



## فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضائیر

دوره ۲۴، شماره ۸۷، پاییز ۱۳۹۸

صفحات ۱ تا ۲۸

### مبانی نظری قاعده آمره در حقوق بین الملل

(تاریخ دریافت: ۷ خرداد ۱۳۹۶ - تاریخ پذیرش: ۲۹ اردیبهشت ۱۳۹۸)

علیرضا ابراهیم گل\*: استادیار گروه حقوق بین الملل پردیس فارابی دانشگاه تهران  
محمد صالح عطار: فارغ التحصیل دکتری حقوق بین الملل پردیس فارابی دانشگاه تهران

#### چکیده

حقوق بین الملل دارای اجزای متشکله‌ای از سیستم‌ها، رژیم‌ها و مجموعه قواعد حقوقی است که با یکدیگر پیوند دارند. چگونگی تشکیل نظام در مناسبات این اجزای متشکله، از مسائلی مهم حقوق بین الملل است. چگونگی تشکیل نظام را باید در عوامل نظام‌ساز دنبال نمود. عامل نظام‌ساز مجموعه حقوق بین الملل را به وحدت می‌رساند؛ به این ترتیب این وحدت در بیشتر موارد در پرتو ایجاد سلسله مراتب هنجاری فیما بین اجزای متشکله حقوق بین الملل ایجاد می‌شود که در نتیجه آن حقوق بین الملل به یک نظام حقوقی که متضمن سلسله مراتب هنجاری است، تبدیل می‌شود.

در این مقاله تلاش بر این است که یکی از موضوعاتی که به عنوان عامل وحدت‌ساز محتوایی در حقوق بین الملل شناخته می‌شود؛ یعنی «هنجار برتر» که با اصطلاح قاعده آمره نام‌گذاری شده است را از منظر مبانی نظری آن، به شیوه مطالعه تطبیقی مکاتب مختلف ارزیابی نماییم. از این رو قاعده آمره به عنوان عامل وحدت‌آفرین و نظام‌ساز حقوق بین الملل در اکثر قریب به اتفاق سنت‌های فکری حقوق بین الملل مفهومی مهم و ویژه قلمداد می‌شود. البته هر یک از سنت‌های فکری حقوق بین الملل در این زمینه دیدگاه مختص به خود و متمایز از دیگری دارند که به اجمال مورد مطالعه قرار گرفته‌اند.

**کلیدواژه‌ها:** سلسله مراتب، عامل محتوایی، قاعده آمره، مبانی نظری، نظم حقوقی

## مقدمه

در رابطه با عوامل وحدت بخش (نظام‌ساز) حقوق بین‌الملل دیدگاه‌های متمایزی وجود دارد. برخی حقوق‌دانان عوامل وحدت بخش یا نظام‌ساز در حقوق بین‌الملل را محتوایی تلقی نموده‌اند، برخی آن‌ها را شکلی و برخی ترکیبی از عامل محتوایی و شکلی را (در قالب سیستم یا رژیم حقوقی) را متضمن این کارکرد می‌دانند (Kleinlein, 2012: 112).

این پژوهش بر عامل وحدت‌بخش محتوایی، یعنی (هنجار برتر) در حقوق بین‌الملل متمرکز است. از یک دیدگاه عوامل وحدت‌بخش محتوایی در وضعیت کنونی عبارتند از: تعهدات مندرج قاعده آمره<sup>۱</sup>، تعهدات عام‌الشمول و تعهدات منشور ملل متحد. (Koskeniemi, 2008: 9). برخی دیگر تنها عامل را مفهوم قاعده آمره<sup>۲</sup> می‌دانند (Petsche, 2010: 258) از آنجا که تعهدات عام‌الشمول، اساساً قادر به تدارک هیچ‌گونه سلسله مراتب هنجاری اعم از مطلق یا نسبی در حقوق بین‌الملل نیستند،<sup>۳</sup> در نهایت کارکرد این تعهدات، ایفای کارکرد حقوق عرفی عام (غیر آمره) است. این طبقه از تعهدات تنها می‌توانند قلمرو موضوعی هنجاری را که عام‌الشمول تلقی می‌شود،

۱. در عبارت *jus cogens*، *jus* معادل *law* و *cogens* برگرفته از *cogēns* یا *cōgere* و معادل *compel* به معنای اجبار کردن است.

۲. در زمینه ابعاد مختلف قاعده آمره آثار متعددی قابل ملاحظه است؛ از جمله بنگرید به:

فلسفی، هدایت الله، حقوق بین‌الملل معاهدات، فرهنگ نشر نو، تهران، ۱۳۷۹، صص ۲۸۳-۲۸۹؛ موسی زاده، رضا، حقوق معاهدات بین‌المللی، نشر میزان، چاپ دوم، زمستان ۱۳۸۳، ص ۱۹۴؛ زمانی، سید قاسم، جایگاه قاعده آمره در میان منابع حقوق بین‌الملل، مجله حقوقی بین‌المللی، مقاله ۷، دوره ۱۶، شماره ۲۲، بهار و تابستان ۱۳۷۷؛ شریف، محمد، میراث مشترک بشریت و وصف آن به عنوان قاعده آمره، پژوهش حقوق و سیاست پاییز و زمستان ۱۳۷۸ شماره ۱؛ پوچی قاعده آمره در حقوق بین‌الملل، مایکل گلنن؛ مترجم: نیاورانی، صابر؛ بهار و تابستان ۱۳۸۸، شماره ۴۹؛ فلسفی، هدایت‌الله، صلح جاویدان و حکومت قانون، دیالکتیک همانندی و تفاوت، فرهنگ نشر نو، چاپ دوم، ۱۳۹۴، ص ۵۵۰. طباطبایی‌نژاد، سید محمد، اعمال قواعد آمره تحت نظام داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی، اندیشه‌های حقوق خصوصی، سال اول، شماره ۱، زمستان ۱۳۹۲. در کلیه این آثار یا به مبنای نظری قاعده آمره پرداخته نشده است و یا در صورت توجه به این مهم، تنها یک مبنای خاص مورد اشاره یا توضیح قرار گرفته است. از این روی جای خالی پژوهشی مستقل در باب مبانی نظری قاعده آمره در ادبیات حقوقی به زبان فارسی احساس می‌شود.

۳. کاسکنمی سه نوع سلسله مراتب را شناسایی و معرفی می‌نماید: ۱. سلسله مراتب ناشی از کنترل (حل) و فصل اختلاف؛ گفتنمان دیپلماتیک و گفتنمان وضع قاعده؛ ۲. سلسله مراتب ناشی از تفسیر (دکترین منابع و دکترین حاکمیت)؛ ۳. سلسله مراتب فلسفی (طبیعت حقوق و محدودیت حقوق)؛ بنگرید به:

Koskeniemi, Martti, Hierarchy in International Law: A Sketch, The European Journal of International Law, Vol 8. 1996; p 568-570.

مشخص کنند و نیک روشن است که تعیین قلمرو موضوعی هنجار، هیچ گونه ارتباطی با مقوله سلسله مراتب هنجاری ندارد لذا این تعهدات فاقد ویژگی های لازم برای وحدت بخشی به حقوق بین الملل هستند (Wet & Vidmar, 2012: 13- 17).

ماده ۳ منشور ملل متحد تنها ظرفیت برقراری سلسله مراتب هنجاری نسبی را در حقوق بین الملل داراست و در نهایت قادر خواهد بود به انسجام در مناسبات میان اجزای متشکله حقوق بین الملل با سیستم حقوقی ملل متحد، کمک نمایند و نه وحدت حقوق بین الملل. توضیح این مطلب آنکه، اعتلای منشور ملل متحد به ماده ۱۰۳ آن باز می گردد و این ماده تنها به اولویت تعهدات منشور نسبت به سایر تعهدات بین المللی دولت های عضو سازمان ملل متحد اشاره دارد. از این رو نه لزوم انطباق محتوایی سایر تعهدات بین المللی همه تابعان حقوق بین الملل با تعهدات منشور (ی) ملل متحد و یا بی اعتباری و بطلان این تعهدات در صورت تعارض با تعهدات منشور بیان نشده است؛ با این ویژگی ماده ۱۰۳ منشور ملل متحد، امکان تبدیل مجموعه حقوق بین الملل به نظام حقوقی وجود ندارد (Segura- Serrano, 2009: 19).

بر این اساس، تنها مفهومی که در وضعیت کنونی حقوق بین الملل، از منظر محتوایی دارای قابلیت وحدت بخشی به حقوق بین الملل و تبدیل آن به نظام حقوقی به نظر می رسد، مفهوم قاعده آمره است (شریفی طراز کوهی، ۱۳۷۵: ۴۸). این بدین معنا نیست که قاعده آمره در وضعیت موجود حقوق بین الملل، ضرورتاً به این مهم نایل شده یا می شود بلکه تنها ظرفیت چنین نقش آفرینی در حقوق بین الملل برای قاعده آمره قابل تصور است.<sup>۱</sup>

به زعم حقوقدانان بین المللی، اصطلاح قاعده آمره به منظور اشاره به هنجار برتر دارای اقتدار عالی، مورد استفاده قرار می گیرد (Criddle & Fox-Decent, 2009: 1). با این تعبیر، صحبت از هنجار برتر یا عالی به واقع بحث از مقوله گسترده تری با عنوان «سلسله مراتب هنجاری»<sup>۲</sup> است (Ulrich, 1993: 322)؛<sup>۳</sup> با وجود توسعه های به وجود آمده در این خصوص، مسائل کلاسی در

۱. در زمینه آثار قاعده آمره در قلمروهای متمایز حقوق بین الملل از حقوق معاهدات تا جنایات بین المللی بنگرید به: فلسفی، هدایت اله، صلح جاویدان و حکومت قانون، دیالکتیک همانندی و تفاوت، فرهنگ نشر نو، چاپ دوم، ۱۳۹۴، ص ۵۵۸-۵۵۵.

۲. Normative Hierarchy

۳. برای مطالعه بیشتر در این خصوص بنگرید به:

Koskenniemi, Martti, Hierarchy in International Law: A Sketch, The European Journal of  
←

قلمرو قواعد آمره، کماکان محل مناقشه و قابل تأمل است: اول، مبانی نظری قاعده آمره؛ دوم، مفهوم قاعده آمره؛ سوم، شناخت مصادیق قاعده آمره و چهارم، شناخت آثار قاعده آمره (Orakhelashvili, 2008: 963). در تمامی این ۴ مسئله مرتبط با قاعده آمره، تعیین ارتباط آن با اراده کشورهای دارای حاکمیت، موضوعی مهم و کلیدی است (Criddle & Fox-Decent, 2009: 346).

در حالی که از یک سو «بی‌اعتنایی به وجوه نظری حقوق بین‌الملل در این چند دهه اخیر آشکارا باعث کندی حرکت در جهت ابداع یک "روش" مطلوب شده است» و از دیگر سو در حقوق بین‌الملل «مسائل متعددی [وجود دارد که حل آن‌ها] با مبنای اساسی حقوق بین‌الملل مرتبط است» (فلسفی ۱۳۹۴: ۵۸۹). در این پژوهش برآنیم که مبانی نظری قاعده آمره را از نقطه نظر مکاتب و سنت‌های حقوقی که در این زمینه ایده‌ای برای عرضه دارند (سنت فلسفی حقوق طبیعی، سنت فلسفی حقوق اثباتی، سنت فلسفی جامعه‌شناسی حقوقی، نظریات نظم عمومی و در نهایت سنت فلسفی قانون اساسی‌گرایی) مورد ارزیابی و تحلیل تطبیقی قرار دهیم تا به این ترتیب زمینه اتخاذ مبنای نظری مناسب نمایان گشته و هم زمینه برای تشریح و ارزیابی هرچه بهتر سه مسئله دیگر مطرح در قلمرو قاعده آمره که صرفاً به آن‌ها اشاره شد به صورتی علمی فراهم شود.<sup>۱</sup>

### ۱. قاعده آمره از منظر سنت فلسفی حقوق طبیعی

در سنت فلسفه حقوق طبیعی، به ویژه گرایش‌های متأخر آن (موسوم به حقوق طبیعی خردگرا) اغلب حقوق در قالب استنتاج روش‌مند هنجارهای حقوقی از یکدیگر که وجود روابط منطقی بین

---

→  
 1996, International Law, Vol. 8, 566) پیش فرض قواعد آمره یا هنجارهای امری وجود ارتباطات سلسله مراتبی هنجاری است. او هنجارهای جهانی را مفهومی ضروری معرفی می‌نماید. (Dinah Shelton, Normative Hierarchy in International Law, The American Journal of International Law, Vol. 100, No. 2, 2006, p.291).  
 ۱. شایان ذکر است که شرح مفصل هر یک از سنن حقوقی و نظریات آن‌ها در زمینه قاعده آمره مستلزم مقاله وسیع‌تر است که این مهم در گنجایش این مجال نیست. از این رو در این مقاله تلاش بر آن است که اولاً دیدگاه کلیه مکاتبی که در این زمینه نقطه‌نظری دارند، تشریح شود؛ ثانیاً اینکه تلاش بر تشریح جوهره دیدگاه و محتوای اصلی دیدگاه ایشان بوده است. از این رو تشریح کلیه نظریات با جزئیات هدف این مقاله نبوده است.

هنجارهای حقوقی را مفروض می‌داند، مفهوم پردازی شده است (فلسفی، ۱۳۹۴: ۶۰۶-۶۰۲). اندیشمندان متقدم این سنت حقوقی به صراحت از سلسله مراتب هنجاری صحبت نموده‌اند. به عنوان نمونه اندیشه حقوق طبیعی توماس آکویناس ساختار چند لایه هنجاری که ناشی از هنجارهای دیگری که در سطوح عالی تری قرار دارند را شناسایی می‌نماید. به‌زعم او، هنجارهایی خوب هستند که برخاسته از هنجار بالاتر باشند (Koskeniemi, 1996: 566).

اولین طراحان نظریه حقوق بین الملل سنت حقوق طبیعی نظیر: هوگو گروسوس (حقوق داخلی دولت‌ها)،<sup>۱</sup> امر دو واتل (حقوق ضروری ملل)<sup>۲</sup> و کریستین ولف، بر اساس تمایز مطرح در حقوق رومی- ژرمنی بین حقوق ارادی<sup>۳</sup> و حقوق امری<sup>۴</sup>، بین توافقات میان دولت‌ها و اصول لازم و ضروری حقوق بین الملل تمایز قایل شده‌اند و ویژگی برتر حقوق امری را به جهت منبع برتر آن، یعنی ریشه داشتن آن در حقوق طبیعی معرفی کردند.

در نظریات حقوق طبیعی متأخر می‌توان به «لاترپاخت» اشاره نمود. لاترپاخت در دوران اوج اقتدار پوزیتیویسم حقوقی با اتخاذ رویکردی ضد آن، بازگشت وضعیت ممتاز قواعد آمره را به موقعیت برتر و امری اقتدار اخلاقی<sup>۵</sup> آن می‌داند و در این چارچوب مفهوم هنجار برتر را ذیل قاعده آمره مطرح می‌نماید (Lauterpacht, 1953: 90). در بینشی منطبق و برگرفته از همین رویکرد بود که مصطفی کامل یاسین، یکی از اعضای کمیسیون حقوق بین الملل تنها ضابطه تمیز هنجارهای آمره از غیرآمره را مضمون آن<sup>۶</sup> با شاخص ریشه داشتن در «وجدان بین المللی»<sup>۷</sup> معرفی نمود (Yearbook of The International Law Commission, Volume I, 1963). برخی دیگر از سایر پوزیتیویست‌ها در حوزه حقوق بین الملل بشر، همچون «لوئیس هِنکین» و «لوئیس یان» نیز منشأ اعتبار هنجارهای آمره را اقتدار ذاتی اخلاقی و عقلانی آن می‌دانند (May and Jeff, 2009: ).

۱. Internal Law of Nations

۲. Necessary Law of Nations

۳. Jus dispositivum (voluntary law)

۴. Jus scriptum (obligatory law)

۵. او این مفهوم را معادل سیاست‌گذاری عمومی بین المللی (International Public Policy) تلقی می‌نماید.

۶. Substance of The Rule

۷. International Conscience

(184).

چنانکه ملاحظه می‌شود، اهمیت و جایگاه حقوق طبیعی به عنوان مبنای نظری قاعده آمره تا آنجاست که حتی برخی پوزیتیویست‌ها نیز به برداشتی طبیعی از قاعده آمره در تبیین مبنای نظری آن اشاره می‌نمایند. اما به‌زعم برخی، سنت حقوق طبیعی علاوه بر اینکه قادر نیست نشان دهد چگونه قاعده آمره بدون در نظر گرفتن عناصر اراده و حاکمیت، بر عملکرد دولت‌ها حاکم شده و آن‌ها را محدود می‌کند «ایرادی که بر خوانش پوزیتیویستی قواعد آمره هم تا حدودی وارد است» (D'Amato, 2010: 15- 18)، مرز حقوق و اخلاق را نادیده گرفته و علاوه بر آن در ارائه ضابطه برای شناخت محتوا و حدود قواعد آمره نیز چندان موفق نبوده است (Criddle & Fox-Decent, 2009: 332). به هر روی، حقوق طبیعی هرچند ممکن است از برخی ایرادات در برخی جهات رنج برد اما می‌توان مبنایی قوی برای توجیه جایگاه هنجار برتر که در حقوق بین‌الملل به قاعده آمره موسوم است، تلقی نمود. متعاقب افول سنت حقوق طبیعی در میان اندیشمندان حقوق بین‌الملل و چیرگی سنت فکری حقوق وضعی، مفهوم هنجار برتر، در قلمرو سنت حقوقی پوزیتیویسم حقوقی به حیات خود-البته به شکلی دیگر- ادامه داد.<sup>۱</sup>

## ۲. قاعده آمره از منظر سنت فلسفی پوزیتیویسم حقوقی

در سنت فلسفی پوزیتیویسم حقوقی، بحث از سلسله مراتب هنجاری و هنجار(های) برتر از لحاظ نظری در فعالیت‌های علمی «کلسن» به صورتی نظام‌مند و برجسته مطرح و در پیوند تنگاتنگ با مقوله رضایت و اعتبار تنظیم شد و از آن به بعد توسعه یافت.

از آن جهت که از یک سو در سنت فکری پوزیتیویسم حقوقی، فرایند شکل‌گیری قاعده آمره، جندان متمایز از قواعد عادی نیست و از دیگر سو قواعد عادی نیز در این سنت حقوقی در چارچوب نظریه منابع صوری فهمیده می‌شود، به ناچار پیروان این رویکرد، قاعده آمره را در قالب

۱. برخی امکان حیات همزمان قاعده آمره بر مبنای چارچوب نظری حقوق طبیعی و پوزیتیویسم حقوقی را شناسایی نموده‌اند و مرز بین حیات همزمان قاعده آمره بر مبنای چارچوب نظری حقوق طبیعی و پوزیتیویسم حقوقی را نیز ترسیم نموده‌اند. بنگرید به: شریفی طراز کوهی، حسین، قواعد آمره و نظم حقوقی بین‌المللی، وزارت امور خارجه، موسسه چاپ و انتشارات، تهران، چاپ اول، ۱۳۷۵: ۷۰. گویی از این منظر، مرز بین حقوق طبیعی و پوزیتیویسم حقوقی در رویکردهای نوین این دو سنت فکری کمرنگ شده است.

نظریه منابع صوری<sup>۱</sup> حقوق بین الملل توجیه نموده و ارزیابی می کنند.<sup>۲</sup>

این ملکیت مفهوم هنجار برتر را در قالب قاعده آمره، با نظریه پوزیتیویستی منابع صوری حقوق بین الملل پیوند داده و از این رهگذر، به سه نحله اصلی تقسیم می شود: گروهی که قاعده آمره را در قالب حقوق عرفی (نظریه عرف مبنای قواعد آمره)،<sup>۳</sup> مطرح نموده اند (Byers, 1997: 211-212). جمعی که قاعده آمره را در چارچوب حقوق معاهدات دانسته اند (Shaw, 2008: 118)؛ در نهایت برخی پوزیتیویست ها قاعده آمره را ذیل مفهوم اصل کلی حقوقی ملاحظه نموده اند. اندیشمندانی نظیر لاسا اوپنهایم (Oppenheim, 1912: 528-9) و ویلیام هال (Hall, 1980: 382-83) اصول مورد پذیرش جهانی<sup>۴</sup> را مطرح و به عنوان اصول غیر قابل تخطی مطرح نموده اند.<sup>۵</sup> در کلیه نحله های تحت نظریات پوزیتیویستی، معضل نظریات راجع به قاعده آمره آن است که قادر به حل رابطه اراده با ویژگی امری این قواعد که وجه ممیزه قواعد آمره از قواعد غیر آمره است، نبوده و از همین رو نمی توانند ویژگی متمایز قواعد آمره را در سنجش نسبت آن با اراده و حاکمیت دولت ها به صورت دقیق و کامل توصیف و توجیه نمایند (Criddle & Fox-Decent, 2009: 332-336, 339-442).

۱. منابع صوری در مقابل منابع مادی قرار می گیرند؛ منبع صوری یا شکلی شامل: (معاهده، عرف، اصل حقوقی، دکترین و رویه قضایی)، محل ظهور هنجارها و قواعد هستند و منابع مادی، یعنی (بینش ها، جهان بینی ها، عادات، رسوم و ...)، منشأ این هنجارها می باشند.

۲. به زعم برخی، نظریه منابع صوری حقوق بین الملل، آموزه ای است که در آن تلقی شدن مفهومی به عنوان مفهوم (هنجار) حقوقی مشروط به ظهور آن در یکی از اشکال (منابع شکلی) ایجاد قاعده حقوقی است. در خصوص این نظریه و نقد آن بنگرید به:

d'Aspremon, Jean, The Politics of Deformalization in International Law, Goettingen Journal of International Law, 3 (2011) 2, p. 508. Kammerhofer, Jörg, Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems, European journal of International Law. (2004). Vol 15 No 3. 523-553.

در خصوص الگوی مورد استفاده در زمینه منابع حقوق بین الملل در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری، بنگرید به: فلسفی، هدایت الله، صلح جاویدان و حکومت قانون، دیالکتیک همانندی و تفاوت. فرهنگ نشر نو. چاپ دوم. ۱۳۹۴: ۵۷۱-۵۶۹.

3. Custom-Based Theory of Jus Cogens

4. Universally recognized principles

۵. ایشان متأثر از «وان وردرس» که مفهوم هنجار برتر تحت عنوان «حداقل اخلاقی مورد شناسایی کلیه کشورهای جامعه بین المللی» (Ethical Minimum recognized by all the states of the international community) ابراز داشت، نظریات خود را مطرح نمودند.

رویکرد پوزیتیویستی به واقع، بر خلاف رویکرد حقوق طبیعی، اندیشه‌ای بر مبنای «وضع» قاعده آمره است و به وجود این قاعده پیش از اراده واضع و وضع این قاعده- حتی اگر قائل به وجود چینی حیثیتی پیش‌بینی شده برای قاعده آمره باشد- توجه ندارد. در این رویکرد بر مبنای نظری قاعده آمره، نقطه قوت همان نقطه ضعف است؛ با این توضیح که رویکرد پوزیتیویستی از این حیث که نقش اراده تابعان حقوق بین‌الملل به ویژه دولت‌ها را در مسیر شکل‌گیری هنجار برتر نمایان می‌نماید؛ متضمن نوعی واقع‌گرایی و دوری از ایدئال‌پردازی بدون پشتوانه در وضع هنجار برتر است اما در عین حال، در همین جا متوقف می‌شود زیرا نتوانسته‌است نشان دهد که اراده تابعان حقوق بین‌الملل، چگونه به صورتی متمایز از وضع هنجارهای عادی، در وضع هنجار برتر نمایان می‌شود. نتیجه آنکه رویکرد پوزیتیویستی قسمتی از مسیر ظهور هنجار برتر در حقوق بین‌الملل را با توسل به نظریه منابع صوری نشان داده‌است اما از ارائه تبیین دقیق راجع به سایر قسمت‌های مسیر ظهور این هنجار- یعنی چگونگی ظهور این هنجار در منابع مادی و انتقال آن به منابع صوری و تمایز آن از هنجارهای عادی- ناتوان بوده‌است.

### ۳. قاعده آمره از منظر سنت فلسفی جامعه‌شناسی حقوقی

به جهت برخی نواقص که در دو مبنای پیش گفته برای قاعده آمره وجود دارد، در سنت فکری جامعه‌شناسی حقوقی نیز به مسئله سلسله مراتب هنجاری و هنجار برتر پرداخته شده است. در اندیشه جامعه‌شناسی حقوقی، ضابطه شناسایی هنجار برتر، میزان کارایی اجتماعی آن هنجار است؛ به این معنا که کارایی جامعه‌شناختی اقتصادی، روان‌شناختی، زیستی و یا ... هست که به فراساختار حقوقی (ساختارهایی که مبنای حقوق هستند) سامان می‌دهد لذا کارایی با توجه به زیربنای جامعه شناختی به روبنای حقوقی تسری می‌یابد. به واقع به موازات وجود سلسله مراتب در زیربنای اجتماعی از جهت کارایی آنها در زندگی اجتماعی، روبنای حقوقی متناظر با آنها نیز دارای سلسله مراتب خواهند شد. کاسکنمی، هگل، مارکس (طرفدار هنجارهای مرتبط با نزاع طبقات اجتماعی) و نتولیرال‌ها (طرفداران هنجارهای مرتبط با اقتصاد بازار)، از جمله آنانی بوده‌اند که سلسله مراتب هنجاری را با این رویکرد دریافته و معنا کرده‌اند (Koskenniemi, 1996: 565). نقطه عطف اتکای مبنای نظری تفکر جامعه‌شناسی حقوقی، در تبیین ارتباط هنجار برتر با محل ظهور آن یعنی اجتماع که همان منابع مادی تلقی می‌شوند، هست. این نقطه قوت، در نظریه



جامعه‌شناسی حقوقی چنان است که حتی شخصی نظیر میشل رایزمن، با تفکری در چارچوب اندیشه‌ورزی مکتب واقع‌گرایی سیاسی و عمل‌گرایی آمریکایی در عرصه حقوق بین‌الملل، در پذیرش حیثیت هنجار برتر در قالب قاعده آمره اذعان می‌کند که این مفهوم در وضعیت کنونی حقوق بین‌الملل به یک «فرا-عرف» که مبتنی بر منابع فراتجربی است تبدیل شده است و لذا محتاج وجود عملکرد دولت‌ها مبنی بر پذیرش آن به منظور اثبات اعتبارش نیست (Reisman, 2000: 15).

بر این اساس، به تعبیر کاسکنمی، حقوق در سنت‌های فلسفی حقوق به مثابه قلمرو هنجارهای دارای سلسله مراتب ملاحظه می‌شود با این تفاوت که روابط عالی و دانی در یک رویکرد (حقوق طبیعی) با ادبیات خوب یا بد، در ادبیات سنت فلسفی دیگر (پوزیتیویسم حقوقی)، معتبر یا نامعتبر و در اصطلاح سنتی دیگر (جامعه‌شناسی حقوقی) کارا و ناکارا بیان می‌شود (Koskenniemi, 1996: 567).

به این ترتیب جامعه‌شناسی حقوقی به تأثیر کارایی هنجارها در اداره امور جامعه توجه دارد لذا کارآمدترین هنجارها در این مسیر، بنیادی‌ترین آن‌ها، یعنی هنجار برتر قلمداد می‌شوند. به واقع جامعه‌شناسی حقوقی همچون حقوق طبیعی در تبیین وضعیت هنجار برتر بر فراساختارهای حقوقی متمرکز است. این فراساختارها در کلان‌ترین وجه کارایی یا ناکارآمدی هنجار قرار دارند و به این ترتیب هنجار برتر از نظر جامعه‌شناسی حقوقی، کارآمدترین هنجار می‌باشد. همچون حقوق طبیعی، جامعه‌شناسی حقوقی، هنجار برتر را از منظری بیرونی (به شکلی متمایز از حقوق طبیعی) معرفی می‌کند. البته جامعه‌شناسی حقوقی از نقاط ضعف یک نگرش بیرونی به حقوق و مشخصاً حقوق بین‌الملل در توضیح مبانی نظری هنجار برتر- یعنی فقدان ترسیم مرز دقیق حقوق و اخلاق و روشن نمودن نقش اراده دولت در فرآیند تکوین هنجار- رنج می‌برد اما با این همه، در تشریح ریشه‌های جامعه‌شناختی شکل‌گیری هنجار برتر نقشی بی‌بدیل ایفا می‌نماید.

با مروری بر چند رویکرد متمایز در سه مبانی حقوقی متمایز یاد شده در خصوص شناخت هنجار برتر یا قاعده آمره در حقوق بین‌الملل، درمی‌یابیم که بحث از سلسله مراتب هنجاری در مبانی حقوقی مذکور: حقوق طبیعی، پوزیتیویسم حقوقی و جامعه‌شناسی حقوقی، تنها به عنوان یک مسئله از مجموعه مسایل این سنت‌های فکری مطرح بوده و هست؛ این در حالی است که

موضوع سلسله مراتب هنجاری، در اندیشه و رویکرد ملحوظ در برخی اندیشه‌های حقوقی یعنی نظریات «نظم عمومی» و «قانونی اساسی‌گرایی»<sup>۱</sup> عنصر اساسی و مورد تمرکز این ایده‌ها تلقی می‌شود. روشن است که مراد از این امر آن نیست که تنها در این دو نوع نگاه به حقوق بین‌الملل است که بحث از سلسله مراتب هنجاری مطرح می‌باشد، بلکه در این دو نوع نگاه به حقوق بین‌الملل، مقوله سلسله مراتب هنجاری جایگاه ویژه و کلیدی دارد (Kleinlein, 2012: 97). در ادامه دیدگاه این دو مجموعه نظریات را نیز در خصوص هنجار برتر تبیین و ارزیابی خواهیم نمود.

#### ۴. قاعده آمره از منظر نظریات نظم عمومی

صحت از سلسله‌مراتب هنجاری و قاعده آمره در نظریات نظم عمومی، جایگاه کلیدی و منحصر به فردی دارد. به این ترتیب، که به صورت طبیعی صحت از هنجار برتر و جایگاه آن، در این نظریات اهمیتی غیرقابل انکار می‌یابد. از این رو لازم است تا چگونگی ورود نظم عمومی به حقوق بین‌الملل را ارزیابی نماییم و سپس جایگاه قاعده آمره را در هر مورد به صورت جداگانه تشریح و ارزیابی نماییم.

مفهوم نظم عمومی، در حقوق بین‌الملل به دو صورت وارد شده است؛ صورت ابتدایی ورود این مفهوم معنای قدیمی است و سابقه آن به پیش از جنگ جهانی اول باز می‌گردد. این مفهوم در این صورت، معرف نظم عمومی دولت-ملت بود. در این مفهوم از نظم عمومی، که تا حدود زیادی مترادف با اخلاق عمومی تلقی می‌شود و مشتمل بر «مجموع شرایطی که اشتغالات معمول و متعارف دولت را میسر می‌کند»<sup>۲</sup> می‌باشد. در اینجا نظم عمومی، استثنایی بر اعمال انواع قواعد حقوق بین‌الملل است.<sup>۳</sup> به واقع، حقوق بین‌الملل به مثابه حقوق همکاری بین‌المللی و توزیع قدرت میان تابعان حقوق بین‌الملل و به ویژه دولت‌ها، بر اساس اراده آن‌ها شکل می‌گیرد و نظم عمومی

۱. Constitutionalism

۲. بنگرید به:

United States, Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, WT/DS285/R, Report of the Panel. (Nov 10, 2004).

۳. این استثنا در موافقت‌نامه‌های دوجانبه استرداد مجرمین، حمایت از سرمایه‌گذاری به عنوان استثنایی بر اعمال قواعد مورد توافق آنها پذیرفته شده است. در موافقت‌نامه‌های چندجانبه نیز چنین مقرره‌ای قابل مشاهده است. به عنوان نمونه در ماده ۲۰ گات ۱۹۹۴ و یا ماده ۱۴ موافقت‌نامه عمومی سازمان تجارت جهانی در خصوص تجارت خدمات نیز همین استثنا گنجانده شده است.

دولت- ملت مفردی به منظور رهایی از حقوق بین‌الملل می‌باشد، به این معنا که در صورت تعارض حقوق بین‌الملل با نظم عمومی دولت- ملت، حقوق بین‌الملل ارزش حقوقی خود را از دست می‌دهد. نظم عمومی در این فرض، برای محافظت از اصل حاکمیت دولت‌ها، به عنوان تابعان اصلی و اولیه حقوق بین‌الملل، عمل می‌نماید؛ به این ترتیب که برخی هنجارها به مثابه هنجارهایی که محافظ نظم عمومی ملی دولت‌ها هستند (نظیر اصل تساوی دولت‌ها یا حاکمیت)، قاعده آمره تلقی شده و حاکمیت قانون مقتضی رعایت این هنجارها است، پیرو این اصول، نظم عمومی به مثابه ترجمان این حاکمیت، مانع اعمال سایر قواعد حقوق بین‌الملل شده و به این ترتیب جایگاهی در سطح هنجار برتر می‌یابد. به دیگر بیان و از لحاظ فن حقوقی، این هنجار، از جمله هنجارهایی است که در راستای رعایت آن، می‌توان هنجارهای دیگر را نادیده گرفت و از این رو به مثابه عامل رافع مسئولیت در صورت نقض تعهد تلقی شده است (Kurtz, 2008: 42-43). این معنا، نظم عمومی بین‌المللی را به سطح نظم عمومی دولت- ملت‌ها تقلیل می‌دهد و حقوق بین‌الملل را تنها در چارچوب نظم حقوقی منبعث از همکاری دولت- ملت‌ها که محکوم نظم عمومی دولت‌ها است، تلقی می‌نماید. بنابراین روح حاکم بر هنجار برتر در این برداشت از نظم عمومی، چیزی جز تجلی اراده تابعان اصلی حقوق بین‌الملل (همان دولت‌ها) نمی‌باشد. با این نگاه قاعده آمره از نظم عمومی دولت- ملت نشأت می‌گیرد و بر مدار حفاظت از حاکمیت تجلی می‌کند.

اما در برداشت دوم از نظم عمومی مفهوم آن، متمایز از معنای اول است. در این معنا، نظم عمومی حقوق بین‌الملل مدنظر بوده است و نه نظم عمومی حقوق دولت- ملت‌ها. از این دیدگاه نیز همچون معنای پیشین، قواعد حقوقی مولود نظم عمومی و روح حاکم بر آن‌هاست اما تفاوت آن با نظم عمومی دولت- ملت‌ها آن است که محتوای این نظم عمومی بین‌المللی، از تمرکز بر نقش دولت- ملت دور می‌شود و مفاهیمی نظیر حقوق طبیعی و ذاتی، حقوق بشر و ... محوریت می‌یابند. این معنا از نظم عمومی برای اولین بار بعد از جنگ جهانی دوم مصطلح و باب شد (Mosler, 1974: 17). توجه به این نکته ضروری است که در اینجا به دنبال اینکه محتوای این نوع از نظم عمومی چیست (والبتّه به آن اشاره شد) نبودیم و تنها می‌خواهیم جایگاه هنجار برتر یا قاعده آمره را در نظریات راجع به این برداشت از نظم عمومی، تبیین و ارزیابی نماییم. در این راستا دو نگاه متفاوت به نظم عمومی بین‌المللی در آثار اندیشمندان ملاحظه می‌شود.

بر اساس برداشت اول، از آنجا که هر نظم حقوقی متضمن یک سیاست عمومی است، این سیاست عمومی، هنجار(های) برتر آن نظم حقوقی را تعیین می‌نماید. به دیگر بیان، عناصر این نظم عمومی به مثابه محتوای هنجار برتر در نظم حقوقی خود را نمایان می‌سازد. بر این اساس این تئوری، قاعده آمره به عنوان مظهر تجلی سیاست عمومی در حقوق بین‌الملل تلقی شده و به این ترتیب جایگاه هدایت‌گری و سیاست‌گذاری هنجاری به خود می‌گیرد. برخی معتقد هستند از این منظر قاعده آمره به اصل کلی تلقی می‌شود (Shelton, 2015: 32, 46, 48). چنین برداشتی از جایگاه قاعده آمره به عنوان عامل نظم عمومی، در کمیسیون بین‌المللی حقوق بشر اتخاذ شده است.

اما برداشت دوم از مفهوم نظم عمومی بین‌المللی که به تبیین جایگاه هنجار برتر منجر می‌شود، فنی‌تر و مفصل‌تر از برداشت اول است. شاید بتوان گفت جذاب‌ترین مفهوم‌پردازی از این برداشت از نظم عمومی را برونو سیما ارائه نموده باشد. او مفهوم نظم عمومی را در ارتباط با مفهوم «جهان‌شمول شدن حقوق بین‌الملل»<sup>۱</sup> معرفی نموده است.

«برونو سیما»، سه خوانش از جهان‌شمول شدن حقوق بین‌الملل ارائه می‌نماید. در قرائت اول، جهان‌شمول شدن حقوق بین‌الملل به معنای وجود حقوق بین‌الملل جهانی است؛ به این صورت که نسبت به تمامی دولت‌ها معتبر و لازم‌الاتباع باشد. در این برداشت، حقوق بین‌الملل مانع از شکل‌گیری حقوق منطقه‌ای عرفی یا معاهداتی و مناسبات دوجانبه حقوقی نیست ولی در عین حال این موجودیت‌ها، همگی در بدنه جهانی بنیادین و دارای محوریت قرار گرفته و تابع هسته حقوق بین‌الملل تلقی می‌شوند. همچنین در این معنا، حقوق بین‌الملل مفهومی شامل جهان‌شمول‌گرایی سطح اول<sup>۲</sup> می‌گردد و نیز در این نوع خوانش هنجار برتر، تنها هنجاری است که در سطح جهانی مورد پذیرش قرار گرفته باشد خواه در سطحی منطقه‌ای شروع به تکوین کند و خواه از ابتدا و یا سرانجام در سطح جهانی پذیرفته شود لذا صحبت از نظم عمومی دولت-ملت جایگاهی ندارد.

در خوانش دوم، جهان‌شمول شدن حقوق بین‌الملل به معنای تشکیل یک کل سازمان یافته، یکپارچه و واحد به منزله یک سیستم حقوقی سازمان‌مند- نه صرف انباشت اتفاقی و موردی

۱. universality of international law

۲. First-Level Universality

قواعد- تلقی می‌شود، یعنی جهان شمول‌گرایی سطح دوم<sup>۱</sup> در این نگاه هنجار برتر، هنجاری است که در این سطح یکپارچه و سازمان‌یافته ظهور کند.

در خوانش سوم از جهان شمول شدن حقوق بین‌الملل، معنای مصطلح و سنتی جهان شمول‌گرایی<sup>۲</sup> مدنظر است. به‌زعم «سیما» رویکرد جهان شمول‌گرایی نسبت به حقوق بین‌الملل، به این معنا است که ایجاد نظم حقوقی در سطح جهانی نه تنها ممکن و مطلوب، بلکه ضروری است. برخی طرفداران این رویکرد معتقد هستند که مراحل از این تشکیل نظم عمومی حقوقی نیز سپری شده است. (جهان‌شمول‌گرایی سطح سوم)<sup>۳</sup> در این برداشت، نظم عمومی در کل به معنای نظم حقوقی مشترک برای بشریت تلقی می‌شود (Simma, 2009: 267). لذا حقوق بین‌الملل به مثابه یک نظم حقوقی عمومی، فراتر از یک مجموعه منسجم از قواعد و اصول رفته و مبدل به طرحی جامع برای زندگی اجتماعی می‌شود. این ایده تداعی‌کننده‌نگاهی است که افرادی نظیر «کریستین تاموشات» نسبت به حقوق بین‌الملل ارائه کرده‌اند (Tomuschat, 1999: 63). نظم عمومی حقوقی در سطح حقوق بین‌الملل به این معنا، به واسطه تحقق مولفه‌هایی در عالم خارج شناسایی می‌شود که مهم‌ترین این عوامل عبارتند از: ۱. «توسعه قلمرو حقوق بین‌الملل فراتر از حوزه دولت-محور به‌ویژه با وارد کردن اشخاص به ساحت حقوق بین‌الملل با اعطای شخصیت بین‌المللی بدان‌ها ۲. ایجاد سلسله مراتب هنجاری ۳. در انداختن مبنا و طرحی ارزش-محور ۴. طولی کردن مناسبات حقوق بین‌الملل ۵. برداشتن تمرکز از رضایت در وضع حقوق ۶. ایجاد حقوق کیفری بین‌المللی با تأسیس نهادها و آیین‌هایی در راستای پیگیری منافع عمومی در سطح بین‌المللی و... در نهایت ظهور جامعه بین‌المللی به مثابه جامعه حقوقی» (Simma, 2009: 268). ظهور جامعه حقوقی به واقع نتیجه و معلول ظهور نظم عمومی حقوقی در سطح حقوق بین‌الملل است و علت قریب آن تحقق سلسله مراتب هنجاری است (Simma, 1994: 231-234). قاعده برتر در این خوانش قاعده‌ای است که این عوامل مهم را در خود بگنجانند. در این صورت این قاعده، چارچوب نظم عمومی حقوقی نوینی که حقوق بین‌الملل در آن چارچوب تکوین می‌یابد را تدارک می‌بیند.

۱. second-level universality

۲. universalism

۳. Third-Level Universality

به این ترتیب آنچه در سه خوانش متمایز از سنت حقوقی نظریات نظم عمومی<sup>۱</sup> مشهود می‌نماید آن است که هنجارهای آمره به مثابه هنجارهایی در خدمت نظم عمومی در راستای حفظ تمامیت و یکپارچگی حقوق بین‌الملل تحت عنوان یک سیستم ضروری عمل می‌نمایند؛ ( McDougal, and Lasswell, 1971: 389- 390) از این رو، به‌زعم واضعان و طرفداران رویکرد مذکور نظیر: «مایرس مک دوگال»، «هارولد لاسول» و «میشل رازمن»، در برخی هنجارهای امری به عنوان هنجار دارای سلسله مراتب عالی شناسایی می‌شوند تا منافع جامعه بین‌المللی در کل را تقویت نموده و در خدمت ارزش‌های اساسی حقوق بین‌الملل قرار گیرند و بدین ترتیب مانع گسست و چندپارگی آن شود (Morrison, 1981: 728). هنجارهایی در حوزه حقوق کیفری بین‌المللی به معرفی جنایات بین‌المللی و ممنوعیت آن‌ها می‌پردازند، مهم‌ترین مصادیق نظم عمومی حقوق بین‌الملل تلقی می‌شوند. البته نظم عمومی صرفاً وجه کیفری نداشته و نباید از یک ابعاد حقوقی آن غافل بود اما کمیسیون حقوق بین‌الملل با ارائه طرح «جرائم علیه امنیت و صلح بشر» در سال ۱۹۹۶، توجه خود به ابعاد جزایی نظم عمومی را نشان داد. چنین رویکردی تا آن زمان در بیشتر نهادهای بین‌المللی مهم وجود داشت. با این همه در آن سال، کمیسیون حقوق بین‌الملل، در تبدیل رویکرد طرح مسئولیت بین‌المللی دولت از جزایی به رویکردی کلان‌تر، با مسئولیت گزارشگری جیمز کرافورد، رویکردی کلی‌تر اتخاذ نمود و ابعاد حقوقی نظم عمومی را نیز در کنار ابعاد جزایی در نظر گرفت؛ با این همه تا کنون ابعاد مدنی نظیر: میراث مشترک بشریت یا میراث مشترک فرهنگی و مصادیق آن‌ها، عناصر نظم عمومی بین‌المللی تلقی نشده‌اند.

کمیسیون حقوق بین‌الملل با در دستور کار قراردادن موضوع «هنجارهای امری حقوق بین‌الملل (قواعد آمره)» در سال ۲۰۱۶ و البته توجه به موضوع «حفاظت از اتمسفر» در سال ۲۰۱۵، نشان داد که با طراحی ابعاد جزایی نظم عمومی حقوقی بین‌المللی در تلاش است تا ضمن در نظر گرفتن ابعاد حقوقی این نظم، رویکرد جامع خود به این موضوع را تعقیب نماید و از آن غافل

۱. سنت نظریات نظم عمومی در حوزه حقوق بین‌الملل به واقع زیرمجموعه مکتب نیوهاون یا مکتب سیاست-محور است که هارل لاسول از جمله بنیان‌گذاران آن می‌باشد. او در تحلیل خود، حقوق را با توجه به فرآیند اجتماعی (Social Process)، به دو گونه حقوق خرد (micro-law) و حقوق کلان (macro-law) تقسیم می‌نماید. حقوق خرد، حقوق تولیدشده در مناسبات رودرروی اشخاص است و حقوق کلان نظیر حقوق بین‌الملل حقوق تولید شده توسط گروه‌های کوچک یا بزرگ اجتماعی است؛

Harold D. Lasswell, *Psychopathology And Politics*, University of Chicago Press, 1930, p

نباشد.<sup>۱</sup> فارغ از تعینات (واقعیات) خارجی این رویکرد، به زعم طرفداران این سنت حقوقی، کارکرد هنجارهای امری آن است که به کمک ویژگی عمومیت هنجاری که خصیصه خاص این هنجارهاست، ضمن چارچوب مند نمودن حدود اعمال حاکمیت توسط دولت‌ها، به همزیستی مسالمت آمیز آنها در قالب جامعه دولت‌ها کمک کنند و به تشکیل جامعه بین المللی که جامعه‌ای مبتنی بر ارزش‌ها است کمک نمایند (کارکرد اول). این مهم با اعطای ویژگی برتر به هسته مهم و اصلی الزامات هنجاری سیستم بین المللی میسر می‌شود (کارکرد دوم) (McDougal, Chen, ) (Lasswell, 1977: 226- 227).

این دو کارکرد یادشده، دو بُعد عمومیت هنجاری و برتری ارزشی را که ویژگی لاینفک هنجار برتر است را در بردارند. در کارکرد اول این قواعد (یعنی کمک به همزیستی مسالمت آمیز دولت‌ها) که تعلق آن هنجار به جامعه دولت‌ها و سپس در مرحله بعد جامعه بین المللی را رقم می‌زند- مفهوم قاعده آمره به تعهدات عام‌الشمول به نحو مطرح در قضیه بارسلونا تراکشن نزد دیوان بین المللی دادگستری نزدیک می‌شود<sup>۲</sup> و به این ترتیب ویژگی عمومیت هنجاری را برای این هنجارها ایجاد می‌نماید. در کارکرد دوم این قواعد (اعطای ویژگی برتر به هسته الزامات هنجاری سیستم بین المللی)، ویژگی برتری ارزشی، برای آن ایجاد می‌شود. بنابراین این دو خصیصه در کنار هم، ماهیت هنجار برتر را در این سنت فکری رقم می‌زند. برخی تلاش نموده‌اند تا اسنادی نظیر منشور ملل متحد را به مثابه مجموعه قواعد متضمن هنجارهای برتر در راستای حفظ نظم عمومی معرفی نمایند.

در نقد این نظریات می‌توان گفت که نظریات نظم عمومی به جهت اینکه قادر نیستند مبنای هنجاری قابل اثبات و یا قابل توجیه در باب قواعد آمره داشته باشند و علاوه بر آن، در تعیین مصادیق قواعد آمره نیز ناتوان هستند لذا برای توجیه قواعد آمره به تنهایی مناسب به نظر نمی‌رسند. به واقع، نظریات نظم عمومی تنها اصل لزوم وجود هنجار(های) برتر در سلسله مراتب هنجاری را اثبات و جایگاه این هنجارها در یک نظم عمومی حقوقی تعیین می‌نمایند. این نظریات، در رابطه با

۱. <<http://legal.un.org/ilc/status.shtml>>

۲. بنگرید به:

Barcelona Traction, Light & Power Co. (Belg. v. Spain), 1979 I.C.J. 3, 33

چگونگی شکل‌گیری این هنجارها، فاقد دستاورد چندانی می‌باشند لذا نظریات نظم عمومی در اثبات و توجیه چگونگی شکل‌گیری قواعد آمره به یکی از سه دیدگاه پیش گفته یعنی حقوق طبیعی، پوزیتیویسم حقوقی یا جامعه‌شناسی حقوقی به ویژه پوزیتیویسم حقوقی بازمی‌گردند. از این رو، هرچند در این سنت حقوقی قواعد و هنجارهای آمره و برتر جایگاهی خاص و ویژه دارند ولی در اثبات چگونگی تکوین و شکل‌گیری این هنجارها، این نظریه خود نیازمند توسل به یکی از نظریات یادشده هستند (J. Criddle & Fox-Decent, 2009: 345). از این رو برخی طرفداران متأخر این رویکرد نظیر وینستون ناگان و کریج هامر، به تلاش در آمدن تا نواقص این نظریه را به کمک ترکیبی از آن با برخی دیگر از نظریات، از جمله نظریه ارتباطات اجتماعی که ذیل نظریه جامعه‌شناسی حقوقی مطرح می‌شود، تا حد ممکن نواقص این نظریه را کاسته و شاید از بین ببرند (P. Nagan & Hammer, 2007: 725). به هر حال به نظر می‌رسد که نظریات نظم عمومی نیز از هرچند از برخی جهات قوی بوده و از برخی جهات از ضعف‌هایی رنج می‌برند؛ نظریاتی تام و تمام در تبیین جایگاه و مفهوم هنجار برتر و قاعده آمره نیستند.

##### ۵. قاعده آمره از منظر سنت فلسفی قانون اساسی‌گرایی

بحث از هنجار برتر همچنین در سنت حقوقی قانون اساسی‌گرایی جایگاهی دیگر دارد (Broude & L. Paulus, 2012: 351). هرچند این سنت فکری شباهت‌های بسیاری با ایده نظم عمومی دارد اما از منظری دیگر به مسئله هنجار برتر می‌پردازد. توضیح این وضعیت خاص در سنت قانون اساسی‌گرایی، مستلزم توضیح انواع مختلف سلسله‌مراتب هنجاری است. از یک منظر می‌توان سلسله‌مراتب هنجاری را به دو گونه نسبی و مطلق تقسیم نمود؛ سلسله مراتب هنجاری نسبی، به دنبال حل تعارض بین هنجارها است در حالی که سلسله مراتب هنجاری مطلق در تلاش برای نیل به وضعیتی است که از ابتدا به جهت برتری هنجار(های) مشخصی - تعارض در واقع و نفس‌الامر محقق نمی‌شود - هنجارها در تدارک محتوایی و مفهومی مضامین خود باید با هنجار برتر هماهنگ و همراه باشند. بنابراین سنت حقوقی قانون اساسی‌گرایی به دنبال ارائه نظریه‌ای بر مبنای سلسله‌مراتب هنجاری مطلق است. بدین ترتیب یکی از مهم‌ترین مسایل ارتباطات عمودی (طولی) سیستم‌ها یا رژیم‌های حقوقی، یعنی سلسله مراتب مطلق یا قانون اساسی‌وار آنها که منجر به



شکل‌گیری نظم حقوقی می‌شود در این نظریه دنبال می‌شود. این نوع از سلسله مراتب هنجاری است که به عنوان «سلسله مراتب هنجاری مطلق / اساسی»<sup>۱</sup> شناخته می‌شود. در این نوع از سلسله مراتب هنجاری، تعارض هنجارها که در فرض اجرای متزاحم آنها مطرح می‌شود، مسئله نیست بلکه مهم ساخت مفهومی هنجارها و ابتدای سازمان مفهومی هنجار مادون بر مضمون هنجاری هنجار مافوق است. در این سنت فکری، حداقل سه برداشت و خوانش متمایز از قانون اساسی گرای می‌شود: قانون اساسی گرای در سنت آلمانی، قانون اساسی گرای در سنت لیبرال، قانون اساسی گرای در سنت دولت-محور (اراده‌گرایانه یا واقع‌گرایانه).<sup>۲</sup> در ادامه این موارد تشریح و ارزیابی خواهند شد:

#### ۵-۱. سنت آلمانی قانون اساسی گرای

در سنت آلمانی، مراد از قانون اساسی گرای در سطح ملی، وجود «زنجیره‌ای از مفاهیم مرتبط با ساخت دولت است که شکل نظم حقوقی جامعی را که از منظر سلسله مراتب بالاتر از قواعد حقوقی دیگر است ...» به خود می‌گیرد. به همین قیاس، قانون اساسی گرای حقوق بین‌الملل به معنی سلسله مراتب عالی و برتر قانون اساسی جهانی است که همزمان با دارا بودن کارکردهای قانون اساسی، به واسطه هنجارهای بنیادین، فاقد خصایص قانون اساسی شکلی است (Broude & Paulus, 2012: 353). این برداشت از قانون اساسی گرای هم بعد نهادی دارد و هم هنجاری (Broude & Paulus, 2012: 179). در این نوع نگاه، معنای قانون اساسی گرای در سنت لیبرال که متضمن حقوق و آزادی‌های بنیادین اشخاص باشد، مراد نیست و البته معنای قانون اساسی گرای در سنت دولت-محور که مؤید قدرت حاکمیت و تعیین کننده نحوه تقسیم قوای مذکور و ارتباط آن با تابعان باشد نیز مراد نبوده و نیست.

اندیشمندی که بر اساس برداشت و خوانشی آلمانی از قانون اساسی گرای در حقوق

---

#### ۱. Constitutional / Absolute Normative Hierarchy

۲. البته رویکرد قانون اساسی گرای را می‌توان در سنت فکری جامعه‌شناسی حقوقی نیز مشاهده نمود؛ این امر به دلیل سنجش‌ناپذیری بسیاری از رویکردها و مکاتب و سنت‌های فکری حقوق بین‌الملل است. به منظور مطالعه در این خصوص بنگرید به:

F. Kjaer, Poul, *Constitutionalism in the Global Realm: A Sociological Approach*, Routledge, first published: 2014.

بین‌الملل، نظریات خود را تدوین نموده‌اند، به طرق متفاوتی تلاش نموده‌اند که وجود و تحقق قانون اساسی‌گرایی در حقوق بین‌الملل را اثبات کنند. ایشان با بهره برداری از ظرفیت نظریه‌پردازی میان رشته‌ای به ویژه نظریه‌های روابط بین‌الملل، مبادرت به اثبات وجود قانون اساسی‌گرایی در حقوق بین‌الملل نموده‌اند. به عنوان نمونه برخی حقوقدانان با اتخاذ رویکرد «سازه انگاری»<sup>۱</sup> وجود فرآیندهای توجیه عمل نزد نهادهای بین‌المللی قضایی و شبه قضایی (فرایندهایی نظیر فرایند عمل کمیته تحریم شورای امنیت که بر تصمیمات شورا اثرگذار می‌باشد) را عامل شکل‌گیری وضعیت هنجاری در قالب قانون اساسی‌گرایی تلقی نموده‌اند. ( Kleinlein, 2012: 79). عده‌ای با توسل به مفهوم تعهدات عام‌الشمول و تلقی قاعده آمره به مثابه یکی از مصادیق آن، عامل شکل‌گیری قانون اساسی‌گرایی تشکیل‌دهایی اعم از نهادهای دولتی و غیر دولتی نظیر گروه اقدام مالی یا مجمع جهانی آموزش به منظور اعمال قواعد و اصول عام‌الشمول حقوق بین‌الملل می‌دانند که در راستای ارزیابی انطباق عملکرد بین‌المللی با تعهدات برتر، «نهادگرایانه»<sup>۲</sup> عمل می‌کنند (Posner, 2008: 15). از نظر برخی از طرفداران نهادگرایی بین‌المللی، به واسطه تشکیل نهادها و سازمان‌های بین‌المللی، حقوق نهادی بین‌المللی،<sup>۳</sup> شکل می‌گیرد؛ این حقوق نهادی به شکل‌گیری جامعه فراملی مخلوق سازمان‌های بین‌المللی منطقه‌ای و جهانی می‌انجامد و بدین ترتیب، حقوقی که فیلیپ آلوت آن را «حقوق عمومی بین‌المللی»<sup>۴</sup> می‌نامد. (Allott, 2004: 299) و از دیدگاه او در خدمت اقتدار عام بین‌المللی است را به ارمغان می‌آورد.<sup>۵</sup> برخی نیز با اتخاذی رویکردی «ساختارگرایانه»<sup>۶</sup> به دنبال تدوین چارچوبی از ساخت‌های مفهومی در راستای تنظیم مناسبات در حقوق بین‌الملل و با آن هستند و بدین ترتیب اصولی را در این راستا به عنوان حدود

---

۱. Constructivism

۲. Institutionalism

۳. International Institutional Law

۴. International public law

۵. در اندیشه فیلیپ آلوت سه سطح در سیستم حقوقی بین‌الملل وجود دارد: حقوق اساسی بین‌المللی، حقوق عام بین‌الملل و حقوق ملل؛ بنگرید به:

Allott, Philip, *The Health Of Nations: Society And Law Beyond The State*, Oxford, University Press, 2004: 299.

۶. Structuralism

این چارچوب و ساخت مفهومی تدارک دیده‌اند (Kumm, 2004: 907). چنانچه ملاحظه می‌شود، نظریات قانون اساسی‌گرایی آلمانی اساساً متمرکز بر نظریه منابع صوری نیستند و بر سایر عوامل قاعده‌ساز که در چارچوب منابع مادی و لوازم آن مطرح است، تمرکز دارد؛ این سنت با این اوصاف و ویژگی‌ها، با عنوان قانون اساسی‌گرایی غیرشکلی (Informal) نیز شناخته می‌شود (Simma and Pulkowsk, 2006: 500).

### ۵-۲. سنت لیبرالیستی قانون اساسی‌گرایی

برخی با اتخاذ معنای مدنظر سنت لیبرالیستی به قانون اساسی‌گرایی (Peters, 2009: 513) مبادرت به اثبات وجود قانون اساسی‌گرایی در حقوق بین‌الملل نموده‌اند (Trindade, 2010: 213). می‌توان «نظریه تفویضی قاعده آمره» را یکی از تلاش‌هایی که ذیل سنت فکری قانون اساسی‌گرایی لیبرالیستی به منظور توجیه مبنای حقوقی قاعده آمره مطرح شده است، قلمداد نمود.<sup>۱</sup> برخی اندیشمندان نیز در این رویکرد با طرح نظریه «حقوق اداری جهانی»،<sup>۲</sup> ضمن به چالش کشیدن مدل‌های کلاسیک حقوق بین‌الملل تلاش نموده‌اند تا با تطبیق حکمرانی جهانی با مدل اداره و اصول مورد استفاده در اداره (حقوق اداری)، به اثبات و توجیه ابعاد قانون اساسی‌گرایانه حقوق بین‌الملل برای تابعان حقوق بین‌الملل، نایل آیند. (Krisch: 2006: 3) به این ترتیب و در این ایده، حکومت جهانی با صلاحیت اداری صرف، وظیفه کنترل و اجرای هنجارهای برتر را بر عهده می‌گیرد. وظیفه نهادهایی نظیر شورای حقوق بشر در ارزیابی هنجارهای حقوق بشر، یکی از

۱. بر اساس این نظریه «ایده وجود ارتباط تفویضی دولت با مردم خود، به اندیشه جمهوری خواهانه حاکمیت مردمی باز می‌گردد که در قرن هفدهم طی جنگ‌های داخلی انگلیس شهرت یافت و در اسناد اساسی مثل اعلامیه ۱۷۷۶ پنسیلوانیا انعکاس پیدا کرد: [حاکمیت مردمی به این معنا است که] تمام قدرت موجود ... از مردم ناشی می‌شود؛ بنابراین به صورت تفویضی نزد مسئولان به ودیعه بوده و ایشان همیشه در قبال آن [نسبت به مردم] پاسخگو هستند. به بیان دیگر قدرت حاکم متعلق به مردم است و لذا این قدرت تنها به شرط اینکه از آن در راستای منافع مردم استفاده شود، به حاکمان به امانت، تفویض می‌شود. نظریه تفویضی، اقتدار و اختیار حقوقی دولت در وضع و اجرای قانون را در چارچوب [رعایت] منافع مردم و همزمان محدودیت‌های ذاتی اختیار و اقتدار دولت، مثل هنجارهای آمره، توضیح می‌دهد.» (ترجمه نگارنده)

Evan J. Criddle & Evan Fox-Decent, A Fiduciary Theory of Jus Cogens, *The Yale Journal of International Law*. Vol. 34. 2009: 349- 351.

۲. Global Administrative Law

تجلیات این نوع نگاه می‌تواند باشد.

در تقسیمی دیگر از اندیشه لیبرالیستی، سه نوع از قانون اساسی‌گرایی مطرح شده است. نوع اول در این تقسیم‌بندی، «قانون اساسی‌گرایی هنجاری»<sup>۱</sup> است. در تقسیم، قانون اساسی‌گرایی<sup>۲</sup> بین‌المللی در چارچوب مفهومی اخلاقی یا حقوقی فهمیده می‌شود که تفسیر، گسترش و توسعه تدریجی یا اصلاح سیاسی عملکردهای سیاسی و حقوقی در ورای دولت را مقدور نموده و از این رهگذر زمینه بازتاب استانداردهای اساسی در قلمرو حقوق بین‌الملل را فراهم می‌آورد (Mattias, 2012: 68).

نوع دوم، «قانون اساسی‌گرایی کارکردی»<sup>۳</sup> است. در این تقسیم بر «فرآیندهای نیل به قانون اساسی‌گرایی»<sup>۴</sup> که به واسطه مذاکرات و داد و ستدها در محیط سازمان‌های بین‌المللی نظیر سازمان تجارت جهانی و اتحادیه اروپایی محقق می‌شود، تمرکز کرده و به میزان تمرکز اقتدارات در نهادهای تصمیم ساز توجه خاص می‌شود (Dunoff, 2009: 178-205).

نوع سوم نیز قانون اساسی‌گرایی تکثرگرا<sup>۵</sup> است. طرفداران این نوع قانون اساسی‌گرایی با توسل به این رویکرد مبادرت به توصیف سلسله مراتب قانون اساسی‌گرا در جامعه بین‌المللی نموده‌اند (MacCormick, 1993: 8-9). ایشان، در چارچوبی فراتر از دولت، در طراحی (تعریف و توضیح فرآیندهای قانون اساسی‌گرایانه در سطح جهانی) و شکل‌دهی (مشارکت در فرآیند عملی قانون اساسی‌گرایی با استفاده از ابداعات سیاسی و حقوقی) به پیرامون هنجاری بشر توجه ویژه داشته و دارند (Walker, 2011: 6).

### ۳-۵. سنت دولت - محور قانون اساسی‌گرایی

حقوقدانانی دیگر با احیای اندیشه قانون اساسی‌گرایی در سنت دولت - محور که مؤید قدرت حاکمیت و تعیین‌کننده نحوه تقسیم قوای مذکور و ارتباط آن با تابعان باشد، تلاش می‌کنند تا نوع

۱. Normative Constitutionalism

۲. Constitutionalism

۳. Functionalist Constitutionalism

۴. Constitutionalisation

۵. Constitutional pluralism/Pluralist Constitutionalism

دیگری از معنای قانون اساسی‌گرایی را در حقوق بین‌الملل اثبات نمایند. به‌زعم ایشان، حقوق بین‌الملل نوعی اقتدار بین‌المللی را با خود به همراه دارد؛ به این معنی که ساختار اقتدار بین‌المللی،<sup>۱</sup> به واسطه تمرکز اقتدارات خاص تصمیم‌سازی در ارکان بین‌المللی، به تدریج نوعی حکومت جهانی متمرکز به جای حکمرانی را ایجاد خواهد نمود که در آن نوعی تخصیص و توزیع صلاحیت، شبیه آنچه که در حقوق ملی مطرح است، ایجاد می‌شود. در این معنا از قواعد آمره، ابزارها و ترجمان حقوقی، عالی‌ترین مضامین حقوقی، حکومت جهانی (دولت جهانی) تلقی می‌شوند (Broude, 2008: 173- 174).

### نتیجه‌گیری

ماده ۵۳ کنوانسیون وین (حقوق معاهدات) قاعده آمره را به حقوق بین‌الملل وارد نموده است، با وجود این در مبنای نظری مورد استفاده در تدوین ماده از زمان تدوین آن تاکنون، اختلاف نظر وجود داشته است (Linderfalk, 2008: 871).

سنت‌های فکری را می‌توان در سه دسته طبقه‌بندی نمود: دسته اول، سنت‌ها و نظریاتی که مبنای هنجار برتر یا قاعده آمره را از منظر بیرونی به حقوق و نظم حقوقی مورد مطالعه قرار می‌دهند. دسته دوم، نظریات و رویکردهایی که مبنای هنجار برتر را از منظری درونی و در نظام حقوقی دنبال می‌نمایند. دسته سوم، نظریات و رویکردهایی هستند که تلاش می‌نمایند با تلفیق منظر بیرونی و درونی، یعنی رویکردی جامع و تلفیقی از منظر بیرونی و درونی به سلسله‌مراتب هنجاری و هنجار برتر را فراهم نمایند. مکتب پوزیتیویسم حقوقی، مصداق سنت‌های دسته اول، مکتب حقوق طبیعی و جامعه‌شناسی حقوقی مصداق نظریات دسته دوم و نظریات نظم عمومی و قانون اساسی‌گرایی، مصداق دسته سوم هستند. پوزیتیویسم حقوقی تلاش می‌نماید تا ساختار درونی هنجار برتر را تشریح نماید (منظر درونی به حقوق) اما از آنجا که از این تلاش ره به جایی نمی‌برد همچون مکتب حقوق طبیعی و جامعه‌شناسی حقوقی تلاش می‌کند تا ریشه‌های فراحقوقی هنجار برتر را استخراج و تبیین نماید (کما اینکه در ماده ۵۳ و کنوانسیون وین ۱۹۶۹ حقوق معاهدات شاهد چینی رویکردی هستیم) و از این رهگذر هر یک از اندیشمندان پوزیتیویسم حقوقی،

۱. Structure of the international authority

نظریه‌ای منحصر به فرد را تبیین می‌نمایند که نقطه مشترک همه آنها پیوند عنصر فراحقوقي با اراده دولت به عنوان مهم‌ترین تابع حقوق بین‌الملل است. اما مکاتب جامعه‌شناسی حقوقی و حقوق طبیعی هریک به شیوه منحصر به فرد خود از همان ابتدا به سراغ فراساختار حقوقی در توجیه مبنای هنجار برتر می‌روند و تلاش دارند تا از منظر بیرونی به سلسله‌مراتب در حقوق جان و معنا دهند که البته هر کدام نیز اقتضائات خاص مکتبی خود را در این باره دارند و به شیوه خود تلاش می‌کنند تا این مهم را برآورده نمایند و البته نوعاً به همین میزان هم اکتفا می‌نمایند. دسته سوم از نظریات (نظم عمومی و قانون اساسی‌گرایی)، تلاش می‌کنند تا با شناسایی فراساختار حقوقی که به هنجار برتر هویت می‌دهد (منظر بیرونی)، شیوه اثرگذاری این فراساختار را بر شکل‌گیری هنجار برتر در سلسله‌مراتب حقوقی تعیین نمایند (منظر درونی) و بدین ترتیب نقصان هر دو دسته از دیدگاه‌های دسته اول و دوم را برطرف نمایند. بر این اساس شاهد شدت تبدیل نظریات از دیدگاه‌های کلاسیک (دو دسته اول) به نوین (دسته سوم) می‌باشیم. نکته مهم و قابل توجه آن است که دیدگاه‌های نوین عمدتاً در برخی مضامین خود از دستاوردهای دیدگاه‌های کلاسیک بهره برده‌اند و البته ارزش افزوده‌ای نیز دارند که ارزش افزوده آن‌ها تشریح شیوه تأثیرگذاری ساختارها و مفاهیم فرا حقوقی بر تشکیل هنجار برتر است. بر این اساس می‌توان پذیرفت که هر یک از دیدگاه‌های مطرح، قسمتی از فرایند تکوین هنجار برتر از نهادهای فراحقوقي تا گزاره‌های حقوقی را تشریح می‌نمایند؛ به همین صورت، جامعه‌شناسی حقوقی به ابعاد مختلف اجتماعی موثر بر فرآیند ایجاد قاعده آمره توجه دارد.

و اما مکتب پوزیتیویسم حقوقی، شیوه ارتباط ساختارهای فراحقوقي را با اراده دولت به عنوان تابعان اصلی حقوق بین‌الملل تبیین می‌نماید.

بر اساس آنچه گذشت، قدر متیقن جریان‌های اصلی اندیشه‌ورزی حقوق بین‌الملل آن است که حقوق بین‌الملل، واجد سلسله مراتب هنجاری، ذیل هنجار(های) برتر که مصداق کنونی آن، قاعده آمره است، می‌باشد اما چگونگی تشکیل این سلسله مراتب هنجاری ذیل قاعده آمره و چگونگی اثرگذاری آن در قلمرو حقوق بین‌الملل، آغاز اختلاف این دیدگاه‌ها است.

به هر روی، اختلاف در مبانی نظری قاعده آمره به اختلاف در ارزیابی مفهومی آن منجر شده است به نحوی که می‌توان ردپای این اختلافات نظری را به وضوح در فعالیت مطرح شده برای

قاعده آمره در میان اندیشمندان حقوق بین‌الملل ملاحظه نمود.

می‌توان اذعان نمود که هیچ یک از مکاتب حقوقی کلاسیک مطرح (حقوق طبیعی، پوزیتیویسم حقوقی و جامعه‌شناسی حقوقی) به تنهایی قادر نیست، تمام ابعاد مبنای نظری قاعده آمره در حقوق بین‌الملل را تشریح کند؛ هر یک از این مکاتب وجهی خاص و البته ضروری از این مبنا را تشریح می‌نماید. از همین رو در نظریات جدید تلاش شده‌است تا با استفاده از دستاوردهای این مکاتب دیدگاه‌هایی جامع‌تر ارائه گردد. نظریات مدرن هم با رویکردی خاص از برخی دستاوردهای این مکاتب کلاسیک و نظریات مطرح در ذیل آن‌ها بهره برده‌اند و البته ارزش افزوده خود را در قالب مفاهیم نظم عمومی و قانون اساسی‌گرایی به آن نظریات تزریق نموده‌اند. این نظریات جدید خود گواهی بر نیاز اندیشه حقوقی در تدوین و ارائه نظریات مناسب‌تر و موجه‌تر در خصوص مبنای نظری قاعده آمره یا هنجار برتر می‌باشند اما این به معنای بی‌نیازی از دستاوردهای حقوقی مکاتب کلاسیک حقوقی در این زمینه نیست.

با تمامی این تفصیلات، همراه با بسیاری از اندیشمندان می‌توان ادعا و البته اثبات کرد که «قواعد آمره در حد قواعد ذاتاً برتر، بر موارد عینی انطباق می‌یابند» (فلسفی، ۱۳۹۴: ۶۱۲)؛ از این رو هنجار آمره نه تنها در چارچوب نظری بلکه در قلمرو عمل، موجبات تحول نظم حقوقی بین‌المللی را با ایجاد زمینه شکل‌گیری سلسله مراتب محتوایی<sup>۱</sup> فراهم آورده است (Villalpando, 2010: 337). از این نقطه نظر مبانی نظری وجود قاعده آمره، ظرفیت ایجاد نظم حقوقی بین‌المللی را برای این مفهوم تدارک دیده‌اند (فلسفی، ۱۳۹۴: ۶۲۷).

اینکه دقیقاً چه مفهومی برای قاعده آمره پذیرفته شود، چه مصادیقی برای آن یافت شود و چه آثاری بر آن‌ها بار شود، در قدم اول تابع اتخاذ رهیافت نظری مختص هر تحلیل‌گر است؛ امری که تلاش شد در این پژوهش، پیش‌روی خوانندگان راهی بدان باز شود.

۱. البته پوزیتیویست‌ها به ایجاد سلسله مراتب هنجاری و برخی دیگر به تحقق سلسله مراتب ارزشی در نتیجه قاعده آمره اعتقاد دارند.

بناگرید به:

Linderfalk, Ulf, Understanding the Jus Cogens Debate: The Pervasive Influence of Legal Positivism and Legal Idealism, Lund University, Faculty of Law (2015). P: 37-38.

## کتاب‌نامه منابع و مآخذ

- ◀ اوان جی کریدل و اوان فاکس دیسنت. (زمستان ۱۳۹۱). «نظریه امانی قاعده آمره، قواعد آمره حقوق بین‌الملل با تأکید بر نظریه امانی قاعده آمره». ترجمه، تلخیص و تحقیق: مهداد فلاح اسد. *ویژه‌نامه مجله حقوقی بین‌المللی*. نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی ریاست جمهوری.
- ◀ جمالی، حمیدرضا، (پاییز و زمستان ۱۳۸۲) «میراث مشترک بشریت: مفهوم و کاربرد آن در حقوق بین‌الملل». *دانشنامه حقوق و سیاست*. شماره ۱۴.
- ◀ حبیب زاده، توکل و منصور، فرنگیس. (پاییز و زمستان ۱۳۹۲). «بازخوانی اصل "میراث مشترک بشریت" و تفاوت‌های آن با مفهوم "نگرانی مشترک بشریت"». *پژوهشنامه حقوق اسلامی*. سال چهاردهم. شماره ۲. پیاپی ۳۸.
- ◀ سواری، حسن و عطار، محمد صالح. (۱۳۹۲). «گونه‌شناسی رژیم حقوقی تعهدات بین‌المللی». *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*. سال شانزدهم. شماره ۴۴. پاییز.
- ◀ زمانی، سید قاسم. (بهار و تابستان ۱۳۷۷). «جایگاه قاعده آمره در میان منابع حقوق بین‌الملل». *مجله حقوقی بین‌المللی*. مقاله ۷. دوره ۱۶. شماره ۲۲.
- ◀ شریف، محمد. (پاییز و زمستان ۱۳۷۸). «میراث مشترک بشریت و وصف آن به عنوان قاعده آمره». *پژوهش حقوق و سیاست*. شماره ۱.
- ◀ شریفی طراز کوهی، حسین. (۱۳۷۵). *قواعد آمره و نظم حقوقی بین‌المللی*. وزارت امور خارجه. چاپ اول. تهران: موسسه چاپ و انتشارات.
- ◀ ضیایی بیگدلی، محمدرضا. (۱۳۸۴). *حقوق بین‌المللی عمومی*، چاپ ۲۴. تهران: گنج دانش.
- ◀ فلسفی، هدایت الله. (۱۳۷۹). *حقوق بین‌الملل معاهدات*. تهران: نشر نو.
- ◀ فلسفی، هدایت الله. (۱۳۹۴). *صلح جاویدان و حکومت قانون. دیالکتیک همانندی و تفاوت*. چاپ دوم. تهران: نشر نو.
- ◀ گلنون، مایکل. (بهار و تابستان ۱۳۸۸). «پوچی قاعده آمره در حقوق بین‌الملل». مترجم: نیاورانی، صابر. *مجله تحقیقات حقوقی*. شماره ۴۹.
- ◀ مجذوبی، نفیسه. (۱۳۸۹). *جایگاه قواعد آمره در حقوق بشر بین‌الملل*. پایان‌نامه کارشناسی ارشد در رشته حقوق بین‌الملل. دانشگاه پیام نور.
- ◀ موسی زاده، رضا. (۱۳۸۳). *حقوق معاهدات بین‌المللی*، چاپ دوم، تهران: میزان.
- ◀ نمکی، سروه. (۱۳۹۴). «جایگاه قاعده آمره در حقوق بین‌الملل و آثار آن، همایش ملی ایران و چالش‌های حقوقی بین‌المللی». دانشگاه آزاد اسلامی واحد مراغه.



## لاتین:

- Allott, Philip. (2004). *The Health Of Nations: Society And Law Beyond The State*. Oxford, University Press.
- Barcelona Traction, Light & Power Co. (Belg. v. Spain). 1970 I.C.J. 3, 33.
- Broude, Tomer & L. Paulus, Andreas. (2002). "Precursors to International Constitutionalism: The Development of the German Constitutional, Approach to International Law". (2008). *Goettingen Journal of International Law*. Vol. 4. No. 2. (2008).
- Broude, Tomer, "Principles of Normative Integration and the Allocation of International Authority: The WTO, the Vienna Convention on the Law of Treaties, and the Rio Declaration Loyola. *International Law Review*, Volume 6, Issue I. (1997).
- Byers, Michael. "Conceptualizing the Relationship Between Jus Cogens and Erga Omnes Rules". *The NORDIC Journal of International Law*. 66.
- d'Aspremon, Jean. (2011). "The Politics of Deformalization in International Law". *Goettingen Journal of International Law*. vol 3. No 2.
- D'Amato, Anthony. (2010). *Human Rights as Part of Customary International Law: A Plea for Change of Paradigms*. Faculty Working Papers. Paper 88.
- Dunoff, Jeffrey L. (2009). *The Politics of International Constitutions: The Curious Case of the World Trade Organization*. In *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*. edited by Jeffrey L. Dunoff and Joel P. Trachtman. Cambridge University Press.
- E. de Wet & J. Vidmar: (eds.). (2012). *Norm Conflicts and Hierarchy in International Law: Towards a Vertical International Legal System? Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*. Oxford.
- Evan J. Criddle & Evan Fox-Decent. (2009). "A Fiduciary Theory of Jus Cogens". *The Yale Journal of International Law*. Vol 34.
- F. Kjaer, Poul. (2014). *Constitutionalism in the Global Realm: A Sociological Approach*. Routledge. first published.
- Friedmann Wolfgang. (1964). *The Changing Structure of International Law*. London: Stevens & Sons.
- Harold D. Lasswell. (1930). *Psychopathology And Politics*. University of Chicago Press.
- <[https://books.google.com/books?id=IT2aJKV6hDEC&pg=PR5&source=gs\\_selected\\_pages&cad=2#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com/books?id=IT2aJKV6hDEC&pg=PR5&source=gs_selected_pages&cad=2#v=onepage&q&f=false)>
- Kammerhofer, Jörg. (2004). "Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems". *The European Journal of International Law*. Vol 15. No 3.
- Kleinlein, Thomas. (2012). "Between Myths And Norms: Constructivist Constitutionalism And The Potential of Constitutional Principles In International Law". *Nordic Journal Of International Law*. vol 81.
- Koskeniemi, Martti. (1996). "Hierarchy in International Law: A Sketch".

- The European Journal of International Law. Vol 8.
- Koskeniemi, Martti. (2008). Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From The Diversification And Expansion of International Law. Report of The Study Group of The International Law Commission Finalized By. International Law Commission. Fifty- Eighth Session.
  - Krisch, Nico and Kingsbury, Benedict. (2006). "Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order". The European Journal of International Law. Vol 17. No 1.
  - Kumm, Mattias. (2004). "The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis". The European Journal of International Law. Vol 15. No 5.
  - Kumm, Mattias. (2009). The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State, In Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance. edited by Jeffrey L. Dunoff and Joel P. Trachtman, Cambridge University Press.
  - Kurtz, Jürgen. (2008). Security, Public Order and Financial Crisis, Jean Monnet Working Paper 06/08 Adjudging the Exceptional at International Law: New York University School of Law. New York.
  - Lauterpacht. (1953). Hersch, Law of Treaties, Report by Special Rapporteur. Yearbook of The International Law Commission. Volume II. U.N. Doc. A/CN. 4/63.
  - Leber, Charles. (1993). "The Changing Structure of International Law Revisited By Way of Introduction". The European Journal of International Law. Vol 3.
  - Linderfalk, Ulf. "The Effect of Jus Cogens Norms: Whoever Opened Pandora's Box. Did You Ever Think about the Consequences?" The European Journal of International Law, Vol 18. No 5. 2008.
  - Linderfalk, Ulf. (2015). "Understanding the Jus Cogens Debate: The Pervasive Influence of Legal Positivism and Legal Idealism". Lund University. Faculty of Law.
  - MacCormick, Neil. (1993). "Beyond the Sovereign State". The Modern Law Review. Volume 56. No. 1.
  - May, Larry and Brown, Jeff. Philosophy of Law: Classic and Contemporary Readings, the nature of jus cogens. Wiley-Blackwell. 2009. <<https://books.google.com/books?id=rOF0jRvegEC&pg>>
  - McDougal, Myres S. and Lasswell, Harold D. "Criteria For A Theory About Law". Southern California Law Review. Vol 44. 1971.
  - McDougal, Myres S. and Reisman, W. Michael. (1965). "The Changing Structure of International Law: Unchanging Theory for Inquiry". Columbia Law Review. Vol 65.
  - McDougal, Myres S. Chen, Lung-chu, Lasswell, Harold D. (1977). "Human Rights in World Public Order: Human Rights in Comprehensive

- Context". *Northwestern University Law Review*. Vol 72. No 2.
- Morrison, Fred L. (1981). "Book Review, Human Rights and World Public Order". By Myres S. McDougal. Harold D. Lasswell & Lung- Chu Chen. *Hofstra Law Review*. Vol 9: Iss 2. Article 15.
  - Mosler, Hermann. (1974). *The International Society as a Legal Community*. *Recueil des Cours*. IV 1.
  - Nagan, Winston & Hammer, Craig. (2007). "Communications Theory and World Public Order: The Anthropomorphic, Jurisprudential Foundations of International Human Rights". *Virginia Journal of International Law*. Vol 47. No 3. 2007. <<http://scholarship.law.ufl.edu/facultypub/593>>
  - Oppenheim, Lassa. (1912). *International Law: A Treatise*, 2nd edn, London, New York [etc.] Longmans, Green, and co.
  - Orakhelashvili, Alexander. (2008). "State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords Got It Wrong". *The European Journal of International Law*. Vol 18. No 5.
  - Orakhelashvili, Alexander. (2006). *peremptory norms in International law*. oxford.
  - P. Nagan, Winston & Hammer, Craig. (2007). "Communications Theory and World Public Order: The Anthropomorphic, Jurisprudential Foundations of International Human Rights", *Virginia Journal of International Law*. Vol 47. no 3. <<http://scholarship.law.ufl.edu/facultypub/593>>
  - Peters, Anne. (2006). "Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures". *Leiden Journal of International Law*. Vol 19.
  - Peters, Anne. (2009). *Humanity As The A And Ω Of Sovereignty*". *The European Journal of International Law*, Vol 20. P 513.
  - Petsche, Dr. Markus. (2010). "Jus Cogens as a Vision of the International Legal Order". *Penn State International Law Review*. Vol 29. No 2.
  - Posner, Eric, *Erga Omnes Norms*. (2008). *Institutionalization, and Constitutionalism in International Law*. University of Chicago Public Law & Legal Theory. Working Paper. No 224.
  - Reisman, W. Michael. (2009). "Unilateral Action and the Transformations of the World Constitutive Process: The Special Problem of Humanitarian Intervention", *The European Journal of International Law*. Vol. 11 No. 1.
  - Segura- Serrano, Antonio. (2009). *The Transformation of International Law*, Jean Monnet Working Paper 12/09.
  - Shaw, Malcolm N. (2008). *International Law*, Oxford University Press. 5th Ed.
  - Shelton, Dinah. (2015). "Sherlock Holmes and the Mystery of Jus Cogens". In M. den Heijer and H. van der Wilt (eds.). *Netherlands Yearbook of International Law*.
  - Simma, Bruno and Pulkowsk, Dirk. (2006). "Of Planets and the Universe: Self- contained Regimes in International Law". *The European Journal of*

- International Law. Vol 17. No 3.
- Simma, Bruno. (1994). "From Bilateralism to Community Interest in International Law ". 250 Recueil des Cours. VI.
  - Simma, Bruno, "Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner". The European Journal of International Law. Vol 20. No 2.
  - Summary Records of The 683rd Meeting. Article 13. Yearbook of The International Law Commission. Volume I. 1963. P 62- 63. U.N. Doc. A/CN.4/156.
  - Tomuschat, Christian. (1999). International Law: Ensuring The Survival Of Mankind On The Eve Of A New Century. General Course On Public International Law. 281 Recueil Des Cours 9.
  - Tomuschat, christian, International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century: General Course on Public International Law, Recueil des Cours. 1999. 63.
  - Trindade, Antônio Augusto Cançado. (2010). International Law For Humankind: Towards A New Jus Gentium. The Hague Academy Of International Law. Martinus Nuhoff Publishers. P 213.
  - Ulrich, Fastenrath. (1993). "Relative Normativity in International Law". The European Journal of International Law. Vol 4.
  - United States– Measures Affecting the Cross- Border Supply of Gambling and Betting Services, WT/DS285/R. Report of the Panel (Nov. 10, 2004).
  - Victims of the Tugboat. '13 de Marzo' v Cuba, IACHR, Case 11. 436, Report. No 47/96. OEA/ Ser. L/V/II.95 Doc. 7 rev. 1997. at PARA. 79.
  - Villalpando, Santiago. (2010). "The Legal Dimension of the International Community: How Community Interests Are Protected in International Law". The European Journal of International Law. Vol 21. no 2.
  - von Bogdandy, Armin, Goldmann, Matthias & Venzke, Ingo. "From Public International to International Public Law Translating World Public Opinion into International Public Authority". Electronic copy available at: <<http://ssrn.com/abstract=266239>>, p 22- 24.
  - Walker, Neil. (2011). The Cosmopolitan Local, In Law and Democracy in Neil MacCormick's Legal and Political Theory, In Agustín José Menéndez, John Erik Fossum, Dordrecht (edi.). Springer. p 6.
  - Wiener, Antje, F. Lang, Anthony, Tully, James. Poiars Maduro, Miguel And Kumm, Mattias. (2012). "Global Constitutionalism: Human Rights, Democracy And The Rule Of Law". Global Constitutionalism, Editorial. vol 1. issue 1.
  - William, Edward Hall. (1980). A Treatise On International Law. Oxford, Calerendon Press. Third Edition.