

## ارزیابی مبانی نظری ظهور حقوق فراملی

محمد صالح عطار<sup>۱</sup>، علیرضا ابراهیم گل<sup>۲\*</sup>

۱. دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل، دانشگاه تهران، پردیس فارابی، قم، ایران

۲. استادیار دانشکده حقوق پردیس فارابی دانشگاه تهران، دانشگاه تهران، قم، ایران

پذیرش: ۱۳۹۶/۱۲/۱۰

دریافت: ۱۳۹۶/۰۷/۲۹

### چکیده

امروزه در چارچوب مناسباتی که کل یا بخشی از آن خارج از قلمرو دولت-ملت واقع می‌شود، می‌توان از انواع مختلفی از تعاملات حقوقی انتظام بخش ارتباطات بشری صحبت کرد. این ارتباطات توسط گروهی از نظریه‌پردازان ذیل «نظریه حقوق فراملی» تشریح شده‌است. نظریه حقوق فراملی به مثابه نظریه‌ای با سابقه نه چندان طولانی از زمان طرح، مسائل و مباحث زیادی را پیرامون خود به همراه داشته‌است. در این میان ارزیابی چرایی ظهور حقوق فراملی مسأله‌مسأله‌ای کلیدی و بلکه اولین قدم مهم در بررسی نظریه حقوق فراملی است که مطالعه آن دو مبنای نظری لازم را در همین راستا در اختیار اندیشمندان قرار می‌دهد.

از نقطه نظر مبانی نظری ظهور حقوق فراملی می‌توان گفت که حقوق فراملی متأثر از دو عامل مختلف یعنی تکثرگرایی و جهانشمول‌گرایی ظهور نموده‌است که هر دوی این عوامل، پیامدهای جهانی شدن قلمداد می‌شوند. در این مقاله تلاش بر آن است تا ضمن ارزیابی دو مبانی نظری ظهور حقوق فراملی یعنی تکثرگرایی و جهانشمول‌گرایی حقوقی، این مسأله‌پروشن شود که چرا حقوق فراملی ظهور نموده‌است تا ضمن مطالعه علل و عوامل ظهور

Email: alirezaebrahimgol@hotmail.com

\* نویسنده مسؤل مقاله:

پژوهش‌های حقوق تطبیقی \_\_\_\_\_ دوره ۲۲، شماره ۱، بهار ۱۳۹۷

هنجارهای حقوق فراملی، مبادی و مبانی نظری ذی‌ربطی که توجیه‌کننده پذیرش دیدگاه ظهور حقوق فراملی است، مورد مطالعه قرار گیرد و علاوه بر آن، به کمک این مبانی، راه شناخت فرآورده‌های هنجاری متمایزی که در قلمرو حقوق فراملی ظهور می‌نمایند قابل شناسایی، فهم و نقد شود.

واژگان کلیدی: مبانی نظری، حقوق فراملی، جهان‌شمول‌گرایی، تکثرگرایی.

## ۱. مقدمه

طرح نظریه «حقوق فراملی»<sup>۱</sup> نسبت به سایر مفاهیم حقوقی نظیر حقوق ملی و حقوق بین‌الملل، سابقه پردازشی چندان طولانی ندارد. به زعم بسیاری از نویسندگان، هرچند بسیاری از تابعان، روابط یا موضوعات جدید، در مجموعه حقوقی مشخصی به نظم در آمده‌اند و زیرمجموعه یکی از نظام‌های حقوقی شناخته شده ملی یا بین‌الملل قرار گرفته‌اند لیکن برخی از این مناسبات وضعیتی متمایز به خود گرفته به نحوی که ادعا می‌شود موضوع نظام حقوقی متمایزی قرار می‌گیرند (دهدار، ۱۳۹۳، ص ۱۸۹-۱۹۰). وضعیت خاص این مناسبات را در دو قسم کلی می‌توان طبقه‌بندی نمود: قسم اول مناسباتی که تنها متعلق به یکی از این نظام‌های حقوقی (ملی یا بین‌المللی) نیستند و وضعیت حقوقی آن‌ها را باید با امعان نظر به بیش از یک نظم حقوقی مورد توجه قرار داد؛<sup>۲</sup> قسم دوم، مناسباتی که کل یا بخشی از آن‌ها خارج از قلمرو حقوق دولتی (دولت-ملت) شکل می‌گیرند و واقع می‌شوند.<sup>۳</sup>

1. Transnational Law

۲. برخی از آن با عنوان نظم حقوقی غیردولتی یاد کرده‌اند. بنگرید به: وکیلی مقدم و شیروی، ۱۳۹۲، ص ۱۱۸.

۳. ریشه این تحول مبانی در عملکرد دولت را باید در تحول مفهوم حاکمیت جست. به منظور مطالعه در این خصوص بنگرید به: ویژه و پتفت، ۱۳۹۵، ص ۲۴.



در تشریح قسم اول این مناسبات، می‌توان به عنوان نمونه، به فهرستی که کری مانکل مدو از چنین مواردی ارائه نموده‌است، اشاره کرد.<sup>۱</sup> ویژگی مشترک موارد مدنظر وی آن است که یک واقعه یا عمل، در یک نظام حقوقی قرار نگرفته و شناخت ابعاد حقوق مختلف آن، مستلزم امعان نظر به دو یا چند نظام حقوقی است.

اما در قالب قسم دوم یعنی مناسباتی که کل یا بخشی از آن‌ها خارج از قلمرو حقوق دولتی (دولت-ملت)، اعم از نظم حقوقی ملی یا نظم حقوقی بین‌المللی، شکل می‌گیرد، باید به جنس دیگر مناسبات حقوقی توجه داشت (Cotterrell, 2012, p. 500) مواردی این چنینی، مثالهایی هستند که بیرون از مرزهای حقوق دولتی (یعنی حقوق منبعث از دولت-ملت خواه در قلمرو حقوق بین‌الملل و خواه در قلمرو حقوق ملی) نضج و نما نموده است و اجرا می‌شود (مدنی، ۱۳۸۷، ص ۲۳۳، ۲۳۷، ۲۵۸).

ویژگی مشترک این دو قسم از مناسباتی که وضعیتی متمایز و خاص نسبت به مناسبات معمول مطرح در حقوق دولتی دارند، اشتغال آن‌ها بر وضعیت‌ها و پدیده‌های فراملی است. وضعیت‌ها و پدیده‌های فراملی در معنایی عام، اعمال یا وقایعی هستند که یا ناشی از تعلق موضوع به بیش از یک نظم حقوقی هستند و یا ناشی از تکوین، خارج از ساحت حقوق دولتی (یعنی یکی از دو نظام حقوقی متعارف ملی یا بین‌الملل یا ترکیبی از آن دو) می‌باشند.

این سنخ از روابط که توسط برخی نظریه‌پردازان، با عنوان روابط «فراسیستمی»<sup>۲</sup> تعریف شده است، پدیده‌هایی هستند که زمینه تغییر و تحول در پارادایم حقوقی غالب و حاکم بر حقوق بین‌الملل را فراهم آورده‌اند به نحوی که برخی از تغییر شکل دولت (Leibfried, and Zürn(eds), 2005, p. 37.) و برخی از مو آن (Rhodes, 1996, p. 661) صحبت نموده‌اند.

۱. به منظور آشنایی با مثال‌هایی دیگر از این قبیل بنگرید به: Menkel-Meadow, 2011, p. 98-99.

2. Transsystemic

دولت-ملت هم‌اکنون شناخته‌شده‌ترین شکل سازمان اجتماعی و قوام پارادایم حقوقی حاکم است و لذا حقوق منبعث از آن و حاکم بر آن نیز متعارف‌ترین گونه حقوق تلقی می‌شود. همانگونه که هرمان موسلر اظهار داشته‌است، دیرزمانی است این اعتقاد وجود دارد که حقوق بین‌المللی وجود دارد که بر جامعه بین‌المللی (جامعه دولت-ملت‌ها) حاکم است. تشکیل جامعه بین‌المللی (تحت نظم حقوقی دولتی)، به اعتقاد موسلر منوط به تحقق دو عنصر است: وجود واحدهای مستقل متعدد ایجاد شده بر اساس استقلال سرزمینی و اعتقاد به اینکه این واحدها ملزم به رعایت چارچوب‌های حقوقی مشخصی هستند (Mosler, 1974, p. 17-18). مبتنی بر همین انگاره، ریچارد فالک خصایص حقوق دولتی را از نظر بین‌المللی «اقتدار بین‌المللی دولت-محور، حاکمیت-محور<sup>۱</sup> و چارچوب‌بندی‌شده در محدوده قلمرو سرزمینی» تعریف می‌نماید و آن را «معرف نظم جهانی از نظرساختاری دارای سلسله‌مراتب که توسط فعالان سیاسی هژمون یا غالب مدیریت می‌شود» مفهوم‌پردازی می‌نماید (Falk, 2004, p. 2-3). میشل زورن همچون بسیاری از اندیشمندان، ترجمان حقوقی این نوع از جامعه (جامعه بین‌المللی ایجاد شده تحت نظم دولت-محور و حاکمیت-محور) را اصل عدم مداخله در امور داخلی می‌داند (Zurn, 2012, p. 731).

با این همه اگرچه دولت-ملت و حقوق آن، مأنوس‌ترین گونه حقوق قلمداد می‌شود ولی سایر شیوه‌های تشکیل جامعه و هویت‌یابی آن نیز در مناسبات انسان‌ها شکل گرفته و قابل شناسایی است (Berman, 2002(21), p. 314-316). به این ترتیب، علی‌الاصول هرگاه که اعمال یا وقایعی از جامعه ملی فراتر رود، پدیده‌ها و مناسبات فراملی که هویت‌بخش اجتماع/جامعه فراملی هستند، شکل می‌گیرند. در این حال، صحبت از حقوق فراملی میسر می‌شود. از این رو، پدیده‌ها و مناسبات فراملی عبارتند از موجودیت‌ها، رویدادها یا وضعیت‌هایی که بیش از یک سیستم حقوقی-سیاسی (دولت-ملت) را به خود مشغول می‌نماید (Bekker, 2013, p. 2).

۱. به منظور مطالعه فرآیند تحول مفهوم حاکمیت بنگرید به: Rabkin, 2005, p. 52-70.

محمد صالح عطار و همکار \_\_\_\_\_ ارزیابی مبانی نظری ظهور حقوق...



به هر روی، پرداختن به چنین مسائلی ناگزیر صحبت از مبانی نظری حقوق فراملی را پیش می‌کشد. در مبانی نظری ظهور حقوق فراملی، تلاش بر توضیح چرایی پدیداری حقوق فراملی متمرکز است. به این ترتیب چگونگی ورود نظریه حقوق فراملی به قلمرو اندیشه‌ورزی حقوقی مورد کنگاش قرار می‌گیرد و زمینه فهم تحولات حقوقی روی داده و در حال وقوع در عالم حقوق روشن می‌شود.

به واقع چنانچه پذیرفته شود که پیدایش حقوق فراملی تحت تأثیر نیروهای سیاسی، اقتصادی، فرهنگی و در یک کلام اجتماعی است (Leibfried and Zürn(Eds), 99, p.11, 2005) با غور در آثار مرتبط با حقوق فراملی، می‌توان ریشه نظری اندیشه حقوق فراملی را به دو مبانی حقوقی متمایز و از قضا متناقض یعنی تکثرگرایی حقوقی و جهان‌شمول‌گرایی حقوقی مرتبط دانست. در ادامه این دو مبنا تشریح و ارزیابی خواهد شد.<sup>۱</sup>

## ۲. حقوق فراملی بر مبنای جهان‌شمول‌گرایی حقوقی

«جهان‌شمول‌گرایی»<sup>۲</sup> یکی از مبانی نظری حقوق فراملی تلقی می‌شود.<sup>۳</sup> جهان‌شمول‌گرایی به عنوان یکی از پیامدهای جهانی‌شدن شناخته می‌شود. به زعم مارک توشنت جهانی‌شدن مسأله‌ای است که هیچ اندیشمندی دقیقاً نمی‌داند معنای آن چیست، اما همگی آثار آن را بر زندگی خود احساس می‌کنند. این بیان گواه بر پیچیدگی مسأله جهانی‌شدن است. با وجود این، فارغ از مفهوم و حدود جهانی‌شدن، آنچه که مهم است تشریح اثر آن بر حقوق و تحولات آن به ویژه حقوق بین‌الملل است. او خود اثر جهانی‌شدن را تضعیف دولت و انتقال اقتدار دولت به

۱. می‌ری دلماس مارتی، هر دو مبانی جهان‌شمول‌گرایی و تکثرگرایی حقوقی را محصول جهانی‌شدن می‌داند.

مارتی، ۱۳۷۸، ص ۱۳۰-۱۳۳.

2. Cosmopolitanism

۳. از مبانی جهان‌شمول‌گرایی نیز در آثار برخی صحبت شده است؛ بگرید به: سیدفاطمی، ۱۳۹۴.

موجودیت‌هایی که در دو سوی بالادست<sup>۱</sup> (نظیر سازمان‌های فوق‌ملی) و پایین‌دست<sup>۲</sup> (نظیر نهادهای محلی و منطقه‌ای) دولت هستند، ارزیابی نموده است.<sup>۳</sup>

در رابطه با مفهوم جهان‌شمول‌گرایی دو برداشت وجود دارد؛ به زعم اندیشمندان متأثر از نظریه آمریکایی «سیاست‌ورزی جهانی»<sup>۴</sup> در نتیجه جهانی شدن، حقوق جهانی نه در قالب حقوقی متکثر بلکه در چارچوب حقوقی متمرکز و متفاوت از حقوق دولت-محور، ظهور خواهد نمود. از این منظر جهانی‌شدن نوعی «یکسان‌سازی جهانی»<sup>۵</sup> است که در زمینه حقوق اتفاق می‌افتد (Berman, 2012(1), p. 11). این برداشت، برداشتی است که جهان‌شمول‌گرایی را به عنوان عامل «یکسان‌سازی جهانی» می‌نگرد و بدین‌سان از «جهان‌شمول‌گرایی یکسانی جهانی»<sup>۶</sup> صحبت می‌کند (Dinh, 2004, p. 879). «جهان‌شمول‌گرایی یکسانی جهانی» با بهره‌برداری از دو فن حقوقی اصلی یعنی «هماهنگ‌سازی»<sup>۷</sup> و «استانداردسازی»<sup>۸</sup> محقق می‌شود. در این وضعیت می‌توان از ظهور «حقوق جهانی»<sup>۹</sup> به معنای خاص صحبت نمود (Berman, 2012(1), p. 9, 12) که متناظر با جامعه فراملی به معنای خاص و مضیق، نمایان می‌شود.

جریان دیگری نیز وجود دارد که از جهان‌شمول‌گرایی در معنایی متمایز از جریان اول، صحبت می‌کند. در این نگاه، جهان‌شمول‌گرایی به مثابه چارچوب‌بندی تکثرگرایی جوامع مختلف، تلقی می‌شود که بر اساس ضابطه فراتر رفتن از مرزهای دولت-ملت فهم می‌شود. به واقع در این برداشت، جهان‌شمول‌گرایی به واسطه پذیرش تکثر

1. Upward

2. Downward

۳. چگونگی تحقق این مهم را نیز ضمن اذعان به پیچیدگی آن تشریح نموده است. بنگرید به: Tushnet, 2003, p. 142.

4. World Polity

5. Universalism

6. Universal Cosmopolitanism

7. Harmonization

8. Standardization

9. World Law

جوامع و حقوق متناظر با آن‌ها و تلاش برای چارچوب‌بندی این تکثر در شکلی واحد به واسطه آیین‌ها و روش‌هایی مشخص که همانا استفاده از هنجارهای شکلی<sup>۱</sup> هستند، روی می‌دهد (Berman, 2012(1), p. 12-13) این برداشت از جهان‌شمول‌گرایی با عنوان «تکثرگرایی جهان‌شمول‌گرا»<sup>۲</sup> نیز معرفی شده است (Berman, 2012(1), p. 1) این برداشت از حقوق فراملی تا حدود زیادی متناظر با مفهوم جامعه فراملی به معنای موسع، می‌باشد.

آن-ماری سلتر خلاصه و گویا ویژگی خاص جهانی‌شدن و اثری که بر جهان‌شمول‌گرایی و در نتیجه جهانی‌شدن حقوق دارد را تشریح نموده و بدین ترتیب ریشه این دو برداشت از جهان‌شمول‌گرایی را ردیابی کرده است. او جهانی‌شدن را از لحاظ حقوقی متناقض می‌داند. به زعم او جهانی‌شدن از یک سو متضمن این ایده است که مسائل جمعی و مشترکی در جهان وجود دارد که حل آن‌ها تنها به واسطه اقدام در سطح جهانی میسر است و انجام این اقدام نیز محتاج ایجاد نهادهای جهانی است که قادر باشند هنجارهایی را در سطح جهانی وضع نموده و اجرا کنند (لزوم ایجاد اقتدارات جهانی به منظور حل مسائل جمعی). از دیگر سو، انگاره دیگر جهانی‌شدن آن است که تجربه تجمع اقتدار و صلاحیت در موجودیتی به نام دولت، گواه بر آن بوده است که چنین تجمع اقتداری واجد خطر برای حقوق و آزادی‌های بشر است. این وجه موضوع نیز جنبه دیگر جهانی‌شدن در دیدگاه وی است (لزوم پرهیز از تجمع اقتدار به منظور حل مسایل جمعی) (Slaughter, 2004, p. 8). به زعم او پیش از دهه ۹۰ میلادی، به جهت تمرکز بر جنبه اول اثر جهانی‌شدن بر حقوق (لزوم ایجاد اقتدارات جهانی به منظور حل مسائل جمعی)، هدف نیل به نوعی «دولت جهانی» بود اما از دهه ۹۰ میلادی به بعد به جهت بروز مشکلات عدیده در راستای شکل‌گیری دولت جهانی و البته به جهت تمرکز بر وجه دوم جهانی‌شدن (لزوم پرهیز از تجمع اقتدار به منظور

۱. این، دیدگاه، ریشه در پارادایم روش‌محور (Proceduralist Paradigm) یورگن هابرماس دارد. بنگرید به: Habermas, 1996, pp. 267, 427.

2. Cosmopolitan Pluralist

حل مسایل جمعی)، تلاش برای شکل‌گیری دولت جهانی جای خود را به تلاش برای تحقق الگوی «حکمرانی جهانی»<sup>۱</sup> داد. حکمرانی جهانی به زعم او اداره امور با توسل به «سازمان جمعی و وضع هنجارهای فاقد قوه قهریه» است.<sup>۲</sup> در این رویکرد، ابزار اصلی حکمرانی جهانی ایجاد «شبکه‌های سیاست‌گذاری جهانی»<sup>۳</sup> است. توسل به شبکه‌های سیاست‌گذاری جهانی به نوبه خود منجر به بازسازی دولت و مفهوم و نقش آن شده است به نحوی که شکل‌گیری و حضور بازیگران غیردولتی در عرصه فعالیت‌هایی که قبلاً دولت در آن نقش ایفا می‌نمود، یعنی مشخصاً وضع و اجرای حقوق و به قضاوت نشستن در خصوص آن، رایج شد.

به این ترتیب با جایگزینی الگوی حکومت با حکمرانی، مرز بین مسائل داخل دولت و امور خارج از آن، کمرنگ و کمرنگ‌تر می‌شود. در نقد نتایج حاصل از این وضعیت، سلاتر به نقل از جان بولتون، اذعان می‌دارد که الگوی حکمرانی و جامعه مدنی نیز به حل این تناقض و محذور جهانی‌شدن، که پیش از این سلاتر تشریح کرده و بدان اشاره نمودیم، کمک نمی‌نماید بلکه اولاً به تشکیل «حکمرانی صنفی»<sup>۴</sup> منجر شده است، ثانیاً به جهت فقدان ساختار متمرکز و مؤثر، مشکلاتی را ایجاد کرده است و ثالثاً نظارت بر عملکرد این شبکه‌ها در رعایت حقوق و منافع اشخاص نیز مسأله دیگری در این زمینه خواهد بود که حل آن خود محذور دیگری برای این اندیشه است. بنابراین از نظر سلاتر آنچه که مورد نیاز است الگویی است که در آن «هنجارهای جهانی بدون قدرت متمرکز ولی با فعالان دولتی که بتوان آن‌ها را به واسطه انواعی از سازوکارهای سیاسی مسؤول قلمداد نمود ... [و علاوه بر آن] با طیف وسیعی از سازمان‌های غیردولتی نیز در ارتباط باشند»، تدارک دیده شود. او راهکار ارائه شده

1. Global Governance

۲. تعاریف دیگری نیز برای جهانی‌شدن ارائه شده است؛ به عنوان نمونه میشل زورن جهانی‌شدن را «کلیت مقرراتی که با نظر به حل مسائل مشخص غیرملی‌شده و غیرمنطقه‌ای شده یا تأمین امور خیر مشترک فراملی مطرح می‌شود» تعریف نموده است. بنگرید به: Zurn, 2012, p. 730.

3. Global Policy Networks

4. Corporatism



محمد صالح عطار و همکار \_\_\_\_\_ ارزیابی مبانی نظری ظهور حقوق...



در این فرآیند را تشکیل «شبکه‌های حکومتی»<sup>۱</sup> معرفی می‌نماید. راهکاری که توسط روبرت کوهن و جوزف نای با طرح ایده فعالیت «فراحکومتی»<sup>۲</sup> به عنوان زیرمجموعه کوچکی از فعالیت فراملی، معرفی شد.

به زعم وی، شبکه‌های حکومتی نظیر «آی او اس سی یو»<sup>۳</sup> یا «شبکه بین‌المللی برای رعایت و اجرای زیست‌محیطی»<sup>۴</sup> در همین راستا تشکیل شده‌اند و کمیت و کیفیت فعالیت آن‌ها به تدریج توسعه یافته‌است به نحوی که امروزه از جمع‌آوری اطلاعات تا ارائه کمک‌های فنی را هم به دولت‌ها، هم به سازمان‌های بین‌الملل و هم اشخاص و ... در بر می‌گیرد (Slaughter, 2004, p. 9-11).

بر اساس شرحی که گذشت، به هر حال جهانی‌سازی مستلزم نوعی اداره زندگی بشریت در کل است. سلاتر سه شیوه متمایز مطرح (دولت جهانی، حکمرانی جهانی و شبکه‌های حکومتی) برای اداره زندگی بشر را به این صورت، تشریح نمود. نکته مشترک مرتبط با هر یک از این سه شیوه متمایز آن است که کلیه اشکال مذکور را می‌توان فنون متمایز ایجاد حقوق جهانی تصور نمود که هر یک به شکل خاص خود و با بهره‌برداری از اقتضائات خاص خود به شکل‌گیری و ظهور حقوق جهانی منجر می‌شوند.

این سه شکل و شاید سایر تمامی اشکال جهان‌شمول‌گرایی در حقوق جهانی، در دو شکل امکان ظهور دارد و سایر اشکال حقوق جهانی به عنوان مسائل زیرمجموعه یکی از این دو نوع حقوق جهانی قابل تشریح هستند: حقوق جهانی در قالب «دولت جهانی»<sup>۵</sup> (دیدگاه نئولیبرالیستی) و حقوق جهانی بدون دولت جهانی (دیدگاه نئوکانتی) (Calliess and Zumbansen, 2010, p.24; Michaels and Jansen, 2006, p. 865).

- 
1. Government Networks
  2. Transgovernmental Activity
  3. International Organization of Securities Commissions (IOSCO)
  4. The International Network for Environmental Compliance and Enforcement (INECE)
  5. Global/World State

هر دو شکل پیش‌گفته، حقوقی منسجم و یکپارچه را در سطح جهانی منادی هستند با این تفاوت که در ایده حقوق جهانی به وجود آمده در چارچوب دولت جهانی (نگاه نئولیبرالیستی)، نقش محوری در شکل‌گیری حقوق جهانی به دولت جهانی تعلق دارد؛ درحالی‌که در تکوین حقوق جهانی از نگاه نئوکانتی، نکته اساسی، محور دولت(ها) و شکل‌گیری حقوقی با جوهره و ماهیتی متمایز از حقوق دولتی در راستای اداره و تدبیر امور حکمرانی در سطح جهانی است. بر این اساس، حقوق جهانی نئوکانتی را «حقوق خصوصی جهانی»<sup>۱</sup> و حقوق جهانی نئولیبرالیستی را «حقوق عمومی جهانی»<sup>۲</sup> می‌توان قلمداد نمود (Michaels and Jansen, 2006, p.867).

شیوه حکمرانی جهانی‌الگویی است که می‌تواند در راستای تشکیل دیدگاه نئوکانتی حقوق جهانی به کار گرفته شود؛ شیوه دولت جهانی را ذیل دیدگاه نئولیبرالیستی می‌توان قرار داد و شیوه شبکه‌های حکومتی مطرح توسط سلاتر نیز به نحوی برخی ویژگی‌های هر دو شیوه نئوکانتی و نئولیبرالیستی برخوردار است. دو شیوه اول و سوم را می‌توان فراملی‌کردن حکمرانی و شیوه دوم را فراملی‌کردن حکومت تلقی کرد. «فراملی‌کردن حکمرانی»<sup>۳</sup> به نظر میشل زورن به «فرآیندی اشاره دارد که در آن بازیگران فراملی غیردولتی مقررات و فعالیت‌های فراملی را بی‌آنکه ضرورتاً از طرف دولت‌ها مجاز باشند، توسعه می‌دهند. چنین مقرراتی بر اصل خود-حکمرانی<sup>۴</sup> مبتنی است و اقتدار خصوصی<sup>۵</sup> را تولید می‌کند». بر اساس این تعریف، وی کدهای رفتاری شرکت‌های چندملیتی یا عملکرد سازمان عفو بین‌الملل را از مصداق این مورد می‌داند (Zurn, 2012, p. 730-731).

در هر دو نگاه نئوکانتی و نئولیبرالیستی،<sup>۲</sup> نکته مشترک جود دارد: اول اینکه در هر دو دیدگاه، نظم حقوقی که واحد و دارای سلسله‌مراتب است شکل می‌گیرد و دوم

1. Global Private Law
2. Global Public Law
3. Transnationalization of governance
4. Self-Governance
5. Private Authority

محمد صالح عطار و همکار \_\_\_\_\_ ارزیابی مبانی نظری ظهور حقوق...



اینکه مهمترین نقطه آغاز در هر دو نگاه، تغییر مفهوم دولت و جایگاه آن است. با این همه این دو نگاه تنها در همین دو نکته اشتراک دارند و لی در سایر جهات، تمایزات آن‌ها روشن می‌شود.

در نگاهی که «حقوق خصوصی جهانی»<sup>۱</sup> در آن مطرح است (دیدگاه نئوکانتی)، دولت، محو یا نقش آن دگرگون می‌شود، در نتیجه انسجام و وحدت حقوقی از مرجعی غیر از دولت ایجاد می‌شود؛ لذا چنانچه گفته شد می‌توان نظم حقوقی محصول این فرآیند را نظمی حقوقی خصوصی دانست که در پرتو شکل‌گیری مناسبات سلسله‌مراتبی توسط اشخاص یا نهادهای خصوصی نظیر نهادهای غیردولتی یا شرکت‌های چندملیتی ایجاد می‌شود. در این معنا جهانی‌شدن حقوق، به معنای «خصوصی‌سازی حقوق»<sup>۲</sup> است که با فاصله گرفتن از نظم حقوقی دولت-محور معنا می‌یابد (Michaels and Jansen, 2006, p. 867). بر اساس این فرض است که برخی از «حقوق خصوصی خصوصی شده»<sup>۳</sup> در مقابل «حقوق خصوصی دولتی»<sup>۴</sup> صحبت کرده‌اند.

برعکس در نگاهی که حقوق عمومی جهانی در آن مطرح است (دیدگاه نئولیبرالی)، دولت محو یا نقش آن دگرگون نمی‌شود بلکه تنها قلمرو ایفای نقش دولت عوض می‌شود؛ در این حال، انسجام و وحدت حقوقی از دولت نشأت می‌گیرد<sup>۵</sup>؛ لذا می‌توان نظم حقوقی محصول این فرآیند را نظم حقوقی عمومی دانست که در پرتو شکل‌گیری مناسبات سلسله‌مراتبی توسط دولت ایجاد می‌شود. با این تفاوت که مراد از دولت، دولتی دارا و اعمال‌کننده اقتدار و صلاحیت جهانی است و نه صرفاً واجد صلاحیت

1. Global private law
2. Privatization of Law
3. Non-State Private Law/ Privatized Private Law
4. State Private Law

۵. اصول یونیدو غوا را به عنوان معرفی نموده‌اند. بنگرید به: Zurn, 2012, pp. 730-731.

۶. برای مطالعه بیشتر بنگرید به: King, 2003, p. 76, King, 2005, p.535.

پژوهش‌های حقوق تطبیقی \_\_\_\_\_ دوره ۲۲، شماره ۱، بهار ۱۳۹۷

تفویض شده به وی از ناحیه دولت‌های متعدد.<sup>۱</sup> در ادبیات علمی مرتبط با حقوق فراملی، این گونه از حقوق فراملی، «حقوق عمومی جهانی»<sup>۲</sup> یا «حقوق فوق ملی»<sup>۳</sup> تلقی می‌شود (Michaels and Jansen, 2006 p. 867-868).

به هر روی در هر دو مبنای نئولیبرالی و نئوکانتی است که حقوق جهانی در پرتو جهانی‌شدن، از دولت در مفهوم کنونی عبور کرده است و از این نقطه نظر می‌توان آن را حقوق فراملی تلقی نمود با این تمایز که یکی منادی حقوق فراملی عمومی (حقوق فوق ملی) و دیگری حقوق فراملی خصوصی (حقوق بعد ملی) است.<sup>۴</sup> در هر دو خوانش از جهانی‌شدن، حقوق فراملی متأثر از جهانی‌شدن ظهور نموده و چرایی ظهور حقوق فراملی به چاره‌اندیشی در راستای مواجهه با جهانی‌شدن از طریق جهان‌شمول‌گرایی باز می‌گردد.

### ۳. حقوق فراملی بر مبنای تکثرگرایی حقوقی

در نقطه مقابل مبنای جهان‌شمول‌گرایی (جهان وطن‌گرایی) حقوقی، به عنوان یک مبنا در راستای توضیح چرایی ظهور حقوق فراملی، تکثرگرایی حقوقی به عنوان مبنای دیگر آن قرار دارد. جالب آنجاست که ریشه این مبنا نیز همچون مبنای اول به فرآیند جهانی‌سازی باز می‌گردد. بر این اساس، برخی مبنای نظری ظهور حقوق فراملی را به ویژه در معنای جامعه‌شناختی آن (که رویکرد انحصاری سنتی نسبت به حقوق به

۱. دولت جهانی به نظر میشل و جانسن به واسطه دو فن حقوقی امروزه در فرآیند ظهور قرار دارد: فن اول تشکیل سازمان‌هایی با اقتدارات و صلاحیت‌های منحصر به فرد نظیر اتحادیه اروپایی است؛ فن دوم نیز اجرای فراسرزمینی قوانین توسط دولت‌ها است؛ بنگرید به: Michaels and Jansen, 2006, pp. 867-868.

2. Global public law

3. Supranational law

۴. دو مفهوم حقوق بعد-ملی و حقوق فوق ملی در ادامه بعد از تعیین مفهوم حقوق فراملی و ضمن تشریح اصطلاحات مشابه با آن، توضیح داده خواهد شد.

محمد صالح عطار و همکار \_\_\_\_\_ ارزیابی مبانی نظری ظهور حقوق...



عنوان حقوق دولتی موضوعه را سؤال می‌برد<sup>۱</sup>، اندیشه مکتب تکثرگرایی حقوقی<sup>۲</sup> که معتقد است حقوق دولتی تنها یکی از اشکال حقوق در جهان موجود است، مرتبط می‌دانند (Ferreri, 2011, p.6) در خصوص معنای تکثرگرایی حقوقی دو دیدگاه متمایز وجود دارد که در ادامه به آن‌ها اشاره می‌کنیم و اثر آن بر چرایی ظهور حقوق فراملی نیز ارزیابی خواهد شد.

### ۳-۱. ظهور شیوه‌های جدید خلق حقوق (تکثر و انباشت جوامع هنجاری)

یکی از اصلی‌ترین معانی برشمرده شده برای تکثرگرایی حقوقی، تکثرگرایی حقوقی به دلیل ظهور شیوه‌های جدید و متعدد خلق هنجارهای حقوقی است که از آن با عنوان تکثر در «جوامع هنجاری»<sup>۳</sup> یاد می‌شود. اندیشمندان مختلف این معنا از تکثرگرایی حقوقی را به اشکال مختلف توضیح داده‌اند.

از نظر برمن، تکثرگرایی حقوقی<sup>۴</sup> به عنوان محصول جهانی‌شدن، به معنای اعتقاد به وجود «...بازیگران، هنجارها و فرآیندهای حقوقی نو...» است که منجر به ظهور «...اقتدارات حقوقی هم‌پوشان ...» شده است و «چندگانگی حقوقی<sup>۵</sup>» را با خود به همراه دارد. به زعم او در تکثرگرایی حقوقی، عمل یا شخص واحد موضوع چند رژیم یا شبه رژیم حقوقی و در نتیجه قواعد حقوقی متعدد، متمایز و هم‌پوشان که منبعت از منابع حقوقی متعدد هستند، قرار می‌گیرد. بنابراین تکثرگرایی حقوقی از نظر وی به

۱. برخی از پایان حقوق در این معنا صحبت نموده‌اند و علل آن را خصوصی‌شدن حقوق، ابهام و از بین بردن آن

معرفی نموده‌اند؛ بنگرید به: Perschbacher and Bassett, 2004, pp. 15, 32, 54.

۲. به منظور مطالعه تاریخ تکثرگرایی حقوقی بنگرید به: Tamanaha, 2008, pp. 377-390.

شکل کلاسیک تکثر هنجاری از نظر وی مربوط به دوران استعمار و همزیستی حقوق استعماری با حقوق سرزمین‌های تحت استعمار است و صورت امروزی آن را مرتبط با چندفرهنگی یا تنوع فرهنگی می‌یاشد.

3. Normative Community

۴. برخی اندیشمندان به جای استفاده از واژه تکثرگرایی حقوقی، از اصطلاح تکثرگرایی هنجاری (Normative

Pluralism) یا تکثرگرایی مقرراتی (Regulatory Pluralism) صحبت نموده‌اند. بنگرید به: Tamanaha, 2008, p. 394.

5. Legal Hybridity

معنای تعدد قواعد حقوقی معتبر قابل اعمال نسبت موضوع واحد است<sup>۱</sup> ( Michaels and Jansen, 2006, p.971) این معنا از تکثرگرایی حقوقی را می‌توان تکثرگرایی در معنای مضیق آن دانست.

تاماناها تکثرگرایی حقوقی را صرف وجود مراجع و فرآیندهای متعدد که در کنار و به موازات یکدیگر -خواه در قلمرو واحد یا در حوزه‌های متعدد- به وضع قواعد حقوقی می‌پردازند، تعبیر نموده‌است؛ از نظر وی، ضرورتاً تکثرگرایی حقوقی به معنای وجود هنجارهای متعدد در قلمرو واحد نیست بلکه صرف وجود مراجع متعدد ولو در قلمروهای متعدد، به معنای تکثرگرایی حقوقی است (Tamanaha, 2008, p.396). در همین راستا نیز ۶ سیستم ناظم هنجاری تدارک دیده‌است.<sup>۲</sup> این معنا از تکثرگرایی حقوقی را می‌توان معنای موسع آن دانست.

کالیس و زامبانسن، تکثرگرایی حقوقی را تعدد سیستم‌های حقوقی رسمی و علاوه بر آن تعدد سیستم‌های هنجاری غیررسمی و ارتباط و تزامم و تعارض این سیستم‌ها با یکدیگر قلمداد نموده‌اند (Calliess and Zumbansen, 2010(37), p.26-). این معنا از تکثرگرایی محدودتر از معنای مدنظر تاماناها و شبیه معنای مطرح توسط برمن است با این تفاوت که قید رسمیت و غیررسمی بودن در سیستم‌ها را مورد توجه و تأکید ویژه قرار داده و به این ترتیب به مقوله حقوق نرم، به مثابه یکی از اجزای نظم هنجاری به صورت کلی، توجه نموده است.

آنچه قدر متیقن تمامی این دیدگاه‌ها است آن است که جوامع هنجاری دولتی (اعم از ملی و بین‌المللی) و غیردولتی به تولید هنجارهای حقوقی مبادرت می‌نمایند و این

---

۱. او دو واکنش نسبت به چندگانگی حقوقی را احصا می‌کند که عبارت است از حاکمیت‌گرایی سرزمینی (Sovereignist Territorialism) و جهان‌شمول‌گرایی (Universalism)؛ خود او نیز ایده جهان‌وطن‌گرایی تکثرگرا (The Cosmopolitan Pluralist) را طرح نموده و تشریح می‌کند. بنگرید به: Xavier, 2013, p. 982.

۲. سیستم‌های حقوقی رسمی؛ سیستم‌های هنجاری فرهنگی/عرفی؛ سیستم‌های هنجاری مذهبی/فرهنگی؛ سیستم‌های هنجاری اقتصادی/کاپیتالیستی؛ سیستم‌های هنجاری کاربردی؛ سیستم‌های هنجاری اجتماعی/فرهنگی. بنگرید به: Tamanaha, 2008, p. 397.

محمد صالح عطار و همکار ————— ارزیابی مبانی نظری ظهور حقوق... 

معنای تکثر جوامع هنجاری است (Berman, 2012(1), P. 23). بنابراین تکثر حقوقی در این معنا، تکثر حقوقی ناشی از جوامع هنجاری است. جوامع هنجاری، اجتماعی هستند که در آن‌ها، تولید و وضع هنجار روی می‌دهد. تکثر این جوامع ناشی از تعدد و تکثر بخش‌های متمایز «جامعه جهانی»<sup>۱</sup> یا «جامعه مدنی جهانی»<sup>۲</sup> است (Teubner and Fischer-Lescano, 2004, p.1004). این تعدد با شکل‌گیری بخش‌های مختلف در مناسبات جامعه جهانی منجر به شکل‌گیری وضعیتی «چندکانونی»<sup>۳</sup> در فرآیند جهانی شدن تکثرگرایی حقوقی، شده است. وضعیت چندکانونی مشتمل بر وجود سیستم‌ها و رژیم‌های حقوقی متعدد و متضمن تعارض اجتناب‌ناپذیر و حل‌نشده آن‌هاست. این وضعیت را وضعیت «تفاوت کاربردی»<sup>۴</sup> نام نهاده‌اند که در آن برقراری وحدت حقوقی به واسطه سلسله‌مراتب هنجاری در میان بخش‌های دارای کارکرد متمایز جامعه جهانی دشوار و به قول لومان که معتقد است «گناه تفاوت دیگر هیچ‌گاه پاک نمی‌شود؛ بهشت از دست رفته است»، ناشدنی است (Teubner and Fischer-Lescano, 2004, p.1007).

در این حالت، دولت و سیستم حقوقی مبتنی بر آن دیگر تنها موجودیت‌های حقوقی نیستند که به خلق و وضع هنجار می‌پردازند. بر این اساس است که به محض عبور از انحصار دولت در خلق هنجار، بهره‌برداری از «نظریه رژیم»<sup>۵</sup> و ظرفیت رژیم‌های حقوقی به منظور توصیف مفهوم و حدود حقوق ضرورت می‌یابد (Calliess and Zumbansen, 2010(37), pp.24-25).

بنابراین تکثرگرایی حقوقی به عنوان یکی از آثار جهانی‌شدن با اثرگذاری بر دولت، به صورت مستقیم با مسأله «حکمرانی جهانی»<sup>۶</sup> ارتباط می‌یابد؛ در اینجا است که

- 
1. Global Society
  2. Global Civil Society
  3. Polycentric
  4. Functional Differentiation
  5. Regime Theory
  6. Global Governance

حکمرانی، کارکردی برابر با «حقوق» دارد؛ لذا می‌توان اصطلاح «حکمرانی جهانی» و «حقوق جهانی»<sup>۱</sup> را از نقطه نظر کاربردی به جای یکدیگر به کار برد.

در همین راستا ساری انگل مری برای تکررگرایی حقوقی ناشی از ظهور شیوه‌های جدید و متعدد خلق هنجارهای حقوقی ۴ ویژگی بیان می‌کند که عبارتند از اینکه (۱) حقوق در مراجع مختلف وضع شود؛ (۲) حقوق مذکور پراکنده، ناهماهنگ و متعارض باشد؛ (۳) پیوندی بین حقوق تولید شده در مراجع متعدد مذکور وجود نداشته و (۴) حقوق در تعامل بین نظم‌های حقوقی مختلف شکل گیرد (Merry, 2013, p. 2-3).

از این نقطه نظر حقوق جهانی (حقوق فراملی)، اولاً حقوقی نوظهور است؛ ثانیاً از فرآیندهای جهانی‌سازی متعدد در بخش‌های متفاوت جامعه مدنی، مستقل از حقوق دولت-ملت ظهور می‌نماید؛ ثالثاً نظمی حقوقی در مفهومی متمایز از نظم حقوقی ملی و سنتی است و در نهایت، در پیوندی تنگاتنگ با فرآیندهای اجتماعی-اقتصادی و در پاسخ به اقتضائات آن شکل می‌گیرد (Teubner (Ed.), 1997, p. 2).

با این شرح می‌توان گفت، مفهوم «حقوق جهانی»، متناظر با مقوله حکمرانی جهانی، به عنوان یکی از رویکردهایی که در واکنش به پدیده تکررگرایی حقوقی ظهور نموده، مطرح شده است. حقوق جهانی به مثابه حقوق حاکم بر جامعه جهانی، بر سیستم اجتماعی واحد حکومت می‌کند که بر خلاف حقوق ملی، وحدت آن ناشی از ساختار (ساختار-مینا)<sup>۲</sup> نیست بلکه فرآیند-محور<sup>۳</sup> است؛ به این معنا که از گونه‌های مختلف ارتباطات بین عملیات‌های حقوقی ناشی می‌شود که خصیصه الزام‌آوری را بین نظم‌های حقوقی کاملاً متباین تبادل می‌کنند. این ویژگی حقوقی جامعه جهانی را ویژگی «بینا-حقوقی»<sup>۴</sup> حقوق جهانی نامیده‌اند. عملیات «بینا حقوقی» به فرآیند انطباق حقوقی بین سیستم‌ها یا نظام‌های حقوقی متعارض حاکم بر بخش‌های متفاوت جامعه جهانی اطلاق می‌شود (Teubner and Fischer-Lescano, 2004, p. 1008). در این

1. Global law
2. Structure-Based
3. Process-Based
4. Inter-Legality



محمد صالح عطار و همکار \_\_\_\_\_ ارزیابی مبانی نظری ظهور حقوق...



معنا، حقوق جهانی در پرتو پذیرش تعاملات حقوقی «رسمی»<sup>۱</sup> و «غیررسمی»<sup>۲</sup> و کم‌رنگ شدن تمایز سنتی حقوق ملی و حقوق بین‌الملل ظهور نموده و به جهت از بین بردن نقش انحصاری حقوق دولتی ایجاد شده است و از این رو می‌توان از حقوق جهانی به عنوان حقوق «مابعد ملی»<sup>۳</sup> صحبت کرد.

به این ترتیب تکثرگرایی حقوقی با مسأله حکمرانی جهانی پیوند می‌یابد و همان‌گونه که اشاره شد، به محض صحبت از حکمرانی جهانی، مفهوم حقوق جهانی که در این دیدگاه معادل حقوق فراملی است، به ذهن متبادر می‌شود.

با چنین برداشتی از حقوق جهانی، برخی متأثر از تکثر ناشی از جهانی شدن و در راستای تشریح و توصیف وضعیت حقوقی جهان، ایده «تکثرگرایی حقوقی فراملی»<sup>۴</sup> را طرح نموده‌اند. (Xavier, 2013, p. 986) از نظر ایشان، ترجمان حقوقی دیگر حقوق جهانی، ایده حقوق فراملی متکثر است. از این منظر، حقوق فراملی موضعی در مقابل یگانگی حقوقی (این که حقوق موجودیتی واحد و یکپارچه است)، تمرکزگرایی حقوقی (این که حقوق تنها از دولت و اراده آن ناشی می‌شود) و پوزیتیویسم حقوقی (اینکه حقوق بر اساس آیین و تشریفات رسمی و مشخصی تولید می‌شود) است (Janda, 2005, p. 973).

هر سه ویژگی برشمرده شده به نحوی به تکثرگرایی حقوقی کمک کرده و ابعاد متمایز حقوق فراملی را نشانگر هستند. بر این اساس، حقوق فراملی محصول جهانی‌شدن در چارچوب تمایز کاربردی بخش‌های مختلف جامعه مدنی جهانی از یکدیگر است که متأثر از آن ظهور می‌کند و با سه ویژگی برشمرده شده برای آن، سه ویژگی اصیل حقوق دولتی (یگانگی حقوقی، تمرکزگرایی حقوقی و پوزیتیویسم حقوقی) را به چالش کشیده و انحصار مفهوم حقوق در آن چارچوب را رد می‌کند.

- 
1. Formal
  2. Informal
  3. Post-National
  4. Transnational Legal Pluralism

پژوهش‌های حقوق تطبیقی \_\_\_\_\_ دوره ۲۲، شماره ۱، بهار ۱۳۹۷

حقوق فراملی در این معنا به قول آرتور به فهم پدیده پیچیده و خاص جهانی‌سازی که عامل توسعه نظام‌های حقوقی رقیب است کمک می‌نماید و به نظر رابرت وی «چارچوب عالی مفهومی در راستای شناخت رقابت هنجاری میان نظام‌های هنجاری دولتی و غیردولتی جامعه جهانی کنونی» را فراهم می‌نماید ( Wai, 2008, p.107, ) (110)

بر همین اساس، از نظر زامبانسن، حقوق فراملی «چالشی شدید برای هر نظریه‌پردازی در رابطه با حقوق است زیرا که [طرح حقوق فراملی] شکنندگی و دست‌نیافتنی بودن حقوق را به ما متذکر می‌شود» ( Zumbansen, 2008(39), p, ) (738). به زعم وی، پیچیدگی حقوق فراملی، محصول غیرقابل اجتناب واقعیت اجتماعی است و اساساً طرح حقوق فراملی به دلیل کافی نبودن ابزار مفهومی ارائه شده توسط گفتمان‌های سنتی حقوق برای فهم این پیچیدگی است؛ زیرا «پویایی مفید حقوق فراملی در ظرفیت آن برای تبیین پیچیدگی روزافزون گفتمان‌های حقوقی-اجتماعی و سیاسی غیرمتمرکز و به شدت پراکنده راجع به فعالیت‌های فراملی است» ( Zumbansen, ) (2008(39), p. 738). در همین جا باید توجه نمود تحسین این ظرفیت حقوق فراملی نزد طرفداران آن به معنای پذیرش ارزش مطلق پدیده متناظر با آن یعنی جهانی‌شدن/سازی نیست (Ferreri , 2011, p. 9).

در این نوع نگاه به حقوق، وجود و ظهور حقوق در قلمرو خارج از صلاحیت دولت، پذیرفته شده است و لذا حقوق جهانی از جهت خروج فرآیند وضع و تولید حقوق از صلاحیت انحصاری دولت، حقوق فراملی با کیفیت و وضعیتی متکثر قلمداد می‌شود. مفهوم تکثرگرایی هنجاری و ارتباط آن با حقوق فراملی در این قسمت تشریح شد. مفهوم تکثرگرایی حقوقی ناشی از شیوه‌های جدید حکمرانی به مثابه مبنای نظری دیگری که در زمینه چرای ظهور حقوق فراملی مطرح شده‌است، در قسمت بعد تشریح خواهد شد.

### ۲-۳. ظهور شیوه‌های جدید حکمرانی (تکثر و انباشت جوامع شناختی)

برخی از مبانی حقوق فراملی به نحوی دیگر سخن رانده‌اند. مفروض ایشان نیز شناسایی اثر جهانی‌شدن که از نظر این عده، همان فراملی‌شدن است، بر مفهوم حقوق است. به زعم ایشان، در اثر جهانی‌شدن (فراملی‌شدن)، نقش مطلق و متمرکز دولت در فرآیندهای تولید و اجرای هنجارهای حقوقی نسبی<sup>۱</sup> گردیده و از آن تمرکززدایی<sup>۲</sup> شده است. در این محیط جدید با شکل‌گیری بخش‌های اجتماعی متعدد، متمایز و تخصصی، لاجرم، هنجارهای حقوقی در محیطی جدید و به روش‌هایی نوین تولید و اجرا می‌شوند (Zumbansen, 2012(38), p. 1269).

به این ترتیبات جدید می‌توان از دو منظر نگرینست: منظر نگاه سنتی و نگاه جدید. در دیدگاه اول و با نگاهی سنتی به مفهوم حقوق، این قبیل سازوکارها، ترتیباتی غیرحقوقی قلمداد می‌شوند؛ زیرا با مختصات مفهومی شناخته شده از حقوق و هنجار حقوقی هیچ‌گونه تطابقی ندارند. در دیدگاه دوم، آیین‌ها و روش‌های جدید خلق هنجار، در بستر مفهومی جدید، تأویل و فهم می‌شوند.

برخی از طرفداران ایده حقوق فراملی، در مواجهه با اشکال جدید و مسأله‌ساز در قلمرو حقوق، دیدگاه دوم را برگزیده و در تشریح دیدگاه خود، روشی دو قسمتی دارند که این دو قسمت را در دو مرحله به صورت متوالی به کار می‌گیرند تا فهم خود از حقوق را تشریح کنند: قسمت اول روش آنان که در مرحله اول به کار گرفته می‌شود، شبیه روش طرفداران دیدگاه مطرح در قسمت اول است به این معنا که با توسعه قلمرو مفهومی حقوق، تلاش می‌کنند تا نظریه خود را به حقوق را توضیح دهند. ایشان با تغییر کانون بحث، از مسأله تمایز حقوق از غیرحقوق، تلاش می‌کنند تا به اهمیت چرایی طرح مسأله تفاوت حقوق با غیرحقوق، پاسخ دهند. از نظر ایشان اهمیت این مسأله به نقشی که موضوعات ظاهراً غیرحقوقی پیرامون بشر در تنظیم

1. Relativized  
2. De-Centred

مناسبات او ایفا می‌کنند و تأثیری که بر اداره جامعه دارد، باز می‌گردد.<sup>۱</sup> ایشان در پاسخ به اینکه موضوعات ظاهراً غیرحقوقی چگونه می‌توانند به ایفای نقش در مناسبات انسان‌ها بپردازند، با استفاده از مفهوم «زمینه»<sup>۲</sup> پاسخ می‌دهند. قدرت نقش‌آفرینی و تأثیرگذاری امور پیش‌گفته بر زندگی بشر به بستری که این پدیده‌ها از قبیل استانداردها، اصول راهنما، کدها و ... به پشتوانه آن خلق و وضع می‌شوند، باز می‌گردد. به زعم ایشان هم قدرت و هم مشروعیتیابی در اداره امور جامعه، به ارتباطی که پدیده‌های پیش‌گفته با زمینه و بستر تولید آن‌ها یعنی با «بیرون»<sup>۳</sup> از خود دارند، باز می‌گردد. ایده ملحوظ در این دیدگاه با عنوان «نظریه زمینه محاطی حقوق»<sup>۴</sup> معرفی می‌شود.

از این رو، امروزه به واسطه جهانی‌شدن، از قدرت دولت در خلق عوامل اداره و حکمرانی جامعه تمرکززدایی شده و این قدرت برای دولت نسبی شده است و در پرتو این واقعیت زمینه‌های بسیار تخصصی تولید هنجار ایجاد شده است. بر این مبنای تعیین ماهیت حقوقی یک پدیدار، صرفاً با ارزیابی پیوند آن با دولت و دارا بودن برخی ویژگی‌های ظاهری منبعث از حقوق دولتی ممکن نیست؛ بلکه از دیدگاه ایشان، نظریه زمینه محاطی حقوق، امروزه نقشی حیاتی در ارزیابی ماهیت حقوقی هنجارها و فرآیند خلق، اجرا و تأثیرگذاری آن‌ها دارد. بر این اساس آنچه که در چارچوب زمینه‌های بسیار تخصصی جامعه جهانی تولید می‌شود، به واسطه وضع در بستری که قادر است آن را اعمال نماید، مبدل به حقوق می‌شود ( Zumbansen, 2012(38), p. 1270).

۱. در اینجا به این دلیل از قید «ظاهراً» استفاده شد که بر اساس نگاهی که در قست اول همین بند تشریح شد، این امور، حقوقی تلقی می‌شوند و الا از منظری که در قسمت حاضر به ارزیابی این پدیده‌ها پرداخته می‌شود، این امور حقوقی قلمداد نمی‌شوند.

2. Context  
3. Outside  
4. Theory of The Context In law

اما قسمت دوم روش ایشان، متمایز از قسمت اول آن است. در این قسمت، برخلاف قسمت اول، ایشان مفهوم کلاسیک حقوق را توسعه نمی‌دهند بلکه تلاش دارند تا با ارائه بستر مفهومی وسیع‌تر از انحصار اداره مناسبات بشری، جایگاه حقوق و مواردی که در چارچوب معنای متداول حقوق نمی‌گنجد را تشریح نمایند. این بستر مفهومی جدید «حکمرانی جهانی» است. حکمرانی جهانی در این برداشت، معنایی متمایز از آنچه که در قسمت اول از همین بند بدان اشاره شد، داراست. حکمرانی در قسمت قبل از نظر کاربردی معادل حقوق قلمداد می‌شد؛ این در حالی است که حکمرانی در مفهوم مطرح در نگاه ایشان در این قسمت، معنایی عام‌تر از حقوق دارد به این معنا که حکمرانی در شرایط کنونی جهانی به واسطه عوامل مختلفی محقق می‌شود و در این حال، حقوق تنها یک نوع یا الگوی خاص از حکمرانی قلمداد می‌شود. ایشان با استخراج دو الگوی حکمرانی قراردادی<sup>۱</sup> و حکمرانی عمومی به واسطه وضع قوانینی و مقررات<sup>۲</sup>، معتقد هستند که حقوق به معنای متداول تنها معادل مفهوم حکمرانی عمومی به واسطه وضع قوانینی و مقررات است. این در حالی است که حقوق (به مثابه الگوی حکمرانی عمومی به واسطه وضع قوانینی و مقررات) را به عنوان یک مصداق از این انحصار توصیف می‌نمایند و سایر موارد یعنی مواردی از قبیل هنجارهای اجتماعی و خود-مقرره‌گذاری<sup>۳</sup> (را به عنوان مصادیق الگوی حکمرانی قراردادی) به مثابه مصداق دیگر اداره مناسبات بشری معرفی می‌کنند.<sup>۴</sup>

در تشریح چگونگی قابلیت یافتن الگوی حکمرانی قراردادی در تنظیم و اداره تعاملات بشری، ایشان نظریه توجه به «انتظارات شناختی»<sup>۵</sup> در خصوص حکمرانی را

1. Contractual Governance
2. Public Regulatory Governance
3. Self-Regulation

۴. بدون شک، مصادیق الگوی حکمرانی قراردادی را می‌توان بر اساس نظریه زمینه محاطی حقوق توصیف نمود ولی گویی ایشان در این قسمت از روش خود، قصد دارند تا خوانندگان را به افقی کاملاً متمایز از فهم وضعیت کنونی حکمرانی و اداره مناسبات بشری متوجه کنند.

5. Cognitive Expectations

مطرح می‌کنند. حکمرانی و اداره جامعه دو گونه ظهور می‌کند: ظهور اول آن در امکان برقرارکردن ارتباط بین منطبق‌های اجتماعی موجود از قبیل منطق حاکم بر سیستم اقتصادی، سیاسی، مذهبی، هنری و ... است (نظریه «انتظارات شناختی» حکمرانی). ظهور دوم آن در نقش‌آفرینی به عنوان عامل نیل به «انتظارات هنجاری» (ارزش‌ها و سایر بایسته‌های اجتماعی نظیر اهداف و ...) است که حقوق در معنای متداول معادل همین معنا می‌باشد.

چنانچه روشن است ایشان، حقوق را تنها یکی از اشکال حکمرانی می‌دانند؛ لذا اشکال دیگری از حکمرانی نیز وجود دارد که کاملاً متمایز از حقوق می‌باشد. لذا این تنها حقوق در معنای متداول نیست که می‌تواند در تنظیم مناسبات بشری نقش ایفا نماید بلکه حکمرانی به واسطه برقراری تعادل بین انتظارات شناختی نیز الگوی دیگر حکمرانی خواهد بود. حکمرانی قراردادی در زمینه حقوق بازرگانی فراملی از نظر ایشان نمونه‌ای از این نوع حکمرانی است که انتظارات واقعی فعالان حوزه بازرگانی بین‌المللی را تنظیم می‌نماید و به تعادل می‌رساند.<sup>۲</sup> انواع حکمرانی قادر هستند تا مبادرت به تولید الزام و اجرای آن نمایند و حقوق تنها یکی از اشکال تولید این الزام است لذا سایر اشکال نیز ظرفیت تولید چنین الزامی را دارند.

البته ایشان معتقد هستند که بین دو الگوی حکمرانی بر اساس انتظارات شناختی و هنجاری ارتباط برقرار است به نحوی که می‌توان الگوی انتظارات هنجاری (معنای متداول از حقوق) را با الگوی انتظارات شناختی ادغام نموده (توسعه معنای حقوق) و حقوق را دارای هر دو وجه دانست. تا پیش از طرح این ارتباط، ایشان از محدودیت معنایی حقوق در معنای سنتی صحبت به میان آوردند و حقوق را تنها یکی از اشکال الزام‌آور اداره و حکمرانی در مناسبات بشری معرفی نمودند اما با طرح ارتباط نظریه انتظارات شناختی و هنجاری، قدمی فراتر رفته و تلاش می‌کنند تا معنای حقوق را

1. Normative Expectations

۲. البته در توجیه مشروعیت و کارایی این روش حکمرانی نیز نظریه زمینه محاطی حقوق می‌تواند کارایی داشته باشد.

محمد صالح عطار و همکار ————— ارزیابی مبانی نظری ظهور حقوق...



توسعه دهند. در واقع بر اساس نظریه انتظارات شناختی، حقوق به واسطه، میانجی و ترجمان ارکان دانشی و شناختی بخش‌ها و سیستم‌های اجتماعی مختلف و رقیب مبدل می‌شود. بر این اساس، حقوق در معنای توسعه یافته، فرصت‌های کسب دانش در هر یک از این بخش‌ها را میسر و تسهیل، نهادینه و در نهایت یکسان می‌کند و به واقع تسهیل‌کننده ارتباط بین بخش‌های متنوع و پیچیده اجتماعی است. در این معنا حقوق هر آن چیزی است که این ارتباط را رقم می‌زند و به این ترتیب یکی از ابزارهای ارتباطات اجتماعی است و هرآنچه که به برقراری ارتباطات اجتماعی در لسانی تجویزی کمک می‌کند، حقوق تلقی شود (معنای جدید از حقوق). در این معنا، حقوق به دنبال تحقق اهداف مشخصی نیست بلکه تنها بین اجزای مختلف اجتماعی ارتباط و هماهنگی برقرار می‌کند. (Zumbansen, 2012(38), p. 1273-1274).

#### ۴. نتیجه

توجه به مبانی نظری چرایی ظهور حقوق فراملی، در راستای فهم دقیق مفهوم و حدود معنایی آن لازم و ضروری است. بر اساس آنچه گذشت، حقوق فراملی متأثر از دو عامل مختلف یعنی تکثرگرایی و جهانشمول‌گرایی ظهور نموده‌است. هر دوی این عوامل، پیامدهای جهانی‌شدن قلمداد می‌شوند. هر دو مبنایی که در زمینه چرایی حقوق فراملی تشریح شد، به نحوی دو وجه یا نیروی مختلف که علت شکل‌گیری حقوق فراملی را در خود گنجانده‌اند، تشریح می‌نمایند. بر این اساس، حقوق فراملی، تحت تأثیر هر دو عامل به دو صورت مختلف، به حیات خود ادامه داده و رشد کرده‌است. اثرگذاری این دو مبنای حقوقی بر تکوین فرآیند حقوقی چنان است که برخی حقوق فراملی را در برگیرنده «چندگانگی جهان‌وطن‌گرایانه نظام‌های هنجاری»<sup>۱</sup> تلقی نموده‌اند. این ایده به واقع به نوعی تلاش نموده‌است که بین تکثرگرایی و جهانشمول‌گرایی حقوقی آشتی برقرار نماید. براین اساس حقوق فراملی محملی برای

1. Cosmopolitan Multiplicity of Normative Orders


پذیرش تحولاتی است که جهان‌شمول‌گرایی و تکثرگرایی حقوقی معلول آن می‌باشند و به این صورت پاسخگوی اقتضائات جهان‌شمول‌گرایی و تکثرگرایی حقوقی خواهد بود.

چنانکه اشاره شد، نظریه حقوق فراملی، با نظریاتی که در زمینه تدارک مبنای نظری در جهت تشریح چرایی ظهور وضعیت‌های حقوقی جدید مطرح شده‌اند (یعنی تکثرگرایی حقوقی، رژیم حقوقی، جهانشمولی و سیاست‌ورزی جهانی) ارتباط و اشتراکاتی دارد. با این حال متمایز از آن‌ها نیز می‌باشد.

نظریه حقوق فراملی هرچند همچون نظریه تکثرگرایی حقوقی بر تعدد سیستم‌ها، رژیم‌ها و نظام‌های حکمرانی (جوامع هنجاری و شناختی) یا حقوقی (جوامع هنجاری) و تعارض یا تزامم نظام‌های حقوقی ملی، بین‌المللی و فراملی و سایر نظام‌های هنجاری تأکید دارد ولی برخلاف نظریه تکثرگرایی که به همین میزان اکتفا نموده و به دنبال حل مسائل ناشی از تکثرگرایی نیست، به حل این تعارضات به واسطه فرآیندهای فراملی نیز توجه خاص دارد. نظریه حقوق فراملی هرچند همچون نظریه رژیم‌های حقوقی تمرکز را از فعالیت انحصاری دولت‌ها در فرآیند وضع حقوق برمی‌دارد ولی فراتر از آن رفته و بر انحصار قابلیت بازیگران و تابعان غیردولتی در تولید حقوق و هنجارهای حقوقی نیز توجه دارد. علی‌رغم اینکه حقوق فراملی همچون نظریه جهانشمولی و سیاست‌ورزی جهانی به فرآیند پایین به بالا در خلق هنجارهای حقوقی جهانی و جدید در قالب فرآیند جامعه‌پذیری جهانی توجه دارد ولی تنها به این فرآیند مهم در خلق حقوق توجه ندارد بلکه علاوه بر آن، به فرآیندهای بالا به پایین و تعامل دوسویه این دو فرآیند در خلق هنجارهای حقوقی نیز توجه دارد.

بر این اساس نظریه حقوق فراملی را می‌توان نظریه‌ای واقع‌گرایانه دانست؛ زیرا از ظهور وضعیت‌های حقوقی که محصول عوامل بیرونی است نشأت می‌گیرد. این نظریه، اولاً برخی مضامین آن با ۴ نظریه تکثرگرایی حقوقی، رژیم حقوقی، جهانشمولی و سیاست‌ورزی جهانی در زمینه توضیح چرایی ظهور وضعیت‌های حقوقی جدید



محمد صالح عطار و همکار \_\_\_\_\_ ارزیابی مبانی نظری ظهور حقوق... 

مشترک است و ثانیاً برخی از مبانی آن مصروف پرکردن خلأهای نظری سایر نظریات در توصیف چرایی ظهور هنجارهای فراملی است. بی‌شک این نظریه حقوقی با مبانی مختص به خود، قادر است تا قدرت توصیفی قابل توجهی به تغییرات و تحولات حقوقی در جریان در قلمرو اندیشه‌ورزی و عملکرد حقوقی ارائه نماید.

## ۵. منابع

### ۱-۵. فارسی

۱. دهدار، فرزین، «مبانی فلسفی حقوق بازرگانی فراملی»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۴، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۳.
۲. رنجبریان، امیرحسین و مهسا فرحزاد، «تحولات عناصر تشکیل دولت: از مؤثر بودن به مشروعیت؟»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۴۵، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۴.
۳. سیدفاطمی، سید محمد قاری، سعیده رحیم زاده و فاطمه بستانی، «قطار جهان‌شمولی حقوق بشر بر ریل ویتگنشتاین: از زبان آرمانی تا زبان پرابهام»، مجله پژوهش حقوق عمومی، دوره ۱۶، شماره ۴۵، بهار ۱۳۹۴.
۴. فرانکیونی، فرانچسکو، «در فراسوی حقوق معاهدات: پدیداری حقوق عرفی جدیدی در حمایت از میراث فرهنگی»، ترجمه علی‌رضا ابراهیم گل و فرزانه آقاشاهی، مجله حقوقی بین‌المللی، بهار و تابستان ۱۳۸۸، شماره ۴۰.
۵. مارتی، می ری دلماس، «جهانی شدن حقوق: فرصتها و خطرات»، ترجمه اردشیر امیرارجمند، مجله حقوقی بین‌المللی، شمار بیست و چهارم، ۱۳۷۸.

پژوهش‌های حقوق تطبیقی \_\_\_\_\_ دوره ۲۲، شماره ۱، بهار ۱۳۹۷

۶. مدنی، سید ضیاء‌الدین، «التزام بین‌المللی دولت به رعایت حقوق بشر: مقید به مکان؟»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، دوره ۲۵، شماره ۳۸ (بهار و تابستان)، بهار و تابستان ۱۳۸۷.
۷. مشهدی، علی، «از عمومی شدن حقوق خصوصی تا خصوصی شدن حقوق عمومی: مشروعیت و قلمرو مداخله دولت در اندیشه هابرماس»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۴۵، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۴.
۸. وکیلی مقدم، محمد حسین و عبدالحسین شیروی، «حقوق غیر دولتی»، *مجله حقوق تطبیقی*، دوره ۴، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۲.
۹. ویژه، محمدرضا و آراین پتفت، «واکاوی مفهوم پسامدرن حاکمیت از دیدگاه حقوق عمومی با تأکید بر اندیشه‌های فوکو»، *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*، سال هجدهم، شماره ۵۲، پاییز، ۱۳۹۵.

## ۲-۵. انگلیسی

### الف. کتاب

1. Berman, Paul Schiff, *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law Beyond Borders*, Cambridge University Press, 2012.
2. Calliess, Galf Peter and Peer Zumbansen, *Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Law-Making*, Oxford: Hart, 2010.
3. Falk, Richard A., *The Declining World Order, America's Imperial Geopolitics*, Routledge, New York And London, 2004.
4. Gaillard, E., *Legal Theory of International Arbitration*, Martinus Nijhoff Publishers, 2010.
5. Habermas, Jürgen, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse, Theory of Law and Democracy*, Translation by William Rehg, The MIT Press, Second Printing, 1996.

6. Henry J. Steiner and Detlev F. Vagts(eds), *Transnational Legal Problems: Materials and Text*, New York, The Foundation Press, 1976.
7. Huntingdon, S. P., *The Third Wave, Democratization in the Late Twentieth Century*, Norman, University of Oklahoma Press, 1991.
8. Jessup, Philip C., *Transnational Law*, Yale University Press, New Haven, 1956.
9. Kennedy, Duncan, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850–2000*, in *The New Law And Economic Development*, David M. Trubek & Alvaro Santo(Eds), 2006.
10. Leibfried, Stephen and Michael Zürn(eds), *Transformations of the State?*, Cambridge University Press, 2005.
11. Mosler, Hermann, *The International Society As A Legal Community*, Recueil Des Cours, Vol. 140, 1974.
12. Rabkin, Jeremy A., *Law Without Nations? Why Constitutional Government Requires Sovereign States*, Princeton University Press, 2005.
13. Slaughter, Anne-Marie, *A New World Order*, Princeton University Press, 2004.
14. Teubner, Gunther (Ed.), *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society in Global Law Without a State*, Dartmouth, Aldershot, 1997.
15. *The State After Statism: New State Activities in the Age of Liberalization*, Edited by Jonah D. Levy, Harvard University Press, 2006.
16. Tushnet, Mark, *The New Constitutional Order*, Princeton University Press, 2003.

17. Zurn, Michael, *Global Governance As Multi-Level Governance*, In *The Oxford Handbook of Governance*, David Levi-Faur (Ed.) Oxford University Press, 2012.

ب. مقاله

18. Bekker, Pieter H.F., "Recalibrating the Investment Treaty Arbitration System Through Non-Compartmentalized Legal Thinking", *Harvard International Law Journal*, Vol. 55, 2013.
19. Berman, Paul Schiff, "From International Law to Law and Globalization", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 43, 2005.
20. Berman, Paul Schiff, "The Globalization of Jurisdiction", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 151, No. 2, 2002.
21. Cotterrell, Roger, "What Is Transnational Law?", *Law & Social Inquiry*, Vol. 37, Is. 2, 2012.
22. Dinh, Viet D., "Nationalism In The Age of Terror", *University of Florida Law Review*, Vol. 56, No. 5, 2004.
23. Ferreri, Silvia, "Complexity of Transnational Sources", *International Academy of Comparative Law*, Vol. 1, Special Is. 3, 2011.
24. Janda, Richard, "Toward Cosmopolitan Law", *Mcgill Law Journal*, vol. 50, 2005.
25. King, Donald B., "Does an Unknown World Government Exist, Impact of Commercial and Consumer Law", *Penn State International Law Review*: Vol. 22, No. 1, 2003.
26. King, Donald B., "Unknown World Government: Some Very Recent Commercial Law Developments and Gaps", *Penn State International Law Review*, Vol. 23, No. 3, 2005. .

27. Menkel-Meadow, Carrie, Why and How To Study “Transnational” Law, University of California, Irvine School of Law, *Irvine Law Review*, Vol. 1, No. 1, 2011.
28. Merry, Sally Engle, McGill, Convocation Address, "Legal Pluralism In Practice", *Mcgill Law Journal*, Vol. 59, Is. 1, 2013.
29. Michaels, Ralf an Nils Jansen, "Private Law Beyond The State?, Europeanization, Globalization, Privatization," *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 54, 2006.
30. Perschbacher, Rex R. and Debra Lyn Bassett, "The End of Law", *Boston University Law Review*, Vol., 84, No.1, 2004.
31. Rhodes, R.A.W., "The New Governance: Governing Without Government", *Political Science*, XLIV, 1996.
32. Tamanaha, Brian Z., "Understanding Legal Pluralism: Past To Present, Local To Global", *Sydney Law Review*, Vol 30, 2008.
33. Teubner, Gunther and Andreas Fischer-Lescano, "Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law", Translated by Michelle Everson, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25, 2004..
34. Wai, Robert, "The Interlegality of Transnational Private Law", *Law And Contemporary Problems*, Vol. 71, 2008.
35. Xavier, Sujith, "Book Reviews", *European Journal of International Law*, vol. 24, Is. 3, 2013.
36. Zumbansen, Peer, "Defining The Space of Transnational Law: Legal Theory, Global Governance & Legal Pluralism", *Transnational Legal Theory*, 2010.
37. Zumbansen, Peer, "The Ins and Outs of Transnational Private Regulatory Governance: Legitimacy, Accountability, Effectiveness and a New Concept of “Context”", In 5Th CLPE Comparative Research in Law and Political Economy Network: Transnational Private Regulatory Governance: Regimes,

پژوهش‌های حقوق تطبیقی \_\_\_\_\_ دوره ۲۲، شماره ۱، بهار ۱۳۹۷

Dialogue, Constitutionalization, Russell Miller and Peer Zumbansen(Eds.), *German Law Journal*, 2012, Vol. 13, No. 12.

38. Zumbansen, Peer, Transnational Law, *CLPE Research Paper No. 09/2008*.