

## بررسی اندیشه‌های انتقادی مکتب «جریان جدید» در حقوق بین‌الملل

امیر درون پرور -

پوریا عسکری -

DOI: [10.22066/cilamag.2021.108287.1708](https://doi.org/10.22066/cilamag.2021.108287.1708)

DOR: [20.1001.1.2251614.1400.38.64.5.0](https://doi.org/20.1001.1.2251614.1400.38.64.5.0)

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۲/۱۵

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۴/۱۷

### چکیده

مکتب «مطالعات انتقادی» در حقوق و «جریان جدید» در حقوق بین‌الملل، جنبش‌های نوظهوری هستند که با هدف انتقاد همه‌جانبه از وضع موجود و طرح مبانی جدید به منظور نیل به وضع مطلوب، فلسفه‌ورزی نموده‌اند. در پژوهش حاضر سعی شده است تا حد امکان مهم‌ترین ابعاد نقد «جریان جدید» از جریان اصلی حقوق بین‌الملل بیان شود تا خواننده با منطق انتقادی این جریان آشنا شود و امکان اصلاح ساختاری حقوق بین‌الملل در پرتو اندیشه انتقادی را ارزیابی کند. از این‌رو مسئله اصلی پژوهش حاضر این است که آیا جریان جدید توانسته در عین حال که نقدی شالوده‌شکن به ریشه‌ها، ساختار و ماهیت حقوق بین‌الملل وارد می‌کند، از یک سو گرفتار شک‌گرایی رادیکال و پوچ‌انگاری نشود و از سوی دیگر بینشی ایجابی نسبت به وضع مطلوب حقوق بین‌الملل ارائه کند. این پژوهش با بررسی اصلی‌ترین حوزه‌های نقد «جریان جدید» به این نتیجه رسید که این جریان نه‌تنها بینشی ایجابی نسبت به حقوق بین‌الملل ارائه می‌دهد، بلکه با ایجاد نوعی معرفت‌شناسی انتقادی و ارتقای جایگاه استدلال عقلانی، راه خود را از شک‌گرایی رادیکال و پوچ‌انگاری معرفت‌شناختی کاملاً متمایز می‌کند.

### واژگان کلیدی

جنبش مطالعات انتقادی حقوق، جریان جدید، استدلال حقوقی، عدم تعین، تاریخ‌نگاری حقوق بین‌الملل

— دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبایی

adaroonparvar@yahoo.com

pouria.askary@gmail.com

— نویسنده مسئول، دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبایی

## مقدمه

مطالعات انتقادی حقوق، جنبشی در اندیشه حقوقی است که در کنفرانس مطالعات انتقادی حقوق در ۱۹۷۷ شکل گرفت و در قالب یک سازمان، طی تشریفاتی در یک کنفرانس کوچک در دانشگاه ویسکانسین معرفی شد.<sup>۱</sup> مطالعات انتقادی حقوق، به‌عنوان نهضت فکری، موضوعات مهم مکاتب واقع‌گرایی حقوقی، مارکسیسم انتقادی و نظریه ادبی ساختارگرایی و پساساختارگرایی را تلفیق می‌کند. در واقع می‌توان گفت مطالعات انتقادی حقوق، «نخستین جنبش در نظریه و اندیشه حقوقی ایالات متحد آمریکا بود که از موضع و رویکرد سیاسی چپ حمایت می‌کرد و به آن متعهد بود».<sup>۲</sup>

این نهضت همچنین به شکل‌گیری دیگر جنبش‌های فکری انتقادی- جنبش‌های انتقادی که به نقد نقش قانون در حفظ سلسله‌مراتب‌های مبتنی بر جنسیت، نژاد و گرایش‌های جنسی اهتمام داشتند کمک کرد و منجر به توسعه «تئوری حقوقی فمینیستی»<sup>۳</sup> و «تئوری انتقادی نژادی»<sup>۴</sup> شد. به‌علاوه این جنبش به دلیل استفاده‌اش از روش‌های علوم انسانی و علوم اجتماعی تفسیری<sup>۵</sup> بر مطالعات میان‌رشته‌ای حقوقی نیز اثر گذاشت.<sup>۶</sup>

کسانی که خارج از این جریان قرار دارند، معتقدند متفکران جنبش مطالعات انتقادی، گروهی یکپارچه هستند که حول شعارهایی نظیر «حقوق، سیاست است»<sup>۷</sup> نظریه‌ورزی می‌کنند اما تصویر درون این جنبش بسیار پیچیده‌تر است.<sup>۸</sup> در واقع، شناسایی هویت دقیق این جنبش دشوار است.

۱. دنیس پترسون، مکاتب معاصر فلسفه حقوق؛ کتاب راهنمای بلک‌ول برای فلسفه حقوق، ترجمان علوم انسانی، بهار ۱۳۹۵، ص ۱۱۵.

۲. Alan Hunt, "The Theory of Critical Legal Studies", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 6, No. 1, 1986, p. 1.

۳. Feminist Legal Theory

۴. Critical Race Theory

۵. «علوم اجتماعی تفسیری» (Interpretive social science) واکنشی به رویکرد مسلط اثباتی (پوزیتیویستی) در علوم اجتماعی است. این تلقی نوین از علوم اجتماعی با آموزه‌های اثبات‌گرایی قابل فهم و درک نیست. بر این اساس، بزرگ‌ترین وظیفه «علوم اجتماعی تفسیری»، کشف و بیان انگیزه‌های عامل در انجام عمل است و برخلاف رویکرد اثباتی، «مقوم کلیه اعمال اجتماعی» را در معنایی که فاعلان بدان‌ها می‌بخشند جستجو می‌کند. ن.ک: اصغر افتخاری؛ «علوم اجتماعی تفسیری؛ شناخت و نقد»، نامه صادق، شماره ۳۱، بهار و تابستان ۱۳۸۶.

۶. دنیس پترسون، همان.

۷. مراد از این گزاره، تأکید بر نقش سیاست قدرت در صورت‌بندی روابط حقوقی است. در واقع، «حقوق سیاست است» یکی از اساسی‌ترین نقدهایی است که بر بی‌طرفی و عینیت ادعایی حقوق وارد می‌شود. از آنجا که ادعاهای حقوقی در خلأ وجود ندارد و باید در سیاق خود تجزیه و تحلیل شود، معمولاً ادعاهای حقوقی باید از طریق مجموعه پیچیده‌ای از مفروضات اخلاقی، معرفت‌شناسی و تجربی بررسی شود. ن.ک:

Tushnet, Mark, "Critical Legal Studies: A Political History", *Yale Law Journal*, Vol. 100, 1991, p. 1515.

۸. Fiss, Owen M., "The Death of the Law?", *Faculty Scholarship Series*. 1209, 1986. p. 2. Available at: [https://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1209](https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1209).

به یک اعتبار، خصوصیت اندیشه انتقادی این است که می‌کوشد «از فورمالیسم حقوقی عبور کند تا بتواند «پدیدار حقوقی» را با واقعیت اجتماعی و به‌ویژه با ضدیت‌ها و مخالف‌خوانی‌های خاص آن واقعیت مرتبط کند»؛<sup>۹</sup> بدین معنا که این جنبش مفهوم قاعده حقوقی و گزینشی بودن آن مفهوم را به تناسب موضع‌گیری‌های دولت‌های ذی‌نفع و تفاسیر متعدد آن‌ها تشریح می‌کند.<sup>۱۰</sup> یکی از دلایل این است که جنبش انتقادی حقوق مرتباً هویت‌ها، پروژه‌ها و مجموعاً اندیشه‌های خود را به چالش می‌کشد.<sup>۱۱</sup> اما شاید بتوان مهم‌ترین خصیصه واحد جنبش حقوقی انتقادی را «آشکارکردن جنبه‌های اصولی دگرترین حقوقی دانست که تمایل به مشروعیت‌بخشیدن و حفظ سلسله‌مراتب اجتماعی مبتنی بر کلیشه‌های القا شده تاریخی و فرهنگی دارد».<sup>۱۲</sup> مهم‌ترین حوزه‌های نقد این جنبش، معطوف به انتقاداتی از نحله فکری لیبرالیسم، توجه به عدم انسجام مبنای اخلاقی لیبرالیسم، عدم تعیین استدلال حقوقی و عدم قطعیت قواعد حقوقی است. جنبش با تأکید بر تمایز میان عدالت و قانون، از چشم‌اندازی کلی، بر این فرض که قانون در نظام حقوقی لیبرال ضرورتاً مدافع عدالت است تردید ایجاد می‌کند. به همین ترتیب، اقتدار قانون برای مقاومت در برابر اراده نظام سیاسی از سوی جنبش، سخت مورد تردید قرار گرفته و نقش گروه‌ها و طبقات ذی‌نفع در فرایندهای قانونگذاری و اجرای آن اغلب توسط آن‌ها برجسته و نقد شده است.<sup>۱۳</sup>

به نظر می‌رسد نمی‌توان روش‌شناسی روشن و مشخصی را برای این جنبش در نظر گرفت و این مسئله سبب می‌شود که این رویکرد، ماهیتی ضد نظم یا به تعبیری اندیشه‌ای «ضد حقوقی» داشته باشد.<sup>۱۴</sup> با این حال، در نگاه کلی می‌توان تبار چنین اندیشه‌ای را از جهات متعددی دنبال کرد: رئالیسم حقوقی امریکایی و برخی مفاهیم آن از طریق جنبش مذکور گسترش یافت و تقویت شد؛ به علاوه فلسفه انتقادی اروپایی و مخصوصاً نظریه پسا ساختارگرایی فرانسیسی و نظریه انتقادی مکتب فرانکفورت، مارکسیسم، مطالعات پسا استعماری، تاریخ خرد و تاریخ مرتبط با دولت‌هایی که سابقاً تحت استعمار بودند.

۹. فلسفی، هدایت‌الله؛ سیر عقل در منظومه حقوق بین‌الملل؛ اصول اساسی روش‌شناسی حقوق بین‌الملل، فرهنگ نشر نو، ۱۳۹۶، ص ۲۹۲.

۱۰. پیشین، ص ۲۹۴.

11. Schlag, Pierre, "Critical Legal Studies", *The Oxford International Encyclopedia of Legal History*, Vol. 295, Issue 10, p. 296.

12. Cross, Emily J., "Critical Legal Studies: Challenging Traditional Legal Thought", Available at: <http://nchchonors.org/wp-content/uploads/2012/04/Cross-Emily-University-of-Montana-Paper.pdf>

۱۳. جعفری، مجتبی؛ جامعه‌شناسی حقوق کیفری؛ رویکرد انتقادی به حقوق کیفری، میزان، ۱۳۹۲، ص ۱۳.

14. Fichtelberg, Aaron, *Law at the Vanishing Point; A Philosophical Analysis of International Law*, Ashgate Publishing Company, 2008, p. 19.

پژوهش حاضر با این مقدمه قصد دارد در ادامه، مهم‌ترین وجوه نقد «جریان جدید» از حقوق بین‌الملل موجود را بررسی کند. از این‌رو در مطالب آتی، پس از تبیین جایگاه «جریان جدید» در «جنبش مطالعات انتقادی حقوق»، در چارچوب سه ساحت کلی و در عین حال جامع، اساس نقدهای وارد شده به جریان اصلی از منظر چارچوب فکری مکتب انتقادی حقوق بین‌الملل بیان می‌شود. برای این منظور در قالب سه نقد اصلی یعنی نقد روش‌شناختی، نقد مفهومی و نقد روایت‌های تاریخی، دورنمایی از اندیشه‌های انتقادی «جریان جدید» ارائه خواهد شد. بدین ترتیب، نقد اول به بحث روش‌شناسی یا به تعبیری، روش‌های استدلال «جریان جدید» اختصاص یافته و پیرامون ساختار استدلال و تضاد موجود در استدلال‌های حقوقی توضیح داده خواهد شد. نقد دوم، راجع به مفهوم مسئله زبان و سازنده‌بودن آن برای قواعد حقوقی است. نقد سوم به تاریخ‌نگاری جریان جدید اختصاص یافته و روایت خطی و مرسوم از حقوق بین‌الملل را به چالش کشیده و تاریخ‌نگاری سه تن از اندیشمندان مهم «جریان جدید» درباره حقوق بین‌الملل را بررسی می‌کند.

### ۱. «جریان جدید»؛ شاخه‌ای از «مطالعات انتقادی حقوق» در حقوق بین‌الملل

برای مدت‌های مدیدی محققان کلاسیک حقوق بین‌الملل از نظر رویکرد به دو دسته تقسیم می‌شدند: رویکرد حقوق طبیعی و حقوق موضوعه. حقوق طبیعی سرچشمه حقوق را نه اراده حاکمیت و نه رضایت مردم، بلکه آن را ناشی از طبیعت یا اراده الهی می‌دانست. در مقابل، قائلان به رویکرد حقوق موضوعه، مبنای حقوق را اراده دولت‌ها می‌دانستند.

پس از جنگ جهانی دوم، به تعبیر نایجل پرویس،<sup>۱۵</sup> اندیشمندان حقوق بین‌الملل به این اعتقاد رسیدند که نیاز به نظریه‌پردازی به پایان رسیده و مشکلات نظری حقوق بین‌الملل چندان مهم به نظر نمی‌رسد.<sup>۱۶</sup> این دسته از اندیشمندان، پایه‌گذار مکتب فلسفی «عمل‌گرایی مدرن»<sup>۱۷</sup> بودند. آن‌ها معتقد به اهمیت نهادها و پیشرفت و توسعه‌های کارکردی بودند. پس از چندی ثابت شد که عمل‌گرایی غیرنظری، یعنی کاربرد حقوق وضعی بدون توجه به سؤالات کلی‌تر فلسفی و نظری امکان‌پذیر نیست.<sup>۱۸</sup> در نتیجه با آشکارشدن عدم تعیین سابقه‌دار دو نگرش حقوق طبیعی و حقوق موضوعه، عمل‌گرایان ناچار شدند مجدداً وارد مباحث نظری شوند. تلاش‌های عمل‌گرایان

15. Nigel Purvis

16. Purvis, Nigel, "Critical Legal studies in Public International Law", *Harvard International Law Journal*, Vol. 32, No. 1, 1991, p. 83.

17. Modern Pragmatism

18. *Ibid.*, p. 84.

پس از جنگ، منجر به ایجاد اعتدال در این اندیشه و ظهور «عمل‌گرایی مفهومی»<sup>۱۹</sup> شد.<sup>۲۰</sup> عمل‌گرایان مفهومی بنا داشتند با استفاده از تحلیل دکترینی، میان پوزیتیویسم و حقوق طبیعی وساطت کنند. آن‌ها تشخیص دادند که هر مکتب حقوقی نیازمند درجه‌ای از انتزاع است. از همین رو کوشیدند تا انتزاع را به کارکردگرایی تبدیل کنند.<sup>۲۱</sup> همین تلاش آن‌ها منجر به ظهور رویکردهایی مدرن در حقوق بین‌الملل شد که هریک در تلاش بودند تا با نگاه منحصر خود میان دکترین و عمل حقوقی ارتباط برقرار کنند. از جمله مهم‌ترین این رویکردها عبارت‌اند از: رویکرد قاعده‌محور شوارزنبورگر،<sup>۲۲</sup> رویکرد شک‌باوری مورگنتاو،<sup>۲۳</sup> رویکرد سیاست‌محور مک‌دوگال و لاسول<sup>۲۴</sup> و ایدئالیسم آوارز.<sup>۲۵</sup>

اواخر دهه ۸۰ میلادی جنبش مطالعات انتقادی حقوق، مطالعات خود را به حوزه حقوق بین‌الملل تسری داد و مطالعات انتقادی نسبت به نظم حقوقی بین‌المللی و ارتباط آن با سیاست بین‌الملل را بررسی کرد.<sup>۲۷</sup> آنچه تحت عنوان «جریان جدید» در حقوق بین‌الملل شناسایی شده، در واقع بخشی از جنبش بزرگ‌تر «مطالعات انتقادی حقوق» است. «جریان جدید» در حقیقت از

#### 19. Conceptual Pragmatism

20. Kennedy, David W., "A New Stream of International Law Scholarship", *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 7, No. 1., Fall 1988, pp. 4-5.

21. *Ibid.*, pp. 84-85.

۲۲. Rule-approach: Georg Schwarzenberger (1908-1991): نظریه‌پردازان این رویکرد، حقوق بین‌الملل را از منظر دکترین منابع بررسی می‌کنند، برای اعتبار صوری قواعد و نیروی الزام‌آوری آن اهمیت بسیار قائل‌اند و در نتیجه با تأکید بر مسئله انتزاعی قانونی یا غیرقانونی بودن قواعد، تفسیری بسیار مضیق از حقوق دارند.

۲۳. Scepticism: Hans Morgenthau (1904-1980): در این رویکرد، رفتار دولت‌های خودمحور و منفعت‌طلب در مرکز حیات بین‌المللی قرار گرفته است و با استفاده از الگوی توصیفی، چگونگی رفتار واقعی ملت‌ها ارائه می‌شود. این رویکرد از یک‌سو همچون رویکرد قاعده‌محور، دامنه اعمال قواعد حقوقی را محدود می‌داند و از سوی دیگر، به الزام‌آوری یکپارچه و مطلق قواعد حقوق بین‌الملل باوری ندارد.

۲۴. Policy-approach: Myres S. McDougal (1906-1998); Harold Lasswell (1902-1978): در این رویکرد، ارزش‌های جهانی مبنای جایگزینی برای اقتدار است. نظریه‌پردازان این رویکرد میان اقتدار صوری و کنترل مؤثر قواعد، قائل به تمایز می‌شوند. به تعبیری این دیدگاه قائل به گستردگی دامنه حقوق بین‌الملل و در عین حال، کاهش قدرت الزام‌آوری آن است.

۲۵. Idealism: José E. Alvarez (1955): ایدئالیست‌ها حقوق بین‌الملل را از منظر نیازهای مشترک بشری و ارزش‌های جمعی بررسی می‌کنند. ایشان حیات حقوق را در حوزه‌های جدید حقوق اقتصادی و حقوق بشر، حقوق منابع طبیعی و حقوق محیط‌زیست جستجو می‌کنند. در واقع این نظریه‌پردازان از یک‌سو حقوق را بازتابی از جامعه می‌دانند و از سوی دیگر، منتقد ساختارهای سلطه موجود در حقوق بین‌الملل هستند.

26. Koskeniemi, Martti, *From Apology to Utopia; The Structure of International Legal Argument*, Cambridge University Press, 2005, pp. 189; 197; 201; 209.

27. Bianchi, Andrea, "Critical Legal Studies and the New Stream". In (ed.), *International Law Theories: An Inquiry into Different Ways of Thinking*, Oxford University Press, 2016, p. 142.

پس خصومت و ضدیت با عمل‌گرایی مفهومی ظهور کرد. این جریان، از «ترس» عمل‌گرایان انتقاد و تلاش کرد تا «نظم حقوق بین‌الملل را از ایستایی و رکود نجات دهد و به این حوزه به‌عنوان عرصه پژوهش فکری معنی‌دار، روحی تازه ببخشد».<sup>۲۸</sup> در واقع می‌توان تصویری را که این جنبش از خود دارد این‌گونه بیان کرد:

«ریشه‌های این جنبش، بر حس عمیق نارضایتی از وضعیت موجود اندیشه حقوقی تکیه دارد. ممکن است حامیان مطالعات انتقادی حقوق به یک میزان این نارضایتی را ابراز نکنند، اما همه متفقاً علیه ویژگی‌های غالب در اندیشه حقوقی، علیه محافظه‌کاری دانشکده‌های حقوق و نقش حقوق و نهادهای حقوقی در جامعه مدرن، واکنش نشان می‌دهند».<sup>۲۹</sup>

با وجود تنوع و تکثر روش‌شناختی، «جریان جدید» با طرح بینش‌های رادیکال مدرنیسم نسبت به علم حقوق، در صدد آشکارکردن نواقص ساختاری حقوق بین‌الملل است.<sup>۳۰</sup> به تعبیری، دیدگاه «جریان اصلی»، حقوق بین‌الملل را واجد نظریه‌ای جامع می‌داند که دارای انسجام و قطعیت ماهوی و ساختاری است اما دیدگاه «جریان جدید» در مقابل، حقوق بین‌الملل را نه تنها فاقد انسجام و قطعیت، بلکه حقوق بین‌الملل موجود را فاقد توانایی برقرارکردن شرایط ایده‌آل حقوق نیز تلقی می‌داند. در ادامه، اثبات این مدعای «جریان جدید» در چارچوب نقدهای این جنبش بررسی خواهد شد.

## ۲. انتقاد «جریان جدید» از جریان اصلی حقوق بین‌الملل

مراد از کاربرد اصطلاح «جریان اصلی» در پژوهش حاضر، اندیشه غالب در گستره حقوق بین‌الملل است. به عبارت دیگر، اندیشمندان «جریان جدید» با بررسی ریشه‌های فلسفی، دکترینی و تاریخی هنجارها و نهادهای حقوقی بین‌المللی موجود، سعی در ارائه نقدی همه‌جانبه به اندیشه غالب و ساختارهای تثبیت‌شده حقوق بین‌الملل دارند. در ادامه، در چند سطح، انتقادات مکتب «جریان جدید» در حقوق بین‌الملل به مفروضات «جریان اصلی» بیان می‌شود. عمده نقدهای «جریان جدید» بر ساختار حقوق بین‌الملل را می‌توان در سه نقد روش‌شناختی، مفهومی و تاریخی دسته‌بندی کرد تا درک بهتری از عقاید این اندیشمندان به دست آید.

28. Hunt, Alan, "The Critique of Law: What is "Critical" about Critical Legal Theory?" in Fitzpatrick, Peter and Alan Hunt (eds.), *Critical Legal Studies*, Basil Blackwell, 1987, p. 5.

29. *Ibid.*

30. Purvis, Nigel, *op. cit.*, p. 89.

## ۲-۱. نقد روش شناختی

محققان جریان اصلی حقوق بین‌الملل معمولاً محدوده استانداردی را برای ابزارهای روش‌شناختی خود ترسیم می‌کنند؛ بدین ترتیب که آن‌ها پس از شناسایی یک مسئله حقوقی، آن را با استفاده از رده‌بندی مشترک و تاریخ مشترک طبقه‌بندی می‌کنند، منابع متنی، قضایی و عرفی آن را به بحث می‌گذارند، قصد تدوین‌کنندگان یا بازیگران دولتی، و هنجارهای مرتبط را شناسایی، و سیاق یا واقعیات سیاسی را که در محدود کردن تفسیرشان نقش دارد بررسی می‌کنند.<sup>۳۱</sup> این مباحث معمولاً منجر به طرح دو یا سه پیشنهاد می‌شود و محقق محتاطانه از میان آن‌ها، پیشنهاد میانه یا معتدل را استخراج می‌کند.

به‌زعم «جریان جدید»، چنین تحلیلی زائد است چرا که همان مسائل قدیمی مجدداً طرح و نهایتاً منجر به رکود و ایستایی فکری می‌شود. از منظر حقوق‌دانان «جریان جدید»، گفتمان حقوق بین‌الملل متشکل از مجموعه‌ای از دوگانه‌های متضاد است که ساختار استدلال را در متون حقوقی شکل می‌دهند. استدلال‌هایی که در چنین ساختار دوگانه‌ای خلق می‌شوند، یا مدافع حاکمیت و رضایت دولت هستند یا طرفدار نظم جهانی و نظریه‌های اخلاقی عام‌الشمول. مبنای این دوگانگی در استدلال از یک سو تضاد بنیادین در نظریه لیبرال حقوق بین‌الملل، و از سوی دیگر، ساختار استدلال در گفتمان حقوق بین‌الملل است که منجر به شکل‌گیری «بازی زبانی»<sup>۳۲</sup> میان استدلال و استدلال متقابل می‌شود. بدین ترتیب است که محققان «جریان جدید»، حقوق بین‌الملل را در حد «نظریه» تقلیل می‌دهند و دکترین‌های حقوق بین‌الملل را ناتوان از ترسیم حقوق بین‌الملل ایده‌آل دانسته و قواعد حقوقی را اسیر چرخه بی‌پایان استدلال‌سازی‌های متضاد و تکراری می‌دانند. از همین رو کاسکنیمی معتقد است «حقوق بین‌الملل، تضادها و ابهامات نظریه سیاسی لیبرال را بازتولید می‌کند».<sup>۳۳</sup>

## الف. مسئله دوگانه‌های رقیب

راهبرد «جریان جدید» این است که درون پژوهش حقوق بین‌الملل، استدلال‌سازی‌های متعارض را جای می‌دهد، یعنی دوگانه‌های رقیب را به منظور نشان دادن ماهیت نامتعین و غیرقطعی حقوق، وارد استدلال می‌کند. مارتی کاسکنیمی، بهترین توصیف را از این تکنیک کرده است، بدین صورت که مسائل حقوقی بین‌المللی در چارچوب استعاری بیان می‌شود که بر اساس آن

31. Cass, Deborah Z., "Navigating the Newstream: Recent Critical Scholarship International Law", *Nordic Journal of International Law*, 1996, Vol. 65, p. 362.

32. Koskeniemi, Martti, *The Politics of International Law*, Hart Publishing Ltd., 2011, p. 9.

33. Koskeniemi, Martti, 2005, *op.cit.*, p. xiii.

استدلال‌های حقوقی میان «توجیه رفتار، اراده و منافع دولت‌ها» به‌عنوان «استدلال تدافعی»<sup>۳۴</sup> و حمایت از قاعده‌مندی حقوق بین‌الملل به‌عنوان «استدلال آرمان‌گرایانه»<sup>۳۵</sup> در حرکت است.<sup>۳۶</sup> بنابراین نمونه‌های حرکت تدافعی، یا همان «استدلال صعودی»<sup>۳۷</sup> به تعبیر کاسکنیمی، استدلال‌هایی هستند که بر خودمختاری دولت، نقش رضایت در خلق قاعده و عینیت در تفسیر حقوقی تأکید دارند. در مقابل، آرمان‌گرایی یا «استدلال نزولی»<sup>۳۸</sup> بر عدالت، هنجارمندی قواعد و اصول اجتماع بین‌المللی تأکید می‌کند. کاسکنیمی با تقلیل استدلال حقوقی به این ساختار ساده‌شده، به نحو قانع‌کننده‌ای نواقص این ادعای جریان اصلی را که حقوق بر مبنای انتخاب عینی، عقلانی یا ارزش‌مدارانه بنا شده اثبات می‌کند.<sup>۳۹</sup> به عبارت دیگر «در عمل، حقوق بین‌الملل به دنبال حل تعارض و دوگانگی میان «اراده حاکمیت» و «نظم جهانی» است».<sup>۴۰</sup>

کاسکنیمی در کتاب «از مدافعه تا آرمانشهر» با ذکر مثال‌های فراوان، دوگانه‌های رقیب را بررسی کرده است. در این ارتباط می‌توان به‌عنوان نمونه به ماهیت «قواعد آمره» در حقوق بین‌الملل اشاره کرد. طبق ماده ۵۳ کنوانسیون وین ۱۹۶۹، «قاعده آمره»، غیرقابل تخطی است و جامعه بین‌المللی در کل آن را پذیرفته و شناسایی کرده است. بر اساس این ماده، «قاعده آمره» غیرقابل تخطی است؛ از این رو به‌نظر می‌رسد که بر استدلالی نزولی و غیررضایی متکی است و دولت‌ها را بدون رضایت ملزم می‌کند. اما قاعده‌ای که فارغ از رضایت دولت‌ها آن‌ها را ملزم کند، وارد دامنه «اخلاق طبیعی» می‌شود. به‌علاوه این ماده به شناسایی توسط «جامعه بین‌المللی در کل» اشاره دارد. در این مفهوم، قاعده آمره به استدلال صعودی و رضایت‌محوری نزدیک می‌شود؛ یعنی رضایت ذهنی همه دولت‌ها لازم است نه نمایندگان بخشی از آن‌ها، چرا که اتخاذ هر نظری غیر از این، منجر به نقض برابری حاکمیت‌ها می‌شود. نهایتاً به نظر می‌رسد در ماده ۵۳ در مورد قاعده آمره، دست به مصالحه زده‌اند؛ به این معنا که هم از استدلال صعودی و هم نزولی در تنظیم این قاعده استفاده شده است. به عبارت دیگر، قاعده آمره، فارغ از رضایت دولت‌ها را ملزم می‌کند اما از طریق رضایت دولت‌ها احراز می‌شود. به عقیده کاسکنیمی چنین

34. Apologist

35. Utopian

36. Koskeniemi, Martti, 2011, *op.cit.*, p. 45.

37. Ascending argument

38. Descending argument

39. *Ibid.*, p. 17.

۴۰. پرویس، نایجل؛ «نظریه جنبش انتقادی حقوقی در حقوق بین‌الملل»، در: مکاتب فلسفی در حقوق بین‌الملل، ترجمه و تحقیق زیر نظر محمود باقری، ۱۳۸۸، میزان، ص ۳۲۱.



نتیجه‌ای ممکن نیست و این ماده می‌بایست میان «رضایت‌محوری» و «عدم رضایت» در قبال قاعده آمره، یکی را برگزیند. پس در صورت انتخاب هریک از این دو بدیل، نتیجه چنین می‌شود: الف) اگر رضایت لازم است، تفاوت و تمایز میان قاعده آمره و قواعد عادی عرفی و معاهده‌ای نه موضوعیت دارد و نه توجیهی. ب) اگر رضایت لازم نیست، قاعده آمره یا به‌عنوان شکلی از قانونگذاری اکثریت پذیرفته شده است یا به‌عنوان نوعی از اخلاق طبیعی. مورد اول غیرقابل پذیرش است، چرا که برابری حاکمیت دولت‌ها را نقض می‌کند، مورد دوم نیز در سیستمی مبتنی بر ذهنی‌بودن ارزش‌ها، به سمت آرمان‌شهرگرایی غیرقابل اثبات حرکت می‌کند.<sup>۴۱</sup> در اینجا روشن است که سیر استدلال‌ها پیرامون توجیه و تحلیل قاعده آمره، می‌تواند به سمت بی‌نهایت میل کند. از دلایل این امر نیز می‌توان به عدم تعیین نظام حقوقی، تضاد استدلال‌های حقوقی و نیز عدم انسجام مبانی نظری لیبرالی حقوق بین‌الملل اشاره کرد.

در پایان این مبحث باید خاطرنشان کرد که به عقیده کاسکنیمی، این قطب‌های متضاد در آن واحد، هم درست و هم نادرست هستند. این‌ها صرفاً یک خطابه تهی نیستند بلکه هم درون حقوق بین‌الملل دارای قطعیت و هم برای آن سازنده هستند. با این حال، از آنجا که این نظریه‌ها و استدلال‌ها، این قواعد و اصول، نامتعیین هستند، نمی‌توان راه‌حل این عدم تعیین را در حقوق به‌تنهایی جست، بلکه ضروری است که نه‌تنها به سمت حوزه سیاست، بلکه به سمت حوزه‌های تاریخ، جامعه و فرهنگ حرکت کرد.<sup>۴۲</sup>

### ب. عدم تعیین ساختاری<sup>۴۳</sup>

با بررسی ادبیات حقوقی معلوم می‌شود که وکلای مجرب معمولاً از هنجارهای واحد، برداشت‌های متعارضی می‌کنند یا در متن یا رفتاری واحد، هنجارهای متعارضی می‌یابند. در واقع به عقیده طرفداران «جریان جدید»، نظریه‌پردازی قطعی و معین در حقوق بین‌الملل ممکن نیست. این خود نشان از این دارد که کالبد حقوق بین‌الملل، درون ساختار استدلال حقوقی بین‌المللی شکل گرفته است. کاسکنیمی این وضعیت را محصول عدم تعیین حقوق می‌داند.<sup>۴۴</sup> بسیار دیده می‌شود که به‌عنوان نمونه در وضعیت «الف»، هنجار «ب» اعمال می‌شود، هرچند هنجار «ب ۱» در پرونده مشابه قبلی اعمال شده است.<sup>۴۵</sup> در نتیجه، مثلاً «ملاحظات

41. Koskeniemi, 2005, *op.cit.*, pp. 322-325.

42. Koskeniemi, 2011, *op.cit.*, p. 17.

43. Structural Indeterminacy

44. پرویس؛ همان، ص ۳۲۴.

45. Koskeniemi, 2005, *op.cit.*, p. 60.

بشردوستانه» در قضایای کانال کورفو (۱۹۴۹)<sup>۴۶</sup> و اقدامات نظامی و شبه‌نظامی امریکا (۱۹۸۶)<sup>۴۷</sup> قابل اعمال است، اما در قضیه آفریقای جنوب غربی (۱۹۶۶)<sup>۴۸</sup> چنین نیست. یا مثلاً «عوامل اقتصادی» در قضایای شیلات انگلیس و نروژ (۱۹۵۱)<sup>۴۹</sup> و صلاحیت ماهیگیری (۱۹۷۴)<sup>۵۰</sup> شناسایی شد اما در قضیه فلات قاره تونس و لیبی (۱۹۸۲)<sup>۵۱</sup> و خلیج مین (۱۹۸۴)<sup>۵۲</sup> خیر.

هرچند بسیاری از کشورها از واژگان حقوقی موجود استفاده می‌کنند، معنایی که به این واژگان می‌دهند به فراخور فرهنگ‌هایشان متنوع، متفاوت و متکثر است. در مقابل، کاسکنیمی چنین تصویری ندارد که مردم متفاوت، گرایش به امعان معنای متفاوت به چیزها دارند، حتی اگر از زبان واحدی استفاده کنند. وی معتقد است که حتی اگر عدم تعین معنایی<sup>۵۳</sup> (به تعبیری ابهام در معنای واژگان حقوقی) یا ارزش‌گذارانه محو شود، سیستم حقوقی بین‌المللی به‌عنوان یک کل واحد، کماکان به لحاظ ساختاری نامتعین می‌ماند، چرا که عدم تعین، یک ویژگی ساختاری در خود زبان حقوقی بین‌المللی است.<sup>۵۴</sup> این عدم تعین وجود دارد، چرا که قواعد حقوقی ناشی از ساختارهای فکری متفاوتی است که از اساس با یکدیگر در تضادند.<sup>۵۵</sup> حتی می‌توان گفت هنجارها و قواعد حقوقی می‌توانند کاملاً «روشن و بدون ابهام» باشند، اما «ساختار گفتمان حقوق بین‌الملل»، قواعد و هنجارها را از طریق وابستگی متقابل آن‌ها به یکدیگر تعریف می‌کند. به عبارت بهتر، هیچ واژه یا قاعده‌ای به‌تنهایی تعریف نمی‌شود، بلکه در ارتباط با سایر قواعد و واژگان می‌توان محدوده آن‌ها را مشخص کرد. به‌عنوان مثال، پس از دهه‌ها قلم‌فرسایی درباره موضوع «اقدامات تلافی‌جویانه» و صدور قطعنامه‌ها و تدوین قواعد آن، هنوز این اختلاف‌نظر وجود دارد که آیا این اقدامات، «خلاف اصول و اهداف ملل متحد» است و عملی متخلفانه، یا «معادل کارکردی» دفاع مشروع مندرج در ماده ۵۱ منشور است و امری مجاز؟ یا به تعبیر ساده‌تر، «تجاوز» از منظر یکی، «دفاع مشروع» از منظر دیگری است. قرارگیری مواضع متضاد در کنار یکدیگر از یک‌سو، به دلیل استفاده از دستور زبان واحد به شیوه‌های متفاوت است، و از سوی دیگر، به دلیل بافت باز و

46. Corfu Channel, (*United Kingdom v Albania*), Merits, Judgment, ICJ Rep 4,(194), para. 2.

47. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (*Nicaragua v. United States of America*). Merits, Judgment, ICJ Rep 14, 1986, paras. 215 & 218.

48. South West Africa, (*Ethiopia v South Africa*), Second Phase, ICJ Rep 6, 1966.

49. Anglo-Norwegian Fisheries, (*United Kingdom v Norway*), Merits, Judgment, ICJ Rep 116, 1951, p. 21.

50. Fisheries Jurisdiction, (*Germany v Iceland*), Merits, (Judgment of 25 July 1974), ICJ Rep 313, paras. 59, 60, 66.

51. Continental Shelf, *Tunisia v Libyan Arab Jamahiriya*, Merits, (Judgment of 24 February 1982), ICJ Rep 18.

52. Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, (*Canada v United States*), Merits, (Judgment of 12 October 1984), ICJ Rep 246.

53. Semantic indeterminacy

54. Koskeniemi, 2005, *op.cit.*, p. 62.

55. Gordon, Robert W., "Critical Legal Histories", *Stanford Law Review*, Vol. 57, 1984, p. 114.

سیال زبان حقوق بین‌الملل.<sup>۵۶</sup>

با این وصف به نظر می‌رسد چیزی در ساختار خود استدلال است که به هر دو طرف اجازه طرح ادعاهای منطقی و قابل قبول مبتنی بر مفاهیم مشروعیت اساسی حقوق بین‌الملل را می‌دهد. آن چیزی که در خود فرایند استدلال حقوقی است، همان عدم تعینی است که کاسکنیمی نتیجه می‌گیرد. پس بیرون از رابطه میان استدلال و سیاق، هیچ روش خارجی یا هیچ نظریه‌ای وجود ندارد که بتواند صحت یک استدلال را ثابت کند.<sup>۵۷</sup> در این معنا، چه در تفکر حقوق طبیعی و چه در تفکر پوزیتیویستی، هیچ معیار عینی از عدالت وجود ندارد که جامعه بین‌المللی معاصر بر سر آن اجماع داشته باشد، و نیز در عالم واقع (یعنی جدای از افراط در مباحث نظری)، این جامعه در قبال وجود حقوق مبتنی بر رضایت، اقناع نشده است.<sup>۵۸</sup>

از منظر نظریه‌پردازان ساختارگرا، استدلال‌های حقوقی بین‌المللی در طی قرون گذشته در تضاد با یکدیگر قرار داشته‌اند. برای مثال، نظریات حقوقی بین‌المللی، درون یکی از دوگانه‌های متضاد ذیل قرار گرفته است: نزولی/اصودی، هنجاری/واقعی، آرمانگرایی/تدافعی، عینی/ذهنی، اشتراکی/خودمختاری، طبیعی/موضوعه. در سراسر تاریخ حقوق بین‌الملل، معتقدان به هر یک از این تفکرات، برای توجیه حقوق بین‌الملل به این استدلال‌ها متوسل شده‌اند.<sup>۵۹</sup> بازتولید این تضادها در نهایت باعث می‌شود که حقوق بین‌الملل رفتار حرکتی بی‌پایان از عینیت به سمت هنجارمندی و برعکس باشد، بی‌آنکه بتواند در یکی از این مواضع به صورت دائمی استقرار یابد.<sup>۶۰</sup>

## ۲-۲. نقد مفهومی؛ مسئله زبان

یکی از وجوه بازتعریف مفهومی «جریان جدید» از حقوق بین‌الملل، تمرکز بر زبان به عنوان ابزار سازنده حقوق است. درحالی که ادبیات «جریان اصلی» در ارتباط با قانون‌سازی، بر نقش عرف به صورت مجموعه‌ای از رویه‌ها، اعتقادات و ارزش‌های دولتی تمرکز می‌کند، نویسندگان «جریان جدید» با وام‌گرفتن از ایده‌های نظریه‌پسا-ساختارگرایی فرانسوی استدلال می‌کنند که حقوق محصول زبان است، زبانی که بیش از آنکه به توصیف قواعد حقوقی بپردازد، قواعد حقوقی را خلق می‌کند. پسا-ساختارگرایان فرانسوی نظیر ژاک دریدا،<sup>۶۱</sup> ژاک لکان،<sup>۶۲</sup> ژیل دلوز،<sup>۶۳</sup> میشل

56. Beckett, Jason A., "Rebel Without a Cause? Martti Koskeniemi and the Critical Legal Project", *German Law Journal*, Vol. 7, Issue 12, 2006, p. 1051.

57. نیم‌نگاهی به روش‌شناسی حقوق بین‌الملل، ترجمه: علیرضا ابراهیم‌گل، خرسندی، ۱۳۹۳، ص ۱۲۷.

58. Carty, Anthony, "Critical International Law: Recent Trends in the Theory of International Law", 1991, pp. 1,6. Available at: <http://ejil.oxfordjournals.org/content/2/1/66.full.pdf>

59. پرویس؛ همان، صص ۳۲۲-۳۲۱.

60. *Ibid.*, p. 46.

61. Jacques Derrida

فوکو<sup>۶۴</sup> و رولان بارت<sup>۶۵</sup> معتقدند در خوانش شالوده‌شکن<sup>۶۶</sup> نشان داده می‌شود که متن مورد نظر، منطق‌های متضادی را پنهان می‌کند یعنی در یک اثر یک پادمنطق (یا ضدمنطق) وجود دارد که به وسیله آن تمایزها می‌تواند برای تخریب یا ایجاد خوانشی به کار گرفته شود که به گونه‌ای چشمگیر با قصد آشکار مؤلف در تضاد است.<sup>۶۷</sup>

در صورتی که پذیرفته شود حقوق مجموعه‌ای از استدلال‌هایی است که از طریق زبان ایجاد شده، بحث از حقوق، بحث راجع به استدلال‌هایی است که مفاهیم خود را خلق کرده است، نه راجع به رفتار واقعی دولت‌ها، رضایت آن‌ها یا اعتقادات ایشان. در این معنا حقوق مانند زبان نیست، بلکه خود یک زبان است با دستور زبان<sup>۶۸</sup> خاص خود. در واقع دستور زبان سازنده حقوق بین‌الملل، صرفاً چگونگی ساخت استدلال‌های حقوقی را محدود می‌کند و با اینکه کدام استدلال می‌بایست ساخته شود کاری ندارد. لذا حقوق‌دانان «جریان جدید» به حقوق به‌عنوان نظامی از «مانورهای زبان‌ساختی»<sup>۶۹</sup> یا رویه استدلالی ارجاع می‌دهند، تا نظامی از قواعدی که به‌صورت پیشینی موجود بوده و متعاقباً به قالب زبان فروکاسته شده‌اند. در واقع این تضادهای زبان‌شناسانه که به‌صورت «دوگانه‌های رقیب» عمل می‌کند، ذاتی حقوق بین‌الملل است و این مجموعه از تضادهای آشتی‌ناپذیر در حقوق، فی‌نفسه ریشه در ساختار زبان دارد. ساختار زبان حقوق بین‌الملل

62. Jacques Lacan

63. Gilles Deleuze

64. Michel Foucault

65. Roland Barthes

۶۶. Deconstruction: یک راهبرد، تحلیل نقادانه است که با نام فیلسوف فرانسوی، ژاک دریدا (۱۹۳۰) گره خورده است. طبق تعریف فرهنگ انگلیسی آکسفورد (چاپ ۱۹۸۹) شالوده‌شکنی در معنای فلسفه و نظریه ادبی عبارت است از: «افشای فرض‌های متافیزیکی بی‌چون و چرا و تناقضات درونی زبان فلسفی و ادبی». رویل، نیکولاس؛ ژاک دریدا، ترجمه: پویا ایمانی، مرکز، ۱۳۸۸، صص ۵۵-۴۸. به عبارت دیگر، شالوده‌شکنی مدعی است که بنیان تفکر غرب بر تقابل‌های دوتایی مانند: زشت/زیبا، بد/خوب، غیاب/حضور، نیستی/هستی، طبیعت/فرهنگ، جسم/روح، ذهن/آماده و ... و ارجحیت‌دادن یکی بر دیگری استوار است. دریدا باور دارد هیچ‌یک از این دوگانگی‌ها قائم به ذات نیست. در این معنا، به‌واسطه بنیاد مجازی ادبیات، هر متنی دارای مجاز است و شالوده‌شکنی در صدد از کارانداختن این مجاز. از آنجا که هیچ چیز بیرون از متن (زمینه و زبان) وجود ندارد و در متن نیز هیچ هسته معنایی ثابتی نیست، امکان دستیابی به خوانش‌های قطعی و مطلقاً صحیح وجود ندارد. پس خوانش‌ها را پایانی نیست و تثبیت معنا در خوانش‌ها مهمل است. ن.ک: محمد حیاتی؛ «خوانش (بخش نخست)»، گلستانه، شماره ۹۴، آذر ۱۳۸۷، صص ۸۸-۹۱.

۶۷. کدخدایی، عباسعلی و امیرعباس امیرشکاری؛ «درآمدی بر تحلیل قهرایی مارتی کاسکنیمی در ارزیابی ساختاری حقوق بین‌الملل»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۵۴، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۴، ص ۳۶۵.

68. Grammar

69. Linguistic Maneuvers, see: Morgan, Edward M., "Internalization of Customary International Law: An Historical Perspective", *Yale Journal of International Law*, Vol. 12, Issue 1, 1987, p. 65. Available at: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yjil/vol12/iss1/3>.

نیز به دلیل عدم تعیین ذاتی می‌تواند به طرق مختلف به کار گرفته شود و مواضع متفاوت را در یک مجموعه گرد هم آورد.

محققان «جریان جدید»، تصویر حقوق را به‌عنوان مجموعه‌ای از دوگانه‌های آشتی‌ناپذیر زبانی ترسیم می‌کنند که دربرگیرنده رویه اجتماعی قدرتمند با اثراتی کاملاً واقعی است. برای مثال، آنتونی آنگی استدلال می‌کند که زبان حاکمیت دولت، در جریان مستثناکردن ملت‌های تحت استعمار از مزایای حاکمیت، توسعه یافته است. گروه‌های تحت استعمار، هرچند واجد بسیاری از پیش‌شرط‌های حاکمیت همچون هویت جمعی، سرزمین، سازمان سیاسی و مراجع مقتدر تصمیم‌گیری بودند، واجد «حاکمیت» در مفهوم حقوق بین‌المللی آن نبودند زیرا بر اساس تعریف این اصطلاح که جوامع غیراروپایی را از تعریف حاکمیت مستثنا می‌کرد، جوامعی «غیرمتمدن» فرض می‌شدند. در عوض غیراروپاییان از «شخصیت حقوقی» برخوردار بودند که صرفاً آن‌ها را قادر به انتقال زمین به اروپاییان و تجارت با آن‌ها می‌کرد و نه بیشتر. وابستگی متقابل میان تعاریف حقوقی از حاکمیت و انقیاد ملت‌های تحت استعمار، شاهدی بر قدرت زبان در ایجاد آن شرایط است.<sup>۷۰</sup> به تعبیر دیگر، زبان استعمارگرایی و زبان حقوق بین‌الملل در یکدیگر تلفیق شدند تا اثر، معنا و کارکردشان مشخص شود، چرا که بدون زبان یکی، دیگری معنای کاملی نمی‌یافت.

توجه به زبان در نظام حقوقی امری جدید نیست اما تأکید و تمرکز بر آن محصول نظریه‌ورزی محققان «جریان جدید» است. هرچند ماهیت مشروط معنای مفاهیمی همچون «حاکمیت» در چارچوب کلی ابهام ذاتی زبان حقوقی قرار می‌گیرد، تفاوت دیدگاه «جریان جدید» در مورد زبان حقوقی با دیدگاه افرادی همچون مک دوگال در این است که محققان پیشین معتقد بودند که امکان استخراج معنای واقعی از طریق فراروی از معنای سطحی و یافتن تفسیری که با هدف سند مربوطه سازگار باشد وجود دارد.<sup>۷۱</sup> این هدف می‌تواند از طریق متون کمکی همچون کارهای مقدماتی سند (که خود محصول همین زبان مبهم است) یافت شود. اما «جریان جدید» معتقد است که حتی بررسی پیشینه سند یا دکترین نیز معنای واقعی حقوق را آشکار نمی‌کند زیرا زبان با تمام ابهامات هنجاری خود، هنوز ابزاری سازنده است و باید پذیرفت که هیچ‌گیزی هم از زبان نیست. بر اساس رویکرد «جریان جدید»، همیشه توجیهی زبانی برای دیدگاه خاص حقوقی وجود دارد که به‌عنوان مثال، یا بر نیاز به خودمختاری حاکمیت تأکید یا از وجود جامعه جهانی همبسته دفاع کند. همیشه برحسب شرایط معین، یک نظر ظاهراً قانع‌کننده‌تر از

70. Anghie, Antony, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge University Press, 2004, p. 6.

71. Rostow, E. V., McDougal, M. S., & Reisman, W. M., *Power and Policy in Quest of Law: Essays in Honor of Eugene Victor Rostow*, Dordrecht, M. Nijhoff Publishers, 1985, p. 145.

دیگری است اما هیچ‌یک نه از نظر ذاتی و نه از نظر عینی صحیح نیست.<sup>۷۲</sup>

### ۲-۳. بازاندیشی انتقادی در تاریخ حقوق بین‌الملل؛ تاریخ‌نگاری «جریان جدید» الف. نقد روایت خطی از تاریخ

یکی از دلایل بدبینی «جریان جدید» از تاریخ مورد ادعای جریان اصلی این است که در تاریخ‌نگاری جریان اصلی، وجود علامت‌گذاری و تفکیک روشن میان گذشته و حال، مفروض گرفته می‌شود. در این نگاه، گذشته، دورانی تحت سلطه ایدئولوژی‌های مذهبی، رازآلود و جهان‌شمول بود و در زمان حاضر، جامعه از طریق قانون، عقلانیت و فقدان ایدئولوژی تعریف می‌شود. در کتاب‌های درسی راجع به حقوق بین‌الملل نیز می‌توان تأکید بر چنین تفکیکی را دید، با این تعبیر که «ایدئولوژی‌های جهان‌شمول» دوران گذشته با «همزیستی» در دوران معاصر جایگزین شده است.<sup>۷۳</sup>

یکی از جنبه‌های انتقاد «جریان جدید» از جریان اصلی این است که تاریخ‌نگاری خطی جریان اصلی منجر به دفن نابرابری‌هایی می‌شود که بر مبنای برخی توسعه‌های نظری ایجاد شده است. به‌عنوان مثال، استدلال شده است که حاکمیت و دکترین‌های مرتبط با آن نظیر اکتساب سرزمین، تمامیت ارضی و حق تعیین سرنوشت، نه تنها نشأت گرفته بلکه منعکس‌کننده و تقویت‌کننده نابرابری‌های ناشی از استعمارگری است.<sup>۷۴</sup> آن‌گی با بررسی تاریخ استعمارگرایی و اثرات آن بر توسعه دکترین حاکمیت، چنین استدلال می‌کند که کلیت پروژه حاکمیت، پاسخی به استعمارگرایی بوده است.<sup>۷۵</sup>

حامیان «جریان جدید» می‌گویند برای حقوق بین‌الملل ضروری است که نظریه‌های مبنایی خود را از نو ارزیابی کند، چرا که این دکترین‌ها، روی نقاط منفی حقوق بین‌الملل که مغایر با ادعای بی‌طرفی و برابری اساسی آن است سرپوش می‌گذارد. بنابراین، سنت فکری «جریان جدید» بر این عقیده است که روایت تاریخی جریان اصلی بسیار خطی و بی‌ثبات است و منافع را در لافاه حقوقی پنهان می‌کند و لازم است رابطه میان تاریخ و حقوق بین‌الملل مجدداً بازتعریف شود.

72. Koskenniemi, 2005, *op.cit.*, p. 64.

73. Henkin, L., Pugh, R., Schachter, O., Smit, H., *International Law Cases and Materials*, 3<sup>rd</sup> ed., Glasgow, West Pub. Co. 1993, p. xxx.

74. Anghie, Antony, *op.cit.*, 2004, pp. 223-226.

75. *Ibid.*, p. 314.

**ب. بازتعریف رابطه مذهب با حقوق بین‌الملل؛ تاریخ‌نگاری دیوید کندی**

به عقیده دیوید کندی، «نظم حقوق بین‌الملل عمومی تصویر توسعه‌یافته‌ای از تاریخ آن است. در واقع عمده مباحث دکترینی و نظری، بحث در باب تاریخ است. بخش عمده این تاریخ در سه مرحله عمل می‌کند: عصر «پیشامدرن» کشمکش سیاسی (پیش از ۱۶۴۸)، دوره توسعه فلسفی و دکترینی «سنتی» (۱۶۴۸-۱۹۰۰) که با جایگزینی آرام پوزیتیویسم با حقوق طبیعی همراه است، و نهایتاً عصر مدرن پراگماتیسم نهادگرا تا جنگ جهانی اول».<sup>۷۶</sup> در واقع تاریخ حقوق بین‌الملل در نگاه کندی، تصویر یکپارچه‌ای از روابط میان حقوق و قدرت دولت است. «دوره اول عصر آشتنگی سیاسی است که در آن مجموعه‌ای از دکترین‌ها در آثار اندیشمندان اولیه نظیر گروسیوس، ویتوریا، جنتیلی یا سوارز بیان شد. دوره دوم، عصر فلسفه بود که با طبیعت‌گرایی ناپخته آغاز شد و در کشمکش میان طبیعت‌گرایی و پوزیتیویسم توسعه یافت و با پیروزی پوزیتیویسم به پایان رسید. دوره سوم نیز به‌عنوان عصر ازدیاد نهادها، دکترین‌ها و پراگماتیسم مطرح شد».<sup>۷۷</sup>

کندی در ادامه بیان می‌دارد: «در مرحله اولیه، میان عصر سیاست و عصر فلسفه، بر اهمیت تفکیک میان حاکمیت دولت و حقوق تأکید شد. یعنی حقوق به‌عنوان ایده ظهور کرد که مستقل از اراده حاکمیت و در واکنش به آن بود. در دوره میان ۱۶۴۸ تا ۱۹۰۰، در نوسان میان طبیعت‌گرایی و پوزیتیویسم، تفکیک بین اولویت و برتری اراده حاکمیت و حقوق هنجاری به‌عنوان مسئله فلسفی تأیید شد. دقیقاً همان‌گونه که سیاست تبدیل به رابطه میان حاکمیت‌ها شد، حقوق به‌عنوان رابطه میان ایده‌ها ظهور کرد؛ ایده‌هایی که نشأت گرفته از حاکمیت است و باید به آن واکنش نشان دهد. در آخرین مرحله، یعنی از فلسفه تا پراگماتیسم، این تفکیک از طریق جایگزینی مباحثه و کشمکش فلسفی با ساختار نهادی تصریح شد».<sup>۷۸</sup>

در حقیقت، تصویری که دیوید کندی از تاریخ حقوق بین‌الملل می‌دهد، منجر به بازاندیشی خاستگاه‌های حقوق و رابطه مستمر حقوق بین‌الملل و مذهب (به‌عنوان دکترین، روایت، تشریفات و آیین) می‌شود. به عقیده وی برای بررسی تکامل حقوق باید از مذهب آغاز کرد. باید ریشه‌های تکبر و در واقع تک‌صدایی حقوق را در پروژه حقوق شرع و توسعه مذهب کاتولیک دید. نباید ریشه‌های حقوق بین‌الملل را در بردباری یا آزادمنشی، بلکه در رویه‌ای منسجم از نابدباری اجتماعی دید. به همین دلیل حقوق ملل از طریق مستثناکردن یهودیان، همجنس‌گرایان و

76. Kennedy, David, *op. cit.*, p. 12.

77. *Ibid.*, p. 13.

78. *Ibid.*

مردان و از همه مهم‌تر با سرکوب شور معنوی و جایگزین کردن آن با بروکراسی عمل می‌کرد.<sup>۷۹</sup> کندی معتقد است تاریخ حقوق بین‌الملل، دوران کلاسیک را به‌عنوان دوره توسعه فلسفی خودبسنده نشان می‌دهد. تحقیق کندی در باب جایگاه مذهب در این روایت تاریخی، دو راهبرد را بسط و توسعه می‌دهد: نخست، راهبرد همسانی روایت، که مشابهت‌های ساختاری میان داستان‌های گفته‌شده از حقوق و مذهب را دنبال می‌کند. دوم، راهبرد بازیابی تاریخی، یعنی بازیابی مشارکت‌های مذهبی و حقوقی متقابل در ساخت دولت، حاکمیت و حقوق مربوط به آن. نتیجه، برهم‌زدن و مخدوش کردن تصویر فلسفه مرتد حقوق بین‌الملل و نشان دادن سازکارهای مربوط به حذف و استثنا بود که معنای مورد نظر از پیشرفت نظم حقوقی را صورت‌بندی می‌کند.

### ج. امپریالیسم، استعمار و ساخت حقوق بین‌الملل؛ تاریخ‌نگاری آنتونی آنگی

آنتونی آنگی معتقد است در سراسر گذارها و تضادهای موجود در حقوق بین‌الملل، امپریالیسم استوار و ثابت است. به اعتقاد وی، هم اندیشه مدرسی (اسکولاستیک) ویتوریا و هم بشرانگاری (اومانیزم) گروسیوس، هم شکل‌گرایی (فرمالیسم) قرن نوزدهمی و هم عمل‌گرایی (پراگماتیسم) اواخر قرن بیستم، با استفاده از ادبیاتی بسیار متفاوت، به امپریالیسم مشروعیت می‌بخشند.<sup>۸۰</sup> مکتب حقوق طبیعی، پوزیتیویسم و پراگماتیسم، مهم‌ترین مکاتب فکری تاریخ حقوق بین‌الملل هستند و تکامل حقوق بین‌الملل از مسیر حرکت از یکی به سمت دیگری رقم خورده است. اما آنگی استدلال می‌کند که این مکاتب فکری به بازتولید تفاوت‌ها و در واقع، «مأموریت تمدن‌ساز» انجامیده‌اند.<sup>۸۱</sup>

آنگی در واقع تاریخ جایگزینی را ترسیم می‌کند که نه بر وقایع رخ داده در اروپا، که بر مواجهه استعماری میان جوامع اروپایی و غیراروپایی تمرکز دارد. به عقیده وی، استعمارگرایی نقشی مرکزی در ساخت حقوق بین‌الملل و دکتترین حاکمیت داشت. وی برای اثبات این استدلال، بر خطابه «مأموریت تمدن‌ساز» تمرکز می‌کند که به عقیده وی، بخش جدایی‌ناپذیر پروژه امپریالیسم بوده است. فرض اولیه این مأموریت بر تفاوت اساسی (یا همان تفاوت فرهنگی) میان جوامع متمدن و غیرمتمدن استوار است. این تفکیک‌ها نقشی قاطع در روابط بین‌المللی معاصر ایفا کرده است: تفکیک و تفاوت میان توسعه‌یافته و درحال توسعه، پیشامدرن، مدرن و اکنون، متمدن و بربر. پس این «مأموریت تمدن‌ساز» این دوگانگی‌ها را حفظ می‌کند و برای هم‌آوردن این

79. *Ibid.*, pp. 24-25.

80. Anghie, Antony, *op.cit.*, 2004, p. 315.

81. *Ibid.*, p. 316.



شکاف، حقوق بین‌الملل را با ماهیتی پویا برای صورت‌بندی حاکمیت فراهم می‌آورد.<sup>۸۲</sup> فرض نخستین‌انگی این است که «ساختار حاکمیت» و «هویت حاکمیت» از طریق تاریخ آن و ریشه‌های آن در برخورد استعماری شکل گرفته است. اما دکتترین حاکمیت به طرز هوشمندانه‌ای چنین رابطه‌ی نزدیکی را (میان ایجاد حاکمیت و برخورد استعماری) پنهان می‌کند. در واقع، حقوق بین‌الملل نسبت به ساختارهای امپریالیستی خود حتی زمانی که به بازتولید آن‌ها ادامه می‌دهد بی‌توجه است و این نشان می‌دهد که چرا تاریخ سنتی حقوق بین‌الملل (با روایت تاریخی جریان اصلی از حقوق بین‌الملل) امپریالیسم را پدیداری مربوط به گذشته تلقی می‌کند. این تاریخ استعماری، ساختار اساسی دکتترین حاکمیت را شکل داده است و درون دکتترین حاکمیت، سازکارهایی حقوقی را مثلاً به صورت دکتترین منابع، دکتترین شخصیت حقوقی و دکتترین رضایت خلق کرده است و از این طریق در مقابل هرگونه چالشی نسبت به گذشته استعماری و نقش حاکمیت در آن مقاومت می‌کند. این سازکارهای حقوقی که مخلوق مواجهه و برخورد استعماری بودند امروزه نیز اعمال می‌شوند. به عنوان مثال، اصل «رضایت» برای این استدلال به کار می‌رود که جوامع تحت استعمار که به دولت‌های دارای حاکمیت و استقلال تبدیل می‌شوند، ملزم به تبعیت از قواعد حقوق بین‌الملل عرفی هستند که در وضع آن‌ها هیچ نقشی نداشته‌اند.<sup>۸۳</sup> به عقیده آنگی، بخشی از حقوق بین‌الملل، محصول مواجهه آن با خشونت و بربریت «دیگری» غیرغربی بود و ساخت «دیگری» و ابتکار برای مکان‌مند کردن و تغییر شکل آن، منجر به ازهم‌گسیختگی دسته‌بندی‌های حقوقی موجود شد و دکتترین‌های جدیدی راجع به حاکمیت و توسل به زور ایجاد کرد. وی در یک مثال این ایده را ترسیم می‌کند؛ جنگ علیه تروریسم در این معنا، بازتولید مفهوم مدنظر آنگی تحت عنوان «پویایی تفاوت»<sup>۸۴</sup> است. ایالات متحده پس از واقعه ۱۱ سپتامبر، برای توجیه حمله به عاملان آن از روش‌های گوناگونی استفاده کرد. اولاً آن را جنایتی قلمداد کرد که باید در محاکم کیفری رسیدگی شود. سپس از واژه جنگ علیه تروریسم استفاده کرد تا امکان توسل به دفاع مشروع، توجیه قانونی پیدا کند. در این فرایند می‌توان سه مفهوم را ملاحظه کرد که نقش زیادی در توسعه حقوق بین‌الملل در جهت اهداف و منافع امپریالیستی ایالات متحده داشت: ۱- دکتترین دفاع مشروع پیش‌دستانه، ۲- مفهوم «دولت‌های سرکش» و ایجاد مفهوم «محور شرارت»، ۳- ایده ارتقای دموکراسی به منظور فرونشاندن و تبدیل این موجودیت‌های خشن و تهدیدکننده به حکومت‌های دموکراتیک.<sup>۸۵</sup>

82. *Ibid.*, p. 311.83. *Ibid.*, p. 313.84. *Dynamic of Difference*85. *Ibid.*, p. 275.

### د. مارتی کاسکنیمی؛ چرخشی تاریخ‌نگارانه در حقوق بین‌الملل

کاسکنیمی در کتاب «از مدافعه تا آرمان‌شهر»، نظریه حقوق بین‌الملل خود را بسط می‌دهد و در حقیقت به دنبال ایجاد یک مرجعیت فکری در ارتباط با حقوق بین‌الملل است. وی پس از پردازش ایده‌های خود در کتاب «از مدافعه تا آرمان‌شهر»، در کتاب بعدی خود یعنی «متمدن‌ساز نجیب ملت‌ها» به دنبال اعمال آن ایده‌ها در بستری تاریخی است. کاسکنیمی در سرتاسر این کتاب، ایده‌ها و مفاهیم را در سیاق تاریخی (سیاسی، اقتصادی، نظامی و راهبردی) خود قرار داده است.<sup>۸۶</sup> کتاب «متمدن‌ساز نجیب ملت‌ها» پاسخی است به این استدلال که کافی نیست حقوق بین‌الملل را به عنوان مجموعه‌ای از رویه‌های استدلالی (بحثی که در کتاب «از مدافعه...» آمده است) در نظر بگیریم. در عوض لازم است دریابیم که چرا حقوق‌دانان بین‌المللی در زمان‌ها و موقعیت‌های

مختلف، مواضع مشخصی را اتخاذ کرده و از استدلال‌های معینی پیروی می‌کنند.

کاسکنیمی کار تاریخ‌نگاری خود را در کتاب «متمدن‌ساز نجیب ملت‌ها» بر مبنای دو بینش اساسی در مورد تاریخ حقوق بین‌الملل در میانه سال‌های ۱۸۷۰ و ۱۹۶۰ قرار می‌دهد. نخست اینکه تحلیل‌های تاریخی، تحول اساسی نیمه نخست قرن نوزدهم میلادی در حقوق بین‌الملل و نیز ظهور خودآگاهی و اشتیاق جدیدی را که در سال‌های ۱۸۶۹ و ۱۸۸۵ میان حقوق‌دانان جامعه بین‌المللی رخ داد به درستی درک و فهم نکرده است.<sup>۸۷</sup> این بینش منجر به طرح یکی از اصلی‌ترین ایده‌های کاسکنیمی در این کتاب می‌شود که: حقوق بین‌الملل مدرن با انتشار آثار گروسوس، واتل و دیگران آغاز نشد، بلکه با تأسیس مؤسسه حقوق بین‌الملل<sup>۸۸</sup> یا مجله حقوق بین‌الملل و قانون‌گذاری تطبیقی<sup>۸۹</sup> رقم خورد. دوم اینکه هر آنچه پس از ۱۸۶۹ ظهور یافت، از ۱۹۶۰ به بعد رو به تضعیف و تحلیل نهاد. محصل این پایان (یا افول) از یک سو، به نوعی عمل‌گرایی حقوقی سیاست‌زوده منجر شد و از سوی دیگر، برنامه‌های سیاسی امپریالیستی را رواج داد.<sup>۹۱</sup>

به تصدیق کاسکنیمی، در تمام کتب راجع به تاریخ حقوق بین‌الملل می‌توان یکی از دو رویکرد احتمالی را انتخاب کرد. رویکرد نخست به تأملی فراتاریخی از حقوق بین‌الملل می‌پردازد

86. Müllerson, R., "Review of Martti Koskenniemi's *The Gentle Civilizer of Nations: the Rise and Fall of International Law*", 13 *EJIL*, 2002 p. 732.

87. Koskenniemi, Martti, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and fall of International Law 1870-1960*, Cambridge University Press, 2004, pp. 3-4.

88. Institut de Droit international

89. Revue de droit international et de législation comparée

90. *Ibid.*, p. 4.

91. Simpson, A. W. Brian, "Review of Martti Koskenniemi's *The Gentle Civilizer of Nations: the Rise and Fall of International Law*", *The American Journal of International Law*, Vol. 96, No. 4. 2002, p. 995.

که امروزه نیز رواج دارد؛ یعنی تقسیم‌کردن این رشته به ادوار و اعصار تاریخی.<sup>۹۲</sup> رویکرد دوم نیز پژوهش‌های زندگی‌نامه‌ای است که راجع به حقوق‌دانان بین‌المللی انجام می‌گیرد و زندگی آن‌ها را تجزیه و تحلیل می‌کند. در سال‌های اخیر، در مجموعه‌ای از مطالعات، چنین رویکردی اتخاذ شده است.<sup>۹۳</sup>

اما کاسکنیمی در کتاب «متمدن‌ساز نجیب ملت‌ها»، رویکرد متفاوتی اتخاذ می‌کند؛ بدین ترتیب که نشان می‌دهد حقوق‌دانان بین‌المللی در یک دوره زمانی کوتاه، به چه می‌اندیشیدند و چه انجام می‌دادند، بدون اینکه به مفاهیم انتزاعی عصرهای تاریخی توسل جوید و بدون اینکه همچون یک زندگی‌نامه‌نویس، به تحلیل ساده‌انگارانه از حیات اندیشمندان مشخص روی آورد. همچنین روایت تاریخی کتاب، محدود به متدولوژی واحد و مشخصی نیست. این روایت، البته امکان طرح روایت‌های بدیل و احتمالی را منتفی نمی‌داند.

چرخش تاریخ‌نگارانه کاسکنیمی بدین معناست که وی از میان روش‌های تاریخ‌نگاری، مبنای کار خود را به تاریخ‌فکری یا تاریخ‌ایده‌ها در حقوق بین‌الملل اختصاص داده است.<sup>۹۴</sup> حرکت کاسکنیمی از مسیر ارتباط‌دادن نظریه (از مدافعه تا آرمان‌شهر) و تاریخ‌نگاری (متمدن‌ساز نجیب ملت‌ها) که همیشه در وضعیت تنش با یکدیگر بوده‌اند، نقطه‌عطفی در این حوزه محسوب می‌شود. او با چنین نگرشی فرایند اضمحلال حقوق بین‌الملل را پس از جنگ جهانی اول و متعاقب آن، ازدست‌رفتن اعتقاد به فورمالیسم در حقوق بین‌الملل و تأکید سرسختانه بر نقش سیاست، منافع ملی و ایدئولوژی پیگیری می‌کند. به عقیده وی، واقع‌گرایی حقوقی حقوق‌دانان امریکایی دو تأثیر مهم بر جای گذاشت: یکی شک‌باوری فراگیر نسبت به قواعد حقوق بین‌الملل و دیگری منحرف‌کردن توجه حقوق‌دانان آکادمیک از مطالعات راجع به معاهدات، پرونده‌های حقوقی و دیپلماسی شکلی به سوی جنبه‌های وسیع‌تر همکاری و تضاد بین‌المللی. در این معنا، برقراری ارتباط وثیق میان حقوق بین‌الملل و روابط بین‌الملل (به‌عنوان عرصه بروز و ظهور سیاست بین‌الملل) در چارچوب یک «برنامه مشترک»، سبب شد حقوق‌دان بین‌المللی به تصمیم‌گیرنده و سیاست‌گذار سیاست بین‌الملل، حکومت‌ها، سازمان‌های بین‌المللی و تجارت تبدیل شود.<sup>۹۵</sup> نگاه سیاست‌محور به حقوق بین‌الملل منجر به ایجاد ناامیدی نسبت به آموزش آکادمیک و قواعد شکلی حقوق بین‌الملل شد. راه‌حل این معضل در یکی از ایده‌های اصلی اندیشه کاسکنیمی،

92. Wilhelm G. Grewe, *The Epochs of International Law*, Walter de Gruyter, 2000, pp. 746-751.

93. Koskeniemi, 2004, *op.cit.*, p. 5.

94. Capra, D. La, S. Kaplan (eds.), *Modern European Intellectual History: Reappraisals and New Perspectives*, Cornell University Press, 1982, p. 88.

95. Koskeniemi, 2004, *op.cit.*, pp. 481-483.

یعنی مفهوم «فرهنگ فورمالیسم»<sup>۹۶</sup> نهفته است. در حقیقت او با نقد سرسختانه علیه اندیشه‌های ضدفورمالیسم،<sup>۹۷</sup> به دنبال بازتعریف مشروعیت حقوق بین‌الملل و بازیابی اقتدار تاریخی آن به‌عنوان نظم دستوری است. وی برای تعریف «فرهنگ فورمالیسم» به خصم آن یعنی «فرهنگ پویایی»<sup>۹۸</sup> یا اندیشه ضدفورمالیسم ارجاع می‌دهد. به تعبیر وی، «فرهنگ فورمالیسم» فرایندی است بی‌پایان که هم در مقابل تقلیل‌یافتن به ساختارها (که در حال نامتعیین<sup>۹۹</sup> است) و هم سوژه‌باوری محض (تصمیم [در وضعیت استثنا] از منظر اشمیت)<sup>۱۰۰</sup> مقاومت می‌کند.<sup>۱۰۱</sup> اما «فرهنگ پویایی» (ضدفورمالیسم) اساساً تقلیل‌گراست. از منظر آن‌ها حقوق یا از طریق اهداف، ساختارها یا ضرورت‌های بیرونی تعیین یا به ابزار بی‌نهایت منعطف یک تصمیم‌گیرنده سیاسی تبدیل می‌شود. در این صورت، امکان‌مندی امر سیاسی و آزادی کاملاً منتفی می‌شود.<sup>۱۰۲</sup> یکی از نتایج «فرهنگ پویایی»، نگاه ابزاری به قواعد حقوق بین‌الملل است که اغلب نیروهای اجتماعی و بازیگران قدرتمند از آن حمایت می‌کنند، در حالی که فرهنگ فورمالیسم در واقع از جانب بازیگران ضعیف نمایندگی می‌شود که برای محافظت از خود، راهی جز توسل به حقوق ندارند.<sup>۱۰۳</sup> کاسکنیمی پیش از هرچیز فورمالیسم در مفهوم کانتی (خرد جهان‌شمول)<sup>۱۰۴</sup> را رد می‌کند، با این

96. Culture of formalism

97. Anti-formalism

98. Culture of dynamism

99. Indeterminate

۱۰۰. Carl Schmitt (1888-1985) متفکر و نظریه‌پرداز سیاسی و حقوقی آلمانی در قرن بیستم، مشاور حقوق اساسی در جمهوری وایمار و صاحب منصب «قاضی‌القضات» رژیم ناسیونال سوسیالیست آلمان بود. نقد/شمیت بر لیبرالیسم، ریشه در برداشت او از مفهوم «امر سیاسی» دارد. این مفهوم در اندیشه/شمیت، پیش‌فرض مفهوم دولت به شمار می‌آید. وی تحقق «امر سیاسی» را معطوف به دسته‌بندی «دوست-دشمن» و مآلاً اساس حاکمیت را در احتمال دائمی وجود منازعه می‌داند. به‌علاوه، دولت تنها موجودیتی است که بر سیاست انحصار دارد و قادر به تمایز دوست از دشمن است. تکمیل این استدلال در فرض اساسی دیگر/شمیت نهفته است، مبنی بر اینکه «همه مفاهیم مهم نظریه امروزین دولت، مفاهیم الهیاتی عرفی‌شده‌اند». وی با ارجاع به فورمول متافیزیکی «خدای واحد-پادشاه واحد» در پی احیای حکومت فردی اقتدارگرا است. /شمیت با این استدلال به این نتیجه می‌رسد که «حاکم تنها کسی است که در باب استثنا تصمیم می‌گیرد». لذا/شمیت انحصار قانون در تعیین وضعیت استثنا و تصمیم در باب استثنا را که باور فورمالیسم لیبرال است رد می‌کند و به این نتیجه می‌رسد که حاکم نهایی نه پارلمان بلکه «شخص» یا همان رئیس‌جمهور (Reichspräsident) است که به‌واسطه عمل «تصمیم‌گیری حاکمانه»، نگهبان قانون اساسی به حساب می‌آید. برای مطالعه بیشتر، ن.ک:

کارل اشمیت؛ مفهوم امر سیاسی، ترجمه: سهیل صفاری، ۱۳۹۲، نگاه معاصر؛ همو؛ الهیات سیاسی: چهار فصل در مفهوم حاکمیت، ترجمه: لیلا چمن‌خواه، چاپ دوم، ۱۳۹۳، نگاه معاصر؛ همو؛ الهیات سیاسی (۲)، ترجمه: لیلا چمن‌خواه، نگاه معاصر، ۱۳۹۲.

101. *Ibid.*, p. 508.

102. *Ibid.*

103. Beckett, Jason A., *op.cit.*, p. 1079.

104. Universal reason

استدلال که این نوع از فورمالیسم در واقع تعمیم‌بخشی به خاص‌گرایی اروپایی است. وی با اخذ مفهوم «جهان‌شمولی تهی»<sup>۱۰۵</sup> از لاکلائو، به‌جای ارائه نگاهی ایجابی نسبت به حقوق بین‌الملل، پرسش اساسی را در نگاه سلبی می‌یابد: «حقوق بین‌الملل فاقد چه چیزی است؟»<sup>۱۰۶</sup> در واقع با نگاه سلبی به امر جهان‌شمول می‌توان از خطر امپریالیسم احتراز جست.<sup>۱۰۷</sup> به عبارت دیگر، حقوق‌دان بین‌المللی نمی‌تواند از مسئولیت اخلاقی انتخاب‌های خود شانه خالی کند، ایده فرهنگ فورمالیسم نیز دلالت بر موضعی اخلاقی دارد. لذا منظومه حقوق متضمن ارزش‌هایی نظیر برابری، پاسخگویی، عمل متقابل و شفافیت است و وظیفه حقوق‌دان بین‌المللی ارتقای ارزش‌هایی است که منافع دولت‌های ضعیف و اهداف عدالت را تأمین می‌کند. البته کاسکنیمی برای تحقق چنین هدفی، به‌جای ارائه موضع حقوقی یا سیاسی، موضعی اخلاقی را در قالب فرهنگ فورمالیسم ارائه می‌دهد. وی برای زدودن جهان‌وطن‌گرایی لیبرال اروپایی، طرح نوعی فورمالیسم جدید را می‌ریزد که از یک سو در تلاش است نقش سیاست را در گستره حقوق بین‌الملل کمرنگ کند و در عین حال به مقابله با (و نه نفی) عدم تعین ساختاری در حقوق بین‌الملل بپردازد. با عنایت به اینکه طبق نظریه عدم تعین ساختاری، قواعد حقوقی معنا ندارند و این تفسیرها هستند که معنای مورد نظر را به قواعد می‌بخشند، پس تفسیرها و استدلال‌هایی می‌توانند واجد اعتبار قانونی باشند که در چارچوب اخلاقی امکان کلیت‌بخشی<sup>۱۰۸</sup> و تکرارپذیری<sup>۱۰۹</sup> داشته باشند.<sup>۱۱۰</sup> در این صورت است که می‌توان در مقابل جهان‌شمولی، منافع خاص و مقطعی را گرفت و طرح «جهان‌شمول‌گرایی اصیل»<sup>۱۱۱</sup> را ریخت. بنابراین استفاده از ادبیات اخلاق جهان‌شمول برای پیش‌بردن اهداف امپریالیستی، همان اندیشه‌های ضدفورمالیستی است که در لباس «فرهنگ پویایی» خود را اظهار و ابراز می‌کند. به‌عنوان نمونه، با بررسی اقدامات امریکا در دوران ترامپ دیده می‌شود که در حوزه‌های مختلفی از جمله حقوق بشر، وضعیت مهاجران و پناهندگان، توسل به زور و تغییرات اقلیمی، گویی حقوق بین‌الملل برای توجیه رفتار امریکا چندان محل استناد نیست. این قواعد از منظر دولت ترامپ،

105. Empty universal

106. Koskeniemi, 2004, *op.cit.*, p. 506.

107. *Ibid.*, p. 504.

108. Universalizability

109. Repetition

110. Koskeniemi, 2004, *op.cit.*, p. 590.

۱۱۱. Genuine universalism: کاسکنیمی با ایجاد تمایز میان جهان‌شمول‌گرایی اصیل و جهان‌شمول‌گرایی ساختگی (false universalism) در صدد است تا نشان دهد که پیروی حقوق از سیاست، منجر به ایجاد نوعی جهان‌شمولی ساختگی شده که اهداف امپریالیستی را محقق می‌کند. راه‌حل این مسئله از نظر کاسکنیمی، تحقق جهان‌شمول‌گرایی اصیل است که از طریق فرهنگ فورمالیسم قابل حصول است.

برای رفتارهای ماجراجویانه ایالات متحد، دست‌وپاگیر به حساب می‌آید و البته مختص امریکا نیست. عمده دولت‌های راست رادیکال در دنیا، قواعد حقوق بین‌الملل را به نفع سیاست‌های ملی‌گرایانه خود تضعیف می‌کنند. در واقع، اهداف و منافع ملی‌گرایانه دولت «خاص» در لباس حمایت از آزادی و بشریت به‌عنوان «امر جهان‌شمول»، منجر به ارائه تفسیری از قواعد بین‌المللی می‌شود که طبق نظر کاسکنیمی از مصادیق جهان‌شمولی ساختگی است و در نهایت، سیاست‌های امپریالیستی را با ابزار حقوقی به پیش می‌برد.

### نتیجه

حسب نظر هگل، تاریخ اندیشه، نمایانگر صیورورتی است که منزل به منزل، گامی به سمت آزادی بشر برداشته است. در صورت پذیرش اینکه حقوق بین‌الملل نیز همچون هر نظم دستوری دیگری مآلاً متعلق به افراد بشر است، پس وضعیت بشر در هر دوره تاریخی یکی از معیارهای ارزیابی کارکرد حقوق بین‌الملل به شمار می‌آید. در عالم دکترین، حقوق بین‌الملل همچون تمامی حوزه‌های علوم، از زمان شکل‌گیری تا کنون مسیر پرفراز و فرودی را پیموده است؛ از حقوق طبیعی تا پوزیتیویسم و از فورمالیسم و پراگماتیسم تا نهادگرایی. بنابراین پرسش اساسی این است که آیا حقوق بین‌الملل نیز توانسته بشر را گامی به سمت آزادی پیش برد؟

پرسش پیروان مکتب «جریان جدید» این است که آیا حقوق بین‌الملل نیز مسیر حرکت‌اش را با هدف حذف کلیه اشکال سلطه و انقیاد بشر پیموده است؟ این جریان برای پاسخ به این پرسش، تاریخ را از نو بررسی می‌کند و مطلوبیت نظم موجود را عمیقاً زیر سؤال می‌برد، به خاستگاه‌ها و ریشه‌های مفاهیم و نهادهای حقوقی بین‌المللی می‌پردازد و با نقد همه‌جانبه به ساختارهای حقوق بین‌الملل، سعی در ارائه بدیلی اخلاقی و عادلانه برای نظم موجود دارد.

امروزه آنچه بیش از همه در نوشته‌های حقوق بین‌المللی به چشم می‌خورد، روح انتقادی نویسندگان این متون است. اما با کمی دقت روشن می‌شود که کاستی‌های موجود در حقوق بین‌الملل از منظر این نویسندگان، مسائلی استثنایی و حاشیه‌ای است. آنچه موجب تمایز میان «نظریه انتقادی حقوق بین‌الملل» با جریان پیش‌گفته می‌شود این است که کاستی‌ها و نقائص حقوق بین‌الملل نه تنها در حاشیه و استثنایی نیست، بلکه همه‌جانبه، مستمر و ساختاری است. این مشرب فکری کاستی‌های موجود در حقوق بین‌الملل را با استفاده از تکنیک‌های متنوعی نشان می‌دهد. تبعیض‌های جنسیتی، محرومیت‌ها و تفاوت‌گذاری‌های نژادی، طبقه و فقر و استثمار، امپریالیسم فرهنگی و خشونت‌های پنهان، تنها بخشی از این کاستی‌ها است.

پروژه انتقادی مقدماتاً پروژه‌ای اخلاقی است که عمدتاً به شیوه‌ای تحلیلی و با رهیافتی

شالوده‌شکن، با هدف نشان‌دادن ظالمانه‌بودن نظام‌های حقوقی موجود، سعی در متزلزل کردن انگاره‌های مرسوم و آشکارساختن ادعاهای تجربی نادرست و ساختگی دارد. از منظر رویکرد انتقادی، جریان اصلی حقوق بین‌الملل با خودمحوری و تصلب، حتی از دریافت حقایق ساده دنیای واقعی ناتوان است. از این‌روست که مطالعات انتقادی حقوق بر رخدادهای تجربی و پیوستگی (و گسستگی) تاریخی، در جهانی خارج از متون حقوقی متمرکز شده است. در این مفهوم می‌توان گفت رویکرد انتقادی بر اثرات حقوق و فقدان کارآمدی آن تمرکز می‌کند و نه صرفاً بر پُرکردن خلأهای موجود در حقوق. در قالب مثالی ساده می‌توان گفت: انسان فقیر نیازمند غذا است، نه «حق بر غذا».

با این حال، از آنجا که اندیشه انتقادی، اعتقاد به «عینیت‌گرایی» را غیرممکن می‌داند به‌زعم حقوق‌دانان «جریان اصلی»، در دام شک‌گرایی رادیکال و نوعی پوچ‌انگاری (نیپیلیسم) معرفت‌شناسانه گرفتار شده است. محققان «جریان اصلی» حقوق بین‌الملل باور دارند که عدم اعتقاد به «عینیت‌باوری» متعاقباً منجر به تردید پیرامون معرفت و دانش حقوقی، اخلاقیات، عدالت و استدلال‌سازی حقوقی بین‌المللی می‌شود و از این منظر حقوق بین‌الملل را به سطح ایدئولوژی سیاسی صرف تقلیل می‌دهد. به همین دلیل معتقدند اندیشه انتقادی از نوسازی و تجدید بنای قابل قبول حقوق بین‌الملل ناتوان است. به عبارت دیگر، به این دلیل که حقوق‌دان انتقادی، مبنای تمام انتزاعات عقلانی در حقوق بین‌الملل را یک ایدئولوژی سیاسی می‌داند که فاقد بنیان نظری استوار در باب عدالت است، مآلاً نمی‌تواند هرگونه بینش ایجابی برای حقوق بین‌الملل ترسیم کند.

اما اندیشمندان مکتب «جریان جدید» با واشکافی تضادهای بنیادین در اندیشه سیاسی و حقوقی لیبرال، به نقد رادیکال نظم حقوقی موجود می‌پردازند. با آشکارکردن تضاد میان نابرابری اجتماعی و اقتصادی با برابری حقوقی از یک‌سو، و تضاد میان ذهنی‌بودن ارزش‌ها در اندیشه سوژه‌باور لیبرالیسم با عینیت و قطعیت ادعایی حقوق از سوی دیگر، به این نتیجه می‌رسند که این مبانی متضاد مرتباً استدلال‌ها و نتایج متضاد به بار می‌آورد و ساختار نظم حقوقی بین‌المللی را از انسجام و درهم‌تنیدگی تهی می‌کند. در اندیشه «جریان جدید»، بی‌طرفی حقوق بر مبنای درهم‌تنیدگی استدلال‌های سیاسی «خاص» با اهداف عدالت‌محور «عام»، انسجام ساختار حقوقی بین‌المللی با ایده عدم تعیین ساختاری حقوق و عینیت‌باوری با ارجاع به مبنای سوژه‌محور و مآلاً نسبی از مفهوم ارزش، به تیغ نقد سپرده می‌شود. با این وصف نمی‌توان نقد حقوق‌دانان «جریان اصلی» به ناتوانی «جریان جدید» از ارائه بینش ایجابی نسبت به حقوق بین‌الملل قابل

رد است، چرا که در اندیشه انتقادی علاوه بر پذیرفتن تضاد، عدم تعین و عدم انسجام نظم حقوقی بین‌المللی بر مسئولیت اخلاقی حقوق‌دانان بین‌المللی نسبت به اهداف اصیل حقوق بین‌الملل تأکید کرده و با زدودن سیاست از فرایند تفسیر و استدلال‌سازی حقوقی، حقوق بین‌الملل را از ابزار تحقق منافع سیاسی به صدای بی‌صدایان و ابزار احقاق حق ملت‌های تحت سرکوب و ستم تبدیل می‌کند. لذا بهترین فهم از تئوری انتقادی در حقوق بین‌الملل، تلقی آن به‌عنوان گفتمان یا جریانی پیرامون مسئولیت است، یعنی پذیرش مسئولیت برای اعمال خود و استنکاف از پنهان‌شدن در پس ادعاهای مربوط به بی‌طرفی، تخصص‌گرایی و عینیت.

لذا در پایان باید گفت فلسفه یا جریان انتقادی برای حل مسائل پیش‌گفته، معرفت‌شناسی انتقادی ایجاد کرده که قادر به تولید نوعی دانش انتقادی است. در این معرفت‌شناسی، دلیل و استدلال، جایگاهی ویژه دارد و «جریان جدید» را متمایز از عینیت‌گرایی از یک سو و پوچ‌انگاری از سوی دیگر می‌کند. براین اساس، استدلال نوعی کیفیت برتر از عقلانیت را فراهم می‌آورد که از طریق آن می‌توان حرکتی منطقی را از فرضیه‌های اولیه تا استنتاجات منطقی پیش برد که در نهایت این جنبش را به پروژه‌ای عقلانی و استدلالی تبدیل می‌کند و نیرویی را برای پیشرفت، خودمختاری اخلاقی و درستی عمل در اختیار آن‌ها قرار می‌دهد.



## منابع:

## الف. فارسی

## - کتاب

- ≠ پترسون، دنیس؛ مکاتب معاصر فلسفه حقوق؛ کتاب راهنمای بلک‌ول برای فلسفه حقوق، ترجمه: یحیی شعبانی، ترجمان علوم انسانی، ۱۳۹۵.
- ≠ پرویس، نایجل؛ «نظریه جنبش انتقادی حقوقی در حقوق بین‌الملل»، در: مکاتب فلسفی در حقوق بین‌الملل، ترجمه و تحقیق زیر نظر محمود باقری، ۱۳۸۸، میزان.
- ≠ فلسفی، هدایت‌الله؛ سیر عقل در منظومه حقوق بین‌الملل؛ اصول اساسی روش‌شناسی حقوق بین‌الملل، فرهنگ نشر نو، ۱۳۹۶.
- ≠ نیم‌نگاهی به روش‌شناسی حقوق بین‌الملل؛ ترجمه: علیرضا ابراهیم‌گل، خرسندی، ۱۳۹۳.

## - مقاله

- ≠ کدخدایی، عباسعلی و امیرعباس امیرشکاری؛ «درآمدی بر تحلیل قهقرایی مارتی کاسکنیمی در ارزیابی ساختاری حقوق بین‌الملل»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۵۴، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۴.

## ب. انگلیسی

## - Books

- ≠ Anghie, Antony, Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law, New York, Cambridge University Press, 2004.
- ≠ Bianchi, Andrea, "Critical Legal Studies and the New Stream". In (Ed.), International Law Theories: An Inquiry into Different Ways of Thinking, Oxford, Oxford University Press. 2016.
- ≠ Fichtelberg, Aaron, Law at the Vanishing Point; A Philosophical Analysis of International Law, New York, Ashgate Publishing Company, 2008.
- ≠ Hunt, Alan, "The Critique of Law: What is "Critical" about Critical Legal Theory?" In: Fitzpatrick, Peter and Alan Hunt (eds.), Critical Legal Studies, London, Basil Blackwell, 1987.
- ≠ Koskeniemi, Martti, The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960, New York, Cambridge University Press, 2004.
- ≠ Koskeniemi, Martti, From Apology to Utopia; The Structure of International Legal Argument, New York, Cambridge University Press, 2005.

- ≠ Koskenniemi, Martti, *The Politics of International Law*, Oxford, Hart Publishing Ltd., 2011.
- ≠ Miéville, China, *Between Equal Rights; A Marxist Theory of International Law*, Leiden, Brill, 2004.
- ≠ Rostow, E. V., McDougal, M. S., & Reisman, W. M. *Power and Policy in Quest of Law: Essays in Honor of Eugene Victor Rostow*, Dordrecht, M. Nijhoff Publishers, 1985.
- ≠ Schlag, Pierre, "Critical Legal Studies", In: Stanley N. Katz, et al., eds., *The Oxford International Encyclopedia of Legal History*, Oxford University Press, 2009.

#### - Articles

- ≠ Beckett, Jason A. "Rebel Without a Cause? Martti Koskenniemi and the Critical Legal Project", *German Law Journal*, Vol. 7, Issue 12, 2006.
- ≠ Carty, Anthony, "Critical International Law: Recent Trends in the Theory of International Law", Available at: <http://ejil.oxfordjournals.org/content/2/1/66.full.pdf>.
- ≠ Cass, Deborah Z., "Navigating the Newstream: Recent Critical Scholarship International Law", *Nordic Journal of International Law*, Vol. 65, 1996.
- ≠ Cross, Emily J., "Critical Legal Studies: Challenging Traditional Legal Thought", Available at: <http://nchchonors.org/wp-content/uploads/2012/04/Cross-Emily-University-of-Montana-Paper.pdf> Gordon, Robert W., "Critical Legal Histories", *Stanford Law Review*, Vol. 57, No. 36, 1984.
- ≠ Hunt, Alan, "The Theory of Critical Legal Studies", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 6, No. 1, 1986.
- ≠ Kennedy, David W., "A New Stream of International Law Scholarship", *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 7, No. 1, Fall 1988.
- ≠ Klabbers, Jan, "Towards a Culture of Formalism? Martti Koskenniemi and the Virtues", *Temple International & Comparative Law Journal*, Vol. 27, Issue 2, 2014.
- ≠ Müllerson, R., "Review of Martti Koskenniemi's *The Gentle Civilizer of Nations: the Rise and Fall of International Law*", 13 *EJIL*, 2002.
- ≠ Rodrigo, George, Bandeira Galindo, "Martti Koskenniemi: a Review", *The European Journal of International Law*, Vol. 16, No.3, 2005.
- ≠ Simpson, A. W. Brian, "Review of Martti Koskenniemi's *The Gentle Civilizer of Nations: the Rise and Fall of International Law*", *The American Journal of International Law*, Vol. 96, No. 4, 2002.

#### - Cases

- ≠ *Corfu Channel*, (United Kingdom v Albania), Merits, Judgment, ICJ Rep 4,(194), para. 2.
- ≠ *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*,

(Canada v United States), Merits, (Judgment of 12 October 1984), ICJ Rep 246.

- ≠ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment, ICJ Rep 14, (1986), paras. 215 & 218.
- ≠ South West Africa, (Ethiopia v South Africa), Second Phase, ICJ Rep 6, 1966.
- ≠ Anglo-Norwegian Fisheries, (United Kingdom v Norway), Merits, Judgment, ICJ Rep 116, 1951, p. 21.
- ≠ Fisheries Jurisdiction, (Germany v Iceland), Merits, (Judgment of 25 July 1974), ICJ Rep 313, paras. 59, 60, 66.

