جامعه بین‌المللی» نهادها و سازمان‌هایی هستند که دارای عضویت جهانی باشند؛ همچون ملل متحد؛

Jackson, R., *The Global Covenant: Human Conduct in a World of States*, Oxford: Oxford University Press, 2003, p.344.

۴) در خصوص دیگر معنایی که برای «جامعه بین‌المللی» استفاده می‌شود باید گفت، به‌کارگیری واژه جامعه بجای اجتماع می‌تواند بیانگر گرایش برای افزودن معنای «همبستگی» به این واژه باشد. از آنجاکه تنها واژه جامعه به کار رفته است، هنوز روشن نیست که آیا این واژه حاوی چنین معنای ضمنی هست یا خیر. اگر حاوی چنین معنایی باشد، می‌توان آن را معادل موسع‌ترین معنای ممکن یعنی دربرگیرنده تمام مردم جهان دانست. مهم‌ترین وجه این رویکرد به تعریف «جامعه بین‌المللی» تأثیرپذیری آن از رشد گفتمان حقوق بشر و توجه به اثر آن بر تمام نظام حقوق بین‌الملل است؛

Domingo, R., *The New Global Law*, New York: Cambridge University Press, 2010, p.11.

۵) دیگر رویکرد قابل‌ملاحظه به «جامعه بین‌المللی» از این اصطلاح برای اشاره به مفهومی استفاده می‌کند که هنوز به وجود نیامده است، یعنی یک مفهوم تهی. لذا ضروری نیست تا صورتی حقوقی، حقیقی یا نهادین داشته باشد. در این تعریف «جامعه بین‌المللی» شامل قواعد، آیین‌ها و سازوکارهایی است که برای حفاظت از منفعت جمعی بشریت بر مبنای ارزش‌های مشترک ایجاد شده‌اند؛

Tomuschat, C., "International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century", 281 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* 9, 1998:88.

برای مطالعه مفصل ر.ک. ←

است که «نظام بین‌المللی» درپیش گرفته است.^۱ درخصوص ماهیت «ارزش» در جامعه بین‌المللی دو رویکرد اتخاذ شده است: نخست، رویکرد ذهنی که رویکردی غیرشناختی به ارزش است و آن را همواره محصول فرایند ارزشیابی^۲ می‌داند که در یک زمان و مکان خاص رخ می‌دهد؛ لذا ارزش‌ها محصول فرایند مستمر اکتشاف یا خلق توسط انسان بوده، در نتیجه نسبت به جامعه دارای نسبیّت هستند.^۳ دوم، رویکرد عینی که ارزش را مفهومی ایستا و خودبسنده می‌داند که فارغ از اراده بشر یا بسترهای تاریخی و فرهنگی قرار دارد؛ این رویکرد شناختی معتقد است ارزش‌ها را می‌توان به صورت علمی مورد مطالعه قرار داد.^۴

از نظر بسیاری، برای ارائه هرگونه تعریفی از نظم در جامعه بین‌المللی، الزاماً حقوق بین‌الملل را باید در مرکز این طرح قرار داد؛ چراکه می‌توان گفت هر جا معیارهای حقوقی پذیرفته شده به صورت جهانی شکل گرفته، ارزش‌های مشترک نیز شکل گرفته‌اند.^۵ در اینجا مسئله‌ای که مطرح می‌شود، آن است که برای یافتن ارزش یا آثار آن در جامعه بین‌المللی چه معیاری را می‌توان به کار برد؟ درواقع، پرسش آن است که تجلی حقوقی ارزش در جامعه چگونه ایجاد

←Widlak, Tomasz H., *Wspólnota międzynarodowa*, Gdańsk:Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, 2012, Eng. Trans. by the Original Author, *From International Society to International Community*,Gdańsk:Gdańsk University Press, 2015.

۱. در مورد وجود ارزش‌های مشترک در جامعه بین‌المللی دو پرسش قابل طرح است: ۱) چه نوع ارزش‌هایی مشترک محسوب می‌شوند؟ ۲) چرا و چگونه این ارزش‌ها توسط اعضای جامعه مشترک دانسته می‌شوند؟ سؤال نخست به بُعد ایستای ارزش در جامعه می‌پردازد؛ درحالی که سؤال دوم به بُعد پویای آن توجه دارد.

Buzan, Barry, *From International to World Society? English School Theory and the Social Structure of Globalisation*,Cambridge:Cambridge University Press, 2004,p.152.

2. Evaluation

3. Aksjologia, P. Sut, "a prawo" [in:] *Leksykon współczesnej teorii i filozofii prawa, 100 podstawowych pojęć*, ed. Zajadło J., C.H. (Warszawa: Beck, 2007),p.4, cited by Tomasz H. Widlak, *op.cit.*,p.52.

۴. این مفهوم به فرایند ارزشیابی اشاره می‌کند نه به محصول آن، یعنی فرایندی که متناسب کردن ارزش‌هایی خاص به یک پدیدار را مدنظر قرار می‌دهد، لذا از خود محتوای ارزش مجزاست.

Zimmerman, M. J., "Intrinsic vs. Extrinsic Value", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2015 Edition), Edward N. Zalta (ed.),URL=<https://plato.stanford.edu/archives/spr2015/entries/value-intrinsic-extrinsic/>(lastvisit: 06.16, 2020.)

5. Arend, A. C., *Legal Rules and International Society*,Oxford:Oxford University Press, 1999,p.192.

وی ارزش حداقلی ناشی از وجود قواعد را «تلقی نظم به‌عنوان یک ارزش» از سوی دولت‌ها می‌داند. همچنین منظور او از نهاد، وجود سازوکارهایی دائمی برای خلق قواعد است؛ به‌گونه‌ای که اختلافات دولت‌ها تنها در مورد یک قاعده خاص به وجود می‌آید، نه فرایند خلق قاعده.

می‌شود و چگونه مشاهده می‌گردد؟ در پاسخ می‌توان گفت نقطه تلاقی «ارزش» به‌مثابه یک مفهوم برون حقوقی، و «قاعده» به‌مثابه جزء سازنده یک نظام حقوقی، مفهوم «اساسی‌گرایی»^۱ در حقوق بین‌الملل است.

۲. تجلی «ارزش» در قالب اساسی‌گرایی

اصطلاح «اساسی‌گرایی» می‌تواند در هر نظام حقوقی دارای معنایی خاص باشد. این مسئله در مورد سیاق سیاسی و اجتماعی که این اصطلاح در آن به کار برده می‌شود، نیز صادق است. اما عقیده غالب آن است که در سیاق حقوقی، این اصطلاح بیانگر رویکردی است که با «مشروعیت‌بخشی به صلاحیت‌ها»^۲ که با فرایند «اساسی‌سازی» همراه‌اند، ارتباط دارد. در واقع فرایند «اساسی‌گرایی» در حقوق بین‌الملل به‌مثابه تحولی در ساختار این حقوق از «حقوق ملل»^۳ به حقوق «جامعه بین‌المللی» است که با ایجاد سلسله‌مراتب موجب تغییر از هم‌زیستی، به همکاری و سپس اساسی‌گرایی شده و با زایش «جامعه ارزش‌ها»^۴ در فضای تکثرگرایی بین‌المللی، همراه بوده است.^۵

به نظر می‌رسد صرف‌نظر از آنکه کدام رویکرد به اساسی‌گرایی مدنظر قرار گیرد، اساسی‌گرایی در گوهر خود به معنی وجود مرتبه‌ای از «حقوق اساسی» در حقوق بین‌الملل است که ظاهراً مأموریت مدیریت «امر عمومی» در عرصه بین‌المللی بر عهده آن خواهد بود. از این‌رو، مفهوم اساسی‌گرایی با فرض وجود یک «قانون اساسی» جهانی همراه بوده است. قانون اساسی معمولاً در ساده‌ترین تعریف خود به‌عنوان تعیین بنیان‌های نهادین یک دولت، یا قواعد و

1. Constitutionalism

2. "Legitimization of Jurisdictions", Peters, A., "Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures", 19 *Leiden Journal of International Law* 3, 579, 2006:579.

3. *ius inter gentes*

4. Community of Values

5. Ibid., p.580.

با این حال، غیرمتمركز بودن جامعه بین‌المللی، فقدان همبستگی واقعی در جامعه بین‌المللی قراردادی و گسستگی جامعه قراردادی موجب تفاوت جامعه ملی که حول ارزش‌هایی اساسی مندرج در قانون اساسی شکل می‌گیرد، با جامعه بین‌المللی در مفهوم قراردادی خود، می‌شود. ر.ک. فلسفی، هدایت‌الله، **سیر عقل در منظومه حقوق بین‌الملل، اصول اساسی روش‌شناسی در حقوق بین‌الملل**، تهران: فرهنگ نشر نو، ۱۳۹۶، صص. ۴۲۳-۴۱۲.

رویه‌هایی که معرف ترکیب و کارکرد ارکان دولت و حاکم بر روابط میان اشخاص و دولت است، فهمیده می‌شود.^۱ با آنکه وجود چنین نهادی در حقوق بین‌الملل همواره تکذیب شده یا محل تردیدهای فراوان بوده است، بسیاری از وجود یک قانون اساسی جهانی در حقوق بین‌الملل سخن گفته‌اند. به‌طور کلی، می‌توان دیدگاه‌های موجود در این خصوص را به دو دسته کلی تقسیم کرد: دسته نخست قائل به وجود یک قانون اساسی شکلی همپای نظام‌های حقوقی داخلی‌اند^۲ و دسته دوم با قبول دشواری‌های موجود در حقوق بین‌الملل برای پذیرش یک قانون اساسی شکلی، از وجود یک قانون اساسی ماهوی سخن گفته‌اند که دارای همان آثار و کارکردهاست.^۳

1. See: Venn Dicey, Albert, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, University of California Libraries, 1889/1915, pp.22-23.

۲. برخی قائل به وجود یک قانون اساسی شکلی برای حقوق بین‌الملل هستند و منشور ملل متحد را به‌عنوان تجلی آن در حقوق موضوعه عنوان می‌دارند. طرفداران این نظر معتقدند منشور ابتدایه‌ساکن به‌عنوان قانون اساسی جهان پس از جنگ نگاشته شد، اما تنها به دلایل سیاسی آن را در لوای یک «معاهده» گنجانند. از نظر ایشان، انتخاب نام «منشور» برای این معاهده فی‌نفسه بیانگر «اهمیت اساسی» آن است و معتقدند منشور ملل متحد برخی از خصوصیات قوانین اساسی شکلی را از منظر رویکرد کارکردگرا دارا است، ر.ک.

Fassbender, B., *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, London: Brill Academic Publishers, 2009; Dunoff, Jeffrey L., & Joel P. Trachtman, "A Functional Approach to International Constitutionalization" in Dunoff, Jeffrey L., & Joel P. Trachtman, (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 3-35.

در مقابل، برخی معتقدند منشور نه‌تنها بیانگر قاعده‌اساسی برای یک قانون اساسی جهانی نیست، بلکه تنها بازتابی از پراکندگی نظام حقوق بین‌الملل است.

Doyle, M. W., "The UN Charter: a Global Constitution?," in Dunoff, Jeffrey L., & Joel P. Trachtman, (eds.), *op.cit.*, pp.113-114.

این امر بدان دلیل است که معنای اصطلاحی واژه «اساسی» با معنای عرفی آن ملبس شده است؛ در نتیجه منشور یا یک سند تأسیس است یا سندی است که گویای وضع جامعه بین‌المللی است؛ یعنی منشور قوت و ضعف جامعه بین‌المللی را به نمایش درمی‌آورد. ر.ک. فلسفی، هدایت‌الله، *حقوق بین‌الملل معاهدات*، ویراست سوم، تهران: فرهنگ نشر نو، ۱۳۹۱، ص. ۳۳.

۳. رویکرد ماهوی به وجود یک قانون اساسی جهانی معتقد است؛ «حقوق اساسی جهانی» متعلق به یک جامعه جهانی، جایگزین «قانون اساسی جهانی» شده است. این حقوق اساسی به‌عنوان مجموعه‌ای از قواعد ماهوی و شکلی برتر در حقوق بین‌الملل تعریف می‌شود که بنیانی الزام‌آور را برای رژیم‌های خاص و قواعد حقوق بین‌الملل فراهم می‌کند.

Besson, S., "Whose Constitution(s)? International Law, Constitutionalism, and Democracy", in Dunoff, Jeffrey L., & Joel P. Trachtman, (eds.), *op.cit.*, p.387.

قانون اساسی ماهوی به مهم‌ترین معیارهای اساسی حاکم بر کارکرد جامعه بین‌المللی در معنای موسع خود که تنها شامل دولت‌ها نمی‌شود، نظر دارد؛ بنابراین بسیاری از این قواعد می‌توانند در زمره قواعد عرفی و نانوشته باشند.

Peters, A., "Compensatory Constitutionalism," *op.cit.*, pp.582, 585.

از منظر صوری، قانون اساسی یک فرایند قانون‌گذاری یا نتیجه آن است که خصیصه اصلی آن وجود یک «مرجع عالی حقوقی» و بیانگر سلسله‌مراتب در یک نظام حقوقی است؛ وجه عالی این فرایند یا قانون به واسطه وجود همین مرجع، یعنی وجود شورای قانون اساسی، و تعیین راهکارهای ویژه برای تصویب یا تغییر آن تعریف می‌شود.^۱ اما مهم‌تر از آن، محتوای این قانون است که به آن اهمیتی دوچندان می‌دهد. بر اساس تحول تاریخی، وجود قواعدی در مورد حقوق بنیادین و نیز پیش‌بینی تضامین نهادین در مورد آنچه بعدها با عنوان «حکومت قانون» شناخته شد، در ظهور نخستین قوانین اساسی تأثیر داشته‌اند.^۲ از آنجاکه تمایز میان مفهوم صوری و ماهوی قانون اساسی غیرممکن می‌نماید،^۳ در مفهومی موسع، به نظر می‌رسد قانون اساسی مفاهیمی فراتر از تعیین حقوق بنیادین را شامل می‌شود که تعیین‌کننده مشروعیت سیاسی یک نظام حقوقی هستند، یا قواعد اساسی را برای تنظیم روابط میان ارکان سیاسی در عرصه‌های اجتماعی و اقتصادی مشخص می‌کنند، یا آنکه حد و حدود توسل به زور را، به‌عنوان رکن قدرت سیاسی یا نماینده جامعه ملی، تعیین می‌نمایند.^۴ از همین رو، به اعتقاد برخی، قانون اساسی در موسع‌ترین مفهوم خود معیاری حقوقی است که یک سازمان سیاسی را نظم بخشیده، نهادین می‌کند. در این صورت، قانون اساسی نه یک متن حقوقی، بلکه یک قاعده اساسی و برتر^۵ است

1. Peters, A., "Global Constitutionalism Revisited", *International Legal Theory*, vol. 11, 2005pp:43-46.

2. Krygier, Martin, "Rule of Law" in Rosenfeld, Michel, & András Sajó(eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford:Oxford University Press, 2012,p.236.

در میان فلاسفه حقوق توجه به‌صورت و شکل قانون اساسی نیز دارای اهمیت بوده است. برای مثال هارت از «اصول قانونی بودن» (Principles of Legality) سخن می‌گوید:

Hart, H. L. A., "Problems of Philosophy of Law", in Edwards, Paul (ed), *The Encyclopedia of Philosophy*, vol, V, NewYork:Macmillan 1967,p.274 .

و فولر از اخلاق ذاتی حقوق (Internal Morality Of Law) نام برده است:

see: Fuller, Lon, *The Morality of Law*, New Haven:Yale University Press, 1965 .

به‌طور خلاصه می‌توان گفت حکومت قانون به معنی تبدیل قدرت به صلاحیت نهادینی است که با حقوق محصور شده است و استقرار آن به ایجاد سلسله‌مراتب میان قواعد حقوقی منوط است. ر.ک فلسفی، هدایت‌الله، **صلاح**

جاویدان و حکومت قانون، دیالکتیک همانندی و تفاوت، تهران: فرهنگ نشر نو، ۱۳۹۰، صص. ۳۸-۴۱.

3. Paulus, A. L., "The International Legal System as a Constitution", in Dunoff, Jeffrey L., & Joel P. Trachtman,(eds.), *op. cit.*, pp.87-88.

4. Peters, A., "Compensatory Constitutionalism" *op. cit.*, p.585.

5. *Grundnorm*

که منبعی برای مشروعیت و نظم در هر نظام سیاسی تلقی می‌شود.^۱ اما «اساسی‌گرایی» صرفاً به معنی وجود یک قانون اساسی نیست، بلکه بیانگر فضایی است که وجود «حقوق اساسی» را میسر می‌سازد.^۲

گوهر اساسی‌گرایی اعتقاد به وجود اولویت و برتری قانون اساسی در برابر دیگر قواعد الزام‌آور است و همچنین می‌تواند بدان معنی باشد که اعتقاد به اساسی‌گرایی به معنی مقید بودن به وجود فرایندی است که به توسعه نظم اصولی در یک سامانه حقوقی منجر می‌شود، یا آنکه می‌توان آن را به معنی تقویت و تبلیغ اساسی‌گرایی به‌عنوان روشی برای تفکر حقوقی دانست.^۳ بنابراین می‌توان گفت در حقوق بین‌الملل، اساسی‌گرایی بیانگر وجود نوعی مرحله گذار به سمت یک قانون اساسی جهانی و این به معنی وجود یک تحوّل پویا در حقوق بین‌الملل است.^۴ برخی معتقدند چنین تحوّل الزاماً به تولد یک قانون اساسی ثابت در بنیان روابط بین‌المللی منجر نمی‌شود؛ با این حال صرف وجود چنین فرایند بی‌انتهایی را می‌توان نوعی «اساسی‌گرایی» در حقوق بین‌الملل تلقی کرد.^۵

1. Besson, S., *op. cit.*, p.385.

از نظر او، پذیرفتن چنین رویکردی بدان معنی است که قانون اساسی می‌تواند به اشکال مختلف تجلی یابد؛ یعنی یک الگوی نظری صرف از انتظام سیاسی یا نوعی ویژه از یک جهان‌بینی که به یک نظریه حقوقی ختم می‌گردد. همچنین او معتقد است در سنت آنگلو ساکسون قانون اساسی دارای دو مؤلفه است: (۱) بیانگر حقوق فردی و مبنای مشروعیت حقوقی برای نظام سیاسی است؛ (۲) رجوع به قانون اساسی برای تضمین این حقوق انجام می‌شود.

2 Tsagourias, N., "Introduction: Constitutionalism: A Theoretical Roadmap", in Tsagourias, N., (ed.), *Transnational Constitutionalism: International and European Models*, New York: Cambridge University Press, 2007, p.1.

در این تعبیر، قانون اساسی علت وجودی مفاهیم بنیادین حقوق نیست، بلکه این مفاهیم بنیادین حقوق هستند که ریشه و مبنای قانون اساسی محسوب می‌شوند. فلسفی، هدایت‌الله، *حقوق بین‌الملل معاهدات*، پیشین، ص. ۴۷.

3 Peters, A., & K. Armingeon, "Introduction: Global Constitutionalism from an Interdisciplinary Perspective", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 16, no. 2, 2009: p389.

۴ در تعبیری پدیدارشناختی، «قانون اساسی» (Constitution) را می‌توان هم فرایند خلق معنی و هم نتیجه آن دانست؛ لذا، در هر لحظه فهم ما از آن چیزی نیست جز انباشت جریان‌های ذهنی که آن را «برساخته» (Constituted) کرده‌اند. در این معنی، قانون اساسی برخلاف قوانین عادی، فاقد «داده‌بودگی» (Given-ness) مورد استفاده در منطق صوری است که بر اساس آن بتوان با تکیه بر استنتاج (Deduction) و شمول (Subsumption)، محمول را بر موضوع حمل کرد؛ به همین دلیل، قانون اساسی فاقد گزاره‌های شرطیه مستقیم است. برای مطالعه مفهوم Constitution در آموزه‌های ادمون هوسرل ر.ک.

Sokolowski, Robert, *The Formation of Husserl's Concept of Constitution*, Netherlands: Springer, 1970.

5. Peters, A., "Compensatory Constitutionalism", *op. cit.*, p.581.

منبع شکلی این قاعده برتر را باید در «جامعه» بین‌المللی یافت و همین «جامعه» است که قواعد «عام» را به قواعد «آمره» تبدیل می‌سازد. براین اساس، به باور برخی صاحب‌نظران، قانون اساسی جامعه بین‌المللی یک قانون نانوشته است که نتیجه فرایند پویا و مداوم ظهور قواعدی است که به «حقوق بین‌الملل عام»^۱ تعلق دارند. این «قانون اساسی» قواعدی^۲ است که «دادگاه قانون اساسی» یا مرجعی هم‌منزلت با آن، مفهوم آن را به تدریج استنباط می‌کند و به جامعه عرضه می‌دارد.^۳ در واقع می‌توان گفت ماحصل انقلابی که در عرصه حقوق بین‌الملل به وجود آمده، آن است که فرایند عینیت‌بخشی به ارزش‌های جامعه بین‌المللی از رهگذر رسیدگی قضایی، به مأموریت دادگاه‌های بین‌المللی تبدیل گشته است.^۴

در رابطه میان ارزش‌های جامعه بین‌المللی و نهادهای قضایی توجه به چند نکته ضروری است: نخست آنکه گرچه تمام نهادهای قضایی در تبیین و روشن ساختن ارزش‌های جامعه ایفای نقش می‌نمایند، اما نمی‌توان گفت که نقش آفرینی آنها به یک اندازه است یا دارای نتایج و اهمیتی یکسان است. این مسئله ممکن است هم از نظر ترتیب و اولویت که میان ارزش‌های جامعه وجود داشته باشد، مورد توجه قرار گیرد و هم از منظر مأموریتی که به یک نهاد قضایی محول گشته است.^۵ دومین نکته قابل تأمل آن است، با آنکه مطالعه نظام (مفروض) ارزش‌ها

1. General International Law

2. Norms

۳. ر.ک. فلسفی، هدایت‌الله، *حقوق بین‌الملل معاهدات*، پیشین، صص. ۴۴ و ۴۵.

۴. الف رأس بر این باور است «تصمیم قضایی ضربان حیات حقوقی است». از این رو معتقد است: «منبع حقوق مؤلفه‌هایی کلی است که در حین تثبیت و تجسم‌بخشی به مضمون حقوق در تصمیم قضایی، قاضی را راهنمایی می‌کند.» (تأکیدها متعلق به متن اصلی است).

Ross, Alf, *A Textbook of International Law: General Part*, London: Longman, Green and Co., 2008, p.80 ;

هانس کلسن معتقد است: «بنیان هر سازمان حقوقی در یک جامعه‌ی حقوقی فرایند قضایی است».

Kelsen, H., *Peace Through Law*, Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1944, p.73.

در واقع، همان‌طور که فریدمن معتقد است، اگر مفهوم «جامعه بین‌المللی» یک مفهوم عینی در نظام حقوقی تلقی شود، محاکم بین‌المللی باید آن را به‌عنوان یک قاعده قابل اعمال، تفسیر و اعمال کنند.

Friedmann, W., *The Changing Structure of International Law*, London: Stevens & Sons, 1964, p.367.

۵. برخی معتقدند نقش نهاد قضایی در ایجاد انسجام حقوقی در حقوق بین‌الملل می‌تواند از ساختار دائمی یا موقت محکمه، قواعد ماهوی که در آن محکمه مورد رسیدگی قرار می‌گیرد و نیز از فرایند رسیدگی در محکمه تأثیر پذیرد. برای مطالعه بیشتر ر.ک.

Webb, Philippa, *Judicial Integration and Fragmentation in The International Legal System*, Oxford: Oxford University Press, 2013.

ممکن است یک مطالعه جامعه‌شناختی یا برون حقوقی باشد، بررسی نظام محاکم در یک سیستم حقوقی یک مطالعه درون حقوقی است. به همین دلیل شناخت نظام دادگاه‌ها، و شاید به تبع آن نظام ارزش‌ها، تنها از طریق شناخت «مرجعیت» حقوقی در یک نظام حقوقی ممکن خواهد بود. از این رو اگر این نکته پذیرفته شود که محاکم بین‌المللی در تبیین و شکل‌گیری ارزش‌های جامعه بین‌المللی ایفای نقش می‌کنند، بررسی جایگاه آنها در نظام حقوق بین‌الملل به کارکردی درون حقوقی مربوط می‌شود که به این محاکم سپرده شده است. مضافاً آنکه پذیرش چنین نقشی برای دادگاه‌های بین‌المللی الزاماً به معنی پذیرش الزام حقوقی برای استناد به رویه قضایی پیشین نیست. در واقع، با آنکه مفهوم جامعه ارزش‌های مشترک بر اساس اصل استمرار حیات جامعه شکل گرفته و در آموزه‌های صاحب‌نظران فلسفه سیاسی نیز آن را ناشی از ترس انسان از میرایی نوع بشر معرفی کرده‌اند، هنوز در حقوق بین‌الملل «رویه قضایی» (در معنای استمرار آرای دادگاه‌ها در زمان) به وجود نیامده یا وجود آن محل تردید است. بنابراین، نقش دادگاه‌ها در شکل‌گیری مفهوم «جامعه» را باید از چنین مفهومی تفکیک نمود.

می‌توان گفت نقش دادگاه‌های بین‌المللی در تجسم بخشیدن به معنای هنجارین مفهوم «جامعه بین‌المللی» از طریق فهم نقش این محاکم در «مرجعیت حقوقی» در نظام حقوق بین‌الملل روشن می‌شود؛ در واقع، نقش نهادهای قضایی بین‌المللی در توسعه نظام حقوق بین‌الملل ناشی از نقش آنها در مرجعیت حقوقی است؛ اما تعیین جایگاه دادگاه‌های بین‌المللی در مرجعیت حقوقی برگرفته از فهم ما از مفهوم «مرجعیت» است.

۳. مرجعیت حقوقی و جایگاه دادگاه‌های بین‌المللی در ساختار حقوق بین‌الملل

مسئله مرجعیت در حقوق بین‌الملل همچون هر نظام حقوقی دیگر، قابل تأمل بوده و این موضوع به دلیل پراکندگی قدرت در عرصه بین‌المللی به صورت ویژه مورد توجه حقوقدانان قرار گرفته است. می‌توان مسئله مرجعیت در حقوق بین‌الملل را به دو مفهوم کلی «مرجعیت حقوق بین‌الملل» و «مرجعیت در حقوق بین‌الملل» تقسیم کرد. مفهوم نخست به رابطه میان تعهدات ناشی از حقوق بین‌الملل به عنوان یک نظام حقوقی مستقل و نظام‌های داخلی می‌پردازد^۱

1. See: Çalı, Başak, *The Authority of International Law: Obedience, Respect, and Rebuttal*, Oxford: Oxford University Press, 2015, pp.130-158 (Chp IV: Beyond Monism and Dualism).

و مفهوم دوم تلاش دارد با توجه به ویژگی‌های حقوق بین‌الملل، به پرسش‌هایی که حول مفهوم مرجعیت در هر نظام حقوقی مطرح می‌گردد، پاسخ دهد. با این هدف، برخی از اعمال رویکرد «حقوق عمومی» در حقوق بین‌الملل دفاع می‌کنند.^۱ درمقابل می‌توان گفت اگر مرجعیت حقوقی ریشه در جامعه بین‌المللی دارد، آنگاه عنصر گوهری در تعیین ماهیت این جامعه نقشی تعیین‌کننده در فهم ماهیت مرجعیت حقوقی خواهد داشت؛ به همین دلیل، «ارزش» تعیین‌کننده ماهیت مرجعیت حقوقی در حقوق بین‌الملل خواهد بود. در این صورت، مفهومی از مرجعیت باید پذیرفته شود که در تجسم بخشیدن به ارزش دارای نقشی اساسی است.

۳.۱. «معنی» به‌مثابه گوهر اساسی در تعیین ماهیت «مرجعیت» در حقوق بین‌الملل

در کنار رویکردهای متفاوت به حقوق عمومی در حقوق بین‌الملل، سه تعبیر متفاوت از مفهوم «مرجعیت»، به معنی تأثیرگذاری بر رفتار مخاطبان، در حقوق بین‌الملل معرفی شده است که شامل مرجعیت مبتنی بر تبعیت، مکانیسم‌های حقوق نرم مبتنی بر گردآوری داده‌ها، و مرجعیت معنایی می‌شود.^۲ این نوشتار معتقد است از این میان، مرجعیت معنایی با گوهر اساسی در تعیین ماهیت جامعه بین‌المللی قرابت بیشتری دارد.

۱. در این خصوص، سه رویکرد عمده نهادگرایی، اساسی‌گرایی و رویکرد حقوق اداری در میان نظریات مختلف معرفی شده است. نهادگرایی بر مفهوم سازمان‌های بین‌المللی به‌عنوان تابعان حقوق بین‌الملل و تبیین چارچوب حقوقی برای روابط بیرونی و درونی آنها، تمرکز دارد. اساسی‌گرایی در حقوق بین‌الملل، در پاسخ به فقدان توجه کافی به فرد در رویکرد نهادگرایی، بنیان‌های خود را بر آزادی‌های فردی و حق بر تعیین سرنوشت بنا نهاده است. حقوق اداری جهانی نیز معتقد است اصول حقوق اداری همچون شفافیت، مشارکت، بازبینی و نظارت و ... قابل تسری به عرصه بین‌المللی است. برخی از زاویه‌های نهادهایی که در این «خدمت عمومی» دخیل هستند، تلاش دارند تعریفی از آن ارائه نمایند. بنابراین میان دو اصطلاح حقوق اداری جهانی و حقوق اداری بین‌المللی تمایز قائل می‌شوند. مفهوم نخست به معنی معیارهای حقوق اداری است که به‌صورت جهانی اعمال می‌شود و مفهوم دوم به معنی مجموعه قواعد ناظر بر روابط اداری در سطح بین‌المللی است. برای مطالعه ر.ک.

Von Bogdandy, A., et al, "From Public International to International Public Law: Law: Translating World Public Opinion into International Public Authority", *MPIL Research Paper Series No. 2016-02*, 2016.

۲. «مرجعیت مبتنی بر تبعیت» که می‌توان آن را با رویکرد «نهادگرایی» متناظر دانست، می‌تواند در قالب سازوکارهای تحمیلی اقتصادی باشد. در این تعبیر توسل به اقدام‌های متقابل در عرصه تجاری یا بهره‌گیری از احکام قضایی بین‌المللی یا داخلی در مقابله با نقض یک تعهد بین‌المللی می‌تواند مؤثر باشند. «مرجعیت مبتنی بر گردآوری داده‌ها» که می‌توان آن را با رویکرد «حقوق اداری جهانی» متناظر دانست، با تأکید بر وجه روان‌شناختی مفهوم «مرجعیت»، از طریق گردآوری، پردازش و بازتوزیع داده‌ها بر فرایندهای سیاست‌گذاری تأثیر می‌گذارد. ر.ک. ←

برخی معتقدند: «مرجعیت معنایی» که می‌توان آن را با رویکرد «اساسی‌گرایی» در حقوق بین‌الملل متناظر دانست، بیانگر ماهیت گفتمانی نظام حقوقی است که خود را در یک «قالب استدلالی» نمودار می‌سازد.^۱ این گفتمان استدلالی در صحنه رسیدگی‌های قضایی به اختلاف‌های حقوقی ظهور می‌یابد؛ چراکه رویه قضایی بیانگر «انتظارات مشروع» تابعان حقوق از معنای جاری در یک نظام حقوقی است که به یک قاعده خاص منسوب گشته است.^۲ از این رو تنها نهادهای قضایی و شبه‌قضایی دارای صلاحیت ایجاد «مرجعیت معنایی» در گفتمان حقوقی هستند.^۳ برخی معتقدند با آنکه زبان نقشی پررنگ در این نظام معنایی ایفا می‌کند، اهمیت ویژگی‌های زبانی این نظام معنایی کمتر مورد توجه قرار گرفته است.^۴ علی‌رغم آنکه دیدگاه غالب و رسمی در حقوق بین‌الملل نافی شناسایی «رویه قضایی» به عنوان منبع مستقل حقوق بین‌الملل است، اهمیت رویه در کشف الگوهای هنجاری در هر نظام حقوقی بخشی غیرقابل تفکیک از مفهوم «امنیت حقوقی» در آن نظام حقوقی تلقی می‌شود. بر این اساس می‌توان گفت، امنیت حقوقی بیش از آنکه بر ثبات منشأ یک قاعده متکی باشد، ناشی از نظام معنایی است که توسط رویه قضایی ایجاد می‌شود. در واقع، محاکم بین‌المللی در ایفای کارکرد قضایی خویش سامانه‌ای از حقوق بین‌الملل را خلق کرده و هم‌زمان آن را توسعه می‌دهند.^۵ بر اساس این نظر، هر تصمیم

←Burgstaller, Markus, "Amenities and Pitfalls of a Reputational Theory of Compliance with International Law", 76 *Nordic Journal of International Law*, 2007; Tversky, A., & D. Kahneman, "The Framing of Decisions and the Psychology of Choice", 211 *Science*, 1981

1. See: Venzke, I., "Semantic Authority, Legal Change, and the Dynamics of International Law", 12 *No Foundations*, 2015: p1.

2. Schill, S. W., "System Building in Investment Treaty Arbitration and Lawmaking", in Von Bogdandy, A., & I. Venzke(eds.), *International Judicial Lawmaking, On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*, Heidelberg: Springer, 2012, p.133.

3. See: Venzke, I., *How Interpretation Makes International Law: On Semantic Change and Normative Twists*, Oxford: Oxford University Press, 2012.

برخی معتقدند، چنین تعبیری از مرجعیت بر این باور اجتماعی بنیادین مبتنی است که تابعان نظام حقوقی باید از تصمیمات یک مرجع خاص پیروی کنند. ر.ک.

Venzke, I., "Between Power and Persuasion: International Institutions' Authority in Making Law", 4 *Transnational Legal Theory* 2013:354; Hart, *op.cit.*, pp.254-59; Friedmann, *op.cit.*, p.71.

4. Schauer, Frederick, "Precedent", 39 *Stanford Law Review* 571, 1987 pp:578-579.

5. Jacob, Marc, "Precedents: Lawmaking through International Adjudication", in Von Bogdandy, A., & I. Venzke (eds.), *op.cit.*, p.47.

مرتبط با اجرا یا تفسیر یک مفهوم، در شکل‌گیری محتوای آن دخیل است^۱ و اصولی که از این طریق خلق می‌شوند، به‌عنوان قاعده‌گذاری قضایی محسوب می‌شوند.^۲

آنچه مرجعیت معنایی را از دیگر تعابیر مرجعیت متمایز می‌سازد، بر دو اساس قابل توجیه است. نخست آنکه دیگر انواع مرجعیت که در اینجا از آنها نام برده شد، هر دو در ماهیت و بنا بر تعریف خود قابل تجزیه به مرجعیت معنایی هستند؛ چراکه نهادهای قضایی نقشی اساسی در شکل‌گیری و کارکرد آنها ایفا می‌کنند؛ در نتیجه، رویکرد «اساسی‌گرایی» در حقوق بین‌الملل را می‌توان به‌صورت ضمنی در دو رویکرد «نهادگرایی» و «حقوق اداری جهانی» نیز دخیل دانست. دوم آنکه مرجعیت معنایی توجیه‌کننده «کودتای قضایی» در تحول ساختاری نظام حقوق بین‌الملل است که به‌عنوان «تحول بنیادین در بنیان‌های هنجارین»^۳ یک سیستم حقوقی معرفی شده است. منظور از «تحول بنیادین» آن است که محصول به‌دست‌آمده در فرایند قضایی به‌هیچ‌عنوان موردپذیرش بنیان‌گذاران سیستم حقوقی نیست، مضافاً آنکه این تحول موجب خواهد شد کارکردهای سیستم به‌گونه‌ای تغییر یابد که در تصور بنیان‌گذاران سیستم حقوقی نمی‌گنجد. درواقع این تحول چنان بنیادین است که نمی‌توان وضعیت کنونی را از سیستم حقوقی پیشین استنتاج کرد و درعین‌حال، این تحول از طریق اعمال مرجعیتی ممکن گشته که بر اساس بنیان‌های هنجارین همان سیستم پیشین دارای مشروعیت است.^۴

۳.۲. منزلت دادگاه‌های بین‌المللی در هسته ساختار جامعه بین‌المللی

۱. اندیشه متمایز شدن صورت از محتوای کلام به‌عنوان «چرخش زبان‌شناختی» معرفی گشته است؛ عنوانی که به نظر می‌رسد ریچارد رورتی به آن داده است. برای مطالعه پیشینه و جنبه‌های مختلف این اندیشه ر.ک. Rorty, Richard, (ed.), *The Linguistic Turn. Essays in Philosophical Method*, Chicago: University of Chicago Press, 1967/1992.
2. Brandom, Robert B., "Some Pragmatist Themes in Hegel's Idealism: Negotiation and Administration in Hegel's Account of the Structure and Content of Conceptual Norms", *7 European Journal of Philosophy*, 1999: p180.
3. Stone, Sweet Alec, "The Juridical Coup d'État and the Problem of Authority", *German Law Journal*, Vol. 08 No. 10, 2007: p915.
۴. هانس کلسن در نظریه محض حقوقی خود معتقد است تحول در بنیان‌های هنجارین یک سیستم حقوقی یعنی «قاعده بنیادین»، می‌تواند به معنی یک «انقلاب موفق» (Successful Revolution) تلقی شود و از مثال استقرار دولت مبتنی بر نمایندگی بجای سیستم پادشاهی استفاده می‌کند. به باور او، در این وضعیت یک قاعده بنیادین جدید مفروض گرفته می‌شود؛ قاعده‌ای که مرجعیت قانون‌گذاری را به دولت انقلابی تفویض می‌کند. Kelsen, Hans, *Introduction to The Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law*, (trans.) Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson, Oxford: Clarendon Press, 1992/2002, p.54.

تمایز میان سیستم قانون‌گذاری و سیستم قضایی تعیین‌کننده سلسله‌مراتب ساختاری نظام حقوقی به‌مثابه یک سیستم اجتماعی است. در مقابل نظریاتی که ساختاری هرمی^۱ یا درختی^۲ را برای سلسله‌مراتب هنجاری پیشنهاد کرده‌اند، نوشتار حاضر معتقد است ساختار مرکز-پیرامون به بهترین وجه بازتاب مرجعیت هنجارین در یک نظام حقوقی است؛ درحالی‌که الگوهای هرمی یا درختی خود را به تبیین چگونگی رابطه هر قاعده منفرد با قواعد برتر و درنهایت با قاعده اساسی مشغول داشته‌اند (اصل منشأ)، الگوی مرکز-پیرامون ساختار سلسله‌مراتبی سیستم‌های اجتماعی را مبتنی بر «اصل تمایز» و خودارجاعی سیستم در تقابل با محیط می‌داند.^۳ به باور صاحب‌نظران، اصل منع انکار عدالت موجب می‌گردد سیستم قضایی در مرکز نظام حقوقی به‌عنوان یک خرده سیستم در سیستم اجتماعی سیاسی، قرار داشته باشد. این منزلت سیستم قضایی بدان دلیل است که این سیستم عنصر رابطه سیستم اجتماعی در کلیت خود، با محیط تلقی می‌گردد؛ به‌عبارتی دیگر سیستم قضایی در هسته سیستم حقوقی قرار دارد و آن نیز در هسته سیستم سیاسی و آن نیز به‌نوبه خود، در هسته سیستم اجتماعی جامع قرار گرفته است؛ لذا سیستم قضایی مبین واکنش سیستم اجتماعی جامع به‌مثابه یک واحد منسجم، در برابر محرک‌های محیطی است. اصل منع انکار عدالت همچنین عنصر ممیز سیستم قضایی به‌عنوان سیستم مرکزی و حوزه خصوصی (سیستم قراردادها) و سیستم قانون‌گذاری است؛ چراکه هیچ‌یک از این خرده‌سیستم‌ها دارای کارکرد اجباری نیستند؛ زیرا بر اساس اصل رضایت، هیچ الزامی برای عقد

۱. ساختار هرمی نظام حقوقی منسوب به آموزه‌های هانس کلسن است، ر.ک.

Kelsen, Hans, *Pure Theory of Law*, (trns.)Max Night, New Jersey:Law Book Exchange Ltd.,2005,p.221.

۲. ساختار درختی برای سلسله‌مراتب هنجاری توسط ژوزف رز معرفی گشته است. ر.ک. رز، ژوزف، **مفهوم نظام**

حقوقی، درآمدی بر نظریه نظام حقوقی، ترجمه: علی‌اکبر سیاپوش، تهران: شهردانش، ۱۳۹۴.

۳. شناخته‌شده‌ترین وجه از نظریه سیستمی لومان به نظام‌های خودارجاع مربوط می‌شود، همچون اقتصاد و حقوق که دارای این چهار ویژگی هستند: ۱) خودزا بودن: تولید اجزای اصلی نظام توسط خود نظام خودارجاع صورت می‌گیرد؛ ۲) نظام‌های خودارجاع خودسامان (Self-Organizing) نیز هستند؛ یعنی تعیین مرزهای بیرونی نظام یا تنظیم ساختارهای درونی آن توسط خود سیستم انجام می‌شود؛ ۳) خصوصیت خودارجاعی این نظام‌ها از طریق ایجاد مؤلفه‌ی شناساننده (رمزگان) محقق می‌شود؛ ۴) نظام‌های خودارجاع نظام‌هایی بسته هستند، یعنی پیوندی مستقیم میان نظام و محیط وجود ندارد. در عوض نظام با نمایندگان محیط رابطه برقرار می‌کند؛ درواقع تأثیر محیط تا جایی در نظام قابل‌درک است که به رمزگان خاص آن نظام قابل‌ترجمه باشد. ر.ک. ریترز، جرج، **مبانی نظریه جامعه‌شناسی معاصر و ریشه‌های کلاسیک آن**، ترجمه: شهناز مسمی‌پرست، تهران: نشر ثالث، ۱۳۹۲.

قرارداد وجود ندارد و تصویب قوانین نیز موضوع صلاحیت‌های اختیاری قانون‌گذاران است. در این دو سیستم، منافع غیرحقوقی در تعیین هر تصمیم دارای اثری قابل ملاحظه است. به همین دلیل این حوزه‌ها ارتباطی تنگاتنگ با اقتصاد و سیاست دارند. مهم‌ترین نقش سیستم‌های حاشیه‌ای قانون‌گذاری و قراردادها در نظام حقوقی ترجمه «محرک‌های محیطی» در سیستم است، لذا خودمختاری سیستم حقوقی به واسطه تصمیم‌گیری آنها در مورد مداخله در یک حوزه یا تصمیم به عدم مداخله تضمین می‌گردد. اما سیستم قضایی به‌عنوان سیستم مرکزی به‌صورت خودآگاه از مداخله در این حوزه‌ها اجتناب می‌کند؛ کار آن تصمیم‌گیری در مورد وضعیت‌هایی است که توسط دو خرده سیستم دیگر به آن ارجاع شده‌اند.^۱ اصل منع انکار عدالت و اجتناب از خلأ حقوقی موجب می‌شوند قاضی به تفسیر قاعده روی آورد و از این طریق است که گردش قدرت در سیستم به‌واسطه مرجعیت هنجارین ممکن می‌شود؛ به عبارت دیگر، سلسله‌مراتب هنجارین تنها از طریق تفسیر و عنصر مقوم آن، یعنی «معنی»، ساخته می‌شود، نه امر قانون‌گذار. در چنین ساختاری رابطه میان دادگاه‌های بین‌المللی و مرجعیت حقوقی در جامعه بین‌المللی از طریق فهم رابطه میان ارزش و معنی توجیه می‌گردد. در واقع، مرجعیت حقوقی مبتنی بر معنی متناظر است با جایگاه ارزش در جامعه بین‌المللی؛ به این اعتبار، ساختار جامعه و به تبع آن ساختار مرجعیت حقوقی، متناظر است با ساختار معنی. از این رو، سلسله‌مراتب مرجعیت حقوقی تابعی است از سلسله‌مراتب معنایی. ساختاری که برای سلسله‌مراتب معنی توسط لانگاکر پیشنهاد شده است، به‌صورت ساختار مرکز-پیرامون است. در واقع، در این ساختار با آنکه تمام معنی قابل دسترس است، برخی از معانی از موقعیت «مرکزی» برخوردارند و همین امر موجب متمایز شدن معانی متعلق به مفاهیم اساسی می‌شود.^۲

۱. برای مطالعه در خصوص ساختار مرکز-پیرامون در سیستم اجتماعی سیاسی ر.ک.

Luhmann, Niklas, *Law as a Social System*, (trns.) Klaus Ziegert, Oxford: Oxford University Press, 2008.

۲. او چهار مینا را برای «مرکزیت» معانی پیشنهاد می‌کند: (۱) کلی بودن دانش: دانش ما از یک مفهوم تا چه حد بر تمام مقولاتی که تحت آن طبقه‌بندی می‌شوند، قابل اعمال است؛ (۲) نسبت دانش با ویژگی موضوع دانش: دانش ما از یک مفهوم تا چه حد تنها بر آن مقوله اعمال می‌شود؛ (۳) متعارف بودن دانش: مفهوم مورد نظر تا چه حد در یک جامعه‌ی زبانی به‌عنوان یک دانش کلی شناخته می‌شود؛ (۴) درونی بودن دانش: تا چه حد یک معنی بر خود شیء، در مقابل دیگر موجودیت‌های بیرونی، قابل اعمال است. از نظر او همچنین، فهم «معنی» از طریق دستیابی به شبکه معانی و فعال کردن آن ممکن می‌شود. لذا «واحد نمادین» به‌عنوان «نقطه دسترسی» به شبکه معنی تعبیر می‌شود. به عقیده او، «ارزش معنایی» این واحد از طریق مجموعه‌ای باز از روابط تعیین می‌شود که به‌واسطه «گره»

اگر مرکزی‌ترین و چگال‌ترین معانی در یک سیستم را همان آرمان حاکم بر سیستم اجتماعی سیاسی بدانیم، آنگاه کارکرد قضایی دادگاه‌های بین‌المللی و نقش آنها در توسعه این نظام حقوقی با کارکرد ارزش در این سیستم منطبق خواهد بود. کارکرد آرمان در بیرون و اندرون سیستم بررسی شده است. در اندرون سیستم، آرمان قاعده ناهمخوان با جهت حرکت سیستم را «نفی» می‌کند و قاعده‌ای تازه را به جای آن می‌نشانند؛ ورود این قاعده تازه به سیستم مستلزم «تأیید» آن توسط سیستم است که به معنی انتخاب ضمنی یا صریح شیوه تشکیل یک قاعده خواهد بود. در این روش که مبین به وجود آمدن «نظمی نو» در حقوق است، محتوا و گوهر قواعد بیشتر از شیوه‌های شکلی اهمیت پیدا می‌کند. سومین کارکرد آرمان نسبت به اندرون سیستم «پیش‌دستی» است؛ به گونه‌ای که پیش از فراهم شدن شرط شکلی تحقق یک قاعده، با تکیه بر محتوای قاعده وجود این شرایط را فرض می‌گیرد. این فرایند مبتنی است بر «انتقال خودانگیخته ذهن از ادراک جزئی به ادراک کلی»، به صورتی که محصول نهایی یک فرایند را از پیش محقق شده تلقی می‌کند. کارکرد آرمان نسبت به کل سیستم نیز شامل «انتقال مفاهیم» از دیگر سیستم‌ها است. در نتیجه آنچه تاکنون در حوزه سیستم‌های ملی قرار داشت به حوزه سیستم بین‌المللی انتقال پیدا می‌کند. همچنین از «انحراف مفاهیم» به عنوان دیگر کارکرد آرمان نسبت به کل سیستم سخن گفته شده است. در این وضعیت حقوق مسبوق بر واقعیت اجتماعی تلقی می‌شود تا بتواند آن را به نظم درآورد.^۱

→ دسترسی» آن ایجاد می‌شود. فعال‌سازی شبکه به معنی فعال‌سازی مؤلفه‌های این شبکه روابط معنایی است که از هر مؤلفه به مؤلفه دیگر منتقل می‌شود، اما چنین انتقالی یک واکنش ضروری نیست. ر.ک.

Langacker, Ronald W., *Foundations of Cognitive Grammar. Vol. 1, Theoretical Prerequisites*, Stanford: Stanford University Press, 1987, p.163.

۱ ر.ک. فلسفی، هدایت‌الله، *سیر عقلی*، پیشین، صص. ۲۵۷-۲۵۲.

نتیجه‌گیری

از آنجاکه زبان تنها قالب تجسم یافتن و عینیت‌بخشیدن به حقوق است، می‌توان ادعا کرد الزامات هنجارین حقوق برگرفته از الزامات دستوری زبان هستند یا حداقل رابطه‌ای معنی‌دار میان آنها برقرار است؛ از این‌رو، آثار و رَشحات حقوقی این «الزام زبانی» را می‌توان در کارکردهای درون‌سیستمی قواعد و نهادهای حقوق بین‌الملل رصد کرد. این نکته را نیز باید افزود که «حقوق» واسطهٔ عقلانی میان «زبان» و «قدرت» در جامعه است؛ بنابراین، قدرت در قالب «صورت عقلانی» خود، یعنی حقوق، تابعی خواهد بود از این «الزامات زبانی».

مطالعهٔ این رابطه تلاش می‌کند نشان دهد تکامل و توزیع متفاوت «قدرت» در جامعه چگونه به ایجاد ساختاری متفاوت در «منبع» حقوق منجر گشته است؛ چراکه دانستن اینکه حقوق چگونه به وجود می‌آید، دلیل وجودی آن را نشان نمی‌دهد.^۱ برای تحقق این هدف، تمیز قائل شدن میان «مرجعیت» و «قدرت» در سیستم حقوقی^۲ ضروری است؛ چراکه به ما این امکان را می‌دهد تا «مرجعیت» را محملی برای گردش قدرت بدانیم؛ در نتیجه، شناخت ویژگی‌های این «محمل» به ما هم در فهم «محمول» (یعنی قدرت) و هم در فهم «سیستم» به‌عنوان مجموعهٔ این روابط، کمک می‌کند.

به نظر می‌رسد، میان ساختارهای معنایی و ساختار ارزش‌ها در حقوق بین‌الملل باید تناظر و رابطه‌ای مستقیم وجود داشته باشد. در این تعبیر، ارزش‌های مهم‌تر در مرکز ساختار معنایی قرار

۱. ر.ک. فلسفی، هدایت‌الله، *حقوق بین‌الملل معاهدات*، پیشین، صص. ۳۵-۳۴.

۲. از نظر تالکوت پارسونز، «قدرت» (Power) ابزار تبادل در نظام سیاسی است. او قدرت را توانایی واداشتن کنشگران به ایفای تکالیفی معرفی می‌کند که اهداف جمعی لازم می‌دارند، به شیوه‌ای که بتوان منابع جامعه را برای رسیدن به این اهداف بسیج کرد. در این تعریف «قدرت» از «مرجعیت» (Authority) متمایز می‌گردد؛ چراکه اولی ابزار تبادل است و دومی انباشت قدرت است که در اختیار صاحب «مرجعیت» (منصب) قرار دارد، ر.ک.

Parsons, Talcott, "On the Concept of Political Power", in Parsons, Talcott, *Politics and Social Structure*, New York: Free Press, 1969, p.372:

برخی معتقدند ریشه‌های واژهٔ مرجعیت نشان می‌دهد در بطن آن اندیشهٔ تولید نهفته است (سینت، ریچارد، *اقتصاد*، ترجمه: باقر پرهام، تهران: پردیس دانش، ۱۳۹۱، ص. ۲۵)؛ هانا آرنست نیز با تفکیک مرجعیت (auctoritas) از قدرت (potestas) بر این باور است واژهٔ مرجعیت از فعل augere مشتق شده و به معنی توسعه دادن و استوار کردن است. برای مطالعهٔ بیشتر ر.ک.

Arendt, H., "What Is Authority?", in Arendt, H., *Between Past and Future, Six Exercises in Political Thought*, New York: The Viking Press, 1961, pp.91-143.

می‌گیرند؛ در نتیجه تفسیر و اجرای قواعد حقوقی مرتبط با یا ناشی از دیگر ارزش‌ها را هدایت می‌کنند. با پذیرش این امر می‌توان گفت گرچه میان دادگاه‌های بین‌المللی سلسله‌مراتبی وجود ندارد و جملگی اعتبار احکام و تصمیمات خود را از اصل رضایت دولت‌ها کسب می‌کنند (اصل منشأ)، اما به صورت عملی (de facto) و به دلیل پویایی معنایی هنجارهای حقوق بین‌الملل، میان این دادگاه‌ها طبقه‌بندی یا به تعبیری که بسیاری از صاحب‌نظران حقوق بین‌الملل ممکن است آن را گستاخانه تلقی کنند، «سلسله‌مراتب» ایجاد شده است. در نتیجه، محاکمی که مأموریت آنها دفاع از اساسی‌ترین ارزش‌های جامعه بین‌المللی است و متولی واکنش جمعی این سیستم‌اند، همچون دادگاه‌های بین‌المللی کیفری، در مرکز ساختار معنایی نظام هنجارین حقوق بین‌الملل قرار می‌گیرند.

صرف‌نظر از اختلاف‌نظرها بر سر شناسایی «اساسی‌ترین ارزش‌ها»، چنین ادعایی با این انتقاد مواجه خواهد شد که محدودیت‌های جغرافیایی و زمانی محاکم موقت (ad hoc)، برای مثال در یوگسلاوی و رواندا، که در اساسنامه آنها نیز قید شده است، ایفای این نقش اجتماعی اساسی را با مانع و تحقق اهداف آن را با تردید مواجه می‌سازند. مضافاً آنکه استفاده از راهکارهایی برای تأسیس محاکم که مبتنی بر رضایت مستقیم دولت‌ها نیستند، همچون قطعنامه‌های شورای امنیت یا حتی اقبال روز افزون به استفاده از محاکم ترکیبی نیز می‌تواند مورد توجه قرار گیرد. اما باید به این مسئله توجه نمود، چنین موضوعاتی بیش از آنکه به خود ساختار معنی در جامعه بین‌المللی مربوط باشند به ضعف‌های نهادین در اجرای قواعد و تضمین اجرای آنها مربوط می‌شوند. به همین دلیل، نظام اجرای قواعدی که ناشی از این سامانه معنایی هستند، می‌تواند با اتکا به روش‌های مختلف ایجاد گردد. اگرچه، نفس ایجاد این نوع از ساختارهای نهادین نوپا می‌تواند بازتابی باشد از فهم جامعه بین‌المللی از خود مفهوم «ارزش». همخوان با این عقیده، این نکته را نیز باید افزود که منظور از «سلسله‌مراتب» در این رویکرد تعبیری پوزیتیویستی یا نورماتیویستی از آن نیست که وجود و اعتبار هر قاعده در یک نظام حقوقی بر قاعده‌ای برتر متکی باشد. منظور از «سلسله‌مراتب» در نظام «مرجعیت معنایی» آن است که نه وجود یک قاعده و نه اعتبار آن یک «واقعیه» نیست که تحقق آن تابع «آیین‌های حقوقی» باشد (همچون تأسیس یک محکمه با توسل به «آئین‌های ازپیش موجود» در یک نظام حقوقی)؛ بلکه فهم

«سلسله‌مراتب» منوط به فهم مشارکت هر قاعده در «فرایند» تحول و توسعه «نظام حقوقی» در کلیت خود است. در نتیجه، تمایزی میان اعتبار قاعده و اعتبار نظام حقوقی نمی‌توان قائل بود؛ در واقع، سلسله‌مراتب در این تعبیر نگاه برون‌حقوقی است (اعتبار سیستم) که در عین حال تلاش دارد از منظری درون‌حقوقی (اعتبار قاعده) رابطه قواعد را مشخص کند. بنابراین، تمایز سنتی میان «قاعده اولیه» و «قاعده ثانویه» در این تعبیر رنگ می‌بازد و کارایی خود را از دست می‌دهد.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

کتاب

۱. فلسفی، هدایت‌الله، *سیر عقل در منظومه حقوق بین‌الملل، اصول اساسی روش‌شناسی در حقوق بین‌الملل*، تهران: فرهنگ نشر نو، ۱۳۹۶.
۲. فلسفی، هدایت‌الله، *حقوق بین‌الملل معاهدات*، ویراست سوم، تهران: فرهنگ نشر نو، ۱۳۹۱.
۳. فلسفی، هدایت‌الله، *صلح جاویدان و حکومت قانون، دیالکتیک همانندی و تفاوت*، تهران: فرهنگ نشر نو، ۱۳۹۰.

ب) منابع انگلیسی

Books

4. Buzan, Barry, *From International to World Society? English School Theory and the Social Structure of Globalisation*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
5. Carbonnier, Jean, *Droit civil, Introduction*, Paris: Presses Universitaires de France, 1999/2004.
6. Domingo, R., *The New Global Law*, New York: Cambridge University Press, 2010.
7. Friedmann, W., *The Changing Structure of International Law*, London: Stevens & Sons, 1964.
8. Hart, H. L. A., "Problems of Philosophy of Law", in Edwards, Paul (ed), *The Encyclopedia of Philosophy*, vol, V, New York: Macmillan, 1967.
9. Jackson, R., *The Global Covenant: Human Conduct in a World of States*, Oxford: Oxford University Press, 2003.
10. Kelsen, H., *Peace Through Law*, Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1944.
11. Kelsen, Hans, *Introduction to The Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory*

- of Law*, (trans.) Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson, Oxford:Clarendon Press,1992/2002.
- 12.Langacker, Ronald W., *Foundations of Cognitive Grammar. Vol. 1, Theoretical Prerequisites*, Stanford:Stanford University Press,1987.
 - 13.Mosler, H., *The International Society as a Legal Community*, Sijthoff/Noordhoff, Alphen aan der Rijn,1980.
 - 14.Ross, Alf, *A Textbook of International Law: General Part*, London: Longman, Green and Co.,2008.
 - 15.Widlak, Tomasz H., *Wspólnota międzynarodowa*, Gdańsk:Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, 2012, Eng. Trans. by the Original Author, *From International Society to International Community*,Gdańsk:Gdańsk University Press,2015.

Articles

- 16.Besson, S., “Whose Constitution(s)? International Law, Constitutionalism, and Democracy”, in Dunoff, Jeffrey L., & Joel P. Trachtman,(eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*,Cambridge:Cambridge University Press, 2009.
- 17.Brandom, Robert B., “Some Pragmatist Themes in Hegel’s Idealism: Negotiation and Administration in Hegel’s Account of the Structure and Content of Conceptual Norms”, 7 *European Journal of Philosophy*,1999.
- 18.Doyle, M. W., “The UN Charter: a Global Constitution?”, in Dunoff, Jeffrey L., & Joel P. Trachtman,(eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- 19.Jacob, Marc, “Precedents: Lawmaking through International Adjudication”, in Von Bogdandy, A., & I. Venzke (eds.), *International Judicial Lawmaking, On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*, Heidelberg: Springer,2012.
- 20.Krygier, Martin, “Rule of Law” in Rosenfeld, Michel, & Andrés Sajó(eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*,Oxford:Oxford University Press,2012.
- 21.Paulus, A. L.,“The International Legal System as a Constitution”, in Dunoff, Jeffrey L., & Joel P. Trachtman,(eds.), *Ruling the World?*

- Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
22. Peters, A., & K. Armingeon, "Introduction: Global Constitutionalism from an Interdisciplinary Perspective", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 16, no. 2, 2009.
 23. Peters, A., "Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures", 19 *Leiden Journal of International Law* 3, 579, 2006.
 24. Peters, A., "Global Constitutionalism Revisited", *International Legal Theory*, vol. 11, 2005.
 25. Schauer, Frederick, "Precedent", 39 *Stanford Law Review* 571, 1987.
 26. Stone Sweet, Alec, "The Juridical *Coup d'État* and the Problem of Authority", *German Law Journal*, Vol. 08 No. 10, 2007.
 27. Tomuschat, C., "International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century", 281 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* 9, 1998.
 28. Tsagourias, N., "Introduction: Constitutionalism: A Theoretical Roadmap", in Tsagourias, N., (ed.), *Transnational Constitutionalism: International and European Models*, New York: Cambridge University Press, 2007.
 29. Venzke, I., "Between Power and Persuasion: International Institutions' Authority in Making Law", 4 *Transnational Legal Theory*, 2013.
 30. Venzke, I., "Semantic Authority, Legal Change, and the Dynamics of International Law", 12 *No Foundations*, 2015.
 31. Venzke, I., *How Interpretation Makes International Law: On Semantic Change and Normative Twists*, Oxford: Oxford University Press, 2012.
 32. Von Bogdandy, A., et al., "From Public International to International Public Law: Law: Translating World Public Opinion into International Public Authority", *MPIL Research Paper Series No. 2016-02*, 2016.

Internet site

33. Zimmerman, M. J., **Intrinsic vs. Extrinsic Value**, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2015 Edition), Edward N. Zalta (ed.) at: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2015/entries/value-intrinsic-extrinsic/>