

جایگاه پوزیتیویسم حقوقی در ارکان ملل متحد

شهرام زرنشان^۱، سید حسین میرجعفری^{۲*}

چکیده

مکاتب حقوقی به مجموعه منسجمی از اعتقادات حقوقی با اهداف و مبانی واحد گفته می‌شود. با توجه به منشأ اعتبار و الزام قواعد حقوقی می‌توان گرایش‌های مختلف را به دو مکتب «حقوق طبیعی» و «حقوق پوزیتیویستی» تقسیم کرد. هر کدام از این دو مکتب در بازه‌های مختلف زمانی طرفداران خاص خود را داشته و یکی بر دیگری غالب بوده است. در این میان جایگاه پوزیتیویسم حقوقی در حقوق بین‌الملل و ارکان جامعه بین‌الملل رخ می‌نماید. هرچند تناقض‌ها و اشکالات عمده‌ای در این دیدگاه و جایگاه وجود دارد، نظریه پوزیتیویسم حقوقی در ارکان نظام بین‌الملل آشکار است. امروزه درمی‌یابیم که بسیاری از قواعد حقوق بین‌الملل در سطح بین‌المللی و ارکان سازمان ملل متحد همچون شورای امنیت و دیوان بین‌المللی دادگستری ریشه در پوزیتیویسم دارند. با نگاه کلی به عقاید علما و دانشمندان پوزیتیویسم در بررسی جایگاه پوزیتیویسم حقوقی در جامعه بین‌المللی، باید بگوییم که دولت، محور اصلی است. این مقاله با نیم‌نگاهی به پوزیتیویسم حقوقی، تعاریف و نظریات پیرامون آن، به اختصار به بررسی جایگاه پوزیتیویسم حقوقی در ارکان اصلی و تأثیرگذار سازمان ملل متحد می‌پردازد.

کلیدواژگان

ارکان ملل متحد، پوزیتیویسم حقوقی، جامعه بین‌المللی، حقوق بین‌الملل.

۱. استادیار گروه حقوق دانشگاه بوعلی سینا، همدان، ایران.

۲. پژوهشگر حقوق بین‌الملل (نویسنده مسئول).

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۱/۱۵، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۰۷/۱۰

مقدمه

حقوق پوزیتیو نقطه مقابل حقوق طبیعی است. پوزیتیویسم حقوقی مفهومی است که بر ماهیت قراردادی حقوق تأکید می‌کند. بر نظریه حقوق طبیعی انتقادات زیادی وارد است. از جمله آنکه پیروان مکتب حقوق طبیعی درباره منبع و مبنای آن و همچنین کم و کیف مقررات آن نظر واحدی ندارند و این دلیلی بر آن است که برخلاف ادعای آنها قواعد طبیعی، عمومی، ثابت و جهانی نیستند. انتقاد دیگر، کلی و مبهم بودن و دیگر ایراد آن روش استنتاجی و قیاسی است که توسط پیروان این مکتب برای کشف یا استخراج قوانین طبیعی به کار می‌رود که روش علمی صحیحی نیست (ذوالعین، ۱۳۷۸: ۴۵۰). بدین ترتیب به دلیل وجود چنین ضعف‌هایی حقوق ارادی یا وضعی یا همان پوزیتیویسم توسط حقوقدانانی که به حقوق طبیعی اعتقاد داشتند ولی برای قراردادهای و عرف نیز به عنوان قواعدی مشخص ارزش قائل بودند، پا به عرصه گذاشت. حقوق موضوعه، مجموعه‌ای از قواعد اجتماعی است که در زمان و مکان معین از اعتبار لازم برخوردار است. حقوق موضوعه ترجمانی از قوانین زیست‌شناختی است که ماده حیات هر جامعه و عامل رشد و پویایی آن است. به اعتقاد ژرژسل و طرفدارانش، مبنای زیست‌شناختی حقوق در جوامع ملی و بین‌المللی به یک صورت مصداق دارد؛ و آن دولت و مفهوم آن است. اما جامعه جهانی این معنا و مفهوم دولت وجود خارجی ندارد (فلسفی، ۱۳۷۴: ۲۱۷). تشکیل جامعه جهانی با این استدلال و حاکمیت‌ها که مفهوم ویژه‌ای در نگاه پوزیتیویستی دارند و قانون را برای کارکرد جامعه امری ضروری و الزام‌آور می‌دانند و جامعه بین‌المللی را اجتماعی از کشورهای بهم‌وابسته و در تعامل می‌بینند، به قواعدی ناظر بر زیست خود نیازمند است. اینها قواعد حقوق بین‌الملل هستند که مجموعه‌ای از اصول باثبات، منظم و پیش‌بینی‌پذیر را فراهم می‌سازند که این جامعه به وسیله آنها فعالیت‌های خود را انجام می‌دهد. اگرچه با توجه به گذشت بیش از نیم قرن و تشکیل سازمانی جهانی به نام سازمان ملل متحد، و دیدگاه اکثریت پوزیتیویست‌ها در خصوص شاکله دولت و ارکان آن، این مفهوم دولت جهانی رنگ و بویی به خود نگرفته است، اما عزم جهانی در ایجاد ساختاری دولت‌گونه و قوام‌حور، به‌طور کلی همواره مدنظر حقوقدانان، سیاستمداران و دولت‌ها و جامعه بین‌المللی بوده و است. دولتی که نه قائل است که به بن‌بست و اشتباهات حقوق طبیعی بازگردد و نه بر مدار پوزیتیویسمی حرکت می‌کند که سعی دارد علم حقوق را از همه عناصر خارجی برهاند؛ نظریه‌ای که قاعدتاً تا حد زیادی اشکال دارد و خشک و بی‌معناست.

با نگاه عمیق به بیشتر ارکان ملل متحد (اعم از اصلی و فرعی) همچون شورای امنیت، دیوان بین‌المللی دادگستری و شورای حقوق بشر درمی‌یابیم که در تصمیمات، آراء، روش‌ها و متد عملکردشان ردپایی روشن و ناگسستنی از پوزیتیویسم حقوقی وجود دارد. این پژوهش

کوتاه بر آن است تا با توجه به وجود چنین مکتب و تفکری در ارکان ملل متحد تأثیرات مثبت و منفی پوزیتیویسم حقوقی را بر نهادهای ملل متحد بررسی کند.

مفهوم‌شناسی پوزیتیویسم حقوقی

واژه پوزیتیو از کلمه «positio» لاتین، به معنی موجود متحقق و غیرموهوم، گرفته شده است (موحد، ۱۳۸۴: ۸۱) و برای اولین بار توسط اگوست کنت در سال ۱۸۲۶ با آغاز تدریس دوره عمومی فلسفه اثباتی ابداع و طرح شد که بر امر «واقعی»، «مفید»، «دقیق»، «یقینی»، «نسبی» و «ارگانیک» دلالت می‌کند (ملکیان، ۱۳۷۷: ۱۹۰-۱۸۹). پوزیتیویسم حقوقی در خلال قرن نوزدهم مطرح شد و به‌طور کلی قائل بر آن است که حقوق ملتها مجموعه قواعد موضوعه است منصرف از مفاهیم حقوق طبیعی مثل عقل و عدالت.

محور اصلی ساخت پوزیتیویسم دولت است. هر قاعده حقوقی که منبعت از اراده دولت باشد، موضوعه است. پوزیتیویسم بر ارزش‌های معینی مبتنی است که از جمله مهم‌ترین آنها ارزشی است که بنا بر آن، هر قاعده حقوقی فقط از زمانی که با معیارها و ضوابط شکلی قانونی منطبق شود، اعتباری قانونی می‌یابد و این بدان معناست که هر آنچه را دولت مقرر بدارد، دارای اعتبار قانونی است. در چنین حالتی، نفس اعتبار قانونی قاعده بر مشروعیت آن نیز دلالت دارد. به همین علت جای هیچ‌گونه پرسشی درباره اینکه قاعده‌ای با فلان یا بهمان ارزش اخلاقی سازگاری دارد یا نه، باقی نمی‌ماند، زیرا دولت خود قبلاً آن را محقق کرده است (فلسفی، ۱۳۸۷: ۷). در مجموع پوزیتیویسم یعنی اصالت دولت، اصالت اراده و اصالت شکل (فلسفی، ۱۳۸۷: ۲۵).

بدین ترتیب پوزیتیویسم راه را برای قدرت اراده باز می‌گذارد، بی‌آنکه هیچ جهتی به آن بدهد، ترمزی برای آن به‌وجود آورد یا خوی آن را معین کند. در نتیجه قانونگذار قدرت مطلق می‌شود و اراده‌اش هر مرزی را می‌شکند. پوزیتیویسم با بیرون راندن عناصر غیرمرتبط با سیستم شکلی وضع قاعده، هیچ‌گونه فکر و اندیشه‌ای برای قانونگذار باقی نمی‌گذارد که بتواند با آن مضمون قواعد را معین کند. دلایل والای عقل، عدالت، منافع عمومی و همچنین غایبات خاص بشر به آن سوی مرزهای حقوق رانده می‌شود و اراده تنها منبع بی‌چون‌وچرای «حقوق» می‌گردد (فلسفی، ۱۳۸۷: ۲۵).

در میان پوزیتیویست‌ها حقوق بین‌الملل و نقش پوزیتیویسم حقوقی جایگاه ویژه‌ای دارد، به‌گونه‌ای که برخی اندیشمندان این مکتب از یگانگی حقوق بین‌الملل و برتری آن بر نظام حقوق داخلی سخن گفته‌اند.

به‌طور کلی درباره حقوق بین‌الملل و مفهوم آن بین حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد و هر

یک از آنها براساس دیدگاه خود این رشته را تعریف کرده‌اند که مبتنی بر عناصر، نگرش‌ها و دیدگاه‌های متفاوت است. هر محقق و حقوقدانی با تکیه بر یک یا چند عنصر کمی یا کیفی، آن را از همان زاویه و دید تعریف می‌کند (میرعباسی، ۱۳۸۹: ۱۵).

از یک سو پوزیتیویست‌های روشنفکر همچون توماس کات تلاش دارند براساس برخی اصول و ارزش‌ها، پیکربندی جدیدی از حقوق بین‌الملل ارائه دهند. به نظر آنها حقوق بین‌الملل خود هدف نیست؛ حقوق بین‌الملل ابزاری است که در خدمت سیاست‌ها و منافع مشترک بین‌المللی به کار گرفته می‌شود. ایشان معتقدند رضایت دولت‌ها یا همان اراده دولت‌ها را، به‌عنوان بازیگران اصلی روابط بین‌المللی نمی‌توان در شکل‌گیری و اعتبار قواعد حقوق بین‌الملل نادیده گرفت و نظام حقوق بین‌الملل را براساس یک سلسله اصول ذهنی استوار ساخت (باقری، ۱۳۸۹: ۴). حقوق بین‌الملل را می‌توان هم در زمینه مطالعات حقوقی و هم در حوزه سیاست و روابط بین‌الملل رشته‌ای استثنایی توصیف کرد. از سوی دیگر، حقوق بین‌الملل یک رشته حقوقی است و بدین لحاظ از دیگر رشته‌های سیاست و روابط بین‌المللی متمایز است. کسانی که مشمول آن باشند، احساس می‌کنند که باید از مقررات آن متابعت کنند، و این عامل اجبار، صرف‌نظر از مبدأ آن، خود عاملی اساسی است (شاو، ۱۳۸۹: ۵).

از نظر ماهیت حقوق بین‌الملل و وجود خارجی آن نیز این پرسش مطرح می‌شود که آیا حقوق بین‌الملل وجود دارد؟ با وجود بحث‌های مفصل در خصوص تعریف این رشته و تدوین قواعد آن، هنوز عده‌ای در موجودیت آن تردید می‌کنند. برخی منکر این حقوق و ضمانت اجرای آن‌اند و عده‌ای وجود این رشته از حقوق را تأیید می‌کنند. دو نظر یادشده در سطح کتاب‌های حقوق بین‌الملل مطرح شده‌اند و در نهایت از نظر حقوقی باید گفت با وجود نقض‌ها و تخلف‌ها و کمبودها، نمی‌توان موجودیت این رشته را انکار کرد (میرعباسی، ۱۳۸۹: ۳۱). بدیهی است که حقوق بین‌الملل، مراحل ابتدایی و دوران اولیه تکامل خود را می‌گذراند و از این حیث، با حقوق داخلی قابل مقایسه نیست (میرعباسی، ۱۳۸۹: ۳۲).

در نظام جهانی، دولت‌ها نیز همانند انسان‌ها، اشخاص بین‌المللی آزاد، برابر و خودمختار توصیف شده‌اند که محدودیت آزادی و خودمختاری آنها فقط می‌تواند حاصل توافق آزاد آنها باشد (رستم زاد، ۱۳۸۲: ۲۲). در این زمینه دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی در قضیه لوتوس بیان داشته که حقوق بین‌الملل قواعد بین‌المللی حاکم بر روابط میان دولت‌های مستقل است. بنابراین قواعد حقوقی الزام‌آور بر دولت‌ها از اراده آزاد (پوزیتیویسم حقوقی) ناشی می‌شوند که به‌صراحت در قالب کنوانسیون‌ها یا از رهگذر رویه‌هایی که به‌طور کلی به‌عنوان اصول حقوقی پذیرفته شده، متجلی شده است. قواعد حقوقی شکل گرفته‌اند تا روابط میان جوامع مستقل موجود را سامان دهند یا دستیابی به اهداف مشترک را محقق سازند (Lotus Case, 1927:18).

خلاصه آنکه پوزیتیویسم جدید اگرچه در برخی زمینه‌ها با مکاتب کلاسیک آن تفاوت دارد، به هیچ وجه قالب کلی پوزیتیویسم سنتی را تغییر نداده است. در جامعه بین‌المللی قدرت متفرق و پراکنده است و قواعدی که ساختار ویژه‌ای را برای تحقق سه کار ویژه (قانونگذاری، اجرایی و قضایی) ایجاد کند، وجود ندارد و هر سه وظیفه غیرمتمرکز است (کلیبار، ۱۳۶۸: ۲۷) و این سه عنصر از عناصر اصلی پوزیتیویسم حقوقی است که جامعه بین‌المللی و به خصوص سازمان ملل متحد فاقد آن است. به همین سبب دکتترین حقوق موضوعه با اینکه به واسطه ملاحظه رضایت و اراده دولت‌ها به عنوان مبنای اساسی شکل‌گیری قانون، با نظام بین‌الدولی حاکم بر روابط بین‌الملل سازگاری و تطابق دارد، با این حال نتوانسته و نمی‌تواند به تنهایی پاسخگوی مسائل و مقتضیات جامعه بین‌المللی کنونی باشد.

شناخت پوزیتیویستی حقوق بین‌الملل

روش‌های شناخت اصول و مقررات حقوق بین‌الملل، به موازات تحولاتی که در روش‌های شناخت علمی پدیده‌های طبیعت روی داده، رشد و تکامل یافته و به مرحله امروزی خود رسیده است. این روش‌ها در هر عصری از مبنایی الهام گرفته که برای حقوق در نظر گرفته شده است؛ چنانکه زمانی تحت تأثیر نظریه جامعه واحد جهانی و حقوق طبیعی، گاهی تابع پوزیتیویسم منطقی و زمانی دیگر منعکس‌کننده نظریه‌های جامعه‌شناختی بوده است. نظریه پردازان حقوق بین‌الملل در قرون وسطی که از پیروان ارسطو و توماس اکویناس بودند، با اعتقاد به اینکه بشر موجودی است که به زندگی اجتماعی تمایل دارد، حقوق را برای هر جامعه سیاسی ضرورتی حیاتی به شمار می‌آوردند و مدعی بودند که حقوق از دو قسمت ترکیب یافته است؛ یکی حقوق طبیعی که انعکاسی از نظام الهی است و انسان آن را به مدد عقل و غایت اجتماعی درمی‌یابد، و دیگری حقوق موضوعه که انسان به اراده خود و به لحاظ منفعتی که در آن دارد، پدید می‌آورد (فلسفی، ۱۳۷۱: ۱۵۰).

براساس پوزیتیویسم یا مکتب اثبات‌گرایی، فقط حقوق موضوعه به عنوان پدیده‌ای غیرذهنی مطالعه می‌شد. این مکتب خود را از قیدوبند اصول پیش‌ساخته ذهنی رها ساخته بود و موزر نخستین صاحب‌فکری است که در قرن هجدهم برای نخستین بار مفهوم پوزیتیویسم را در قلمرو حقوق بین‌الملل وارد کرد. به نظر وی هدف حقوق بین‌الملل تبیین و توضیح قواعدی است که کشورها از آن پیروی می‌کنند و به آن اعتبار می‌بخشند. با این دیدگاه کار حقوق بین‌الملل باید تحقیق در ریشه قواعد و بررسی ربه بین‌المللی باشد نه تنفیذ مفاهیم حقوق بین‌الملل. کلسن نیز در این خصوص نظرهایی دارد. اندیشه‌های کلسن در حقوق بین‌الملل نیز از نظریه معروف وی به نام «تئوری محض حقوقی» الهام گرفته است. به همین دلیل این شاخه

از حقوق را نیز به شیوه‌ای علمی و رها از اندیشه‌های سیاسی مطالعه می‌کند. وی تنها بر مواردی که برای قواعد حقوق بین‌الملل ضمانت اجرایی مؤثری وجود دارد، تأکید می‌ورزد و معتقد است که حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی یک کشور باید به نحوی نظام هنجاری واحدی را تشکیل دهند (بادینی، ۱۳۸۵: ۱۶). بدین ترتیب می‌توانیم بگوییم بخش عمده‌ای از سیستم حقوق بین‌الملل معاصر را پوزیتیویسم شکل داده است. همچنین روش‌های داوری، قضایی و شبه‌قضایی و حل‌وفصل اختلافات بین‌المللی را تحت‌الشعاع خود قرار داده است که نمونه‌های آن در مراجع قضایی و داوری بین‌المللی به‌وفور یافت می‌شود که از آن میان می‌توان از قضیه لوتوس نام برد. از این نظر این مکتب فقط به حقوق پوزیتیو می‌پردازد و از سوی دیگر به رابطه نزدیک میان مفهوم حقوق و قدرت سیاسی کشورها توجه دارد. در حقوق بین‌الملل امروزی، رویکرد پوزیتیویستی را می‌توان در منشور سازمان ملل متحد، اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، دیوان بین‌المللی کیفری، نظام بین‌المللی حقوق بشر، کنوانسیون حقوق معاهدات و ... مشاهده کرد. امروزه حقوق بین‌الملل علاوه بر عرف، ذیل سازمانی مهم، تأثیرگذار و بین‌المللی و به تعبیر ضعیف‌تر، کنفدراسیونی جهانی به نام "سازمان ملل متحد" معنا و مفهوم می‌یابد. این سازمان در سال ۱۹۴۵ و با امضای اولیه بیش از ۵۰ کشور جهان رسماً تشکیل شد و اکنون تقریباً شامل همه کشورهای جهان است و بزرگ‌ترین سازمان جهانی و بین‌المللی محسوب می‌شود. سازمان ملل متحد از ارکان اصلی و فرعی تشکیل شده که ارکان اصلی آن شامل مجمع عمومی، شورای امنیت، شورای اقتصادی و اجتماعی، شورای قیمومت، دیوان بین‌المللی دادگستری و دبیرخانه است. از میان این ارکان اصلی که کم و بیش با ساختار آن آشنایی داریم، قوی‌ترین نهاد آن شورای امنیت است که پنج عضو دائمی آن در تصمیمات این شورا حق وتو دارند و دیگر رکن مهم اصلی و قضایی این سازمان، دیوان بین‌المللی دادگستری است که از اهمیت ویژه و خاص برخوردار است و به سبب همین اهمیت تمرکز مقاله حاضر بر این دو رکن مؤثر و شاخص خواهد بود. ضمن اینکه به جایگاه پوزیتیویسم در نظام حقوق بشر نیز پرداخته خواهد شد.

شورای امنیت؛ تصمیمات، قطعنامه‌ها و نقش پوزیتیویسم حقوقی

به موجب ماده ۲۴ منشور، اعضای ملل متحد مسئولیت اولیه حفظ صلح و امنیت بین‌المللی را به شورای امنیت واگذار کرده‌اند. شورای امنیت در اجرای این وظایف بر طبق مقاصد و اصول ملل و از طریق اختیارات ویژه‌ای که در فصول ۶، ۷، ۸ و ۱۲ به آن داده شده است، عمل می‌کند. شورای امنیت در راستای ایفای وظایفش معمولاً به دو شکل عمل می‌کند: اول به‌عنوان «میانجی» که در این صورت در چارچوب فصل ششم منشور اقدام خواهد کرد و دوم به‌عنوان

«ناظم» که در اینجا فصل هفتم منشور را مبنای اقدامات خود قرار خواهد داد. به موجب منشور نقش شورای امنیت هنگامی که مسئله حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات به‌ویژه تحت فصل ششم منشور را بررسی می‌کند، متفاوت است از هنگامی که شورا در حال اتخاذ اقداماتی در خصوص تهدید یا نقض صلح یا اقدام تجاوز به موجب فصل هفتم است (Shaw, 2005: 1102). در چارچوب فصل ششم شورای امنیت می‌تواند هر اختلاف یا وضعیتی را که ممکن است به اصطکاک بین‌المللی منجر شود یا اختلافی ایجاد کند، با این هدف که تعیین نماید آیا محتمل است ادامهٔ اختلاف یا وضعیت مزبور حفظ صلح و امنیت بین‌المللی را به خطر بیندازد، رسیدگی کند.^۱ اما براساس فصل هفتم، شورا هنگامی اقدام خواهد کرد که تهدیدی علیه صلح، نقض صلح یا عمل تجاوزی رخ داده باشد. همچنین عمده اقداماتی که قرار است در چارچوب فصل ششم و حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات صورت پذیرد، بر عهدهٔ طرفین اختلاف گذارده شده و نقش شورا در اینجا بیشتر در جهت ترغیب دولت‌هاست تا اتخاذ اقدامات لازم‌الاجرا، اما شورای امنیت در اجرای تمهیدات فصل هفتم منشور نقش اساسی بر عهده دارد. در چارچوب فصل ششم، «مذاکره»، «تحقیق»، «میانجی‌گری»، «سازش»، «داوری»، «رسیدگی قضایی» و توسل به مؤسسات منطقه‌ای و ترتیبات دیگر... از جمله روش‌هایی است که شورای امنیت در صورت اقتضا از اعضای ملل متحد خواهد خواست که اختلاف خود را از این طرق حل و فصل کنند.^۲ این اقدامات شورا جز در مواردی که طرفین دعوا خود به توافق رسیده‌اند یا گاه توانسته‌اند به‌صورتی ساده، عملیات نظامی را به حالت تعلیق درآورند، ثمری نداشته است (کلییار، ۱۳۶۸: ۲۱۵). اما در مورد اقدامات شورای امنیت براساس فصل هفتم، به مجرد اینکه شورا به این نتیجه رسید مداخلتش براساس فصل ششم منشور کارساز نبوده و وجود تهدید یا نقض صلح یا عمل تجاوز را احراز کرد، می‌تواند تصمیمات الزام‌آوری را اتخاذ کند. همان‌طور که اشاره شد، تدابیر شورای امنیت براساس فصل ششم بیشتر ویژگی یک توصیه را برای کشورهای عضو داراست، گو اینکه دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیهٔ نامیبیا این نکته را نیز مورد توجه قرار داد که مقررات مندرج در مادهٔ ۲۵ منشور صرفاً به اجرای اقدامات شورا تحت فصل هفتم منشور محدود نمی‌شود، چراکه براساس مادهٔ ۲۵ دول عضو ملل متحد می‌پذیرند که اقدامات شورای امنیت را براساس منشور قبول و اجرا کنند (و نه فصل هفتم) (Shaw, 2005: 1103). ضمن اینکه شورای امنیت در برخی مواقع در چند دههٔ اخیر بدون اینکه موقعیت خاصی را مورد توجه قرار دهد، به‌نوعی اقدام به قانونگذاری نیز کرده و سیاست خود را در زمینه‌های مختلفی مشخص ساخته است. در مورد اخیر لازم است کمی بیشتر به مسئلهٔ مشروعیت و صلاحیت قانونگذاری شورای

۱. مادهٔ ۳۴ منشور.

۲. بند ۲ مادهٔ ۳۳ منشور.

امنیت از دیدگاه منشور ملل متحد و دکترین‌های صلاحیتی، در پرتو ساختار نظام حقوقی بین‌المللی بپردازیم.

۱. قانونگذاری شورای امنیت

در میان پوزیتیویست‌ها، هارت قانون را به صورت مجموعه‌ای از قواعد تعریف می‌کند و می‌گوید کلیه قواعد حقوقی از یک قاعده بنیادین ناشی می‌شوند. کلسن نیز به هر می قائل است که در رأس آن قاعده اعظم و پس از آن قانون اساسی، قوانین عادی، بخشنامه‌ها، مصوبات، تصمیمات و ... است. قاعده اعظم یا اساسی ممکن است به ایجاد نهادهایی همانند دولت منجر شود، اما کلسن بر این نکته تأکید می‌کند که حقوق بین‌الملل برای همیشه اختیارات خود را به دولت‌ها واگذار نکرده، بلکه این اختیارات از نوع نمایندگی یا وکالت است که حقوق بین‌الملل به حقوق داخلی می‌دهد. اما از آنجا که قواعد حقوق بین‌الملل ناظر بر روابط اعضای جامعه بزرگ جهانی یعنی جامعه بین‌المللی است، نظام حقوقی که از نظام داخلی و بین‌المللی تشکیل می‌شود، اصولاً متکی به اصول حقوق بین‌الملل است (ذوالفقاری، ۱۳۸۷: ۷).^۱

با اندکی تأمل در خصوص تاریخچه ملل متحد در خواهیم یافت که شورای امنیت به عنوان مسئول «اولیه حفظ صلح و امنیت بین‌المللی» فراز و نشیب‌های فراوانی را در مسیر انجام وظایف محوله و قانونگذاری براساس منشور پشت سر نهاده است؛ نقش‌هایی همچون قانونگذاری^۲ تعیین حقوق^۳ و اعمال حقوق^۴ را ایفا کرده است. با وجود برخی مبانی مشترک میان حقوق داخلی و حقوق بین‌المللی در زمینه قانونگذاری، ویژگی تابعان حقوقی، ماهیت روابط بین تابعان حقوقی و عرصه اعمال نظام حقوقی هر یک از این دو نظام موجب شده که قانونگذاری در حقوق بین‌الملل از پیچیدگی و حساسیت‌های به مراتب بیشتری نسبت به حقوق داخلی برخوردار باشد. برخی حقوقدانان معتقدند آنچه شورا بیان می‌دارد، حقوق است و برای شورا نقش پلیس در جامعه بین‌المللی قائل‌اند (هانری لویی، ۱۳۷۰: ۸).

۲. صلاحیت قانونگذاری شورای امنیت از دیدگاه منشور ملل متحد

همان‌طور که گفته شد، با اندک تأمل در خصوص تاریخچه ملل متحد در خواهیم یافت که شورای امنیت به عنوان مسئول "اولیه حفظ صلح و امنیت بین‌المللی" فراز و نشیب‌های فراوانی را در مسیر انجام وظایف محوله به آن رکن براساس منشور پشت سر نهاده است. شورای امنیت

1. [www://www.balagh.net/Persian/feqh/maqalat/ha909qaza/03/05.htm](http://www.balagh.net/Persian/feqh/maqalat/ha909qaza/03/05.htm)

2. Law-Making

3. Law-Determining

4. Law- Enforcement

که در ابتدا همانند نهنگ بی‌آزاری در مناطق دور از ساحل آرام به خواب رفته بود، " نقش محوری" خود در سازمان ملل متحد را به تدریج بازیافت و به‌مانند "لوتایان" (Levitatan) از طریق "اختیارات خودخوانده" (Harper, Keith, 1994: 104)، تصمیمات شبه‌وحدی را اتخاذ کرد (سادات میدانی، ۱۳۸۴: ۱۱).

شورای امنیت به‌عنوان رکن ملل متحد و همانند هر سازمان دیگری تابع سند تأسیس خود است. هر گونه اقدام و تصمیم‌گیری از سوی این شورا باید بر مبنای منشور انجام پذیرد. مقوله قانونگذاری نیز از این امر مستثنا نیست (سادات میدانی، ۱۳۸۴: ۱۴۷). هدف از تعیین جایگاه حقوقی شورا در منشور و حقوق بین‌الملل، تعیین دامنه وظایف و اختیارات، به‌علاوه شناخت ماهیت و ویژگی آن است. البته ویژگی سیاسی شورای امنیت مانع از اجرای مقررات توسط آن رکن نمی‌شود، امری که در سال‌های ابتدایی کار ملل متحد از سوی دیوان بین‌المللی دادگستری تصریح شده است: «خصیصه سیاسی یک رکن نمی‌تواند آن را از رعایت مقرراتی که به موجب منشور به‌وجود آمده، هر گاه آن مقررات محدودیت‌هایی را در مورد اختیارات یا معیارهایی را برای قضاوتش وضع می‌کند، رها سازد. برای احراز اینکه آیا یک رکن در تصمیماتش آزادی انتخاب دارد، باید به شرایط اساسنامه‌اش مراجعه شود» (Kelsen, 1951: 284).^۱

گسترده‌گی اختیارات شورای امنیت، اندیشه نامحدود بودن صلاحیت‌های این شورا را در اذهان جای داد و او را در موضعی قرار داد که حتی در فرضی که کشوری را متجاوز می‌شناسد، باز در اعمال مجازات به لحاظ حق وتویی که داراست، آزادی عمل دارد، به‌نحوی که می‌تواند کشور متجاوز را از هر مجازاتی معاف کند (شریف، ۱۳۷۳: ۱۵۱). همچنین «کشورهای قدرتمند صنعتی بدون آنکه مجازات شوند، به‌راحتی ضمن نادیده گرفتن منشور یا نقض آن، در برابر سایر کشورها به زور متوسل می‌شوند یا اینکه تصمیمات سازمان ملل متحد، چیزی جز قانونی جلوه‌گر ساختن تصمیمات قدرت‌های بزرگ صنعتی نیست» (والدهایم، ۱۳۷۰: ۱۶۲).

به‌رغم دیدگاه‌های دبیران کل سابق سازمان ملل متحد در خصوص منشور و کاستی‌های آن، اعضای شورای امنیت و تابعان آنها این شورا را در جایگاه قانونگذاری می‌دانند. اما دیدگاه مخالف این نظر، صلاحیت شورا را در حد منشور و در امور خاص و ویژه مندرج در آن (فصول ۶ و ۷ و ماده ۱۰۳) و کاملاً متفاوت از دیدگاه قبل ابراز می‌دارند. از دید این حقوقدانان بین‌المللی، شورای امنیت به موجب اختیارات محوله در منشور ملل متحد صلاحیت اتخاذ تصمیمات حقوقی محض را دارا نیست و اقدامات مذکور صرفاً در جهت تقویت فصل هفتم منشور به‌طور کلی یا تقویت برخی مقررات مندرج در فصل هفتم یا خارج از این فصل اتخاذ شده و برای تعدادی از دولت‌ها تعهداتی را به‌دنبال داشته است (سادات میدانی، ۱۳۸۴: ۱۱). به‌نظر می‌رسد

۱. به نقل از سادات میدانی، ۱۳۸۴: ۳۸.

این دیدگاه معقول تر و بیشتر قابل درک است. این دسته معتقدند اختیارات اعطایی از سوی منشور به شورا، که اختیاراتی خاص و ویژه است، شورای امنیت را تا حدی دارای اوصاف قانونگذاری کرده است، اما پذیرفتن اینکه اقدامات شورا از ابتدا تا به امروز قانونگذاری بوده، گمراه کننده است. شورا به موجب فصول ۶ و ۷ و ماده ۱۰۳ منشور در تصمیمات، اعمال و قطعنامه‌های خود، توصیه‌ها، تذکرات، الزامات و تعهداتی را به دولت‌ها و جامعه بین‌المللی بار می‌کند، اما اصولاً نمی‌تواند قواعد عام‌الشمول جدید وضع کند.

به هر ترتیب از نظر ساختاری اساساً شورای امنیت یک رکن غیردموکراتیک است. هنگامی که دموکراسی برای اعتبار حکمرانی امری لازم و ضروری تلقی می‌شود و قاعده مذکور در حقوق بین‌الملل ریشه پیدا کرده است، طرح قانونگذاری از سوی یک رکن غیردموکراتیک و یگارشده که بر دولت‌ها تحمیل می‌شود، امری غیرمعمول است. به علاوه تفویض حق قانونگذاری به شورای امنیت با اهداف نظریه تفکیک قوا (جلوگیری از ایجاد استبداد) در تعارض خواهد بود؛ به خصوص اینکه آیین تصمیم‌گیری در شورا ظالمانه و دور از عدالت است (سادات میدانی، ۱۳۸۴: ۲۴۷).

در نهایت این مفهوم خودنمایی می‌کند که منشور قانون اساسی است. فقدان نظام جامع و کامل بین‌المللی همچون نظام داخلی که در آن قوای مستقل وجود دارند، و در نگاهی دیگر عدم ضمانت اجرای مناسب، کارآمد و منسجم همانند نظام داخلی، شورای امنیت را به رکنی تبدیل کرده که خود وضع کننده است و نیز اجراکننده. به طور کلی دولت‌ها در حال حاضر پذیرفته‌اند که نهادهای تشکیل یافته از سوی خود آنها در جامعه بین‌المللی همانند شورای امنیت، می‌توانند براساس سند تأسیس، حقوق و تکالیفی را برای دولت‌ها ایجاد کنند که این همان تئوری و دکترین رضایت از نگاه پوزیتیویستی است. اما در درون شورای امنیت با گذشت چندین دهه و طی کردن فراز و نشیب‌های طولانی، تصمیمات و قطعنامه‌ها فاقد نگاه پوزیتیویستی بوده و صرفاً براساس نگاه منفعت‌طلبانه، جابرانه و سیاسی صرف است.

پوزیتیویسم حقوقی در دیوان بین‌المللی دادگستری

۱. شناسایی و توسعه قواعد حقوقی در دیوان بین‌المللی دادگستری

دیوان، رکن اصلی و قضایی سازمان ملل، مسئولیت دوگانه‌ای دارد، اول آنکه در نقش یک مرجع قضایی بی‌طرف مکلف است اختلافات بین‌المللی را به صورت مسالمت‌آمیز حل و فصل کند و دوم آنکه براساس اسناد تأسیس و دکترین حقوقی هدفی عالی‌تر و مهم‌تری دارد که نه در ارتباط بین طرفین اختلاف، بلکه در زمینه حقوق بین‌الملل است. با این حال دیوان به خوبی می‌داند وقتی در یک قضیه اصول و قواعد حقوقی را اعمال می‌کند، در آینده به آن استناد می‌گردد،

از این رو دیگر دیوان صرفاً نهادی برای حل و فصل اختلاف بین طرفین آن نیست، بلکه وظیفه دیگر دیوان مشارکت در توسعه و شفاف‌سازی قواعد و اصول حقوق بین‌الملل است (حبیبی و همکار، ۱۳۹۲: ۹۳). البته باید بر عدم هر گونه نقش آفرینی رویه قضایی در عرصه قانونگذاری بین‌المللی تأکید شود، گو اینکه بعضاً در ارزیابی عملکرد مراجع قضایی ممکن است گفته شود این مراجع به‌منظور پر کردن خلأهای موجود اقدام به تقنین و تولید قواعد جدید نیز کرده‌اند. در اینجا این سؤال مطرح می‌شود که توسعه به چه مفهومی است و دیوان از چه طریقی در آن مشارکت می‌کند؟ آیا دیوان با صرف اعلام قواعد حقوقی موجود می‌تواند در این وظیفه دشوار سهیم باشد؟ یا اختیاری فراتر از آن لازم دارد که به موجب آن اصول و قواعد حقوقی جدید ایجاد کند یا در صورت ضرورت قواعد موجود را تغییر دهد؟ رویکرد پوزیتیویستی دیوان را از حک و اصلاح قواعد، حتی در مواردی که قواعد حقوقی با مقتضیات جامعه بین‌المللی منطبق نباشد، منع می‌کند. بنابراین دیوان نقشی در وضع قانون ندارد، بلکه صرفاً می‌تواند خلأهای حقوقی و نیازهای قانونگذاری جدید را روشن کند، و یافته‌های دیوان یا پیشنهادها را آن در صورت رضایت دولت‌ها، می‌تواند به صورت یک قاعده حقوقی در شکل عرف یا معاهده حیات پیدا کند. در مقابل در صورتی که توسعه حقوق بین‌الملل و مسائل انسانی برای دیوان در اولویت باشد، دیوان در صورت ضرورت می‌تواند با ایجاد قاعده، رویکردی فراپوزیتیویستی اتخاذ کند که این امر منوط به صلاحدید دیوان و تحولات جامعه بین‌المللی است، البته اعطای چنین اختیاری به دیوان به معنای آن نیست که حقوق موجود نادیده گرفته می‌شود، بلکه این امری طبیعی است که دیوان اساساً حقوق موجود را اعمال و به صورت استثنایی و محدود قاعده ایجاد کند. با بررسی رویه قضایی به این تردیدها پاسخ داده می‌شود، که دیوان در صورت مواجهه با چنین مسائلی چه رویکردی را اتخاذ کرده و واکنش دولت‌ها به آن چه بوده است، که در ذیل به آن پرداخته می‌شود (حبیبی و همکار، ۱۳۹۲: ۹۳).

۲. رویکرد پوزیتیویستی و فراپوزیتیویستی در دیوان بین‌المللی دادگستری^۱

در دوران حیات جامعه ملل و دیوان دائمی، اروپامحوری در حقوق بین‌الملل سلطه بلامنازع داشته است، به تبع دیوان در حل و فصل اختلافات، حقوق اروپایی را اعمال می‌کرده است. سلطه حقوق اروپایی به جانشین آن یعنی دیوان فعلی انتقال یافت و با آنکه تعدادی از قضات غیراروپایی بودند، در کشورهای غربی تعلیم یافته بودند. بدین ترتیب با بررسی آرای دیوان تا اوایل دهه ۱۹۵۰ می‌توان گفت، دیوان بین‌المللی دادگستری در عمل یک دادگاه اروپایی است

۱. شایان توضیح است بخش عمده مطالب این قسمت با ذکر منابع لاتین مندرج در آن برگرفته از این منبع است:

که بر مبنای رویکرد پوزیتیویستی محافظه کارانه، آگاهانه از هر آنچه تقنین قضایی به حساب آید اجتناب می کرده است. استعمارزدایی و ضرورت انطباق حقوق بین الملل عرفی با تحولات پس از جنگ جهانی دوم و تأثیر حقوقدانان شوروی و دوران جنگ سرد بر دوران گذار حقوق بین الملل کلاسیک به دوران نظم نوین جهانی نقش شایان توجهی داشته است، از سوی دیگر، جنبش های جهان سوم و کشورهای در حال توسعه مثل گروه ۷۷ و نظم جدید اقتصاد بین المللی در سیستم حقوق بین الملل تغییراتی به وجود آورد. البته این به معنای اضمحلال یا محدودیت دیدگاه های حقوقی غربی بعد از سال ۱۹۴۵ نیست. بلکه نتیجه این تحولات روشن شدن تضادهای بین حقوق اروپایی و ارزش های حقوقی غیراروپایی و ضرورت بازبینی و انطباق قواعد حقوقی با توجه به اقتضانات روز جامعه بین المللی بود (Mcwinney, 1987: 3-7, 20-23, 66-67).

در نظام حقوق بین الملل ایجاد رکن قانونگذاری مقدور نیست، بلکه قاعده حقوقی به صورت ضمنی یا صریح براساس رضایت دولت ها ایجاد می شود. ماده ۳۸ اساسنامه که معرف موازینی است که دیوان باید براساس آن تصمیم بگیرد، محصول پوزیتیویسم تحلیلی قرن نوزدهم با تأکید بر شکل گرایی حقوقی است که به موجب آن قواعد حقوقی در صورتی به رسمیت شناخته می شود که جزء دسته بندی های مندرج در ماده مذکور باشد (Mcwhinney, 1987: 2). اما ملاحظه کرده ایم که اگر دیوان شرایط و مقتضیات موجود را نادیده بگیرد و صرفاً بر این اساس رأی صادر کند، سواى آنکه مانعی بر سر راه توسعه حقوق بین الملل است، موجب انتقاد و واکنش شدید جامعه بین المللی نیز می شود. در دو قضیه آفریقای جنوب غربی و نظریه مشورتی نامیبیا دیوان با صدور آرای متفاوت در عمل از رویکرد پوزیتیویستی خود عدول کرد. دیوان در زمان تصمیم گیری در قضیه آفریقای جنوب غربی در فضای ناهم اندیش قرار داشت که در ماهیت حقوق بین الملل و نقش دیوان در تغییرات جامعه بین المللی اختلاف نظر عمیقی وجود داشت و در این قضیه انتقادهای فراوانی به آن وارد شد.

این قضیه حاصل رویارویی دو مکتب عمده یعنی طرفداران مکتب تحقیقی- اثباتی و مکتب های جامعه شناختی- فرجام شناختی است که با صدور رأی بر مبنای رویکرد خود محدودسازی قضایی از کنشگری قضایی دیوان جلوگیری کردند. با وجود احراز صلاحیت دیوان در مرحله مقدماتی کنار رفتن قضاتی که از کشورهای جهان سوم بودند، موجب شد در مرحله ماهیتی رأی صادر شود که برای همیشه نقطه ای تاریک در پرونده کاری دیوان محسوب می شود و همچنین نقصان و ناکارآمدی مواضع پوزیتیویستی را که مانعی در تحقق عدالت محسوب می شود، نشان دهد.

مجمع عمومی سازمان ملل به هنگام انتخاب قضات در سال ۱۹۶۶، واکنشی جدی به رأی دادگاه در قضیه آفریقای جنوب غربی نشان داد و قضاتی را انتخاب کرد که با تحولات جامعه جهانی و به ویژه سازمان ملل سازگارتر باشند. از این رو دیوان با ورود قضات و اندیشه های نواز

تفکرات محافظه کارانه قبلی فاصله گرفت و با صدور رأی در قضیه نامیبیا در مسیری که از آن انتظار می‌رفت، به حرکت خود ادامه داد. دیوان با صدور رأیی که تا آن زمان غیرمعمول بود، بر تردیدهای خود غلبه کرد و نقش جدیدی در تصمیم‌سازی بین‌المللی در آینده برای خود قائل شد. در این قضیه تحول مفهوم اتحاد مقدس و اصل حق تعیین سرنوشت و استقلال ملت‌ها وفق ماده ۲۲ منشور و جسارت دیوان در ایجاد مفهوم حقوق وابسته به زمان اهمیت دارد. از سوی دیگر، دیوان در تفسیری پیشرفت‌های ۵۰۰ سال گذشته و تغییرات جامعه بین‌المللی را در نظر می‌گیرد. دیوان در این قضیه هماهنگ با مجمع عمومی و شورای امنیت ضمن پرکردن خلأ حقوقی، اوضاع بحرانی جامعه بین‌المللی را نیز آرام کرد (McWhinney, 1987: 13).

به‌عنوان یک نمونه کلاسیک دیگر می‌توان از قضیه لوتوس نام برد. دیوان دائمی در قضیه لوتوس نظر داد: دولت فرانسه مدعی است که محاکم ترکیه برای اینکه صلاحیت داشته باشند، باید بتوانند به‌نوعی به صلاحیت شناخته‌شده توسط حقوق بین‌الملل به نفع ترکیه اشاره کنند. از سوی دیگر ترکیه معتقد است که حقوق بین‌الملل صلاحیت ترکیه را اجازه می‌دهد، هر گاه چنین صلاحیتی با یک اصل حقوق بین‌الملل در تعارض نباشد. دیوان می‌افزاید حقوق بین‌الملل بر روابط بین دولت‌های مستقل نظارت دارد. از این رو قواعد الزام‌آور برای دولت‌ها ناشی از اراده آزاد آنهاست که یا در کنوانسیون‌ها اعلام می‌شود یا به‌وسیله رسومی ابراز می‌شود که به‌طور کلی به‌عنوان بیان‌کننده اصول حقوقی پذیرفته شده‌اند و به‌منظور تنظیم روابط این جوامع مستقل یا به‌منظور نیل به اهداف مشترک مسجل شده‌اند. از این رو نمی‌توان محدودیتی را برای استقلال دولت‌ها فرض کرد. در نهایت در این قضیه دیوان با رأی قاطع رئیس دیوان نظر داد که ترکیه به‌طور معتبر اعمال صلاحیت کرده است. نکته مهم در اینجا این است که تمام عناصر کلاسیک تئوری سنتی حقوق بین‌الملل وجود دارد. ابتدا دیوان مفهوم حاکمیت را می‌پذیرد (حقوق بین‌الملل ناظر بر روابط بین دولت‌های مستقل است)، سپس اشعار می‌دارد که حقوق، بیان اراده آزاد دولت‌هاست و حاکمیت (مطلق) مستلزم آزادی عمل است، مگر اینکه دولت‌ها به‌نحو ارادی (پوزیتیویستی) بر محدود کردن آن آزادی توافق کنند. از سوی دیگر به رابطه نزدیک میان مفهوم حقوق و قدرت سیاسی کشورها می‌توان پی برد (وکیل و همکاران، ۱۳۸۹: ۷۵-۷۴).

دیوان فراتر از حل اختلاف، از طریق ایجاد رویه قضایی، در توسعه حقوق بین‌الملل نیز مشارکت دارد. توسعه مفهومی است که تغییر و نوآوری را در خود دارد و تنها با اعمال قواعد حقوقی موضوعه امکان‌پذیر نیست، از این رو دیوان با عدول از رویکرد پوزیتیویستی، نقش جدیدی را در حقوق بین‌الملل برای خود ترسیم کرده است. از دیگر سو همواره این معنا و مفهوم که حقوق بین‌الملل فاقد ضمانت اجرایی است، نیز پیش روی ما قرار دارد. به همین سبب صرف وجود دیوان و رکن قضایی بدون ضمانت اجرا، بی‌معناست و اگرچه پوزیتیویسم هنوز سلطه دارد، این مکتب، تنها رویکرد در زمینه حقوق بین‌الملل و شیوه قضایی نیست.

پوزیتیویسم حقوقی و حقوق بشر

حقوق بشر با توجه به حقوق طبیعی درخور توجه است و حقوق بشر بناشده بر حقوق طبیعی ویژگی‌های متعددی دارد. حقوق طبیعی که حقوق فطری نیز خوانده می‌شود، متضمن قواعدی است که غایت مطلوب انسان است و قانونگذار باید بکوشد تا آنها را بیاورد و راهنمای خود قرار دهد (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۴۴). مبنای حقوق طبیعی که همان مبنای حقوق بشر است، مطالعه در ذات انسان و طبیعت انسانی است (جوان، ۱۳۲۹: ۷۷).

حقوق طبیعی پایه‌ی نهادهای حقوقی است. از این رو اندیشمندان و حقوقدانانی نیز که در این عرصه نظریه‌پردازی کرده‌اند، از یونان و روم باستان گرفته تا قرون معاصر، با وجود برخی اختلاف‌ها و تفاوت رویکردها در قلمرو حقوق طبیعی، همگی بر وجود اصول محوری طبیعت، عقل، عدالت، اخلاق، و اندیشه‌ی خیر برای بشریت اتفاق نظر داشته‌اند. جان فینیز حقوقدان و فیلسوف برجسته‌ی دنیای انگلیسی‌زبان که از وی به‌عنوان احیاگر معاصر نظریه‌ی کلاسیک حقوق طبیعی یاد می‌کنند، حقوق بشر را زبان معاصر (امروزی) همین حقوق طبیعی می‌داند (Lock, Two Treatises of Government, cap.6).

عملکرد جامعه‌ی جهانی و تفکر وستفالیایی حاکم بر جهان و به‌ویژه به خطر افتادن نظام حقوق بشر و حقوق بین‌الملل بشردوستانه، جامعه‌ی جهانی را بر آن داشت تا در جهت تعالی این حقوق طبیعی^۱ و در یک مورد - لزوم تشکیل عدالتخانه‌ای برای برقراری این مهم، گام‌هایی بردارد. بدین ترتیب خاطرات تلخ نقض فاحش حقوق بشر و حقوق بشردوستانه در قرن بیستم، از مهم‌ترین عواملی است که نظام بین‌الملل و جامعه‌ی بین‌المللی را به سمت تشکیل دادگاه کیفری بین‌المللی سوق داده است.

اولین گام در جهت محاکمه و مجازات جنایتکاران بین‌المللی را ماده‌ی ۲۲۷ عهدنامه‌ی ورسای که در ژوئن ۱۹۱۹ به امضا رسید، برداشت؛ تأسیس دادگاهی کیفری به‌منظور محاکمه‌ی امپراتور سابق آلمان. با این حال، در قرن بیستم، جهان شاهد تأسیس و فعالیت چند دادگاه کیفری بین‌المللی بوده است که برخی از آنها به کار خود خاتمه داده و برخی دیگر همچنان کار به خود ادامه می‌دهند (خالقی، ۱۳۹۳: ۱۱۰). با پذیرش جنایت نسل‌کشی و ظهور سازمان ملل متحد و احساس نیاز جامعه‌ی جهانی به تشکیل دیوان بین‌المللی کیفری، این مهم به کمیسیون حقوق بین‌الملل سپرده شد. کمیسیون نیز به‌دنبال جنایات ارتكابی در سال‌های بعد و تشکیل دادگاه‌های اختصاصی یوگسلاوی و رواندا از سوی شورای امنیت، طرح تأسیس دیوان بین‌المللی کیفری را تکمیل و به مجمع عمومی ارسال کرد.

دیوان کیفری بین‌المللی که اساسنامه‌ی آن از اول ژوئیه ۲۰۰۲ قوت اجرایی یافت و اینک

۱. به نقل از: قاری سیدفاطمی، ص ۱۱۳.

۱۲۳ دولت به عضویت آن درآمده‌اند (تا آگوست ۲۰۱۸)، امید مقابله با جرایم بین‌المللی را افزون ساخت. ژنوسید، جنایت علیه بشریت، جنایت جنگی و تجاوز به‌عنوان مهم‌ترین جرایم بین‌المللی، مشمول صلاحیت این مرجع قرار گرفته‌اند و دیوان در رسیدگی به آنها، مکمل نظام‌های قضایی ملی قلمداد شده است (زمانی و همکار، ۱۳۸۸: ۲۰۴).

ایجاد چنین دیوانی تا حدودی مفهوم عدالت کیفری حاکمیت‌مدار را تحت‌الشعاع قرار داده است. تا به حال و به‌طور سنتی، حق مجازات کردن مجرم از امتیازهای اصلی و مطلق دولت حاکم بوده و شمشیر عدالت نشان آن است. اما اگر این جنایات در قلمرو عدالت بین‌المللی قرار گیرد (که نشانش جریحه‌دار کردن کل بشریت است)، می‌توان نتیجه گرفت بشریت است که با ارکان تخصصی‌اش که توسط مجموعه دولت‌ها ایجاد می‌شوند، در مجازات کردن مرتکبان این جنایات، حتی بر ضد منافع سیاسی یک دولت، نفع می‌برد (بیگ‌زاده، ۱۳۸۳: ۱۸۱). با وجود این، تأسیس یک محکمه دائمی بین‌المللی کیفری تنها پاسخ به این جنایات نیست، بلکه اصول و قواعد حقوق بین‌المللی (چه در قلمرو حقوق بشر و چه در چارچوب حقوق بین‌المللی بشردوستانه) را داریم که تکالیفی را برای دولت‌ها ایجاد می‌کند. یکی از تکالیف مهمی که ناشی از قواعد حقوق بین‌الملل (عرفی و قراردادی) است، تکلیف به مجازات کردن افرادی است که مرتکب جنایات جنگی، جنایات بر ضد بشریت شده یا در نسل‌کشی مشارکت کرده‌اند. دولت حاکم، حق و به‌خصوص تکلیف خود بر «اجرای عدالت» را در قلمرو خاص خویش حفظ می‌کند. حقوق بین‌الملل نیز حق دخالت در قلمرو خاص دولت‌ها را برای خود در کلیه موارد نقض شدید حقوق بشر یا قواعد حقوق بشردوستانه در مخاصمات مسلحانه محفوظ می‌داند. البته، این یک محکمه تکمیلی است. حق و تکلیف بر مجازات کردن، در مرحله اول، هنوز در صلاحیت دولت‌هاست. دیوان بین‌المللی کیفری زمانی صلاحیت رسیدگی پیدا می‌کند که یک دولت عضو نخواهد یا نتواند صلاحیت خود را اعمال کند.^۱ تا عصر حاضر، اجرای این «حق مداخله» جامعه بین‌المللی (و در این مورد، سازمان ملل متحد) بسیار ضعیف بوده است (بیگ‌زاده، ۱۳۸۳: ۱۸۲). ما با قواعدی الزام‌آور برای دولت‌ها مواجه بوده‌ایم، اما آنها انحصار «اجرای عدالت» را برای خود حفظ کرده‌اند، چراکه دیوان بین‌المللی کیفری و اساسنامه آن میثاق و معاهده‌ای است که نیاز به رضایت و پذیرش کشورها در پیوستن به آن است و این همان دکترین رضایت است که در قالب پوزیتیویسم حقوقی مطرح می‌شود و از اصول این مکتب است.

بدین ترتیب و با ملاحظه آنچه گفته شد، اگرچه پوزیتیویسم حقوقی در حقوق بین‌الملل معاصر ریشه دوانده، اما خاستگاه حقوق بشر حقوق طبیعی است. حقوق طبیعی و الهی بر

نظام‌مندانگاری جهان و وحدت قانون‌مندی‌های حاکم بر آن استوار است و از آنجا که انسان جزئی از طبیعت است، باید برابر فطرت و طبیعت خود و جهان خارج عمل کند. این حقوق، مظهر حقیقتی فراتر از پدیده‌هاست. پیرو زمان و مکان و نیازهای آنها نیست. مانند قانون‌های حاکم بر فیزیک، فراگیر همه زمان‌ها و مکان‌هاست (موریس کلی، ۱۳۸۳: ۱۵).

نتیجه‌گیری

با توجه به آنچه گفته شد، می‌توان معتقد بود که پوزیتیویسم حقوقی در نظام بین‌المللی معاصر و ارکان ملل متحد دارای منزلتی عینی است و در درون ارکان اصلی ملل متحد همچون شورای امنیت و دیوان بین‌المللی دادگستری نقشی اساسی دارد. نمونه بارز این پوزیتیویسم حقوقی رضایت دولت‌ها و نقش اراده تابعان بین‌المللی در تنظیم توافقات بین‌المللی است که به شکل معاهده، کنوانسیون، پیمان و ... در جامعه بین‌المللی نمود پیدا می‌کند. از منظر این دیدگاه هیچ چیز نمی‌تواند قانون باشد، مگر آنکه دولت‌ها به آن رضایت داده باشند. در بعد قضایی نیز پوزیتیویسم روش‌های داور، قضایی و شبه‌قضایی و حل‌وفصل اختلافات بین‌المللی را تحت‌الشعاع خود قرار داده است.

چنانکه گذشت، پوزیتیویسم به‌طور کلی بر سه مبنا استوار شده است: نفی حقوق طبیعی، جدایی میان اخلاق و حقوق، تبعیت حقوق از اراده دولت و در چارچوب همین این مکتب^۵ برخلاف حقوق طبیعی-دولت‌ها موضوع قواعد آن فرض می‌شوند و پیروانش قواعد حقوق بین‌الملل را زائیده اراده دولت‌ها می‌دانند. اما با توجه به نبود سیستم نظام‌مند داخلی در عرصه بین‌المللی همچون قوای سه‌گانه مقننه، مجریه، قضاییه و تلاش جامعه بین‌المللی در جهت توسعه حقوق بین‌الملل براساس سیستم دولت گونه، نقش ارکان اصلی سازمان ملل متحد بسیار حائز اهمیت می‌گردد. از این رو شورای امنیت که رکن سیاسی و از جهاتی قضایی جامعه بین‌المللی است و براساس مفاد منشور سازمان ملل متحد (به‌خصوص فصول ۶ و ۷) دارای وظایف عمده‌ای است، برخوردی پوزیتیویسم با موضوعات و مسائل مختلف بین‌المللی دارد.

از دیگر سو دیوان کیفری بین‌المللی که تقریباً حیات نوپایی دارد و می‌رود که رفته‌رفته (البته در آینده‌ای دور) به نظام قضایی کیفری بین‌المللی تبدیل شود و ملاحظاً رسیدگی به جرائم مهم بین‌المللی باشد، رویکردی همچون دیوان بین‌المللی دادگستری را در پیش دارد و در آن رضایت و اراده تابعان بین‌المللی در پذیرش صلاحیت دیوان خودنمایی می‌کند.

در حوزه ملاحظات انسانی نیز امروزه کشور و دولتی نیست که در مقابل حقوق بشر و موضوعات آن پاسخگو نباشد و اگرچه پوزیتیویسم هنوز بر پیکره جامعه بین‌المللی و ارکان آن سلطه دارد، اما این مکتب، تنها رویکرد در زمینه حقوق بین‌الملل و به‌خصوص شیوه‌های قضایی و سیاسی آن نیست. با نگاهی به فرایندها، ضوابط، معاهدات و عملکرد نهادهای حقوق بشری

همچون شورای حقوق بشر متوجه می‌شویم که دیدگاه پوزیتیویستی تا حدی رنگ باخته است و تقابل میان این دو دیدگاه (پوزیتیویسم حقوقی و حقوق طبیعی) به دلیل اینکه حقوق بشر امری ذاتی است، به حقانیت حقوق طبیعی منجر شده است. با وجود این اگرچه قرن بیستم شاهد رجعت به نظریه حقوق طبیعی و دیگر نظریه‌های حقوقی بود که به صراحت بر مفاهیمی عینی و جهانی فرض می‌شدند، همانند عدالت و برابری، اما ردپای پوزیتیویسم را می‌توان همچنان در این چارچوب یافت.

منابع

الف) فارسی

کتاب‌ها

۱. آوتویت، ویلیام؛ باتامور، تام (۱۳۹۲). فرهنگ علوم/اجتماعی قرن بیستم، ترجمه حسن چاوشیان، تهران، نشر نی.
۲. ارسطو (۱۳۸۱). سیاست، ترجمه دکتر حمید عنایت، چ چهارم تهران: انتشارات علمی و فرهنگی.
۳. اشترواس، لئو (۱۳۷۳). حقوق طبیعی و تاریخ، ترجمه باقر پرهام، تهران: انتشارات آگاه.
۴. جان موریس کلی (۱۳۸۳). تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ترجمه محمد راسخ، تهران: طرح نو.
۵. جوان، موسی (۱۳۲۹). مبانی حقوق، ج ۲، نشر چاپخانه رنگین تهران.
۶. خالقی، علی (۱۳۹۳). جستارهایی از حقوق جزای بین‌الملل، تهران: شهر دانش، چ چهارم.
۷. ذوالفقاری مجید (۱۳۸۷). تأثیرات متقابل حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی، انتشارات مؤسسه فرهنگی و اطلاع‌رسانی تبیان.
۸. ذوالعین پرویز (۱۳۷۸). مبانی حقوق بین‌الملل عمومی، وزارت امور خارجه، تهران: وزارت امور خارجه، ج اول.
۹. رستم زاد، حسینقلی (۱۳۸۲). جامعه بین‌المللی و تعهدات دولت‌ها، رساله دکتری، دانشگاه آزاد اسلامی.
۱۰. زرنشان، شهرام (۱۳۹۳). شکل‌گیری و شناسایی حقوق بین‌الملل عرفی، انتشارات گنج دانش، چ دوم.
۱۱. سادات میدانی، سید حسین (۱۳۸۴). صلاحیت قانون‌گذاری شورای امنیت، انتشارات وزارت امور خارجه.
۱۲. سروش، عبدالکریم (۱۳۸۲). دانش و ارزش، انتشارات صراط.

۱۳. شریف، محمد (۱۳۸۲). بررسی دکترین نامحدود بودن صلاحیت شورای امنیت، انتشارات اطلاعات.
۱۴. صفدری، محمد (۱۳۴۲). حقوق بین‌الملل عمومی، ج ۱، تهران: انتشارات ابوریحان.
۱۵. قاری سیدفاطمی، سید محمد (۱۳۸۸). حقوق بشر در جهان معاصر، دفتر یکم، درآمدی بر مباحث نظری: مفاهیم، مبانی، قلمرو و منابع، انتشارات مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
۱۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). فلسفه حقوق، ج ۱ (تعریف و ماهیت حقوق)، انتشارات شرکت سهامی انتشار.
۱۷. کی نیا، مهدی (۱۳۸۴). کلیات مقدماتی حقوق، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۱۸. کلودآلبر، کلییار (۱۳۶۸). نهادهای روابط بین‌الملل، ترجمه هدایت‌الله فلسفی، نشر نو.
۱۹. کلی، جان (۱۳۸۳). تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ترجمه محمد راسخ، تهران: طرح نو.
۲۰. لویی برول هانری (۱۳۷۰). جامعه‌شناسی حقوق، ترجمه ابوالفضل قاضی، انتشارات دانشگاه تهران.
۲۱. موسی‌زاده، رضا (۱۳۹۰). بایسته‌های حقوق بین‌الملل عمومی، تهران: میزان.
۲۲. موحد، محمدعلی (۱۳۸۱). در هوای حق و عدالت، از حقوق طبیعی تا حقوق بشر، نشر کارنامه.
۲۳. ملکم شاو (۱۳۸۹). حقوق بین‌الملل، ترجمه محمدحسین وقاری، انتشارات اطلاعات.
۲۴. ملکیان، مصطفی (۱۳۷۷). تاریخ فلسفه غرب، انتشارات دفتر همکاری حوزه و دانشگاه.
۲۵. میرعباسی، سید باقر (۱۳۸۹). حقوق بین‌الملل عمومی، ج ۱، تهران: میزان.
۲۶. نقیعی منفرد، حسام (۱۳۸۹). حکمرانی مطلوب در پرتو جهانی شدن حقوق بشر، انتشارات مؤسسه مطالعات شهر دانش.
۲۷. وکیل، امیرساعد و همکاران (۱۳۸۹). مروری بر مکاتب فلسفی حقوق بین‌الملل، تهران: میزان.

مقالات

۲۸. بادینی، حسن (۱۳۸۵). «آیا حقوق دانش مستقلاً است»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۷۴، ص ۱۶.
۲۹. باقری، صادق (۱۳۸۹). «حقوق بین‌الملل از نگاه توماس کات»، ماهنامه تخصصی حقوقی و فرهنگی عدالت، ش ۹۱.
۳۰. بیگزاده، ابراهیم (۱۳۸۳). «دیوان بین‌المللی کیفری و حقوق بین‌الملل»، فصلنامه الهیات

- و حقوق، ش ۱۳.
۳۱. جلالی، غلامرضا (۱۳۸۴). «حقوق بشر در چشم‌انداز حقوق طبیعی»، *مجله حوزه*، ش ۱۲۷.
۳۲. حبیبی، همایون؛ شاملو، سوده (۱۳۹۲). «نقش دیوان بین‌المللی دادگستری در توسعه حقوق بین‌الملل»، *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*، سال پانزدهم، ش ۴۱.
۳۳. رحمتی‌فر، سمانه؛ شهابی، مهدی؛ گرجی ازندریانی، علی‌اکبر (۱۳۹۵). «اساسی شدن حقوق به‌مثابه بدیل مشروطه‌گرایی در دوران جهانی شدن»، *مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز*، دوره هشتم، ش ۴.
۳۴. زمانی T سید قاسم، حسینی اکبرنژاد، هاله (۱۳۸۸). «اصل صلاحیت جهانی در آینه دیوان بین‌المللی کیفری»، *مجله پژوهش حقوق و سیاست*، سال ۱۱.
۳۵. فلسفی، هدایت‌الله (۱۳۸۷ و ۱۳۸۶). «رویارویی عقل و واقعیت؛ مسئله منابع»، *سالنامه ایرانی حقوق بین‌الملل و تطبیقی*، ش ۳.
۳۶. ----- (۱۳۷۴). «جایگاه بشر در حقوق بین‌الملل معاصر»، *مجله تحقیقات حقوقی*، ش ۱۸ ویژه.
۳۷. ----- (۱۳۸۵). «حقوق بین‌الملل از اراده مطلق تا عقل و واقعیت، و از عقل و واقعیت تا بشریت»، *سالنامه ایرانی حقوق بین‌الملل و تطبیقی*، ش دوم.
۳۸. ----- (۱۳۷۱). «روش‌های شناخت منطقی حقوق بین‌الملل: تفسیر و اجراء مقررات حقوق بین‌الملل»، *مجله تحقیقات حقوقی*، ش ۱۰.

۲. انگلیسی

A) Books

39. Alstoph (2008). *Making Space for New Human Rights. The Case of the Right to Development*. Harvard Human Rights Year book.
40. Bedjaoui, Mohammed (2011). *International Law: Achievements and Prospects*, Martinus Nijhoff Publishers.
41. Beatrice I. Bonafé, (2014). *International law in domestic and supranational settings*, Cambridge University Press.
42. International Legal Positivism World (2012). *Jean d'Aspremont and Jörg Kammerhofer*, eds., Cambridge University Press, Forthcoming, Positivism and International Criminal Law: The Principle of Legality as a Rule of Conflict of Theories.
43. Pemmaraju Sreenivasa Rao (2008). *The Concept of International Community In International Law*, Boston.
44. Rosenne, Shabtai (2005). *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, Martinus Nijhoff Publishers.
45. McWhinney, Edward (2009). *The World Court and the Contemporary*

International Lawmaking Process, Brill, Sijthoff and Noordhoff.

46. Mcwinney, Edward (2007). *The International Court of Justice and the Western Tradition of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers.
47. Monica Garcia-Salmones Rovira (2014). *The Project of Positivism in International Law*, Oxford University Press.
48. Shahabuddeen, Mohamed (2016). *Precedent in The World Court*, Cambridge University Press, First Ed.
49. Tams, Christian, J, (2005). *Enforcing Obligation Erga Omnes in International Law*, Cambridge University Press.
50. Malcolm N. Shaw. (2005). *international law*, fifth Edition, Cambridge university press.

B) Articles

51. Jörg Kammerhofer. (2013). International Legal Positivism in a Post-Modern World, Cambridge. 43-H.R.Trevor - Raper, (2015). Hitler's Table Talk ,London.
52. Shigeta, Yasuhiro (2010). International Judicial Control of Environmental Protection: Standard Setting , *Compliance Control and the Development of International Environmental Law by the International Judiciary*, Kluwer Law International.

