

# ارزیابی مبانی نظری مفهوم پردازی حقوق فراملی

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

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

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

پذیرش: ۱۳۹۷/۰۴/۰۸

دریافت: ۱۳۹۶/۰۷/۲۹

## چکیده

متعاقب ظهور پدیده‌ها، جوامع و هنجارهای فراملی، این پدیده‌های نسبتاً نو توسط گروهی از نظریه‌پردازان ذیل «نظریه حقوق فراملی» به نظم درآمده و نظریه‌مند شده‌اند. نظریه حقوق فراملی به مثابه نظریه‌ای با سابقه نه چندان طولانی از زمان طرح، مسایل و مباحث زیادی را پیرامون خود به همراه داشته‌است. در این میان، ارزیابی دستاورد این نظریه در قلمرو چیستی مفهوم حقوق فراملی، یکی از مسائل مهم و شاید اولیه در بررسی ظرفیت‌های نظریه حقوق فراملی است که مطالعه آن مبنای نظری لازم را در اختیار اندیشمندان قرار می‌دهد تا به مدد آن بتوانند نوآوری این نظریه را در تشریح چگونگی ورود فرآورده‌های هنجاری حقوق فراملی در نظم حقوقی موجود و مستقر ارزیابی نمایند.

مبانی نظری که به تشریح چگونگی مفهوم‌پردازی حقوق فراملی می‌پردازند را می‌توان جدیدترین دستاوردهای نظری حقوق قلمداد نمود که تلاشی در راستای نوکردن ردای حقوق و نشانیدن نقش حقوق فراملی بر آن هستند. غنی‌ترین و قوی‌ترین این مبانی نظری را می‌توان در مکتب فلسفه حقوقی پوزیتیویسم حقوقی و جامعه‌شناسی حقوقی قلمداد نمود. در این مقاله

---

Email: mohasa257@yahoo.com

\* نویسنده مسؤول مقاله:

ضمن بررسی دیدگاه این دو مکتب در زمینه چگونگی ورود حقوق فراملی به نظم حقوقی موجود، تلاش شده‌است تا با استخراج وجوه ممیزه و دستاوردهای این دو مکتب در این خصوص، جایگاه هر یک را در قلمرو مطالعه حقوق فراملی تعیین کنیم. واژگان کلیدی: مبنای نظری، حقوق فراملی، پوزیتیویسم حقوقی، جامعه‌شناسی حقوقی.

### ۱. مقدمه

از آنجاکه وجود پدیده‌های فراملی در مناسبات امروزه بشری، امری معمول و رایج هستند، لازم است تا در خصوص نظام حقوقی حاکم بر آنها، مبانی، نظریه و فنون منسجمی پردازش و تدوین شوند.<sup>۱</sup> این پدیده‌ها، وضعیت‌های متنوع و مختلفی را در بر گرفته و همگی در یک خصیصه مشترک اند و آن اینکه فراتر از محدوده حقوقی حقوق دولتی قرار می‌گیرند (Maccormick, 1993, p.18). این تغییرات و تحولات، پارادایم<sup>۲</sup> و روش‌های حقوقی متعارف وضع هنجار منبعث از نظم و استقالیایی را به چالش کشیده و کارایی آن‌ها را در وضعیت کنونی مناسبات در ساحت بین‌المللی زیر سؤال برده‌اند و در نتیجه به ایجاد فرآورده‌های حقوقی متمایز روی آورده‌اند (Del, 2005, p. 472).

به این ترتیب، پدیده‌های فراملی در مرز تنش‌خیز تمایز ملاحظات محلی از جهانی و قلمرو موضوعات حقوق عمومی و خصوصی تکامل یافته، تمایز سنتی بین روابط افقی و عمودی تابعان و واضعان حقوق را کمرنگ کرده است و دریافته‌های موجود و معمول از حقوق را به مبارزه می‌طلبند. در نتیجه در مطالعه این حوزه یعنی حقوق

---

۱. این ضرورت منطقی در ادبیات فارسی نیز توسط برخی اندیشمندان دیگر پیش از این احراز و از نقطه‌نظری دیگر یعنی حقوق نرم، مبنای پژوهش قرار گرفته‌است (شاکریان، ۱۳۹۲، ص ۲۹).

۲. واژه «پارادایم» در آثار حقوقی مولفان فارسی‌زبان نیز به کار گرفته شده است. به عنوان نمونه بنگرید به: (فلسفی، ۱۳۹۳، ص ۴۰؛ شاکریان، ۱۳۹۲، ص ۲۵؛ شهبازی، ۱۳۸۹، ص ۲۲۱).

حاکم بر پدیده‌های فراملی، بازاندیشی در تعیین بسیاری از مسائل از جمله مفهوم حقوق، قلمرو موضوعات عمومی و تمایز آن از امور خصوصی، ملاحظه و همراه نمودن نیازها و اقتضائات جهانی و محلی با هم و ... ضروری است ( Jansen, 2008, p.528) در این فرایند شناخت پدیده‌های فراملی و وضعیت هنجاری آن از لوازم بازنگری در شیوه نگرش به جهان هنجاری پیرامون ماست.

به هر روی، متأثر از پیشامد این تغییرات و تحولات در مناسبات بشری، دغدغه‌مندان و اندیشمندان، رو به ارائه نظریات جدید در این حوزه آوردند ( Meyer, 1997, p.148). عمده نظریات جدید به دنبال ارائه محتوایی هستند که در آن، با پردازش مجدد پارادایم حقوقی، یا پارادایم جایگزینی که حامل اندیشه‌ای است که پذیرا و گویای تحولات روی‌داده در عرصه عمل باشد، نظریه‌پردازی شود و یا ایده مکملی برای پارادایم حقوقی حاکم که همان پارادایم حقوقی دولت-محور است، ارائه شود.<sup>۱</sup>

از این رو و متأثر از ظهور پدیده‌های فراملی و توسعه آنها، تحول در پارادایم حقوقی، آغاز شده و به موازات آن، استعمال اصطلاح «حقوق بین‌الملل» برای معنایی که به صورت معمول در بیشتر محافل علمی و آموزشی جهان، از این عنوان برای اشاره بدان استعمال می‌شود (Goldsmith, 2005, p.3-17) با چالش قابل تأمل

---

۱. این نظریات در شکل افراطی خود به نحو دولت از ساحت حقوق گرایش دارند. بنگرید به: (Strange, 1998, p. 3, 91).

مواجهه شده است.<sup>۱</sup> در این میان، یکی از مهم‌ترین واکنش‌های نظری در پاسخ به چالش ایجاد شده متأثر از ظهور پدیده‌های فراملی در قلمرو حقوق، طرح نظریه «حقوق فراملی»<sup>۲</sup> بوده است.<sup>۳</sup>

واضعان و طرفداران ایده حقوق فراملی با آگاهی از تحولات روی داده و در حال وقوع در کیفیت و کمیت مناسبات بین‌المللی و جهانی، مرزهای نظریه‌ای و مفهومی متداول و رایج حقوق دولتی را به چالش کشیده‌اند. به واقع بعد از طرح ایده حقوق فراملی، دو بینش نسبت به مسائل حقوقی خارج از قلمرو یک دولت-ملت ایجاد شده که منجر به شکل‌گیری دو اردوگاه فکری در همین خصوص شده است. اردوگاه فکری سنتی و اردوگاه فکری جدید.

اردوگاه فکری سنتی، حقوق را در معنای کلاسیک دریافته و تلاش دارد تا همه فرآورده‌های حقوقی را در قالب پارادایم حقوق دولتی (که بنا بر تعریف این پژوهش مشتمل بر حقوق ملی یا حقوق بین‌الملل است) تعریف کند،<sup>۴</sup> ولی اردوگاه فکری جدید، در تکاپو است تا ضمن روشن نمودن محدودیت و نقصان گفتمان حقوق دولتی، نیاز به پارادایم حقوقی دیگر (یعنی پارادایم حقوق فراملی) را در پرداختن به فرآورده‌های هنجاری تبیین و اثبات نماید. از این رهگذار ایشان برای فهم کلاسیک از حقوق که در

---

۱. جدی بودن این چالش به میزانی است که صحبت از تغییر برنامه‌های درسی رشته حقوق در همین راستا به یکی از دغدغه‌های اصلی کمیته‌های اصلاح عناوین درسی مبدل شده است؛ بنگرید به: (Zumbansen, 2006, pp. 738,748-754).

## ۲. Transnational Law

۳. این مسأله تا آنجا پیش‌رفته است که برخی از اختتام نظام وستفالی و ظهور نظام حقوقی پساوستفالی صحبت نموده‌اند. بنگرید به: (شهبازی، ۱۳۸۹، ص ۲۵۴).

۴. برخی این تقابل در دو دیدگاه را با تعبیر «حقوق بین‌الملل آنالوگ» و «حقوق بین‌الملل دیجیتال» بازپردازی کرده‌اند (کدخدایی، ۱۳۹۵، ص ۴۶۵-۴۸۴).

قالب پارادایم حقوق دولتی ظاهر شده است، به صورت عام و حدود معنای حقوق بین‌الملل در آن پارادایم، به صورت ویژه، چالش ایجاد نموده‌اند.<sup>۱</sup> به واقع اردوگاه فکری طرفدار حقوق فراملی در تلاش است تا ضمن بازتعریف حقوق، علاوه بر تدارک مبنایی جدید برای باز تعریف جایگاه برخی فرآورده‌های حقوقی، فراهم آورد. از این رهگذر، «نظریه حقوق فراملی»<sup>۲</sup> در مواجهه با به ویژه حقوق بین‌الملل به مثابه راهزنی می‌ماند که برخی از آن فرآورده‌های حقوقی که طرفداران حقوق بین‌الملل از آن خود و رهاورد تلاش متمادی و سالیان خویش می‌دانند (نظیر حقوق اتحادیه اروپایی یا حقوق بشر) را به تاراج برده<sup>۳</sup> و البته با برجسته‌نمودن برخی فرآورده‌هایی که در پارادایم و جبهه فکری سنتی، حقوق تلقی نمی‌شود، به عنوان مصداق فرآورده‌های حقوق (نظیر آنچه که حقوق نرم مثلاً در حوزه حقوق محیط زیست تلقی می‌شود) ( شیروی و وکیلی مقدم، ۱۳۹۴، ص ۲۶۵-۲۷۰). به منادی صبحگاهانی می‌ماند که بانگ بیدارگر او، خواب خوش را بر آرمیدگان اندیشه کلاسیک حقوق بین‌الملل، با فهم منبعث از پارادایم حقوق دولتی، ناهنگام نموده‌است. بر این اساس، چالش ایده حقوق فراملی برای حقوق بین‌الملل، دو چالش راهزنی و بیدارگری است.

---

۱. از این منظر برخی به دو نوع حقوق بین‌الملل یعنی کلاسیک و مدرن اشاره داشته‌اند ( شاکریان، ۱۳۹۲، ص ۴۰-۴۴).

۲. Transnational law Theory

۳. این امر تا بدانجا پیش رفته است که برخی مجلات نظیر «مجله حقوق فراملی کلمبیا»، اساساً موضوعات حقوق بین‌الملل را تحت عنوان حقوق فراملی مورد مطالعه قرار می‌دهند. بنگرید به: <http://jtl.columbia.edu/category/bulletin/> (last visited at 2017)

دو ویژگی بیدارگری و راهزنی مستتر در نظریه حقوق فراملی، توسط بسیاری از اندیشمندان به عنوان پیامدهای جهانی‌شدن/سازی<sup>۱</sup> یا حکمرانی جهانی یاد می‌کنند<sup>۲</sup> که در قالب «نظریه حقوق فراملی» امکان ورود به ادبیات حقوقی را یافته‌اند. به واقع شاید بتوان ایده «حقوق فراملی» را بیان و واگویی حقوقی جریان جهانی‌شدن/سازی حقوق<sup>۳</sup> قلمداد نمود که مسائلی نظیر صلاحیت وضع قاعده، تکرر<sup>۴</sup> حقوقی منابع حقوقی و واضعان آن، تعدد مراجع حل و فصل اختلاف، مسئله شناسایی حقوق «سخت» و «نرم» و ... را با خود به ارمغان می‌آورد.

بر این مبنا «نظریه حقوقی فراملی» از ابعاد مختلف می‌تواند با نظم حقوقی بین-المللی و «نظریه حقوق بین‌الملل» متناظر با آن ارتباط داشته باشد: اولاً حداقل برخی فرآورده‌های حقوقی منتسب به حقوق فراملی (حقوق بین‌الملل بشر، حقوق بین‌الملل کیفری و حقوق بین‌الملل محیط زیست و ...)، مصادیق مهم و برجسته کلاسیک حقوق بین‌الملل هستند که مورد ادعای حقوق فراملی قرار گرفته‌اند و ثانیاً دو مجموعه فرآورده‌های حقوقی پیش‌گفته مطرح برای حقوق فراملی منجر به تشکیل بدنه‌ای از حقوق می‌شود که به صورت مستقلی در کنار حقوق ملی و حقوق بین‌الملل عرض اندام می‌کند. این وضعیت منجر به برخورد و تعارض این دو اندیشه، یعنی یکی نظریه ناظر بر حقوق بین‌الملل منبعث از حقوق دولتی و دیگری نظریه حقوق فراملی می‌شود.

---

#### ۱. Mondialisation/Globalisation

۲. در دسترس به نشانی: <http://www.kcl.ac.uk/study/postgraduate/taught-courses/transnational-law-llm.aspx> (last visited at 2016).

۳. در میان اندیشمندان حقوقی بین‌الملل که معمولاً از منظر حقوق بین‌الملل عمومی به جهانی‌شدن می‌نگرند، از اصطلاح جهانی‌شدن حقوق به منظور اشاره به وضعیت جدید اشاره شده، استفاده می‌شود (جلالی و مقامی، ۱۳۹۰، ص ۹۹).

#### ۴. Pluralism

نظر به آنچه که شرح داده شد، می‌توان اظهار داشت، امروزه راجع به توصیف علمی هنجارهای حقوقی که فراتر از نظام حقوقی یک دولت-ملت شکل می‌گیرد، دو جریان عمده علمی وجود دارد. جریان ناظر بر «نظریه حقوق بین‌الملل» در معنای کلاسیک و جریان برخاسته از «نظریه حقوق فراملی» نوظهور. این دو جریان فکری هر کدام با مفروضه‌ها، انگاره‌ها و روش‌شناسی مختص به خود، بینش خاص خود را به جامعه علمی تزریق می‌کند. اینکه نسبت دقیق مفهومی «نظریه حقوق بین‌الملل» منبعث از حقوق دولتی (پارادایم حقوقی حاکم) با «نظریه حقوق فراملی» (منبعث از پارادایم حقوقی رقیب) چیست و اینکه چه ارتباطی بین دو نوع بینش به فضای حقوقی پیرامون یعنی «نظریه حقوق بین‌الملل» و «نظریه حقوق فراملی» در قلمرو اندیشه‌ورزی حقوق وجود دارد، مسأله اصلی این پژوهش است. در ارزیابی این مسأله، موضوعاتی از قبیل منابع و تابعان حقوقی که مسائلی معمول در مطالعه نظریات حقوقی است، موضوع اصلی پژوهش حاضر نیست بلکه تمرکز این پژوهش بر مطالعه نسبت فرآورده‌های حقوقی محصول هر یک از این دو نظریه است و از این حیث به ارزیابی نسبت این دو نظریه از این جهت پرداخته خواهد شد. بالتبع پژوهش‌های ارزشمندی که پیش از این در موضوعات پیش‌گفته یعنی منابع و تابعان حقوق در این زمینه انجام شده‌است، مورد استفاده این پژوهش بوده و در هر حال ممکن است انجام پژوهش‌های دیگری نیز بعد از این در این زمینه‌ها ضرورت داشته‌باشد، اما به هر روی مسأله مورد مطالعه این پژوهش در چارچوب تبیین مسأله انجام شده و در قالب تعیین نسبت فرآورده‌های حقوقی که ذیل هر یک از این دو نظریه قرار می‌گیرند، انجام خواهد شد.

## ۲. جهت‌گیری کلی راجع به مفهوم‌پردازی حقوق فراملی در ادبیات حقوقی

در زمینه مبنای نظری مفهوم‌پردازی حقوق فراملی دو دیدگاه وجود دارد. دیدگاه نافی حقوق فراملی و دیدگاه تأییدکننده آن.

در این رویکرد نافی، وجود یا حداقل لزوم وجود نظام حقوقی فراملی رد می‌شود و کارکرد خلق و اعتقاد به نظام حقوق فراملی با اعتقاد به جهانی حقوقی که مشمول نظام‌های حقوقی سنتی ملی یا بین‌الملل بوده است (Craig, 2009. p.868) و یا با توسعه قلمرو شمول کلاسیک یکی از این دو نظام به ویژه نظام حقوق بین‌الملل به محدوده‌ای جدید که آن را از تنظیم انحصاری روابط دولتها خارج می‌کند و سایر مناسبات و گونه‌های روابط بین‌المللی را نیز در بر می‌گیرد و منجر به پذیرش معنایی وسیع‌تر برای قلمرو حقوق بین‌الملل می‌شود رنگ از رخسار می‌بازد (Cotterrell, 2012(18), p. 503). این رویکرد با وسعت بخشیدن به قلمرو نظام حقوق بین‌الملل نیاز به توسل به نظام حقوق فراملی را منتفی ساخته و توسل بدان را امری بیهوده و صرفاً پوسته و رویه‌ای فاقد مضمون و محتوا می‌داند. بنابراین صرفاً با وارد نمودن حوزه‌هایی حقوقی که هم‌اکنون از قلمرو نظام حقوق بین‌الملل خارج تلقی می‌شوند همچون عدالت کیفری بین‌الملل یا حقوق بازرگانی بین‌المللی به نظام‌های حقوقی کلاسیک بالاخص حقوق بین‌الملل و پذیرش روش‌های قاعده‌سازی در این رژیم‌ها به عنوان یکی از روش‌های حقوق بین‌الملل نیاز به جعل عنوانی برای ورود این حوزه‌های خاص به طبقه‌ای عام به نام حقوق فراملی منتفی و اساساً مشکل‌خلا نظام حقوقی متضمن این گرایش‌های حقوقی خاص منتفی می‌گردد. این رویکرد با عنوان رویکرد «سنت‌گرایی حقوقی فراملی شده»<sup>۱</sup> عملاً به رغم شناسایی پدیده‌های فراملی

---

۱. Transnationalized Legal Traditionalism



نظام حقوقی حاکم بر آنها را حقوق فراملی قلمداد نمی‌کند. در این رویکرد در واقع فضای وقوع پدیده‌های فراملی را در یکی از نظام‌های موجود مفروض کرده است و بر این اساس نیاز به نظام حقوقی فراملی را ضروری نمی‌داند. از این منظر حقوق تطبیقی مناسب‌ترین گرایش حوزه حقوق است که می‌تواند به حل مسائل مطرح در این زمینه کمک نماید (Craig, 2009, p.890). در این نگاه با پایبندی به رویکرد کلاسیک نظام‌های حقوقی با محوریت دولت-ملت نگاهی بالا به پایین کماکان به عنوان گفتمان حاکم بر روابط بین‌الملل پذیرفته می‌شود.

در رویکرد تأییدکننده حقوق فراملی، دو دیدگاه مختلف وجود دارد. دیدگاه سنتی و دیدگاه جدید. بنا بر آنچه پیش از این شرح آن گذشت روشن گردید که مبنای نظم حقوقی رایج و حاکم کنونی، نهاد دولت-ملت و ویژگی‌های آن از جمله حاکمیت و ... است به نحوی که ادعایی گزاف نیست که اذعان نماییم تمامی مسائل حقوقی در هر حوزه‌ای مستقیم یا غیر مستقیم متأثر از وضعیت حقوقی دولت-ملت است (Cotterrell, 2012(18), p.500). هرچند که متأثر از تحولات اجتماعی ویژگی‌های این نهاد حقوقی، قلمرو و ماهیت و مضمون آن دچار دگرگونی شده است لیکن اصل وجود این نهاد و ابتدای نظم کلی حقوقی بر ابعاد و ویژگی‌های حقوقی نهاد دولت-ملت کماکان اصلی انکارناپذیر است. تعیین حدود دولت-ملت و ما به ازا خارجی آن با ضابطه مرز، تعیین و تحدید می‌شود.

بر همین اساس از منظری سنتی روابط حقوقی بر اساس نوع وضعیت و مناسبتی که مرزهای دولت-ملت در آن به خود می‌گیرد قابل تقسیم‌بندی است. از این منظر مناسبات حقوقی را در دو طبقه کلی می‌توان قرار داد. طبقه اول مناسباتی‌اند که «ایجاد، استمرار یا پایان آنها» کاملاً در درون مرزهای یک دولت ملت روی می‌دهد (شیروی، ۱۳۹۰، ص ۵۹). دسته دوم مناسباتی هستند که اساس ایجاد، استمرار یا پایان آنها یا یکی از این موارد در فضایی که فراتر از مرزهای یک دولت-ملت است

روی می‌دهد. آن دسته هنجارهایی که مناسبات دسته اول را به نظم در می‌آورد «نظام حقوق ملی»<sup>۱</sup> و رژیم حقوقی‌ایی که مناسبات دسته دوم را در بر می‌گیرد «نظام حقوق بین الملل»<sup>۲</sup> است.<sup>۳</sup>

بیش از نیم قرن است که این تقسیم‌بندی سنتی از روابط حقوقی از ناحیه برخی نویسندگان جامع و مانع تلقی نشده و عطف به این دریافت از نقصان نظام‌های حقوقی به منظور رفع این ایراد نظریه پردازی صورت گرفت.<sup>۴</sup> مهمترین نظریه که در این زمینه مطرح شده و توسعه یافته است نظریه «حقوق فراملی» است. استفاده از پوزیتیویسم حقوقی در همین رویکرد به منظور توجیه چگونگی ظهور حقوق فراملی اتفاق افتاده است.

در رویکرد تأییدی جدید، نگاه متفاوتی به حقوق فراملی ارائه شده است. برخی از نویسندگان بر آن هستند که حقوق فراملی بیش از آنکه حوزه‌ای مستقل و مجزا و دارای خصوصیات یکی از گرایش‌ها یا حوزه‌های حقوقی سنتی همچون حقوق

---

۱. National law

۲. International Law

۳. چنانچه اساس شکل‌گیری این روابط در مرزهای یک دولت-ملت باشد لیکن حداقل عامل یا جهتی فراتر از مرزهای دولت-ملت نیز در آن مناسبات وارد شود رژیم حقوقی انتظام بخش این حوزه رژیم «حقوق بین الملل خصوصی» نامیده می‌شود و در فرضی غیر از آنچه گذشت رژیم حقوقی حاکم رژیم «حقوق بین الملل عمومی» خواهد بود. بنگرید به: (Menkel-Meadow, 2011, p.101).

البته بر اساس دیدگاهی دیگر حقوق بین الملل خصوصی شعبه‌ای از حقوق ملی به منظور رفع تعارضات در نقاط تلاقی و تقاطع تناقض گونه نظام‌های حقوقی ملی است. بر اساس دیدگاه سوم حقوق بین الملل خصوصی نظام حقوقی‌ایی متفاوت از نظام حقوق بین الملل عمومی و نظام حقوق ملی است. بنگرید به: (Craig, 2009., p. 867).

۴. اولین نویسنده که به صورتی هدفمند و رسمی این موضوع را انعکاس داد فیلیپ جساپ بود: (Jessup, 1956).

قراردادها یا حقوق اداری و یا گرایش‌های جدید همچون حقوق محیط زیست یا حقوق اینترنت باشد نوعی رویکرد روش‌شناختی است که به واسطه آن می‌توان تغییر و تحولات برخی نهادهای حقوقی را در زمینه جامعه پیچیده و متحول انسانی مطالعه کرد. در این نگاه به حقوق فراملی، از زاویه زمینه سازی به منظور نظریه پردازی متحول و متبدل نظم اجتماعی توجه می‌شود و نه نظام یا رژیم حقوقی مستقر و موجود. در واقع حقوق فراملی به عنوان روش نیل به «حقوق آتی» تلقی می‌شود و نه رشته حقوقی که هم اکنون در نظم حقوقی متعارف حیات و ویژگی‌های منحصر به فرد خود را داراست. آنچه در این نوع نگاه و رویکرد خاص نقشی محوری دارد تمرکز بر بازیگران، هنجارها و فرایندها به عنوان اجزا سازنده روش حقوق فراملی است (Zumbansen, 2010, p. 309). این مفهوم برخی از مفروضه‌های مرتبط با حقوق را از حتمیت و قطعیت خارج کرده است و از نقطه نظری دیگر به حقوق می‌نگرد.

یکی از این مفروضه‌ها رابطه سرزمین واجد نظام سیاسی نهادینه با خلق، اجرا و قضاوت در باب قواعد حقوقی است که با عنوان «حقوق دولتی»<sup>۱</sup> شناخته می‌شود. از منظر حقوق فراملی این پیوند سرزمین و قاعده حقوقی قابل نقد است؛ زیرا دیزمانی است که هنجارهای غیر دولتی (با منشا غیردولتی) سازمان‌ها و انسانها را به اتخاذ رفتارهایی مشخص ملزم نموده است.<sup>۲</sup> بر اساس این نگاه جامعه دیگر متمایز از دولت نبوده و مادون و محکوم بدان نیست و از این رو رویکرد حقوق فراملی را دکترین «حقوق جامعه»<sup>۳</sup> نامیده‌اند. بر این اساس در جامعه عاری از طبقه و فاقد

---

۱. State-Law

۲. این واقعیت عامل نگرش به حقوق از منظری کارکردگرایانه بوده است.

۳. Society-Law

سلسله مراتب، حقوق تنها یکی از اشکال اجتماعی ارتباط است که البته با منطق و ادبیات خاص خود عمل می‌کند.

انگاره دیگر رویکرد حقوق فراملی که مفروضه دیگری از رویکرد سنتی به حقوق را به چالش می‌کشد نسبی‌انگاری زمینه حقوقی سرزمینی در حوزه صلاحیتی خاص است. در دکترین «حقوق جامعه»، محدوده اجتماع را نمی‌توان کاملاً و به درستی با تقسیم آن به دولت‌ها، ملت‌ها یا مناطقی خاص ترسیم نمود و نشان داد بلکه جامعه را باید به عنوان «جامعه جهانی» تلقی نمود و فهم کرد. «در قالب جامعه جهانی استفاده از الفاظی همچون «سرزمین»، «صلاحیت» یا «دولت» در فرآیند مطالعه حقوق (و به صورت کلی‌تر «زامداری ضابطه مند»<sup>۱</sup>) با هدف خاص فهم چارچوب‌های تکامل حقوقی، از نقطه نظر رشد تاریخی و یا نهادینه شدن سیاسی در زمان و فضایی مشخص است نه چیزی کمتر و نه چیزی بیشتر. استفاده از عبارت نه چیزی کمتر به منظور بیان خصیصه نظم حقوقی «غیر سرزمینی» و «مستقل»<sup>۲</sup> است» (Michaelis, 2004, p. 105-130; Gaillard, 2010, p. 67) نبودن حقوق به سرزمین - برخلاف آنچه که در حقوق سنتی با محوریت دولت - ملت به صورت متعارف شناخته می‌شود - و استقلال حقوق از قلمرو سرزمینی است.

فهم طبیعت زمامداری ضابطه‌مند نظم حقوقی غیر سرزمینی یا مستقل، مشروط به درک دو امر است: اول فهم دلائل ناتوانی حقوق دولتی و قدرت نظم آفرین دولت - ملت با تاکید بر «هنجار اجتماعی» و دوم شناخت استدلالات آنانی که حقوق فراملی را بستر آنچه که «تکثرگرایی جهانی حقوقی»<sup>۳</sup> می‌نامند، می‌دانند.<sup>۴</sup> وجه مشترک هر دو

۱. Regulatory Governance

۲. De-Territorialised or Autonomous Legal Order

۳. Global Legal Pluralism

۴. همان، به منظور مطالعه بیشتر بنگرید به:

دسته از دلائل بر محور محدودیت‌های مقررہ‌گذاری حقوقی به صورت سنتی و ناکافی بودن انسجام حقوق دولتی در پوشش پویایی زمامداری ضابطه‌مند امروزی مبتنی است.<sup>۱</sup>

از دیدگاه فراملی، به جای تلقی جهانی شدن به عنوان نقطه پایان توسعه حقوقی، لازم است که ساخت‌ها و نهادهای مختلف حقوقی دولت-مبنا با هدف درک مناسب‌تر تکامل حقوق در رابطه و در پاسخ به توسعه آنچه که «جامعه جهانی» توصیف می‌شود، بازسازی شود. در واقع حقوق فراملی با ویژگی‌های خاص خود به دنبال توسعه حقوق در جامعه‌ای بسیار دگرگون و فاقد علقه‌های سرزمینی است. با این نوع نگاه به جامعه در این رویکرد، به جای تلاش به منظور آشتی قواعدی دارای منشأ حقوق دولتی با قواعدی که منشایی غیر از دولت دارند به واسطه تمرکز بر پیشرفت-های جامعه شناختی و انسان‌شناسانه حول محور تحول «هنجارهای حقوقی» و «فضاهای» زمامداری و نظم بخشی، سعی شده است که حرکت در جهت نظم حقوقی جدید با مؤلفه‌های جدید واقع شود. این مؤلفه‌ها را می‌توان در دو محور خلاصه نمود: اول اینکه ساختار سلسله مراتبی نظم حقوقی جهانی را به چالش می‌کشد و دوم اینکه مشارکت در خلق قواعد حقوقی با قلمرو ثابت سرزمینی را می‌برد و به این صورت مفهوم «تکثر حقوقی فراملی»<sup>۲</sup> را معرفی می‌کند ( Zumbansen, 2010, p. 309). تکثر حقوقی از درون محور اول (به چالش کشیدن ساختار سلسله مراتبی نظم حقوقی جهانی) و فراملی بودن حقوق از دل محور دوم (زیر سؤال خلق قواعد حقوقی

---

Berman, 2012(1), pp. 1155-1237; Berman, 2009(17), pp. 225-242; Michaels, 2009, Available At: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1430395](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1430395).

۱. البته این وجه مشترک از دیدگاه‌های مختلف سیاسی نشأت می‌گیرد. به منظور مطالعه بیشتر بنگرید به:

Galanter, 1974, pp. 120-124; Lobel, 2007, pp. 956-966; Héritier, and Lehmkuhl, 2008, pp. 1-17; Sweet, 2009, pp. 621-645; Ochoa, 2008, pp. 5-18.

۲. Transnational Legal Pluralism

در قلمرو ثابت سرزمینی) استحصال می‌شود. از این منظر حقوق فراملی دیدگاه‌های جامعه‌شناسی حقوق و نظریه حقوقی را با تحقیق در خصوص عدالت، اخلاق و زمامداری ضابطه‌مند جهانی به منظور تشریح طبیعت فراملی حقوق و مقررات که همیشه در مقابل ادعای یکپارچگی و سلسله مراتب حقوقی مطرح بوده است به هم پیوند می‌دهد.

در این نگاه، حقوق فراملی از این منظر در چارچوبی متفاوت و در واقع خارج از نظم حقوقی دولت محور مستقر کنونی فهمیده می‌شود و نوعی فرآیند فراملی نمودن حقوق تلقی می‌شود که نظم حقوقی دولت محور را در نور دیده و به نظم حقوقی جدیدی نظر دارد. هرچند که این انتقال از حقوق دولت محور به حقوق فاقد محوریت دولت با امحای مرزهای جغرافیایی، مرزهای حقوق شکلی و ماهوی و مرزهای حقوق عمومی و خصوصی (دولت و بازار) فهمیده می‌شود و متناظر تلقی می‌شود لیکن هسته آن با بازسازی و نسبی‌گرایی در بازشناسی مرزهای حقوق و غیر حقوق شکل می‌گیرد (Zumbansen, 2010, p.16-17)

بر این مبناست که حقوق فراملی باید بازسازی شکل و کارکرد حقوق در حوزه‌های بسیار تخصصی فعالیت اجتماعی تلقی کرد و صرفاً با این تعبیر ساده که حقوق فراملی مفهومی متفاوت از حقوق ملی و بین الملل و حقوق خصوصی و عمومی و ترکیبی از این موارد است نباید به تعریف این مفهوم پایان بخشید (Zumbansen, 2010, p.24)

در واقع در این دیدگاه بهترین وسیله حل تكثر حقوقی نه حرکت به سمت وحدت حقوقی بلکه پذیرش کثرت‌گرایی و ایجاد بنیان‌هایی به منظور نظم بخشیدن بدان با کم‌رنگ نمودن نقش دولت در انتقال به «نظم پسا-ملی»<sup>۱</sup> است (Zumbansen, 2010)

(p.8). جامعه‌شناسی حقوقی مهم‌ترین مبنای نظری توجیه چگونگی ظهور حقوق فراملی در این خصوص است. در ادامه تلاش‌هایی که در رویکرد سنتی و جدید تأییدی نسبت به چگونگی ظهور حقوق فراملی مطرح شده‌است، ارزیابی خواهد شد.

### ۳. توسعه فلسفه حقوق

فلسفه حقوق به مثابه گرایشی از فلسفه مضاف متکفل توصیف و توجیه حقوق (آنچه هست یا آنچه باید باشد) است. در «فلسفه حقوق»<sup>۱</sup> مکاتب حقوقی متمایز از حقوق طبیعی تا عمل‌گرایی قرار می‌گیرد (علیزاده، ۱۳۸۹، ص ۲۷): بنابراین، یکی از مسائل فلسفه حقوق، توصیف و توجیه چیستی حقوق فراملی است. در میان مکاتب حقوقی مطرح ذیل فلسفه حقوق، پوزیتیویست‌ها، بیشترین مواضع ممکن را در خصوص حقوق فراملی اتخاذ کرده‌اند،<sup>۲</sup> لذا در این میان دیدگاه این نحله حقوقی از میان مکاتب فلسفی ذیل فلسفه حقوق مورد مطالعه قرار خواهد گرفت.

برخی اندیشمندان پوزیتیویست حوزه فلسفه حقوق، با این استدلال ساده‌شده که آنچه با عنوان حقوق فراملی نامیده می‌شود اگر ریشه در حقوق دولتی دارد، نیاز به

---

۱. در اینجا مراد از فلسفه حقوق، فلسفه علم حقوق به مثابه دانش درجه دوم است. به منظور مطالعه در این خصوص بنگرید به: (علیزاده، ۱۳۸۹، ص ۲۸).

۲. به عنوان نمونه، به منظور مطالعه در خصوص موضع حقوق طبیعی در رابطه با حقوق فراملی بنگرید به: (.

Mahlmann, 2009, p. 1325)

توجیه مستقلی از حقوق دولتی ندارد و اگر از آن منفک است، اساساً حقوق نیست، پرداختن به مفهوم حقوق فراملی را به صورت مستقل ضروری ندانسته‌اند.<sup>۱</sup> با این حال، از مهم‌ترین آثاری که در قلمرو فلسفه حقوق، به صورت خاص در مسیر شناخت مفهوم حقوق فراملی، قدم گذارده است، اثر دتلف ون دانیلس است. دتلف ون دانیلس با استفاده از مفاهیم مطرح در نظریه پوزیتیویسم حقوقی (در چارچوب نظریه هارت) و توسعه آن تلاش کرده است ادبیات فلسفه حقوق را در مواجهه به مسأله چیستی حقوق فراملی توسعه دهد و پربارتر کند ( Daniels, 2010, p. 141). کلیدی‌ترین مفهوم در فلسفه حقوق، مفهوم حقوق است؛ دانیلس به عنوان فیلسوف حقوق، تلاش نموده‌است تا به مطالعه مفهوم حقوق از نقطه‌نظر فراملی پرداخته و با تدارک ظرفیت نظری برای فلسفه حقوق از منظر پوزیتیویستی، ظرفیت فلسفه حقوق را در راستای پذیرش ایده حقوق فراملی نشان دهد. در ادامه نظریه وی را در این زمینه تشریح خواهیم کرد.

دتلف ون دانیلس تلاش خود را برای ارائه دیدگاهی در فلسفه حقوق که قادر باشد، مسائل حقوق فراملی را لباس حقوقی بپوشاند، با طرح دو دیدگاه مهم و متمایز در رابطه با ماهیت حقوق آغاز می‌کند. او ابتدا نظریه یورگن هابرماس که به زعم دانیلس حقوق را در معنای وسیع جامعه‌شناسی تاریخی<sup>۲</sup> پردازش کرده است<sup>۳</sup>، به صورت خلاصه شرح می‌دهد و به نقد آن می‌پردازد. دانیلس معتقد است که زمینه‌پردازی غنی

---

۱. به منظور مطالعه آثار معدود نویسندگانی که از منظر فلسفه حقوق در صدد توصیف و توجیه حقوق فراملی بوده‌اند، بنگرید به: MacCormick, (Melissaris, 2009; Culver, 2014; Barber, 2006, p. 306-329; MacCormick, 1993, p. 1-18)

## 2. Sociohistorical

۳. هابرماس دیدگاه خود را با طرح و ارزیابی دیدگاه‌های مارکس، وبر و پارسونز در دو جلد مطرح نموده‌است. برای مطالعه بیشتر بنگرید به: Habermas, Vol. 1, 1984 and Habermas, Vol. 2, 1984.



هابرماس از توسعه حقوق در غرب، با همه دستاوردهای آن، دو ایراد اساسی دارد: اول اینکه فاقد جامعیت توصیفی لازم است به نحوی که نتوانسته است موقعیت حقوق بازرگانی و حقوق مذهبی را در کنار حقوق دولتی، تشریح کند؛ دوم اینکه اساساً به مفهوم حقوق نپرداخته است. در نتیجه این دو خصیصه، دانلیس معتقد است که هابرماس نتوانسته است دیدگاهی روشن و شفاف از حقوق را در کل اثر خود ارائه کند. به زعم دانلیس، مطالعه تاریخی حقوق هرچند لازم است ولی هیچ‌گاه نمی‌تواند جایگزین مطالعه مفهومی آن شود (Daniels, 2010, p. 77). به همین دلیل او به ارزیابی دیدگاه مهم دوم یعنی دیدگاه هارت که دیدگاهی مفهومی از حقوق ارائه می‌کند، می‌پردازد.

هرچند او دیدگاه هارت را به مثابه نظریه‌ای مفهومی<sup>۱</sup> از حقوق مطلوب‌تر از دیدگاه جامعه‌شناسی تاریخی هابرماس می‌داند ولی دیدگاه هارت را نیز با طرح نقدهای جدی ارزیابی می‌کند. با این همه نظریه هابرماس را کنار گذارده و دیدگاه خود را بر نکات نقادی‌شده نظریه هارت، بنا می‌نهد و در این مسیر به «بازسازی سیستمی»<sup>۲</sup> نظریه حقوقی هارت می‌پردازد. دیدگاه او در «بازسازی سیستمی» نظریه حقوقی هارت که ضمن نقد دیدگاه هارت مطرح شده است، سه مؤلفه اصلی دارد.<sup>۳</sup>

اولین مؤلفه اینکه، مجموعه‌ای از قواعد اولیه، می‌تواند حقوق تلقی شود. به نظر او هارت نیز امکان ظهور حقوق را در اشکال ابتدایی در قالب قواعد اولیه، پذیرفته است؛ هرچند این ظرفیت را در نظریه خود توسعه نداده است. بنابراین حقوق متشکل از

---

۱. Conceptual

۲. Systematic Reconstruction

۳. به منظور مطالعه نقد این سه مؤلفه مدنظر دانلیس، بنگرید به: (Cotterrell, 2012, p. 506-508).

«اتحاد بین قواعد اولی و ثانوی» نسیت. قواعد ثانوی کارکرد نهادینه‌سازی<sup>۱</sup> و توسعه حقوق را برعهده دارند و نه ایجاد حقوق<sup>۲</sup> را؛ لذا وجود آن‌ها برای توسعه حقوق لازم است ولی برای ایجاد حقوق ضروری نیست (Daniels, 2010, p. 113-114). دوم اینکه قواعد اولی، تنها در زمانی می‌توانند به ایجاد حقوق منجر شوند که سه ویژگی داشته باشند: چندجانبه، قطعی و منطبق بر عدالت. به نظر او این سه ویژگی، ویژگی‌هایی هستند که هنجار حقوقی را با آن‌ها می‌توان شناخت (Daniels, 2010, p. 110).

سومین مؤلفه در پرتو دو مؤلفه قبل معنا می‌یابد. به زعم دانلیس، با تلقی حقوق به مثابه قواعد اولیه، نظام‌ها و رژیم‌های حقوقی متمایزی امکان تصور دارند و در عالم خارج محقق می‌شوند؛ در این حال، قواعد دست‌سومی مورد نیاز است که او آن‌ها را قواعد «ارتباط‌دهنده»<sup>۳</sup> می‌نامد. این قواعد به زعم او هرچند توسط هارت در بحث از ارتباطات بین رژیم‌های حقوق بین‌الملل مطرح شده است ولی به حد لزوم توسط وی بسط و توسعه داده نشده است. این قواعد از نظر او، سه کارکرد دارند: اول، اجازه اعتباربخشی<sup>۴</sup> به قواعد یک نظام در نظام دیگر؛ دوم، اجازه تکمیل<sup>۵</sup> قواعد یک نظام در نظام حقوقی دیگر و سوم، امکان شناسایی<sup>۶</sup> قواعد یک نظام در نظام حقوقی دیگر یا اعطای نمایندگی<sup>۷</sup> اقتدارت قاعده‌سازی بین نظام‌های حقوقی مختلف.

- 
۱. Institutionalize
  ۲. Existence of Law
  ۳. Linkage Rules
  ۴. Validation
  ۵. Completion
  ۶. Recognition
  ۷. Delegation of Rule-Creating Powers

دستاورد نظری دیدگاه دانلیس برای حقوق فراملی را در دو مؤلفه اول و سوم دیدگاه وی می‌توان ملاحظه نمود. بر اساس مؤلفه اول، حقوق فراملی در قالب قواعد اولیه و بدون قواعد ثانویه در قلمرو خارج از حقوق دولتی امکان ظهور دارد. البته شکل‌گیری قواعد ثانویه در قلمرو حقوق فراملی می‌تواند به نهادینه‌سازی و توسعه و تثبیت این نوع از حقوق کمک کند اما به صرف وجود قواعد اولیه می‌توان از حقوق فراملی صحبت نمود. بر اساس مؤلفه سوم حقوق در دیدگاه وی، حقوق فراملی به اشکال مختلف، امکان ایجاد دارد. به زعم دانلیس، خصیصه قواعد ارتباط دهنده فراملی بودن آنهاست؛ زیرا این قواعد محصول یک نظام حقوقی از نقطه‌نظر «درونی»<sup>۱</sup> مدنظر هارت در خصوص حقوق نیستند بلکه تنها توصیف «بیرونی»<sup>۲</sup> از حقوق قادر است که گویای وضعیت این قواعد باشد؛ تنها یک توصیف بیرونی از نظام حقوقی می‌تواند توضیح دهد که چگونه «کلیه نظام‌های حقوقی به شبکه‌ای از نظام‌های حقوقی تبدیل می‌شوند ... که [در این توصیف بیرونی] گفتمان حقوق رسمی [منظور حقوق دولتی است] تنها یک جز از آن است» (Daniels, 2010, p. 163). بر این اساس از نظر دانلیس، قواعد ارتباط‌دهنده یک معنای دیگر از حقوق فراملی خواهند بود؛ زیرا خارج از سیستم حقوق دولتی به تنظیم ارتباط حقوق دولتی با سایر سیستم‌ها یا رژیم‌های قواعد اولیه مبادرت می‌کند.

چنانچه اشاره شد، این نظام‌ها یا رژیم‌های قواعد اولیه، بر اساس مؤلفه اول دیدگاه وی، حقوق هستند و می‌توانند خود فراملی باشند و قواعد ارتباط‌دهنده نیز ویژگی فراملی دارند. به این ترتیب از نقطه‌نظر فلسفه حقوق در مکتب پوزیتیویسم حقوقی، دانلیس نظریه‌ای راجع به حقوق ارائه کرده‌است که ظرفیت پذیرش حقوق فراملی را

---

۱. Hartian Internal Point of View

۲. External Description

در خود به دو صورتی که شرح آن گذشت، دارد و بدین ترتیب بنیان‌های شناسایی و انتظام بخشی حقوق فراملی را به عنوان یک پوزیتیویست حقوقی تدارک دیده است.

#### ۴. جامعه‌شناسی حقوقی

جامعه‌شناسی حقوقی به مثابه یک مکتب حقوقی، نقش بسزا و شاید بیشترین اثر را در شناسایی و معرفی ایده و نظریه حقوق فراملی داشته‌است. در این میان منسجم‌ترین دیدگاهی که توسط یک جامعه‌شناس حقوقی در زمینه مبنای نظری مفهوم و چیستی حقوق فراملی پردازش شده است را می‌توان در نظریه «دکترین نهادینه‌شده»<sup>۱</sup> راجر کاترل ملاحظه نمود.<sup>۲</sup>

راجر کاترل به عنوان اندیشمندی که هم‌زمان به فلسفه حقوق و جامعه‌شناسی حقوقی توجه دارد، به صورتی دیگر نظریه خود را در توصیف و توجیه ظرفیت حقوق در مواجهه با مسائل و هنجارهای فراملی تدارک دیده است (دکترین نهادینه‌شده) (Cotterrell, 1995(3), p.28). او نیز همچون دانلیس، از دستاوردهای نظریه هارت در این رابطه بهره می‌برد. به واقع او همچون جامعه‌شناسان حقوق به مطالعات تجربی برای فهم حقوق مبادرت کرده ولی همچون فیلسوفان حقوق، آن را تشریح کرده است و در این مسیر از ادبیات فلسفه حقوق آغاز و در نهایت نظریه او به طرح ادبیات خاص راجع به حقوق فراملی در جامعه‌شناسی حقوقی انجامیده است. گراف پیتروگالیس و پیر زامبانسن نیز، به عنوان جامعه‌شناسان حقوقی، به ارائه مصادیق و مضامین حاصل از مطالعات تجربی و میدانی در چارچوب نظریه کاترل،

---

#### ۱. Institutionalized Doctrine

۲. به منظور مطالعه در خصوص برخی از سایر ابعاد ارتباط جامعه‌شناسی با حقوق فراملی بنگرید به: (بابایی فرد، ۱۳۹۵، ص ۴۰۵-۴۳۵).

مبادرت کرده‌اند. در ادامه ابتدا نظریه «دکترین نهادینه‌شده» کنترل و سپس دیدگاه‌های گالیس و زامبانسن را در بسط آن تشریح و ارزیابی خواهیم نمود. به زعم کاترل، هرگاه از حقوق در چارچوب ادبیات قواعد حقوقی صحبت شود، حتی زمانی که صرفاً قواعد اولیه هم برای ظهور حقوق کافی تلقی شود (نظریه دانیلس)، آنچه که به این قواعد شأن حقوقی می‌دهد، همان قواعد ثانویه هستند. بنابراین با طرح مفهوم قواعد حقوقی، نمی‌توان از قواعد ثانویه چشم فروبست و تنها قواعد اولیه را برای ایجاد حقوق کافی قلمداد کرد. با این بیان، اساس دیدگاه دانیلس را مردود دانسته و به دنبال آن دیدگاهی متمایز در این زمینه مطرح می‌کند. دیدگاه او نیز سه مؤلفه اصلی دارد.

اول اینکه، قلمرو حقوق را نباید به مفهوم قواعد محدود کرد. به زعم او مفاهیم دیگری نظیر اصول، قواعد راهنما و ... یا به بیان عام‌تر، ایده‌های هنجاری<sup>۱</sup>، همگی نمایندگان انواع مختلفی از اجزای مفهومی حقوق هستند. بر همین اساس است که او پیشنهاد می‌کند از اصطلاح «دکترین»<sup>۲</sup> یا «گفتمان»<sup>۳</sup> برای اشاره به این موارد، بهره برده شود. در ادبیات او، دکترین معادل هرآنچه که ظرفیت دارد «حقوق»<sup>۴</sup> تلقی شود – و نه فقط قواعد – به کار برده شده است. دکترین در نظریه وی، مشتمل بر هر ایده هنجاری است. این ایده هنجاری ضرورتاً شبیه قواعد رسمی حقوق دولتی نیست ولی همچون این قواعد می‌توان آن‌ها را توضیح داد، سامان بخشید و تفسیر کرد (Cotterrell, 1995(3), p. 31-32).

- 
۱. Normative Ideas
  ۲. Doctrine
  ۳. Discourse
  ۴. Law

دوم اینکه، ضابطه احراز وضعیت حقوقی، قواعد ثانویه یا اولیه نیستند. به زعم او به جای استفاده از قواعد ثانویه، تمرکز باید بر احراز وجود نهادهای متکفل وضع، تفسیر و اجرای دکترین باشد نه احراز قواعد اولیه (نظریه دانلیس) یا اتحاد قواعد اولیه و ثانویه (نظریه هارت). بر این اساس از وضعیت «حقوقی»<sup>۱</sup> به عنوان «دکترین نهادهینه شده» یاد می‌کند و معتقد است که وضعیت حقوقی، همان الگوی «دکترین نهادهینه شده» است. «دکترین نهادهینه شده»، الگوی مفهومی کافی برای تعریف وضعیت حقوقی است که در آن دکترین، به اشکال مختلف<sup>۲</sup> و نهادهینه، در درجات و سطوح مختلف (مشکک)<sup>۳</sup>، ظهور می‌کند (Cotterrell, 1995(3), p. 32).

سوم اینکه نهادهای متکفل وضع، تفسیر و اجرای حقوق ضرورتاً با ابتدای بر قواعد ایجاد نمی‌شوند بلکه عملکرد مقتدرانه<sup>۴</sup> نهادهای مذکور می‌تواند منبعث از عوامل اقتدارآفرین دیگری غیر از قاعده باشد نظیر سنت یا کاریزما.

با این سه مؤلفه، کاترل نظریه خود را جمع به حقوق فراملی را تشریح می‌کند. از نظر او، آنچه که با عنوان حقوق فراملی از آن یاد می‌شود، الگویی کاربردی از مفهوم حقوق است که وصف حقوقی آن ناشی از وضعیت مشکک حقوق است؛ انواع مختلف دکترین (حقوق) را می‌توان شناخت که کم و بیش حقوق باشند؛ سطوح مختلفی از نهادینگی را می‌توان دید که کم و بیش حقوقی هستند و انواع مختلفی از دکترین نهادهینه شده را می‌توان دید که کم و بیش اقتدار و مشروعیت داشته باشند. به این ترتیب کاترل، حقوق فراملی را به عنوان یک نوع از دکترین نهادهینه شده، معرفی می‌کند (Cotterrell, 1995(3), p.38). نظریه راجر کاترل، الهام‌بخش برخی دیگر از

---

۱. Legal

۲. Various Forms

۳. Varying Degrees

۴. Authoritative practice

نویسندگان در ارائه مبانی نظری در خصوص چیستی حقوق فراملی و چگونگی اعمال آن بوده‌است.

گرالف پیتر گالیس و پیر زامبانسن، بی‌آنکه تصریح کنند، در چارچوب نظریه دکترین نهادینه راجر کاترل به تشریح چگونگی ظهور حقوق فراملی پرداخته‌اند (Calliess and Zumbansen, 2010, p. 129). تمرکز ایشان بر جامعه‌شناسی حقوق است و با روشی استقرایی و تجربی به مطالعه موضوعات جدید حقوقی می‌پردازند. به واقع روش ایشان کاملاً استقرایی و متمرکز بر مطالعات تجربی و میدانی است (Daniels, 2010, p. 181). ایشان با تمرکز بر حقوق خصوصی، به تشریح نمونه‌های متمایز از آنچه که کاترل «دکترین نهادینه‌شده» نام نهاده‌است، پرداخته‌اند (Calliess and Zumbansen, 2010, p 131). با این همه، ایشان در اثر مشترک دیگر خود، تا حدودی از نظریه دکترین نهادینه فاصله گرفته و جوهره مبانی نظری حقوق فراملی را «فرآیند خلق استاندارد»<sup>۱</sup> در پرتو نظریه «میزانی از اعتماد بین‌اشخاص»<sup>۲</sup> معرفی نموده‌اند (Calliess and Zumbansen, 2010, p.136). الگوی مدنظر ایشان، «مدل مقررہ‌گذاری»<sup>۳</sup> است که دو شکل دارد: «فرآیند خلق هنجار پویا و ترکیبی»<sup>۴</sup> (از فعالان دولتی و خصوصی) و «خود-حکمرانی اجتماعی»<sup>۵</sup>. خصیصه مشترک این موارد، دارا بودن فرآیند پایین به بالا در خلق فرآورده‌های حقوقی است (Calliess and Zumbansen, 2010, p.136-137).

- 
۱. Standard-Creating Process
  ۲. A Degree of Mutual Interpersonal Trust
  ۳. Regulating model
  ۴. A Mixed, Public-Private, Dynamic Norm-Creation Process
  ۵. Societal Self-Governance

به هر حال در جامعه‌شناسی حقوقی، ۴ مؤلفه اصلی زمینه‌ساز طرح مفهوم حقوق فراملی بوده است: شناسایی حقوق، فراتر از حقوق تولید شده توسط نهادهای دولتی؛ شناسایی حقوق، فراتر از مرزهای سرزمینی؛ شناسایی حقوق، فارغ از تفکیک حقوق عمومی و خصوصی؛ شناسایی حقوق، فراتر از حاکمیت. در جامعه‌شناسی حقوقی و ذیل مؤلفه اول، با برداشتن ۴ قدم، زمینه برای طرح ایده و نظریه حقوق فراملی فراهم شده است: اول، تأکید بر اهمیت و اولویت آگاهی حقوقی<sup>۱</sup> در این زمینه که حقوق منبعث از اشخاص حقیقی در ایجاد هنجارهای حقوقی است (تأکید بر محوریت انسان)؛ دوم، توجه به نقش کارمندان معمولی و پایین‌رتبه نهادهای دولتی در خلق هنجارهای حقوقی در نظام حقوقی دولتی (تأکید بر محوریت کارشناسان و متخصصان)؛ سوم، توجه به شبکه‌های ترکیبی و پیچیده دولتی و غیردولتی در خلق هنجار حقوقی (شبکه‌های ترکیبی حقوقی) و چهارم شناسایی و پذیرش تنوع جوامع مختلف در خلق هنجارهای حقوقی (تکثر حقوقی) (Berman, 2005(16), p. 493). این ۴ مؤلفه اصلی که جامعه‌شناسی حقوقی به ادبیات حقوقی وارد کرده است، زمینه‌ساز فهم بسیاری از ابعاد حقوق فراملی است. از این رو این ادعا گزاف نخواهد بود که جامعه‌شناسی حقوقی نقشی بی‌بدیل در فهم چگونگی ظهور حقوق فراملی در مجموعه حقوق و ادبیات مرتبط با آن داشته است.<sup>۲</sup>

## ۵. نتیجه

مبنای نظری ظهور حقوق فراملی، تکثرگرایی و جهانشمول‌گرایی اجتماعی است که این دو عامل، تشریح‌کننده آن هستند که چگونه جوامع حقوقی مختلف، منجر به ظهور

---

۱. Legal Consciousness

۲. به منظور مطالعه در این زمینه بنگرید به: (Berman, 2005(16), p. 492-510).



گونه‌های مختلف حقوق فراملی می‌شوند. جهان‌شمول‌گرایی حقوقی نشان می‌دهد که چرا حقوق فراملی مشتمل بر حقوق جوامع جهان‌وطنی و فوق ملی است و تکثرگرایی حقوقی نشان می‌دهد که چرا حقوق فراملی، حقوق جوامع زیرملی و جوامع فراملی به معنای خاص کلمه را نیز در بر می‌گیرد. از این رو دو مبنای برشمرده شده در تشریح چرایی ظهور حقوق فراملی، مکمل یکدیگر بوده‌اند و به فهم چرایی ظهور انواع مختلف حقوق فراملی کمک می‌کنند.

مبنای نظری که به تشریح چگونگی مفهوم‌پردازی حقوق فراملی می‌پردازند را می‌توان جدیدترین دستاوردهای نظری حقوق قلمداد نمود که تلاشی در راستای نوکردن ردای حقوق و نشان دادن نقش حقوق فراملی بر آن هستند. غنی‌ترین و قوی‌ترین این مبانی نظری را می‌توان در مکتب فلسفه حقوقی پوزیتیویسم حقوقی و جامعه‌شناسی حقوقی قلمداد نمود.

در حالی که فلسفه حقوقی در مکتب پوزیتیویسم حقوقی، با استفاده از فنون انتزاع و تعمیم، به دنبال ارائه چارچوب نظری کلی و عام برای معرفی چپستی مفهوم حقوق فراملی است، جامعه‌شناسی حقوقی تلاش دارد تا با استخراج خصایص مصادیق حقوق فراملی به کمک استقرا و سپس تعمیم، نظریه‌ای را به منظور حل معضلات عملی و نظری ناشی از ظهور این مصادیق، ارائه کند. در فلسفه حقوق، تلاش بر آن است که با توسعه متناسب و محافظه‌کارانه مفهوم سنتی حقوق، روزن و مجرای برای وارد نمودن حداقل برخی از مصادیق حقوق فراملی به عالم حقوق ایجاد شود. این در حالی است که جامعه‌شناسی حقوقی، طیفی از اموری که ذیل عنوان حقوق فراملی نامیده می‌شوند را احصا و به جهت اهمیت هنجاری آنها، آنها را به مثابه پدیده‌های هنجاری وارد دنیای حقوق می‌کند. وارد کردن این امور به عنوان امر حقوقی به عالم حقوق، مستلزم در انداختن طرحی نو با کنارگذاشتن مفهوم سنتی و متعارف حقوق و توسعه حدود و مرزهای مفهومی حقوق است. بر این اساس راهبرد

حقوقی فلسفه حقوقی در مکتب پوزیتیویسم حقوقی، یا خصیصه محافظه‌کاری نسبت به برداشت سنتی از مفهوم حقوق همراه است ولی راهبرد حقوقی مکتب جامعه‌شناسی حقوقی در همین زمینه، خرق انس سنتی با مفهوم سنتی حقوق و جایگزین کردن با مفهومی جدید و شامل است. نظریه دتلف به عنوان یک تلاش پوزیتیویستی در یک سو و نظریات کاترل و زامبانسن به عنوان نظریات جامعه‌شناسی حقوقی، از دیگر سو، گواهی بر این ادعا هستند. طرح دو مفهوم قواعد اولیه و قواعد ارتباط‌دهنده در نظریه دتلف، مصداق توسعه محافظه‌کارانه مفهوم‌پردازی سنتی از حقوق، در راستای تعیین معنای حقوق فراملی است. از دیگر سو، نظریه «دکترین نهادینه‌شده» کاترل، نظریه «فرآیند خلق استاندارد» کالیس و زامبانسن و نظریه حقوق به مثابه عامل «بازسازی تعارضات»<sup>۱</sup> این دو و یا نظریه کارکردی کالیس و رنر از حقوق، که کارکرد حقوق را «برقراری موازنه در انتظارات هنجاری»<sup>۲</sup> معرفی کرده است، همگی تلاش‌های جامعه‌شناسان حقوقی ناشی از تهور علمی ملهم از وقوع تغییرات و تحولات اجتماعی است. شاید برای آنانی که به تازگی بنا دارند با مفهوم حقوق فراملی آشنا شوند، از منظر روشی بهتر آن باشد که ابتدا مبانی نظری مطرح در فلسفه حقوق پوزیتیویستی را مطالعه و سپس نظریات جامعه‌شناسی حقوقی را در این زمینه مورد کنکاش قرار دهند تا به یک‌باره باورهای متعارف خود از مفهوم حقوق را فروریخته درنیابند.

شایان ذکر است علی‌رغم تلاش‌های متعدد و متنوع در زمینه ارائه مبانی نظری به منظور مفهوم‌پردازی حقوق فراملی در ادبیات حقوقی، مبنای نظری مستقر و غالبی در این حوزه شکل نگرفته است. شاید این مسئله ناشی از خصیصه سیال و منعطف حقوق فراملی باشد که هیچ نظریه‌ای به صورت مطلق در این حوزه قابل پذیرش یا رد

---

۱. Reconstructing Conflicts

۲. Stabilization of Normative Expectations

نباشد. از این رو، برای مفهوم پردازی حقوق فراملی، در شرایط کنونی بهترین شیوه آن است که از نظریات مختلف بهره برد و البته تلاش کرد تا سرحد امکان، کاستی‌های آن‌ها را جبران نمود و از این رهگذر به بیشترین قدرت توصیفی نایل آمد. در این مسیر باید توجه داشت، این نظریات هیچ‌یک اعتبار یکدیگر را نفی نمی‌کنند بلکه تنها از نقطه نظری متمایز برای توصیف آن تلاش می‌کنند. بنابراین مهم آن است که نظریات مختلف را در محل خود به کار برد.

از نقطه نظر پژوهش حاضر، آنجا که لازم است از نسبت حقوق فراملی با سایر قلمروها و نظام‌های حقوقی صحبت کرد، دستاوردی که در نظریه فلسفه حقوقی دتلف وجود دارد، بیشتر از سایر نظریات است. در نقشه کلان حقوقی، با توسل به نظریه دتلف می‌توان جایگاه حقوق فراملی را بهتر درک کرد، اما آن‌گاه که از انواع حقوق فراملی و دلیل اعتبار حقوق فراملی صحبت می‌شود، نظریات جامعه‌شناسی حقوقی توان توصیفی بیشتری در این رابطه ارائه می‌کنند. به این ترتیب نظریات مختلف هر یک در سطوح مختلف حقوقی، ظرفیت و قدرت توصیفی خاصی را به ادبیات حقوقی در زمینه حقوق فراملی تزریق می‌کنند؛ آنچه مهم است چگونگی بهره‌برداری از این نظریات در ساحت توصیف واقعیات حقوقی پیرامونی است. در پرتو چنین تلاشی شاید بتوان از درکنار هم قراردادن و تکمیل ابعاد مختلف آن‌ها در فرایندی دیالکتیکی، نظریه‌ای مبنایی و جامع در رابطه با مفهوم حقوق فراملی تدارک دید.

## ۶. منابع

### ۱-۶. فارسی

الف) کتاب

۱. شاکریان، شاهرخ، شناخت حقوق نرم در نظام حقوق بین‌الملل، نشر میزان، چاپ اول، زمستان ۱۳۹۲.

پژوهش‌های حقوق تطبیقی \_\_\_\_\_ دوره ۲۲، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۷

۲. شهبازی، آرامش، نظام حقوق بین‌الملل: وحدت در عین کثرت، موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چاپ اول، ۱۳۸۹.
۳. شیروی، عبدالحسین، حقوق تجارت بین‌الملل، انتشارات سمت، چاپ اول، ۱۳۹۰.
۴. علیزاده، عبدالرضا، مبانی رویکرد اجتماعی به حقوق، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چاپ دوم، ۱۳۸۹.
۵. فلسفی، حقوق بین‌الملل معاهدات، فرهنگ نشر نو، ۱۳۹۳.

#### ب) مقاله

۶. بابایی فرد، اسداله، «بررسی جامعه‌شناختی حقوق فراملی، جهانی شدن و همبستگی جهانی»، *مجله حقوق تطبیقی*، دوره ۷، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۵.
۷. جلالی، محمود و امیر مقامی، «کارکرد حقوق بین‌الملل در فرآیند جهانی شدن حقوق»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۴۱، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۰.
۸. شیروی، عبدالحسین و محمد حسین وکیلی مقدم، «حقوق نرم»، *مجله حقوق تطبیقی*، دوره ۶، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۴.
۹. کدخدایی، عباسعلی و امیر مقامی، «ساختار آنالوگ حقوق بین‌الملل»، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، دوره ۴۶، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۵.

#### ۲-۶. انگلیسی

#### الف) کتاب

10. Berman, Paul Schiff, *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law Beyond Borders*, Cambridge University Press, 2012.

11. Calliess, Galf Peter and Peer Zumbansen, *Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Law-Making*, Oxford: Hart, 2010.
12. Cotterrell, Roger, *Law's Community: Legal Theory in Sociological Perspective*, Oxford: Clarendon Press, 1995.
13. Culver, Keith and Michael Giudice, *Legality's Borders: An Essay in General Jurisprudence*, Oxford University Press, 2014.
14. Daniels, Detlef Von, *The Concept of Law from a Transnational Perspective*, Routledge, 2010.
15. Gaillard, E., *Legal Theory of International Arbitration*, Martinus Nijhoff Publishers, 2010.
16. Goldsmith, Jack L., Eric A. Posner, *The Limits of International Law*, Oxford University Press, 2005.
17. Habermas, Jurgen, *The Theory of Communicative Action*, Vol. 1, Reason And The Rationalization of Society, Translated By Thomas Mccarthy, Beacon Press Books, 1984.
18. Habermas, Jurgen, *The Theory of Communicative Action*, Vol. 2, Lifeworld And System: A Critique of Functionalist Reason, Beacon Press Books, 1984.
19. Jessup, Philip C., *Transnational Law*, Yale University Press, New Haven, 1956.
20. Melissaris, Emmanuel, *Ubiquitous Law: Legal Theory and the Space For Legal Pluralism*, Farnham, UK: Ashgate Publishing, 2009.
21. Michaels, Ralf., "Territorial Jurisdiction after Territoriality", in J. P. Slot and M. Bulterman (Eds), Strange, Susan, *The retreat of the state, The diffusion of power in the world economy*, Cambridge Studies In International Relations, Cambridge University Press, 1998.

22. Zumbansen, Peer, *Transnational Law*, Jan Smits (Ed.), Encyclopedia of Comparative Law, Edward Elgar Publishing, 2006.

ب) مقاله

23. Barber, N. W., "Legal Pluralism and the European Union", *European Law Journal*, Vol. 12, 2006.
24. Berman, Paul Schiff, "From International Law to Law and Globalization", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 43, 2005.
25. Berman, Paul Schiff, "The New Legal Pluralism", *Annual Review of Law and Social Sciences*, 2009.
26. Cotterrell, Roger, "What Is Transnational Law?", *Law & Social Inquiry*, Vol. 37, Is. 2, 2012.
27. Craig, Scott, "Transnational Law As Proto - Concept: Three Conceptions, Special Issue: Transnationalizing Legal Education", *German Law Journal*, Vol. 10, No. 07, 2009.
28. Del Duca, Louis, "Introduction to Educating Lawyers for Transnational Challenges", *Penn State International Law Review*, vol. 23, Iss. 4, 2005.
29. Galanter, M., "Why the 'Haves' Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change", *Law & Society Review*, Vol. 9, 1974.
30. Héritier, A. and D. Lehmkuhl, "The Shadow of Hierarchy and New Modes of Governance", *Journal of Public Policy*, Vol. 28, 2008.
31. Jansen, Nils And Ralf Michaels, "Beyond The State? Rethinking Private Law: Introduction To The Issue", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 56, 2008.
32. Lobel, O., "The Paradox of Extralegal Activism: Critical Legal Consciousness and Transformative Politics", *Harvard Law Review*, Vol. 120, 2007.

33. McCormick, Neil, "Beyond the Sovereign State", *The Modern Law Review*, Vol. 56, No. 1, 1993.
34. Mahlmann, Matthias, "Theorizing Transnational Law, Varieties of Transnational Law and the Universalistic Stance", *German Law Journal*, Vol. 10, No. 10, 2009.
35. Menkel-Meadow, Carrie, "Why and How to Study Transnational Law", *UC Irvine Law Review*, Vol. 1:1.
36. Meyer, John W., John Boli, George M. Thomas, and Francisco o., Ramirez, "World Society and the Nation - State", *American Journal of Sociology*, Vol. 103, No. 1, 1997.
37. Michaels, Ralf., "Global Legal Pluralism, Duke Public Law & Legal Theory"; Research Paper No. 259, 2009, Available At: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1430395](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1430395).
38. Ochoa, C., "The Relationship of Participatory Democracy to Participatory Law Formation", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 15, 2008.
39. Sweet, A. Stone, "Constitutionalism, Legal Pluralism, and International Regimes", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 16, 2009.





