

## نقش دیوان بین‌المللی دادگستری در توسعه‌ی حقوق بین‌الملل

همایون حبیبی\* - سوده شاملو\*\*

(تاریخ دریافت: ۹۱/۱۰/۹ تاریخ پذیرش: ۹۲/۱۲/۱۴)

### چکیده

ادعای ایجاد قاعده‌ی حقوقی و توسعه حقوق بین‌الملل از سوی دیوان بین‌المللی شاید گزاف بنظر آید. زیرا علی‌القاعده دیوان بین‌المللی دادگستری باید اختلاف‌های بین دولت‌ها را طبق حقوق بین‌الملل حل و فصل کرده و در صورت خلأ قانونی از صدور رأی اجتناب کند. ولی دیوان فراتر از حل اختلاف، از طریق ایجاد رویه‌ی قضایی، در توسعه‌ی حقوق بین‌الملل مشارکت دارد. "توسعه" مفهومی است که تغییر و نوآوری را در خود دارد و تنها با اعمال قواعد حقوقی موضوعه امکان‌پذیر نیست، لذا دیوان با عدول از رویکرد پوزیتیویستی، نقش جدیدی را در حقوق بین‌الملل برای خود ترسیم کرده است. دیوان بین‌المللی دادگستری با اتخاذ روشی هم‌چون نظام حقوقی کامن‌لو؛ برای رویه‌ی قضایی اهمیت بیش از یک منبع فرعی قائل است و در صورت ضرورت در اصلاح و ایجاد قواعد حقوقی مشارکت می‌کند، لذا هر چند دیوان رکن قانون‌گذاری نیست، با توجه به توسعه‌نیافتگی حقوق بین‌الملل به عنوان یک شبه قانون‌گذار عمل می‌کند.

کلیدواژگان: دیوان بین‌المللی دادگستری، تصمیمات قضایی، احتیاط قضایی، سیستم حقوقی کامن‌لو، قانون‌گذاری قضایی، توسعه‌ی حقوق بین‌الملل.

\* استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی (نویسنده‌ی مسئول)

Email: h\_habibi@atu.ac.ir

\*\* دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات، تهران - ایران

رویه‌ی قضایی به معنی اتخاذ روش و شیوه‌ی یکسان در قضایای شبیه به یکدیگر است که دیوان ملزم به تبعیت از آن باشد، "رویه‌ی قضایی" در نظام‌های حقوقی مطرح جهان دارای اهمیتی متفاوت است و در نظام بین‌المللی نیز به عنوان منبع حقوق مورد توجه است. ماده‌ی ۳۸ اساسنامه‌ی دیوان بین‌المللی دادگستری به "تصمیمات قضایی بین‌المللی" اشاره کرده و این تصمیمات را عامل فرعی برای احراز قواعد حقوقی بین‌المللی دانسته است.<sup>۱</sup> با این حال باید دانست که تصمیمات قضایی فراتر از یک عامل کمکی صرفند و ارزش آن را به عنوان یک منبع، می‌توان از نحوه‌ی استناد به رویه‌ی قضایی دریافت. زیرا قضات دیوان و اصحاب دعوی در استدلال‌های خود آن‌چنان به رویه استناد می‌کنند که گویی دارای ارزش مستقلی است. در دیوان بین‌المللی دادگستری، می‌توان ملاحظه کرد که حتی در جایی که دیوان به صراحت به رأیی خاص استناد نکند، از اصول اعمال شده در آرای سابق تبعیت می‌کند و این امر تبدیل به رویه‌ای ثابت شده است که الزاماً دو فاکتور نسبت به آن وجود دارد (Fitzmaurice 1980, II, 583). حتی در استناد به این سابقه، دیوان بین‌المللی دادگستری، سلف خود را نیز فراموش نمی‌کند. چنان‌چه در قضیه‌ی «آمباتیلوس» دیوان اعلام نمود از اصولی که در رویه‌ی قضایی خود و دیوان دائمی اثبات شده است عدول نمی‌کند.<sup>۲</sup>

مؤسسين ديوان دائمي دادگستري بين المللي در بند (۱)(د) ماده‌ی ۳۸ اساسنامه‌ی دیوان (که در دیوان حاضر نیز از آن عدول نشده) ضمن بر شمردن منابع حقوق بین‌الملل به این دلیل عبارت "تصمیمات قضایی"<sup>۳</sup> - و نه "رویه‌ی قضایی" - را بکار برده‌اند که کلیه‌ی آرا و

۱. زمانی که بعد از جنگ جهانی اول و تأسیس جامعه‌ی ملل، دولت‌های عضو جامعه‌ی ملل تصمیم به ایجاد یک دیوان دائمی گرفتند، باید مشخص می‌شد، این دادگاه برای حل و فصل اختلافات به چه قواعدی باید استناد کند. در نتیجه کمیته‌ی مشورتی حقوق‌دانان بعد از بحث‌های مفصل ماده‌ی ۳۸ اساسنامه را تنظیم کردند، که براساس آن سه منبع قرارداد، عرف و اصول کلی حقوقی منابع اصلی و مستقیم و تصمیمات قضایی و دکترین به منزله‌ی عوامل فرعی در احراز قواعد حقوقی معرفی شدند. در این ماده عبارت منبع بیان نشده است، و صرفاً این موارد بعنوان موازینی تلقی شده که دیوان آن را در قضایا اجرا خواهد کرد. ولی آنچه مسلم است، دیوان با استناد مستقیم به منابع اصلی حکم صادر می‌کند، بنابراین کاربرد لفظ منبع در مورد آن‌ها صحیح به نظر می‌رسد. از سوی دیگر در مورد تصمیمات قضایی با وجود آن‌که شیوه یا وسیله‌ی فرعی در احراز قواعد حقوقی تلقی شده است، ولی در این نوشتار هدف آن است که به بررسی اهمیت رویه‌ی قضایی و جایگاه آن بعنوان یک منبع حقوقی پرداخته شود (کک دین، نگوین، و پاتریک دینه، و آلن پله. ۱۳۸۲: حقوق بین‌الملل عمومی، ترجمه‌ی حسن حبیبی، انتشارات اطلاعات، چاپ اول، ۶۳۹).

2. *Ambatielos (Greece V. United Kingdom), Merits, ICJ Rep 1953, p.19.*

3. *Judicial Decisions*

تصمیمات قضایی را در بر گیرد، بنابراین برای استناد به سابقه نیازی نیست تکرار و رویه احراز شود و می‌توان تنها به یک رأی یا تصمیم خاص نیز استناد کرد. برای مثال نظریه‌ی مشورتی جبران خسارت ملل متحد که شخصیت حقوقی سازمان‌های بین‌المللی را شناسایی نموده است، سابقه‌ای ارزشمند ایجاد کرده است که متعاقباً مورد استناد بوده است. لذا می‌توان گفت در عمل تفاوتی بین این دو اصطلاح وجود ندارد (کک دین ۱۳۸۲، ۶۴۴، ۶۴۵).<sup>۱</sup>

شاید بتوان گفت اهمیتی که دیوان به رویه‌ی قضایی می‌دهد، به نظام حقوقی کامن‌لو بیشتر شباهت دارد، در نظام حقوقی کامن‌لو قاضی تنها مفسر و معجزی قانون نیست، بلکه به هنگام رسیدگی به یک اختلاف به آنچه قضات قبلی انجام داده‌اند نیز توجه می‌کند و گاه قواعد جدیدی را بر پایه‌ی رویه‌ی قضایی کشف کرده و لذا خود مبنایی جدید برای حل اختلاف می‌شود.<sup>۲</sup> این ایفای نقش تا آنجا اهمیت دارد که این نظام حقوقی را "قانون ساخته‌ی دست قضات" خوانده‌اند<sup>۳</sup> (Shahabuddeen 1996, 241). ولی آیا واقعاً وضعیت دیوان بین‌المللی دادگستری هم چنین است؟ آیا با توجه به تبعیت دیوان از رویه‌ی قضایی پیشین خود باید گفت که آرای دیوان منبع معتبر و مستقلی است؟ در این صورت آیا می‌توان گفت که دیوان بین‌المللی دادگستری نیز هم‌چون دادگاه‌های کامن‌لو علاوه بر حل و فصل اختلاف، قاعده ایجاد می‌کند؟ یا باید فرض کرد که با توجه به نقشی که نظام‌های حقوق نوشته در شکل‌گیری این دیوان داشته‌اند. و همین‌طور اهمیت بنیادینی که دولت‌ها در ایجاد قاعده‌ی حقوقی دارند جایگاه تصمیمات قضایی در حقوق بین‌الملل بیشتر با نظام حقوق نوشته سازگار است؟ و همین‌طور اهمیت بنیادینی که دولت‌ها در ایجاد قاعده‌ی حقوقی دارند جایگاه تصمیمات قضایی در حقوق بین‌الملل بیشتر با نظام حقوق نوشته سازگار است؟

1. Cassese, A, 2001, International Law, Oxford University Press, 2; Brownlie, Ian, 1998, Principles of Public International Law, Oxford University Press, 19.

۲. سیستم حقوقی رومن-ژرمنی یک نظام حقوقی بسته است که هر اختلاف حقوقی بایستی با استناد به قاعده‌ی حقوقی موجود و حداکثر استفاده از مکانیسم تفسیر حل و فصل شود. در مقابل سیستم حقوقی کامن‌لو یک سیستم حقوقی باز است که در آن همیشه قواعد ماهوی لازم‌الاجرا وجود ندارد، بلکه این اعتقاد وجود دارد که برای یک وضعیت جدید، قاعده‌ی جدید وجود دارد و باید وجود داشته باشد، و قاضی بایستی با توسل به تفسیر قواعد و استفاده از تکنیک "انماز" در صورت خلأ حقوقی، بر پایه‌ی قواعد حقوقی قبلی قاعده‌ی جدید کشف و در حل و فصل قضایا آن را اعمال کند (داوید، رنه، ۱۳۶۴، نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه حسن صفایی و محمد آشوری و عزت‌الله عراقی، تهران: مرکز نشر دانشگاهی، چاپ اول، ص. ۳۵۶).

3. Judge Made Law.

دیوان رکن اصلی قضایی سازمان ملل است که هم‌چون دیگر ارکان سازمان در ایجاد و حفظ صلح و امنیت بین‌المللی مشارکت دارد. و بدین منظور موظف است به موجب ماده‌ی ۳۸ قواعد حقوقی موجود را اعمال کند. با این حال دیوان بخوبی می‌داند وقتی در یک قضیه‌ی اصول و قواعد حقوقی را اعمال می‌کند، در آینده به آن استناد می‌گردد، لذا دیگر دیوان صرفاً نهادی جهت حل و فصل اختلاف بین طرفین یک اختلاف نیست، بلکه وظیفه‌ی دیگر دیوان مشارکت در توسعه و شفاف‌سازی قواعد و اصول حقوق بین‌الملل می‌باشد.

اکنون این سؤال مطرح می‌گردد که نقش دیوان در "توسعه‌ی حقوق بین‌الملل" به چه شکل محقق می‌شود. آیا تنها از طریق شفاف‌سازی و نهایتاً تفسیر قواعد حقوقی موجود، دیوان به انجام رسالت خود عمل می‌کند یا حق خواهد داشت دست به تحولاتی عمیق‌تر بزند؟ دیوان گاه از بحث در این خصوص احتراز کرده و گاه صلاحیت خود به ایجاد یا تغییر قواعد حقوقی را به‌صراحت رد کرده است. گاه ملاحظه می‌شود که دیوان با استناد به ماده‌ی ۳۸ اساسنامه و اصل رضایی بودن صلاحیتش تأکید می‌کند که وظیفه وی تفسیر معاهدات است نه ایجاد قاعده. اما آیا با اتخاذ این روش دیوان می‌تواند در توسعه‌ی حقوق مشارکت فعال داشته باشد؟ و آیا دیوان همواره این گونه رفتار کرده است؟

بطور کلی دو مکتب "خود محدود سازی"<sup>۱</sup> و "کنشگری قضایی"<sup>۲</sup> در توسعه‌ی حقوق بین‌الملل وجود دارد که هر دو تفکر بعد از جنگ جهانی دوم در ادبیات حقوقی دیوان وارد شده است. پوزیتیویست‌ها حامی دکتترین خود محدود‌سازی قضایی‌اند که در عدول از قواعد حقوق موضوعه محتاطند، اما طرف‌داران "کنشگری قضایی" به سازندگی دیوان معتقدند و توسعه نیافتگی حقوق بین‌الملل و نقشی که دیوان در توسعه‌ی حقوق بین‌الملل دارد را دلیلی بر ضرورت ایجاد قاعده توسط دیوان می‌دانند.

طرف‌داران حقوق موضوعه، "تقنین قضایی"<sup>۳</sup> که به معنی قانون‌گذاری مرجع قضایی است را مفهومی متعارض می‌دانند، و معتقدند این اختیار با هدفی که دیوان برای آن تأسیس شده، یعنی کمک به حفظ صلح و امنیت بین‌المللی در تعارض است (Lauterpacht 1982, 156).

1. Judicial Self-Restraint

2. Judicial Activism

3. Judicial Legislation, Judicial Lawmaking, Judge Made Law, Development of Law By Judges, The Creative Role of Judges, Judicial Creativity, Judicial Activism.

آنان هم‌چنین معتقدند که باور "ایجاد قاعده بوسیله قاضی" باوری نادرست است زیرا رویه‌ی قضایی هیچ‌گاه هم‌چون قانون برای دیوان الزام‌آور نیست و در صورتی که دیوان تصمیمات قبلی را مناسب نداند می‌تواند از آن عدول کند، و لذا همان‌طور که به‌صراحت در قضیه‌ی آفریقای جنوب غربی اعلام کرده است دیوان خود را یک نهاد قانونگذاری نمی‌داند (ibid). پاسخ به این که عمل دیوان با کدامیک از این تفکرات هم‌داستانی دارد مستلزم آن است که ابتدا دیدگاه مؤسسين دیوان دائمی (مبحث اول) و نظرات مخالفین و موافقین (مبحث دوم) در این خصوص بررسی شود، سپس با بررسی نظام حقوقی کامن‌لو و مقایسه‌ی تطبیقی آن با عملکرد دیوان به این سؤال پاسخ داده شود که آیا می‌توان گفت دیوان در عمل از مدل کامن‌لو الهام گرفته است؟ (مبحث سوم) در نهایت ایجاد قاعده به وسیله‌ی دیوان را در عمل مورد مطالعه قرار دهیم (مبحث چهارم).

#### مبحث اول: بررسی اسناد تأسیس دیوان دائمی

طراحان اساسنامه‌ی دیوان به نقش و کارکرد آن در توسعه‌ی حقوق بین‌الملل معتقد بودند. با این حال دولت‌هایی که نگران بودند منافع حیاتی‌شان از طریق عملکرد مستقل مرجع بین‌المللی به خطر افتد با اعطای حق تغییر در اصول و قواعد حقوقی به قضات مخالف بودند.<sup>۱</sup> در مقابل برخی از دولت‌ها نیز در طرح‌هایی به کمیته‌ی مشورتی حقوق‌دانان پیشنهاد دادند که در صورت خلأ قانونی، دیوان بتواند بر مبنای آنچه که به نظر وی قواعد حقوق بین‌الملل است، حکم صادر کند.<sup>۲</sup> ولی

1. Members of the Committee of Jurists: Adatci, Altamira, Bevilaqua, Descamps, Hagerup, Delapradelle, Loder, Lord Philimore, Ricci-Busatti, Elihu Root And Leon Bourgeois.

۲. ماده‌ی ۲۷ طرح دانمارک ونروژ و سوئد در این خصوص مقرر می‌دارد: ( در صورتی که موضوع حقوقی بین طرفین در دیوان مطرح گردد، در صورت وجود توافق الزام‌آور، توافق مذکور مبنای رأی دیوان خواهد بود. اگر چنین مقرراتی وجود نداشت دیوان مطابق با قواعد اثبات شده‌ی حقوقی رسیدگی می‌کند، و در غیراین‌صورت بر مبنای اصول کلی حقوقی تصمیم گرفته خواهد شد.

در قسمت دوم این ماده‌ی جایگزینی بیان شده که طبق آن اگر قواعدی از این نوع وجود نداشته باشد، دیوان مطابق با آنچه تصمیم خواهد گرفت که به نظر وی قواعد حقوقی بین‌المللی می‌باشد. ماده‌ی ۱۵ طرح دانمارک و ماده‌ی ۲ طرح ۵ دولت بی‌طرف مشابه با این نظر را اعلام نمودند.

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

اعضای کمیته‌ی تدوین اساسنامه با ایده‌ی مذکور موافق نبودند. چنانچه «روت» معتقد بود، در صورتی دیوان می‌تواند قاعده ایجاد کند که تضمین دهد به حقوق دولت‌های حاکم به‌عنوان قانون‌گذاران اصلی جامعه‌ی بین‌المللی تعرض نگردد. در غیر این صورت بسیاری از دولت‌ها از جمله آمریکا صلاحیت دیوان را نمی‌پذیرند. «فیلیمور و باساتی» نیز قانون‌گذاری در حقوق بین‌الملل را منوط به توافق جهانی دولت‌ها می‌دانستند و رویه‌ی قضایی را شایسته‌ی ایجاد قانون تلقی نمی‌کردند.<sup>۱</sup>

به‌رغم مخالفت‌هایی که با قانون‌گذاری قضایی وجود داشت، اعضا نمی‌توانستند اهمیت رویه‌ی قضایی در توسعه‌ی حقوق بین‌الملل را نادیده بگیرند، بنابراین «روت و فیلیمور» در تنظیم ماده‌ی ۳۸ اساسنامه پیشنهاد دادند رویه‌ی قضایی شیوه‌ای برای اعمال و توسعه‌ی حقوق باشد، «بارون دشام» نیز هدف از تشکیل دیوان جدید را تضمین تداوم و پیشرفت رویه‌ی قضایی بین‌المللی بر مبنای آرای صادره می‌دانست و در تنظیم ماده‌ی ۳۸ پیشنهاد داد، در فهرست منابع مورد استفاده دیوان در حل اختلافات "رویه‌ی قضایی بعنوان شیوه‌ای برای اعمال و توسعه‌ی حقوق بین‌الملل" آورده شود. وی معتقد بود با وجود آن که رویه‌ی قضایی در حقوق انگلیس و فرانسه تفاوت دارد اما در هر دو سیستم دادگاه بایستی تداوم و انسجام آرای قضایی را تضمین کند. «دشام» هم‌چنین دیوان را در تقویت افکار عدالت‌طلبانه و تکمیل قواعد موضوعه مؤثر می‌دانست؛<sup>۲</sup> ولی با توجه به مخالفت‌های «ریچیا ساتی و سایرین»، رویه‌ی قضایی را نه یک منبع واقعی حقوق بین‌الملل بلکه آرای ناشی از ذهن قضات تلقی کرد و پیشنهاد داد که تصمیمات قضایی شیوه‌ی فرعی برای احراز قواعد حقوقی باشد، که این نظر مورد موافقت «فیلیمور» نیز قرار گرفت.<sup>۴</sup>

اکنون مسئله‌ی دیگری توجه حقوق‌دانان کمیته‌ی مشورتی را به خود جلب می‌کرد و آن اثر رأی دیوان به حقوق سایرین بود. «بالفور» که با قانون‌گذاری دیوان مخالفتی نداشت. وی معتقد بود آرای دیوان دائمی اثر تدریجی بر شکل‌گیری و تغییر حقوق بین‌الملل دارد و از این رو علی‌القاعده هر یک از دولت‌ها باید بتواند در هر قضیه‌ای برای حفظ حقوق خود نسبت به نتایج نهایی و بعدی آن اعتراض کند. بنابراین این قاعده‌ی اولیه را بیان کرد که آرای صرفاً بین طرفین

1. Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists, Process-Verbaux of the Proceedings of The Committee, June 16th-July 24th 1920, With Annexes, The Hague, 1920, 296,309, 314, 584.

2. Process-Verbaux, 306, 353-354.

3. Documents, 361.

4. Process-Verbaux, p. 620.

اختلاف الزام‌آور است. ولی با توجه به این که این امکان وجود دارد که دیوان رأیی صادر کند که نسبت به سایر اعضای جامعه‌ی بین‌المللی اعمال شود، برای دولت‌های ثالث نیز حق ورود به دعوی پیش‌بینی شود. بر اساس این پیشنهاد دولت ثالث تنها در صورتی حق ورود به قضیه را دارد که منفعت حقوقی خاص در قضیه داشته باشد یا دعوی در ارتباط با تفسیر کنوانسیون باشد که دولت مذکور عضو آن است. اما وی در مورد حق ورود ثالث نسبت به قضایایی که آرای آن در توسعه‌ی حقوق بین‌الملل مؤثر است، پیشنهادی نداشت. این «بورگیوس» بود که به اثر آرای دیوان بر حقوق سایر دولت‌ها از طریق توسعه‌ی حقوق بین‌الملل اشاره کرد و با این حال معتقد بود اثر الزامی رأی باید محدود به طرف‌ها باشد.

نتیجه‌ی این مباحث به تدوین مقرراتی منتهی شد که در مواد ۵۹، ۶۲ و ۶۳ اساسنامه آمده و طی آن‌ها:

الف) اثر رأی محدود به طرف‌ها است؛

ب) چنان‌چه دیگر دولت‌ها مستقیماً از رأی متأثر شوند می‌توانند به عنوان ثالث به دعوی وارد شوند.<sup>۱</sup>

به نظر «بورگیوس» اظهارات «بالفور» به این معنی است که اصولی که دیوان در تصمیم‌گیری خود مقرر می‌کند، موجب می‌شود اصول حقوقی سنتی سایر کشورها تغییر کند، بنابراین اثرات جدی به وجود خواهد آورد که حق ورود ثالث و تأثیری که رأی در توسعه‌ی حقوق بین‌الملل دارد را مطرح می‌کند.<sup>۲</sup> وی در ابتدا به تأثیر رأی بر توسعه‌ی حقوق بین‌الملل و حق ورود دولت ثالث در این خصوص می‌پردازد، ولی در قسمت دوم، ماده‌ی ۵۹ و حق ورود ثالث وفق ماده‌های ۶۲ و ۶۳ را بیان می‌کند، در حالی که به سؤال اولی پاسخی نداده است. اما نکته‌ای که اهمیت دارد آنست که اثر الزامی رأی را مجزا از تأثیر رأی در شکل‌گیری و اصلاح حقوق بین‌الملل می‌داند.

در صورتی که کمیته‌ی صلاحیت ایجاد قاعده به دیوان می‌داد، با توجه به آن که اکثریت دولت‌ها با آن مخالف بودند، بطور حتم اقتدار قضایی دیوان متزلزل می‌شد. لذا با تنظیم ماده‌ی ۵۹ و ذکر آن در بند «۱» «د» ماده‌ی ۳۸ که به موجب آن رویه‌ی قضایی شیوه‌ی

1. League of Nations Permanent Court of International Justice, Documents Concerning the Action Taken by the Council the League of Nations Under Article 14 of the Covenant and the Adoption by the Assembly of the Statute of the Permanent Court, January 1921, 38.

2. IBID, 46,50.

فرعی در احراز و شفاف‌سازی قواعد حقوقی موجود می‌باشد، کمیته‌ی حقوق‌دانان پذیرفت که دیوان قانون ایجاد نکند<sup>۱</sup> (Boyle and Chinkin 2007, 267). این تصمیم در شرایطی اتخاذ شد که حتی در سیستم حقوقی نوشته، در برخی موارد قاضی قاعده ایجاد می‌کند. بنابراین به‌طور خلاصه می‌توان گفت از همان ابتدای امر حقوق‌دانان و نویسندگان متن اولیه‌ی اساسنامه به ضرورت اعطای اختیارات وسیع‌تر به دیوان و اجازه‌ی ایفای نقش مؤثر در توسعه‌ی حقوق بین‌الملل توجه داشته‌اند،<sup>۲</sup> ولی با توجه به مقتضیات زمان و نیاز به جلب رضایت حداکثری دولت‌ها در پیوستن به دیوان دائمی دادگستری بین‌الملل راه حلی محتاطانه پیش گرفته‌اند.

**مبحث دوم: نگاه دکتربین به ایجاد قاعده‌ی حقوقی بوسیله‌ی دیوان بین‌المللی دادگستری**  
به‌طور کلی درباره‌ی نقش دیوان بین‌المللی دادگستری در ایجاد قاعده، دو دیدگاه وجود دارد. براساس نظر اول دیوان یک مرجع قضایی در حل و فصل مسألت‌آمیز اختلافات بین‌المللی محسوب می‌گردد و در زمان تنظیم اسناد تأسیس چنین صلاحیتی برای دیوان ترسیم نشده است. پذیرش چنین صلاحیتی برای دیوان آن را به یک نهاد قانون‌گذاری تبدیل می‌کند که صلاحیت ایجاد و تغییر قواعد و اصول حقوق بین‌الملل را بدون رضایت دولت‌ها خواهد داشت. حال آن‌که دیوان نهادی است که براساس رضایت دولت‌ها صلاحیت می‌یابد. طبق نظر

1. Process-Verbaux of the Proceedings of Committee, 16 June-24 July, The Hague, 1920, Baron Descamp, 336, 344, 373, 354, 584, 620.

۲. «بویلاکوا» در یادداشت توضیحی در ارتباط با ایجاد سازمان دیوان دائمی اعلام نمود، «جوزف دیویس» می‌گوید: «قوه‌ی قضاییه‌ی آمریکا اثبات نموده که دادگاه‌ها ضرورتاً تمایل به توسعه‌ی حقوق در جهت منافع جامعه دارند. " در ادامه اضافه می‌کند: " تجربه‌ی ما که تنها مبتنی بر تاریخ قضایی آمریکا نبوده و سنت حقوقی انگلستان نیز آن را تأیید می‌کند- اثبات نموده که حقوق سیستمی از ایده‌هاست، و توسعه‌ی آن همان‌قدر از طریق عرف و تفسیر انجام می‌گیرد که از طریق اقدام مستقیم قوه‌ی مقننه. دادگاه این کار را با تحمیل قواعد حسب تمایل خویش انجام نمی‌دهد ... بلکه از طریق تفسیر قضایی، قاعده‌ای را کشف می‌کند که قبلاً در حقوق عام وجود داشته ولی به‌شکل مشخصی تنظیم نشده بوده است. بدین ترتیب دلیل وجودی قانون حفظ می‌شود اما به‌لحاظ تلاشی که درهماهنگ‌سازی آن با روابط پیچیده‌ی اجتماعی صورت می‌گیرد شکل آن به‌تدریج تغییر کرده و توسعه می‌یابد. " به نوشته‌ی «بویلاکوا» این استدلال‌ها به تمامی قابل تسری به نظام حقوقی بین‌المللی است زیرا این نظام هنوز به نقطه‌ی تکامل خود نرسیده است و هرچند قواعد نوشته یا قواعد عرفی وجود دارند ولی برخلاف آن‌چه در نظام‌های حقوقی پیشرفته غربی می‌بینیم، در نظام بین‌المللی آن‌چه به قواعد قوام و استحکام لازم را می‌دهد ( یعنی نحوه‌ی اعمال آن نزد دادگاه ) هنوز وجود ندارد.

Documents, 361.



دوم، صلاحیت دیوان در ایجاد قاعده‌ی ضروری و لازمه‌ی مشارکت دیوان در توسعه‌ی حقوق بین‌الملل است؛ دیوان تنها رکن قضایی حقوق بین‌الملل است که صلاحیت علمی و انعطاف لازم را در درک مقتضیات جامعه‌ی بین‌المللی دارد و دولت‌ها با پذیرش این واقعیت بصورت ضمنی به آن رضایت دارند. بنابراین این موضوع تبدیل به یکی از بحث‌های چالشی قابل توجهی شده که استدلالات هریک از دو گروه موافق و مخالف ذهن را قانع و به تسلیم وادار می‌کند، اما نظری اولویت دارد که سعادت جامعه‌ی بین‌المللی و در نهایت بشر در آن باشد. در ذیل در دو بند جداگانه به بررسی مختصر هر یک از این دیدگاه‌ها پرداخته می‌شود.

#### بند اول: خود محدودسازی قضایی، نظری مخالفین نقش دیوان در ایجاد قاعده

به موجب ماده‌ی ۳۸ اساسنامه‌ی دیوان در رسیدگی به اختلافات قواعد حقوقی موجود را اعمال می‌کند و در صورت خلأ قانونی باید از صدور رأی اجتناب کند، بنابراین کار قضات اعمال قانون و نه وضع آن می‌باشد؛ این رویکرد محافظه‌کارانه "خود محدودسازی قضایی" نامیده می‌شود که در سیستم‌های حقوقی نهادی شناخته شده است (Merills 1995, 230).<sup>۱</sup> دیوان در برخی قضایا از این دیدگاه تبعیت کرده است، چنان‌که در قضیه‌ی آفریقای جنوب غربی اعلام نمود، در صورتی که در وضعیتی خاص قاعده‌ی حقوقی در جهت اثبات ادعای یکی از طرفین اختلاف وجود نداشته باشد، دیوان نمی‌تواند به منظور جلوگیری از تبعات منفی، قاعده ایجاد کند، در غیراین صورت از حدود قانونی خود خارج می‌شود و این به معنی آنست که دیوان برای تحقق اهداف سیاسی قانون‌گذاری می‌کند. ممکن است نتایج این عمل به نظر مفید باشد، اما دیوان نمی‌تواند و نباید خارج از صلاحیت قانونی خود قانون‌گذاری کند.<sup>۲</sup> در اظهاری مشابه دیوان در نظریه‌ی مشورتی مربوط به مشروعیت تهدید یا کاربرد سلاح‌های هسته‌ای مجدداً تأکید می‌کند که نمی‌تواند قانون‌گذاری کند و در این قضیه وظیفه‌اش ارزیابی وجود اصول حقوقی و قواعد قابل اعمال بر تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای است، و تنها این اختیار را دارد که حقوق موجود را بیان و نه قانون‌گذاری کند (Rosenne 2005, III, 1607).

1. See More: Edward McWhinney. 1968. "Changing United Nations Constitutionalism - New Arenas and New Techniques for International Law-Making" Canadian Yearbook of International Law 5: 74.

2. South West Africa Case (Liberia V. South Africa) (Ethiopia V. South Africa), Second Phase, ICJ Reports 1966, 36, para.57.

طرف داران "خود محدودسازی قضایی" با نقش دیوان در توسعه‌ی حقوق مخالفتی ندارند، بلکه صرفاً توسعه را در مفهوم تغییر قواعد حقوقی نمی‌دانند؛ به اعتقاد این عده، در برخی از قضایا که دیوان از تصمیم‌گیری در خصوص یک موضوع خودداری کرده نه تنها مانعی در جهت توسعه‌ی حقوق نبوده، بلکه حقوق را نیز توسعه داده است. دیوان در قضیه‌ی «ویمبلدون» از تصمیم‌گیری در خصوص موضوع بردگی که در حقوق عرفی امری قانونی بوده، اجتناب کرده است، در نتیجه دیوان در این قضیه ضمن اعمال خودمحدودسازی قضایی با عدم تأیید تجارت بین‌المللی برده، در توسعه‌ی حقوق مشارکت می‌کند. بنابراین حسب این دیدگاه رویکرد خود محدودسازی قضایی با نقش دیوان در توسعه‌ی حقوق مغایرتی ندارد، و دیوان بدون آن که قاعده‌ای ایجاد کند، می‌تواند به وظیفه خود در توسعه‌ی حقوق بین‌الملل عمل کند.<sup>۱</sup>

به نظر طرف داران این رویکرد، دیوان همانند دادگاه در کشورهایی است که نظام حقوقی نوشته دارند. ایشان بند (۱)(د) ماده‌ی ۳۸ اساسنامه را مضیق تفسیر می‌کنند، و طبق آن، دیوان را رکنی صالح در ایجاد قاعده نمی‌دانند، صاحب‌نظرانی مثل «نیکلاس پولیتیس» و «سیسیولوجای» ایتالیایی معتقدند مؤسسين قصد نداشتند دیوان را تبدیل به یک کارخانه‌ی قاعده‌سازی حقوق بین‌الملل کنند و رویه‌ی قضایی دیوان نمی‌تواند ماشین تحول در حقوق بین‌الملل باشد. به موجب ماده‌ی مذکور، تصمیمات قضایی، شیوه‌ی فرعی برای احراز قواعد حقوقی است و در صدر بند موصوف از ماده‌ی ۳۸ عبارت "با رعایت ماده‌ی ۵۹" آمده که دو نکته در آن حائز اهمیت است، اول آن که جایگاه تصمیمات قضایی در کنار منابع اصلی نیست بلکه شیوه‌ای فرعی است. ثانیاً این که این تصمیمات "روش احراز" هستند. احراز در این بند به معنای شناسایی و کشف است که دیوان با استناد به رویه‌ی قضایی قواعد حقوقی که اختلاف را حل و فصل می‌کند را شناسایی و رأیی مستدل و منصفانه صادر می‌کند (Shahabuddeen, 76-83). بنابراین تصمیمات قضایی منبعی برای ایجاد و تغییر قوانین نیستند.

حقوق دانان پوزیتیویست از خود محدودسازی قضایی حمایت می‌کنند و معتقدند اهمیت اصلی رویه‌ی قضایی در ایجاد ثبات و انسجام در تصمیمات قضایی بین‌المللی است و نه ایجاد تغییر و تحول در نظام حقوقی بین‌المللی. این که در برهه‌هایی اکثریت قضات دیوان به این رویکرد تمایل داشتند، موجب گردید دیوان به هنگام خلأ حقوقی از صدور رأی اجتناب و

1. S.S. "Wimbledon", PCIJ 1923, Series A, No.1, 24.

اعلام کند که یک رکن قانون‌گذاری نیست، بلکه موظف به اعمال قواعد حقوقی می‌باشد.<sup>۱</sup> در مواردی که دیوان تفسیر جدیدی از قاعده می‌دهد و آن را بعنوان یک قاعده‌ی معتبر حقوقی بکار می‌برد، به معنی تلقی دیوان بعنوان قانون‌گذار نیست. بلکه به معنی آنست که قواعد حقوقی به درستی از رویه‌ی دولت‌ها به هیئت قاعده در آمده است. حتی در صورتی که دولت‌های ثالث نسبت به رأی دیوان ملزم باشند، این الزام به این معنای ایجاد قاعده از سوی دیوان نیست. بلکه دولت‌ها ملزم به قاعده‌ای هستند که قبلاً وجود داشته و دیوان آن را احراز کرده است. بنابراین دیوان رأساً و اتوماتیک‌وار قاعده ایجاد نمی‌کند. بلکه در صورتی رأی و اظهارنظر حقوقی دیوان قاعده ایجاد می‌کند که با رضایت و تصویب بعدی دولت‌ها همراه باشد. بعبارت دیگر حتی در این موارد نیز قانون‌سازان واقعی دولت‌ها هستند و نه دیوان. چنان‌چه در قضیه‌ی «ماه‌گیری» که یک نوآوری واقعی وجود داشت، دیدگاه دیوان صرفاً با تصویب و رضایت دولت‌ها بصورت یک قاعده‌ی در کنوانسیون‌های ۱۹۵۸ و ۱۹۸۲ حیات پیدا کرد. در نقطه‌ی مقابل دیدگاه دیوان در قضیه‌ی «لوتوس» مبنی بر بلامانع بودن اعمال صلاحیت کیفری کشور صاحب پرچم کشتی قربانی به هنگام تصادف در دریای آزاد در کنفرانس اول حقوق دریا‌های سازمان ملل مورد پذیرش قرار نگرفت.<sup>۲</sup> و نظر دیوان در خصوص لزوم به توجه به چگونگی شکل فلات قاره در زیر دریا برای تحدید حدود فلات قاره، که در دعوای فلات قاره دریای شمال بیان شده بود در کنوانسیون ۱۹۸۲ منعکس نشد. در نتیجه بین فرآیند قانون‌گذاری و وظیفه‌ی قضایی دیوان که صرفاً با استناد به رویه‌ی قضایی قواعد حقوقی را احراز می‌کند، تمایز وجود دارد؛ تفاوت در آن است که دومی قاعده‌ی جدید ایجاد نمی‌کند، بلکه قانون موجود را اعلام می‌کند، (Danilenko 1993, 256-261) بنابراین واضح است که آرا تأثیر مهمی در توسعه‌ی حقوق دارند ولی ایجاد قاعده صرفاً منوط

۱. در رأس دیدگاه‌های پوزیتیویستی مخالف نقش دیوان در ایجاد قاعده، دکترین حقوقی بین‌المللی شوروی و استادان دانشگاه مسکو قرار دارند، برای مثال «ویشینسکی» منکر قانون‌گذاری قضایی و آن را بعنوان یک اقدام غیردموکراتیک و متعارض با قانون اساسی استالین سال ۱۹۳۶ می‌دانست. حضور قضات شوروی مثل «کریلف» و «کورتسکی» بعد از جنگ جهانی دوم در دیوان موجب شد؛ در آرای هزینه‌های سازمان ملل و مرحله‌ی دوم قضیه‌ی آفریقای غربی منشور بصورت مضیق تفسیر شود و دیوان رویکردی محافظه‌کارانه و بر مبنای دکترین محدودیت‌گرایی قضایی اتخاذ کند.

Mcwinney, Edward. 1987. *The International Court of Justice and the Western Tradition of International Law*. Martinus Nijhoff Publishers, 36 - 38.

2. Lotus, PCIJ, Ser 1927, Series A, No.10, 31.

به رضایت دولت‌ها است و این دولت‌ها هستند که حدود تأثیر دیوان را بر توسعه‌ی حقوق بین‌الملل مشخص می‌کنند و در صورتی که تفسیر دیوان به حقوق حاکمیتی آنها تعرض کند، رأی یا نظر دیوان را به‌عنوان یک قاعده نمی‌پذیرند.

مخالفین ایجاد حق قانون‌گذاری برای مراجع قضایی بین‌المللی معتقدند حتی اگر بپذیریم تقنین قضایی باعث می‌شود دیوان رسالت خود را در توسعه‌ی حقوق بین‌الملل، به درستی ایفا کند، نمی‌توان کتمان کرد که این حق می‌تواند به عامل بازدارنده‌ای در پذیرش صلاحیت دیوان تبدیل شود (Danilenko 1993, 261) و نتیجه‌ای جز این نخواهد داشت که بسیاری از دولت‌ها صلاحیت دیوان را بصورت اجباری یا اختیاری نپذیرند و به جایگاهی که امروزه دیوان بعد از نود سال کسب نموده است، صدمه وارد شود. دولت‌ها با توجه به آن که دیوان با استناد به اصول و قواعد حقوقی لازم‌الاجرا، آرای منسجم صادر می‌کند، نسبت به دیوان این اطمینان را دارند که ضمن آن که اختلافات را بصورت مسالمت‌آمیز حل و فصل می‌کند، در توسعه‌ی حقوق بین‌الملل نیز مشارکت دارد، بدون آن که قواعد و اصول حقوقی بین‌المللی را تغییر دهد. اما در صورتی که دیوان قاعده‌ای احراز کند که در حقوق بین‌الملل به‌عنوان یک قاعده‌ی حقوقی شناسایی نشده باشد، رأی غیرقانونی که مبنای قانونی یا عرفی ندارد، صادر کرده است. «مکوبینی» معتقد است، دیوان در نظریات مشورتی می‌تواند در فعالیت تقنینی مشارکت داشته باشد و پیشنهاد می‌دهد تعداد ارکان سازمان ملل و آژانس‌های تخصصی که طبق بند ۲ ماده‌ی ۹۶ منشور می‌توانند از مجمع عمومی حق درخواست صدور نظریه‌ی مشورتی تحصیل کنند، افزایش یابد. به این دلیل که به‌هنگام صدور نظریات مشورتی، دیوان در مسند قضاوت قرار ندارد و با دولت‌ها بعنوان طرفین اصلی اختلاف مواجه نیست. بلکه در موقعیت یک مشاور به سؤال حقوقی پاسخ می‌دهد و بنابراین می‌تواند آزادانه در خصوص آنچه باید قاعده‌ی حقوقی باشد، اظهارنظر کند. ولی برخی از نویسندگان با این دیدگاه مخالفند و معتقدند دیوان در مورد آرا تفاوتی بین قضایای ترافیکی و نظریات مشورتی از این حیث قائل نیست و در هر دو مورد دقیقاً به‌عنوان یک رکن قضایی عمل می‌کند و بعلاوه هم‌چنان نگران آن هستند که اگر دیوان دست به این ماجراجویی زده و در صدور نظریات مشورتی برای خود شأن تقنینی قائل شود در جامعه‌ی ناهمگن بین‌المللی امروز باعث ناراحتی و گریز عده‌ای از دولت‌ها خواهد شد (Hoof, 1983, 169-175). لذا در خودمحدودسازی تفاوتی بین نظریات مشورتی و آرا ترافیکی وجود ندارد، و دیوان چه در جایگاه قاضی یا مشاور قرار گیرد باید براساس قواعد حقوقی

لازم‌الاجرا حکم صادر کند، و این نظر که دیوان، در کنار دولت‌ها، قانون‌گذار بین‌المللی تلقی شود برخلاف اساسنامه‌ی دیوان و بطور کلی رضایت دولت‌ها است.

#### بند دوم: کنشگری قضایی: نقش ثانوی دیوان در ایجاد قاعده

در مقابل رویکرد محافظه‌کار خود محدود سازی، تفکر "کنشگری قضایی" قرار دارد که براساس آن، فعالیت دیوان محدود به اجرای قواعد موجود نمی‌شود، بلکه فعالیت قضایی دیوان منجر به توسعه‌ی قواعد موجود و در صورت نیاز اصلاح آن نیز می‌گردد. زیرا حقوق، چیزی بیش از مجموعه قواعد حقوقی است که زمانی وضع شده‌اند و قاضی در فرآیند تصمیم‌گیری خود نمی‌تواند تنها به اجرای ماشین‌وار قواعد اکتفا کند. طرف‌داران این دیدگاه معتقدند که دیوان یک رکن قانون‌گذاری نیست که در آن وضع قانون و یا تغییرات بنیادین آن طی فرآیند مطالعاتی و ارائه طرح و لایحه و شور و مباحثات حقوقی انجام گیرد، بلکه مرجع قضایی در فعالیت‌های جاری خود تا حدودی اختیار ایجاد قاعده بر مبنای و در چارچوب سیستم حقوقی سازمانی و هنجارهای موجود در حقوق بین‌الملل را به‌طور ضمنی دارد.<sup>۱</sup>

تئوری مدرن نقش قضایی در ایجاد قاعده از «بنتام» شروع شده، در حقیقت اینان قاضی را در مقام و جایگاه قانون‌گذاری می‌بینند، که از طریق تفسیر، مبنای واقعی قانون را بیش از عبارت خشک و منجمد آن آشکار می‌کند (Bedi 14, 32-33). در اساسنامه‌ی دیوان آمده، رویه‌ی قضایی شیوه‌ی فرعی برای احراز قاعده‌ی حقوقی است، ولی در ابتدا باید معنی عبارت احراز مشخص شود. لفظ "احراز"<sup>۲</sup> در ماده‌ی ۳۸ اساسنامه بصورت مصدری بکار برده شده است، که در متون حقوقی معانی مختلفی از کشف تا احراز قاعده حقوقی جدید<sup>۳</sup> را در بردارد، اما بصورت اسم در معنی احراز تاکنون بکار برده نشده است. با توجه به سوابق تنظیم پیش‌نویس اساسنامه در کمیته‌ی مشورتی حقوق‌دانان، طرف‌داران این نظریه معتقدند از اسناد تدوین اساسنامه نمی‌توان استنباط کرد که دیوان حق ایجاد یا تغییر مقررات را ندارد زیرا در آن زمان نیز از جمله آن‌چنان که «بالفور» مسئله را مطرح کرده پذیرفته شده بود که آرای دیوان در شکل‌گیری و اصلاح حقوق بین‌الملل مؤثر است<sup>۴</sup> (Shahabuddeen, 77).

1. South West Africa, ICJ Rep 1966, Op.Cit, 277, Diss Op. Judge Tanaka.

2. Determination

3. Being of a New Legal Phenomenon

4. Documents Concerning the Action Taken by the Council of the League of Nations, 1921, 38.

براساس دیدگاه این صاحب‌نظران، در بسیاری موارد رأی فراتر از طرفین اختلاف مؤثر می‌باشد و حتی در صورتی که دیوان به تبعیت از رویه‌ی سابق خود ملزم نباشد، باید به آن توجه کند. آرای دیوان توسط قضاتی صادر می‌گردد که نماینده‌ی بزرگترین تمدن‌ها و مهم‌ترین نظام‌های قضایی است که با وجود اعلام قواعد حقوقی لازم‌الاجرا در آن نوآوری وجود دارد و با تفسیر مترقیانه حقوق را توسعه می‌دهد، برای مثال در قضیه‌ی «ماهگیری»، طرفین اختلاف و سایر تابعان حقوقی ملزم به تبعیت از اصل کلی خط مبدأ مستقیم هستند، بدین ترتیب رویه‌ی قضایی منبع شبه رسمی یا ماهوی محسوب می‌گردد (Fitzmaurice, 1958, 172-173).

در صورتی که تصمیمات قضایی را شیوه‌ی فرعی برای کشف قواعد حقوقی تفسیر کنیم تناقضی بوجود می‌آید و تنها راه حلی که به نظر می‌رسد آنست که ماده‌ی ۳۸ اساسنامه بصورت کلی نگریسته شود، دیوان در همه‌ی موارد مکلف است اختلاف مطروحه را مطابق با قواعد حقوق بین‌الملل از جمله قواعد حقوقی احراز شده بر مبنای رویه‌ی قضایی پیشین حل و فصل نماید. ولی این بدان معنی نیست که قاعده‌ی "وحدت رویه‌ی قضایی" در دیوان اعمال می‌شود، اصولاً این قاعده از بحث رویه‌ی قضایی مندرج در بند «۱» «د» ماده‌ی ۳۸ اساسنامه متفاوت است. دیوان به منظور حفظ انسجام و صدور آرای قضایی عادلانه از رویه‌ی قضایی پیشین تبعیت می‌کند، ولی در صورتی که دلیلی برای عدول از رویه‌ی پیشین وجود داشته باشد، از آن اجتناب می‌کند. دیوان حتی در اعمال این بند از ماده‌ی ۳۸ به آرا و تصمیمات سایر دادگاه‌ها و مراجع قضایی بین‌المللی نیز توجه دارد و تنها تصمیمات دادگاه‌های ملی را خارج از موضوع بند «د» ماده‌ی ۳۸ می‌داند (Shahabuddeen, 76-83).

در صورتی که این تفسیر مورد قبول قرار گیرد ایجاد قاعده طبق ماده‌ی ۳۸ مبنای قانونی پیدا می‌کند، بنابراین دیوان بین‌المللی طبق اساسنامه قاعده ایجاد می‌کند. این نویسندگان حکمی کلی در مورد مراجع قضایی بین‌المللی صادر نمی‌کنند و معتقدند در مورد سایر مراجع قضایی بین‌المللی باید به اسناد تأسیس‌شان توجه کرد نتیجه گرفت که آیا حقی در ایجاد و توسعه‌ی قواعد حقوقی برای آنان پیش‌بینی شده است یا خیر (Ross, 1974, 87). در صورتی که سایر دادگاه‌های بین‌المللی به موجب اساسنامه‌ی صلاحیت قانون‌گذاری داشته باشند، این امکان وجود دارد که قواعد ایجاد شده با یکدیگر تعارض پیدا کنند، در نتیجه در اقتدار قضایی دیوان اختلال بوجود می‌آید، و با توجه به آن که مرجعی جهت حل و فصل اختلافات و مؤثر در اهداف سازمان ملل نخواهد بود، تبدیل به عاملی در اختلافات و مناقشات بین‌المللی خواهد بود.

راهکاری که معقولانه به نظر می‌رسد آنست که دیوان بین‌المللی دادگستری تنها مرجع قضایی دائمی بین‌المللی دارای اختیار ضمنی ایجاد قاعده تلقی گردد.

سیستم انتخابی قضاات و عضویت کلیه کشورهای دیوان را به یک مرجع جهانی تبدیل کرده است و حتی دولت‌هایی که عضو سازمان ملل نیستند حق دارند طرف دعوی واقع شوند، کلیه دولت‌های عضو و غیرعضو سازمان ملل طبق بند ۶ ماده ۲ منشور ملزم هستند تا آن‌جایی که برای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی ضروری است بر طبق این اصول عمل نمایند و حق اقدامی مغایر با رأی صادره وفق ماده ۵۹ را ندارند. این امر موجب شده است که دیوان یک سازمان جهانی قضایی راهنما و دادگاه جهانی و عالی جامعه بین‌المللی که توسل به آرای بالاتر از آرای آن قابل تصور نیست، محسوب می‌گردد (Verzijl, 1972, 576). دیوان موظف به حفظ اتحاد و یکپارچگی بین‌المللی است و در توسعه حقوق بین‌الملل بیش از سایر دادگاه‌ها یا مراجع داوری مؤثر بوده است، از سوی دیگر تنها سازمان قضایی جهانی است که وفق بند ۲ ماده ۳۶ اساسنامه، صلاحیت رسیدگی به کلیه موضوعات حقوق بین‌المللی را دارد و قواعد حقوق بین‌الملل را به عنوان یک مجموعه منسجم از هنجارهای قابل اعمال بر روابط حقوقی بین دولت‌های جامعه بین‌المللی اعمال می‌کند (Mosler, 1979, 546-550).

قاضی همیشه حق انتخاب دارد که کدام قاعده را مناسب بر قضیه دانسته و آن را اعمال می‌کند و اگر قاعده‌ی مناسبی وجود نداشته باشد دیوان نمی‌تواند به‌علت خلأ قانونی از صدور حکم خودداری کند، و از طرف دیگر با توجه به آن که دیوان صرفاً می‌تواند بر اساس قانون تصمیم‌گیری کند اگر در چنین وضعی تصمیم‌گیری کند، رأی صادره غیرقانونی خواهد بود. بنابراین یکی از وظایف قضایی دادگاه‌ها در هر سیستم حقوقی حتی بصورت محدود در نظر گرفتن رویه‌ی قضایی به‌عنوان منبعی در ایجاد قاعده‌ی حقوقی است، که تبدیل به یک الزام اساسی در حیات حقوقی شده است که قضاات نمی‌توانند از آن اجتناب کنند، (Lachs 1988: 147) دیوان نیز همانند هم‌تایان داخلی خود صلاحیت ایجاد قواعد الزامی دارد البته نه به همان وسعت بلکه به همان شیوه تا آنجایی که با توجه به شرایط قضیه ایجاد قاعده ضرورت دارد.<sup>۲</sup> حقیقت آنست که دیوان اولین اعلام‌کننده یا واضع قانون نیست، ولی در تفسیر هر قاعده نوشته یا نانوشته اختیار مطلق دارد و با در نظر گرفتن نیت و اهداف قانون‌گذار قاعده‌ای ایجاد می‌کند که جزئی از حقوق است. این نظر اگرچه

1. International Court of Justice Year Book, 1950-51, 17.

2. Barcelona Traction, Light And Power Company, Limited (Belgium *V.* Spain) (New Application: 1962), Preliminary Objections, ICJ Reports 1964, Diss Op Judge Armand-Ugon.

اغراق آمیز به نظر می‌رسد ولی دور از واقعیت نیز نیست. با توجه به تأثیر رویه‌ی قضایی در آرای بعدی دیوان و استناد مکرر دیوان، این نظر که تصمیمات قضایی به موجب ماده‌ی ۳۸ صرفاً شیوه‌ی فرعی احراز قواعد حقوقی و نه یک منبع واقعی حقوقی است اشتباه محض می‌باشد (Shahabbudeen, 88).

التهایه باید به این نکته اشاره کرد که حسب ماده‌ی ۳۸ اساسنامه فهرستی از منابع که دیوان براساس آن‌ها تصمیم می‌گیرد ارائه شده، و اگر منابع جدیدی باشد که در این فهرست نیامده علی‌القاعده باید با توسل به مکانیسم فصل پنجم اساسنامه دست به اصلاح ماده‌ی ۳۸ زد و آن منابع را به فهرست افزود ولی دیوان برای آن که به سایر منابع حقوق بین‌الملل استناد کند منتظر طی این راه طولانی و پریچ و خم نشده و فهرست ماده‌ی ۳۸ را حصری ندانسته و آن را به عنوان راهنما مدنظر قرار می‌دهد. از دید دیوان آنچه مهم است این است که دیوان می‌بایست حسب حقوق بین‌الملل حکم کند و باکی از استناد به سایر منابع ندارد. پس به طریق اولی دیوان می‌تواند درک خود را از منابع فهرست شده در ماده‌ی ۳۸ داشته باشد و همچنان که در خصوص عرف خود را به عبارات مندرج در ماده‌ی ۳۸ محدود نکرده در خصوص رویه‌ی قضایی نیز خود را محدود به دیدگاه مضیق طرف‌داران مکتب خود محدودسازی قضایی نمی‌داند (Hoof, 166-169).

### مبحث سوم: مشابهت عملکرد دیوان بین‌المللی دادگستری با رویکرد سیستم حقوقی کامن‌لو<sup>۱</sup>

تفاوت‌های اساسی جامعه‌ی بین‌المللی و داخلی موجب شده است که تطبیق کامل عملکرد دیوان با یکی از سیستم‌های حقوقی ملی مانند سیستم حقوقی کامن‌لو یا حقوق نوشته امکان‌پذیر

۱. کامن‌لا یک سیستم حقوقی مشترک در برابر قوانین عرفی، وضعی و انصاف محسوب می‌گردد، در این سیستم قضات با تفاسیری که در حل و فصل دعوی ارائه می‌کنند قاعده ایجاد می‌کنند، برای مثال در حقوق انگلستان تفسیرهای قضایی جایگزین مقررات وضع شده توسط قانونگذار می‌گردد. (Judge Made Law) قواعد حقوقی در این سیستم برخلاف سیستم رومی-ژرمنی به منظور ارائه راه حل دعوی نه اعلام یک قاعده کلی رفتار ایجاد می‌گردد. بنابراین در این سیستم بلحاظ اهمیت اجرای حقوق، قواعد شکلی و اجرای احکام دارای فایده‌ای برابر و حتی برتر از قواعد ماهوی حقوقی است. امروزه با توجه به ارتباط بین این دو سیستم حقوقی و اولویت حقوق فردی و اجرای عدالت و افزایش نقش قانون در سیستم کامن‌لو و و ارائه راه حل‌های مشابه نه لزوماً یکسان منجر به اتخاذ روش‌های یکسان در هر دو سیستم گردیده است.

Coleman Jules, Shapiro Scott. 2002. the Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law. Oxford University Press, 588.



نباشد، بلکه دیوان شیوه‌ای را که تناسب بیشتری با جامعه بین‌المللی دارد و در توسعه‌ی حقوق بین‌الملل بصورت مؤثر عمل می‌کند را اتخاذ می‌نماید و در این مسیر با اعمال شیوه‌ی آزمون و خطا طرق متناسب‌تر با مقتضیات جامعه‌ی بین‌المللی می‌یابد زیرا شیوه‌ای که در یک جامعه‌ی ملی مناسب است لزوماً با مقتضیات جامعه‌ی بین‌المللی تناسب ندارد و دیوان مجبور به کنار گذاردن یا تعدیل این شیوه‌هاست.

در سیستم حقوقی قاره‌ای روش متداول قضات استدلال استقرایی و قیاسی است که طبق آن اصول کلی یا قواعد حقوقی از قوانین برای حل اختلاف استخراج می‌شود، ولی در سیستم حقوقی کامن‌لو از استدلال استنتاجی - قیاسی استفاده می‌شود که طبق آن اصول و قواعد کلی حقوقی از رویه‌ی قضایی یا آرای خاص استخراج می‌گردد. تجزیه و تحلیل و استدلال در کامن‌لو برخلاف حقوق رومی-ژرمنی که از اصول و قواعد حقوقی منسجم و منطقی در حل و فصل قضایا استفاده می‌کنند، تجربی است. قضات باید به منظور یافتن راه حل هر قضیه به آرای پیشمار دادگاه‌ها که در مدتی طولانی صادر شده مراجعه کنند و جهت حفظ انسجام منطقی نظام حقوقی باید در موضوعات مشابه شیوه‌ی یکسانی اتخاذ کنند.

این اصل در انسجام و قابل پیش‌بینی بودن سیستم کامن‌لو بسیار اساسی است. عبارت دیگر زمانی که دادگاه در مورد یک اختلاف تصمیم‌گیری و شیوه‌ای خاص اتخاذ می‌نماید، تصمیم دادگاه به‌عنوان رویه‌ی قضایی برای رسیدگی در آن قضیه و هر قضیه‌ای که دارای شباهت زیادی است، الزام‌آور می‌شود (Mehran and Murray 2007, 37-45).

در سیستم حقوقی کامن‌لو دادگاه ملزم به تبعیت از رویه‌ی قضایی پیشین است، ولی رویه‌ی قضایی یک منبع قواعد حقوقی غیرقابل انعطاف نیست، به این دلیل که دادگاه می‌داند تصمیمی که امروز اتخاذ می‌کند، راهنمایی برای دعاوی آینده محسوب می‌شود، بنابراین در تصمیمات خود اخلاق و ارزش‌های جامعه را نیز مورد توجه قرار می‌دهد. با وجود آن که در این سیستم دادگاه باید قواعد حقوقی موجود در قانون و رویه‌ی قضایی را اعمال کند، ولی با توجه به تغییرات اجتماعی قواعد حقوقی را بصورت تدریجی تغییر می‌دهد. دادگاه قواعد و اصل حقوقی موجود را بر شرایط جدید اعمال می‌کند، اما از تغییرات عمده و گسترده اجتناب و بین ثبات و تداوم و انعطاف و تغییر در رویه‌ی قضایی تعادل ایجاد می‌کند. لازم به ذکر است که ایجاد تغییرات اساسی در قوانین با قوه مقننه است، و قضات در صورت ضرورت بصورت جزئی قواعد حقوقی را تغییر می‌دهند و در تغییرات عمده و پیچیده احتیاط می‌کنند (Hutchinson, 2005: 1-11).

بعضی معتقدند اعمال وحدت رویه‌ی قضایی در سیستم حقوقی کامن‌لو موجب شده که قاضی دادگاه براساس آن بتواند قاعده ایجاد کند، بنابراین وجود نظام "وحدت رویه‌ی قضایی" پیش شرط ایجاد قاعده بوسیله دادگاه است. و از آنجایی که چنین پیش شرطی در نظام بین‌المللی وجود ندارد تکرار تجربه کامن‌لو در سطح بین‌المللی را غیرممکن می‌دانند. این نظر صحیح نیست زیرا دکتترین وحدت رویه عمری کوتاه در انگلستان داشته و طی قرون ۱۹ و ۲۰ اعمال می‌شده است و بنابر آن هنگامی که مجلس لردها رویه‌ای ایجاد می‌کرد همه حتی خود مجلس لردها موظف به اطاعت از آن رویه بود و تنها راه کنار گذاردن این رویه تصویب قانونی جدید بود. این نظام خشک وحدت رویه در سال ۱۹۶۶ کنار گذاشته شد<sup>۱</sup> و مجلس لردها طی تصمیمی اعلام کرد هرچند رویه‌ی قضایی می‌تواند سطحی از اطمینان را نزد افراد ایجاد کند که قاعده‌ی حقوقی چیست و چگونه اعمال می‌شود، اما توسل خشک و غیرقابل انعطاف به آن می‌تواند مایه‌ی بی‌عدالتی شود و لذا تصمیم گرفت هرگاه لازم باشد از رویه‌ی سابق خود عدول می‌کند. بنابراین صلاحیت دادگاه در ایجاد قاعده حتی در فقدان قاعده‌ی وحدت رویه‌ی قضایی وجود دارد (Goldstein, 1987: 35-37). دادگاه‌های آمریکا همانند دادگاه‌های بریتانیا در صورت تغییر مقتضیات اجتماعی از قاعده‌ی قبلی عدول می‌کنند، قاضی در صورتی که رویه‌ی قضایی قبلی را اشتباه بداند یا آن را با شرایط اجتماعی منطبق نداند، اعلام می‌کند که در قضیه‌ی مطروحه بصورت متفاوت با گذشته تصمیم‌گیری خواهد کرد. چنانچه قانون‌گذار از دکتترین شکل گرفته در تصمیمات دادگاه ناراضی باشد می‌تواند قاعده ایجاد شده را با هر درجه‌ای از عمومیت نسخ و قانون جدیدی را وضع کند، ولی در صورتی که قانون‌گذار سکوت کند به معنی آنست که با تداوم آن قاعده موافق است.

قاعده‌ای که توسط قاضی دادگاه ایجاد می‌شود در مرکز سیستم حقوقی کامن‌لو قرار دارد، طبق نظر رئالیست‌های حقوقی آمریکا قضات کامن‌لو حقوق ذاتی را کشف نمی‌کنند، بلکه بیشتر با احساس فردی خود متأثر از دیدگاه‌های سیاسی و اقتصادی و اجتماعی تصمیم‌گیری می‌کنند و به این ترتیب قاعده ایجاد می‌شود. و قانون‌گذار در صورت ضرورت، از طریق تقنین صحت تصمیم قضایی را تضمین می‌کند تا قضات در دعاوی بعدی از این هنجارها و ارزش‌ها منحرف نگردند. در حقوق کامن‌لوی آمریکا قواعد نه حکمی مقدس بلکه محصول قضاوت‌های فانی و انعکاسی از اولویت‌های انسانی است و وحدت رویه به منظور حفظ انسجام

1. The Practice Statement, [1966] 1 WLR 1234.

نظام حقوقی و پیش‌بینی پذیری آن مورد احترام است، بنابراین قواعد کامن‌لو بیشتر متأثر از ریشه‌های اقتصادی و اجتماعی است تا این‌که ماهیتی ذاتی داشته باشد و توسعه‌ی اقتصادی و اجتماعی در اواخر قرن نوزدهم و اوایل قرن بیستم منتهی به اهمیت سازمان‌های قضایی و اداری در آمریکا شده است. دیوان بین‌المللی دادگستری نیز از این مکتب تأثیر پذیرفته است و در تصمیم‌گیری شرایط اقتصادی و مقتضیات جامعه‌ی بین‌المللی را مدنظر قرار می‌دهد، (Mehran and Murray, 37-45) چنان‌چه در قضیه‌ی «شیلات» بین نروژ و انگلستان دیوان با توجه به جمیع شرایط اقتصادی و اجتماعی و جغرافیایی ترسیم خط مبدأ مستقیم توسط نروژ را که به موجب مصوبه‌ی قانونی تحدید حدود دولت نروژ در تاریخ ۱۲ ژوئیه‌ی ۱۹۳۵ صورت گرفته بود، منطبق با حقوق بین‌الملل دانست و در ادامه شرایطی را که برای ترسیم این‌گونه خطوط لازم است را مشخص کرد. در بیان این شرایط مجدداً شرایط اقتصادی را همانند سنت تاریخی و ویژگی‌های جغرافیایی در ترسیم این خط مدنظر قرار می‌دهد. دیوان در رأی صادره قاعده‌ای ایجاد می‌کند که در بند ۴ ماده‌ی ۴ کنوانسیون ۱۹۵۸ و بند ۵ ماده‌ی ۷ کنوانسیون ۱۹۸۲ از آن تبعیت گردید. به موجب مواد مذکور در ترسیم خط مبدأ مستقیم باید به منافع اقتصادی که در اثر مرور زمان به اثبات رسیده است توجه کرد (چرچیل و لو، ۱۳۷۷، ۵۱-۵۳).

با وجود آن‌که قاعده‌ی وحدت رویه‌ی قضایی در حقوق بین‌الملل وجود ندارد ولی تبعیت از رویه‌ی قضایی برای حفظ ثبات و انسجام آرا دیوان اهمیت بیشتری پیدا می‌کند. دیوان همانند سیستم حقوقی کامن‌لو ملزم به تبعیت از رویه‌ی پیشین خود نیست، و می‌تواند از رویه‌ی قضایی تبعیت نکند اما دیوان خود را ملزم می‌داند دلایلی را برای عدول از انسجام و اصول اثبات شده بیان کند. بنابراین عملاً دیوان از رویه‌ی قضایی پیشین تبعیت می‌کند، و این امر ارتباطی به وجود یا فقدان قاعده‌ی وحدت رویه‌ی قضایی در حقوق بین‌الملل ندارد، دلیل تعهد دیوان آنست که آرای پیشین منبع ارزشمندی از تجربیات حقوقی محسوب می‌گردند که با بررسی‌های به‌عمل آمده در گذشته قاعده‌ی حقوقی معتبر را بر دعوی اعمال نموده است، از سوی دیگر احترام به آرای گذشته این اطمینان را نسبت به دیوان بوجود می‌آورد که در خصوص قضایای مشابه آرای یکسان و با ثبات صادر کند و این امر اساس یک دادگستری با ثبات و عادلانه است، از سوی دیگر تبعیت از آرای گذشته پرستیژ و حیثیت قضات دیوان را حفظ می‌کند که آرای متقن و صحیح صادر نموده‌اند.

یکی از شباهت‌هایی که برخی نویسندگان بین سیستم حقوقی کامن‌لو و دیوان بین‌المللی یافته‌اند، تکنیک "تمایز" می‌باشد، که به معنی استخراج تفاوت بین موضوعات مربوط به قضیه‌ی پیشین و قضیه‌ی مطروحه است که التزام به رویه‌ی قضایی را کم‌رنگ می‌کند. اگرچه دو قضیه هیچ‌گاه یکسان نمی‌باشد اما در "تمایز" این سؤال مطرح می‌گردد که آیا تمایز موضوعی بین قضیه‌ی پیشین و مطروحه آن‌چنان اهمیت دارد که استنادات قضیه‌ی پیشین از قضیه‌ی مطروحه حمایت نکند. دادگاه زمانی تکنیک تمایز را بکار می‌برد که تفاوت دو قضیه اندک و شباهت آن زیاد باشد. در چنین وضعیتی دیوان از همان مسیر سابق حرکت می‌کند ولی به دلیل تمایزاتی که بین دو قضیه است عیناً همان پاسخ را به مسئله نمی‌دهد.<sup>۱</sup> تمایز یک تکنیک مهم در انعطاف و رشد کامن‌لو محسوب می‌شود (Mehran and Murray, 37-45)، که دیوان نیز در مواردی که دعاوی ظاهراً یکسان است، اما براساس اصول متفاوتی قرارداد، این تکنیک را اعمال می‌کند. برای مثال در نظریه‌ی مشورتی کارولینای شرقی شورای جامعه‌ی ملل از دیوان دائمی سؤال کرد، آیا مواد ۱۰ و ۱۱ معاهده‌ی صلح بین فنلاند و روسیه در ۱۴ اکتبر ۱۹۲۰ و اعلامیه‌ی ضمیمه آن در ارتباط با استقلال داخلی کارولینای شرقی موجب شده روسیه نسبت به فنلاند در ارتباط با اجرای معاهده متعهد گردد؟ در آن زمان روسیه در جامعه‌ی ملل عضویت نداشت، دیوان نیز در پاسخ اعلام کرد، روسیه یک طرف اختلافی است که صلاحیت دیوان در صدور نظریه مشورتی را نپذیرفته است، بنابراین با توجه به آن که روسیه عضو جامعه‌ی ملل نیست، تعهدات یک دولت عضو جامعه‌ی ملل را ندارد. لذا دیوان نمی‌تواند در چنین وضعیتی نظر مشورتی صادر کند. اما در قضیه‌ی تفسیر معاهدات صلح، کشورهای بلغارستان، رومانی و مجارستان به صلاحیت دیوان در صدور نظریه مشورتی اعتراض و استدلال کردند که سؤال حقوقی که از دیوان شده در ارتباط با اختلافی است که بین دولت‌ها در جریان است و صدور نظریه در حکم صدور رأی در قضیه‌ای است که طرف‌ها به آن رضایت نداده‌اند. دیوان به وظیفه‌ی خود در پاسخ به صدور نظریه‌ی مشورتی اشاره کرد و این‌که وفق ماده‌های ۹۲ منشور و ۱ اساسنامه رکن اصلی قضایی سازمان ملل محسوب می‌شود، بنابراین صلاحیت صدور نظریه‌ی مشورتی را دارد. دیوان در ادامه از تکنیک تمایز استفاده می‌کند و این قضیه را کاملاً

۱. ولی اگر تفاوت‌های زیادی بین دو قضیه وجود داشته باشد، اعمال این روش بی معنا می‌شود زیرا قضیه‌ی سابق اساساً ربطی به قضیه‌ی حاضر نخواهد داشت تا لازم باشد دیوان در خصوص نحوه‌ی استفاده از آن سابقه‌ی قضایی تصمیم‌گیری کند و یا رویه اصلاح کند.

متفاوت از قضیه‌ی کارولای شرقی می‌داند، دیوان دائمی در قضیه‌ی کارولای شرقی به این دلیل از صدور نظریه‌ی مشورتی اجتناب کرد که سؤال حقوقی مستقیماً در ارتباط با موضوع اصلی اختلافی بوده که واقعاً بین فنلاند و روسیه در جریان بوده است. چنانچه دیوان به این سؤال پاسخ می‌داد، دقیقاً مانند آن بود که در مورد اختلاف بین طرفین تصمیم‌گیری کند که البته در آن زمان پاسخ به سؤال بدون حضور طرفین نمی‌توانست روشن شود. در صورتی که در قضیه‌ی فعلی دیوان معتقد است درخواست مذکور در مورد قابلیت اعمال شیوه‌ی حل و فصل اختلافات طبق معاهدات صلح است و ارتباطی به ماهیت اختلاف ندارد.<sup>۱</sup>

الگوبرداری مطلق دیوان از نظام حقوقی کامن‌لو و اعمال دکترین وحدت رویه‌ی قضایی در حقوق بین‌الملل با توجه به شرایط جامعه‌ی بین‌المللی و تفاوت تابعان امری محال به نظر می‌رسد، از سوی دیگر استناد صرف به رویه‌ی قضایی مشابه یا متمایز در احراز قواعد حقوقی و اعمال آن بر دعوی، انسجام و اعتماد جامعه جهانی را افزایش می‌دهد، ولی قطعاً توسعه‌ی حقوق محقق نخواهد گردید. توسعه هنگامی معنا می‌یابد که قواعد حقوقی از طریق ایجاد، تغییر یا اصلاح و یا رفع خلأ حقوقی تغییر کند و صرف اعلام قواعد موجود منتهی به توسعه‌ی حقوق بین‌الملل نخواهد شد. مزیت کامن‌لو نسبت به حقوق نوشته در انطباق سریع‌تر آن با مقتضیات اجتماعی است، زیرا دادگاه اختیار بیشتری در تصمیم‌گیری براساس مقتضیات زمان دارد. دیوان بین‌المللی دادگستری نیز هم‌چون دادگاه‌های کامن‌لو سعی می‌کند تنها بازگو کننده و اعلام کننده‌ی قاعده‌ی حقوق نبوده بلکه با استناد به رویه‌ای که خود ایجاد کرده رفته‌رفته قاعده ایجاد کند. بنابراین شاید بتوان گفت عملکرد دیوان به سیستم حقوقی دادگاه‌های کامن‌لو نزدیک‌تر است.

نماینده‌ی بریتانیا در سال ۱۹۲۹ اعلام نمود که در مقایسه با تدوین قواعد حقوقی استناد به رویه‌ی قضایی مشابه آنچه که در سیستم کامن‌لو انگلیس وجود دارد، روش سودمندی برای توسعه‌ی حقوق بین‌الملل است (Lissitzyn, 2006: 12). در سانفرانسسکو رئیس هیئت آمریکایی شرکت کننده در کنفرانس در گزارشی که به رئیس جمهوری آمریکا ارائه نمود اعلام کرد که با وجود ابقاء ماده ۵۹ اساسنامه دیوان دائمی در اساسنامه‌ی جدید، که به دلیل ابهامات و نقصانی که دارد مورد انتقاد قرار گرفته، دیوان بر اساس منشور تأسیس شده است که نقش مهمی در توسعه‌ی

1. Status of Eastern Carelia, PciJ 1923, Series B, No.5, 3, 26, 27; Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, Advisory Opinion of 30 March 1950, First Phase, 71,72.

حقوق بین‌الملل دارد، همان‌گونه که دادگاه‌ها در بریتانیا و آمریکا در نظام حقوقی کامن‌لو مؤثر بوده‌اند.<sup>۱</sup>

اهمیت رویه‌ی قضایی از ابتدای فعالیت دیوان دائمی<sup>۲</sup> دلالت بر آن دارد که اگرچه قاعده‌ی وحدت رویه‌ی قضایی در معنی دقیق آن در اساسنامه پیش‌بینی نشده است، لیکن با توجه به عملکرد دیوان بین‌المللی و معقول و منطقی بودن آرای دیوان و تشابه عملکرد قضات دیوان با رویکرد کامن‌لو در تبعیت از رویه‌ی قضایی، موضع دیوان به سیستم حقوقی کامن‌لو شبیه‌تر و نزدیک‌تر و متفاوت از مدل ثابت رویه‌ی قضایی کشورهای حقوق نوشته است. امکان اجتناب از آرای پیشین در پرتو حفظ انسجام، نزدیکی دیوان را به سیستم حقوقی کامن‌لو افزایش می‌دهد، ضمن آنکه سیستم حقوقی کامن‌لو مدل مناسب‌تری در توسعه‌ی حقوق از طریق دستگاه قضایی است.

یکی از دلایل تبعیت دادگاه‌ها از رویه‌ی پیشین، نقصان حقوق موضوعه است و به نظر می‌رسد مؤسسين دیوان دائمی به این مطلب توجه ننموده‌اند که ویژگی برجسته‌ی حقوق بین‌الملل در آنست که از نظم حقوقی غیرنوشته تشکیل شده و تنها در حوزه‌های محدود تدوین شده است. (Muller 1977, 370). ولی دیوان در جریان فعالیت خود به این نکته‌ی مهم توجه ننموده و با توجه به راه‌حلی‌هایی که دادگاه‌ها در نظام‌های حقوقی عرفی یافته‌اند سعی می‌کند به بهترین وجه در جهت توسعه و تعالی حقوق بین‌الملل اقدام بردارد.

1. "Charter of the United Nation Report to the President on the Results of the Sanfransisco by the Chairman of the United States Delegation, the Secretary of State, Department of State Publication 2349, 26 June 1945", in the International Court of Justice: its Role in Maintenance of the Peace and Security, Lissitzyn Oliver james, the Law Book Exchange, 2006, 13.

۲. دیوان دائمی شش هفته بعد از شروع به کار خود در ۳۱ ژولای ۱۹۲۲ به آرا و نظریات پیشین استناد نموده (دیوان دائمی سری ب ش ۱۰ سال ۱۹۲۲) اگر چه در این مرحله بحث در مورد رویه‌ی قضایی و بکارگیری آن توسط دیوان زود است. اولین مورد بکارگیری رویه‌ی قضایی دیوان در قضیه‌ی ماورماتیس در ۳۰ آگوست ۱۹۲۴ می باشد که دیوان نظریه‌ی مشورتی صدور احکام تابعیت در تونس و مراکش را متمایز از آن تلقی نمود. در نظریه‌ی مشورتی نهم در ارتباط با «صومعه سنت نائوم» در ۴ سپتامبر ۱۹۲۴ دلایل اثبات رویه‌ی قضایی بیان گردیده و دیوان آن را از لحاظ اثرات حقوقی کلی احراز ماهیت و پیامدهای آن نیز دقیقاً شبیه به قضیه‌ی «جاورزینا» دانست.

Designation of the Workers Delegate for the Netherlands At the Third Session of the International Labour Conference, PCIJ 1922, Series B, No.1; Mavromatis Palestine Concessions, PCIJ 1924, Series A, No.2, 16; Nationality Decrees Issued in Tunis And Morocco, PCIJ 1923, Series B, No.4; Question of the Monastery of Saint-Naoum, PCIJ 1924, Series B, No.9, 15.

مبحث چهارم: توسعه‌ی قواعد حقوق بین‌الملل بوسیله‌ی دیوان بین‌المللی دادگستری دیوان، رکن اصلی و قضایی سازمان ملل، مسئولیت دوگانه‌ای دارد، اول آن که در نقش یک مرجع قضایی بی‌طرف مکلف است اختلافات بین‌المللی را بصورت مسالمت‌آمیز حل و فصل کند و دوم آن که طبق اسناد تأسیس و دکترین حقوقی هدفی عالی‌تر و مهم‌تری دارد که نه در ارتباط بین طرفین اختلاف، بلکه در رابطه با حقوق بین‌الملل است، و آن مشارکت در توسعه حقوق بین‌الملل در سیستم غیرمتمرکز جامعه‌ی بین‌المللی است. در این‌جا این سؤال مطرح می‌شود که توسعه به چه مفهومی است و دیوان از چه طریقی در آن مشارکت می‌کند؟ آیا دیوان با صرف اعلام قواعد حقوقی موجود می‌تواند در این وظیفه‌ی دشوار سهیم باشد؟ یا اختیاری فراتر از آن لازم دارد که به موجب آن اصول و قواعد حقوقی جدید ایجاد کند یا در صورت ضرورت قواعد موجود را تغییر دهد؟

رویکرد پوزیتیویستی دیوان را از حکم و اصلاح قواعد، حتی در مواردی که قواعد حقوقی با مقتضیات جامعه‌ی بین‌المللی منطبق نباشد، منع می‌کند. بنابراین دیوان نقشی در وضع قانون ندارد، بلکه صرفاً می‌تواند خلأهای حقوقی و نیازهای قانون‌گذاری جدید را روشن می‌کند، و یافته‌های دیوان یا پیشنهادات آن در صورت رضایت دولت‌ها، می‌تواند بصورت یک قاعده‌ی حقوقی در شکل عرف یا معاهده حیات پیدا کند.

در مقابل در صورتی که توسعه‌ی حقوق بین‌الملل و مسائل انسانی برای دیوان در اولویت باشد، دیوان در صورت ضرورت می‌تواند با ایجاد قاعده‌ی رویکرد فراپوزیتیویستی اتخاذ کند که این امر منوط به صلاح‌دید دیوان و تحولات جامعه‌ی بین‌المللی است، البته اعطای چنین اختیاری به دیوان به معنای آن نیست که حقوق موجود نادیده گرفته می‌شود، بلکه این امری طبیعی است که دیوان اساساً حقوق موجود را اعمال و بصورت استثنایی و محدود قاعده ایجاد کند. با بررسی رویه‌ی قضایی به این تردیدها پاسخ داده می‌شود، که دیوان در صورت مواجه با چنین مسائلی چه رویکردی را اتخاذ نموده و واکنش دولت‌ها نسبت به آن چه بوده است، که در دو بند ذیل به آن پرداخته می‌شود.

#### بند اول: رویکرد فراپوزیتیویستی دیوان در عمل

در دوران حیات جامعه‌ی ملل و دیوان دائمی، اروپا محوری<sup>۱</sup> در حقوق بین‌الملل سلطه‌ی بلامنازع داشته است، بالتبع دیوان در حل و فصل اختلافات حقوق اروپایی را اعمال می‌کرده

۱. عبارت Eurocentrism که ما معادل "اروپامحوری" را برای آن انتخاب کرده‌ایم ابتدا در ادبیات علوم اجتماعی ایجاد شده است، ولی از ابتدای دهه‌ی ۱۹۸۰ استعمال می‌گردد. این واژه به معنای دیدگاه غربی

است. سلطه‌ی حقوق اروپایی به جانشین آن یعنی دیوان فعلی انتقال یافت و با وجود آن که تعدادی از قضات غیر اروپایی بودند اما در کشورهای غربی تعلیم یافته بودند، بدین ترتیب با بررسی آرای دیوان تا اوایل دهه‌ی ۱۹۵۰ می‌توان گفت، دیوان بین‌المللی دادگستری در عمل یک دادگاه اروپایی است که بر مبنای رویکرد پوزیتیویستی محافظه‌کارانه، آگاهانه از هرآنچه تقنین قضایی به حساب آید اجتناب می‌کرده است. استعمارزدایی و ضرورت انطباق حقوق بین‌الملل عرفی با تحولات پس از جنگ جهانی دوم و تأثیر حقوق دانان شوروی و دوران جنگ سرد بر دوران گذار حقوق بین‌الملل کلاسیک به دوران نظم نوین جهانی نقش قابل توجهی داشته است، از سوی دیگر جنبش‌های جهان سوم و کشورهای در حال توسعه مثل گروه ۷۷ و نظم جدید اقتصاد بین‌المللی در سیستم حقوق بین‌الملل تغییراتی بوجود آورد. تغییرات جامعه‌ی بین‌المللی در اثر پیشرفت‌های علمی و فنی و فعالیت‌های بشری در حوزه‌های تسلیحات، انرژی، حمل‌ونقل، ارتباطات و فعالیت‌های تجاری و اقتصادی منتهی به گسترش روابط بین‌المللی در سطح افقی و وابستگی متقابل هرچه بیشتر دولت‌ها و مردم و تأثیر آن بر حاکمیت دولت‌ها در سطح عمودی گردید و این امر بر حقوق بین‌الملل عام و در نهایت بر موضع‌گیری دیوان تأثیر عمده‌ای داشته است.<sup>۱</sup> قبل از جنگ مهم‌ترین تأسیس حقوق بین‌الملل حاکمیت سرزمینی دولت - کشورها و تنظیم روابط بین آن‌ها بوده که دلالت بر سلطه اکثریت اندیشمندان حقوقی اروپای غربی دارد، ولی عوامل و متغیرهای مذکور موجب شد دیوان نیز با صدور آرای خود در محکومیت اصول بجا مانده از سلطه‌ی اروپامحوری تأثیر به‌سزایی در توسعه و تحول حقوق بین‌الملل داشته باشد، برای مثال در قضیه‌ی صحرای غربی دیوان قاعده‌ی بجامانده از حقوق روم

دانشمندان اعم از غربی و یا غیر غربی اما تعلیم یافته در غرب در خصوص سازمان‌ها و نهادهای جوامع غیر غربی است، که در نتیجه‌ی آن حقوقی زنده ناشی از عرف‌های اجتماعی بومی و ترجیحات مردمان آن سرزمین‌ها نادیده گرفته می‌شود، و قوانینی که ایجاد می‌شود همگی ساخته‌ی فرهنگ و خواست اروپاییان است. این رویکرد بعد از معاهدات «وستفالی» در حقوق بین‌الملل تا پایان جنگ جهانی دوم امتداد یافت و تقریباً می‌توان گفت تمامی حقوق بین‌الملل عرفی و معاهدات بین‌المللی بعد از معاهدات «وستفالی» بدون تردید ریشه در اندیشه‌های غربی دارد. قانون‌گذاران حقوق بین‌الملل در آن دوره را دیپلمات‌های حرفه‌ای وزرای خارجه، تاجران و کاشفان و حاکمان نظامی و حقوق دانان تعلیم یافته‌ی اروپایی تشکیل می‌دادند و بازیگران غیر غربی نقشی صرفاً انفعالی داشته‌اند.

۱. استقلال و وابستگی در تضاد با یکدیگر نمی‌باشد بلکه کاملاً در هم پیچیده شده و وابستگی تأثیر خود را بر حقوق بین‌الملل که بر جنبه‌های عمودی و افقی روابط بین‌المللی حاکم است گذاشته، چنانچه حقوق فضا آخرین تکنولوژی جدید در حقوق بین‌الملل وارد شده است.

Hoof, G. Van. 1983. Rethinking the Sources of International Law. Deventer and London, 65, 66, 68, 80.



یعنی حق تملک سرزمین‌های بلاصاحب که اروپاییان در اکتشافات جدید خود سرزمین‌های جدید و حتی در دریا اعمال می‌نمودند را رد کرد. البته این به معنای اضمحلال یا محدودیت دیدگاه‌های حقوقی غربی بعد از سال ۱۹۴۵ نیست. بلکه نتیجه‌ی این تحولات روشن شدن تضادهای بین حقوق اروپایی و ارزش‌های حقوقی غیر اروپایی و ضرورت بازبینی و انطباق قواعد حقوقی با توجه به اقتضائات روز جامعه‌ی بین‌المللی بود (Mcwinney, 1987: 3-7, 20-23, 66-67).

در نظام حقوق بین‌الملل ایجاد رکن قانون‌گذاری مقدور نیست، بلکه قاعده‌ی حقوقی بصورت ضمنی یا صریح بر اساس رضایت دولت‌ها ایجاد می‌گردد، ولی همان‌طور که طرف‌داران واقع‌گرایی حقوقی معتقدند، قاعده‌ی حقوقی ریشه در عوامل غیرحقوقی دارد و حقوق بین‌الملل نیز از آن مستثنی نیست. بنابراین با توجه به آن‌که عوامل و ریشه‌های ایجاد قاعده‌ی فراحقوقی و خارج از رضایت دولت‌ها است، ایجاد قاعده همواره منوط به اعلام رضایت دولت‌ها نمی‌باشد. از سوی دیگر اعمال مضیق حقوق موضوعه موجب اخلال در عملکرد نظام حقوق بین‌الملل می‌گردد. زیرا تبعیت از قواعد حقوقی در بسیاری موارد واقعیات موجود را نادیده می‌گیرد و ضربه‌ای سهمگین به عدالت و در نهایت حقوق مردم وارد می‌کند. ماده‌ی ۳۸ اساسنامه که معرف موازینی است که دیوان بایستی بر اساس آن تصمیم بگیرد، محصول پوزیتیویسم تحلیلی قرن نوزدهم با تأکید بر شکل‌گرایی حقوقی است که به موجب آن قواعد حقوقی در صورتی به رسمیت شناخته می‌شود که جز دسته‌بندی‌های مندرج در ماده مذکور باشد، (Mcwhinney, 1979: 2) اما ملاحظه کرده‌ایم که اگر دیوان شرایط و مقتضیات موجود را نادیده گرفته و صرفاً بر این اساس رأی صادر کند سوای آن‌که مانعی بر سر راه توسعه‌ی حقوق بین‌الملل است، موجب انتقاد و واکنش شدید جامعه‌ی بین‌المللی نیز می‌شود. در دو قضیه‌ی آفریقای جنوب غربی و نظریه مشورتی نامیبیا دیوان با صدور آرای متفاوت در عمل از رویکرد پوزیتیویستی خود عدول نمود، دیوان در زمان تصیم‌گیری در قضیه‌ی آفریقای جنوب غربی در یک فضای ناهم‌اندیش قرار داشت که در ماهیت حقوق بین‌الملل و نقش دیوان در تغییرات جامعه‌ی بین‌المللی اختلاف‌نظر عمیقی وجود داشت، در این قضیه که انتقادات فراوانی به آن وارد شد.

۱. عنصر دیگر این رضایت قصد و عمد است که در ماده‌ی ۳۸ اساسنامه عبارت پذیرفته یا شناخته شده (Accepted Or Recognized) دلالت بر مبنای اجماعی حقوق بین‌الملل دارد.

Hoof, the Sources of International Law, 80.

این قضیه حاصل رویارویی دو مکتب عمده یعنی طرف‌داران مکتب تحقیقی-اثباتی<sup>۱</sup> و مکتب‌های جامعه‌شناختی-فرجام‌شناختی<sup>۲</sup> است که با صدور رأی بر مبنای رویکرد خود محدودسازی قضایی از کنشگری قضایی دیوان جلوگیری کردند. با وجود احراز صلاحیت دیوان در مرحله مقدماتی<sup>۳</sup> کنار رفتن قضاتی که از کشورهای جهان سوم بودند<sup>۴</sup> موجب شد در مرحله ماهیتی رأی صادر شود که برای همیشه نقطه‌ای تاریک در پرونده‌ی کاری دیوان محسوب می‌گردد و هم‌چنین نقصان و ناکارآمدی مواضع پوزیتیویستی را که مانعی در تحقق عدالت محسوب می‌گردد را نشان می‌دهد. در این قضیه، آفریقای جنوبی در رد صلاحیت دیوان اعلام می‌کند<sup>۵</sup> که با توجه به انحلال جامعه‌ی ملل، ماده‌ی ۷ سند قیمومیت که صلاحیت اجباری دیوان را در مورد تفسیر یا اعمال مقررات قیمومیت مقرر کرده است، به موجب ماده‌ی ۳۷ اساسنامه یک معاهده‌ی لازم‌الاجرا نیست و دیوان فعلی صلاحیت رسیدگی ندارد و معتقد است حقوق و تکالیف ناشی از مقررات قیمومیت در رابطه با اداره سرزمین آفریقای جنوب غربی ویژگی عینی دارد که هنوز هم ادامه دارد، اما حقوق و تکالیف مربوط به نظارت اداری جامعه‌ی ملل و مراجعه به دیوان دائمی ویژگی قراردادی داشته و با انحلال جامعه‌ی ملل خاتمه یافته است. بنابراین ماده ۷ سند قیمومیت

1. Formalism-Positivism

2. Teleological-Sociological.

3. South West Africa Cases, (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Preliminary Objections, ICJ Reports 1962, 962, 327-346.

۴. «قاضی آمون» از لبنان و قاضی «بوستامانته» از پرو و قاضی «ظفرالله خان» از پاکستان که در مرحله‌ی صلاحیتی حضور داشتند در مرحله‌ی ماهیتی هریک به‌دلایلی غایب بودند و ترکیب قضات با توجه به ریاست دیوان قاضی «سراسپندر» که یک پوزیتیویست افراطی بود و با رأی صلاحیتی شدیداً مخالف داشت، به همراه شش تن از قضات دیگر که عبارتند از «قاضی وینیارسکی»، «قاضی گراس»، «قاضی اسپیروپولوس»، «قاضی فیتزموریس»، قاضی مورلی و «قاضی ون ویک» که همگی با رأی ۱۹۶۲ مخالف بودند، ترکیب اکثریت قضات را تشکیل دادند.

۵. دولت‌های لیبیا و اتیوپی در ۴ نوامبر ۱۹۶۰ در دعاوی جداگانه از دیوان خواستند که اعلام کند که دولت آفریقای جنوبی در سرزمین تحت قیمومیتش یعنی آفریقای جنوب غربی آپارتاید را اعمال می‌کند و هم‌چنین در ارتقای پیشرفت‌های اجتماعی و سلامت اخلاقی و رفاه ساکنان قصور کرده تا جایی که فرصت‌ها را برای حق تعیین سرنوشت ساکنان از بین برده است. این اقدامات با مفاد سند قیمومیت و ماده‌ی ۲۲ میثاق جامعه‌ی ملل مغایرت دارد، این دولت‌ها در مبنای صلاحیتی به ماده‌ی ۷ سند قیمومیت مورخ ۱۷ دسامبر ۱۹۲۰ شورای جامعه‌ی ملل و ماده‌ی ۳۷ استناد کردند. دیوان در مرحله‌ی صلاحیتی با رد چهار ایراد دولت خواننده صلاحیت خود را احراز کرد.

حمید الهویی نظری، ۱۳۸۹، رویکرد انسانی در آرای دیوان بین‌المللی دادگستری. نشر دادگستر، چاپ اول، ۷۴-۹۹

قابلیت اعمال ندارد. دیوان در پاسخ به این ایرادات اعلام می‌کند، اجرای مؤثر رسالت مقدس انسانی توسط دولت سرپرست اقتضاء می‌کند که اداره سرزمین‌های تحت سرپرستی باید تابع نظام بین‌المللی باشد و نمی‌توان این ایراد را پذیرفت که تعهد دولت سرپرست به قبول نظارت به این دلیل که نهاد نظارت کننده منحل شده، از بین رفته است. اگرچه جامعه‌ی ملل و دیوان دائمی حیات‌شان خاتمه یافته است، اما پیش از انحلال جامعه‌ی ملل، تعهد دولت خواننده به قبول صلاحیت اجباری دیوان سابق، به دیوان فعلی منتقل شده است.

دیوان در این قضیه با رد ایرادات آفریقای جنوبی و احراز صلاحیت خود، با کنار گذاردن رویکرد خودمحدودسازی قضایی به درستی اعلام کرد که دولت خواننده با تصویب منشور، در زمانی که جامعه‌ی ملل و دیوان دائمی در قید حیات بودند و ماده‌ی ۷ سند قیمومیت لازم‌الاجرا بوده، صلاحیت اجباری دیوان را پذیرفته است. این رأی نشان‌گر آن بود که دیوان بصورت ضمنی برای دعاوی که هدف از آن مسائل حقوق بشری است، اهمیت بیشتری قائل بوده و نمی‌تواند با استناد به شکل‌گرایی حقوقی از احراز صلاحیت خودداری کند. در نتیجه دیوان در این مرحله حقوق طبیعی را بر حقوق موضوعه اولویت داده، ولی در مرحله‌ی دوم رأی مغایر صادر کرد<sup>۱</sup> که به موجب آن دولت سرپرست یعنی آفریقای جنوبی در ارتباط با مقررات تصدی تنها در برابر جامعه‌ی ملل به‌ویژه شورای جامعه و نه دولت‌ها مسئول است، بنابراین امکان طرح موضوع تنها از طریق درخواست نظریه‌ی مشورتی توسط رکن صلاحیت‌دار وجود ندارد و رسیدگی ترافیعی به آن ممکن نیست. از سوی دیگر تحقق سعادت و ترقی ساکنان سرزمین‌های تحت سرپرستی به‌عنوان رسالت مقدس تمدن انسانی وفق ماده‌ی ۲۲ میثاق به‌عنوان یک منفعت حقوقی برای همگان تنها زمانی توسط دولت‌ها قابل استناد است که تبدیل به یک حق شود و صرف استناد به اصول اخلاقی و انسانی مبنای رسیدگی ماهوی قرار نمی‌گیرد، بنابراین رویکرد پوزیتیویستی دیوان غلبه یافت و نهایتاً با استناد به این که خواهان‌ها منفعت حقوقی در قضیه ندارند دیوان از رسیدگی به دعوی امتناع نمود.<sup>۲</sup>

۱. در این قضیه دیوان ابتدائاً اعلام نمود: "آیا اعضای جامعه‌ی ملل از جمله شاکیان قضیه در این قضیه حقوق یا منافع قانونی دارند و هر کدام از این دولت‌ها حق جداگانه‌ای در قبال ایفای تعهدات سرپرستی دارند یا این که این وظیفه صرفاً مرتبط با خود جامعه می‌باشد نه هر یک از دولت‌ها بصورت جداگانه و مستقل"، سپس اعلام کرد: "برای شاکیان حق قانونی یا منافع مرتبط در دعوی مطروحه وجود ندارد و دیوان باید از اثردهی به آن خودداری کند." دیوان تأکید نمود که بررسی این موضوع متمایز از اثبات ادعای نقض سرپرستی آفریقای جنوبی می‌باشد و بصورت صریح یا ضمنی به تداوم وضعیت مستعمره‌ای یا اعطای حق تعیین سرنوشت نپرداخته است.

South West Africa Cases, ICJ Reports 1966, Op.Cit, 22, para. 14, 51, para.99.

2. South West Africa Cases, ICJ Reports 1966, Op.Cit, paras. 8, 11, 15, 32-36, 40, 49-53.

در قضیه‌ی آفریقای جنوب غربی اگرچه دیوان با خودداری از صدور رأی، رویکردی محافظه‌کارانه اتخاذ نمود، اما با توجه به انتقادات شدیدی که از جانب اعضای جامعه‌ی بین‌المللی علی‌الخصوص جهان سوم و حقوق‌دانان در این زمینه روی داد، دیوان با عدول از مواضع پوزیتیویستی مسیر آتی خود را به سمت توسعه‌ی حقوق بین‌الملل با اتکا به شیوه‌هایی که منتهی به ایجاد قاعده می‌گردد، انتخاب نمود. پدیده‌ی استعمارزدایی و حضور بیشتر کشورهای جهان سوم در انتخاب قضات در مجمع عمومی و شورای امنیت و انتظاراتی که آنان از دیوان مبنی بر فاصله گرفتن از دیدگاه‌های محافظه‌کارانه گذشته و توسعه‌ی حقوق بین‌الملل جدید داشتند موجب شد، دیوان نگرش سنتی خود را تغییر دهد و از دیدگاه‌های قبلی عدول کند. حتی موضع بلوک شرق در مورد پوزیتیویسم کلاسیک تعدیل قابل ملاحظه‌ای یافت.<sup>۱</sup>

مجمع عمومی سازمان ملل به هنگام انتخاب قضات در سال ۱۹۶۶، واکنشی جدی به رأی دادگاه درقضیه‌ی آفریقای جنوبی غربی نشان داد و قضاتی را انتخاب کرد که با تحولات جامعه‌ی جهانی و به‌ویژه سازمان ملل سازگارتر باشند. لذا دیوان با ورود قضات و اندیشه‌های نو<sup>۲</sup> از تفکرات

۱. Mcwhinney 1968, 68,71, 74, 80, 83.

۲. یکی از علت‌های مهم تعدیل رویکرد پوزیتیویستی دیوان تغییر رویکرد قضات می‌باشد که به آموزش آنان بستگی دارد، در سال ۱۹۶۷ با انتخاب رئیس جدید دیوان و حضور قضات تأثیرگذاری هم‌چون «فیلیپ جسوپ» در نقش تصمیم‌گیری دیوان تحولی ایجاد شد.

«قاضی ادا» در ابتدا در ژاپن تحت تعلیم استاد «یوکوتا» که طرف‌دار پوزیتیویسم علمی بود قرار گرفت ولی بعد از رفتن به دانشگاه ییل از اساتیدی مثل «مک دوگال» و «لاوسال» تأثیر گرفت که موجب شد در اتخاذ بینش پویای حقوق کامن‌لو و ارزش‌های آزادی‌خواهانه جامعه‌ی جهانی بعد از جنگ جهانی دوم سهم مهمی در حقوق دریاها ایفا نمود، ایشان در سال ۱۹۷۵ یعنی بعد از صدور رأی مرحله‌ی دوم آفریقای جنوب غربی و در دورانی که سلطه فلسفه پوزیتیویستی به پایان رسید، بعنوان قاضی دیوان منصوب شد.

Mcwhinney Edward. 1993. Judge Shigeru Oda and the Progressive Development of International Law: Opinions (Declarations, Separate Opinions, Dissents) on the International Court of Justice, 1976-1992. Martinus Nijhoff Publishers, 25-30.

«قاضی لاکس» در خصوص حقوق حاکم بر عوامل طبیعی از جمله حقوق بین‌الملل کلاسیک دریاها و حقوق تازه ظهور هوا و فضا نقش مهمی به‌عنوان یک دیپلمات و حقوق‌دان در سازمان ملل متحد داشت، وی در این ارتباط معتقد است: (( در مواجهه با موضوعات حقوق طبیعی یا تکنولوژی راه‌حلی به‌عنوان معیار ارائه شده است، (ولی) هدف حقوق در ارتباط با واقعیت‌های زندگی برطرف نمودن مشکلات ناشی از آن می‌باشد، (و) در ارائه‌ی پاسخ به چنین مشکلاتی باید بهترین راه حل را انتخاب نمود)). بنابراین نظریات ارزشمند قاضی لاکس اگرچه در نظریه‌ی جداگانه مخالف ارائه گردیده ولی در خصوص فرآیند شکل‌گیری حقوق بین‌الملل عرفی و مباحث مربوط به حقوق معاهدات در توسعه‌ی حقوق بین‌الملل اهمیت دارد

Mcwhinney Edward, 1995, Judge Manfred Lachs And Judicial Law Making, Martinus Nijhoff Publishers, 34-36.

محافظه کارانه قبلی فاصله گرفت، و با صدور رأی در قضیه‌ی نامیبیا<sup>۱</sup> در مسیری که از آن انتظار می‌رفت به حرکت خود ادامه داد. دیوان با صدور رأیی که تا آن زمان غیر معمول بود بر تردیدهای خود غلبه کرده و نقش جدیدی در تصمیم‌سازی بین‌المللی در آینده برای خود قائل شد. در این قضیه تحول مفهوم اتحاد مقدس و اصل حق تعیین سرنوشت و استقلال ملت‌ها وفق ماده‌ی ۲۲ منشور و جسارت دیوان در ایجاد مفهوم حقوق وابسته به زمان<sup>۲</sup> اهمیت دارد، از سوی دیگر دیوان در تفسیری پیشرفت‌های ۵۰ سال گذشته و تغییرات جامعه‌ی بین‌المللی را در نظر می‌گیرد. دیوان در این قضیه هماهنگ با مجمع عمومی و شورای امنیت ضمن پرکردن خلأ حقوقی، اوضاع بحرانی جامعه‌ی بین‌المللی را نیز آرام نمود<sup>۳</sup> (McWhinney, 1987: 13).

۱. در نظریه‌ی مشورتی پیامدهای حقوقی تداوم حضور آفریقای جنوبی در نامیبیا در سال ۱۹۷۰ در این رأی علی‌رغم قطعنامه‌ی ۲۷۶ شورای امنیت اصل تعیین سرنوشت ملت‌ها که خارج از قلمرو رأی ۱۹۶۶ می‌باشد نقش قابل ملاحظه‌ایفا نموده است. دیوان در این قضیه اعلام نمود: (( با توجه به توسعه‌ی حقوق بین‌الملل در ارتباط با سرزمین‌های غیرخودمختار که از منشور ملل متحد ناشی شده اصل تعیین سرنوشت نسبت به آن‌ها قابل اعمال است. مفهوم مأموریت مقدس نسبت به سرزمین‌هایی که مردم آن به درجه‌ی خودمختاری کامل نرسیده‌اند و (م ۷۳ منشور) سرزمین‌های تحت سلطه‌ی رژیم مستعمراتی گسترش یافته است. واضح است که مأموریت مقدس سرزمین‌های تحت سرپرستی جامعه‌ی ملل را در بر می‌گیرد که قبلاً وضعیت بین‌المللی به آن اعطا شده و اهمیت دیگر این توسعه اعلامیه‌ی اعطای استقلال به کشورها و مردم مستعمرات (قط ۱۵۱۴ (Xv) ۱۴ دسامبر ۱۹۶۰) است که کلیه‌ی مردم سرزمین‌هایی را که به استقلال نرسیده‌اند را دربر می‌گیرد)). بر این اساس دیوان بررسی مجدد نیات اعضای اسناد قیمومیت را لازم دانست: ((به لحاظ ضرورت تفسیر سند مطابق با نیات طرفین در زمان عقد دیوان ملزم به بررسی این واقعیت می‌باشد که مفهوم ماده‌ی ۲۲ میثاق با توجه شرایط پرتنش دنیای امروز و رفاه و توسعه‌ی مردم ثابت نیست بلکه مفاهیم تکاملی هستند. بنابراین در خصوص مفهوم مأموریت مقدس باید فرض گردد که مؤسسين میثاق آن را این چنین پذیرفته‌اند به این علت باید به تغییراتی که از سال ۱۹۱۹ در نیم قرن اخیر رخ داده توجه نمود در نتیجه تفسیر آن طبق منشور ملل متحد و حقوق عرفی تحت تأثیر توسعه‌ی بعدی حقوق قرار می‌گیرد. ضمناً سند بین‌المللی در چارچوب کلی سیستم حقوقی حاکم در زمان تفسیر تفسیر می‌گردد. در شرایط فعلی رسیدگی با توجه به گذشت ۵۰ سال موضوع مربوطه توسعه یافته است این توسعه به معنی آنست که هدف نهایی مأموریت مقدس تعیین سرنوشت و استقلال مردم می‌باشد و با توجه به ارزشمندتر شدن مجموعه‌ی قوانین در این زمینه دیوان در ایفای وظایف صادقانه‌اش نمی‌تواند آن را نادیده بگیرد)).

Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion 1971, 31, No. 52.

## 2. Inter-Temporal Law

۳. یکی از قضایایی که دیوان در آن از رویکرد پوزیتیویستی تبعیت کرد، نظریه مشورتی مشروعیت تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای است. این قضیه که تقابل بین رئالیسم و ایده‌آلیسم است، بار دیگر شکست پوزیتیویسم حقوقی را نشان می‌دهد. مشکل دیوان این بود که چگونه از یک طرف با تعهدات دولت‌ها نسبت

این فرآیند را هم‌چنان در قضیه‌ی تعهد به محاکمه یا استرداد «کن» بین دولت‌های بلژیک و سنگال ملاحظه می‌کنیم، دیوان در این قضیه نیز از رویکرد فراپوزیتویستی خود بعد از صدور رأی آفریقای جنوب غربی تبعیت کرد. این قضیه در ارتباط با محاکمه یا استرداد «حسن هابره» به اتهام نقض‌های گسترده حقوق بشر است.<sup>۱</sup> دیوان بعد از احراز صلاحیت خود در خصوص قابلیت پذیرش دعوا به بحث فراگیر بودن تعهدات ناشی از کنوانسیون منع شکنجه برای اطراف آن می‌پردازد و اعلام می‌کند، دولت بلژیک از این طریق ادعای نقض حقوق خود را درباره قصور دولت سنگال در انجام مقررات مذکور، مطرح کرده است. بنابراین، دیوان ضرورتی نمی‌بیند تا به بحث وجود منفعت خاص دولت بلژیک در اجرای تعهدات سنگال پیرامون مقررات کنوانسیون بپردازد.<sup>۲</sup> در نهایت دیوان به این نتیجه می‌رسد که دولت سنگال حتی اگر قصد استرداد هابره را ندارد باید بدون هیچ‌گونه تأخیر بعدی پرونده‌ی وی را به مقامات صلاحیت‌دار قضایی خود ارجاع کند.<sup>۳</sup>

به اصول حقوق بشردوستانه موافق باشد، و از طرف دیگر به بازدارندگی هسته‌ای به‌عنوان قسمت مهمی از سیاست دفاعی استراتژیک اطمینان داشته باشد. دیوان با این سؤال مواجه بود که آیا در سیستم حقوق بین‌الملل فعلی اصول و قواعدی در مورد تهدید یا استفاده از سلاح‌های هسته‌ای وجود دارد؟ دیوان در این قضیه اعلام کرد که وظیفه‌اش قانون‌گذاری نیست، بلکه اعلام حقوق موجود است. دیوان در نهایت به این نتیجه رسید که در حقوق بین‌الملل عرفی و معاهده‌ای ممنوعیت جامع و جهانی در مورد تهدید یا کاربرد سلاح‌های هسته‌ای وجود ندارد. اگرچه تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای عموماً مغایر با قواعد حقوق بین‌الملل قابل اعمال در درگیری‌های مسلحانه و به‌ویژه اصول و قواعد حقوق بشردوستانه است، اما دیوان در پرتو وضعیت فعلی حقوق بین‌الملل و عناصر عینی در اختیار خود نمی‌تواند به صورت قطع و یقین نتیجه بگیرد که آیا تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای در شرایط حاد دفاع مشروع که در آن بقای یک کشور در معرض خطر است، قانونی است یا غیرقانونی. «قاضی شوئبل» با این نظر دیوان مخالف است، طبق نظر وی دیوان در خصوص مسأله‌ی حیاتی تهدید یا توسل به زور در عصر ما نتیجه گرفت، حقوق بین‌الملل و دیوان چیزی برای گفتن ندارد. دیوان پیشرفت حقوقی قرن بیستم را کنار می‌گذارد و مقررات منشور ملل متحد را که خود رکن قضایی اصلی آن است، مورد بی‌توجهی قرار می‌دهد، و با واقع‌گرایی سیاسی، دیدگاه خود را در مورد مهم‌ترین مقررات حقوق بین‌الملل نوین ابراز می‌دارد.

Carty, Anthony. 2007. *Philosophy of International Law*, Edinburgh University Press.33.

ضیایی بیگدلی، محمدرضا. ۱۳۸۸. آرا و نظریات مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری، انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی، جلد دوم، ۳۷۵، ۳۵۸.

1. Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), ICJ Rep. 2012, 11-18, paras. 15-41.
2. Ibid, 27, paras. 69-70.
3. Ibid, 37-39.

دیوان در این قضیه برخلاف قضیه‌ی آفریقای جنوب غربی، معتقد است، لازم نیست منفعت خاص دولت بلژیک در قبال تعهدات نقض شده از جانب سنگال بررسی شود. در قضیه‌ی آفریقای جنوب غربی، «قاضی وینیارسکی» صرفاً منفعت مستقیم و شخصی را عاملی برای واکنش به نقض وضعیت‌های حقوقی می‌دانست. ولی در مقابل «قاضی جسوپ» معتقد بود، حقوق بین‌الملل منافع حقوقی را برای دولت‌ها شناسایی کرده است که بصورت مستقیم از لحاظ اقتصادی یا سایر مسائل حقوقی دولت‌ها را متأثر نمی‌کند، بلکه دولت‌ها در اجرای عام قواعد حقوق بین‌الملل منفعت دارند (Tams, 2005: 51). در این قضیه نیز دیوان صلاحیت خود را در مورد رسیدگی به دعوی بلژیک احراز می‌کند. حتی اگر دولت بلژیک منفعت مستقیم و شخصی در قبال نقض‌های گسترده‌ی حقوق بشر در کشور چاد نداشته باشد، ولی قطعاً در خصوص این موضوع نفع عمومی دارد.

#### بند دوم: دیوان نهادی شبه قانون‌گذار

از همان آغاز کار دیوان دائمی؛ این ایده بیان شده بود که وظیفه‌ی دیوان صرفاً حل و فصل اختلاف بین دولت‌ها نیست، بلکه همان‌طور که کمیته‌ی سوم فرعی مجمع جامعه‌ی ملل گفته است وظیفه‌ی مهم دیوان مشارکت در توسعه‌ی حقوق بین‌الملل از طریق رویه‌ی قضایی می‌باشد.<sup>۱</sup> توسعه مفهومی مبهم است که با عبارت تدوین بکار می‌رود و «پنهایم» از لحاظ تئوریک تمایز بین آن دو را محدود و به لحاظ عملی آن را غیر مهم می‌داند، ولی آنچه که مسلم است توسعه عنصر تغییر را در خود دارد، «شاختر»<sup>۲</sup> توسعه‌ی حقوق بین‌الملل را به معنای تغییرات حقوق بین‌الملل توسط حکومت‌ها و سایر عوامل تعریف کرده است. امروزه دیوان نیز نقش مهمی در توسعه‌ی حقوق بین‌الملل دارد ولی واضح است که توسعه چیزی بیش از اعلام قواعد حقوقی لازم‌الاجرا است، «لوترپاخت» در یک معنای عام توسعه و شفاف‌سازی را بکار برده و در معنای مضیق آن را صرفاً تقنین قضایی دانسته است، اما در نظر گرفتن معنای عام با نقش دیوان در توسعه‌ی حقوق بین‌الملل انطباق بیشتری دارد، که به موجب آن، توسعه حقوق تحول کیفی و کمی حقوق از طریق شفاف‌سازی و تعدیل و اصلاح و ایجاد قاعده است (Shigeta, 2010: 19).

۱. نماینده‌ی بریتانیا به صراحت اذعان نموده که آرای دیوان اثر تدریجی بر اصلاح و تعدیل حقوق بین‌الملل دارد، با وجود آن‌که توسط میثاق بیان نشده است.

League of Nations, Records of the First Assembly, Meeting of the Committee I, 512,534.

2. Schachter.

دیوان رکن اصلی قضایی جامعه‌ی بین‌المللی محسوب می‌گردد و در صورتی می‌تواند در توسعه‌ی حقوق بین‌الملل مشارکت کند که اختیار اصلاح و ایجاد قواعد حقوقی بین‌المللی را داشته باشد. مؤسین از ابتدا بر نقش دیوان در توسعه‌ی حقوق بین‌الملل تأکید کردند و اعلام نمودند، در صورتی که صلاحیت دیوان در ایجاد قواعد حقوقی بین‌المللی پذیرفته نشود، دیوان قادر به مشارکت در توسعه‌ی حقوق بین‌الملل نخواهد بود (Jennings, 1992: 241). چنانچه «قاضی آلوارز» در نظریه‌ی مخالف خود در قضیه‌ی شرکت نفت ایران-انگلیس معتقد است، دیوان بین‌المللی با توجه به تحول جامعه‌ی بین‌المللی و وظیفه‌ی دوگانه‌ای دارد که عبارت از اعلام حقوق و توسعه‌ی آن است. وظیفه اول در جهت حل و فصل مسألت‌آمیز اختلافات بین‌المللی است، اما در وظیفه‌ی دوم زمانی دیوان می‌تواند در توسعه‌ی حقوق مشارکت کند که قواعد موجود را اصلاح و حتی در صورت ضرورت مفاهیم جدیدی را اعلام کند، بنابراین دیوان باید در صورت خلأ حقوقی در حقوق عام یا خاص<sup>۱</sup> قاعده ایجاد کند.<sup>۲</sup> در صورتی که دیوان از این امر اجتناب کند، و همانند مرحله‌ی دوم قضیه‌ی آفریقای جنوب غربی رأیی انحصاراً بر پایه‌ی قواعد موجود صادر کند، حتی اگر خودداری دیوان از رسیدگی ماهوی کاملاً اشتباه نبوده است، اما چون ملاحظات انسانی را نادیده گرفته و به وظیفه‌ی خود در توسعه‌ی حقوق عمل نکرده، مورد انتقاد است (Bedjaoui, 1991: 432). مشکلی که در اثبات حق ایجاد قاعده وجود دارد، یافتن مبنای قانونی است. بعضی برای اثبات نقش دیوان در ایجاد قاعده به ماده‌ی ۲۴ اساسنامه کمیسیون حقوق بین‌الملل استناد می‌کنند، که طبق آن، آرای دیوان همراه با رویه‌ی دولت‌ها منبع ایجاد قاعده‌ی عرفی معرفی شده است و آن را با رویه‌ی بین‌المللی منطبق می‌دانند، (Rosenne, 2005: 1551-1552) اما این نظر با ماده‌ی ۳۸ اساسنامه مغایر است. تصمیمات قضایی طبق بند (۱) (د) این ماده روش فرعی کشف قاعده و مجزا از سایر منابع در حل و فصل اختلافات بین‌المللی است، در صورتی که به موجب ماده‌ی مذکور رویه‌ی قضایی عنصر مادی و داده‌هایی در فرآیند ایجاد قاعده‌ی عرفی محسوب می‌گردد، از سوی دیگر عرف، قاعده‌ی حقوقی نیست بلکه یک متدولوژی و شیوه‌ی ایجاد قاعده محسوب می‌گردد (Cassese and Weiler, 1998:10) و از دو عنصر مادی و روانی تشکیل شده است که حاصل تکرار یک رفتار مشترک میان کشورها در یک مدت زمان طولانی است که با اعتقاد به

1. Lex Generalis And Lex Specialis

2. Anglo-Iranian Oil Company, ICJ Reports 1952, Dissenting Opinion Judge Alvarez, 132.



الزام آور بودن همراه می‌باشد. بنابراین عنصر مادی چند جز دارد، اول آن که نتیجه‌ی یک رویه می‌باشد؛ دوم آن که این رویه از رفتار یکسان اعضای اصلی حقوق بین‌الملل یعنی کشورها و سازمان بین‌المللی تشکیل شده باشد؛ و سوم آن که یک شرط زمانی دارد که باید حداقل در مدت زمانی کوتاه به صورت یکسان و متواتر اعمال گردد. بنابراین با یک مقایسه تطبیقی ملاحظه می‌گردد که رویه‌ی قضایی دیوان فاقد اجزای مذکور می‌باشد، دیوان در هنگام رسیدگی به قضایای مطروحه عرف را اعلام نمی‌کند بلکه مطابق با حقوق بین‌الملل به اختلافات رسیدگی می‌کند، ثانیاً رویه‌ی قضایی فاقد عنصر تکرار در تشکیل عرف می‌باشد و استناد به ماده‌ی ۲۴ کمیسیون قسمت C بند یک ماده‌ی ۳۸ اساسنامه را تغییر نمی‌دهد (Shahabuddeen, 1996: 69 - 72). در نتیجه استناد به ماده‌ی ۲۴ اساسنامه‌ی کمیسیون حقوق بین‌الملل نقش دیوان در ایجاد قاعده را اثبات نمی‌کند.<sup>۱</sup>

این شبهه وجود دارد که آیا ذکر ماده‌ی ۵۹ در ماده‌ی ۳۸ اساسنامه مانعی در برابر خلاقیت قضایی دیوان می‌باشد؟ به موجب مفهوم مخالف ماده‌ی ۵۹ بخش حکمی رأی تنها نسبت به طرفین اصلی اختلاف اثر الزامی دارد، و ارتباطی به اهمیت رویه‌ی قضایی و نقش دیوان در توسعه‌ی حقوق بین‌الملل ندارد. هدف مؤسسين این نبوده است که از مشارکت دیوان در توسعه‌ی حقوق بین‌الملل جلوگیری کنند، ولی به این دلیل نقش دیوان در ایجاد قاعده را پذیرفتند که قدرت سنتی دولت‌های مطرح در صحنه‌ی جهانی که شامل ۵ یا ۶ کشور در صحنه جهانی بودند حفظ گردد، در غیراین صورت سلطه حقوقی آن‌ها از بین می‌رفت و عرف‌هایی که از طریق آن‌ها ایجاد شده بود تغییر می‌یافت. در حفظ این موضع سنتی رئیس کمیته اعلام نمود که منظور از نماینده؛ اقسام بزرگ تمدن‌ها و مهم‌ترین نظام‌های قضایی جهان در انتخاب قضات وفق ماده‌ی ۹ اساسنامه‌ی قدرت‌های بزرگ می‌باشد (Shahabuddeen, 57-58).

دیوان به‌رغم این مقررات در قضیه‌ی جبران خسارات وارده به کارکنان سازمان ملل متحورانه قاعده‌ای ایجاد کرده که خلأ قانونی در مورد آن وجود داشته است، در این قضیه دیوان اعلام نمود که سازمان‌های بین‌المللی شخصیت حقوقی دارند، در گذشته سازمان‌های

1. Article 24 Statue of International Law Commission: the Commission Shall Consider Ways and Means for Making the Evidence of Customary International Law More Readily Available, Such as the Collection and Publication of Documents Concerning State Practice and of the Decisions of National and International Courts on Questions of International Law, and Shall Make a Report to the General Assembly on this Matter.

بین‌المللی اهمیتی و جایگاه ویژه‌ای همانند امروز نداشته‌اند، بنابراین قواعد حقوقی سازمان‌های بین‌المللی جامع و کامل نبوده است. اصلاح معاهدات بین‌المللی منوط به رضایت و اراده دولت‌ها است که با توجه به مقتضیات جامعه‌ی بین‌المللی به طول می‌انجامد، ولی دیوان با صدور این رأی تأثیر شگرفی بر ساختار حقوق بین‌المللی و حقوق سازمان‌ها گذارده است. به نظر بسیاری از حقوق‌دانان در این قضیه با اعلام این که حقوق و تکالیف سازمان‌های بین‌المللی بستگی به هدف و وظایف مقرر در اسناد تأسیس و رویه‌ی بعدی دارد، مهم‌ترین رأی دیوان در توسعه‌ی حقوق بین‌الملل می‌باشد که با اعطای شخصیت حقوقی بین‌المللی به سازمان ملل این نظر را که دولت‌ها صرفاً حق طرح دعوی طبق حقوق بین‌المللی را دارند، رد نمود (Lachs, 1983, 239: 252-253).

دیوان با ایجاد ارتباط بین اهداف و وظایف سازمان و نیاز به وجود شخصیت بین‌المللی و امکان طرح دعوی بین‌المللی به منظور پیشبرد این اهداف نتیجه می‌گیرد که سازمان ملل حق اقامه‌ی دعوی مستقل را دارد. اهمیت رأی در دو نکته است، اول آن که سازمان ملل شخصیت بین‌المللی دارد و این نظر که دولت‌ها تنها تابعان حقوق بین‌الملل هستند را رد می‌کند و دوم آن که سازمان ملل حق طرح دعوی بین‌المللی را در ارتباط با خسارات وارده به کارکنان خود را دارد. به نظر دیوان وفق ماده‌ی صد منشور بین‌الملل و دبیرکل و کارکنانش مفهوم تابعیت همانند دولت و اتباعش وجود ندارد، ولی وضعیت جدیدی است که می‌تواند با استناد به مقررات منشور در پرتو اصول حقوق بین‌الملل حل و فصل گردد.<sup>۱</sup>

دیوان در این قضیه در تفسیر<sup>۲</sup> منشور قصد مؤسسين را مدنظر قرار نمی‌دهد، بلکه تحول حقوق بین‌الملل را در گذر زمان را مورد توجه قرار می‌دهد. این قضیه یکی از موارد مهم مشارکت دیوان در توسعه‌ی حقوق بین‌الملل محسوب می‌گردد که به نظر «لوترپاخت» ویژگی

1. Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion 1949, 181-182; See Contrasted Case, Panevezys-Saldutiskis Railway, PCIJ 1939, A/B, No.79, 16.

۲. تفسیر از زبان یونانی نشأت می‌گیرد و در معنای توصیف عمل روشن ساختن و تبیین کردن و معنا گذاری و تأویل‌گری و گزارش‌گری بکار می‌رود، قاعده‌ی تفسیر در مقام فهم آن معنا و علتی است که نویسنده را به خلق متن برانگیخته است تفسیر نظریه‌ی فهم یا روش‌شناسی کشف معنا است و از حیث ارتباط با متون مشتمل بر مسائلی است که فهم بشری را به وقت دیگر ارتقاء می‌دهد بنابراین به معنای واضح ساختن و کشف کردن است. (کامران آقایی، مکتب‌های تفسیری در حقوق بر مبنای هرمنوتیک حقوقی، نشر میزان، ۱۳۸۸، ۳۳).

شبه قانون‌گذاری در مورد تابعان حقوق بین‌الملل دارد،<sup>۱</sup> «قاضی لاکس» نیز معتقد است، در این قضیه دیوان در ارتباط با تابعان حقوق بین‌الملل به صورت واضح و آشکار بدون توجه به دکرترین حقوق بین‌الملل که برای مدت زمان طولانی حاکم و بدیهی بوده، قانون‌گذاری نموده، که نشانه‌ای از توسعه‌ی حقوق بین‌الملل است (Lachs, ibid, 239). به نظر «فریدمن» نظریه‌ی مشورتی مذکور با اکثریت قوی به سازمان ملل شخصیت حقوقی بین‌المللی اعطا کرده، دیوان برخلاف ماده‌ی ۱۰۴ منشور که محتاطانه از شناسایی شخصیت حقوقی سازمان‌های بین‌المللی خودداری کرده، و از سوی دیگر با توجه به آن که در حقوق بین‌الملل دولت‌ها تنها تابعان حقوق بین‌الملل شناخته می‌شوند، اقدام به حرکت مهمی در توسعه‌ی حقوق بین‌الملل نموده و برای سازمان‌های بین‌المللی که در حیطه‌ی وظایف و اختیارات خود فعالیت می‌کنند، شخصیت حقوقی قائل شده است (Friedmann, 1959: 57).

یکی دیگر از قضایایی که دیوان با صدور رأی خود توانسته در توسعه‌ی حقوق معاهدات بصورت مؤثر عمل کند، نظریه‌ی مشورتی حق شرط بر عهدنامه‌ی پیشگیری و مجازات جنایت نسل‌کشی است. قبل از صدور این نظریه، اگر هر یک از دولت‌های طرف معاهده حق شرطی قائل می‌شد که توسط سایر طرف‌های معاهده پذیرفته نمی‌شد، در واقع به معنی رد معاهده بود، و یک پیشنهاد جدید در مورد معاهده تلقی می‌شد. دولت ارائه دهنده‌ی حق شرط به لحاظ مخالفت سایر طرف‌ها عضو معاهده تلقی نمی‌شد، مگر آن که سایر طرف‌های معاهده با پیشنهاد مذکور موافقت می‌کردند. بعبارت دیگر رضایت اجماعی سایر طرف‌های معاهده برای پذیرش حق شرط ضروری بوده است (Lauterpacht, 187). این حق برای هر طرف متعاقد وجود داشت که تصمیم بگیرد، آیا چنین شرطی از عضویت دولت شرط دهنده در کنوانسیون ممانعت بعمل می‌آورد؟ دیوان به صراحت اعلام کرد، اگر یک طرف عهدنامه به حق شرطی که آن را مغایر هدف و موضوع عهدنامه می‌داند، اعتراض کند، در واقع می‌تواند کشور شرط‌گذار را طرف عهدنامه تلقی نکند. از سوی دیگر اگر یکی از طرف‌های عهدنامه حق شرط را با هدف و موضوع کنوانسیون سازگار بداند و آن را بپذیرد، در واقع می‌تواند کشور شرط‌گذار را طرف عهدنامه تلقی کند. چنین قضاوتی صلاح‌دید و اختیاری نیست، بلکه طرفین معاهده باید در

۱. «لوتر پاخت» قضایای بیشماری را تقنین قضایی محسوب کرده است.

Reparation for Injuries Suffered In the Service of the United Nations, ICJ Rep 1949; French-Swiss Free Zones Case; Wimbledon Case, 1950; Asylum Case, ICJ Rep 1950; Diversion of Water from the Meuse, Series A/B, No.70, PCIJ 1937; United States Nationals In Morocco, ICJ Rep 1952; Lauterpacht Hersch, Op.Cit, 28-31.

مورد سازگاری یا عدم سازگاری حق شرط با موضوع و هدف معاهده قضاوت کنند. ولی آیا این تکلیف باید از طریق یک توافق خاص یا مکانیسم حل و فصل اختلافات اجباری صورت گیرد؟ دیوان به این سؤال پاسخ نمی‌دهد و اعلام می‌کند، دولت‌های عضو معاهده تمایل دارند هدف اساسی کنوانسیون حفظ شود، در غیراین صورت به اصول و اهداف کنوانسیون آسیب وارد می‌شود.<sup>۱</sup> در نتیجه با توجه به آن که قاعده‌ی الزام‌آوری در حقوق بین‌الملل عرفی در این مورد وجود نداشته، رأی دیوان حقوق معاهدات را توسعه داده است.

به مرور زمان به دلیل افزایش معاهدات چندجانبه‌ی بین‌المللی، از مقبولیت اصل رضایت جمعی کاسته شد. این مسئولیت برای دیوان ایجاد شد تا از اعمال اصلی که قسمتی از حقوق بین‌الملل را تشکیل می‌داد خودداری کند. دیوان در این قضیه اعلام کرد، امروزه پذیرش چنین قاعده‌ای غیرممکن است. هم‌چنین نظر شورای جامعه‌ی ملل در حمایت از اصل رضایت جمعی چیزی بیش از یک توصیه اداری نبوده است. از سوی دیگر رویه‌ی دولت‌های آمریکایی در اثبات فقدان مقبولیت عمومی این قاعده کفایت می‌کند.<sup>۲</sup>

نهایتاً دیوان به این نتیجه رسید که قاعده‌ی الزام‌آوری در مورد این موضوع وجود ندارد، و راه حل مشکل در رد اصل رضایت جمعی است. دیوان اعلام می‌کند، کشوری که حق شرطی اعمال کرده و بر آن باقی مانده است، ولی یک یا چند طرف عهدنامه و نه سایر طرف‌ها به آن اعتراض کرده‌اند، می‌تواند طرف عهدنامه محسوب شود، مشروط بر آن که حق شرط با هدف و موضوع عهدنامه سازگار باشد؛ در غیر این صورت آن کشور را نمی‌توان طرف عهدنامه تلقی کرد.<sup>۳</sup> از تصمیم دیوان استنباط می‌شود، رضایت همه طرفین متعاقد نسبت به حق شرط به منظور آن که دولت شرط دهنده عضو کنوانسیون شود، ضروری نیست.

فقدان دستگاه قانون‌گذاری در سطح جهانی موجب شد که دیوان یکی از مؤثرترین و مناسب‌ترین ابزارهای تطبیق قواعد حقوق بین‌الملل عام با شرایط متغیر روابط بین‌المللی به نظر آید. بنابراین با توجه به نقصان قواعد حقوقی بین‌المللی به نظر می‌رسد باید نقش دیوان در ایجاد قاعده‌ی بیشتر از نقش دادگاه در حقوق داخلی مورد توجه قرار گیرد، ولی اصل رضایی بودن صلاحیت دیوان موجب شده است که دیوان به امید پذیرش صلاحیتش توسط تعداد بیشتری از دولت‌ها،

1. IBID, 30.

2. Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Adv. Op. 1951,15-30.

3. Ibid, 29.

همواره موضعی محتاطانه اتخاذ کند و هیچ‌گاه به صراحت ایجاد قاعده‌ی جدید را اعلام نکند. زیرا در صورتی که دیوان رأیی صادر کند که مغایر با منافع و رضایت دولتی باشد، تخطی به اصل حاکمیت آن دولت محسوب می‌گردد. عامل دیگر که در محدودیت دیوان در توسعه‌ی حقوق بین‌الملل نقش دارد ترکیب قضاات است که منجر به خودمحدودسازی قضایی دیوان در برخی موارد شده است، البته اتخاذ موضع محتاطانه به این معنی نیست که دیوان قاعده ایجاد نمی‌کند، بلکه ارتباط و پیوستگی دیوان با جامعه‌ی بین‌المللی موجب شده که تعداد چنین قضایی اندک اما بسیار مهم باشد ولی اکثریت حقوق‌دانان بر اهمیت آن تأکید می‌کنند (Friedmann, 1959, 56-57).

نباید فراموش کرد که قضاات دیوان، قانون‌گذاران بین‌المللی و دیوان رکنی قانون‌گذاری محسوب نمی‌گردد، در غیراین صورت هر اظهار نظر حقوقی دیوان اگرچه اشتباه باشد قاعده تلقی می‌گردد، به عبارت دیگر پذیرش نقش دیوان در توسعه‌ی حقوق بین‌الملل از طریق ایجاد قاعده به «به این معنی نیست که دیوان یک مرجع قانون‌گذاری در حقوق بین‌الملل است». در این مطلب تردیدی وجود ندارد که دیوان مرجعی جهت حل و فصل مسألت‌آمیز اختلافات بین‌المللی است و از سوی دیگر دادگاه‌ها اعلام‌کننده‌ی قانون موجود لازم‌الاجرا و نه واضح آن هستند، ولی مخالفت با نقش دیوان در ایجاد قاعده به معنای فلج کردن مشارکت دیوان در توسعه‌ی حقوق بین‌الملل است، «شهاب‌الدین» به درستی گفته است که «اعلام این مطلب که دیوان قانون‌گذار است همانند اعتقاد به این که دیوان نمی‌تواند قاعده وضع کند مبالغه‌آمیز است». بنابراین به این دلیل که دیوان در نظم حقوقی غیرمتمرکز بین‌المللی وجدان حقوقی جامعه‌ی بین‌المللی است، و سازمانی است که در توسعه‌ی تعهدات عام‌الشمول نقش مهمی دارد، دکترین حقوق بین‌الملل از این ادعا حمایت می‌کند که آرای دیوان شیوه‌ی خاصی از ایجاد قاعده در جامعه بین‌المللی است (Nawaz, 1979: 526-538).

از سوی دیگر توسعه‌ی حقوق بین‌الملل رسالت خطیری است که برعهده‌ی دیوان قرار دارد، بنابراین اصل بر وظیفه قضایی دیوان و ایجاد قاعده‌ی استثنایی بر آن می‌باشد. اگرچه صلاحیت دیوان بر مبنای رضایت دولت‌ها قرار دارد که تمایلی به ایجاد قاعده توسط دیوان خارج از رضایت و اراده آن‌ها ندارند، ولی دیوان زیرکانه بر چنین محدودیتی فائق آمده است خصوصاً در حیطه‌های خاص حقوق بین‌الملل برای مثال حقوق محیط زیست و حقوق دریاها<sup>۱</sup> که فنی و تخصصی است، اقدام به استاندارد سازی نموده است (Shigeta, 15).

۱. تعریف فلات قاره و شناسایی حقوق عرفی دولت ساحلی بر فلات قاره در قضیه‌ی فلات قاره دریای شمال و تدوین آن در ماده‌های یک و سه کنوانسیون فلات قاره و ماده‌های ۷۴ و ۸۳ کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاهای و تعریف حق عبور بی ضرر در قضیه‌ی «کانال کورفو» وارد بند ۴ ماده‌ی ۱۶ کنوانسیون ژنو ۱۹۵۸ و

## نتیجه

وظیفه‌ی دیوان به حل و فصل مسألت‌آمیز اختلافات بین‌المللی محدود نمی‌شود، بلکه در توسعه‌ی حقوق بین‌الملل نیز مشارکت دارد. با توجه به آن که در حقوق بین‌الملل رکن قانون‌گذاری مستقلی وجود ندارد که به اصلاح و تغییر مقررات حقوق بین‌الملل بپردازد، دیوان ناچار است بعنوان مهم‌ترین نهاد قضایی جامعه‌ی بین‌المللی از طریق رویه‌ی قضایی در توسعه‌ی حقوق مشارکت کند، در این راه دیوان ضمن اعمال قواعد حقوقی موجود شرایط اجتماعی و تغییرات آن را مدنظر قرار می‌دهد. گرچه وحدت رویه‌ی قضایی در حقوق بین‌الملل هم‌چون برخی نظام‌های داخلی مورد قبول قرار نگرفته، ولی دیوان در عمل به آن مقید است و در صورت ضرورت از این طریق قاعده ایجاد می‌کند، دیوان در عمل برای رفع خلأ حقوقی مجبور است از چارچوب حقوق موضوعه فراتر رود و در شرایط فعلی صالح‌ترین سازمانی است که صلاحیت و انعطاف لازم جهت ایجاد قاعده را دارد.

دو دیدگاه در مورد مفهوم قانون وجود دارد، بیرونی و درونی. منظور از رویکرد درونی، استنباط قضات و حقوق‌دانان در تعیین مفهوم واقعی قانون است. این رویکرد به منابع حقوقی استناد می‌کند و مفهوم شکلی حقوق را مدنظر قرار می‌دهد که همان پوزیتویسم حقوقی است. در مقابل در رویکرد بیرونی، حقوق را بعنوان یک پدیده‌ی اجتماعی توصیف و روابط موقتی را تجزیه و تحلیل و در توسعه‌ی حقوق مشارکت می‌کند. در سیستم غیرمتمرکز جامعه‌ی بین‌المللی که وجود دیوان برای شناسایی اصول حقوقی بین‌المللی ضروری است، رویکرد بیرونی مناسب‌تر به نظر می‌رسد. پویایی تصمیمات دیوان و نقصان قواعد حقوق بین‌الملل دلالت بر آن دارد که دولت‌ها و جامعه‌ی بین‌المللی و سایر دادگاه‌های بین‌المللی به چنین منبعی نیاز واقعی دارند. دیوان نیز برای حفظ موقعیت خود به‌عنوان یک دادگاه جهانی باید از اعمال مضیق قواعد حقوقی عدول کند و آن را با مقتضیات و نیازهای جامعه‌ی بین‌المللی انطباق دهد. بنابراین وظیفه‌ی دیوان به اعمال قواعد موضوعه حسب ماده‌ی ۳۸ اساسنامه با کنشگری قضایی در تعارض نیست.

گسترش آن در دریای سرزمینی و آب‌های داخلی بند ب ماده‌ی ۱۸ کنوانسیون ۱۹۸۲ گردید. تعریف تنگه بین‌المللی در قضیه‌ی «کانال کورفو» و تأکید بر بعد بین‌المللی تحدید حدود نواحی دریایی و توجه به منافع اقتصادی در قضیه‌ی ماهیگیری انگلستان و نروژ و هم‌چنین تعیین خط مبدأ مستقیم در تنگه بین‌المللی تقنین قضایی محسوب می‌گردد. اهمیت رویه‌ی قضایی دیوان در صدور آرای منصفانه در اعمال اصل منصف و حمایت از محیط زیست دریایی ابعاد دیگر نقش دیوان را برجسته‌تر می‌کند.

Sepulveda-Amor, Bernardo. 2010. "Contribution of the International Court of Justice to the Development of the International Law of the Sea." *Aegean Rev Law Sea* 1 (1): 7-12.

دیوان در قضیه‌ی آفریقای جنوب غربی نشان داد در صورتی جایگاه خود را بعنوان رکن اصلی حقوق بین‌الملل حفظ می‌کند و ارتقا می‌دهد که صرفاً اعلام‌کننده‌ی قواعد حقوقی نباشد بلکه بروح و غنای حقوق بین‌الملل با کنشگری قضایی خود بیفزاید. در این قضیه دیوان اثبات کرد، موضوعاتی که برای دولت‌ها منافع مادی یا فیزیکی محسوسی ندارد، در صورتی که مربوط به موضوعات حقوق بشری و بشردوستانه باشد می‌تواند برای دولت‌ها منفعت حقوقی داشته باشد، بنابراین حقوق یک پدیده‌ی زنده است، و مجموعه‌ای از قواعد غیرقابل تغییر و ایستا نیست. حقوق با توجه به واقعیات و اهداف اجتماعی که در حرکت است تغییر می‌کند و تکامل می‌یابد که در هر دوره‌ی تاریخی ضمن آن که منعکس‌کننده‌ی نیازهای جمعی است، هدف از آن نیز نیل به یک هدف اجتماعی می‌باشد و روشن است که روند توسعه‌ی اجتماعی یکی از منابع مهم برای تغییر حقوق است. حقوق یک مفهوم انتزاعی نیست بلکه ریشه در شرایط اجتماعی دارد، چنان‌چه در این قضیه ارتقا و سعادت پیشرفت ساکنان تحت سرپرستی به‌عنوان رسالت مقدس تمدن انسانی یک توصیه‌ی اخلاقی یا انسان‌دوستانه نیست، بلکه ناشی از تحولات جامعه‌ی بین‌المللی است که عوامل جامعه‌شناسی در شروع نظام سرپرستی در آغاز ۱۹۱۹ باید در تفسیر این نظام در صدر اهمیت قرار گیرد.<sup>۱</sup> در نتیجه در این قضیه تفکر خود محدودسازی قضایی محکوم به شکست شده است، به این دلیل که با حمایت از اصل حاکمیت دولت‌ها در مخالفت با دکتترین ایجاد قاعده در مقابل تمامیت بشری می‌ایستند.

جامعه‌ی بین‌المللی نیز می‌داند که دیوان باید نقش مرکزی در توسعه‌ی حقوق بین‌الملل داشته باشد و با وجود آن که وظیفه اصلی دیوان حل و فصل اختلاف است، به‌لحاظ ویژگی خاص جامعه‌ی بین‌المللی، می‌پذیرد که دیوان از طریق قاعده‌سازی در توسعه‌ی حقوق بین‌الملل مشارکت کند. چنان‌چه در رویه‌ی دولت‌ها، نه بریتانیا و نه هیچ کشور دیگری نتوانست به وجود حق ترسیم خط مبدأ مستقیم آن‌چنان که دیوان در قضیه‌ی شیلات به آن حکم کرده بود، اعتراض کند. دیوان از یک طرف ملزم به حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات بین‌المللی است، و از طرف دیگر در توسعه‌ی حقوق بین‌الملل مشارکت داشته دارد، در نتیجه سیاست دیوان، حل و فصل اختلاف و توسعه‌ی حقوق بین‌الملل به‌صورت توأمان است. لذا در حل اختلافات، قواعد حقوقی را بصورت مکانیکی اعمال نمی‌کند، بلکه با اعمال واقعی حقوق در جامعه، در

1. South West Africa Case, Preliminary Objections, Op.Cit, Separate Opinion of Judge Bustamante, 350-356, Judge Jessup, 425.

شکل‌گیری تدریجی قاعده‌ی محض حقوقی مؤثر است. در جامعه‌ی بین‌المللی مشکلات قانون‌سازی و تدوین حقوق بین‌الملل بیشتر است، بنابراین مشارکت دیوان در شکل‌گیری قواعد حقوق بین‌الملل دلالت بر آن داد که دیوان راهنمای حقوقی برای جامعه‌ی بین‌المللی در چارچوب سازمان ملل و خارج از آن می‌باشد.

در دوران جامعه‌ی ملل و حاکمیت حقوق اروپایی دولت‌ها از دیوان توقع داشتند که تنها به‌عنوان یک مرجع قضایی حل و فصل اختلافات عمل کند، بنابراین دیوان دائمی در طول فعالیت خود و دیوان فعلی در دو دهه‌ی اول همانند یک دادگاه کلاسیک اروپایی عمل کرده است. ولی با تغییر در ساختار سازمان ملل و دیوان فعلی، در خصوص رویکرد پوزیتیویستی دیوان تردید بوجود آمد. امروز می‌توان گفت ماده‌ی ۳۸ اساسنامه‌ی دیوان مانعی در جهت کنشگری قضایی دیوان نیست و دیوان خود را ملزم به اطاعت محض از دولت‌های حاکم نمی‌داند. بنابراین با وجود آن که نگرانی دولت‌ها موجب شده است که دیوان در ایجاد قاعده احتیاط کند، اما در عمل خود را محصور در حقوق موضوعه ندانسته و به‌ویژه در جایی که قواعد صریح وجود ندارد با تصمیمی که در خصوص یک قضیه می‌گیرد و استفاده از آن تصمیم در رویه‌ی بعدی بعنوان یک نهاد شبه قانون‌گذار عمل می‌کند. دیوان در مواقعی قاعده‌ی حقوقی را تفسیر و بر مصداق جدیدی اعمال می‌کند یا در قضیه‌ی پسین قاعده‌ی حقوقی اشتباه پیشین را اصلاح و قاعده‌ی مناسبی را ایجاد می‌کند و در حقیقت ابعاد وسیع‌تر اعمال آن قاعده را نمایان می‌کند و در برخی مواقع خلأ حقوقی را رفع می‌کند. چنان‌چه «قاضی آزودو» به درستی در نظریه‌ی مخالف خود در قضیه‌ی پناهندگی بیان کرد، با توجه به آن که رأی دیوان در حقوق بین‌الملل انعکاس عمیقی دارد، ارزش شبه قانون‌گذاری پیدا کرده است.<sup>۱</sup> نهایت آن که همه آرای دیوان در این فرآیند مشارکت نمی‌کند، بلکه بعضی از آرای دیوان بر توسعه‌ی حقوق بین‌الملل اثر پایدار دارد. بعبارت دیگر دیوان برای حفظ صلح و توسعه‌ی حقوق بین‌الملل، حقوق موجود را اعمال و در حیطه‌ی محدود اقدام به تولید قاعده می‌کند. در نتیجه دیوان در رأیی که صادر می‌کند هدفی فراتر از حل و فصل اختلاف دارد، به‌طوری‌که امروزه شاهد آن هستیم که در بسیاری از شاخه‌های جدید حقوق بین‌الملل استانداردسازی نموده و در توسعه‌ی حقوق بین‌الملل مشارکت کرده است.

1. Asylum, ICJ Reports 1950, Judge Azevedo, 332.



منابع

الف) فارسی

- الهویی نظری، حمید، (۱۳۸۹)، رویکرد انسانی در آرای دیوان بین‌المللی دادگستری، تهران، نشر دادگستر، چاپ اول.
- رایین، چرچیل، آلن، لو، (۱۳۷۷)، حقوق بین‌الملل دریاها، ترجمه‌ی بهمن آقایی، تهران، گنج دانش، چاپ اول.
- ضیایی بیگدلی، محمدرضا، (۱۳۸۸)، آرا و نظریات مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری، جلد دوم، ۳۷۵، ۳۵۸، تهران، انتشارات دانشگاه علامه طباطبایی.
- کک دین، نگوین، پاتریک دینه، و آلن پله، (۱۳۸۲)، حقوق بین‌الملل عمومی، ترجمه‌ی حسن حبیبی، چاپ اول، تهران، انتشارات اطلاعات.

ب) انگلیسی

**BOOKS:**

- Boyle, Alan and Christine Chinkin, (2007), *The Making of International Law*, Oxford University Press, First Ed.
- Bedi, Shive Rs, (2007), *The Development of Human Rights Law by the Judges of the International Court of Justice*, Oxford-Portland Oreleon.
- Bedjaoui, Mohammed, (1991), *International Law: Achievements and Prospects*, Martinus Nijhoff Publishers.
- Brownlie, Ian, (1998), *Principles of Public International Law*, Oxford University Press.
- Carty, Anthony, (2007), *Philosophy of International Law*, Edinburgh University Press.
- Cassese, A, (2001), *International Law*, Oxford University Press.
- Cassese, A., and J. Weiler, (1988), *Change and Stability in International Law-Making*, Walter De Gruyter, Berlin.
- Coleman, Jules, and Scott Shapiro, (2002), *The Oxford Handbook of Jurisprudence And Philosophy Of Law*, Oxford University Press.
- Danilenko, Gennadii Mikhailovich, (1993), *Lawmaking in the International Community*, Martinus Nijhoff Publishers.
- Fitzmaurice, Gerald, (1980), *The Law and Procedure of the International Court Of Justice*, Groutius Publications Limited
- Friedmann, Wolfgang, (1996), *Law in a Changing Society*, University Of California Press.

- Goldstein, Laurence, (1987), *Precedent in Law*, Clarendon Press.
- Hoof, Godefridus J.H., (1983), *Rethinking the Sources of International Law*, Deventer and London, Brill Archive.
- Hutchinson, Allan C., (2005), *Evolution and the Common Law*, Cambridge University Press.
- Lachs, Manfred, (1988), *Jurisdictional Organs (Organization and Procedural)*, in a Handbook of International Organizations, Edited by Rene Jean Dupuy, Dordrecht.
- Lauterpacht, Hersch, (1982), *The Development of International Law by the International Courts*, Cambridge University Press.
- Lissitzyn, Oliver James, (2006), *The Interpretation Court of Justice: Its Role in Maintenance of International Peace and Security*, The Law Book Exchange.
- McWhinney, Edward, (1979), *The World Court and the Contemporary International Lawmaking Process*, Brill, Sijthoff and Noordhoff.
- McWhinney, Edward, (1987), *The International Court of Justice and the Western Tradition of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers.
- McWhinney Edward, (1993), *Judge Shigeru Oda and the Progressive Development of International Law: Opinions (Declarations, Separate Opinions, Dissents) on the International Court of Justice, 1976-1992*, Martinus Nijhoff Publishers.
- McWhinney Edward, (1995), *Judge Manfred Lachs and Judicial Law Making*, Martinus Nijhoff Publishers.
- Mehran, Arthur T. Von and Peter L Murray, (2007), *Law in The United States*, Cambridge University Press.
- Merrills, J.G., (1995), *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Manchester Mup.
- Muller, Sam, and D Raic, and J.M. Thuranszhy, (1977), *The International Court of Justice: Its Future Role After Fifty Years*, Martinus Nijhoff Publishers.
- Ross, Alf, (1974), *A Textbook of International Law*, Longmans Green, London.
- Rosenne, Shabtai, (2005), *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, Martinus Nijhoff Publishers.
- Shahabuddeen, Mohamed, (1996), *Precedent in The World Court*, Cambridge University Press, First Ed.
- Shigeta, Yasuhiro, (2010), *International Judicial Control of Environmental Protection: Standard Setting, Compliance Control and the Development of International Environmental Law by the International Judiciary*, Kluwer Law International.

- Tams, Christian, J,(2005), *Enforcing Obligation Erga Omnes in International Law*, Cambridge University Press.
- Verzijl, J.H.W,(1972), *International Law in Historical Perspective: Nationality and other Matters Relating to Individuals*, Martinus Nijhoff Publishers.

**Articles:**

- Fitzmaurice, G,(1956), "the Foundations of the Authority of International Law and The Problem of Enforcement," *the Modern Law Review* 19(1).
- Jennings, Robert, (1992), "The Role of The International Court of Justice In The Development of International Environmental Law," *Review of European Community and International Environmental Law* 1(3).
  - Lachs, M,(1983), "Some Reflections on the Contribution of International Court of Justice to The Development of International Law," *Syracuse J. Int'l L. & Com.* 10.
  - Mackenzie, Ruth, and Philippe Sands,(2003), "International Courts and Tribunals and the Independence of the International Judge," *Harvard International Law Journal* 44(1).
  - Mcwhinney Edward,(1968), "The Changing United Nations Constitutionalism, New Arena and New Techniques for International Lawmaking," *Canadian Yearbook of International Law* 5.
  - Mosler, Hermann,( 1979), "The International Court of Justice at Its Present Stage of Development," *Dalhousie Law Journal* 5.
  - Nawaz, M.K,(1979), "Other Sources of International Law: Are Judicial Decisions of The International Court of Justice a Source of International Law?" *Indian Journal of International law* 19.
  - Sepulveda-Amor, Bernardo,(2010), "Contribution of the International Court of Justice to the Development of the International Law of the Sea," *Aegean Rev Law Sea* 1(1).

**Documents:**

- International Court of Justice Year Book, 1950-51.
- Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists, Process-Verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16<sup>th</sup>-July 24<sup>th</sup> 1920, With Annexes, the Hague, 1920.

- Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists, Documents Presented to the Committee Relating to Existing Plans for the Establishment of a Permanent Court of International Justice, April 30, 1920.

- League of Nations Permanent Court of International Justice, Documents Concerning the Action Taken by the Council the League of Nations Under Article 14 of the Covenant and the Adoption by the Assembly of the Statute of the Permanent Court, January 1921.

**Cases:**

- Designation of the Workers Delegate for the Netherlands at the Third Session of The International Labour Conference, PCIJ 1922, Series B, No.1

- Status of Eastern Carelia, PCIJ 1923, Series B, No.5.

- Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco, PCIJ 1923, Series B, No.4.

- Question of The Monastery of Saint-Naoum, PCIJ 1924, Series B, No.9.

- Mavromatis Palestine Concessions, PCIJ 1924, Series A, No.2.

- Lotus, PCIJ, Ser 1927, Series A, No.10.

- Panevezys-Salduitis Railway, PCIJ 1939, A/B, No.79.

- Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion 1949.

- Fisheries (United Kingdom V. Norway), ICJ Reports, 1951.

- Ambatielos (Greece V. United Kingdom), Merits, ICJ Rep 1953.

- South West Africa Cases, (Ethiopia v. South Africa; Liberia V. South Africa), Preliminary Objections, ICJ Reports 1962.

- Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium V. Spain)(New Application: 1962) , Preliminary Objections, ICJ Reports 1964.

- South West Africa Case (Liberia V.South Africa)(Ethiopia V.South Africa), Second Phase, ICJ Reports1966.