

سیر عقل در منظومه حقوق بین الملل

اصول اساسی روش شناسی حقوق بین الملل

ویراست دوم با تجدیدنظر و اضافات

دکتر هدایت الله فلسفی

(استاد دانشکده حقوق)

کتاب برگزیده اول در دهمین جشنواره بین المللی فارابی

فرهنگ نشر نو
با همکاری نشر آسیم
تهران - ۱۳۹۹

فهرست مطالب

پیشگفتار ویراست دوم / هفده
پیشگفتار چاپ اول / سی و هفت
فهرست علائم اختصاری / چهل و پنج

مقدمه تحلیلی / ۳

- الف) تعریف روش شناسی / ۱۸
ب) سیر تاریخی روش شناسی / ۲۱
ج) رسالت روش شناسی: تحقیق علمی / ۵۰
د) معماری بنای «تحقیق» / ۵۱
- یک: سهم «ساخته» و «داده» در تهیه و تدارک موضوع یا مضمون بحث / ۵۱
دو: تعامل موضوع معین تحقیق و روش شناسی / ۵۵
سه: تبعات مرتبط با «تعریف مفهوم» و «ابزار نظری تحلیل» / ۵۹
۱) «تعریف مفهوم» / ۵۹
۲) ابزار نظری تحلیل / ۶۱
چهار: روش شناسی خاص حقوق بین الملل عمومی: شیوه‌های علمی ساخت موضوع تحقیق / ۶۳
- ۱) حدود معین مضمون تحقیق / ۶۳
۲) نظر روشن و مناسب / ۶۶
۳) صورت‌بندی مسأله یا فرضیه تحقیق / ۷۴
۴) تعیین حدود لوازم تحقیق / ۸۰

فصل اول: گونه‌گونی روش‌های علمی در حقوق بین الملل / ۸۵

بخش اول: تحقیق فنی درباره حق بر جدایی طلبی / ۸۹

■ حقیقت فنی حق بر جدایی طلبی / ۹۵

بخش دوم: تحقیق فلسفی درباره حق بر جدایی‌طلبی / ۹۷
■ حقیقت فلسفی حق بر جدایی‌طلبی / ۱۰۶

فصل دوم: علوم و روشهای تحلیل حقوق بین‌الملل / ۱۱۱

بخش اول: فن حقوقی یا دگماتیک حقوقی / ۱۱۴

بند یکم: تعیین و تفسیر متودولوژیک مقررات حقوقی در مفهوم خاص کلمه / ۱۱۵

یک) توزیع قدرت در نظام اجتماعی / ۱۱۵

دو) ساختار ارگانیکی جامعه / ۱۱۶

سه) نوع حقوق حاکم بر جامعه / ۱۱۶

چهار) میزان اتحاد جامعه و توازن ایدئولوژیک / ۱۱۶

الف) سیر تحوّل تاریخی «تفکر حقوقی» / ۱۲۰

ب) مبنای اساسی مکتب تفسیر لفظی / ۱۲۶

بند دوم: نظریه‌های تفسیر: بینشهای مضیق و موسّع و بسیار موسّع «تفسیر» / ۱۳۲

الف) بینشهای مضیق / ۱۳۲

ب) بینشهای موسّع / ۱۳۴

ج) بینشهای بسیار موسّع: بینشهای هرمنوتیکی / ۱۳۷

۱. نظریه فریدریش موللر: «تفسیر»: انتخاب معنا بر مبنای الگوی ارزشها / ۱۳۷

۲. نظریه ولفگانگ فیکنچر: «تفسیر»: یافتن و معنا کردن زمان گذشته در آینده / ۱۴۰

۳. نظریه مارتین کريله: «تفسیر»: رسیدن به نتیجه‌ای خردمندانه / ۱۴۴

۴. نظریه روبرت الکسی: «تفسیر»: تمرکز بر ارزشها و اولویتهای حیات

اجتماعی / ۱۴۸

۵. نظریه یوزف ایسر: «تفسیر»: توجه به اصول کلی، مواضع، مفاهیم و بینشهای کلی

حقوق / ۱۵۳

۶. نظریه‌های متمایل به پوزیتیویسم: نظریه معتدل کارل لارنز: «تفسیر»: موازنه میان

«امنیت» و «عدالت» / ۱۵۷

نخستین حلقه تفسیر و توسعه حقوق / ۱۵۸

دومین حلقه تفسیر و توسعه حقوق / ۱۶۰

سومین حلقه تفسیر و توسعه حقوق / ۱۶۱

۷. نظریه‌های وفادار به پوزیتیویسم: نظریه ارنست فورستهورف: «تفسیر»: پاسداری از

اصل «تفکیک قوا» / ۱۶۳

■ حاصل کلام: سهم «هرمنوتیک حقوقی» در تعیین و تفسیر «قاعده حقوقی» / ۱۶۴

بند سوم: «تفسیر» در حقوق بین‌الملل: فهم جلوه‌های درونی و بیرونی «قاعده حقوقی» در

«زمان» / ۱۶۷

الف) فرایند «تفسیر» و عمل «تصدیق» / ۱۶۷

- ب) نمود بارز هرمنوتیک در تفسیر تکاملی: بازبینی و بازاندیشی «متن» / ۱۷۱
یک: تفسیر تکاملی درون‌زا / ۱۷۳
دو: تفسیر تکاملی برون‌زا / ۱۷۹
- بند چهارم:** جلوه‌های عملی تفسیر بسیار موسّع (هرمنوتیک معتدل): اقتدار «قاضی بین‌المللی» در یافتن «قاعده کلی» / ۱۸۲
- الف) شناسایی قواعد کلی / ۱۸۷
یک) نسبی بودن رویه دولتها / ۱۸۸
دو) تقدّم ضرورت عینی بر رویه دولتها / ۱۹۰
سه) اولویت انصاف بر رویه دولتها / ۱۹۲
چهار) بی‌اثر بودن رویه دولتها در برابر اصول اولیه بشردوستانه / ۱۹۴
- ب) منزلت قواعد کلی در نظام بین‌المللی / ۱۹۵
ج) تأملات حقوقی درباره «قاعده کلی» در آراء دیوان / ۲۰۰
د) قاضی بین‌المللی و «قاعده آمره» / ۲۰۳
- بخش دوم:** روش تحلیل علمی / ۲۱۲
- بند اول:** در جست و جوی منزلت مفهوم «حقوق بشر» در «نظام بین‌المللی معاصر» با استفاده از روش‌شناسی تحلیل علمی / ۲۱۴
- الف) مسؤولیت نقض تعهدات ايجابية / ۲۱۶
ب) پیوند میان مسؤولیت دولتها و نظریه تعهدات بین‌المللی / ۲۱۸
ج) عمل «خلاف بین‌المللی» و «تعهدات بین‌المللی» دولتها / ۲۲۰
د) مقدمات منطقی در روش‌شناسی تحلیل علمی: لزوم برقراری سازش میان مسأله «حقوق بشر» و کلیت سیستم حقوق بین‌الملل / ۲۲۲
ه) تأثیر «نظریه حقوق بشر» بر حقوق بین‌الملل معاصر / ۲۲۴
یک: تغییرات کلی و ساختاری / ۲۲۴
دو: تغییرات در منابع حقوق بین‌الملل / ۲۲۸
سه: تحوّل در مضمون قواعد اولیه حقوق بین‌الملل / ۲۳۲
چهار: تحولات و تغییرات پی در پی در مجموعه قواعد ثانویه بین‌المللی / ۲۳۶
- بند دوم:** در جست و جوی منزلت اصول «مداخله مبتنی بر رضایت» در نظام بین‌المللی معاصر با استفاده از روش‌شناسی تحلیل علمی / ۲۴۴
- الف) تداوم اصول کلی قابل اعمال بر مداخلات مبتنی بر رضایت / ۲۴۸
یک: رعایت چارچوب «رضایت» / ۲۴۸
دو: بی‌اعتباری درخواست مداخله بیگانه از جانب گروههای مخالف / ۲۵۱
سه: مرجعیت مؤثر دولت خواهان مداخله / ۲۵۴
ب) نظارت شورای امنیت بر مداخلات مبتنی بر «رضایت» / ۲۵۶
یک: تعاملات روزافزون مداخلات مبتنی بر «رضایت» و حقوق امنیت جمعی / ۲۵۶
دو: راههای پیوند «امنیت جمعی» به «مداخله مبتنی بر رضایت» / ۲۵۹

بخش سوم: روش جامعه‌شناختی / ۲۶۹

بند اول: رهیافت جامعه‌شناختی مداخلهٔ بشر دوستانه در عرصهٔ روابط بین‌الملل / ۲۷۱

(الف) تحلیل قدرت واحد جهانی از مفهوم «توسل به زور» / ۲۷۱

(ب) بازبینی و بازاندیشی تحلیل قدرت واحد جهانی از مفهوم «توسل به زور» / ۲۷۶

یک: مسألهٔ مداخلهٔ بشر دوستانه / ۲۷۹

دو: جنگ عادلانه و «حقوق بعد از جنگ» / ۲۸۳

(۱) تناسب و شفافیت / ۲۸۴

(۲) مشروعیت خواسته‌ها / ۲۸۵

(۳) تفکیک مبارزان از غیرمبارزان / ۲۸۵

(۴) تنبیه بجا و درست (الف) / ۲۸۵

(۵) تنبیه بجا و درست (ب) / ۲۸۵

(۶) جبران خسارت / ۲۸۵

(۷) بازسازی / ۲۸۶

سه: «حقوق بعد از جنگ» و مداخلهٔ بشر دوستانه / ۲۸۷

(۱) تناسب و شفافیت / ۲۸۷

(۲) مشروعیت خواسته‌ها / ۲۸۸

(۳) تفکیک / ۲۸۸

(۴) تنبیه بجا و درست (الف) / ۲۸۹

(۵) تنبیه بجا و درست (ب) / ۲۸۹

(۶) جبران خسارت / ۲۹۰

(۷) بازسازی / ۲۹۱

بند دوم: تحلیلی جامعه‌شناختی از «جنگ و صلح» و «صلح و جنگ»: توسل افسارگسیخته به

«زور» برای استقرار «صلح» یا برپایی «سیستم حقوقی» برای تداوم «صلح» و استقرار

«امنیت»؟ / ۲۹۵

بخش چهارم: روش فلسفی / ۲۹۹

بند اول: تحلیل نظری «آرمان فلسفی» و ارتباط آن با «قاعده» و «سیستم حقوقی» / ۳۰۱

(الف) وجه ضبط و ثبت داده‌های بیرونی «قاعده» / ۳۰۴

(ب) وجه سازمانی «قاعده» / ۳۰۵

(ج) وجه آرمانی «قاعده» / ۳۰۵

بند دوم: وجوه سه‌گانه و سیستم بین‌المللی / ۳۰۶

(الف) تأثیر آرمانهای اصولی بر شکل‌گیری قواعد بین‌المللی مرتبط با حفظ صلح و امنیت

بین‌المللی / ۳۰۷

یک: وجه آرمانی قواعد / ۳۰۷

دو: وجه سازمانی قواعد / ۳۰۸

سه: وجه ضبط و ثبت داده‌های بیرونی قواعد / ۳۰۸

ب) تأثیر آرمانهای اصولی بر تعیین تابعان حقوق / ۳۰۹

یک: دولتها / ۳۰۹

دو: سازمانهای بین‌المللی / ۳۱۰

■ ایضاح دگماتیک / ۳۱۱

ج) تأثیر آرمانهای اصولی بر حقوق حاکم بر روابط اقتصادی بین‌المللی / ۳۱۸

یک: وجه آرمانی / ۳۱۸

دو: وجه سازمانی / ۳۱۹

سه: وجه ضبط و ثبت داده‌های بیرونی / ۳۱۹

■ ایضاح دگماتیک / ۳۲۱

بند سوم: کار «آرمان» در سیستم حقوقی بین‌المللی / ۳۲۲

الف) کار آرمان در داخل سیستم حقوقی بین‌المللی / ۳۲۳

یک: «نفی» / ۳۲۳

دو: «تأیید» / ۳۲۴

سه: پیش‌دستی / ۳۲۴

ب) کار «آرمان» از لحاظ کل سیستم حقوقی بین‌المللی / ۳۲۵

یک: حوزه «انتقال مفاهیم» / ۳۲۵

دو: حوزه «انحراف مفاهیم» / ۳۲۶

فصل سوم: مسائل متقاطع: نمایش ترکیبی رهیافتهای مختلف فنی، تحلیلی علمی، فلسفی و

جامعه‌شناختی / ۳۲۹

بخش اول: عناصر لازم تفکیک چهار رهیافت از یکدیگر / ۳۳۲

الف) ستون مربوط به خصوصیت درونی یا بیرونی ملاک اعتبار حکم علمی / ۳۳۲

مثال اول: حق مداخله بشر دوستانه - ملاک اعتبار حکم علمی / ۳۳۳

مثال دوم: مهلت معقول و متعارف - ملاک اعتبار حکم علمی / ۳۳۴

ب) گرایش دستوری یا تشریحی حکم علمی / ۳۳۶

مثال اول: حق مداخله بشر دوستانه - کارکرد حکم علمی / ۳۳۶

مثال دوم: مهلت معقول - کارکرد حکم علمی / ۳۳۶

بخش دوم: تحقیق با استفاده از دو یا چند رهیافت علمی مختلف / ۳۴۱

بخش سوم: «آزادی» و «ضرورت» انتخاب رهیافت علمی / ۳۴۴

فصل چهارم: تنوع روشها براساس مکاتب نظری / ۳۴۷

بخش اول: تقابل نظری اصالت اراده و اصالت عین / ۳۵۰

الف) اصالت اراده / ۳۵۰

- (ب) اصالت عین / ۳۵۲
- (ج) روش اراده گرا، روش عینیت گرا / ۳۵۴
- بخش دوم:** رهیافت فورمالیستی و رهیافت انتقادی: نظریه‌های متفاوت و روشهای جداگانه در عرصه تحقیقات و تتبعات حقوق بین الملل / ۳۶۰
- شکاف نظری میان رهیافت فورمالیستی و رهیافت انتقادی / ۳۶۰
- (الف) رهیافت فورمالیستی / ۳۶۱
- (ب) رهیافت انتقادی / ۳۶۲
- (ج) روش فورمالیستی - روش انتقادی / ۳۶۴
- یکم: روشهای فورمالیستی در مفهوم موسع و در مفهوم مضیق کلمه: مورد قطعنامه‌های مجمع عمومی سازمان ملل متحد / ۳۶۸
- دوم: روشهای انتقادی / ۳۶۹
- ایضاح روش شناختی: قطعنامه‌های خاص (توصیه‌نامه‌ها): پدیدار نسبت تعهدات بین المللی / ۳۷۱
- محلّ تقریر بحث: / ۳۷۳
- (الف) تکالیف دسته اول / ۳۷۳
- (ب) تکالیف دسته دوم / ۳۷۵
- (ج) تکالیف دسته سوم / ۳۷۸
- تأمل روش شناختی بر این سه دسته «تکلیف» / ۳۷۹
- یک: حقوق در حال شکل گیری «*lex ferenda*» / ۳۸۱
- دو: حقوق غیر تقنینی اما مبتنی بر همکاری / ۳۸۴
- (د) تکالیف دسته چهارم / ۳۸۶
- بخش سوم:** رهیافت ایده‌آلیستی و رهیافت رئالیستی: نظریه‌های مختلف، روشهای متفاوت / ۳۹۰
- وجه تمایز نظری میان رهیافت ایده‌آلیست و رهیافت رئالیست / ۳۹۰
- (الف) رهیافت ایده‌آلیستی / ۳۹۱
- (ب) رهیافت رئالیستی / ۳۹۴
- رهیافت ایده‌آلیست و رهیافت رئالیست: تعریف تروریسم / ۳۹۷
- (ج) روش ایده‌آلیستی - روش رئالیستی / ۳۹۷
- ایضاح ۱: رهیافت ایده‌آلیستی در حوزه مفهومی «حقوق بشر»: منزلت ایده‌آلیستی «حقوق بشر» در نظامهای ملی و بین المللی / ۴۰۱
- ایضاح ۲: رهیافت رئالیستی در حیطه اقدامات شورای امنیت ملل متحد / ۴۳۰
- (۱) تقابل دو مفهوم: «مسئولیت حمایت» و «حمایت مسؤولانه» / ۴۳۴
- (الف) تقابل نظری / ۴۳۴
- (ب) تقابل عملی: شورای امنیت و مسأله سوریه / ۴۳۸

- (۲) اصول مربوط به نظارت بر اجرای عملیات نظامی شورای امنیت / ۴۴۰
- (الف) محدودیت عملیاتی و زمانی جواز توسل به زور / ۴۴۱
- (ب) مداخله نظامی بر اساس منطوق و مفهوم «حکم» و محدوده هدفهای تعیین شده در قطعنامه شورای امنیت / ۴۴۲
- (ج) ضرورت و تناسب مداخله و رعایت آنها در چارچوب حقوق بین الملل / ۴۴۳
- (د) تقویت آیینهای نظارت بر اقدامات دولتهای شرکت کننده در عملیات مُجاز / ۴۴۶
- (۳) مسؤولیت حمایت: آرمانی دیرینه در قالبی نو / ۴۴۸
- (الف) قالب نو / ۴۴۸
- (ب) آرمان دیرینه / ۴۵۱
- (۴) مسؤولیت حمایت، حمایت مسؤولانه؛ آیینهای تضمینی: مفاهیم نو و ابزارهای کهنه / ۴۵۴
- ایضاح ۳: «انسان» در میانه اسطوره و تاریخ
- رهیافتهای فلسفی، تاریخی و عمل گرا در حیطه نظام بین المللی «حقوق بشر» / ۴۵۸
- (الف) رهیافت فلسفی / ۴۵۸
- یک: جدایی فلسفه و حقوق / ۴۵۹
- دو: جدایی حقوق و عدالت / ۴۶۱
- (ب) رهیافت تاریخی «حقوق بشر» / ۴۶۳
- یک: مجادله بر سر مفهوم «حقوق بشر» / ۴۶۳
- دو: مبنا و ریشه تاریخی مفهوم «حقوق بشر» / ۴۶۴
- (۱) اصالت فرد / ۴۶۴
- (۲) برتری فرد و سازمان روابط میان فرد و جامعه / ۴۶۷
- (۳) جهانی بودن مفهوم «حقوق بشر» / ۴۶۹
- (ج) رهیافت عمل گرای «حقوق بشر» / ۴۷۰
- یک: «مجادله» در نظام بین المللی حقوق بشر / ۴۷۱
- دو: مقدمات اولیه نظام بین المللی حقوق بشر / ۴۷۳
- (۱) اصل بنیادین: «شان و منزلت انسانی» / ۴۷۵
- ریشه شناسی اصل «شان و منزلت انسانی» / ۴۷۶
- (۲) اصول اساسی: آزادی، برابری، همبستگی / ۴۷۸
- (۳) اصول ساختاری: دموکراسی، کثرت باوری، صلح، حکومت قانون / ۴۷۹
- (۴) اصول انسجام: جهان روایی، پیوستگی متقابل، تفکیک ناپذیری / ۴۸۰
- سه: شرایط جلد / ۴۸۱
- چهار: زمینه های جلد / ۴۸۴
- (۱) مباحثه بر سر مفهوم «صاحب حق» / ۴۸۴
- (۲) جلد بر سر «موضوع حق» / ۴۸۶

- ۳) مباحثه بر سر اجرای حقوق بشر / ۴۸۷
 پنج: طرفهای جدل / ۴۹۰
 (۱) «قدرت» / ۴۹۱
 (۲) شخص / شهروند / ۴۹۳
 (۳) جامعه مدنی / ۴۹۵

فصل پنجم: پدیدارشناسی جامعه و حقوق بین الملل / ۴۹۹

بخش اول: جامعه بین المللی / ۵۰۹

- الف) جامعه ارزشها - جامعه قراردادی / ۵۰۹
 ب) نشانه‌های تاریخی مفهوم «جامعه بین المللی ارزشها» در غرب / ۵۱۶
 یک: جوامع ابتدائی / ۵۱۶
 دو: رواقیون و اندیشه بشریت واحد / ۵۱۸
 سه: جمهوری مسیحی و سده‌های میانه / ۵۲۱
 چهار: اندیشه «جامعه بین المللی ارزشها» در آثار متفکران اسپانیا / ۵۲۲
 پنج: قرن نوزدهم و اتفاق اروپایی / ۵۲۸
 شش: قرن بیستم و بازگشت «جامعه بین المللی ارزشها» / ۵۲۹
 ج) مفاهیم مختلف «جامعه بین المللی ارزشها» / ۵۳۱
 یک: «جامعه بین المللی ارزشها» / ۵۳۲
 دو: ویژه جامعه بین المللی ارزشها / ۵۳۳
 سه: جامعه نهادین / ۵۳۵
 د) جامعه قراردادی یا جامعه ارزشها؟ / ۵۳۶
 ۱. غیرمتمرکز بودن «جامعه قراردادی بین المللی» / ۵۳۷
 ۲. فقدان همبستگی واقعی در «جامعه قراردادی بین المللی» / ۵۳۷
 ۳. گسستگی جامعه قراردادی بین المللی / ۵۳۸
 یک: بی نظمی در اعمال قدرت / ۵۴۳
 دو: سستی مقررات حقوق بین الملل / ۵۴۵

بخش دوم: نظام بین المللی / ۵۵۰

- الف) فرایند انسانی کردن تدریجی حقوق بین الملل / ۵۵۰
 ب) «حقوق ملل» جدید: حقوق بین الملل برای کل بشریت / ۵۵۳
 یک: مبانی / ۵۵۴
 دو: تابعان حقوق / ۵۵۶
 سه: ساخت مفهومی / ۵۵۹
 چهار: اصول بنیادین بشریت / ۵۶۱
 پنج: حکومت قانون یا اولویت «حقوق» در جوامع ملی و بین المللی / ۵۶۵
 ■ نگاه آخر: واقعیتها خود سخن می‌گویند / ۵۶۷

فصل ششم: تحلیل علمی «نظام حقوقی»: جدال نورماتیویستیهای محض با نورماتیویستیهای معتدل

و داوری پسانورماتیویستیها بر سر «حقیقت علم حقوق» / ۵۷۱

بخش اول: تحلیل نورماتیویستی محض / ۵۷۷

الف) نظریه کلسن / ۵۷۷

ب) نظریه هارت / ۵۸۰

بخش دوم: تحلیل‌های نورماتیویستی معتدل / ۵۸۲

الف) نظریه سانتی رومانو / ۵۸۲

ب) نظریه پسانورماتیویستیها / ۵۸۴

بخش سوم: اوصاف نظام حقوقی / ۵۸۶

الف) کارآیی «نظام حقوقی» / ۵۸۶

ب) وحدت «نظام حقوقی» / ۵۸۷

ج) پیوستگی و هماهنگی «نظام حقوقی»: مسأله تناقض مقررات / ۵۹۰

د) جامعیت «نظام حقوقی» / ۵۹۱

■ ایضاح / ۵۹۲

■ «علم حقوق» پدیداری پر رمز و راز / ۵۹۲

بخش چهارم: «علم حقوق» و «ارزشهای مورد قبول جامعه»: نگاهی متدولوژیک / ۵۹۲

الف) «علم حقوق»، شارح ارزشها / ۵۹۲

ب) رابطه میان نظامهای حقوقی / ۵۹۳

■ تعدد نظامهای حقوقی / ۵۹۴

■ نوع رابطه نظامهای حقوقی با یکدیگر / ۵۹۵

بخش پنجم: اصل بی‌طرفی ارزش‌شناختی در تجزیه و تحلیل علمی مسائل حقوقی / ۵۹۶

بخش ششم: صورت‌بندی نقل‌قولهای مستند / ۶۰۲

الف) منابع مستقیم و غیر مستقیم / ۶۰۲

ب) کمیّت و تنوع منابع / ۶۰۵

ج) صراحت و درستی منابع / ۶۰۶

فصل هفتم: تحلیل منطقی نظام بین‌المللی – روش‌شناسی منطقی حقوق بین‌الملل / ۶۰۷

الف) جامعه دولتها و حقوق بین‌الملل / ۶۰۹

ب) استدلال حقوقی در قلمرو حقوق بین‌الملل / ۶۱۵

بخش اول: نظم منطقی قواعد حقوقی / ۶۱۶

بند یکم: ساخت منطقی قضایای حقوقی / ۶۱۹

الف) شکل منطقی قضایا / ۶۱۹

ب) واقعه حقوقی و قاعده حقوقی / ۶۲۰

بند دوم: مراحل مختلف استدلال حقوقی / ۶۲۱

الف) کبرای قیاس / ۶۲۱

یک: فرضیه حقوقی / ۶۲۲

دو: قاعده یا حکم قضیه / ۶۲۸

ب) صغرای قیاس / ۶۳۰

یک: ادله اثبات دعوی در حقوق بین الملل / ۶۳۲

دو: تصدیق ماهیت حقوقی وقایع / ۶۳۸

بخش دوم: روشهای منطقی تفسیر و اجراء مقررات حقوق بین الملل / ۶۴۵

الف) آمیختگی تفسیر و اجراء قاعده حقوق بین الملل / ۶۴۵

ب) تأثیر متقابل تفسیر و اجراء در یکدیگر / ۶۴۷

یک: تفسیر انتزاعی قاعده / ۶۴۷

دو: تفسیر قاعده از طریق توصیف اوضاع و احوالی که اجرای قاعده منوط به تحقق آنها

شده است / ۶۴۷

سه: تفسیر قاعده از طریق اجراء / ۶۴۹

بند یکم: تفسیر: انطباق عناصر اساسی موارد عینی بر مفاهیم انتزاعی قاعده حقوقی / ۶۵۱

الف) منابع صوری تفسیر / ۶۵۶

یک: نکات دستوری / ۶۵۶

دو: مفاهیم اعتباری / ۶۵۷

سه: مسائل منطقی / ۶۵۷

■ نقد و ارزیابی روشهای نظری حل تعارض قواعد و مقررات بین المللی / ۶۶۰

چهار: تدابیر حقوق بین الملل موضوعه برای حل تعارض قواعد و مقررات

بین المللی / ۶۶۰

۱. تدابیر خاص / ۶۶۰

۲. تدابیر عام / ۶۶۲

پنج: مسائل خاص / ۶۶۴

۱. اعتبار زبان معاهده / ۶۶۴

۲. موارد سکوت و ابهام حقوق بین الملل / ۶۶۴

۱-۲. استنتاج «قاعده» از راه تمثیل / ۶۷۰

۲-۲. استنباط قاعده از طریق اصول کلی / ۶۷۱

■ ایضاح: مفهوم «خلأ» در حقوق بین الملل / ۶۷۶

الف) خلأ در مفهوم وسیع کلمه / ۶۷۶

ب) دیدگاه میانه / ۶۷۷

ج) «خلأ» در حقوق / ۶۷۸

د) انکار وجود «خلأ» در نظام حقوقی / ۶۸۰

- ب) منابع مادّی تفسیر / ۶۸۱
- یک: روش کمی توصیف فرضیه‌های حقوقی / ۶۸۲
- دو: روش کیفی توصیف فرضیه‌های حقوقی / ۶۸۳
- حقیقت عقلانی تفسیر: انتخاب مفهوم «قاعده» یا محتوای «اصل» حقوقی / ۶۸۶
- بند دوم:** روشهای منطقی اجرای مقرّرات بین‌المللی / ۶۸۸
- الف) اجرای مقرّرات بین‌المللی در پهنه اقتدارات ملی / ۶۸۸
- یک: پذیرش عام / ۶۹۰
- دو: پذیرش خاص / ۶۹۳
- سه: صلاحیت انحصاری دولتها در اجرای مقرّرات بین‌المللی / ۶۹۷
- ب) اجرای منطقی مقرّرات بین‌المللی در پهنه سازمانهای بین‌المللی / ۷۰۱
- یک: اعتبار نظام حقوقی حاکم بر سازمانهای بین‌المللی / ۷۰۲
- دو: توزیع صلاحیتها در سازمانهای بین‌المللی / ۷۰۵
- سه: نحوه اعمال اختیارات در سازمانهای بین‌المللی / ۷۰۷
۱. استقلال سازمانها در اعمال اختیارات اساسی / ۷۰۸
۲. ابتکار عمل ارگانهای سازمانهای بین‌المللی در انجام وظایف اساسی / ۷۱۱
۳. حدود استقلال عمل سازمانها در گسترش اختیارات اساسی / ۷۱۳
- چهار: صورتهای مختلف اعمال مقرّرات بین‌المللی در سازمانهای بین‌المللی / ۷۱۶
- بند سوم:** اجرای مقرّرات بین‌المللی در مراجع قضائی بین‌المللی / ۷۲۳
- یک: تأثیر زمان وقوع اختلاف در صلاحیت محاکم بین‌المللی / ۷۳۱
- دو: تأثیر مسائل موضوعی در نحوه اعمال صلاحیت مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری / ۷۳۶
۱. جنبه سیاسی مسائل مورد مشورت / ۷۳۷
۲. جنبه واقعی مسائل مورد مشورت / ۷۳۸
۳. وجود اختلاف / ۷۳۹
- سه: تأثیر نوع احکام داخلی در اقامه دعاوی بین‌المللی / ۷۴۱
- نظام بین‌المللی در ترازوی منطقی / ۷۴۳
- مقصد / ۷۴۷

پیشگفتار ویراست دوم

«حقوق» در میانه حقایق برخاسته از «عقل»

و

حقایق برخاسته از «واقعیت»

«روش» کوششی است برای ساختن

پلی میان جهان حس و جهان علم

– برتراند راسل^۱

«حقوق» موضوع شماری از فعالیت‌های علمی است. با آنکه تعیین حدود این فعالیت‌ها و تفکیک آنها از یکدیگر کار چندان آسانی نیست، و اختلاف نظر بر سر تعریف هر یک از این فعالیت‌ها همچنان باقی است، می‌توان اجمالاً به پاره‌ای از آنها اشاره کرد، مثل: جزم‌شناسی حقوقی (دگماتیک حقوقی)، آموزه حقوقی (دکترین حقوقی)، نظریه حقوق، فلسفه حقوق، جامعه‌شناسی حقوق، معرفت‌شناسی حقوقی، مردم‌شناسی حقوقی.

«جزم‌شناسی حقوقی» پهنه اصلی علم حقوق است که به تفسیر و تنظیم قواعد حقوقی اختصاص دارد و در آن از توصیف و تفسیر قواعد و همچنین تکاپوهایی علمی برای تکمیل قواعد و پُر کردن خلأهای قانونی سخن گفته می‌شود. در «جزم‌شناسی حقوقی» حقوق‌دان می‌کوشد که برای مسائل حقوقی و مشکلات عملی

(۱) براین مگی، سرگذشت فلسفه، ترجمه حسن کامشاد، نشر نی، تهران ۱۳۸۶، ص. ۲۰۰.

ناشی از تفسیر متون قانونی راه‌حلی بیابد. قاضی و وکیل دعاوی و استاد حقوق اشخاصی هستند که هر روز با جزم‌شناسی حقوقی سر و کار دارند. «دکترین حقوقی» (آموزه حقوقی) هر چند که با «جزم‌شناسی حقوقی» آمیخته است، دامنه‌اش از آن گسترده‌تر است. «دکترین حقوقی» در مفهوم وسیع کلمه عبارت است از مساعی عالم حقوق برای حل تعارض قواعد حقوقی و همچنین گستردن یا محدود ساختن دامنه مقررات حقوقی و، مهم‌تر از همه، انطباق دادن آنها با اوضاع و احوال زمان. به گفته هانری کاپیتان «دکترین مجموعه فرآورده‌های برآمده از علم حقوق است که در مقابل رویه قضائی قرار دارد و کار آن تشریح یا تفسیر «حقوق» است.^۱ اما «دکترین حقوقی» در مفهوم محدود کلمه بر آراء و اندیشه‌های علمای حقوق، آثار علمی آنها و یا حتی خود علمای حقوق دلالت دارد. نیز می‌توان گفت که «دکترین حقوقی» از لحاظ ارگانیک دربرگیرنده کلیه صاحب‌نظرانی است که درباره «حقوق» قلم می‌زنند، و از لحاظ ماهوی متضمن گفت‌مان‌ها و آثار مکتوب آنهاست. بدین ترتیب، «دکترین حقوقی» با فعالیتهای علمی گوناگونی از قبیل نظریه و فلسفه و جامعه‌شناسی حقوق مرتبط می‌گردد.

«نظریه حقوق»، در مفهومی محدود، تحلیل ابزارهای منطقی احتجاجات حقوقی است، و در مفهومی وسیع، شاخه‌ای است از علم حقوق که کارش تحلیل انتقادی نظام حقوقی بر اساس وجوه مختلف «حقوق» و پدیدارهای حقوقی است.^۲ «نظریه حقوق» که ابتدا در میانه «جزم‌شناسی حقوق» و «فلسفه حقوق» قرار داشت، در قرن نوزدهم از «فلسفه حقوق» جدا شد و در جهت مطالعه کلیت نظام حقوقی به حرکت درآمد تا آنکه سرانجام در نیمه دوم قرن بیستم به روش میان‌رشته‌ای روی آورد. حوزه مطالعاتی «نظریه حقوق» مشتمل بر چهار بخش است:

- ۱) تحلیل حقوق: مفهوم حقوق، قاعده حقوقی، نظام حقوقی، مفاهیم حقوقی، عملکرد کارگزاران حقوقی مثل قضات و قانونگذاران، منابع حقوق؛
- ۲) روش‌شناسی حقوقی: قانونگذاری، اجرای حقوق (تفسیر، خلأهای حقوقی، تناقضها و تعارضهای اصولی و قانونی، استدلالهای حقوقی)؛

1) Ph. Malaurie, "Rapport français" *Travaux de l'Association H. Capitant*, T. XXXI, 1980, Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges, pp. 84 ss.

2) M. Van Hoecke, *What is Legal Theory?*, Leuven, 1985, p. 72.

۳) نظریه علم و روش‌شناسی جزم‌های حقوقی (دگماتیک حقوقی)؛
۴) تحلیل محتوای حقوق: ارزشها و ایدئولوژیهای غیرصریح قانون، رویه قضایی و جزم‌شناسی حقوقی.

در حال حاضر، «نظریه حقوق» بر تحلیل انتقادی مفاهیم مهم یا ابزارهای حقوقی مثل قرارداد، تابع حقوق، خدمات عمومی، قوای عمومی، اعمال یک‌جانبه، سلسله‌مراتب قواعد، و بالاخره توصیف و تصدیق حقوقی تمرکز دارد.

هدفهای «نظریه حقوق» از دو جهت قابل بررسی است، یکی از جهت نظری و دیگری از جهت عملی: «نظریه حقوق» از یک طرف سعی دارد که با تشریح پدیدار حقوقی پاسخگوی ضرورت‌های نظری باشد تا پیچیدگیهای کلامی آن را از طریق رهیافتی «کل‌نگر و ترکیبی» از میان ببرد یا کاهش دهد؛ و از طرف دیگر می‌کوشد که از طریق روش‌شناسی تفسیر و فن قانونگذاری، مفاهیم و تعبیر حقوقی را که مورد استفاده «جزم‌شناسی حقوقی» است، اصلاح کند تا پاسخگوی نیازهای عملی باشد.^۱ کار «فلسفه حقوق» که فعالیتی است عقلانی برای دیدن کلیت این جهان و واقعیات موجود در آن، اصولاً نظم دادن به «زبان»^۲ است.^۳ «فلسفه حقوق» جهان را به اجزاء خود باز می‌گرداند و دوباره آنها را با تعبیرات اصلی زبان به یکدیگر متصل می‌سازد. با داشتن چنین ساختاری، «فلسفه حقوق» می‌کوشد به پرسشهایی مهم درباره «حقوق» پاسخ دهد؛ پرسشهایی از این قبیل که: «حقوق» چیست؟ «عدالت» در «حقوق» از چه مقام و منزلتی برخوردار است؟ و نیروی الزام‌آور «حقوق» از کجا ناشی می‌شود؟ البته علمای حقوق بر سر حدود «فلسفه حقوق» و خصوصاً مرزهای آن با «نظریه حقوق» همداستان نیستند.^۴

1) Cf. J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 1994.

۲) langage؛ توانایی بیان فکر و برقراری ارتباط با استفاده از سیستم نشانه‌ها؛ زبان مخصوص؛ زبان گفتاری و نوشتاری؛ شیوه کلام.

۳) در «فلسفه حقوق» ما با زبان حقوق سر و کار داریم. عقاید ما نسبت به تابع زبان روز است. هیچ‌کس از این زبان خلاصی ندارد، ولی در عین حال نباید برده آن شود. اگر هم باشند کسانی که بدون هیچ مقاومتی اسیر این زبان می‌شوند، فلاسفه حقوق با آنان به مجادله برمی‌خیزند و آنان را نقد می‌کنند.

4) Cf. *Archives de philosophie du droit*, t. 33, "La philosophie du droit aujourd'hui", Sirey, 1988; S. Goyard-Fabre et Sève, *Les grandes questions de la philosophie du droit*, Paris, PUF., Coll.

در «جامعه‌شناسی حقوق» از بینشهای نظری خبری نیست، و صرفاً از واقعیات اجتماعی سخن گفته می‌شود. با استفاده از «جامعه‌شناسی حقوق» می‌توان داده‌های تاریخی و اجتماعی را که محتوای زنده و اصیل قواعد حقوقی هستند، صبورانه استخراج کرد. در سیاق چنین مطالعاتی «حقوق» قلمروی بسته نیست، بلکه بخشی از واقعیات اجتماعی است. بر اثر چنین مطالعاتی به راحتی می‌توان از میزان تأثیر «حقوق» بر «واقعیت اجتماعی»^۱ و نفوذ «واقعیت اجتماعی» بر «حقوق» آگاه شد. بنابراین، دریافت نقاط قوت و میزان رشد و توسعه هر نظام حقوقی زمانی میسر است که آن را جزئی از حیات اجتماعی بدانیم، زیرا حیات اجتماعی فقط با «حقوق» به نظم در نمی‌آید، بلکه عواملی دیگر مثل آداب و رسوم و اعتقادات اخلاقی، مذهبی، مکتبی، سیاسی، اقتصادی و حتی موقع جغرافیایی، تراکم جمعیت، میزان قدرت نظامی، امکانات سوق الجیشی و خصوصیات قومی نیز در ساخت این نظام دخیل و سهیم است.^۲ به عبارت دیگر، هر قاعده حقوقی به محیطی معین تعلق دارد و از نیروهایی سرچشمه می‌گیرد که در فضای متعلق به آن قرار گرفته باشند. این نیروها که «ماهیت» قاعده حقوقی را تشکیل می‌دهند اگر با «صورت» قاعده سازگار شوند، وضعی مناسب برای «جامعه» پدید می‌آورند که معرف رشد و توسعه و میزان اهمیت آن «جامعه» است. از این رو، اثر هر قاعده در هر محیطی متفاوت است: بسا قاعده‌ای که در یک محیط مفید و در محیط دیگر زیانبار باشد.^۳

→

questions, 1933;

A. Renaut, L. Sosoe, *Philosophie du droit*, Coll. recherches politiques, 1991.

(۱) «واقعیت اجتماعی» یعنی آنچه بیرون از قلمرو «حقوق» قرار گرفته است و در ایجاد و بقا و زوال «قاعده حقوقی» مؤثر است.

2) Dietrich Schindler, "Contribution à l'étude des facteurs sociologiques et psychologiques du droit international", *RCADI*, 1933, t. 46, p. 237.

(۳) حقوق بین‌الملل نیز، همانند هر نظام حقوقی دیگر، قلمروی است که شناخت آن مستلزم استفاده از روش جامعه‌شناختی است، زیرا در ساخت آن عوامل غیرحقوقی زیادی نفوذ کرده است که همراه با هر استدلال حقوقی باید آنها را در نظر گرفت. به گفته یکی از صاحب‌نظران، «بحث و جدل درباره مضمون اصلی حقوق بین‌الملل فقط بخشی از تحلیل است. برای آنکه کار تحقیق به سامان برسد، باورهای بین‌المللی و سلوک دولتها و اخلاق نیز باید ارزیابی شود تا تصویری کامل از حقوق بین‌الملل پدید آید.» نک.

←

«جامعه‌شناسی حقوقی» با آنکه به‌ظاهر با «جزم‌شناسی حقوقی» در تضاد است، آن را به کمال می‌رساند. این دوروش با وجود آنکه هر یک دارای دیدگاهی متفاوت با آن دیگری است، موضوعی واحد دارند که آنها را به هم پیوند می‌دهد: «جزم‌شناسی حقوقی هر موضوعی را از درون می‌کاود، و جامعه‌شناسی حقوقی آن را از بیرون نظاره می‌کند.»^۱

در «معرفت‌شناسی حقوقی» از خاستگاه و ماهیت و میزان اعتبار دانش حقوقی بحث می‌شود. عرصه «معرفت‌شناسی حقوقی» اساساً به مطالعه انتقادی اصول مسلم^۲، اصول موضوعه^۳، روشها، و نتایج شناخت «حقوق» محدود می‌گردد. «معرفت‌شناسی حقوقی»، بی‌آنکه به واقعیات حیات و نیازهای ملموس اجتماعی اعتناء داشته باشد، فقط بر مفاهیم محض متمرکز می‌گردد و فارغ از هرگونه منفعت واقعی به این مفاهیم نظامی منطقی می‌دهد. هدف «معرفت‌شناسی حقوقی» آن است که از طریق تفکر، راههای رسیدن به ساخت حقوقی را هموار سازد. «معرفت‌شناسی» اصولاً به آنچه باید باشد، منعطف است و «حقوق» به آنچه هست توجه دارد.^۴

→

Elihu Root, "Public Opinion and Foreign Policy", *Special Supplement to Foreign Affairs*, Vol. IX, no. 2 in *Ibidem*, note 1.

به همین سبب، «برای شناخت نظام بین‌المللی کافی نیست که فقط نظم منطقی قواعد و مقررات حقوقی و سلسله‌مراتب میان آنها بررسی گردد، زیرا این قواعد مضامینی دارند که با توجه به تفاوت‌های نژادی و تاریخی ملل و نابرابری دولتها در بهره‌مند بودن از منابع ثروت و بسامان یا نابسامان بودن روابط متقابل آنها و نیازهای جدید جامعه بین‌المللی شکل گرفته است.» نک.

Ch. De Visscher, "Méthode et système en droit international", *RCADI*, t. 138, p. 67.

1) J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Thémis, PUF., Paris, 1978, p. 22.

برای مثال، با استفاده از «جامعه‌شناسی حقوقی» به راحتی می‌توان فهمید که چرا حقوق بین‌الملل فقط بخشی از روابط بین‌الملل را سازمان داده و از حل و فصل مسائلی که بر سر آنها تضادهای سیاسی بسیار وجود دارد، عاجز مانده است. توجه به واقعیات بین‌المللی در هر تحلیل حقوقی پیوندی میان آنچه هست و آنچه باید باشد ایجاد می‌کند و یا دست‌کم از تعارض آنها می‌کاهد. در نتیجه، می‌توان گفت که هدف از مطالعه جامعه‌شناسی حقوق بین‌الملل نفی این نظام و فلسفه وجودی آن نیست، بلکه گسترش دیدگاه‌هایی است که در رشد و تکامل آن تأثیری بسزا دارد.

2) axiomes/axioms

3) postulats/postulates

4) Cf. Jean-François Perrin, "Épistémologie juridique", in André-Jean Arnaud, *Dictionnaire*

←

«انسان‌شناسی حقوقی» نیز علمی است که موضوع آن مطالعه «انسان» با توجه به محیط اجتماعی و فرهنگی او؛ و غایت آن، شناخت گونه‌های تمدنی بی‌خط در حال حاضر، و تفکرات و تأملات و کنشها و واکنشهای پیرامونی آنهاست. روشهای این علم روشهای به‌هم‌پیوسته نژادشناسی و حقوق تطبیقی است. البته می‌توان این تعریف را به تمدنهای دارای خط و همچنین تحقیقات و تبّعات مربوط به مبانی و نهادهای قانونی موجود در نظامهای حقوقی آنها که بر اساس آداب و رسوم فرهنگی مختلف شکل گرفته است، نیز تعمیم داد.^۱

موضوع «تاریخ حقوق» هم شکل‌گیری قواعد حقوقی در طی زمان است که مطالعه آنها در فهم درست وضعیّت فعلی نظامهای حقوقی بسیار مؤثر است. «حقوق تطبیقی» نیز علمی است که موضوع آن مقایسه نظامهای حقوقی و قواعد برخاسته از آنهاست. هدف از این علم، فهم بهتر غایات نظری این نظامها به‌منظور تجدیدنظر در قواعد حقوقی موجود است.

اما کار اصلی روش‌شناسی حقوقی مطالعه و تحقیق درباره روشهای تحلیل «حقوق» در محدوده علوم یادشده و بر اساس رهیافتهایی متناسب با آن علوم است. البته علوم دیگری هم هست که موضوع آنها «حقوق» است، مثل علم قانونگذاری،^۲ منطق حقوقی،^۳ زبان‌شناسی و نشانه‌شناسی حقوقی،^۴ و بالاخره روان‌شناسی حقوقی.^۵ در بیشتر این موارد، حقوقدانان در مسأله‌ای واحد از رهیافتهای مختلف استفاده کرده‌اند. در علوم سیاسی و علوم اداری نیز دیده شده است که رهیافتهای مختلف در یکدیگر تلفیق شده‌اند.^۶

→

encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, LGDJ., 1993, pp. 228-231;

Jean Piaget, *Épistémologie des sciences de l'homme*, Paris, Idées/Gallimard, 1970;

André-Jean Arnaud et..., "Une science sociale pour la pratique?", no. spécial de *Droit et Société*, 20/21, 1992.

1) Cf. N. Rouland, *Anthropologie juridique*, PUF., Coll. droit fondamental, 1990.

2) la légistique/science de la législation

3) la logique juridique

4) la linguistique et la sémiotique juridique

5) la psychologie juridique

6) J. Chevallier, *Science administrative*, Paris, PUF., Thémis, 1994.

در هر کشور، در سالهای نخستِ تحصیلی در دانشکده حقوق، در درس مقدّمه علم حقوق، به طور مختصر از وجوه و رهیافتهای مختلف «حقوق» سخن گفته می‌شود. در آثاری که به این درس اختصاص یافته است، به مسائلی از قبیل: روشهای حقوق، اخلاق، ساختارهای اجتماعی، منابع و ابزارهای حقوق، علم حقوق و تحقیقات حقوقی پرداخته شده است.^۱ با این حال، برخی از حقوقدانان گفته‌اند که «علم حقوق» یک حرکت محض توصیفی است. سایر علوم نه تنها در تحقیقات حقوقی نقش مؤثری ندارند، بلکه هریک باید صرفاً از روش خاص خود تبعیت کنند.^۲ بنابراین، حقوقدان در صورتی می‌تواند مثلاً درباره عینیت مؤثر^۳ قواعد حقوقی (حقیقت حقوقی) اظهار نظر کند که آشکارا بگوید تحقیق درباره یک چنین مفهومی به علم حقوق مربوط نمی‌شود و بررسی آن با «جامعه‌شناسی حقوقی» است؛ آنهم با این شرط که برای چنان تحقیقی از روش خاص آن علم تبعیت شود. نیز به همین ترتیب گفته شده است که برای طرح هر پرسش مربوط به «فلسفه حقوق»، محقق باید اطلاعاتی فلسفی داشته باشد. این بینش را با توجه به نگاهی که به آن انداخته می‌شود، هم می‌توان پذیرفت، و هم می‌توان غیرقابل قبول دانست. این بینش را می‌توان پذیرفت چنانچه آن را به عنوان قضیه‌ای منطقی حمل بر سخنی کنیم که احتمال صدق و کذب داشته باشد. بنابراین از آنجا که همواره می‌توان درباره چیستی «علم حقوق» به بحث پرداخت، می‌شود گفت که تحقیقات حقوقی فقط به حوزه «علم حقوق»

۱) برای مثال، نک. دکتر ناصر کاتوزیان، مقدّمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، چاپ صدم، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۴، صص. ۷۶-۸۱. استاد فقید در بخش نخست این کتاب ابتدا اصول، مبانی، هدفها و اوصاف قاعده حقوقی را بررسی کرده و سپس از دانش حقوق و شاخه‌های آن، منابع، و قلمرو اجرای حقوق سخن گفته است؛ آنگاه در بخش دوم این اثر اقسام حق، منابع حق فردی، تمکک و انتقال و زوال حق و نهایتاً چگونگی اجرای حق را تحلیل کرده است. نیز، رک.

Claude Du Pasquier, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, cinquième édition, Delachaux et Niestlé, Neuchâtel, Suisse, 1979;

Jean-Louis Bergel, *Théorie générale du droit*, Méthodes du droit, dirigé par Jean Carbonnier, Dalloz, Paris, 1985;

Jean-Louis Souriaux, *Introduction au droit*, PUF., 1987;

Alex Weill, *Droit Civil*, Introduction générale, t. 1, Dalloz, 1973.

2) Marie-Anne Cohendet, *Droit public*, Paris, Montchrestien, 1998, p. 55.

3) effectivité/effectivity

محدود نمی‌شود و برخی مسائل مربوط به «فلسفه حقوق» و «جامعه‌شناسی حقوق» را نیز در بر می‌گیرد که برای درک عمیق آنها باید از روشهای فلسفی و جامعه‌شناختی استفاده کرد. ولی چون کمتر اتفاق می‌افتد که حقوقدان، فیلسوف یا جامعه‌شناس هم باشد، عملاً تحقیق دربارهٔ چنان مسائلی منتفی می‌شود یا به اظهار نظر فلاسفه یا جامعه‌شناسان موکول می‌گردد. اما در اینجا باز همان مشکل قبلی وجود خواهد داشت، زیرا کمتر اتفاق می‌افتد که فیلسوف یا جامعه‌شناس، حقوقدان هم باشد. علاوه بر این چنانچه فیلسوف یا جامعه‌شناس به فرض بخواهد بر اساس روشهای رشتهٔ خاص خود دربارهٔ مسائل حقوقی تحقیق کند، هدف هریک از آنان این خواهد بود که در فضای مسائل فلسفی یا محیط پدیدارهای اجتماعی باقی بماند و دربارهٔ آن مسائل مطالعه کند، هرچند که این بدان معنا نیست که کار فیلسوف یا جامعه‌شناس در چنان محدوده‌ای اعتبار ندارد. سخن بر سر این است که تحقیقات اینان از لحاظ کمی و کیفی بسنده نخواهد بود. درست مثل آنکه حقوقدان بخواهد بر اساس روشهای خاص رشتهٔ علمی خود دربارهٔ بهداشت و سلامت جسم و روان تحقیق کند. مسألهٔ اصلی او در حوزهٔ چنین مسائلی، «حقوق» خواهد بود و نه «بهداشت و سلامت جسم و روان». بنابراین، باید پذیرفت که حقوقدان نیز می‌تواند به پهنهٔ تمامی علوم راه یابد، مشروط بر اینکه هریک از آنها را به استخدام رشتهٔ اصلی خود درآورد. از این رو، چنانچه مسائل حقوقی، اعم از ملی و بین‌المللی، در سیاقهای مختلف فلسفه، جامعه‌شناسی، تاریخ، نظریهٔ تحلیل علمی، معرفت‌شناسی، مردم‌شناسی، منطق، زبان‌شناسی، نشانه‌شناسی، و روان‌شناسی بررسی گردد، زمینه‌ای مساعد برای حل و فصل شماری از مسائل و مشکلات اجتماعی به وجود خواهد آمد و «جامعه» به سمت خیر مشترک متعالی و عدالت گام برخواهد داشت.

در کشور ما، این دست مطالعات از منزلتی برخوردار نیست و هرکس به تناسب معلوماتی که از اینجا و آنجا به دست آورده و در پهنهٔ گستردهٔ «حقوق» صاحب عنوانی شده است، جسورانه و بی آنکه از روش علمی معینی تبعیت کرده باشد، از «عدالت»، «خیر مشترک»، «قانون»، «نظم اجتماعی» و سایر مفاهیم آمیخته با «حقوق» سخن گفته و دربارهٔ آنها کتاب نوشته و آنها را تدریس کرده است.

تا آنجا که بر ما معلوم شده است، اصولاً «حقوق» در ایران معنا و مفهومی را ندارد که از عصر تجدّد تا به حال برای آن ساخته و پرداخته شده است. در کشور ما «حقوق»

و «قانون» دارای یک معناست، و «حکومت قانون» به معنای اطاعت بی چون و چرا از احکام و فرمانهای جاری است؛ حال آنکه «قانون» که فرمان یا حکم یا تصمیم است با «حقوق» که چارچوب عینی اختیار تصمیم‌گیری است، تفاوت دارد. چارچوب عینی اختیار تصمیم‌گیری همان اصول اساسی «حکومت قانون»^۱ است که زمینه‌ساز استقرار عدالت مبتنی بر شناسایی رسمی و قبولی بی چون و چرای ارزش متعالی شخص انسانی و همچنین فضایی امن برای بیان این ارزش در کامل‌ترین شکل آن از طریق تأسیس نهادهای لازم و بایسته است. «حکومت قانون» در مفهوم دقیق کلمه، بر حکومت مبتنی بر اصول یا همان قواعد غیرمشروطی^۲ دلالت دارد که «قانون اساسی»^۳ بر مبنای آنها شکل می‌گیرد. در «حکومت قانون» اولویت با «قانون اساسی» است. نظام «قانون اساسی» نظامی غیرمشروط است و، برخلاف آنچه محققان و روشنفکران ما گفته‌اند، با نظام «مشروطیت» تفاوت دارد. «حکومت قانون» یعنی حکومت اصول‌محور یا کنستیتوسیونالیسم.^۴ در قانون اساسی هر «اصل»،^۵ برخلاف «قاعده» یا «قانون»^۶ که به عرصه داد و ستدهای اجتماعی تعلق دارد و در نتیجه بازگوکننده اختلاف و تعارض و مغایرت است، منعکس‌کننده وظایف ارگان‌های اجتماعی است. «قانون» با قوه قهریه دولت سر و کار دارد، و «اصل» با وظایف دولت. به عبارت دیگر، «قاعده» دستور است و «اصل» مقتضای دستور.^۷ این «اصول» کلاً دلالت دارند بر: تبعیت سازمانهای اداری و قضائی از «قانون» و «حقوق»، ممنوعیت قوه مجریه از هرگونه اقدامی که مبنای تقنینی نداشته باشد، اعمال بلاواسطه حقوق و آزادیهای اساسی، تفکیک قوا، امنیت حقوقی، مسئولیت دولت (قوای عمومی)، تناسب، حق به اقامه دعوا و بهره‌مندی از تضمینات شکلی آیین دادرسی. بدیهی است فهم درست هر یک از این «اصول» و توسل به آنها در امر قانونگذاری مستلزم احاطه و تسلط کافی بر ارزشهایی است که در مبنای این «اصول» قرار گرفته و آنها را تغذیه کرده‌اند.

1) etat de droit/ rule of law

2) normes/norms

3) constitution

4) constitutionnalisme/constitutionalism

5) principe/principle

6) règle/rule; loi/law

«ارزشها» به قلمرو معنویات تعلق دارند و درک آنها مستلزم فعالیت ذهنی است. برای آنکه این ارزشها عینیت یابند، «حقوق» آنها را به صورتی معین تبیین می‌کند و در نتیجه به هر ارزش معنایی داده می‌شود که ذاتی آن نیست. به تعبیری دیگر، معرفت به ارزشها معرفت حاصل در ذهن است، به صورتی که ناگهان و بدون تأمل و استدلال عقلانی به دست می‌آید. برای مثال، معرفت به ارزشهای زیباشناختی حاصل جنبشهای درونی روح یا شهود و مکاشفه است که به خلق اثری هنری می‌انجامد. «مکاشفه و شهود عین درک زیبایی است، اما زیبایی صفت ذاتی اشیاء نیست، بلکه در نفس بیننده است، زیرا نتیجه فعالیت روحی کسی است که زیبایی را به اشیاء نسبت می‌دهد یا در اشیاء کشف می‌کند... بدین اعتبار، زیبایی یکی از فعالیتهای روح است؛ منتها این فعالیت رخ نمی‌دهد مگر در برابر محرکی از عالم خارج یا حتی از عالم خیال، و همینکه اثر چنین انگیزه‌ای با جنبش درونی روح یکی باشد، زیبایی پیدا می‌شود. این اتحاد و عامل پیدایش زیبایی در اصطلاح بندتو کروچه expression یا «بیان» نامیده می‌شود»^۱ ارزشهای اخلاقی نیز چنین حالتی دارند، زیرا حاصل جنبشهای ساده اراده هستند که خود را در سلوک درونی نفس مستور ساخته و بر هر طرح و صورت عقلانی تقدم دارند. از این رو، هرگاه بیان شوند، شکلی معین به خود می‌گیرند و به صورت «مفهوم»^۲ عینیت می‌یابند. تفاوت «ارزش» و «مفهوم حقوقی» نیز همین است: «ارزش» حاصل فعالیت عقلانی است، اما «مفهوم» زمانی پدید می‌آید که در هیأتی معین ظاهر شده باشد و در نتیجه در قبال همه^۳ قابل استناد باشد. به همین سبب مفاهیم حقوقی برآمده از ارزشها باید تا آنجا که ممکن است کلیت و دوام داشته باشند و تحت تأثیر اراده تابعان حقوق قرار نگیرند. برای مثال، مفهوم «آزادی» که در مشربهای گوناگون فلسفی به صورتهایی متفاوت معنا شده است، آنگاه که در هیأت قواعد موضوعه حقوقی ظاهر شود حد و حدودی دقیق پیدا می‌کند، هرچند که این کار هیچگاه به صورتی کامل انجام نگیرد. ظهور «ارزش» در هیأت قواعد حقوقی هیچگاه به آسانی انجام نمی‌گیرد، زیرا غالباً با موانعی از قبیل فضای اجتماعی بسته و

(۱) بندتو کروچه، کلیات زیباشناسی، ترجمه فؤاد روحانی، بنگاه ترجمه و نشر کتاب، تهران، ۱۳۵۸، صص ۶-۵ (مقدمه مترجم).

(۲) مفهوم (concept)، بازنمایی عقلانی هر چیزی است که در ذهن شکل گرفته باشد، مثل مفهوم «عدالت».

(۳) *erga omnes/ à l'égard de tous/ against all.*

یا سیستم حکومتی خودکامه، روبرو می‌شود که اجازه نمی‌دهد «حقوق» به ارزشها عینیتی را که واجد آن هستند اعطا کند. وانگهی، قاعده حقوقی هر اندازه دقیق انشاء شود و یا اقتداری مسلّم داشته باشد، باز باید مورد قبول کسانی قرار بگیرد که آن را به‌اجراء درمی‌آورند، زیرا این امکان وجود دارد تصویری که هر فرد از منافع و آینده خود دارد با آن قاعده سازگار نباشد. با این همه، و به‌رغم انتزاعی که در هر قاعده حقوقی وجود دارد، صورتی که قاعده حقوقی به ارزشها می‌دهد هیچگاه «نظری» نیست، چرا که «حقوق» بیشتر با عمل سر و کار دارد تا تفکر محض. اصولاً «حقوق» تا آنجا به ارزشها اعتنا دارد که آن ارزشها برای روابط اجتماعی مفید باشند.

ارزشهای مورد قبول «حقوق» یا ارزشهای حقوقی به «حوزه عمل» تعلق دارند و کار اصلی آنها تنظیم رفتارهای اجتماعی است. این دسته از ارزشها را ارزشهای اخلاقی نیز نامیده‌اند. این ارزشها همان ارزشهای دائم یا نظری^۱ هستند، و نه ارزشهای اخلاقی موقت یا عملی^۲ که بنا بر عقیده زُنه دکارت قواعد و دستورهای عملی معین را در بر می‌گیرند.^۳

حوزه عمل ارزشهای اخلاقی که در فرهنگ عامه به رفتارهای فرد انسانی محدود شده است، به رفتارهای انسان اجتماعی نیز تعمیم می‌یابد.^۴ از این رو، بخش اعظم ارزشهای حقوقی تحت تأثیر شدید «اخلاق» قرار دارند.^۵ برای این امر دلایلی وجود دارد: یکی آنکه ارزشهای اخلاقی و ارزشهای حقوقی در مواردی یکسان هستند، زیرا در مواردی لوازم رشد و تعالی «فرد» و ضرورتهای ابتدائی نظم اجتماعی ماهیتی واحد دارند: در تمامی نظامهای اخلاقی به ممنوعیت قتل و سرقت تصریح شده

1) valeurs éthiques

2) valeurs morales

3) Cf. René Descartes, *Discours de la méthode*, Nouveaux Classiques, Larousse, 1973, pp. 53-62.

۴) با آنکه کار اصلی «اخلاق» مهار کَششهای غریزی و عاطفی افراد و ترغیب آنها به پیروی از آرمانهای بلند بشری، و هدف فی‌نفسه آن متعالی ساختن فرد انسانی است، حوزه عمل آن به‌گونه‌ای است که انسان اجتماعی را نیز در بر می‌گیرد.

5) Cf. G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1949, no. 13-18;

L. Jossierand, *De l'esprit des droits et de leur relativités*, Paris, Dalloz, 1927, no. 254;

P. Poncela, "Le droit pénal: au nom de la loi ou malgré la loi", *Archives de philosophie du droit*, t. 25, Paris, Sirey, 1980, p. 4.

است. تنها تفاوتی که از این لحاظ میان این نظامها وجود دارد، شمار و اهمیت استثنائات وارد بر این قواعد کلی است. این قواعد با همان استثنائات در تمامی نظامهای حقوقی جهان نیز به چشم می‌خورند، ورنه چگونه می‌توان باور داشت که جامعه‌ای قادر باشد با وجود مُجاز بودن قتل و غارت همچنان به حیات خود ادامه دهد؟ در اکثر نظامهای حقوقی جهان یکسان بودن این قواعد کاملاً مشهود است؛ خواه «حقوق» در جهت «اخلاق» سیر کند، خواه احساسات اخلاقی آنچنان تند باشد که «حقوق» را تحت الشعاع خود قرار داده باشد. دلیل دیگری که این اندیشه را تقویت می‌کند آن است که انسان مطیع «حقوق» یا واضح «حقوق» همان انسانی است که تابع «اخلاق» است. البته تفکیک این قواعد ارزشی از یکدیگر در جوامعی که عوامل رشد و توسعه «حقوق» در دست حکومت است معنا ندارد. در این قبیل جوامع منافع حکومت و منطق سیاست ماهیت این ارزشها را از اساس دگرگون می‌سازد تا آن حد که اخلاق مشترک از محتوا تهی می‌گردد و میان «حاکم» و «تابع» حقوق فاصله‌ای عمیق به وجود می‌آید.^۱

از آنچه گفته شد این نتیجه به دست می‌آید که میان «اخلاق» و «حقوق» رابطه‌ای نزدیک وجود دارد. با وجود این، نباید از یاد برد که ارزشهای موجود در مبنای این دو نظام با یکدیگر تفاوت دارند. این تفاوتها از سه جهت قابل بررسی است: یکی آنکه میزان نزدیکی دو نظام مسأله‌ای موضوعی است که به تناسب زمان و مکان متغیر است.^۲ دوم آنکه بخش مهمی از «اخلاق» هنوز در بدنه «حقوق» جای نگرفته است. اما در مقابل، «حقوق» روابطی را که «اخلاق» درباره آنها سکوت کرده، به نظم کشیده است. از این جهت تلاقی «حقوق» و «اخلاق» نه تنها حوزه‌ای متغیر دارد، بلکه

(۱) البته در هر جامعه، «سیاست» اقتضا دارد که نظام حقوقی بر «اخلاق» مبتنی باشد. با این حال، چنانچه میان این دو نظام دستوری تعارضی به وجود آید، «حقوق» فقط از طریق اقدامات خشونت‌آمیز از این تعارض خلاصی می‌یابد. نک.

M. Virally, *La pensée juridique*, Paris, LGDJ., 1960, p. 26.

(۲) بررسیهای تاریخی و جامعه‌شناختی جملگی مؤید این امر است که نظامهای حقوقی جدید در مقایسه با نظامهای حقوقی پیشین به «اخلاق» کمتر توجه نشان داده‌اند. این نظامها کلاً مدعی هستند که به جای باورهای سنتی و غیرمنظم، اصولی را مورد توجه قرار داده‌اند که به کمک یافته‌های روان‌شناسی علمی و علم جامعه‌شناسی در کارآیی و تضمین قواعد رفتاری اجتماعی تأثیر بسیار داشته‌اند. نک.

همیشه جزئی است. سوم آنکه حتی در مواردی که این دو نظام با یکدیگر تلاقی می‌کنند، هیچگاه در هم ادغام نمی‌شوند، بلکه در طول یکدیگر قرار می‌گیرند. به همین سبب، قواعد حقوقی در قبال قواعد اخلاقی استقلال خود را حفظ می‌کنند، زیرا به مجموعه‌ای از قواعد دستوری مستقل پیوند خورده‌اند که ساختار آنها با ساختار قواعد اخلاقی کاملاً تفاوت دارد.

با آنکه ساختار قاعده حقوقی گویای آن است که این قاعده چگونه به مجموعه‌ای دستوری پیوند خورده و جزء جدایی‌ناپذیر آن شده، و چرا با آن مجموعه واحد مستقل و منسجمی پدید آورده است، استقلال قاعده حقوقی از قاعده اخلاقی خصوصاً در زمان اجرای قاعده حقوقی مشهود است: «پیامدهای نقض هر دستور اخلاقی جنبه‌ای درونی دارد و به‌طور مستقیم به داوری وجدان باز می‌گردد؛ حال آنکه نقض هر قاعده حقوقی پیامدی اجتماعی دارد. جنایت از لحاظ اخلاقی از همان زمان وقوع، جنایت محسوب است، اما از لحاظ حقوقی پس از مداخله قاضی جنایت قلمداد می‌گردد. علاوه بر این، امکان دارد آثار جنایت در صورتی که مشمول عفو عمومی یا مرور زمان شود، از میان برود. نتیجه آنکه در این قبیل موارد «شکل» بر «ماهیت» پیشی می‌گیرد.»¹

«حقوق» و «اخلاق» هر یک غایتی متفاوت با دیگری دارد؛ به این صورت که «اخلاق» همواره در پی تکامل «انسان» است، و «حقوق» به دنبال تنظیم روابط اجتماعی. به همین علت ارزشهای حقوقی موجودیتی مستقل از ارزشهای اخلاقی دارند؛ حتی اگر این ارزشها در مواردی با یکدیگر انطباق داشته باشند. برای مثال، بعد از جنگ جهانی دوم که دولتها به دفع جنایات جنگی مصمم گشتند، با آنکه ماهیت نفرت‌انگیز و غیر اخلاقی این جنایات بر کسی پوشیده نبود، هیچ دادگاهی قادر نبود عاملان این جنایات را محکوم کند مگر آن زمان که قاعده‌ای حقوقی اقدامات بر ضد بشریت و صلح را جنایاتی توصیف کرد که از لحاظ کیفری مستوجب مجازات است. برای آنکه ماهیت واقعی ارزشهای حقوقی آشکار شود، بهتر آن است که بگوییم این ارزشها ارزشهایی اجتماعی هستند، زیرا از آنجا که هر ارزش حکم به «خیر» می‌کند، و «خیر» مورد نظر «حقوق» همان نظم اجتماعی است، ارزش حقوقی نیز همان

ارزش اجتماعی است. این درست بدان معناست که ارزشهای حقوقی الگوی مطلوب و آرمانی روابط اجتماعی، و منزلت انسان در آن روابط، و همچنین شکل آن جامعه‌ای است که از آن روابط و این منزلت به وجود می‌آید، هرچند که این کمال مطلوب ابهام و تناقض داشته و مرزهای آن برای تابعان و واضعان «حقوق» به درستی معین نشده باشد. گذشته از این، امکان دارد که ارزشهای حقوقی فردی باشند، مثل آن ارزشهایی که در حدی وسیع از انقلاب فرانسه سر برآورد (اعلامیه ۱۷۸۹ حقوق بشر و شهروند). این احتمال نیز وجود دارد که «خیر اجتماعی» با استمرار و دوام یک سلسله حکومتی یا فره‌مندی فردی معین یکتا شود. با این همه، «خیر اجتماعی» غالباً با امید ترقی و بهروزی دسته یا طبقه‌ای اجتماعی همسان می‌گردد. البته ارزشهای حقوقی تنوع بسیار دارند و نمی‌توان همه آنها را با «اخلاق» مرتبط دانست. خیرهایی که این ارزشها با آنها مرتبط می‌شوند، به تناسب اوضاع و احوال زمانه «عدالت»، «خصال ملی»، «خانواده»، «امنیّت اشخاص و اموال و بده بستنهای حقوقی»، «نظم اجتماعی»، «اموال خصوصی»، «آزادی»، و حتی «دموکراسی»، «استقلال»، «صلح» و «بشریّت» نام گرفته‌اند. با توجه به اینکه ضرورت‌های ناشی از این مفاهیم طبعاً با یکدیگر برخورد دارند و در نتیجه «خیر اجتماعی» که نظام حقوقی بر آن مبتنی شده است در غالب موارد یکدست نیست و به تناسب اوضاع و احوال جامعه‌ای که باید با این «خیر» انتظام یابد تناقضاتی به دنبال دارد، «خیر اجتماعی» باید میان ارزشهایی که با آن مرتبط شده‌اند سلسله‌مراتبی منظم به وجود آورد.^۱ گذشته از این، ارزشهای حقوقی، یا دست‌کم اکثر آنها، در بعضی موارد با منافی که در حمایت آنها قرار گرفته‌اند، تلاقی می‌کنند. اگر به ظاهر امر بسنده کنیم، این طور به نظر می‌رسد که «منافع» و «ارزشها» دو مفهوم متعارضند. از لحاظ اخلاقی، خصوصاً اگر «اخلاق» جنبه بشردوستانه داشته باشد، این نظر با واقع امر انطباق دارد. اما از لحاظ حقوقی هرگز نمی‌توان معتقد بود که «ارزش» با «منفعت» تعارض دارد، زیرا در آن مواردی که ارزشهای حقوقی با منافع بعضی افراد برخورد پیدا می‌کنند، یقیناً بدان دلیل است که منافع خود با یکدیگر در تعارضند. در چنین حالتی کار «حقوق» آن است که این قبیل

1) Cf. J. Rawls, "La priorité du juste et les conceptions du bien", *Archives de philosophie du droit*, t. 33, Paris, Sirey, 1988, pp. 39-59.

تعارضها را با مقدم شمردن آن دسته از منافع که با ارزشهای مبنائی «حقوق» مرتبط هستند - یا چنانچه به آن منافع لطمه‌ای وارد آمده باشد، با جبران کردن آن لطمات - فیصله دهد. بدین ترتیب، می‌توان معتقد بود که «حقوق» ابزار تفکیک منافع فردی یا جمعی، و یا وسیله‌ای است برای سازش دادن آن منافع با یکدیگر، تا آنکه سرانجام زور و خشونت و یا به عبارت بهتر، رابطه قدرت از میان برخیزد و منافی که «حقوق» مشروع شناخته است بر منافع غیرمشروع غلبه کند. با این حال، اگر میان منافع مشروع تعارضی به وجود آید، اولویت به منافی داده خواهد شد که با ارزشهای عالی «جامعه» مرتبط باشند.

به‌طور کلی هر نظام حقوقی عاملی برای ارزش‌گذاری منافع است. البته این بدان معنا نیست که ارزشهای حقوقی همواره در جهتی معین سیر می‌کنند، زیرا همیشه این احتمال وجود دارد که بعضی از این ارزشها از چنان کلیت و دوامی برخوردار باشند که پس از گذشت مدت‌زمانی چند درست بر ضد آن منافی عمل کنند که در ابتدا حافظ آنها بوده‌اند. امنیت معاملات، ثبات وضعیتهای قانونی، قداست تعهدات متقابل از جمله ارزشهایی به‌شمار می‌آیند که بر حسب مقتضیات زمان و مکان بر هر منفعت معارض - از هر نوع که باشد - غلبه دارند. در موارد دیگر، این قبیل ارزشها از چنان قوت و عمقی برخوردارند که بر اساس منطق درونی خود از منافی که در ابتدا با آنها موافق بوده‌اند به تدریج فاصله می‌گیرند. مثل آن ارزشهایی که نمونه اجلای آنها «دموکراسی» است و ابتدا بر اساس آنها نظامهایی پدید آمد که فقط به مالیات‌دهندگان حق رأی در اداره امور کشور می‌داد، اما پس از چندی از این حد فراتر رفت و برای تمامی مردان و زنان قائل به حق رأی در اداره امور کشور گردید.

ارزشها و منافع نه با یکدیگر آمیخته می‌شوند و نه پیوسته در مقابل هم قرار می‌گیرند. رابطه ارزشها و منافع تابع تحولات تاریخی است. برخی منافع اصولاً متضمن ارزشهایی مثبت‌اند، چنانکه اگر بخواهند از مشروعیت یا اولویت چیزی سخن بگویند، کافی است که فقط آن منفعت (یا مصلحت) را یادآور شوند، مثل منفعت عمومی یا منفعت ملی.

به هر حال، وارد کردن «ارزش» در نظریه حقوق، یعنی پرداختن به چیزهایی که بر اساس معیارهای شناخته‌شده اجتماعی، «حقیقت»، «خوب» و «درست» به‌شمار می‌آیند، تحقیق در عناصر پایدار و ارگانیک هر نظام حقوقی است که نه تنها وجود

عینی را اسیر تصوّرات ذهنی نمی‌کند، بلکه راهی را نشان می‌دهد که با استفاده از آن، «حقوق» به نیازهای فردی و جمعی پاسخ می‌گوید. بنابراین، «ارزشهای حقوقی» بسیار واقعی هستند و رمز و رازی در آنها نهفته نیست. ولی اهمیت دادن به آنها به معنای نادیده گرفتن سهم اساسی «منافع» در ساخت مفاهیم حقوقی و رابطه موجود میان آنها نیست. با درک و شناخت درست این ارزشها می‌توان مفاهیم واقعی و تکنیکهای حقوقی و همچنین مهم‌ترین ساختهای عقلانی هر نظام حقوقی را استخراج کرد و به میزان رشد و تحوّل تاریخی آن پی برد.

اما دریغ که در دانشکده‌های حقوق کشور ما به جای آنکه از ارزشهای اخلاقی و مفاهیم حقوقی و یا اصول و مفاهیم مؤثر در پیدایش «قاعده حقوقی» سخن به میان آید، خواسته یا ناخواسته، «حکم» یا «امر» یا «دستور» قانونی، و نظر فلان یا بهمان واضع یا مفسّر مسلط بر جزمهای متصلب یا تکالیف صرف قانونی آموزش داده می‌شود. نظام آموزشی «حقوق» در ایران نظام آموزش «قانون» و ستایش از آن است. از این رو، به جای آنکه «قانون» در بوتۀ نقد قرار بگیرد، خود وسیله و ابزار نقد حیات اجتماعی شده است. در کشور ما استاد و دانشجوی حقوق خود را موظف می‌دانند که به جای تحلیل «قانون» آن را تقسیم کنند.^۱ در نتیجه، به جای آنکه «قانون» را به اجزایش بازگردانند و نقاط قوت و ضعف آن را نشان دهند، از هر «جزء» یک «کل» می‌سازند و آن را توصیف و تشریح و تفسیر می‌کنند. بدین ترتیب، اینان خود را در حصار الفاظ خشک «قانون» محبوس ساخته و تنها اشتغال خاطرشان این است که حین وضع «قانون» نیت و اراده قانونگذار شکلی چه بوده است! حقوقدانان ما عادت کرده‌اند که مبنای «حقوق» را تنها در اراده قانونگذار شکلی (مدون قانون) و نه اراده قانونگذار ماهوی یا اراده جمع که در جامعه خودرُسته معنوی افراد (ارزشهای آرمانی و اخلاقی و عقیدتی و تاریخی و فرهنگی مورد قبول اکثر افراد جامعه) شکل گرفته

(۱) تحلیل (analyse/analysis) با تقسیم (division) تفاوت دارد: تحلیل به معنای تجزیه «کل» به اجزای خود است، خواه به شکل مادی مثل تجزیه شیمیایی، خواه به شکل تصویری: «تعریف عبارت است از تجزیه مفهوم.» اما تقسیم به معنای توزیع یک موضوع به بخشهای نامعین است. تفاوت این دو آن است که اجزای موضوع از خود موضوع ساده‌ترند، اما بخشهای آن مانند خود موضوع مرکب‌اند.

است، بیابند. به همین علّت، معنا را فدای لفظ و واقعیت را قربانی ظاهر امر می‌کنند. در چنین اوضاعی، نظام آموزشی «حقوق» که کار اصلی آن باید پرورش ذهن و ایجاد زمینه برای تفکر علمی حقوقی باشد، از کار می‌افتد و فلج می‌شود. وقتی که در نظام آموزشی حقوق، در ایران، به دانشجوی این رشته یاد داده نمی‌شود که «حقوق» چگونه بر اثر نیازهای اجتماعی به وجود آمده، دارای ثبات شده و تا چه حد تکامل یافته است و به چه صورت با تحولات اجتماعی دگرگون خواهد شد، وی در حصار از قواعد متصلّب و بی‌روح محبوس می‌شود که در آن هیچ انگیزه‌ای برای تفکر و تأمل حقوقی وجود نخواهد داشت. به همین علّت نمی‌توان از او انتظار داشت که با تفکری علمی آثاری بدیع بیافریند و برای حلّ مشکلات اجتماعی راههایی کلیّ و نو ابداع کند. اکثر کسانی که در این رشته پیچیده و پُر رمز و راز به کار تحقیق اشتغال دارند، هنوز در پی یافتن نیت قانونگذار شکلی هستند و از یاد برده‌اند که «جامعه» قانونگذار است و نه سیستمی (دولتی) که باید ضامن بقاء و دوام حرکت «قانون» و حافظ ارزشهای اخلاقی و اجتماعی مردم باشد. استادان و دانشجویان ما اصولاً زمانی می‌توانند به چرایی و چگونگی «حقوق» پی ببرند و از تحولات تاریخی آن آگاه شوند که در تحقیقات و تبعّاتشان از روشهایی علمی تبعیت کنند. «روش علمی» وسیله است و نه هدف. ابزاری است که ذهن را به حرکت وا می‌دارد و باعث شکوفایی آن می‌شود. «روش» زمینه‌ساز تفکر است. پیروی از روش منظم علمی موجب می‌شود که یافته‌های نظری به صورتی دقیق بیان شوند؛ البته به شرطی که لوازم این روشها فراهم گردد و اراده آموزش آنها نیز وجود داشته باشد. این اراده آنگاه پدید می‌آید که «حقوق» در کلّ نظام آموزشی تعریف، و سپس در جایی تدریس شود که از امکانات آموزشی مطلوب برخوردار باشد. ساختمان و تشکیلات اداری وسیع «حقوقدان» پرورش نمی‌دهد. فقط استاد شایسته و دانشجوی مستعد می‌توانند کیفیت علم حقوق را بالا ببرند. در حال حاضر، کمیّت مراکز آموزشی «حقوق» در حدّی است که به هیچ وجه با میزان تقاضای بازار کار تناسب ندارد. افزون بر این، دانشجویی که از تحصیل فراغت پیدا می‌کند، توانایی استفاده از معلومات خود را ندارد و مثل هر کارمند تازه کاری که فقط به درآمد ماهانه و گذران زندگی می‌اندیشد، باید فوت و فنی خاص بیاموزد که اساساً با ضوابط علمی فرسنگها فاصله دارد، ولی با معیارهای بازار داد و ستد کالا سازگار است.

در دانشکده‌های حقوق ما نه وسایل کافی برای تحقیق در این پهنه علمی موجود است، و نه دانشجویان به قدر لازم از ذهنیتی حقوقی برخوردارند. علت آن است که در حوزه‌های دانشگاهی ما علم و بصیرت و تحقیق و تتبع که هر یک شرط لازم آموختن و آموزش دادن است، به صورت الفاظ بی معنایی درآمده است که فقط برای تبلیغ‌های سیاسی و انتخاباتی از آنها استفاده می‌شود. در دانشگاه‌های پُرشمار ما برای پرورش محقق و عالم و متخصص اصولاً برنامه منظم و ثابت علمی وجود ندارد، و هر برنامه تابع نظریه آزمون و خطاست که محافل «قدرت» سخت بدان پایبندند. حاصل این بی تدبیرها و بی اعتنائیها آن شده است که نه به قدر کافی استاد لایق و محقق داریم، و نه به اندازه لازم دانشجویی که واقعاً به دنبال کسب علم و رسیدن به مراتب اجتهاد و استنباط علمی باشد.^۱

«استاد دانشگاه» در هر فرهنگ و زبانی تعریف دارد و شرایط رسیدن به این مقام تابع نظم و انضباطی خاص است. در کشور ما متأسفانه هرکس از هر صنف و طبقه‌ای و با هر مایه و بضاعتی می‌تواند «استاد»، و در پهنه بی کران «علم» صاحب نظر و صاحب کرامت باشد. امروزه، در دورافتاده‌ترین نقاط ایران دانشگاه‌هایی تأسیس شده است که در برخی از آنها استادان جوان که هنوز فرصت نوشتن حتی یک مقاله علمی را پیدا نکرده‌اند، و خود هنوز دانشجوی همان دانشگاهی هستند که در آن تدریس می‌کنند و یا به تازگی به داشتن عنوان «دکتر» مفتخر شده‌اند، سرپرست رساله‌های دکترای شده و در کلاسهای این دوره تدریس می‌کنند.

به هر روی، در کشور ما ضوابط انتخاب «استاد» کمتر رعایت می‌شود. «دانشجو» هم که به علل مختلف، از جمله نبود برنامه‌های منظم برای انتخاب رشته تحصیلی در فراگیری «علم» انگیزه‌ای ندارد، مطالب درسی را فقط در ذهنش انباشته می‌کند و نمی‌داند چگونه باید آنها را به هم ربط دهد؛ غافل از اینکه «علم» غیر از ربط دادن پدیدارها و مفاهیم، و درک نسبت آنها بایکدیگر معنای دیگری ندارد. مسلماً در چنین اوضاع و احوالی میان «استاد» و «دانشجو» رابطه‌ای ایجاد نمی‌شود که بتوان از اصول روش‌شناسی علمی

(۱) البته همان‌طور که گفته شد، «به قدر کافی و به اندازه لازم» استاد و دانشجوی برجسته و محقق نداریم؛ و آلا در حوزه علم حقوق در ایران اشخاص نام‌آور و محقق بسیار بوده و هستند. راقم این سطور در زمان کارش در دانشگاه، هم افتخار همکاری با استادان برجسته را داشته است، و هم از مصاحبت با دانشجویان زیرک و جدی بهره برده است.

سخن به میان آورد. در پهنه «علم حقوق» شرط اول آموزش علمی این است که اولاً شخص ملقب به «استاد حقوق» محقق و متفکر و مبتکر باشد، و نه سوداگر و دلال قانون، و ثانیاً شخص مسمی به «دانشجو» بداند که واقعاً برای چه به این پهنه علمی وارد شده است و آیا از استعداد کافی برای تحقیق در این رشته علمی برخوردار است؟

«علم حقوق» علم به رابطه میان عناصر و پدیدارهای موجود حقوقی است؛ آنهم با استفاده از روشهای علمی متناسب با هر یک از حوزه‌های روابط موجود اجتماعی، اعم از ملی و بین‌المللی. عالم حقوق کسی است که با توجه به مقام و موقعی که دارد (قضای، وکیل دعوی، سردفتر اسناد رسمی، مشاور حقوقی، استاد حقوق و یا به‌طور کلی «متصدی حقوقی») همواره باید در پی یافتن «راه‌حل» مسائل حقوقی باشد. حقوقدان واقعی از هر صنف و طبقه‌ای که باشد، فقط با تبعیت از روش صحیح علمی می‌تواند استدلالهای خود را به‌نظم درآورد و نهایتاً به نتیجه‌ای مطلوب برسد. البته، «روش» زمانی مؤثر است که راه‌حلهای پیش‌زمینه معین نشده باشند.

اصولاً هر نظام حقوقی از «قانون» و «رویه قضائی» و «آموزه‌های علمای حقوق» ترکیب یافته است. «قانون» - یا «قاعده» - فقط جزئی از عناصر مؤلفه «حقوق» است. از این رو، حقوقدان باید تا آن حد بر علم حقوق و ارزشهای مبنائی آن مسلط باشد که بتواند در راه‌حلهای قانونی شک کند و آنها را شفاف سازد و یا در صورت لزوم ابهامات و خلأهای آن را از میان ببرد. مشارکت محافل علمی دانشگاهی در نقد و بررسی «قانون» و ارزشهای مبنائی نظام حقوقی شرط اولیه و لازم رشد و شکوفایی نظام آموزشی «حقوق» و بالا رفتن میزان تولید «علم» و نظریه‌پردازی است. در کشور ما برقراری رابطه میان علمای حقوق و جامعه در صورتی امکان‌پذیر است که تفسیر «قانون» بر اساس فهم متقابل و اعمال و اجرای عادلانه و منصفانه موازین حقوقی باشد. البته این رابطه آنگاه موزون و متعادل می‌گردد که راه‌حلهای قانونی بر ارزشهای ناشی از خیر مشترک، عقلانیت، عدالت و اخلاق مبتنی باشد. در چنین حالتی است که اگر در «وضع» و «اجراء» و «تحلیل» حقوق از روش‌شناسیهای صحیح و بجای علمی استفاده شود، «اصل» و «قانون» و «قاعده» در هر زمان و مکانی در موضع خود قرار می‌گیرند و به‌استخدام «خیر مشترک» و «منافع عمومی» و «عدالت» و «عقلانیت جمعی» درمی‌آیند، و در نتیجه صلح و آرامش در «جامعه» - ملی یا بین‌المللی - مستقر می‌گردد و نظم و امنیت بر آن سایه می‌افکند.

به پیروی از چنین اندیشه‌ای، من هم در حدّ خود خواهان آن هستم که این آرمان تحقق یابد. از این رو در این کتاب و خصوصاً در ویراست دوم آن، تا آنجا که مقدور بوده است، کوشیده‌ام با استفاده از آثار بزرگان و محققان چیره‌دست در حوزه‌ها و شاخه‌های مختلف و مرتبط با «علم حقوق»، در تشریح و تبیین روش‌شناسیهای علمی حقوقی و تدوین رهیافتهای مختلف مشارکت داشته باشم.^۱ حال بر عهده دانشجویان و محققان علم حقوق است که با تحقیقات روشمند خود بر غنای آن بیفزایند و پیکر بی رمق این علم را در ایران جانی تازه بخشند، ورنه عالمی دیگر باید ساخت و ز نو آدمی.

هدایت‌الله فلسفی

بهار ۱۳۹۹

(۱) در جلسه‌ای که به منظور نقد و تحلیل کتاب حاضر، در اردی‌بهشت ۱۳۹۸ در دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی برگزار شد، پرسشهایی مطرح گردید که آشکارا نشان می‌داد «روش‌شناسی حقوق بین الملل» هنوز در جامعه علمی ما واجد آن قدر و منزلتی نیست که باید برخوردار باشد. همین باعث شد که بر مطالب و مباحث این کتاب بیفزایم و پیشگفتاری نسبتاً مفصل بر آن بنویسم، با این امید که حدّ و حدود بسیاری از مفاهیم علمی حقوقی که جملگی خاص‌گانه‌ی جهانی دارند، معین گردد و معلوم شود که حقوق بین الملل برآستی نظامی حقوقی، و جامعه بین المللی جامعه‌ای متشکل از تمامی افراد بشر است.

از آنجا که یقین دارم تنها راه غلبه بر جنگ و خشونت دولتها در روابط بین الملل، «نظم» و «قانون» است و همواره بر این نظر پای فشرده‌ام، آرزو دارم که روزی حجاب جهل و سیاهی از چهره این جهان در هم ریخته برداشته شود و صلح و امنیت واقعی بر آن سایه افکند.

پیشگفتار چاپ اول

«حقوق» با اصول و قواعد و نهادها و مکانیزمهایش از «امر اجتماعی»^۱ سخن می‌گوید و آن را با همه نمودها و تضادهایش در روابط افراد با یکدیگر یا با نهادها، و همچنین در روابط متقابل نهادهای ملی و فراملی و بین‌المللی به کار می‌گیرد. در جامعه داخلی هر قانون و هر آیین‌نامه و هر بخشنامه و هر نظامنامه و هر دستورالعمل؛ و در جامعه بین‌المللی هر «اعلامیه» و هر «معاهده» و هر «اساسنامه بین‌المللی» واقعی حقوقی است. هر یک از این واقعیتهای بر وجود مشکلی دلالت دارد که «جامعه» می‌خواهد آن را با زبان «حقوق» حل کند. از این رو می‌توان «حقوق» را از جهات مختلف مطالعه کرد: از جهت تاریخی، چنانچه در پی یافتن علل تکامل آن باشیم؛ از جهت اجتماعی، چنانچه خواهان بررسی روابط «جامعه» با «افراد» باشیم؛ از جهت ارزش‌شناسی^۲، چنانچه بخواهیم ببینیم که «حقوق» معبر کدام هدفها و کدام ارزشهای اجتماعی است؛ از جهت منطقی، چنانچه به شکل استدلال‌ات منطقی منعطف باشیم؛ و سرانجام از جهت پدیدارشناسی^۳، چنانچه خواسته باشیم به معنای وجودی «حقوق» پی ببریم. این روش اخیر مبنای سایر روش‌هاست.

(۱) امر اجتماعی (le social) یعنی آنچه به «جامعه» تعلق دارد، یا در مفهوم دقیق کلمه به «جامعه» مربوط شود. به عبارت دیگر امر اجتماعی یعنی پدیدارها و روابطی که «جامعه» را بنیاد می‌گذارند.

2) axiology/axiologie

3) phenomenology/phénoménologie

با آنکه هریک از این روشها در جهت تشخیص منزلت و اهمیت «حقوق» در «جامعه» گام برمی دارند، با اندکی تعمق در مفهوم «حقوق» درمی یابیم که کار هر «نظام حقوقی» سامان دادن به «تجمع انسانی» است. بدین ترتیب همان گونه که حقوق داخلی با تنظیم روابط اجتماعی افراد، نیازهای وجودی «حیات جمعی» را برآورده می سازد، حقوق بین الملل نیز روابط اجتماعی دولتها را تنظیم می کند تا به نیازهای وجودی حیات جمعی آنها پاسخ داده باشد. بنابراین، با وقوف به کار اصلی «حقوق» و دانستن این نکته که شناخت حقوقی شناختی ارتجالی و اتفاقی نیست، در هر تحقیق حقوقی و به ویژه در تحقیقات مرتبط با حقوق بین الملل باید هم به قوانین – یا متون و اسناد مهم بین المللی – و شرح و بسطهای علمی مفاهیم حقوقی و اجتماعی و تاریخی استناد جست و هم به آراء و اندیشه های فیلسوفان بزرگ جهان. امروزه هیچ کس نمی تواند مدعی شود که فلاسفه بزرگ از قبیل ارسطو، توماس اکوینی، هابز، اسپینوزا، لایب نیتس، روسو، لاک، کانت، هگل، مارکس و... با حقوق موضوعه عصر خویش آشنایی نداشته اند. افراد انسانی برای ادامه زندگی خود و به اقتضای طبیعتشان باید از قواعدی کلی تبعیت کنند. به همین علت، هرگز نمی توان باور داشت که فلاسفه فقط به انسانها پرداخته و به نهادهای اجتماعی و حقوقی آنان هیچ گونه التفاتی نداشته اند. اصولاً توجه صرف به «انسان» و غافل ماندن از نهادهای اجتماعی و حقوقی مانع از این می شود که کسی بتواند به عرصه «سیاست» و «حقوق» وارد شود. پرداختن به «انسان» و غفلت از اینکه وی چگونه از طریق همین نهادها به اجتماع پیوسته یا اصولاً توانسته است شالوده این نهادها را بریزد، یا بی خبری از اینکه نهادها چه آثاری از خود به جا می گذارند، هر نظر فلسفی یا حقوقی را مخدوش می سازد. یقیناً چنانچه فیلسوف و جامعه شناس از این حقایق منفک بمانند، در سیستم فکری آنان شکاف پدید می آید و اعتبار نظریه هایشان از میان می رود؛ در نتیجه ناگزیر خواهند بود که یا «انسان» را هجو کنند یا به دنبال «مدینه فاضله» یا «ناکجا آباد» بگردند. همان گونه که حقوقدان برای پی بردن به چرایی «قاعده» باید به دنبال فلسفه وجودی «قاعده» و یا اعتبار آن در «زمان» و «مکان» باشد، فیلسوف و جامعه شناس هم برای فهم موجودیت «انسان» باید بر «نهادهای حقوقی» یا همان مجموعه قواعدی که پیرامون مفهومی برتر مثل سازمان «خانواده»، «مالکیت» و «دولت» انسجام یافته اند متمرکز گردند تا «انسان» را بدانگونه که هست دریابند.

به هر روی، «حقوق» و «فلسفه» و «جامعه‌شناسی» رابطه‌ای نزدیک دارند. در عرصهٔ چنین رابطه‌ای، صحبت بر سر ابداع مفاهیم جدید نیست. فیلسوف و جامعه‌شناس باید تأملات و تفکرات خود را بر مبنای واقعیت وجودی «سازمان جامعه» استوار سازند و هرگز در پی آن نباشند که از پیش خود واقعیتی را جعل کنند. به همین صورت، حقوقدان هم نمی‌تواند از واقعیت «سازمان جامعه» سخن بگوید اما از یاد ببرد که این واقعیت بر مبنای فکری خردمندان و جمعی شکل گرفته و صورت‌بندی شده است. کار فیلسوف و جامعه‌شناس در آنجا که به «حقوق» می‌پردازند، یافتن آموزه‌ای مناسب است که به بهترین وجه ممکن با «عمل» انطباق داشته باشد. بنابراین، یافتن آموزه‌هایی که به بهترین وجه ممکن با رویهٔ ملی یا بین‌المللی سازگار باشد، هدفی اساسی است. در غیر این صورت، فلسفه و جامعه‌شناسی یا در ذکر مصائب بشری غرق می‌شوند یا در رؤیای عصر طلایی به خواب می‌روند. بنابراین در هر عرصه‌ای از عرصه‌های علمی حقوق^۱ می‌توان از مکاتب متعدد یا روشهای مختلف تحقیق استفاده کرد. اصولاً، همان‌طور که خواهیم دید، تحقیق در حوزهٔ این یا آن «علم حقوق» مستلزم پرداختن به روش نظری معینی از حقوق بین‌الملل نیست؛ اما این احتمال وجود دارد که هر مکتبی از مکاتب حقوق بین‌الملل از یافته‌های چند «علم حقوق» بهره بگیرد، مثل مکتب انتقادی حقوق که هم به جنبه‌هایی از «فن حقوق» می‌پردازد و هم به جنبه‌هایی از «جامعه‌شناسی حقوقی». البته ما هم در این کتاب به‌هیچ وجه از نظامهای سیاسی گونه‌گون و تمدنهای متفاوت ملی غافل نبوده و آنچه در ذهن داشته‌ایم این بوده است که نظام حاکم بر جهان مخرج مشترکی است از تفاوت‌های فرهنگی. به اعتقاد ما با آنکه «حقوق» در اندرون جامعهٔ سیاسی محدود - یعنی «دولت» - شکل می‌گیرد، چون به‌طور کلی با مبادلات مادی و معنوی افراد بشر سر و کار دارد، می‌توان آن را با اندیشهٔ شبه‌استعلائی جامعهٔ سیاسی وسیع‌تر و کلیتی آرمانی تبیین کرد. اندیشه‌ای که ما در شرح و بسط هر روش‌شناسی بدان توجه داشته‌ایم، آن بوده است که روابط میان افراد مرز ندارد و با تمامی «بشریت» مرتبط است. طبیعت «انسان» مفهومی بسته و تمام‌شده نیست: «انسان»، «مردم»، و

(۱) «حقوق» می‌تواند موضوع تحقیق رشته‌های مختلف علمی باشد، مثل «فلسفه»، «تاریخ»، «جامعه‌شناسی»، «روانشناسی»، «زبان‌شناسی»، «مردم‌شناسی» و غیره. ما در این کتاب فقط بر چهار «علم» یعنی فن حقوقی، نظریهٔ علمی حقوق، فلسفهٔ حقوق و جامعه‌شناسی حقوقی متمرکز شده‌ایم.

«بشریت» مفاهیمی باز هستند. از این رو، برای تبیین «طبیعت انسان» نباید به «حقوق طبیعی» که مفهومی ساکن و ثابت است توسل جست؛ بلکه باید از مفهومی یاری طلبید که مبشر ارزشهای بشری باشد و همگام با تحولات «زمان» تکامل یابد؛ بدان صورت که حق بشر و مردم به زیستن و بالیدن اعتباری درخور پیدا کند و جامعه بین‌المللی از خمودی بیرون آید. به همین سبب هنگام بررسی موارد و مصادیق روش‌شناسیهای عرصه‌های مختلف حقوقی در این کتاب همواره سؤالاتی متناقض مطرح شده است، از این قبیل که: آیا حقوق بین‌الملل یک «فرض» ساده حقوقی است؟ آیا تحریفی آشکار از «واقعیات اجتماعی» است یا ملاکی است برای «امر اجتماعی»؟ آیا «دولت» ماشین جنگی است یا عامل برقراری «تمدن»؟ آیا صحنه بین‌المللی صحنه «وضع طبیعی» ابتدائی و وحشی و ضد دولتی است یا تجلی‌گاه وجدانی بیدار و مسؤول، و مرکزیتی از «خرد جمعی» که هوشمندانه راههایی برای حل مسائل لاینحل جهانی عرضه می‌دارد؟ آیا «بشریت» مفهومی طبیعی و عقلانی است که «دولت» را از ارتکاب اعمال سبعانه باز می‌دارد، یا برعکس «دولت» است که با مدیریتی خردمندانه مانع سقوط و زوال بشریت می‌گردد؟

البته، همان‌طور که خواهیم دید، مکاتب فلسفی حقوق بین‌الملل به هیچ یک از این پدیدارها معنای واحدی نداده و کارآمدی آنها را با نگاهی متفاوت تأویل و تفسیر کرده‌اند. به همین سبب معتقدیم هرکس بخواهد با استفاده از روش‌شناسی فنی یا فلسفی یا جامعه‌شناختی یا نظری تحلیلی، از «حقوق بین‌الملل» سخن بگوید، ابتدا باید معین بدارد که آیا منظور از حقوق بین‌الملل همان بی‌عدالتی سطحی است یا آن صورت‌بندیهایی که ماهرانه برای حل و فصل اختلافات تدبیر شده است؟ نیز باید درنگ کند که آیا پیوستگی متقابل دولتها اصولاً می‌تواند مفهومی متعادل باشد؟ همچنانکه باید تأمل کند و دریابد کسانی که بر طبل نظام جمعی بین‌المللی می‌کوبند آیا می‌دانند که این «نظام» به سبب نفوذ نیروهای بیرونی، پیوسته در معرض تهدید قرار دارد؟ همچنین در آن زمان که برای رقابت در بازارهای اقتصادی تبلیغ می‌شود، باید به پیچیدگی و فریبکاریهای پیرامون آن توجه کند و محققانه دریابد که آیا این قبیل رقابتها با مفهوم حق بر توسعه یا به‌طور کلی «حقوق بشر» سازگار است؟ یا آنگاه که بیش از اندازه بر «حق مردم در تعیین سرنوشت خویش» تأکید می‌شود باید تدقیق کند ببیند که آیا مفهومی جدید از «قیمومت» به صحنه روابط بین‌الملل وارد شده است؟

باسخهائی که به این قبیل سؤالات روشمند داده شده است، نشان می‌دهد که در آراء و اندیشه‌های حقوقی تشتی حیرت‌انگیز وجود دارد. اکثر تحلیل‌های علمی موجود، روابط بین‌الملل را عرصه استیلای دولتهای قدرتمند جهان معرفی کرده‌اند. اما ما با آنکه از تشت آراء در پهنه جامعه بین‌المللی آگاهیم، خود را به این نمود خاص از روابط بین‌الملل محدود نکرده و حقوق بین‌الملل را «حقوق خام» و آلت دست قدرتمندان جهان به‌شمار نیاورده‌ایم. به‌اعتقاد ما همان‌گونه که در اندرون جوامع داخلی موارد نقض مقررات فراوان است، در جامعه بین‌المللی نیز دولتها کراراً حقوق بین‌الملل را نقض می‌کنند. ولی آنچه در این میان مهم به‌نظر می‌آید آن است که هریک از این دولتها با تکیه بر مقررات بین‌المللی مدعی می‌شود که آن دیگری «قاعده حقوقی» را نقض کرده است! آیا همین خود بر موجودیت حقوق بین‌الملل دلالت ندارد؟

با همه این احوال در حال حاضر باز کسانی هستند که صحنه روابط بین‌الملل را بر مبنای اقتدار «دولت» تحلیل می‌کنند و نتیجه می‌گیرند که «جامعه مدنی» فقط برای «دولت» و با «دولت» شکل می‌گیرد. به‌اعتقاد ما اینان بی‌آنکه بدانند عصر ما عصر بین‌المللی شدن جوامع مدنی داخلی است، همچنان بر نظر خویش پافشاری می‌کنند. بین‌المللی شدن جوامع داخلی که از وابستگیهای متقابل و یک‌دست شدن جهان و بی‌اعتباری عوامل مکانی و زمانی حکایت دارد، در قاموس حقوق بین‌الملل امروزی به‌معنای ایجاد جامعه‌ای واحد است که در آن نظامهای داخلی و نظام بین‌الملل در عرصه یک جامعه مدنی فراملی بر یکدیگر اثر بگذارند. صحنه بین‌المللی مرکز اطلاع‌رسانی و محل همکاریهای ضابطه‌مند است، و نه عرصه قدرت‌نمایی دولتها. صحنه بین‌المللی جایی نیست که بتوان آن را محدود ساخت و مرزی برایش معین کرد. صحنه بین‌المللی چشم‌اندازی است که به‌واسطه آن می‌توان از بیرون، کار دولتها را نظاره کرد. این صحنه جایی نیست که بتوان آن را اشغال کرد. در این صحنه هر «دولت» برای خود منزلتی معین دارد و چنانچه دولتی بخواهد این صحنه را به خود اختصاص دهد، جای دولتهای دیگر را می‌گیرد که در این صورت وضع خود را نیز خراب و دگرگون می‌کند. «دولت» فرضی حقوقی است که بدان واقعیتی داده‌اند تا از واقعیت افرادی که تابع آن هستند فراتر رود. نتیجه آنکه در قلمرو تحت حکومت «دولت» از انسانها اثری نیست. آنچه هست، فقط شهروندانند که در آن حضوری

مستقیم دارند. البته نظری وجود دارد که بنا بر آن چنانچه دولتی جهانی بر سر کار آید، جنگ و فقر و گرسنگی و به‌طور کلی «مصیبت» از جهان رخت برمی‌بندد. برخی از حقوق‌دانان نیز برای تحقق این نوع «حکومت» طرح‌ها ریخته و اشکالی متنوع از آن ترسیم کرده و بسا مایل بوده‌اند که بتوانند کشور یا قاره یا اتحادیه منطقه خود را در مرکز چنین قدرتی مستقر سازند. شماری از فلاسفه هم طبعاً با چنین طرحی موافقت داشته‌اند و بعضی از جامعه‌شناسان هم آن را برحق دانسته‌اند، زیرا اعتقاد آنان به «بشریت واحد» اقتضاء می‌کرده است که در جهان حکومتی واحد زمام امور را در دست گیرد. اما همان‌طور که خواهیم دید، ما با استفاده از روش‌شناسی حوزه‌های مختلف «علم حقوق» به این نتیجه رسیده‌ایم که «حکومت جهانی» اندیشه‌ای واهی است که اگر بر افکار عمومی چیره شود، دهانها را می‌بندد و مانع از انتقاد بر اصول چنین حکومتی می‌شود. این‌گونه حکومتها ثمره‌ای جز سلطه زورمندان به بار نمی‌آورند.

بر اساس همین روش‌شناسی، «جامعه بین‌المللی» لئفسه جامعه‌ای «ضد دولت» است. این که می‌گوییم جامعه‌ای لئفسه «ضد دولت»، منظورمان این است که حقوق بین‌الملل ضمن آنکه با تشکیل «آبر دولت» یا «دولت جهانی» سازگار نیست، تقویت‌کننده استقلال دولتهاست، و کار آن پرداختن به مسائل و موضوعات مرتبط با نوع بشر است؛ مسائلی از قبیل: بهره‌برداری و حفاظت از منابع طبیعی، حمایت از اموال فرهنگی، توسعه علوم و فنون، تنظیم جمعیت، حفاظت از محیط زیست، مبارزه با امراض مسری، تنظیم روابط تجاری، حل و فصل اختلافات و غیره.

در این پیشگفتار آنچه گفته شد، همه برای آن بود که نشان داده شود زیربنای فکری ما در تحلیل مسائل و توصیف و تشریح مقررات بین‌المللی چه بوده است. با داشتن همین زیربنا و استفاده از روش‌شناسی حوزه‌های مختلف «علم حقوق»، کوشیده‌ایم در این کتاب اصول و مقررات حقوق بین‌الملل را در عرصه‌هایی معین از روابط بین‌الملل بازبینی و بازاندیشی کنیم؛ بی‌آنکه خواسته باشیم در قطعیت و صحت هیچ‌یک از عقایدمان اصرار بورزیم.

نهایتاً با توجه به آنچه گفتیم می‌توان به این نتیجه رسید که این کتاب اصولاً به کار کسانی می‌آید که در پی استفاده عقلانی از معارف مکسب حقوق بین‌الملل باشند، و نه کسانی که کارشان فقط تحقیق درباره موضوعی معین از این نظام است.

پیشگفتار چاپ اول چهل و سه

از دوست بسیار عزیزم آقای محمدرضا جعفری، مترجم، فرهنگ‌نویس فاضل و ناشر دانشور محترم که در متن این کتاب به مهر نظر افکندند و نکات سودمندی را یادآور شدند، و از آقای عبدالرحیم جعفری مدیر داخلی فرهنگ نشر نو که با درایت زیاد به هر نوع یاری و مددگاری کردند، و همچنین از همه کارکنان فرهنگ نشر نو و بویژه آقای امیر عباسی که با حوصله تمام تغییرات حروفچینی و صفحه‌بندی را اعمال نمودند، و آقای دکتر نورالله مرادی که با دقت هرچه تمام‌تر نمایه این کتاب را تنظیم کردند، و آقای لطیف لطیف‌زاده نیاری که در تصحیح نمونه‌های چاپی اهتمام ورزیدند، صمیمانه سپاسگزارم.

تهران، پاییز ۱۳۹۶

هدایت‌الله فلسفی

عشق و شباب و رندی مجموعهٔ مراد است

چون جمع شد معانی گوی بیان توان زد

— حافظ

در عرصهٔ پهناور حقوق بین‌الملل، کار پژوهشگر بصیر بیان اصول معلوم یا نقل موضوعات پراکنده نیست؛ بلکه تحلیل مسائل و اثبات راه‌حلهایی مناسب برای آنهاست. چنین کاری مستلزم علم به مهارتهای حقوقی در قلمرو «وضع» و «اجراء» و «تحلیل علمی» قاعدهٔ حقوقی است که اصطلاحاً به آن روش‌شناسی حقوق بین‌الملل می‌گویند. اسلوبهای این روش‌شناسی با توجه به فعالیتهای مختلف حقوقی، اعم از وضع و انشاء قاعده یا تتبع در مسائل حقوقی یا به کار انداختن سیستم حقوقی متفاوت است. به همین علت دیدگاهها، هدفها، ابزارها، وسایل و روشها در زمان تدوین قاعده، صدور حکم، انعقاد معاهده، همچنین تعلیم و تعلم اصول و قواعد و بیان یا فراگیری «حقوق بین‌الملل» نیز متفاوت است. «روش» اصولاً با موضوعات ماهوی «علم حقوق» سر و کار ندارد، بلکه با وسایل شناسایی این موضوعات مرتبط است. به عبارت دیگر، «روش» به معنای همداستانی بر سر اسباب و وسایل شناخته‌شده‌ای است که وحدت و توازن عقلانی «علم» را تضمین می‌کند و زمینه‌ای را فراهم می‌آورد که بتوان بر استنتاجات عمل‌کنندهٔ به آن «علم» نظارت کرد.

در حقوق بین‌الملل، مسائل مرتبط با «روش» در تعریف عواملی خلاصه می‌گردد که متصدی حقوق با آنها قواعد حقوقی قابل اجراء را می‌یابد و حد و حدود آنها را معین می‌دارد. این عوامل را قواعد استدلال حقوقی نام نهاده‌اند.

بنابراین «حقوق» را نمی‌توان به‌مدد حافظه‌ای قوی شناخت. شناخت «حقوق» فقط با اِعمال روش‌هایی مناسب، منطقی مشخص، استدلالی متنوع، ابزارهایی اصولی، توصیف‌هایی معین، واژگانی درخور و شیوه‌هایی دقیق امکان‌پذیر است؛ و اینها همه مستلزم وجود آیین‌هایی منسجم برای جمع‌آوری اطلاعات و برقراری نظم و هماهنگی میان مقررات و نهایتاً تفسیری جامع از قواعد و مقررات موضوعه است. بسیاری از علمای حقوق بر این قول‌اند که نظام‌های حقوقی علاوه بر اینکه دارای ساختاری مشابه‌اند، از اصول یکسانی نیز تبعیت می‌کنند. مثل اصول مربوط به سلوک اجتماعی، آیین‌های شکلی صلاحیت و ضوابط سازمانی اداره امور اجتماعی. با این حال، بدون یک روش‌شناسی دقیق هیچگاه نمی‌شود از قواعدی سخن گفت که به‌واسطه آنها بتوان با اطمینان خاطر «واقعیت اجتماعی» را به‌نظم درآورد و راه‌حلهای حقوقی مناسب را بر شمار زیادی از وضعیت‌ها منطبق ساخت.

به‌گفته فرانسوا ژنی^۱، هر کار فکری حقوقی، از جمله وضع و اجرای قواعد حقوقی، الزاماً باید بر فعالیتی عقلانی و نوعی روش‌شناسی مبتنی بر اصول منطقی متکی باشد. در چنین حالتی هر قاعده حقوقی به‌فراخور ماهیتی که دارد باید به‌صورتی انعطاف‌پذیر نقد و ارزیابی گردد.

روش‌شناسی حقوقی در لفظ به‌معنای علم به روش‌های «حقوق»، و در اصطلاح به‌معنای علم به مهارت‌های حقوقدان و قانونگذار و قاضی و وکیل و استاد حقوق است. البته روش‌شناسی فقط به پژوهش صرف محدود نمی‌شود و هرگونه تحقیقی را که با مهارت‌های حقوقی سر و کار داشته باشد در بر می‌گیرد. مثل تهیه و نگارش متون حقوقی، و تحقیق درباره «حقوق»، و اِعمال نظام حقوقی. با وجود این، چشم‌اندازها و هدفها و عوامل و روش‌ها یکسان و ثابت نیستند و به‌تناسب کار قانونگذاری، صدور حکم، انعقاد قرارداد یا معاهده، و تعلیم و تعلّم «حقوق» متفاوت‌اند. بنابراین، روش‌شناسی حقوقی، هم به‌معنای مطالعه کلی روش‌های «حقوق» (روش‌شناسی اساسی)، و هم به‌معنای روش‌های خاصی است که در عملیات مختلف حقوقی به‌کار

1) François Geny

گرفته می‌شود (روش‌شناسی کاربردی).^۱ به هر حال، هیچگاه نمی‌توان بدون آگاهی از نحوه کار قانونگذار، قاضی، وکیل، سردفتر، مشاور حقوقی، مراجع عمومی و دانشگاهیان از مطالعه «حقوق» یا وضع و اجرای آن سخن به میان آورد.

در زمانه ما که مقررات حقوقی (ملی یا بین‌المللی) پیچیده و بی‌ثبات و غالباً متناقض، و اوضاع احوال اجتماعی سخت درهم‌ریخته و آشفته است — و در نتیجه فنون و روشهایی مناسب برای تفسیر مقررات اعمّ از ملی و بین‌المللی وجود ندارد — شناخت و اعمال روشهای حقوقی کاری است بس دشوار و طاقت‌فرسا.

روش‌شناسی حقوقی راهنمای قانونگذار در وضع و بیان قاعده، و یاور قاضی در پیدا کردن راه‌حلهای حقوقی، و مددکار طرفهای دعوا در یافتن استدلالات مناسب، و راهبر کارگزاران حقوقی در مذاکره و تنظیم قرارداد یا معاهده، و پشتیبان پژوهشگر حقوقی در انجام دادن تحقیقات و تتبعات علمی حقوقی است. مسلماً هیچ‌کس از روشهای حقوقی و استدلالات عقلانی بی‌نیاز نیست. با این همه، چنین ضرورتی نباید موجب تلاشی واقعیت یا تباهی ارزشهای اساسی اجتماعی شود. از این رو، در آنجا که حقوقدان به استدلالات منطقی روی می‌آورد باید تا حدّ ممکن مانع از این گردد که «حقوق» در میان مفاهیم انتزاعی سرگردان شود و «واقعیت» از یاد برود. فرانسوا ژنی در کتاب خود ثابت کرده است که استفاده از فنون و روشهای حقوقی بی‌خطر نیست، زیرا با استفاده از آنها برای اشیاء اشکالی ترسیم می‌کنند که باعث از میان رفتن ماهیت واقعیات انضمامی و غایات اصلی «حقوق» می‌گردد. روش‌شناسی نباید فقط به تحقیقات یا تجارب آزمایشگاهی محدود شود و از هر داده‌ی اساسی که نشأت گیرد، باید به «واقعیت» و «عمل» نیز توجه داشته باشد.

در محدوده تحلیلی مفهومی روش‌شناسی حقوقی، قبل از هرچیز باید از اصلی سخن بگوییم که بنا بر آن، «حقوق» در صورتی می‌تواند نظامی کارا و مؤثر و قابل اعتنا باشد که در سامانه‌ای معین نسق گرفته باشد. اندیشه روش‌شناسی حقوقی اساساً با اندیشه ساختار عقلانی «حقوق» و اندیشه سیستم حقوقی (سامانه حقوقی) مرتبط

(۱) اصولاً «علم» مترادف شناخت است؛ با این تفاوت که «علم» مجموعه شناختهایی است که از ویژگی وحدت و تعمیم برخوردار باشند. اما علم کاربردی، علمی است که در جهت اجرای یافته‌های علمی نظری حرکت کند. علوم کاربردی با توجه به هدفهای عملی واقعی از علوم نظری تمیز داده می‌شوند.

است. منظور از «سیستم» یا سامانه حقوقی مجموعه ساختارمند و منظم و به‌هم‌پیوسته‌ای از قواعد و مکانیسم‌های حقوقی است که در هر جامعه دارای اعتباری درخور باشد. اصطلاح «سیستم» که ساخته و پرداخته بنتم و روسو^۱ بود، در قرن هجدهم بر سر زبانها افتاد. سپس در قرن نوزدهم، پس از آنکه فرانسوا ژنی در آثار خود از آن استفاده کرد، رواج یافت. در حال حاضر از این مفهوم بسیار استفاده می‌شود. مفهوم «سیستم» فقط از آن روی اقبال یافته است که دقیقاً بر پیچیدگی و تنوع نظام حقوقی و همچنین تعاملات نهادها و قواعد موجود در این نظام تکیه دارد، و در عین حال از ضرورت‌های واقعیات اجتماعی و مسائلی که «حقوق» با آنها سر و کار دارد غافل نمی‌ماند. «سیستم حقوقی» با عناصری که آنرا می‌سازند و تعاملات میان آن عناصر شناخته می‌شود، بدان‌گونه که همه با هم یک‌جا دیده می‌شوند، چنانکه می‌توان در چنین مجموعه‌ای کلیه رویه‌ها و روشها و نهادها را که هم ساختمان نظری و هم روشهای عملی را نشان می‌دهند، با هم دید. این تعریف از «سیستم حقوقی» با رهیافت تحلیلی آن کاملاً همخوان است. رهیافت تحلیلی حقوق از طرفی مبتنی است بر تشریح واژه‌ها و مفاهیم و ساختارهای حقوقی و نمایش عناصر مختلفی که این منظومه منسجم را ساخته و پرداخته‌اند؛ و از طرف دیگر، به‌عنوان یک سیستم باز، نشان‌دهنده این معناست که این سیستم تحت تأثیر محیط اجتماعی و اقتصادی و سیاسی و فلسفی رشد و توسعه می‌یابد. این اندیشه نیز وجود دارد که «حقوق» زیرمجموعه یک سیستم بزرگتر یعنی سیستم اجتماعی است. اما «حقوق»، چه سیستم باشد و چه زیرمجموعه یک سیستم، اساساً مشتمل است بر شماری از زیرمجموعه‌ها که پیوسته با یکدیگر در تعاملند. یک چنین نظری با رهیافت ارزش‌شناختی کاملاً سازگاری دارد، بی‌آنکه اصولاً نوع «ارزش» مطرح باشد. در واقع امر در تحلیل سیستمی، ارزشهای اخلاقی و اجتماعی ادغام می‌شوند؛ البته به شرط

1) Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, Nouveaux Classiques Larousse, 1973, p. 36:

"... Je terminerai ce chapitre (Livre I, chap. 9) par une remarque qui doit servir de base à tout le système social; c'est qu'au lieu de détruire l'égalité naturelle, le pacte fondamental substitue au contraire une égalité morale et légitime à ce que la nature avait pu mettre d'inégalité physique entre les hommes, et que, pouvant être inégaux en force ou en génie, ils deviennent tous égaux par convention et de droit."

آنکه «سیستم» باز باشد، یعنی مجموعه‌ای باشد مبتنی بر گفتگو و متشکل از قواعدی روان که مخاطبان خود را در تعبیر مفاهیم کاملاً آزاد گذارده باشد. بنابراین چنانچه «حقوق» سیستمی انعطاف‌پذیر باشد، هیچگاه به مجموعه‌ای ساختگی و سخت و انتزاعی - مثل سیستم محضاً دستوری و طبقه‌بندی‌شده هانس کلسن^۱ - تقلیل نمی‌یابد. در چنین حالتی، یعنی در نظام‌پردازی خارجی اصول قواعد اجتماعی، «حقوق» در جامعه‌ای که پیوسته در حال تغییر و دگرگونی است، و همچنین در سیستم ارزشها و اصول حاکم بر آن جامعه جذب می‌شود. در نتیجه، «قانون» الزاماً در جهتی که با سیستم حقوقی ذی‌ربط سازگار باشد، و نه در جهت مخالف با آن، تفسیر می‌گردد. «تفسیر قانون» در چنین فرضی با روح و غایات یا ارزشهای مورد اعتقاد قانونگذار هماهنگ می‌شود و نهایتاً چون به منطبق نهادها گردن می‌نهد، به «متن» وفادار می‌ماند. بدین ترتیب، تبعیت «حقوق» از سیستمی معین باعث می‌گردد که تعارضها، بر اساس روشهای تفسیر منظم و روشمند و اصول حل تعارض قوانین، از میان برود و خلأهای قانونی با توسل به «اصول کلی» و اسلوبهای منطقی، مثل تمثیل یا قیاس اولویت^۲، پُر شود.

البته کسانی در مخالفت با «تحلیل سیستمیک»، جزم‌اندیشی (دگماتیک) و روش‌شناسی حقوقی را به پوزیتیویسم حقوقی ربط داده و گفته‌اند روشمند کردن تفسیر قواعد «حقوق» و برطرف کردن تعارضها و خلأهای حقوقی اصولاً به قلمرو بسته حقوق موضوعه محدود می‌شود و ربطی به علم حقوق ندارد. به گفته این دسته از حقوقدانان، در سیستم باز و مرکب از اجزاء مختلف، و در محدوده فقط یک روش‌شناسی حقوقی که تمامی ارزشهای موجود «جامعه» را در خود جمع کرده باشد، تحلیل «حقوق» ماهیت خود را از دست می‌دهد. اما این قبیل گفته‌ها قابل اعتناء نیست. در سیستم باز اصولاً باید از اصل بی‌طرفی روش‌شناسی حقوقی تبعیت کرد که بنا بر آن در چنین حیطه‌ای نباید وابسته مکتب فکری معینی بود. در هر بینشی که بدیهه‌سازی و عقل‌ستیزی را رد کند، روش‌شناسی منزلتی درخور دارد. در قلمرو هر «علم»، روش نوعی شیوه یا طریقه‌ای است برای راه‌بردن فکر و اندیشه.

1) Hans Kelsen

2) *a fortiori*

روش شناسی حقوقی نیز به معنای مطالعه شیوه‌ها و اسلوبهایی است که قانونگذاران و حقوق دانان و قضات در فعالیتهای فکری خود و همچنین وضع و اجرای حقوق، و عموماً برای رسیدن به راه حل حقوقی، از آنها تبعیت می‌کنند. از همین رو باید دید که در «سیستم حقوقی» کار هر عنصر چیست؛ آنگاه به دنبال وسایلی بود که بتوان با توسل به آنها به نتایج مطلوب رسید. به همین سبب باید از تحقیق درباره ماهیت و ذات و جوهر «قاعده» احتراز کرد. در روش شناسی باید مسائل و مشکلات، اسلوبهای تنظیم مقررات، فنون حل قضایا، اصول و ارزشها، ابزارها و مکانیسمهای «حقوق» را استخراج کرد؛ آنگاه باید روشهای استدلال، و همچنین وسایل عمل به مقررات و شیوه‌های حل تعارض را که در سیستمهای مختلف حقوقی پذیرفته شده است، به کار بست. اصولاً باید این طور فرض کرد که هر جامعه سازمانی دارد، از مقرراتی پیروی می‌کند و مکانیسمهایی برای وضع این قواعد، و آیینهایی برای اجراء و تضمین آنها تعبیه کرده است. کلیه سیستمهای حقوقی - صرف نظر از مقرراتی که مخصوص هر یک از آنهاست - باید پاسخگوی نیازهای اساسی مشابه باشند. هر دسته از مسائل و مشکلات نیز راه‌حلهایی دارند که تابع شیوه‌ها و تکنیکها و ابزارها و مقاصد اساسی تقریباً یکسان است. به عبارت دیگر، اسلوب شکل‌گرفتن «حقوق»، تکنیکهای حل و فصل اختلافات، تضمینات اجرای مقررات، نوع آیینهای شکلی، و نهایتاً شیوه‌های سازمان اداره امور با آنکه در هر جامعه صورتهایی متفاوت با جوامع دیگر دارند، عموماً مشابه یکدیگرند. ویژگیهای هر سیستم حقوقی در سیاق خاص هر جامعه و هر عصر تاریخی صرفاً از پیوندها و پیوستگیهای پُر شمار نیازها و هدفهای متفاوت، نهادها و مکانیسمهای گوناگون و قواعد و تکنیکهای مختلف پدید می‌آید. اما روشهای «حقوق»، مفاهیم اساسی، آیینهای فنی، ابزارهای حقوقی و شیوه‌های استدلال بر یک حال می‌مانند و بدون توجه به تفاوتها و امکانات و ناهمگونیهای آشکار نظامهای حقوقی مختلف به حیات خود ادامه می‌دهند.

در بینش جدید حقوق طبیعی و همچنین در آموزه پوزیتیویستی، بسیاری از صاحب نظران پذیرفته‌اند که در نظریه حقوق داده‌هایی کلی وجود دارد که در آنها، فارغ از امکانات مکانی یا زمانی جوامع ذی ربط، راه‌حلهایی باثبات و دائم برای مسائل اساسی مثل روشهای «تفسیر حقوق» پیش‌بینی شده است.

اصولاً روش‌شناسی حقوقی، هم با «فنون حقوقی» مرتبط است و هم با علم حقوق. البته روش‌شناسی با نظریه کلی حقوق نیز رابطه‌ای نزدیک دارد. کار نظریه کلی حقوق اصولاً مطالعه کلیت «نظام حقوقی» است از طریق مشاهده سیستمهای مختلف حقوقی. هدف از این مطالعه، تعریف محورهای اصلی ساختمان «حقوق» و اجرای آن است. اما روش‌شناسی حقوقی فقط بخشی از این نظریه است؛ به این صورت که فقط از راهها و وسایلی گفتگو می‌کند که در بررسی و وضع و اجرای حقوق مورد استفاده قرار گرفته است. تعریف «حق» و ماهیت و کار آن نیز در حیطه چنین مطالعاتی قرار دارد. روش‌شناسی اصولاً با رهیافت حقوق موضوعه تفاوت دارد، زیرا به دنبال یافتن راه‌حل برای هیچ وضعیتی خاصی نیست. روش‌شناسی که علم به روشهاست، بی‌آنکه بر دسته‌ای از مسائل حقوقی و یا حتی سیستمهای حقوقی مختلف تمرکز کند، فقط تأکید دارد بر: «اصول کلی حقوق» و ابزارها و مکانیسمهای هر بینش؛ فهم و اعمال حقوق؛ مفاهیم متعدد؛ مقوله‌ها و نهادهای دستگاه حقوقی؛ شیوه‌های تفسیر «حقوق»؛ تکنیکهای تنظیم روابط اجتماعی یا حل و فصل اختلافات؛ اشکال مختلف تحقیقات حقوقی. بدین ترتیب، روش‌شناسی حقوقی از جهات بسیار با معرفت‌شناسی حقوقی مرتبط است. با این حال، معرفت‌شناسی حقوقی بیشتر در پیرامون شناخت «حقوق» سیر می‌کند و موضوع آن هدایت تفکر حقوقی است. معرفت‌شناسی برای آنکه به مفاهیم محض پردازد، از واقعیات دور می‌شود. کار معرفت‌شناسی پرداختن به مسائل مربوط به مبنا و ارزش و دامنه فلسفی شیوه‌های «شناخت» است، حال آنکه روش‌شناسی امری فنی است که کارش صرفاً رویارویی با واقعیات اجتماعی است. روش‌شناسی به پدیدارشناسی حقوقی شباهت دارد، زیرا به «خود اشیاء» باز می‌گردد و بی‌آنکه بر اندیشه‌ای پیش‌ساخته تکیه داشته باشد، «واقعیت» را رصد می‌کند.

اما روش‌شناسی حقوقی با فلسفه حقوق که به انسان و جهان به‌صورتی خاص می‌نگرد، تفاوت دارد. فلسفه حقوق «حقوق» را به لحاظ ارزشهایی که الهام‌بخش آن بوده و آنرا احاطه کرده‌اند، بررسی می‌کند. بدین سبب، فلاسفه بیشتر به وجود^۱

«حقوق» اهمیت می دهند تا به ذات و ماهیت^۱ آن. اینان همواره می کوشند «حقوق» را از دستگاه فنی آن جدا سازند تا به معنای فراحقوقی آن پی ببرند. فلسفه حقوق علت وجودی و مبنا و غایات «حقوق» را با استعانت از مواضع اساساً متافیزیکی، اخلاقی، ایدئولوژیکی، سیاسی، جامعه‌شناختی، اجتماعی-اقتصادی، می کاود و از این رو به شیوه‌های فنی اعمال آن اعتنائی ندارد.

از نظر ماهوی، موضوع اصلی روش‌شناسی حقوقی توجّه به جنبه اجرائی «حقوق» و اثبات و اعمال راه‌حلهای حقوقی بر وضعیتهای موضوعی است. از این رو، کار اصلی حقوقدان همواره رفت و برگشت میان امر موضوعی و امر حکمی (حقوق) است. به عبارت دیگر، کار حقوقدان اعمال حقوق موجود بر مسائل موضوعی، یا پیدا کردن راه‌حلهای مناسب برای تنظیم آن مسائل است. برای رسیدن به این مقصد و مقصود، حقوقدان روشهایی به کار می‌بندد که بتواند «حقوق» و «واقعیت» را بهم پیوند دهد. بدین منظور، کار خود را مثلاً با توصیف مسائل موضوعی یا قیاس حقوقی شروع می‌کند یا، برعکس، برای جدا کردن آنها («حقوق» و «واقعیت») از یکدیگر، به‌ویژه در مرحله تمیز و فرجام‌خواهی، یا در زمانی که برای به حرکت درآوردن سیستم حقوقی به فروض حقوقی استناد می‌جوید، به این روشها یا سایر شیوه‌های فنی متوسل می‌گردد. البته کار حقوقدانان به تناسب کارشان که گاه استخراج قواعد کلی است و گاه یافتن پاسخ برای موارد خاص، صورتهایی متفاوت دارد: کار قانونگذار و آموزه‌های حقوقی در «حقوق» بحث درباره وضعیتهای کلی است، به این صورت که مثلاً «قانونگذار» اصول قابل اعمال بر آثار ناشی از کاهش ارزش پول را بر قراردادهایی که باید متوالیاً به‌اجراء درآیند، تعیین می‌کند؛ و «قاضی» و سایر حقوقدانان حرفه‌ای تکلیف وضعیتهای خاص را روشن می‌سازند و قواعد «حقوق» را بر دعوا یا قراردادهای خاص میان افراد اعمال می‌کنند. در تمامی این موارد، دست کم باید «هدف» مورد نظر و وسایل رسیدن به آن مشخص گردد؛ و همین به‌تنهایی دلالت دارد بر جدایی «سیاست حقوقی» از «فن حقوقی».

از آنجا که روش‌شناسی در جهت تحقق مقاصد و هدفهای معین سیر می‌کند، همواره به شیوه‌هایی روی می‌آورد که به بهترین وجه ممکن این حرکت را میسر

1) substance

می‌سازند. در اینجا روش‌شناسی به فنّ حقوقی متمایل می‌شود. مفهوم حقوقی «فنّ حقوقی» که منبعث از آموزه‌های آلمانی قرن نوزدهم از ساوینی تا ایرینگ^۱ است، دامنه‌ای متغیّر دارد. فرانسوا ژنی و لئون دوگی^۲ معتقدند که فنّ حقوقی تمامی قلمرو «حقوق» را در بر می‌گیرد. به اعتقاد ایرینگ، روش‌شناسی که فقط با شکل «حقوق» و نه ماهیّت آن سر و کار دارد، مشتمل است بر کارهای نظری و عملی، مثل تحلیل حقوقی و تبعیّت از منطق و ساختمان‌سازی حقوقی؛ حال آنکه به عقیده ژان دابن^۳، عنصر اساسی «قاعده حقوقی»، صرف‌نظر از منعی که دارد (و از جمله عرف)، «ساختمان‌سازی»^۴ است و در همین مفهوم است که می‌توان آنرا ارمان «فن» دانست.

1) Ihering

2) Léon Duguit

3) Jean Dabin

۴) در هر کار علمی یا هنری، «تمرینهای وضعی» با «تمرینهای آزاد» تفاوت دارند. اجرای «تمرینهای وضعی» از جهانی آسان‌تر از اجرای «تمرینهای آزاد» است. در اجرای «تمرینهای وضعی»، محقق با موضوعی روبروست که حد و حدود آن از پیش معین شده است. در چنین حالتی کار محقق فقط این است که آن موضوع را به صورتی شایسته عرضه کند؛ به این معنا که آنرا با توجه به حد و حدودی که دارد تحلیل کند. اما در «تمرین آزاد» چون از پیش هیچ محدوده‌ای برای تحقیق درباره ماهیّت موضوع معین نشده است که بتواند راهنمای کار محقق باشد، وی کار خود را از فرضیه‌ای که لازمه انشاء (ساختمان‌سازی: construction) موضوع تحقیق باشد آغاز می‌کند که البته این بخش مهمی از کار «تحقیق» را تشکیل می‌دهد.

هر کار تحقیقی چهار جزء دارد: این اجزاء - یعنی «حوزه تحقیق»، «مبحث تحقیق»، «مضمون تحقیق» و «موضوع تحقیق» - هرچند که با یکدیگر مرتبط‌اند، با هم تفاوت دارند.

یک «حوزه تحقیق» (domaine/field) به بخش معینی از حقوق بین‌الملل منطبق است، مثل حقوق بین‌الملل بشردوستانه، حقوق بشر، حقوق بین‌الملل محیط زیست، حقوق بین‌الملل اجتماعی، حقوق مختصات مسلحانه، حقوق بین‌الملل کیفری، حقوق بین‌الملل اقتصادی و غیره. هریک از این حوزه‌ها دربرگیرنده شماری از مباحث مختلف است.

دو «مبحث تحقیق» (thème/theme) از تصویری کلی الهام می‌گیرد و گاه به مباحث جزئی هم کشیده می‌شود، مثل نسل‌کشی (کشتر عام)، تجاوز، و استخراج غیرقانونی منابع طبیعی. اینها مباحثی هستند که به‌لحاظ کلی‌بودنشان مستلزم تحقیق درباره مسائل مختلف‌اند.

سه «مضمون تحقیق» (objet/object) محلّ دقیق بحث را تقریر می‌کند که با توجه به مبحث مورد تحقیق حد و حدودش روشن می‌گردد. رویه قضائی دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی درباره نسل‌کشی و مفهوم تجاوز با تأکید بر «عاملان تجاوز» در مفهوم جزء «ز» از بند ۳ تعریف تجاوز در قطعنامه ۳۳۱۴ (۲۴) مجمع عمومی سازمان ملل متحد، یا مسأله استخراج غیرقانونی منابع طبیعی در جمهوری دموکراتیک کنگو در سالهای ۱۹۹۸ تا ۲۰۰۳، می‌تواند هریک «مضمون تحقیق» باشند. (رک. اسناد و مدارک مکتوب و دفاعیه‌های

البته، «فَنِّ حَقُوقِي» در مفهوم وسیع کلمه، همه وسایل و شیوه‌ها را، از هر نوع که باشد اعم از مادی و معنوی، در بر می‌گیرد و با آنها «حقوق» را می‌سازد و می‌پردازد. یک چنین مفهومی هم متضمن فنّ انشاء قواعد که مقدمات اجرای واقعی قواعد و مضمون آنها را هم دربرگیرنده فنّ انشاء قواعد است که مقدمات اجرای واقعی قواعد و مضمون آنها را به صورتی مؤثر فراهم می‌سازد. البته فنّ حقوقی و روش‌شناسی حقوقی، هر دو، از منطقی کم و بیش مستحکم و مبتنی بر مفاهیم و مقوله‌های کاملاً ملموس و عملی استفاده می‌کنند تا از ابهام قواعد بکاهند و آنها را برای تنظیم روابط اجتماعی آماده سازند. در این میان، «علم حقوق» که فقط با استفاده از فنّ حقوقی از عهده رسالت خود برمی‌آید، ابزار لازم روش‌شناسی حقوقی است. با همه این احوال، روش‌شناسی زیر سلطه اصول «سیاست حقوقی» مرتبط با هدفهای قدرت عمومی یا بازیگران صحنه روابط خصوصی یا گزینه‌های خاص هر جامعه در حوزه‌های روابط انسانی و اجتماعی و اقتصادی، و همچنین استراتژیهای مختلف سیاسی قرار دارد. از این رو دائماً در پی یافتن عواملی مؤثر برای تحقق این هدفها و بهره‌برداری از آنهاست که آنها مستلزم داشتن شناخت عمیق است از: ابزارهای مفهومی (اختیارات، قواعد، مقوله‌های حقوقی، حق‌ها، ضمانتهای اجرائی...)، و فنّی (تکنیکی) (فورمالیسم، فروض، اعمال حقوقی، دلایل...) و یا عملیاتی «حقوق» (قرارداد، وکالت، اقامه دعوا،

→

شفاهی جمهوری دموکراتیک کنگو در دیوان بین‌المللی دادگستری).

چهار) «موضوع تحقیق» (sujet/subject) از «مضمون تحقیق» و تعیین روش مناسب برای تحقیق درباره آن «مضمون» ترکیب می‌یابد. برای مثال می‌توان در این باره تحقیق کرد که آیا رویه قضائی دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی با وضعیت حقوق بین‌الملل عرفی سازگار است؟ یا، تا آنجا که به مفهوم «تجاوز غیرمستقیم» مربوط می‌شود، می‌توان این فرض را مطرح کرد که رویه اخیر همچنان از معیار «موضوع‌گیری اساسی» که در قطعنامه تعریف تجاوز بدان تصریح شده، إعرض نکرده است. به همین ترتیب می‌توان در حیطه مسائل مرتبط با استخراج غیرقانونی منابع طبیعی در جمهوری دموکراتیک کنگو کار تحقیق را با این فرض شروع کرد که اوگاندا یکی از دولتهایی است که از لحاظ بین‌المللی مسؤول این عمل خلاف شناخته شد.

بدین ترتیب، چنانچه دو متغیر مربوط به تعیین حدود مضمون و انتخاب روش تحقیق را یکی کنیم، تحقیق درباره موضوعات مختلف امکان‌پذیر می‌شود. در نتیجه لازم می‌آید که ساختمان «تحقیق» شالوده‌ای مستحکم و مستقر داشته باشد. بدین ترتیب است که با پشت سر گذاشتن چند مرحله شالوده چنین ساختمانی ریخته می‌شود.

آیینهای شکلی)، و همچنین شیوه‌ها و اقدامات حقوقی (استدلالات، توصیف، تفسیر، اجراء) که اداره و تحقق «حقوق» را راهبری می‌کنند.

روش‌شناسی حقوقی به‌عنوان علم روشها باید قبل از هر چیز به تحقیق درباره این مطلب پردازد که حقوقدان برای تشریح مسائل مرتبط با وضع و اجرای «حقوق» چه ابزارهایی در اختیار دارد. مسلماً مبنای مشترکی که از نهادها و اصول و ابزارها و روشها ترکیب یافته باشد، در تمامی فعالیت‌های حقوقی به کار می‌آید. علاوه بر این، مطالعه مفاهیم و مقوله‌های حقوقی، روشهای توصیف، ضمانتهای اجرایی، اختیارات، مکانیسمهای قضائی، دلایل، و همچنین بررسی فورمالیسم و اصول کلی و قواعد حقوق و شیوه‌های استدلال و تفسیر و زبان حقوقی... به همان اندازه که برای وضع و اصلاح حقوق موضوعه ضرورت دارند، در شکل‌گیری اعمال اداری و قراردادها یا احکام قضائی نیز لازم به نظر می‌رسند.

روش‌شناسی حقوقی که بعضی آنرا انکار کرده و برخی دیگر گمان برده‌اند که آنرا به‌وجود آورده‌اند، مدیون کار بزرگانی مثل ایرینگ آلمانی در قرن نوزدهم، و پورتالیس^۱، فرانسوا ژنی و ژنه دموگ^۲ فرانسوی در قرن بیستم است. با آنکه آثار چندان زیادی به روش‌شناسی حقوقی اختصاص نیافته است، تحقیق درباره بعضی مباحث «حقوق» مستلزم استفاده از روش‌شناسی است.

تفسیر متون در سراسر جهان موجب بروز جدالهای تند میان پیروان تفسیر لفظی^۳ و همچنین مکتب تحقیق آزاد علمی^۴ با کسانی شده است که مدافع روشهای «تفسیر بیرونی»^۵ بوده‌اند؛ همان تفسیری که بر روشهای تاریخی تکیه دارد یا در جهت هدفهای اجتماعی سیر می‌کند. به همین سبب بوده است که مطالعه استدلالات (احتجاجات) حقوقی و تحقیق درباره منطق حقوق رشد و توسعه یافته و «تفکر حقوقی» به شاخه‌های متفاوت تقسیم شده است. بنا بر «قیاس خطابی»^۶ که

1) Portalis

2) René Demogue

3) exégèse

4) libre recherche scientifique

5) interprétation extrinsèque

6) rhétorique

خاییم پرلمان^۱ صورتی جدید از آن ساخته و پرداخته است، منطق حقوقی در «نظریه احتجاج، نظریه جدل، و نظریه ترغیب»^۲ خلاصه می شود. برخی دیگر از حقوقدانان هم بر منطق صوری^۳ و نوعی صورت بندی ریاضی تأکید داشته اند. در همین اواخر نیز رهیافت جدیدی به نام «منطق فازی»^۴ به وجود آمده که به صورتی خاص با «حقوق» انطباق داده شده است. در منطق فازی از استانداردها و مفاهیمی کلی و قابل انعطاف استفاده می شود که در کار قضا یا سایر کارهای حقوقی مؤثر است.

علاوه بر این، در بسیاری از کشورهای جهان مؤسساتی برای تحقیق درباره «علم قانونگذاری» تأسیس شده است. از جمله این مؤسسات می توان به بنیاد اروپایی علم^۵ اشاره کرد. در این مؤسسه درباره چگونگی وضع قانون، گزینه های قانونگذاری، تدوین و انشاء و صورت بندی متون، ارزیابی آثار قانون، و حتی مسائل خاص روش شناسی قانونگذاری مثل تعاریف و صورت بندیهای هدفها بحث و تحقیق می شود. در برخی کشورها، مثل سوییس، مجلات تخصصی و ویژه ای به روش قانونگذاری اختصاص یافته است. درباره فرایند تصمیم گیری قضائی نیز مطالعات گسترده ای انجام گرفته است.

1) Ch. Perelman

2) Théorie de l'argumentation, de la controverse, de la persuasion

۳) منطق صوری (logique formelle) صناعتی نظری و شامل قواعد و قوانینی است که اندیشه را از خطا مصون می دارند. منطق صوری علمی است دستوری (science normative) که درباره قوانین اندیشه و شرایط امکان استدلال بحث می کند و از این رو آن را صوری نامیده اند که شامل بحث درباره صورتهای استدلال است از این نظر که به قوت صورت خود منتج است و نه به ماده خود.

۴) منطق فازی (logique floue/fuzzy logic) در فضای بین دو ارزش «برویم» یا «نرویم» ارزشهای جدید «شاید برویم» یا «می رویم اگر» یا حتی «احتمال دارد برویم» را استخراج می کند و به کار می گیرد. بدین ترتیب، به عنوان مثال مدیر بانک پس از بررسی رایانه ای بیان اقتصادی یک بازرگان می تواند از منطق «وام می دهیم» یا «وام نمی دهیم» فراتر رفته و بگوید «وام می دهیم اگر...» یا «وام نمی دهیم ولی...». امروزه منطق فازی به علت ژرف بینی و زدودن ابهام از مفاهیم مبهم در حوزه علوم انسانی نیز اقبال فراوان یافته است. در حوزه علم «حقوق» که بسیاری از داده ها مفاهیمی کیفی و غیردقیق دارند و ناگزیر لازم آمده است که برخلاف اصول عدالت با تبعیت از منطق صرف و در محدوده صفر یا یک، وجود یا عدم معنا شوند، منطق فازی توانسته است داده ها را در جایگاه واقعی آنها شناسایی و تحلیل کند، به این صورت که با توجه به عوامل مختلف عددی به نتیجه ای مطلوب برسد.

5) Fondation européenne de la science

روش‌شناسی حقوقی، ضمن توجه کامل به این نکته که «حقوق» اصولاً باید قابل انطباق بر روابط اجتماعی باشد، بر موضوع اصلی خود تمرکز دارد، و آن چگونگی اعمال راه‌حلهای حقوقی بر وضعیتهای موضوعی است. اصولاً «قانونگذار» و علمای حقوق باید به وضعیتهای کلی بپردازند. اما «قاضی» و عمل‌کنندگان به «حقوق»، اعم از وکیل و سردفتر و رایزنان حقوقی، برخلاف قانونگذار و علمای حقوق، باید راه‌حلهایی برای وضعیتهای خاص عرضه بدارند و قواعد «حقوق» را به‌اجراء درآورند. وضع و اجرای قاعده حقوقی هر دو پاسخگوی مسائلی یکسان با روشهایی متفاوت هستند.

برای تهیه متون حقوقی ابتدا باید با توسل به علوم مختلف مثل تاریخ، جامعه‌شناسی، مردم‌شناسی حقوقی، تحلیل اقتصادی حقوق، حقوق تطبیقی، انفورماتیک حقوقی، آمار و... گزینه‌های سیاسی و فنی را تعریف کرد، آنگاه برای منتقل کردن این گزینه‌ها به سیستم حقوقی از روشهای مفهوم‌سازی، از ابزارها و مکانیسمهای فنی حقوقی مختلف، و از شیوه‌های صورت‌بندی کامل قواعد و فنون و مهارتهای مرتبط با درج این قبیل گزینه‌ها به سیستم حقوقی استفاده کرد. اما برای اجرای «حقوق» ابتدا باید واقعیات را تحلیل و اثبات کرد، آنگاه قواعد قابل اعمال را تعیین و سپس آنها را بر وضعیتی معین منطبق یا تفسیر کرد. و سرانجام، برای اجرای قواعد حقوقی باید از ایجاد ارتباط میان قواعد قابل اعمال و وضعیتی مورد نظر به نتیجه‌ای حقوقی رسید.

گاه روشهای تحقیق درباره قواعد مطلوب^۱ را که مستلزم دقت و صلاحیت فنی برای ساخت و پرداخت متون حقوقی است، از روشهای قواعد موضوعه^۲ که بر عملیات منطقی در مفهوم وسیع کلمه تکیه دارد و برای اجرای قواعد حقوقی به کار بسته می‌شود، تفکیک کرده‌اند. در مواردی هم ابزارها و فنون حقوقی، یا شکل و ماهیت را در مقابل هم قرار داده‌اند. در واقع امر، در هر ساخت حقوقی، «شکل» و «ماهیت» یکدیگر را تکمیل می‌کنند و به‌همین علت با هم ملتبس می‌شوند. در چنین مواردی باید مضمون روش‌شناسی حقوقی را به‌صورتی دیگر تعریف کرد.

1) *de lege ferenda*

2) *de lege lata*

علاوه بر این، برخلاف رُنه دکارت^۱ که به روشی کلی و واحد معتقد بود، در حال حاضر عموماً پذیرفته شده است که چون هر «علم» موضوعی خاص دارد، باید روش خاص خود را دنبال کند. روش خاص یعنی شیوه‌ها و آیینهایی که در هر علم به کار می‌رود و هریک به صورتی خاص به دیگری پیوند خورده است و از آنها به شکلی خاص استفاده می‌شود. بنابراین، روش‌شناسی حقوقی مطالعه شیوه‌ها و روشهایی است که حقوقدانان در کارهای تحقیقاتی خود برای وضع و اجرای «حقوق» و، به صورتی کلی‌تر، در جهت رسیدن به راه‌حلی معین به کار می‌بندند.

بدین ترتیب، روش‌شناسی تحقیق در حقوق بین‌الملل وسیله‌ای است برای مطالعه و اجرای حقوق بین‌الملل، و هدف از پرداختن به آن پیدا کردن روش کار مناسب برای هر نوع تحقیق در عرصه حقوق بین‌الملل است. به عبارت دیگر، غرض از آموزش این روش‌شناسی ایجاد ارتباط افقی میان حوزه‌های مختلف حقوق بین‌الملل است، مثل حقوق ملل متحد، حقوق اشخاص، حقوق دریا، حقوق بین‌الملل بشردوستانه، حقوق اقتصادی بین‌المللی ...

اما در حقوق بین‌الملل دیرزمانی است که تورّم «قاعده» به حدّی غیرقابل قبول رسیده است. در این نظام به همان اندازه که مسائل مختلف با «حقوق» به نظم درآمده است، مقررات آن دچار تورّم شده‌اند.^۲ در یک چنین سیاقی دست‌یابی به جزئیات تمامی قواعد موجود، حتی در حیطه‌ای خاص، امکان‌پذیر نیست. به همین علّت باید روش معینی داشت تا به واسطه آن بتوان به معلومات جدیدی رسید، بر آنها تسلّط یافت و نهایتاً از آنها استفاده کرد.

الف) تعریف روش‌شناسی

در فرهنگهای لغت گفته شده است که روش‌شناسی مطالعه روشهای علمی و فنی — آن‌هم در حدّ زیرمجموعه منطقی — است.

1) René Descarte

۲) نک. گزارش گروه تحقیق کمیسیون حقوق بین‌الملل: گزارش قطعی، تدوین Martti Koskenneimi A/CN. 4/L. 682, 13 avril 2006, p. 11, para. 7.

در فرهنگ تخصصی *لاند* آمده است که روش‌شناسی زیرمجموعه‌ی منطق است و موضوع آن مطالعه‌ی تجربی (بعدی)^۱ روشها و خصوصاً روشهای علمی است.^۲ با توجه به این تعاریف، روش‌شناسی مستلزم مطالعه‌ی علمی روشهاست. به عبارت دیگر، هدف از روش‌شناسی کسب معرفت درباره‌ی ماهیت موضوعی معین نیست؛ بلکه استفاده‌ی عقلانی از معارف مکتسب است.

«روش» در صورتی مفید است که ابتدا معلوماتی درباره‌ی موضوع مورد نظر در دست باشد. به همین سبب، روش‌شناسی حقوقی در پایین‌دست سایر معارف حقوقی قرار می‌گیرد. با این حال تسلط بر روش‌شناسی حقوقی موجب می‌گردد تا معلومات جدیدی به دست آید و از این طریق راهی به بالادست فرایند آموزش «حقوق» گشوده شود.

به هر روی، غرض از روش‌شناسی حقوقی تأیید یا تصدیق وجود این یا آن «قاعده‌ی حقوقی» یا حتی آشکار ساختن مفهوم و معنای دقیق آن نیست؛ بلکه به دست آوردن ابزارهایی برای اثبات یا تفسیر قاعده‌ی حقوقی و یا به طور کلی دریافت حقیقت حقوقی آن است. به عبارت دیگر، غرض از روش‌شناسی حقوقی نشان دادن راههای درست استدلال^۳ حقوقی است.

برای روشن شدن این تعریف در گستره‌ی حقوق بین‌الملل می‌توان از مجادله‌ی علمی حقوقدانان بر سر مفهوم «حق مردم در تعیین سرنوشت خویش» مثال آورد. به اعتقاد اینان، در نظام بین‌المللی معاصر این «حق» به اقوامی اختصاص دارد که زیر سلطه‌ی استعمارگران یا بیگانگان رفته یا در انقیاد رژیم‌ی نژادپرست قرار گرفته باشند.^۴ اما به عقیده‌ی برخی دیگر از حقوقدانان، اقلیتهایی که دچار ظلم و جور حکومت مرکزی شده باشند نیز می‌توانند به این «حق» استناد کنند و خواستار جدایی از این حکومت شوند.^۵

1) *a posteriori*

2) méthodologie (F); methodology (E); Methodenlehre(D); metodologia (I); Subdivision de la Logique, ayant pour objet l'étude *a posteriori* des méthodes scientifiques.

3) *argumentum*=argument=argumentation

4) Cf. Théodore Christakis, *Le droit à l'autodétermination en dehors des situations de décolonisation*, Paris, La documentation française, 1999.

5) Cf. Ch. Tomuschat (ed.), *Modern Law of Self-Determination*, Dordrecht/Boston/London,

جالب است بدانیم که روش شناسی حقوق بین الملل به هیچ روی در پی حل این مجادله فکری نیست و فقط ابزار لازم را در اختیار هر یک از این نحله های فکری قرار می دهد تا بتوانند نظر خود را به اثبات رسانند. برای مثال، در روش شناسی حقوق بین الملل معین می گردد که روش مناسب برای اثبات دامنه «قاعده» و تفسیر آن کدام است. استفاده از هر روش مستلزم طرح پرسشهایی درباره «حجت»^۱ یا مجموع قضایای معلومی است که موجب کشف قضیه ای مجهول گردد،^۲ مثل اینکه «حجت» بر چه منابعی تکیه دارد؟ آیا این «حجت» بر قاعده ای قراردادی متکی است یا بر قاعده ای عرفی؟ چنانچه این «قاعده» عرفی باشد، با استفاده از چه روشی موجودیت آن به اثبات رسیده است؟ چه چیزی کاشف از رأی راسخ حقوقی^۳ دولتها بوده است؟ آیا تفسیر مورد عمل بر روشی عقلانی تکیه دارد؟ آیا این روش با اصول شناخته شده تفسیر مرتبط است؟

البته می توان از دو دیدگاه که ماهیته متفاوت و یا حتی متضاد باشند به کمک فقط یک روش دفاع کرد، زیرا در مواردی این دیدگاهها اولاً و بالذات ارزش علمی یکسانی دارند. در این قبیل موارد روش مورد نظر باید اساسی مستحکم و معتبر داشته باشد. علاوه بر این، همان طور که گفته شد روش شناسی زیرمجموعه منطق است و به همین سبب با «نظریه حقوق» ربط و اتصال دارد. به عبارت دیگر، انتخاب روش

→

Martinus Nijhoff, 1993, pp. 21-39;

البته در نیمه دوم قرن بیستم، حقوق بین الملل در حیطه مسائل مرتبط با حق مردم در تعیین سرنوشت خویش تا آنجا تکامل پیدا کرده که توانست اصل حق مردم در تعیین سرنوشت خویش را در جهت حفظ حقوق مردم سرزمینهای غیرمختار، و همچنین مردم تحت استعمار یا سلطه بیگانه، به «حق بر استقلال» تبدیل نماید و در نتیجه شمار زیادی از دولتهای نواخته را با اعمال همین حق به استقلال برساند.

1) *argumentum/ argumentation/ argument*

۲) حجت بر سه قسم است: قیاس و استقراء و تمثیل.

در قیاس ذهن از قضایای کلی به نتایج جزئی (خواه جزئی حقیقی، خواه جزئی اضافی) می رسد. اما در استقراء ذهن در مسیری مخالف مسیر قیاس حرکت می کند، به این معنا که از قضایای جزئی به طریق تعمیم به قضایای کلی می رسد. در تمثیل ذهن حکمی را که درباره چیزی محقق می داند به چیزی دیگر که از جهتی با آن همانند است سرایت می دهد. به تعبیر دیگر، در قیاس مقدمات مشتمل بر مطلوب است و در استقراء مطلوب مشتمل بر مقدمات است و در تمثیل هیچ یک مشتمل بر دیگری نیست.

3) *opinio juris*

معین مستلزم تبعیت از مکتب فکری معینی است و چنانکه معلوم گشته است طرفداران «حقوق طبیعی» از روش پوزیتیویستها تبعیت نمی‌کنند. به‌طور کلی لازمه مطالعه روش‌شناسی دنبال کردن جریانهای فکری غالب است؛ همان جریانهایی که گزینه‌های روش‌شناسی با آنها ساخته و پرداخته می‌شوند.^۱ با این حال ما در اینجا از «نظریه حقوق بین‌الملل» سخن نمی‌گوییم، زیرا کار ما ارزیابی قوت و انسجام این یا آن دکتترین (آموزه) حقوقی نیست، بلکه مطالعه روشهایی است که به کمک آنها بتوان مسائل و مشکلات علمی مختلف را حل و فصل کرد.

ب) سیر تاریخی روش‌شناسی

«علم» به معنای خاص کلمه از دوران نوزایی (رنسانس) به بعد تحت تأثیر روشهای تجربی و شیوه‌های ریاضی، و در مخالفت با روش ارسطویی که مکتب‌سازان آن را الگوی کار خویش قرار داده بودند، در شناخت پدیدارهای طبیعی، تغییر فضای زندگی اجتماعی، و همچنین در تحوّل آراء و عقاید فلسفی سهمی اساسی داشته است.

در این میان «علم فیزیک» بیش از سایر علوم در ایجاد این تحوّل مؤثر بود. «علم فیزیک» از زمان گالیله (۱۵۶۴-۱۶۴۲) رشدی چشمگیر داشت و علاوه بر آنکه در شناخت پدیدارهای طبیعی و توسعه علوم و فنون مؤثر افتاد، نشان داد که روش ارسطویی ابزار سودمندی برای کشف «حقیقت» نیست، زیرا فقط پذیرش واقعیتی را که از پیش معلوم شده است الزامی می‌کند و سخن تازه‌ی نمی‌گوید. همین طور است «تعاریف» یا «حدها»: اصولاً این تصوّر که «تعاریف» دانش را به پیش می‌برند توهمی بیش نیست.^۲

1) Olivier Corten, *Méthodologie du droit international public*, éditions de l'Université de Bruxelles, 2009, pp. 13-14.

۲) افلاطون در فلسفه خود از مثالهایی کامل (مثلاً) سخن به میان آورده است که برتر از جهان محسوساتند. به اعتقاد وی، آنچه در پیرامون خود در طبیعت می‌بینیم دوام و بقاء ندارد. در جهان محسوسات همه چیز تغییر می‌کند و رفته رفته راه زوال می‌پیماید. بنابراین نمی‌توان چیزی را که پیوسته در حال تغییر است، شناخت. شناخت حقیقی فقط با عقل امکان‌پذیر است.

به گفته افلاطون «حقیقت» هم در جهان محسوسات دلالت دارد و هم بر عالم مثال. «شناخت» از طریق جهان محسوسات ناقص یا تقریبی است. در جهان محسوسات هیچ چیز ثابت و دائم نیست؛ اما در عالم مثال