

رویکردهای «فعال» و «منفعل» در سیاست قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری

سید جمال سیفی *

وحید رضادوست **

(DOI): 10.22066/CILAMAG.2021.243892

(DOR): 20.1001.1.2251614.1400.38.65.2.9

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۲/۰۲

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۸/۰۶

اختلاف آرا از این نیست که بعضی بیش از
بعض دیگر عقل دارند، بلکه از آن است که
[افراد] فکر خود را به روش‌های مختلف به کار
می‌برند و منظوره‌های واحد در نظر نمی‌گیرند.^۱

چکیده

محاکم بین‌المللی در مواجهه با قضایای مختلف و اوضاع و احوال گوناگون در جامعه بین‌المللی همواره به شکلی واحد برخورد نمی‌کنند بلکه رویکردهای مختلفی دارند تا از این طریق میان مقتضیات جامعه بین‌المللی از یک سو، و خواست طرفین اختلاف از سوی دیگر، تعادلی برقرار کنند. اتخاذ این رویکردها به «سیاست قضایی» هر محکمه بستگی دارد که به نوبه خود باید از دل رویه‌قضایی آن استخراج شود. دیوان بین‌المللی دادگستری در طول حیات خود کوشیده است تا با در نظر گرفتن جامعه بین‌المللی هر عصر، خود را با نیازهای روز آن هماهنگ کند تا بتواند اشتغال قضایی خود را به بهترین نحو به انجام رساند. در این مسیر، دیوان در دوران‌هایی که جامعه بین‌المللی دچار بی‌ثباتی بوده تلاش کرده است بیشتر به رویکرد «منفعل» و «احتیاط قضایی» نزدیک شود؛ و در مقابل، در دوران‌های ثبات، رویکرد

* sjseifi@dpimail.net

* دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

** vahidrezadoost@yahoo.com

** نویسنده مسئول، دکتری حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

۱. دکارت، رنه؛ «گفتار در روش درست راه‌بردن عقل و جستجوی حقیقت در علوم»، ترجمه: محمدعلی فروغی، در سیر حکمت در اروپا، نیلوفر، ۱۳۸۷، ص ۶۰۱.

«فعال» و «کنش‌گری قضایی» داشته باشد؛ گرچه دیوان گاه به جهت وجود مقتضیات خاص و موردی نیز بنا به مورد، به یکی از این رویکردها بیشتر قرابت نشان داده است.

واژگان کلیدی

سیاست قضایی، دیوان بین‌المللی دادگستری، رویکرد فعال، رویکرد منفعل، احتیاط قضایی، کنش‌گری قضایی

مقدمه

هر محکمه در مواجهه با مسائل و قضایا می‌تواند یا رویکردی «منفعلانه» داشته باشد یا «فعالانه». رویکرد نخست که در درجه اول، دغدغه امنیت حقوقی و پیشینه قضایی تثبیت‌شده را دارد، معطوف به «احتیاط قضایی»^۲ «تردید قضایی»^۳ و «بی‌تصمیمی قضایی»^۴ است.^۵ در مقابل، رویکرد دوم که خود را محصور در گذشته نمی‌بیند و سعی در بازسازی دمام نظام حقوقی مطابق مقتضیات زمان و مکان دارد، معطوف به «کنش‌گری قضایی»^۶ است.^۷ این رویکردها را می‌توان هم در رهیافت کلی محکمه و هم در مواجهه آن با هر قضیه مشخص بررسی کرد. این دو رویکرد، مبتنی بر دو نگاه متفاوت به اشتغال قضایی است. به تعبیر فیتز‌موریس: به طور کلی چه در سطح بین‌المللی و چه در دیگر سطوح، دو رویکرد اصلی به کار قاضی وجود دارد. یک رویکرد، اساسی‌ترین، اگر نه تنها، کار قاضی را تصمیم‌گیری در خصوص قضیه در دست بررسی با

2. Judicial restraint

3. Judicial hesitation

4. Judicial indecision

۵. این عبارات همگی از کتاب میسوط هرش/وتری‌باخت تحت عنوان «توسعه حقوق بین‌الملل توسط دیوان بین‌المللی» (۱۹۵۸) است. این کتاب ابتدائاً تحت عنوان «توسعه حقوق بین‌الملل توسط دیوان دائمی» در ۱۹۳۴ در زمان دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی و بر اساس رویه قضایی آن نگاشته شد. نویسنده پس از انحلال آن محکمه و ایجاد دیوان جدید، کتاب را به‌روز کرد. ن.ک: Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, Praeger, 1958.

6. Judicial activism = activisme judiciaire

در نوشتار حاضر هر جا بیش از یک معادل غیرفارسی آورده شده است، نخستین مورد به زبان انگلیسی و دومین مورد به زبان فرانسوی است.

۷. در کنار این دوگانه، برخی از «سیاست قضایی پیشتازانه» (proactive judicial policy) نیز سخن به میان آورده‌اند که در جای خود شنیدنی است اما در واقع باید دانست که این رویکرد در طول فنون دوگانه مذکور قرار می‌گیرد نه در عرض آن‌ها. برای مطالعه در مورد دیدگاهی که به رویکردی «سه‌گانه» قائل است، ن.ک:

Pieter Kooijmans, 'The ICJ in the 21st Century: Judicial Restraint, Judicial Activism, or Proactive Judicial Policy', *The International and Comparative Law Quarterly*, vol 56, no 4, 2007, pp. 741-753.

مطابق این نظرگاه، «سیاست قضایی پیشتازانه» یعنی رویکردی که گرچه محافظه‌کار نیست و شجاعانه سخنانی توسعه‌گرایانه می‌گوید (محل اختلاف با «احتیاط قضایی»)، به «حقوق موجود» نیز عنایت دارد و پا را از آن فراتر نمی‌گذارد (محل اختلاف با «کنش‌گری قضایی»).

کمترین حد سخن‌پردازی، به منظور رسیدن به هدف مذکور و محدود کردن خود به آن می‌داند. رویکرد دیگر، اشتغال اصلی قاضی را در کنار تصمیم‌گیری مناسب در قضیه مربوطه با ارائه استدلال‌ات مؤید و دوری کردن از پرسه‌زدن در بیرون چهارگوشه پرونده، به کارگیری آن دسته از ابعاد اشتغال قضایی می‌داند که دارای نفع یا دلالت‌های گسترده‌تری است تا از این راه، آن دسته از اصول و مبادی کلی حقوق را ایجاد کند که حقوق را اشباع می‌کند و به آن غنا می‌بخشد.^۸

نباید «حقوق» را صرفاً مجموعه‌ای از چند قاعده انتزاعی بریده از واقعیت فهم کرد؛ همان‌طور که هیگینز به درستی تأکید کرده است: «حقوق بین‌الملل قواعد نیست بلکه نظامی هنجاری^۹ است»^{۱۰} یعنی «حقوق» و «جامعه» چه در وجود و چه در فهم و تفسیر، لازم و ملزوم یکدیگرند.^{۱۱} حقوق بین‌الملل و جامعه بین‌المللی نیز از این قاعده مستثنا نیستند. دیوان بین‌المللی دادگستری نیز به‌عنوان مهم‌ترین رکن قضایی جامعه بین‌المللی، با فراز و فرود جامعه مولود خود، فراز و فرود می‌یابد و چهره عوض می‌کند. اگر سازمان ملل متحد دچار بحران شود، بی‌شک نحوه مواجهه دیوان نیز با مسائل متفاوت می‌شود و به اصطلاح مصلحت‌اندیشی می‌کند؛ و اگر سازمان ملل متحد در اوج اقتدار باشد، دیوان نیز بر صدر می‌نشیند و چونان «دادگاه عالی» جهان به استواری سخن می‌گوید. همچنین توجه به «استدلال حقوقی» که قلب هر تحلیل حقوقی محسوب می‌شود، مستلزم توجه به «سیاست حقوقی» است؛ و همان‌طور که از زبان طرفداران بیش‌های هرمنوتیکی گفته شده است: سیاست حقوقی مبنای استدلال حقوقی است... «استدلال حقوقی» و «استدلال مرتبط با سیاست حقوقی» از لحاظ «هدف» و «روش»، تفاوتی با هم ندارند؛ حتی ساختارشان هم یکسان است.^{۱۲}

به‌علاوه، اینکه مطابق ماده ۹۲ منشور ملل متحد، دیوان بین‌المللی دادگستری «رکن اصلی قضایی ملل متحد» محسوب می‌شود، در بحث حاضر از بیشترین اهمیت برخوردار است. بارها گفته شده است که یکی از تفاوت‌های دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی و دیوان بین‌المللی دادگستری این است که «دیوان دائمی» جزو ارکان جامعه ملل محسوب نمی‌شد و حال آنکه

8. Gerald Fitzmaurice, "Hersch Lauterpacht - The Scholar as Judge", *British Yearbook of International Law*, vol 37, 1961, pp. 14-15, reprinted in Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. II, 1986, pp. 647-648.

9. Normative system

10. Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford University Press, 1994, p. 1. (*emphasis added*)

11. *ubi societas ibi ius* (تا جامعه هست، حقوق هست)

12. فلسفی، هدایت‌الله؛ سیر عقل در منظومه حقوق بین‌الملل: اصول اساسی روش‌شناسی حقوق بین‌الملل، فرهنگ نشر نو با همکاری نشر آسیم، ۱۳۹۶، ص ۱۰۲.

Cf. Robert Kolb, *Interprétation et création du droit international. Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, Bruylant, 2006, pp. 45-48.

«دیوان بین‌المللی» رکن سازمان ملل، و اساسنامه‌اش جزو لاینفک منشور قلمداد می‌شود. علی‌رغم صحت این سخن، باید اضافه کرد که این تفاوت به اینجا ختم نمی‌شود و باید توالی حقوقی این بحث را شکافت. در واقع، دیوان بین‌المللی دادگستری به جهت جایگاه نهادینی که در ملل متحد دارد، باید همواره اهدافی مانند حفظ صلح و امنیت بین‌المللی، توسعه حقوق بشر، تأمین روابط دوستانه میان ملت‌ها، و اصولی مانند تساوی حاکمیت دولت‌ها، عدم توسل به زور و از همه مهم‌تر، فیصله مسالمت‌آمیز اختلافات مطابق اصول عدالت و حقوق بین‌الملل (بند ۱ از ماده ۱ منشور) را مدنظر داشته باشد و آن‌ها را در انجام فعالیت‌های خود به‌عنوان مبانی مؤثر در تفسیر حقوق بین‌الملل مورد توجه قرار دهد. به تعبیر دیگر، دیوان در کنار عنایت به اصول تفسیری مندرج در حقوق معاهدات، «همواره باید اهداف و اصول ملل متحد را به‌عنوان مبانی مصحح نتیجه تفسیر خود مدنظر قرار دهد و نتیجه‌ای را برگزیند که با اهداف و اصول مذکور منطبق‌اند».^{۱۳} همچنین باید افزود که دولت‌های عضو ملل متحد در صورت تراجم تصمیمات دیوان بین‌المللی دادگستری یا تصمیمات سایر محاکم بین‌المللی، مطابق ماده ۱۰۳ منشور^{۱۴} موظف‌اند تصمیمات دیوان را اجرا کنند. در نتیجه می‌توان دیوان و اساسنامه‌اش^{۱۵} را از بسیاری جهات دارای تفوق نهادین بر سایر محاکم بین‌المللی دانست.

تمام این فراز و فرودهای دیوان و قبض و بسط استدلالی‌اش در مواجهه با قضایا، محتوای اصول و قواعد حقوقی بین‌المللی را دستخوش تحولات عمیق معرفتی کرده است که شناختن آن‌ها جز در پرتو «سیاست قضایی» به‌طور خاص و «سیاست حقوقی» به‌طور عام ممکن نیست.^{۱۶}

۱۳. سیفی، سیدجمال؛ «دیوان بین‌المللی دادگستری؛ رکن اصلی قضایی ملل متحد»، در مجموعه مقالات نقش دیوان بین‌المللی دادگستری در تداوم و توسعه حقوق بین‌الملل، انجمن ایرانی مطالعات سازمان ملل متحد، ۱۳۸۶، ص ۲۷.

۱۴. مطابق ماده ۱۰۳ منشور: «در صورت بروز تراجم میان تعهدات اعضای ملل متحد وفق منشور حاضر و تعهدات آن‌ها وفق هر موافقت‌نامه دیگر، تعهدات آن‌ها وفق منشور حاضر دارای اولویت است».

۱۵. شایان ذکر است که چون مطابق ماده ۹۲ منشور، اساسنامه دیوان «جزو لاینفک منشور» تلقی می‌شود، تعهدات ناشی از اساسنامه، دقیقاً حکم تعهدات منشور را خواهند داشت. مطابق ماده ۱۰۳ منشور، تعهدات منشوری بر تعهدات وفق هر موافقت‌نامه دیگر اولویت دارد و اساسنامه اساساً موافقت‌نامه دیگری محسوب نمی‌شود. به همین جهت، اساسنامه گاه به حکم «خاص ناسخ عام» (*leges speciales*) به تخصیص منشور پرداخته است. به‌عنوان نمونه، مطابق ماده ۲۷ منشور، اعضای دائم شورای امنیت، جز در موارد مربوط به آیین‌های شکلی، دارای حق وتو هستند. با این حال، مطابق بند ۲ از ماده ۱۰ اساسنامه، اعضای دائم یا غیردائم شورای امنیت در انتخاب قضات دیوان که به‌وضوح، امری غیرشکلی است دارای حق وتو محسوب نمی‌شوند.

۱۶. در خصوص «سیاست قضایی» و به تعبیر وسیع‌تر، «سیاست حقوقی» دیوان بین‌المللی دادگستری، ادبیات بحث چندان گسترده نیست. این بحث تنها در ادبیات فرانسوی بحث وجود دارد. ن.ک:

- Pierre-Marie Dupuy, 'The Judicial Policy of the International Court of Justice' in Francesco Salerno (ed) *Il ruolo del Giudice Internazionale nell'evoluzione del diritto internazionale e comunitario*,

از آنجا که مفهوم «سیاست حقوقی» در رویه قضایی بین‌المللی پیشاپیش در مجال دیگری به بحث گذاشته شد،^{۱۷} نوشتار حاضر می‌کوشد با ارائه چارچوب‌های نظری منسجم، مفهوم رویکرد «فعال» و «منفعل» را در رویه قضایی بین‌المللی تبیین، و در ادامه، برخی از مهم‌ترین مصادیق آن‌ها را در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری تحلیل کند.

۱. رویکرد منفعل

دیوان با اینکه طی سال‌های فعالیت قضایی خود نشان داده که از پرداختن به مسائل مستحدثه ابایی ندارد، به جهت نتایج سخنانش در آینده در سطح بین‌المللی، می‌کوشد حکیمانه‌تر عمل کند. همین دغدغه باعث شده که نوعی محافظه‌کاری در اشتغال قضایی دیوان پدید آید. البته این سیاست کلی در بسیاری موارد، محل نقد حقوق دانان واقع شده و مثلاً گفته شده که دیوان در مواقع مختلف، به جهت همین احتیاط و محافظه‌کاری، فرصت توسعه‌دادن حقوق بین‌الملل را از دست داده است.

۱-۱. چارچوب نظری

منظور از «رویکرد منفعل»، رویکردی است که علاوه بر توجه به مصلحت‌اندیشی‌های معمول، به این اندیشه متمایل است که محاکم باید تنها حقوق، هم «حقوق موضوعه» و هم «حقوق موجود» را در معنای مضیق کلمه اعمال کنند.^{۱۸} محاکم این اختیار را ندارند که تأملات خود را به حقوق بیفزایند یا به توسعه حقوق متمایل شوند. منظور از اعمال حقوق «موضوعه» نیز این است که محکمه نمی‌تواند به استناد اجرای «عدالت» و «مصلحت‌اندیشی» به تغییر حقوق همت بگمارد. این سخن بدان معنا نیست که محاکم در واقع نیز به شکل دادن به حقوق نمی‌پردازند چرا

Cedam, 1995, pp. 61-82.

- Georges Abi-Saab, 'De l'évolution de la Cour internationale de Justice. Quelques tendances récentes', *RGDIP*, 1992, now in Marcelo Kohen et Magnus Jesko Langer (eds), *Le développement du droit international Réflexions d'un demi-siècle*, vol. I: Théorie générale du droit international public, Graduate Institute Publications, 2013, pp. 243-263.

با این همه، همان‌طور که ژرژ آبی - صعب به‌درستی اشاره کرده، جز این دو نوشتار، هیچ بحث جامعی در این خصوص وجود ندارد.
ن.ک:

Georges Abi-Saab, 'La métamorphose de la fonction juridictionnelle internationale', *Unité et diversité du droit international: Ecrits en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy*, Martinus Nijhof, 2014, pp. 391, fn 16.

۱۷. ن.ک: سیدجمال سیفی و وحید رضادوست؛ «مفهوم «سیاست حقوقی» در رویه قضایی بین‌المللی»، *مجله تحقیقات حقوقی*، دوره ۲۳، شماره ۹۱، پاییز ۱۳۹۹، صص ۸۰-۶۱.

۱۸. برای مطالعه اثری روزآمد در خصوص این رویکرد در سیاق دیوان بین‌المللی دادگستری و تبیین عواقب آن در سیاق مفهوم «پرهیز قضایی» (judicial avoidance) ن.ک:

Felix Fouchard, 'Allowing "Leeway to Expediency, Without Abandoning Principle"? The International Court of Justice's Use of Avoidance Techniques', *Leiden Journal of International Law*, 2020, pp. 1-21.

که تغییر و تبدلات حقوق در قالب «قانونگذاری قضایی» اجتناب‌ناپذیر است. بنابراین در مواردی هم که حکم بر مبنای «احتیاط قضایی» (به‌عنوان مهم‌ترین مصداق رویکرد منفعل) صادر می‌شود، تغییر مذکور رخ می‌دهد اما علنی نمی‌شود. به تعبیر لوترپاخت: [احتیاط قضایی] بدان معنا نیست که محاکم به شکل دادن به حقوق یا تغییر آن نمی‌پردازند. آن‌ها این کار را بدون پذیرش آن، و با نگاه به حقوق موجود انجام می‌دهند و به تغییر حقوق می‌پردازند اما در عین حال به یاد دارند که ثبات و عدم قطعیت، کمتر از عدالت، ذاتی حقوق نیستند؛ در یک کلام، آن‌ها با احتیاط این کار را انجام می‌دهند.^{۱۹}

رویکرد احتیاط‌محور در حقوق بین‌الملل از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است که علت آن ویژگی‌های ساختاری این نظام حقوقی است:

نخستین ویژگی این است که مخاطبان اصلی و اولیه احکام بین‌المللی، «دولت‌ها» هستند. توضیح آنکه در نظام‌های حقوقی داخلی، محاکم اصولاً با اتباع دولت سروکار دارند و در نتیجه می‌توانند با آن‌ها از بالا سخن بگویند و در صورت لزوم به‌سادگی می‌توانند تفاسیر نوآورانه‌ای از قواعد حقوقی به عمل آورند. در مقابل، محاکم بین‌المللی با دولت‌های دارای حاکمیت مواجه‌اند و اساساً وجود خود را مدیون اراده آن‌ها هستند. به همین سبب در صورتی که دولت‌ها احساس کنند که محاکم بین‌المللی برای خود «شان تقنینی» قائل شده‌اند، به‌سادگی می‌توانند آن‌ها را به انحاء مختلف تحت فشار بگذارند. به تعبیر دیگر، پس از گذشت سال‌ها از تأسیس نهادهای بین‌المللی، همچنان دولت‌های عضو جامعه بین‌المللی نتوانسته‌اند اختیار قانونگذاری در سطح بین‌المللی را به نهادهایی که نمایندگان خود آن‌ها اداره می‌کنند محول کنند؛ حال چگونه می‌توان از آن‌ها انتظار داشت چنین اختیاراتی را برای محاکم بین‌المللی که خود را مستقل از دولت‌های متبوع خود می‌دانند پذیرا شوند؟

دومین ویژگی، با مبنای صلاحیتی محاکم بین‌المللی در ارتباط است: مبنای صلاحیت محاکم بین‌المللی برخلاف محاکم داخلی، «ترازی» دولت‌ها است و به همین جهت، صلاحیت محاکم در حقوق بین‌الملل کاملاً اختیاری است و نمی‌توان دولت‌ها را به‌اجبار به این محاکم کشاند. با این تفاسیر، طبیعی خواهد بود که اگر محاکم بین‌المللی به حقوق موجود قانع نباشند و تفاسیری نوآورانه از حقوق بین‌الملل ارائه دهند، دولت‌ها تمایل خود را به پذیرش صلاحیت این محاکم از دست بدهند. به تعبیر دیگر، فراتر رفتن محاکم بین‌المللی از حقوق موجود، آن‌ها را به «خروج از محدوده اختیارات»^{۲۰} متهم می‌کند.

سومین ویژگی در این نکته ریشه دارد که نظام حقوق بین‌الملل فاقد سازکار جامعی برای

19. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, p. 75.

20. *ultra vires*

اجرای آرای بین‌المللی است.^{۲۱} به تعبیر دیگر، مطابق این نظام حقوقی، در صورتی که دولت‌ها آرای محاکم بین‌المللی را اجرا نکنند، نمی‌توان به‌سادگی آن‌ها را مجبور به اجرا کرد. اگر این نکته در کنار این تجربه تاریخی گذاشته شود که یکی از مهم‌ترین توجیحات دولت‌ها در عدم اجرای آرای محاکم بین‌المللی همواره تجاوز آن محاکم از حدود صلاحیت‌شان بوده است،^{۲۲} این نتیجه حاصل می‌آید که محاکم مذکور نباید به نحوی عمل کنند که احتمال استناد به توجیه مذکور و عدم اجرای آرای بین‌المللی افزایش یابد. بنابراین محاکم باید در صدور آرای خود، جانب احتیاط را نگاه دارند و بلندپروازانه سخن نگویند.

با تمام این احوال، نبود ابزارهای تقنینی لازم برای خلق قواعد حقوقی منعطف و متناسب با مقتضیات روز، ضرورت توجه به تصمیم‌گیری قضایی جسورانه را در حقوق بین‌الملل پررنگ می‌کند. صف‌آرایی دو رویکرد «احتیاط‌محور» و «جسارت‌محور» در مقابل یکدیگر به نوبه خود به پدیدارشدن دو نوع «احتیاط قضایی» می‌انجامد: در مورد نخست، دیوان حقیقتاً اشتغال قضایی خود را حول «احتیاط» سامان می‌دهد، در حالی که در مورد دوم، دیوان در واقع «تظاهر به احتیاط» می‌کند. این «تظاهر به احتیاط» حتی در مواردی خود را بروز می‌دهد که دیوان به‌وضوح در حال عدول از رویه قضایی سابق خود است.^{۲۳}

۲۱. باید توجه داشت که سازکار اجرای آرای بین‌المللی در سیاق سازمان ملل متحد از سازکار مشابه در نظام جامعه ملل محدودتر است. مطابق ماده ۹۴ منشور ملل متحد، در صورت درخواست دولت خواهان، شورای امنیت «می‌تواند در صورت لزوم در خصوص اقداماتی برای اثربخشی آراء، توصیه یا تصمیم‌گیری کند». بنابراین در نظام ملل متحد، نظام اجرای آراء به صورت «خودکار» صورت نمی‌گیرد. اما در مقابل، ماده ۱۲ میثاق جامعه ملل اشعار می‌دارد که «تمام اعضای جامعه ملل متعهد می‌شوند که هرگاه میان آن‌ها اختلافی پدید آید و بیم آن رود که رشته‌های روابط دوستانه‌شان از هم بگسلد، آن اختلاف را از طریق دوری یا بر اساس دادرسی قضایی یا اقامه آن در شورا حل‌وفصل کنند. اعضا همچنین موافقت دارند که در هیچ موردی پیش از گذشت سه ماه از تاریخ صدور حکم دوری یا قضایی یا گزارش شورا به جنگ روی نیاورند». برای مطالعه شرح این ماده در نظام جامعه ملل و تحلیلی روزآمد از آن، ن.ک:

Sylvain Vité, 'Article 12' in Robert Kolb (ed), *Commentaire sur le Pacte de la Société des nations*, Bruylant, 2014, pp. 555-570.

۲۲. معروف‌ترین نمونه این امر را می‌توان در قضیه کانال کورفو (انگلستان برضد آلبانی، ۱۹۴۹) ملاحظه کرد. طرفین در این قضیه پیشاپیش پذیرفته بودند که دیوان باید به این امر حکم دهد که آیا آلبانی باید به جبران خسارت بپردازد یا خیر. اما در مقابل، هیچ بحثی از این امر به میان نیامده بود که میزان جبران خسارت نیز باید از سوی دیوان تعیین شود. با این حال دیوان برخلاف نظر آلبانی، میزان جبران خسارت را نیز تعیین کرد؛ امری که موجبات عدم اجرای رأی را از سوی آن دولت، با استناد به فراتر رفتن دیوان از اختیارات خود فراهم کرد.

۲۳. نمونه این امر را می‌توان در آرای دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی مشاهده کرد. دیوان در قضیه تفسیر ماده ۳، بند ۲ *معاهده لوزان* (مرز میان ترکیه و عراق، ۱۹۲۵) باید میان دو اصل کلی حقوق، قضاوت و تفسیر می‌کرد:

(۱) این اصل که «هیچ‌کس نمی‌تواند قاضی پرونده خود باشد» (*nemo iudex in re sua*)؛ و

(۲) اصل «اتفاق آراء» (*unanimity = unanimité*).

توضیح آنکه مطابق مواد ۱۰، ۱۱، ۱۳ و ۱۶ از میثاق جامعه ملل، تعهداتی برای مسائلی از قبیل تجاوز و فیصله اختلافات

دیوان از طریق رهیافت‌های متفاوتی می‌تواند در آتش احتیاط قضایی بدمد و از کنش‌گری فعالانه دوری کند. این روش‌ها از یک نوع نیستند و روش‌های استدلالی متفاوتی دارند:

(۱) برخی از این استدلال‌ها کلی و ساختاری هستند مانند تأکید بر ویژگی ارادی و رضایت‌محور صلاحیت دیوان که بر این سیاست مبتنی است که اگر دیوان به نحوی افراطی از خواست دولت‌ها دور افتد و کاملاً مستقل از رضایت آن‌ها سخن بگوید، بدون تردید مطرود خواهد شد و دیگر اینکه دولت‌ها به‌عنوان مهم‌ترین تابعان حقوق بین‌الملل و مشتریان همیشگی

بین‌المللی وضع و از جمله گفته شده است که «در صورت وقوع تجاوز یا تهدید یا بروز خطر تجاوز، شورای اجرایی به اقدامات لازم دست خواهد زد» یا «جامعه موظف است برای دفاع از حریم صلح جهانی به انجام اقدامات لازم بپردازد». از سوی دیگر، تکلیف اینکه این امور باید با آرای چه تعداد از دولت‌ها به موقع اجرا گذاشته شود، در ماده ۵ میثاق روشن شده است: «تصمیمات مجمع عمومی یا شورای اجرایی، به‌جز در مواردی که میثاق یا موادی از معاهده و رسای، قاعده‌ای خاص پیش‌بینی کرده باشند، به اتفاق آرای اعضای حاضر در جلسه اتخاذ می‌شود». با این حال معلوم است دولتی که خود به تجاوز یا جنگ متوسل شده است حاضر نخواهد بود بر ضد خود رأی دهد. بنابراین در صورت اعمال قاعده «تفاهق آرا» در این خصوص، در عمل این مواد قاعده‌تاً هیچ‌گاه نمی‌توانستند امکان عملی شدن بیابند. بدین ترتیب در کنار اصل مندرج در ماده ۵ (اصل نخست) اصلی دیگر حکم می‌کند که رأی منفی دولت خاطی نتواند مانع تصمیم‌گیری بر ضد همان دولت شود (اصل دوم).

دیوان دائمی در قضیه مذکور باید به این سؤال پاسخ می‌داد که آیا شورای جامعه ملل در تصمیم‌گیری در خصوص اختلاف مطرح شده به استناد معاهده لوزان، منعقدشده میان طرفین (و نه ماده ۱۵ میثاق جامعه ملل) می‌توانست با روشی جز «تفاهق آرای» اعضای حاضر در شورای مذکور، تصمیمی معتبر اتخاذ کند یا خیر. به بیان دیگر، آیا شورای مذکور می‌توانست مرز عراق را با روشی جز «تفاهق آرا» که شامل آرای انگلستان و ترکیه نیز می‌شد تعیین کند؟

در پاسخ به این سؤال در صورتی که صرفاً الفاظ میثاق جامعه ملل مورد توجه باشد، به‌سادگی می‌توان گفت که در هر صورت باید «تفاهق آرا» حاصل شود «مگر در مواردی که صراحتاً خلاف این امر ذکر شده باشد» (ماده ۵ میثاق). با این همه، دیوان دائمی با فراتر رفتن از الفاظ متن اظهار داشت که ماده ۵ «به‌طور خاص، وضعیت مربوط به «اختلافی واقعی» (actual dispute = véritable litige) را که در پیشگاه شورا مطرح شده مشخص نکرده است».

Interpretation of Article 3, Paragraph 2, of the Treaty of Lausanne (Frontier between Turkey and Iraq), PCIJ, Advisory Opinion, series B, no 12, 1927, p. 31.

در حالی که ظاهر متن ماده ۵ پوشش‌دهنده تمام وضعیت‌های ممکن است، دیوان استدلال کرد که وضعیت اختلافی واقعی که در پیشگاه شورا مطرح شده، قابل قیاس با بندهای ۶ و ۷ از ماده ۱۵ و بند ۴ از ماده ۱۶ میثاق است که استثنائی منطقی بر قاعده «تفاهق آرا» وارد کرده‌اند.

بندهای ۶ و ۷ از ماده ۱۵ از این قرارند: «هرگاه صرف‌نظر از رأی نمایندگان طرف اختلاف، گزارش شورای اجرایی به اتفاق آرا تصویب شود، اعضای جامعه مکلف‌اند بر ضد طرفی که نظر شورای اجرایی را پذیرفته است به جنگ متوسل نشوند؛ «در صورتی که صرف‌نظر از رأی نمایندگان طرف اختلاف، گزارش شورا به اتفاق آرا تصویب نشود، اعضای جامعه حق خواهند داشت برای پاسداری از حق و عدالت به هر صورت که صلاح بدانند اقدام کنند».

بند ۴ از ماده ۱۶ از این قرار است: «هر عضو محکوم به نقض مقررات بین‌المللی مندرج در میثاق را می‌توان از جامعه اخراج کرد. این اخراج باید به تصویب دیگر اعضای جامعه که در شورای اجرایی دارای نماینده هستند برسد».

بدین ترتیب دیوان با توسل به یک اصل کلی حقوقی، اطلاق ماده ۵ را مشمول تخصیص قرار داد و با تفسیری جسورانه، از ظاهر متن عدول کرد. با این حال دیوان در این قضیه به نحوی استدلال کرد که این جسارت در قضاوت عیان نباشد تا نتوان دیوان را به تجاوز از حدود اختیارات متهم کرد؛ و این همان است که «تظاهر به احتیاط» خوانده می‌شود.

دیوان، تمایلی به مراجعه به آن نخواهند داشت و اعلامیه‌های «صلاحیت اجباری» خود را نیز پس خواهند گرفت. نیز در صورتی که آرای دیوان به‌طور کلی از حقوق «موضوعه» غافل باشند، نمی‌توان انتظار داشت که مقبول جامعه بین‌المللی دولت‌ها قرار گیرند و بدین ترتیب می‌توان تصدیق کرد که اجرای آن‌ها با مشکل مواجه خواهد شد. به همین دلایل دیوان مایل نیست که به‌عنوان محکمه‌ای شناخته شود که از حدود اختیارات خود تجاوز می‌کند و به جای فیصله اختلافات، قانونگذاری می‌کند.

۲) برخی دیگر از استدلال‌های پرهیزمحور دیوان، موردی هستند و به شرایطی مشخص، وابستگی تام و تمام دارند. به‌عنوان نمونه، دیوان در شرایط وجود بحران و تنش‌های بین‌المللی غالباً ترجیح می‌دهد که به جای چشم‌دوختن به آرمان‌های دور و دراز، محتاطانه وضع موجود را حفظ کند. مصداق دیگر این بحث در جایی است که دیوان در حال رسیدگی به اختلافات حقوقی دولت‌هایی باشد که با یکدیگر اختلاف‌های سیاسی بغرنج و اساسی دارند. در این شرایط نیز دیوان عموماً ترجیح می‌دهد چونان عمل کند که آتش اختلاف فروزان‌تر نشود. مورد دیگری که دیوان معمولاً نسبت به اظهارنظر در خصوص آن پرهیز دارد، زمانی است که مسئله‌ای که به دیوان ارجاع شده، هم‌زمان در سطح مذاکرات دیپلماتیک و سیاسی نیز طرح شده باشد. در این موارد نیز دیوان ترجیح می‌دهد در اشتغالات قانون‌سازانه نهاد‌های دیگر ورود نکند. نمونه این بحث را می‌توان در آرای دیوان در قضایای صلاحیت ماهی‌گیری (۱۹۷۳-۱۹۷۴) ملاحظه کرد. در این قضایا از آنجا که مسئله به‌طور هم‌زمان در حال پیگیری در کنفرانس ملل متحد در خصوص حقوق دریاها نیز بود، دیوان تا جای ممکن از طرح مسائل جدید و نوآورانه خودداری کرد.

۳) احتیاط قضایی دیوان در مسائل ماهوی نیز امکان ظهور دارد که فی‌الجمله می‌توان آن‌ها را در مصادیق زیر صورت‌بندی کرد: عدم توسعه حقوق بین‌الملل، تفاسیر مضیق و تفاسیر ایستا از اصول و قواعد حقوقی، فرض‌های به نفع حاکمیت دولت و به ضرر حقوق جامعه بین‌المللی و خیر مشترک، و نهایتاً مختصرگرفتن کلام به نحوی که داستانی با پایان باز شکل گیرد و به تبع، تفاسیر متفاوت و گاه متعارض ممکن شود.^{۲۴}

۲-۱. مصادیق رویکرد منفعل در رویه قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری

بسیاری از تصمیمات دیوان بین‌المللی دادگستری را می‌توان یافت که بر رویکرد منفعل استوار شده‌اند.^{۲۵} به‌عنوان نمونه، دیوان در قضیه فعالیت‌های نظامی و شبه‌نظامی در و بر نیکاراگوئه

24. Robert Kolb, *La Cour internationale de Justice*, Pedone, 2013, pp. 1221-1223.

25. کتاب لوترپاخت مملو از مصادیق احتیاط قضایی در رویه قضایی دیوان دائمی و رویه دیوان بین‌المللی در سال‌های ابتدایی است. ن.ک: Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, pp. 75-115.

به همین جهت نوشتار حاضر بر رویه قضایی جدیدتر دیوان در این خصوص متمرکز شده است.

نیکاراگوئه بر ضد ایالات متحده) (۱۹۸۶)^{۲۶} و قضیه نسل‌کشی (بوسنی بر ضد صربستان) (۲۰۰۷)^{۲۷} در مورد «انتساب»^{۲۸} در نظام حقوق مسئولیت بین‌المللی بسیار با خست سخن گفت (گرچه بسیاری از فقرات رأی نیکاراگوئه (۱۹۸۶) متضمن رویکردهای فعالانه تلقی می‌شود): دیوان در ۱۹۸۶ در خصوص اعمال نهادها و کارگزاری که تجلیات خود دولت نیستند، با این استدلال که اصل حاکم در این زمینه این است که دولت صرفاً مسئول اعمال خود قلمداد می‌شود، ترجیح داد که «وابستگی کامل»^{۲۹} و «کنترل مؤثر»^{۳۰} را معیار عمل قرار دهد. این در حالی است که اگر آستانه پایین‌تری برای انتساب اعمال نهادها به دولت در نظر گرفته می‌شد، اعمال اصل مذکور مخدوش و با مشکل مواجه می‌شد. در هر حال دیوان در رأی ۲۰۰۷ نیز با اینکه دیوان بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق تلاش کرده بود معیار «کنترل کلی»^{۳۱} را جایگزین معیار «کنترل مؤثر» کند^{۳۲} از رویه سابق خود پیروی و اظهار کرد که احراز مسئولیت دولت بابت اعمال سایر نهادها مستلزم ارتباط بسیار نزدیک این نهادها با دولت است و مجدداً معیار «کنترل مؤثر» را تأیید کرد. در مقابل این نظر گفته شده است که شرایط مضیق مربوط به «وابستگی کامل» و «کنترل مؤثر» به معنای نفی مفهوم «جرم دولت»^{۳۳} است که پیشاپیش از پیش‌نویس طرح مسئولیت

26. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, ICJ Rep 1986, paras. 93 et seq.

27. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, ICJ Rep 2007, paras. 385 et seq.

28. Attribution

29. Total dependence = dépendance totale

30. Effective control = contrôle effectif

31. Overall control = contrôle global

۳۲. این مسئله در قضیه تادیچ (۱۹۹۹) در پیشگاه شعبه تجدیدنظر دیوان بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق مطرح شد که آیا اعمال نیروهای بوسنی و صربستان قابل انتساب به جمهوری فدرال یوگسلاوی هست یا خیر، تا از آن طریق بتوان گفت که مخاصمه مسلحانه در بوسنی «بین‌المللی شده» و تحت حاکمیت کنوانسیون سوم ژنو (در خصوص زندانیان جنگی) تلقی می‌شود؟ در این خصوص دادستان استدلال کرد که معیار انتساب مسئولیت دولت باید از بحث انتساب نسبت به مسئولیت کیفری شخصی مورد «تمیز» واقع شود؛ یعنی معیار برای مسئولیت دولت همچنان «کنترل مؤثر» بماند اما معیار برای مسئولیت کیفری اشخاص، «کنترل کلی» دانسته شود. با این حال، شعبه تجدیدنظر این استدلال را رد و اعلام کرد که حقوق بشردوستانه مبتنی بر «حقوق خاص» نیست، در نتیجه باید مشمول قواعد کلی تلقی شود. شعبه مذکور متعاقباً با تحلیلی مفصل به این نتیجه رسید که معیار انتساب به‌طور کلی در حقوق بین‌الملل عام برخلاف آنچه دیوان بین‌المللی دادگستری می‌گوید:

«کنترل مؤثر» - «کنترل کلی» است.

The Prosecutor v. Dusko Tadic, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), Judgment of 15 July 1999, Appeal Chamber, paras. 88-145.

به اعتقاد ژرژ آبی - صعب، «واضح است که شعبه تجدیدنظر قصد تقابل [با دیوان بین‌المللی دادگستری] داشت زیرا ابزارهای تفسیری لازم برای جلوگیری از این امر را داشت، همچنان که دادستان نیز تلاش کرد چنین کند». ن.ک:

Abi-Saab, 'La métamorphose de la fonction juridictionnelle internationale', p. 395.

33. State crime = crime d'Etat

دولت (۲۰۰۱) حذف شده بود.^{۳۴} در این اوضاع و احوال، بسیار سخت بتوان گفت که دولت مسئول ارتکاب جرائم بین‌المللی است. همچنین گفته شده است که این معیار دیوان بیش از حد مضیق است چرا که در جهان کنونی، چندگانگی قضایای مربوط به تجاوز غیرمستقیم و تروریسم دولتی وجود دارد. در واقع در شرایط فعلی، هم گروه‌های تروریستی می‌توانند به صورت غیرمستقیم از دولت‌ها برای رسیدن به اهداف خود استفاده کنند، و هم دولت‌ها می‌توانند به سادگی از زیر بار مسئولیت شانه خالی کنند. باید دانست که پنهانی بودن ابعاد اعمال تروریستی این امکان را از خواهان‌های رسیدگی سلب می‌کند که بتوانند ادله کافی برای «کنترل مؤثر» دولت بر آن‌ها را اثبات کنند. نیز استدلال شده است که معیار «کنترل مؤثر» برخلاف معیار «کنترل کلی» با رویه دولت‌ها و محاکم بین‌المللی مطابقت ندارد.^{۳۵} برخی از حقوق‌دانان بین‌المللی معتقدند که معیار دیوان بین‌المللی دادگستری («کنترل مؤثر») به معنای اولویت دادن به فرض عدم انتساب بر وقایعی است که خلاف این فرض گواهی می‌دهد.^{۳۶} بسیار خطرناک است که دولت‌ها چنین برداشت کنند که می‌توانند از استخدام گروه‌های واسط در راستای انجام اعمال تروریستی منافی بگردند. از سوی دیگر گفته شده است که دولتی که نمی‌توان «وابستگی کامل» یا «کنترل مؤثر» آن را با گروه‌های واسط نشان داد، همچنان دارای مسئولیت ناشی از تعهد به جلوگیری از واقعه یا مجازات افراد خاطی و نیز تعهد به کوشش در مواردی تلقی می‌شود که بر آن‌ها «کنترل کلی» دارد.^{۳۷} فارغ از درستی یا نادرستی این مدعیات، شکی نیست که دیوان در این قبیل قضایا با دیده

34. Pierre-Marie Dupuy, 'Crime sans châtement ou mission accomplie?', *RGDIP*, vol 111, 2007, 244.

35. Antonio Cassese, 'The Nicaragua and Tadic Tests Revisited in the Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia', *EJIL*, vol 18, 2007, pp. 649 *et seq.*

به نظر کسسه، بررسی رویه موجود نشان می‌دهد که «کنترل مؤثر» صرفاً بر اشخاص قابل اعمال است، در حالی که «کنترل کلی» بر گروه‌های سازمان‌یافته (همان، ص ۶۵۴). با این حال به نظر نمی‌رسد که رویه به این اندازه که او می‌گوید شفاف و روشن باشد. به نظر او معیار دیوان بین‌المللی دادگستری (معیار «کنترل مؤثر») برخلاف مفاد یکی از قواعد اساسی مسئولیت دولت یعنی این قاعده است که دولت نمی‌تواند با عمل کردن از طریق اشخاص یا گروه‌های نیابتی (به جای عمل مستقیم از طریق ارکان خود) از مسئولیت طفره رود (همان، صص ۶۵۶-۶۵۵). دلایل مبتنی بر «سیاست حقوقی» نیز به همین نتیجه منتهی می‌شود: صلح بین‌المللی با رویه فزاینده عمل به واسطه گروه‌های واسط به خطر می‌افتد. در این راستا نظام حقوقی باید به نحوی توسعه یابد که جلوی این گونه اعمال غیرمستقیم دولت‌ها را بگیرد. وجود گروه‌های تروریستی‌ای که با حمایت یک دولت عمل می‌کنند، ضرورت استعانت به «کنترل کلی» را نشان می‌دهد مگر اینکه ادعا شود که باید کلیت مفهوم و حاکمیت حقوق مسئولیت بین‌المللی را کنار گذاشت. برای دیدن دو نظر متفاوت، یکی در نقد و دیگری در حمایت از رأی دیوان در قضیه نسل‌کشی، ۲۰۰۷) به ترتیب، ن.ک:

- Jörn Griebel & Milan Plücker, "New Developments Regarding the Rules of Attribution? The ICJ's Decision in Bosnia v Serbia", *LJIL*, vol 21, 2008, pp. 601 *et seq.*;

- Marko Milanovic, "State Responsibility for Acts of Non-State Actors: A Comment on Griebel and Plücker", *LJIL*, vol 22, 2009, pp. 307 *et seq.*

36. Hervé Ascensio, 'La responsabilité selon la Cour internationale de Justice dans l'Affaire de Génocide Bosnien', *RGDIP*, vol 111, 2007, p. 294.

37. Marko Milanovic, "State Responsibility for Genocide: A Follow-Up", *EJIL*, vol 18, 2007, p. 694.

«احتیاط قضایی» به مسائل نظر می‌کند.

نیز دیوان در قضیه فعالیت‌های مسلحانه در سرزمین کنگو (کنگو بر ضد اوگاندا، ۲۰۰۵)^{۳۸} بر تفسیری سنتی از حق دفاع مشروع وفادار ماند و آن را به صورت مضیق و به منزله استثنائی بر اصل عدم توسل به زور محسوب کرد و متعاقباً در حالتی منکر حق بر توسل به زور بر ضد «بازیگران غیردولتی» شد که آن‌ها نه با دولت مشارکت دارند و نه در کنترل آن هستند.^{۳۹} با این حال باید دانست که توسعه حق مذکور معضلات حقوقی بسیاری ایجاد و حاکمیت دولتی را که شریک در ارتکاب اعمال مربوطه نبوده است تضعیف می‌کند زیرا در این صورت دولتی که دارای حق دفاع مشروع بر ضد گروه‌های غیردولتی است^{۴۰} حق خواهد داشت در سرزمین سایر دولت‌ها که بنا بر فرض، نقشی در اعمال تروریستی نداشته‌اند به زور متوسل شود.^{۴۱} اگر برای دولت قربانی قربانی تروریسم، سخت است که به حمله‌های تروریستی واکنش نشان دهد - بخصوص در مواردی که دولتی دیگر بر سرزمین خود در راستای جلوگیری از آن اعمال کنترل ندارد - به همین اندازه، احراز مسئولیت آن دولت دیگر بابت خطر موجود و عدم مبارزه با آن اعمال در سرزمین خود سخت است.

بر این اساس، دیوان علی‌رغم وجود نظرات مخالف برخی قضات،^{۴۲} توسعه احتمالی حق دفاع مشروع در این شرایط را رد کرد. نظر دیوان در قضیه فعالیت‌های مسلحانه در سرزمین کنگو (۲۰۰۵) این بود که بسیار زود است که بتوان به شناسایی قضایی توسعه حقی پرداخت که می‌تواند تعادل میان حفظ صلح بین‌المللی، وحدت سرزمینی و دفاع انفرادی را به خطر اندازد.^{۴۳} بدین ترتیب در این قضیه نیز رویکرد منفعلانه بر صدر نشست.

در قضیه فعالیت‌های مسلحانه در سرزمین کنگو (کنگو بر ضد رواندا، ۲۰۰۶)، کنگو به دنبال

38. *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, ICJ Rep 2006, paras. 141 et seq.

39. این مسئله به‌طور کلی از زمان حمله به برج‌های دوقلو در ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ مطرح شد. برای مطالعه بیشتر در این خصوص در سنت انگلیسی و فرانسوی به ترتیب، ن.ک:

- Noam Lubell, *Extraterritorial Use of Force against Non-State Actors*, Oxford University Press, 2011;
- Raphaël van Steenberghe, *La légitime défense en droit international public*, Bruxelles, 2012, pp. 268 et seq;

40. زمانی، سیدقاسم؛ «ماهیت حقوقی داعش در حقوق بین‌الملل: دولت یا بازیگر غیردولتی؟»، *مجله دولت‌پژوهی*، دوره ۱، شماره ۱، بهار ۱۳۹۴.

41. رضانی قوام‌آبادی، محمدحسین و حیدر پیری؛ «مشروعیت مداخله نیروهای ائتلاف علیه داعش در عراق و سوریه در چارچوب حقوق بین‌الملل»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، شماره ۵۸، بهار و تابستان ۱۳۹۷.

42. ن.ک: نظرات مخالف قاضی سیمبا و قاضی کویمانس در قضیه فعالیت‌های مسلحانه در سرزمین کنگو (۲۰۰۵).

43. برای مطالعه در خصوص ابعاد رأی دیوان در این قضیه، ن.ک: ستار عزیز؛ «بررسی مشروعیت دعوت از مداخله خارجی در مخاصمات داخلی با تأکید بر رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه فعالیت‌های نظامی در سرزمین کنگو»، *پژوهش حقوق عمومی*، شماره ۳، تابستان ۱۳۹۰.

محکومیت دولت رواندا بابت نقض عمده حقوق بشر و حقوق بشردوستانه ناشی از اقدامات صورت گرفته در سرزمین کنگو بود. در مقابل، یکی از اختلافات طرفین به اعمال کنوانسیون نسل‌کشی راجع می‌شد. در این خصوص، ماده ۹ کنوانسیون مذکور بیان می‌دارد که اختلافات ناشی از تفسیر و اجرای کنوانسیون نسل‌کشی باید به دیوان بین‌المللی دادگستری ارجاع داده شود. در این میان رواندا مدعی بود که صلاحیت دیوان ذیل این ماده مشمول رزرو این دولت واقع شده است و بنابراین دیوان نمی‌تواند بر مبنای ماده ۹ اعمال صلاحیت کند. در مقابل، کنگو از جمله مدعی بود که رزرو مذکور به جهت مغایرت با موضوع و هدف کنوانسیون نسل‌کشی باطل و بی‌اعتبار محسوب می‌شود. با این همه، دیوان حکم کرد که شرطی که به استثنای «صلاحیت» ذیل ماده ۹ کنوانسیون مبارزه با نسل‌کشی ۱۹۴۸ می‌پردازد با «موضوع و هدف» آن سازگاری دارد و بنابراین دارای اعتبار است. به تعبیر دیوان:

اعمال شرط رواندا بر ماده ۹ کنوانسیون نسل‌کشی در مورد صلاحیت دیوان است و بر تعهدات ماهوی مربوط به خود اعمال نسل‌کشی ذیل آن کنوانسیون تأثیری نمی‌گذارد. در اوضاع و احوال موجود در قضیه حاضر، دیوان نمی‌تواند نتیجه‌گیری کند که رزرو رواندا که مراد از آن، خارج کردن روشی خاص در فیصله اختلاف مربوط به تفسیر یا اجرای کنوانسیون محسوب می‌شود، مغایر با موضوع و هدف کنوانسیون مذکور تلقی شود.^{۴۴}

البته دیوان دلایل خود را برای چنین تصمیمی ذکر نکرد اما به نظر می‌رسد اینکه تعداد قابل توجهی از دولت‌ها از جمله ایالات متحده چنین شرط‌هایی گذاشته بودند، دیوان را مجبور به پذیرش اعتبار آن‌ها کرد. از نظرات مخالف و جداگانه قضات که به رأی ضمیمه شده است نیز می‌توان چنین برداشت کرد که بحث‌های دامنه‌داری پشت درهای بسته دیوان در این خصوص صورت گرفته است. در هر حال دیوان ترجیح داد در مورد این مسئله به اختصار سخن بگوید و مابقی بحث را به توسعه حقوق بین‌الملل در آینده واگذار کرد. بدین ترتیب می‌توان گفت که تغییر مسیر در رویه قضایی دیوان به‌طور کامل نفی نشده است؛ چنان‌که از نظر جداگانه مشترک چند تن از قضات نیز چنین برداشت می‌شود.^{۴۵} این قضات در نظر مذکور از دیوان خواستند که این مسئله را در آینده با تفصیل بیشتری بشکافد. دیوان در قضیه فعالیت‌های مسلحانه در سرزمین کنگو (کنگو برضد رواندا) (۲۰۰۶) نسبت به فرصتی که برای اظهار نظر در خصوص یکی از پرابهام-تریم مفاهیم حقوق معاهدات و وارد کردن «شرط» یعنی مفهوم و محتوای «موضوع و هدف» کنوانسیون‌ها و معاهدات به دست آورده بود، به دیده اغماض نگریست و از آن گذشت و بار دیگر رویکرد منفعلانه را اعمال کرد.

44. *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, ICJ Rep 2006, para. 67

45. *Joint Individual Opinion of Judges Higgins, Kooijmans, Elaraby, Owada and Simma*, pp. 65-72.

دیگر نمونه این نوع سیاست قضایی دیوان را می‌توان در قضیه نسل‌کشی بوسنی-هرزگوین بر ضد صربستان و مونته‌نگرو (یا همان یوگسلاوی سابق) طی سال‌های ۱۹۹۳ تا ۲۰۰۸ ملاحظه کرد که مصداق بارز موردی است که مسئله‌ای با حساسیت سیاسی بالا تا حد ممکن به مسئله‌ای نازل فروکاسته شد.^{۴۶} این ماجرا به جهت تفصیلی بودن باید در مجال دیگری به بحث گذاشته شود.

۲. رویکرد فعال

اگر یک سوی سیاست قضایی دیوان در تصرف «رویکرد منفعل» و «احتیاط قضایی» است، سوی دیگر را باید در اختیار «رویکرد فعال» و «کنش‌گری قضایی» دانست که دیوان مطابق آن به رویکردی خلاقانه، دلیرانه و پیشرو گرایش دارد و بر آن اساس با قضایای ارجاع‌شده مواجه می‌شود. مطابق این نوع کنش‌گری، دیوان بدون اینکه از «قانون‌سازی قضایی» ایایی داشته باشد به توسعه حقوق بین‌الملل می‌پردازد. با این همه باید در خاطر داشت که این نوع قانونگذاری با قانونگذاری در معنای مصطلح کلمه متفاوت است: «قانونگذاری» مصطلح به معنای خلق قاعده جدید به صورت پیشینی (پیش از بروز اختلاف حقوقی) است و جز قوانین فرادست، محدودیت دیگری ندارد. اما در مقابل «قانونگذاری قضایی» تنها می‌تواند در دل استدلال‌پردازی‌های حقوقی در راستای فیصله اختلافی حقوقی (و بدین معنا پسینی) معنایی قابل دفاع داشته باشد.^{۴۷} به بیان قاضی جنینگر:

کار / اولیه محکمه، «توسعه» حقوق نیست بلکه فیصله اختلافی خاص میان طرفینی خاص در پیشگاه خود مطابق حقوق است. این بدین معنا نیست که توسعه از اجزاء ثانویه کار قضایی نیست... بلکه بدان معناست که هرگونه «توسعه» باید در درون فیصله اختلاف مطابق حقوق حاکم بر مسائل واقعی در پیشگاه محکمه و به نحو عارضی واقع شود. برای تقویت

۴۶. برای مطالعه در خصوص ابعادی از این قضیه که به مسئله «انتساب» در حقوق مسئولیت بین‌المللی مربوط می‌شود ن.ک: سیدجمال سیفی، محسن عبدالهی و امیرحسین ملکی‌زاده؛ «قابلیت انتساب مسئولیت در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری در پرتو قضیه ژنوساید (بوسنی هرزگوین علیه صربستان و مونته‌نگرو)»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۵، تابستان ۱۳۹۰.

۴۷. به تعبیر مختصر و مفید کلسن، همان‌طور که پارلمان باید در محدوده قانون اساسی قانون وضع کند، قاضی نیز صرفاً می‌تواند در محدوده قوانین عادی قضاوت کند. قطعاً میان محدودیت پارلمان و محدودیت قضایی تفاوت وجود دارد اما این تفاوت «کمی» است: محدودیتی که قانون اساسی برای پارلمان ایجاد می‌کند، کمتر از محدودیتی است که قوانین بر قاضی تحمیل می‌کنند و بنابراین پارلمان در قانونگذاری بسیار آزادتر از قاضی است، اما در هر حال قاضی هم قانونگذاری می‌کند و در انجام اشتغال خود آزادی‌هایی دارد. برای مطالعه در این خصوص در زبان انگلیسی و فرانسوی به ترتیب، ن.ک:

- Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, translated by Max Knight, University of California Press 1967, p. 353.

- Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, translated by Charles Eisenmann, Second Edition, LGDJ, 1962, p. 340.

«رویه قضایی» لازم است که توسعه مذکور از وضعیت‌های واقعی ناشی شود، نه اینکه به صورت پیشینی و انتزاعی فهمیده شود.^{۴۸}

۲-۱. چارچوب نظری

برای تبیین «رویکرد فعال» در سیاق دیوان بین‌المللی دادگستری باید میان دو نوع «کنش‌گری قضایی» قائل به تفکیک شد:

الف. برداشت «شکلی» از کنش‌گری قضایی: قاضی در این نوع از کنش‌گری قضایی به منظور ارائه راه‌آوردی برای توسعه حقوق بین‌الملل، بیش از درگیر شدن با شروط کافی برای رسیدن به حکم نهایی، به اشباع مسائل حقوقی مرتبط با قضیه می‌پردازد و به‌عنوان نمونه، در استدلالات خود به تفصیل مسائل مختلف را شرح می‌دهد و از آن خلال، اصول کلی حقوق را تبیین می‌کند.

ب. برداشت «ماهوی» از کنش‌گری قضایی: این نوع کنش‌گری قضایی به سطحی از بحث مربوط است که قاضی در آن به جهت نارضایتی از «حقوق موجود»^{۴۹} یا اعتقاد به «خلاً»^{۵۰} در حقوق موجود تلاش می‌کند تا تقریباً آشکارا به قانون‌سازی قضایی بپردازد و به سمت «حقوق مطلوب»^{۵۱} حرکت کند.^{۵۲}

فارغ از جدال‌ها بر سر صحت و سقم «کنش‌گری قضایی»^{۵۳} این تعریف از دو برداشت «شکلی» و «ماهوی» دقیقاً در مقابل این اندیشه خشک و غیرمنعطف صف‌آرایی می‌کند که کار قاضی بین‌المللی محدود به فیصله اختلافات، آن هم بر مبنای خوانشی صرفاً پوزیتیویستی از حقوق بین‌الملل است. مقتضای این اندیشه این است که در صورت وجود دلایل مختلف برای رسیدن به حکم نهایی، محکمه باید یکی از دلایل را برگیرد و دیگر دلایل را بدون ارائه بحث در مورد آن‌ها فرو نهد و به «ایجاز قضایی» پایبندی نشان دهد. در صورتی که محکمه از این موارد

48. Robert Jennings, "The Role of the International Court of Justice", *British Yearbook of International Law*, vol 68, issue 1, 1997, p. 41.

49. *lex lata*

50. *non liquet*

51. *lex ferenda*

52. Hugh Thirlway, 'Judicial Activism and the International Court of Justice' in Nisuke Ando (ed), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, Brill, 2002, pp. 75-76.

53. مخالفان کنش‌گری قضایی معتقدند که موافقین آن، پا را از سطح نظام حقوقی فراتر می‌گذارند و خود را در مقام قانونگذار تصور می‌کنند و در مقابل، طرفداران این اندیشه، مخالفین را پیرو نظریه حقوقی مکانیکی، نظام حقوقی قاعده‌محور و طرفدار حقوقی غیرمنعطف می‌دانند. در هر حال نوشتار حاضر متکفل دآوری در مورد پذیرش یا عدم پذیرش این نوع کنش‌گری نیست؛ هدف این است که تنها نشان داده شود که «سیاست حقوقی» از چه مجرای خود را وارد رویه قضایی دیوان کرده است.

پا را فراتر بگذارد، این امر به معنای پذیرش «کنش‌گری قضایی» در معنای «شکلی» است؛ و اگر پای هرگونه مسئله دیگر جز قواعد جاافتاده حقوق بین‌الملل را به رسیدگی‌های خود باز کند، این به معنای پذیرش «کنش‌گری قضایی» در معنای «ماهوی» خواهد بود.^{۵۴}

با این همه، مهم‌ترین نکته‌ای که این تحلیل از خود به نمایش می‌گذارد این است که «کنش‌گری قضایی» به واضح‌ترین شکلی با «سیاست حقوقی» در رویه قضایی ارتباطی مستقیم دارد. در این برداشت از «کنش‌گری قضایی» اختیار وضع قاعده حقوقی بین‌المللی که اساساً متعلق به نهادهای سیاسی (از جمله دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی) است، به محاکم بین‌المللی تفویض می‌شود تا آن‌ها بتوانند از این طریق حقوق را توسعه بخشند و از ارائه تفسیری خشک از آن دوری کنند.^{۵۵}

گرچه کنش‌گری قضایی بین‌المللی در سطح مباحث آکادمیک حقوق بین‌الملل چندان جدی گرفته نشده است، اهمیت فزاینده احکام قضایی در حقوق بین‌الملل این مسئله را پیش می‌کشد که آیا می‌توان تعامل میان نهادهای قضایی و سایر نهادهای درگیر را در چارچوب این مفهوم تحلیل کرد یا خیر. در این راستا برخی^{۵۶} کوشیده‌اند تا با ارائه تعریفی عمل‌گرایانه از مفهوم کنش‌گری قضایی این چارچوب را بررسی و اعلام کنند که اختیارات واقعی قضات بین‌المللی به عوامل گوناگونی از محیطی که در آن به اعمال اشتغال خود می‌پردازند تا پذیرش احکام صادرشده آن‌ها توسط مخاطبان مختلف بستگی دارد و نمی‌توان حکمی کلی در این خصوص صادر کرد. در هر حال باید دانست که «کنش‌گری قضایی» برخلاف ظاهری که دارد، همیشه برای تشویق و تکریم محاکم به کار نمی‌رود و مراد از به‌کاربردن آن گاهی بعد انتقادی دارد.^{۵۷} در هر حال باید دانست که متصف کردن محکمه‌ای حقوقی به عنوان «کنش‌گر» یادآور این مفهوم

54. *Ibid.*, p. 76.

55. پرواضح است که این برداشت از نظریه قضاوت با برداشت رایج از فورمالیسم نمی‌خواند. مطابق این فورمالیسم، نظام حقوقی نظامی کامل است و پاسخ هر مسئله را می‌توان با توسل به قواعد مندرج در نظام حقوقی کشف کرد. بنابراین جایی برای اعمال «صلاح‌دید قضایی» وجود ندارد. به تعبیر مختصر و مفید ریچارد یازنر، فورمالیسم یعنی «توسل به منطق استنتاجی برای رسیدن به نتیجه پرونده به کمک صغری و کبری قضیه که دارای مرجعیت هستند. فورمالیسم به شارح حقوق کمک می‌کند که نتیجه پرونده را درست یا نادرست اعلام کند، تقریباً به همان نحو که پاسخ مسئله‌ای ریاضی درست یا نادرست اعلام می‌شود».

Cf. Richard Posner, "Legal Formalism, Legal Realism, and the Interpretation of Statutes and the Constitution", *Case Western Reserve Law Review*, vol. 37, 1987, p. 181.

56. Fuad Zarbiyev, "Judicial Activism in International Law—A Conceptual Framework for Analysis", *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 3, no 2, 2012, p. 247.

57. به‌عنوان نمونه به‌درستی اشاره شده است که بسیاری از افرادی که بحث «کنش‌گری قضایی» را در مورد ارکان حل‌وفصل اختلافات سازمان جهانی تجارت به کار می‌برند، قصد تحقیر دارند. ن.ک:

Richard Steinberg, "Judicial Lawmaking at the WTO: Discursive, Constitutional, and Political Constraints", *American Journal of International Law*, vol. 98, 2004, p. 248.

است که آن نهاد از سطح حکومت قانون و اشتغال قضایی خود فراتر رفته است. فارغ از این بحث نظری، دلایل یا عللی که دیوان بین‌المللی دادگستری به این رویکرد نزدیک می‌شود گاهی بسیار کلی و معطوف به نظرگاه کلی آن است و گاه با قضیه‌ای خاص و موردی در ارتباط است. از سوی دیگر، این نوع از کنش‌گری گاهی در میانی رخ می‌دهد: در جامعه بین‌المللی به دلیل اینکه وحدت و سلسله‌مراتبی میان منابع حقوق بین‌الملل، آن‌چنان که در نظام‌های حقوقی داخلی هست وجود ندارد و به‌علاوه نظام حقوقی بین‌المللی فاقد قوه قانونگذاری منسجم است، در بسیاری موارد با خلأ یا ابهام در «قانون حاکم» مواجه می‌شود. همین امر باعث می‌شود که قاضی بین‌المللی گاهی به سمت پُر کردن این شکاف از طریق «اشتغال قضایی» خود حرکت کند. نیز گاه وقایعی خاص باعث می‌شود که دیوان به سمت «کنش‌گری قضایی» متمایل شود؛ وقایعی که دقیقاً آن روی ماجرابی است که در مواقع اعمال «احتیاط قضایی» رخ می‌دهد: اگر تلاطم‌های سیاسی و اوضاع آشفته در روابط بین‌الملل باعث می‌شود که دیوان به «احتیاط قضایی» نزدیک شود (چنان‌که قبلاً توضیح داده شد) با برگشتن ورق و سامان یافتن روابط سیاسی این امکان برای دیوان فراهم می‌آید که در اعمال اشتغال قضایی خود به نوآوری و کنش‌گری قضایی فعال همت گمارد. نیز در مواقعی که طرفین اختلاف، در عین داشتن روابط بین‌المللی خوب با یکدیگر به منظور فیصله «مسالمت‌آمیز» اختلاف به دیوان مراجعه می‌کنند، مجدداً این شرایط به دیوان اجازه می‌دهد تا با خیالی آسوده به توسعه حقوق بپردازد و انبان حقوق بین‌الملل را غنی‌تر کند.

فنونی که دیوان در راستای اعمال این نوع از عملکرد در اختیار دارد بسیار متنوع است که از جمله آن‌ها می‌توان به این موارد اشاره کرد: توسعه پویای حقوق مطابق مقتضیات روز و روح جامعه بین‌المللی در راستای «موضوع و هدف» قاعده، توسل به «تفسیر تکاملی»^{۵۸} و تمایل به

58. evolutive / evolutionary interpretation = interprétation évolutive

مطابق «تفسیر تکاملی»، اگر طرفین اسناد بین‌المللی با آوردن عباراتی «نوعی» (generic = générique) چنین اراده کرده باشند که مصادیق امر، در طول زمان مطابق نیازهای روز جامعه تکامل یابد، باید عبارات مذکور را مطابق «روز اجرا» و نه روز «وضع» قاعده و سند تفسیر کرد. به‌عنوان نمونه، اگر معاهده‌ای در قرن گذشته در خصوص «منع مجازات‌های خشن» تصویب شده باشد و در امروز جامعه بین‌المللی اختلافی در مورد آن حاصل آید، محکمه باید مجازات‌هایی را که «امروزه» خشن محسوب می‌شوند ملاک قرار دهد، نه مجازات‌های خشن قرن گذشته را؛ حتی اگر مصادیق امروزی به هیچ وجه از ذهن و ضمیر واضعان قاعده در گذشته نیز نگذشته باشد. دیوان بین‌المللی دادگستری این نوع تفسیر را که در مقابل «تفسیر ایستا» قرار دارد در قضایای بسیاری از جمله قضیه فلات قاره دریای اژه (۱۹۷۸) و قضیه نامیبیا (۱۹۷۱) به کار گرفته است. با این حال بهترین توصیف از تفسیر تکاملی را می‌توان در قضیه اختلاف راجع به کشتی‌رانی و حقوق مربوط به آن (کاستاریکا علیه نیکاراگوئه، ۲۰۰۹) ملاحظه کرد. دیوان در بند ۶۶ این رأی اعلام کرد: «در مواردی که طرفین در معاهده از اصطلاحات نوعی استفاده کرده‌اند، ضرورتاً از این امر آگاه بوده‌اند که معنای اصطلاحات مذکور احتمالاً در طول زمان متحول می‌شود و زمانی که معاهده برای مدت طولانی یا «یک دوره مستمر» وضع می‌شود، به‌عنوان قاعده‌ای عام باید چنین فرض کرد که طرفین، اصطلاحات مذکور را دارنده معنایی تحول‌یابنده قصد کرده‌اند».

بررسی‌های موشکافانه به نحوی که از هیچ مسئله‌ای طفره رفته نشود و نکته ابهامی باقی نماند.^{۵۹}

۲-۲. مصادیق رویکرد فعال در رویه قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری

بسیاری از تصمیمات دیوان بین‌المللی دادگستری را می‌توان در راستای «رویکرد فعال» و «کنش‌گری قضایی» تحلیل کرد. این امر البته در نظرات مشورتی دیوان نمود بیشتری دارد زیرا دیوان در قضایای ترافیعی به منزله فیصله‌دهنده اختلاف میان دو یا چند دولت ظاهر می‌شود اما در نظرات مشورتی در مقام «پاسخ‌دهنده به سؤالات حقوقی ارکان پرسنده سؤال» پدیدار می‌شود و بنابراین در درجه اول، مخاطب خود را سازمان ملل متحد در نظر می‌گیرد. به تعبیر دیگر، دیوان در قضایای ترافیعی خود عموماً خود را در عرض طرفین اختلاف تعریف می‌کند، در حالی که در نظرات مشورتی از بالا سخن می‌گوید.

نظرات مشورتی در دوره اول کار دیوان، برخی از این مواردند: قضایای جبران خسارت کارکنان ملل متحد (۱۹۴۹)؛^{۶۰} شرط‌ها بر کنوانسیون جلوگیری و مجازات جرم نسل‌کشی (۱۹۵۱)؛^{۶۱} اثر احکام غرامت دیوان اداری ملل متحد (۱۹۵۴)؛^{۶۲} و برخی هزینه‌های ملل متحد (ماده ۱۷، بند ۲ منشور، ۱۹۶۲).^{۶۳} لب لباب رویکرد فعال دیوان در این قضایا را می‌توان بدین شرح خلاصه کرد:

(۱) قضیه جبران خسارت کارکنان ملل متحد (۱۹۴۹): شناسایی «شخصیت حقوقی عینی» ملل متحد و قابلیت استناد به آن؛

(۲) قضیه شرط‌ها بر کنوانسیون جلوگیری و مجازات جرم نسل‌کشی (۱۹۵۱): توسعه حقوق حاکم بر واردکردن «شرط» بر معاهدات و نفی اصل وحدت معاهده، آن‌چنان که در زمان جامعه ملل وجود

برای مطالعه مبسوط در خصوص اعمال تفسیر تکاملی در دیوان بین‌المللی دادگستری بخصوص در سیاق رأی بالا، ن.ک: محسن محبی و وحید رضادوست؛ «تفسیر تکاملی معاهدات در حقوق بین‌الملل در پرتو قضیه اختلاف در خصوص کشتی‌رانی و حقوق مربوط به آن (کاستاریکا علیه نیکاراگوئه)»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، سال سی‌ودوم، شماره ۵۳، پاییز و زمستان ۱۳۹۴.

۵۹. برخی مانند ربر کلب «تفسیر موسع» را نیز در زمره «کنش‌گری قضایی» فعال دیوان آورده‌اند، در حالی که به نظر می‌رسد تفسیر موسع و مضیق به خودی خود نه مشمول «احتیاط قضایی» آند و نه «کنش‌گری قضایی». ن.ک:

Kolb, *La Cour internationale de Justice*, p. 1227.

با این حال به نظر می‌رسد آنچه باعث می‌شود تفسیری خاص به یکی از دو رهیافت مذکور نزدیک شود، نوع رابطه‌ای است که تفسیر مربوطه با ماهیت اختلاف می‌یابد؛ چه بسیار تفسیرهای موسعی که نشان از «احتیاط قضایی» دارند (مانند تفسیر موسع «صلاحیت داخلی» مندرج در بند ۷ ماده ۲ منشور ملل متحد) و چه بسیار تفسیرهای مضیقی که از «کنش‌گری قضایی» نسب می‌برد (مانند تفسیر مضیق «آزادی عمل دولت‌ها»).

60. *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, ICJ Rep. 1949.

61. *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, ICJ Rep. 1951.

62. *Effect of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal*, ICJ Rep. 1954.

63. *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, ICJ Rep 1962.

داشت و ساختن رژیم منطف که مطابق آن، در صورت سکوت معاهده، وارد کردن شرط (با رعایت محدودیت‌های مشخص) و با این شرط که حداقل یک دولت آن را بپذیرد مجاز است؛

۳) قضیه اثر احکام غرامت دیوان اداری ملل متحد (۱۹۵۴): اعلام اینکه مجمع عمومی می‌تواند گروهی مستقل از قضاات به‌عنوان رکن فرعی خود تأسیس کند، بدون اینکه اختیارات خود را به آن تفویض کند و بدون اینکه بتواند احکام آن را (به دلیل استقلال کار قضایی که در اساسنامه دیوان اداری ملل متحد پیش‌بینی شده است) بازبینی نماید؛ و

۴) قضیه برخی هزینه‌های ملل متحد (ماده ۱۷، بند ۲ منشور، ۱۹۶۲): اعلام اینکه ملل متحد می‌تواند به «عملیات‌های حفظ صلح»^{۶۴} بپردازد زیرا ملل متحد با توجه به هدف عام خود مبنی بر حفظ صلح و امنیت بین‌المللی، دارای «اختیارات ضمنی» در این خصوص است.

تمام نظرات مشورتی بالا به نوعی در جهت توسعه حقوق بین‌الملل، حرکت پویای آن و «کنش‌گری قضایی» هستند و در زمانی صادر شده‌اند که اوضاع جامعه بین‌المللی و نگاه غالب در عالم سیاست به نفع دیوان و تقویت ارکان سازمان ملل متحد بود.

نباید رهیافت فعال و کنش‌گرانه دیوان را صرفاً در نظرات مشورتی و غیرالزام‌آور آن جست چرا که دیوان در بسیاری از قضایای ترافیعی نیز به اعمال این رویکرد در راستای توسعه حقوق بین‌الملل پرداخته است، از جمله در قضایای ماهی‌گیری‌ها (انگلستان علیه نروژ، ۱۹۵۱)،^{۶۵} فلات قاره دریایی شمال (آلمان/دانمارک و هلند، ۱۹۶۹)^{۶۶} و لاگرانند (آلمان علیه ایالات متحده، ۲۰۰۱).^{۶۷} خلاصه این رهیافت‌های فعالانه در قضایای مذکور از این قرار است:

۱) قضیه ماهی‌گیری‌ها (انگلستان علیه نروژ، ۱۹۵۱): ابداع روشی جدید در تعیین خطوط مبدأ در راستای تحدید مناطق دریایی پرداخت و استفاده از «خطوط مبدأ مستقیم»^{۶۸} در سواحل «دنداندار و فرورفته» - با متصل کردن نقاط پیش‌رفته «باروی صخره‌ای» (سارگارد)^{۶۹} به زبان نروژی^{۷۰} - امری که متعاقباً بر کنوانسیون ژنو در خصوص آب‌های سرزمینی (۱۹۵۸) تأثیر گذاشت و مستقیماً در کنوانسیون حقوق دریاهای (۱۹۸۲) وارد شد؛^{۷۱}

64. Peace-keeping operations = opérations de maintien de la paix

65. *Fisheries (United Kingdom v. Norway)*, ICJ Rep 1951.

66. *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark and Netherlands)*, ICJ Rep 1969.

67. *LaGrand (Germany v. United States of America)*, ICJ Rep 2001.

68. Straight baselines = lignes de base droites

69. *Skjergaard*

۷۰. فلسفی؛ «مقدمه تحلیلی» در *حقوق بین‌الملل معاهدات*، فرهنگ نشر نو با همکاری نشر آسیم، ۱۳۹۱، صص ۲۳-۲۴.

۷۱. بر اساس ماده ۴ کنوانسیون سال ۱۹۵۸ و ماده ۷ کنوانسیون ۱۹۸۲ در صورتی که سواحل دنداندار و فرورفته باشند، یا تعدادی جزیره در طول یا نزدیکی سواحل واقع شده باشد، با رعایت برخی شرایط می‌توان از خطوط مبدأ مستقیم برای ترسیم خطوط مبدأ استفاده کرد.

۲) قضیه فلات قاره دریای شمال (آلمان/دانمارک و هلند، ۱۹۶۹) با عنایت به اینکه سابقاً تحدید در فلات قاره صورت نگرفته بود توسعه حقوق حاکم بر تحدید بر اساس «اصل کلی انصاف»^{۷۲} یا «اصول منصفانه»^{۷۳} در این قضیه، دیوان بین‌المللی دادگستری با دو امر مواجه بود: - این واقعیت که اعمال روش «خط متساوی‌الفاصله» در این قضیه به نتایج غیرمنصفانه و غیرمعقولی می‌انجامد زیرا فرورفتگی ساحل آلمان در بخش‌های مربوطه باعث می‌شد که این دولت بر بخش بسیار کوچکی از فلات محق باشد، در حالی که طول ساحل این دولت تقریباً به اندازه طول ساحل دو دولت دیگر (دانمارک و هلند) بود؛ و - این امر که مأموریت دیوان این نیست که به تحدید بپردازد و باید خود را به اعلام اصول حقوقی حاکم محدود کند.

دیوان در این قضیه با در نظر گرفتن این دو نکته به طرد قاعده «خط متساوی‌الفاصله» (به‌عنوان قاعده‌ای که همه‌جا دارای کاربرد باشد) پرداخت و از آنجا که نمی‌توانست به تحدید بپردازد، تنها اعلام کرد که اصل حاکم به‌عنوان سرسلسله اصول حاکم بر تحدیدهای دریایی این است که تحدید باید مطابق «اصول کلی در جهت رسیدن به نتیجه منصفانه» اعمال شود. بنابراین به نظر دیوان، محتوای قاعده عرفی در این قضیه این است که «باید به اعمال انصاف پرداخت». در اینجا این قاعده حقوقی است که به انصاف ارجاع می‌دهد.

- قضیه لاگرانند (آلمان علیه ایالات متحده، ۲۰۰۱) با تفسیری غایت‌گرا از موضوع و هدف رسیدگی‌های قضایی اعلام این امر که «دستورهای موقت» که وفق ماده ۴۱ اساسنامه صادر می‌شود نیز مانند احکام دیوان الزام‌آور هستند. نیز دیوان در همین قضیه بر ضرورت حمایت از رسیدگی‌های قضایی در مقابل اعمالی تأکید کرد که می‌تواند نتیجه نهایی ماجرا را از هرگونه اثرگذاری بازدارد.^{۷۴} در این قضیه، آلمان خواهان متوقف‌شدن اعداد دو برادر دارای تابعیت این دولت در ایالات متحده بود. در این راستا دیوان طی دستوری اعلام کرد که ایالات متحده تا پایان رسیدگی‌ها در پیشگاه دیوان، از این کار خودداری کند. با این حال، ایالات متحده مدعی شد که اساساً دستورهای دیوان لازم‌الاجرا تلقی نمی‌شود. اما دیوان برای نخستین بار با اتخاذ رویکرد بالا اعلام کرد که دستورهای دیوان نیز مانند آرای آن دارای قدرت الزام‌آور تلقی می‌شوند.

نمونه‌های بالا نشان می‌دهد که دیوان بین‌المللی دادگستری از چه طریقی در قضایای ترافیعی به توسعه حقوق در صورت لزوم از طریق «کنش‌گری قضایی» می‌پردازد و عملاً پا را از سطح قضاوت در معنای مضیق آن فراتر می‌نهد.

72. General principle of equity = principe général de l'équité

73. Equitable principles = principes équitables

74. *LaGrand (Germany v. United States of America)*, ICJ Rep 2001, pp. 1227 *et seq.*

نتیجه

گاه گمان می‌رود که محاکم بین‌المللی در انجام اشتغالات قضایی خود صرفاً به متن اصول و قواعد حقوقی و وقایع رخ داده توجه نشان می‌دهند. علاوه بر این حکم توصیفی، گاه مسئله از این فراتر می‌رود و با صدور حکمی توصیه‌ای اعلام می‌شود که خوب است که چنین باشد. به تعبیر دیگر، در صورتی که محاکم از این دو مسئله فراتر روند و نکات دیگری را نیز در کار قضایی خود دخیل کنند، اساساً از شأن قضایی خود فراتر رفته و تبدیل به نهادی سیاسی شده‌اند. در مقابل این روایت از اشتغال قضایی، نوشتار حاضر بر این مبنا استوار شده است که تمام محاکم بین‌المللی دارای «سیاست قضایی» و به تعبیری کامل‌تر، «سیاست حقوقی» هستند که از مجرای آن به فهم و تفسیر «امر حکمی» و «امر موضوعی» در هر قضیه می‌پردازند. بر این اساس نه تنها توجه به «فضای حقوقی» ای که محکمه در آن تنفس می‌کند به معنای نفی حقوق نیست بلکه باید دانست که بی‌توجهی به آن و چسبیدن به فهمی صرفاً موضوعه‌گرایانه از حقوق و اشتغال قضایی به درکی ناقص از آرا و احکام بین‌المللی منتهی خواهد شد.

بر اساس این برداشت، در نوشتار حاضر نشان داده شد که می‌توان از دو رویکرد کلی دیوان بین‌المللی دادگستری در مواجهه با قضایای مشورتی و ترافعی گوناگون پرده برداشت: در رویکرد منفعل که غالباً در مواقع وجود تلاطم در جامعه بین‌المللی بروز می‌کند، دیوان عموماً می‌کوشد با ارائه استدلال‌هایی مضیق و محدود به سمت «احتیاط قضایی» حرکت کند و به استمرار وضع موجود بپردازد. در مقابل در رویکرد فعال که عموماً مولود ثبات در جامعه بین‌المللی است، دیوان با استعانت از تفاسیر پویا و پیشرو و همچنین توسل به حقوق بین‌الملل عام از محدوده تنگ فیصله اختلاف میان دو دولت فراتر می‌رود و به توسعه مترقیانه حقوق بین‌الملل همت می‌گمارد. شایان ذکر است که علل و عوامل بسیاری در اتخاذ هریک از رویکردهای فعال و منفعل در قضایای پیش روی دیوان بین‌المللی دادگستری مؤثر واقع می‌شوند. نمی‌توان این علل و عوامل را که طیف گسترده‌ای از مسائل را در بر می‌گیرند در چند مسئله جزئی خلاصه کرد و به همین جهت بررسی آن‌ها منوط به بررسی موردی هریک از قضایا به تفصیل است. بدین ترتیب در نوشتار حاضر بدون ورود به علل و عوامل مذکور، صرفاً تلاش شد تا چارچوب تحلیلی مناسبی برای بررسی رویکردهای مذکور عرضه شود تا بر آن اساس بتوان در آینده این علل و عوامل را در هر قضیه خاص بررسی کرد.

نهایتاً اینکه در مواجهه با قضایای مختلف، کدام‌یک از رویکردهای «احتیاط قضایی» یا «کنش‌گری قضایی» باید وجهه همت دیوان باشد، به «سیاست قضایی» ای بستگی دارد که بنا بر ملاحظات حقوقی و غیرحقوقی گوناگون در سطح بین‌المللی برگزیده می‌شود. با این حال باید

در نظر داشت که دیوان نمی‌تواند به عرصه «سیاست محض» (سیاست و رای «سیاست حقوقی» یا «سیاست قضایی») وارد شود و خود را به منزله نهادی «سیاسی» مانند مجمع عمومی یا شورای امنیت عرضه دارد. به‌علاوه دیوان باید از «قانونگذاری درجه اول» بپرهیزد و پا را از حیطه «قانونگذاری قضایی» فراتر نهد.

دیوان بین‌المللی دادگستری موظف است به‌عنوان رکن اصلی قضایی جامعه بین‌المللی بر اساس «حقوق» بین‌الملل و نه «سیاست» بین‌الملل عمل کند. با این حال، نظام حقوق بین‌الملل و قواعد مندرج در آن «نامتعین»^{۷۵} و انتزاعی هستند. بنابراین قواعد حقوقی برای اینکه بتوانند «معین» وضعیت‌های انضمامی شوند باید از مجرای رسیدگی‌های قضایی عبور کنند. در این معنا مسئله، دوری از «سیاست» و تمسک به «حقوق» نیست بلکه پرداختن تحلیلی به «سیاست حقوقی» است. در اینجاست که نوعی «صلاحیت تخییری»^{۷۶} برای محکمه حاصل می‌آید مبنی بر اینکه بر چه اساسی قاعده را تعیین و تفسیر کند: بر اساس رویکرد جامعه‌محور یا دولت‌محور؟ بر اساس تفسیر مضیق یا موسع؟ بر اساس وجود «خلاء» در نظام حقوقی یا نبود آن؟ و... این انتخاب‌ها که گریز و گزیری از آن‌ها نیست، انتخاب‌هایی «سیاسی» در معنایی «حقوقی» محسوب می‌شوند؛ انتخاب‌هایی که نه وفق خود قواعد، که از دل مفروضات و اصول پیشینی فهم نظام حقوقی استخراج می‌شوند.

75. Indeterminate

76. Discretionary power = pouvoir discrétionnaire

منابع:

الف. فارسی

- کتاب

- فلسفی، هدایت‌الله؛ سیر عقل در منظومه حقوق بین‌الملل: اصول اساسی روش‌شناسی حقوق بین‌الملل، فرهنگ نشر نو با همکاری نشر آسیم، ۱۳۹۶.
- _____؛ حقوق بین‌الملل معاهدات، فرهنگ نشر نو با همکاری نشر آسیم، ۱۳۹۱.

- مقاله

- رمضانی قوام‌آبادی، محمدحسین و حیدر پیری؛ «مشروعیت مداخله نیروهای ائتلاف علیه داعش در عراق و سوریه در چارچوب حقوق بین‌الملل»، مجله حقوقی بین‌المللی، سال سی‌ونهم، شماره ۵۸، بهار و تابستان ۱۳۹۷.
- زمانی، سیدقاسم؛ «ماهیت حقوقی داعش در حقوق بین‌الملل: دولت یا بازیگر غیردولتی؟»، مجله دولت‌پژوهی، دوره ۱، شماره ۱، بهار ۱۳۹۴.
- سیفی، سیدجمال و وحید رضادوست؛ «مفهوم «سیاست حقوقی» در رویه قضایی بین‌المللی»، مجله تحقیقات حقوقی، دوره ۲۳، شماره ۹۱، پاییز ۱۳۹۹.
- سیفی، سیدجمال؛ «دیوان بین‌المللی دادگستری: رکن اصلی قضایی ملل متحد» در مجموعه مقالات نقش دیوان بین‌المللی دادگستری در تداوم و توسعه حقوق بین‌الملل، انجمن ایرانی مطالعات سازمان ملل متحد، ۱۳۸۶.
- سیفی، سیدجمال، محسن عبدالمهی و امیرحسین ملکی‌زاده؛ «قابلیت انتساب مسئولیت در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری در پرتو قضیه ژنوساید (بوسنی هرزگوین علیه صربستان و مونته‌نگرو)»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۵، تابستان ۱۳۹۰.
- عزیزی، ستار؛ «بررسی مشروعیت دعوت از مداخله خارجی در مخاصمات داخلی با تأکید بر رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه فعالیت‌های نظامی در سرزمین کنگو»، پژوهش حقوق عمومی، شماره ۳، تابستان ۱۳۹۰.
- محبی، محسن و وحید رضادوست؛ «تفسیر تکاملی معاهدات در حقوق بین‌الملل در پرتو قضیه اختلاف در خصوص کشتی‌رانی و حقوق مربوط به آن (کاستاریکا علیه نیکاراگوئه)»، مجله حقوقی بین‌المللی، سال سی‌ودوم، شماره ۵۳، پاییز و زمستان ۱۳۹۴.

ب. انگليسى و فرانسوى

- Books

- Lauterpacht, Hersch, *The Development of International Law by the International Court*, Praeger, 1958.
- Fitzmaurice, Gerald, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Vol II, 1986.
- Higgins, Rosalyn, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford University Press, 1994.
- Kohen, Marcelo & Magnus Jesko Langer (eds), *Le développement du droit international Réflexions d'un demi-siècle*, vol. I: Théorie générale du droit international public, Graduate Institute Publications, 2013.
- Kolb, Robert (ed), *Commentaire sur le Pacte de la Société des nations*, Bruylant, 2014.
- Kolb, Robert, *La Cour internationale de Justice*, Pedone, 2013.
- Lubell, Noam, *Extraterritorial Use of Force against Non-State Actors*, Oxford University Press, 2011.
- Steenberghe, Raphaël van, *La légitime défense en droit international public*, Bruxelles, 2012.
- Kelsen, Hans, *Pure Theory of Law*, translated by Max Knight, University of California Press 1967.
- Kelsen, Hans, *Théorie pure du droit*, translated by Charles Eisenmann, Second Edition, LGDJ, 1962.

- Articles

- Abi-Saab, Georges, 'De l'évolution de la Cour internationale de Justice. Quelques tendances récentes', *RGDIP*, 1992.
- Abi-Saab, Georges, 'La métamorphose de la fonction juridictionnelle

internationale', *Unité et diversité du droit international: Ecrits en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy*, Martinus Nijhof, 2014.

- Dupuy, Pierre-Marie, 'The Judicial Policy of the International Court of Justice' in Francesco Salerno (ed) *Il ruolo del Giudice Internazionale nell'evoluzione del diritto internazionale e comunitario*, Cedam, 1995.
- Fitzmaurice, Gerald, "Hersch Lauterpacht - The Scholar as Judge", *British Yearbook of International Law*, vol. 37, 1961.
- Fouchard, Felix, "Allowing Leeway to Expediency, without Abandoning Principle"? The International Court of Justice's Use of Avoidance Techniques", *Leiden Journal of International Law*, 2020.
- Jennings, Robert, "The Role of the International Court of Justice", *British Yearbook of International Law*, Vol 68, Issue 1, 1997.
- Kooijmans, Pieter, "The ICJ in the 21st Century: Judicial Restraint, Judicial Activism, or Proactive Judicial Policy", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 56, Issue 4, 2007.
- Posner, Richard, "Legal Formalism, Legal Realism, and the Interpretation of Statutes and the Constitution", *Case Western Reserve Law Review*, vol. 37, 1987.
- Steinberg, Richard, "Judicial Lawmaking at the WTO: Discursive, Constitutional, and Political Constraints", *American Journal of International Law*, vol. 98, 2004.
- Thirlway, Hugh, "Judicial Activism and the International Court of Justice" in Nisuke Ando (ed), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, Brill, 2002.
- Zarbiyev, Fuad, "Judicial Activism in International Law—A Conceptual Framework for Analysis", *Journal of International Dispute Settlement*, Vol 3, Issue 2, 2012.

- Cases

- *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, ICJ Rep 2007.
- *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, ICJ Rep 2006.
- *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, ICJ Rep 1962.
- *Effect of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal*, ICJ Rep 1954.
- *Fisheries (United Kingdom v. Norway)*, ICJ Rep 1951.
- *Interpretation of Article 3, Paragraph 2, of the Treaty of Lausanne (Frontier between Turkey and Iraq)*, PCIJ, Advisory Opinion, series B, no 12, 1927.
- *LaGrand (Germany v. United States of America)*, ICJ Rep 2001.
- *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, ICJ Rep 1986.
- *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark and Netherlands)*, ICJ Rep 1969.
- *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, ICJ Rep 1949.
- *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, ICJ Rep 1951.
- *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), Judgment of 15 July 1999.