

## نحوه تصمیم‌گیری دیوان بین‌المللی دادگستری در موارد خلأ حقوقی

محسن محبی\*

وحید بذّار\*\*

### چکیده

برخی از تصمیم‌ها و اظهارنظرهای دیوان بین‌المللی دادگستری این پرسش را ایجاد کرده است که آیا دیوان می‌تواند با اعلام خلأ حقوقی به دلایلی همچون عدم تدقیق، کفایت یا فقدان حقوق قابل‌اجرا از اتخاذ تصمیم امتناع کند؟ برخی صاحب‌نظران با اشاره به اظهارنظر دیوان در بند ۱۰۵(۲)(ث) نظریه مشورتی قانونی بودن تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای (۱۹۹۶) به این پرسش پاسخ مثبت می‌دهند. با توجه به وظیفه خطیر دیوان در حل و فصل قضایی اختلافات به عنوان یکی از روش‌های مؤثر فیصله مسالمت‌آمیز اختلافات میان دولت‌ها که بدون تردید در راستای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی و پیشگیری از توسل به زور در روابط بین‌الدولی خواهد بود، بنظر نمی‌رسد که دیوان بتواند با اعلام خلأ حقوقی، قضایای مطروح نزد آن را حل نشده رها کند. پرسش اصلی که این مقاله به آن می‌پردازد این است که آیا بر اساس اساسنامه، قواعد و اصول قابل اعمال در دیوان به عنوان رکن قضایی اصلی سازمان ملل متحد و با توجه به رویه آن، دیوان می‌تواند با اعلام خلأ حقوقی، از تصمیم‌گیری در قضایای تحت رسیدگی امتناع کند؟

**واژگان کلیدی:** خلأ حقوقی، دیوان بین‌المللی دادگستری، قضیه پناهندگی، نظریه مشورتی سلاح‌های هسته‌ای، نظریه مشورتی کوزوو.

\*استادیار دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی دانشگاه آزاد اسلامی - واحد علوم و تحقیقات تهران، ایران (نویسنده)

مسئول (sd.mohebi@gmail.com)

\*\*دانش‌آموخته دکتری حقوق بین‌الملل دانشگاه علامه طباطبائی (vahidbazzar@gmail.com)

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۱۲/۱۴

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۴/۲۰

### مقدمه

رسیدگی قضایی یکی از مناسب‌ترین شیوه‌های حل و فصل اختلاف‌های بین‌الدولی است که با اتخاذ راه‌حل‌های الزام‌آور برای طرف‌های اختلاف، در راستای تحقق اصل لزوم حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلاف‌های بین‌المللی گام برمی‌دارد. اما دادگاه‌های بین‌المللی در رسیدگی به برخی موضوعات ممکن است با فقدان یا عدم کفایت یا شفافیت حقوق موجود مواجه شوند. پرسشی که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا در چنین شرایطی، این دادگاه‌ها می‌توانند با اعلام «حلاً حقوقی»<sup>۱</sup> از تصمیم‌گیری نسبت به موضوع تحت رسیدگی امتناع کنند؟ از بررسی اساسنامه و آیین دادرسی دادگاه‌های بین‌المللی نمی‌توان به پاسخ دقیق و مشخصی برای این پرسش رسید؛ زیرا فارغ از این‌که این موضوع در برخی از دادگاه‌های بین‌المللی از جمله دیوان ایکسید (کنوانسیون بین‌المللی حل و فصل اختلافات مربوط به سرمایه‌گذاری) به صراحت ممنوع شده است، اساسنامه یا آیین دادرسی سایر دادگاه‌های بین‌المللی از جمله دیوان بین‌المللی دادگستری هیچ اشاره‌ای به آن نکرده‌اند. به‌هرحال، در حقوق بین‌الملل که یک نظام حقوقی در حال تکامل است، این موضوع می‌تواند مسائل متعددی را به‌خصوص در برخی از شاخه‌های نسبتاً جدید حقوق بین‌الملل از جمله حقوق بین‌الملل فضا یا حقوق بین‌الملل انرژی هسته‌ای یا برخی از موضوعات جدید بین‌المللی از جمله حملات سایبری، استفاده از ابزارهای الکترونیکی در روابط بین‌المللی یا کاربرد ربات‌های خودفرمان در مخاصمات مسلحانه دامن بزند، زیرا این موضوعات اغلب با تحولات تکنولوژی و فناوری‌های نوین مرتبط بوده<sup>۲</sup> و دارای پیچیدگی‌های فنی و تخصصی هستند و قواعد حقوقی مشخصی را در حقوق بین‌الملل به خود اختصاص نداده‌اند. در واقع، با توجه به این‌که حقوق بین‌الملل عرصه‌ای است که همواره با پدیده‌های جدیدی مواجه می‌شود که تبیین قواعد حقوقی مربوط به آن‌ها منوط به گذر

1. nonliquet.

۲. برای مطالعه بیشتر در خصوص تأثیر فناوری‌های نوین بر روابط بین‌الملل و قواعد حقوقی مربوط به آن‌ها در حقوق بین‌الملل و به‌طور مشخص در خصوص حملات سایبری و ربات‌های خودفرمان ر ک: (نژندی منش و بذار، ۱۳۹۶: ۲۵-۱۲؛ حبیبی و بذار، ۱۳۹۶: ۱۷۸-۱۵۵؛ رنجریان و بذار، ۱۳۹۷: ۸۴-۶۳).

زمان است، امتناع دادگاه‌های بین‌المللی از تصمیم‌گیری به سبب خلأ حقوقی می‌تواند بسیار مبتلا به باشد.

با اینکه امتناع از تصمیم‌گیری به واسطه خلأ حقوقی در اغلب نظام‌های حقوقی داخلی به صراحت نفی شده است،<sup>۱</sup> این موضوع در رویه قضایی بین‌المللی آن‌چنان نادر است که سبب شده تا برخی افراد آن را صرفاً یک بحث آکادمیک و نظری تلقی کنند (Korhonen, 1999: 56). کمیاب بودن این حالت در حقوق بین‌الملل به این سبب نیست که حقوق بین‌الملل، یک نظام حقوقی کامل و بدون نقص است، بلکه دلیل اصلی آن، این واقعیت است که دادگاه‌های بین‌المللی از اینکه به ناتوانی و عدم موفقیت در وظیفه اصلی خود (حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلاف بین‌المللی) شناخته شوند به شدت اجتناب می‌کنند (Romano, 2009: 769). در واقع، دادگاه‌های بین‌المللی اغلب تلاش می‌کنند تا در موارد ابهام یا خلأ حقوقی با استفاده از ابزارهای حقوقی از جمله تفسیر قواعد موجود یا استفاده از اصول کلی حقوقی حکم قضیه را تعیین کنند.

پرسش اصلی که این مقاله به آن می‌پردازد این است که آیا بر اساس قواعد و اصول قابل اعمال در دیوان بین‌المللی دادگستری به عنوان رکن قضایی اصلی سازمان ملل متحد<sup>۲</sup> و با توجه به رویه آن دیوان می‌تواند با اعلام خلأ حقوقی، از تصمیم‌گیری در قضایای تحت رسیدگی امتناع کند؟ فرضیه نویسندگان این نوشتار این است که با اینکه در اساسنامه و آیین دادرسی دیوان هیچ قاعده‌ای در خصوص وضعیت‌هایی که دیوان با خلأ حقوقی مواجه می‌شود وجود ندارد، رویه دیوان نشان می‌دهد که دیوان نمی‌تواند به واسطه خلأ حقوقی از تصمیم‌گیری در قضایای مطروح نزد آن امتناع کند. این نوشتار که در آن تلاش می‌شود رویه دیوان بین‌المللی دادگستری در مواجهه با خلأ

۱. در کشورهای اسپانیا، ایتالیا و فرانسه، اعلام خلأ حقوقی از سوی دادگاه به صراحت ممنوع شده و قضات ناچارند تا به جستجوی راه‌حل در نظام حقوقی ملی \_از جمله با توسل به «انصاف» (Equity) یا «قیاس» (Analogy)\_ بپردازند و قضات در کشورهای سوئیس و پرتغال حتی می‌توانند اقدام به قانون‌گذاری کنند (Aznar-Gomez, 1999: 5). بر اساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی ایران، قاضی موظف است تا در صورت نیافتن حکم قضیه در قوانین مدونه، با استناد به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر کند و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.

2. Charter of the United Nations, art. 92.

حقوقی مورد مذاقه و بررسی قرار گیرد در دو بخش تنظیم شده است. در قسمت نخست به مفهوم خلأ حقوقی و جایگاه آن در دادگاه‌های بین‌المللی پرداخته می‌شود و در بخش دوم، امکان‌سنجی و رویه دیوان بین‌المللی دادگستری در مورد امتناع از تصمیم‌گیری به سبب خلأ حقوقی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### ۱. مفهوم خلأ حقوقی و جایگاه آن در دادگاه‌ها و دیوان‌های بین‌المللی

استناد به خلأ حقوقی اساساً در مرحله رسیدگی ماهوی موضوعیت می‌یابد (Rossi, 2016: 374) و هنگامی که دادگاه بین‌المللی به واسطه نداشتن «صلاحیت» دعوا را رد می‌کند چنین حالتی ایجاد نمی‌شود (Pauwelyn, 2001: 559). بنابراین، خلأ حقوقی نمی‌تواند به عنوان یک «ایراد مقدماتی»<sup>۱</sup> نسبت به صلاحیت دادگاه مطرح شود. همچنین، خلأ حقوقی را نباید با سایر موارد مشابه از جمله فقدان سمت خواهان، فقدان اثر عملی تصمیم احتمالی دادگاه<sup>۲</sup> یا غیبت «شخص ثالث»<sup>۳</sup> هنگامی که نقش اساسی در پرونده تحت رسیدگی دارد<sup>۴</sup> خلط کرد (Neff, 2009: 63). به‌علاوه، چنانچه دادگاه به واسطه عواملی که به طرز عمل یا کوتاهی طرف‌های اختلاف ارتباط دارد از تصمیم‌گیری امتناع می‌کند -مانند اینکه طرفین با انعقاد یک «موافقت‌نامه»<sup>۵</sup> صلاحیت دادگاه را محدود کرده باشند و دادگاه نتواند حکم قضیه را در حقوق حاکم بیابد- ربطی به خلأ حقوقی ندارد (Korhonen, 1999: 62).

اکثر حقوقدانان مخالف امتناع دادگاه‌های بین‌المللی از تصمیم‌گیری به واسطه خلأ حقوقی هستند. اما موافقان ممنوعیت نیز استدلال خود را دارند. مشهورترین نمونه این وضعیت، مجادله و اختلاف‌نظری است که میان لاتریپاخت<sup>۶</sup> و استون<sup>۷</sup> در جریان بود.<sup>۸</sup> به

1. Preliminary Objections.

2. see: Northern Cameroons Case (Cameroon v. Great Britain), I.C.J. Reports 1963, p. 15.

3. Third Party.

4. see: Monetary Gold Case (Italy v. France, Great Britain and USA), I.C.J. Reports 1954, p. 19.

5. Compromise.

6. HerschLauterpacht.

7. Julius Stone.

۸. برای مطالعه بیشتر در خصوص نظرات لاتریپاخت، استون و سایر حقوقدانان در مورد خلأ حقوقی رک: (Badansky, 1999: 159-162; Scobbie, 1997: 264-298).

عقیده لاتریاخت خلأ حقوقی به کمک نظام قضایی کامل و بدون نقص بین‌المللی و با توسل به ابزارهایی از جمله «اصول کلی حقوقی»<sup>۱</sup> به آسانی مرتفع می‌شود؛ اما کلسن<sup>۲</sup> معتقد بود صرفاً خلأهای اجتماعی هستند که در نظام حقوقی مرتفع می‌شوند.<sup>۳</sup> همچنین، برخی از موافقان از جمله الرز-فرام محدوده معینی برای آن قائل و معتقد هستند که این امر تنها در دعاوی ترافیعی - نه نظریه‌های مشورتی - مجاز است.<sup>۴</sup> به نظر الرز-فرام، درخواست نظریه مشورتی ناظر به کسب نظریه مشورتی دیوان در مورد حقوق موجود است و هنگامی که دیوان در رسیدگی به چنین درخواستی یک خلأ حقوقی را احراز کند، وظیفه‌ای نسبت به پر کردن آن ندارد (Oellers-Frahm, 2011: 1048). ویل در تأیید نظر الرز-فرام استدلال می‌کند که در نظریه مشورتی، دادگاه وظیفه دارد صرفاً پاسخ مناسبی به درخواست دهد و نظر دادگاه می‌تواند این باشد که در سیر تکاملی حقوق بین‌الملل، هیچ پاسخی - یا هیچ پاسخ کاملی - در خصوص مسئله وجود ندارد.<sup>۵</sup> در واقع، به این سبب که در نظریه‌های مشورتی، خواهان و خوانده به معنای واقعی وجود ندارند (Kammerhofer, 2009: 336)، به واسطه عدم اظهار نظر، لزوم «جبران»<sup>۶</sup> نسبت به طرف زیان‌دیده - که در دعاوی ترافیعی مطرح است - نقض نخواهد شد.<sup>۷</sup> همچنین، این گفته دیوان بین‌المللی دادگستری راجع به الزام دیوان به دادن نظریه مشورتی است و ارتباطی به خلأ حقوقی ندارد: «نظریه مشورتی نشان‌دهنده مشارکت دیوان در فعالیت‌های سازمان ملل متحد است و اساساً نباید از آن امتناع شود».<sup>۸</sup>

در تأیید ممنوعیت استناد دادگاه‌های بین‌المللی به خلأ حقوقی اساساً دو اصل کلی

1. General Principle of Law.

2. Hans Kelsen.

3. Cited in: Paz, 2012: 432-433.

۴. قاضی ورشتین ضمن اینکه امکان اعلام خلأ حقوقی را منحصر به دعاوی ترافیعی می‌داند، معتقد است که در قضایای ترافیعی نیز این امکان تنها به موارد مشخصی محدود می‌شود (Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, I.C.J. Opinion 1996, Declaration of Judge Vereshchetin, p. 279).

5. Cited in: (Weil, 1998: 117).

6. Reparation.

7. ILC Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001, art. 31.

8. Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, I.C.J. Opinion 1950, p. 71.

حقوقی قابل استناد است. نخستین اصلی که می‌تواند به عنوان مبنای این ممنوعیت مورد استناد قرار گیرد این است که مفروض است «دادگاه، حقوق را می‌داند». مطابق این اصل، طرف‌های یک اختلاف ملزم نیستند تا به کلیه قواعد حقوقی لازم الاجرا به طور صریح استناد کنند یا دادگاه را در خصوص محتوای حقوق قانع کنند، بلکه این گونه فرض می‌شود که دادگاه خود، حقوق را می‌داند و اجرا می‌کند (Fellmeth and Horwitz, 2009: 147). دیوان بین‌المللی دادگستری نیز در رأی خود در قضیه «صلاحیت ماهی‌گیری» به مفهوم این اصل اشاره می‌کند: این وظیفه دیوان است تا با توجه به شرایط پرونده، حقوق مرتبط را احراز و اعمال کند و بار اثبات قواعد حقوق بین‌الملل نمی‌تواند به هیچ‌یک از طرف‌ها تحمیل شود، به این سبب که حقوق در دانش قضایی دیوان است.<sup>۲</sup> اصل دیگری که موجب تقویت این رویکرد می‌شود این است که «فیصله اختلافات حقوقی در راستای منفعت عمومی جامعه است»<sup>۳</sup> (Handeyside, 2007: 1638). در واقع، رسیدگی قضایی بین‌المللی یکی از لوازم و شیوه‌های اجرای اصل لزوم حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات بین‌المللی است که جایگاه برجسته‌ای در حقوق بین‌الملل دارد.

دادگاه‌های بین‌المللی کیفری که در رسیدگی‌های خود تابع «اصل قانونی بودن جرم»<sup>۴</sup> هستند را باید از مبحث خلأ حقوقی مستثنی کرد.<sup>۵</sup> اما مفهوم خلأ حقوقی در

#### 1. Jura novit curia.

(Sugihara, 2012: 77-109).

2. Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), I.C.J. Reports 1974, para. 17; Fisheries jurisdiction (Federal Republic of Germany v Iceland), I.C.J. Reports 1974, para. 18.

3. Expeditrepublicaet sit finis litium.

4. Ne bis in idem.

۵. دکترین خلأ حقوقی در نخستین قضیه تحت رسیدگی در دادگاه ویژه لبنان - قضیه عیاش - و به طور مشخص در خصوص تعریف جرم «تروریسم» (Terrorism) در حقوق کیفری بین‌المللی مطرح شد. در قضیه مزبور که برای نخستین بار در حقوق کیفری بین‌المللی به اتهام متهمان به صورت غیابی (in absentia) رسیدگی می‌شد، شعبه مقدماتی بر اساس قاعده ۶۸ آیین دادرسی از شعبه تجدیدنظر درخواست کرد تا مفهوم «تروریسم» در قوانین کیفری کشور لبنان را در راستای تصریح ماده دو اساسنامه دادگاه ویژه لبنان تبیین کند؛ شعبه تجدیدنظر به این مسئله پرداخت که آیا در حقوق بین‌الملل، تعریفی از «تروریسم» وجود دارد یا خیر و با توجه به عدم اجماع جامعه بین‌المللی بر یک تعریف واحد از جرم «تروریسم»، موضوع خلأ حقوقی مطرح شد (Baragwanat, 2014: 480). برای مطالعه بیشتر در خصوص قضیه عیاش در دادگاه ویژه لبنان ر ک:

(موسوی و بذآر، ۱۳۹۵: ۶۸-۷۱).

دیوان‌های داوری بین‌المللی نیز مورد توجه قرار گرفته است. بر اساس کنوانسیون ایکسید، در صورت فقدان توافق طرف‌های اختلاف در خصوص قواعد حقوقی قابل‌اعمال، دیوان بر اساس حقوق داخلی دولت طرف اختلاف و قواعد حقوق بین‌الملل قابل‌اعمال بر قضیه، تصمیم‌گیری خواهد کرد و نمی‌تواند بر مبنای «سکوت یا ابهام حقوق»<sup>۱</sup> به این نتیجه برسد که یک خلأ حقوقی وجود دارد.<sup>۲</sup> قواعد داوری آنسیترال و قواعد داوری اتاق بازرگانی استکهلم نیز به طور ضمنی به ممنوعیت امتناع از تصمیم‌گیری در وضعیت خلأ حقوقی اشاره کرده‌اند (Ege, 2012: 184-187). مطابق قواعد داوری آنسیترال، در موارد عدم تعیین حقوق قابل‌اعمال از سوی طرف‌های اختلاف، دیوان قانونی را که مناسب تشخیص دهد اعمال می‌کند<sup>۳</sup> و بر اساس قواعد داوری اتاق بازرگانی استکهلم، در چنین شرایطی «مناسب‌ترین»<sup>۴</sup> حقوق از نظر دیوان اعمال خواهد شد.<sup>۵</sup> در واقع، با اینکه دیوان داوری باید بر اساس حقوقی که طرف‌های اختلاف در موافقت‌نامه داوری تعیین کرده‌اند تصمیم‌گیری کند، خلأ حقوقی ممکن است دیوان را وادار کند تا از سایر قواعد نیز بهره بگیرد (Begic, 2005: 218). در سازوکار حل و فصل اختلاف «سازمان جهانی تجارت»<sup>۶</sup> نیز این امر پذیرفته شده است که به واسطه فقدان حقوق یا عدم وضوح آن نمی‌توان ادعای خواهان را رد کرد (Taniguchi, 2010: 3) و تا به حال هیچ هیئت حل اختلاف یا شعبه استیناف سازمان جهانی تجارت به خلأ حقوقی استناد نکرده‌اند (Romano, 2009: 769).

## ۲. خودداری دیوان بین‌المللی دادگستری از تصمیم‌گیری به سبب خلأ حقوقی

دیوان بین‌المللی دادگستری به اختلافات میان دولت‌ها می‌پردازد. وظیفه و کارکرد قضایی دیوان در دادرسی‌ها این است که معنا و مفهوم قواعد حقوقی را به منظور اجرا

1. Silence or Obscurity of the Law.

2. Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of States 1965, art.42(2).

3. Arbitration Rules of United Nations Commission on International Trade Law 1976, art. 35(1).

4. Most Appropriate.

5. Arbitration Rules of Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, art. 27(1).

6. World Trade Organization.

در وضعیت‌های خاص بررسی و تحلیل کند<sup>۱</sup> و اگر این را پذیرفت که دیوان می‌تواند با استناد به خلأ حقوقی از تصمیم‌گیری امتناع کند، این مسائل به دولت‌ها باز می‌گردد تا آن‌ها از طریق سایر شیوه‌ها از جمله نهادهای سیاسی آن را مرتفع کنند (Tricot & Sander, 2011: 336) در ادامه و در دو قسمت متمایز، رویه دیوان در خصوص امتناع از تصمیم‌گیری به واسطه خلأ حقوقی بررسی می‌شود.

## ۲-۱. راهکارهای دیوان بین‌المللی دادگستری برای مواجهه با خلأ حقوقی

بر اساس ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، دیوان موظف است بر اساس حقوق بین‌الملل عمل کند و معاهدات، عرف بین‌المللی و اصول کلی حقوقی را به عنوان منابع اصلی و رویه قضایی و دکترین حقوقی را به عنوان منابع فرعی اعمال کند. البته تقدم معاهدات و عرف نسبت به اصول کلی حقوقی در ماده ۳۸ اساسنامه به هیچ وجه مانع اعمال هم‌زمان این سه منبع با یکدیگر نیست. بارها اتفاق افتاده که تصمیم دیوان بر اساس کنوانسیون یا عرف مستلزم توسل به اصول کلی حقوقی بوده است (الهویی نظری، ۱۳۹۲: ۵۰). افزون بر این، دیوان می‌تواند در صورت توافق طرف‌های اختلاف - بر اساس «کدخدامنشی»<sup>۲</sup> نیز تصمیم‌گیری کند. در مورد ماده ۳۸ اساسنامه که حقوق قابل‌اعمال در دیوان را برمی‌شمرد، دیوان همواره این رویکرد را دنبال کرده است که بار اثبات و احراز حقوق موجود را خود - نه طرف‌های اختلاف - بر عهده دارد. این رویکرد درباره ماده ۳۸ اساسنامه دیوان، یک امر تصادفی نبوده بلکه مدنظر تنظیم‌کنندگان این ماده بوده است، زیرا این امر که یک دادگاه بین‌المللی به سبب فقدان قاعده قابل‌اعمال نتواند حکم قضیه را تعیین کند یک چالش غیرقابل قبول در

1. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, I.C.J. Opinion 1996, Dissenting Opinion of Judge Higgins, para. 32.

2. exaequo et bono.

امکان تصمیم‌گیری بر اساس «کدخدامنشی» در رسیدگی‌های داوری بین‌المللی نیز منوط به توافق طرف‌های اختلاف شده است. برای مثال رک:

Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of States 1965, art.41(3); Arbitration Rules of United Nations Commission on International Trade Law 1976, art.35(2); Arbitration Rules of Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, art.27(3).



نظام حقوق بین‌الملل - که در حال تکامل بوده و هست - قلمداد می‌شود (Aspremont, 178: 2018). به گفته رئیس «کمیته مشورتی حقوقدانان»<sup>۱</sup>، نگارندگان ماده ۳۸ اساسنامه دیوان به منظور اجتناب از دچار شدن به «کوچه بن‌بست خلأ حقوقی»<sup>۲</sup>، پیشنهاد روت و فیلمور<sup>۳</sup> در خصوص قدرتمندتر کردن دیوان از طریق اعمال اصول کلی حقوقی - علاوه بر معاهدات و عرف - را پذیرفتند.<sup>۴</sup> در جریان مباحثات کمیته، حتی برخی دولت‌ها پیشنهاد دادند که در چنین مواردی این امکان برای دیوان فراهم باشد تا بتواند بر مبنای آنچه به نظر دیوان قواعد حقوق بین‌الملل است، تصمیم‌گیری کند (حیسی و شاملو، ۱۳۹۲: ۷۵). مطابق نظر کمیته، برای اجتناب از این احتمال که دیوان به سبب فقدان قواعد قابل اعمال، خود را در خلأ حقوقی بیابد، توسل به اصول کلی حقوقی ضروری است.<sup>۵</sup> دیوان نیز در رویه خود، اصول کلی حقوقی را در موارد متعددی مدنظر قرار داده است. برای مثال، دیوان در قضیه «معبد پره و بهار» به این اصل حقوقی اشاره می‌کند: «سکوت درحالی‌که شخص قادر به اعتراض است به منزله رضایت است»<sup>۶</sup>.

سازوکار دیگری که در خصوص پر کردن خلأها از سوی دادگاه‌های بین‌المللی می‌تواند کارساز باشد، استفاده قضات از ابزار تفسیر است (Steinberg, 2004: 259). در واقع، به واسطه روند تغییر کند معاهدات و عرف بین‌المللی این ضرورت احساس

1. Advisory Committee of Jurists.

2. "the blind alley of non liquet".

3. Elihu Root and Lord Philimore.

4. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, I.C.J. Opinion 1996, Dissenting Opinion of Vice-President Schwebel, p. 322.

5. Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists, Procès- Verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th-July 24th, 1920, The Hague, 1920, pp. 307-320,332, 344.

6. Qui tacet consentire videtur si loquidebuisset ac potuisset.

7. Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), I.C.J. Reports 1962, p. 21.

معبد پره و بهار در بالای صخره‌ای وجود دارد که در دو طرف آن، کشورهای تایلند و کامبوج قرار دارند. در سال ۱۹۰۷ میلادی کمیسیون‌نی که با توافق پادشاهی سیام (بعدها تایلند) و فرانسه - که کامبوج تحت‌الحمایه آن بود- تشکیل شد، نقشه مرزی میان این دو کشور را تعیین کرد و بر این اساس، معبد در سرزمین کامبوج قرار گرفت. در قضیه مطروح در دیوان بین‌المللی دادگستری، دیوان تصریح می‌کند که نقشه موردنظر به مقامات سیام تحویل شده بود و ایشان موضوع اشتباه در نقشه را مطرح نکردند؛ همچنین دولت تایلند نیز ۵۰ سال در این خصوص سکوت کرد و هیچ اعتراضی نکرد که همین رفتار و سکوت به منزله رضایت ضمنی آن کشور در مورد تحدید حدود در نقشه است. به علاوه تایلند از سایر نقاط مرزی منافعی به دست آورده است و اکنون نمی‌تواند موضع خود را تغییر دهد. بنابراین، طرح ادعای مرزی آن هم پس از پنجاه سال از پذیرش نقشه تحدید حدود، اقدامی نارواست و معبد پره و بهار به کامبوج تعلق دارد (محبی و امینی، ۱۳۹۳: ۳۱-۲۹).

می‌شود که «صلاح‌دید»<sup>۱</sup> و خلاقیت قضات در رسیدگی‌های بین‌المللی نقش پررنگی ایفا کند (Byers, 2002: 414). طرفداران افراطی ممنوعیت اعلام خلأ حقوقی از سوی دادگاه‌های بین‌المللی بر این نظرند که این دادگاه‌ها باید در صورت فقدان هرگونه حقوق قابل اعمال، به عنوان یک قانون‌گذار اقدام به ایجاد حقوق کنند (Baragwanat, 2014: 453).

## ۲-۲. رویه دیوان بین‌المللی دادگستری در خصوص امتناع از تصمیم‌گیری به سبب خلأ حقوقی

قاضی تسلیم‌البیاس رئیس سابق دیوان بین‌المللی دادگستری بر این نظر است که دیوان در قضایای تحت رسیدگی از اعلام خلأ حقوقی منع شده است (Elias, 1983: 39). دیوان نیز در تصمیم خود در قضیه «صلاحیت ماهی‌گیری» بر تعهد خود نسبت به صدور رأی تصریح می‌کند «این احتمال که حقوق تغییر کند همواره وجود دارد و این امر نمی‌تواند مانع دیوان در انجام تعهدش در صدور رأی بر مبنای حقوق موجود در زمان تصمیم‌گیری شود».<sup>۲</sup> اما در عمل، دیوان تاکنون در سه مورد علی‌رغم ورود در رسیدگی ماهیتی از پاسخ به مسئله امتناع کرده است که یک پرونده مربوط به قضایای ترافیعی (قضیه پناهندگی) و دو مورد مربوط به نظریه‌های مشورتی بوده است (نظریه مشورتی قانونی بودن تهدید یا استفاده از سلاح هسته‌ای و نظریه مشورتی مطابقت اعلامیه یک‌جانبه کوزوو با حقوق بین‌الملل) بوده است.<sup>۳</sup> البته در برخی از قضایای دیگر

1. Discretion.

2. Fisheries Jurisdiction Case, I.C.J. Reports 1974, para. 40.

۳. در قضایایی از جمله قضیه «خروج مسکوکات طلا از رم در سال ۱۹۴۳» که دیوان بین‌المللی دادگستری به دلیل آن‌که تصمیم‌گیری در خصوص موضوع مطروح از سوی طرف‌های اختلاف، تصمیم‌گیری نسبت به منافع حقوقی دولت آلبانی است که در رسیدگی حضور ندارد، صلاحیت خود را احراز نکرد، خلأ حقوقی مطرح نمی‌شود. شرح این قضیه بدین قرار است که دولت‌های فرانسه، بریتانیا و ایالات متحده آمریکا با امضاء بیانیه‌ای موسوم به بیانیه واشنگتن (Washington Statement of 25 of April 1951) تصمیم گرفتند که اگر در نتیجه رأی دیوان دآوری که آن‌ها در آن طرح دعوا کردند، مقداری از مسکوکات طلا که آلمان در سال ۱۹۴۳ میلادی از ایتالیا خارج کرده بود به آلبانی تعلق گیرد در راستای اجرا حکم محکومیت این دولت در قضیه کانال کورفو (Corfu Channel Case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania), I.C.J. Reports 1949) به بریتانیا داده شود و اگر تا ۹۰ روز پس از اعلام رأی دآوری به دولت‌های ایتالیا یا آلبانی، هر یک از آن‌ها در دیوان بین‌المللی دادگستری نسبت به این موضوع شکایت کنند، سه دولت

نیز برخی از قضات دیوان معتقد بودند که دیوان با وضعیت خلأ حقوقی مواجه است و نباید به خواسته خواهان پاسخ دهد که اکثریت قضات دیوان نظر ایشان را نپذیرفتند (Enabulele, 2010: 61).

در قضیه «پناهندگی» که دیوان پس از احراز صلاحیت، از پاسخ به مسئله امتناع کرده، این امتناع به سبب ابهام یا عدم کفایت قانون نبوده است.<sup>۱</sup> اما نحوه اظهارنظر دیوان در دو نظریه مشورتی - به خصوص نظریه مشورتی قانونی بودن تهدید یا استفاده از سلاح هسته‌ای (۱۹۹۶) - به صورتی بوده است که شائبه امتناع دیوان از تصمیم‌گیری به واسطه خلأ حقوقی را به ذهن متبادر می‌کند. در ادامه هرکدام از این موارد به طور جداگانه مورد بررسی قرار می‌گیرند.

## ۲-۲-۱. قضیه «پناهندگی»

قضیه پناهندگی مربوط به اختلاف میان دولت‌های کلمبیا و پرو در خصوص اعطاء پناهندگی دولت کلمبیا به فردی به نام *هایا دلاتوره*<sup>۲</sup> است. شرح قضیه به این قرار است که در پی شورش نظامی سوم اکتبر ۱۹۴۸ در کشور پرو که در همان روز سرکوب شد، یک حزب سیاسی و به طور مشخص رئیس آن حزب - *هایا دلا توره* - مسئول شناخته شد و در پی این اتفاق، سفارت کلمبیا در لیما<sup>۳</sup> این فرد را به عنوان پناهنده سیاسی

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

امضاکننده، صلاحیت دیوان را برای رسیدگی به موضوع می‌پذیرند (Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Italy v. France, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and United States of America), I.C.J. Reports 1954, p. 21) نخستین قضیه «کانال کورفو» است. شرح قضیه‌ای بود که دیوان بین‌المللی دادگستری به آن رسیدگی می‌کرد و در تصمیم نهایی، دیوان گرامتی معادل مبلغ ۸۴۳.۹۴۷ پوند به نفع انگلستان رأی داد (محبی و امینی، ۱۳۹۳: ۳۵). در شکایتی که بعداً از سوی ایتالیا علیه سه دولت مذکور در دیوان مطرح شد دو خواسته مطالبه شد. در درخواست نخست، ایتالیا با ادعای متخلفانه بودن اقدام آلبانی، خواستار پرداخت غرامت از سوی این دولت شد. اما دیوان در پاسخ به ادعای خواهان اعلام می‌کند در دعوای مطروح که از سوی ایتالیا علیه سه دولت مطرح شده است، آلبانی رضایت خود را در خصوص صلاحیت دیوان اعلام نکرده و بررسی مسئولیت بین‌المللی آلبانی بدون اعلام رضایت آن برخلاف مبنای رضایی بودن صلاحیت دیوان است؛ بنابراین، دیوان نمی‌تواند به درخواست نخست خواهان پاسخ دهد. (Corfu Channel Case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania), I.C.J. Reports 1949, paras. 32-33)

1. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, I.C.J. Opinion 1996, Dissenting Opinion of Judge Higgins, para. 37.
2. Victor Raul Haya de la Torre.
3. Lima.

قلمداد و به او پناهندگی اعطا کرد.<sup>۱</sup>

دیوان بین‌المللی دادگستری در شکایتی که نزد آن مطرح می‌شود، اعلام می‌کند که کنوانسیون هاوانا در خصوص پناهندگی<sup>۲</sup> به این منظور ایجاد نشده تا از فردی که علیه دولت متبوع خود شورش می‌کند در مقابل رسیدگی قضایی حمایت کند و پناهندگی تنها می‌تواند با توجه به عدالت و در قضایایی اعطا شود که اقدامات خودسرانه جایگزین «حکومت قانون»<sup>۳</sup> شده باشد.<sup>۴</sup> در این قضیه، دولت خواهان (کلمبیا) دو خواسته از دیوان داشت که دیوان به خواسته دوم مبنی بر لزوم ارائه تضمین مناسب از سوی دولت پرو به منظور خروج آقای هایا دلاتوره از این کشور پاسخ نمی‌دهد و اعلام می‌کند که رسیدگی به این خواسته، ارتباط مستقیم با دعوای متقابل دولت خوانده (پرو) دارد.<sup>۵</sup> دیوان در ادامه دعوای متقابل را (با رأی علیه یک رأی) رد می‌کند تا امتناع دیوان از تصمیم‌گیری نسبت به درخواست دوم کلمبیا بیش از پیش جلب توجه کند. در واقع، با اینکه دیوان در این پرونده هیچ اشاره‌ای به خلأ حقوقی نمی‌کند، عدم تصمیم‌گیری دیوان نسبت به خواسته دوم کلمبیا، ذهن هر حقوقدانی را به این سمت می‌برد که احتمالاً دیوان به سبب خلأ حقوقی حکم قضیه را تعیین نکرده است.

## ۲-۲-۲. نظریه مشورتی مطابقت اعلامیه یک‌جانبه کوزوو با حقوق بین‌الملل

در نظریه مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری در خصوص مطابقت اعلامیه یک‌جانبه کوزوو با حقوق بین‌الملل حاوی مطالبی درباره خلأ حقوقی است. دیوان در این نظریه مشورتی تصریح می‌کند که حقوق بین‌الملل عمومی حاوی هیچ ممنوعیتی نسبت به اعلامیه‌های استقلال نیست و با ده رأی موافق در مقابل چهار رأی مخالف اعلام می‌کند اعلامیه استقلال کوزوو که در ۱۷ فوریه ۲۰۰۸ میلادی صادر شده، حقوق

1. Asylum Case (Colombia v. Peru), I.C.J. Reports 1950, pp. 272-274.

2. Convention on Asylum of Havana 1928.

3. Rule of Law.

4. Asylum Case (Colombia v. Peru), I.C.J. Reports 1950, p. 280.

5. Ibid.

6. Asylum Case (Colombia v. Peru), I.C.J. Reports 1950, p. 288.

بین‌الملل را نقض نکرده است.<sup>۱</sup> در واقع، هنگامی که مطابقت اعلامیه استقلال کوزوو با حقوق بین‌الملل از دیوان پرسیده شده بود، دیوان عدم نقض حقوق بین‌الملل به واسطه صدور اعلامیه را اعلام کرد. این‌گونه اظهارنظر دیوان سبب شد تا برخی بحث خلاً حقوقی را مطرح کنند. قاضی برونو سیمما به عنوان یکی از قضات موافق نظریه مشورتی دیوان، در اعلامیه جداگانه خود که به نظریه ضمیمه کرد، تصریح می‌کند که نظم حقوقی بین‌المللی ممکن است به طور آگاهانه نسبت به یک عمل یا واقعیت سکوت کند یا «بی‌طرف»<sup>۲</sup> بماند و این امر هیچ ارتباطی با خلاً حقوقی ندارد بلکه صرفاً مربوط به این است که یک نهاد قضایی با ادعای عدم وضوح قانون از اظهارنظر در خصوص یک مسئله حقوقی ناتوان است. در واقع، بی‌طرفی حقوق بین‌الملل نسبت به یک موضوع خاص حاکی از این است که هنوز حوزه‌هایی وجود دارد که حقوق بین‌الملل برای تبیین آن‌ها اقدام نکرده یا هرگز تلاشی برای تبیین این حوزه‌ها نخواهد کرد.<sup>۳</sup>

این‌گونه اظهارنظر دیوان، اصلی را به یاد می‌آورد که دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری حدود ۹۰ سال قبل در قضیه لوتوس<sup>۴</sup> بیان کرد: «هر آنچه در حقوق بین‌الملل منع نشده، مجاز است»<sup>۵</sup> (Burri, 2010: 882). در سال‌های اخیر، خوانش متمایزی از اصل لوتوسی حاکم شده که بر اساس آن، هر آنچه در حقوق بین‌الملل ممنوع نشده، ضرورتاً مجاز نیست. این نظریه که برای نخستین بار در نظریه جداگانه قاضی بجاوی که به نظریه مشورتی دیوان در قضیه «مشروعیت تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای» ضمیمه شد، مطرح شد، با ادبیات متمایزی در اعلامیه قاضی سیمما که به نظریه مشورتی دیوان در قضیه «کوزوو» منضم شد، تکرار شد. قاضی سیمما بیان می‌کند اینکه ممکن است یک عمل تاب آورده شود، لزوماً به این معنا نیست که آن،

1. Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, I.C.J. Opinion 2010, paras.84, 123(3).

2. Neutral.

3. Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, I.C.J. Opinion 2010, Declaration of Judge Simma, para. 9.

4. Lotus Case, Judgment No. 9, 1927, P.C.I.J. Series A, No. 10, p. 18-21.

5. Behaviour not expressly prohibited by international law was authorized by that fact alone.

6. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, I.C.J. Opinion 1996, Separate Opinion of Judge Guillaume, para. 3.

قانونی است، بلکه به این معناست که آن غیرقانونی نیست. برخی از حقوقدانان، اصل لوتوس را با مفهوم خلأ حقوقی یکسان می‌پندارند (Spiermann, 2005: 250)، در حالی که پذیرش هر کدام از آن‌ها می‌تواند به نتایج متمایزی منجر شود. به این ترتیب که پذیرش اصل لوتوس -برخلاف خلأ حقوقی- به معنای کامل بودن حقوق بین‌الملل است (Handeyside, 2007: 80). به این معنا که آن‌چنان حقوق بین‌الملل کامل است که تمامی ممنوعیت‌ها را برشمرده است و اگر امری ممنوع نشده باشد، بدون تردید مجاز است. در واقع، اگر بپذیریم هر آنچه در حقوق بین‌الملل منع نشده مجاز است دیگر جایی برای خلأ حقوقی باقی نمی‌ماند (Dekker and Werner, 1999: 225) و کلیه اعمال، مجاز یا ممنوع هستند. با این حال، خلأ حقوقی در خصوص یک موضوع، سبب آزادی عمل نسبت به انجام آن نمی‌شود؛ زیرا جواز انجام یک عمل، یک یافته حقوقی است و در خلأ حقوقی هیچ یافته حقوقی قابل تصور نیست (Beckett, 2004: 76).

دیوان پرسش مطروح در قضیه «کوزوو» را به نحوی مورد تفسیر قرار می‌دهد که دامنه آن گسترش زیادی پیدا نکند. دیوان تصریح می‌کند که به منظور پاسخ به پرسش مطروح ضرورتی ندارد تا تعیین کند که آیا حقوق بین‌الملل به کوزوو این اختیار را می‌دهد که به صورت یک‌جانبه اعلام استقلال کند یا اینکه آیا عموماً حقوق بین‌الملل به کنشگران موجود در یک دولت این اختیار را می‌دهد تا به صورت یک‌جانبه از آن جدا شوند.<sup>۱</sup> در واقع، دیوان به طور انحصاری به «اعلامیه استقلال» می‌پردازد و مسئله بررسی حقوقی «جدایی»<sup>۲</sup> را از آن متمایز کرده و کنار می‌گذارد؛ در حالی که منظور اصلی پرسش، بررسی ممنوعیت اعلامیه به عنوان یک خطابه نیست، بلکه قانونی بودن جدایی یک‌جانبه بخشی از سرزمین یک دولت و ایجاد یک دولت مستقل در سرزمین آن دولت محل پرسش است (Peters, 2011: 96). نتیجه‌گیری دیوان مبنی بر عدم نقض حقوق بین‌الملل به واسطه صدور اعلامیه استقلال کوزوو حتی انتقاد قضات دیوان را نسبت به یافته دیوان در رابطه با خلأ حقوقی برانگیخت. قاضی بنونا که معتقد بود

1. Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, I.C.J. Opinion 2010, para. 56.

2. Secession.

دیوان باید با اعمال صلاحدید خود از مبادرت به درخواست نظریه مشورتی امتناع می‌ورزید و نوع نتیجه‌گیری دیوان را به عنوان دلیلی بر این ادعای خود ذکر می‌کند، بر این باور است که چنین نتیجه‌گیری‌هایی چیزی بیش از حباب‌هایی بر روی آب نیستند که نه می‌توانند گذشته را به فراموشی بسپارند و نه می‌توانند آینده‌ای بر روی تکه پاره‌های حال بسازند.<sup>۱</sup> همچنین قاضی سیما بیان می‌کند که دیوان با این نتیجه‌گیری، مرزهای مفهوم خلأ حقوقی را درنور دیده است و هنگامی که یک مرجع قضایی در اظهار نظر نسبت به یک موضوع حقوقی ناتوان است در دسترسی به دادگاه به نحو نامناسبی مانع ایجاد می‌شود.<sup>۲</sup>

## ۲-۲-۳. نظریه مشورتی قانونی بودن تهدید یا استفاده از سلاح هسته‌ای

اظهار نظر دیوان بین‌المللی دادگستری در نظریه مشورتی «قانونی بودن تهدید یا استفاده از سلاح هسته‌ای» به نحو آشکاری، مصداق وضعیت خلأ حقوقی در رویه دیوان است. دیوان در «بند اجرایی» ۱۰۵(۲)(ث) نظریه که پس از برابری آراء قضات موافق و مخالف (۷=۷) و با «رای قاطع»<sup>۳</sup> قاضی بجاوی - رئیس دیوان - اتخاذ شد،<sup>۴</sup>

1. Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, I.C.J. Opinion 2010, Dissenting Opinion by Judge Bennouna, paras. 67,69.

2. Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, I.C.J. Opinion 2010, declaration by Judge Simma, para. 9.

3. Casting Vote.

قاضی آدا به عنوان تنها قاضی دیوان که مخالف پاسخ دادن دیوان به پرسش مجمع عمومی ملل متحد بود، اختلاف نظرهای قضات دیوان در خصوص بند ۱۰۵(۲)(ث) - که به طور مشخص، پاسخ به پرسش مجمع عمومی بود - را مبنایی قرارداد تا مجدداً اعلام کند که دیوان باید درخواست مجمع عمومی را رد می‌کرد (Heffernan, 1998: 154; Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, I.C.J. Opinion 1996, Dissenting Opinion of Judge Oda, para. 55) البته، پرواضح است که عدم تصمیم‌گیری بر مبنای خلأ حقوقی متمایز از اختیاری است که در اساسنامه در خصوص «صلاحدید» دیوان نسبت به امتناع از پذیرش درخواست ارائه نظریه مشورتی برای دیوان (Statute of the International Court of Justice, art. 65) در نظر گرفته شده است (Perez, 1997: 431). در تاریخ دیوان تنها یکبار از اختیار عدم ارائه نظریه مشورتی استفاده شده و آن هم مربوط به درخواست سازمان جهانی بهداشت (World Trade Organization (WHO)) از دیوان در خصوص موضوع کاربرد سلاح‌های هسته‌ای بود: «در پرتو آثار بهداشتی و زیست محیطی، آیا استفاده از سلاح‌های هسته‌ای به وسیله یک دولت در مخاصمه مسلحانه، نقض تعهدات آن دولت بر اساس حقوق بین‌الملل از جمله اساسنامه سازمان جهانی بهداشت خواهد بود؟» دیوان این پرسش را مسئله‌ای مرتبط با اشتغالات این سازمان ندانست (البرزی ورکی، ۱۳۸۳: ۱۰).

4. Statute of the International Court of Justice, art.55(2).

تصریح می‌کند که دیوان در شرایط کنونی حقوق بین‌الملل و بر اساس عناصر عینی در اختیار خود نمی‌تواند به طور قطع نتیجه بگیرد که آیا در شرایط حاد دفاع مشروع که در آن موجودیت یک دولت در معرض خطر است، تهدید یا استفاده از سلاح هسته‌ای قانونی است یا غیرقانونی<sup>۱</sup>. دیوان در اظهارنظر خود به هیچ وجه به مفهوم «خلاً حقوقی» اشاره نکرده اما نحوه عبارت‌پردازی دیوان در بند ۱۰۵(۲)(ث) به حدی به این مفهوم نزدیک است که سبب شد قضات دیوان -حتی آنانی که به بند مزبور رأی موافق داده بودند- در اظهارنظرهای خود که به نظریه دیوان ضمیمه کردند شائبه خلاً حقوقی را مطرح کنند.<sup>۲</sup>

قاضی ورشتین تصریح می‌کند که بند مزبور به صورت غیرمستقیم وجود یک منطقه خاکستری در خصوص قواعد حقوقی کنونی را نسبت به موضوع می‌پذیرد.<sup>۳</sup> قاضی کروما یافته دیوان مبنی بر خلاً حقوقی در قضیه مطروح را کاملاً بی‌اساس قلمداد می‌کند و اعلام می‌کند که حقوق و واقعیت‌های موجود نزد دیوان تا آن‌قدر نامشخص و ناکافی نبود که مانع دستیابی دیوان به یک نتیجه معین شود. او تصریح می‌کند که تمام آن چیزی که از دیوان خواسته شده این است که حقوق موجود را اعمال کند و هنگامی که دیوان تمامی قالب‌های حقوقی -معاهده، عرف، اصول کلی حقوقی، رویه قضایی و قطعنامه سازمان‌های بین‌المللی- را اعمال کرده است، دیگر جایی برای خلاً حقوقی باقی نمی‌ماند.<sup>۴</sup> نایب رئیس دیوان -قاضی شعیل- در نظریه مخالف خود تصریح می‌کند که پس از ماه‌ها ارزیابی طاقت‌فرسای حقوقی، دیوان به این نتیجه

1. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, I.C.J. Opinion 1996, Para. 105(2)(E).

باید توجه داشت که دیوان صرفاً در رابطه با سلاح‌های هسته‌ای اظهارنظر کرده است و نظر دیوان را نمی‌توان به استفاده از سلاح‌های شیمیایی یا بیولوژیکی در شرایط ضرورت تعمیم داد و این تسلیحات حتی در جهت مشروع نیز نمی‌توانند مورد استفاده قرار گیرند؛ دیوان نیز به صراحت در بند ۳۹ نظریه بیان می‌کند استفاده از سلاح‌هایی که قبلاً در حقوق بین‌الملل -معاهداتی یا عرفی- ممنوع شده‌اند، در هر شرایطی کماکان ممنوع است (Thurer, 2003: 351).

۲. در رسیدگی دیوان نسبت به قانونی بودن تهدید یا کاربرد سلاح‌های هسته‌ای، قضات به سه دسته تقسیم شدند. برخی موافق ممنوعیت، برخی مخالف ممنوعیت و برخی نیز معتقد به خلاً حقوقی در خصوص موضوع بودند (Ouchi, 1998: 112).

3. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, I.C.J. Opinion 1996, Declaration of Judge Vereshchetin, p. 280.

4. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, I.C.J. Opinion 1996, Dissenting Opinion of Judge Koroma, p. 558.



می‌رسد که هیچ چیز وجود ندارد. در این مورد باید گفت که نه رویه دیوان و نه هیچ نظریه حقوقی برجسته‌ای از اعلام خلأ حقوقی حمایت نمی‌کند.<sup>۱</sup> قاضی شهاب‌الدین نیز در نظریه مخالف خود تصریح می‌کند اگر همان‌طور که دیوان گفته است حقوق بین‌الملل در خصوص قانونی بودن استفاده از سلاح هسته‌ای ساکت است، این ضرورتاً به این معناست که قاعده ممنوعیت کاربرد سلاح هسته‌ای در حقوق بین‌الملل وجود ندارد و بر اساس تصمیم دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری در قضیه «لوتوس»<sup>۲</sup> در فقدان قاعده ممنوع کننده، دولت‌ها حق توسل به سلاح هسته‌ای را دارند. اما اگر دکترین لوتوس را در پرتو تغییرات بعدی نظم حقوقی بین‌المللی ناکافی و غیرقابل قبول بدانیم، حق توسل به سلاح‌های هسته‌ای وجود ندارد مگر اینکه حقوق بین‌الملل آن را اجازه دهد.<sup>۳</sup>

اما قاضی هیگینز در نظر مخالف خود به طور مفصل به مفهوم خلأ حقوقی می‌پردازد. او با اعتقاد به اینکه دیوان از پاسخ دادن به پرسش مطروح در بند ۱۰۵(۲)(ث) نظریه مشورتی طفره رفته است، عمیقاً اظهار تأسف می‌کند و سه ایراد اساسی را نسبت به یافته دیوان در خصوص خلأ حقوقی برمی‌شمرد. او خاطر نشان می‌کند که دیوان در بخش ابتدایی نظریه خود گفته در وضعیت غیرحقوقی بودن یا ابهام شدید موضوع یا در مواردی که مسئله نیاز به قانون‌گذاری از سوی دیوان دارد، دیوان از ارائه نظر امتناع می‌کند؛ اما در پاراگراف ۹۷ و ۱۰۵(۲)(ث)، دیوان به صرف عدم قطعیت در واقعیت‌ها و حقوق موجود اعلام می‌کند با خلأ حقوقی مواجه است و این

1. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, I.C.J. Opinion 1996, Dissenting Opinion of Vice-President Schwebel, p. 322.

2. Lotus Case, Judgment No. 9, 1927, P.C.I.J. Series A, No. 10, p. 18-21 (Behaviour not expressly prohibited by international law was authorized by that fact alone).

3. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, I.C.J. Opinion 1996, Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, p. 390.

رئیس دیوان-قاضی‌بجاوی- که رأی قاطع او باعث اتخاذ نظر جنجال‌برانگیز دیوان در بند ۱۰۵(۲)(ث) شد، در اعلامیه خود اعلام می‌کند که این ناتوانی دیوان به هیچ وجه این‌گونه تفسیر نخواهد شد که دیوان راه را برای امکان مشروع تلقی کردن توسل به سلاح‌های هسته‌ای باز گذاشته است و هر آنچه در حقوق بین‌الملل ممنوع نشده است ضرورتاً مجاز نیست (Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, I.C.J. Opinion 1996, Declaration of

President Bedjaoui, paras. 10-15)

یک تناقض آشکار است.<sup>۱</sup> ایراد دومی که مورد توجه ایشان قرار می‌گیرد در خصوص تناقض میان دو پاراگراف بند ۱۰۵(۲)(ث) است. در پاراگراف نخست بند مزبور، این امر بدیهی مورد توجه قرار گرفته که تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای «عموماً» در مغایرت با قواعد حقوق بین‌الملل قابل اعمال در مخاصمات مسلحانه و به طور خاص قواعد و اصول حقوق بشردوستانه است. قاضی هیگینز خاطرنشان می‌کند که دیوان پس از اعلام ناسازگاری سلاح هسته‌ای با حقوق بشردوستانه تصریح می‌کند که برای تشخیص ممنوعیت تهدید یا استفاده از سلاح هسته‌ای در شرایط حاد دفاع مشروع که موجودیت یک دولت در خطر است، خلأ حقوقی وجود دارد؛ با این بیان، دیوان می‌پذیرد که حتی استفاده از سلاح هسته‌ای که ناقض حقوق بشردوستانه است، ممکن است غیرقانونی نباشد و این نتیجه‌گیری حتی با رویکرد «دولت‌های دارای سلاح هسته‌ای»<sup>۲</sup> حاضر نزد دیوان که تماماً پذیرفتند که استفاده از سلاح هسته‌ای باید مطابق با «حقوق بر جنگ»<sup>۳</sup> و «حقوق در جنگ»<sup>۴</sup> باشد<sup>۵</sup> مغایرت دارد.<sup>۶</sup> او این پرسش را مطرح می‌کند که آیا حقوق بشردوستانه مشمول عبارت «وضعیت کنونی حقوق بین‌الملل» نمی‌شود که دیوان یک خلأ حقوقی را در این خصوص اعلام می‌کند؟<sup>۷</sup> به نظر قاضی هیگینز، ممنوعیت استفاده از سلاح‌های هسته‌ای در حقوق بین‌الملل بشردوستانه که دیوان در پاراگراف نخست بند ۱۰۵(۲)(ث) نظریه مشورتی خود به آن تصریح می‌کند، نشان‌دهنده این واقعیت است که هیچ مبنایی برای اعلام خلأ حقوقی در این زمینه

1. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, I.C.J. Opinion 1996, Dissenting Opinion of Judge Higgins, para. 2.

2. Nuclear-Weapon States.

3. jus ad bellum.

4. jus in bello.

5. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, I.C.J. Opinion 1996, Para. 86.

6. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, I.C.J. Opinion 1996, Dissenting Opinion of Judge Higgins, para. 29.

۷. می‌توان گفت که پاراگراف دوم بند ۱۰۵(۲)(ث) پاراگراف نخست آن را از درجه اعتبار ساقط می‌کند (Skordas, 2001).

(209) بدین ترتیب که دیوان درست پس از اینکه بیان می‌کند کاربرد سلاح هسته‌ای در مغایرت با حقوق بشردوستانه است

(پاراگراف نخست) اعلام می‌کند که هیچ حقوق بین‌المللی در خصوص ممنوعیت کاربرد سلاح هسته‌ای در وضعیت

اضطراری وجود ندارد.

وجود ندارد.<sup>۱</sup> همچنین او خاطر نشان می‌کند که دیوان در بند پایانی نظریه خود به اتفاق آراء تأکید می‌کند که دولت‌های دارای سلاح هسته‌ای متعهد هستند به منظور خلع سلاح هسته‌ای، مذاکره منجر به حصول نتیجه و با حسن نیت را دنبال کنند.<sup>۲</sup> با این اظهار نظر دیگر نمی‌توان پذیرفت که قواعد حقوق بین‌الملل برای استفاده از سلاح هسته‌ای در وضعیت دفاع مشروع پاسخی ندارند.<sup>۳</sup> با این حال، او می‌پذیرد که دیوان در این قضیه خلأ حقوقی را به طریقی تبیین کرده است که به سختی می‌تواند مورد انتقاد قرار بگیرد، زیرا دیوان اظهار نظر خود را محدود به عدم کفایت «واقعیت‌ها»<sup>۴</sup> یا محدود به «سلاح‌های هسته‌ای دقیق و ساده»<sup>۵</sup> نکرده است.<sup>۶</sup> دیوان نیز در متن نظریه نمی‌پذیرد که از پاسخ دادن به پرسش امتناع کرده است. دیوان در بند ۱۹ نظریه تصریح می‌کند این امر که آیا دیوان با توجه به محدودیت‌هایش به عنوان یک نهاد قضایی قادر است تا پاسخ کاملی به پرسش مطروح بدهد یا خیر، متفاوت از این است که دیوان از پاسخ دادن به مسئله امتناع کند.

به عنوان جمع‌بندی باید گفت که دیوان بین‌المللی دادگستری به عنوان رکن قضایی ملل متحد،<sup>۷</sup> یکی از ارکان اصلی سازمان ملل متحد است که در جهت اهداف والای سازمان و به طور مشخص جلوگیری از توسل به زور در روابط میان دولت‌ها و لزوم حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات اقدام می‌کند. منشور سازمان ملل که توسل به زور را در روابط بین‌المللی و برای حل و فصل اختلافات بین‌المللی ممنوع اعلام کرده است<sup>۸</sup> شیوه‌های متعددی از جمله مذاکره، میانجیگری، سازش، داوری و رسیدگی

1. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, I.C.J. Opinion 1996, Dissenting Opinion of Judge Higgins, para. 32.

2. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, I.C.J. Opinion 1996, Para. 105(2)(F).

۳. بیش از ۶۰ سال قبل از نظریه مشورتی دیوان در قضیه سلاح‌های هسته‌ای، «لاتریاخت» در کتاب خود تحت عنوان کارکرد حقوق در جامعه بین‌المللی تصریح کرده بود این ادعا که حق دفاع مشروع برتر از حقوق است و نمی‌تواند از سوی حقوق مورد ارزیابی قرار گیرد فی‌نفسه در خود تناقض دارد (Lauterpacht, 1933: 180).

4. Facts.

5. Clean and Precise Nuclear Weapons.

6. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, I.C.J. Opinion 1996, Dissenting Opinion of Judge Higgins, paras. 30-31.

7. Charter of United Nations, art. 92.

8. Charter of United Nations, art.2(4).

قضایی را به عنوان شیوه‌های حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات معرفی می‌کند.<sup>۱</sup> در این میان، توسل به دیوان بین‌المللی دادگستری که احکام نهایی و لازم‌الاجرا صادر می‌کند،<sup>۲</sup> می‌تواند به عنوان یکی از مؤثرترین شیوه‌ها قلمداد شود که با پیشگیری از توسل به زور در حل و فصل اختلافات بین‌المللی به حفظ صلح و امنیت بین‌المللی کمک می‌کند. با توجه به جایگاه خطیر دیوان در نظام ملل متحد و به طور کلی در جامعه بین‌المللی نمی‌توان پذیرفت که این مرجع بتواند با اعلام خلأ حقوقی از انجام کار ویژه خود امتناع کند. در واقع، امتناع دیوان با استناد به خلأ حقوقی، ناکارآمدی آن را به دنبال خواهد داشت که در نتیجه، سبب تضعیف اصل لزوم حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات بین‌المللی و به خطر افتادن صلح و امنیت بین‌المللی خواهد شد. شاید با توجه به نتیجه‌گیری مبهم دیوان در بند ۱۰۵(۲)(ث) مناسب‌تر آن بود که دیوان مطابق درخواست ایالات متحده آمریکا و متحدانش که مدعی بودند اقدام دیوان در پاسخ به پرسش مطروح فراتر از اشتغال قضایی آن است، از شروع به بررسی پرسش امتناع می‌کرد. همچنین، در جریان رسیدگی نیز دیوان به یافته‌های ارزشمندی دست یافت که می‌توانست بر اساس آن‌ها ممنوعیت استفاده از سلاح‌های هسته‌ای در حقوق بین‌الملل را اعلام کند. برای مثال، دیوان به این نتیجه می‌رسد استفاده از سلاح‌های هسته‌ای که این توانایی را دارند تا همه تمدن و کل اکوسیستم سیاره زمین را نابود کنند، غالباً در تعارض با قواعد حقوق بین‌الملل حاکم بر مداخلات مسلحانه و به خصوص اصول و قواعد حقوق بین‌الملل بشردوستانه است.<sup>۳</sup> دیوان می‌توانست مطابق با این یافته خود اعلام کند از آنجایی که کاربرد سلاح‌های هسته‌ای مغایر با حقوق بین‌الملل بشردوستانه است؛ بنابراین استفاده از آن‌ها بر اساس حقوق بین‌الملل ممنوع است. همچنین پذیرش خسارت‌های گسترده زیست‌محیطی که در متن نظریه مشورتی مورد تصریح دیوان قرار گرفت نیز می‌توانست مبنایی برای اعلام این ممنوعیت قرار گیرد. بند ۱۰۵(۲)(ث) نظریه مشورتی که در واقع پاسخ پرسش مجمع عمومی نیز

1. Charter of United Nations, art. 33.

2. Charter of United Nations, art.94(1).

3. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, I.C.J. Opinion 1996, Paras. 35,105(2)(E).

قلمداد می‌شود، حتی انتقاد قضات دیوان را نیز برانگیخت (مافی و بذار، ۱۳۹۷: ۲۴). قاضی هیگینز در نظریه مخالف خود ضمن انتقاد از طرزعمل دیوان، بیان می‌کند نقش و کارکرد یک دیوان بین‌المللی - خواه در رسیدگی‌های ترافیعی و خواه در رسیدگی‌های مشورتی - این است که معنای قواعد اجرایی عام را به منظور اجرا آن‌ها در وضعیت‌های خاص تشریح کند.<sup>۱</sup> قاضی شهاب‌الدین خاطر نشان می‌کند بسیار عجیب خواهد بود اگر یک دادگاه جهانی که در اعمال کار ویژه قضایی خود تابع حقوق است به این نتیجه برسد که یک دولت حق قانونی دارد - تا در برخی شرایط خاص - سیاره را به نابودی بکشاند.<sup>۲</sup> همچنین، قاضی ویرامانتری در نظریه مخالف خود بیان می‌کند به ندرت می‌توان ادعا کرد که ممکن است یک نظام حقوقی شامل قاعده‌ای شود که اجازه دهد تا کل جامعه‌ای که آن قاعده در آن اعمال می‌شود به نابودی کشیده شود.<sup>۳</sup>

### نتیجه‌گیری

این واقعیت محل مناقشه نیست که پس از پشت سر گذاشتن دو جنگ جهانی هولناک، جامعه جهانی به منظور پیشگیری از چنین فجایعی در قالب سازمان ملل متحد گرد هم آمدند و ممنوعیت توسل به زور را به عنوان یکی از اصول اساسی این سازمان پذیرفتند. این هدف چندان برای جامعه بین‌المللی حائز اهمیت بود که نخستین جمله مقدمه منشور بر آن تأکید می‌کند: «ما مردمان ملل متحد برای نجات نسل‌های آینده از بلاهای جنگ که دو بار در طول حیات بشریت باعث آندوه فراوانی برای بشریت شده است ...». با این حال، هنگامی که از ممنوعیت توسل به زور در حل و فصل اختلافات بین‌المللی سخن گفته می‌شود باید راهکارهای جایگزین آن به قدری توانمند باشند تا بتوانند به نیازها پاسخ روشن بدهند و آن‌ها را مرتفع کنند. فارغ از طرق سیاسی، رسیدگی قضایی مناسب‌ترین شیوه حقوقی حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات

1. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, I.C.J. Opinion 1996, Dissenting Opinion of Judge Higgins, para. 32.

2. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, I.C.J. Opinion 1996, Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, p. 174.

3. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, I.C.J. Opinion 1996, Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, p. 85.

بین‌المللی است. دیوان بین‌المللی دادگستری با توجه به سابقه و رویه قضایی قابل‌ملاحظه‌ای که دارد، نخستین دادگاه بین‌المللی است که در خصوص حل و فصل قضایی اختلافات بین‌المللی به ذهن هر شنونده‌ای خطور می‌کند. دیوان که در پرونده‌های تحت رسیدگی علاوه بر معاهدات، عرف بین‌المللی و اصول کلی حقوقی می‌تواند رویه قضایی و دکترین حقوقی را نیز مدنظر قرار دهد، نمی‌تواند به سبب ابهام، عدم کفایت یا فقدان حقوق قابل‌اجرا از تصمیم‌گیری امتناع کند؛ اما مخالفان این رویکرد غالب در حقوق بین‌الملل که عمدتاً اظهار نظر دیوان در نظریه مشورتی «قانونی بودن تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای» را مبنای استدلال خود قرار می‌دهند، معتقد هستند که دیوان در قضایای تحت رسیدگی الزامی به تصمیم‌گیری ندارد و این امکان وجود دارد که دیوان به این نتیجه برسد که هیچ قاعده مشخصی را نمی‌توان در خصوص موضوع اعلام کرد.

به طور کلی، در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری به جز یک مورد استثنائی که آن هم در قالب یک نظریه مشورتی بوده است، نمی‌توان نمونه صریح و مشخصی در خصوص امتناع از تصمیم‌گیری به سبب خلأ حقوقی ذکر کرد. این نمونه نیز تنها محدود به بند ۱۰۵(۲)(ث) نظریه می‌شود که پس از برابری تعداد آراء قضات دیوان و صرفاً با رأی قاطع رئیس دیوان مورد پذیرش قرار گرفت. حتی قاضی رانجوا که به بند مزبور رأی مثبت داد در نظریه جداگانه خود، ضمن اعتراض به نحوه عبارت‌پردازی این بند، اعلام می‌کند که اگر قرار بود به پاراگراف دوم این بند -در خصوص استثناء استفاده از سلاح هسته‌ای در شرایط حاد دفاع مشروع- به طور جداگانه از پاراگراف نخست این بند رأی بدهد، به عدم مشروعیت سلاح هسته‌ای رأی می‌داد.<sup>۱</sup> بنابراین، با توجه به اختلاف نظر شدید قضات دیوان در خصوص بند مزبور و اینکه چنین تصمیمی تنها یک بار و آن هم در یک نظریه مشورتی اتخاذ شده است می‌توان گفت که دیوان بین‌المللی دادگستری در رویه خود امتناع از تصمیم‌گیری بر اساس خلأ حقوقی را نمی‌پذیرد. با این همه، باید توجه کرد که نظام حقوق بین‌الملل هنوز کامل نیست و

1. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, I.C.J. Opinion 1996, Separate Opinion of Judge Ranjeva, p. 304.

همچنان در حال تحول و تکامل است و دیوان تلاش می‌کند تا برای پرسش‌های گوناگون که در قالب اختلاف به آن ارجاع می‌شود، پاسخی بیابد. در پایان، راهکارهایی برای مقابله با خلأ حقوقی در دیوان پیشنهاد می‌شود. نخستین راهکار، استفاده گسترده دیوان از ابزار تفسیر است. بدین ترتیب که در مواردی که قواعد حقوقی معاهداتی یا عرفی مشخصی وجود ندارد، دیوان می‌تواند با تفسیر قواعد موجود، حکم قضیه را تعیین کند. به عنوان راهکار دوم باید گفت که دیوان می‌تواند برخلاف رویه سابق خود، به طور گسترده‌ای از اصول کلی حقوقی در راستای پر کردن خلأ حقوقی استفاده کند.

### منابع

#### الف. فارسی

البرزی ورکی، مسعود (۱۳۸۳) «نقد و بررسی نظر مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری راجع به تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، شماره ۳۱، صص ۸۷-۵.

الهیوی نظری، حمید (۱۳۹۲) «جایگاه اصول کلی حقوقی در آرای دیوان بین‌المللی دادگستری»، *فصلنامه حقوق*، دوره ۴۳، شماره ۴، صص ۳۷-۵۵.

حبیبی، همایون و بذآر، وحید (۱۳۹۶) «حملات سایبری و ممنوعیت توسل به زور»، *فصلنامه تعالی حقوق*، شماره ۱۹، صص ۱۵۵-۱۷۸.

حبیبی، همایون و شاملو، سوده (۱۳۹۲) «نقش دیوان بین‌المللی دادگستری در توسعه حقوق بین‌الملل»، *مجله پژوهش حقوق عمومی*، شماره ۴۱، صص ۷۱-۱۱۴.

رنجبریان، امیرحسین و بذآر، وحید (۱۳۹۷) «رعایت حقوق بین‌الملل بشردوستانه از سوی ربات‌های نظامی خودفرمان و مسئولیت ناشی از اقدامات آن‌ها»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، شماره ۵۹، صص ۶۳-۸۴.

مافی، همایون و بذآر، وحید (۱۳۹۷) «مشروعیت تهدید یا استفاده از سلاح‌های هسته‌ای در پرتو نظریه مشورتی سال ۱۹۹۶ دیوان بین‌المللی دادگستری»، *فصلنامه مطالعات بین‌المللی پلیس*، شماره ۳۵، صص ۹-۲۸.

مجبی، محسن و امینی، اعظم (۱۳۹۳) «اصل انصاف و ظرفیت قاعده‌سازی آن در رویه

دیوانین المللی دادگستری»، **مجله حقوقی بین‌المللی**، شماره ۵۱، صص ۹-۴۰.  
 محبی، محسن و رضادوست، وحید (۱۳۹۴) «تفسیر تکاملی معاهدات در حقوق بین‌الملل در  
 پرتو قضیه اختلاف در خصوص کشتی‌رانی و حقوق مربوط به آن (کاستاریکا علیه  
 نیکاراگوئه)»، **مجله حقوقی بین‌المللی**، شماره ۵۳، صص ۹-۳۰.  
 موسوی، سیدفضل‌الله و بذآر، وحید (۱۳۹۵) «نظارت محاکم قضایی بین‌المللی بر شورای امنیت  
 سازمان ملل متحد»، **مجله حقوقی بین‌المللی**، شماره ۵۴، صص ۵۱-۹۰.  
 نژندی‌منش، هیبت‌الله و بذآر، وحید (۱۳۹۶) «نقش فضای مجازی در مذاکرات و روابط  
 بین‌المللی»، **مجله آرمان حقوقی**، شماره ۱، صص ۱۲-۲۵.

#### ب. انگلیسی

- Aspremont, Jean D. (2018) "What Was Not Meant to Be: General Principles of Law as a Source of International Law," **Global Justice, Human Rights, and the Modernization of International Law** - edited by Riccardo PisilloMazzeschi and Pasquale De Sena, Springer International Publishing, pp. 165-193.
- Aznar-Gomez, Mariano J. (1999) "The 1996 Nuclear Weapons Advisory Opinion and Non Lique International Law," **International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 48, pp. 3-19.
- Badansky, Daniel (1999) "Non Lique and Incompleteness of International Law," **International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons** - edited by Laurence Boisson de Chazournes, Philippe Sands, Cambridge University Press, pp. 153-170.
- Baragwanat, David (2014) "The Interpretative Challenges of International Adjudication across the Common Law/Civil Law Divide," **Cambridge Journal of International and Comparative Law**, Vol. 3, pp. 450-488.
- Bartels, Lorand (2004) "The Separation of Powers in the WTO: How to Avoid Judicial Activism," **International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 53, pp. 861-895.
- Beckett, Jason A. (2004) "Interim Legality: A Mistaken Assumption - An Analysis of Depleted Uranium Munitions under Contemporary International Humanitarian Law," **Chinese Journal of International Law**, Vol. 3, pp. 43-86.
- Begic, Taida (2005) **Applicable Law in International Investment Disputes**, Eleven International Publishing.



- Burri, Thomas (2010) "The Kosovo Opinion and Secession: The Sounds of Silence and Missing Links," **German Law Journal**, Vol. 11, pp. 881-890.
- Byers, Michael (2002) "Abuse of Rights: An Old Principle, A New Age," **McGill Law Journal**, Vol. 47, pp. 389-431.
- Dekker, Ige F. and Werner, Wouter G. (1999) "The Completeness of International Law and Hamlet's Dilemma - Non Liqueur, The Nuclear Weapons Case and Legal Theory," **Nordic Journal of International Law**, Vol. 68, pp. 225-247.
- Ege, Ergen (2012) "The Unclear Role Yet Inevitable Application of Domestic Law under Energy Charter Treaty Arbitration," **International Business Law Journal**, Vol. 2012, p. 173-192.
- Elias, Taslim Olawale (1983) **The International Court of Justice And Some Contemporary Problems**, Martinus Nijhoff Publishers.
- Enabulele, Amos O. (2010) "The Aura of Unilateral Statements in International Law: Nuclear Tests Cases Revisited," **Hanse Law Review**, Vol. 6, Issue. 1, pp. 53-70.
- Fellmeth, Aaron X. and Horwitz, Maurice (2009) **Guide to Latin in International Law**, Oxford University Press.
- Handeyside, Hugh (2007) "The Lotus Principle in ICJ Jurisprudence: Was the Ship ever Afloat," **Southern California Law Review**, pp. 71-94.
- Hansen, Patricia Isela. (1999) "Antitrust in the Global Market: Rethinking Reasonable Expectations," **Michigan Journal of International Law**, Vol. 72, pp. 1601-1650.
- Heffernan, Liz (1998) "The Nuclear Weapons Opinions: Reflections on the Advisory Procedure of the International Court of Justice," **Stetson Law Review**, Vol. 28, pp. 133-170.
- Kammerhofer, Jorg (2009) "Gaps, the Nuclear Weapons Advisory Opinion and the Structure of International Legal Argument between Theory and Practice," **British Yearbook of International Law**, Vol. 80, pp. 333-360.
- Korhonen, Outi (1999) "Legality or Otherwise? Nuclear Weapons and the Strategy of Non Liqueur," **Finnish Yearbook of International Law**, pp. 55-90.
- Neff, Stephen C. (2009) "In Search of Clarity: *Non Liqueur* and International Law," **International Law and Power Perspectives on Legal Order**

- and Justice** - edited by Kaiyan Homi Kaikobad and Michael Bohlander, Martinus Nijhoff Publishers, pp. 63-84.
- Oellers-Frahm, Karin (2011) "Lawmaking through Advisory Opinions," **German Law Journal**, Vol. 12, pp. 1033-1056.
- Ouchi, Kazuomi (1998) "The Threat or Use of Nuclear Weapons: Discernible Legal Policies of the Judges of the International Court of Justice," **Connecticut Journal of International Law**, Vol. 13, pp. 107-118.
- Pauwelyn, Joost (2001) "The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go," **American Journal of International Law**, Vol. 95, pp. 535-578.
- Paz, Reut Yael. (2012) "Making It Whole: HerschLauterpacht's Rabbinical Approach to International Law," **Geottingen Journal International Law**, Vol. 4, pp. 417-445.
- Perez, Antonio F. (1997) "The Passive Virtues and the World Court: Pro-Dialogic Abstention by the International Court of Justice," **Michigan Journal of International Law**, Vol. 18, pp. 399-444.
- Peters, Anne (2011) "Does Kosovo Lie in the Lotus-Land of Freedom?," **Leiden Journal of International Law**, Vol. 24, pp. 95-108.
- Romano, Cesare P. (2009) "Deciphering the Grammar of the International Jurisprudential Dialogue," **N.Y.U Journal of International Law and Politics**, Vol. 41, pp. 755-787.
- Rossi, Christopher R. (2016) "Impaled on Morton's Fork: Kosovo, Crimea, and the Sui Generis Circumstance," **Emory International Law Review**, Vol. 30, pp. 353-390.
- Scobbie, Iain G. M. (1997) "The Theorist as Judge: HerschLauterpacht's Concept of the International Judicial Function," **European Journal of International Law**, Vol. 8, pp. 264-298.
- Shaffer, Gregory (2011) "Joel Trachtman, Interpretation and Institutional Choice at the WTO," **Virginia Journal of International Law**, Vol. 52, pp. 103-153.
- Skordas, Achilles (2001) "Epilegomena to a Silence: Nuclear Weapons, Terrorism and the Moment of Concern," **Journal of Conflict and Security Law**, Vol. 6, Issue. 2, pp. 191-224.
- Steinberg, Richard H. (2004) "Judicial Law Making at the WTO: Discursive, Constitutional, and Political Constraints," **American Journal of**

- International Law**, Vol. 98, pp. 247-275.
- Sugihara, Takane (2012) "The Principle of Jura Novit Curia in the International Court of Justice: With Reference to Recent Decisions," **Japanese Yearbook International Law**, Vol. 55, pp. 77-109.
- Taniguchi, Yasuhei (2010) "WTO Dispute Resolution as Arbitration," **Contemp. Asia Arbitration Journal**, Vol. 3, pp. 1-6.
- Thurer, Daniel (2003) "Malcolm MacLaren, Might the Future of the ABC Weapons Control Regime Lie in a Return to Humanitarianism," **Swiss Review of International and European Law**, Vol. 13, pp. 339-371.
- Tricot, Roland and Sander, Barrie (2011) "Recent Developments: The Broader Consequences of the International Court of Justice's Advisory Opinion on the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo," **Columbia Journal of Transnational Law**, Vol. 49, pp. 321-363.
- Weil, Prosper (1998) "The Court Can Not Conclude Definitively ... Non Lique Revisited," **Columbia Journal of Transnational Law**, Vol. 36, pp. 109-119.

