

The Debate Between Realism and Formalism in Contemporary International Law (Emphasizing the Procedure of the International Court of Justice)

*Sepanta Mojtahedzadeh*¹

1. Assistant Professor, Department of law, Faculty of Law and Political Sciences, University of Mazandaran, Babolsar, Iran.

Email: s.mojtahedzadeh@umz.ac.ir

ABSTRACT

Legal realism and legal formalism as two methods of judicial decision-making in national and international courts have been hot theoretical and philosophical topics among writers, judges, and lawyers in recent decades. Both methods have supporters and each has presented arguments to strengthen their views. In this research, with a descriptive-analytical method and using the library method and using reliable internet sources to collect data, an attempt has been made to answer the question that contemporary international law is at the crossroads between realism and legal formalism Which way is it going and what method does the International Court of Justice, follow in issuing its opinions? The answer that we got in brief is that the debate between these two methods in contemporary international law and as a result in the opinions of the International Court of



S.D.I.L.
The SD Institute of Law
Research & Study



Publisher:
Shahr-e- Danesh
Research And Study
Institute of Law

Article Type:
Original Research

DOI:
10.48300/JLR.2023.393417.2324

Received:
16 April 2023

Accepted:
27 May 2023

Published:
5 March 2024



Copyright & Creative Commons:

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



Justice, has not had a clearly defined winner. However, the tendency is more towards formalism.

Keywords: Formalism, Realism, Sources of international law, Legal rule, Soft law, Judicial Decisions, School of New Haven.

Funding: The author(s) received no financial support (funding, grants, and sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

Author contributions:

Sepanta Mojtahedzadeh: Formal analysis, Investigation, Writing - Review & Editing.

Competing interests: The authors declare that they have no competing interests.

Citation:

Mojtahedzadeh, Sepanta. "The debate between realism and formalism in contemporary international law (Emphasizing the procedure of the International Court of Justice)" *Journal of Legal Research* 22, no. 56 (March 5, 2024): 85-116.

Extended Abstract

Legal realism and legal formalism as two methods of judicial decision-making in national and international courts have been hot theoretical and philosophical topics among writers, judges and lawyers in recent decades. Both methods have supporters and each of them have presented arguments to strengthen their views. In this research, with a descriptive-analytical method and using the library method and using reliable internet sources to collect data, an attempt has been made to answer the question that contemporary international law is at the crossroads between realism and legal formalism. Which way is it going and what method does the International Court of Justice, follow in issuing its opinions? The answer that we got in brief is that the debate between these two methods in contemporary international law and as a result in the opinions of the International Court of Justice, has not had a clearly defined winner, although the tendency is more towards formalism. Basically, in the judicial decision-making process, two methods are used by national and international courts: legal realism and legal formalism. For formalists, judicial decision-making is a "rule-based activity" and in an extreme model, the judge is nothing but the agent and operator of a big machine. But on the other hand, realists are based on the opinion that legal rules alone do not determine the outcome of cases and cases. Contemporary legal positivism can be seen as indebted to legal realism. In other words, realism caused the positivists to distance themselves from the formalism that had dried up in their tradition and reconsider the nature of legal obligations and the discussion of "judicial discretion".

Positivists see law as "what is" and not "what should be". Anyway, the conflict between these two schools of thought has also been concretely expressed in the judicial procedure of the International Court of Justice. Especially in the issues of court procedure, including the issue of "date of jurisdiction of the court" as well as the concept of "legal dispute", which have caused disagreements among lawyers and judges of the court in recent years. Another point that should be mentioned in the following is that the conflict between legal formalism and realism in the judgments of the International Court of Justice is not limited to formal issues and procedural rules, and sometimes we see the effects of this difference in substantive issues as well, such as These cases are the advisory opinion of the court regarding the legality of nuclear weapons. By looking at the formulation of the arguments made by the court, it strengthens the possibility that the said decision was made by a formalist approach. In addition, in some of the dissenting opinions issued by the judges of the court in this matter, although there is no explicit discussion of the conflict between formalism and realism, the basic point that can be considered as the common value of these opinions

is that According to him, the court was satisfied only with the criterion of the existence of an explicit rule that indicates the prohibition of the use or production of nuclear weapons in international law (a formalistic criterion) and ignored the demand of the international community and several decades of efforts the countries and international organizations for disarming nuclear weapons and only pointed to the fundamental principles of humanitarian law and reminded them of the limitations of using such weapons. Undoubtedly, the use of the form-oriented method in legal and judicial decisions and interpretations has no result other than stagnation in the legal rules and their inability to respond to the needs of the day and face the emerging issues of the international community. This approach demotivates the legal system and gives it the smell of decay. In international law, the centrifugal nature of ruling governments and the desire for independence of action makes the necessity of changing the approach from formalism to legal realism even stronger. Paying attention to common human ideals as well as drawing a common horizon for governments and nations, which can be strengthened through soft law elements as well as extra-legal elements, will be possible only by adopting an approach that can accommodate these elements inside. If we were to look at the sources of international law only with the traditional formalist lens and distinguish between legal and non-legal rules, branches of international law, including environmental law and human rights law, which we know well, to what extent are important for the contemporary world is, remains from movement.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

جدال رئالیسم و فرمالیسم در حقوق بین‌الملل معاصر (با تأکید بر رویه دیوان بین‌المللی دادگستری)

سپنتا مجتهدزاده^۱

۱. استادیار، گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، مازندران، ایران.

Email: s.mojtahedzadeh@umz.ac.ir

چکیده:

رئالیسم و فرمالیسم حقوقی به مثابه دو روش تصمیم‌گیری قضایی در محاکم قضایی ملی و بین‌المللی در دهه‌های اخیر از مباحث داغ نظری و فلسفی در میان نویسندگان، قضات و حقوق‌دانان بوده است. هر دو روش طرفدارانی داشته و هر یک برای تقویت دیدگاه‌های خویش استدلال‌هایی عرضه نموده‌اند. در این پژوهش کوشش شده است به این پرسش پاسخ داده شود که حقوق بین‌الملل معاصر در آوردگاه میان رئالیسم و فرمالیسم حقوقی به کدام سو می‌رود و دیوان بین‌المللی دادگستری به مثابه مقتدرترین و بانفوذترین نهاد قضایی بین‌المللی، از چه روشی در صدور آرای خویش تبعیت می‌کند؟ پاسخی که بدان دست یافتیم این است که جدال میان این دو روش در حقوق بین‌الملل معاصر و به تبع آن در آرای دیوان بین‌المللی دادگستری، پیروز و برنده کاملاً مشخصی نداشته، هر چند که گرایش بیشتر به سمت فرمالیسم است.

کپی‌رایت و مجوز دسترسی آزاد:



کپی‌رایت مقاله در مجله پژوهش‌های حقوقی نزد نویسنده (ها) حفظ می‌شود. کلیه مقالاتی که در مجله پژوهش‌های حقوقی منتشر می‌شوند با دسترسی آزاد هستند. مقالات تحت شرایط مجوز 4.0 Creative Commons Attribution Non-Commercial License منتشر می‌شوند که اجازه استفاده، توزیع و تولید مثل در هر رسانه‌ای را می‌دهد، به شرط آنکه به مقاله استناد شود. جهت اطلاعات بیشتر می‌توانید به صفحه سیاست‌های دسترسی آزاد نشریه مراجعه کنید.



پژوهش‌ده حقوق



نوع مقاله:

پژوهشی

DOI:

10.48300/JLR.2023.393417.2324

تاریخ دریافت:

۲۷ فروردین ۱۴۰۲

تاریخ پذیرش:

۶ خرداد ۱۴۰۲

تاریخ انتشار:

۱۵ اسفند ۱۴۰۲



کلیدواژه‌ها:

شکل‌گرایی؛ واقع‌گرایی؛ منابع حقوق بین‌الملل؛ قاعده حقوقی؛ حقوق نرم؛ تصمیمات قضایی؛ مکتب نیوهیون.

حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

مشارکت نویسندگان:

سپنتا مجتهدزاده: تحلیل، تحقیق و بررسی، نوشتن - بررسی و ویرایش.

تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

استناددهی:

مجتهدزاده، سپنتا. «جدال رئالیسم و فرمالیسم در حقوق بین‌الملل معاصر (با تأکید بر رویه دیوان بین‌المللی دادگستری)». مجله پژوهش‌های حقوقی ۲۲، ش. ۵۶ (۱۵ اسفند ۱۴۰۲): ۸۵-۱۱۶.

مقدمه

به نظر می‌رسد برای تبیین موضوعی که پژوهش حاضر در صدد پرداختن بدان است باید بحثمان را با این سؤالات آغاز نماییم: قاعده حقوقی در حقوق بین‌الملل چگونه شکل می‌گیرد؟ آیا منابع سنتی حقوق بین‌الملل برای خلق قواعد حقوقی مورد نیاز جامعه بین‌المللی که دائماً در حال تغییر و تحول است، کفایت می‌کند؟ به زعم نگارنده، این‌ها سؤالات کلیدی هستند اما ممکن است پاسخ به این سؤالات زمانی که شما تحت تأثیر هر یک از مکاتب فرمالیسم و یا رئالیسم حقوقی باشید، متفاوت باشد. شکل‌گرایان (فرمالیست‌ها) به شدت بر منابع سنتی حقوق بین‌الملل و روش‌های قدیمی استخراج قاعده حقوقی تأکید می‌نمایند. در مقابل واقع‌گرایان (رئالیست‌ها) با احترام به منابع سنتی حقوق بین‌الملل آنها را ناکافی دانسته و با تأکید بر لزوم تطبیق قواعد حقوقی با تحولات جامعه بین‌المللی، روش‌های جدیدی را برای استخراج قاعده حقوقی پیشنهاد می‌دهند و همچنین حتی در مورد خود منابع حقوق بین‌الملل نیز نظرات بدیعی ابراز می‌دارند. دیوان بین‌المللی دادگستری نیز در این میان از این مباحث، جدا نبوده است و ما شاهد تقابل این دو اندیشه، در میان تعدادی از آرا و تصمیمات این نهاد قضایی بین‌المللی چه در مرحله شکلی و چه ماهوی هستیم. در این پژوهش تلاش می‌شود به سؤالات مذکور در سطور پیشین پاسخ داده شود اما قبل از آن، نگاهی گذرا به ویژگی‌های هر یک از این دو نحله فکری خواهیم انداخت و پس از آن با ورود به حقوق بین‌الملل در این زمینه راه را برای بحث اصلی‌مان که همان جدال میان این دو مکتب در رویه قضایی دیوان است، هموار می‌کنیم.

۱ - نگاهی گذرا بر رئالیسم و فرمالیسم حقوقی

به طور کلی در فرایند تصمیم‌گیری قضایی دو روش از سوی محاکم ملی و بین‌المللی به کار گرفته می‌شود: رئالیسم حقوقی و فرمالیسم حقوقی. برای فرمالیست‌ها، تصمیم‌گیری قضایی یک "فعالیت مبتنی بر قاعده"^۱ بوده و در یک الگوی افراطی، قاضی چیزی جز عامل و اپراتور یک ماشین بزرگ نیست. از دیدگاه آنان، صدور رأی یک عمل روش‌مند و منطقی است که در آن قاضی یا داور، اصول و قواعد حقوقی را بر یک قضیه به شیوه قیاسی بار می‌کند. این روش را باید رهاورد "نظریه علم حقوق"^۲ دانست. مطابق این نظریه، حقوق به مثابه امری منطقی، بی‌نقص، کامل و یک سیستم تقریباً هندسی و قابل اندازه‌گیری دیده می‌شود که هر آنچه مورد نیاز این سیستم است در آن وجود دارد و خود به مثابه نظامی

1. Rule-Bound Activity
2. Legal Science Theory

خودبسنده، بی‌نیاز از هر امر بیرونی است. در میان حقوق‌دانان آنگلوساکسون، بلک استون^۳ اولین کسی است که حقوق را به صورت سیستمی و به‌عنوان یک "علم عقلانی"^۴ می‌نگرد.^۵ اما برای پاسخ به اینکه علم حقوق به مثابه یک سیستم، به طور دقیق چه معنایی می‌دهد، شاید بهترین معیار را بتوان در آثار ماکس وبر^۶ مشاهده نمود. از دیدگاه وی سیستم حقوقی دارای پنج «انگاره» است:

الف. اول آنکه در هر قضیه حقوقی، قاضی باید یک «گزاره حقوقی انتزاعی و مجرد»^۷ را نسبت به یک «وضعیت واقعی»^۸ اعمال نماید.

دوم آنکه بایستی در هر قضیه، صدور حکم ناشی از گزاره‌های حقوقی دقیق باشد که در یک چهارچوب منطقی و حقوقی صرف به دست آمده باشد.

بایستی حقوق به مثابه یک «سیستم بدون خلأ»^۹ دیده شود که تمامی قواعد لازم برای صدور رأی را در خود جای داده است.

هر آنچه نتواند به صورت منطقی در یک چهارچوب حقوقی تفسیر شود، از لحاظ حقوقی بی‌معناست و در فرایند صدور رأی قابل استفاده نیست.

ی. آخر آنکه هر عمل و اقدام اجتماعی انسان بایستی به مثابه اعمال و اجرای یک قاعده حقوقی و یا نقض آن دیده شود و این تالی و نتیجه منطقی مفهوم بی‌خلأ بودن سیستم حقوقی است که بر تمامی شئون اجتماعی تأثیرگذار است و هیچ عمل اجتماعی نیست که سایه قواعد حقوقی بر سرش نباشد.^{۱۰}

از دیدگاه وبر، این روش در نظام‌های حقوقی قاره‌ای (کشورهای اروپای غربی به جز بریتانیا) قابلیت اعمال دارد زیرا که آنان خود برآمده از یک جریان «نظام‌مندسازی»^{۱۱} می‌باشند؛ اما در مقابل، روش مذکور در نظام‌های حقوقی کامن‌لا، کاربردی ندارد چون در این سیستم، دادگاه‌ها، رویه قضایی را در پاسخ به یک وضعیت و مورد خاص مورد استفاده قرار می‌دهند و نگاه و توجهی به اینکه این امر چگونه بر ساختار حقوقی به صورت کلی تأثیر دارد، نمی‌کنند؛ بنابراین، در این نظام، مفاهیم در ارتباط

3. Blackstone

4. Rational Science

5. Vitalius Tumonis, "Legal Realism and Judicial Decision-Making", *Jurisprudence*, 19, 4(2012).

6. Max Weber

7. Abstract Legal Proposition

8. Fact Situation

9. Gapless System

10. M. Weber, *Economy and Society* (Berkeley: University of California Press, 1978), 657-658.

11. Systemalization

با وقایع اتفاق افتاده هرروزه شکل می‌گیرند و از طریق یک معیار و سنجه بیرونی قابل شناسایی و تفکیک هستند.^{۱۲}

گرت گیلمر، یکی از برجسته‌ترین مورخین حقوقی، فرمالیسم را بعد از جنگ داخلی آمریکا چنین توصیف می‌کند: «به نظر می‌رسد محصول جنگ داخلی در امور قضایی، شروع این تصور است که حقوق یک سیستم منطقی و بسته است. قضات حقوق را نمی‌سازند بلکه تنها حقوقی از قبل موجود را اعلام می‌کنند. کارکرد قضایی آن نیست که قواعد را همگام با تغییر شرایط و اوضاع و احوال هماهنگ سازد [بلکه] محدود است به کشف اینکه قواعد واقعی حقوقی چه هستند و چه بوده‌اند؟»^{۱۳}

اما در مقابل رئالیست‌ها بر این عقیده استوارند که صرف قواعد حقوقی، نتیجه قضایا و پرونده‌ها را تعیین نمی‌کنند؛ به عبارت دیگر در اینجا این سؤالات مطرح است: چه میزان از فرایند تصمیم‌گیری قضایی به احتجاجات حقوقی وابسته‌اند؟ آیا قضات پس از آگاهی از «وقایع پرونده»^{۱۴}، قواعد حقوقی را مورد واکاوی قرار داده و رأی صادر می‌کنند؟ و یا شاید قضات به جای اینکه از این قواعد برای تصمیم‌گیری استفاده کنند، از آنها به مثابه توجیه حکم و نه مبنای آن بهره می‌برند.

پوزیتویسم حقوقی معاصر را می‌توان وام‌دار رئالیسم حقوقی دانست. برای مثال «لیور وندل هلمز»^{۱۵} سال‌ها زودتر از «هارت»^{۱۶} ضعف‌های «تئوری فرمان»^{۱۷} جان آستین^{۱۸} را یادآور شده بود؛ به عبارت دیگر رئالیسم موجب گردید که پوزیتویست‌ها از فرمالیسم که در سنت آنان جا خشک کرده بود، فاصله بگیرند و از نو در مورد ماهیت تعهدات حقوقی و بحث «صلاحیت قضایی»^{۱۹} بازنگری کنند. پوزیتویست‌ها هم حقوق را «آنچه هست» و نه «آنچه باید باشد» می‌بینند. با این تفاوت که سیستم حقوقی را مجموعه قواعد اولیه و ثانویه قلمداد نموده اما رئالیست‌ها به صورت فراقاعده و عمل‌گرایانه به داستان نگاه می‌کنند. دسته اخیر در فرایند تصمیم‌گیری قضایی قائل به دو مفروض هستند: اول آنکه قضات قبل از اینکه به قواعد حقوقی توجه کنند بایستی یک سری ملاحظات ممتاز را مدنظر قرار دهند. ملاحظات هم‌چون مفاهیم عدالت، ویژگی‌های اطراف دعوا (از قبیل دولتی بودن، فقر شاکی یا خواهان، گروه‌های نژادی

12. Tumonis, Op. Cit. 1365.

13. G. Gilmore, *The Age of American Law* (London: Yale University Press, 1977).

14. Facts

15. Oliver Wendell Holmes

16. Herbert Hart

17. Theory Of Command

18. John Austin

19. Judicial Discretion

و...)، شخصیت خود قاضی، مصالح عمومی و غیره؛ و دوم اینکه قاضی باید قادر باشد که در صورت توجه به یکی از ملاحظات فوق، آنها را به کمک قواعد، توجیه حقوقی نماید.

همان‌گونه که می‌دانیم از جمله سؤالات متداول در فلسفه حقوق به‌ویژه در اواخر قرن بیستم و اوایل قرن بیست و یکم، بحث ارتباط "حقوق" با "اخلاق" بود و در این میان موضوع معنا یافتن قواعد حقوقی در بستر اجتماعی مغفول مانده بود و این دقیقاً همان جای خالی بود که رئالیسم حقوقی درصدد پر کردن آن برآمد. چه همان‌گونه که می‌دانیم این مکتب، قواعد حقوقی را به صورت انتزاعی و مجرد^{۲۰} نمی‌نگرد و یا اینکه در مورد ارتباط حقوق با اخلاق از خود توجه نشان نمی‌دهد بلکه برآمده از این سنت فلسفی است که می‌خواهد ببیند کنش‌گران چگونه قواعد حقوق را اعمال و اجرا می‌کنند. در واقع طرفداران رئالیسم، به "حقوق در عمل"^{۲۱} توجه دارند و حقوق برای آنها امری تجربی و مسئله‌محور است.

آن چنان که براین تاماناها متذکر می‌شود نشانه‌های چنین رویکردی را می‌توان در اثر نفیس منتسکیو^{۲۲}، روح‌القوانین، آنجایی که وی بر ارتباط وثیق میان حقوق، سیاست، اجتماع و همچنین جغرافیا تأکید دارد، مشاهده نمود.^{۲۳} به گفته آیزایا برلین، حقوقدان روس تبار «تمام هدف منتسکیو آن بود که نشان دهد حقوق در "خلاً" زاده نمی‌شود. همچنین آنها نتیجه فرامین اثباتی [قوانین موضوعه] و یا فرامین خداوند یا شاه نیستند بلکه آنها مثل هر چیز دیگری در جامعه، تجلی عادات اخلاقی متغیر، باورها و رسم و رسوم یک جامعه خاص در یک زمان خاص و در یک بخش خاص از زمین می‌باشند».^{۲۴} و یا اینکه به طور مثال فرانسیس لیبر، حقوق‌دان شهیر آمریکایی و همان کسی که مجموعه قوانین مربوط به جنگ زمینی معروف به «کد لیبر» مصوب ۲۴ آوریل ۱۸۶۳ را به پیشنهاد آبراهام لینکلن تدوین نمود، در جایی می‌نویسد: «تجربیات قضایی به‌ندرت مکانیکی اند بلکه تجربیات [شخص قاضی] و دیگر عوامل در نتیجه پرونده‌ها تأثیر گذارند».^{۲۵}

اما به هر حال نقطه شروع حرکت رسمی رئالیسم حقوقی را بایستی از دهه ۲۰ و ۳۰ میلادی و در

20. Abstract

21. Law in action

22. Montesquieu

23. Brian Z. Tamanaha, "The Third Pillar of Jurisprudence: Social Legal Theory". *William & Mary Law Review*, 56, 6(2013), 2235-2277.

24. Isaiah Berlin, "Montesquieu, Proceedings of the British Academy" 41(1955): 267-289 (quoted in B. Tamanaha, *Third Pillar*, 8-9).

25. F. Liber, *Legal and Political Hermeneutics or Principle of Interpretation and Construction in Law and Politics* (California: Little Brown Press, 1839), 236.

میان آثار حقوق‌دانان عمدتاً آمریکایی از جمله راسکو پوند، الیور وندل هلمز، کاردوزو و کارل لوین^{۲۶} دانست هر چند که بتوان رد پای آن را سال‌ها قبل‌تر در اندیشه‌های حقوق‌دانانی چون ساوینی، ایرینگ و ارلیش^{۲۷} که از بنیان‌گذاران مکتب جامعه‌شناسی حقوقی هستند، مشاهده کرد. البته این حقوق‌دانان درک‌های متفاوتی از نقش مفاهیمی همچون فرهنگ، قدرت و کارکرد حقوق داشته‌اند اما همگی آنها در یک چیز با یکدیگر مشترک‌اند و آن ارتباطی است که بین حقوق و جامعه قائل بوده‌اند. برای مثال ارلیچ در کتاب «آزادی قضایی برای تصمیم‌گیری: اصول و اهداف» می‌گوید: «مهم نیست که بدانیم یک قاعده حقوقی چه معنایی می‌دهد بلکه مهم این است که آن چگونه زیست و کار می‌کند و چگونه خود را با روابط مختلف زندگی وفق می‌دهد».^{۲۸}

جالب است "الیور وندل هلمز" که بیشتر شروع رئالیسم را از او می‌دانند، هیچ‌گاه خود را یک رئالیست معرفی نکرد اما جمله معروفی داشت که او را در مسند رهبری این جنبش حقوقی نشانده: «حقوق منطق نیست، حقوق تجربه است».^{۲۹} او بعدها زمانی که بر کرسی ریاست دادگاه عالی ایالات متحده آمریکا تکیه زد جمله درخشان دیگری گفت: «یک صفحه از تاریخ ارزشش بیشتر از یک جلد کتاب منطق است» از دیدگاه وی، حقوق تنها مجموعه قواعد منطقی از پیش موجود نیست بلکه مجموعه‌ای قابل تغییر است که در این تغییرات، ملاحظات مصلحتی و یا تجربیات شخصی قضات بسیار دخیل می‌باشند. راسکو پوند و لولین نیز هر دو به‌مانند وندل هلمز معتقد به آن بودند که ضروری است قاضی در فرایند تصمیم‌گیری قضایی بر ملاحظات مصلحت عمومی، گوشه چشمی روا داشته و سرسختانه به روش تصمیم‌گیری مکانیکی که رهاورد سنت فرمالیستی است، می‌تازند. پوند در نامه‌ای که در سال ۱۹۰۶ به کانون وکلای دادگستری آمریکا می‌نویسد، علت اصلی ناخشنودی مردم نسبت به قوانین را در همه زمان‌ها، عملکرد مکانیکی قضات اعلام می‌کند.^{۳۰} از دیدگاه لولین نیز «قانون روی کاغذ» تأثیر کمی بر آنچه قاضی واقعاً و در عمل انجام می‌دهد، دارد. از دیدگاه وی قضات در فرایند تصمیم‌گیری از ملاحظات غیررسمی که ممکن است در کتاب قانون یافت نشوند استفاده می‌کنند. ملاحظات هم‌چون «رأی را طوری انشاء کن که تأثیر بیشتری داشته باشد» یا «بگذار طرف بیچاره و مسکین در یک دعوای

26. Roscoe Pound, Oliver Wendell Holmes, Cardoso, Carl Levin

27. Savigny, Jhering, Ehrlich

28. E. Ehrlich, *Judicial Freedom of Decision: Its Principles and Objects, in Science of Legal Method: Select essays* (Boston: Boston Book Corporation, 1969), 47-48.

29. O.W. Holmes, *the Common Law* (New York: Dover Publications, 1881), 19.

30. R. Pound, "Address to The American Bar Association". *American Law Review*, 40 (1906), 729.

حقوقی پیروز شود» و یا «هر نتیجه‌ای که رقابت در بازار آزاد را تضمین می‌کند، تأیید کن». البته وی به هیچ‌وجه منکر وجود عناصر منطقی در حقوق نیست.

از دیگر طرفداران این دیدگاه می‌توان به کاردوزو^{۳۱} اشاره نمود که اتفاقاً او هم از قضات دیوان عالی آمریکا بود. از دیدگاه او هر چند در اکثر پرونده‌ها، این اصول حقوقی مشخص و روشن است که نتیجه دعوا را مشخص می‌کند اما مواردی وجود دارد که پاسخ حقوقی مشخصی برای آنها نیست، اینجاست که به زعم وی، قاضی می‌تواند اهداف اجتماعی را ارتقا بخشد و خود را از بند قواعد حقوقی از پیش موجود وارهاند. از دیدگاه برخی از نویسندگان که به نظر اغراق‌آمیز نیز هست، کاردوزو در واقع اعتراف نموده است که گاهی اوقات قضات می‌توانند خالق قاعده باشند و نه صرفاً اعلام‌کننده و یا اعمال‌کننده قاعده.^{۳۲}

اما در این میان، نظر جوزف هاجسن قاضی فدرال آمریکا در سال ۱۹۲۹ جالب است. به عقیده وی، قاضی برای صدور حکم نخست در ذهن خود که مشحون از تجربیات شخصی نیز است حکم را صادر و سپس برای توجیه و پشتیبانی از آن به کتاب قانون و یا رویه قضایی پیشین مراجعه می‌کند. اصطلاحی که هاجسن از آن برای توصیف نحوه صدور رأی توسط قاضی استفاده می‌کند عبارت «درک مستقیم»^{۳۳} است با این توضیح که از دیدگاه وی، فرایند تصمیم‌گیری قضایی، یک «فرایند کشف و شهودی»^{۳۴} است؛ به عبارت دیگر قاضی با درک مستقیم نسبت به وقایع و حقایق هر پرونده به تصمیمی در ذهن خویش رسیده و سپس آن تصمیم را به کمک قواعد حقوقی موجود، صورت‌بندی قضایی می‌کند.^{۳۵}

مکتب رئالیسم را مکتبی عمل‌گرا نیز قلمداد می‌کنند. در دیدگاه عمل‌گرایان، حقوق به مثابه تکنیکی جهت ایجاد نظم و رفاه اجتماعی به کار گرفته می‌شود. در واقع در این دیدگاه، مفاهیم مهم هستند نه از آن جهت که آن مفاهیم نماینده حقیقت‌اند بلکه به دلیل استفاده‌ای که در دل اجتماع و بطن امور جاری در جامعه از آنها می‌شود. به همین دلیل است که مفاهیم حقوقی باید در پرتو شرایط و رویه‌های اجتماعی مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرد. از همین روست که به طور مثال در تفسیر قراردادهای تجاری، بیشتر از هر چیز دیگری، بر قواعد و رویه‌های عرفی میان تجار تأکید دارند. نکته مهم در اینجا آن است که واقع‌گرایان حقوقی لزوماً با پوزیتیویسم (اثبات‌گرایی) مخالفت ندارند. برای مثال آنها دیدگاه

31. Cardozo

32. Gilmore, Op. Cit. 77.

33. Hunch

34. Intuitive Process

35. J.C. Hutcheson, "The Judgment Intuitive: The Function of The 'hunch' in Judicial Decision". *Cornell Law Journal*, 14 (1929), 274.

پوزیتیویست‌ها در زمینه انواع منابع حقوقی (قراردادها، عرف‌ها و ...) را زیر سؤال نمی‌برند اما نظر آنها این است که تنها بسنده نمودن به این منابع و غافل ماندن از واقعیت‌های موجود اجتماعی، فرهنگی و به عبارت دیگر بسترهای عملی که منجر به تحول در قواعد حقوقی می‌شود، رویکرد جامعی محسوب نمی‌گردد. در دیدگاه نظریه‌پرداز واقع‌گرا، حقوق تنها به‌عنوان یک "امر تمام شده"^{۳۶} نیست بلکه به‌عنوان یک "فرایند"^{۳۷} در نظر گرفته می‌شود که در آن قواعد حقوقی در چهارچوب رویه‌ها، ادعاها و دعاوی متقابل و در بستر متغیر اجتماعی و در طول زمان معنا می‌یابد.^{۳۸} همین طرز تلقی از قواعد حقوقی، در روش‌شناسی (متدولوژی) این دسته از حقوق‌دانان نیز تأثیر بسزایی داشته است. به نحوی که آنها نخست بر مطالعه تجربی مبنی بر اینکه قواعد حقوقی چگونه در عمل و در ارتباط با نیروهای اجتماعی و سیاسی عمل می‌کنند، تمرکز نموده و پس از آن روی توجه خود را به سوی حل مسئله از طریق روش حقوقی معطوف می‌دارند. در واقع اولی نظر به گذشته و دومی نظر به آینده و حل مسئله پیش رو دارد. از همین روست که روش رئالیسم حقوقی در جهانی که هر آن دستخوش تغییر و تحول است و هر لحظه در آن شاهد بروز پدیده‌های نوظهور که نیازمند پاسخ سریع است، می‌باشیم، مورد اقبال قرار گرفته است. از سوی دیگر، امروزه فرایند حقوق‌سازی در حقوق بین‌الملل با آنچه به طور سنتی در جریان بود تفاوت‌هایی کرده است. به بیان روشن‌تر "قدرت عمومی"^{۳۹} که در گذشته تنها از طریق دولت و مأموران آن اعمال می‌گردید از ید انحصاری آنها خارج گردیده و موجودیت‌های غیردولتی نیز در این فرایند سهیم گردیدند. تقویت حقوق نرم در عرصه‌های مختلف حقوق بین‌الملل از جمله حقوق بین‌الملل محیط‌زیست و حقوق بین‌الملل بشر، رهاورد همین تحولات است. از نظر طرفداران این رویکرد، معیار تشخیص قاعده حقوقی، دیگر آن معیار فرمال و شکلی یعنی تکیه بر منابع سنتی حقوق بین‌الملل نیست بلکه باید به جای آن به میزان تأثیرگذاری یک قاعده و اینکه تابعان حقوق بین‌الملل تا چه میزان از آن قاعده پیروی می‌کنند، صرف‌نظر از منبع آن، توجه نمایند. به عبارتی دیگر فرایند قاعده‌سازی از منبع - محوری به تأثیر - محوری رسیده است.^{۴۰} به نظر می‌رسد اتخاذ چنین رویکردی از سوی حقوق‌دانان معاصر نتیجه

36. Thing

37. Process

38. Gregory Shaffer, "The New Legal Realist Approach to International Law". *Leiden Journal of International Law* (Symposium on New Legal Realism), 28, 2 (2015):189-210.

39. Public Authority

40. Jean Aspremont, *Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules* (Oxford: Oxford University Press, 2011), 4.

ضرورت‌های نظام بین‌الملل معاصر است.^{۴۱}

اینک که شناختی نسبی و اجمالی نسبت به روش‌های رئالیسم و فرمالیسم حقوقی حاصل گردید شایسته آن است که محدوده بحث خود را به حقوق بین‌الملل کشانده و دریابیم که جدال این دو در این محدوده چگونه است و در نهایت آثار این جدال را در برخی آرای دیوان بین‌المللی دادگستری جستجو خواهیم نمود و درخواستیم یافت که دیوان در این میانه، کجا ایستاده است.

۲- رئالیسم و حقوق بین‌الملل معاصر

شاید بتوانیم بحثمان را در این بخش با جمله‌ای جالب و البته بحث‌برانگیز از اولین قاضی زن دیوان بین‌المللی دادگستری یعنی پروفیسور هیگینز شروع کنیم. او در جایی می‌گوید: «حقوق بین‌الملل، [مجموعه] قواعد نیست^{۴۲}». بلکه از دیدگاه وی یک «نظام هنجاری» است که برای رسیدن به اهداف و ارزش‌های مشترک جهانی طراحی شده است. البته از همان ابتدا جلوه‌هایی از تناقض (البته به زعم نگارنده، تناقضی صوری و نه واقعی)، در رخسار کلام خانم هیگینز هویداست؛ زیرا وی از یک سو معتقد به آن است که حقوق بین‌الملل، مجموعه قواعد نیست و از سوی دیگر معتقد به یک نظام هنجاری است که خود با تکیه بر مفهوم «قاعدہ» معنا و مفهوم می‌یابد؛ اما به نظر می‌رسد که بتوان با تأمل بیشتر بر جمله وی و درک سنت فکری که خانم هیگینز وام‌دار آن است غبار این تناقض ظاهری را

۴۱. امروزه نظریه‌ای در بین برخی حقوق‌دانان شایع شده است که از آن با نام «نظریه نرمی حقوق بین‌الملل» یاد می‌کنند. بر طبق این نظریه، اساساً حقوق بین‌الملل در جایی بین حقوق و غیر حقوق قرار دارد و استفاده از روش‌های شکلی و کلاسیک تشخیص قاعده حقوقی در این قلمرو، این شاخه حقوقی را با بن‌بست روبرو می‌کند. در این دیدگاه در تمامی عرصه‌های حقوق بین‌الملل، مناطق خاکستری زیادی دیده می‌شود که در آنها نیازی به تعیین دقیق حقوق و غیر حقوق دیده نمی‌شود و اصولاً روابط پیچیده بین‌المللی در دنیای معاصر و ضرورت تنظیم و تنسيق این روابط، مقتضی چنین چیزی است. از نظر طرفداران این دیدگاه که نگارنده نیز در شمار آنها به حساب می‌آید، هنجارهای موجود در اعلامیه‌های سیاسی و یا کدهای رفتاری و توافق‌نامه‌های نزاکنی دیگر صرفاً وقایع حقوقی (legal facts) نیستند بلکه خود حقوق (law) اند. در واقع این دیدگاه این اجازه را به حقوق بین‌الملل می‌دهد که پایه‌پای تحولات جامعه بین‌المللی پیش‌برود و توسعه و گسترش یابد. هر چه حقوق بین‌الملل گسترده‌تر، جامعه بین‌المللی منسجم‌تر. البته این دیدگاه امروزه هنوز مقبولیت عمومی نیافته است و به همین دلیل دادگاه‌های بین‌المللی نیز تاکنون به این دیدگاه توجه شایانی نمودند اما شاید بتواند طبعه‌ای از تغییر رویکرد در آینده باشد. برای مطالعه بیشتر نگاه کنید به:

L. Blutman, "In the Trap of a Legal Metaphor: International Soft Law". *ICLQ*, 59, (2010), 613-14

42. International law is not Rules

43. R. Higgins, *Problem and Process: International Law and How We Use It* (Oxford: Clarendon press, 1994), 10.

زدود. همان‌طور که می‌دانیم، نام‌برده از طرفداران سرسخت «مکتب نیو هیون»^{۴۴} است. مکتبی که توسط برخی استادان دانشکده حقوق دانشگاه ییل همچون "مک دوگال"، "رایزمن" و "لاسول"^{۴۵} در دهه ۱۹۶۰ پایه‌گذاری شد و هدف از آن درک حقوق بین‌الملل به‌عنوان یک «فرآیند اجتماعی» بود. از دیدگاه طرفداران این مکتب، ایجاد حداقل نظم عمومی جهانی بر اساس ارزش‌های مشترک جامعه بین‌المللی، هدف غایی این فرایند به حساب می‌آید.

رویکرد نیو هیون از نظر تاریخی الهام گرفته از سنت رئالیسم حقوقی و جامعه‌شناسی حقوقی است. ویژگی‌های اصلی آن شامل تمرکز بر ارزش‌های مشترک جهانی، پاسداری از تنوع فرهنگی و قابلیت کاربرد گسترده در زمینه‌ها و موضوعات مختلف است. با آنکه رویکرد نیو هیون با انتقادهای زیادی روبرو شد، با این حال به دلیل انعطاف‌پذیری و کارایی آن در پاسخگویی به موضوعات جدیدی که هر لحظه در صحنه روابط بین‌الملل آشکار می‌شوند، توانست همچنان جذابیت خود را در میان حقوق‌دانان معاصر حفظ کند.

به نظر می‌رسد که به طور کلی ظهور و رواج رئالیسم حقوقی در حقوق بین‌الملل در نتیجه‌ی نیازی بود که حقوق‌دانان نسبت به اتخاذ روشی نوین جهت پاسخگویی به موضوعات و مسائل جدید و نو در عرصه روابط بین‌الملل در خود احساس می‌کردند. به قول "مارتی کاسکنیمی" دنیای امروز دنیایی است که بیشتر از آنکه به واژگان "حاکمیت" و "ملت" نیازمند باشد به واژگان "همبستگی" و "بین‌الملل" نیازمند است.^{۴۶} از این رو باید ساختارهای سنتی و پوسیده حقوق بین‌الملل را در هم کوبید و بنایی نو بر ساخت تا در این نظم نوین بتوان ارزش‌های مشترک جهانی از جمله اعتلای حقوق بنیادین بشر، حفظ محیط‌زیست و ضرورت‌های اقتصاد به هم تنیده جهانی را تحقق بخشید. اگر ما معاهده و عرف را دو منبع مهم حقوق بین‌الملل می‌دانیم دقیقاً بدان جهت است که آنها بروز و ظهور خارجی واقعیت‌های اجتماعی بین‌المللی‌اند. لذا در تفسیر منابع حقوقی و یا در روند ایجاد قاعده حقوقی، بایستی تأکید بیشتری را بر نیازهای جمعی جامعه بین‌المللی روا داشت. در واقع این دو تکنیک‌های ویژه‌ای در دست حقوق‌دانان بین‌المللی‌اند تا به وسیله آنها آنچه در صحنه سخت و واقعی زندگی اجتماعی تبدیل به هنجار گردیده است را مورد شناسایی قرار داده و درک نمایند. در همین راستا اگر ما قاعده‌ای را "آمره" تلقی می‌کنیم نه

44. New Haven School

45. McDougall, Reisman, Lasswell

46. Martti Koskeniemi, "International Law in a Post Realist Era", *The Australian Yearbook of International Law*, 16, 1(1995), 3.

از آن جهت است که منبعث از ارادهٔ خداوند و یا برآمده از فلان و بهمان تئوری علمی است، بلکه از آن جهت امره است که برای بقای نوع بشر و تداوم جامعهٔ بشری لازم و ضروریست.

رویکرد مکتب نیوهیون در مورد تفسیر متون و اسناد بین‌المللی نیز کاملاً با بینش حقوقی آنان هم‌راستا است. در نظر آنها معاهده باید در ظرف زمانی خود خوانده و تفسیر شود و فهم معاصر از آن ملاک عمل قرار گیرد. این فهم معاصر طبعاً در پرتو تحولات و فرایندهای بین‌المللی روز و ارزش‌های معتبر در زمان خود حاصل می‌شود. برای مثال در خصوص قاعدهٔ ممنوعیت توسل به زور به جای استناد به نص منشور به اهداف منشور که خود مشتمل بر ملاحظات اخلاقی و سیاسی است تأکید نموده و به این ترتیب چنین ملاحظاتی را بر نص صریح، مرجح دانسته و در نتیجه توسل به زور را در مواقعی که در راستای این اهداف باشد، مشروع تلقی می‌کنند.^{۴۷}

اینک به جملهٔ آغازین نقل شده از خانم هیگینز بازمی‌گردیم و شاید این بار درک درست‌تری نسبت به آن پیدا نماییم: (حقوق بین‌الملل مجموعه قواعد نیست) پروفیسور هیگینز، خود در تحلیل این جمله می‌گوید به طور کلی "قواعد" متضمن مفهومی محافظه‌کارانه‌اند. در واقع آنها فقط تصمیمات پیشینی انباشته شده‌ای هستند که اگر قرار باشد حقوق بین‌الملل چنین معنایی بدهد، دیگر نمی‌تواند خود را با جهان متغیر، وفق دهد. از دیدگاه وی و همفکرانش، فرمالیسم حقوقی در باطن امر یک سیاست محافظه‌کارانه است که به جای آنکه به نائل آمدن در جهت اهداف ترسیم شده از سوی جامعهٔ بین‌المللی و اعتلای ارزش‌های مشترک جهانی بکوشد، اجرای خشک و بی‌انعطاف قواعد از پیش موجود را وجههٔ همت خود قرار داده است.^{۴۸}

۳- جدال در رویهٔ قضایی دیوان

به هر حال جدال میان این دو نحلهٔ فکری در رویهٔ قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری نیز نمود عینی یافته است. به‌ویژه در مباحث آیین دادرسی دیوان از جمله موضوع «تاریخ احراز صلاحیت دیوان» و نیز مفهوم «اختلاف حقوقی»^{۴۹} که در سال‌های اخیر از زمینه‌های اختلاف نظر میان حقوق دانان و همچنین قضات دیوان بوده‌اند. شایان ذکر است که این اختلاف حتی در مباحث ماهیتی نیز در برخی آرای دیوان

۴۷. محسن محبی و سهیلا ابراهیمی لویه، «مکتب نیوهیون در حقوق بین‌الملل: بازخوانی رابطهٔ قدرت و حقوق بین‌الملل»، مجلهٔ راهبرد، ۸۲ (۱۳۹۶)، ۱۹۲.

48. Higgins, Op. Cit. p.10.

49. Legal Dispute

نمود پیدا کرده است که در ادامه به آنها پرداخته خواهد شد.

۴-۱- تاریخ احراز صلاحیت دیوان

همان‌گونه که می‌دانیم دیوان بایستی در ایفای نقش خویش به‌عنوان رکن قضایی سازمان ملل متحد، مانند هر نهاد قضایی دیگری، قلمروی صلاحیتی خویش را مشخص سازد. صلاحیتی که خود با مفهوم رضایت دولت‌ها پیوند داشته و از سوی دیگر خودِ دیوان نیز در تعیین این صلاحیت، صلاحیت دارد. (صلاحیت در تعیین صلاحیت) در این میان همان‌گونه که اشاره شد یکی از موارد چالشی و بحث‌برانگیز، موضوع معیار دقیق زمانی برای احراز صلاحیت دیوان بوده که به دلیل رویه قضایی ناهماهنگ دیوان در این زمینه، از شفافیت کافی برخوردار نمی‌باشد. دیوان در مواردی با نگرش فرمالیستی هر چه تمام به بند دوم ماده ۵۲ آیین دادرسی اش، «زمان ارجاع اختلاف»^{۵۰} را به‌عنوان معیار زمانی احراز صلاحیت خویش اعلام می‌دارد و در مواردی دیگر با رویکرد به رئالیسم حقوقی، زمان احراز صلاحیت را لزوماً زمان ارجاع اختلاف نمی‌داند و انعطاف بیشتری از خود نشان می‌دهد. کلاسیک‌ترین نمونه رویکرد اخیر را می‌توان در قضیه «ماوروماتیس» مشاهده نمود. در این قضیه دولت خواهان (یونان)، به دنبال احراز صلاحیت دیوان علیه بریتانیا بر مبنای معاهده لوزان بود که در زمان طرح دعوا، هنوز امضا نشده بود؛ اما در هنگام رسیدگی دیوان در خصوص صلاحیتش این مشکل مرتفع شد و این معاهده به مرحله لازم‌الاجرائی رسید. جالب است که دیوان دائمی به اتفاق آرا حکم داد که این خلأ زمانی باعث نمی‌شود که قادر به رسیدگی ماهوی نباشد؛ به عبارت دیگر دیوان صلاحیت خود را علی‌رغم عدم لازم‌الاجرائی معاهده در زمان طرح دادخواست از سوی یونان محرز می‌داند.^{۵۱} این رویکرد دقیقاً یک سال بعد از رأی ماوروماتیس، در قضیه «برخی منافع آلمان»^{۵۲} تکرار شد و در آنجا نیز دیوان خود را مقید به شکل و فرم نکرد. منطبق این رویکرد رئالیستی و واقع‌گرایانه نیز کاملاً مشخص بود؛ زیرا اگر دیوان در این موارد تنها به شکل و فرم توجه می‌کرد و زمان ثبت دادخواست را زمان احراز صلاحیتش در نظر می‌گرفت، خواهان مجبور می‌شد از نو طرح دعوا نماید و این امر موجب افزایش هزینه‌ها، تأخیر بی‌مورد و غیرمنطقی در رسیدگی دیوان و همچنین تأخیر در حل و فصل اختلاف و کاهش کیفیت قضایی می‌شد. نتایجی که نه به نفع دیوان و نه

50. Date of Seisin

51. *Mavromatis Palestine Concessions, Objection to the Jurisdiction of the Court, Judgment, 1924, PCIJ, Series A, No.2, 34.*

52. *Certain German Interests in Polish Upper Silesia, Jurisdiction, Judgment, 1925, PCIJ, Series A, No.6, 14.*

به نفع طرف‌های دعوا بود.

در رویه قضایی دیوان در دهه ۹۰ نیز نشانه‌هایی بر پذیرش روش رئالیسم ماوروماتیستی مشاهده می‌شود. برای نمونه قضیه «نسل‌زدایی بوسنیایی‌ها»^{۵۳}، دعوی بوسنی علیه یوگسلاوی سابق که در آنجا این موضوع مطرح شد که چون بوسنی و هرزگوین در سال ۱۹۹۵ عضو کنوانسیون منع نسل‌زدایی شد یعنی دو سال بعد از تاریخ ثبت دادخواست، حال سؤال این است که آیا باید دیوان را صالح به رسیدگی دانست یا اینکه از بوسنی و هرزگوین خواست که دوباره دعوی جدید بر مبنای کنوانسیون اقامه نماید؟ که البته دیوان چنین امری را لازم ندانست و آن را به طور ضمنی عملی لغو و حشو قلمداد نمود.

در قضیه نسل‌زدایی کرواسی^{۵۴} نیز دیوان رویکرد رئالیستی داشته و علی‌رغم اینکه خودش به صراحت اعلام می‌کند که زمان صلاحیت دیوان اصولاً طبق رویه بر مبنای تاریخ تقدیم دادخواست می‌باشد، اما به صورت استثنا آن را کنار می‌گذارد و رهیافت رئالیستی را می‌پذیرد.^{۵۵} در نتیجه زمان اعلام نظر در مورد صلاحیتش را بر زمان اقامه دعوا و ثبت دادخواست ترجیح داده و با صراحت اعلام می‌نماید که مجبور نمودن دولت خواهان به ثبت دادخواست جدید به هیچ وجه عادلانه نیست و در این گونه موارد باید او را مخیر بگذاریم نه آنکه بر او تکلیف بار نماییم.

اما در مهر و موم‌های اخیر، دیوان از این رویکرد، روی گرداند و با نگاهی کاملاً فرمالیستی زمان احراز صلاحیت خود را همان زمان دقیق تقدیم دادخواست تعیین نمود و بدین ترتیب خود و اصحاب دعوا را از رسیدگی قضایی محروم کرد. به‌علاوه این امر موجب شد که دیوان نتواند از ظرفیت خود برای توسعه حقوق بین‌الملل، استفاده کند. شروع این روند را می‌توان از سال ۲۰۰۲ در قضیه «قرار بازداشت»^{۵۶} و نقطه اوج آن را در قضیه «اجرای کنوانسیون منع تبعیض نژادی»^{۵۷}، دعوی گرجستان علیه روسیه در سال ۲۰۱۱ مشاهده نمود.

البته طرفداران این رویکرد نیز برای خود توجیهاتی دارند و مزایایی برای آن برمی‌شمرند. مزایایی از

53. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime Genocide, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports, 1996, 595 (Bosnian Genocide)

54. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime Genocide (Croatian and Serbia), Preliminary Objections, Judgment, ICJ Report 2008, 412(Croatian Genocide)

55. Ibid. 89.

56. Arrest Warrant of 11 April 2000(Democratic Republic of Congo v. Belgium), Judgment, ICJ Reports 2002,No.3, 26

57. Application of the International Convention on Elimination of All Forms of Racial Discrimination(Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 2011, 70

قبیل اینکه احراز صلاحیت بر مبنای تاریخ دقیق ثبت دادخواست (بند ۲ ماده ۵۲ آیین دادرسی دیوان) موجب ارتقای دقت قضایی است؛ دوم اینکه این رهیافت موجب می‌شود از شروع دعاوی که هنوز به مرحله‌ای نرسیده‌اند که برای تصمیم‌گیری قضایی آماده باشند، جلوگیری می‌کند؛ و یا این مزیت که اتخاذ این رهیافت باعث می‌شود که طرفین اختلاف، راه‌های مسالمت‌آمیز دیگری برای حل اختلاف در نظر بگیرند.^{۵۸}

با تدقیق در عقاید دو طرف به نظر می‌رسد بتوان به دلایل رئالیست‌ها وزن بیشتری داد؛ زیرا که بی‌تردید اجرای عدالت، عدم تأخیر در رسیدگی و عدم تأخیر در حل اختلاف بر دقت قضایی ظاهری ارجحیت دارد. همچنین در راستای تقویت این ادعا می‌توان به این نکته اشاره کرد که استنکاف از قبول رسیدگی و حل اختلاف فی‌مابین دو دولت از سوی یک مرجع قضایی بین‌المللی آن هم به دلیل تفسیری مضیق از آیین دادرسی‌اش، می‌تواند به تداوم اختلاف و در نتیجه تهدید صلح و امنیت بین‌المللی بیانجامد. البته بحث ما این نیست که آیین دادرسی اهمیتی ندارد بلکه برعکس، رعایت دقیق آیین دادرسی را ضروری می‌دانیم؛ اما آیا نمی‌شود با تفسیری منعطف از قواعد آیین دادرسی، هم دقت قضایی را ارج نهاد و هم از رسیدگی به اختلاف حقوقی استنکاف نوزید؟

همان‌گونه که اشاره شد دیوان در برخی از آرای خویش با این نتیجه‌گیری ما موافق نبوده و رعایت دقیق و غیر منعطف از آیین دادرسی‌اش را بر هر امر دیگری مقدم می‌داند. کما اینکه دیوان در قضیه گرجستان علیه روسیه به فرمالیسم روی می‌آورد و برای احراز صلاحیت خویش بر معیار تاریخ تقدیم دادخواست اصرار می‌ورزد؛ به عبارت دیگر از نظر دیوان (که موضع روسیه هم همین بود)، ماده ۲۲ کنوانسیون منع تبعیض نژادی که موضوع مرجع حل اختلاف و ارجاع به دیوان را مطرح می‌کند، دارای پیش‌شرطی است که همان مذاکرات اولیه قبل از مراجعه به این نهاد قضایی بوده است؛ و این شرط در زمان ثبت دادخواست گرجستان علیه روسیه هنوز محقق نشده بود و بنابراین در زمان ثبت دادخواست، صلاحیتش محرز نبوده است. از این رو، هر چند دیوان در مرحله مقدماتی بر حسب ظاهر^{۵۹} صلاحیتش را احراز کرده بود اما در ادامه، صلاحیت خویش را محرز ندانست. این در حالیست که چند تن از قضات دیوان در نظرات جداگانه خویش^{۶۰} از این رهیافت فرمالیستی انتقاد کرده و تلاش‌های دیپلماتیک و

58. See: Vitalius Tumonis, "Legal Realism and Judicial Decision-Making". *Jurisprudence*, 19, 4 (2012), 1361-1382.

59. *Prima Facie*

60. See: Dissenting Opinion of Cançado Trindade and Declaration of vice - president Tomka.

مذاکرات بعد از ثبت دادخواست را برای احراز شرایط ماده ۲۲ کافی دانستند. از دیدگاه آنان هر چند که اصل کلی مبنی بر وجود شرایط احراز صلاحیت در زمان طرح دعوا وجود دارد، اما نگاهی به رویه قضایی دیوان روشن‌گر این موضوع است که این اصل «به نحوی مترقیانه تلطیف شده»^{۶۱} است. از نظر این قضات رویکرد دیوان در پرونده اخیر، «به طور بهت‌آوری مضیق»^{۶۲} بوده است.

همچنین قاضی سیما با انتقاد از این رأی دیوان در رأی جداگانه خود چنین می‌گوید:
 «رهیافت فرمالیستی پذیرفته شده در این رأی، قضایای آینده دیوان را به جهت مقرراتی که اکنون در خصوص وجود اختلاف و انجام مذاکرات کافی برای ارجاع اختلاف به دیوان تحمیل کرده است، محدود خواهد نمود.»^{۶۳}

همان‌گونه که می‌بینیم رویه قضایی دیوان در مورد موضوع زمان احراز صلاحیت از "سازواری قضایی"^{۶۴} برخوردار نیست، امری که به طور معمول در مورد محاکم و مراجع قضایی می‌بایست وجود داشته باشد و به آنها میزانی از قطعیت و قابلیت پیش‌بینی اعطا کند.^{۶۵}

البته نکته‌ای که در قضیه گرجستان علیه روسیه باید توجه داشت این است که شاید رویکرد فرمالیستی دیوان، بخشی به دلیل نوع دفاعیاتی بود که از سوی تیم حقوقی گرجستان به دادگاه ارائه شده بود. توضیح آنکه وکلای مدافع گرجستان در دفاعیات خود نسبت به ایرادات مقدماتی روسیه، هرگز این نکته را انکار نکردند که احراز صلاحیت در زمان ثبت دادخواست ملاک عمل است در حالی که می‌بایست استدلالشان را بر این پایه متمرکز می‌نمودند که در بسیاری از آرای گذشته دیوان همچون رأی ماوروماتیس، معیار زمان ثبت دادخواست با انعطافی رئالیستی از سوی او اعمال می‌شده است (معیار، زمان تصمیم‌گیری در مورد صلاحیت باشد نه زمان ثبت دادخواست). در عوض آنها تمام هم‌وغم خویش را بر این گذاردند که اثبات نمایند دولت گرجستان مذاکرات اولیه را تا قبل از ثبت دادخواست با روسیه داشته است و در زمان ثبت دادخواست، "اختلاف"^{۶۶} وجود داشته بنابراین پیش‌شرط برای احراز صلاحیت دیوان در زمان ثبت دادخواست موجود بوده است؛ و این دقیقاً همان چیزی بود که وکلای روسیه دنبال آن بودند. در واقع وکلای روسیه بدون هیچ تلاشی و تنها به دلیل اشتباه وکلای گرجستان،

61. Progressively Relaxed

62. Surprisingly Narrow

63. Separate Opinion of Judge Simma, para.7.

64. Judicial Consistency

65. Gilbert Guillaume, "the use of precedent by international judges and arbitrators". *Journal of international dispute settlement*, 2(2011), 5.

66. Dispute

بازی را به نفع خود تمام کردند.

۴-۲- مفهوم «اختلاف حقوقی»

همان‌گونه که می‌دانیم وجود اختلاف حقوقی شرط ضروری صلاحیت دیوان است که چیزی فراتر از یک اختلاف بین‌المللی صرف به نظر می‌رسد. این نکته هم در اساسنامه و هم در رویه قضایی دیوان به کرات انعکاس یافته است.^{۶۷} متأسفانه در مهر و موم‌های اخیر دیوان در احراز وجود اختلاف از حاشیه صلاحیت خود کاسته و به نظر می‌رسد که قدرت خود را برای ارزیابی شواهد واقعی بر مبنای عینی رها کرده و تصمیم گرفته است که تنها در این زمینه بر مکاتبات دیپلماتیک میان طرفین یعنی معیاری شکلی و فرمالیستی تکیه کند؛ یعنی مکاتباتی که در آن با صراحت مقامات عالی‌رتبه طرفین بر وجود اختلاف صحنه بگذارند و اگر در این مکاتبات جملات و عبارات به نحو مبهم به کار گرفته شوند به نحوی که نتوان وجود اختلاف را از آن مستفاد نمود، شاید صلاحیت دیوان هم احراز نشود و لو آنکه به‌راستی دو کشور به آستانه جنگ و زد و خورد کشیده شوند.

البته شاید بتوان این تفاوت رفتار دیوان در پذیرش صلاحیت را ناشی از «سیاست حقوقی» این مرجع بین‌المللی دانست. در این دیدگاه استدلال‌های مربوط به «سیاست حقوقی»، زیربنای «احتجاجات حقوقی» است؛ و این دو از لحاظ هدف و روش و حتی ساختار تفاوتی با یکدیگر ندارند.^{۶۸} در نتیجه نمی‌توان ملاحظات سیاسی دیوان را در این زمینه نادیده گرفت. در پرتو همین ملاحظات است که دیوان گاه با رویکردی «فعالانه» و گاه «منفعالانه» به اشتغال قضایی خویش مبادرت می‌ورزد. برای مثال آنجایی که بحث صلاحیتی دیوان مطرح است به این دلیل که مبنای صلاحیت دیوان تراضی دولتهاست و نمی‌توان دولت‌ها را به اجبار به دیوان کشاند، اگر دیوان به حقوق موجود قانع نباشد و به تفسیری نوآورانه از حقوق بین‌الملل روی آورد، این احتمال وجود دارد که دولت‌ها از پذیرش صلاحیت دیوان سر باز زنند و آن را متهم به «خروج از محدوده اختیارات» نمایند. فلذا دیوان رویکردی «منفعالانه» در پیش می‌گیرد.^{۶۹} البته همان‌گونه که بعدتر به آن اشاره خواهد شد، رویکرد منفعالانه و احتیاط محور دیوان به مسائل

67. See: Nuclear Tests (Australia v France), Judgment, 1974, ICJ Reports 253, para 55; Nuclear Tests (New Zealand v France), Judgment, 1974, ICJ Reports 457, para 58.

۶۸. هدایت‌الله فلسفی، سیر عقل در منظومه حقوق بین‌الملل، اصول اساسی روش‌شناسی حقوق بین‌الملل (تهران: فرهنگ نشر نو: نشر آسیم، ۱۳۹۶)، ۱۰۲.

۶۹. وحید رضادوست، «رویکردهای فعال و منفعل در سیاست قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری»، مجله حقوقی بین‌المللی، ۶۵ (۱۴۰۰)، ۳۶.

شکلی محدود نیست بلکه در موضوعات ماهوی نیز این رویکرد دیده می‌شود. مصادیقی همچون عدم توسعه حقوق بین‌الملل؛ تفاسیر مضیق و ایستا از اصول و قواعد حقوقی؛ فرض‌های به نفع حاکمیت دولت و به ضرر حقوق جامعه بین‌المللی و خیر مشترک و نهایت مختر کردن کلام به نحوی که داستانی با پایان باز شکل گیرد و به تبع، تفاسیر متفاوت و گاه متعارض ممکن شود.^{۷۰}

اما به هر روی، صرف‌نظر از علت این رویکرد منفعلانه، نتیجه‌ای که حاصل می‌شود چیزی جز تمسک به روش فرمالیستی در تفسیر نیست. بی‌تردید رأی عدم صلاحیت دیوان در قضیه جزایر مارشال با توجیه فقدان ادله کافی که وجود اختلاف حقوقی را اثبات کند، حرکتی به سوی فرمالیسم تلقی می‌شود.^{۷۱} دیوان برای اولین بار در طول فعالیت خویش به طور کلی از رسیدگی قضایی به دلیل بیش گفته استنکاف ورزید و بدین ترتیب موقعیتی طلایی را که کشور جزایر مارشال جهت اعلام نظر قضایی در باب کنترل و خلع سلاح هسته‌ای از سوی کشورهای دارای این تسلیحات، به این نهاد قضایی اعطا نموده بود، به رایگان از دست داد. در واقع دیوان در این پرونده جهت احراز وجود «اختلاف حقوقی» رهیافت جدیدی را اتخاذ نمود که کاملاً با رویه پیشینش در قضایای دیگر متفاوت است. وجود اختلاف نظر میان قضات دیوان (۸ موافق، ۸ مخالف و رأی رئیس به نفع قضات موافق) خود‌گویای آن است که رویه اتخاذ شده از سوی دیوان در این پرونده رویه‌ای مأنوس نبوده است.

در ۲۴ آوریل ۲۰۱۴، دولت ذره‌ای جزایر مارشال، مجموعه‌ای از دعاوی را علیه دولت‌های هسته‌ای نزد دیوان اقامه و ادعا می‌کند که کشورهای هسته‌ای همچون آمریکا، هند، بریتانیا، چین، پاکستان و... با انجام آزمایش‌های هسته‌ای، تعهد عرفی و یا معاهده‌ای خود را بر مبنای ماده ۶ پیمان منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای (ان.پی.تی) نقض کرده‌اند. در این میان دعوی میان دولت جزایر مارشال با بریتانیا از آنجا که کشور اخیر عضو معاهده بوده و نیز صلاحیت اجباری دیوان را پذیرفته است، از ویژگی خاص برخوردار است. اولین ایراد مقدماتی که دولت خوانده (بریتانیا) مطرح می‌کند آن است که دولت خواهان نتوانسته است اثبات نماید که در زمان تقدیم دادخواست اختلاف حقوقی میان دو دولت موجود بوده است. به‌علاوه، با استناد به ماده ۴۳ طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل و اصول حقوق بین‌الملل عرفی در زمینه مسئولیت دولت این ایراد را مطرح کرد که دولت جزایر مارشال بیش از طرح دعوا در دیوان،

۷۰. همان، ۳۹، به نقل از:

Robert Kolb, *La Cour Internationale de Justice*, Pedone, 2013, 1221-1223.

71. Alina Miron, "Establishing the existence of a dispute before the International Court of Justice: Between formalism and verbalism". *QIL*, 45 (2017), 43.

موضوع اختلاف خود را به خواننده «ابلاغ» نکرده و قصور ورزیده است. همین ادعا را دولت‌های هند و پاکستان نیز در لوائح دفاعی خود تکرار نمودند. ادعایی که به مذاق دیوان خوش آمد و موجبات عدم صلاحیتش در قضیه مطروحه را فراهم نمود. مخلص کلام آنکه دیوان علاوه بر آنکه بر موضوع حدوث اختلاف در زمان تقدیم دادخواست تأکید نمود بلکه معیار فرمالیستی دیگری یعنی «ابلاغ و اطلاع» را نیز به معیارهای خویش در زمینه اثبات وجود اختلاف افزود. هر چند که خود دیوان از آن به عنوان معیار عینی نام می‌برد که باید توسط شواهد و ادله محکم در هر پرونده اثبات شود. البته دیوان در این قضیه گرچه صراحتاً بیان نمی‌کند که ابلاغ دعوا توسط خواهان به خواننده ضروری است اما با پیش کشیدن معیار «آگاهی عینی» عملاً ضرورت چنین امری را القاء می‌کند و بدین ترتیب به تعبیر پروفیسور کرافورد، دیوان با پیش کشیدن چنین معیاری به رویه قضایی سابق مبتنی بر واقع‌گرایی پشت کرده است.^{۷۳} در حقیقت این نهاد قضایی «به جای آنکه برای احراز اختلاف بر مبنای رویکرد واقع‌بینانه و انعطاف‌پذیر کلاسیک خود حکم کند، به تشریفات و آیین‌های صوری تکیه کرده و از این طریق، حد و حدود و قلمرو مفهوم «اختلاف» را مضیق و مقید نموده است».^{۷۳}

البته شاید این عدم تصریح دیوان به ضرورت «ابلاغ» بدان دلیل باشد که دیوان درست چند ماه قبل از این رأی در قضیه نقض‌های ادعایی حق‌های حاکمیتی و فضاهایی دریایی در دریای کارائیب (نیکاراگوئه علیه کلمبیا) (مارس ۲۰۱۶) دقیقاً عکس این مطلب را اعلام کرده بود:

«گرچه نیکاراگوئه یادداشت رسمی دیپلماتیک خود را به کلمبیا... تا ده ماه پس از ثبت دادخواست ارسال نکرد... با توجه به اظهارات عمومی ارائه شده توسط نمایندگان عالی طرفین... کلمبیا نمی‌توانسته موضع نیکاراگوئه در خصوص چنین اختلافی را نفهمیده باشد... [در نتیجه] در روز ثبت دادخواست، اختلاف... وجود داشته است».^{۷۴}

در واقع دیوان از ابتدای پیدایش خود تا زمان صدور رأی مارشال و حتی تا چند ماه قبل از صدور آن، بر عدم ضرورت ابلاغ تأکید کرده بود و آستانه احراز اختلاف را بسیار منعطف می‌دانست.^{۷۵}

۷۲. وحید رضادوست، دیوان بین‌المللی دادگستری، ساختار استدلالی، رویه قضایی، سیاست حقوقی (تهران: نشر نگاه معاصر، ۱۴۰۱)، ۳۵۰.

۷۳. محسن محبی و محمدحسین لطیفیان، «تحول مفهوم اختلاف در پرتو قضیه دعوی جزایر مارشال علیه بریتانیا»، مجله حقوقی بین‌المللی، ۶۱ (۱۳۹۸)، ۱۶.

74. Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia), ICJ Rep 2016, paras. 73 & 74.

۷۵. رضا دوست، پیشین، ۳۴۹-۳۵۱.

بنا بر استدلال برخی از قضات مخالف همچون بجاوی و بنونا «منطقی‌تر آن بود که دیوان بین‌المللی دادگستری در رأی خود ابتدا ماده ۶ معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای را به منزله واقعیت‌های موضوعی «اختلاف» تحلیل می‌کرد و سپس با توجه به اینکه ماده ۶ معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای بارها توسط دولت‌های هسته‌ای نقض شده و دولت‌های غیرهسته‌ای بدان اعتراض کرده‌اند، حدوث «اختلاف» را نتیجه می‌گرفت.»^{۷۶}

در دعوی بلژیک علیه سنگال نیز دیوان وجود اختلاف را احراز نکرد آن هم به این دلیل فرمالیستی که در هیچ یک از مکاتبات دیپلماتیک ارسالی از سوی بلژیک برای سنگال قبل از طرح دعوا، هیچ اشاره‌ای به تعهد عرفی دولت سنگال مبنی بر محاکمه و یا استرداد حسن‌ها بره به جرم ارتکاب شکنجه نشده بود و لذا دیوان نتیجه می‌گیرد در زمان اقامه دادخواست هیچ اختلافی در مورد نقض این تعهد عرفی از سوی سنگال میان طرفین موجود نبوده است.^{۷۷}

۴-۳- جدال در مباحث ماهیتی

نکته دیگری که در ادامه باید به آن اشاره کرد این است که جدال میان فرمالیسم و رئالیسم حقوقی در آرای دیوان بین‌المللی دادگستری به مباحث شکلی و آیین دادرسی محدود نشده است و گاهی آثار این اختلاف را در مباحث ماهیتی نیز مشاهده می‌کنیم. به زعم نگارنده از جمله این موارد، رأی مشورتی دیوان در قضیه قانونی بودن سلاح‌های هسته‌ای^{۷۸} است. رأی که به درخواست مجمع عمومی در پاسخ به این سؤال که «آیا تهدید یا به‌کارگیری سلاح‌های هسته‌ای در هیچ وضعیتی در حقوق بین‌الملل مجاز است؟»^{۷۹} صادر گردیده است. صرف‌نظر از اختلاف‌نظر میان دولت‌ها و حقوق‌دانان بر سر صلاحیت دیوان در اجابت نمودن تقاضای مجمع عمومی که موضوع بحث ما نیست، آنچه در اینجا مطمح نظر است رأی مناقشه‌برانگیز است که دیوان در نهایت صادر نمود: «در حقوق بین‌الملل عرفی و قراردادی فی‌نفسه، هیچ منع جامع و جهانی در مورد تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای وجود ندارد»^{۸۰} (با یازده رأی موافق در برابر سه رأی مخالف) و البته در ادامه، دیوان نظر خود را بدین نحو تعدیل می‌نماید:

۷۶. همان، ۱۹.

77. Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v Senegal), 2012, ICJ Reports 422, paras 54-55.

78. International Court of Justice, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of 8 July 1996.

79. General Assembly Resolution 49/75 K of 15 December 1994.

80. Advisory Opinion, para. 105 (2) B.

«تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای که مغایر بند ۴ ماده ۲ منشور باشد و بدون رعایت الزامات ماده ۵۱ صورت گیرد، غیرقانونی است»^{۸۱} (اتفاق آرا) و باز در ادامه می‌گوید: «تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای همچنين باید با الزامات حقوق بین‌الملل حاکم بر مخاصمات مسلحانه، به‌ویژه با الزامات اصول و قواعد حقوق بشردوستانه بین‌المللی...، مطابقت داشته باشد».^{۸۲} (اتفاق آرا)

اما چه شد که دیوان به چنین نتیجه‌گیری رسید؟ آیا نمی‌توان گفت دلیل چنین نتیجه‌گیری‌ای، اتخاذ رهیافت فرمالیستی در تشخیص قاعده حقوقی از سوی این مرجع قضایی بوده است؟

با نگاهی بر صورت‌بندی استدلال‌های به عمل آمده از سوی دیوان این احتمال که رأی مذکور، برآمده از مشربى فرمالیستی باشد را تقویت می‌کند. به علاوه در برخی آرای مخالف که قضات دیوان در این قضیه صادر می‌کنند هر چند صحبتی صریح از جدال فرمالیسم با رئالیسم در میان نمی‌آید اما نکته اساسی‌ای که می‌توان آن را قدر مشترک این نظرات دانست، آن است که به زعم ایشان، دیوان تنها به معیار وجود قاعده صریح که دلالت بر منع استفاده یا تولید سلاح‌های هسته‌ای در حقوق بین‌الملل بنماید، بسنده کرده (معیار شکلی و فرمالیستی) و خواست جامعه بین‌المللی و چند دهه تلاش کشورها و سازمان‌های بین‌المللی برای خلع سلاح هسته‌ای را نادیده گرفت و تنها با اشاره به اصول بنیادین حقوق بشردوستانه محدودیت استفاده از این‌گونه سلاح‌ها را یادآور شد. اصولی که به زعم قاضی شؤئبل به طور کلی با این‌گونه تسلیحات قابلیت اعمال ندارد.^{۸۳} در واقع به نظر می‌رسد که دیوان با در پیش گرفتن یک دیپلماسی قضایی هم خود را از زیر بار فشار کشورهای دارای سلاح‌های هسته‌ای رها نمود و هم با پیش کشیدن اصول حقوق بشردوستانه بین‌المللی درصدد دلخوش نمودن کشورها و سازمان‌های بین‌المللی موافق خلع سلاح هسته‌ای برآمد. در واقع دیوان با تکیه بر یک روش قضایی مکانیکی که در آن قضات تنها نقش یک اپراتور را بازی می‌کنند، از فرایند تصمیم‌گیری قضایی پویا که همگام با تغییرات زمانه باشد، فاصله گرفت.

این در حالیست که از همان ابتدای امر حقوق دانان و نویسندگان متن اولیه اساسنامه به ضرورت اعطای اختیارات وسیع‌تر به دیوان بین‌المللی دادگستری و اجازه‌ی ایفای نقش مؤثر در توسعه حقوق بین‌الملل توجه داشته‌اند، ولی با توجه به مقتضیات زمان و نیاز به جلب رضایت حداکثری دولت‌ها در

81. Ibid. 105 (2) C.

82. Ibid. 105 (2) D.

83. Dissenting Opinion of Vice-President Schwebel

پیوستن به دیوان دائمی دادگستری، راه‌حلی محتاطانه پیش‌گرفته شد.^{۸۴}

نکته‌شایان ذکر آنکه، در واقع آن چیزی که محل اصلی نزاع در قضیه مورد بحث است، بحث بر سر «منابع حقوق بین‌الملل» و نحوه استخراج و استنباط «قاعده حقوقی» است. روشی که دیوان برای استخراج قاعده حقوقی در پیش‌گرفت بی‌تردید یک روش سخت‌فرمالیستی بود. این در حالیست که حقایق دنیای امروز و روابط پیچیده بین‌المللی معاصر، روش دیگری را می‌طلبد که «ژان دسپرمون» در اثر نفیس خویش از آن به‌عنوان «شکل‌زدایی از تشخیص قاعده حقوقی»^{۸۵} یاد می‌کند.^{۸۶} روشی که در آن به جای معیار شکلی برای تشخیص قاعده حقوقی از معیار «ماهوی»^{۸۷} بهره می‌جویند. در واقع طرفداران این روش، منکر منابع شکلی حقوق (در بحث ما حقوق بین‌الملل) نیستند بلکه قاعده حقوقی را با روش و معیاری ماهوی از این منابع استخراج می‌نمایند. نمونه روشن استفاده از این روش را می‌توان در رویه قضایی دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق (ICTY) مشاهده نمود. آنجایی که می‌گوید «اقتضائات بشردوستی و الزامات ناشی از وجدان جمعی» می‌تواند در خلق یک عرف بین‌المللی تأثیرگذار باشد ولو آنکه در آن مورد با «رویه اندک و یا حتی عدم رویه»^{۸۸} از سوی دولت‌ها روبرو باشیم.^{۸۹} در واقع دیوان مذکور با در پیش‌گرفتن این سیاست قضایی و روش استنباط قاعده حقوقی هم از حدود وظایف قانونی و اساسنامه‌ای خویش عدول ننمود و هم خواست جامعه بین‌المللی در پیگرد کیفری ناقضان حقوق بشر و حقوق بشردوستانه در قلمرو یوگسلاوی سابق را مطرح نظر قرار داد.

به زعم نگارنده، در قضیه صدور قرار بازداشت وزیر امور خارجه کنگو (دعوی کنگو علیه بلژیک)^{۹۰}

۸۴. برای مثال ماده ۲۷ طرح اولیه دانمارک و نروژ و سوئد برای اساسنامه دیوان در این خصوص مقرر می‌دارد در صورتی که موضوع حقوقی بین طرفین در دیوان مطرح گردد، در صورت وجود توافق الزام‌آور، توافق مذکور مبنای رأی دیوان خواهد بود. اگر چنین مقرراتی وجود نداشت دیوان مطابق با قواعد اثبات‌شده حقوقی رسیدگی می‌کند و در غیر این صورت بر مبنای اصول کلی حقوقی تصمیم گرفته خواهد شد. و بعد ادامه می‌دهد که اگر قواعدی از این نوع وجود نداشته باشد، دیوان مطابق با آنچه به نظر وی قواعد حقوقی بین‌المللی می‌باشد، تصمیم خواهد گرفت. در طرح پنج دولت بی‌طرف نیز مقرراتی شبیه به این پیش‌بینی شده بود.

Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists, Documents Presented to the Committee Relating to Existing Plans for the Establishment of a Permanent Court of International Justice, April 30, Hmso, London, 1920, Articles 15 Draft Schemes Submitted on Behalf of Denmark, Norwegian And 17 Of Swedish And 2 of Neutral Power", 179, 205, 241, 247, 267, 301.

85. Deformalization of Law-Ascertainment

86. Aspremont, Op. Cit.118.

87. Substantive

88. practice is scant or non-existent

89. Prosecutor v Kupreskic, Case No. IT-95-16-T, 14 January 2000, para. 527.

90. Arrest warrant 11 April 2000 (Democratic Republic of Congo v. Belgium), Judgement 14 February

نیز همین جدال پنهان وجود داشته است. در آنجا نیز دیوان با تکیه بر نهاد حقوقی "مصونیت" و تأکید بر "اصل حاکمیت دولت‌ها" و با در نظر گرفتن ماهیت و قلمرو شمول قواعد حاکم بر بهره‌مندی وزیران امور خارجه در حال خدمت از مصونیت از صلاحیت کیفری، به این نتیجه می‌رسد که «بلژیک با صدور و انتشار بین‌المللی قرار بازداشت مورخ ۱۱ آوریل ۲۰۰۰ علیه آقای یروودیا^{۹۱} در برابر جمهوری دموکراتیک کنگو، مرتکب نقض قاعده حقوق بین‌الملل عرفی در مورد غیرقابل تعرض بودن مطلق و مصونیت وزیران امور خارجه در حال خدمت از رسیدگی کیفری شده؛ بلژیک با چنین اقدامی، اصل برابری حاکمیت کشورها را نقض کرده است.» دیوان خاطرنشان می‌سازد که صدور این قرار به قصد فراهم آوردن امکان بازداشت وزیر امور خارجه در حال خدمت به اتهام جنایات جنگی و جنایات علیه بشریت در سرزمین بلژیک می‌باشد. دیوان متذکر می‌شود که قرار، محدودیتی برای مورد بازدید رسمی آقای یروودیا از بلژیک به وجود می‌آورد. دیوان همچنین متذکر می‌شود که بلژیک پذیرفته است که هدف از انتشار بین‌المللی قرار بازداشت مورد اختلاف «ایجاد مبنای قانونی برای بازداشت آقای یروودیا... در خارج از کشور و استرداد متعاقب او به بلژیک» بوده است. از این رو صرف صدور آن، بهره‌مندی آقای یروودیا به‌عنوان وزیر امور خارجه در حال خدمت کنگو را از مصونیت را نقض کرده است.

در اینجا با قاضی وان دن وینگائرت^{۹۲} می‌توان هم‌عقیده شد که در نظر جداگانه خود گفت: دیوان بین‌المللی دادگستری با قصور از توجه به ارزش‌های نوین بین‌المللی، فرصت مشارکت در توسعه حقوق بین‌الملل کیفری نوین را از دست داد. وی بسیار متأسف است از اینکه دیوان از تصدیق این توسعه قصور ورزیده است. به گفته قاضی وان دن ونگائرت، ملاحظه‌ضمنی پشت این رأی می‌توانست نگرانی از سوء استفاده و هرج‌ومرج ناشی از این موضوع باشد که کشورها به صورتی لجام‌گسیخته صلاحیت جهانی را مورد ادعا قرار دهند و به تعقیب‌های سوءاستفاده‌گرانه علیه وزیران خارجه در حال خدمت سایر کشورها مبادرت ورزند و بدین ترتیب مانع از عملکرد این کشورها شوند. با این همه در اختلاف اخیر، ادعای سوءاستفاده از فرآیند رسیدگی از جانب بلژیک وجود نداشت. دیوان، تحولات حقوق بین‌الملل را نادیده گرفته است و رأی دیوان انطباقی با اعتقاد حقوقی دال بر عُرف بین‌الملل ندارد. وی صلاحیت جهانی محاکم داخلی بلژیک را در راستای اصل صلاحیت تکمیلی مورد پذیرش در کارهای مقدماتی دیوان بین‌المللی کیفری دانست. به نظر وی مصونیت مغایر با اصول حقوق بشر بوده و حاکی از اولویت منافع

2002

91. Yerodia Ndombasi

92. Van Den Wyngaert

دولتی بر منافع جامعه بشری می‌باشد و دیوان توجهی به تحولات نوین حقوق بین‌المللی کیفری در این زمینه نکرده است... دیوان در این رأی خواسته یا ناخواسته به دیدگاه کلاسیک حقوق بین‌الملل پایبند مانده و به تحولات اخیر حقوق بشر و حقوق بین‌الملل کیفری توجهی ننموده است.^{۹۳}

همان‌گونه که مشاهده شد در هر دو پرونده شاهد جدالی پنهان میان طرفداران دو نحله فکری (فرمالیسم و رئالیسم حقوقی) هستیم هر چند که شاید در عمل آن را به زبان نیاورند؛ اما چیزی که بی‌گمان می‌توان به آن اذعان داشت آن است که غلبه تا اکنون با فرمالیسم بوده است.

نتیجه‌گیری:

بی‌تردید به کارگیری روش شکل‌گرا در تصمیم‌گیری‌ها و تفاسیر حقوقی و قضایی، نتیجه‌ای جز ایستایی در قواعد حقوقی و ناتوانی آنها در پاسخگویی به نیازهای روز و مواجهه با مسائل مستحدثه جامعه بین‌المللی ندارد. این رویکرد، نظام حقوقی را از پویایی انداخته و رنگ و بوی رکود و خمودی بدان می‌بخشد. از سوی دیگر رویکرد شکل‌گرا، آن هم به نحوی افراطی، نهادهای قضایی را صرفاً تبدیل به ماشین حل و فصل اختلاف می‌کند و این در حالیست که با وجود برخی اختلاف‌نظرها در زمینه هدف غایی یک نظام حقوقی، نگارنده وظیفه اصلی حقوق و نهادهای قضایی را رسیدن به عدالت و احقاق حق می‌داند.

از سوی دیگر مگر می‌شود در تفاسیر حقوقی، مفسر خویش را از عناصر فراحقوقی همچون اخلاق، انصاف، عدالت، ارزش‌های مشترک بشری جدا دیده و به تفسیری مکانیکی بسنده نماید؟ مگر قاعده حقوقی پدیده‌ای مستقل و جدای از جامعه است. در بحث ما، جامعه بین‌المللی - که بتوان آن را به نحوی انتزاعی تفسیر نمود؟ پاسخ این پرسش‌ها بی‌گمان منفی است. البته در این امر تردیدی نیست که ورود مسائل فراحقوقی به ساحت حقوق باید در مسیر استدلال‌ورزی حقوقی تحقق یافته و به منصفه ظهور برسد. نمونه‌ای از این احتجاجات حقوقی را در تفسیر قاعده عرفی در روبه دیوان کیفری یوگسلاوی سابق مشاهده نمودیم که در عین وفاداری به منابع سنتی حقوق بین‌الملل، با ارائه تفسیری مترقیانه از عناصر مؤلفه قاعده عرفی طرحی نو برانداخت و بدین صورت خود را از چنبره فرمالیسم رهانید.

«بسیاری از انتقادات به شکل‌گرایی بر این مبنا استوار شده است که مجموعه قواعد حقوقی برای ارائه پاسخ صحیح و واحد به پرسش‌ها و مسائل حقوقی کفایت نمی‌کند؛ زیرا قواعد به‌خودی‌خود نامتعیین هستند؛ و بدون توجه به محتوا و ماده آنها و نیز داخل گرفتن عناصر فراحقوقی... نمی‌توان پیشاپیش

93. Dissenting Opinion of Judge Van Den Wyngaert (Arrest warrant case)

معنا، کارکرد و پیامدهای مشخص آن را تعیین کرد. به دیگر سخن منتقدان شکل‌گرایی حقوقی بر این باورند که ارائه پاسخ صریح به پرسش‌ها و مسائل، تنها با به میان آوردن پاره‌ای ملاحظات فراحقوقی ممکن است.^{۹۴}

در حقوق بین‌الملل، ذات‌گریز از مرکز دولت‌های حاکم و میل به استقلال عمل هر چه بیشتر، ضرورت تغییر رویکرد از فرمالیسم به رئالیسم حقوقی را پررنگ‌تر می‌سازد. توجه به آرمان‌های مشترک بشری و همچنین ترسیم افق مشترک برای دولت‌ها و ملت‌ها که می‌تواند از طریق عناصر حقوق نرم و همچنین عناصر فراحقوقی تقویت شود، تنها با اتخاذ رویکردی که بتواند این عناصر را در داخل خود جای دهد امکان‌پذیر خواهد بود.



۹۴. محمد راسخ و سیدحمید پورسید آقایی، نگاهی انتقادی به شکل‌گرایی در حقوق، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ۱۹، ۷۴ (۱۳۹۵)، ۷۵.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی کتب

- رضادوست، وحید. دیوان بین‌المللی دادگستری، ساختار استدلالی، روبه قضایی، سیاست حقوقی. تهران: نشر نگاه معاصر، ۱۴۰۱.
- فلسفی، هدایت‌الله. سیر عقل در منظومه حقوق بین‌الملل، اصول اساسی روش‌شناسی حقوق بین‌الملل. تهران: فرهنگ نشر نو: نشر آسیم، ۱۳۹۶.

مقالات

- راسخ، محمد و سیدحمید پورسید آقایی. «نگاهی انتقادی به شکل‌گرایی در حقوق». فصلنامه تحقیقات حقوقی، ۱۹، ۷۴ (۱۳۹۵)، ۸۴-۶۹.
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/article_56339.html
- رضادوست، وحید. «رویکردهای فعال و منفعل در سیاست قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری». مجله حقوقی بین‌المللی، ۳۸، ۶۵ (۱۴۰۰)، ۵۶-۳۱.
doi: 10.22066/CILAMAG.2021.243892

- محبی، محسن و محمدحسین لطیفیان. «تحول مفهوم اختلاف در پرتو قضیه دعوی جزایر مارشال علیه بریتانیا». مجله حقوقی بین‌المللی، ۳۶، ۶۱ (۱۳۹۸)، ۴۱-۷.
doi: 10.22066/CILAMAG.2019.90539.1557
- محبی، محسن و سهیلا ابراهیمی لویه. «مکتب نیوهیون در حقوق بین‌الملل: بازخوانی رابطه قدرت و حقوق بین‌الملل». مجله راهبرد، ۲۶، ۸۲ (۱۳۹۶)، ۲۰۶-۱۸۱.
doi: 20.1001.1.10283102.1396.26.1.6.3

ب) منابع خارجی

Books

- Aspremont, Jean. *Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Boyle, Alan and Christine Chinkin. *The Making of International Law*. Oxford: Oxford university press, 2007.
- Ehrlich, E. *Judicial Freedom of Decision: Its Principles and Objects*, in Science of Legal Method: Select essays. Editors J.H. Drake et.al. Boston: Boston Book Corporation, 1969.
- Gilmore, G. *The Age of American Law*, New Haven and London: Yale University Press, 1977.
- Higgins, R. *Problem and Process: International Law and How We Use It*. Oxford: Clarendon press, 1995.

- Holmes, O. W. *The Common Law*. New York: Dover Publications, 1881.
- Liber, F. *Legal and Political Hermeneutics or Principle of Interpretation and Construction in Law and Politics*. California: Little Brown Press, 1839.
- Weber, M. *Economy and Society*. Berkeley: University of California Press, 1978.
- Articles
- Blutman, L. "In the Trap of a Legal Metaphor: International Soft Law", *ICLQ*, 59, 3(2010), 605-624.
Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1661681>
- Guillaume, Gilbert. "The use of precedent by international judges and arbitrators". *Journal of international dispute settlement*, 2, 1 (2011), 5-23.
Available at: <https://doi.org/10.1093/jnlids/idq025>
- Guzman, A.T. "The Design of International Agreements". *EJIL*, 16, 4(2005), 579-612.
Available at: <https://doi.org/10.1093/ejil/chi134>
- Hutcheson, J.C. "The Judgment Intuitive: The Function of The 'hunch' in Judicial Decision". *Cornell Law Journal*, 14, 3(1929), 274-288.
Available at: <https://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol14/iss3/2>
- Koskeniemi, Martti. "International Law in a Post Realist Era". *The Australian Yearbook of International Law*, 16, 1(1995), 1-19.
Available at: <https://doi.org/10.1163/26660229-016-01-900000002>
- Miron, Alina. "Establishing the existence of a dispute before the International Court of Justice: Between formalism and verbalism". *QIL*, 45(2017), 43-51.
Available at: <http://www.qil-qdi.org/establishing-the-existence-of-a-dispute-before-the-international-court-of-justice-between-formalism-and-verbalism/>
- Pound, R. "Address to the American Bar Association". *American Law Review*, 40(1906).
- Shafer, Gregory. "The New Legal Realist Approach to International law". *Leiden Journal of International Law* (Symposium on New Legal Realism), 28, 2(2015), 189-210.
Available at: <https://doi.org/10.1017/S0922156515000035>
- Tamanaha, Brian Z. "The Third Pillar of Jurisprudence: Social Legal Theory". *William & Mary Law Review*, 56, 6(2013), 2235-2277.
Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2256622>
- Tumonis, Vitalius. "Legal Realism and Judicial Decision-Making", *Jurisprudence*, 19, 4(2012), 1361-1382.
Available at: <https://philpapers.org/rec/TUMLR>
- Documents and Judicial Cases
- Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia), ICJ Rep 2016.
- Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime Genocide, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports, 1996, 595 (Bosnian Genocide).

- Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime Genocide (Croatian and Serbia), Preliminary Objections, Judgment, ICJ Report 2008, 412(Croatian Genocide), 85.
- Application of the International Convention on Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 2011, 70.
- Arrest warrant 11 April 2000 (Democratic Republic of Congo v. Belgium), Judgment 14 February 2002.
- Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of Congo v. Belgium), Judgment, ICJ Reports 2002, 3, [26].
- Certain German Interests in Polish Upper Silesia, Jurisdiction, Judgment, 1925, PCIJ, Series A, No. 6, 14.
- Dissenting Opinion of Judge Van Den Wyngaert (Arrest warrant case).
- Dissenting Opinion of Vice-President Schwebel (Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons Case).
- General Assembly Resolution 49/75 K of 15 December 1994.
- International Court of Justice, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of 8 July 1996.
- Mavromatis Palestine Concessions, Objection to the Jurisdiction of the Court, Judgment of August 30th, 1924, PCIJ, Series A, No.2 (Mavromatis Case) 34.
- Nuclear Tests (Australia v France), Judgment, 1974, ICJ Reports 253.
- Nuclear Tests (New Zealand v France), Judgment, 1974, ICJ Reports 457.
- Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists, Documents Presented to the Committee Relating to Existing Plans for the Establishment of a Permanent Court of International Justice, April 30, Hmso, London, 1920, Articles 15 Draft Schemes Submitted on Behalf of Denmark, Norwegian And 17 Of Swedish And 2 of Neutral powers.
- Prosecutor v Kupreskic, Case No. IT-95-16-T, 14 January 2000.
- Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v Senegal), 2012, ICJ Reports 422.