

مطالعات حقوق تطبیقی،
دوره ۴، شماره ۲،
پاییز و زمستان ۱۳۹۲،
صفحات ۳۷ تا ۵۶

آموزه‌های حقوق دانان بین‌المللی برجسته

۱. امیرحسین رنجبریان *

استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

۲. حسن کمالی نژاد

دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل دانشگاه تهران

تاریخ دریافت: ۹۲/۴/۲۴ - تاریخ پذیرش: ۹۲/۶/۱۱

چکیده

اگرچه منزلت سنتی آموزه‌های (دکترین) مؤلفان رساله‌های حقوقی بین‌المللی آن‌چنان‌که در سده‌های نخستین پس از زایش حقوق بین‌الملل از آن برخوردار بودند، در اثر تغییر نگرش‌ها، از منبع اصلی به منبع فرعی احراز قواعد، تنزل یافت و به‌ظاهر رویه قضایی محاکم بین‌المللی در نیمه اول قرن بیستم اعتنای چندانی به آن‌ها نمی‌کرد، ولی با پیدایش محاکم بین‌المللی جدید در دهه‌های اخیر، رویکرد رویه قضایی بیشتر محاکم تغییر چشمگیری یافت؛ چنانکه بسیاری از آن‌ها از استناد آشکار به دیدگاه‌های نویسندگان برجسته حقوق بین‌الملل برای تشخیص قاعده از غیرقاعده ابایی ندارند. در ضمن بی‌میلی دسته‌ای از محاکم مانند دیوان بین‌المللی دادگستری نسبت به توسل به آثار حقوق دانان در ظاهر امر است و آرای آنها ریشه‌ای نامرئی در اندیشه‌های حقوق دانان دارد. دیگر کارکرد ویژه آموزه‌های علمای برجسته، دمیدن روح نوآوری و عنصر ترقی به پیکره حقوق بین‌الملل و در مواردی ایجاد قاعده‌هاست.

واژگان کلیدی:

آموزه‌های جمعی، آموزه‌های حقوق دانان بین‌المللی برجسته، ابزار احراز قاعده حقوقی، تألیفات حقوقی بین‌المللی، محاکم بین‌المللی، منبع اصلی قاعده حقوقی، منبع فرعی قاعده حقوقی.

مقدمه

علم حقوق از عالمان حقوق ناگسستنی است؛ چراکه هر دانش حقوقی وجود متخصصانی را می‌طلبد که مفاهیم آن را پرورش و به آن بال و پر دهند. حقوق بین‌الملل نه تنها از این قاعده مستثنا نیست که در مقایسه با سایر شاخه‌های حقوق، سهم حقوق دانان بیشتر به‌نظر می‌رسد، زیرا در قیاس با دیگر شاخه‌های حقوق، اصولاً حقوق بین‌الملل به سبب ماهیت ویژه‌ای که دارد، پی‌ریزی، شکل‌گیری و توسعه‌اش را تا حد زیادی مرهون اینان بوده است؛ هرچند که طی دوران، مرتبه آموزه‌های (دکترین) برجسته‌ترین حقوق دانان یکسان نبوده است. در واقع از اوان پیدایش این علم به معنای نوین آن تا به امروز، ارج

و قدر آن‌ها با فراز و نشیب‌هایی همراه بوده است. در برهه‌ای، نظریه‌های آنان همچون منبع اصلی قاعده، مقدس شمرده شده و در برهه‌ای دیگر، به جایگاه ابزار فرعی برای احراز قاعده، فرو افتاده است؛ به گونه‌ای که نه تنها برخی شأن آثار نویسندگان را به «دومین منبع فرعی» پس از رویه قضایی بین‌المللی خلاصه کرده‌اند، بلکه گروهی دیگر آن‌ها را منبع در حال افول قواعد بین‌المللی پنداشته‌اند.

آموزه به مفهوم مضیق آن عبارت است از یک قاعده یا عقیده حقوقی که به طور گسترده مورد پذیرش باشد (Garner, 2009, p. 128, Wild, 2006, p. 128) و به معنای موسع، گونه‌ای از خردمندی برای ترویج سازگاری در استفاده از یک مفهوم حقوقی خاص و یا عنصر وابسته به امر واقع است و معمولاً به زمینه خاصی از این دانش محدود است؛ مانند دکترین استرادا راجع به شناسایی (Johnson, 1988, pp. 9-10) از منظر این نوشتار، مفهوم موسع آموزه که تفاسیر ارائه شده از قواعد موجود را نیز دربر می‌گیرد، مدنظر است.

در گفتار نخست به بررسی فراز و فرود منزلت نظریه‌های علمای حقوق بین‌الملل می‌پردازیم تا سیر دگرگونی این جایگاه را روشن کنیم؛ ضمن آنکه با نگاهی به گستره مفهوم آموزه‌های حقوقی، سهم آن‌ها را در دمیدن روح نوآوری و توسعه به نظام حقوقی بین‌المللی مورد کنکاش قرار خواهیم داد. در گفتار دوم، با اتخاذ اسلوبی عینی، رویکرد دادگاه‌های بین‌المللی مختلف را نسبت به آموزه‌های مؤلفان برجسته حقوق بین‌الملل ارزیابی خواهیم کرد.

گفتار نخست - دگرگونی منزلت سنتی آموزه‌های حقوق دانان و بازپدید اهمیت آن‌ها
به موازات گسترش تعامل دولت‌ها با یکدیگر و پررنگ شدن حضور آن‌ها در عرصه بین‌المللی، شأن آفرینش‌گر نظریه‌های حقوق دانان بین‌المللی پایدار نماند، لکن به سبب برخی عوامل، آن‌ها همچنان از منزلتی ویژه در حقوق بین‌الملل برخوردارند.

بند نخست، آموزه‌های حقوق دانان؛ از منبع اصلی به منبع فرعی.

لاکس در بیان اهمیت و زنة حقوق دانان بین‌المللی، می‌پرسد: آیا حقوق بین‌الملل بدون آموزه‌های آن‌ها قابل درک است؟ و سپس می‌گوید که تاریخ خود پاسخی گویاست (Lachs, 1976, p. 239). به واقع، تاریخ تحول این دانش از آموزه‌ها گسستنی نیست (Jennings, 1984, p. 122) و هیچ حوزه‌ای از حقوق به اندازه حقوق بین‌الملل و امدار نوشته‌های حقوق دانان نبوده است (Triggs, 2005, p. 20). همان گونه که شاو خاطر نشان می‌کند «از حیث تاریخی آثار دانش‌گامیان در توسعه حقوق بین‌الملل چشمگیر بوده‌اند. در اوج حقوق طبیعی تحلیل‌ها و نظریه‌های حقوقی بود که فصل الخطاب بود، در حالی که رویه دولت و تصمیمات محاکم اهمیت کمتری داشت. تألیفات نویسندگان ... دامنه، شکل و محتوای حقوق بین‌الملل را تعیین می‌کردند» (Shaw, 2008, pp. 112-113). حتی هم‌سخن با یکی از نویسندگان در اوایل قرن بیستم می‌توان گفت «برای دو قرن اول پس از تولد حقوق طبیعی تا ظهور مکتب پوزیتیویستی [توسعه حقوق ملل بر عهده اندیشمندان

و نویسندگان بزرگ بود» و با اندکی مسامحه، کار ویژه آن‌ها تأسیس قواعد حقوقی بوده (Lawrence, 1910, pp. 99-100)، زیرا بر اساس مکتب حقوق طبیعی، حقوق ملل زائیده ضروری قوانین طبیعت است، نه اراده دولت‌ها، که از راه استدلال حقوق دانان قابل تمییز است (Grant Cohen, 2007, p. 79). در نتیجه، رجوع به رویه دولت‌ها یا معاهدات بین‌المللی به لحاظ اهمیت در مرتبه‌ای فروتر قرار می‌گرفت.

در همین راستا، آنچه‌ایم می‌گوید حقوق بین‌الملل وجود خود را به عنوان یک مجموعه سازمان‌یافته از قواعد، مدیون حقوق دان هلندی، هوگو گروسیوس، می‌داند؛ کسی که اثر حقوق جنگ و صلح او مبنای تمام تحولات بعدی گردید (Oppenheim, 1905, p. 4). افزون‌براین، از میان پیشینیان می‌توان به ویتوریا، حقوق دان اسپانیایی، اشاره کرد که در تولد حقوق بین‌الملل نوین از جمله با وارد کردن حقوق خارجیان (Jus Inter Homines) به حقوق ملل (Jus Inter Gentes) و هموار کردن مفهوم حقوق بین دولت‌ها در آینده سهم بسزایی داشت (Grant & Craig Barker, 2009, pp. 323-324). این داستان تا بخشی از قرن نوزدهم و پیش از فراگیر شدن مکتب پوزیتیویسم ادامه داشت و با وجود ظهور منابع جدید، نظریه‌های نویسندگان دارای اعتبار علمی، همچنان «اثرگذارتر از همه» به‌شمار می‌رفت (Halleck, 1861, p. 58)، زیرا در این قرن، با توسعه قلمرو حقوق ملل به عنوان حقوق حاکم بر روابط حاکمیت‌های غربی و غیرغربی و در نتیجه، دگرگونی اساسی در تعاریف، مفاهیم و اصول حقوقی، تألیفات حقوق دانان به نوعی به عنوان اقدامات تقنینی برای حقوق بین‌الملل قرن نوزدهم تلقی می‌شد (Becker, 2010, p. 485). به دیگر سخن، تأثیر آشکار و گسترده کارهای حقوق دانان کلاسیک تا بخشی از قرن نوزدهم باقی ماند که در آن هنگام به‌سختی لقب «منبع فرعی برای احراز قواعد حقوق» را می‌پذیرفتند.

از نیمه دوم قرن نوزدهم، نفوذ بیشتر نوشتگان حقوقی آن چنان که از تعبیر مؤلفان پیداست، رو به کاستی نهاد. همان‌طور که یکی از نویسندگان همان دوره با سعی در حفظ دیدگاه پوزیتیویستی‌اش، به‌گونه‌ای محتاطانه و به بیانی مبهم می‌گوید: هرچند حقوق دانان نمی‌توانند به جای دولت‌ها ایجادکننده حقوق باشند، اما آثار آن‌ها منبع اصلی دانش ما از این موضوع را تشکیل می‌دهد (Davis, 1887, pp. 22-23)، یا هنری ویتون در اثری که به سال ۱۸۶۶م منتشر شد، هنگام برشمردن منابع حقوق بین‌الملل، ابتدا به آثار نویسندگان معتبر به عنوان دلیلی بر «رسوم ملل و عقیده کلی در مورد روابط متقابل‌شان»، اشاره کرده، سپس دیگر منابع از جمله معاهدات صلح و آرای محاکم بین‌المللی را ذکر می‌کند (Wheaton, 1866, pp. 22-29). در نتیجه، به تدریج با انزوای مکتب حقوق طبیعی و قدرت گرفتن کامل مکتب پوزیتیویسم در قرن بیستم و نیز افزایش حضور دولت‌ها در فرآیند قاعده‌سازی بین‌المللی، اهمیت آثار علمی از منبع اصلی یا به عبارت بهتر "منبع برتر" به منبع فرعی برای احراز قواعد، دگرگون شد. از این‌رو است که اسمیت در اوایل قرن بیستم، تألیفات حقوقی را صرفاً از باب پی‌بردن به حقوق موجود معتبر می‌داند (Smith, 1903, pp. 21-22).

همان‌گونه که می‌دانیم در قرن بیستم جایگاه دکترین با انعقاد اساسنامه دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری به صورت مدون مشخص گردید. بر اساس قسمت د بند ۱ ماده ۳۸ اساسنامه این دیوان و نیز دیوان جانشین آن، دیوان برای تصمیم‌گیری در مورد اختلافات، «آموزه‌های برجسته‌ترین نویسندگان ملل مختلف را به عنوان منبع فرعی برای احراز قواعد حقوقی» به کار می‌گیرد. بنابراین، بر مبنای اساسنامه، رجوع به نظریه‌های حقوق دانان و تلقی آن‌ها به عنوان منبع فرعی با یک شرط اساسی همراه است؛ اینکه باید از آموزه‌های برجسته‌ترین مؤلفان حقوق بین‌الملل باشد (Cançado Trindade, 2010, p.126)، اما ملاک تشخیص ویژگی یادشده چیست؟ از دیدگاه برخی، در عمل برای پی‌بردن به وجود ویژگی "برترین"، باید به رساله دکتری شخص رجوع شود (Rosenne, 2004, p.51). برخی دیگر، بر خورداری آثار وی از ارزش علمی ممتاز، بی‌طرف بودن و نقاد رویه دولت‌ها با ارجاع به اصول حقوقی را ذکر می‌کنند (Menon, 1989, p.130). در هر حال، به نظر می‌رسد که در توصیف یک مؤلف به این مهم، فارغ از مدت زمان فعالیت و مقام علمی وی، مانند عضویت در مجامع نامی حقوق بین‌الملل، جامع‌نگری و قدرت اقتناعی آثار او سهمی انکارناپذیر دارد.

از سوی دیگر، در مفهوم آموزه‌ها شرط نیست که از حقوق دان برآمده باشد یا از نهادهای علمی؛ به دیگر سخن، مفهوم آموزه‌ها محدود به دیدگاه‌های هر یک از مؤلفان به‌تنهایی نیست و نظریه‌های جمعی مانند دیدگاه‌های انستیتو حقوق بین‌الملل و کمیسیون حقوق بین‌الملل را هم شامل می‌شود (Cançado Trindade, p.126, Rosenne, 2006). همان‌گونه که قاضی آمون می‌گوید، بازتاب آموزه‌های حقوقی منحصر به تألیفات حقوق دانان منفرد نیست، بلکه در کارهای نهادهای علمی نیز انعکاس می‌یابد (ICJ, Barcelona Traction, 5 February 1970, Separate Opinion of Judge Ammoun, para.23). گسترش مفهوم آموزه‌ها به کارهای جمعی پدیده‌ای نو نیست، پیشینه‌ای به درازای عمر انستیتوی حقوق بین‌الملل دارد، اما تدوین‌کنندگان ماده ۳۸، به مانند بسیاری از نویسندگان، به این دسته از نظریه‌ها توجه آشکار نداشتند و از این رو، ماده یاد شده تنها به آموزه‌های منفرد اشاره می‌کند (Sourang, 1991, p. 285). اگرچه در این ماده، مقصود از آموزه‌ها، دیدگاه‌های حقوق دانان منفرد است، ولی با تولد کمیسیون حقوق بین‌الملل، از طریق رویه قضایی دیوان اصلاح گردید و دامنه مفهوم آموزه‌ها به دیدگاه‌های این نهاد گسترش یافت.

با وجود ذکر تألیفات حقوق دانان منفرد و رویه قضایی در بند واحد از ماده ۳۸ اساسنامه، برخی نویسندگان دیدگاه‌های متفاوتی را در مورد جایگاه واقعی آن‌ها بیان کرده‌اند؛ از جمله اینکه با افزایش دسترسی آسان به منابع حقوقی، به‌ویژه اسناد رویه دولت‌ها، نمی‌توان مرجعیت آثار علمای حقوق را به آن نحو که در اساسنامه ذکر شده است، تأیید کرد (Chiu, 1987, p.392). در همین راستا، عده‌ای در سلسله مراتب منابع حقوق، آموزه‌ها را در مکان آخر جای داده‌اند (Kennedy, 1987, p.29). با این حال، همان‌گونه که بسیاری معتقدند، آموزه‌ها و رویه قضایی هم‌عرض یکدیگرند و یافتن ویژگی منبع فرعی

و یا دومین منبع فرعی، مترادف با کم‌ارزشی آن‌ها نیست (Jennings, 1967, p.341)؛ ضمن آنکه پیچیدگی‌های اثبات رویه و اعتقاد حقوقی به عنوان عناصر قاعده عرفی، به مانند گذشته نیاز شدید به آن‌ها را آشکار می‌سازد (Murphy, 2010, p.26). همچنین، در نبود نظام قضایی دارای صلاحیت اجباری برای حل اختلافات بین‌المللی، تألیفات حقوقی بیش از دیگر شاخه‌های حقوق، بر احراز و نیز اجرای قواعد بین‌المللی اثر دارند (Menon, p. 130). به دیگر سخن، مرسوم شده است که سهم آن‌ها کم پنداشته شود (Clapham, 2010, p.25)، حال آنکه در عصر حاضر، دیدگاه‌های آنان در ارائه معیارهای منظم برای احراز قاعده از غیر قاعده، سهم منظم دارند (D'Aspremont, 2011, pp.210-211). از سوی دیگر، حقوق دانان در توسعه هنجارهای بین‌المللی تأثیر آشکار دارند و گاهی نظریاتشان از عنوان ابزار فرعی برای احراز قواعد، بسیار فراتر می‌رود.

بند دوم، آموزه‌های حقوقی فراتر از ابزار فرعی.

دسته‌ای بر این باورند که بهای آموزه‌های حقوقی به این بستگی دارد که چه میزان ریشه در پژوهش در مورد حقوق موجود (De lege lata) و احراز قواعد دارند، نه در مورد آنچه که باید حقوق باشد (De lege ferenda؛ Aust, 2010, p.9). به نظر، این دیدگاه تنگ‌نظرانه است و خالی از ایراد نیست؛ چراکه ارائه ایده‌ها و پیشنهادها درباره قواعد آینده برای توسعه حقوق بین‌الملل حیاتی است و چنین آموزه‌هایی تحولات شگرفی برای این نظم حقوقی به ارمغان آورده‌اند. بی‌تردید پیروی از چنین رویکردی، انجماد و رکود را به پیکره نظم حقوقی بین‌المللی تزریق می‌کند. به تعبیر جنینگز، علمای حقوق باید پیوسته خود را مبارزی بدانند برای دستیابی به جهانی بهتر که در آن حقوق بین‌الملل نقش بزرگتری ایفا کند (Jennings, 1984, p.127).

فارغ از سهم حقوق دانان کلاسیک در توسعه حقوق بین‌الملل و با وجود دگرگونی در مراتب منابع آن، حقوق دانان برجسته متأخر نیز اهرم‌هایی برای توسعه مترقیانه آن در اختیار دارند و به درستی می‌توان ادعا کرد آن‌ها میدان را کاملاً از دست نداده‌اند (Malanczuk, 2002, p.52). به دیگر سخن، اگرچه گرایش‌های سیاسی بین‌المللی همچنان مانعی برای قابلیت‌های حقوق دانان است، لکن قدرت نفوذ ایده‌هایشان در راستای توسعه مترقیانه قواعد حقوقی را نباید نادیده انگاشت (Okafor, 2004, p.434). منظور از توسعه مترقیانه مفهوم مضیق مندرج در بند ۱ ماده ۱۳ منشور نیست، بلکه دارای معنایی گسترده و شامل فرصت‌های فراوانی است که حقوق دانان توانسته‌اند بر توسعه حقوق بین‌الملل تأثیرگذار باشند یا مسیری را که باید در پیش گرفته شود نشان دهند و یا محتوای آن را تعیین کنند (Jennings, 1996, p.413).

دلیل ارزش وزنه حقوق دانان در توسعه حقوق بین‌الملل آشکار است، زیرا برخلاف نظام حقوقی داخلی که امر قانون‌گذاری کاملاً در دست سیاستمداران است، هم‌قطاران بین‌المللی آن‌ها از گستره ید بیشتری بهره‌مندند (Ibid, p.414). در عرصه بین‌المللی، سازوکار مشابه سیستم قانون‌گذاری ملی وجود ندارد و این امر سبب رسوخ بی‌مانند

حقوق دانان در فرآیند قاعده‌سازی گردیده است (Ibid, p.413). دوگارد دلیل دیگر را چنین ذکر می‌کند: از آنجا که برخلاف حقوق داخلی، شمار علمای تئوری پرداز حقوق بین‌الملل از حقوق دانان دخیل در امور اجرایی بین‌المللی بیشتر است، نظریه‌های آن‌ها تبدیل به حقوق می‌شود؛ به گونه‌ای که می‌توان از برخی نشریات مانند مجله آمریکایی حقوق بین‌الملل و مجله فرانسوی حقوق بین‌الملل به عنوان «انجیل حقوق بین‌الملل» یاد کرد (Dugard, 2007, p.731). افزون بر این، به‌طور معمول اندیشه‌های آن‌ها با ظهور پدیده‌های نو مانند مخاصمه در فضای مجازی، گوی سبقت را از عملکرد بازیگران مربوط می‌ربایند و قبل از شکل‌گیری و پایه‌ریزی قواعد بین‌المللی به صورت رسمی، به موشکافی مسائل، بررسی راهکارها و ارائه پیشنهادها می‌پردازند. در نتیجه، به یقین می‌توان گفت که هیچ نظام حقوقی مشابهی وجود ندارد که مؤلفان و اندیشمندان منفرد آن از چنین نفوذ بالایی در ایجاد محتوای قواعد و حتی اصول حقوقی برخوردار باشند (Jennings, 1996, p.414) در واقع این نظم همچنان در این مورد منحصر به فرد است که آموزه‌های برجسته‌ترین حقوق دانان را ارج می‌نهد (Dugard, et al, 2008, p.11) و آثار آنان را منبعی واقعی برای حقوق می‌داند (D'Amato, 1989, p.102).

به این دلیل است که با وجود نظر برخی که عقیده دارند اثر آموزه‌ها ایجاد نمی‌کند (Sourang, p.285)، براون‌لی پا را فراتر می‌نهد و ادعا می‌کند، اگرچه به‌طور معمول آثار حقوق دانان شاهدهی است بر وجود یک قاعده، اما آن‌ها در بعضی حوزه‌های حقوق بین‌الملل، «اثرائجادی» (Formative Influence) و فراتر از ابزار فرعی داشته‌اند و برای اثبات مدعای خود، از ژیدل نام می‌برد (Brownlie, 1998, Principles... p.24)؛ چراکه همین حقوق دان فرانسوی بود که مفهوم منطقه مجاور را برای اعتبار ادعایی درباره این منطقه دریایی ایجاد کرد (Malanczuk, p.52). قاضی آمون در نظر جداگانه خود در دعوای بارسلونا تراکشن، این مقصود را به تعبیری دیگر بیان می‌کند: «آن‌ها گاه ابزار کمکی در شکل‌گیری [قواعد] هستند...» (Separate Opinion of Judge Ammoun, para.23). هم‌نوا با این عقیده باید گفت که در حقوق بین‌الملل معاصر، دیدگاه‌های مؤلفان در موارد متعدد، اثری شگرف بر توسعه مترقیانه این نظم داشته است؛ مانند تأثیر اندیشه‌های بوچارد و پری بر حقوق حمایت دیپلماتیک از اتباع (Cançado Trindade, p.125)، یا اثر ویلفرد جینکس که چندی قبل از پرتاب اسپوتنیک به فضا، راهکارهای لازم را در مورد نظام حقوقی حاکم بر فضای ماورای جو از جمله ماهیت غیرتجاری و غیرقابل تملک آن ارائه کرد (Jenks, 1956, p.113).

اثر اگلتون در زمینه مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها که رأی دآوری مشهور تریل اسملتر در بخشی بر آن اتکا کرد (Ellis, 2006, p.58)، از پایه‌های انقلاب در حوزه خسارات محیط زیستی فرامرزی بود و با اندکی اصلاحات، بعدها در اصل ۲۱ اعلامیه استکهلم درباره محیط زیست بشر نمایان شد. ابداع مفهوم جنایت ژنوسید از سوی رافائل لمکین لهستانی در ۱۹۴۴م و آثار و اندیشه‌های هرش لاتریاخذ در حوزه حقوق بین‌الملل کیفری قابل اشاره است که انعقاد کنوانسیون ۱۹۴۸م درباره منع و پیشگیری از ژنوسید را در پی داشت. همچنین در عرصه

حقوق بشر، «اثر پیشگام ۱۹۴۵ لاترپاخت، (منشور بین‌الملل حقوق بشر)، پیشگام مقدس شمردن حقوق بشر در منشور ملل متحد، اعلامه جهانی ۱۹۴۸، و بعدها در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و دو میثاق ملل متحد بود» تأکید از نگارندگان است؛ (Jennings, 1991, p. 10). تمام این موارد، مصداق همان رسالتی است که برخی از آن سخن می‌گویند؛ رسالت برای تغییر حقوق و ارائه پیشنهاد برای آنچه که باید حقوق شود (Jennings, 1984, p. 127).

از سوی دیگر، بسیاری از حقوق دانان با نگاهی متفاوت به مبانی نظام حقوقی بین‌الملل معاصر و حرکت به سوی آنچه باید حقوق باشد، راه دیگر در پیش گرفته و با آوردن استدلال‌های گوناگون حقوقی به پایبندی بیش از حد به اصل رضایت دولت‌ها به عنوان مبنای ایجاد قواعد یا حتی خود اصل حاکمیت دولت‌ها تاخته‌اند. در واقع از نظر اینان منشأ بسیاری از ناکارآمدی‌های نظام حقوقی بین‌المللی معاصر، اصل رضایت دولت یا اصل حاکمیت به مفهوم سنتی آن است (Guzman, 2012, pp. 748-790)؛ از این رو، در کنار دیگر بازیگران مانند سازمان‌های مردم‌نهاد، این دسته از نویسندگان با تألیفات خود سعی در تغییر نگرش دولت‌ها به مبانی و اصول مرسوم حقوق بین‌الملل دارند. شاهد مثال دیگر، مسئله تعارض بین مصونیت قضایی دولت از رسیدگی در محاکم داخلی دولت دیگر و نقض قواعد امره حقوق بین‌الملل است. شماری از حقوق دانان با نادیده گرفتن مبانی حقوق بین‌الملل از جمله تفکیک رایج میان قواعد اولیه و ثانویه، از عدم مصونیت دولت طرف‌داری می‌کنند و به طریقی محاکم داخلی برخی دولت‌ها مانند ایتالیا و یونان را برای اتخاذ این نظر ترغیب کردند. فارغ از قضاوت در مورد درستی این دیدگاه‌ها یا پیروزی آن‌ها بر قواعد موجود - امری که نیازمند گذر زمان است - مقصود بیان این مهم است که برخی از مؤلفان با ابزار قلم و ارائه دیدگاه‌های جدید وارد عرصه مقابله با قواعدی شده‌اند که ناروا می‌پندارند و حتی سعی در ترغیب یا اعمال فشار روانی بر دولت‌ها برای شکستن حصارهای، به گمان آنان، ناعادلانه نظام حقوق بین‌الملل دارند.

از مهم‌ترین نهادهای جمعی که علاوه بر احراز قواعد حقوق بین‌الملل، در فرآیند توسعه آن مشارکت دارد، انستیتو حقوق بین‌الملل است (بند ۲ ماده ۱ اساسنامه). بیانیه بنیان‌گذاران انستیتو مؤید دیگری بر این مدعاست که آن‌ها از جمله برای جبران کاهش اثرگذاری مؤلفان منفرد در جامعه بین‌المللی، به ایجاد آن نهاد ترغیب شدند (Scott, 1927, pp. 716-717). با این حال، منزلت این نهاد از زمان تولد تا به امروز با فراز و نشیب‌هایی روبرو بوده است، زیرا تا هنگام تأسیس ملل متحد، کارکردی شبه‌قاعده‌سازی داشت؛ امری که سازمان‌های بین‌المللی آن زمان قادر به ایفای آن نبودند (Rigaux, 2011, p. 182)، اما با تولد سازمان‌های بین‌المللی جدید و شروع فرآیند نوین قاعده‌سازی و همچنین ایجاد کمیسیون حقوق بین‌الملل، جایگاه پیشین خود را از دست داد. با وجود این، دیدگاه‌های همچنان از جایگاه مرجعیت در حقوق بین‌الملل برخوردار است. (Brownlie, 1998, Principles..., p. 25) نظریه‌های جمعی آن از جمله در راه توسعه حقوق بین‌الملل محیط زیست، به‌ویژه در حوزه آلودگی هوا و آب و حقوق آبراه‌های بین‌المللی، گام‌های بسیار مهمی برداشته است. (Sands, 2003, p. 154, Louka, 2006, pp. 188-189).

کمیسیون حقوق بین‌الملل به عنوان نخستین و تنها نهاد دائمی موظف به تدوین و توسعه حقوق بین‌الملل، از وضعیت یکتایی برخوردار است (Morton, 2000, p.102). این نهاد با الهام از ماده ۱۳ منشور ملل متحد و بر اساس قطعنامه ۱۷۴ (II) ۱۲ نوامبر ۱۹۴۷ مجمع عمومی ایجاد شد. ماده ۱۵ اساسنامه آن، می‌گوید: تدوین هنگامی صادق است که موضوع «توسط حقوق بین‌الملل به نظم در نیامده باشد یا حقوق راجع به آن به‌طور کافی در رویه دولت‌ها توسعه نیافته باشد». از سوی دیگر، توسعه زمانی صورت می‌گیرد که «رویه گسترده دولتی، رویه قضایی یا آموزه حقوقی وجود ندارد» (تأکید از نگارندگان است). تدوین نیازمند به‌کاربردن آموزه‌های حقوقی به عنوان ابزار احراز قواعد موجود است و به‌مثابه راهنمای بازیگران مربوط عمل می‌کند (Yifeng, 2010, p.483)، اما توسعه مترقیانه مساوی با ابتکار قاعده است، نه احراز آن. به واقع، دولت‌ها از طریق قطعنامه یادشده، به‌صراحت وظیفه ابتکار و نوآوری را به کمیسیون واگذار کردند. چرایی وجود چنین سازوکاری این است که «حقوق به‌طور کلی، و حقوق بین‌الملل به‌طور ویژه، یک دانش 'زُخت' نیست» (Pellet, 2004, p.16). از ماده یاد شده برمی‌آید که گذشته از تدوین، توسعه حقوق بین‌الملل هم با آموزه‌های حقوق دانان گره خورده است. به‌علاوه اینکه بنابر ظاهر، کمیسیون مکلف است در انجام وظیفه خود، در خصوص قواعدی که با نبود رویه دولتی یا قضایی روبرو می‌شود، تنها نظریه‌های برجسته‌ترین حقوق دانان را منبع توسعه حقوق قرار دهد. ماده یادشده به‌طور نظری مرز دقیق توسعه و تدوین را مشخص می‌کند، ولی پایبندی به چنین تفکیکی در دنیای واقع محال به نظر می‌آید و لذا رویه کمیسیون آن را نادیده گرفته است (Ibid., pp.15-16). به این سبب، ماهیت عناوین پیش‌نویس‌های کمیسیون دوگانه است (Lauterpacht, 1955, pp.29-31) و به‌طور کلی در انجام این دو مأموریت، کارکرد این نهاد پیش‌تر ناظر بر توسعه مترقیانه و ابتکار بوده است تا تدوین (McRae, 1987, p.362)؛ به‌ویژه در سال‌های اخیر که از تهیه پیش‌نویس‌هایی که در مورد آنها رویه دولتی یا قضایی قابل توجهی وجود ندارد، ابایی نیست، مانند مسئولیت سازمان‌های بین‌المللی یا حمایت از اشخاص در رخداد بلایا (Yifeng, p.745). پیامد منطقی چنین اقدامی آن است که بخش اعظمی از مفاد پیش‌نویس‌ها را نظریه‌های حقوق دانان تأمین می‌کند. در نتیجه، سلسله منابع در فرآیند توسعه حقوق بین‌الملل در بسیاری موارد به آموزه‌های حقوق دانان ختم می‌شود.

با این‌همه، به‌نظر می‌رسد نباید در این راه اغراق کرد. در واقع، نمی‌توان مبنای ارادی نظام کنونی حقوق بین‌الملل را به‌طور کلی نادیده گرفت و گمان برد که آموزه‌های حقوق دانان، اعم از فردی یا جمعی، بدون همگامی دولت‌ها برای ایجاد تغییرات مورد نظر کافی خواهد بود. به این لحاظ، نقش ایجاد یاکمکی آموزه‌ها در تشکیل قواعد را نباید به مفهوم پی‌ریزی قواعد از سوی حقوق دانان به معنای دقیق کلمه پنداشت؛ آن‌چنان که در سده‌های نخستین پس از زایش حقوق بین‌الملل از چنین جایگاه و تأثیری برخوردار بودند.

گفتار دوم - ناهمگنی رویکرد دادگاه‌های بین‌المللی به آموزه‌های حقوق دانان

در عمل دادگاه‌های بین‌المللی برای پی‌بردن به قواعد موجود حقوق بین‌الملل یا ارائه تفسیری از آن قواعد، از آموزه‌های علمای برجسته حقوق بین‌الملل بی‌نیاز نیستند؛ خواه اساسنامه یا سند مؤسس آن‌ها به‌طور صریح رجوع به دیدگاه‌های آن‌ها را مقرر کرده باشد یا خیر. باین‌حال، از یک سو، دیوان‌های بین‌المللی در بیشتر موارد، توسل به دیدگاه‌های حقوق دانان را آشکار نمی‌کنند و از سوی دیگر، رویه آن‌ها در استناد علنی به نظریه‌های یادشده یکنواخت نبوده است.

بند نخست، بی‌میلی دیوان بین‌المللی دادگستری و دادگاه حقوق دریاهای به انکار بر آموزه‌ها. قسمت د بند ۱ ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، آن دیوان را برای ارجاع به آموزه‌های حقوق دانان به عنوان منبع فرعی برای احراز قواعد حقوقی موظف می‌کند. همچنان‌که از مذاکرات درباره پیش‌نویس اساسنامه دیوان پیشین برمی‌آید، صلاحیت دیوان برای استفاده از نظریه‌های حقوق دانان یک امر صوری نیست (Lauterpacht, 1996, p.25)؛ باین‌حال، هر دو دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری و دیوان جانشین آن تنها در موارد انگشت‌شمار و با ذکر عبارات کلی، به آموزه‌های حقوق دانان ارجاع داده‌اند. نخستین بار، دیوان پیشین در قضیه لوتوس، با اجتناب از بررسی ارزش دیدگاه‌های حقوقی و بدون ذکر نام نویسندگان، اعلام داشت که نظریه‌های آن‌ها را در خصوص صلاحیت انحصاری دولت صاحب پرچم بر کشتی در دریای آزاد و صلاحیت دولت صاحب پرچم کشتی قربانی تصادم دریایی بررسی کرده است (PCIJ, Lotus Case, 1927, pp.25-27).

دیوان جانشین نیز در اندک قضایا به آثار مؤلفان به‌صراحت اشاره می‌کند و به‌طور معمول، جز در یک مورد، از ذکر نام آن‌ها خودداری می‌ورزد و در رأی نوته بام هم برای یافتن تعریف تابعیت، در کنار سایر موارد، به عقاید مؤلفان اشاره می‌کند (ICJ, Not-tebohm Case, 1955, p.23). همچنین در آرای مربوط به فلات قاره دریای شمال، هنگام بحث از جایگاه خط میانه و اجرای آن بر اساس اوضاع و احوال خاص منطقه دریایی، دو دسته متفاوت از «اندیشه‌های حقوقی معاصر» را موشکافی می‌کند (ICJ, North Sea Continental Shelf Cases, 1969, paras.55). در قضیه اختلاف مرز سرزمینی، جزیره‌ای و دریایی میان السالوادور و هندوراس، دیوان برای پی‌بردن به قواعد حاکم بر خلیج فونسیکا در دهه‌های اول قرن بیستم و اینکه آیا خلیج مذکور در زمره خلیج‌های تاریخی و دریایی بسته تلقی می‌شود، برای نخستین بار به‌طور مشخص به آثار دو حقوق دان برجسته قرن بیستم، اپنهایم و ژیدل، استناد کرد (ICJ, Land, Island & Maritime Frontier Dispute, 1992, para.394). در نظر مشورتی درباره مشروعیت تهدید یا کاربرد سلاح‌های هسته‌ای هم به‌طور موجز به دیدگاه نویسندگان اشاره می‌کند: «از دیدگاه اکثریت عمده دولت‌ها و همچنین نویسندگان تردیدی در خصوص قابلیت اجرای حقوق بشردوستانه نسبت به سلاح‌های هسته‌ای وجود ندارد» (ICJ, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, 1996, para.85).

صرفاً به واژه «ادبیات [حقوقی]» اشاره می‌کند (ICJ, La Grand Case, 2001, paras. 99 & 116). همچنین در قضیه اختلاف مرز سرزمینی و دریایی بین نیجریه و کامرون، ادعای نیجریه را مبنی بر اینکه از نظر برخی نویسندگان دانشگاهی تحصیل سرزمین از طریق اتحاد تاریخی (Historical Consolidation) قانونی است، رد می‌کند و می‌گوید در حقوق بین‌الملل موجود چنین قاعده‌ای وجود ندارد (ICJ, Land & Maritime Boundary, 2002, para. 53). بررسی رویه قضایی دیوان نشان می‌دهد که در همان موارد انگشت‌شمار، دیوان صرفاً با نگاه ابزاری (ابزار فرعی برای احراز قاعده) به آموزه‌ها نگرسته است، نه فراتر از آن (Lachs, p. 218). از دیدگاه برخی، عدم تمایل دیوان در اشاره صریح به آثار حقوق دانان منفرد، ناشی از شأن و مقام والایی است که برای خود می‌پندارد (O'Connell, 2011, p. 1050). به نظر شمار زیادی از حقوق دانان بین‌المللی، به‌ویژه در دهه‌های اخیر، تدوین بسیاری از مقررات عرفی، پیدایش کمیسیون حقوق بین‌الملل، و تسهیل دستیابی و تشخیص رویه دولت‌ها و دیگر بازیگران به‌خصوص به یمن تکنولوژی جدید، از دیگر عواملی است که به احتمال قوی در پایداری رویه دیوان تأثیرگذار بوده‌اند.

به عقیده گروهی، از دیدگاه این دیوان نقش آموزه‌های حقوق دانان منفرد به نحو شگفت‌انگیزی کاهش یافته است (Triggs, p. 202, Murphy, p. 16). به نظر، این برداشت تندرانه خلاف برخی شواهد است. همان‌گونه که برخی قضات پیشین و کنونی دیوان این عقیده را رد کرده‌اند. کانسادو ترینداد در این باره می‌گوید: برخلاف گرایش که تمایل دارد آموزه‌های حقوقی منفرد را به جایگاه بسیار پایین در میان منابع تنزل دهد، نباید گنجانیدن نظریه‌های حقوق دانان در میان منابع رسمی در ماده ۳۸ اساسنامه را کم انگاشت (CançadoTrindade, p. 126) دیگری چنین واکنش نشان می‌دهد: ممکن است شخصی با تمسک به رویه قضایی دیوان، کم‌اهمیتی تألیفات را ادعا کند، اما رجوع به روند رسیدگی‌ها، روشن می‌سازد که دیوان در صدور آرا تا چه حد گسترده‌ای به آن‌ها تکیه می‌کند (Jennings, 1967, p. 343). به علاوه، ارجاع‌های متعدد به اندیشه‌های حقوق دانان در نظریات فردی قضات خود دلیلی است بر اینکه آن‌ها به احتمال فراوان هنگام شور و اخذ تصمیم در دیوان مورد بحث قرار گرفته‌اند (Pellet, 2006, pp. 791-792). افزون‌براین، با توجه به انتخاب قضات دیوان از میان زبده‌ترین علمای حقوق، نظریه‌های مخالف آن‌ها بازگو کننده آموزه‌های حقوقی است (Separate Opinion of Judge Ammoun, para. 23). ضمن آنکه، ویژگی هیئت وکلای دیوان این است که به‌طور معمول دولت‌ها آن‌ها را از میان حقوق دانان برجسته انتخاب می‌کنند (Pellet, 2000, p. 150) و از این طریق زمینه لازم برای بیان دیدگاه‌هایشان در دیوان فراهم می‌شود. گذشته از این، در ماده ۳۸ به دیوان امر نشده است که در صورت بهره‌گیری از نظریه‌های حقوق دانان، آن‌ها را به‌طور علنی در رأی خود ذکر کنند. به تعبیر براون‌لی، با وجود بی‌میلی دیوان به اشاره صریح به عقاید حقوق دانان، آن‌ها سهم اساسی و انکارناپذیر در دفاعیات طرفین دعوا و تنظیم رأی محاکم دارند (Brownlie, 1998, The Rule of Law...p. 24). به‌راستی،

رویه قضایی دیوان ریشه‌ای نامرئی در آموزه‌های حقوقی دارد (Lachs, p.217). از آنچه گفته شد این‌گونه دریافت می‌شود که کم‌میلی دیوان جهانی به ارجاع صریح به آثار مؤلفان منفرد، ظاهری است.

از سوی دیگر، تمایل نداشتن دیوان جهانی در استناد صریح به آموزه‌های جمعی در مقایسه با آموزه‌های حقوق دانان منفرد سرسختانه‌تر می‌نماید. تاکنون، دیوان بین‌المللی دادگستری تنها در یک مورد (تعیین مفهوم خط تالوگ و مرکز آبراه بین‌المللی) از قطعنامه‌های انستیتو (قطعنامه سال ۱۸۸۷-۱۸۸۸م) آشکارا کمک گرفته است (ICJ, Kasikili/Sedudu Is-land, 1999, para.25)، ولی یک استثنا وجود دارد که به‌طور فزاینده‌ای به آثار کمیسیون حقوق بین‌الملل برای تفسیر معاهدات یا ارائه دلیل بر وجود یک قاعده عرفی استناد می‌کند (Pellet, 2006, p.792). امروزه کمتر رأیی یافت می‌شود که دیوان برای رسیدن به مقصودش از کارهای کمیسیون یاری‌نگیرد. به بیان برخی، آثار کمیسیون شایستگی منبع حقوق بودن را یا به‌طور مستقیم (منبع اصلی) یا به عنوان منبع فرعی دارد (Dugard, et al, p.42).

با وجود اینکه دیوان بین‌المللی دادگستری با حفظ رویه خود، در موارد محدود به نظریه‌های حقوق دانان منفرد اشاره کرده است، دادگاه حقوق دریاها تا به امروز در هیچ‌یک از آرای خود به آثار آن‌ها استناد نکرده است. البته تفاوت‌هایی میان این منابع در اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری و اساسنامه دادگاه حقوق دریاها وجود دارد؛ از جمله اینکه ماده ۲۹۳ کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها و نه ماده ۳۸ اساسنامه دادگاه حقوق دریاها که در صدد بیان حقوق قابل اجرا هستند، ابزارهای فرعی احراز قواعد (آموزه‌های حقوقی و رویه قضایی) را بر نمی‌شمردند. به دیگر سخن، مفاد آن‌ها منحصر به قواعد قابل اجرا از سوی دادگاه است و نسبت به ابزارهای احراز قواعد، سکوت اختیار کرده‌اند. با این حال، ذکر نشدن صریح آثار علمای حقوق در کنوانسیون ۱۹۸۲ و در ماده ۳۸ اساسنامه دادگاه حقوق دریاها و نیز آرا یا نظریه‌های مشورتی آن دادگاه، به معنای اهمیت نداشتن و لحاظ نکردن آن‌ها هنگام انشای رأی یا نظر مشورتی نیست. همان‌گونه که قضات دادگاه گاهی در تحریر آرای انفرادی یا مخالف خود از آن‌ها کمک می‌گیرند یا اینکه بسیاری از هیئت وکلای طرفین پرونده مطروحه در دادگاه، در زمره برجسته‌ترین حقوق دانان بین‌المللی هستند و از این راه، دیدگاه‌های خود را در محضر دادگاه بیان می‌کنند یا اینکه دولت‌ها در لوایح خود به آن‌ها استناد می‌ورزند. ضمن آنکه دادگاه حقوق دریاها در موارد مقتضی از آثار کمیسیون حقوق بین‌الملل بهره فراوان برده است.

بند دوم، بهره‌گیری کامل دیگر دادگاه‌های بین‌المللی از آموزه‌های حقوق دانان
برخلاف دیوان بین‌المللی دادگستری و همچنین دادگاه حقوق دریاها، به کارگیری آشکار آثار حقوق دانان از سوی دیگر محاکم بین‌المللی به رویه‌ای معمول تبدیل شده است. در واقع، علاوه بر فزونی دیوان‌های داوری سنتی، ظهور دیگر محاکم بین‌المللی سبب ارج نهادن بیش از پیش به منزلت آموزه‌های حقوقی گردیده است. این محاکم اگرچه با آرای خود محتوای حقوق بین‌الملل را معین می‌کنند، اما در این راه از نویسندگان بهره‌ای تمام

می‌گیرند و از ارجاع صریح به عقاید مؤلفان ابایی ندارند (Sohn, 1995/1996, p.401). رویه این دسته از محاکم به روشنی برخلاف عقیده کسانی است که در دهه ۱۹۶۰م پیش‌بینی می‌کردند با فزونی آرای قضایی و داوری بین‌المللی، مرجعیت آثار علمی کاهش می‌یابد (Parry, 1965, p.104).

محاکم بین‌المللی کیفری در بسیاری موارد قواعد حقوق بین‌الملل بشر و حقوق بشردوستانه را که برای تضمین آن‌ها تأسیس شده‌اند، در کارهای نویسندگان جستجو می‌کنند (Sohn, p.339)؛ برای مثال، دیوان بین‌المللی کیفری با وجود ذکر نشدن آموزه‌های حقوقی در ماده ۲۱ اساسنامه رم به عنوان ابزار احراز قواعد، در رأی ۱۴ مارس ۲۰۱۲ در موارد متعدد برای تفسیر اساسنامه‌اش از تألیفات حقوقی کمک گرفت. (ICC, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, 14 March 2012, paras. 994, 1011 & 1000) شعبه تجدیدنظر دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق هم در آرای گوناگون خود، همچون قضیه آلیکسوفسکی در تفسیر کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو و همچنین بحث در مورد استمرار رویه قضایی برای تأیید دیدگاه‌های خود، به عقاید حقوق‌دانانی همچون پیکه، روزن و شهاب‌الدین متوسل شد. (ICTY, Prosecutor v. Zlatko Aleksovsk, 24 March 2000, paras. 22, 27, 97 & 103) شعبه تجدید نظر دادگاه ویژه لبنان بارها در تصمیم ۱۶ فوریه ۲۰۱۱ خود در خصوص قانون قابل اجرا نسبت به جرم تروریسم، هنگام بررسی موضوعات مختلف حقوق بین‌الملل از آثار حقوق‌دانان کمک گرفت (STL, Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging, 16 February . 2011, paras. 11, 19, 23, 26, 41, 56, 81, 83, 91, 295 & 279, 101, 99) در همین راستا، دادگاه ویژه سیرالئون در قضیه چالز تیلور با استناد به دیدگاه یکی از متخصصان حقوق بین‌الملل کیفری به نام ایو لاهی بیان داشت: در مفهوم جنایت برده‌داری، عنصر «محدود کردن آزادی» شامل تحمیل کار اجباری یا خوار کردن شأن برده به شیوه‌های دیگر نیز می‌گردد و به موردی که شخص به‌طور فیزیکی در حصر نیست، تسری می‌یابد (SCSL, Prosecutor v. Charles G. Taylor, 18 May 2012, para.420). رویه قضایی دادگاه بین‌المللی کیفری برای رواندا نیز همسو با رویکرد محاکم یادشده است. برای مثال، این دادگاه هنگام بررسی عناصر جنایت قتل به عنوان مصداقی از جنایت ضد بشریت، به تعریف ارائه شده از سوی انتونیو کاسسه تمسک جست. همچنین برای یافتن پاسخ این پرسش که آیا وجود یک قربانی برای صدق عنوان جنایت ژنوسید کافی است، به کتاب ویلیام شبس مراجعه کرد که می‌گوید: معیار این جنایت تنها قصد از بین بردن است. (ICTR, Prosecutor v. Emmanuel Ndindabahizi, 15 July 2004, paras.471 & 487) شعبه بدوی شعب فوق‌العاده در محاکم کامبوج نیز در اولین رأی ماهوی‌اش برای توصیف جرائم شدید مندرج در کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو، به اصول کلی حقوقی شناخته‌شده از سوی نظام‌های مختلف ملی، به تألیف حقوق بین‌الملل بشردوستانه عرفیکه با مشارکت و نظارت جمعی از برجسته‌ترین حقوق‌دانان بین‌المللی

نگاشته شد، تکیه می‌کند (ECCC, Co-Prosecutors v. KAING Guek Eav alias Duch, 26 July 2010, para.405)

دیوان‌های حقوق بشر نیز با همین رویکرد، به‌درستی به آثار علمای حقوق بین‌الملل تکیه می‌کنند؛ برای مثال، دیوان اروپایی حقوق بشر در رأی ۱۲ جولای ۲۰۰۷ در قضیه جورجیچ علیه آلمان هنگام پیش‌آمدن این سؤال که آیا پاک‌سازی قومی در بوسنی هرزه‌گویی از مصادیق تعریف ژنوسید است، تألیفات حقوق دانان را مد نظر قرار داد. (همچنین، دیوان آمریکایی حقوق بشر دربارهٔ اینکه آیا می‌توان بر اساس کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر، دولت کلمبیا را مسئول افعال یا ترک فعل‌های منتهی به نقض حقوق بشر که نیروهای شبه نظامی مرتکب آن شده‌اند دانست، دیدگاه حقوقی جیمز کرافورد را که از سوی دولت خوانده درخواست شده بود، بررسی کرد (IACHR, Mapiripán Mas- (sacre v. Colombia, 15 September 2005, paras. 88- 89). باوجوداین، به نظر می‌رسد که دیوان آفریقایی حقوق بشر و مردم و نیز نهادهای شبه قضایی حقوق بشر مانند کمیته حقوق بشر یا کمیته ضد شکنجه از این رویه پیروی نمی‌کنند.

دیوان دائمی داوری که در دهه‌های نخستین قرن بیستم توجه شایانی به رساله‌های حقوق نمی‌کرد، در دهه‌های اخیر رویکردی همگن با محاکم بین‌المللی کیفری و حقوق بشر داشته است؛ برای مثال، رأی ۲۰۰۹ دیوان داوری در قضیه آبییه در هنگام بحث از روبه متعاقب، به عقاید برخی حقوق دانان اشاره می‌کند. (Arbitral Tribunal, Abyei). (Arbitration, 22 July 2009, para. 654, p. 228 یا کمیسیون داوری دعاوی اریتره و اتیوپی و همچنین دیوان داوری رسیدگی‌کننده به اختلاف تحدید حدود دریایی اریتره و یمن در موارد متعدد از نظریات حقوق دانان بهره گرفته است. (Eritrea Ethiopia Claims Commission, Eritrea's Claim 17, 1 July 2003, paras. 13, 39, 40, 53, 54, 55, 68, 145, & Arbitral Tribunal, Maritime Delimitation between Eritrea & Yemen, 17 December 1999, paras. 84 & 93)

توسل به عقاید و آموزه‌های حقوق دانان، اختصاص به دیوان‌های پیش‌گفته ندارد، بلکه محاکم تجاری منطقه‌ای و بین‌المللی هم برای رسیدن به نتیجه موردنظر خود به آن‌ها روی می‌آورند؛ مثل دیوان دادگستری کارائیب که برای پی‌بردن به امکان صدور حکم به غرامات تنبیهی در حقوق بین‌الملل، طرح ۲۰۰۱ کمیسیون حقوق بین‌الملل و آرای برخی نویسندگان را کنکاش کرد (CCJ, Trinidad Cement Limited & TCL Guyana Incorporated., & The State of the Co-Operative Republic Of Guyana, 20 of August 2009, paras. 38 & 39) همین‌طور دادگاه داوری در مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری (ایکسید)، در رأی ۱۸ می ۲۰۱۰ در تأیید دیدگاهش مبنی بر استقلال شرط داوری از قرارداد اصلی، به تألیف حقوق دان برجسته، استفان شویبل، استناد کرد (ICSID, ATA Construction, Industrial & Trading Com- (pany & the Hashemite Kingdom of Jordan, 18 May 2010, para. 119)

همین شیوه، نهاد رسیدگی کننده به اختلافات در چارچوب موافقت‌نامه تجارت آزاد آمریکای شمالی (نفتا)، از تفسیر بعضی نویسندگان مبنی بر الزامی نبودن گزارش‌های نهاد حل و فصل اختلافات سازمان تجارت جهانی برای ایالات متحد آمریکا بر اساس موافقت‌نامه دور اروگوئه یاری گرفت (NFTA Panel Review, Between Investigating Authority, Thys- senKrupp Mexinox S.A. de C.V. & Mexinox USA, Inc. & AK Steel Corporation, Allegheny Ludlum Corporation & North American Stainless, 14 April 2010, pp. 70- 72) دیوان داوری دعوی ایران و ایالات متحده هم در رأی تصمیم ۱ جولای ۲۰۱۱ درباره درخواست ایران برای رسیدگی دوباره به رأی قبلی بر مبنای اشتباهات اساسی در امر رسیدگی و در امور حکمی، از تمسک به آثار نویسندگان در بحث از صلاحیت ذاتی خود، دریغ نکرد (IUSCT, Islamic Republic of Iran & the United States of America, 1 July 2011, paras. 45, 54, 59 & 60) دادگاه داوری تجاری تشکیل شده بر اساس قواعد آنسیترال است که برای تأیید نظر خود مبنی بر اینکه حق ارجاع به داوری بر اساس موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری مشروط به درماندگی از شیوه‌های ملی جبران خسارت نیست، به قطعنامه ۱۹۸۹ انستیتو حقوق بین‌الملل درباره «داوری بین دولت‌ها، شرکت‌های دولتی یا موجودیت‌های دولتی و شرکت‌های خارجی» استناد کرده است (Arbitral Tribunal Award, Mytilineos Holdings SA v Serbia, 8 September 2006, para. 223 & Montenegro & Serbia). همین‌طور در سطح اتحادیه اروپایی، دیوان دادگستری اتحادیه در دعوی مربوط به حقوق بین‌الملل از عباراتی همچون «نویسندگان حقوقی» استفاده کرده است که حاکی از توجه به آموزه‌های حقوق دانان بین‌المللی است (ECJ, Danske Slagterier v. Bundesrepublik Deutschland, 24 March 2009, para. 30, & Kingdom of Spain v. Council of the European Union, 30 January 2001, para. 29). با وجود این، رویه قضایی نهاد حل اختلافات سازمان جهانی تجارت به آموزه‌های حقوق دانان واقعی آشکار نهاده است.

نتیجه

هرچند منزلت نظریه‌های مؤلفان رساله‌های حقوقی بین‌المللی در اثر تغییر نگرش‌ها، از منبع اصلی به منبع فرعی احراز قواعد، تنزل یافت و به ظاهر رویه قضایی محاکم بین‌المللی از جمله دیوان بین‌المللی دادگستری و دیوان دائمی داوری در نیمه اول قرن بیستم اعتنای چندانی به آن نمی‌کرد، ولی با پیدایش محاکم جدید، رویکرد رویه قضایی بیشتر محاکم تغییر چشمگیری به خود دید. در نتیجه، رویکرد دهه‌های اخیر این دسته از محاکم، خلاف دیدگاه برخی حقوق دانان را که ادعا می‌کنند آموزه‌های حقوقی منبعی نیست که دیوان‌های بین‌المللی بر آن تکیه کرده باشند، اثبات می‌کند. همچنان که شواهد و قرائن متعدد گویاست، تمایل نداشتن شمار اندکی از محاکم به مکتوب کردن استناد به دیدگاه‌های حقوق دانان، به مفهوم بهره نگرستن از آنان در مرحله انشای رأی نیست.

از سوی دیگر، با وجود دیدگاه غالب که ارزش آموزه‌های حقوق‌دانان را تنها در ابزاربودنشان برای احراز قواعد خلاصه می‌کند، دیگر سودمندی و کار ویژه آن‌ها را - از جمله در چارچوب مجامع علمی - باید کمک به توسعه قواعد و دمیدن روح نوآوری و ابتکار به پیکره حقوق بین‌الملل دانست. چالش‌های جدید این نظام که در برهه تاریخی از تحول خود، یعنی گذر از مرحله سنتی و ورود به مرحله مدرن، به سر می‌برد، نیاز به رجوع به دیدگاه‌های علمای حقوق به‌ویژه در راه انسان محور کردن و در نظر گرفتن ارزش‌های مشترک و نفع‌همگانی در نظم حقوقی جدید را بیش از پیش گوشزد می‌کند. به یقین، پیچیدگی ماهیت حقوق بین‌الملل، نبود یک مرجع عالی قانون‌گذاری، و ابهام در چگونگی و فرآیند ایجاد بسیاری از قواعد آن، راه را برای ورود حقوق‌دانان به این عرصه فراهم کرده است. اگرچه اثر یک نویسنده به خودی‌خود قاعده‌آفرین نیست، ولی حقوق‌دانان با ابزار قلم و با همدستی و حمایت دیگر بازیگران، مانند سازمان‌های مردم‌نهاد، با هدف اقناع و ترغیب دولت‌ها یا سازمان‌های بین‌المللی، در موارد بسیار توانسته‌اند رفتار آن‌ها را بر اساس تعالیم حقوقی موردنظرشان جهت‌دهی و نهادینه کنند.

به عنوان واپسین سخن، فراگیری و جهان‌گستری حقوق بین‌الملل به این مفهوم که حقوق و تعهداتی را برای همه ملت‌ها با هر فرهنگ، آرمان، مذهب و ویژگی جغرافیایی به همراه دارد، بنیان چندفرهنگی جامعه بین‌المللی، و ضرورت مشارکت دیدگاه‌های گوناگون در پی‌ریزی هنجارهای حاکم بر سرنوشت همگانی، مهم‌ترین دلیل بر لزوم همت حقوق‌دانان ملت‌های مختلف برای ارائه نظریه‌های ابتکاری و نوآور است که منطبق با اصول و هنجارهای بنیادین حاکم بر جامعه بین‌المللی باشد. از این رو، ایرادی که برخی حقوق‌دانان جهان سوم بر ماهیت غربی حقوق بین‌الملل معاصر وارد می‌کنند، نباید بهانه‌ای برای روی‌گردانی یا مشارکت اندک آن‌ها در انتقال اندیشه‌هایشان به دیگران گردد؛ چراکه نه تنها از وجود و سودمندی حقوق بین‌الملل چاره‌ای نیست، که این خسران باید خود انگیزه‌ای باشد برای تلاش و مشارکت بیشتر در این عرصه مهم.

منابع

A. Books

1. Aust, Anthony (2010), Handbook of International Law, 2nd ed., New York, Cambridge University Press.
2. Brownlie, Ian (1998), Principles of Public International Law, 5th ed., Oxford, Oxford University Press.
3. Brownlie, Ian (1998), The Rule of Law in International Affairs: International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations, General Course of The Hague Academy of International Law, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers.
4. Cançado Trindade, Antônio August (2010), International Law for Humankind towards a New Jus Gentium, General Course of The Hague Academy of International Law Monographs, vol. 6, Leiden/ Boston, Martinus Nijhoff Publishers.
5. D'Aspremont, Jean (2011), Formalism & the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules, New York, Oxford University Press.
6. Davis, George B. (1887), Outlines of International Law: With an Account of Its Origin & Sources & of Its Historical Development, New York, Harper & Brothers, Franklin Square.
7. Dugard, John, et al (2008), International Law: A South African Perspective, 3rd ed., Cape Town, Juta & Co, Ltd.
8. Garner, Bryan A. (2009), Black's Law Dictionary, 9th ed., St. Paul, West Publishing Co.
9. Grant, John P. & Barker, J. Craig (2009), Encyclopædic Dictionary of International Law, 3rd ed., New York, Oxford University Press.
10. Halleck, Henry W. (1861), International Law; or, Rules Regulating the Intercourse of States in Peace & War, San Francisco, H. H. Barcroft & Company.
11. Jennings, Robert (1967), Principles of International Law, General Course of The Hague Academy of International Law, vol. 121, The Hague.
12. Lachs, Manfred (1976), Teachings & Teaching of International Law, General Course of The Hague Academy of International Law, vol. 151, The Hague.
13. Lauterpacht, Hersch (1996), The Development of International Law by the International Court, New York, Cambridge University Press.
14. Lawrence, Thomas (1910), The Principles of International Law, Boston, New York & Chicago, D. C. Heath & Co.
15. Louka, Elli (2006), International Environmental Law Fairness, Effectiveness, & World Order, New York, Cambridge University Press.
16. Malanczuk, Peter (2002), Akehurst's Modern Introduction to International Law, 7th ed., London & New York, Routledge.
17. Morton, Jeffrey S. (2000), The International Law Commission of the United Nations, Columbia, University of South Carolina Press.
18. Murphy, John F. (2010), The Evolving Dimensions of International Law: Hard Choices for the World Community, New York, Cambridge University Press.
19. Oppenheim, Lassa F. L. (1905), International Law: A Treatise, vol. I, London, New York & Bombay, Longmans, Green, & Co.

20. Parry, Clive (1965), *The Sources & Evidences of International Law*, Manchester, Manchester University Press.
21. Rosenne, Shabtai (2006), *The Law & Practice of the International Court, 1920-2006*, vol. III, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers.
22. Rosenne, Shabtai (2004), *The Perplexities of Modern International Law*, The Hague Academy of International Law, Leiden/ Boston, Martinus Nijhoff Publishers.
23. Sands, Philippe (2003), *Principles of International Environmental Law*, New York, Cambridge University Press.
24. Shaw, Malcolm N. (2008), *International Law*, 6th ed., Cambridge, Cambridge University Press.
25. Smith, Frederick E. (1903), *International Law*, 2nd ed., London, [Unknown Publisher].
26. Wheaton, Henry (1866), *Elements of International Law*, 8th ed., Boston, Little, Brown, & Company.
27. Wild, Susan E. (ed.) (2006), *Webster's New World Law Dictionary*, Indianapolis, Wiley, Hoboken.

B. Articles

28. Becker Lorca, Arnulf (2010), "Universal International Law: Nineteenth-Century Histories of Imposition & Appropriation", *Harvard International Law Journal*, vol. 51, pp. 475-552.
29. Chiu, Hangdah (1987), "Chinese Views on the Sources of International Law", *Harvard International Law Journal*, vol. 28, pp. 289-308.
30. Clapham, Andrew (2010), "The Role of the Individual in International Law", *European Journal of International Law*, vol. 21 no. 1, pp. 25-30.
31. D'Amato, Anthony (1989), "What Does It Mean to Be an Internationalist?", *Michigan Journal of International Law*, vol. 10, pp. 102-109.
32. Dugard, John (2007), "The Future of International Law: A Human Rights Perspective –With Some Comments on the Leiden School of International Law", *Leiden Journal of International Law*, vol. 20, no. 1, pp. 729-739.
33. Ellis, Jaye (2006), "Has International Law Outgrown Trail Smelter?", in Rebecca M. Bratspies & Russell A. Miller, *Transboundary Harm in International Law: Lessons from the Trail Smelter Arbitration*, New York, Cambridge University Press, pp. 56-65.
34. Grant Cohen, Harlan (2007), "Finding International Law: Rethinking the Doctrine of Sources", *Iowa Law Review*, vol. 93, pp. 65- 129.
35. Guzman, Andrew (2012), "Against Consent", *Virginia Journal of International Law*, vol. 52, no. 4, pp. 747-790.
36. Jenks, C. Wilfred (1956), "International Law & Activities in Space", *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 5, no. 1, pp. 99-114.
37. Jennings, Robert (1991), "An International Lawyer Takes Stock", *University of Miami Yearbook of International Law*, vol. 1, pp. 1-16.

38. Jennings, Robert (1996), "International Lawyers as the Progressive Development of International Law", in Jerzy Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, Cambridge, Kluwer Law International, pp. 413-424.
39. Jennings, Robert (1984), "Teachings & Teaching in International Law", in Jerzy Makarczyk (ed.), *Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs*, The Hague & Boston, Martinus Nijhoff Publisher, pp. 121-132.
40. Johnston, Douglas M. (1988), "Functionalism in the Theory of International Law", *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 26, pp.3-60.
41. Kennedy, David (1987), "The Sources of International Law", *American University Journal of International Law & Policy*, vol. 2, no. 1, pp.1-9.
42. Lauterpacht, Hersch (1955), "Codification & Development of International Law", *American Journal of International Law*, vol. 49, pp.16-43.
43. McRae, Donald (1987), "The International Law Commission: Codification & Progressive Development after Forty Years", *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 25, pp. 355-368.
44. Menon, P. K. (1989), "Primary, Subsidiary & Other Possible Sources of International Law", *Sri Lanka Journal of International Law*, vol. 1, pp. 113-150.
45. O'Connell, Mary E. (2011), "The Natural Superiority of Courts", in Ulrich Fastenrath et al, *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, New York, Oxford University Press, pp.1040-1054.
46. Okafor, Obiora (2004), "Receiving the Headian Legacy: International Lawyers, South-to-North Resource Transfers, & the Challenge of International Development", *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 42, pp.425-436.
47. Pellet, Alain (2006), "Article 38", in Andreas Zimmermann, et al (ed.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, New York, Oxford University Press, pp.677-792.
48. Pellet, Alain (2004), "Between Codification & Progressive Development of the Law: Some Reflections from the ILC", *International Law FORUM du droit international*, vol. 6, pp.15-23.
49. Pellet, Alain (2000), "The Role of the International Lawyer in International litigation", in Wickremasinghe, Chanaka, *The International Lawyer as Practitioner*, London, British Institute of International & Comparative Law, pp.147-162.
50. Rigaux, Francois (2011), "Non-State Actors from the Perspective of the Institute de Droit International", in d'Aspremont, J., (ed.), *Participants in the International Legal System*, New York, Routledge, pp.179-184.
51. Scott, James B. (1927), "The Institute of International Law", *American Journal of International Law*, vol. 21, pp.716-736.
52. Sohn, Louis B., (1995/1996), "Sources of International Law", *Georgia Journal of International & Comparative Law*, vol. 25, pp.399-406.
53. Sourang, Moustapha (1991), "Jurisprudence & Teachings", in Bedjaoui, M., (ed.), *International Law: Achievements & Prospects*, Dordrecht/ Paris, Martinus Nijhoff Publishers/ UNESCO, pp.283-288.
54. Triggs, Gillian (2005), "The Public International Lawyer & the Practice of International Law", *Australian Year Book of International Law*, vol. 24, pp.201-218.

55. Yifeng, Chen (2010), "Structural Limitations & Possible Future of the Work of the International Law Commission", Chinese Journal of International Law, vol. 9, pp.473-484.

C. Judgments

56. Arbitral Tribunal Award of 17 December 1999, 2nd Stage of the Proceedings in the Case Concerning Maritime Delimitation between Eritrea & Yemen.
57. Arbitral Tribunal Award of 22 July 2009, Abyei Arbitration (between the Government of Sudan & the Sudan People's Liberation Movement Army).
58. Arbitral Tribunal Award of 8 September 2006, Partial Award on Jurisdiction, Mytilineos Holdings SA v Serbia & Montenegro & Serbia.
59. CCJ Judgment of 20 of August 2009, Trinidad Cement Limited & TCL Guyana Incorporated., & The State of the Co-Operative Republic Of Guyana, CCJ Application no. OA 2 of 2009.
60. ECCC Trial Chamber Judgment of 26 July 2010, Co-Prosecutors v. KAING Guek Eav alias Duch, Case no. 001/18-07-2007/ECCC/TC.
61. ECJ Judgment of 24 March 2009, Danske Slagterier v. Bundesrepublik Deutschland, Case no. C-445/06.
62. ECJ Judgment of 30 January 2001, Kingdom of Spain v. Council of the European Union, Case no. C-36/98.
63. ECtHR Judgment of 12 July 2007, Jorgic v. Germany, Application no. 74613/01.
64. Eritrea Ethiopia Claims Commission Award of 1 July 2003, Partial Award on Prisoners of War, Eritrea's Claim 17, The State of Eritrea & the Federal Democratic Republic of Ethiopia.
65. IACHR Judgment of 15 September 2005, Mapiripán Massacre v Colombia, Merits, Reparations & Costs, Series C., no 134.
66. ICC Trial Chamber I Judgment of 14 March 2012, Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case no. ICC-01/04-01/06.
67. ICJ Advisory Opinion of 8 July 1996, Case Concerning the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons.
68. ICJ Judgment of 10 October 2002, Case Concerning Land & Maritime Boundary between Cameroon & Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening).
69. ICJ Judgment of 11 September 1992, Case Concerning Land, Island & Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua Intervening).
70. ICJ Judgment of 20 February 1969, Case Concerning North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark).
71. ICJ Judgment of 20 February 1969, Case Concerning North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands).
72. ICJ Judgment of 27 June 2001, La Grand Case (Germany v. United States of America).
73. ICJ Judgment of 3 December 1999, Case Concerning Kasikili/Sedudu Island (Botswana v Namibia).

74. ICJ Judgment of 5 February 1970, Case Concerning Barcelona Traction, Light & Power Company, Limited (Belgium v Spain), Merits, Second phase, Separate Opinion of Judge Ammoun.
75. ICJ Judgment of 6 April 1955, Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala), Second Phase.
76. ICSID Award of May 18 2010, ATA Construction, Industrial & Trading Company & the Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case no. ARB/08/2.
77. ICTR Trial Chamber I Judgment of 15 July 2004, Prosecutor v. Emmanuel Ndindabahizi, Case no. ICTR-2001-71
78. ICTY Judgment of 24 March 2000, Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, Case no. IT-95-14/1-A.
79. IUSCT, Full Tribunal Decision of 1 July 2011, Islamic Republic of Iran & the United States of America, Cases nos. A3, A8, A9, A14 & B61, Decision no. DEC 134-A3/A8/A9/A14/B1-FT.
80. NAFTA Panel Review Award of April 14 2010, Between Investigating Authority, ThyssenKrupp Mexinox S.A. de C.V. & Mexinox USA, Inc. & AK Steel Corporation, Allegheny Ludlum Corporation & North American Stainless, Case no. USA-MEX-2007-1904-01.
81. PCIJ of 7 September 1927, Case of the S.S. "Lotus", Series A. no. 10.
82. SCSL Trial Chamber II Judgment of 18 May 2012, Prosecutor v. Charles G. Taylor, Case no. SCSL- 03-01-T.
83. STL Appeal Chamber Judgment of 16 February 2011, Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging, Case no. STL-11-01/I.

Archive of SID