

پژوهش‌های حقوقی

شماره ۲۱

هزار و سیصد و نود و یک - نیمسال اول

- مجوزهای اجباری ابزاری رقابتی در برابر انحصار حقوق مالکیت فکری
محمود باقری - سیمین عباسی
- بررسی و تحلیل زبان علم حقوق ایران در پرتو زبان‌های علمی مدرن
حسین سیمایی صراف - حامد ملکشاهی
- «دارا شدن من غیر حق» در حقوق ایران در پرتو کنوانسیون سازمان ملل متحد
برای مبارزه با فساد مالی
سید منصور میر سعیدی - حجت تجارزاده اهری
- دستاوردهای جدید قانون داورى انگلستان در مقایسه با قانون داورى تجارى بین‌المللى ایران
حمیدرضا علیخانی - سعید عباسی
- حق بر دادرسی منصفانه در مرحله تحقیقات مقدماتی در رویه قضایی دادگاه اروپایی حقوق بشر
نقیسه بهرامی
- حرکت به سوی قاعده‌سازی و انگاره‌های معاصر: رویه قضایی در آئینه
دیوان بین‌المللی دادگستری
امیر ارسلان رسول‌پور - عبدالله عابدینی
- اجرای احکام محکومیت جزای نقدی در حقوق کیفری ایران و انگلستان
مریم همتی
- مروری کوتاه بر پرونده رادوان کارادزیچ: قصاب بالکان
هیبت‌الله نژندی منش





ناظر روی تو صاحب نظرانند، آری
سرگیسوی تو در هیچ سری نیست که نیست
حافظ

حرکت به سوی قاعده‌سازی و انگاره‌های معاصر: رویه قضایی در آئینه دیوان بین‌المللی دادگستری

امیر ارسلان رسول پور* - عبدالله عابدینی**

یک دادگاه بین‌المللی، بیشتر از همه، اعمال‌کننده حقوق بین‌الملل است. محمد بجاوی^۱
حقوق بین‌الملل با به‌هم پیوستگی و قالب‌بریزی حافظه تاریخی در صورت‌های نوین و گاهی اوقات با فراموش نمودن سرچشمه‌های خود، به سوی آینده حرکت می‌کند. جیمز کرافورد^۲

چکیده: ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری که به برشماری منابع حقوق بین‌الملل اختصاص یافته است با توجه به اعتبار نسبی آرای قضایی (ماده ۵۹)، از رویه قضایی به عنوان وسیله‌ای برای احراز قواعد حقوقی یاد می‌کند. با وجود این، در گذر زمان آرای قضایی، به ویژه آرای دیوان بین‌المللی دادگستری، موقعیت خویش به عنوان منبع فرعی حقوق بین‌الملل را درنوردیده از منزلت و مرتبتی والاتر از منطوق مقرر در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان برخوردار گشته‌اند.

کلیدواژه‌ها: منابع حقوق بین‌الملل، رویه قضایی، دیوان بین‌المللی دادگستری، منبع اصلی، منبع فرعی، عدالت، منابع شکلی و مادی، تقنین قضایی

* دانشجوی دکترای حقوق بین‌الملل دانشگاه پیام نور

** دانشجوی دکترای حقوق بین‌الملل دانشگاه تهران

1. Mohammed Bedjaoui, "Expediency in The Decisions of The International Court of Justice", *British Year Book of International Law*, Vol. 71, 2000, p. 1.

2. James Crawford, "Continuity and Discontinuity in International Dispute Settlement: An Inaugural Lecture", *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 1, 2010, p. 22.

آغاز بحث

ما در جهانی زندگی می‌کنیم که بر امور آن، رابطه علت و معلول حکمفرماست. نادیده گرفتن قانون علیت به معنای زیر سوال بردن تمامی یافته‌های علمی می‌باشد. لذا در خصوص قواعد حاکم بر یک نظام نیز تفحص برای یافتن علت‌های ایجاد آن‌ها امری طبیعی است. در چارچوب علم حقوق بین‌الملل،^۳ از یک زاویه، این علت‌ها را می‌توان در قالب منابع حقوق بین‌الملل مورد بررسی قرار داد. همان‌گونه که در مباحث آتی بیان خواهد شد، منابع شکل دهنده قواعد حاکم بر روابط جامعه بین‌المللی به دو گروه اصلی مادی و شکلی تقسیم می‌گردند. یکی از مهم‌ترین دلایلی که توجه نگارندگان را به بحث منابع حقوق بین‌الملل جلب کرده، این است که گاهی اوقات، نویسندگان حقوق بین‌الملل بدون آنکه به عناصر شکل دهنده یک مبحث بپردازند، مستقیماً وارد ماهیت آن می‌شوند.^۴ به نظر می‌رسد علم حقوق در مقیاس کلی، علم قاعده‌مند نمودن روابط موجود در جامعه است. به طور قطع، یک قاعده باید حداقل بر دو تابع حکم نماید، چرا که در صورت نبود موارد مشابه و قابلیت تعمیم حکم یک قاعده به حداقل دو تابع، نمی‌توان از چیزی به نام قاعده یا نورم (Norm) یاد کرد. لذا وجود قواعد مشترک میان تابعان یک نظام، وجود منابع مشترکی را نیز جهت ایجاد این قواعد می‌طلبد. موضوعی که مقدمه کشف منابع تشکیل دهنده قواعد مشترک حقوقی است. مطلبی که در چارچوب حقوق بین‌الملل، همان بررسی منابع حقوق بین‌الملل می‌باشد. میان تمامی تابعان نظام حقوقی بین‌المللی، دولت‌ها در طول تاریخ جامعه بین‌المللی، نه تنها اولین بلکه مهم‌ترین و فعال‌ترین تابعان محسوب می‌گردند. این دسته از تابعان حقوق بین‌الملل که سازمان‌های بین‌المللی در کنار آن‌ها، تابعان فعال حقوق بین‌الملل قلمداد می‌شوند، همیشه در ایجاد قواعد حقوق بین‌الملل تابعانی انحصار طلب بوده و به همین دلیل است که سایر تابعان حقوق بین‌الملل از قبیل افراد به عنوان

۳. «حقوق بین‌الملل امروزی به عنوان یک علم توصیفی و اثباتی (Positive) شناخته می‌شود؛ بدین بیان که می‌توان قواعد آن را به وسیله شیوه‌های عینی باز شناخت. مستنداتی که امکان شناسایی این قواعد را به ما می‌دهند، منابع حقوق بین‌الملل در معنای رسمی یا حقوقی آن هستند. از این رو، علم حقوق بین‌الملل به دنبال بررسی حقایق (Facts) است که موجود و اجرا کننده قواعد حقوقی بین‌المللی است.» در خصوص تبیین حقوق بین‌الملل به عنوان یک علم و پیشرفت‌های آن و همچنین اثرگذاری علم بر آن، به طور کلی بنگرید به:

Ludwik Ehrlich, "The Development of International Law as a Science", *Recueil des cours*, Vol. 105, 1962, pp. 177-259; M.W. Mouton, "The Impact of Science on International Law", *Recueil des cours*, Vol. 119 (1966-III), pp. 192-257.

4. Leo Gross and Anthony D'Amato (Review Book) "Rethinking The Sources of International Law By G.J.H. Van Hoof, book", *American Journal of International Law*, Vol. 78, 1984, (BR2-84).

تابعان منفعل شناخته شده‌اند.^۵ حتی در خصوص سازمان‌های بین‌المللی نیز که در کنار دولت‌ها از تابعان فعال به شمار می‌روند، با وجود پذیرش شخصیت حقوقی مستقل این سازمان‌ها،^۶ نمی‌توان یک تازی دولت‌ها را به عنوان اصلی‌ترین تابعان و سازندگان قواعد حقوقی در درون پیکره جامعه بین‌المللی را انکار نمود. لذا چندان دور از منطق نمی‌نماید که تصمیمات و آثار اعمال سازمان‌های بین‌المللی را نیز به صورت غیرمستقیم به دولت‌ها انتساب داد.^۷

تحولات نیم قرن گذشته در حوزه روابط بین‌الملل باعث پیدایش بازیگران جدیدی در این حوزه گردید که معادلات قبلی را دچار تزلزل و تردید نموده است. در این رابطه تشکیل سازمان ملل متحد و تبدیل آن به سازمانی جهان شمول، نتایج غیرقابل پیش‌بینی را به دنبال داشته است.^۸ از جمله این نتایج ارتقاء دیوان بین‌المللی دادگستری، به عنوان ارگان اصلی قضایی ملل متحد (ماده ۹۲ منشور)، از سطح یک دادگاه بین‌المللی و درون سازمانی به دادگاهی جهانی (World Court) می‌باشد.^۹ با توجه به ویژگی‌های جامعه بین‌المللی از

۵. امروزه، به اعتقاد بسیاری از حقوقدانان و صاحب‌نظران، حقوق بین‌الملل از «حاکمیت محوری» به سوی «بشر محوری» در حال حرکت است و توجه به حاکمیت و ستفالیایی قرن شانزدهم، امروزه دیگر جایگاهی در جامعه بین‌المللی ندارد. به واقع، «بشر» هدف تمام نظام‌های حقوقی است و اصولاً، «بشر» را می‌توان تابع اصلی حقوق بین‌الملل به شمار آورد. برای مطالعه بیشتر، نک: سید قاسم زمانی، «فرایند انسانی شدن حقوق بین‌الملل و چالش‌های فراروی آن»، در مجموعه مقالات هفته پژوهش در دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبایی، ۱۳۸۸، صص ۹۵-۱۰۳ و برای تحلیلی نسبتاً جامع، نک:

Theodor Meron, *The Humanization of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

6. *ICJ Reports*, 1949, p. 179.

«از منظر دیوان، سازمان [ملل متحد] بدین منظور بنا شده تا از حقوقی بهره‌مند شده و کارکردهایی را اعمال کند که این بهره‌مندی و اعمال را صرفاً می‌توان بر مبنای داشتن حدی از شخصیت بین‌المللی و ظرفیتی که برای اجرای آن در عرصه بین‌المللی اختصاص داده شده، تبیین نمود.»

۷. برای مطالعه در خصوص مرز میان مسؤولیت سازمان‌های بین‌المللی و اعضای آن، نک: سید قاسم زمانی، *حقوق سازمان‌های بین‌المللی؛ شخصیت، مسؤولیت، مصونیت*، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چاپ سوم، ۱۳۸۷، صص ۱۸۴-۱۴۵.

۸. به واقع، حتی می‌توان مبنای حقوق بین‌الملل نوین را همزمان با تأسیس سازمان ملل متحد به حساب آورد. چرا که اهداف، حقوق، ظرفیت‌ها و کارکردهای سازمان مزبور به حدی گسترده و عمیق است که با دوران پیش از آن و حتی نهادهای بین‌المللی دیگر هم عصر آن، قابل قیاس نمی‌باشد.

۹. از نظر «جرج اِبی صعب»، دیوان به عنوان رکن اصلی قضایی ملل متحد و به واسطه تعداد اعضاء، گستردگی موضوعات تحت صلاحیت در قالب صلاحیت عام از یک سو و همین‌طور، ترکیب، چشم انداز و اشتغالات قضات حاضر در آن شایسته نامیده شدن به عنوان «دادگاه جهانی» است. ضمن اینکه دیوان مزبور تحت استیلاهی هیچ فرهنگ اجتماعی یا حقوقی خاصی نیست. برای مطالعه، نک:

Georges Abi-Saab, "The International Court as a world court", in *Fifty years of the International Court of Justice*, Essays in honour of Sir Robert Yewdall Jennings, edited by Vaughan Lowe and Malgosa

جمله، فقدان اقتدارات عالیه و حکومتی مرکزی جهت تنظیم روابط بین‌المللی، قضات دیوان با آگاهی از شأن و منزلت نهادی که در آن به قضاوت نشسته‌اند، در مواردی سعی در پر کردن خلأهای موجود در بحث قواعد حقوق بین‌الملل نموده‌اند. اگرچه این ابداع و لغو انحصار دولت‌ها در امر ایجاد قواعد حقوق بین‌الملل، تا کنون در قالب حل اختلافات ارجاعی و یا نظریات مشورتی درخواستی و به صورت ضمنی و زیرکانه انجام گرفته است، اما، قضات به عنوان حافظان ارزش‌های جامعه بین‌المللی،^{۱۰} اکنون نقش مهم قضات غیرقابل انکار می‌باشد.

جهت بررسی این تحول در جایگاه رویه قضایی بین‌المللی با تأکید بر آراء دیوان بین‌المللی دادگستری نگاهی اجمالی به سایر منابع نیز گریزناپذیر است. بنابراین در بخش اول، به بررسی ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری خواهیم پرداخت. سپس در بخش دوم به مبحث تقسیم‌بندی منابع اصلی یا اولیه به زعم اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری خواهیم پرداخت. در بخش سوم، منابع ذکر نشده در اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری از نظر خواهد گذشت و در بخش چهارم، که تکیه اصلی مقاله حاضر است، به سیر رویه قضایی بین‌المللی به سوی منبع اصلی حقوق بین‌الملل پرداخته خواهد شد. در پایان نیز، نتیجه‌گیری ارائه خواهد گردید.

بخش اول:

نگاهی به ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری

ماده ۳۸ اساسنامه دیوان اشعار می‌دارد:

«دیوان که مأموریت دارد اختلافاتی را که به آن ارجاع می‌شود، بر طبق حقوق بین‌الملل حل و فصل نماید، بر طبق معیارهای زیر عمل خواهد کرد: الف. معاهدات بین‌المللی، اعم از عام یا خاص، که بیان‌کننده قواعدی می‌باشند که دولت‌های طرف دعوا صریحاً آن‌ها را به رسمیت شناخته‌اند؛ ب. عرف بین‌المللی، مبین رویه‌ای کلی که به عنوان قانون پذیرفته شده است؛ ج. اصول کلی حقوقی مقبول ملل متمدن؛ د. با رعایت مقررات ماده ۵۹، آراء قضایی و عقاید برجسته‌ترین مبلغان ملل مختلف، به منزله ابزارهای فرعی شناخت قواعد حقوقی.»

در بین حقوقدانان^{۱۱} تقریباً رویه شده که اولین تقسیم‌بندی که در بحث منابع حقوق

Fitzmaurice, Cambridge University Press, 1996, pp. 3-16.

10. *Ibid*, pp. 7-12.

۱۱. محمدرضا ضیائی‌بیگدلی، حقوق بین‌الملل عمومی، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ بیست و سوم،

بین‌الملل شکل می‌گیرد، تقسیم منابع حقوق بین‌الملل به منابع شکلی و مادی است.^{۱۲} لازم به ذکر است که این تقسیم‌بندی مختص حقوق بین‌الملل نمی‌باشد، چرا که سایر حوزه‌های حقوق نیز از منابعی بهره می‌گیرند و آن منابع نیز به مانند منابع قابل اشاره در حقوق بین‌الملل قابل تقسیم‌بندی به این شیوه می‌باشند. منابع مادی در واقع عوامل و دلایل اصلی شکل دهنده یک قاعده حقوقی می‌باشند که البته با توجه به ساختارهای سیاسی، اقتصادی و اجتماعی ممکن است شیوه تأثیر این عوامل مختلف باشد.^{۱۳} اما آنچه که مسلم است، این است که میان منابع ماهوی تأثیرگذار در حقوق داخلی و منابع ماهوی تأثیرگذار در حقوق بین‌الملل اختلاف فاحشی وجود دارد. به عنوان مثال در مورد تأثیر ساختار سیاسی نظام‌های حقوق داخلی، با وجود اختلافات موجود در این ساختار، آنچه مشترک است تأثیرپذیری منابع حقوق داخلی و به طور کلی ایجاد بخش عمده‌ای از قواعد حقوقی نظام داخلی طی روندی مشخص، قانونمند و توسط نهادهای سازمان یافته - عمدتاً قوه مقننه - خواهد بود. درحالی‌که چنین سازمان و نهادی در حقوق بین‌الملل وجود ندارد.^{۱۴}

در مورد منابع شکلی باید گفت، این دسته از منابع هستند که با توجه به ظاهر بودن، ملموس بودن و قابلیت تفکیک و تشخیص و طبقه‌بندی آن‌ها، مورد مطالعه حقوق - در کل و حقوق بین‌الملل به طور خاص - به عنوان منابع حقوق قرار می‌گیرند. به همین دلیل مطالعه گروه اول از منابع یاد شده نه در حوصله این نوشتار بوده و نه در تخصص آن. تفاوت‌های موجود میان حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی و از جمله مهم‌ترین آن‌ها یعنی نبود قوای عالی به مثابه قوای سه گانه موجود در حقوق داخلی، باعث گردیده که در بسیاری از موارد ابهامات و تفاسیر متعدد و متناقض از مفاهیم موجود در حقوق بین‌الملل صورت گیرد و نبود اقتدارات عالی و نهادهای سازمان یافته برتر، مانع از حل این ابهامات و تضادها شده است،^{۱۵} به گونه‌ای که به عنوان مثال در بحث ما، پژوهشگران حقوق بین‌الملل برای دسته‌بندی و یا تمییز منابع حقوق بین‌الملل، به ماده‌ای^{۱۶} از اساسنامه یک سازمان بین‌المللی متوسل شده‌اند. اگر چه رجوع به ماده‌ای از اساسنامه یک سازمان

۱۳۸۵، ص ۹۳؛ و همچنین

Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5th Ed, Oxford University Press, 1998, p. 1.

۱۲. در این خصوص، نک: آرامش شهبازی، *حقوق بین‌الملل؛ دیالکتیک ارزش و واقعیت*، تهران: مؤسسه

مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۸، صص ۴۱-۳۷.

۱۳. ضیائی بیگدلی، پیشین، ص ۹۳.

14. Brownlie, *op. cit.*, p. 2.

15. Anthony Aust, *Handbook of International Law*, Cambridge University Press, 2005, p. 5.

۱۶. ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری با توجه به ماده ۵۹ همان اساسنامه.

بین‌المللی جهت برشمردن و یا دسته‌بندی منابع حقوق بین‌الملل آن هم در حالی که در خود آن ماده نیز نامی از منابع حقوق بین‌الملل برده نشده، چندان منطقی نمی‌نماید، اما در اینکه ماده مذکور بیانگر موارد مهمی از منابع حقوق بین‌الملل نیز هست، میان حقوقدانان تردیدی وجود ندارد.

ورود به حیطه ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، تبیین نوع دیگری از دسته‌بندی منابع حقوق بین‌الملل یعنی تقسیم منابع حقوق بین‌الملل به دو دسته منابع اصلی یا مستقیم و ابزارهای فرعی یا منابع غیرمستقیم را می‌طلبد. چرا که ماده مذکور پس از بیان معاهدات بین‌المللی، عرف بین‌المللی و اصول کلی حقوقی، در بخش چهارم از بند اول، از تصمیمات قضایی و دکترین به عنوان ابزارهای فرعی یاد می‌کند و این مطلب خود تقسیم‌بندی ضمنی منابع حقوق بین‌الملل به منابع اصلی و ابزارهای فرعی شناخت قواعد حاکم بر روابط بین‌المللی است. به همین دلیل در بخش بعد، به دسته اول از منابع یاد شده و ابزارهای فرعی مذکور می‌پردازیم.

بخش دوم: تقسیم‌بندی منابع اصلی یا اولیه به زعم اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری

گفتار اول: منابع اصلی یا مستقیم

همان‌گونه که قبلاً ذکر گردید ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری ابتدائاً در سه بند a, b و c به ذکر یک دسته از منابع پرداخته که شامل معاهدات (Treaties)، عرف بین‌المللی (International Custom)، و اصول کلی حقوقی (General Principles of Law) بوده که به شرح ذیل مورد بررسی قرار می‌گیرند.

بند اول: معاهدات بین‌المللی

تا قبل از انعقاد کنوانسیون حقوق معاهدات وین در سال ۱۹۶۹، برای تعریف معاهده به منبع دیگر، یعنی عرف مراجعه می‌شد که از منظر آن «معاهده عبارت است از توافق منعقد میان دو یا چند تابع حقوق بین‌الملل - اعم از کتبی یا شفاهی - به منظور حصول آثار حقوقی معین طبق حقوق بین‌الملل، بدون در نظر گرفتن نام و عنوانی که برای آن انتخاب می‌شود»^{۱۷} پس از انعقاد کنوانسیون ۱۹۶۹، تعریف دیگری نیز از معاهده به دست آمد. این تعریف در ماده ۲ عهدنامه وین چنین است: «معاهده توافقی کتبی است میان دولت‌ها و در

۱۷. محمدرضا ضیائی بیگدلی، حقوق معاهدات بین‌المللی، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ سوم، ۱۳۸۵، ص ۹.

چارچوب مقررات حقوق بین‌الملل، اعم از اینکه در یک یا دو و یا چند سند مرتبط به هم باشد، بدون اینکه به عنوان خاص آن توجه شود.^{۱۸} در این رابطه مقصود بخش اول از بند اول ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری از عهدنامه‌های بین‌المللی، معاهدات دو جانبه و چند جانبه است. لازم به ذکر است معاهدات امروزه نقش بسیار مهمی را در پیدایش قواعد حقوق بین‌الملل ایفا می‌کنند به گونه‌ای که قسمت‌های عمده‌ای از عرف بین‌المللی در قالب معاهدات بین‌المللی تدوین گردیده تا آنجا که عرف تا حدودی کاربرد فراوان سابق خود را از دست داده است. البته این بدان معنا نیست که میان منابع حقوق بین‌الملل اولویت‌بندی وجود داشته باشد.^{۱۹}

بند دوم: عرف بین‌المللی

اگر چه ممکن است مطالعه عرف و بحث درباره آن در حیطه نظام‌های حقوقی داخلی معاصر، کار چندان قابل توجه و مفیدی نباشد،^{۲۰} اما به واقع در حیطه حقوق بین‌الملل با توجه به نبود نهادهای مشابه حقوق داخلی، عرف نقش بسیار تعیین کننده‌ای را ایفا می‌نماید.^{۲۱} عرف بین‌المللی در کنار معاهدات بین‌المللی یکی از دو منبع اصلی حقوق بین‌الملل است، به طوری که این دو منبع موجد بخش عمده‌ای از قواعد حقوق بین‌الملل تلقی می‌شوند.^{۲۲}

۱۸. دیوان در قضیه مسائل تحدید حدود دریایی و سرزمینی میان قطر و بحرین، همین تعریف کنوانسیون را جهت ایضاح ماهیت صورت جلسات انجام شده میان طرفین، ذکر می‌کند. نک:

Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, *I.C.J. Reports* 1994, p. 112, paras. 22-23.
19. Aust, *op. cit.*, p. 6.

شایان ذکر است که از مهم‌ترین اختلافات میان عرف و معاهده یکی این است که در مورد وجود یا فقدان یک معاهده تردیدی نیست و هیچ تابعی از حقوق بین‌الملل نمی‌تواند منکر وجود یک معاهده گردد. درحالی‌که در مورد عرف مرجع استناد کننده ابتدائاً باید وجود خود آن عرف را در نظام حقوقی بین‌المللی اثبات نماید. دومین اختلاف مهم نیز در تشخیص تابعان ملزم به قواعد حقوقی محصول آن منابع می‌باشد که از تفاوت اول ناشی می‌شود؛ بدین شرح که در مورد معاهدات کمتر در تشخیص تابعان ملزم بدان تردید حاصل می‌شود و فرضاً در مورد معاهده‌ای که میان چند دولت منعقد شده، طرفین آن معاهده کاملاً مشخص هستند. اما در مورد عرف اثبات این مطلب که آیا دولت یا هر تابع دیگری از حقوق بین‌الملل که درگیر قضیه است، ملزم بدان عرف است نیز به عهده مرجع استناد کننده است.

۲۰. البته باید خاطر نشان کرد که عرف از منابع عمده رژیم حقوقی کامن‌لا به حساب می‌آید و از آنجایی که نظام حقوق بین‌الملل نیز از یک سو، از آمیختگی دو نظام حقوقی رومی-ژرمنی و کامن‌لا به وجود آمده و از سوی دیگر، فقدان اقتدارات عالیه در سطح روابط بین‌الملل اهمیت وجود عرف و نقش آن را در هنجارسازی برجسته می‌نماید، در نتیجه، در حال حاضر نیز باید عرف را الهام‌بخش اصلی حقوق بین‌الملل به شمار آورد.

21. Malcolm N. Shaw, *International Law*, 6th Ed, Cambridge University Press, 2008, p. 73.

22. Daniel H. Joyner, "A Normative Model for the Integration of Customary International Law Into US

به صورت کلی تکرار یک عمل به صورت مشابه از سوی اعضای یک جامعه به گونه‌ای که این عمل دارای جایگاهی گردد که عدم اجرای آن به نظم آن جامعه خدشه وارد سازد، عرف آن جامعه نامیده می‌شود. لذا در مورد جامعه بین‌المللی نیز چنین اعمالی مصداق دارند و در صورتی که از سوی اعضای این جامعه، اعمال یا رفتاری به صورتی مشابه تکرار گردد که به تدریج بتوان عدم رعایت آن‌ها را باعث ایجاد مسؤلیت عضو متخلف دانست، می‌توان اذعان داشت که عرف بین‌المللی تشکیل شده است. در مورد عوامل ایجاد خود عرف نیز می‌توان به دلایل زیادی اشاره نمود از جمله روابط دیپلماتیک، اظهارات سیاسی، تصمیمات قضایی ملی و بین‌المللی رویه سازمان‌های بین‌المللی، قطعنامه‌های سازمان ملل متحد در مورد مسائل حقوقی. اگر چه هر یک از آن‌ها نیز ممکن است با توجه به شرایط و اوضاع و احوال خاص، دارای درجات اهمیت متفاوتی باشند.^{۲۳} در مورد اهمیت عرف بین‌المللی باید یادآور شد که علاوه بر اینکه عرف قدیمی‌ترین و یکی از مهم‌ترین منابع حقوق بین‌الملل است، می‌تواند ابزاری جهت تفسیر معاهدات نیز قرار گیرد.^{۲۴} به این دلیل که در تفسیر معاهدات، داشتن حسن نیت و در نظر گرفتن سایر قواعد حقوق بین‌الملل مرتبط با موضوع، اصلی کاملاً جا افتاده است.^{۲۵}

بند سوم: اصول کلی حقوقی

در مقایسه با حقوق داخلی، حقوق بین‌الملل همیشه در حال توسعه و پیشرفت بوده، لذا آن چنان که ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری هم در قسمت سوم بند اول اجازه داده، دادگاه‌های بین‌المللی و دیوان‌های داوری تشکیل شده همیشه سعی در پر کردن خلأها و نقص‌های حقوق بین‌الملل داشته‌اند که در این راه بیشتر از مفاهیم از حقوق داخلی (البته در صورتی که قابلیت اعمال آن‌ها در روابط بین کشورها وجود داشته باشد) وام گرفته‌اند.^{۲۶} این مفاهیم در واقع در مواقعی به کار می‌روند که در آن موضوع معاهده و یا عرف مسلمی وجود نداشته باشد. از جمله این اصول و مفاهیم می‌توان به اصل حسن نیت،^{۲۷} استاپل،^{۲۸} انصاف^{۲۹} اشاره کرد. لازم به ذکر است که در ماده مذکور عبارت ملل

Law", *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 11, p. 133.

23. Brownlie, *op. cit.*, p. 5.

24. البته این بدان معنا نیست که معاهدات در تعیین عرف‌های بین‌المللی بی‌اثر باشند. در این خصوص، نک:

Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Vol. 1, Cambridge University press, 2009, p. xlviii.

25. *Ibid.*, p. xvi

26. Aust, *op. cit.*, p. 8.

27. به عنوان نمونه، دیوان در قضیه برادران لاگران، با اینکه تأیید می‌کند برادران لاگران و وکیل تسخیری

آن‌ها در جریان رسیدگی به محاکمات تا سال ۱۹۹۲، اشاره‌ای به ماده ۳۶ کنوانسیون وین در خصوص حق بر

متمدن به کار گرفته شده که امروزه قابل استفاده نخواهد بود، چرا که باعث جریحه‌دار شدن احساسات ملی برخی کشورها خواهد شد و امروزه نیز چنین تعبیری در میان حقوقدانان منسوخ شده است.

گفتار دوم: منابع یا ابزارهای فرعی

قسمت اخیر بخش چهارم از ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری با قلمداد نمودن تصمیمات قضایی (Judicial Decisions) و عقاید برجسته‌ترین مؤلفان ملل مختلف (Most Highly Qualified Publicists) به عنوان ابزارهای فرعی شناسایی قواعد حقوق بین‌الملل، همان‌گونه که قبلاً نیز ذکر شد، دست به یک تقسیم‌بندی ضمنی میان منابع اصلی و منابع یا ابزارهای فرعی زده است. نقش این دسته از منابع مذکور مطابق ماده فوق‌الذکر باید در چارچوب ماده ۵۹ اساسنامه دیوان مورد بررسی قرار گیرد و ماده اخیر نیز تصمیمات دیوان را فقط درباره طرفین آن دعوا و در همان موضوع خاص لازم‌الاتباع دانسته و این موضوع تا حدودی دارای ابهام است. در این خصوص مهم‌ترین مسأله‌ای که ممکن است باعث پیدایش ابهام در جایگاه رویه قضایی از منظر اساسنامه دیوان گردد، این است که آیا در کل، دیوان یا طرفین می‌توانند آن تصمیمات را مورد استناد خود قرار دهند؛ حال چه به صورت مستقیم و چه به صورت غیرمستقیم و این سوالی است که پاسخ آن قسمتی از مباحث آتی این نوشتار را تشکیل می‌دهد.

بند اول: تصمیمات قضایی

بدون شک اگر قدرت تجربه‌پذیری از تاریخ گذشته در انسان وجود نداشت، هیچ پیشرفتی در هیچ‌یک از امور حاصل نمی‌شد. چرا که هر کس خود مجبور بود از نقطه آغازین، اقدام به مطالعه، تحقیق و آزمون و خطا کند و یقیناً در عمر کوتاه بشری نیز به ثمر رسیدن بیشتر این تلاش‌ها بعید می‌بود. اما پیوند این مطلب با بحث ما و اساساً چارچوب علم حقوق از آنجاست که نقش این تجربه‌پذیری در تمامی امور بوده و بدون شک علم حقوق نیز به صورت کلی از آن مستثنا نخواهد بود. اما منظور ما مورد خاصی است که هم به لحاظ

معاذت کنسولی نداشته‌اند، اما دولت آمریکا را مجاز نمی‌داند این عدم استناد را دستمایه کوتاهی خود در اطلاع‌رسانی به متهم در خصوص حق مزبور قرار دهد و آن را نشانه‌ای بر غیرقابل پذیرش بودن دعوای آلمان مطرح نماید. نک:

- LaGrand Case, (Germany v. United States of America) Judgment of 27 June 2001, p. 488, para. 60.
 28. Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras) Application to Intervene, Judgment of 13 September 1990, *I.C.J. Reports* 1990, p. 92, paras. 118-119.
 29. Frontier Dispute, Judgment (Burkina Faso/Republic of Mali) *I.C.J. Reports* 1986, p. 554, paras. 567-568.

اسمی و هم از نظر مفهومی، به بحث تجربه و سابقه اشاره دارد و آن نیز بحث رویه قضایی بین‌المللی است. توضیح اینکه در واقع رویه قضایی همان مد نظر قرار دادن نحوه نگرش سابق دادگاه‌ها و سایر مراجع حل اختلاف در موضوعات مشابه جدید است. به عبارت دیگر می‌توان رویه قضایی را «تکرار تاریخ در پرتو تصمیمات مراجع حل اختلاف» نامید. با توجه با این مطلب که بخش اساسی این نوشتار از بحث تصمیمات قضایی تشکیل گردیده و در واقع هدف کلی آن به نوعی تبیین و تشریح جایگاه تصمیمات قضایی در حقوق بین‌الملل امروز و بررسی قدرت قاعده‌سازی آن است، در اینجا به همین توصیف کلی بسنده می‌نماییم.

بند دوم: دکترین یا نظرات دانشمندان حقوق بین‌الملل

منظور از عبارت «عقاید برجسته‌ترین مؤلفان ملل مختلف»^{۳۰} همان نظرات حقوقی صاحب‌نظران حوزه حقوق بین‌الملل است. ذکر واژه نظرات حقوقی در اینجا به این دلیل است که تنها عقایدی قابلیت احتساب به عنوان دکترین حقوق بین‌الملل را دارند که صرفاً تحت تأثیر و در چارچوب مؤلفه‌های حقوقی ارائه گردند و ضمن حفظ بی‌طرفی،^{۳۱} متأثر از فشارهای سایر عوامل موجود از قبیل ملیت و سیاست نباشند. به نظر می‌رسد با توجه به این مطلب که این منبع به دلیل کثرت موجدان آن یعنی مؤلفان موصوف و اینکه تقریباً در هیچ ارگان و سیستم حل اختلافی، مستقیماً و مستقلاً قابل استناد نیست، همیشه از آزادی عمل بیشتری برخوردار بوده و در مقایسه با سایر منابع کمتر رفتار محدودیت‌های ناشی از اسناد و حتی قواعد سابق موجود در حقوق بین‌الملل است. چرا که تنها این منبع است که فارغ از هر تشریفات خاصی و صرفاً با مد نظر قرار دادن اصول کلی حقوقی که مبنای استدلالات حقوقدانان است، قدرت ابراز نظرات جدید و حتی کاملاً متفاوت با نظرات سابق را دارد. ممکن است از دیدگاه عده‌ای، این آزادی عمل باعث ایجاد اختلاف نظرهای متعدد و تشتت آراء گردد. اما لازم به ذکر است که اگر دکترین بر مبنای بدیهیات و اصول کلی پذیرفته شده در حقوق بین‌الملل و موافق با اصول و نکات علمی لازم در استدلالات حقوقی باشد، نه تنها باعث تشتت آراء نبوده، بلکه تسهیل کننده رسالت اصلی حقوق در کل و حقوق بین‌الملل به طور خاص یعنی نظام‌بندی جامعه برای تبدیل هست‌ها و نیست‌ها به باید‌ها و نباید‌هاست. درباره دکترین و نظریات صاحب‌نظران حقوق بین‌الملل

۳۰. منظور عبارت the Most Highly Qualified Publicists of the Various Nations در بند d ماده ۳۸ اساسنامه

دیوان است.

31. Anthony D'Amato, "What Does It Mean to be an Internationalist?", *Michigan Journal of International Law*, Vol. 10, p. 104.

باید گفت که این نظریات خود باید ویژگی‌هایی داشته باشند، که مهم‌ترین آن‌ها داشتن قدرت و نفوذ است.^{۳۲} امروزه بدون تردید نمی‌توان آثار نظریات حقوق‌دانان را بر حقوق بین‌الملل در نظر نگرفت. خصوصاً هنگامی که این عقاید حالت جمعی و اجماعی به خود می‌گیرد، از جمله دکترین صادره از کمیسیون حقوق بین‌الملل^{۳۳} که به جرأت می‌توان گفت از مؤثرترین نهادهای موجود در پیکره نظام حقوق بین‌الملل در این امر بوده که نهاد مزبور، چنانچه می‌دانیم عملاً و در واقع، مرجعی رسمی برای اعلام و اعلان نظریات برجسته‌ترین دانشمندان عرصه حقوق بین‌الملل به شمار می‌آید. به عبارت دیگر مرجعی است برای تولید دکترین.

بخش سوم:

منابع ذکر نشده در اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری

در مطالب قبلی ذکر گردید که تقسیم‌بندی منابع حقوق بین‌الملل بر اساس یک ماده از اساسنامه یک نهاد بین‌المللی - گرچه اکنون در بین حقوق‌دانان بین‌المللی عرف شده است - نمی‌تواند کلام آخر در این خصوص تلقی شود. به ویژه اینکه ماده مزبور نیز هیچ‌ذکری از منابع حقوق بین‌الملل به میان نیاورده است. در همین راستا، بسیاری از حقوق‌دانان دست به تقسیم‌بندی دیگری از منابع زده‌اند و یا بهتر است بگوییم فارغ از ماده مذکور اقدام به ذکر منابع حقوق بین‌الملل نموده‌اند که از آن میان می‌توان به عنوان مثال از اعمال حقوقی یکجانبه کشورها و سازمان‌های بین‌المللی و قواعد آمره نام برد.^{۳۴} حقوق‌دانانی که بر اساس ماده ۳۸ اساسنامه دیوان و همچنین، آن‌هایی که فارغ از ماده مذکور اقدام به ذکر و تقسیم‌بندی منابع حقوق بین‌الملل نموده‌اند، در وجود منابع مورد نظر در فصل قبل اتفاق نظر دارند و اگر اختلاف نظری هم در مورد آن‌ها وجود داشته باشد، در مورد میزان تأثیر این منابع در پیدایش قواعد حاکم بر نظام حقوقی بین‌المللی است. اما در مورد منابعی که در اساسنامه دیوان ذکر نشده‌اند چنین اتفاق نظری وجود ندارد. مثلاً هیچ‌گاه نمی‌توان قدرت الزام قواعد آمره را با اعمال یکجانبه دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی و یا قطعنامه‌های مجمع عمومی سازمان ملل متحد مقایسه کرد. به همین دلیل بخش حاضر به دو بند تقسیم شده که در یکی از آن‌ها به منابعی پرداخته می‌شود که در مورد قاعده‌سازی

32. Anthony Carty, *Philosophy of International Law*, Edinburg University Press, 2007, p. 1.

۳۳. رضا موسی‌زاده، *بایسته‌های حقوق بین‌الملل عمومی*، تهران: نشر میزان، چاپ دوم، زمستان ۱۳۸۲، ص

۲۱۶.

۳۴. ضیائی بیگدلی، *حقوق بین‌الملل عمومی*، ص ۹۴.

آن‌ها تردیدی نیست و در دیگری به منابعی که در مورد قاعده‌سازی آن‌ها اختلاف نظر وجود دارد.

گفتار اول: منابعی که در مورد قاعده‌سازی آن‌ها تردیدی نیست

در میان منابعی که در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان از آن‌ها نامی برده نشده، برخی از منابع، مورد اتفاق نظر حقوقدانان در مورد قدرت قاعده‌سازی هستند که البته ذکر این منابع در بخشی جداگانه به هیچ عنوان به این معنا نیست که بین این منابع و منابع مذکور در بخش پیشین ارتباطی وجود ندارد. به طور کلی، به نظر ما، قسمتی از مطالبی که در این فصل تحت عنوان منبع حقوق بین‌الملل مورد بررسی قرار می‌گیرند، اصولاً منبع نبوده، بلکه نوعی خاص از قواعد حقوق بین‌الملل بوده که ممکن است - بسته به مورد - از یکی از منابع ذکر شده پیشین، به وجود آمده باشند.^{۳۵} به همین دلیل توضیح آن‌ها در مبحثی جداگانه، بیشتر به دلیل جایگاه خاص آن‌هاست. در مباحث آتی بیشتر در این مورد سخن خواهد رفت.

بند اول: قواعد آمره (Jus Cogens)

اگرچه برخی از حقوقدانان^{۳۶} این دسته از قواعد را به عنوان منابع حقوق بین‌الملل که در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان ذکری از آن‌ها به میان نیامده، مورد بحث قرار داده‌اند، به نظر می‌رسد که این‌ها، خود قواعد حقوقی موجود هستند، در حالی که منابع حقوق، سرچشمه‌های قواعد حقوقی اند نه قسمتی از خود آن قواعد. به همین دلیل بررسی آن‌ها به عنوان منابع حقوق بین‌الملل چندان قابل قبول به نظر نمی‌رسد. اما به دلیل جایگاه آن‌ها، در بسیاری از موارد تابعان حقوق بین‌الملل نمی‌توانند بدون توجه به چنین قواعدی دست به ایجاد قواعد جدید حقوق بین‌الملل - ناشی از هر منبع دیگری - بزنند و این بدین معناست که با وجود اینکه این قواعد، خود قسمتی از قواعد موجود در سیستم حقوقی بین‌المللی می‌باشند، در عین حال در پیدایش قواعد جدید بی‌اثر نمی‌باشند. در اسناد بین‌المللی

۳۵. به عنوان مثال قواعد آمره که در مبحث آتی مورد بررسی قرار خواهند گرفت، در اکثر موارد خود برگرفته از عرف یا معاهده می‌باشند. ضمن اینکه، برخی حقوقدانان نیز معتقد به وجود «قواعد آمره منطقه‌ای» می‌باشند به شرطی که مغایر با قواعد آمره عام نباشد مانند قواعدی که در حوزه حقوق بشر خارج از حوزه حقوق بین‌الملل بشر، میان کشورهای اسلامی در اعلامیه حقوق بشر و در چارچوب سازمان کنفرانس اسلامی وجود دارد. نک:

سید قاسم زمانی، «جایگاه قاعده آمره در میان منابع حقوق بین‌الملل»، ص ۳۲۲. همچنین:

Reza Hasmath, "The Utility of Regional Jus Cogens in International Law", Working Paper, July 2004, available at: <http://ssrn.com/abstract=1366803> (Last Visited: 14 June 2010).

۳۶. ضیائی بیگلری، حقوق بین‌الملل عمومی، همانجا.

نمی‌توان تعریف قابل استنادی برای قاعده آمره یافت و در این میان شاید بتوان به طور خاص ماده ۵۳ کنوانسیون حقوق معاهدات را مورد استناد قرار داد^{۳۷} که آن نیز به توصیف و نه تعریف قواعد آمره پرداخته است.^{۳۸} در این توصیف چند نکته حائز اهمیت است. مهم‌ترین نکته در ارتباط با بحث منابع حقوق این است که در توصیف فوق، قاعده آمره تنها به وسیله قاعده‌ای با همان اعتبار قابل تعدیل است، لذا بر عکس قواعد غیرآمره، توافق طرفین یک معاهده که در بردارنده یک قاعده غیرآمره است، نیز نمی‌تواند توجیه کننده نقض یک قاعده آمره باشد.^{۳۹} این همان تأثیری است که قواعد آمره در پیدایش قواعد عادی (غیر آمره) بین‌المللی می‌گذارند و در واقع توجیه گر قرار دادن قاعده آمره در زمره منابع حقوق بین‌الملل نیز به حساب می‌آید. به عنوان مثال، اگر چند دولت قصد انعقاد یک معاهده را داشته باشند، بدون توجه به قواعد آمره موجود در نظام حقوق بین‌الملل قادر به انجام آن نخواهند بود. همان‌گونه که نمی‌توان اصول اخلاقی را منبعی شکلی^{۴۰} برای حقوق بین‌الملل دانست، نمی‌توان نقش حقوق طبیعی را نیز در پیدایش این دسته از قواعد انکار نمود. قواعدی که تضمین کننده منافع عام جامعه بین‌المللی می‌باشند.^{۴۱}

بند دوم: تعهدات عام‌الشمول^{۴۲}

در اینکه آیا بتوان تعهدات عام‌الشمول را به مانند عرف یا معاهدات، جزء منابع حقوق بین‌الملل دانست، چندان اتفاق نظر وجود ندارد. ولی در این مطلب که این بخش از قواعد، لازم‌الاجرا و غیرقابل تخطی هستند، تردید و اختلاف نظری وجود ندارد.^{۴۳} تعهدات عام

۳۷. در این ماده آمده است: «از نظر عهدنامه حاضر، قاعده آمره حقوق بین‌الملل عام قاعده‌ای است که به وسیله کل جامعه بین‌المللی کشورها به عنوان قاعده‌ای تخلف‌ناپذیر، که تنها با یک قاعده بعدی حقوق بین‌الملل عام، با همان ویژگی قابل تعدیل می‌باشد، پذیرفته و مورد شناسایی قرار گرفته است».

38. Charlseworth and H. Chinkin C., "The Gender of Jus Cogens", *Human Rights Quarterly*, 1993, Vol. 15, p. 63.

به نقل از: سید قاسم زمانی، «جایگاه قاعد آمره در میان منابع حقوق بین‌الملل»، ص ۳۱۸.

۳۹. زمانی، پیشین، ص ۳۲۰.

۴۰. در این خصوص قبلاً ذکر گردید که اولین تقسیم‌بندی معمول در بین حقوقدانان از منابع حقوق به صورت کلی، تقسیم آن‌ها به منابع ماهوی و منابع شکلی است. نک: همین نوشتار، ص ۴.

41. M. Akehurst, "The Hierarchy of the sources of International Law", *British Year Book of International Law*, 1974-75, p. 282.

42. *Erga Omnes*

۴۳. همان‌گونه که کمیسیون حقوق بین‌الملل نیز به درستی بیان می‌دارد، تعهدات عام‌الشمول، قلمرو اعمال حقوق مربوطه را مشخص می‌سازند و آثار شکلی و آیینی حاکم بر آن قاعده حقوقی را (به جهت قابل قابلیت استناد جامعه بین‌المللی در برابر نقض این گونه تعهدات) معین می‌کنند و ماهیت عام‌الشمولی تعهد برخاسته از یک قاعده، متکی بر عملکرد و رویه بین‌المللی است. غیر قابل تخطی بودن این گونه تعهدات نیز از این امر ناشی

الشمول برای اولین بار در قضیه بارسلونا تراکشن^{۴۴} توسط دیوان بین‌المللی دادگستری مورد تصریح قرار گرفتند و در واقع از این دیدگاه سرچشمه می‌گیرند که جدای از رابطه دوجانبه بین دولت‌ها، هر یک از آن‌ها در مقابل جامعه بین‌المللی در کل نیز تعهداتی را عهده‌دار هستند.^{۴۵} ارتباط اصلی این نوع از تعهدات با تعهداتی که قرار است در آینده ایجاد گردند، در این است که وجود یک قاعده عام الشمول در یک موضوع مربوط به حقوق بین‌الملل باعث می‌گردد که اراده دولت‌ها برای ایجاد یک قاعده جدید در آن حیطه، مطلق نبوده و حتی اگر چنین توافقی با رضایت کامل میان دو یا چند دولت صورت پذیرد، از آنجایی که محل حقوق جامعه بین‌المللی در کل است، از نظر حقوق بین‌الملل، قابل خدشه و ایراد می‌باشد. لازم به ذکر است که تعهدات عام الشمول برخاسته از حقوق بین‌الملل معاصر خصوصاً در زمینه‌هایی مانند جرم تجاوز^{۴۶} و ژنوسید و همچنین اصول و قواعد موجود در رابطه با حقوق بشر از قبیل منع برده‌داری و تبعیض نژادی می‌باشند که برخی از آن‌ها^{۴۷} وارد پیکره حقوق بین‌الملل نیز شده^{۴۸} و امروزه، به سطح قواعد آمره ارتقاء پیدا کرده‌اند.^{۴۹} اصولاً مدرج شدن منابع در حقوق بین‌الملل نوین با رأی معروف بارسلونا تراکشن در مورد تعهدات عام الشمول آغاز شد.^{۵۰} سپس در آراء دیگر دیوان بین‌المللی

می‌شوند که تعهدات مزبور فارغ از تعهدات دوجانبه از چنان اهمیتی برای جامعه بین‌المللی و اساس نظم بین‌المللی حاکم بر آن برخوردارند که هیچ عضوی از اعضای جامعه بین‌المللی اجازه تخطی از این ارزش‌ها را ندارد و در صورت تخلف از این تعهدات، این اجازه به سایر دولت‌ها داده می‌شود که گرچه مستقیماً از نقض تعهد زیانی را متحمل نشده‌اند، با این حال، در برابر نقض تعهد مزبور از خود واکنش نشان دهند. برای مطالعه بیشتر، نک:

“Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, 2001”, *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, Vol. II, Part Two, Art. 48;

“Fragmentation of Interantional Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of Interantional Law”, *Report of the Study Group of the International Law Commission*, Finalized by Martti Koskenniemi, A/CN. 4/L. 682 13 April 2006, pp. 193-205.

44. Barcelona Traction

45. Christian J. Tams, *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law*, Cambridge University Press, 2005, p. 2.

46. Aggression

۴۷. در این رابطه می‌توان به نظریه مشورتی دیوان در مورد حق شرط بر کنوانسیون پیشگیری و مجازات جرم

ژنوسید اشاره نمود. نک: *I.C.J. Reports*, 1951, p. 23.

48. *Ibid*, p. 2.

۴۹. برای تفصیل موضوع، نک:

Alexander Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law*, Oxford University Press, 2008.

50. Barcelona Traction, Light and Power Company, Judgment, *I.C.J. Report*, 1970, p. 3, para. 32.

و این در حالی بود که دیوان بین‌المللی دادگستری، پیش‌تر در نظریه مشورتی جبران خسارات وارده اظهار داشته بود: «تنها طرفی که در مقابل نقض یک تعهد بین‌المللی قرار دارد، از این حق برخوردار است که در قبال نقض مزبور، اقامه دعوا نماید.» نک:

Reparations for Injuries suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports* 1949, pp. 181-182.

دادگستری به «قواعد و اصول بنیادین حقوق بین‌الملل» اشاره شد^{۵۱} تا اینکه دیوان در بند ۶۴ رأی خود در قضیه فعالیت‌های نظامی در کنگو (۲۰۰۶) جانب احتیاط را کنار گذاشت و نسل‌کشی را از جمله قواعد آمره حقوق بین‌الملل به شمار آورد.^{۵۲} همین طور دیوان در سال بعد در رأی اعمال کنوانسیون منع و مجازات جرم نسل‌کشی (بوسنی و هرزگوین علیه صربستان و مونتو نگر)، در بند ۱۶۱ خود ضمن بیان رویه دیوان در قبال ماهیت جرم نسل‌کشی، آورده سال گذشته خود را در شناسایی ویژگی قاعده آمره جنایت نسل‌کشی مورد تأکید مجدد قرار می‌دهد.^{۵۳}

گفتار دوم: منابعی که در مورد قاعده‌سازی آن‌ها اختلاف نظر وجود دارد

پیدایش ارگان‌های متعدد بین‌المللی و تأثیرات آن بر حقوق بین‌الملل امروزی بر هیچ محققى در زمینه حقوق بین‌الملل پوشیده نیست، اگرچه در اینکه این ارگان‌ها دارای شخصیت حقوقی هستند، تردیدی وجود ندارد اما در هر حال تشکیل دهندگان اصلی آن‌ها همان دولت‌ها هستند و نتیجتاً تصمیمات اتخاذ شده از سوی آن‌ها به نوعی انعکاس دهنده برخورد دولت‌ها با یک موضوع خاص بین‌المللی است. همین امر باعث شده این تصمیمات امروزه خصیصه صرفاً درون سازمانی خود را از دست داده و مورد توجه حقوق بین‌الملل قرار گیرند. قبل از هرگونه بحث در مورد تصمیمات نهادها و سازمان‌های بین‌المللی و ارتباط آن‌ها با بحث منابع حقوق بین‌الملل، باید مشخص شود که این تصمیمات کاملاً متمایز از دیگر منابع حقوق بین‌الملل هستند. همان‌گونه که ماده ۳۸

51. Stefan Kadelbach, "Jus Cogens, Obligation Erga Omnes and other Rules- The Identification of Fundamental Norms", in Christian Tomuschat and Jean-Mac Thouvenin (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 31-33.

۵۲. دیوان در قسمت اخیر بند ۱۲۵ رأی مزبور نیز به همین نتیجه‌گیری رسیده و ضمن ابراز عدم صلاحیت خود در ارتباط با پذیرش دادخواست کنگو، بیان می‌کند که بر اساس رویه دیوان (مانند بند ۲۹ رأی تیمور شرقی درباره تمایز میان خصیصه عام‌الشمول بودن یک قاعده و رضایت به صلاحیت) تمایز بنیادینی میان قبول صلاحیت دیوان از سوی دولت‌ها از یک‌سو و همخوانی اقداماتشان با حقوق بین‌الملل از سوی دیگر وجود دارد. قسمت اخیر بند ۶۴ همین قیاس را در مورد خصیصه آمره بودن یک قاعده و اثبات صلاحیت دیوان انجام می‌دهد. از این رو، بیان می‌دارد: «این واقعیت که مرتبط بودن اختلافی با اجرای هنجاری با چنین ویژگی [آمره] که مطمئناً در این قضیه با منع نسل‌زدایی در ارتباط است؛ به خودی خود نمی‌تواند مبنایی برای دیوان جهت پذیرش اختلاف ایجاد کند ...» پس باید گفت که دیوان قاعده آمره را در این رأی شناسایی نموده است، هم به لفظ و هم با مصداق.

Armed Activiteis on the Territory of the Congo (New Application 2002), (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), 2006, *I.C.J. Reports*, pp 32, 51, paras 64, 125.

53. Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), 2007, p. 61.

۵۴. در این مورد، نک: نظریه مشورتی دیوان در مورد کارکنان سازمان ملل.

اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری نیز از این تصمیمات سخنی به میان نیاورده، قدرت قاعده‌سازی این تصمیمات را در بحث منابع، نمی‌توان هم ردیف با سایر منابع حقوق بین‌الملل قرار داد.^{۵۵} در این قسمت سعی شده تا در دو بند ابتدا به قطعنامه‌های مجمع عمومی سازمان ملل متحد و سپس به اعمال یکجانبه تابعان حقوق بین‌الملل به عنوان مواردی پرداخته می‌شود که امروزه در پیدایش قواعد حقوق بین‌الملل تأثیر گذارند.

بند اول: قطعنامه‌های مجمع عمومی سازمان ملل متحد

وضعیت امروزی سازمان ملل و عضویت تمامی دولت‌ها در آن باعث گردیده که این سازمان از جنبه‌های مختلفی از سایر سازمان‌های بین‌المللی متمایز شده و در این میان رکن مجمع عمومی در آن به دلیل اینکه رکن جهانی آن سازمان بوده و می‌توان گفت نقطه نظرات خروجی آن^{۵۶} نظرات اجماعی جامعه بین‌المللی است،^{۵۷} از درجه اهمیت بسیار بالایی در امر تولید قواعد جدید حقوق بین‌الملل برخوردار گردیده، به گونه‌ای که بسیاری از نویسندگان حقوق بین‌الملل از آن دسته از قطعنامه‌های مجمع عمومی که اعلام کننده قواعد حقوقی می‌باشند، به عنوان «منبع بالقوه حقوق بین‌الملل عرفی»^{۵۸} و یا در تعبیری دیگر، «قطعنامه‌های سنگ بنایی»^{۵۹} یاد می‌کنند.^{۶۰} برای مثال مجمع عمومی در اولین اجلاس خود در سال ۱۹۴۶ با پذیرفتن اصول نورنبرگ، ژنوسید را جرمی داخل در صلاحیت حقوق بین‌الملل اعلام کرد، بدون اینکه صلاحیت و قدرت آن برای انجام چنین کاری مورد سوال قرار گیرد.^{۶۱} گرچه قطعنامه‌های مجمع عمومی سازمان ملل متحد عموماً فاقد قدرت الزام‌آور می‌باشند،^{۶۲} اما به همان دلایل مذکور که مهم‌ترین آن‌ها، پوشش جهانی این مجمع از نظر اعضاست، تأثیرات این قطعنامه‌ها به حدی است که می‌توان آن‌ها را در زمره منابع

55. A.J. Tammes, *Decisions of International Organs as a Source of International Law*, University of Amsterdam, 1963, p. 268.

۵۶. این نظرات در چارچوب یک اعلامیه که بدان قطعنامه گفته می‌شود، بیان می‌گردند.

۵۷. نباید تأثیر سازمان‌های بین‌المللی دیگر را در جامعه جهانی امروزه نادیده گرفت، اما هنوز هم دولت‌ها هستند که مهم‌ترین نقش را در این جامعه به عنوان تابع ایفا می‌کنند.

58. Potential Source of Customary International Law

۵۹. جمشید ممتاز، «اعلامیه‌های مجمع عمومی جلوه‌ای جدید از تدوین و توسعه حقوق بین‌الملل»، (سخنرانی در همایش نقش مجمع عمومی در توسعه و تدوین حقوق بین‌الملل، انجمن ایرانی مطالعات سازمان ملل متحد)، قابل دسترسی در: <http://internationallaw.blogfa.com/> (Visited: 9 Jan 2011)

60. Vaughan Lowe and Colin Warbrick, *The United Nations and the principles of international law*, London: Taylor & Francis e-Library, 2002, p. 7.

61. I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester University Press, 2nd edition, 1984, p. 118.

۶۲. تصمیمات مجمع عمومی در امور داخلی سازمان ملل از جمله در مورد بودجه سازمان دارای قدرت الزام‌آور هستند.

حقوق بین‌الملل مورد بررسی قرار داد. یکی از مهم‌ترین مثال‌های مؤید این مدعی، قطعنامه اتحاد برای صلح^{۶۳} مجمع عمومی سازمان ملل در سال ۱۹۵۰ است. در این رابطه با وجود ماده ۱۰۳ منشور ملل متحد^{۶۴}، مجمع عمومی اقدام به صدور قطعنامه‌ای می‌نماید که صریحاً مخالف مواد دیگری از آن منشور است^{۶۵} اما دولت‌ها در نهایت این قطعنامه را پذیرفته و در شرایط مشابه آن را اجرا می‌نمایند.

بند دوم: اعمال یکجانبه تابعان حقوق بین‌الملل

امروزه غیر از معاهدات و عرف بین‌المللی، اعمال یکجانبه تابعان حقوق بین‌الملل نیز در زمره منابع حقوق بین‌الملل مورد بررسی قرار می‌گیرند. بدین معنا که یک رفتار یا عملکرد سرزده از یک دولت یا سازمان بین‌المللی نیز می‌تواند پدید آورنده یک تعهد بین‌المللی بوده و نتیجتاً قابل استناد باشد. می‌دانیم یک تعهد بین‌المللی قابل استناد، یک قاعده حقوقی بین‌المللی به حساب می‌آید، حتی اگر تنها علیه یک تابع - فرضاً یک دولت - قابل استناد باشد. در این زمینه می‌توان به قضایای استرالیا علیه فرانسه و نیوزیلند علیه فرانسه^{۶۶} در مورد آزمایش‌های هسته‌ای اشاره نمود که در آن فرانسه به صورت یکجانبه پذیرفته بود که از انجام آزمایش‌های اتمی در فضای جو^{۶۷} خودداری کند.^{۶۸} در خصوص بخشی از اعمال یکجانبه مانند اعلامیه‌های قبول صلاحیت یک مرجع حل اختلاف، قابل ذکر است که تعهدآور بودن آن‌ها مورد اختلاف نبوده و حتی ماده ۳۶ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری یکی از راه‌های پذیرفتن صلاحیت دیوان را صدور اعلامیه یکجانبه از سوی دولت‌ها دانسته و بدیهی است این اعلامیه یک عمل یکجانبه تعهدآور است.^{۶۹} اما اینکه چرا نوع اخیر اعلامیه‌های یکجانبه در حالی که به عنوان اعلامیه‌های مسلماً تعهد آورند در این مبحث را می‌توان این‌گونه پاسخ داد که شاید چنین اعلامیه‌هایی را نتوان عمل کاملاً

63. Uniting for Peace Resolution (A/RES/377 (V) of 3 November 1950).

64. این ماده پذیرفتن هر تعهدی را که مخل تعهدات اعضا مطابق منشور باشد، از سوی اعضا بی‌اعتبار می‌داند.

در این نوشتار در رابطه با این ماده بیشتر سخن خواهد رفت.

65. ماده ۱۲ منشور یکی از موادی است که مخالف صریح مفاد قطعنامه اتحاد برای صلح می‌باشد.

66. Nuclear Tests (Australia v. France), paras. 32-41; Nuclear Tests (New Zealand v. France), paras. 50-55.

در هر دو قضیه، دیوان با توجه به تعهد فرانسه در پایان بخشیدن به انجام آزمایش‌های اتمی خود در بخش جوی اقیانوس آرام و در نتیجه، به جهت عدم وجود اختلاف در زمان طرح دعوا با توجه به خواسته استرالیا و نیوزیلند در عدم انجام آزمایش‌های بعدی از سوی فرانسه، رأی ماهوی را در این خصوص صادر نمود.

67. Atmospheric tests of nuclear weapons

68. Maurizio Ragazzi, *International Responsibility Today*, Leiden: Koninklijke Brill NV, 2005 p. 192.

69. J.G. Merrills, *International Dispute Settlement* 4th ed, New York: Cambridge University Press, 2005, p. 129.

یکجانبه در مقایسه با سایر اعلامیه‌ها مانند - اعلامیه فرانسه در رابطه با آزمایش‌های هسته‌ای - دانست. دلیل اینکه الزام‌آور بودن این دسته از اعلامیه‌ها قبلاً توسط معاهده دو یا چند جانبه دیگری پیش‌بینی شده است. یعنی می‌توان قدرت الزام‌آور چنین اعلامیه‌هایی را تا حدودی ناشی از معاهدات پیش‌بینی کننده آن‌ها دانست. برای مثال ماده ۳۶ اساسنامه دیوان که یکی از راه‌های پذیرفتن صلاحیت دیوان را صدور اعلامیه‌های یکجانبه دانسته است خود مقررهای از یک اساسنامه می‌باشد. اساسنامه‌ای که معاهده‌ای بین‌المللی و چند جانبه می‌باشد. همچنین در این رابطه می‌توان به مواد ۲۸۷ به بعد عهدنامه ۱۹۸۲ حقوق دریاهای نیز اشاره نمود.

بخش چهارم:

سیر رویه قضایی بین‌المللی به سوی منبع اصلی حقوق بین‌الملل

گرچه بخش قبل به طور کامل، به مطالب راجع به منابع حقوق بین‌الملل اختصاص داشت، اما با توجه به تمرکز بحث روی یکی از این منابع یعنی رویه قضایی، زین پس به طور مفصل بدان پرداخته می‌شود. چرا که امروزه نمی‌توان نقش برجسته قضات دادگاه‌های بین‌المللی را مد نظر قرار نداد و این مطلب ناشی از خلأ موجود در حقوق بین‌الملل از نظر قواعد لازم‌الاجراست.^{۷۰} در واقع رویه قضایی تکرار نحوه قضاوت و استدلال و استنتاج مراجع قضایی در موضوعات مشابه است. در نبود قواعد حقوقی پیروی قضات یک ارگان قضایی از سایر تصمیمات خود، امری قابل پیش‌بینی و تا حدود زیادی قابل قبول است چرا که آنان مسلماً تحت تأثیر آراء سابق خود قرار خواهند گرفت.^{۷۱}

در مقایسه با رویه قضایی در حقوق بین‌الملل، بحث در مورد رویه قضایی در حقوق داخلی، بسیار آسان‌تر و منظم‌تر خواهد بود، چرا که در حوزه بین‌الملل تنوع مفاهیم و در کنار آن نبود اقتدارات عالی، سبب تشکیل محاکم و مراجع قضایی مختلف بین‌المللی اعم از منطقه‌ای و جهانی شده است.^{۷۲} به راحتی قابل درک است که وجود محاکم و مراجع مختلف، حاکی از وجود دادرسی‌های مختلف و متنوع است که نتیجه آن نیز پیدایش رویه‌های متفاوت خواهد بود که در بسیاری از موارد در موضوعات مشترک حقوق

70. Peter Kovacs, "Developments and Limits in International Jurisprudence", *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 31: 3, p. 461.

۷۱. محمدرضا ضیائی بیگدلی، *حقوق بین‌الملل عمومی*، ص ۱۸۳.

۷۲. هلن رونیز فابر و ژان مارک سورل، «آیین‌های دادرسی بین‌المللی»، ترجمه ابراهیم بیگزاده، *مجله حقوقی*،

بین‌الملل چنین وضعیتی تجربه گردیده است. مثلاً در حوزه موضوعی مشترک مانند دریاها و حقوق راجع به آن‌ها، ممکن است نگرش یک مرجع منطقه‌ای کاملاً متفاوت با دید مرجع جهانی در همان موضوع باشد. کثرت مراجع حل اختلاف بین‌المللی و حیطه‌های موضوعی مختلف تحت صلاحیت آن‌ها مانع از بررسی وضعیت آراء قضایی و موقعیت آن در نظام حقوقی تمامی این نهادها می‌باشد. به همین دلیل در این بخش سعی می‌شود تا جایگاه آراء قضایی بین‌المللی با تأکید بر مهم‌ترین و اثرگذارترین نهادهای حل اختلاف که از چندین جهت از جمله شمول جغرافیایی و تابعان دارای صلاحیت رجوع به آن، وضعیت خاصی را در مقایسه با دیگران پیدا نموده، بررسی گردد.

گفتار اول: مفهوم قضاوت بین‌المللی و مقایسه آن با داوری بین‌المللی

بند اول: مفهوم قضاوت بین‌المللی

قضاوت را در کل می‌توان شکل پیشرفته و تکامل یافته داوری دانست. رجوع طرفین یک اختلاف به یک مرجع سازمان یافته جهت بررسی اختلاف و حل آن از طریق اتخاذ یک تصمیم الزام‌آور که بر مبنای یک سری مقررات حقوقی از پیش قبول شده، شکل گرفته باشد قضاوت نام دارد.^{۷۳} این روش را می‌توان حقوقی‌ترین ابزارهای حل اختلاف بین‌المللی به حساب آورد. به این دلیل که در آن تنها ملاک‌های حقوقی مد نظر بوده و حتی‌الامکان از قربانی کردن عدالت خودداری می‌شود. در مورد مرز این انعطاف‌ناپذیری باید قضاوت در نظام بین‌المللی را از قضاوت در نظام داخلی جدا کرد. در حقوق بین‌الملل نوع تابعان این نظام و قدرت آن‌ها و همچنین نبود هیچ قدرت ما فوقی باعث گردیده تا در موارد بسیاری عدالت فدای صلح گردد. این بحث که آیا چنین وضعیتی ریشه در ذات نظام حقوقی بین‌المللی دارد یا نقص‌های ابزارهای قضایی بین‌المللی، در حوصله این نوشتار نبوده و اصولاً تأثیری نیز در نتیجه آن نخواهد داشت.^{۷۴}

بند دوم: مقایسه قضاوت بین‌المللی با داوری بین‌المللی

از اساسی‌ترین تفاوت‌های قضاوت بین‌المللی با داوری بین‌المللی، موضوع ماهیت آن‌هاست. در واقع در بحث قضاوت، دیوان مورد نظر از یک یا چند قاضی تشکیل گردیده

73. J.G. Merrills, *International Dispute Settlement*, 4th ed, New York: Cambridge University Press, 2005, p. 127.

۷۴. در این خصوص، نک:

Allen Buchanan, *Justice, Legitimacy, and Self-Determination*, New York: Oxford University Press, 2007, pp. 74-80.

که فاقد رابطه قراردادی با طرفین اختلاف برای رسیدگی به موضوع ارجاعی می‌باشد و قاضی صلاحیت و قدرت خود را از یک اساسنامه می‌گیرد. در مقابل در مورد دیوان‌های داوری باید اذعان نمود که چنین نهادهایی دارای یک یا چند داور بوده که به وسیله طرفین اختلاف و در چارچوب یک رابطه قراردادی، آن‌هم صرفاً برای آن موضوع خاص تعیین گردیده‌اند. این رابطه قراردادی ممکن است پس از حدوث اختلاف و - فقط - جهت حل آن اختلاف ایجاد گردیده و یا اینکه برخاسته از یک پیمان عمومی داوری باشد که قبل از اختلاف میان طرفین لازم‌الاجرا بوده و موضوع این اختلاف نیز در چارچوب آن قرار داشته باشد. از مهم‌ترین نتایج این اختلاف این است که در هنگام رسیدگی یک قاضی ملزم به استدلال و اثبات صلاحیت خود برای حضور و رسیدگی در آن موضوع نبوده، در حالی که یک داور در یک دیوان داوری باید دلایل صلاحیت شخصی خود را نیز نسبت به رسیدگی و دخالت در اختلاف موجود ابراز دارد.

تفاوت دیگر میان قضاوت و داوری بین‌المللی را می‌توان به نحوه رسیدگی و قدرت قاضی یا داور مرجع مورد نظر ربط داد. در یک دیوان قضایی اختیارات و قدرت قضاتی که از نظر سلسله مراتب در یک درجه قرار دارند، برابر و ثابت بوده در حالی که در مورد داور این احتمال وجود دارد که اختیارات و محدوده صلاحیت وی از یک داوری تا یک داوری دیگر متفاوت باشد. این تغییرات ممکن است به وسیله توافق طرفین، قواعد قابل اعمال و یا مقررات ایجاد شده از سوی داورها که مورد قبول طرفین نیز باشد^{۷۵}، انجام گیرد.^{۷۶} این مطلب خود بیانگر این تفاوت نیز می‌باشد که در مبحث قضاوت مقررات حاکم بر نحوه قضاوت قابل تغییر نبوده در حالی که در مورد داوری این احتمال دور از ذهن نمی‌باشد.

یکی دیگر از مهم‌ترین تفاوت‌های قضاوت با داوری در هدف این دو است. بدین شرح که هدف نهایی یک داوری را می‌توان سازش و توافق طرفین و حل اختلاف آن‌ها دانست و در این میان ممکن است عدالت واقعی فدای سازش طرفین گردد چه طرف یا طرف‌های متضرر به این امر واقف و چه از آن ناآگاه باشند. در مقابل هدف نهایی یک قضاوت بین‌المللی حل یک اختلاف بین‌المللی از طریق برقراری عدالت می‌باشد. اگرچه عده‌ای هدف غایی حقوق بین‌الملل را برقراری صلح دانسته و بر این عقیده‌اند که ممکن است ایجاد عدالت صرف، صلح بین‌المللی را به خطر اندازد در مقابل عده‌ای دیگر خلاف این مطلب عقیده دارند و برقراری عدالت را به ضرر صلح بین‌المللی نمی‌دانند و اتفاقاً حصول

۷۵. البته این موضوع باید تا اندازه‌ای باشد که در پیمان داوری ۱۹۹۶ مجاز شمرده شده است.

76. Ray Tuner, *op. cit.*, pp. 13-14.

عدالت را در حقوق بین‌الملل به عنوان یک تعهد مورد بحث قرار می‌دهند.^{۷۷} برخی بحث عدالت در حقوق را تا آنجا حائز اهمیت دانسته که کلاً حقوق را وسیله‌ای برای رسیدن به هدف غایی که همان عدالت است، می‌دانند.^{۷۸}

گفتار دوم: تصمیمات مراجع حل اختلاف بین‌المللی

اولین مطلب متبادر به ذهن در بحث ارگان‌های حل اختلاف، وجود یک عدم توافق بر سر یک مسأله میان دو تابع آن جامعه یعنی اختلاف و متعاقب آن حدوث یک دعواست. بدیهی است که هر اختلافی نیز حداقل دارای دو طرف است که نگرش‌های متفاوتی نسبت به موضوع مطروحه دارند. اما باید گفت که در کنار وظیفه حل اختلافات موجود، بعضی از نهادهای حقوقی حل اختلاف دارای سازوکار دیگر و البته متفاوتی از رسیدگی به دعاوی طرفینی دارند. چنین رسیدگی‌هایی که فاقد طرفین دعوا بوده و در آن امکان طرح دفاعیات متقابل در موضوع مطروحه از سوی طرفین وجود نداشته و اصولاً نمی‌توان آن را دعوا نامید، رسیدگی‌های غیرترافعی نامیده می‌شوند. البته این بدین معنا نیست که هر جا بحث از رسیدگی غیرترافعی باشد، دعوایی وجود ندارد بلکه در مواردی ممکن است قسمت‌هایی از جریان رسیدگی به یک دعوی طرفینی به صورت غیرترافعی انجام گیرد.^{۷۹} بر اساس مطالب فوق تصمیمات اتخاذ شده را می‌توان به دو نوع تصمیمات غیرترافعی و تصمیمات ترافعی تقسیم نمود که در گفتار اول این فصل تصمیمات غیرترافعی و در گفتار دوم آن، تصمیمات ترافعی مورد بررسی قرار می‌گیرند.

بند اول: تصمیمات غیر ترافعی

در این مبحث ابتدا نگارنده را قصد بر این است تا به تصمیمات غیرترافعی به صورت کلی و سپس به انواع آن در دو بند تصمیمات غیرترافعی داوری و تصمیمات غیرترافعی قضایی پرداخته شود.

77. Allen Buchanan, *op. cit.*, pp. 74-80.

78. مونیک شملیه - ژانرو، بشریت و حاکمیت‌ها، سیری در حقوق بین‌الملل، ترجمه مرتضی کلانتریان،

تهران: انتشارات آگاه، ۱۳۸۲، ص ۷۸.

79. در خصوص دعاوی کیفری معمولاً سیستم قضایی - چه داخلی و چه بین‌المللی - دارای دو مرحله تحقیقات و رسیدگی است. مرحله تحقیقات به عهده ارگانی به نام دادرسی نهاده شده که در آن شیوه انجام مراحل قانونی، متفاوت با نحوه رسیدگی در دادگاه - همان مرجع رسیدگی - می‌باشد. از مهم‌ترین خصوصیات مرحله تحقیقات، غیرترافعی بودن است. در این خصوص، نک: محمد آشوری، آیین دادرسی کیفری، جلد اول، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، چاپ نهم، بهار ۸۴، ص ۴۸.

رسیدگی غیرترافعی نوعی پاسخ یابی برای مسائل حقوقی است بدون اینکه لزوماً مسأله مورد نظر برخاسته از یک اختلاف باشد. حتی در مواردی که این رسیدگی ناشی از وجود یک اختلاف نیز می‌باشد، نتیجه آن حل مستقیم آن اختلاف نخواهد بود.^{۸۰} رسیدگی‌های غیرترافعی به آرائی می‌انجامد که بیشتر تحت عنوان آراء یا نظریات مشورتی شناخته شده‌اند. اصولاً رسیدگی‌های غیرترافعی حالت دعوایی نداشته به همین دلیل فاقد طرفین می‌باشند.

نهادهایی که دارای صلاحیت صدور نظریات مشورتی هستند، نهادهای حقوقی حل اختلاف می‌باشند. لذا می‌توان تصمیمات غیرترافعی را در دو قالب تصمیمات غیرترافعی داوری و تصمیمات غیرترافعی قضایی مورد بررسی قرار داد.

الف) تصمیمات غیر ترافعی داوری

گفته شد که نهادهای داوری بین‌المللی نیز از سازوکارهای حقوقی حل اختلافات بین‌المللی می‌باشند و در آن‌ها سعی شده است اصول حقوقی محور رسیدگی‌ها قرار گیرد اگرچه در مقابل شیوه قضایی دارای انعطاف‌پذیری بیشتری است.

گرچه در یکی از مهم‌ترین نهادهای داوری حل اختلاف یعنی دیوان دائمی داوری، صلاحیت غیرترافعی از صلاحیت ترافعی آن جدا نگردیده ولی در عمل دیوان دائمی داوری هم نظرات مشورتی صادر کرده و هم از صلاحیت ترافعی خود برای حل اختلافات استفاده نموده است.^{۸۱} از اختلافات میان تصمیمات غیرترافعی با تصمیمات ترافعی داوری، قدرت الزام‌آور بودن آن‌هاست. در نهایت می‌توان خصیصه اصلی داوری غیرترافعی را در فقدان طرفین دانست.^{۸۲}

ب) تصمیمات غیر ترافعی قضایی

چنانچه قبلاً هم ذکر گردید، حقوقی‌ترین شیوه حل اختلاف رسیدگی در مراجع قضایی است. در اینجا نیز به تبع موضوع اصلی این نوشتار و تأکید آن بر نقش دیوان بین‌المللی

۸۰ این مطلب منصرف از تأثیرات غیر مستقیم یک نظر مشورتی صادره از یک مرجع حل اختلاف می‌باشد که بسته به اعتبار و موقعیت خود آن مرجع دارای قدرت تأثیرگذاری متفاوت نسبت به نظرات مشورتی ارگان‌های مشابه است.

۸۱ سیدباقر میرعباسی و سیدحسین سادات میدانی، پیشین، صص ۱۰۸-۱۰۷.

۸۲ از نظر لغوی نیز واژه ترفع که برگرفته از زبان عربی است، از باب تفاعل بوده و باب تفاعل نیز به یک فعل طرفینی می‌پردازد. با توجه به قواعد زبان عربی نیز افعال این باب را نمی‌توان برای مواردی که تنها یک طرف وجود دارند استفاده کرد.

دادگستری در موضوع مورد بحث، تصمیمات غیرترافعی قضایی در چارچوب صلاحیت و رویه این نهاد و سلف آن یعنی دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی مورد بحث قرار می‌گیرد. در این خصوص می‌توان سرچشمه صلاحیت دیوان بین‌المللی دادگستری و دیوان دائمی داوری نسبت به صدور آراء و نظریات غیرترافعی یا به عبارت دیگر آراء مشورتی را کنفرانس صلح لاهه ۱۹۰۷ و معاهده صلح ورسای ۱۹۱۹ دانست. در آن کنفرانس‌ها پس از توافق شرکت کنندگان نسبت به تأسیس یک دادگاه بین‌المللی، در ماده ۱۴ منشور جامعه ملل که همان بخش ۱ معاهده صلح ورسای بود ضرورت ایجاد دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی مطرح و اعلام گردیده که علاوه بر صلاحیت آن دادگاه نسبت به رسیدگی به دعاوی دیوان می‌تواند در صورت ارجاع شورا یا مجمع نظریات مشورتی صادر نماید.^{۸۳} همین موضوع باعث شد که نه تنها دیوان دائمی بلکه جانشین آن یعنی دیوان بین‌المللی دادگستری نیز دارای صلاحیت صدور آراء مشورتی گردد. در این خصوص ماده ۶۵ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری اشعار می‌دارد:

«دیوان می‌تواند در هر مسأله حقوقی به تقاضای هر سازمان یا مؤسسه‌ای که منشور ملل متحد به آن اجازه چنین تقاضایی را می‌دهد و یا بر طبق مقررات آن منشور می‌تواند چنین اقدامی را به عمل آورد، رأی مشورتی بدهد.»

مطابق با مواد ۹۵ و ۹۶ منشور ملل متحد، شورای امنیت و مجمع عمومی و نهادهای تخصصی که احیاناً این اجازه را از مجمع عمومی تحصیل کرده باشند می‌توانند از دیوان درخواست نظریه مشورتی بنمایند. نکته مهم در خصوص آراء مشورتی دیوان اینست که اساسنامه در ماده ۶۸ خود رعایت مقررات اساسنامه را تا سر حد امکان لازم دانسته است. این مطلب احیاناً ناشی از همان غیرترافعی بودن و در عین حال الزام‌آور نبودن این آراء است.

بند دوم: تصمیمات ترافعی

وظیفه اصلی سازوکارهای حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات بین‌المللی رفع یک اختلاف موجود میان حداقل دو طرف آن اختلاف است. این وظیفه منصرف است از حقوقی یا غیرحقوقی بودن آن سازوکارها و همان‌گونه که قبلاً نیز تشریح گردید نمی‌توان اختلافی را متصور شد که حداقل دو طرف نداشته باشد. در این رابطه نیز با توجه به اینکه این نوشتار حول محور تصمیمات مراجع حقوقی حل اختلاف - خصوصاً نهادهای قضایی - و آراء

83. Shabtai Rosenne, *International Litigation in Practice (Interpretation, Revision and Other Recourse from International Judgments and Awards)*, Vol. 1, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 27.

صادره از آن‌ها می‌باشد، بحث اصلی نیز در خصوص انواع تصمیمات حل و فصل کننده اختلافات خواهد بود. چنین تصمیمی بر خلاف آراء مشورتی دارای قدرت الزام آور بوده و حداقل دو طرف خواهد داشت. بر همین مبنا به این نوع از تصمیمات، تصمیمات ترافیعی گفته می‌شود.

نتیجه یک رأی ترافیعی ممکن است یکی از این موارد باشد؛ برآورد خسارتی که احتمالاً یکی از طرفین متحمل شده، پرداخت مقدار مشخصی پول، تعیین و تشخیص مسأله‌ای که می‌بایست روشن می‌گردید، دستور به یک یا تعدادی از طرفین مبنی بر انجام فعل یا ترک یک فعل، دستور اجرای یک قرارداد به شیوه مشخص و یا ...^{۸۴}

در این گفتار به تبعیت از گفتار قبلی ابتدا به تصمیمات ترافیعی ناشی از نهادهای داوری و سپس تصمیمات اتخاذ شده در مقام حل اختلاف توسط نهادهای قضایی پرداخته می‌شود.

الف) تصمیمات ترافیعی داوری

تصمیمی که بتوان آن را حل کننده یک اختلاف بین‌المللی به شیوه داوری دانست، همان رأی داوری است. چنین رأیی همان تصمیم نهایی هیأت داوران^{۸۵} است که در قالب یک حکم کتبی و از سوی اکثریت داوران اتخاذ می‌گردد.^{۸۶} با توجه به این مطلب که فلسفه و هدف اصلی تشکیل نهادهای داوری بین‌المللی حل و فصل اختلافات است تصمیمات ترافیعی نیز در درجه اول اهمیت در میان همه تصمیمات یک نهاد حل اختلاف قرار خواهند داشت. از این رو، آراء غیر ترافیعی که قبلاً مورد بررسی قرار گرفت معمولاً تحت تأثیر این بخش از تصمیمات قرار خواهند گرفت. در این خصوص لازم به ذکر است که یک داور باید دارای خصوصیتی باشد تا نظر و رأی وی از نظر حقوقی معتبر شناخته شود. از جمله می‌توان اولاً به رسیدگی منصفانه، با حسن نیت و بدون جهت‌گیری اشاره نمود. ثانیاً نهاد داوری یا داور باید به هر یک از طرفین فرصت طرح ادعای خویش و اطلاع از ادعای طرف مقابل و انکار آن را بدهد و نه اینکه ادعای یکی از طرفین را در غیاب طرف

84. Ray Tuner, *op. cit.*, p. 4.

۸۵. داوری الزاماً دارای هیأت نبوده و ممکن است در یک نهاد داوری طرفین یا سند مؤسس آن نهاد به وجود

یک داور اکتفا نمایند.

86. PCA Optional Arbitration Rules, Arts 31-32; 1899 Convention, Art 52; 1907 Hague Convention, Art 78.

به نقل از: سید باقر میر عباسی و سید حسین سادات میدانی، پیشین، ص ۱۲۸.

مقابل^{۸۷} استماع کند. ثالثاً داور یا نهاد داوری خود در موضوع مورد بررسی دارای منفعت نباشد.^{۸۸}

از موارد مذکور فوق، خصوصیت دوم به عبارتی دیگر همان لزوم ترافیعی بودن یک رسیدگی قابل قبول و عادلانه را القا می‌کند. لذا ترافیعی بودن بیش از آنکه یک شیوه رسیدگی باشد، یک ضرورت برای تشکیل یک دادرسی عادلانه نیز می‌باشد.

ب) تصمیمات ترافیعی قضایی

این بخش از تصمیمات در واقع رسالت اصلی نهادهای حل اختلاف را تحقق می‌بخشد چراکه حقوقی‌ترین شیوه حل اختلاف است که مستقیماً به موضوع پرداخته و هدف اصلی و نهایی آن تعیین تشخیص طرف یا طرف‌های محق یک دعوا از طرف یا طرف‌های بی‌حق آن است.

در خصوص دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی مطابق بند دوم از ماده چهارده میثاق جامعه ملل دیوان دائمی صالح به رسیدگی به تمامی قضایایی بود که ناشی از معاهدات و کنوانسیون‌های لازم‌الاجرا بوده و بدان ارجاع داده می‌شود. در خصوص دیوان دائمی مطلب جالب توجه اینست که در برخی از موارد حتی قبل از پیدایش و ایجاد آن، تعدادی از معاهدات بین‌المللی آن را صالح به رسیدگی در مورد اختلافات ناشی از خود معاهدات دانسته‌اند. برای مثال مواد ۳۳۶ و ۳۸۶ معاهده ورسای حل اختلافات ناشی از خود معاهده را در صلاحیت دیوانی قرار داده بود که قرار بود توسط جامعه ملل تأسیس شود. نکته دیگری در رابطه با دیوان قابل توجه است احتساب دیوان دائمی به عنوان مرجع تجدیدنظر از آراء صادره از دادگاهی دیگر است. منظور اینست که آراء ترافیعی دیوان همیشه آراء بدوی به حساب نمی‌آمدند.^{۸۹} مبنای صلاحیت ترافیعی دیوان دائمی یا یک معاهده بود یا پذیرش اختیاری شرط و یا یک توافق خاص^{۹۰} بود.^{۹۱} اما در رابطه با تصمیمات ترافیعی

۸۷ منظور از غیاب طرف مقابل حالتی است که طرف مقابل به وسیله ابزارهای قانونی از وجود و زمان و شرایط رسیدگی آگاه نشده باشد یعنی در واقع فرصت حضور را نداشته باشد. چرا که در غیر این صورت عدم حضور ارادی یا بی‌اهمیتی یکی از طرفین دعوا به مقررات دادرسی از جمله عدم حضور نباید باعث ایجاد خلل در جریان دادخواهی طرف مقابل گردد.

88. Ray Tuner, *op. cit.*, p. 5.

۸۹ تنها موردی که دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی به عنوان مرجع تجدیدنظر شناخته می‌شد، در ارتباط با معاهده تریانون بود که بین چکسلواکی، یوگسلاوی، رومانی و مجارستان منعقد شده بود.

90. compromise

۹۱. سیدباقر میرعباسی و سیدحسین سادات میدانی، پیشین، صص ۱۵۱-۱۵۰.

دیوان بین‌المللی دادگستری نمی‌توان اختلاف اساسی با تصمیمات ناشی از دیوان دائمی متصور شد. سرانجام باید اعلام نمود که تصمیمات ترافیعی دیوان بین‌المللی دادگستری وفق ماده ۵۶ اساسنامه آن مستدل بوده و دلائل مبنای تصمیم اتخاذ شده نیز مود تصریح قرار گیرد. همچنین برابر مواد ۵۹ به بعد اساسنامه مذکور آراء ترافیعی دیوان لازم‌الاجرا و قطعی بوده و تنها تحت شرایط خاص قابل درخواست اعاده دادرسی می‌باشند.^{۹۲}

اجزای تشکیل دهنده یک تصمیم قضایی شامل دو قسمت مقدمه و حکم می‌باشد که به شرح ذیل تشریح می‌گردند:

الف) مقدمه

برای این یک مرجع صادر کننده رأی قضایی به نتیجه‌ای برسد که در آن حقوق و تکالیف طرفین اختلاف مرجوعه را مشخص نماید، ابتدا باید قواعد کلی را که در موضوع مورد نظر قابلیت اعمال دارند یافته و آنگاه نحوه حکومت و ارتباط میان موضوع خاص تحت بررسی را با قاعده کلی استناد شده بیان نمایند. این اقدامات و استدلالات که در واقع قاعده کلی را به وضعیت‌های خاص تحت رسیدگی ارتباط داده^{۹۳} و بر اساس آن حکم اختلاف مورد نظر صادر می‌گردد، مقدمه حکم می‌گویند. اگرچه در مقدمه حکم نتیجه نهایی در خصوص دعوا ذکر نمی‌گردد و جزء ثانویه آن به حساب می‌آید، اما از اهمیت بسیار بالایی برخوردار است.^{۹۴}

ب) حکم

حکم یا تصمیم آن قسمتی از یک رأی است که مشخصاً و بر اساس مقدمه ذکر شده ضمن تشخیص طرف یا اطراف محق از بی‌حق، حقوق و تکالیف آن‌ها را نیز مشخص می‌نماید.^{۹۵} این قسمت همان بخش قاطع دعوا در یک رأی قضایی بوده که از اعتبار امر قضاوت شده^{۹۶} نیز برخوردار بوده و نسبت به طرفین آن لازم‌الاجرا می‌باشد.^{۹۷}

اما آنچه در بحث رویه قضایی مورد بحث قرار می‌گیرد و محدوده‌ای فراتر از امر

۹۲. گرچه ماده ۶۱ در این خصوص از واژه revision به معنای تجدیدنظر استفاده کرده است، اما موارد آن منطبق با موارد اعاده دادرسی است.

93. ratio decidendi

۹۴. هدایت‌الله فلسفی، «ماجرای تفسیر در دیوان بین‌المللی دادگستری»، مجموعه مقالات همایش نقش دیوان بین‌المللی دادگستری در تداوم و توسعه حقوق بین‌الملل، تهران: انجمن ایرانی مطالعات سازمان ملل متحد، اسفند ۱۳۸۶، ص ۴۲.

95. Operative Clause (dispositif)

96. res judicata

قضاوت شده دارد، همان مقدمه رأی است. چرا که این قسمت است که حد و حدود قواعد کلی و نحوه استفاده و تطبیق آن با موضوعات خاص ارجاع شده را مشخص می‌سازد. قسمتی که برخلاف حکم اصلی، پس از خاتمه آن دعوا نیز همچنان قابل ملاحظه بوده و در واقع با تکرار شدن شیوه رفتار مرجع رسیدگی کننده در آن قسمت، چیزی به نام رویه قضایی تشکیل می‌گردد. این مطلب دقیقاً همان بحثی است که از نظر تئوریک قابل توجه بودن آراء مشورتی را نیز در ایجاد رویه قضایی اثبات می‌نماید. چراکه اگرچه در آراء قضایی مستقیماً دعوایی فیصله نمی‌یابد، اما رسیدن به یک نتیجه جهت صدور نظریه مشورتی نیز مستلزم طرح مقدمه‌ای است که در آن قواعد و مقررات کلی قابل اعمال بر موضوع مطروحه بیان و نحوه اتصال آن‌ها نیز با موضوع خاص تحت بررسی مورد استدلال قرار می‌گیرد. یعنی در واقع آراء مشورتی نیز حد و حدود قواعد حقوقی را روشن می‌نمایند. لذا آنچه که در آراء ترافعی وجود دارد و باعث ایجاد رویه قضایی می‌گردد در نظریات مشورتی نیز قابل مشاهده است. در نهایت باید گفت که آن قسمت از یک تصمیم قضایی که در تشکیل رویه قضایی نقش دارد، همان مقدمه حکم است.

گفتار سوم: جایگاه عملی یا واقعی تصمیمات قضایی و پتانسیل ارتقاء جایگاه آن با

تأکید بر آراء قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری

همان‌طور که گفته‌اند، «عدم تکامل هر نظام برخاسته‌ای قواعدی، مستلزم ایجاد حقوق از طریق رویه قضایی است».^{۹۸} در واقع، از آنجایی که نظام حقوق بین‌الملل مبتنی بر عواملی چون عدم تمرکز اقتدارات عالی‌ه و همچنین حل و فصل اختلافات مبتنی بر رضایت دولت‌هاست، اگر برای نهادی چون دیوان بین‌المللی دادگستری، نقش قاعده‌سازی را در نظر بگیریم، سخنی به‌گرافه نگفته ایم. برای درک جایگاه عملی تصمیمات قضایی، خصوصاً تصمیمات دیوان بین‌المللی دادگستری، ابتدا باید اشاره‌ای کوتاه به وضعیت خاص خود دیوان در مقایسه با سایر مراجع قضایی بین‌المللی، صرف نظر از اسناد و قواعد موضوعه مرتبط با آن مد نظر قرار داد.

امروزه، و فور مراجع قضایی در سطح جامعه بین‌المللی یکی از مسائل مهم و در عین حال تا حدودی نگران کننده می‌باشد. این تکرر در وجود مراجع و نهادهای قضایی بین‌المللی خود نتیجه تنوع و تکرر هنجارهای موجود در حقوق بین‌الملل می‌باشد. چنین

98. Vaughan Lowe, "The Politics of Lawmaking: Are the Method and Character of Norm Creation Changing?", in Michael Byers (ed.), *The Role of Law in International Politics: Essays in International Relations and International Law*, 2000, pp. 207, 214-15.

وضعیتی ابتدائاً باعث عدم اعتماد قضات در خصوص توجه به آراء قضایی صادره از سایر مراجع قضایی بین‌المللی به صورت کلی در مقام رسیدگی به دعاوی گردیده و در همان حال توجه آن‌ها را معطوف به یک نهاد قضایی قابل اطمینان در این زمینه می‌گرداند.^{۹۹} در این میان وجود یک نهاد قضایی که حالتی خاص و تا حدودی برتر از سایر نهادهای موجود در سیستم حقوق بین‌الملل، می‌تواند به میزان زیادی اثرات سوء تکثر مراجع قضایی بین‌المللی و نتیجه آن یعنی تکثر در رویه‌های اتخاذی توسط این مرجع را کاهش دهد. بدیهی است تنها مرجعی که قابلیت ایفای چنین نقشی را حداقل در مقایسه با سایر مراجع دارد، دیوان بین‌المللی دادگستری است. مسأله‌ای که در دستور کار صدمین سالگرد نخستین کنفرانس صلح لاهه در سال ۱۹۹۹ به گونه‌ای مورد توجه قرار گرفت. این گزارش تا آنجا پیش رفته که از دیوان به عنوان اصلی‌ترین عنصر سازنده بدنه قضایی سیستم قضایی حقوق بین‌الملل یاد شده است.^{۱۰۰} این وضعیت خاص دیوان همان‌گونه که قبلاً هم مذکور افتاد، به صورت مستند و مکتوب وارد حیطه قواعد موضوعه حقوق بین‌الملل نگردیده، اما به سهولت قابل لمس می‌باشد. از نتایج این موقعیت خاص و نسبتاً برتر دیوان می‌توان به تفکیک آراء و نظریات این مرجع از آراء و نظریات سایر مراجع قضایی اشاره داشت. بدین معنا که رویکرد دیوان به مسائل حقوقی بین‌المللی که از طریق آراء و نظریات مشورتی این مرجع انعکاس پیدا می‌کند، از برتری مشابهی برخوردار شده است که در قالب اسناد و مقررات موضوعی کنونی قابل تصور نمی‌باشد.

بند اول: جایگاه عملی یا واقعی تصمیمات قضایی

می‌دانیم لازمه تکامل حقوق و مقررات موجود، قابلیت تغییر و تحول در گذر زمان می‌باشد. چراکه مقررات و قواعد حاکم بر یک نظام اجتماعی از جمله جامعه جهانی که محکوم قواعد حقوق بین‌الملل می‌باشد، برخاسته و ناشی از نیازهای آن جامعه است.^{۱۰۱} بدیهی است نیازهای جامعه با توجه به تحولات جوامع از هر نظر، تغییر پیدا نموده و در نتیجه وجود قواعد لازم‌الاجرای جدیدی را نیز طلب می‌کند. بنابراین کاملاً به جا و منطقی می‌نماید که نه تنها نباید مانع از ایجاد تحولات پاسخگوی نیازهای جدید نشد، بلکه باید

۹۹. در این خصوص، نک: آرامش شهبازی، نظام حقوق بین‌الملل وحدت در حین کثرت، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۹، صص ۲۶۸-۲۶۰.
۱۰۰. همان، صص ۲۶۷-۲۶۸.

۱۰۱. نیازهای اجتماعی قسمتی از همان منشأهایی است که در بخش اول این نوشتار به عنوان منابع مادی یا ماهوی حقوق بین‌الملل مورد بررسی قرار گرفت.

در راستای پیدایش صحیح آن‌ها به این روند تکاملی کمک نمود. جامعه بین‌المللی و نیازهای آن هم از این قاعده مستثنا نبوده و پیدایش قواعد جدید نیز امری متصور است. درج قواعدی سخت و انعطاف‌ناپذیر از قبیل ماده ۱۰۳ منشور نیز اگرچه ممکن است در این روند تکاملی اختلال ایجاد نماید، اما نظر به اینکه این ایجاد قواعد جدید ناشی از نیازهای جدید جامعه و لازمه قاعده‌مند کردن آن می‌باشند و تغییر نیازهای جامعه نیز امری خارج از اختیار اعضای آن جامعه است، عواقب ملزوم آن - یعنی وجوب پیدایش و قواعد جدید و یا تحول در قواعد موجود - نیز چندان تحت اراده آن اعضا نخواهد بود تا بتوان با درج مقرره‌ای مانند ماده مذکور از تغییر و تحول قواعد موجود جلوگیری نمود.

در این خصوص لازم به ذکر است که اگر این تغییر و تحول از راه ایجاد یک عرف بین‌المللی جدید انجام پذیرد، با توجه به اینکه معمولاً در تشکیل عرف عاملی به نام تکرار که آن هم در گذر زمان تحقق می‌یابد، اثر دارد، به ندرت می‌توان تحول آنی قواعد را از راه پیدایش عرف‌های جدید تصور نمود. لذا در این خصوص همیشه یک دوره بینابین وجود خواهد داشت. دوره‌ای که در آن هنوز قاعده سابق تغییر پیدا ننموده اما حرکت اعضای جامعه در جهت راه این تکامل کاملاً مشهود می‌باشد. در مطالب آتی سعی می‌گردد وضعیت و موقعیت فعلی تصمیمات قضایی منصرف از اسناد و مقررات موضوعه و با تأکید بر واقعیات عملی تشریح شود.

بند دوم: نقش تصمیمات قضایی و اثر آن بر سایر منابع حقوق بین‌الملل

تصمیمات قضایی علاوه بر نقش مستقیمی که در پیدایش قواعد حقوق بین‌الملل ایفا می‌نمایند که در کل مورد بحث این نوشتار می‌باشد، بر هر یک از سایر منابع مذکور در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری مخصوصاً معاهدات و عرف بین‌المللی تأثیرات مهمی دارد. در دو بند آتی به این موضوع پرداخته خواهد شد.

الف) نقش و اثر تصمیمات قضایی بر معاهدات

ماده ۶۳ اساسنامه دیوان اشعار می‌دارد: «(۱) هرگاه امر مربوط به تفسیر قراردادی باشد که در آن قرارداد دولت‌های دیگری غیر از طرفین اختلاف عضو باشند، دفتردار باید بدون درنگ مراتب را به اطلاع آن دولت‌ها برساند. (۲) هر یک از این دولت‌ها حق دارد که وارد رسیدگی شود؛ اما در صورت اعمال این حق، تفسیری که به موجب حکم دیوان به عمل می‌آید درباره او نیز الزام‌آور خواهد بود.»

ماده فوق در وهله اول، صلاحیت دیوان در خصوص تفسیر معاهدات را مطرح می‌کند. سپس اعلام می‌نماید که تفسیر به عمل آمده نسبت به تمامی اطراف دعوا مربوط به تفسیر الزام‌آور خواهد بود. اهمیت این موضوع از آنجا قابل ذکر است که یک معاهده همیشه دارای دو طرف یا بیشتر است. بر همین اساس معمولاً اطراف یک معاهده دارای تنوع زبانی، حقوقی، فرهنگی و غیره می‌باشند. این اختلافات در بسیاری از موارد به نگرش‌های متفاوت نسبت به قواعد موجود از جمله مقررات معاهده‌ای خواهد شد. مسأله‌ای که تنها راهکار آن تفسیر مقررہ توسط یک مرجع حل اختلاف می‌باشد. آنچه تفسیر معاهدات توسط دیوان را بیش از این قابل توجه می‌نماید، نخست همان‌گونه که قبلاً هم مورد اشاره قرار گرفت جهانی بودن این مرجع می‌باشد. دادگاهی که تمامی دولت‌های حال حاضر جهان عضو اساسنامه آن بوده و آن را به عنوان مرجع اصلی قضایی سازمان ملل متحد می‌شناسند که خود مهم‌ترین سازمان بین‌المللی با دایره شمول جهانی می‌باشد؛ دوم اینکه تصمیمات اتخاذ شده توسط این مرجع نه تنها الزام‌آور بوده بلکه غیرقابل استیناف نیز می‌باشند. نتیجه این بحث واضح است. هر آنچه دیوان در مقام تفسیر معاهدات بیان کند به یک قاعده و قانون الزام‌آور برای طرفین آن دعوا مبدل خواهد شد. نیازی به ذکر این نکته نیست که در بسیاری از موارد تفسیر یک امر به معنای مطرح نمودن مقرراتی جدید است که بعید نیست حتی با آنچه در ابتدا و به هنگام انعقاد معاهده مورد قصد طرفین بوده منطبق نباشد. خصوصاً اینکه چنین تصمیماتی قابل تجدیدنظر نخواهد بود. تنها موردی نیز که احتمال بررسی مجدد یک تصمیم اتخاذی توسط دیوان می‌رود ماده ۶۰ اساسنامه می‌باشد که همچنان که در مباحث گذشته نیز گفته شد، نوعی اعاده دادرسی بوده و البته این مورد نیز توسط خود دیوان رسیدگی خواهد شد نه مرجعی دیگر. این نوع بررسی مجدد که در قالب تفسیر رأی خود دیوان مقرر گردیده است، تفسیری بوده که به مانند تفسیر دیوان در خصوص معاهدات، جنبه الزام‌آور دارد.^{۱۰۲}

ب) نقش و اثر تصمیمات قضایی بر عرف

در مقایسه با معاهدات بین‌المللی باید نقش بسیار برجسته‌تری برای تصمیمات قضایی خصوصاً آراء دیوان بین‌المللی دادگستری در نحوه شکل‌گیری و ظهور یک عرف بین‌المللی قائل شد. چرا که یکی از مهم‌ترین خصوصیات عرف، مدون نبودن آن است. حتی در

^{۱۰۲}. در این خصوص، نک: هدایت‌الله فلسفی، «ماجرای تفسیر در دیوان بین‌المللی دادگستری»، صص ۴۱-۱۳؛

همچنین:

Loretta Malintoppi and Eduardo Valencia-Ospina, *International Litigation in Practice*, Vol. 1, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 95.

خصوص معاهدات که منابع مدون و شفاف حقوق بین‌الملل به حساب می‌آیند - همان‌گونه که گفته شد - تصمیمات قضایی نقش بسزایی در نحوه اجرا و تفسیر آن‌ها ایفا می‌نمایند. لذا باید گفت در رابطه با عرف بین‌المللی که ابهامات آن به دلیل عدم تدوین بسیار بیشتر از معاهدات است، نقش و اثر تصمیمات قضایی به مراتب قابل توجه‌تر خواهد بود. تأثیر مذکور به اندازه‌ای است که تعدادی از حقوقدانان، عرف خام را ذاتاً و به تنهایی منبع حقوق بین‌الملل نمی‌دانند و تنها در صورتی عرف خام ایجاد شده را قابل اعمال در روابط بین‌المللی می‌دانند که توسط یک دادگاه یا مرجع بین‌المللی حالت موضوعه پیدا نماید.^{۱۰۳} این رویکرد اگرچه تا حدودی خشک و افراطی می‌نماید اما خالی از اهمیت نیز نیست. توضیح اینکه هرگاه بحث از یک قاعده عرفی موجود به میان آید، چنین قاعده‌ای پس از مورد اجرا قرار گرفتن توسط تابعان ملزم بدان، تا زمانی که به موضوع یک اختلاف در خصوص اجرا و یا الزام به آن تبدیل و در دستور کار یک مرجع دارای صلاحیت تشخیص و حل اختلاف قرار نگیرد به صورت الزام‌آور شفاف و واضح نمی‌گردد. در خصوص تصمیم یک اجلاس بین‌المللی در رابطه با شناسایی و یا تشخیص یک قاعده عرفی نیز لازم به ذکر است که پس از تشکیل چنین اجلاسی می‌توان گفت که نورم یا قاعده مربوطه تدوین گردیده و جامه معاهده به خود می‌پوشد. مگر اینکه تصمیم اتخاذ شده در اجلاس مذکور جنبه الزام‌آور نداشته باشد که در این حالت نیز تأثیر قابل توجهی را در پی نخواهد داشت. البته لازم به ذکر است که انعقاد یک معاهده ناشی از یک عرف از قبل موجود به معنای از بین رفتن عرف مورد نظر نخواهد بود. در قضیه معروف نیکاراگوئه علیه امریکا، دیوان نکته‌ای ظریف را در خصوص وجود یک قاعده (ممنوعیت توسل به زور) با دو منشأ بیان می‌کند: «حتی در صورتی که دو قاعده که ناشی از دو منشأ حقوقی بوده، در عین حال دارای محتوای واحدی باشند، و دولت‌های طرف اختلاف نیز، هم از نظر عرفی و هم از جنبه معاهده‌ای بدان ملتزم باشند، با این حال، دو قاعده مزبور، وجودی متمایز از یکدیگر خواهند داشت.»^{۱۰۴} اما وجود تفاوت‌های موجود میان عرف و معاهده از قبیل آنچه قبلاً به عنوان شفافیت بیشتر معاهده در مقایسه با عرف بیان شد معمولاً باعث ترجیح آن در هنگام استناد می‌شود.

ج) نفوذ تصمیمات قضایی در دکتین

گرچه مطابق ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری دکتین نیز مانند تصمیمات

103. Amanda Perreau-Saussine and James Bernard Murphy, *The Nature of Customary Law*, Cambridge University Press, 2007, p. 6.

104. *ICJ Reports*, 1986, p. 195, para. 181.

قضایی در رده منابع یا ابزارهای فرعی تشخیص قواعد حقوق بین‌الملل قرار گرفته‌اند، اما میان این دو منبع باید تفاوت‌های زیادی قائل شد. امروزه نفوذ تصمیمات قضایی خصوصاً آراء دیوان بین‌المللی دادگستری در دکتترین تا اندازه‌ای افزایش یافته که کمتر دانشمندی را می‌توان یافت که هنگام طرح یک ادعا سعی در استناد به آراء صادره از دیوان ننماید. در نگاه اول چنین امری را می‌توان مثبت دید چرا که حداقل باعث ایجاد رویکردهای مشابه علمی به موضوعات خواهد شد اما چنانچه در ذیل تشریح خواهد شد این تمایل به استناد به آراء دیوان در میان حقوقدانان می‌تواند مورد نقد نیز قرار گیرد. هر اندازه ضروریات حقوقی کنونی جامعه بین‌المللی تغییر جایگاه رویه قضایی را از یک منبع ثانویه به یک منبع فرعی بطلبد، در نقطه مقابل اعتبار و ارزش اساسی دکتترین را تنها در صورتی می‌توان متصور شد که این منبع همچنان به عنوان یک منبع ثانویه و غیرقابل استناد مستقیم باقی بماند. دلایل این مدعی را می‌توان این‌گونه توضیح داد همان‌گونه که می‌دانیم از اساسی‌ترین خصیصه‌های علم حقوق در مقایسه با علومی مانند سیاست در میزان آرمان‌گرایی این رشته است. در واقع حقوق به بایدها و نبایدها می‌پردازد در حالی که علمی مانند سیاست بر مبنای واقعیت‌ها یعنی هست‌ها و نیست‌ها استوار است. به همین دلیل حقوق در کنار توجه به واقعیت‌های موجود همیشه نگاهی به بایدها و نبایدها یعنی آرمان‌ها دارد و رسالت اصلی آن را نیز می‌توان تحقق بایدها و نبایدها بر محور عدالت دانست. لذا قسمتی از بازیگران حوزه حقوق باید با فراهم نمودن بسترهای حقوقی برای تغییر قواعد موجود جهت نیل جامعه به آرمان‌ها تلاش نمایند. انجام این وظیفه مستلزم داشتن آزادی عمل و اجازه خروج از حیطه قواعد موجود است. این بخش از بازیگران حوزه حقوق بین‌الملل که همان دانشمندان این علم می‌باشند اگر فاقد آزادی عمل مذکور باشند هیچ‌گاه قدرت تغییر یک قاعده را پیدا نخواهند کرد چرا که در اکثر موارد ایجاد یک قاعده جدید به معنای نسخ قاعده قبلی در خصوص آن موضوع می‌باشد و اگر چنین عملی در داخل محدوده مقرراتی موجود انجام گیرد به معنای تخلف از قاعده می‌باشد. در نتیجه این مرحله گذار باید در یک فضای ماوراء قواعد و مقررات موجود، اما در داخل حیطه اصول حقوقی به انجام رسد. این فضای خارج از چارچوب مقررات موجود، زمانی ایجاد می‌شود که رابطه مستقیم استنادی با موضوعات مطروحه نداشته باشد. چون در مرحله گذار هنوز قاعده جدید ایجاد نشده تا بتوان بدان استناد کرد. پس نهایتاً وجود آزادی عمل برای آفرینندگان دکتترین مستلزم عدم قابلیت استناد مستقیم به آن نظرات (دکتترین) است و این ذات و فلسفه وجودی دکتترین است که ثانویه بودنِ همیشگی آن را می‌طلبد. از سوی

دیگر چون هیچ مرجعی را جهت تشخیص دکترین معتبر از نامعتبر نمی‌توان شناخت، استناد مستقیم به دکترین به عنوان منبع مستقل به جای اینکه باعث حل یک اختلاف گردد، زمینه پیدایش اختلافات بیشتری را فراهم خواهد کرد. حال با این توضیحات معلوم گردید که دکترین منبعی آزاد و جسور در مقایسه با سایر منابع حقوق بین‌الملل است. این آزادی و جسارت با وابستگی آن به منبع دیگری منافات دارد.

بند سوم: تقنین قضایی توسط قضات دیوان بین‌المللی دادگستری

به دلیل نوپا بودن حقوق بین‌الملل در مقایسه با حقوق داخلی و همچنین فقدان نهادهای دارای اقتدارات عالی، جامعه بین‌المللی در امر وجود نورم‌ها و هنجارهای لازم‌الاجرا با خلأهای بسیاری مواجه گردیده است. لذا بدون شک علاوه بر ابداعاتی که قضات دیوان در حین تفسیر یک مقررہ معاهده‌ای یا عرفی انجام می‌دهند، در بسیاری از موارد به صورت مستقیم اما ضمنی^{۱۰۵} به تولید قواعد جدید در رابطه با موضوعات تحت بررسی خود می‌دست می‌یازند. این امر به صراحت از سوی لرد بالفور در خصوص قضات دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی اعلام شد. وی بیان می‌دارد که قضات دیوان دائمی در بسیاری از مواد چه به صورت عمدی و چه به صورت غیرعمدی اقدام به تولید قانون می‌نمایند. در مورد دیوان بین‌المللی دادگستری یکی از مهم‌ترین مثال‌ها در این زمینه، نظریه مشورتی سال ۱۹۴۹^{۱۰۶} این دیوان در خصوص شخصیت حقوقی سازمان ملل متحد می‌باشد. فارغ از اینکه متعاقباً رویه بین‌المللی، قاعده ایجاد شده توسط این نظریه را دستخوش تحول نمود،^{۱۰۷} عمل دیوان گامی بسیار مؤثر در جهت شناسایی شخصیت حقوقی مستقل برای سازمان‌های بین‌المللی در حقوق بین‌الملل به حساب می‌آید.^{۱۰۸}

در خصوص نحوه این تقنین قضایی لازم به توضیح است که قاضی در ابتدا باید مشخص نماید آیا قاعده موجود در حقوق بین‌الملل جهت تعیین طرف محق واضح است یا خیر. سپس اگر قاعده به اندازه کافی واضح بود ملزم به تبعیت از آن و اتخاذ تصمیم

۱۰۵. منظور مستقیم این است عملاً و بدون استناد به مقررہای از قواعد موجود، اقدام به ایجاد نورم‌های جدید می‌نمایند و منظور از ضمنی اینست که در عین حال که اقدام به قاعده‌گذاری می‌نمایند از اشاره به این مطلب یعنی امر ایجاد قواعد جدید توسط خود، خودداری می‌نمایند.

106. *ICJ Reports*, 1950, p. 4.

۱۰۷. در این نظریه وجود شخصیت بین‌المللی برای سازمان ملل متحد مبتنی و مستنبط از کثرت اعضای آن در نظر گرفته شده اما متعاقباً رویه تشکیل شده در این خصوص تعداد اعضای یک سازمان بین‌المللی را در وجود یا فقدان شخصیت حقوقی آن سازمان بی‌اثر دانسته است.

۱۰۸. سید قاسم زمانی، *حقوق سازمان‌های بین‌المللی*، ص ۳۱.

منطبق بر آن خواهد بود. اما اگر قاعده به اندازه‌ای ابهام داشت که نتوان به راحتی با استناد به آن طرف محق را شناسایی نمود،^{۱۰۹} به ناچار قاضی درگیر نوعی تقنین قضایی خواهد شد.

گفتار چهارم: پتانسیل ارتقاء جایگاه تصمیمات قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری

در مورد پذیرش صریح قدرت قاعده‌سازی تصمیمات قضایی در اسناد حقوق بین‌الملل، نظر به وجود ماده ۵۹ اساسنامه دیوان و صراحت آن نمی‌توان ادعای چندان محکمی نمود. اما در بسیاری از موارد نیاز یک جامعه - اعم از داخلی و بین‌المللی - به ایجاد یک قاعده جدید از راه‌های ضمنی مطرح و جنبه عملی نیز می‌یابد. بر همین اساس مطالب آتی بیشتر از تمایلات ضمنی جامعه بین‌المللی استنتاج شده‌اند. با توجه به این مطلب که اساسنامه دیوان جزء لاینفک منشور ملل متحد به حساب می‌آید، دو فرض مختلف به بحث گذاشته می‌شوند؛ اولاً با توجه به رابطه بین منشور و اساسنامه دیوان، آیا می‌توان حکم ماده ۱۰۳ منشور را شامل مقررات اساسنامه دیوان هم دانست یا خیر؟ و ثانیاً اینکه در صورت شمول حکم ماده مذکور به مقررات اساسنامه دیوان آیا با وجود ماده ۱۰۳ منشور، تعهدات ناشی از آن قابل تعدیل یا تغییر می‌باشند که متعاقباً به طریق اولی حکم آن را به مقررات اساسنامه دیوان تعمیم داد یا خیر؟

گفتار پنجم: ماده ۱۰۳ منشور ملل متحد و میزان التزام به آن

ماده ۱۰۳ منشور ملل متحد بیان می‌دارد: «در صورت حصول تعارض بین تعهدات اعضای ملل متحد به موجب این منشور و تعهدات آن‌ها به موجب هر موافقتنامه دیگری، تعهدات آن‌ها به موجب این منشور حاکم خواهد بود.» ماده مذکور یکی از مصادیق برتری نوعی از تعهدات حقوقی بین‌المللی است که از طریق یک مقررره قراردادی حالتی خاص و برتر نسبت به سایر تعهدات پیدا نموده است. لذا باید تعهدات اعضا بر اساس منشور ملل متحد را تعهدات برتر دانست. این تعهدات علاوه بر مواد منشور شامل تصمیمات الزام‌آوری که توسط ارگان‌های ملل متحد اخذ می‌گردد، نیز خواهند شد،^{۱۱۰} چرا که تعهد به اجرای آن

۱۰۹. تعدادی از نویسندگان به صورت احتمالات به میزان این ابهام پرداخته‌اند. برای مثال مطابق تئوری گریناوالد (Greenawalt's theory) هرگاه از یک قاعده موجود چنین برآید که احتمال محق شناختن یکی از طرفین دعوا بر اساس آن قاعده ۶۰ درصد به ۴۰ درصد باشد، می‌توان آن طرف را برنده دعوا دانست. در این خصوص، نک: Anthony D'Amato, "Judicial Legislation", *Cardozo Law Review*, 63(1979), p. 12.

۱۱۰. با توجه به این مطلب که دیوان بین‌المللی دادگستری نیز رکن اصلی قضایی سازمان ملل متحد به حساب

تصمیمات نیز از منشور برخاسته است.^{۱۱۱} در این میان ابهام دیگری به وجود می‌آید که آن هم وضعیت ناشی از این ماده در برابر تعهدات و قواعد عرفی حقوق بین‌الملل است. به عبارت دیگر موقعیت تعهدات ناشی از منشور ملل متحد در مواجهه با قواعد عرفی حقوق بین‌الملل چگونه خواهد بود؟

آنچه از ظاهر ماده ۱۰۳ برداشت می‌شود این است که اطلاق آن ماده صرفاً شامل موافقتنامه‌های اعضای یعنی تعهدات معاهده‌ای اعضا می‌گردد.^{۱۱۲} گذشته از ظاهر ماده

می‌آید، حکم ماده مذکور را باید در خصوص آراء اتخاذی توسط دیوان نیز الزام جاری دانست. همچنین ممکن است این سوال پیش آید که اگر تصمیمات چنین ارگان‌هایی خصوصاً شورای امنیت برخلاف منشور اتخاذ شده باشد، تکلیف چیست. در این مورد باید گفت که اگرچه چنین وضعیتی دور از انتظار نیست، اما چون در قواعد کنونی حقوق بین‌الملل از جمله اسناد مربوط به سازمان ملل متحد مرجعی جهت تشخیص صحت تصمیمات شورای امنیت - که مهم‌ترین رکن واجد اتخاذ تصمیمات الزام‌آور می‌باشد - تعریف نگردیده عملاً در وضعیت فعلی چنین مشکلی بروز نخواهد کرد. دیوان در قضیه نامیبیا این مطلب را مورد تصریح قرار داده است. در این خصوص، نک: *ICJ Reports, 1971, p. 45, para. 89.*

همچنین: فریده شایگان، شورای امنیت سازمان ملل و مفهوم صلح و امنیت بین‌المللی، تهران: انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، بهار ۱۳۸۰، ص ۴۶.

۱۱۱. کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل متحد، «معضلات ناشی از تنوع و تکثر در حقوق بین‌الملل، یافته‌های کمیسیون حقوق بین‌الملل در خصوص تکثر در حقوق بین‌الملل (۲۰۰۶)»، ترجمه سید قاسم زمانی و آرامش شهبازی، فرجام حقوق بین‌الملل نوسان میان تکنیک و تدبیر، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۹، ص ۳۶.

Fragmentation of Interantional Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of Interantional Law, *op. cit.*, p. 168.

در این خصوص باید خاطر نشان ساخت که از آنجایی که طبق بند سوم ماده ۲ منشور ملل متحد دولت‌ها ملزم به حل و فصل اختلافات خویش در چارچوب سازمان شده‌اند و حتی با وجود اسنادی چون اعلامیه اصول حقوق بین‌الملل ناظر بر روابط دوستانه میان ملت‌ها بر اساس حقوق بین‌الملل و اعلامیه مانیل، اصل حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات به عنوان یکی از اصول بنیادین حقوق بین‌الملل تبدیل شده است و بدین لحاظ باید (ذیل فصل ششم منشور با عنوان حل مسالمت‌آمیز اختلافات بین‌المللی) در راستای اجرای ماده ۳۳ منشور، ابتدا خود اطراف اختلاف و در گام بعدی، شورای امنیت به طرق مسالمت‌آمیز حل اختلافات توجه داشته باشند و شورای امنیت باید مقرر به بند سوم ماده ۳۷ را در ترغیب و ارجاع اختلاف به دیوان بین‌المللی دادگستری مد نظر قرار دهد. ضمن اینکه از آنجایی که اساسنامه دیوان جزء لاینفک منشور تلقی می‌گردد (ماده ۹۲ منشور) بنابراین، تعهدات برخاسته از منشور (موضوع ماده ۱۰۳ منشور) تصمیمات دیوان بین‌المللی دادگستری را به عنوان رکن اصلی قضایی سازمان دربرمی‌گیرد. در این خصوص به تصمیم دیوان در قضیه لاکربی می‌توان اشاره داشت. نک:

Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America) (Preliminary Objections) *ICJ Reports 1998, p. 8.*

۱۱۲. عده‌ای از حقوقدانان بر این عقیده‌اند که وضعیتی که ماده ۱۰۳ منشور به قواعد برخاسته از منشور داده است در تقابل با تعهدات عرفی نیز معتبر می‌باشد. در این خصوص، نک: پیشین.

۱۰۳ مطلب دیگری که ممکن است نظر آن دسته از حقوقدانان را مبنی بر اینکه وضعیت برتر تعهدات برخاسته از منشور صرفاً در مقابل تعهدات معاهده‌ای دیگر اعضا معتبر می‌باشد نه در مقابل تعهدات عرفی بحثی اصولی است بر این مبنای که خصوصیت برتر بودن تعهدات ناشی از منشور - برگرفته از ماده ۱۰۳ منشور - خود وضعیت و مقرره‌ای استثنایی است. چرا که بی‌اعتبار قلمداد کردن سایر تعهدات دولت‌ها خلاف اصل مسلمی در حقوق به نام اصل صحت می‌باشد. در کل می‌توان گفت که شکی در استثنایی بودن حکم ماده ۱۰۳ منشور نیست. همان‌گونه که اصل صحت اصلی مسلم و پذیرفته شده است، از نظر اصول کلی حقوق ممنوعیت تفسیر موسع مقررات استثنایی نیز کاملاً پذیرفته شده است. بنابراین نباید سعی در گسترش وضعیت استثنایی ناشی از ماده ۱۰۳ منشور نمود و در نهایت این برتری تعهدات ناشی از منشور را تنها در مقابل سایر تعهدات معاهده‌ای اعضا - در صورت تناقض - به رسمیت شناخت. نتیجه این امر پذیرش اعتبار آن دسته از قواعد عرفی نیز خواهد بود که در تناقض جزئی یا کلی با تعهدات برخاسته از منشور است. لازم به ذکر است هنگام تقابل چنین قواعدی باید از سایر ابعاد دارای اعتبار واحدی باشند.^{۱۱۳}

بند اول: قطعنامه اتحاد برای صلح

در سال ۱۹۵۰ در خلال جنگ کره، شورای امنیت در صدد ارسال نیروی نظامی به منطقه جهت پایان دادن به جنگ برآمد. در این میان اتحاد جماهیر شوروی به دلایل سیاسی و به وسیله استفاده‌های مکرر از حق وتو^{۱۱۴} شورای امنیت را عملاً فلج کرد. ایالات متحد برای حل این مسأله، پیشنهادی را مطرح نمود که در نهایت باعث شد قطعنامه‌ای در مجمع عمومی سازمان ملل متحد به تصویب برسد که خلاصه‌ای از آن به شرح ذیل مورد اشاره قرار می‌گیرد.

هرگاه شورای امنیت به دلیل عدم اتفاق نظر - یعنی استفاده مکرر از حق وتو - اعضای دائم از عمل کردن به اصلی‌ترین مسؤولیت خود یعنی حفظ صلح و امنیت بین‌المللی در هر قضیه‌ای باز ماند و آن قضیه به نظر تهدیدی علیه صلح، نقض صلح و یا عمل تجاوز باشد، مجمع عمومی سریعاً قضیه را به منظور ارائه توصیه‌های مناسب به اعضا جهت انجام اقدامات دسته جمعی از جمله استفاده از نیروی نظامی برای حفظ یا اعاده صلح و امنیت

۱۱۳. لذا مثلاً یک قاعده منطقه‌ای اگرچه برخاسته از عرف نیز باشد در مقام تقابل با تعهدات ناشی از منشور نخواهد بود چرا که در چنین مواردی تعهدات برخاسته از منشور به دلیل عام و جهانی بودن دارای برتری می‌باشند و اصولاً بحث تناقض قبل از ورود بحث ماده ۱۰۳ منشور حل گردیده است.

۱۱۴. اتحاد جماهیر شوروی در این خصوص بیش از ۱۲۰ بار از حق وتو استفاده کرد.

بین‌المللی در صورت نقض صلح یا انجام عمل تجاوز، بررسی خواهد کرد. در صورتی که مجمع عمومی در حالت مورد نظر جلسه نداشته باشد، در شرایط اضطراری ممکن است ظرف ۲۴ ساعت از تاریخ درخواست تشکیل جلسه دهد. چنین جلسه اضطراری مخصوصی با درخواست ۷ عضو - دائم یا غیردائم - شورای امنیت یا اکثریت اعضای ملل متحد تشکیل خواهد شد.

قطعنامه مذکور به دو شکل قابل تحلیل یا توجیه خواهد بود؛ یا اینکه آن را - همان‌گونه که در متن خود قطعنامه آمده - در راستای وظیفه مجمع عمومی برای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی توجیه کرد، یا اینکه تخطی دیگری از ماده ۱۰۳ منشور ناظر به ماده ۱۲ منشور ملل متحد دانست.

این نظر که قطعنامه مذکور در راستای اهداف و اصول منشور و ملل متحد و به جهت اینکه مجمع عمومی نیز در مورد حفظ صلح و امنیت بین‌المللی دارای مسؤلیت کلی است، ممکن است قابلیت توجیه داشته باشد. جنبه دیگری نیز که پشتیبانی از این قطعنامه را قدرت می‌بخشد هدایت حقوق بین‌الملل به سوی برابری دولت‌ها در حقوق است.^{۱۱۵} چرا که اگر قطعنامه مذکور در یک موضوع به مرحله اجرا درآید، نتیجه، حذف حق وتو جهت تصمیم‌گیری در آن مورد خواهد بود و این یعنی برابری تمامی اعضای مجمع عمومی در حق رأی. این برابری در حالت عادی - به دلیل وجود حق وتو صرفاً برای اعضای دائمی شورای امنیت - وجود ندارد. اما به نظر می‌رسد تحلیل دوم یعنی تخطی مفاد این قطعنامه از ماده ۱۲ منشور و به تبع آن نقض ماده ۱۰۸ منشور و متعاقباً ماده ۱۰۳ آن صحیح‌تر خواهد بود. در این خصوص ماده ۱۲ منشور اذعان می‌دارد: «۱- تا زمانی که شورای امنیت در مورد هر اختلاف یا وضعیت، در حال انجام وظایفی است که در این منشور بدان محول شده است، مجمع عمومی در مورد آن اختلاف یا وضعیت هیچ‌گونه توصیه‌ای نخواهد کرد مگر اینکه شورای امنیت چنین تقاضایی بکند...»

جالب اینکه هر جا در منشور در خصوص وظایف مجمع عمومی در رابطه با حفظ صلح و امنیت بین‌المللی سخنی به میان آمده است، رعایت مفاد ماده ۱۲ الزامی انگاشته شده است.^{۱۱۶} منصرف از اینکه باید به دلایلی که در مطالب فوق مورد اشاره قرار گرفت، تا

۱۱۵. می‌دانیم برابری حقوقی با برابری در حقوق دو امر متفاوت بوده که اولی به معنای دارا بودن همه دولت‌ها از شخصیت حقوقی برابر می‌باشد و دومی به این معناست که همه دولت‌ها دارای حقوق برابر و یکسانی می‌باشند. مورد اخیر یعنی برابری در حقوق تا به حال محقق نگشته و یکی از مهم‌ترین مثال‌های عدم برابری در حقوق وجود حق وتو برای دولت‌های عضو دائم شورای امنیت ملل متحد می‌باشد.

۱۱۶. در این خصوص، نک: ماده ۱۰، بند ۲ ماده ۱۱، ماده ۱۴ منشور.

حدودی وجود و تصویب چنین قطعنامه‌ای را به فال نیک گرفت، به نظر می‌رسد باید قبول کرد که تصویب و اجرایی نمودن آن انحرافی است از مواد ۱۲، ۱۰۸ و نهایتاً ۱۰۳ منشور. دلیل اینکه اولاً پرداختن مجمع عمومی به مسأله‌ای که هنوز از دستور کار شورای امنیت خارج نگردیده و شورا نیز چنین درخواستی از مجمع ننموده باشد تغییر در مفاد ماده ۱۲ به حساب می‌آید. از سوی دیگر ماده ۱۰۸ منشور رعایت ترتیبات خاصی^{۱۱۷} را برای اصلاح مقررات منشور اندیشیده که در این قطعنامه به چشم نمی‌خورد. عدم رعایت هر دوی این مواد یعنی ماده ۱۲ و ماده ۱۰۸ منشور نیز به معنای نقض ماده ۱۰۳ منشور که در مطالب گذشته مورد بحث قرار گرفت، می‌باشد. بنابراین در کل می‌توان وجود این قطعنامه را نیز از منظر صرفاً حقوقی دلیلی بر عدم پذیرش اطلاق ماده ۱۰۳ منشور دانست.

بند دوم: مداخله بشردوستانه؛ تحول حقوق بشر یا تضییق مصادیق بندهای ۴ و ۷ ماده ۲

منشور

پیشرفت‌های روز افزون حقوق بشر که ناشی از نیازهای جامعه بین‌المللی به قواعد جدید در حوزه حقوق بین‌الملل می‌باشد، باعث گردیده که امروزه - خصوصاً پس از حمله ناتو به کوزوو - قضاوت در مورد دخالت بدون مجوز در امور داخلی دولت‌ها توسط تابعان حقوق بین‌الملل اعم از دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی در مباحث حقوق بشری دشوارتر از گذشته باشد. نگرش سابق که مستنبط از بند ۴ ماده ۲ منشور ملل متحد بود؛ عدم تجویز حقوقی این‌گونه اقدامات بود.^{۱۱۸} این در حالی است که امروزه کمیسیون حقوق بین‌الملل^{۱۱۹} اگرچه به دلیل نبود اجماع، هرگونه اقدام نظامی بدون مجوز شورای امنیت یا مجمع عمومی را غیرمشروع می‌داند، اما مداخله بشردوستانه در مورد اقداماتی را که در زمان سکوت آن ارکان صوت می‌گیرد و واجد کلیه شرایط لازم برای یک اقدام بشردوستانه

۱۱۷. این ماده اصلاحات به عمل آمده را زمانی برای تمام اعضای مجمع عمومی لازم الاجرا دانسته که به موجب رأی دو سوم اعضای ملل متحد مورد قبول قرار گرفته شده و به تصویب دو سوم اعضای ملل متحد شامل تمام اعضای دائم رسیده باشد.

۱۱۸. فاطمه کیهانلو، «مداخله بشردوستانه و سازمان‌های منطقه‌ای مشمول فصل هشت منشور»، سالنامه ایرانی

حقوق بین‌الملل و تطبیقی، شماره اول، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۴، صص ۲۹۰-۲۸۸.

۱۱۹. نظریات این نهاد را می‌توان به دکتترین خاص تعبیر نمود. به این دلیل که اگرچه از نظر اعتبار حقوقی با نظریات سایر دانشمندان حقوق بین‌الملل تفاوتی نداشته، اما ارتباط آن با مجمع عمومی سازمان ملل متحد و سهولت تبدیل نظریات و طرح‌های آن به معاهدات بین‌المللی فراگیر - مانند کنوانسیون‌های حقوق معاهدات وین - وضعیت خاص و نسبتاً برتری را به دکتترین ناشی از این نهاد در مقایسه به دکتترین در شکل عمومی داده است.

باشد، نه تنها مشروع بلکه ضروری تلقی می‌نماید.^{۱۲۰}

با وجود بند ۴ ماده ۲ منشور ملل متحد، نگرش اخیر می‌تواند نتیجه یکی از این دو امر باشد؛ یا تغییر جایگاه حقوق بشر از یک مفهوم کاملاً داخلی به یک مفهوم بین‌المللی و یا محدود شدن حوزه شمول بندهای ۴ و ۷ ماده ۲ منشور یعنی ورود استثنای دیگری بر آن‌ها.^{۱۲۱} عده‌ای از حقوق‌دانان مانند «لیلیچ» این نوع مداخلات را اصولاً دخالت ندانسته و آن را در تناقض با بند ۴ ماده ۲ منشور نمی‌دانند. در همین راستا عقیده‌ای نیز وجود دارد که حقوق بشر را یک امر داخلی صرف نمی‌داند تا اقدامات دولت‌های دیگر برای حفاظت از آن را مداخله در امور داخلی سایر دولت‌ها بدانند. اما قطعنامه ۲۱۳۱ (xx) تحت عنوان «اعلامیه راجع به قابل قبول نبودن مداخله در امور ملی کشورها و حمایت از استقلال و حاکمیت آن‌ها» مصوب ۱۹۶۵^{۱۲۲} و قطعنامه ۲۶۲۵ (xxv) تحت عنوان «اعلامیه اصول حقوق بین‌الملل راجع به روابط دوستانه و همکاری بین کشورها بر طبق منشور ملل متحد» مصوب ۱۹۷۰^{۱۲۳} مجمع عمومی سازمان ملل و همچنین آراء دیوان بین‌المللی دادگستری در قضایای تنگه کورفو،^{۱۲۴} و نیکاراگوئه^{۱۲۵} به صراحت چنین اعمالی را ممنوع و ارتکاب آن‌ها را نقض حقوق بین‌الملل می‌دانند.^{۱۲۶} به همین دلیل ناگزیر از پذیرش این مطلب

۱۲۰. قاسم آقایی، «مداخله بشردوستانه: از ممنوعیت تا ضرورت»، مجله پژوهش حقوق و سیاست، ش ۱۱،

صص ۱۱۰-۵۵.

۱۲۱. می‌دانیم اصل کلی منع توسل به زور و عدم مداخله در امور داخلی اعضا که در بندهای ۴ و ۷ ماده ۲ منشور آمده دارای استثنائی می‌باشند: در مورد بند ۴ دفاع مشروع و اقدامات شوای امنیت در چارچوب فصل هفتم منشور و در مورد بند ۷ به موجب قسمت اخیر خود آن ماده، اقدامات قهری مندرج در فصل هفتم شورای امنیت.

۱۲۲. در این قطعنامه هر نوع مداخله مستقیم یا غیرمستقیم در امور داخلی یا خارجی کشور دیگر مداخله یا تهدید علیه شخصیت دولت یا عناصر سیاسی، اقتصادی و فرهنگی آن محکوم شده است.

۱۲۳. یکی از اصول این قطعنامه اصل عدم مداخله است که با تکرار عبارت موجود در قطعنامه ۲۱۳۱ مورد تأکید قرار گرفته است.

۱۲۴. در این قضیه اگرچه عمل انگلیس مبنی بر جمع‌آوری مین‌های موجود در تنگه کورفو را می‌توان عملی مثبت و حقوق بشری دانست، اما دیوان استدلالات دولت انگلیس را نپذیرفته و عمل آن را ناقض حاکمیت دولت آلبانی و خلاف حقوق بین‌الملل اعلام نمود.

۱۲۵. در این قضیه نیز دیوان ضمن محکوم نمودن ایالات متحده آمریکا، اصل عدم مداخله را به‌عنوان یک اصل حقوق بین‌الملل عرفی معرفی و هرگونه مداخله مستقیم و غیرمستقیم در امور داخلی و خارجی کشورها را منع می‌کند.

۱۲۶. در خصوص انواع مداخلات، نک: سیدحسین صفایی، «مداخله در امور کشورهای دیگر از دیدگاه حقوق بین‌الملل»، مجله حقوقی، ش ۹، صص ۱۹-۱۴.

خواهیم بود که حوزه شمول بندهای ۴ و ۷ ماده ۲ منشور ملل متحد محدودتر از گذشته شده‌اند. لذا باید اذعان نمود که مسأله مداخله بشردوستانه نیز همان‌گونه که از عنوان آن پیداست نوعی مداخله و در تناقض با مفهوم اولیه بندهای مذکور ماده ۲ منشور است. نتیجه اینکه می‌توان از تغییر مفهومی مقررات فوق‌الذکر منشور به وسیله رویکرد و رویه دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی سخن به میان آورد. در نهایت یا باید این مطلب را که ماده ۱۰۳ منشور تنها تعهدات معاهده‌ای را مد نظر دارد، قبول کرده و یا به تغییر ضمنی حقوق بین‌الملل در رابطه با مقررات منشور و اصول حقوق بین‌الملل از جمله اصل منع مداخله در امور سایر دولت‌ها اعتراف نمود. هرکدام از دو نظر مذکور را صحیح بدانیم، نتیجه چیزی جز نقض اطلاق ماده ۱۰۳ منشور ملل متحد نخواهد بود. این یعنی پذیرش احتمال تغییر و تحول در مقررات و تعهدات ناشی از منشور حداقل به وسیله تعهدات جدید غیرمعاهده‌ای.

از دو بحث فوق یعنی مداخلات بشردوستانه و قطعنامه اتحاد برای صلح می‌توان چنین نتیجه گرفت، حتی در صورتی که بتوان حکم ماده ۱۰۳ منشور را به مواد اساسنامه دیوان نیز تعمیم داد، باز نمی‌توان آن را دلیل مطلق تغییرناپذیری مقررات دیوان دانست. چرا که چنانچه مورد بحث قرار گرفت، حتی خود ماده ۱۰۳ و مقررات منشور که در خصوص شمول حکم ماده ۱۰۳ نسبت آن‌ها تردیدی وجود ندارد، قابل تغییر و تحول‌اند. لذا در هر دو فرض یعنی شمول یا عدم شمول حکم ماده ۱۰۳ منشور به مقررات اساسنامه دیوان از جمله ماده ۳۸ آن، تغییر و تحول مقررات موجود در منشور و بالتبع اساسنامه حداقل از راه پیدایش عرف‌های جدید جهانی کاملاً قابل پیش‌بینی و همسو با اصول حقوق بین‌الملل خواهد بود.

انجام بحث

نظام حقوقی بین‌المللی نظامی نوپا و در مقایسه با نظام حقوقی داخلی دارای خلأهای هنجاری بسیاری است و لذا بسیار بیشتر از نظام حقوقی داخلی نیازمند تکامل است. این تکامل به وسیله قاعده‌سازی‌های همسو با نیازهای جامعه بین‌المللی به انجام خواهد رسید. اما در این راه، فقدان اقتدارات عالی‌ه در نظام حقوقی بین‌المللی در مقایسه با نظام حقوقی داخلی موجب اخلال و تأخیر در ایجاد قواعد و نورم‌های جدید حقوقی است. در مواقعی هم که هنجارهای بین‌المللی در زمینه‌ای، همچون حقوق بشر، از فراوانی و استحکام لازم برخوردارند؛ بُعد سازمانی و اجرایی آن هنجارها با کمبودها و ضعف‌هایی مواجه است. در

این میان سازمان ملل متحد با برخورداری از یک وضعیت خاص و شمول جهانی، چهره‌ای شبیه به یک ارگان و نهاد عالی‌تر در چارچوب حقوقی بین‌المللی پیدا کرده است. همچنین خلأهای موجود در خصوص قواعد مدون در حقوق بین‌الملل، این نظام را واجد شباهت‌های بسیاری با نظام کامن‌لا نموده است. نظامی که اصلی‌ترین خصیصه آن قدرت استنادی عرف و رویه قضایی است. در این خصوص و در رابطه با نظام حقوق بین‌الملل، دیوان بین‌المللی دادگستری به عنوان رکن اصلی قضایی سازمان ملل متحد به مانند یک نهاد شبه‌عالیه، با توجه به جایگاهی که تاکنون در حیطه حقوق بین‌الملل پیدا کرده است، تقریباً نقش سازنده رویه قضایی را ایفا نموده که قابل مقایسه با رویه قضایی مورد استناد در نظام کامن‌لا است. اگر چه وجود مقرراتی از قبیل ماده ۱۰۳ منشور در خصوص برتر بودن تعهدات اعضا، ناشی از منشور ملل متحد و ماده ۹۲ منشور در رابطه با پیوند میان منشور ملل متحد و اساسنامه دیوان از یکسو و ماده ۳۸ اساسنامه به عنوان بیان‌کننده منابع اصلی و فرعی قابل استناد دیوان و ماده ۵۹ اساسنامه به عنوان تبیین نسبی بودن آثار آراء قضایی دیوان از سوی دیگر، ممکن است به عنوان موانع تحول آراء قضایی از یک منبع فرعی به یک منبع اصلی حقوق بین‌الملل مطرح باشند، اما بنا بر مطالب طرح شده در این تحقیق، نه تنها شمول حکم ماده ۱۰۳ منشور به مقررات اساسنامه مورد تردید است، بلکه حتی با قبول این شمول نیز چون مطابق مباحث و تحلیل‌های انجام گرفته، قابلیت تغییرپذیری حتی خود ماده ۱۰۳ نیز وجود دارد؛ دیگر مانعی را نمی‌توان در راه اصلاح و تغییر سایر مقررات مندرج در این اسناد خصوصاً از راه پیدایش عرف‌های جهانی جدید متصور شد؛ ضمن اینکه یافته‌های دیوان در آراء ترافعی و نظرات مشورتی در بخش استدلالات، قابلیت استناد را در آراء و نظرات بعدی داراست و صرفاً بخش اجرایی رأی ترافعی مشمول ماده ۵۹ خواهد بود. نتیجه نهایی اینکه تحول رویه قضایی از یک منبع فرعی به یک منبع اصلی حقوق بین‌الملل که مستلزم تغییر در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری است، امری نه تنها ممکن، بلکه در حال انجام است.

فهرست منابع

فارسی (کتاب و مقاله)

آقایی، قاسم، «مداخله بشردوستانه: از ممنوعیت تا ضرورت»، مجله پژوهش حقوق و سیاست، ش

۱۱.

زمانی، سیدقاسم، «جایگاه قاعده آمره در میان منابع حقوق بین‌الملل»، مجله حقوقی، ش ۲۲.

زمانی، سیدقاسم، «حقوق سازمان‌های بین‌المللی؛ شخصیت، مسؤولیت، مصونیت»، چاپ سوم،

- مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۷.
- زمانی، سیدقاسم، «فرایند انسانی شدن حقوق بین‌الملل و چالش‌های فراروی آن»، در مجموعه مقالات هفته پژوهش در دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۸۸.
- زمانی، سیدقاسم و آرامش شهبازی، «فرجام حقوق بین‌الملل نوسان میان تکنیک و تدبیر»، چاپ اول، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۹.
- شایگان، فریده، «شورای امنیت سازمان ملل و مفهوم صلح و امنیت بین‌المللی»، چاپ اول، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۰.
- شهبازی، آرامش، «حقوق بین‌الملل دیالکتیک ارزش و واقعیت»، چاپ اول، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۸.
- شهبازی، آرامش، «نظام حقوق بین‌الملل: وحدت در حین کثرت»، چاپ اول، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۹.
- صفایی، سیدحسین، «مداخله در امور کشورهای دیگر از دیدگاه حقوق بین‌الملل»، مجله حقوقی، ش ۹.
- ضیائی بیگدلی، محمدرضا، «حقوق بین‌الملل عمومی»، چاپ بیست و سوم، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۵.
- ضیائی بیگدلی، محمدرضا، «حقوق معاهدات بین‌المللی»، چاپ سوم، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۵.
- کیهانلو، فاطمه، «مداخله بشردوستانه و سازمان‌های منطقه‌ای مشمول فصل هشت منشور»، سالنامه ایرانی حقوق بین‌الملل و تطبیقی، شماره اول، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۴.
- فابر، هلن رونیز و ژان مارک سورل، «آیین‌های دادرسی بین‌المللی»، ترجمه ابراهیم بیگ زاده، مجله حقوقی، ش ۲۴.
- فلسفی، هدایت الله، «ماجرای تفسیر در دیوان بین‌المللی دادگستری»، در مجموعه مقالات نقش دیوان بین‌المللی دادگستری در تداوم و توسعه حقوق بین‌الملل، انجمن ایرانی مطالعات سازمان ملل متحد، ۱۳۸۹.
- ممتاز، جمشید، «اعلامیه‌های مجمع عمومی جلوه‌ای جدید از تدوین و توسعه حقوق بین‌الملل»، سخنرانی در همایش نقش مجمع عمومی در توسعه و تدوین حقوق بین‌الملل، انجمن ایرانی مطالعات سازمان ملل متحد، قابل دسترسی در: <http://internationallaw.blogfa.com/>
- موسی زاده، رضا، «بایسته‌های حقوق بین‌الملل عمومی»، چاپ دوم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۲.

English (Book & Article)

Abi-Saab, Georges, (1996), "The International Court as a world court", in Fifty years of the International Court of Justice, Essays in honour of Sir Robert Yewdall Jennings, edited by Vaughan Lowe and Malgosia Fitzmaurice, Cambridge University Press.

Akehurst, M., (1974-75), "The Hierarchy of the sources of International Law", British Year Book of International Law.

Aust, Anthony, (2005), "Handbook of International Law", Cambridge University Press.

Bedjaoui, Mohammed, (2000), "Expediency in The Decisions of The International Court of Justice", British Year Book of International Law, Vol. 71.

Brownlie, Ian, (1998) "Principles of Public International Law", Oxford University Press, 5th Pub.

- Carty, Anthony, (2007), "Philosophy of International Law", Edinburg University Press.
- Crawford, James, (2010) "Continuity and Discontinuity in International Dispute Settlement: An Inaugural Lecture", *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 1.
- D'Amato, Anthony, (1979), "Judicial Legislation", *Cardozo Law Review*, Vol. 63.
- D'Amato, Anthony, (1989), "What Does It Mean to be an Internationalist?", *Michigan Journal of International Law*, Vol. 10.
- Gross, Leo and Anthony D'Amato (Review Book), (1984), "Rethinking The Sources of International Law By G. J. H. Van Hoof, book", *American Journal of International Law*, Vol. 78, (BR2-84).
- Hasmath, Reza, (2004), "The Utility of Regional Jus Cogens in International Law", Working Paper, available at: <http://ssrn.com>
- Henckaerts, Jean-Marie and Louise Doswald-Beck, (2009), "Customary International Humanitarian Law" Vol. 1, Cambridge University press.
- Joyner, Daniel H., (2001), "A Normative Model for the Integration of Customary International Law Into US Law", *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 11.
- Kadelbach, Stefan, (2006), "Jus Cogens, Obligation Erga Omnes and other Rules- The Identification of Fundamental Norms", in Christian Tomuschat and Jean-Mac Thouvenin (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, Martinus Nijhoff Publishers.
- Kovacs, Peter, (2003), "Developments and Limits in International Jurisprudence", *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 31:3.
- Lowe, Vaughan, (2000), "The Politics of Lawmaking: Are the Method and Character of Norm Creation Changing?" in *THE ROLE OF LAW IN INTERNATIONAL POLITICS: ESSAYS IN INTERNATIONAL RELATIONS AND INTERNATIONAL LAW*, Michael Byers, Ed.
- Lowe, Vaughan and Colin Warbrick, (2002), "The United Nations and the principles of international law", London: Taylor & Francis e-Library.
- Ludwik, Ehrlich, (1962), "The Development of International Law as a Science", *Recueil des cours*, Vol. 105.
- Malintoppi, Loretta and Eduardo Valencia-Ospina, (2007), "International Litigation in Practice", Vol. 1, Martinus Nijhoff Publishers.
- Merrills, J. G., (2005), "International Dispute Settlement", 4 Ed, Cambridge University Press.
- Mouton, M. W., (1966-III) "The Impact of Science on International Law", *Recueil des cours*, Vol. 119.
- Perreau-Saussine, Amanda and James Bernard Murphy, (2007) "The Nature of Customary Law", Cambridge University Press.
- Ragazzi, Maurizio, (2005), "International Responsibility Today", Koninklijke Brill.
- Shaw, Malcolm N., (2008), "International Law", Cambridge, Cambridge University Press, 6th ed.
- Sinclair, I., (1984), "The Vienna Convention on the Law of Treaties", Manchester University Press, 2nd ed.
- Tams, Christian J., (2005) "Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law", Cambridge University Press.
- Tammes, A. J., (1963), "Decisions of International Organs as a Source of International Law", University of Amsterdam.

ICJ Cases:

- Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, ICJ Reports, 1949.
- Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, I.C.J. Reports, 1951.
- Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J Report, 1970.
- Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), ICJ, Reports, 1971.
- Nuclear Tests (Australia v. France), ICJ Reports, 1974.
- Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) (Merits), 1986.
- Frontier Dispute, Judgment (Burkina Faso/Republic of Mali) I.C.J. Reports 1986.
- Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras) Application to

Intervene, Judgment of 13 September 1990, I.C.J. Reports 1990.

Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1994.

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

La Grand Case, (Germany v. United States of America) Judgment of 27 June 2001.

Case Concerning on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), 2005.

Case Concerning Armed Activiteis on the Territory of the Congo (New Application 2002), (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), I.C.J. Reports, 2006.

Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), 2007.



Moving towards Lawmaking and Contemporary Approach: Jurisprudence in the Context of ICJ

Amir Arsalan Rasoolpour & Abdollah Abedini

International law is a system in which the rules, principles and norms from its legal foundation. In this area, structural characteristics of the system, based on legal equality of states, is different from ethos of domestic and transnational orders. Decentralization is a prominent feature involve whit international legal order. Therefore, international case law (jurisprudence) which is reflection of states consent in order to peaceful settlement of disputes has deserved, more than this, to pay attention to it. Hence, the authors have this view that parallel of static and dynamic transformations in international community, international case law is also moving from as a secondary and subsidiary means of determinations of rules of law to as a primarily and principal sources of international law. The focus of this paper will be on the international court of justice.

Keywords: International Law, Sources, International Case Law, International Court of Justice



JOURNAL OF LEGAL RESEARCH

VOL. XI, No. 1

2012-1

- Compulsory Licenses for Intellectual Property: Challenges among Developing and Developed Countries
Mahmood Bagheri & Simin Abbasi
- Survey and Analyze of the Legal Language in Iran in light of Modern Scientific Languages
Hossein Simaee Sarraf & Hamed Malekshahi
- Unjust Enrichment in Iranian Law in light of UN Convention against Corruption
Seyed Mansoor Mirsaedi & Hojjat Najarzadeh Ahari
- New Achievements of England Arbitration Act 1996 in compare with Iranian International Trade Arbitration Act
Hamid Reza Alikhani & Saeid Abasi
- Right of Fair Trial in Pre-Trial Investigation in ECHR Practice
Nafisseh Bahrami
- Moving towards Lawmaking and Contemporary Approach: Jurisprudence in the Context of ICJ
Amir Arsalan Rasoolpour & Abdollah Abedini
- Executive Regulations of Fines in Penal Laws of Iran and England
Maryam Hemmati
- Reflections on *Radovan Karadzic* Case: Butcher of Balkan
Heybatoolah Nazhandi Manesh

ISSN: 1682-9220



S. D. I. L.

The S.D. Institute of Law
Research & Study