

## پژوهشهای حقوقی

فصلنامه علمی - ترویجی

شماره ۳۷

هزار و سیصد و نود و هشت - بهار

۷	• نقدی پست‌مدرنیستی بر پوزیتیویسم حقوقی در حقوق بین‌الملل دکتر علیرضا باقری ابیانه - دکتر مجتبی انصاریان
۲۷	• تفسیر قطعنامه‌های شورای امنیت: از معمای تعمیم قواعد عام تفسیر تا تخصیص تفسیر یاسر سالاریان - مهدی خلیلی طریقه
۵۵	• استثنائات منع کار اجباری در قوانین موضوعه ایران و مقاله‌نامه شماره ۲۹ سازمان بین‌المللی کار دکتر محمد مظهری - فرزاد جنگجوی (خراطا) - اکبر لطفی عزیز
۷۹	• تعهدات خاص خدمات مخابرات در سازمان جهانی تجارت زهرا مشرف جوادی
۱۰۷	• بررسی الزام مستدل بودن آرای داوری در رسیدگی به اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین‌المللی سپهر حسن‌خان‌پور - امیرحسین حقیقی
۱۲۷	• رویکرد کیفی قانون مالیات‌های مستقیم با تأکید بر قانون اصلاح قانون مالیات‌های مستقیم ۱۳۹۴/۰۴/۳۱ دکتر ابوالحسن شاکری - عاطفه شیخ اسلامی
۱۶۷	• سیاست‌های نوین تقنینی مبارزه با قاچاق کالا در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲/۱۰/۰۳ مصطفی حسن رئیسی - ریحانه خلیلی
۱۸۹	• تأثیر شخصیت در قراردادهای مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و انگلیس با تأکید بر رویه قضایی فاطمه نوروزی - دکتر مهدی عاشوری - دکتر دلاور برداران
۲۱۵	• جایگاه وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی در پرتو تحولات قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ دکتر سید ابراهیم قدسی - میثم غلامی - امین ملکی
۲۳۹	• اصل حاکمیت اراده و بروز آن در قواعد حل تعارض در نظام حقوقی ایران و چین وحید یگانه - روح‌الامین حجتی کرمانی
۲۶۱	• قراردادهای هوشمند: توافقات حقوقی در پرتو بلاک‌چین نگارنده: رچی او شیلدر، ترجمه: مهدی ناصر - دکتر حسین صادقی





## نقدی پست مدرنیستی\* بر پوزیتیویسم حقوقی\*\* در حقوق بین الملل

دکتر علیرضا باقری ایبانه\*\*\* - دکتر مجتبی انصاریان\*\*\*\*

### چکیده:

با اعمال رویکردها و مکاتب مختلف حقوقی با مباحث پیچیده‌ای در حوزه‌های مختلف حقوق مواجه می‌شویم که ریشه در مبانی حقوق دارند. اهمیت مسئله هنگامی بیشتر می‌شود که در حل مصادیق و مسائل عملی مختلف نیز با این مسئله مواجه می‌شویم تا حدی که اعمال تئوری‌های مختلف منجر به حصول نتایج مختلف حقوقی می‌شود.

در این نوشتار به دو مکتب حقوقی - فلسفی پرداخته می‌شود که اعمال هر یک از آنها منجر به تفاوت استنتاجی مؤثر در درک مصادیق حقوقی می‌گردد. مکتب اول مکتب نسبتاً جدید پست‌مدرنیسم است که مبانی آن به صورت انتقادی در کنار مبانی مکتب سنتی پوزیتیویسم حقوقی قرار داده می‌شود. مبنای شناخت پست‌مدرنیست‌ها، استدراکات ذهنی انسانی است حال آنکه مبنای شناخت پوزیتیویست‌های حقوقی نوعی تکیه بر تجربه باتوجه به اراده کشورهاست.

هر مکتب متدولوژی خاص خود را دارد که درک آنها در تصمیم‌گیری‌های حقوقی مؤثر است. در عمل معمولاً در تصمیم‌گیری‌های حقوقی در خصوص مصادیق عملی حقوقی به نوعی شاهد تعارض و تداخل این دو مکتب می‌باشیم. در این نوشتار تلاش شده تا با نقدی مبتنی بر مبانی تا حدودی نسبت به این مسئله احاطه پیدا شود.

### کلیدواژه‌ها:

پست‌مدرنیسم، پوزیتیویسم حقوقی، اراده‌گرایی، قاعده مبنایی (اعظم)، هرمنوتیک.

مجله پژوهش‌های حقوقی (فصلنامه علمی - ترویجی)، شماره ۳۷، بهار ۱۳۹۸  
صفحه ۷-۲۶، تاریخ وصول: ۱۳۹۳/۰۸/۱۷، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۳/۱۲/۲۴

\* Post Modernism.  
\*\* Legal Positivism.

\*\*\* دکترای حقوق بین‌الملل عمومی، استادیار دانشگاه پیام نور، نویسنده مسئول

Email: alirezabagheri2255@yahoo.com

Email: M\_ansarian@pnu.ac.ir

\*\*\*\* دکترای حقوق بین‌الملل عمومی، استادیار دانشگاه پیام نور

## مقدمه

پوزیتیویسم حقوقی (مکتب تحقیقی حقوقی) شاخه‌ای از پوزیتیویسم منطقی (اثبات‌گرایی) است. پوزیتیویسم منطقی که از اصطلاحات فلسفی ناشی از دوران مدرنیته (ساختارگرایی) است بر مبنای این عقیده شکل گرفته است که «بجز در منطقی و ریاضیات، تنها پدیده‌هایی که به وسیله حس قابل درک هستند را می‌توان علم دانست.» بنابراین بر این اساس یا علم به طور کلی کاملاً مبتنی بر وقایع قابل مشاهده است یا آنکه حداقل استنباط اصول علمی بر مبنای مشاهدات صورت می‌پذیرد.

پوزیتیویسم منطقی تأکید قابل ملاحظه‌ای بر اثبات‌پذیری معیارها برای بررسی معنای گزاره‌های ادراکی دارد.<sup>۱</sup>

در این راستا پوزیتیویسم حقوقی شاخه‌ای علم‌گرا و زیرمجموعه پوزیتیویسم منطقی است. بر مبنای پوزیتیویسم حقوقی قانون مستقیماً برگرفته از رفتار قابل تجربه و اثبات انسانی است و سایر مفاهیم حقوقی را برگرفته از همین اصل در نظر می‌گیرد. لذا در بحث پوزیتیویسم حقوقی از این استدلال چهار نتیجه اساسی به دست می‌آید:

۱- حقوق از اخلاق مجزاست؛ (چراکه مبنای اخلاق را نمی‌توان بر مبنای اثبات‌گرایی توضیح داد)

۲- حقوق کاملاً ناشی از حقایق اجتماع است؛ (حقیقت اجتماعی را به نوعی علمی و اثبات‌پذیر قلمداد می‌کند)

۳- هر قاعده حقوقی مبتنی بر گزاره‌ای حقوقی<sup>۲</sup> می‌باشد؛

۴- گزاره‌های حقوقی ساخته یک فرایند قانون‌گذاری توسط حاکمیت‌ها هستند؛ (به جهت اثبات‌پذیری ساده‌تر)

درواقع، منشأ اصلی شناخت قواعد حقوقی در پوزیتیویسم حقوقی به نظریات «هابز» و «هگل» برمی‌گردد. هابز در کتاب «لویاتان» اشاره به مفهوم حکومت می‌کند و مدعی است که شکل‌گیری حکومت منجر به برتری حکومت در تمامی ابعاد زندگی انسان است و در واقع به عقیده وی سرمنشأ تمام مسائل از جمله حقوق، موضوع اراده و تصمیم حکومت می‌باشد

۱. برایان مگی، مردان اندیشه و پدیدآورندگان فلسفه معاصر، ترجمه عزت‌الله فولادوند (تهران: انتشارات طرح نو، ۱۳۷۸)، چاپ دوم، ۱۸۵.

۲. Legal Proposition.

که به راحتی اثبات‌پذیر نیز است). عقاید هگل نیز که مبدع ایدئالیسم حقوقی است در پوزیتیویسم حقوقی کاربرد دارد. به عقیده او شکل‌گیری حقوق در عرصه داخلی و بین‌المللی مبتنی بر منویات کشورهاست و در واقع در این مکتب، حکومت مهم‌ترین حقیقت اجتماعی برای شکل‌گیری حقوق ارزیابی می‌شود. گزاره‌های قانونی نیز به‌طور مستقیم تحت‌نظر حکومت تدوین و تصویب می‌شوند. عده‌ای معتقدند این مکتب ارتباط نزدیک‌تری با فلسفه سیاسی دارد<sup>۳</sup> که در این نوشتار مجال رد این نظر وجود ندارد.

دو شاخه اصلی پوزیتیویسم حقوقی در حقوق بین‌الملل عبارت است از:

۱- **اراده‌گرایی:**<sup>۴</sup> این گرایش تمایل و اراده کشور به انجام عملی در عرصه بین‌المللی را

به‌عنوان منشأ تعهدات آن کشور در حقوق بین‌الملل قلمداد می‌کند؛<sup>۵</sup>

۲- **نظریه محض حقوقی:** دانش حقوق مبتنی بر یک قاعده مشخص و اولیه تحت

عنوان «قاعده مبنایی یا اعظم» است که این قاعده در رأس هرم قواعد حقوقی قرار

دارد و سایر قواعد از این قاعده منشعب می‌شوند. در حقوق بین‌الملل اصل وفای به

عهد کشورها به‌عنوان قاعده اعظم در نظر گرفته می‌شود.<sup>۶</sup>

پوزیتیویسم حقوقی در اوایل قرن بیستم به‌منزله مکتب فکری غالب در عرصه بین‌المللی

مورد توجه قرار گرفت و هنوز هم به‌عنوان یک مکتب مؤثر در استنتاج، استنباط، استدراک،

استقراء و استدلال در سطح بین‌المللی مورد استفاده قرار می‌گیرد. بر مبنای این مکتب هر دو

اصل ایجادکننده حقوق بین‌الملل که در دو گرایش فرعی پوزیتیویسم در بالا به آنها اشاره شد،

غیرقابل‌خدشه و جهان‌شمول می‌باشند.

در مقابل پست‌مدرنیسم (پساساختارگرایی) یک مکتب سلبی است،<sup>۷</sup> به این معنا که در صدد

ساخت یک نظام مفهومی و اجرایی در حوزه حقوق نمی‌باشد و از اصول آن نمی‌توان نظام

یکپارچه عملی به‌دست آورد. ولی در هر حال از آن در استدلال‌های حقوقی به‌طور گسترده

استفاده می‌شود و به‌علاوه استفاده و به‌کارگیری آن منجر به تعدیل بسیاری از نظریات افراطی

۳. Robert Ago, *Encyclopedia of International Law* (North Holland: Oxford, 1984), Vol. 7, 385.

۴. Voluntarism.

۵. پرویز ذوالعین، *مبانی حقوق بین‌الملل عمومی* (تهران: مؤسسه چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه، ۱۳۷۷)،

۴۸۹.

۶ همانجا.

۷ لارنس کهن، *از مدرنیسم تا پست‌مدرنیسم*، ویراستار فارسی عبدالکریم رشیدیان (تهران: نشر نی، ۱۳۸۴)،

چاپ چهارم، ۱.

در مکاتب مختلف حقوقی می‌شود که یک نمونه آن را می‌توان در این نوشتار ملاحظه نمود. البته عده‌ای از حقوقدانان معتقدند اعمال محدود پست‌مدرنیسم آن هم در مقام نقد پاره‌ای از اصول فعلی نظام حقوق بین‌الملل منجر به شکل‌گیری مکتبی تحت عنوان کثرت‌گرایی حقوقی<sup>۸</sup> می‌گردد و در این خصوص مدعی هستند پست‌مدرنیسم ریشه اصلی این مکتب حقوقی می‌باشد.

شاخصه‌های مکتب پست‌مدرنیسم عبارت است از:

۱- عدم اعتقاد به فراگفتارها؛<sup>۹</sup> ۲- عدم اعتقاد به حقیقت واحد جهانی؛ ۳- دست کشیدن از کل‌گرایی؛ ۴- خردگریزی و تأکید بر اصالت احساس؛ ۵- نسبی‌گرایی؛ ۶- هرمنوتیک نسبی‌گرا؛ ۷- محور بودن زبان؛ ۸- شکل‌گیری حقیقت در گفتمان‌های جهانی؛ ۹- تقدم متن بر مؤلف؛ ۱۰- نقد تمامیت‌گرایی حاکمیت.<sup>۱۰</sup>

پست‌مدرنیسم در حقوق به دو شکل تجلی می‌یابد: ۱- پست‌مدرنیسم نقاد؛ ۲- پست‌مدرنیسم افراطی.

در پست‌مدرنیسم نقاد معمولاً شکل‌گیری قانون به صورت کثرت‌گرایانه، محلی و مصداقی است. در این دیدگاه پست‌مدرن‌ها هر فرهنگ را برابر با فرهنگ دیگر در نظر می‌گیرند و بر لزوم وجود نظرات و فرهنگ‌های مختلف پافشاری دارند. در پست‌مدرنیسم افراطی اساساً قانون به جهت نسبی بودن مفاهیم و شکل‌گیری حقیقت بر پایه گفتمان، بسیار لرزان قلمداد می‌شود. «حقیقت» در این دیدگاه مواجه با بحثی تحت عنوان «کثرت نظرات» برمبنای کثرت مخاطبان است و در نتیجه ایجاد حقوق، عملی به نظر نمی‌رسد.

حال با درکنار هم قرار دادن شاخصه‌های مکتب پوزیتیویسم حقوقی و پست‌مدرنیسم متوجه چالش‌های مفهومی متعدد در مباحث زیر در حوزه حقوق بین‌الملل می‌شویم:

۱- اعتبار حقوق بین‌الملل؛ ۲- منشأ حق بودن حقوق بین‌الملل؛ ۳- واحد بودن و کلی بودن حقوق بین‌الملل؛ ۴- اهمیت اراده در شکل‌گیری اسناد بین‌المللی و عرف (با نقدی مبتنی بر تقدم متن بر مؤلف موردنظر پست‌مدرنیسم)؛ ۵- اعتبار اراده در مکتب اراده‌گرایی؛ ۶- جایگاه تفسیر؛ ۷- اعتبار اشکال مختلف قواعد حقوقی.

۸. Legal Pluralism.

۹. Meta Narrative.

۱۰. سیدعلی میرموسوی، سید صادق حقیقت، *میانی حقوق بشر از دیدگاه اسلام و دیگر مکاتب* (تهران: ناشر سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۰)، چاپ نهم، ۳۶۷-۳۶۴.

## ۱- اعتبار حقوق بین‌الملل

از منظر پست‌مدرنیسم حقوق بین‌الملل در وضعیت فعلی مبتنی بر پارادایم حاکم بر نظام سیاسی بین‌المللی است و تحت تأثیر قدرت‌های برتر بین‌المللی شکل گرفته است<sup>۱۱</sup> و در نتیجه نسبی است. در حالی که طرفداران پوزیتیویسم حقوقی با تکیه بر شکل‌گیری حقوق بر مبنای برتر بودن حاکمیت‌ها در سطح بین‌المللی مدعی حقوقی قطعی، کلی و علمی هستند. برای مثال «هانس کلسن» علم بودن حقوق را با ابتناء حقوق بر مفهوم خود حقوق توجیه می‌کرد. وی چنین عنوان داشته بود که «اگر قائل به مفهوم حقوق هستیم باید آن را به صورت مجموعه قواعدی در نظر بگیریم که در نهایت و غایت عنصر تعهد و تکلیف در آن وجود دارد و اگر در این موضوع تردید کنیم یا به دنبال علت دیگر برویم دیگر حقوق در مفهوم واژه‌اش محقق نخواهد شد.»

درواقع کلسن با این استدلال اعتبار علمی حقوق را از خود واژه آن استخراج می‌کرد. وی سپس با این استدلال به دنبال سررشته حقوق بین‌الملل برآمد و «قاعده مبنایی و اعظم»<sup>۱۲</sup> را مطرح کرد و در حقوق بین‌الملل هر چند مستقیماً بر اهمیت حاکمیت‌ها تأکید نکرد و اما اصل وفای به عهد حاکمیت‌ها را به عنوان قاعده مبنایی شناخت و سایر قواعد را برگرفته از این قاعده مبنایی دانست. وی بحث اراده را چنین مطرح می‌کند که چون شخصیت دولت فرضی است لذا یک شخص فرضی نمی‌تواند اراده واقعی داشته باشد به عبارت دیگر در این نظر مستقیماً به موضوع اراده اشاره نمی‌شود ولی روشن است که زیربنای وفای به عهد اراده است. در واقع با این استدلال مدعی وجود قواعد علمی و اثبات‌پذیر در عرصه بین‌المللی شد و اعتبار حقوق را بر این فرضیه استوار کرد.

مشخص است از نگاه پست‌مدرن هیچ‌یک از این استدلال‌ها مبنای صحیحی برای اعتبار حقوق به دلایل زیر قلمداد نمی‌شود:

۱- اعتبار گرفتن حقوق از خود واژه حقوق جای تأمل دارد؛

۱۱. سید محمد موسوی، «جایگاه زبان در فلسفه سیاسی ویتگنشتاین»، *دوفصلنامه علمی تخصصی علامه* ۲۵

(۱۳۸۹)، ۱۸۴.

۱۲. Grund Norm.

- ۲- در پست‌مدرنیسم با تکیه بر تأثیر فلسفه زبان مورد نظر «ویتگنشتاین» چرخشی از پدیده‌های طبیعی به حوزه زبان صورت می‌گیرد<sup>۱۳</sup> که از لحاظ تحقیر علمی اثبات‌گرایی حائز اهمیت است. بنابراین با توجه به این مفهوم و با توجه به معنی حقوق و نسبی بودن برداشت‌ها از عبارت و واژه «حقوق»، کل استدلال کلسن که با ابتدای اعتبار حقوق بر «واژه» حقوق شکل می‌گیرد، بسیار لرزان می‌گردد؛
- ۳- اتکاء بر حاکمیت‌ها خود بیانگر نسبی بودن حقوق بین‌الملل است که تحت تأثیر پارادایم و قدرتهای بین‌المللی شکل می‌گیرد؛
- ۴- قرار گرفتن کلیه گزاره‌ها و قواعد حقوقی بر اصل وفای به عهد عملی نیست؛
- ۵- قرار دادن همه قواعد و گزاره‌های حقوقی بر مبنای اصل وفای به عهد نه تنها عملی بلکه علمی هم نیست؛
- ۶- مبنا قرار دادن یک اصل برای تمام قواعد جای بحث دارد. توضیح آنکه در عقاید «لیوتار» که از بنیان‌گذاران پست‌مدرنیسم مطرح است بحثی تحت عنوان «مرگ فراگفتارها» مطرح می‌شود<sup>۱۴</sup> که به نوعی با قرار دادن مباحث بر یک اصل جزمی مخالفت می‌شود و در واقع هر اصلی مبتنی بر پیش‌فرض‌هایی قلمداد می‌شود که خود پیش‌فرض‌ها هم نسبی هستند؛
- ۷- اثبات‌پذیری حقوق با تکیه بر یک اصل می‌تواند در بسیاری از موارد با مشکل همراه شود؛

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

۱۳. ایده اصلی ویتگنشتاین در فلسفه نخست او نظریه تصویری معناست که در کتاب تراکتاتوس یا رساله منطقی - فلسفی به آن پرداخته است. بر اساس این نظریه، زبان ما تصویری از حقایق موجود در جهان است. وی در توضیح گزاره اولیه و حقیقت بیان می‌دارد که هر گزاره توصیف یک وضعیت امور است و هر حقیقت وجود یک وضعیت امور است. بنابراین هر گزاره‌ای یک حقیقت را توصیف می‌کند. گزاره‌های مرکب، حقایق مرکب را و گزاره‌های اولیه، حقایق بسیط را توصیف می‌کنند. ویتگنشتاین اندیشه را عبارت از گزاره‌ای معنادار و تصویری از حقیقت می‌داند و زبان را شامل همه گزاره‌ها تلقی می‌کند. نتیجه‌ای که می‌توان از این سه ادعای ویتگنشتاین اخذ نمود این است که زبان تصویر حقایق است. او همچنین تصویر را مدل حقیقت می‌داند که این تصویر، معنا و مضمون خود را مجسم می‌نماید. از این رو تصویر چیزی در باب درستی یا نادرستی خود ابراز نمی‌کند بلکه این سازگاری یا ناسازگاری معنای تصویر با حقیقت همان صادق بودن یا کاذب بودن تصویر است. (محسن آلوستانی مفرد، «نظریه‌های تصویری زبان و بازی‌های زبانی ویتگنشتاین»، *روزنامه رسالت*، شماره ۵۹۶۱، ۲۲/۰۶/۱۳۸۵، ۱۸.

۱۴. Jhon Francis Lyotard, *The Postmodern Condition* (Manchester: Manchester University Press, 1984), 153.

۸- در عمل نیز با استدلال‌ات پوزیتیویستی پاسخ محکمی به منتقدان نظام حقوق بین‌الملل در عرصه سیاسی بین‌المللی داده نمی‌شود. برای مثال کشورهای بلوک شرق به‌نوعی نظام حقوق بین‌الملل را تأمین‌کننده نظام سرمایه‌داری می‌دانستند و سخن از هم‌زیستی مسالمت‌آمیز با این نظام تا تحقق مفاهیم موردنظرشان در عرصه بین‌المللی داشتند یا کشورهای کم‌توسعه‌یافته یا در حال توسعه سخن از «در خدمت نظام سلطه بودن حقوق بین‌الملل» مطرح می‌کنند که از آن به‌عنوان رویکرد کشورهای جهان سوم در حقوق بین‌الملل یاد می‌شود؛<sup>۱۵</sup>

۹- اصل وفای به عهد یک قاعده غیرقابل توضیح است و مبتنی بر یک قاعده فرضی است لذا اگر فرض اولیه غلط باشد کل سیستم نیز غلط خواهد بود.<sup>۱۶</sup>

همین انتقادات بر مباحث مرتبط با اراده‌گرایی هم مطرح می‌شود. در اراده‌گرایی تکیه بر اهمیت حاکمیت‌ها و کشورها می‌شود و مبنای اعتبار حقوق بین‌الملل پذیرش ارادی قواعد حقوق بین‌الملل توسط تابعان حقوق ارزیابی می‌شود. تنها تفاوت این مکتب با مکتب تحقیقی حقوق موردنظر کلسن در آن است که در مکتب کلسن اصلی حقوقی تحت عنوان اصل وفای به عهد مبنای ولی در اراده‌گرایی قبول ارادی کشورها مدنظر است. ولی خودبه‌خود مشخص است عمل بر مبنای اراده و وفای به عهد از نظر مفهومی بسیار به هم نزدیک است و اساساً وفای به عهد در چهارچوب پذیرش ارادی قبلی قابل توجیه است. لذا تمام ایراداتی که بر مکتب موردنظر کلسن بر شمرده شد در خصوص اراده‌گرایی نیز صادق است.

## ۲- منشأ حق بودن حقوق بین‌الملل

به عقیده پست‌مدرنیست‌ها استناد به قاعده اعظم یا اراده نمی‌تواند توجیه‌گر حقانیت عمل کشورها باشد. برای شناسایی حقانیت نیاز به قواعد کمکی دیگری است و در واقع پوزیتیویسم را رهیافتی برای ایجاد گزاره حقوقی به صورت شکلی می‌دانند نه محتوایی. به عبارت دیگر با این شیوه نمی‌توان برای قواعد حقوقی ایجادشده هویت معنایی ایجاد کرد. معنی و حقانیت

۱۵. B.S Chimni., "Third World Approaches to International Law: A Manifesto," *International Community Law Review* 8 (2006): 4, Koninklijke Brill NV, Printed in the Netherlands, <https://www.jnu.ac.in/sites/default/files/Third%20World%20Manifesto%20BSChimni.pdf-2019-23-04>.

۱۶. Accioly Hildebrando Pompeo Pinto, *Tratado De Derecho Internacional Publico* (Rio de Janeiro, Brasil: Imprensa Nacional, 1945), 234.



حقوق به نظر پست‌مدرنیست‌ها از پارادایم حاکم بر مفاهیم در سطح جهانی ناشی می‌شود و منشأ تحولات حقوق بین‌الملل هم ناشی از تحول در پارادایم‌های حاکم بر جهان است.<sup>۱۷</sup> مثالی که در این خصوص قابل طرح است بحث استعمار یک سرزمین توسط کشور متروپل است. در هیچ‌یک از رهیافت‌های پوزیتیویستی چه پوزیتیویسم «اراده‌گرا» و چه پوزیتیویسم مبتنی بر «قاعده مبنایی» با تکیه بر اصل وفای به عهد، نمی‌توان توجیهی برای این عمل یافت، چراکه اساساً این سرزمین‌ها هنوز کشور نبوده‌اند تا اراده‌ای دایر بر پذیرش استعمار از خود بروز دهند. ولی استعمار به‌عنوان یک واقعیت حقوقی برای چند قرن در حقوق بین‌الملل وجود داشته است. استعمارزدایی نیز پیرو اعمال حق تعیین سرنوشت و حق خودمختاری در قرن بیستم تحقق یافت که بازتحقق اراده مستعمرات در شکل‌گیری این اصول برمبنای اراده‌گرایی یا اصل وفای به عهد جای بحث دارد. در واقع از نظر پست‌مدرنیست‌ها ظهور و افول استعمار در حقوق بین‌الملل فقط با تکیه بر پارادایم‌های متفاوت حاکم بر نظام بین‌المللی قابل توجیه است و پوزیتیویسم در بیان حق یا ناحق بودن این اعمال قاصر است. انتقاد دیگری که از سوی پست‌مدرنیست‌ها در خصوص ماهیت حقانیت حقوق از نظر پوزیتیویستی مطرح می‌شود بحث «حقوق نرم»<sup>۱۸</sup> در حقوق بین‌الملل و تأثیر آن بر کشورهاست. حقوق نرم معمولاً بر اساس منویات مستقیم حاکمیت‌ها شکل نمی‌گیرد و سازمان‌های بین‌المللی، سازمان‌های غیردولتی جهانی و علمای حقوق در شکل‌گیری آن دخیل هستند.<sup>۱۹</sup> لذا به‌درستی نمی‌توان بحث اراده‌گرایی و وفای به عهد حاکمیت‌ها را در این شکل از مقررات بین‌المللی مشاهده کرد.

### ۳- کلی بودن و واحد بودن مفاهیم حقوق بین‌الملل

در نظریات پوزیتیویستی اصل بر آن است که با استفاده از رویکردی اثبات‌گرا، حقوقی واحد در سطح بین‌الملل حاکم می‌گردد اما اندیشمندان پست‌مدرنیست در امر شکل‌گیری حقوق واحد با استفاده از رویکردهای استنتاجی پوزیتیویسم تردید روا می‌دارند.

۱۷. موسوی، پیشین، ۱۸۴.

۱۸. Soft Law.

۱۹. Andrew T. Guzman, and Me Timothy, "International Soft Law," *Journal of Legal Analysis* 2 (Spring 2010): 172.

اول اینکه، تفاوت نگاه به حقوق بین‌الملل در دوران جنگ سرد میان کشورهای بلوک شرق و غرب را ناشی از سستی پایه‌های پوزیتیویسم در ایجاد مبنایی قابل‌اثبات در درک حقوق بین‌الملل ارزیابی می‌کنند؛

دوم اینکه، بحث «چندپاره شدن» یا «فرگمانتاسیون»<sup>۲۰</sup> حقوق بین‌الملل<sup>۲۱</sup> را که در اوایل قرن بیست و یکم توسط کمیسیون حقوق بین‌الملل<sup>۲۲</sup> مطرح شده و کنوانسیون نیز در آن خصوص توسط کمیسیون حقوق بین‌الملل تدوین شده را به‌عنوان مدرکی غیرقابل‌انکار در عدم‌وحدت مفاهیم حقوق بین‌الملل میان فرهنگ‌ها و ملت‌های مختلف می‌دانند و بحث منطقه‌گرایی<sup>۲۳</sup> را نیز به‌نوعی تردید در ماهیت کلی‌گرایانه حقوق بین‌الملل می‌دانند؛<sup>۲۴</sup> لذا کلی‌گرایی که علی‌القاعده از روش استدلال پوزیتیویست‌ها حاصل می‌آید، موردقبول پست‌مدرنیست‌ها نیست؛

سوم اینکه، پست‌مدرنیست‌ها معتقدند در اسناد بین‌المللی نیز می‌توان این عدم‌کلیت حقوق بین‌الملل و واحد نبودن مفاهیم را مشاهده کرد. در این خصوص برای مثال می‌توان به تفاوت در احراز مفهوم «کنترل مؤثر کشورها بر اعمال گروه‌های نظامی»، در رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه نیکاراگوئه<sup>۲۵</sup> در سال ۱۹۸۶ و رأی دیوان بین‌المللی کیفری یوگسلاوی در قضیه «تادیک»<sup>۲۶</sup> اشاره کرد که در این دو رأی در خصوص یک مفهوم حقوقی (کنترل مؤثر کشورها بر اعمال گروه‌های نظامی) تعابیر و عناصر مختلفی در نظر گرفته شده است.

البته مشخص است نقدهای پست‌مدرنیستی به کلی بودن حقوق پوزیتیویستی می‌تواند منجر به از دست رفتن کنترل حقوقی در حوزه بین‌المللی، از بین رفتن مدیریت بین‌المللی، از بین رفتن استانداردهای بین‌المللی و تناقضات و اشکالات مختلف شود،<sup>۲۷</sup> بنابراین

۲۰. Fragmentation.

۲۱. "Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law," United Nations Office of Legal Affairs, Accessed 2019-23-04, [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/1\\_9\\_2006.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/1_9_2006.pdf).

۲۲. International Law Commission.

۲۳. Regionalism.

۲۴. Martti Koskenniemi, and Leino Päivi, "Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties," *Leiden Journal of International Law* 15 (2002): 554-557.

۲۵. Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, 1986, ICJ Rep. 14, 62-63, at paras. 110-112.

۲۶. The Prosecutor v. Du\_ko Tadić, Judgement, Case No. IT-94-I-A, A.Ch., 15 July 1999.

۲۷. Koskenniemi Martti, and Leino Päivi, op.cit. 554.

به‌طور معمول در پاسخ به نظریات پست‌مدرنیستی به کلیت و وحدت حقوق بین‌الملل به اظهارات «لوترپاخت» در سال ۱۹۴۱ ارجاع می‌شود که تلاش داشته با نگاهی پراگماتیک و عمل‌گرایانه ضعف ماهیتی مکتب پوزیتیویسم حقوقی در مقابل استدلال‌های پست‌مدرنیستی را حل و فصل نماید.

«عدم وحدت جهان مدرن یک حقیقت است؛ اما از منظر صحیح‌تر، ضرورت همبستگی در کنار لزوم اجرای حقوق و ریشه‌کنی جنگ، یک وحدت منافع را ایجاد می‌کند که مبنایی واقعی‌تر و محسوس‌تر نسبت به تصورات غلط طرفداران عدم‌وحدت به‌دست می‌دهد.»<sup>۲۸</sup>

این عبارات به ذهنی بودن و غیرعملی بودن تصورات پست‌مدرنیستی اشاره دارد. هرچند که این اظهارنظر حدود چهار دهه قبل از مطرح شدن جدی پست‌مدرنیسم در عرصه فلسفه بیان شده است، ولی در عین حال نشان می‌دهد که حتی استدلال‌های پست‌مدرنیستی قبل از اینکه پست‌مدرنیسم در سطح بین‌المللی دارای نام و اسم‌ورسمی شود در استدلالات حقوقی جای داشته است.

### ۳-۱- تقدم متن بر مؤلف

در نگاه پست‌مدرنیستی بحثی تحت عنوان تقدم متن بر مؤلف مطرح می‌شود که تا حدودی نزدیک به عقاید سارتر در خصوص اولویت وجود بر ماهیت می‌باشد.<sup>۲۹</sup>

در بحث تقدم متن بر مؤلف اصل بر آن است که عقایدی که به هر شیوه بیان می‌شود موجودی مستقل از گوینده است و گوینده به‌عنوان راوی بیرون از متن قلمداد می‌شود و در نتیجه مخاطب متن را به شیوه خودش درک می‌کند.<sup>۳۰</sup> لذا با توجه به چنین استدلالی چنین استنباط می‌گردد که در حقوق ساختار متن بیان شده اهمیتی بیشتر از خود قانونگذار و انگیزه‌ها و استدراکات و استنتاجات وی دارد. به عبارت دیگر معنی متن دقیقاً آنچه که مؤلف (در اینجا کشور) تعیین می‌کند، نیست.

با توجه به این رویکرد،<sup>۳۱</sup> اشکالاتی که بر پوزیتیویسم وارد است عبارت است از:

۲۸. Hersch Lauterpacht, "The Reality of the Law of Nations," in *International Law, being the Collected Papers of Sir Hersch Lauterpacht*, ed. E. Lauterpacht (Cambridge: Cambridge University Press, 1970-1978), Vol. 2, 26.

۲۹. محمدعلی عبداللہی، «تقدم وجود بر ماهیت از دیدگاه سارتر و هایدگر»، پژوهشنامه فلسفه دین (نامه حکمت) ۲ (۱۳۸۲)، ۱۹۲.

۳۰. علی اصغر قره‌باغی، «مرگ استعاری مؤلف و تولد خواننده»، مجله گلستانه ۴۱ (۱۳۸۱)، ۶۴.

۳۱. Approach.

۱- بحث احراز اراده کشورها در عرف بین‌المللی به‌خصوص در مواردی که بحث ابراز اراده ضمنی کشورها مطرح می‌شود، جای انتقاد اساسی دارد؛

۲- تطبیق حقوق بین‌الملل موجود در عرصه بین‌المللی با اراده متکثر کشورهای مختلف عملی نیست و این موضوع که همه کشورها با ابراز اراده خالص و واحد در شکل‌گیری مصادیق مختلف عرف دخیل هستند در حد یک ادعای اثبات‌نشده باقی می‌ماند؛

۳- علاوه بر عرف، احراز دقیق اراده کشورها در معاهدات نیز عملی نیست و به همین جهت است که مباحثی تحت عنوان اعلامیه‌های تفسیری در حقوق بین‌الملل مطرح شده است؛

۴- حتی اگر اراده‌ای به‌طور خالص هم در گزاره‌ای وجود داشته باشد نمی‌توان اهمیت مخاطب را در درک و اجرای آن گزاره حقوقی مؤثر ندانست؛

۵- در بعضی از منابع حقوق مندرج در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری گزاره‌های حقوقی‌ای مطرح شده‌اند که ارتباطی با «اراده» کشورها یا «اصل وفای به عهد» مورد‌نظر کلسن ندارند مثل اصول کلی حقوقی و دکترین؛

۶- در بسیاری از موارد مخاطبان حقوق بین‌الملل بدون توجه مستقیم به اراده اولیه کشورها مسائل مختلف حقوقی را مستقیماً از متن و بر اساس واقعیات حقوقی موجود استنباط و استخراج می‌کنند.

«متن» مورد‌نظر در حقوق بین‌الملل همان گزاره حقوقی است. گزاره حقوقی در پوزیتیویسم حقوقی به این شکل قابل‌تعریف است که شانه‌ای فیزیکی مثل نوشته، عمل، بیانیه، کنوانسیون، قانون و ... که به‌طریق مشخص بیانگر عقیده عنصر قانونگذار یا هنجارساز است که در حقوق بین‌الملل این عنصر همان کشورها یا حاکمیت‌ها هستند.

#### ۴- نقد پست‌مدرنیستی بر اراده‌گرایی مورد‌نظر پوزیتیویسم

در این خصوص چند مسئله قابل‌طرح است:

اراده عنصری متکثر است و هر اراده مبتنی بر پیش‌فرض‌هایی است که این پیش‌فرض‌ها در افراد مختلف متفاوت است، لذا اراده‌گرایی نمی‌تواند مبنایی برای شکل‌گیری عرف بین‌المللی قرار گیرد. چراکه اگر مصداقی عملی در راستای ایجاد عرف از سوی یک تابع حقوق بین‌الملل صادر شود، به جهت مختلف بودن زمینه و پیش‌فرض‌های اراده نمی‌توان آن عمل را در خصوص تابعی دیگر موجد عرفی دوجانبه دانست و حاکم بر هر دو تابع تلقی کرد

هرچند خود تابع دیگر رفتار مشابهی با نیت ایجاد عرف از خود نشان داده باشد. این مسئله قابل تعمیم به کل موضوع عرف بین‌المللی نیز می‌باشد و عرف بین‌المللی ناشی از اراده متکثر تابعان بین‌المللی است هرچند عنصر مادی عرف یکسان قلمداد شود. توضیح آنکه عرف از دو عنصر مادی (تکرار عمل) و عنصر معنوی<sup>۳۲</sup> (اراده ایجاد عرف) شکل می‌گیرد.<sup>۳۳</sup>

اثبات وجود عنصر معنوی در شکل‌گیری عرف به عهده مدعی وجود عرف بین‌المللی قرار دارد. این موضوع در رأی مورخ ۲۰ نوامبر ۱۹۵۰ دیوان بین‌المللی دادگستری هم مشاهده می‌شود. در این رأی که تحت عنوان حق پناهندگی «هایا دولاتوره» میان کلمبیا و پرو مطرح شد آمده است: «طرفی که به عرف استناد می‌کند، باید مدلل دارد که عرف مورد نظر به تریبی ایجاد شده که رعایتش برای طرف دیگر هم اجباری است.»<sup>۳۴</sup>

اثبات وجود عنصر معنوی عرف باتوجه به این تفسیر دیوان بین‌المللی دادگستری، نیز برعهده مدعی است؛ اما همان‌طور که اشاره شد در رهیافت پست‌مدرنیستی اثبات تحقق شکل‌گیری عنصر معنوی توسط مدعی به جهت اراده‌های متکثر عاملان حقوق بین‌الملل به صورت خودبه‌خود غیرممکن یا حداقل بسیار مشکل است. از سوی دیگر نیت و اراده در بحث تحقق عنصر معنوی عرف در مصداق‌های مختلف یک کشور ممکن است واحد نباشد. چراکه باتوجه به تنوع مصداق‌های عملی در عرصه واقعیت و تفاوت پیش‌فرض‌های استنباطی کشورها در خصوص درک مفاهیم و واقعیت‌های موجود، احراز نیت کشور از منظر پست‌مدرنیستی مشکل است و از سوی دیگر تفاوت در طبقه‌بندی مسائل حقوقی و تفاوت در تفسیر از واقعیتات و مفاهیم، مشکلات در احراز نیت و اراده یک کشور را دوچندان می‌کند. همین امر خدشه‌ای بر اراده‌گرایی محض نیز می‌باشد. به‌علاوه ممکن است همین موضوع در احراز نیت در انعقاد معاهدات نیز تا حدودی قابل طرح باشد؛

دوم آنکه با این استدلال پست‌مدرنیستی، بحث اراده ضمنی کشورها در پذیرش قواعد حقوق بین‌الملل که توسط پوزیتیویست‌ها در خصوص پاره‌ای قواعد بین‌المللی مطرح می‌شود،

۳۲. رفتاری تکراری در سطح جامعه بین‌الملل که فاقد عنصر معنوی باشد ولی در آن احترام مستتر است نزاکت بین‌المللی می‌باشد، مثل برافراشتن پرچم کشتی‌ها هنگام رسیدن به هم و زمانی که رفتاری تکراری در فرایند تبدیل شدن به عرف باشد «رویه صرف» (Mere Usage) است.

۳۳. رضا موسی‌زاده، *بایسته‌های حقوق بین‌الملل عمومی* (تهران: بنیاد حقوقی میزان، زمستان ۱۳۹۱)، چاپ

بیستم، ۱۱۸.

۳۴. *haya de la torre Case, Asylum, Colombia v Peru, Merits, Judgment, [1950] ICJ Rep 266, ICGJ 194 (ICJ 1950), 20th November 1950, International Court of Justice [ICJ], [http://www.icj-cij.org/docket/files/7/11973\\_2-3](http://www.icj-cij.org/docket/files/7/11973_2-3).*

سالبه به انتقای موضوع می‌گردد چراکه وقتی نتوان اراده صریح را به‌درستی بیانگر نیت کشورها به جهت تکرر مفهوم اراده دانست، موضوع احراز نیت در بحث اراده ضمنی دیگر جای خود دارد؛

سوم آنکه در شکل‌گیری گزاره حقوقی تفسیر اراده به‌غیراز خود «راوی» گزاره که در حقوق بین‌الملل «کشور» است، توسط هیچ مخاطبی منطبق با اراده اولیه راوی یا ایجادکننده گزاره حقوقی نمی‌باشد، لذا اراده‌گرایی به‌طورکلی بحثی پرمسئله قلمداد می‌شود و همیشه زمینه‌ای برای انکار اراده توسط ایجادکننده گزاره حقوقی (خود کشور) باقی می‌ماند. لازم به ذکر است که در اراده‌گرایی خود کشور است که خود را بر مبنای اراده خویش متعهد به رعایت حقوق بین‌الملل می‌سازد.

این سه اشکال تنها در مقام ایجاد گزاره حقوقی قابل طرح است، اما اشکالات به همین‌جا منتهی نمی‌شود. حتی اگر گزینه‌ای حقوقی در معنی صحیح آن طبق نظریات پوزیتیویستی شکل گرفته باشد و اراده کشور به‌طور دقیق قابل استخراج باشد، بحث تفسیر گزاره حقوقی در مراحل بعدی بحثی پرچالش‌تر است. لازم به ذکر است این انتقادات قابل‌تعمیم به مبنای فلسفی - حقوقی اعتبار معاهدات بین‌المللی که در پوزیتیویسم حقوقی مطرح می‌شود نیز می‌باشد.<sup>۳۵</sup>

#### ۴-۱- جایگاه تفسیر (پست‌مدرنیسم و نقد روش تفسیر گزاره حقوقی بر مبنای پوزیتیویسم)

کلسن به‌عنوان یک حقوق‌دان پوزیتیویست معتقد بود که صرف مراجعه به متن و گزاره حقوقی اساساً معنی مشخصی به‌دست نمی‌دهد و تا اینجا ظاهراً با پست‌مدرنیست‌ها هم‌عقیده است؛ اما وی در مرحله بعد معتقد بود که با اعمال اصول قبلی و بعدی قاعده حقوقی موردنظر در هرم ناشی از قاعده اعظم (بنیادین) می‌توان به معنای دقیق قاعده حقوقی دست یافت.

اما در رهیافت پست‌مدرنیستی با تکیه بر «عنصر زبانی» موردنظر ویتگنشتاین می‌توان از یک گزاره حقوقی مفاهیم متعددی را تفسیر و استنباط کرد. به‌خصوص آنکه گزاره حقوقی متشکل از مواد مختلفی باشد که بر روی هم تأثیرگذار باشند، مثل کنوانسیون‌ها که معمولاً از مواد مختلفی شکل می‌گیرند. در انتقاد به پوزیتیویسم حقوقی‌ای که «اصل وفای به عهد را

<sup>۳۵</sup>. Ulrich Fastenrath, "Relative Normativity in International Law," *European Journal of International Law* 4 (1993): 312.

به‌عنوان اصل بنیادین حقوق بین‌الملل» مورد توجه قرار می‌دهد با توجه به «عنصر زبانی» می‌توان چنین عنوان داشت که<sup>۳۶</sup> آنچه در این حالت تفسیر را محدود می‌سازد، آن است که حقوق به‌عنوان یک «واقعیت» از قبل وجود داشته باشد که در این حالت نیز عملاً تشخیص اراده واقعی در چهارچوب اعمال «اصل وفای به عهد» با مشکل مواجه می‌شود. چون حقوقی که از قبل موجود است، نمی‌تواند مبنای اعمال اصل وفای به عهد شود و در این حالت یک «دور باطل» محقق می‌شود. این مسئله فقط تئوریک نیست بلکه در عمل هم کشورها به جهت احساس خطر از ناحیه تعارض تفاسیر با اراده اولیه آنها، مبادرت به صدور اعلامیه‌های تفسیری می‌نمایند و به عبارت دیگر اعلامیه تفسیری تنها در مقام حل این مشکل از سوی کشورها صادر می‌شود. از سوی دیگر در عمل ممکن است در خصوص یک کنوانسیون، اعلامیه‌های تفسیری متعارض صادر شود که منجر به شکل‌گیری تعهدات نامتوازی برای کشورهای مختلف شود. در بسیاری از موارد نیز که اعلامیه تفسیری وجود ندارد، باز کماکان اصل مشکل به شرح فوق خودنمایی می‌کند.

در خصوص نظر دیگر کلسن که عنوان داشته بود گزاره‌های قبلی و بعدی در هرم تشکیل‌دهنده حقوق محدودکننده دامنه تفسیر می‌باشند، چنین استدلال می‌شود از آنجا که ترتیب قواعد قبلی و بعدی گزاره حقوقی مورد تفسیر در نظر افراد مختلف می‌تواند متفاوت باشد، لذا تفاسیر نیز حتی بدون توجه به «عنصر زبانی» می‌تواند متفاوت باشد. از سوی دیگر با توجه به بحث «عنصر زبانی» ابتدا باید حقوق، بدون عنصر اصل وفای به عهد وجود داشته باشد تا بتوان تفسیری مبتنی بر واقعیت در تفاسیر وارد نمود. همین انتقادات بر پوزیتیویسم مبتنی بر اراده‌گرایی هم وارد است.

موضوع دیگری که در بحث تفسیر گزاره‌های حقوقی قابل طرح است بحث هرمنوتیک است. در بحث هرمنوتیک که از آن به‌عنوان یکی از شاخصه‌های پست‌مدرنیسم یاد می‌شود، می‌توان گفت که رویکرد هرمنوتیک قائل به وجود حقوق بین‌الملل به‌عنوان برآیند مجموعه‌های قانونی متعدد و متکثر در قالب نظام‌های حقوقی مختلف در سطح نظام بین‌الملل است. به عبارتی دیگر رویکرد هرمنوتیک حقوق بین‌الملل را به‌عنوان یک مجموعه قانونی واحد در سطح نظام بین‌الملل نمی‌پذیرد بلکه آن را متشکل از مجموعه‌های قانونی متعددی می‌داند که در سطح نظام بین‌الملل پراکنده هستند. این مجموعه‌های قانونی همان

۳۶. Ibidem.

نظام‌های حقوقی مختلف بوده که در عین حال که خود متشکل از چند نظام حقوقی ملی هستند اما از منظر حقوق بین‌المللی همانندی‌ها و یکسانی‌های زیادی بین آنها وجود داشته که این مشابهت‌ها به‌عنوان اصول کلی حقوقی در عرصه حقوق بین‌الملل قابل مشاهده است.<sup>۳۷</sup> لذا با توجه به این تکرار، تنها تفسیر صحیح بر پایه واقعیات و حقوق موجود محقق می‌شود نه ارزیابی اولیه اراده تابعان.

از سوی دیگر حتی می‌توان دایره تردید در شناسایی اراده در هرمنوتیک را بسیار گسترش داد. در این راستا مبنای هرمنوتیک در حقوق بین‌الملل، بحث نسبی بودن و ابتدای کامل تفسیر بر نظرات مفسر قلمداد می‌شود. نظرات مفسر ممکن است با توجه به نگاه شخصی وی به واقعیات یا با توجه به نظر شخصی مفسر دایر بر یک پایه جزئی و ذهنی خاصی که ممکن است با نظر کشور ایجادکننده قاعده متفاوت باشد، شکل گیرد. به عبارت دیگر در هر حال نگاه مفسر اهمیت اساسی را در تفسیر بیان می‌کند.

به هر حال بر پایه هرمنوتیک به‌نوعی احراز دقیق اراده یک کشور در تن دادن به یک قاعده بین‌المللی بسیار بعید به نظر می‌رسد، چراکه احتمال تفاوت در نظر تفسیری مفسر با نظر کشور قبول‌کننده تعهد، زیاد است. این موضوع به‌نوعی مباینیت هرمنوتیک با پوزیتیویسم حقوقی را هرچه بیشتر عیان می‌کند.

تعبیر دیگری که از هرمنوتیک مطرح شده تقدم تفسیر بر نشانه‌هاست که این تعبیر هم به‌نوعی با اراده‌گرایی مباینیت دارد چراکه برای مفسر اعتبار اساسی قائل می‌شود نه اراده کشور بیان‌کننده اراده.

## ۵- اعتبار اشکال مختلف قواعد حقوقی

قواعد یا گزاره‌های حقوقی در عرصه بین‌المللی از لحاظ ضرورت اجرا به سه دسته زیر تقسیم می‌شود:

- ۱- قواعد آمره؛ ۲- قواعد عام‌الشمول؛ ۳- قواعد اختیاری.

۳۷. علی محمودی، «هرمنوتیک در حقوق بین‌الملل»، تاریخ تحریر ۱۳۸۹/۰۸/۲۵، <http://yaserziaee.blogfa.com/post-247.aspx> (تاریخ مراجعه به سایت ۲۶ مهر ۱۳۹۳).



از منظر پوزیتیویسم، قاعده آمره قاعده‌ای است بین‌المللی که توسط کشورها به‌طور خاص و جامعه بین‌المللی به‌طور عام به‌گونه‌ای ارادی در عرف بین‌المللی پذیرفته شده و تخطی از آن به‌هیچ‌وجه عملی نیست.<sup>۳۸</sup>

درعین‌حال هیچ روش مشخصی درباره شناخت ماهیت این قواعد و بیان چگونگی رسیدن یک قاعده به این مرحله وجود ندارد. به‌طور عملی از این مفهوم درخصوص مسائلی مانند نسل‌کشی، جنایت جنگی، جنایت علیه بشریت، دزدی دریایی، تجارت برده و تجاوز یک کشور به کشور دیگر استفاده می‌شود. اکثر حقوق‌دانان قواعد آمره را بیشتر بر مبنای حقوق طبیعی قابل توجیه می‌دانند تا پوزیتیویسم حقوقی؛ اما با این حال این مفهوم توسط پوزیتیویسم حقوقی هم قابل توجیه است. شاخصه‌های قاعده آمره بر مبنای پوزیتیویسم حقوقی عبارت است از:

۱- قبول قاعده آمره<sup>۳۹</sup> به‌واسطه ابراز اراده توسط کشورها و جامعه جهانی در مقطعی از

تاریخ یا شکل‌گیری گزاره حقوقی بر مبنای اراده حاکمیت؛

۲- غیرفطری بودن این قواعد؛

۳- دستوری بودن قاعده آمره بین‌المللی پس از ابراز اراده کشور؛

۴- هنجاری بودن قاعده؛

۵- قابل تغییر بودن این قواعد به‌واسطه تغییر اراده کشورها یا حکومت‌ها (برخلاف مکاتب

حقوق فطری)؛

۶- کلی و جهانی بودن قاعده.

باتوجه‌به این شاخص‌ها پوزیتیویسم حقوقی با پست‌مدرنیسم انطباق بیشتری دارد تا حقوق طبیعی؛ چراکه قاعده آمره در حقوق طبیعی کلی، مبتنی بر عقل و فطرت و دارای اصالت محتوایی و معنایی ارزیابی می‌شود.<sup>۴۰</sup>

اما انتقاداتی از جانب پست‌مدرنیسم به جایگاه مفهوم قاعده آمره در رهیافت پوزیتیویستی حقوقی و مبنای شکل‌گیری آن در پوزیتیویسم حقوقی به شرح زیر مطرح می‌شود: ۱- ابهام در مفهوم قاعده آمره و اینکه آیا شکل‌گیری خود مفهوم اولیه عبارت «قاعده آمره» مبتنی بر

۳۸. Evan J. Criddle, and Evan Fox-Decent, "A Fiduciary Theory of Jus Cogens," *The Yale Journal of International Law* 34 (2009): 331-339.

۳۹. Jus Cogens.

۴۰. محمدرضا ضیایی بیگدلی، *حقوق بین‌الملل عمومی* (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۵)، چاپ بیست و

اراده کشورها بوده است یا خیر؟ به عبارت دیگر آیا کشورها در شکل‌گیری خود مفهوم «قاعده آمره» ابراز اراده کرده‌اند یا مفهوم قاعده آمره از مکتب حقوقی دیگری حاصل آمده است؛ ۲- ابهام در روش شناخت قاعده آمره که می‌تواند با نظر مفسران متفاوت باشد؛ ۳- ابهام در نحوه ابراز اراده کشورها و جامعه بین‌المللی که مبانی آن توضیح داده شد؛ ۴- ابهام در نحوه شکل‌گیری قاعده آمره و میزان انطباق آن با اراده‌گرایی موردنظر پوزیتیویسم حقوقی؛ ۵- بحث حقوق آمره منطقه‌ای<sup>۴۱</sup> که بحثی جدید در حقوق بین‌الملل است و نافی کلی بودن قواعد موردنظر پوزیتیویسم و به نوعی تأکید بر متکثر بودن حقوق بین‌الملل دارد موضوعی که موردنظر پست‌مدرنیست‌ها در انتقاد به پوزیتیویسم حقوقی می‌باشد.

در بحث قواعد عام‌الشمول<sup>۴۲</sup> هم تا حدود زیادی همین انتقادات قابل طرح است. اما در بحث قواعد اختیاری، موضوع احراز اراده علی‌الظاهر به طریق روشن‌تری قابل بررسی است؛ اما باین حال وقتی به نحوه عمل سازمان‌های بین‌المللی که بر اساس اراده کشورها شکل می‌گیرند توجه می‌شود ملاحظه می‌شود که به اشکال مختلف ممکن است اراده کشورها موردخنده واقع شود. اولین مسئله در این خصوص تفسیر اساسنامه بر مبنای اراده ضمنی کشورهاست. در حقوق سازمان‌ها احراز اراده ضمنی کشورها در تفسیر اساسنامه امری پذیرفته شده است و بسیاری از اعمال سازمان‌ها بر پایه این تفاسیر صورت می‌پذیرد، حال آنکه همان‌طور که اشاره شد اساساً از نظر پست‌مدرنیسم تفسیر اراده اصلی در گزاره‌های حقوقی در حوزه حقوق بین‌الملل بسیار بحث‌انگیز است چه رسد به احراز اراده ضمنی.<sup>۴۳</sup>

در رسیدگی‌های داوری و قضایی بین‌المللی که پذیرش صلاحیت دیوان‌ها توسط کشورها به صورت اختیاری واقع می‌شود هم نقدهایی به مبانی استدلالی پوزیتیویسم حقوقی قابل طرح است. به این معنی که هرچند شروع رسیدگی برعهده مقام صالح از سوی کشورها قرار می‌گیرد ولی به این شیوه عملاً به قضات و داوران اجازه داده می‌شود که اراده کشورها در خصوص شکل‌گیری قواعد حقوقی را به‌طور عام موردارزیابی قرار دهند و باتوجه به کثرت قواعد در بررسی‌های حقوقی توسط قاضی و تکثر سه‌جانبه اراده راوی (خواهان) و مخاطب (خوانده) و قاضی در تحلیل گزاره حقوقی از یک سو و اعمال قواعد مختلف و متفاوت حقوقی از سوی دیگر، منجر به آن می‌شود که عملاً آرای نهایی که بر مبنای احراز اراده صادر می‌شود،

41. Reza Hasmath, "The Utility of Regional Jus Cogens" (Paper Presented at American Political Science Association Annual Meeting, New Orleans, USA, August 30-September 2012).

42. Erga Omnes.

43. Fastenrath, op.cit., 317.

همواره قابل‌تردید و نقد باشد. بحثی که به کرات تحت عنوان سیاسی بودن یا غیرحقوقی بودن آرای صادره از مراجع بین‌المللی مورد انتقاد کشورها قرار می‌گیرد.<sup>۴۴</sup>

### نتیجه

پست‌مدرنیسم از نظر بسیاری از فلاسفه مکتبی سلبی است که عقاید غامض و غیرعملی و ذهنی را برای شناخت وقایع در نظر می‌گیرد و به نظر عده‌ای گره‌های محکم بر کیسه‌های خالی می‌زند؛<sup>۴۵</sup> اما این بدان معنا نیست که در محاکم، سازمان‌ها و دیوان‌های بین‌المللی در مقام شکل‌گیری حق یا در مقام استدلال و یا در مقام احقاق حق مباحث مبتنی بر پست‌مدرنیسم مطرح نشود.

پوزیتیویسم حقوقی به‌عنوان یکی از مکاتب شناخته‌شده و غالب در روابط بین‌الملل شناخته می‌شود. در کنار هم قرار دادن اصول پوزیتیویسم و پست‌مدرنیسم به‌طور کلی محکی جدی برای راستی‌آزمایی صحت قواعد پوزیتیویسم است؛ که در مقاله سعی شده به آنها اشاره شود. تردید در مبانی پوزیتیویسم با تکیه بر نسبی‌گرایی موردنظر پست‌مدرنیسم، تفاوت در دو رهیافت در شناخت حقایق و مبانی آن منجر به آن می‌شود که در مصادیق خاص حقوقی به نتایج مختلفی نائل شویم. پوزیتیویسم حقوقی در عمل قادر به ایجاد نظام حقوقی در سطح جهان می‌باشد حال آنکه پست‌مدرنیسم با تأکید بر تفاوت نظرات و فرهنگ‌ها نمی‌تواند نظام منسجمی را در جهان ایجاد کند. همین مسئله منجر به آن می‌شود که پست‌مدرنیسم فقط شکل انتقادی داشته باشد و نه بیشتر. در خوش‌بینانه‌ترین حالت می‌تواند منجر به شکل‌گیری کثرت‌گرایی فرهنگی در جهان شود بحثی که کلی‌گرایی و وحدت حقوقی موردنظر پوزیتیویسم حقوقی را با خدشه مواجه می‌کند.

در پست‌مدرنیسم شکل قواعد حقوقی و متن اهمیت بیشتری از ایجادکننده آن دارد که این امر با اراده‌گرایی و پوزیتیویسم موردنظر کلسن مبتنی بر اصالت قاعده وفای به عهد در تناقض است. از سوی دیگر ماهیت حقوق در پست‌مدرنیسم بسیار لرزان است و در هنگام نقد پوزیتیویسم حقوقی همین مشکل بسیار خودنمایی می‌کند؛ اما به‌هرحال به جهت اهمیت فلسفی پست‌مدرنیسم و اهمیت حقوقی پوزیتیویسم حقوقی در این نوشتار تلاش شد تا مبانی دو نظریه بر هم انطباق داده شده و در مواردی که میان دو مکتب هم‌پوشانی وجود ندارد مورد بررسی قرار گیرد که در واقع مفهوم واقعی نقد همین است.

۴۴. Chimni, op.cit., 13-3.

۴۵. کهون، پیشین، ۲.

## فهرست منابع

### الف) منابع فارسی

- آلستانی مفرد، محسن. «نظریه‌های تصویری زبان و بازی‌های زبانی ویتگنشتاین». *روزنامه رسالت*، شماره ۵۹۶۱، ۱۳۸۵/۰۶/۲۲.
- برایان، مگی. *مردان اندیشه و پدیدآورندگان فلسفه معاصر*. چاپ دوم. ترجمه عزت‌الله فولادوند. تهران: انتشارات طرح نو، ۱۳۷۸.
- ذوالعین، پرویز. *مبانی حقوق بین‌الملل عمومی*. تهران: مؤسسه چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه، ۱۳۷۷.
- ضیایی بیگدلی، محمدرضا. *حقوق بین‌الملل عمومی*. چاپ بیست و پنجم. تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۵.
- عبداللهی، محمدعلی، «تقدم وجود بر ماهیت از دیدگاه سارتر و هایدگر». *پژوهشنامه فلسفه دین (نامه حکمت)* دوره ۱، شماره ۲ (۱۳۸۲): ۲۱۳-۱۹۱.
- قره‌باغی، علی اصغر. «مرگ استعاری مؤلف و تولد خواننده». *مجله گلستانه* ۴۱ (۱۳۸۱): ۶۶-۶۰.
- کهن، لارنس. *از مدرنیسم تا پست‌مدرنیسم*. چاپ چهارم. ویراستار فارسی عبدالکریم رشیدیان. تهران: نشر نی، ۱۳۸۴.
- محمودی، علی. «هرمنوتیک در حقوق بین‌الملل». تاریخ تحریر ۱۳۸۹/۰۸/۲۵ <http://yaserziaee.blogfa.com/post-247.aspx> (تاریخ مراجعه به سایت ۲۶ مهر ۱۳۹۳).
- موسوی، سید محمد. «جایگاه زبان در فلسفه سیاسی ویتگنشتاین». *دوفصلنامه علمی تخصصی علامه* ۲۵ (۱۳۸۹): ۱۷۳-۱۴۵.
- موسی‌زاده، رضا. *سازمان‌های بین‌المللی*. چاپ نوزدهم. تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۱.
- میرموسوی، سید علی، سید صادق حقیقت. *مبانی حقوق بشر از دیدگاه اسلام و دیگر مکاتب*. چاپ نهم. تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۰.

### ب) منابع لاتین

- Ago, Robert. *Encyclopedia of International Law*. Vol. 7. North Holland: Oxford, 1984.
- Chimni, B.S. "Third World Approaches to International Law: A Manifesto." *International Community Law Review* 8 (2006): 3-27, Koninklijke Brill NV, Printed in the Netherlands.
- Criddle, Evan J., and Evan Fox-Decent "A Fiduciary Theory of Jus Cogens." *The Yale Journal of International Law* 34 (2009): 331-393.
- Fastenrath, Ulrich. "Relative Normativity in International Law." *European Journal of International Law* 4 (1993): 305-340.

Hasmath, Reza. "The Utility of Regional Jus Cogens." Paper Presented at the American Political Science Association Annual Meeting, USA (New Orleans), August 30-September 2012.

Guzman, Andrew T., and Timothy L. Me. "International Soft Law." *Journal of Legal Analysis* 2(1) (Spring 2010): 173-225.

Kennedy, David. "Some Comments on Law and Postmodernism, a Symposium Response to Professor Jennifer Wickie." *University of Colorado Law Review* 62 (1991): 475-482.

Kingsbury, Benedict. "Legal Positivism as Normative Politics: International Society, Balance of Power and Lasa Oppenheims Positive International Law." *European Journal of International Law* 13 (2003): 401-436.

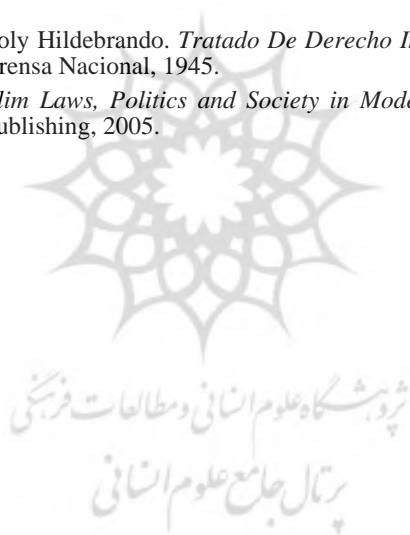
Koskenniemi, Martti, and Leino Päivi. "Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties." *Leiden Journal of International Law* 15 (2002): 553-579.

Lauterpacht, Hersch. "The Reality of the Law of Nations." In *International Law, being the Collected Papers of Sir Hersch Lauterpacht*, edited by E. Lauterpacht, 26. Cambridge: Cambridge University Press, 1970-1978.

Lyotard, Jhon Francis. *The Postmodern Condition*. Manchester: Manchester University Press, 1984.

Pompeo Pinto, Accioly Hildebrando. *Tratado De Derecho Internacional Publico*. Rio de Janeiro, Brasil: Imprensa Nacional, 1945.

Yilmaz, Ihsan. *Muslim Laws, Politics and Society in Modern Nation States*. 1<sup>st</sup> Ed. Melbourne: Ashgate Publishing, 2005.



# Journal of LEGAL RESEARCH

**VOL. XVIII, No. 1**

**2019-1**

- **A Postmodern Critique of Legal Positivism in International Law**  
Dr. Alireza Bagheri Abyaneh - Dr. Mojtaba Ansarian
- **Interpretation of the UN Security Council Resolutions**  
Yaser Salarian - Mahdi Khalili Torghabe
- **Exceptions to the Prohibition of Forced Labor in Iran's Current Laws and ILO Conventions No. 29**  
Dr. Mohammad Mazhari - Farzad Jangjooi (Kharata) - Akbar Lotfi Aziz
- **Specific Obligations of Telecommunication Services in the World Trade Organization**  
Zahra Moshref Javadi
- **Reasoning Requirement of Arbitration Awards in International Investment Disputes Settlement**  
Sepehr Hasankhanpour - Amirhosein Haghighi
- **Criminal Policy on Direct Tax Law Emphasizing the Amendment Law on Direct Tax Law**  
Dr. Aboulhasan Shakeri - Atefeh Sheikheslami
- **Combating Smuggling of Goods in the Law on Combating Trafficking in Goods and Currency Approved 2013**  
Mostafa Hasan Raeisi - Reyhaneh Khalili
- **The Effect of Personality in the Contracts in Iranian and English Laws and Judicial Precedent**  
Fatemeh Norouzi - Dr. Mahdi Ashouri - Dr. Delavar Baradaran
- **Situation of Lawyer at the Preliminary Investigation Phase**  
Dr. Seyyed Ebrahim Ghodsi - Meisam Gholamy - Amin Maleki
- **Sovereignty of the Wills and its Advent in the Rules of Conflict of Laws in the Iranian and Chinese Legal Systems**  
Vahid Yeganeh - Rouholamin Hojjati Kermani
- **Smart Contracts: Legal Agreements for the Block Chain**  
Author: Reggie O'Shields, Translators: Mahdi Naser - Dr. Hossein Sadeghi

