

پژوهشهای حقوقی

شماره ۱۷

هزار و سیصد و هشتاد و نه - نیمسال اول

مقالات

توصیف خواسته در قانون و رویه قضایی • اصول بنیادین حاکم بر کنوانسیون ارتباطات الکترونیکی
آنستیرال • مؤلفه‌های امنیت اجتماعی در قوانین کیفری • شناسایی در حقوق بین‌الملل: آثار حقوقی
شناسایی کوزوو، اوستیای جنوبی و آبخازیا • اصول حاکم بر تعارض ادله اثبات دعوا • جلوه‌های
حقوق بین‌الملل کیفری در خاورمیانه؛ از محاکمه صدام تا محاکمه عاملان ترور رفیق حریری

موضوع ویژه: بورس اوراق بهادار در حقوق ایران و کشورهای دیگر

مبانی و اصول تعهد به دادن اطلاعات در بورس • مطالعه تطبیقی ممنوعیت‌های دارندگان اطلاعات
نہانی در رابطه با معاملات اوراق بهادار • تحلیل جرم معامله متکی بر اطلاعات نہانی • مبارزه با
تقلب در بازارهای اوراق بهادار؛ نگاهی به نظم حقوقی بازار اوراق بهادار در ایالات متحد آمریکا •
بررسی آراء قضایی صادره در خصوص معامله اوراق بهادار با استفاده از اطلاعات نہانی • مسؤولیت
مدنی کارگزاران بورس و فرایند طرح دعاوی مرتبط در مراجع صالحه • مسؤولیت کارگزاران در
معاملات فضولی اوراق بهادار با تکیه بر رویه هیأت داوری • نقش صکوک در تأمین مالی پروژه‌ها و
تأملی بر قوانین و مقررات حاکم بر آن • داوری اختلافات در بازار اوراق بهادار • ماهیت حقوقی و
صلاحیت‌های هیأت داوری بازار اوراق بهادار • قواعد حاکم بر تشکیل شرکت‌های سهامی عام در پرتو
قانون بازار اوراق بهادار • آثار حقوقی الحاق ایران به سازمان جهانی تجارت بر خدمات بورس
اوراق بهادار • ادغام فرامرزی بازارهای بورس سهام و اوراق بهادار: توهم یا واقعیت؟

نقد و معرفی

ملاحظات پیرامون «نظریه مشورتی کوزوو» • بررسی جرم تجاوز در کنفرانس بازنگوری اساسنامه
دیوان کیفری بین‌المللی • نقدی بر قانون جدید بیمه اجباری مسؤولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه
• علائم تجاری غیرسنتی • قطعنامه ۱۹۲۹ شورای امنیت: بازتابی نبرد حق و قدرت در جهان
نامتحد • ششمین دوره مسابقات شبیه‌سازی دیوان کیفری بین‌المللی





http://jlr.sdil.ac.ir/article_41086.html

مجله پژوهش‌های حقوقی (علمی - ترویجی)، شماره ۱۷، نیمسال اول ۱۳۸۹
صفحات ۴۹۹ الی ۵۲۶، تاریخ وصول: ۱۳۸۹/۶/۱، تاریخ پذیرش: ۱۳۸۹/۶/۲۵

ملاحظات پیرامون «نظریه مشورتی کوزوو (۲۰۱۰)»

عبدالله عابدینی*

«صدور اعلامیه‌های استقلال در جزر و مد روزگار، چیزی جز کفی بر روی موج نیست و نمی‌تواند موجی برای فراموشی گذشته و یا به بهای تکه تکه شدن اکنون، دلیلی برای ساختن آینده باشند.» محمد بنوناً^۱

چکیده: انتظار جهان حقوق بین‌الملل پس از حدود دو سال در خصوص یکی از مهم‌ترین و بحث برانگیزترین موضوعات حقوق بین‌الملل، یعنی، جدا شدن و مسائل حواشی آن مانند شناسایی، به سر آمد. دیوان بین‌المللی دادگستری در تاریخ ۲۲ ژوئیه ۲۰۱۰ نظریه مشورتی خود را در خصوص «همخوانی اعلامیه استقلال نهادهای موقت خودمختار کوزوو با حقوق بین‌الملل» صادر نمود. در واقع، انتظار این بود که پس از صدور نظرات مشورتی «مشروعیت تهدید یا کاربرد سلاح‌های هسته‌ای» و «آثار حقوقی ساخت دیوار حائل در سرزمین‌های اشغالی فلسطین»، این نظریه دارای آثار مهم‌تری نسبت به دو نظریه پیش از خود باشد. زیرا مسأله جدایی در حقوق بین‌الملل دامنگیر بسیاری از کشورهای جهان اعم از توسعه یافته و در حال توسعه است و مستقیماً با سنگ بنای حقوق بین‌الملل یعنی حاکمیت، در کشاکش است. اما متأسفانه، دیوان در بخش اجرایی نظریه با ۱۰ رأی در مقابل ۴ رأی چنین اظهار داشت که صدور اعلامیه استقلال در تاریخ ۱۷ فوریه ۲۰۰۸، حقوق بین‌الملل را نقض نکرده است. در نتیجه، پذیرش آن اعلامیه ناقض هیچ‌یک از قواعد قابل اعمال حقوق بین‌الملل به شمار نمی‌آید. از همین رو، صدور نظریه مشورتی کوزوو موجب یأس و ناامیدی بسیاری از حقوقدانان در سرتاسر جهان شد. چرا که دیوان به طرح حقایقی پرداخت که بدیهی بودند و از این حقایق، نتایجی به دست آورد که مغایر با آنها به حساب می‌آیند. از طرفی دیگر، از سوی اکثریت قضات، توجه شایانی به اصل حاکمیت و تمامت ارضی صورت نگرفت. دیوان با این نتیجه‌گیری نه تنها موجب به چالش کشیدن پرسش مجمع عمومی و پیش فرض‌های آن شد بلکه زنگ خطری را برای نظم حقوقی بین‌المللی به صدا درآورده است. نهادی که در چارچوب اهداف و سایر نهادهای سازمان ملل، خود را حافظ صلح و امنیت بین‌المللی خطاب

* دانشجوی دوره دکترای حقوق بین‌الملل دانشگاه تهران

نوشتار حاضر به اندیشمند فرزانه حقوق بین‌الملل، دکتر جمشید ممتاز تقدیم می‌گردد.

1. *ICJ Reports*, 2010, Kosovo Advisory Opinion, Dissenting Opinion of Judge Bennouna, p. 13, para. 69.

در خصوص سؤال مطروحه مجمع عمومی می‌پردازیم و در پایان به آثار نظریه مذکور اشاره خواهیم داشت. گرچه نظریه حاضر در عین موجز بودن، نکاتی را نیز در بطن خود به وجود آورده، از جمله عدم لزوم پرداختن به حقوق عام و خاص در جایی که حقوق خاص جاری است و نحوه تفسیر قطعنامه‌های شورای امنیت که شایان توجه می‌باشند.

مبحث اول: نظریه مشورتی در دیوان بین‌المللی دادگستری

دیوان بین‌المللی دادگستری رکن اصلی قضایی سازمان ملل متحد است^۶ و اساسنامه آن جزء لاینفک منشور به حساب می‌آید. (ماده ۹۲ منشور) دیوان دارای دو گونه صلاحیت در رسیدگی به موضوعات مختلف حقوقی است. گونه نخست، صلاحیت توافقی است که بر اساس آن دیوان با ارجاع اختلاف از سوی دولتهای طرف اختلاف، حقایق ارائه شده از سوی آنها را بررسی نموده و بر اساس اصول عدالت و حقوق بین‌الملل، (بند اول ماده ۱ منشور و بند اول ماده ۳۸ اساسنامه دیوان) حقوق و تعهدات آنها را تبیین و اختلاف را حل و فصل می‌نماید. (مواد ۳۴ تا ۳۸ اساسنامه دیوان) گونه دوم، صلاحیت مشورتی است که برگرفته از سنت حقوق کامن‌لا^۷ می‌باشد و مطابق آن دیوان در صورت درخواست ارگان مجاز به دریافت نظریه مشورتی و به منظور راهنمایی آن در خصوص هر مسأله حقوقی (ماده ۹۶ منشور و ۶۵ اساسنامه دیوان) اقدام به صدور نظریه مشورتی می‌کند.

از حدود ۱۴۴ قضیه‌ای که دیوان به آنها رسیدگی کرده، ۲۴ قضیه به منظور کسب نظر مشورتی مطرح شده است.^۸ در حال حاضر ارکان اصلی ملل متحد و برخی آژانسهای تخصصی ملل متحد که اجازه درخواست نظریه مشورتی را از مجمع عمومی دریافت کرده‌اند، (بند دوم ماده ۹۶ منشور) قادر به انجام درخواست برای دریافت نظریه مشورتی هستند.^۹ تاکنون بیشتر درخواستها جهت کسب نظر مشورتی، از سوی مجمع عمومی بوده است و سایر ارکان ملل متحد از جمله شورای اقتصادی و اجتماعی (اکوسوک) دو بار در قضایای «مازیلو»^{۱۰} و «کومورآسامی»^{۱۱} و شورای امنیت یک بار در قضیه «آفریقای جنوب غربی»^{۱۲} از دیوان نظر مشورتی درخواست

^۶ برای مطالعه در خصوص جایگاه مزبور و نتایج ناشی از آن، نک: سیدجمال سیفی، «دیوان بین‌المللی دادگستری رکن اصلی قضایی ملل متحد»، در، نقش دیوان بین‌المللی دادگستری در تداوم و توسعه حقوق بین‌الملل (مجموعه مقالات)، پیشین، صص ۲۹-۱۷.

^۷ سیدباقر میرعباسی و سیدحسین سادات‌میدانی، دادرسیهای بین‌المللی، ج ۱، نشر جنگل، ۱۳۸۴، ص ۴۴۶.

^۸ See, ICJ website: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4> (Visited: 20 August 2010)

^۹ See, ICJ website: <http://www.icj-cij.org/jurisdiction/index.php?p1=5&p2=2&p3=1> (Visited: 20 August 2010)

^{۱۰} Applicability of Article VI, section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations (Mazilu), *I.C.J. Reports* 1989.

^{۱۱} Applicability of Article VI, section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations (Cumaraswamy), *I.C.J. Reports* 1999.

^{۱۲} Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South-West Africa) notwithstanding Security Resolution 276 (1970), *I.C.J. Reports* 1971.

کرده‌اند.

در دوران دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری صرفاً یک بار و آن هم به جهت نبود صلاحیت در قضیه «کارلیای شرقی» نظریه مشورتی از سوی دیوان مزبور صادر نشد و دیوان از درخواست صدور نظریه از سوی شورای جامعه ملل خودداری ورزید.^{۱۳} دلیل آن هم این بود که شوروی عضو جامعه ملل نبود و به هنگام رسیدگی در پیشگاه دیوان حضور نیافت. در نتیجه، به جهت ضرورت استماع اصحاب دعوا (شوروی و فنلاند) و عدم حضور شوروی و در نتیجه فقد ادله لازم در این خصوص، دیوان از صدور نظریه مشورتی امتناع ورزید.^{۱۴}

در روزگار دیوان فعلی نیز فقط یک بار از صدور نظریه مشورتی خودداری شد و آن نیز نه به دلیل فقدان صلاحیت که به جهت نبود صلاحیت امکان صدور نظریه مشورتی وجود نداشت. در سال ۱۹۹۶ درخواست نظریه مشورتی سازمان جهانی بهداشت در خصوص «مشروعیت تهدید یا کاربرد سلاح‌های هسته‌ای در مخاصمات مسلحانه از سوی یک دولت» از سوی دیوان رد شد. دیوان اظهار داشت مشروعیت چنین اقداماتی در قلمرو فعالیت‌های اساسنامه سازمان مزبور قرار نمی‌گیرد.^{۱۵}

نکته قابل توجه در خصوص نظرات مشورتی این است که نظرات مزبور برخلاف آراء توافقی، غیرالزام‌آورند. گرچه درباره الزام‌آور بودن یا نبودن نظرات مشورتی، منشور و اساسنامه دیوان تصریحی نداشته‌اند، اما دیوان خود از همان ابتدا به صراحت اظهار داشته که نظرات مشورتی صرفاً نوعی مساعدت حقوقی در جهت انجام بهتر فعالیت‌های نهاد یا ارگان درخواست‌کننده است و اثری بر دولتها ندارد. دیوان تصریح دارد: «پاسخ دیوان در خصوص درخواست مشورتی فقط دارای ویژگی مشورتی بوده و از این رو، هیچ‌گونه قدرت الزامی ندارد».^{۱۶}

با این حال، این موضوع میان برخی حقوقدانان مطرح است که بعضی نظرات مشورتی دیوان دارای خصوصیت الزام‌آور می‌باشد. دسته‌ای از نظرات مشورتی به دلیل قید الزام‌آور بودن نظریه مشورتی در اساسنامه برخی سازمانهای صلاحیت‌دار، الزام‌آور تلقی می‌شوند.^{۱۷} برای نمونه،

^{۱۳} Eastern Carelia, *PCIJ, Ser. B*, No. 5, 1923, pp. 28-29.

^{۱۴} برای مطالعه زمینه‌های صلاحیت‌های دیوان در خصوص امتناع از صدور نظرات مشورتی، نک: سیدباقر میرعباسی و سیدحسین سادات میدانی، پیشین، صص ۳۴۲-۳۳۴.

^{۱۵} "Legality of the Threat or Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict", Advisory Opinion, *I.C.J. Reports* 1996, p. 66.

^{۱۶} "Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations", *I.C.J. Reports* 1950, p. 71.

^{۱۷} برای مثال، نک: بند سوم و پنجم ماده ۶۶ کنوانسیون حقوق معاهدات وین میان سازمانهای بین‌المللی و سازمانهای بین‌المللی و دولتها ۱۹۸۶، بند سوم از ماده ۳۲ کنوانسیون سازمان ملل برای مقابله با حمل و نقل غیر قانونی مواد مخدر و روان گردان ۱۹۸۸، کنوانسیون مزایا و مصونیت‌های سازمان انرژی اتمی ۱۹۵۹ و بند سوم ماده ۱۱ اساسنامه دادگاه اداری ملل متحد ۱۹۷۲. برای بررسی مبسوط این موضوع، نک:

Roberto Ago, "Binding Advisory Opinion of The International Court of Justice", *American Journal*

کنوانسیون مزایا و مصونیت‌های سازمان ملل ۱۹۴۶ در بخش ۳۰ ماده ۸ اظهار داشته که در صورت بروز اختلاف میان طرفین کنوانسیون، موضوع به دیوان جهت کسب نظریه مشورتی ارجاع خواهد شد (مگر این که به سایر طرق حل و فصل اختلاف توافق نمایند) و نظریه مذکور برای طرفین الزام‌آور و قاطع خواهد بود. در واقع، «جنبه الزام‌آوری این نظرات ذاتی نیست، بلکه ناشی از تعهدی است که بر اثر توافق طرفین اختلاف در این زمینه صورت می‌گیرد و با افزودن عنصر مضاعفی به نظریه مشورتی موجب ایجاد مقرراتی می‌شود که ارتباطی به مقررات مشابه حاکم بر دیوان ندارد».^{۱۸}

اما جدای از تعهد به الزام‌آور بودن نظریه مشورتی در اسناد بین‌المللی، ممکن است الزام‌آور بودن نظریه از اوضاع و احوال پس از صدور نظریه و یا فحوای مفاد آن قابل برداشت باشد. زیرا جز موارد معدودی، (نظریه آفریقای جنوب غربی) از بیشتر نظرات مشورتی دیوان پیروی شده است. حتی عدم متابعت در برخی از آراء توافقی نیز ملاحظه می‌شود که البته این نقص نه از جانب دیوان، بلکه به دلیل سازکار اجرای احکام در چارچوب نظام ملل متحد است. با این حال، همانطور که رئیس پیشین دیوان اذعان داشته است، حتی اگر مواردی از عدم اجرای رأی دیوان وجود داشته، صرفاً موقتی بوده و طرفین اختلاف پس از چندی به دنبال حل اختلاف خود بر مبنای یافته دیوان می‌باشند.^{۱۹} از این رو، وی معتقد است که برای تقویت دیوان و اجرای احکام آن، شورای امنیت باید توجه بیشتری به طرق پیش‌بینی شده در ماده ۳۳ منشور^{۲۰} و ارجاع اختلافات دولتها بدان (بند سوم ماده ۳۶) داشته باشد. به ویژه که توسل به حل و فصل اختلاف از طریق دیوان، توانسته موجب کاسته شدن از تنشهای سیاسی و روابط خصمانه میان طرفین اختلاف گردد.^{۲۱}

یکی از مباحثی که در سالهای اخیر در خصوص دیوان بین‌المللی دادگستری مطرح شده، پدیده «فراوانی محاکم بین‌المللی» (Proliferation) و جایگاه دیوان در آن می‌باشد.^{۲۲} در این زمینه

of International Law, Vol. 85, 1991, pp. 439-451.

18. R. Ago, *op. cit.*, p. 445.

19. Speech By Judge Rosalyn Higgins, Former President of the International Court of Justice At the United Nations Security Council's Thematic Debate on "Strengthening International Law" 22 June 2006, Available at: <http://www.icj-cij.org/court/index.php?pr=1004&pt=3&p1=1&p2=3&p3=1> (visited: 20 August 2010)

۲۰. ماده ۳۳ منشور اشعار می‌دارد: «طرفین هر اختلاف که ادامه آن احتمال صلح و امنیت بین‌المللی را به خطر اندازد، باید قبل از هر چیز از طریق مذاکره، میانجیگری، سازش، داوری، رسیدگی قضایی و توسل به مؤسسات یا ترتیبات منطقه‌ای یا سایر طرق مسالمت‌آمیز، بنا به انتخاب خود، به دنبال راه حل باشند.»

21. Speech By Judge Rosalyn Higgins, *Ibid.*

22. See; Pierre-Marie Dupuy, "The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice", *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 31, 1999, pp. 791-807; Karin OKFrahm, "Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction", *Max Planck Yearbook of United Nation Law*, Vol. 5, 2001, pp. 67-104; Gilbert Guillaume, "Advantages and Risks of Proliferation: A Blueprint for Action", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, 2004, pp. 300-303.

برخی از رؤسای اسبق دیوان، برای پرهیز از تهدید جایگاه دیوان به عنوان دادگاه جهانی (The World Court) و تشتت آراء صادره در میان محاکم بین‌المللی و در نتیجه ایجاد پدیده‌ای به نام «چندپارگی حقوق بین‌الملل» (Fragmentation)،^{۲۳} ایده درخواست نظریه مشورتی از دیوان را از سوی دادگاه بین‌المللی در خصوص مسائل حقوقی مطروحه بیان کردند.^{۲۴} با این حال، این ایده با استقبال چندانی از سوی دولتها، سازمانها و محاکم بین‌المللی مواجه نشد و برخی حقوقدانان چاره‌پیشگیری از تعارض آراء محاکم بین‌المللی را در خود محاکم جستجو می‌کنند. ایشان معتقدند، برای پیشگیری از مشکلات ناشی از این موضوع، باید از طریق توجه به رویه قضایی محاکم بین‌المللی دیگر به هنگام اعمال صلاحیت و تفسیر از قواعد مورد نظر رویه هماهنگی میان این محاکم ایجاد شود.^{۲۵}

اصولاً، به دلیل این که دیوان بین‌المللی دادگستری رکن اصلی قضایی ملل متحد است، در نتیجه، نظرات ارائه شده از سوی این نهاد نیز مورد توجه حتی نهادهایی است که مرجع درخواست نظریه نبوده‌اند. این موضوع به خصوص در صورتی که نهاد درخواست‌کننده مجمع عمومی باشد، اهمیت مضاعفی پیدا می‌کند. زیرا با توجه به حضور تقریباً تمامی دولتهای جهان در آن، اجرای نظریه با پشتوانه سیاسی مجمع عمومی همراه خواهد شد.

به این حال، تاکنون نظرات مشورتی دو حالت داشته‌اند. بیشتر آنها از سوی مجمع عمومی درخواست شده‌اند و درباره کارکرد سازمانی و مرتبط با اشتغالات نهادهای وابسته بدان می‌باشد و به تعبیر دیگر جهت «اداره درونی» (Housekeeping) سازمان می‌باشند.^{۲۶} (حالت اول) طبیعی است که مجمع عمومی و نهادهای تحت نظارت آن بر اجرای رأی گردن می‌نهند.^{۲۷} تنها نمونه‌ای که

23. See Martti Koskenniemi, Päivi Leino, "Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 15, 2002, pp. 553-579; Gerhard Hafner, "Pros and Cons Ensuuing from Fragmentation of International Law", *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25, 2004, pp. 849-863. Anne-Charlotte Martineau, "The Rhetoric of Fragmentation: Fear and Faith in International Law", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 22, 2009; Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law, *Report of the Study Group of the International Law Commission: Finalized by Martti Koskenniemi*, A/CN.4/L.682 13 April 2006.

24. See "Address to the Plenary Session of the General Assembly of the United Nations by SM Schwebel", *UN Doc A/54/PV.39*, 1999; Speech by Gilbert Guillaume to the UNGA Sixth Committee (55 Session) "The Proliferation of International Judicial Bodies: The Outlook for the International Legal Order" UN Doc A/C.6/55/SR.17, 2000; *Tullio Treves*, "Advisory Opinions of the International Court of Justice on Questions Raised by Other International Tribunals", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 4, 2000, pp. 215-231.

25. Rosalyn Higgins, "A Babel of Judicial Voices? Ruminations from the Bench", *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 55, 2006, p. 7.

26. Anthony Aust, "Advisory Opinions", *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 1, 2009, p. 151.

^{۲۷} تاکنون ۲۱ نظریه مشورتی در خصوص کارکرد مناسب سازمان ملل و آژانسهای آن صادر شده است. برای مثال در مورد اختلاف مورد نظر بر سر هزینه‌های سازمان ملل به دنبال اعزام نیروهای پاسدار صلح کنگو در سال ۱۹۵۶، دیوان در تاریخ ۲۰ ژوئیه ۱۹۶۲ نظر مشورتی خود را بر این اساس صادر کرد که هزینه‌های انجام شده جزء مخارج ملل متحد بوده و کلیه دولتها باید سهمیه خود را بپردازند. فرانسه و شوروی با استناد به این که هزینه‌های مذکور در زمره مخارج عادی سازمان ملل محسوب نمی‌شوند از پرداخت سهمیه

نظریه مشورتی دیوان مطمح نظر قرار نگرفت، یافته‌های نظریه مشورتی «آفریقای جنوب غربی» است که نظریه مذکور از سوی شورای امنیت درخواست شده بود.

اما موضوع اصلی در اجرای نظرات مشورتی آنجاست که از سال ۱۹۹۶ با درخواست نظریه مشورتی «مشروعیت تهدید یا کاربرد سلاحهای هسته‌ای» (از این پس «نظریه سلاحهای هسته‌ای») موضوع اجرای نظرات مشورتی وارد مرحله جدیدی شد. (حالت دوم) اوج بحث در «آثار حقوقی ساخت دیوار حائل در سرزمینهای اشغالی فلسطین» (از این پس «نظریه دیوار») در سال ۲۰۰۴ بود که گرچه لحن نظریه در بخش اجرایی خود،^{۲۸} نوعی الزام را به همراه داشت، اما اسرائیل با عدم پذیرش و توجه به نتایج و جو ناشی از صدور نظریه، به رغم کیفیت بالای نظریه مزبور،^{۲۹} به نوعی آن را با ناکامی مواجه ساخت و از تأثیرگذاری آن کاست.^{۳۰}

با صدور نظریه مشورتی کوزوو نیز این بحث به میان می‌آید که آیا دیوان در ارتقاء کیفیت نظرات خود دچار ضعف شده است و آورده دیوان در این زمینه چه آثاری را برای نظم حقوقی بین‌المللی به همراه خواهد داشت.

مبحث دوم: «نظریه مشورتی کوزوو»

دیوان بین‌المللی دادگستری در تاریخ ۲۲ ژوئیه ۲۰۱۰ نظریه مشورتی خود را در خصوص نظریه مشورتی کوزوو صادر نمود.^{۳۱} این بیست و پنجمین نظریه مشورتی است که دیوان از سال ۱۹۴۶

خود امتناع می‌ورزید ولی نظریه مشورتی دیوان به زعم غیرالزامی بودن آن باعث شد که کشورهای مذکور هزینه‌های نیروهای حافظ صلح را جزء هزینه‌های عادی سازمان محسوب کنند و سهمیه خود را بپردازند. نک: رضا موسی‌زاده، سازمانهای بین‌المللی، میزان، چاپ چهارم، ۱۳۸۶، صص ۱۶۱-۱۶۰.

28. "Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory", Advisory Opinion, *I.C.J. Reports* 2004 (I), (hereinafter Wall Advisory Opinion), para. 163 (Sections, C, D, E).

در بخش چهارم از بند ۱۶۳ نظریه راجع به دیوار، دیوان بیان می‌دارد: «همه دولتها تعهد به عدم شناسایی وضعیت غیرقانونی ساخت دیوار را دارند و همچنین متعهد به عدم مساعدت و کمک در حفظ وضعیت ایجادشده ناشی از ساخت دیوار هستند...»

^{۲۹} با این وجود، برخی حقوقدانان در خصوص این نظریه معتقدند که دیوان در رعایت برخی نکات مرتکب اشتباه است. در نظریه راجع به دیوار، «دیوان بر اساس کنوانسیون چهارم ژنو ۱۹۴۹ تعهدات اسرائیل را در سرزمین اشغالی محدود کرده است. ماده ۶ کنوانسیون مزبور بعد از گذشت یک سال از درگیری مسلحانه و در صورت ادامه وضعیت اشغال از تعهدات دولت اشغال‌گر می‌کاهد و این مقرر را در خصوص اسرائیل نیز اعمال می‌کند. در صورتی که وضعیت درگیری همچنان در سرزمینهای اشغالی وجود داشت و ماده مزبور قابل تسری به اسرائیل نبود.» نک: جمشید ممتاز، «دیوان بین‌المللی دادگستری: فرجام سخن»، در نقش دیوان بین‌المللی دادگستری در تداوم و توسعه حقوق بین‌الملل (مجموعه مقالات)، پیشین، ص ۲۳۵.

^{۳۰} برای مطالعه مؤثر بودن نظرات مشورتی در رویه دیوان و دلایل مرتبط با آنها، نک:

Leo Gross, "The International Court of Justice, and the United Nations", *Recueil des cours*, Vol. 120 (1967-I), pp. 405-421.

31. The Advisory Opinion Available at: <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15987.pdf> (Visited: 20

تاکنون صادر کرده است. در نگاه اول به نظریه مذکور، آنچه که موجب تعجب می‌شود، شمار صفحاتی است که استدلال‌های دیوان را در خصوص مسأله مهم و حساسی چون اعلام استقلال و مباحثی چون جدایی‌طلبی، شناسایی و آثار آنها در حقوق بین‌الملل در بر می‌گیرد. در واقع، قضات ۱۵ نفره حاضر در دیوان در ۴۵ صفحه که البته استدلال‌ات اصلی آن کمتر از این بوده است، دست به صدور نظریه مشورتی زده‌اند که با توجه به رویه سابق دیوان در خصوص نظریاتی چون «نظریه سلاح‌های هسته‌ای» در سال ۱۹۹۶ و «نظریه دیوار» در سال ۲۰۰۴ برای یک حقوقدان بین‌المللی مایه تعجب و حیرت است. با این حال زمانی که به بحث‌هایی چون احراز صلاحیت، صلاحدید و ماهیت اصلی نظریه در خصوص اعلام نظر در خصوص مسأله صدور اعلامیه استقلال کوزوو وارد می‌شویم، شگفتی‌مان در خصوص ارائه نظریه مشورتی دو چندان می‌شود.

دیوان در بخش اجرایی نظریه^{۳۲} با ۱۰ رأی در مقابل ۴ رأی چنین اظهار داشت که صدور اعلامیه استقلال در تاریخ ۱۷ فوریه ۲۰۰۸ حقوق بین‌الملل را نقض نکرده است. در نتیجه، پذیرش آن اعلامیه ناقض هیچ‌یک از قواعد قابل اعمال حقوق بین‌الملل به شمار نمی‌آید. از همین رو، نتیجه حاصل از نظریه مزبور موجب شگفتی بسیاری از حقوقدانان شده است.

یکی از حقوقدانان با نگاهی طنزآلود یافته دیوان را مورد انتقاد قرار می‌دهد و اظهار می‌دارد: «اگر من در اتاق نشیمن خود بایستم و آن را یک دولت مستقل اعلام کنم، در این حالت، من هیچ‌یک از قواعد حقوق بین‌الملل را نقض نکرده‌ام. حتی اگر این اعلامیه را از طریق رسانه‌ای به اطلاع جهانیان برسانم، هنوز عمل من غیرقانونی تلقی نمی‌شود. در واقع، این عمل هیچ اثر حقوقی نداشته است.»^{۳۳}

جالب این که الگوی انتقاد طنزگونه بالا از نحوه بیان پروفیسور «جیمز کرافورد»، نماینده بریتانیا، در محضر دیوان ابراز شد. یکی از حقوقدانان که در جلسه استماع بیانات دولت بریتانیا در کاخ صلح لاهه حضور داشته چنین گفته است:

«به یاد دارم جیمز کرافورد به نمایندگی از انگلیس در آخرین جلسه استماع پرونده در حین ارائه سخنرانی خود در برابر قضات، به ناگاه سکوتی کرد. آنگاه با لحنی خاص گفت: «من جیمز کرافورد از اهالی استرالیای جنوبی، هم اینک رسماً در پیشگاه این دادگاه، استرالیای جنوبی را مستقل اعلام می‌کنم». آنگاه سکوت دیگری کرد و بعد ادامه داد: از قضات می‌پرسم، با این اعلام استقلال، کدام قاعده حقوق بین‌الملل نقض شد؟ مگر در حقوق بین‌الملل قاعده‌ای مبنی بر ممنوعیت صدور اعلامیه‌های استقلال توسط افرادی که خود را نماینده مردمی می‌دانند وجود دارد؟ همین امر در مورد اعلامیه استقلال کوزوو نیز صادق است. دیوان همین استدلال را دستمایه اصلی رأی خود قرار داد و از ورود به مباحث محتوایی و پردامنه پرهیز کرد. [در واقع،]

August 2010)
32. dispositife

33. John Cerone, "The World Court's Non-Opinion", Available at: <http://opiniojuris.org/2010/07/25/the-world-court's-non-opinion/trackback/> (Visited: 20 August 2010)

دیوان خود را محدود به مضیق‌ترین تفسیر از سؤال مجمع عمومی نمود و بعد اعلام کرد که در حقوق بین‌الملل به طور اعم و در قطعنامه ۱۲۴۴ شورای امنیت^{۳۴} به عنوان قاعده خاص (lex specialis) چیزی صدور اعلامیه استقلال را از سوی کسانی که خود را نمایندگان مردم کوزوو خوانده‌اند، ممنوع نساخته است.^{۳۵}

به هر حال، گرچه پاسخ گفتن به سؤال مجمع عمومی در این خصوص مستلزم بررسی عمیق و همه‌جانبه موضوع بود، اما بر خلاف این تصور، به نظر می‌رسد که دیوان بین‌المللی دادگستری به عنوان رکن اصلی ملل متحد در انجام وظیفه قضایی خود، با صدور نظریه‌ای کوتاه و استدلالاتی بحث‌برانگیز، در برخی حوزه‌های حقوق بین‌الملل مانند احترام به اصل حاکمیت دولتها به قهقرا رفته و حریم توجه به این مؤلفه اصلی حقوق بین‌الملل را به خوبی پاس نداشته است.

با این حال، گرچه بتوان وصف «سهل و ممتنع» را در خصوص نظرات مشورتی دیوان و آثار حقوقی آنها در ایجاد پرتوی جهت حل غیرمستقیم اختلاف یا وضعیت به وجود آمده در نظر گرفت، اما در خصوص نظریه حاضر، به نظر نمی‌رسد نظریه مشورتی واجد حتی وصف مشورتی بوده و ممکن است در بروز اختلافات آتی در عرصه روابط بین‌الملل دستاویزی جهت ادعاهای نامشروعی از این دست باشد.

مبحث سوم: توجه به مباحث صلاحیت^{۳۶} و صلاحدید^{۳۷}

احراز صلاحیت از سوی محاکم و دیوانهای بین‌المللی اصلی است که به نحو عام در حقوق بین‌الملل مورد پذیرش قرار گرفته است.^{۳۸} به عبارت بهتر، هر محکمه بین‌المللی محق است تا در خصوص صلاحیت رسیدگی خود در چارچوب مبانی مربوط در این خصوص اظهارنظر نماید. بنابراین دیوان بین‌المللی دادگستری نیز در این خصوص از صلاحیت احراز صلاحیت خویش برخوردار بوده و در نظریه حاضر نیز صلاحیت خود را به اتفاق آراء احراز می‌نماید.^{۳۹} ضمن این که دیوان در زمینه وجود صلاحدید در خصوص صدور نظریه مشورتی، جستجویی را برای یافتن دلایل قانع‌کننده جهت امتناع از صدور نظریه نیافت و از این رو صلاحدید خویش را نیز اعلام نمود.

34. The Resolution Available at: <http://www.nato.int/kosovo/docu/u990610a.htm> (Visited: 20 August 2010)

35. <http://behzadsaberi.blogfa.com/post-118.aspx> (Visited: 20 August 2010)

36. jurisdiction

37. discretion

^{۳۸} برای مطالعه تاریخچه‌ای مختصر و مفید از این اصل (Kompetenz-Kompetenz)، نک:

James Crawford, "Continuity and Discontinuity in International Dispute Settlement: An Inaugural Lecture", *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 1, 2009, pp. 15-20.

39. "Accordance with International Law of Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo", Advisory Opinion, *I.C.J. Reports* 2010, (hereinafter, Kosovo Advisory Opinion) p. 43, para. 123; pp 11-13, paras. 18-28.

در واقع، دیوان با تکیه بر منشور ملل متحد و اساسنامه خود^{۴۰} و با استناد به رویه قضایی خویش از جمله نظریات مهمی چون «سلاحهای هسته‌ای» و «دیوار» به موضوعاتی که به هنگام ارائه لوایح کتبی و استماعات شفاهی دولتهای شرکت‌کننده در جریان صدور نظریه مزبور مطرح شده بود، پاسخ گفت.^{۴۱} به طور کلی، دلایل مخدوش‌کننده صلاحیت دیوان از منظر برخی دولتها و پاسخ دیوان در این مبحث بازگو خواهد شد.

برخی از دولتهای حاضر در فرآیند رسیدگی مدعی بودند، از آن جایی که موضوع کوزوو از سال ۱۹۹۹ تاکنون تحت نظر شورای امنیت بوده، لذا مطابق بند اول ماده ۱۲ منشور ملل متحد، مجمع عمومی حق ورود به مسأله مزبور را ندارد. دیوان در این خصوص اظهار می‌دارد که مقررره فوق‌الذکر به خودی خود مانعی جهت ارائه نظریه مشورتی به درخواست مجمع عمومی نمی‌باشد.^{۴۲} در این زمینه دیوان فرازی از نظریه دیوار را ذکر می‌کند: «درخواست نظریه مشورتی به خودی خود، از سوی مجمع عمومی به عنوان یک توصیه انجام شده در خصوص یک اختلاف یا وضعیت به شمار نمی‌آید».^{۴۳}

بحث دیگری که برخی دولتها به میان کشیده‌اند ماهیت پرسش مطروحه از سوی مجمع عمومی است. ایشان اعتقاد داشتند که حقوق بین‌الملل عمل صدور اعلامیه را تحت قاعده در نیاورده است، بلکه این موضوع مربوط به قوانین اساسی داخلی کشورهاست و از این رو، باید موضوع مذکور را اقدامی سیاسی تلقی نمود.^{۴۴} دیوان در این زمینه اظهار داشت که صرفاً به همخوانی صدور اعلامیه با حقوق بین‌الملل پرداخته و نیازی به تتبع در حقوق داخلی کشورها در این خصوص وجود ندارد. ضمن این که دیوان با استناد به رویه سابق خویش بیان می‌دارد که جنبه سیاسی پرسش مطروحه موجبی برای نپرداختن به وجه حقوقی سؤال نمی‌شود.^{۴۵}

^{۴۰} بر اساس بند دوم ماده ۹۶ منشور ملل متحد و بند اول ماده ۶۵ اساسنامه دیوان، سه شرط جهت احراز صلاحیت دیوان در خصوص نظریه مشورتی وجود دارد: ۱- رکن یا نهاد درخواست‌کننده اجازه درخواست نظریه مشورتی را داشته باشد؛ ۲- مسأله مطروحه، پرسشی حقوقی باشد؛ ۳- پرسش مطروحه داخل در قلمرو ارگان درخواست‌کننده سؤال باشد.

^{۴۱} برای مشاهده اهم مطالب ذکر شده از سوی دولتها در لوایح کتبی و استماعات، نک: «مشروعیت اعلام استقلال کوزوو از دیدگاه حقوق بین‌الملل: ارزیابی استدلالات موافقان و مخالفان در دیوان بین‌المللی دادگستری»، گروه پژوهش مؤسسه حقوق بین‌الملل پارس، قابل دسترسی در تارنمای مؤسسه به نشانی: <http://internationallaw.blogfa.com/post-539.aspx> (Visited: 20 August 2010)

همچنین برای مشاهده لوایح کتبی و استماعات دولتهای شرکت‌کننده در رسیدگی به سایت دیوان، نک: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=21&case=141&code=kos&p3=4> (Visited: 20 August 2010)

^{۴۲} *Ibid*, para. 24.

^{۴۳} Wall Advisory Opinion, p. 148, para. 25.

^{۴۴} Kosovo Advisory Opinion, para. 26.

^{۴۵} “Application for Review of Judgement No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal”, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports 1973*, p. 172, para. 14; “Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons”, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports 1996* (I) (hereinafter, Nuclear Weapons Advisory Opinion) p. 234, para. 13.

البته در این خصوص، برخی حقوقدانان معتقدند که در جایی که پرسش مطروحه از سوی مجمع عمومی دارای رنگ و بوی غالب سیاسی است، به رغم وجود جنبه حقوقی پرسش، دیوان باید از ارائه نظریه مشورتی امتناع ورزد. به همین دلیل اعتقاد بر این است که دیوان در مواجهه با درخواست نظریه مشورتی از سوی مجمع عمومی، در تن دادن به ارائه نظریه مشورتی باید بسیار احتیاط کند.^{۴۶} با توجه به صدور برخی نظرات مشورتی از سوی دیوان که حساسیت سیاسی بالایی داشتند، به نظر می‌رسد که مطلب مزبور تا حدی درست می‌باشد. دیوان بین‌المللی دادگستری رکن اصلی قضایی ملل متحد است و از این رو، همواره بر آن بوده تا به عنوان یکی از ارکان ملل متحد، در خصوص انجام وظایف این سازمان مشارکت داشته باشد. این بحث از سوی دیوان، بیشتر در زمینه صلاحدید در صدور نظرات مشورتی مطرح شده است.^{۴۷} به همین دلیل بوده که دیوان هیچ‌گاه از صدور نظریه مشورتی در طول حیات خود پرهیز نکرده است.^{۴۸} در نظریه جداگانه‌ای که قاضی «سپلودا آمور» به نظریه حاضر منضم کرده است، این عدم پرهیز دیوان را موجب «ارتقاء قطعیت حقوقی، تضمین قابلیت پیش‌بینی و سازگاری» در رویه دیوان قلمداد کرده است.^{۴۹}

اما زمانی که با نظرات مشورتی مشابه نظریه کوزوو می‌رسیم، گاه این احساس غلبه پیدا می‌کند که بهتر است دیوان در جایی که پاسخ به سؤال مجمع عمومی دارای آثار سیاسی و حقوقی مضری به حال جامعه بین‌المللی دارد، یا از پاسخ بدانها به دلایل صلاحیتی و صلاحدید امتناع نماید^{۵۰} یا پاسخ خویش را در جهتی ارائه نماید که نفع تمامی دولت‌های جهان را که عضو ملل

⁴⁶ A. Aust, *op. cit.*, pp. 145-147.

⁴⁷ See, for example, "Nuclear Weapons Advisory Opinion", paras. 13-19; "Wall Advisory Opinion", para. 44; "Kosovo Advisory Opinion", paras. 29-30.

⁴⁸ همانطور که گفته شد در سال ۱۹۹۶ درخواست نظریه مشورتی از سوی سازمان جهانی بهداشت در خصوص «مشروعیت تهدید یا کاربرد سلاح‌های هسته‌ای در مخاصمات مسلحانه از سوی یک دولت» از سوی دیوان رد شد. دیوان اظهار داشت مشروعیت چنین اقداماتی در قلمرو فعالیت‌های اساسنامه سازمان مزبور قرار نمی‌گیرد.

⁴⁹ Separate Opinion of Judge Sepulveda-Amor, p. 2, para. 4. Available at: <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15997.pdf> (Visited: 20 August 2010)

⁵⁰ در واقع، بهتر است تا برخی مسائل از طرق سیاسی حل و فصل شوند. به همین دلیل برخی صاحب‌نظران معتقدند که هر اختلاف بین‌المللی جنبه سیاسی نیز دارد. به همین جهت گفته‌اند که از «منظر سیاسی، هر اختلاف را می‌توان از سه جنبه اجتماعی، موضوعی و زمانی مورد بررسی قرار داد. جنبه اجتماعی در ارتباط با این مسأله است که یک اختلاف در چه مکانی اتفاق افتاده و رقبای اصلی این اختلاف چه کسانی هستند. جنبه موضوعی به این مسأله می‌پردازد که اختلاف راجع به چیست و موضوع اصلی اختلاف را شناسایی می‌کند. جنبه زمانی نیز به این موضوع مربوط می‌شود که چه زمانی یک اختلاف حادث می‌شود، تا چه زمانی به طول انجامیده و چه موقعی به پایان می‌رسد. همه این جنبه‌ها و ابعاد در هر اختلاف بین‌المللی حضور داشته و می‌تواند بر کارآمدی و تأثیر ابزارهای حل و فصل اختلاف تأثیر بسزایی داشته باشند.» برای مطالعه بیشتر، نک:

J.G. Merrills, *International Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 4th ed., 2005, pp. 311-

متحد هستند، تأمین نماید. زیرا همواره حائز اهمیت است که دیوان نظریه متوازی را با توجه به زمینه‌های بروز مسأله یا وضعیت مربوط صادر کند به خصوص در جایی که اختلافی میان دولتها بروز یافته که دیوان در یک وضعیت به مفهوم ارجاع به همه مسائل حقوقی قرار گرفته است.^{۵۱} هر چند که کار ویژه دیوان مانند هر محکمه بین‌المللی یا داخلی، پایبندی به عدالت است،^{۵۲} اما نباید هدف اصلی منشور را از نظر دور داشت که همان «حفظ صلح و امنیت بین‌المللی» است و اصولاً سازمان ملل برای دوری از بلای جنگ نسل آتی بشر تأسیس شده است.^{۵۳} البته بحث در خصوص رابطه تأمین عدالت و حفظ صلح و امنیت بین‌المللی خود بحث مبسوطی است که مجال طرح مفصل آن در این مقال نیست.^{۵۴}

در عین حال، برخی از دولتها بر این عقیده بودند که از آنجایی که لحن قطعنامه مجمع عمومی در خصوص سؤال مطروحه مبتنی بر بیانات کشور خاصی (صربستان) است و پاسخ دیوان بیشتر کمکی است در جهت مقاصد کشور مزبور، در نتیجه دیوان خود را مشغول پاسخ به سؤالی سیاسی نموده^{۵۵} که خارج از حوزه فعالیت‌های نهاد یا ارگان درخواست‌کننده نیز هست. بنابراین،

315.

51. Malcolm Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, 6th ed., 2008, p. 1112.

52. مقدمه منشور ملل متحد: «... متحد ساختن قوای خود برای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی...» و بند اول ماده اول منشور در بیان اصول منشور بیان می‌دارد: «حفظ صلح و امنیت بین‌المللی... با شیوه‌های مسالمت‌آمیز و مطابق اصول عدالت و حقوق بین‌الملل».

53. مقدمه منشور ملل متحد: «ما مردم ملل متحد برای حفظ نسل‌های آینده از بلای جنگ که دو بار در عصر ما، بشر را به مصیبتی غیر قابل بیان دچار کرده است...».

54. برخی حقوقدانان حفظ صلح و امنیت بین‌المللی را مرجع بر عدالت قلمداد می‌نمایند که در روزگار معاصر روابط بین‌المللی، نویسنده نیز در چنین دیدگاهی سهیم است. نک: سیدعلی آزمایش، «حقوق بین‌المللی کیفری»، *جزوه کارشناسی ارشد*، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبایی، سال تحصیلی ۱۳۸۸-۱۳۸۷. برای مطالعه بیشتر درباره نقش عدالت در حقوق بین‌الملل، نک: «حقوق بین‌الملل و اندیشه عدالت»، ترجمه اردشیر امیرارجمند، *مجله تحقیقات حقوقی*، ۱۳۷۲، ش ۱۲-۱۱، صص ۴۴۷-۴۳۹. برای مثال در رابطه با نقش دوگانه شورای امنیت در قبال حفظ صلح و امنیت بین‌المللی (فصل هفتم منشور) و حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات بین‌المللی (فصل ششم منشور) که در مورد اول حفظ صلح و در مورد دوم ضمن حفظ صلح تأمین عدالت بین‌المللی در حل اختلافات مد نظر قرار گرفته است. برای مطالعه بیشتر، نک: فریده شایگان، *شورای امنیت سازمان ملل متحد و مفهوم صلح و امنیت بین‌المللی*، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۰، صص ۲۸-۲۵.55. سؤال یا مجادله‌ای سیاسی بدین معناست که این مسائل تنها از طریق مذاکرات طولانی‌مدت و سخت و نه از طریق صدور نظریه مشورتی، قابل حل و فصل شدن هستند. ضمن اینکه این دسته مسائل، مانند کاربرد سلاح‌های هسته‌ای یا مسأله اشغال فلسطین و مسأله ناشی از نظریه اخیر یعنی جدا شدن و استقلال طلبی در طولانی مدت مطرح بوده‌اند. نک: A. Aust, *op. cit.*, p. 131.

نظریه مشورتی اثر مفیدی و سودمندی برای مجمع عمومی نخواهد داشت.^{۵۶} این بحث، تقریباً بخشی از آن دسته استدلالاتی است که رویه دیوان در زمینه نظرات مشورتی، دولتهای مخالف صدور نظریه مشورتی به طرح آن در محضر دیوان اقدام می‌نمایند. به همین دلیل، دیوان ضمن یادآوری رویه خویش در نظریه‌های هسته‌ای معتقد است که «این موضوع به دیوان ارتباطی پیدا نمی‌کند که آیا سؤال مطروحه از سوی دیوان در راستای انجام وظایف نهاد مزبور می‌باشد یا خیر. مجمع عمومی این حق را داراست تا در خصوص مفید فایده بودن یک نظریه در پرتو نیازهای خویش تصمیم‌گیری نماید.»^{۵۷} بنابراین، دیوان نمی‌تواند مشخص کند که مجمع عمومی پس از دریافت نظریه مشورتی، چه اقداماتی را انجام خواهد داد یا نظریه چه اثری بر اقدامات بعدی مجمع عمومی خواهد گذارد.^{۵۸}

از جمله استدلال‌های تکراری دولتهای مخالف صدور نظریه مشورتی، اشاره به اوضاع و احوال جاری در خصوص موضوع مرتبط با نظریه مشورتی مزبور است. از این رو، در قضیه حاضر، برخی از دولتها معتقد بودند که صدور نظریه مشورتی از سوی دیوان ممکن است منجر به بروز تبعات منفی در این خصوص شود که دیوان صراحتاً چنین امری را مانع صدور نظریه مشورتی در این زمینه قلمداد نمی‌کند. دلیل آن نیز فقدان معیار مشخصی (Evident Criteria) است که بر اساس آن بتوان ارزیابی خاصی را بر دیگری ترجیح داد.^{۵۹} البته این استدلال دیوان این شائبه را به ذهن می‌رساند که آیا دیوان با یافتن چنین معیاری، دلیل قانع‌کننده‌ای (Compelling Reasons) را برای فقدان صلاحدید خویش در عدم ارائه نظریه مشورتی ارائه کرده است؟

به هر حال، به نظر می‌رسد که این معیار را صرفاً باید در درون هر قضیه و به فراخور اوضاع و احوال آن جستجو نمود و مرجع نهایی ذیصلاح نیز در این خصوص نه نهادهای دیگر سازمان ملل، بلکه خود دیوان می‌باشد. در فرض وجود معیاری که آورده نهادهای یا محاکم بین‌المللی دیگر یا حتی داخلی بوده و در نتیجه، دیوان را جهت عدم ارائه نظریه مشورتی مجاب نماید، باز این دیوان خواهد بود که مهر تأیید یا عدم تأیید نهایی را بر آن خواهد زد.

نکته‌ای که در خصوص «دلایل قانع‌کننده» باید بیان نمود این است که قلمرو و معنای این دلایل به طور کامل مشخص نیست. موضوعی که از سوی قاضی «بنونا» نیز مورد انتقاد گرفته است.^{۶۰} در این خصوص، قاضی «ترینداد» در نظریه جداگانه خویش در نظریه مشورتی کوزوو، مواردی که در رویه دیوان از سوی دولتهای شرکت‌کننده در جریان رسیدگی به عنوان دلیلی قانع‌کننده جهت امتناع از صدور نظریه مشورتی ابراز شده‌اند را چنین بر می‌شمارد: ۱- اصولاً مسأله‌ای در قلمرو صلاحیت داخلی یک دولت قرار دارد. (بند هفتم از ماده ۲ منشور) ۲- هدف سؤال مطروحه بیشتر در انطباق با منافع خود دولتهای حامی سؤال بوده تا ارگان درخواست‌کننده

56. "Kosovo Advisory Opinion", paras. 32-34.

57. "Nuclear Weapons Advisory Opinion", para. 16.

58. "Kosovo Advisory Opinion", para. 44.

59. *Ibid*, para. 35.

60. Dissenting Opinion of Judge Bennouna, p. 2, para. 5.

مشورت. ۳- نظر مشورتی فاقد هر گونه سودمندی و فایده برای ارگان درخواست کننده است. ۴- صدور نظریه از سوی دیوان اثر معکوسی بر روند صلح و امنیت بین‌المللی یا منطقه‌ای بر جای می‌گذارد. ۵- دولت یا دولتهایی که صدور نظریه و آثار ناشی از آن مستقیماً با منافع آنها ارتباط پیدا می‌کند، در خصوص صدور نظریه ابراز رضایت نکرده‌اند. ۶- به لحاظ سیاسی بهتر است که دیوان نظریه مشورتی را صادر نکند.^{۶۱}

با این حال این ادله نیز تمثیلی هستند و چه بسا دلایل دیگری در قضایای بعدی مطرح شوند. از این رو، با توجه به ارزیابی ماهیت صادرکنندگان اعلامیه و مباحث صلاح‌دید، بحثی که در این باره مطرح شده است، «آزادی انتخاب»^{۶۲} زمینه‌هایی است که دیوان مطابق آنها به ارزیابی ادله ارائه شده در آراء ترافعی و نظرات مشورتی می‌پردازد و به طور کلی آزاد است که در دستیابی به نتیجه اقدام کند. این بحث با دو موضوع متفاوت ارتباط پیدا می‌کند. اول این که به عنوان یک اصل حقوقی، «دادگاه عالم به حقوق است»^{۶۳} و این بدان معناست که قانون دادگاه از سوی طرفین به اثبات نمی‌رسد و از طرفی، دادگاه به مبانی و شیوه‌های استدلال اصحاب دعوا محدود نیست.^{۶۴}

در قضیه صلاحیت ماهیگیران دیوان اظهار داشته است: «دیوان به عنوان یک رکن قضایی بین‌المللی ملزم است که به حقوق بین‌الملل توجه قضایی داشته باشد. از این رو، باید به ابتکار خویش تمامی قواعد بین‌المللی را که به حل و فصل اختلاف مرتبط می‌باشد، مورد بررسی قرار دهد. وظیفه دادگاه است که حقوق مرتبط با شرایط قضیه را تعیین نماید. بار احراز و اثبات حقوق بین‌الملل را نمی‌توان به دوش هیچ‌یک از طرفین گذارد، زیرا حقوق در علم قضایی دیوان نهفته است.»^{۶۵} در رأی سکوهای نفتی نیز دیوان، به تعیین تقدم پرداختن به هر یک از ادعاهای ایران و ایالات متحد آمریکا پرداخت و با این که ایران مبنای دعوای خود را نقض آزادی تجارت مقرر در بند اول ماده ۱۰ عهدنامه مودت ۱۹۵۵ قرار داده بود، به دلیل استناد آمریکا به موضوع «منافع اساسی امنیتی» (Essential Security Interests) به مبحث حقوق توسل به زور نیز وارد شد.^{۶۶} این در حالی است که مطابق اصل کلی دیگری، دادگاه از اظهار نظر قضایی بیش از خواسته طرفین منع شده است.^{۶۷} اصلی که در رأی موسوم به «پناهندگی» از آغاز مورد تأیید دیوان قرار گرفته بود: «دیوان نه تنها وظیفه دارد که به مسائل مندرج در لوایح اطراف دعوا پاسخ بگوید، بلکه باید از

⁶¹. Separate Opinion of Judge Trindade, p. 6, para. 13.

⁶². Freedom to Select the Ground

⁶³. *jura novit curia*

⁶⁴. سیدحسین سادات میدانی، «ادله اثبات دعوا در قضیه سکوهای نفتی»، در رأی دیوان بین‌المللی دادگستری

در قضیه سکوهای نفتی (مجموعه مقالات)، مرکز پژوهشهای مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۴، ص ۱۴۸؛

همچنین، نک: سیدحسین سادات میدانی، ادله اثبات دعوا، انتشارات جنگل، ۱۳۸۸.

⁶⁵. Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland, Federal Republic of Germany v. Iceland), *I.C.J. Reports* 1974, par. 17.

⁶⁶. Oil Platforms Case (Iran v. United States of America) (Merits), 2003, p. 182, para. 41.

⁶⁷. *non ultra petita*

تصمیم در قبال نکاتی که در لوایح طرفین نیامده، خودداری ورزد.^{۶۸} با این حال تفاوتی که در آزادی انتخاب و اصل منع اظهار قضایی بیش از خواسته دعوا وجود دارد این است که محدوده منع اظهار نظر مشخص بوده و از اظهارات طرفین قابل برداشت است. اما آزادی انتخاب به خودی خود مفهومی است که مفهوم منسجمی نداشته و باید در رویه دیوان آن را جستجو نمود. در نتیجه محصول بررسی مورد به مورد رویه قضایی دیوان می‌باشد.^{۶۹} البته عدم تعیین رهیافت مشخص دیوان در خصوص آزادی انتخاب زمینه‌های تصمیم صادره و بررسی ادله منجر به ناتوانی اطراف اختلاف در آراء توافقی یا نهاد درخواست‌کننده نظریه مشورتی در قابلیت پیش‌بینی واکنش‌های دیوان می‌شود و این موضوع منجر به تهدید انسجام رویه قضایی دیوان خواهد شد.^{۷۰}

دیوان در نظرات مشورتی بر خلاف آراء توافقی که در آنها با مسائل حاکمیت و حقوق حاکمیتی از جمله رضایت مواجه است، صرفاً نظریه‌ای حقوقی را از یک سو، جهت مساعدت به ارگان درخواست‌کننده و از سوی دیگر، به منظور مشارکت در اشتغالات سازمان ملل به عنوان رکن اصلی قضایی ملل متحد صادر می‌نماید و از آن جایی که با مسائلی چون رضایت دولتها مواجه نیست، قادر است تا با فراغ بال بیشتری سؤال مورد درخواست را بررسی کند. با این حال، این موضوع مجوزی جهت تغییر سؤال نهاد درخواست‌کننده سؤال و رسیدن به آنچه که دیوان تصور می‌کند، نیست. چنان که از جمله اشتباهات نظریه مشورتی کوزوو، پرداختن به پیش فرض مجمع عمومی در خصوص ماهیت صادرکنندگان اعلامیه استقلال است. بحث بیشتر در این باره را به سطور بعدی وا می‌گذاریم.

بحث مهم دیگری که برخی دولتها مطرح نموده‌اند، وجود اقدامات موازی در شورای امنیت و مجمع عمومی در خصوص یک وضعیت است. مطابق بند اول ماده دوازدهم منشور ملل متحد، «تا هنگامی که شورای امنیت در مورد هر اختلاف یا وضعیت، در حال انجام وظیفی است که در این منشور بدان محول شده، مجمع عمومی نمی‌تواند در مورد آن اختلاف یا وضعیت هیچ‌گونه توصیه‌ای انجام دهد مگر این که شورای امنیت چنین تقاضایی بنماید.» به همین دلیل در ماده ۲۴ منشور «... اعضای ملل متحد مسؤولیت حفظ صلح و امنیت بین‌المللی را به شورای امنیت واگذار می‌نمایند...» دیوان در این خصوص اذعان می‌نماید که در طول زمان، از سوی هر دو نهاد مزبور جهت بررسی موازی موضوعات مربوط به صلح و امنیت بین‌المللی تمایل بسیاری وجود داشته است و در ادامه به درستی اشاره می‌کند که در حالی که شورای امنیت متمرکز بر مسائل مربوط به حفظ صلح و امنیت بین‌المللی است اما مجمع عمومی پهنه وسیع‌تری در خصوص بررسی

68. Asylum Case (Colombia v. Peru), *I.C.J Reports* 1950, p. 402.

69. Alexander Orakhelshvili, "The International Court and Its Freedom to Select the Ground Upon which it will Base its Judgment", *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 56, 2007, p. 178.

70. *Ibid*, pp. 183-184.

مسائلی است که دارای جنبه‌های بشردوستانه، اجتماعی و اقتصادی است.^{۷۱} به همین دلیل با بررسی وضعیت کوزوو از سوی شورای امنیت و مجمع عمومی به این نتیجه می‌رسد که گرچه شورای امنیت بیشتر از مجمع عمومی وضعیت کوزوو را در دستور کار قرار داده و طی قطعنامه ۱۲۴۴ در سال ۱۹۹۹ ترتیباتی را برای اداره موقت آن فراهم آورده است، اما مجمع عمومی نیز قبل و بعد از صدور قطعنامه ۱۲۴۴ شورای امنیت، به موضوع کوزوو از منظر بررسی وضعیت حقوق بشر و تصویب بودجه‌های مرتبط با اداره موقت کوزوو پرداخته است^{۷۲} و دیوان به این نتیجه می‌رسد که مجمع وظایف خود را در خصوص وضعیت کوزوو انجام داده است.^{۷۳}

از طرفی، ماده ۲۴ شورای امنیت را مسؤول اولیه حفظ صلح و امنیت بین‌المللی قلمداد نموده و مسؤولیت انحصاری را در این زمینه برای شورا قائل نشده است. در ضمن ماده ۱۲ منشور، مجمع عمومی را از انجام توصیه به هنگام بررسی موازی موضوع در شورای امنیت منع کرده و این امر با درخواست نظریه مشورتی از سوی مجمع منافاتی ندارد^{۷۴} و دیوان به درستی اشاره می‌کند، در جایی که مجمع عمومی منفعت مشروعی (Legitimate Interest) در پاسخ به سؤال مطرح شده دارد، این حقیقت که پاسخ دیوان ممکن است به بررسی و تبیین تصمیمی از شورای امنیت بپردازد، مانع از این نمی‌گردد که دیوان را از صدور نظریه مشورتی خودداری کند، زیرا گاهی درخواست مجمع عمومی به نحوی است که مستلزم تفسیر شماری از قطعنامه‌ها و تصمیمات شورای امنیت می‌باشد.^{۷۵}

نکته‌ای که باید در این جا بدان اشاره داشت، همپوشانی برخی موضوعات در احراز صلاحیت و صلاحدید است. همانطور که پیشتر گفته شد، مبانی قانونی صلاحیت در صدور نظریه مشورتی، بند دوم ماده ۹۶ منشور ملل متحد و بند اول ماده ۶۵ اساسنامه دیوان می‌باشند. در عین حال، صدر بند اول ماده ۶۵ اساسنامه دیوان مربوط به بحث صلاحدید دیوان است. این مقرر اشعار می‌دارد: «دیوان می‌تواند در خصوص مسائل حقوقی نظریه مشورتی صادر کند.»^{۷۶} در واقع، اختیار صدور یا عدم صدور نظریه مشورتی یا صلاحدید از واژه «می‌تواند» قابل برداشت است که حوزه بررسی مسائل صلاحیتی و صلاحیدی را در یک ماده جمع کرده و موجب شده تا دیوان در هر دو

71. "Kosovo Advisory Opinion", para. 41.

72. *Ibid*, paras. 38-39.

73. *Ibid*, para. 46.

قاضی «آمور» یک گام فراتر نهاده و معتقد است که مجمع عمومی نه تنها در قضیه حاضر باید احراز صلاحیت نماید بلکه در خصوص وضعیتهای ناشی از فصل هفتم منشور ملل متحد و مسؤولیتهای ناشی از حفظ صلح و امنیت بین‌المللی نیز مجمع عمومی وظیفه اعمال کارکرد مشورتی در زمینه مسائل حقوقی مطرح شده شبیه قضیه حاضر بر عهده دارد و این موضوع نیز دلیل قانع‌کننده‌ای در اجابت درخواست مجمع عمومی از سوی دیوان به شمار می‌آید. Separate Opinion of Judge Sepulveda-Amor, p. 1, paras. 2-3.

74. *Ibid*, paras. 40, 42.

75. *Ibid*, para. 47.

76. "The Court may give an advisory opinion on any legal question..."

حوزه مزبور به دنبال بررسی مسائلی تقریباً مشابه باشد. اصولاً در صلاحیت، دیوان مسائل شکلی ناشی از منشور و اساسنامه را مراعات می‌کند که شامل مجاز بودن رکن درخواست‌کننده و بررسی سند مؤسس آن در صدور نظریه مشورتی می‌باشد. اما حقوقی بودن سؤال مفهوم مخالف سیاسی بودن را در پی دارد که از این رو دیوان به بررسی مسائلی از این دست می‌پردازد و به نظر می‌رسد که دیوان گاه حوزه مباحث صلاحیتی و صلاحیدیدی را خلط کرده است. به عنوان مثال، در نظریه مشورتی کوزوو دیوان هم در بخش صلاحیتی و هم در بخش صلاحیدیدی به بررسی موضوع تقدم شورای امنیت در ورود به مسأله‌ای از مسائل مربوط به صلح و امنیت بین‌المللی و مانع موجود برای ورود مجمع عمومی در ماده ۱۲ منشور در این خصوص پرداخته است.^{۷۷}

از طرفی دیگر، مجادله برخی دولت‌ها در مورد سیاسی بودن پرسش مطروحه در دو بخش صلاحیتی و صلاحیدیدی نظریه کوزوو ملاحظه می‌شود.^{۷۸} به همین دلیل، به نظر می‌رسد که دیوان باید تفکیکی را در خصوص زمینه‌های بررسی موضوعات صلاحیتی و صلاحیدیدی اتخاذ نماید تا به نحوی مسائل شکلی ناشی از منشور و اسناد مؤسس آژانسهای مجاز به درخواست نظریه با مسائل ماهوی مانند سیاسی بودن پرسش دچار درهم آمیختگی نشوند.

همانطور که گفته شده، اعمال اصل صلاحیدید در نظرات مشورتی، در واقع، موضوع اصل «صحت عمل قضایی» (Propriety) قرار می‌گیرد.^{۷۹} به موجب این اصل دیوان باید از تمامت کارویژه قضایی خویش صیانت نماید. این در حالی است که به موجب اصل صحت عمل قضایی دیوان باید در اظهار نظر و تصمیم‌گیری نسبت به دعاوی و خواسته‌های اصحاب دعوا، منطبق با اصول و اهداف یک رکن قضایی عمل نماید و از اموری است که مرتبط با اعمال صلاحیت محسوب می‌شود.^{۸۰} بنابراین، مشاهده می‌کنیم که مدخل ورودی به مباحث صلاحیت و صلاحیدید، اصل صحت عمل قضایی است و رسیدگی به این امور در زمره شرایط شکلی قرار می‌گیرند.

اما به نظر می‌رسد با این که رسیدگی به صلاحیت و صلاحیدید از سوی دیوان امری شکلی محسوب می‌شود، اما باید در نظر داشت که توجه به مسائل صلاحیدیدی که به عنوان ایراد دولت‌های شرکت‌کننده در جریان رسیدگی به پرسش مورد درخواست مطرح می‌گردند، باید جدای از مسائل صرفاً شکلی مرتبط با صلاحیت مد نظر قرار گیرند. در واقع، اگر نتوان مسائل صلاحیدیدی را جزئی از مسائل ماهوی تلقی کرد، دست کم باید ماهیتی بینابین را برای آن در نظر

77. "Kosovo Advisory Opinion", paras. 24, 35-47.

78. *Ibid*, paras. 25, 32.

^{۷۹} قاضی «ترینداد» در نظریه مشورتی حاضر معتقد است که صلاحیت قضایی متفاوت از اصل صحت عمل

قضایی است. نک: "Separate Opinion of Judge Trindade", p. 6, para. 13.

^{۸۰} سیدباقر میرعباسی و سیدحسین سادات میدانی، پیشین، صص ۳۲۱ و ۳۳۵.

گرفت. به همین دلیل باید مرز میان مسائل صلاحیتی از صلاحیدیدی تفکیک شوند.^{۸۱}

مبحث چهارم: مفهوم و قلمرو پرسش مطروحه

اعلامیه استقلال کوزوو در ۱۷ فوریه ۲۰۰۸ صادر شد که پس از آن دولت صربستان شدیداً بدان اعتراض داشته و آن را فاقد هر گونه اثر حقوقی قلمداد نمود. صربستان با مطلع نمودن دبیرکل از موضوع به این امر اشاره داشت که اقدام مذکور از سوی صربستان و در قالب نظم حقوقی بین‌المللی نیز فاقد اثر حقوقی است.^{۸۲} پس از آن صربستان تشکیل جلسه فوری را از شورای امنیت در تاریخ ۱۸ فوریه ۲۰۰۸ درخواست نمود. رئیس‌جمهور صربستان یا شرکت در جلسه مزبور اعلام کرد که اعلامیه استقلال عملی غیرقانونی بوده و از سوی مجمع ملی صربستان باطل و بی‌اعتبار اعلام شده است.^{۸۳}

متعاقب این اقدامات، صربستان درخواستی را از مجمع عمومی سازمان ملل متحد جهت تقاضای صدور نظریه مشورتی از دیوان بین‌المللی دادگستری انجام داد. مجمع نیز در تاریخ ۸ اکتبر ۲۰۰۸ از دیوان سؤال خود را اینگونه مطرح می‌کند: «آیا اعلامیه یکجانبه استقلال از سوی نهادهای موقت خودمختار کوزوو با حقوق بین‌الملل همخوانی دارد؟»^{۸۴}

دیوان در بررسی مفهوم سؤال مطروحه بدین موضوع اشاره می‌کند که در نظرات مشورتی گذشته گاه پیش آمده که سؤال مطروحه به خوبی تنظیم نشده، در نتیجه دیوان به مسأله زبان سؤال مطروحه توجه کرده است^{۸۵} یا گاهی نیز اتفاق افتاده که در پی بررسی زمینه‌های طرح سؤال، دیوان تصمیم گرفته که سؤال مطروحه مسائل حقوقی مورد نظر را به طور واقعی منعکس نکرده است.^{۸۶} به همین دلیل دیوان اظهار می‌دارد: «در جایی که پرسش مطروحه غیرواضح و مبهم می‌باشد، دیوان پیش از پرداختن به نظریه، سؤال آن را تبیین کرده است.»^{۸۷}

^{۸۱} در این مورد باید گفت که در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری، آراء ترافی جنبه‌های مشابهی را مد نظر قرار می‌دهند. بررسی موضوع قابلیت استماع (Admissibility) موجب می‌گردد که اختلاف و یا سؤالی واجد شرایط ترافع قضایی باشد. قابلیت رسیدگی (Justiciability) نیز عبارت است از اینکه دیوان صرفاً صالح به رسیدگی به اختلافات حقوقی (و نه سیاسی) است. برای مطالعه بیشتر، نک: سیدباقر میرعباسی و سیدحسین سادات میدانی، پیشین، ص ۳۱۴؛ همچنین، نک:

E. Mc Whinney, "Judicial settlement of disputes: Jurisdiction and justiciability", *Recueil des cours*, Vol. 221 (1990), p. 173.

^{۸۲} S/PV.5839; Report of the Secretary-General on the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo, S/2008/211.

^{۸۳} S/PV.583.

^{۸۴} General Assembly resolution 63/3 of 8 October 2008. The General Assembly has formulated that question in these terms: "Is the unilateral declaration of independence by the Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo in accordance with international law?" For the text of Resolution, see: "Kosovo Advisory Opinion", para. 1.

^{۸۵} "Interpretation of the Greco-Turkish Agreement of 1 December 1926 (Final Protocol, Article IV)", Advisory Opinion, 1928, *P.C.I.J., Series B*, No. 16.

^{۸۶} "Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt", Advisory Opinion, *I.C.J. Reports* 1980, p. 89, para. 35.

^{۸۷} Application for Review of Judgement No. 273 of the United Nations Administrative Tribunal,

«کروما» در نظریه مخالف خود در این زمینه معتقد است که دیوان سؤال طرح شده از سوی مجمع عمومی را از نو صورت‌بندی کرده و آن را آنگونه که خود تصور نموده مطرح کرده و بر همین اساس بدان پاسخ داده است. در نتیجه دیوان سؤال را به نحوی صورت‌بندی نموده که صادرکنندگان اعلامیه استقلال کوزوو را نه منتسب به مقامات نهادهای خودمختار کوزوو، بلکه نمایندگان مردم کوزوو قلمداد می‌کند. به همین دلیل دیوان با تغییر معنادار سؤال مطروحه، از هدف اصلی نهاد درخواست‌کننده پرسش مشورتی به دور افتاده است. در حالی که دیوان این اختیار را ندارد تا به طور ضمنی یا به تصریح، سؤال را به اندازه‌ای صورت‌بندی کند که سخن از موجودیتی غیردولتی به جای مقامات نهادهای خودمختار کوزوو به میان آید. بنابراین، از آن جایی که پاسخ به سؤال مجمع عمومی مبتنی بر تصور شخصی دیوان از سؤال مطروحه است، در نتیجه، نظریه مذکور به لحاظ حقوقی غیرقابل پذیرش می‌باشد.^{۸۸}

دیوان نیز سؤال مطروحه مجمع عمومی را دارای بیانی صریح، مضیق و مشخص دانسته و معتقد است که سؤال نیاز به صورت‌بندی ندارد. دیوان نتایج ویژگیهای بیانی فوق‌الذکر را محدود بودن پاسخ به سؤال ذریبط در نظر گرفته است. زیرا معتقد است که سؤال از آثار اعلامیه مزبور پرسش به میان نیاورده است و در ضمن، از دولت بودن یا نبودن کوزوو و شناسایی صورت پذیرفته از سوی سایر دولتها پرسشی انجام نشده است.^{۸۹}

به همین جهت، دیوان معتقد است که سؤال دو جنبه قابل بررسی دارد. نخست، مقامات صادرکننده اعلامیه استقلال کوزوو چه ماهیتی دارند، زیرا این موضوع از سوی برخی دول شرکت‌کننده در رسیدگی مورد تردید واقع شده است؛ و دوم این که آیا اعلامیه استقلال کوزوو مغایر حقوق بین‌الملل عام و خاص (قطعنامه ۱۲۴۴ شورای امنیت و نهادهای و مقررات ناشی از آن) می‌باشد.^{۹۰}

نقطه تقابل برخی قضات مخالف و حتی موافق نظریه با اکثریت در این جاست که دیوان بدین بحث اکتفا نکرده که تلقی مجمع عمومی در سؤال مطروحه درباره مقامات صادرکننده اعلامیه استقلال لزوماً صحیح باشد. در این رابطه دیوان معتقد است که از منظر اجرای مناسب وظایف خویش، این موضوع نیاز به بررسی بیشتری دارد. زیرا دیوان بر این نظر است که مجمع عمومی به دنبال محدود کردن آزادی تعیین این موضوع از سوی دیوان نیست. به همین جهت، دیوان

Advisory Opinion, *I.C.J. Reports* 1982, p. 348, para. 46.

88. Separate Opinion of Judge Koroma, pp. 1-2, paras. 3-5; Available at <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15991.pdf>; Separate Opinion of Judge Tomka, p. 1, para. 1. Available at: <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15989.pdf> (Visited: 20 August 2010)

89. "Kosovo Advisory Opinion", para. 51.
دیوان متذکر می‌شود که در برخی نظرات مشورتی پرسش از آثار حقوقی عملی خاص بود، مانند آثار حقوقی ساخت دیوار حائل در نظریه مشورتی دیوار و آثار حقوقی حضور مستمر آفریقای جنوبی در نامیبیا در نظریه مشورتی مزبور. در حالی که در نظریه حاضر صحبت از آثار حقوقی اعلامیه استقلال کوزوو صورت نگرفته است.

90. "Kosovo Advisory Opinion", para. 52.

اظهار می‌دارد که موضوع کاری مجمع عمومی در نشست شصت و سوم مجمع عمومی و پیش‌نویس قطعنامه نظری در خصوص ماهیت صادرکنندگان اعلامیه ابراز نکرده‌اند.^{۹۱}

دیوان برای تأیید نظر خویش به نظریه مشورتی برخی مخارج سازمان ملل اشاره می‌کند که در آن جا بیان می‌دارد: «فرض بر این نبوده است که مجمع عمومی به دنبال محدود کردن یا ایجاد مانع برای دیوان در انجام وظایف قضایی باشد. دیوان باید آزادی کاملی داشته باشد تا بتواند تمام اطلاعات مربوط به موضوع را در خصوص سؤال مطروحه جهت صدور نظریه مد نظر قرار دهد.»^{۹۲} بر همین اساس، دیوان به این نتیجه می‌رسد که برای تعیین ماهیت صادرکنندگان باید تمام مدارک موجود را بررسی کرده، سپس در این باب تصمیم‌گیری نماید.^{۹۳}

این برداشت دیوان به نظر خالی از انتقاد نمی‌رسد. به خصوص این که با شگفتی تمام شاهدیم که در انتهای نظریه مشورتی، با اظهارنظری عجیب، موجب بهت و حیرت بسیاری از حقوقدانان^{۹۴} و حتی برخی قضات خود دیوان نیز می‌شود. دیوان بیان می‌دارد: «دیوان با لحاظ تمامی عوامل به این نتیجه می‌رسد که مقامات صادرکننده اعلامیه استقلال ۱۷ فوریه ۲۰۰۸ در مقام یکی از نهادهای موقتی خودمختار کوزوو داخل در چارچوب ساختار دستوری اقدام نکرده است، بلکه به عنوان اشخاصی هستند که بر اساس اهلیت خویش به طور جمعی، در مقام نمایندگان مردم کوزوو و خارج از چارچوب اداره موقتی عمل کرده‌اند.»^{۹۵}

«تومکا» به عنوان نایب رئیس دیوان معتقد است که این رهیافت دیوان مبنای درستی را در ارتباط با واقعیات و حقایق منجر به پذیرش اعلامیه استقلال ندارد و دیوان تلویحاً بیان داشته که تمام اقدام‌کنندگان مرتبط با سؤال، یعنی صادرکنندگان اعلامیه استقلال کوزوو در اعلامیه مزبور، دولت صربستان در طرح پیش‌نویسی قطعنامه و مجمع عمومی به عنوان درخواست‌کننده نظریه مشورتی نمی‌دانستند که چه کسی یا کسانی اعلامیه را صادر کرده‌اند. در این رابطه، تومکا به نامه وزیر امور خارجه بریتانیا در ۲۵ اوت ۲۰۰۸ و عدم مخالفت هیچ‌یک از ۱۹۱ کشور حاضر شرکت‌کننده در جلسه مجمع عمومی و اظهارات وزیر تمبرو خارجه کوزوو در مقدمه اعلامیه اشاره می‌کند.^{۹۶}

به نظر می‌رسد اکثریت دیوان با دست زدن به چنین اقدامی از استحکام نظریه مشورتی کاسته‌اند و این برداشت نادرست موجب شده که یکی از ایرادات بزرگ نظریه حاضر چنین تفسیری از ماهیت مقامات صادرکنندگان اعلامیه استقلال باشد. در واقع، دیوان دست به تفسیری در تعیین ماهیت مقامات مزبور زده که حتی مغایر با اظهارات صادرکنندگان اعلامیه استقلال

91. "Kosovo Advisory Opinion", paras. 52-53.

92. "Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)", Advisory Opinion, *I.C.J. Reports* 1962, p. 157.

93. "Kosovo Advisory Opinion", para. 51.

94. Rob Grace, at: <http://lawandsecurity.foreignpolicyblogs.com/2010/07/30/self-determination-units-of-the-world-unite> (Visited: 20 August 2010)

95. "Kosovo Advisory Opinion", para. 109.

96. Separate Opinion of Judge Tomka, pp. 3-4, paras. 12-21.

می‌باشد. از هر زاویه‌ای که به موضوع بنگریم، نمی‌توان برای این استدلال ضعیف دیوان توجیهی منطقی داشت. زیرا همانطور که در نظرات کوزوو در سطور بالا بدان اشاره شد، این تفسیر از ماهیت صادرکنندگان اعلامیه موجب تغییر سؤال مطرح شده و در واقع، مجمع عمومی را با چالشی جدید مواجه ساخته است که انتظار آن را نداشته است.

جالب این جاست که مقدمه اعلامیه استقلال کوزوو با مطلع «مجمع کوزوو» آغاز شده است و در بند اول مقدمه اعلامیه اشاره می‌کند که «در جلسه‌ای فوق‌العاده که به تاریخ ۱۷ اکتبر ۲۰۰۸ در پریشینا، پایتخت کوزوو» برگزار شده است، اعلامیه مزبور صادر شده و بیشتر بندهای اجرایی اعلامیه با ضمیر «ما» آغاز شده که یقیناً مرجع آنها نمایندگان حاضر در مجمع کوزوو هستند. به عنوان نمونه بند اول اجرایی چنین مقرر می‌دارد: «ما رهبران [کوزوو] که از طریق دموکراتیک به وسیله مردمان خود انتخاب شده‌ایم، از این پس کوزوو را دولتی دارای حاکمیت و استقلال اعلام می‌نماییم.» به ویژه این که رئیس مجمع کوزوو آن را قرائت کرده و در نهایت آن را امضا نموده است.^{۹۷}

همانطور که گفته‌اند، به هنگام ارائه لوایح یا استماعات، دیوان معمولاً خط استدلالی خود از اظهارات دولتها بر می‌گیرد^{۹۸} و نکته جالب توجه در این جا این است که برخی از دولتها که در جلسات استماع یا ارائه لوایح کتبی مشارکت داشته‌اند، از جمله بریتانیا که یکی از فعال‌ترین دولتها در به سرانجام رسیدن نظریه با نتیجه فعلی آن بود، صادرکنندگان اعلامیه استقلال را نه مقامات نهادهای موقتی خودمختار کوزوو بلکه «نمایندگان منتخب مردم کوزوو» تلقی می‌کند.^{۹۹}

جالب این که حتی برخی از قضاتی که با اکثریت دیوان هم عقیده بودند، نسبت به تعیین ماهیت صادرکنندگان اعلامیه استقلال کوزوو انتقاد کرده‌اند. به عنوان مثال، قضات «بنونا» و «آمور» در نظریات مخالف و جداگانه خود، رهیافت دیوان را در این خصوص قانع‌کننده نمی‌دانند.^{۱۰۰}

از جمله مواردی که برخی قضات دیوان بدان اشاره داشته‌اند، تفسیر مضیق دیوان از سؤال بوده است. قاضی «برونو سیما» که وزن حقوقی قابل توجهی نسبت به سایر قضات دیوان داراست، ضمن پذیرش نتایج نظریه مشورتی، در اعلامیه منضم خود به نظریه، معتقد است که دیوان می‌توانست تحلیل عمیق‌تری نسبت به سؤال داشته باشد و می‌توانست با پرداختن به برخی موضوعات مطرح شده از سوی دولتها، به بحث حق تعیین سرنوشت^{۱۰۱} (Right to Self-

97. The Declaration Available at: <http://www.assembly-kosova.org/?cid=2, 128, 1635> (Visited: 20 August 2010)

98. Alain Pellet, "Remarks on Proceedings before the International Court of Justice", *The Law and Practice of International Court and Tribunals*, Vol. 5, 2006, p. 173.

99. Written Statement of The United Kingdom, paras. 1.11-1.13, pp. 23-24. Available at: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=21&case=141&code=kos&p3=4> (Visited: 20 August 2010)

100. Dissenting Opinion of Judge Bennouna, pp. 8-9, paras. 44-46; Separate Opinion of Judge Sepulveda-Amor, pp. 5-6, paras. 23-32.

^{۱۰۱} برای بررسی حق تعیین سرنوشت به خصوص مورد کوزوو، نک: ستار عزیز، «استقلال کوزوو: بررسی

مشروعیت جدایی یک‌جانبه در حقوق بین‌الملل»، *مجله حقوقی*، ش ۳۸، ۱۳۸۷، صص ۴۵-۱۱؛ همچنین:

(determination) و مسأله جدا شدن جبرانی^{۱۰۲} (Remedial Secession/Remedial Self-determination) نیز وارد شده و با بحث مبسوط‌تر سؤال، آگاهی خود را از معماری معاصر حقوق بین‌الملل به اثبات برساند.^{۱۰۳} قاضی «یوسف» و «آمور» نیز ضمن پذیرش نتایج نظریه مشورتی معتقدند که دیوان می‌توانست به بخشهای بیشتری از پرسش مجمع عمومی بپردازد و برای پاسخی جامع، تفسیر موسعی را ملاک خود قرار دهد.^{۱۰۴}

به طور کلی، تشتت نسبی در میان آراء حتی قضات موافق در خصوص اعمال صلاحیت و یا صلاحدید دیوان و به خصوص موضوع تغییر سؤال مجمع عمومی (هر چند که دیوان معتقد است سؤال واضح و مشخص است) به وسیله تعیین ماهیت از سوی دیوان، موجب شده است تا نظریه حاضر در مقایسه با نظرات سلاحهای هسته‌ای و دیوار نه راه پیشرفت که فترت را در پیش گیرد و از مؤثر بودن (Effectivness) نظریه کاسته است. بر این موضوعات می‌توان عدم توجه کافی به بحث اصل تمامت ارضی و حاکمیت دولتها نیز اشاره داشت که شدیداً از سوی برخی قضات مورد انتقاد وارد شده است.^{۱۰۵} مبحث خود مجال دیگری را می‌طلبد. در واقع، نظریه مزبور بیشتر به جای این که به تنویر و روشن‌گری بپردازد، نقاط تاریکی را در ذهن دولتها و حقوقدانان ایجاد کرده است. از این رو، نظریه حاضر را نظریه‌ای سست و کم ارزش تلقی کرده‌اند.^{۱۰۶}

نتیجه‌گیری: آثار نظریه

دیوان بین‌المللی دادگستری به عنوان دیوانی که درون سیستم ملل متحد کار می‌کند که در ساختار حقوق بین‌الملل به عنوان مهم‌ترین رکن قضایی است که آراء و نظرات مشورتی آن همواره الهام

Antonio Cassese, *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal*, Cambridge University Press, 1995.

^{۱۰۲} برخی حقوقدانان معتقدند که دیوان با اشاره به جدا شدن جبرانی به عنوان یک «حق»، بنیانی را بر جای گذاشت که در آینده می‌تواند مسأله‌ساز باشد. (قسمت اخیر بند ۸۲ نظریه مشورتی کوزوو) **مصاحبه با دکتر جمشید ممتاز**، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۹/۵/۲۶. ضمن اینکه هلند از جمله کشورهایی بود که در مورد طرح این مسأله در نظریه حاضر بسیار با فشاری می‌نمود. به طور خلاصه جدا شدن جبرانی بر این موضوع تأکید می‌کند که به دلیل استمرار نقضهای فاحش حقوق بشر از سوی یک دولت علیه اقلیتهای خود و به رغم طی نمودن همه راههای ممکن برای دستیابی به فیصله اختلاف موجود، اقلیتهای مذکور در مسیر حق تعیین سرنوشت از حق جدا شدن برخوردارند. نک:

Written Statement of The Kingdom of The Netherlands, pp. 6-13, paras. 3.1-3.22.

^{۱۰۳} Declaration of Judge Simma, p. 2, paras. 5-7.

به نظر نویسنده بهترین اظهارات ارائه شده در میان قضات، اعلامیه «برونو سیمما» است که به رغم همراهی با عقیده اکثریت قضات، اما نقدهای ظریفی را در عین موجز بودن در خصوص مفهوم و قلمرو پرسش مطروحه مجمع عمومی انجام می‌دهد.

^{۱۰۴} Separate Opinion of Judge Yusuf, p. 2, para. 4-6; Separate Opinion of Judge Sepulveda-Amor, p. 6, para. 33.

^{۱۰۵} Dissenting Opinion of Judge Koroma, pp. 2-8, paras. 4-25.

^{۱۰۶} مصاحبه با دکتر جمشید ممتاز، پیشین.

بخش رویه قضایی و دکترین و به طور کلی حقوق بین‌الملل بوده و از نظر سازمانی نیز، رکن اصلی قضایی ملل متحد به شمار می‌آید که از این دریچه نیز سهم بسزایی در توسعه حقوق سازمان ملل متحد دارد.

در این میان کارکرد مشورتی دیوان در کنار کارکرد توافقی آن از ابزارهای مهم دیوان جهت ایفاء مسؤولیتهای خویش در چارچوب ملل متحد و حقوق بین‌الملل عام قلمداد می‌شود. گفته شده که صلاحیت مشورتی دیوان صرفاً یک توانایی به حساب نمی‌آید که بتوان آن را بدون صلاحیت انجام داد، بلکه برای دیوان یک وظیفه و کارکرد در نظر گرفته می‌شود که بر اساس آن باید مبادرت به پذیرش درخواست و صدور نظریه مشورتی بنماید و در این راستا، با ایمان کامل وظایف خود را به عنوان رکن اصلی قضایی ملل متحد به انجام برساند.^{۱۰۷} به همین دلیل بوده که دیوان همواره سعی داشته تا به هر نحو ممکن این کارکرد را به انجام برساند.

دیوان به عنوان مرجعی قضایی شناخته می‌شود که همیشه از انسجام و استمرار (Continuity) برخوردار بوده است و این انسجام در نقش دیوان در قالب سازمان ملل متحد انعکاس یافته است. دیوان آراء و نظراتی را صادر کرده که اختلافات سنگینی را حل کرده و دارای کیفیتی بالایی می‌باشند. با این حال باید توجه داشت که دیوان در بافتی که پیش از این در آن زاده شده و رشد یافته با زمینه در حال تغییر روزافزون فعلی متفاوت است و یکی از چالشهای دیوان در این خصوص سازگاری با این تغییرات است.^{۱۰۸} از جمله این تغییرات حضور گسترده دولتها (حدود ۶۰ دولت) در پیشگاه دیوان و از قاره‌های مختلف و از سویی دیگر، تنوع موضوعاتی است که نزد دیوان مطرح می‌شوند.^{۱۰۹}

نمونه این تغییر را در نظریه مشورتی کوزوو شاهدیم. نظریه‌ای که موضوع اصلی آن مستقیماً با حاکمیت دولتها و اصل تمامت سرزمینی ارتباط پیدا می‌کند و یافته‌های دیوان در این خصوص، چه از منظر توافقی یا مشورتی، بی‌گمان از موضوعات بحث برانگیز حقوق بین‌الملل و موجب حساسیت دولتها خواهد بود. گزافه نیست اگر موضوع نظریه حاضر را منصرف از آورده آن، مهم‌ترین نظریه مشورتی دیوان، دست کم به لحاظ موضوعی، خواهد بود.

با وجود این، به دلیل ضعف حقوقی برخی قضات حاضر در دیوان و نابرابر بودن آنها در پیش‌نویس آراء و نظرات، نتیجه‌ای که از حاصل حدود کمتر از دو سال به دست آمده، عملاً فاقد وصف مشورتی بوده و حتی می‌توان ادعا نمود که باعث برانگیختن اختلاف درون سرزمینی در برخی کشورها خواهد شد.

فقد وصف مشورتی در مورد نظریه مزبور از دو جنبه نگریسته شده است. آنچه که به درستی بیان شده این است که عده‌ای معتقدند که نظریه حاضر اصولاً در مقام بیان نبوده است و پیشتر

¹⁰⁷. Separate Opinion of Judge Trindade, p. 6, 12, paras. 13, 34.

¹⁰⁸. A. Pellet, *op. cit.*, p. 163.

¹⁰⁹. Speech by Judge Rosalyn Higgins, Former President of the International Court of Justice, the sixtieth anniversary of the inaugural sitting of the Court, 12 April 2006, *op. cit.*

آنچه را که در حقوق بین‌الملل مسکوت گذارده شده را با تأییدی دوباره بر این سکوت اعلام کرده که در حقوق بین‌الملل قاعده‌ای وجود ندارد تا مانع صدور اعلامیه استقلال شود و البته این بدان معنا نیست که جدایی‌طلبی در حقوق بین‌الملل مجاز باشد یا اصولاً اعلامیه استقلال واجد اثر حقوقی است،^{۱۱۰} یا این که از این پس کوزوو به عنوان یک دولت شناخته شود.^{۱۱۱} در واقع، به نظر می‌رسد دیوان با اختیار کردن تفسیر مضیق از پرسش مجمع عمومی، سعی کرده تا موضوع را همچنان سر بسته نگهدارد و اظهار نظر صریحی در خصوص جدایی، دولت بودن و شناسایی انجام ندهد. در غیر این صورت قادر بود تا با در پیش گرفتن تفسیری موسع از پرسش مطروح، دامنه استدلالات و اظهارات خود را تا موضوع جدید جدا شدن اضافی نیز پیش ببرد. امری که از سوی برخی قضات موافق با نتیجه نظریه نیز مطرح شده است. قاضی «سیمما» معتقد است که دیوان به دلیل عدم پرداختن در خصوص این که آیا صدور یک اعلامیه استقلال را می‌توان در حقوق بین‌الملل تحمل نمود یا حتی آیا حقوق بین‌الملل اجازه صدور اعلامیه را داده است (نه آن که ممنوع کرده باشد)، عدالت در خصوص پرسش مجمع عمومی رعایت نشده و دیوان با اعمال صلاحیتی مکانیکی، تا حدودی از جنبه مشورتی نظریه کاسته است.^{۱۱۲}

چهار قاضی با اکثریت نظر درباره نظریه مشورتی کوزوو ابراز مخالفت کردند. عمده بحث آنها نیز متمرکز بر صلاحیت دیوان پیرامون صدور نظریه مشورتی است. حتی برخی از قضات نیز که نظریات جداگانه‌ای را ضمیمه نظریه نموده‌اند، بیشتر بر این موضوع تأکید داشتند که دیوان نمی‌بایست صلاحیت خود را در این نظریه اعمال می‌نمود. اهمیت این اظهارات تا آن جاست که ادعاهای مبتنی بر جدایی‌طلبی در روابط بین‌الملل موجب بروز مخاصمات مسلحانه و در نتیجه، نه تنها تهدیدی برای منطقه، بلکه برای صلح و امنیت بین‌المللی است و از طرفی موجب سوءاستفاده از اعلامیه‌های استقلال از سوی گروه‌های جدایی طلب یا موجودیتهایی می‌شود که طرح‌های مشابهی چون کوزوو دارند.^{۱۱۳}

پیش از صدور نظریه مشورتی کوزوو، برخی از نویسندگان در مقالات خود پیش‌بینی‌هایی را ارائه کرده بودند. به طور مثال در مقاله مارکو میلانوویچ (که در جریان نظریه مشورتی کوزوو، عضو تیم حقوقی صربستان در دیوان بود) گزینه‌های پیش روی دیوان عبارتند بودند از؛ ۱- عدم رسیدگی بر اساس زمینه‌های گوناگون ناشی از اصل صحت عمل قضایی، (judicial propriety). ۲- قرائت مضیق دیوان که بر اساس آن اعلامیه استقلال صرفاً اقدامی کلامی است که از سوی یک موجودیت غیردولتی صورت گرفته است. ۳- قرائت بینابین که صربستان از آن سود می‌برد و همچنین قرائت بینابین دیگری که منفعت کوزوو را لحاظ می‌کند و در آخر ۴- قرائتی موسع که

¹¹⁰ Bart M.J. Szewczyk, "Lawfulness of Kosovo's Declaration of Independence", *ASIL Insight*, Available at: <http://www.asil.org/files/insight100817pdf> (Visited: 20 August 2010)

¹¹¹ John Cerone, "The World Court's Non-Opinion", *op. cit.*

¹¹² Declaration of Judge Simma, p. 3, para. 10.

¹¹³ Separate Opinion of Judge Yusuf, p. 2, para. 6.

هم می‌تواند به سود صربستان و هم می‌تواند به سود کوزوو باشد.^{۱۱۴} در واقع، دیوان به قرائت سوم دست زده با این تفاوت که آن را در شکلی دیگر بیان نموده اما نتیجه حاصل از آن یکسان است.

به طور کلی، نظریه مشورتی کوزوو را باید در زمره تصمیمات ضعیف دیوان به حساب آورد. هر چند دیوان نظریه مشورتی دو پهلویی را ارائه کرده است. زیرا هر دولتی یا موجودیتی می‌تواند نظریه را طوری تفسیر کند که منافع خود را بر آن اساس تأمین نماید. زیرا اعلام استقلال نقض حقوق بین‌الملل به حساب نمی‌آید و از دیگر سو این به معنای مشروعیت جدایی طلبی در حقوق بین‌الملل نیست. زیرا گرچه حقوق بین‌الملل در خصوص موضوع اول ساکت است اما در قبال موضوع دوم وضعیت بدن منوال نیست و رویه دولتها و سازمان ملل پاسداشت اصل تمامت سرزمینی را تأیید می‌نمایند.^{۱۱۵} این در حالی است که شانزده روز پیش (ششم ژوئیه) از صدور نظریه مشورتی کوزوو، دیوان طی قراری دعوی متقابل ایتالیا را در قضیه «مصونیت‌های صلاحیتی دولت» (آلمان در برابر ایتالیا)^{۱۱۶} رد نمود. دیوان با سیزده رأی در مقابل یک رأی «... چنین تصمیم می‌گیرد که دعوی متقابل ارائه شده از سوی ایتالیا ... غیرقابل پذیرش بوده (inadmissible) و در رسیدگی حاضر جایی ندارد.»

در قضیه فوق‌الذکر دیوان استدلالاتی محکم را برای پاسداشت حاکمیت دولت اقامه می‌کند: «مطابق رویه دیوان آن دسته از حقایق و وضعیت‌هایی باید در دستور کار دیوان قرار بگیرند که مرتبط با منشأ اختلاف (the source of the dispute) هستند و نه منشأ حقوق مورد ادعا. (the source of the claimed rights) در این قضیه، ایتالیا با توجه به وجود و قلمرو تعهد آلمان در جبران خسارت از برخی قربانیان ایتالیا در قبال نقض‌های شدید صورت پذیرفته از سوی آلمان نازی در خلال سالهای ۱۹۴۳ تا ۱۹۴۵، از موضوع خود نقضها به دور افتاده است. از منظر دیوان گرچه نقض‌های مورد اشاره منشأ حقوق مورد ادعای ایتالیا و شهروندان آن هستند، اما منشأ یا دلیل واقعی اختلاف به شمار نمی‌آیند. در نتیجه از دیدگاه دیوان این نقضها، حقایق و وضعیت‌هایی نیستند که به اختلاف مطروحه مرتبط باشند.»

اما در نظریه مشورتی کوزوو دیوان چنین استدلالاتی را ذکر نمی‌کند و از آنجایی که دیوان به صراحت حریم حاکمیت و تمامت ارضی را مشخص نکرده و از طرفی دست به تغییر سؤال مجمع عمومی زده است، از این رو، نظریه مذکور با انتقادات جدی روبه‌رو است.

«روزالین هیگینز»، رئیس سابق دیوان به مناسبت شصتمین سالگرد تأسیس دیوان بین‌المللی دادگستری، دیوان را در چارچوب نظام در حال رشد و گسترش حقوق بین‌الملل، «فانوس دریایی حقوق بین‌الملل» (The lighthouse beacon) خطاب می‌کرد و معتقد بود که این جایگاه حاصل

¹¹⁴ <http://www.ejiltalk.org/kosovo-advisory-opinion-preview/> (Visited: 20 August 2010)

¹¹⁵ See Dissenting Opinion of Judge Koroma.

¹¹⁶ See <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=1&code=gi&case=143&k=60> (Visited: 20 August 2010)

ایجاد توازنی دقیق میان استمرار رویه فعلی و انسجام دیوان در مقابل تغییراتی است که با آن رویه رو بوده است.^{۱۱۷} یقیناً دیوان جایگاه مهمی در حاکمیت بین‌المللی قانون در عرصه بین‌المللی دارد. در خصوص تغییر جدید (نظریه مشورتی کوزوو) نیز زمان زیادی از صدور آن نمی‌گذرد. بنابراین باید نظرات و نتایج آتی را به انتظار نشست.

فهرست منابع و مآخذ

- آزمایش، سید علی، *جزوه کارشناسی ارشد، «حقوق بین‌المللی کیفری»*، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی، سال تحصیلی ۱۳۸۸-۱۳۸۷.
- امیر ارجمند، اردشیر (ترجمه)، «حقوق بین‌الملل و اندیشه عدالت»، *مجله تحقیقات حقوقی*، سال ۱۳۷۲، ش. ۱۲-۱۱.
- سادات میدانی، سید حسین، «ادله اثبات دعوا در قضیه سکوه‌های نفتی»، در: *رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه سکوه‌های نفتی (مجموعه مقالات)*، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۴.
- شایگان، فریده، *شورای امنیت سازمان ملل متحد و مفهوم صلح و امنیت بین‌المللی*، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۰.
- ضیایی بیگدلی، محمد رضا، «رسالت دیوان در صیانت از حقوق بین‌الملل»، در: *نقش دیوان بین‌المللی دادگستری در تداوم و توسعه حقوق بین‌الملل (مجموعه مقالات)*، انجمن ایرانی مطالعات سازمان ملل متحد، ۱۳۸۸.
- عزیزی، ستار، «استقلال کوزوو: بررسی مشروعیت جدایی یک جانبه در حقوق بین‌الملل»، *مجله حقوقی*، ش. ۳۸، ۱۳۸۷.
- گروه پژوهش مؤسسه حقوق بین‌الملل پارس، «مشروعیت اعلام استقلال کوزوو از دیدگاه حقوق بین‌الملل: ارزیابی استدلال‌ات موافقان و مخالفان در دیوان بین‌المللی دادگستری».
- مصاحبه با دکتر جمشید ممتاز، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۹/۵/۲۶.
- ممتاز، جمشید، «دیوان بین‌المللی دادگستری: فرجام سخن»، در: *نقش دیوان بین‌المللی دادگستری در تداوم و توسعه حقوق بین‌الملل (مجموعه مقالات)*، انجمن ایرانی مطالعات سازمان ملل متحد، ۱۳۸۸.
- موسی زاده، رضا، *سازمان‌های بین‌المللی*، چ. چهارم، میزان، ۱۳۸۶.
- میرعباسی، سید باقر و سید حسین سادات میدانی، *دادرسی‌های بین‌المللی*، ج. اول، انتشارات جنگل، ۱۳۸۴.
- Ago Roberto, (1991) "Binding Advisory Opinion of The International Court of Justice", *American Journal of International Law*, Vol. 85.
- Aust, Anthony, (2009) "Advisory Opinions", *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 1.
- Crawford, James, (2009) "Continuity and Discontinuity in International Dispute Settlement: An Inaugural Lecture", *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 1.
- Fulk, Richard, (2005) "Toward Authority: The ICJ Ruling on Israel's Security Wall", *American Journal of International Law*, Vol. 92.
- Gross, Leo, "The International Court of Justice, and the United Nations", *Recueil des cours*, Vol. 120 (1967-1), pp. 405-421.
- Higgins, Rosalyn (2006), "A Babel of Judicial Voices? Ruminations from the Bench", *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 55.
- Merrills, J.G., (2005) "*International Dispute Settlement*", Cambridge University Press, 4th ed.
- Orakhelshvili, Alexander (2007), "The International Court and Its Freedom to Select the Ground Upon which it will Base its Judgment", *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 56.
- Pellet, Alain, (2006) "Remarks on Proceedings before the International Court of Justice", *The Law and Practice of International Court and Tribunals*, Vol. 5.
- Shaw, Malcolm, (2008) "*International Law*", Cambridge University Press, 6th ed.
- Speech by Judge Rosalyn Higgins, Former President of the International Court of Justice, at the solemn sitting on the occasion of the sixtieth anniversary of the inaugural sitting of the Court, 12 April 2006.
- Speech by Judge Rosalyn Higgins, Former President of the International Court of Justice At The United Nations Security Council's Thematic Debate on "Strengthening International Law", 22 June 2006.
- Speech by SM Schwebel, the Plenary Session of the General Assembly of the United Nations' *UN Doc*

¹¹⁷ Speech by Judge Rosalyn Higgins, Former President of the International Court of Justice, sixtieth anniversary of the inaugural sitting of the Court, 12 April 2006, *op. cit.*

A/54/PV. 39, 1999.

Speech by Gilbert Guillaume to the UNGA Sixth Committee (55 Session) 'The Proliferation of International Judicial Bodies: The Outlook for the International Legal Order' UN Doc *A/C.6/55/SR.17*, 2000.

Whinney, E. Mc, (1990) "Judicial settlement of disputes: Jurisdiction and justiciability", *Recueil des cours*, Vol. 221.

Important Cases:

Accordance with International Law of Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion, 2010.

Applicability of Article VI, section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations (Cumaraswamy), I.C.J Reports 1999.

Application for Review of Judgement No. 273 of the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1982.

Asylum Case (Colombia v. Peru), I.C.J Reports 1950.

Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1962.

Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations, I.C.J Reports 1950.

Eastern Carelia, PCIJ, Ser. B, No. 5, 1923.

Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland, Federal Republic of Germany v. Iceland), I.C.J Reports 1974.

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004.

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory opinion, I.C.J. Reports 1996.

Oil Platforms Case (Iran v. United States of America) (Merits), 2003.

Documents:

General Assembly resolution 63/3 of 8 October 2008.

Report of the Secretary-General on the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo, S/2008/211.

Written Statement of The Kingdom of The Netherlands.

Written Statement of The United Kingdom.

Website:

<http://behzadsaberi.blogfa.com>

<http://internationallaw.blogfa.com>

<http://lawandsecurity.foreignpolicyblogs.com>

<http://opiniojuris.org>

<http://www.asil.org>

<http://www.assembly-kosova.org>

<http://www.ejiltalk.org>

<http://www.icj-cij.org>

پروپوزيشن گاه علوم انساني ومطالعات فرينجى
پرتال جامع علوم انساني

JOURNAL OF

LEGAL RESEARCH

VOL. IX, No. 1

2010-1

Articles

Claim Description in the Law and Judicial Practice • Fundamental Principles of UNCITRAL Electronic Communications Convention • Social Security Components in Criminal Laws • Recognition in International Law: Legal Effects of Recognition of Kosovo, South Ossetia and Abkhazia • Principles of Conflict of Evidences • The Effects of the International Criminal Law in the Middle-East; from the Saddam's Trial to the Hariri's Accused Prosecution

Special Issue: The Stock Exchange (Some Considerations on the Law of Iran and other Countries)

Fundamentals of Obligation for Providing Information to Stock Exchange • Comparative Study of Prohibitions of Insider in Securities Dealing in E.U., English, French and Iranian Laws • Some Considerations on the Offense of Insider Trading • Combating the Securities Fraud in the Stock Exchange (The Case of the U.S.) • Some Considerations on Judgments about the Insider Trading in the Stock Exchange • The Stock Broker Liability and the Process of Bringing the Case before the Proper Forum • The Liability of Brokers for the Unauthorized Transaction of Securities in the Approach of Arbitration Board • Sukuk's Rule in Financing the Projects and its Rules and Regulations • Arbitration of Disputes in Commercial Paper Market • The Nature and the Jurisdictions of the Board of Arbitration of the Stock Exchange • The Rules Governing the Formation of Public Joint-Stock Companies in light of the Securities Market Act • Legal Consequences of Iran's Accession to WTO on Securities Service • Cross-Border Stock Exchange Mergers: an Illusion or a Reality?

Critique and Presentation

Some Considerations on the "ICJ's Kosovo Advisory Opinion" • Considerations on the Concept of the 'Aggression' in the Review Conference of the Statute of International Criminal Court • Some Critics on the Modern Law of Compulsory Insurance of the Owners of Vehicles 2008 • The Non-Traditional Trademarks • Resolution 1929 of the Security Council: The Challenges of the Power and the Right in a Divided World • The 6th Round of the Moot Court Simulation of the International Criminal Court's Session (2010 Summer and Autumn)

ISSN: 1682-9220



S. D. I. L.

The S.D. Institute of Law

Research & Study