

تأملی بر رهیافت‌های «فرمالیستی» و «انتقادی» از قواعد حقوق بین‌الملل

سیدمصطفی میرمحمدی*

لادن حریریان**

(DOI): 10.22066/CILAMAG.2022.248451

(DOR): 20.1001.1.2251614.1401.39.66.3.9

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۰/۰۴

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۲/۱۵

چکیده

نظام حقوق بین‌الملل همانند هر نظام حقوقی، نیازمند تشخیص و توجیه قواعد حقوقی خود است. رهیافت‌های صوری و شکل‌گرایانه به منظور تشخیص قواعد حقوقی از دیگر هنجارها و نیز استنتاج حقوقی با تکیه بر منطق صوری و برهان قیاسی در حقوق بین‌الملل نیز مجال طرح یافته است. اما باقی‌ماندن در چارچوب‌های فرمالیستی و شکلی حقوق بین‌الملل که در منابع صوری از قبیل معاهدات، عرف، اصول کلی حقوق و نیز برخی قطعنامه‌ها تعین یافته است، با پویایی این شاخه از دانش حقوق ناسازگار است. از این رو رهیافت‌های انتقادی حقوق، قصور شکل‌گرایی را در بروز و توجیه قواعد حقوق بین‌الملل نشانه گرفته‌اند. هرکدام از رهیافت‌های فرمالیستی و انتقادی در شناسایی، تبیین، توجیه و تفسیر قواعد حقوقی بین‌المللی، راه برگزیده خود را به‌صواب می‌دانند. مقاله حاضر، با استفاده از روش تحلیل نظری تلاش دارد با مرور و تأمل در خاستگاه و روش‌های هر یک از این دو رهیافت در تشخیص و استدلال قواعد حقوق بین‌الملل، سهم هر یک را در منطبق حقوق بین‌الملل بررسی و تحلیل کند. هر دو رهیافت به سهم خود در غنای روش‌های حقوق بین‌الملل سهم‌اند اما رهیافت‌های فرمالیستی همچنان غالب به نظر می‌آیند.

واژگان کلیدی

روش‌شناسی حقوق بین‌الملل، تفسیر قواعد حقوقی، فرمالیسم، مطالعات انتقادی حقوق، رویکرد سیاست‌محور

mirmohammadi@mofidu.ac.ir

* دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه مفید

** نویسنده مسئول، دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل، دانشکده علوم انسانی دانشگاه آزاد اسلامی، واحد قم
ladan.haririan@gmail.com

مقدمه

هرچند تفسیر قواعد، میراث نظام حقوق نوشته است، قواعد حقوق بین‌الملل و خاستگاه آن، ترکیبی از دو نظام نوشته و عرفی در اروپا است. اصول و قواعد حاکم بر تفسیر قواعد حقوق بین‌الملل، بن‌مایه‌های خود را از نظام‌های حقوقی داخلی می‌گیرد اما تابع تفاوت‌ها و روش‌های خاص خود است. رویکردها و روش‌های گوناگونی در قرائت و تفسیر قواعد بین‌الملل وجود دارد که در این میان دو رهیافت فرمالیستی و انتقادی از اهمیت ویژه‌ای برخوردارند. شکل‌گرایان به‌طور کلی در شناسایی، فهم و تفسیر قواعد حقوقی در همان منابع شکلی و صوری حقوق می‌مانند؛ اما در رویکرد انتقادی از تفسیر قواعد حقوقی نمی‌توان به قالب‌های شکلی حقوق اکتفا کرد و از تأثیرات اجتماعی، سیاسی و اقتصادی فروگذار نمود؛ چه در احراز قواعد حقوقی علاوه بر زوایای شکلی، توجه به سیاق اجتماعی و سیاسی منابع حقوقی یا منابع مادی نیز بایسته است.

تقریباً در تمام نظام‌های حقوقی این دو نحوه از تفسیر وجود دارد. در یک نگاه، برای شناسایی، فهم و تفسیر قواعد حقوقی تنها تفسیری شکل‌گرایانه از منابع نظام حقوقی کافی است اما از نگاهی دیگر، در احراز قواعد حقوقی علاوه بر تحلیل شکلی، به بررسی سیاق اجتماعی و سیاسی منابع حقوق نیاز است. دیدگاه نخست همان رهیافت فرمالیستی است. طرفداران این رهیافت در حقوق بین‌الملل تلاش دارند تا با تأکید بر منابع صوری این نظام حقوقی اثبات کنند که مجموعه قواعد و مواد حقوقی شکل‌گرفته از طریق معاهدات، حقوق بین‌الملل عرفی یا اصول کلی حقوق، برای پاسخ به مسائل حقوق بین‌الملل کافی است. اما در نقطه مقابل، مخالفان این رهیافت به‌ویژه پیروان مکاتب انتقادی، با فراتر رفتن از ظاهر قواعد، به سیاق تحولات و بسترهایی که به ایجاد قواعد مذکور منتهی شده است نیز توجه دارند و در تلاش‌اند تا با مقابل هم‌نشاندن تضادهای مختلف به تفسیری مقبول دست یابند.^۱

هریک از این رویکردها از قوت یا شکنندگی خاص خود برخوردارند. شکل‌گرایان، بیش از همه، «امنیت حقوقی» و «حکومت قانون» را ملاک و معیار روش خود قرار می‌دهند و بر این باورند که نباید از متن قواعد حقوقی فراتر رفت زیرا در غیر این صورت، حقوق به انواع ملاحظات سیاسی آمیخته شده و در عمل به بازیچه دست و اراده قدرت‌های بزرگ بدل خواهد شد. در نقطه مقابل، رویکرد انتقادی بر آن است تا نشان دهد تأکید بیش از حد به ظاهر قواعد، به فهمی ظاهرینانه از مفهوم حقوق می‌انجامد و مانعی در برابر پویایی آن خواهد بود. در نتیجه، نوعی متن‌گرایی افراطی بر دانش حقوق غالب خواهد شد.

در بررسی و تحلیل رهیافت‌های فرمالیستی و انتقادی به قواعد حقوق بین‌الملل، پژوهش

۱. ن.ک: فلسفی، هدایت‌الله؛ سیر عقل در منظومه حقوق بین‌الملل: اصول اساسی روش‌شناسی حقوق بین‌الملل، فرهنگ نشر نو با همکاری نشر آسیم، ۱۳۹۶، صص ۲۹۵-۲۹۲.

مستقلی مشاهده نشده است. هرچند در برخی مقالات، ضمن مباحث مربوط به مفهوم اختلاف در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری، به رهیافت‌های فرمالیستی نیز اشاره شده است،^۲ مقاله حاضر در تلاش است ضمن بررسی و تبیین جایگاه نظری این دو رهیافت در روش‌شناسی حقوق بین‌الملل، به کارآیی، نقاط قوت یا شکنندگی هریک از این دو رویکرد در شناسایی، فهم و تفسیر قواعد حقوق بین‌الملل نیز بپردازد. بر این اساس در ادامه، نخست به بررسی روش شکل‌گرایی و رهیافت‌های آن در حقوق بین‌الملل و پس از آن به رهیافت‌های انتقادی پرداخته خواهد شد. شایان ذکر است که نوشتار حاضر به تبیین محتوای قواعد حقوق بین‌الملل نمی‌پردازد، بلکه نفس احراز وجود قاعده، محل بحث تلقی می‌شود. در نتیجه، روش‌های رایج در تحلیل محتوای قواعد حقوقی (از جمله روش دگماتیک، تحلیل علمی و فلسفی)^۳ به بحث حاضر ارتباط چندانی نمی‌یابد. در عوض، مقاله حاضر می‌کوشد تا از طریق تحلیل مفهومی-نظری دو رهیافت حقوقی راجع به احراز قواعد، ابتدا به توصیف موجه آن‌ها بپردازد، و در ادامه، امکان جمع این دو رهیافت را به صورتی سازوار به بحث بگذارد.

۱. شکل‌گرایی و تفسیر قواعد حقوق بین‌الملل

فرمالیسم^۴ در معنای لغوی به شکل‌گرایی، صورت‌گرایی، افراط در تمسک به ظواهر و مواردی از این قبیل برگردان شده است، اما در معنای اصطلاحی و به‌عنوان نظریه یا رهیافت در روش مطالعه، تفسیر و احراز قواعد حقوقی با تعاریف و برداشت‌های متفاوتی همراه است. فرمالیسم را بدخیم‌ترین رهیافت معاصر نسبت به حقوق تعبیر کرده‌اند که علی‌رغم نشیب‌های بی‌شمار همچنان به حیات خود ادامه می‌دهد.^۵

در یک تعریف، فرمالیسم عبارت است از: «استفاده از قیاس منطقی برای رسیدن به نتیجه در یک قضیه از طریق مقدمات معتبر آن. فرمالیسم به مفسر کمک می‌کند تا نتیجه یک پرونده را درست یا نادرست اعلام کند، تقریباً به همان نحو که پاسخ مسئله‌ای ریاضی درست یا نادرست اعلام می‌شود».^۶ این برداشت از فرمالیسم حقوقی در تقابل با رئالیسم حقوقی است زیرا

۲. به‌عنوان نمونه، ن.ک: محبی، محسن و محمدحسین لطیفیان؛ «تحول مفهوم «اختلاف» در پرتو قضیه دعوی جزایر مارشال علیه بریتانیا»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، سال سی‌وششم، شماره ۶۱، پاییز و زمستان ۱۳۹۸؛ آذری، هادی؛ «از ماوروماتیس در فلسطین تا جزایر مارشال: تأملی در تحول مفهوم اختلاف در رویه قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، شماره ۸۵، ۱۳۹۸.

۳. برای مطالعه در خصوص این روش‌ها، ن.ک: فلسفی؛ همان، صص ۶۷ به بعد.

۴. Formalism

۵. کیوانفر، شهرام؛ *مبانی فلسفی تفسیر قانون*، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰، ص ۷۵.

۶. Richard Posner, "Legal Formalism, Legal Realism, and the Interpretation of Statutes and the

واقع‌گرایان در نقد بر شکل‌گرایی بر این باورند که محدود کردن هرگونه فهم و استدلال حقوقی به منطق صوری و قیاس و مقدماتین صغری و کبرای آن، روشی خطا و نامطمئن است. همچنین در فلسفه حقوق، فرمالیسم اصولاً به رهیافتی اطلاق می‌شود که برای شناخت نظام حقوقی باید منابع صوری آن را ملاک اعتبار قرار داد و از هرگونه تمسک به منابع واقعی و مادی آن اجتناب کرد. نیز از بُعد آیین دادرسی، فرمالیسم رهیافتی است که بر اساس آن قاضی یا حقوق‌دان تنها به شکل قاعده و آیین‌های تشریفاتی مرتبط با آن توجه دارد و مضمون و روح قاعده را قربانی توجه به آیین‌های شکلی می‌کند. بنابراین، دو مفهوم از شکل‌گرایی بیش از همه برجسته است. نخست شکل‌گرایی در مقام تشخیص قاعده حقوقی از دیگر هنجارهای اجتماعی با رعایت اصول و سلسله‌مراتب هنجاری در یک نظام حقوقی، و دیگری شکل‌گرایی در مقام استدلال و استنباط حقوقی با تکیه بر استنتاجات قیاسی و صغری و کبرای منطق صوری. هم‌اکنون از این‌رو از فرمالیسم به‌عنوان روشی برای اعمال مکانیکی قواعد حقوقی معین یا یک نظریه برای موجه‌سازی حقوق نیز یاد شده است. با وجود برداشت‌های مختلف از عبارت «فرمالیسم»، نقطه اشتراک همه آن‌ها توجه بیشتر به صورت هر امری، به جای توجه به محتوای آن است. این سخن بر نظام حقوق بین‌الملل نیز منطبق است. در واقع، فرمالیسم در حقوق بین‌الملل حاوی این پیام است که باید برای شناسایی اصول و قواعد حقوقی از یک سو، و تفسیر آن‌ها از سوی دیگر، بیش از همه به صورت و ظاهر آن اصول و قواعد توجه نشان داد. بر همین اساس گفته شده است که کار حقوق‌دان بین‌المللی، فهم نظام حقوق موضوعه از طریق تفسیر قواعد حقوقی موجود و پیدا کردن روابط منطقی میان این قواعد است.^۷

برای فهم و تحلیل ابعاد و زوایای فرمالیسم در حقوق بین‌الملل، بایسته است مهم‌ترین برداشت‌های رایج از این رهیافت در این نظام حقوقی بررسی شود تا برخی از برداشت‌های نامرتب یا شباهت‌ها و تفاوت‌های موجود بیشتر مشخص شود.

۱-۱. فرمالیسم و احراز قواعد حقوق بین‌الملل

یکی از رایج‌ترین برداشت‌ها از فرمالیسم در حقوق بین‌الملل، ناظر به برداشتی خاص از «احراز (= تشخیص) قاعده حقوقی»^۸ است. به نظر نویسنده کتاب «فرمالیسم و منابع حقوق بین‌الملل: نظریه‌ای در احراز قواعد حقوقی» به‌طور کلی، احراز قاعده حقوقی عملیاتی پیچیده است و بی‌درنگ انجام نمی‌گیرد زیرا در تشخیص قاعده حقوقی، به وجود پاره‌ای از اصول و معیارهای اساسی از قبل تعیین‌شده نیاز است که پیش‌تر دانشمندان، حقوق‌دانان و نیز مجریان قانون، درباره

^۷ Constitution", *Case Western Reserve Law Review*, vol. 37, 1987, p. 181.

^۸ فلسفی؛ همان، ص ۲۹۱.

آن‌ها به توافق رسیدند و همین توافق، آنان را قادر به شناسایی نظام حقوقی و مطالعه و اجرای آن می‌سازد. بنابراین، احراز قاعده حقوقی نیازمند استانداردسازی معیارهای تشخیص قاعده به صورت پیشینی و قبل از ورود به محتوای قواعد است. این استانداردسازی می‌تواند شکلی، غیرشکلی یا ترکیبی از هر دو باشد. فرمالیسم به‌عنوان تشخیص قاعده حقوقی با استفاده از معیارهای غیرشکلی یا ترکیبی تشخیص قانون تفاوت دارد زیرا فرمالیسم به‌عنوان تشخیص قاعده، به استفاده از موازین شکلی در تمایز «حقوق» از «ناحقوق» اشاره دارد. به بیان دیگر، در برداشت شکلی از حقوق، هر قاعده‌ای که با چنین معیارهای شکلی و از پیش تعیین‌شده‌ای مطابقت داشته باشد، قاعده‌ای حقوقی خواهد بود. شاخص‌های شکلی از پیش تعیین‌شده می‌توانند زبانی یا غیرزبانی (مادی) باشند؛ به این معنی که در تشخیص شکلی قواعد حقوقی لازم نیست قاعده مربوطه از دل سندی مکتوب بیرون آید. در واقع، شاخص‌های زبانی، به معنی استفاده از زبان از پیش تعیین‌شده خاص است که می‌تواند شفاهی باشد و لزومی ندارد که به سندی مکتوب ترجمه شده باشد. به همین ترتیب، شاخص‌های غیرزبانی (مادی) که رویه‌های کم و بیش تحمیلی هستند، می‌توانند فارغ از هر گونه سند مکتوب باشند.^۹

فهم فرمالیسم به منزله معیار احراز قاعده حقوقی نیازمند بررسی این مسئله است که آیا قاعده‌ای که ادعا می‌شود قاعده حقوقی است، با معیارهای شکلی مربوط به این اصول از پیش تعیین‌شده همخوانی دارد یا خیر. به همین دلیل است که اغلب طی مباحثی تحت عنوان نظریه منابع، به فرمالیسم به‌عنوان نظریه تشخیص قاعده حقوقی پرداخته می‌شود: اصطلاح «منبع» در این خصوص به‌طور کلی بیشتر به ریشه‌ها و چگونگی ساخته‌شدن اصول و قواعد اشاره دارد. این به اصطلاح نظریه منابع، حاکی از آن است که قاعده حقوقی به‌وسیله اصول تعیین‌شده در ماهیت شکلی خود مشخص می‌شود و در نتیجه، شناسایی قاعده در محک و معیاری «شکلی» سنجیده خواهد شد.^{۱۰} از آنجا که ماهیت مذکور در قالب اصطلاحات شکلی تعریف می‌شود، نظریه منابع مستلزم آیین تشخیص شکلی قاعده حقوقی خواهد بود. نظریه منابع، اغلب با مدل‌های تشخیص قاعده حقوقی بر اساس معیارهای غیرزبانی مغایرت دارد. به‌علاوه، از آنجا که در برخی نظام‌های حقوقی، چارچوب شکلی استانداردسازی‌شده قواعد، شکل «قاعده» یا «اصل» به خود می‌گیرند، گاه قاعده حقوقی تحت عنوان رویکرد قاعده‌محور^{۱۱} شناخته می‌شود^{۱۲} که با تعاریف هدف‌گرا،

9. Jean d'Aspremont, *Formalism and the Sources of International Law. A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, Oxford University Press, 2011, p. 12.

۱۰. برای مطالعه بیشتر در مورد نظریه منابع در حقوق بین‌الملل ن.ک: فلسفی، هدایت‌الله؛ «رویارویی عقل و واقعیت: مسئله منابع»، *سالنامه حقوق بین‌الملل و تطبیقی*، شماره سوم، ۱۳۸۶.

11. Rule-based approach

12. Martti Koskeniemi, "From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument", *Cambridge University Press*, 2005, p. 189.

اثرمحور یا فرآیندمحور از حقوق مغایرت دارد. رویکرد قاعده‌محور به تشخیص قاعده حقوقی نظر دارد و رویکردهای هدف‌گرا، اثرمحور یا فرآیندمحور به محتوا، توجیه و تحلیل قواعد توجه دارند. مهم‌ترین نکته در بحث حاضر این است که «تشخیص» قواعد حقوقی و «بروز» و پدیداری این قواعد، دو عملیات فکری متمایز به حساب می‌آیند. هدف اولی به‌طور خلاصه این است که در عالم انتزاع و در سطح نظر، قواعد حقوقی کدام‌اند، در حالی که مقصود دومی آن است که در سطح عمل و در مواجهه با قضیه ملموس و عینی، موضوع قاعده یا مقامات اعمال‌کننده قاعده، به‌ترتیب، چگونه به قواعد استناد کرده یا آن‌ها را اعمال می‌کنند. با این حال، تشخیص قاعده حقوقی و بروز (توجیه) قاعده حقوقی بسیار به یکدیگر پیوسته هستند. در واقع، بروز قاعده حقوقی مستلزم آن است که معیارهای تشخیص آن به‌طور ملموس محقق شوند و مقام یا فردی که قاعده را اعمال یا به آن استناد می‌کند، وجود حقیقی شاخص‌ها را با استناد به اینکه آن قاعده به وجود آمده است، نشان دهد. مع‌الوصف، این بدان معنا نیست که اگر تشخیص قاعده، شکلی شد، بروز قاعده نیز لزوماً شکلی است. بسا معیار شکلی‌ای که یک قاعده به‌موجب آن شناسایی شده، از طریق آیین اثباتی غیرشکلی بروز یافته باشد. به‌عنوان مثال، قابل تصور است که وجود موافقت‌نامه حقوقی کتبی با رفتار بعدی طرفین آن موافقت‌نامه پدیدار شود. عکس آن نیز صادق است. بسا قاعده‌ای که به‌صورت غیرشکلی شناسایی شده است، از طریق فرآیندی شکلی بروز یابد. بر این اساس، آیا فرمالیسم در این برداشت، تنها به روشی برای تشخیص قواعد حقوق بین‌الملل محدود خواهد شد؟

به باور برخی هرچند فرمالیسم به ترسیم خط فارق میان حقوق و غیرحقوق یا «حقوق» و «ناحقوق» کمک می‌کند، از ارائه هرگونه نشانه‌ای در خصوص محتوای قاعده حقوقی بین‌المللی در آنجا که قاعده تشخیص داده شده است، قاصر است.^{۱۳} در حقیقت، قواعد حتی اگر به‌صورت شکلی تشخیص داده شده باشند باز هم نیاز به تفسیر دارند.^{۱۴} درست است که اگر معیاری چون قصد و نیت طرفین به یکی از عوامل تشخیص قاعده تبدیل شود و اگر این قصد و نیت از سند مورد بررسی استنتاج شود، تفسیر محتوای سند مذکور برای روشن کردن قصد و نیت و بدین ترتیب، تشخیص قاعده ضروری خواهد بود. با این حال، این امر از پیامدهای استفاده از معیار غیرشکلی تشخیص قاعده حقوقی، مانند قصد و نیت است. بدین ترتیب، تشخیص قاعده حقوقی و تفسیر (= توجیه) محتوای قواعد، دو مقوله متفاوت باقی می‌مانند و همین دلیلی است بر اینکه

13. Jason Beckett, "Behind Relative Normativity: Rules and Process as Prerequisites of Law", *European Journal of International Law*, vol. 12, 2001, p. 629.

14. محبی، محسن و وحید رضادوست؛ «تفسیر تکاملی معاهدات در حقوق بین‌الملل در پرتو قضیه اختلاف در خصوص کشتی‌رانی و حقوق مربوط به آن (کاستاریکا علیه نیکاراگوئه)»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، سال سی‌ودوم، شماره ۵۳، پاییز و زمستان ۱۳۹۴، ص ۱۲.

چرا فرمالیسم قادر به توصیف تمام پدیدار حقوق نیست و از دلالت بر محتوای قواعد ماهوی حقوق بین‌الملل قاصر است.

هرچند در اینجا مفهوم فرمالیسم با تعیین محتوای قواعد حقوق بین‌الملل ارتباط چندانی ندارد و فقط به تشخیص آن قواعد محدود شده است، شناسایی شکلی قواعد از طریق یک دسته اصول استاندارد، عدم تعین^{۱۵} موجود در سطح تشخیص قواعد را به‌طور کامل برطرف نمی‌کند؛ در نتیجه فرمالیسم نیز برخی عدم‌تعین‌ها را با خود در پی دارد. در واقع، فرمالیسم به دلیل نامعلوم‌بودن و غیرقطعی‌بودن زبان که اصول استاندارد قواعد را تعریف می‌کند، به‌عنوان مجموعه‌ای از معیارهای استانداردسازی شده برای شناسایی قاعده، ناگزیر از ایجاد قرارداد زبانی مستقل و درون‌زا در جهت شناسایی قاعده تلقی می‌شود. با این حال، طرفداران نظریه منابع، چندین راه‌برد مفهومی جهت فائق آمدن بر عدم کفایت نظریه منابع و مهار و کنترل این نظریه طراحی کرده‌اند. در این راستا می‌توان فهم خاصی از تشخیص قاعده حقوقی را پذیرفت که برگرفته از رویه اجتماعی^{۱۶} است. چنین برداشت خاصی از هستی‌شناسی تشخیص شکلی قاعده، در متون مربوطه تحت عنوان نظریه اجتماعی^{۱۷} ذکر شده است. در واقع، نظریه اجتماعی از طریق استنتاج معیار قواعد از رویه نهادهای اعمال‌کننده حقوق و به علت ناتوانی و استقلال محدود نظریه منبع‌محور بابت شناسایی قواعد حقوق بین‌الملل (نظریه منابع) به دنبال تکمیل و اصلاح آن است. در حالی که نظریه اجتماعی به‌طور کامل، عدم‌تعین را از بین نمی‌برد یا به‌طور کامل از نظریه منابع منفک نمی‌شود، از چارچوبی برخوردار است که در عدم تعین معیارهای شکلی تشخیص قاعده بدون پذیرش نوعی عینیت‌گرایی خام^{۱۸} کارساز باشد. بر این اساس، نظریه اجتماعی می‌تواند به‌عنوان یکی از مبانی اصلی فرمالیسم در این نوشتار مورد توجه باشد.

این اندیشه که نظم حقوقی باید بر مبنای استانداردسازی شکلی اولیه نسبت به معیارهای تشخیص قاعده بنا شود، مسئله تازه‌ای نیست. هربرت هارت در کتاب مفهوم حقوق نیز به عدم تعین دائمی حقوق اذعان دارد و آن را این‌گونه تفسیر می‌کند که چون حقوق ریشه در عرف‌های اجتماعی^{۱۹} دارد، این امکان برای آن به وجود می‌آید که بدون هرگونه مشکل، در مورد اعتبار قاعده نهایی (برگرفته از کلیت نظام حقوقی) تفسیر ارائه کند.^{۲۰} چنانچه چنین تفسیری به حقوق بین‌الملل تحمیل شود، نتیجه‌اش بی‌اعتباری کلیت نظام حقوق بین‌الملل خواهد بود.^{۲۱} هرچند

15. Indeterminacy

16. Derived from social practice

17. Social thesis

18. Naive objectivism

19. Social conventions

۲۰. هربرت هارت، مفهوم قانون، ترجمه: محمد راسخ، چاپ سوم، نشر نی، ۱۳۹۲، صص ۱۸۰-۱۷۸.

۲۱. برای مطالعه در مورد ارتباط این اندیشه هارت با حقوق بین‌الملل در سیاق حقوق بین‌الملل عرفی، ن.ک:

نظریه هارت تا حد زیادی به چارچوب‌بندی فرمالیسم در بستر حقوق بین‌الملل کمک می‌کند، برای جوان و تازه‌نگه‌داشتن فرمالیسم در حقوق بین‌الملل کافی نیست زیرا مشهور است که هارت نه تنها حقوق بین‌الملل را تا حد مجموعه‌ای از قواعد بسیار ابتدایی و فاقد نظام حقوقی تنزل داد، بلکه نتوانست مبانی سیاسی فهم شکلی خود از حقوق را نیز روشن کند. از این رو می‌توان گفت نظریه هارت، هرچند در احیای فرمالیسم در بستر حقوق بین‌الملل مؤثر بوده است، در توضیح مبانی فرمالیسم در عرصه حقوق بین‌الملل و ارائه نقد معقولی از روند کنونی حقوق بین‌الملل و فرم‌زدایی^{۲۲} در فرآیند تشخیص قاعده حقوقی طرفی نیست. در عوض، با ارائه مدلی تعدیل‌شده از نظریه هارت می‌توان برداشت موسعی از نهادهای اعمال‌کننده قواعد حقوقی بر مبنای رویه اجتماعی ارائه کرد تا از آن طریق بتوان طیف وسیعی از عوامل اجتماعی را پوشش داد.^{۲۳}

۱-۲. فرمالیسم در نظریه قضاوت و استدلال حقوقی

از فرمالیسم به‌عنوان نظریه «بی‌طرفی قضایی»^{۲۴} و «فهم‌پذیری خودبنیاد»^{۲۵} در استدلال‌های حقوقی نیز یاد شده است.^{۲۶} در این برداشت، فرمالیسم در مفهوم پیش‌بینی رفتار مقامات اعمال‌کننده قواعد حقوقی، آنجا که با مشروعیت^{۲۷} و مرجعیت^{۲۸} بیشتری اقدام به اتخاذ تصمیمات قضایی می‌کنند، به کار رفته است. فرمالیسم در این معنا پاسخی است به «شک‌گرایی افراطی در قاعده»^{۲۹} و واقع‌گرایی حقوقی که تفسیر کاملاً نامعلومی از اعمال قانون دارد و قانون را با اعمال قانون یکسان می‌انگارد.^{۳۰} فرمالیسم در مباحث حقوقی، انتخاب را در اعمال قانون به حداقل، و

Samantha Besson, "Theorizing the Sources of International Law", in Samantha Besson and John Tasioulas (eds), *The Philosophy of International Law*, Oxford University Press, 2010, pp. 180-185.

22. Deformalization

23. D'Aspremont, *op.cit.*, p. 16.

24. Adjudicative neutrality

25. Immanent intelligibility

۲۶. به‌عنوان مثال، ن.ک:

Ernest Weinrib, "Legal Formalism" in Dennis Patterson (ed), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell Publishers Ltd, 2010, pp. 327-338.

این کتاب با این مشخصات به فارسی برگردان شده است: پترسن، دنیس؛ مکاتب معاصر فلسفه حقوق: کتاب راهنمای بلک‌ول برای فلسفه حقوق، ترجمه: محمد مهدی ذوالقدری، ترجمان، ۱۳۹۵.

27. Legitimacy

28. Authority

29. Radical rule-scepticism

۳۰. چنین فهم دوگانه‌ای از فرمالیسم در کتاب *مفهوم قانون* وجود دارد. هارت، فرمالیسم و قاعده شکاکی را «اسکالیا و شارپیدیس» [به معنای افراط و تفریط] نظریه حقوقی دانسته و هر دو را نیز رد کرده است. برای مطالعه بیشتر، ن.ک. هارت؛ همان، صص ۲۴۴-۲۰۱.

پیش‌بینی را به حداکثر می‌رساند. چنین مفهوم‌سازی نسبت به فرمالیسم اغلب شانه به شانه تعریف نظم حقوق بین‌الملل به‌عنوان «نظام» حرکت کرده است. این نوع از فرمالیسم در تاریخ اکثر نظام‌های حقوقی با نوسان‌هایی روبه‌رو بوده است، از جمله دوره استیلای استدلال‌های حقوقی فرمال که به تغییر جهتی اساسی به سوی فرم‌زدایی از استدلال‌های حقوقی انجامیده است.^{۳۱}

بسیاری از انتقادات نسبت به فرمالیسم در عرصه حقوق، متوجه چنین درکی از فرمالیسم است که برداشت کانت از عقل جهان‌شمول را تداعی می‌کند. این امر به‌ویژه در ارتباط با اعتراضات واقع‌گرایانه بر ضد «سوءاستفاده از منطق»، «سوءاستفاده از قیاس» و «نظریه حقوقی مکانیکی»^{۳۲} (به معنای نظریه حقوقی‌ای که به فرآیند حقوق به‌عنوان اموری ماشینی و مکانیکی نظر می‌کند) صحت دارد.^{۳۳} که ره‌آورد فرمالیسم به حساب می‌آیند. تمامی این انتقادات بر این پیش‌فرض استوارند که فرمالیسم، نخست و بیش از هر چیز، «نظریه قضاوت»^{۳۴} (به معنای نظریه‌ای برای فیصله اختلافات) و موجد نوعی از فن «مدیریت اختلاف» و شناسایی قواعد خاص جهت حل اختلافات حقوقی است.

۱-۳. شکل‌گرایی، اراده‌گرایی و دولت‌محوری

در ادبیات حقوقی، همچنین فرمالیسم مترادف سازگار تشخیص قاعده حقوقی بر پایه رضایت و اراده انحصاری دولت دانسته شد.^{۳۵} بر اساس این تفسیر، فرمالیسم کنایه از تضمین اقتدار مداوم دولت قلمداد می‌شود.^{۳۶} متون حقوق بین‌الملل قرن نوزدهم اغلب ترویج‌گر چنین برداشتی از فرمالیسم بود که در نهایت به تأیید حاکمیت مطلق دولت‌ها انجامید. تصمیم دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی در ابتدای ۱۹۲۷ در پرونده مشهور *لوتوس*^{۳۷} اغلب به اشتباه به‌عنوان نقطه اوج ارتباط فرمالیسم و اراده‌گرایی تفسیر می‌شود که به آن اجازه ادامه حیات در تحقیقات حقوقی در قرون ۲۰ و ۲۱ را داد.^{۳۸}

۳۱. این موضوع به‌طور دقیق توسط دیوید کیندی توضیح داده شده است. برای مطالعه بیشتر در این خصوص، ن.ک:

David Kennedy, "When Renewal Repeats: Thinking Against the Box", *New York University Journal of International Law*, vol. 32, 2000, p. 335.

32. Mechanical jurisprudence

۳۳. اصطلاح معروف رسکو پوند که در ۱۹۰۸ به کار برده است. ن.ک:

Roscoe Pound, "Mechanical Jurisprudence", *Columbia Law Review*, vol. 8, 1908, p. 605.

34. Theory of adjudication

۳۵. این درک در بسیاری از شئون تحقیقات حقوقی بین‌المللی معاصر رسوخ کرده است. به‌عنوان نمونه، ن.ک:

Jutta Brunnee and Stephen Toope, "An Interactional Theory of International Legal Obligation", *University of Toronto Legal Studies Research Series*, No. 08-16, July 2008, pp. 31-33.

36. Anthony Carty, "Conservative and Progressive Visions in French International Legal Doctrine", *European Journal of International Law*, vol. 16, 2005, pp. 525-537.

37. *Lotus case*, PCIJ, series A, no. 10, 1927.

۳۸. برای مطالعه بیشتر در خصوص انتقادات مطروحه در خصوص اراده‌گرایی، ن.ک:

Allain Pellet, "The Normative Dilemma: Will and Consent in International Law-Making", *The Australian*

بدون شک اگر فرمالیسم با اراده‌گرایی تلفیق شود، به‌طور جدی با تناقض مواجه می‌شود و در ارائه نظریه رضایت‌بخش به منظور تبیین ماهیت الزام‌آور حقوق بین‌الملل موفق نخواهد بود.^{۳۹} می‌توان اذعان کرد که اراده‌گرایی در وهله نخست، رویکردی به اقتدار و مشروعیت حقوق بین‌الملل دارد که مسئله‌ای متفاوت از تشخیص قاعده حقوقی است. گرچه نمی‌توان تأثیر تشخیص شکلی قاعده حقوقی بر اقتدار و مقبولیت حقوق بین‌الملل را نادیده گرفت، فرمالیسم به خودی خود به دنبال توضیح چرایی الزام‌آور بودن حقوق یا چرایی پیروی تابعان حقوق بین‌الملل از قواعد آن نیست. بدین ترتیب، فرمالیسم و اصالت اراده، دو مقوله متفاوت تلقی می‌شوند.

نیز ممکن است گفته شود که از آنجا که فرمالیسم به بازنگری در نظریه منابع حقوق بین‌الملل می‌پردازد، ایجاد حقوق بین‌الملل را ناگزیر از منظر دولت‌محور می‌نگرد زیرا برداشت‌های رایج از منابع حقوق بین‌الملل عمدتاً با رضایت دولت تغذیه اطلاعاتی می‌شوند. با این حال، ویژگی دولت‌محور برداشت‌های رایج در مورد منابع حقوق بین‌الملل مستلزم آن نیست که فرمالیسم در تشخیص قاعده حقوقی باید ضرورتاً به‌عنوان اصل با خواست دولت‌ها همخوانی داشته باشد، چونان که آثار محققین پیشامدرن و کلاسیک حقوق بین‌الملل چنین گواهی می‌دهد. فرمالیسم به این معنا نیست که حقوق منحصرماً از دولت ناشی می‌شود زیرا فرمالیسم نسبت به منابع مادی (یعنی ماهوی) و واقعی^{۴۰} حقوق بی‌تفاوت است. در واقع، معیارهای تشخیص شکلی قاعده حقوقی می‌تواند علی‌رغم اینکه ریشه در خواست دولت‌ها ندارند، به شناسایی اصول مشخص به‌عنوان قواعد حقوقی بینجامند. به‌عنوان نمونه، در نظام حقوقی کثرت‌گرای معاصر، کاملاً قانع‌کننده است که حقوق از نهادهای غیردولتی ناشی شود، در حالی که شناسایی همچنان بر مبنای معیارهای شکلی صورت می‌پذیرد.^{۴۱} با وجود اینکه فرمالیسم نقش تشخیص قاعده حقوقی را به رضایت دولت‌ها محدود نمی‌داند، عکس این امر نیز صادق است. رضایت، به خودی

Yearbook of International Law, 1988-1989, p. 26.

۳۹. در این راستا، کاسکنیمی در فصل پنجم کتاب «از مدافعه تا آرمان‌شهر» ذیل بحث از «منابع» توضیح می‌دهد که حقوق همواره برای معنادگی به نظم حقوقی به بیرون خود محتاج است. با این حال، توجه به بیرون حقوق، ماهیت هنجاری قواعد حقوقی را متزلزل می‌کند. در عین حال، برای فهم قواعد حقوقی‌ای که زاده اراده دولت‌ها هستند، چاره‌ای جز توجه به وقایع اجتماعی (بیرون از حقوق) وجود ندارد. بر این اساس می‌توان نتیجه گرفت که در صورت پذیرش اراده‌گرایی، نمی‌توان در آن واحد به فرمالیسم در فهم قواعد نیز پایبند ماند.

Koskeniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, op.cit., pp. 385-387.

40. Actual material source

۴۱. در خصوص تکثر حقوق بین‌الملل و نقش بازیگران غیردولتی، ن.ک:

Jean d'Aspremont (ed), *Participants in the International Legal System—Multiple Perspectives on Non-State Actors in International Law*, Routledge, 2011.

خود، توسل به هیچ معیار تشخیص شکلی قاعده حقوقی را درگیر نمی‌کند.^{۴۲} به‌عنوان نمونه، زمانی که قواعد عرفی به منزله ظهور ضمنی رضایت دولت‌ها تفسیر می‌شود،^{۴۳} این قواعد دیگر به وسیله معیارهای شکلی شناسایی نمی‌شود.

ضرورت تفکیک بین فرمالیسم و رضایت دولت روشن می‌سازد که چرا فرمالیسم در مورد هویت بازیگرانی که حقوق از آن‌ها ناشی می‌شود، پیش‌داوری نمی‌کند. بدین ترتیب، مباحث ارائه‌شده در این نوشتار با امکان نظری اینکه قواعد حقوق بین‌الملل به‌واسطه نهادهای غیردولتی ایجاد شوند مخالفتی ندارد. در واقع، فرمالیسم صرفاً دغدغه‌مند چگونگی شناسایی قاعده است، فارغ از اینکه چه کسی یا چه چیزی نیروی اولیه سازنده قاعده بوده است.

۱-۴. شکل‌گرایی و توصیف حقوق بین‌الملل

بیشتر منتقدان فرمالیسم، آن را با نظریه کلی توصیفی حقوق بین‌الملل مرتبط دانسته‌اند. در این معنا، فرمالیسم به دنبال ارائه رویکردی است تا کل پدیدار حقوق و چگونگی ایجاد حقوق بین‌الملل و دلیل تبعیت از آن را ترسیم کند.^{۴۴} حقوق بین‌الملل پدیده پیچیده‌ای است که قطعاً نمی‌توان آن را به سازکارهای تشخیص شکلی قاعده حقوقی فروکاست. بدون تردید، تشخیص شکلی قاعده حقوقی قادر به توصیف پدیده پیچیده شکل‌گیری حقوق بین‌الملل نیست. به همین ترتیب، گرچه احراز شکلی قاعده حقوقی، شرط لازم برای اعتبار^{۴۵} حقوق بین‌الملل است، تشخیص شکلی قاعده حقوقی فی‌نفسه نمی‌تواند محتوای تعهد حقوقی مندرج در قاعده را روشن کند. افزون بر این، بسیار چیزهای دیگر لازم است تا قاعده که با شاخص‌های شکلی تشخیص داده شده است بتواند رساننده محتوای تعهد در میان مخاطبان خود باشد. فرمالیسم به‌عنوان نظریه تفکیک «حقوق» از «ناحقوق» بر اساس شاخص‌های شکلی، با «ادراکات مشترک»^{۴۶} که قاعده را ایجاد کرده است^{۴۷} ارتباطی ندارد؛ فارغ از اینکه آن ادراکات حقیقتاً به متابعت و پیروی از حقوق بین‌الملل بینجامند یا خیر.

بدین ترتیب به نظر می‌رسد که گرچه می‌توان در احراز قاعده حقوقی در نظام حقوق

۴۲. برای دیدن نقدی از این نگره قرن نوزدهمی و استفاده آن به منزله ابزار روایت پیشرفت، ن.ک:

David Kennedy, "International Law and Nineteenth Century: History of an Illusion", *Nordic Journal of International Law*, vol. 65, 1996, p. 385.

۴۳. Grigory Tunkin, *The Theory of International Law*, Harvard University Press, 1974, p. 124.

۴۴. Jutta Brunnée and Stephen Toope, *Legitimacy and Legality in International Law. An Interactional Account*, Cambridge University Press, 2010, pp. 46-52.

۴۵. Validity

۴۶. Shared understandings

۴۷. در خصوص ادراک مشترک در جامعه بین‌المللی، ن.ک:

Brunnée and Toope, *Ibid.*, pp. 56-87.

بین‌الملل از رویکرد فرمالیستی کمک گرفت، همان‌گونه که منتقدین اعلام داشته‌اند، نمی‌توان ثمره رویکرد فرمالیستی در این خصوص را برابر و معادل فهمی کامل از کلیت حقوق بین‌الملل در نظر گرفت. به تعبیر دیگر، برای توصیف و تبیین حقوق بین‌الملل و قواعد مندرج در آن باید ورای فهمی شکل‌گرایانه حرکت کرد تا بتوان درکی جامع از این نظم حقوقی عرضه داشت.

۱-۵. پوزیتیویسم و شکل‌گرایی

ازجمله مفاهیم مشابه با فرمالیسم، پوزیتیویسم حقوقی است که اغلب با آن همسان به نظر می‌آید. منظور از پوزیتیویسم در بحث حاضر به‌طور کلی نظرگاهی است که حقوق را صرفاً در چارچوب ملاحظات «موضوعه» طبقه‌بندی می‌کند و ورود ملاحظات غیرموضوعه را در حقوق بر نمی‌تابد.

درهم‌آمیختن پوزیتیویسم و شکل‌گرایی به هیچ وجه اتفاقی نمی‌نماید زیرا پوزیتیویست‌های حقوقی نه‌تنها معمولاً در بحث‌های حقوقی از فرمالیسم دفاع می‌کنند^{۴۸} بلکه پرشورترین طرفداران فرمالیسم در تشخیص قواعد بین‌المللی نیز به شمار می‌آیند.^{۴۹} در واقع، پوزیتیویست‌های حقوقی از طرح دقیقی در ارتباط با تشخیص شکلی قاعده حقوقی (مانند نظریه منابع) حمایت می‌کنند. همان‌طور که در بالا توضیح داده شد، نظریه منابع حکایت از این دارد که حقوق به‌وسیله منابع آن مشخص می‌شود و در نتیجه، شناخت حقوق به بررسی ریشه‌های آن تقلیل داده می‌شود.

هرچند پوزیتیویست‌های حقوقی از نظر پیشینه، استفاده از فرمالیسم را برای اهداف تشخیص شکلی قاعده حقوقی بسط داده‌اند، باید فرمالیسم را تنها یکی از لایه‌های مهم پوزیتیویسم حقوقی دانست.^{۵۰} بنابراین تمایز بین این دو مفهوم، بسیار و قابل توجه است.^{۵۱}

در واقع اگر پوزیتیویسم نوعی نظریه حقوقی است که محتوای مباحث حقوقی را تحت‌الشعاع خود قرار می‌دهد و حقوق را با حقوق موضوعه مساوی می‌انگارد، در مقابل، شکل‌گرایی، نظریه‌ای

۴۸. گرچه باید تأکید کرد که این حکم، استثنائات مهمی چون هربرت هارت دارد. ن.ک:

H.L.A. Hart, "American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream", *Georgia Law Review*, vol. 11, 1976-1977, pp. 978-989.

۴۹. Alexander Orakhelashvili, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, Oxford University Press, 2008, pp. 51-60.

۵۰. در خصوص تمایز بین فرمالیسم و پوزیتیویسم حقوقی، ن.ک:

Anthony J. Sebok, "Misunderstanding Positivism", *Michigan Law Review*, vol. 93, 1995, pp. 2054-2132.

۵۱. برای دیدن نظر موافق در این خصوص، ن.ک:

Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, op.cit., p. 191.

علاوه بر نظریه‌پردازان حقوق بین‌الملل، حقوق‌دانان بین‌المللی‌ای که در عرصه کارهای عملی نیز سرآمد هستند، از چنین سخنی دفاع کرده‌اند، مانند برونو سیما، قاضی پیشین دیوان بین‌المللی دادگستری و داور کنونی در دیوان داورای دعوی ایران-ایالات متحده (که خود را پوزیتیویستی روشن‌اندیش به حساب می‌آورد). ن.ک:

Bruno Simma and Andreas Paulus, "The Responsibility of Individuals for Human Rights Abuses in Internal Conflicts: A Positivist View", *American Journal of International Law*, vol. 93, 1999, p. 307.

در منطق حقوق است که شکل و ظاهر حقوق و قواعد مندرج در آن‌ها را مشمول واکاوی‌های تحلیلی قرار می‌دهد و به‌طور کلی بر این نظر است که حقوق و قواعد حقوقی را باید با سنجه و محک‌های شکلی شناسایی، و در این میان باید از ملاک‌های ماهوی دوری کرد. به بیانی تمثیلی، فرمالیسم به «ظرف»، و پوزیتیویسم به «مظروف» حقوق و قواعد حقوقی توجه دارند.

۱-۶. «فرهنگ فرمالیسم»

نخستین بار *مارتی کاسکنیمی*، استاد حقوق بین‌الملل دانشگاه هلسینکی عبارت «فرهنگ فرمالیسم»^{۵۲} را ارائه کرد که در سال‌های اخیر از شهرت بسیاری برخوردار شده است.^{۵۳} این جنبه از اندیشه کاسکنیمی، او را از سایر دانشمندان مطالعات انتقادی حقوق^{۵۴} و واسازی‌گرایی (شالوده‌شکنی، تفکیک‌گرایی)^{۵۵} متمایز می‌سازد زیرا دعوت او به‌صورت تلاشی برای کاستن از برخی آثار واگرایی فهمیده شده است. بحث از نظریات مکاتبی چون مطالعات انتقادی حقوقی، در بخش دوم مقاله حاضر خواهد آمد. در اینجا کافی است اشاره شود که علی‌رغم وجود اشتراکی لفظی، برداشت رایج از «فرمالیسم» با «فرهنگ فرمالیسم» کاسکنیمی به کلی متفاوت است. آشنایان با تفکرات کاسکنیمی بر این امر واقفانند که فهم فرهنگ فرمالیسم او آسان نیست. حقیقت، او در آثار خود در توضیح این مفهوم بسیار موجز سخن گفته است. با این حال، فرهنگ فرمالیسم از خود آثار کاسکنیمی و تفسیرهای صورت‌گرفته از آن‌ها به‌صورت فرهنگ مقاومت در برابر قدرت، پاسخ‌گویی به‌عنوان رویه اجتماعی، گشودگی (انفتاح)^{۵۶} و برابری فهمیده می‌شود که آن‌ها را نمی‌توان به مواضع سیاسی طرفین اختلاف فروکاست. به‌طور خاص، فرهنگ فرمالیسم در حالی که به جهان‌شمولی باور ندارد، امکان استدلال‌های حقوقی جهان‌شمول را فراهم می‌آورد؛ به شکلی که با کناره‌گیری از امپریالیسم، از خطرات ناشی از آن اجتناب می‌کند و به دنبال فرصتی برای شنیده‌شدن سخنان و ادعاهای جایگزین در مورد کاستی‌های حقوق است. در این معنا، فرهنگ فرمالیسم در مباحث استدلال حقوقی، «ضدفرمالیستی» است که باید از آن به‌عنوان «اندیشه تنظیمی»^{۵۷} یا «افق»^{۵۸} دست‌نیافتنی^{۵۹} ضروری تعبیر کرد.^{۶۰} مطابق نظر کاسکنیمی،

52. Culture of formalism

۵۳. در خصوص ادعای معروف کاسکنیمی در خصوص فرهنگ فرمالیسم، ن.ک:

Martti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge University Press, 2002, pp. 502-509.

54. Critical legal studies

55. Deconstructivism

56. Openness

57. Regulative ideal

58. Martti Koskenniemi, "What is International Law For?" in Malcolm Evans (ed), *International Law*, Oxford University Press, 2006, p. 70.

59. Unattainable 'horizon'

فرهنگ فرمالیسم همواره با «نقد» حقوق همراه است زیرا فرهنگ فرمالیسم امری است که از فرایند نقد حراست می‌کند تا آنان که سابق بر این با نگاهی ابزاری به حقوق، ادعاهای خود را جهان‌شمول می‌دانستند و سعی بر پنهان کردن اهداف سیاسی خود دارند، از آن سوءاستفاده نکنند. فرهنگ فرمالیسم، سنگ بنای پروژه کاسکنیمی است که از حقوق‌دانان بین‌المللی دعوت می‌کند تا ذاتی بودن ادعاهای خود را برملا و بر جهان‌شمولی همه مدعیات حقوقی تمرکز کنند.^{۶۱}

فرهنگ فرمالیسم کاسکنیمی ابزاری نیست که نتیجه استدلال حقوقی را دیکته کند یا راه‌حل‌های حاضر و آماده‌ای را برای مسائل سیاسی که حقوق در آن‌ها اعمال می‌شود ارائه دهد. فرهنگ فرمالیسم، یک فن ممارستی یا فرهنگ ارتباطاتی است که آرزوی جهان‌شمولی استدلال‌های حقوقی را محض رضای آزادی و گشودگی در سر می‌پروراند. به تعبیر برخی، «صرفاً آن دسته از مدعیات حقوقی که بتوانند علیه خودمان نیز اقامه شوند، معتبر هستند».^{۶۲} این سخن بدین معناست که نمی‌توان در اظهار عقیده با «معیارهای دوگانه» رفتار کرد و یک ادعا را صرفاً تا آن زمانی پذیرفت که به نفع گوینده باشد. بنابراین، فرهنگ فرمالیسم، یک نوع «نگهبان تفسیری»^{۶۳} محسوب می‌شود.^{۶۴} در این معنا، «فرهنگ فرمالیسم» بی‌تردید خود را در هیچ‌گونه شاخصی بروز نمی‌دهد.

بنا توضیحات بالا، به‌وضوح می‌توان مشاهده کرد که «فرهنگ فرمالیسم» مطرح‌شده توسط کاسکنیمی در واقع در فضایی کاملاً متفاوت با رهیافت فرمالیستی (به معنای مدنظر در نوشتار حاضر) مطرح شده است. حتی می‌توان اعلام کرد که اساساً نظریات کاسکنیمی نه تنها با رهیافت فرمالیستی ارتباط چندانی ندارد، بلکه عموماً به نظریه رقیب آن (یعنی رهیافت انتقادی) قرابت دارد، و همان‌طور که در بخش بعد با تفصیل بیشتری خواهد آمد، مکتب هلسنیکی به‌عنوان یکی از نتایج و ثمرات رهیافت انتقادی، اساساً دست‌پرورده کاسکنیمی محسوب می‌شود. در این معنا، اشتراک «رهیافت فرمالیستی» با «فرهنگ فرمالیسم» صرفاً اشتراک لفظی قلمداد می‌شود.

۲. رهیافت انتقادی در تفسیر قواعد حقوق بین‌الملل

در مقابل رهیافت‌های فرمالیستی که اهمیت بیشتری به شکل و قالب قواعد حقوقی می‌دهند،

60. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870–1960*, p. 508.

61. D'Aspremont, *op.cit.*, p. 28.

62. *Ibid.*

63. Interpretative safeguard

64. Jason Beckett, "'Rebel Without a Cause?' Martti Koskenniemi and the Critical Legal Project", *German Law Review*, vol. 7, 2006, p. 1070.

رهیافت‌های انتقادی از فرمالیسم حقوقی عبور می‌کنند تا پدیدار حقوقی را با مقتضیات و واقعیات روز جامعه بین‌المللی سازگارتر کنند و با کنار هم قراردادن برداشت‌ها و تفاسیر متفاوت از اصول و قواعد حقوقی، به فهمی واقع‌گرایانه دست یابند. در این مسیر، رهیافت انتقادی بیشتر به تضادها و حرکت‌های اجتماعی موجود در زمان «وضع» و «تفسیر» قاعده توجه نشان می‌دهد.^{۶۵} برخلاف رهیافت‌های فرمالیستی که در حقوق بین‌الملل پیشینه‌ای طولانی دارد، رهیافت‌های انتقادی سابقه کمتری دارند. بنابراین جا دارد در ادامه، نخست، بنیان‌های نظری این رهیافت‌ها به اختصار بررسی و پس از آن به جایگاه این رهیافت در مهم‌ترین مکاتب معاصر حقوق بین‌الملل مانند مکتب نیوهیون و هلسینکی اشاره شود.

۲-۱. بنیان‌های نظری رهیافت‌های انتقادی حقوق

منظور از «رهیافت‌های انتقادی»^{۶۶} در حقوق بین‌الملل، عموماً دیدگاه‌هایی هستند که با اندیشه راست (مکتب فلسفی لیبرالیسم) همسویی ندارند و با انتقاد از روایت‌های رایج لیبرال، به ارائه مدل‌های جایگزین آن می‌پردازند. این رویکردها در حقوق بین‌الملل ضمن دوری از پوزیتیویسم و فرمالیسم، به دنبال آن هستند تا حقوق بین‌الملل را به سمت غایات اصلی این نظام حقوقی متمایل کنند و از اراده‌گرایی محض فاصله بگیرند. علی‌رغم تمام تفاوت‌هایی که میان انواع رهیافت‌های انتقادی وجود دارد، می‌توان دو ویژگی زیر را بیش از همه نشانه گرفت.

الف. دورشدن از رویکردهای سنتی حقوق بین‌الملل

رویکردهای سنتی در حقوق بین‌الملل (که عموماً با پوزیتیویسم کلاسیک در ارتباط هستند) می‌کوشند تا با ترسیم خط فارق‌ی مطلق میان «حقوق» و «ناحقوق» یا «امور فراحقوقی»، از تمامی مباحث معرفت‌شناسانه (که از قضا در تعیین تکلیف مسائل حقوقی مهم از بیشترین اهمیت برخوردارند) بر حذر دارند یا آن‌ها را بی‌اهمیت جلوه دهند و به استغناء حقوق از سایر دانش‌ها حکم کنند. با این حال، تحولات دهه‌های اخیر در زمینه نظریه‌های حقوق بین‌الملل نشان داده است که می‌توان نظریه‌های جدیدی را برای بررسی و کاوش در حقوق بین‌الملل به کار گرفت و از رویکردهای سنتی دور شد. در این مسیر، رویکردهای جدید بر این عقیده‌اند که حقوق با سایر علوم در ارتباط مداوم است و در نتیجه نیازمند آن است که با آن‌ها وارد گفت و گو شود. بدین ترتیب، دیگر نمی‌توان مانند گذشته میان حقوق و سایر دانش‌ها مرزهای قاطع و روشنی کشید.

۶۵. برای دیدن بحثی در خصوص تفاوت رهیافت‌های فرمالیستی و انتقادی در چارچوب چند مثال، ن.ک: فلسفی، هدایت‌الله؛ سیر عقل در منظومه حقوق بین‌الملل: اصول اساسی روش‌شناسی، صص ۲۹۳-۲۹۲.

رهیافت‌های انتقادی در این مسیر می‌کوشند تا با تأکید بر این نظریه‌های جدید در حقوق بین‌الملل، دیدگاه‌های سنتی را نقد کنند و به مطالعات میان‌رشته‌ای روی آورند.^{۶۷}

ب. قرابت با رویکردهای معطوف به نظریه‌های روابط بین‌الملل

یکی از ویژگی‌های بارز رویکردهای انتقادی به حقوق بین‌الملل را باید در تقابل با رویکردهای سنتی از این جهت توضیح داد که رویکردهای سنتی غالباً خود را به تفسیر و اعمال قواعد حقوقی در معنای اخص کلمه محدود می‌کنند اما رویکردهای انتقادی، ضمن توجه به سیاق و محیط پرورش قواعد مذکور در زمینه، به سایر دانش‌های بین‌المللی، بخصوص روابط بین‌الملل، توجهی ویژه نشان می‌دهند.

تفاوت‌های زیادی میان حقوق بین‌الملل و روابط بین‌الملل وجود دارد اما واقعیتی واحد آن‌ها را به هم پیوند می‌دهد؛ این واقعیت، «موضوع» این دو دانش است: در واقع، هر دوی حقوق بین‌الملل و روابط بین‌الملل از «دولت»، «امنیت»، «صلح»، «قدرت»، «سازمان‌های جهانی» و من حیث‌المجموع از «پدیدار بین‌المللی» سخن می‌گویند. همین نکته است که این دو را شبیه به اعضای خانواده‌ای واحد می‌کند که در عین تفاوت‌های بنیادین، دارای «شباهت‌های خانوادگی» هستند. به سخن دیگر، حقوق بین‌الملل همان حقوق روابط بین‌الملل است.

هانس مورگنتاو پیشگام نظرگاه حقوقی بین‌المللی معطوف به روابط بین‌الملل است. وی تحصیلات خود را از عالم حقوق شروع کرد اما از جایی سر در آورد که اکنون «روابط بین‌الملل» خوانده می‌شود و به همین تعبیر می‌توان او را پدر این رشته تازه متولدشده دانست.^{۶۸}

رنالسیسم مورگنتا به بیانی ساده، بدین معناست که دولت‌ها به‌عنوان مهم‌ترین اعضای جامعه بین‌المللی، به دنبال مفاهیمی آرمان‌گرایانه چون «خیر مشترک»، «حکومت قانون»، «حقوق بشر» و «صلح بین‌المللی» نیستند، بلکه سیاست را مبارزه قدرت تلقی نموده و می‌خواهند منافع و قدرت خود را به حداکثر برسانند، چرا که قدرت، ابزاری برای تعقیب اهداف است. به بیان دیگر، مفهوم منافع است که در چارچوب قدرت به واقع‌گرایی سیاسی کمک می‌کند تا جایگاهش را در عرصه سیاست بین‌الملل مشخص کند. لذا دولت‌ها در صدد ایجاد موازنه قدرت یا مهار قدرت در روابط بین خود هستند. بنابراین، همکاری میان دولت‌ها را باید در این راستا فهم و تحلیل کرد.^{۶۹}

67. Andrea Bianchi, *International Law Theories. An Inquiry into Different Ways of Thinking*, Oxford University Press, 2016, p. 24.

68. *Ibid.*, pp. 110-111.

69. هانس جی. مورگنتا؛ سیاست میان ملت‌ها؛ تلاش در راه قدرت و صلح، ترجمه: حمیرا مشیرزاده، انتشارات وزارت امور خارجه، صص ۱۶-۱۳.

برای مطالعه در خصوص نسبت روابط بین‌الملل و حقوق بین‌الملل به‌عنوان نمونه، ن.ک. آوت، کنث؛ «نظریه روابط بین‌الملل،

در این میان، رهیافت‌های انتقادی، برخلاف رهیافت‌های فرمالیستی که تلاش می‌کنند محض بودن حقوق را حفظ کنند، در تکاپوی آن هستند تا توجه‌ها را به یافته‌های قطعی روابط بین‌الملل جلب کنند.^{۷۰}

۲-۲. مکاتب مرتبط با رهیافت انتقادی

مکاتب و نظریه‌های بسیاری را می‌توان در حقوق بین‌الملل یافت که با رهیافت‌های انتقادی همراهی می‌کنند. در این میان، سه نظرگاه اصلی شایان بررسی است تا بتوان از آن طریق به فهمی کامل‌تر از مبانی نظری رهیافت‌های انتقادی دست یافت.

الف. مکتب نیوهیون

این مکتب بیش از هرکس، با اندیشه‌های مایرس مک‌دوگل^{۷۱} و سپس هارولد لاسول^{۷۲} و مایکل ریزمن^{۷۳} در ارتباط است و به دلیل اینکه بیشتر نظریه‌پردازان آن در دانشکده حقوق پیل تحصیل کرده‌اند به «مکتب پیل» نیز شهرت دارد. مطابق این نظرگاه که از رئالیسم حقوقی^{۷۴} نَسَب می‌برد، این مدعای پوزیتیویسم که حقوق، عینی و بی‌طرف است به باد انتقاد گرفته می‌شود، چرا که مطابق این مکتب، حقوق در خلأ شکل نمی‌گیرد بلکه آدمیان خالق آن هستند؛ آدیانی که در کنار قوه عاقله و منطق، آمیزه‌ای از تعلقات، انگیزه‌ها و احساساتی هستند که لزوماً پایه عقلانی ندارند و از قضا همین تعلقات، انگیزه‌ها و احساسات در عقلانیتِ شخص نیز تأثیر می‌گذارند.^{۷۵}

مکتب نیوهیون تلاش دارد از میان سیستم‌های مختلف حقوق بین‌الملل، یکی را جهت تحقق شأن و کرامت بشر، از طریق موازنه هرچه مؤثرتر قدرت و ایجاد تعادل بیشتر در تعاملات انسانی در فرایند اجتماعی، با توزیع هرچه بیشتر ارزش‌های اساسی و خواسته‌ها انتخاب کند.^{۷۶}

حقوق بین‌الملل و رژیم حاکم بر فجایع ارتكابی در مخاصمات داخلی»، نیم‌نگاهی به روش‌شناسی حقوق بین‌الملل، ترجمه: علیرضا ابراهیم‌گل، خرسندی، ۱۳۹۳، صص ۱۴۱-۱۳۶.

۷۰. فلسفی؛ همان، ص ۲۹۲.

71. Myres Mc. Dougal

72. Harold Lasswell

73. Michael Reisman

۷۴. به بیان ساده، رئالیسم حقوقی بدین معناست که حقوق را نباید به صورت انتزاعی و صرفاً ذهنی دید و گمان کرد که حقوق صرفاً مجموعه‌ای از اصول و قواعدی است که قاضی صرفاً بر مبنای آن‌ها و کاملاً بی‌طرفانه و در خلأ به قضاوت می‌پردازد. به اعتقاد واقع‌گرایان حقوقی، حتی صحنه قاضی هم می‌تواند در نحوه قضاوت او تأثیر بگذارد.

75. Bianchi, *op.cit.*, pp. 94-96.

۷۶. موثق، هومن؛ «شناخت مکتب پیل و نقد آن»، سالنامه ایرانی حقوق بین‌الملل و تطبیقی، روزنامه رسمی کشور، شماره دوم، ۱۳۸۵، ص ۳۰۲.

این مکتب با نقد مفهوم قدرت ناب به‌عنوان هسته سخت حقوق بین‌الملل و نقش آن در ساختن هنجارها و اصول بنیادی حقوق و روابط بین‌الملل، بر منطق جدید قدرت تأکید می‌کند و حقوق را برآیند تضارب قدرت‌های جهانی در فرآیند رویه‌های دولت‌ها و بازیگران غیردولتی می‌داند و بدین‌سان جامعه مشترکات بین‌المللی را جایگزین مفهوم سنتی قدرت می‌کند.^{۷۷}

نظرگاه نیوهیون و فرآیندمحور، با آشتی‌دادن امر حقوقی و امر سیاسی یا به تعبیری، همکاری حقوق‌دانان با دانشمندان علوم سیاسی، به اموری می‌پردازند که در رویکردهای سنتی، تحت عنوان «فراحقوق» شناخته می‌شوند و بنابراین از لحاظ حقوقی، بی‌اهمیت یا بی‌معنا هستند. در رویکردهای فرآیندمحور که عموماً در ایالات متحده آمریکا رشد و نمو یافته است، حقوق صرفاً مجموعه‌ای از اصول و قواعد نیست، بلکه «فرآیند» شکل‌گیری، تفسیر و اجرای آن اصول و قواعد نیز در نظام حقوقی، بالمره دخیل‌اند. بدین ترتیب، مکتب نیوهیون با انکار فرمالیسم و پوزیتیویسم حقوقی، بر این باور است که حقوق وجودی پویا دارد و به‌طور مداوم ساخته و پرداخته می‌شود.^{۷۸}

بدین ترتیب، نیوهیون، بابتی را به روی حقوق بین‌الملل گشود که دیگر، استفاده از محتوا و روش‌شناسی‌های موجود در سیاست و روابط بین‌الملل را مغالطه و تخطی از روش‌شناسی حقوقی نمی‌شمارد.

ب. مکتب مطالعات انتقادی حقوق

این نظرگاه، همان‌گونه که از نام آن یعنی «جنبش مطالعات انتقادی حقوقی»^{۷۹} برمی‌آید، کاملاً بر مبنای رهیافت‌های انتقادی استوار شده است. این نظرگاه با استعانت از نظریات جدید در زبان‌شناسی و معرفت‌شناسی، کاملاً برخلاف نظرگاه‌های سنتی که حقوق را صرفاً مجموعه‌ای از اصول و قواعد خشک می‌دانند معتقد است که حقوق، مشتمل بر اصول، قواعد و زمینه‌های تفسیری آن را نمی‌توان در خلأ و خارج از زمینه بحث فهم کرد. قواعد حقوقی را باید در ظرف زمان و مکان و مخاطب قاعده سنجید، چرا که قواعد حقوقی، بسته به آنکه در چه وضعیتی به کار گرفته شوند، معانی مختلفی از خود به نمایش می‌گذارند. به تعبیر دیگر، برخلاف نظرگاه‌های فرمالیستی (صورت‌گرا) که معتقدند «حقوق، حقوق است و بس» و کار حقوق‌دان تنها بررسی ضوابط حقوقی است (و نه ضوابط اقتصادی، سیاسی، جامعه‌شناسی و...)،^{۸۰} مطالعات انتقادی حقوق بر

۷۷. محبی، محسن و سهیلا ابراهیمی لویه؛ «مکتب نیوهیون در حقوق بین‌الملل: بازخوانی رابطه قدرت و حقوق بین‌الملل»، *مجله راهبرد*، دوره ۲۶، شماره ۸۲، بهار ۱۳۹۶.

78. Ingo Venzke, *How Interpretation Makes International Law: On Semantic Change and Normative Twists*, Oxford University Press, 2012, p. 33.

79. Critical Legal Studies Movement

۸۰. به‌عنوان نمونه، هانس کلسن (به‌عنوان یکی از نظریه‌پردازان فرمالیسم در حقوق بین‌الملل) معتقد است که «جداکردن حقوق از سیاست» نه‌تنها ممکن، که واجب است. ن.ک:

این نظر است که «حقوق، سیاست است و بس»؛^{۸۱} که البته در اینجا منظور از سیاست، نه قدرت برهنه و نظامی ابرقدرت‌ها و نفی بنیان‌های نظام حقوقی، که زمینه‌ها و مفروضات غیرحقوقی فهم و تفسیر اصول و قواعد حقوقی است.

پژوهش‌گران این نحله فکری در حقوق بین‌الملل، بیشترین سرمایه‌گذاری را بر مفهوم «عدم تعین»^{۸۲} بنا کرده‌اند. این اصطلاح به اجمال بدین معناست که معنای قواعد حقوقی، پیشاپیش معلوم، روشن و بدیهی نیست و نمی‌تواند به‌تنهایی متعین باشد، چرا که قواعد حقوقی ذاتاً مبهم و نامتعین‌اند و این، مفروضات و معلومات پیشینی و غیرحقوقی شخص است که به فهم او از قاعده سمت و سو می‌دهد.^{۸۳} در همین راستا، بنیانگذار «جریان جدید»^{۸۴} در حقوق بین‌الملل، یعنی دیوید کیدی که بن‌مایه این جریان را از جنبش «مطالعات انتقادی حقوق» افرادی چون رُبرتو آنگری^{۸۵} می‌گیرد، از ویژگی جدلی‌الطرفینی بودن مسائل حقوق بین‌الملل پرده برمی‌دارد و به همین دلیل، به بی‌پایان بودن مناقشات موجود در آن صحنه می‌گذارد و بر این امر تأکید دارد که اساساً چیزی به نام پاسخ حقوقی درست وجود ندارد. بر این اساس، آورده اصلی «جریان جدید» این است که زبان نه‌تنها حقوق و نظام مرتبط با آن را توضیح می‌دهد، بلکه آفریننده آن نیز هست و هر لحظه، به بازآفرینی آن می‌پردازد.^{۸۶}

ج. مکتب هلسینکی

از دل جنبش مطالعات انتقادی حقوق و جریان جدید، اندیشه دیگری نیز در عرصه حقوق بین‌الملل بیرون آمده است که تحت عنوان «مکتب هلسینکی» شناخته می‌شود و بیش از همه، معطوف به نظرگاه خاص مارتی کاسکنیمی، استاد حقوق بین‌الملل دانشگاه هلسینکی است که با ارائه «تحلیلی واپس‌گرایانه»^{۸۷} به تأسیس نظریه‌ای خاص در مورد حقوق بین‌الملل انجامیده

Hans Kelsen, *The Law of the United Nations*, The Lawbook Exchange, Ltd., 1950, p. viii.

81. Martin P. Golding and William A. Edmundson, *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell 2006, p. 80

82. Indeterminacy

83. به تعبیر هارت: «حتی زمانی که قواعد عام صورت‌بندی شده در قالب الفاظ استفاده می‌شود، ممکن است عدم قطعیت در خصوص شکل رفتار مدنظر آن‌ها در موارد ملموس مشخص بروز کند. رخدادهای مشخص، منتظر ما نمی‌ایستند تا پیشاپیش آن‌ها را از هم تمیز دهیم و آن‌ها را مصادیقی از قاعده عامی بدانیم که اعمال آن، محل بحث است؛ نیز هیچ‌یک از این قواعد، مصادیق خود را مشخص نمی‌کنند. محدودیتی ذاتی در ماهیت زبان در تمام حوزه‌های عمل، و نه فقط حوزه قواعد در خصوص راهنمایی که زبان عام می‌کند، موجود است». ن.ک: هارت؛ همان، ص ۲۰۴.

84. New Stream

85. Roberto Mangabeira Unger

86. Bianchi, *International Law Theories. An Inquiry into Different Ways of Thinking*, 2016, p. 142.

87. Regressive analysis

است.^{۸۸} به نظر او و البته به اقتضای نظرگاه مطالعات انتقادی حقوق، حقوق بین‌الملل، چیزی نیست جز «سیاست حقوق بین‌الملل». ^{۸۹} با این حال، او «سیاست حقوق بین‌الملل» را از منظر دیگری نیز کاویده است. او گفته لوترپاخت در خصوص «انتخاب» در حقوق بین‌الملل را گامی به جلو بُرد. پیش‌تر، لوترپاخت در رابطه با اشتغال قضایی تأکید کرده بود که در بیشتر مواقع، قاضی باید میان استدلال‌ات مختلف دست به انتخاب بزند. انتخاب معمولاً میان ادعایی که بر قاعده حقوقی استوار است و ادعایی که چنین نیست صورت نمی‌گیرد، بلکه بین ادعاهای مختلفی صورت می‌گیرد که هر کدام دارای درجه‌ای از مقبولیت حقوقی هستند.^{۹۰} اینجا بود که کاسکنیمی اعلام کرد: «انتخاب، میان حقوق و سیاست نیست، بلکه میان یک سیاست حقوقی و سیاست حقوقی دیگر است». ^{۹۱} بدین ترتیب، او پروژه خود را از مطالعات انتقادی آغاز کرد اما آن را در افق‌های دیگری در کتاب *از مدافعه تا آرمان‌شهر*^{۹۲} پروراند.

نتیجه

بررسی تاریخ اندیشه‌های حقوقی بین‌المللی نشان می‌دهد که رویکردهای غالب در حقوق بین‌الملل به رهیافت فرمالیستی نزدیک بوده است. در واقع، در ابتدای ظهور نظام حقوق بین‌الملل، به جهت تفوق اراده‌گرایی و دولت‌محوری، توجه به منابع صوری و احراز شکلی قواعد حقوقی بین‌المللی با رهیافت‌های فرمالیستی، ضامن وجود حقوق بین‌الملل تلقی می‌شد. با این همه، در دهه‌های اخیر و با رشد مطالعات میان‌رشته‌ای، تا حد زیادی این اندیشه جا افتاده است که صرف توجه به مبانی شکلی و فرمالیستی حقوق بین‌الملل نشان‌دهنده چارچوبی کامل و جامع از اصول و قواعد حقوق بین‌الملل نیست.

علی‌رغم این، رهیافت‌های انتقادی گاه آن‌چنان در مسائل نظری و انتزاعی غوطه‌ور شده‌اند که عملاً نتوانسته‌اند در ادبیات حقوقی بین‌الملل معاصر جایگاه مستحکمی بیابند. همچنین با

۸۸. برای مطالعه در خصوص «تحلیل واپس‌گرایانه» کاسکنیمی، ن.ک: کدخدایی، عباسعلی و امیرعباس امیرشکاری؛ «درآمدی بر تحلیل قهقرایی مارتی کاسکنیمی در ارزیابی ساختاری حقوق بین‌الملل»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۴۵، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۴.

89. Politics of international law.

کاسکنیمی در کتاب سیاست حقوق بین‌الملل خود سعی کرده است این مفهوم را در موضوعات مختلف حقوق بین‌الملل به نمایش بگذارد. ن.ک:

Martti Koskenniemi, *Politics of International Law*, Hart Publishing, 2011.

90. Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, Praeger, 1958, p. 399.

91. Martti Koskenniemi, "International Law in Europe: Between Tradition and Renewal", *European Journal of International Law*, vol. 16, no. 1, 2005, p. 123.

92. Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Cambridge University Press, 2005.

ورود انتقادات وسیع به فرمالیسم در حقوق بین‌الملل، طرفداران این رویکرد تلاش کرده‌اند تا نسخه‌های تعدیل‌شده‌ای از این رهیافت ارائه نمایند و در نتیجه با بازسازی خوانش خود، در برابر رهیافت‌های انتقادی مجدداً قد علم کنند.

توجه دوباره به رهیافت‌های فرمالیستی در حقوق بین‌الملل در دهه‌های اخیر، بیش از همه، معلول ورود نظریه‌های آمریکایی به عرصه نظریه‌پردازی در این زمینه است که گاه به دنبال تحکیم منافع ملی این کشور در پوشش ارزش‌های والای بشری دیده می‌شود. در واقع، برخی نظریات حقوق بین‌الملل در تلاش‌اند تا با قلب معانی مندرج در قواعد حقوقی بین‌المللی، اراده خود را بر این نظام حقوقی تحمیل کنند. به همین جهت، رهیافت‌های فرمالیستی می‌توانند تا حد زیادی در مقابل این نظرگاه‌ها بایستند و یادآور حکومت نسبی قانون در عرصه بین‌المللی شوند. به نظر می‌رسد که برای ارائه نظریه‌ای قابل دفاع در عرصه حقوق بین‌الملل نمی‌توان از هیچ‌یک از رهیافت‌های مذکور غافل ماند، چرا که هریک از این رهیافت‌ها و رویکردها برخی از جوانب حقوق بین‌الملل را پوشش می‌دهند و هرکدام به نوبه خود بر غنا و پویایی حقوق بین‌الملل می‌افزایند.

به‌طور کلی رهیافت‌های فرمالیستی با عطف توجه به امنیت حقوقی، پیش‌بینی‌پذیری و حکومت قانون، در تلاش‌اند تا با ارائه‌دادن چارچوبی شکلی و فارغ از ماهیت و محتوای قواعد حقوقی، به شناسایی و احراز حقوق بین‌الملل و قواعد مندرج در آن پردازند و از این طریق، قطعیتی را برای حقوق بین‌الملل به ارمغان آورند. از سوی دیگر، رهیافت‌های انتقادی با اشاره کردن به ویژگی تغییرپذیر نیازهای اجتماعی و تحولات نظام حقوقی در زمان، به دنبال پویا کردن حقوق بین‌الملل از طریق فرمالیسم‌زدایی از فرآیند شناسایی قواعد حقوقی بین‌المللی هستند. با این همه، بررسی این رهیافت‌ها در نوشتار حاضر نشان می‌دهد که می‌توان علاوه بر توجه به سوبیه‌های فرمالیستی و شکلی احراز قواعد حقوقی، به حفظ پویایی و تأکید بر توسعه حقوق بین‌الملل نیز همت گمارد و به نوعی میان این دو رهیافت کلی جمع کرد و به موازنه‌ای معقول و منطقی دست یافت. این امر البته جز با بازنگری در فهم رایج از حقوق بین‌الملل و نقد رویکردهای سنتی قابل حصول نیست. در واقع، نظریه مختار نوشتار حاضر آن است که می‌توان از فرمالیسم به‌عنوان نقطه شروع در احراز قواعد حقوق بین‌الملل استفاده کرد اما نباید در آن متوقف شد و باید به سایر ملاحظات و نظریات حقوقی، از جمله نظریه «واقع‌گرایی حقوقی» نیز توجه کرد. به تعبیر دیگر، برای تبیین واقع‌گرایانه در نظام حقوق بین‌الملل در کلیت آن باید از فرمالیسم فراتر رفت؛ امری که گاه برخی حقوق‌دانان بین‌المللی آن را «پوزیتیویسم روشن‌اندیشانه»^{۹۳} خوانده‌اند.

93. Enlightened positivism. See: Bruno Simma and Andreas Paulus, *op.cit.*

منابع:

الف. فارسی

- کتاب

- فلسفی، هدایت‌الله؛ سیر عقل در منظومه حقوق بین‌الملل: اصول اساسی روش‌شناسی حقوق بین‌الملل، فرهنگ نشر نو با همکاری نشر آسیم، ۱۳۹۶.
- کیوانفر، شهرام؛ مبانی فلسفی تفسیر قانون، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰.
- آبوت، کنث؛ «نظریه روابط بین‌الملل، حقوق بین‌الملل و رژیم حاکم بر فجایع ارتكابی در مخاصمات داخلی»، نیم‌نگاهی به روش‌شناسی حقوق بین‌الملل، ترجمه: علیرضا ابراهیم‌گل، خرسندی، ۱۳۹۳.
- مورگنتا، هانس جی؛ سیاست میان ملت‌ها: تلاش در راه قدرت و صلح، ترجمه: حمیرا مشیرزاده، انتشارات وزارت امور خارجه، ۱۳۷۴.

- مقاله

- آذری، هادی؛ «از ماوروماتیس در فلسطین تا جزایر مارشال: تأملی در تحول مفهوم اختلاف در رویه قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۸۵، ۱۳۹۸.
- فلسفی، هدایت‌الله؛ «رویارویی عقل و واقعیت: مسئله منابع»، سالنامه حقوق بین‌الملل و تطبیقی، شماره ۳، ۱۳۸۶.
- محبی، محسن و وحید رضادوست؛ «تفسیر تکاملی معاهدات در حقوق بین‌الملل در پرتو قضیه اختلاف در خصوص کشتی‌رانی و حقوق مربوط به آن (کاستاریکا علیه نیکاراگوئه)»، مجله حقوقی بین‌المللی، دوره ۳۲، شماره ۵۳، پاییز- زمستان ۱۳۹۴.
- محبی، محسن و محمدحسین لطیفیان؛ «تحول مفهوم «اختلاف» در پرتو قضیه دعوی جزایر مارشال علیه بریتانیا»، مجله حقوقی بین‌المللی، سال سی‌وششم، شماره ۶۱، پاییز- زمستان ۱۳۹۸.
- محبی، محسن و سهیلا ابراهیمی لویه؛ «مکتب نیوهیون در حقوق بین‌الملل: بازخوانی رابطه قدرت و حقوق بین‌الملل»، مجله راهبرد، دوره ۲۶، شماره ۸۲، بهار ۱۳۹۶.
- موثق، هومن؛ «شناخت مکتب بیل و نقد آن»، سالنامه ایرانی حقوق بین‌الملل و تطبیقی، روزنامه رسمی کشور، شماره ۲، ۱۳۸۵.

ب. انگلیسی

- Books

- Besson, Samantha, 'Theorizing the Sources of International Law' in Samantha Besson and John Tasioulas (eds), *The Philosophy of International Law*, Oxford University Press, 2010.
- Bianchi, Andrea, *International Law Theories. An Inquiry into Different Ways of Thinking*, Oxford University Press, 2016.
- Brunnée, Jutta, Toope, Stephen, *Legitimacy and Legality in International Law. An Interactional Account*, Cambridge University Press, 2010.
- D'Aspremont, Jean, *Formalism and the Sources of International Law. A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, Oxford University Press, 2011.
- Kelsen, Hans, *The Law of the United Nations*, The Lawbook Exchange, Ltd., 1950.
- Koskenniemi, Martti, 'What is International Law For?' in Malcolm Evans (ed), *International Law*, Oxford University Press, 2006.
- Koskenniemi, Martti, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Cambridge University Press, 2005.
- Koskenniemi, Martti, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870–1960*, Cambridge University Press, 2002.
- Lauterpacht, Hersch, *The Development of International Law by the International Court*, Praeger, 1958.
- Morgenthau, Hans, *Politics Among Nations: The struggle for Power and Peace*, New York, 1978
- Martin P. Golding and William A. Edmundson *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* Mark V. Tushnet: *Critical Legal Theory*, Blackwell 2006, p. 80.
- Orakhelashvili, Alexander, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, Oxford University Press, 2008.
- Tunkin, Grigory, *The Theory of International Law*, Harvard University Press, 1974.
- Venzke, Ingo, *How Interpretation Makes International Law: On Semantic Change and Normative Twists*, Oxford University Press, 2012.
- Weinrib, Ernest, 'Legal Formalism' in Dennis Patterson (ed), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell Publishers Ltd, 1999.

- Articles

- Beckett, Jason, "'Rebel Without a Cause?'" Martti Koskenniemi and the Critical Legal Project', *German Law Review*, vol. 7, 2006.
- Beckett, Jason, 'Behind Relative Normativity: Rules and Process as

Prerequisites of Law', *European Journal of International Law*, vol. 12, 2001.

- Brunnée, Jutta, Toope, Stephen, 'An Interactional Theory of International Legal Obligation', *University of Toronto Legal Studies Research Series*, No. 08-16, July 2008.
- Carty, Anthony, 'Conservative and Progressive Visions in French International Legal Doctrine', *European Journal of International Law*, vol. 16, 2005.
- Hart, H.L.A., 'American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Nobel Dream', *Georgia Law Review*, vol. 11, 1976-1977.
- Kennedy, David, 'International Law and Nineteenth Century: History of an Illusion', *Nordic Journal of International Law*, vol. 65, 1996.
- Kennedy, David, 'When Renewal Repeats: Thinking Against the Box', *New York University Journal of International Law*, vol. 32, 2000.
- Koskenniemi, Martti, 'International Law in Europe: Between Tradition and Renewal', *European Journal of International Law*, vol. 16, no. 1, 2005.
- Koskenniemi, Martti, 'The Lady Doth Protest Too Much', *Modern Law Review*, Vol. 65, 2002.
- Pellet, Allain, 'The Normative Dilemma: Will and Consent in International Law-Making', *The Australian Yearbook of International Law*, 1988-1989.
- Pound, Roscoe, 'Mechanical Jurisprudence', *Columbia Law Review*, vol. 8, 1908.
- Sebok, Anthony J., 'Misunderstanding Positivism', *Michigan Law Review*, vol. 93, 1995.
- Simma, Bruno, Paulus, Andreas, 'The Responsibility of Individuals for Human Rights Abuses in Internal Conflicts: A Positivist View', *American Journal of International Law*, vol. 93, 1999.