

## دادرسی بین‌المللی در نظم معاصر حقوق بین‌الملل

رضوان باقرزاده \*

(DOI): 10.22066/CILAMAG.2022.247905

(DOR): 20.1001.1.2251614.1401.39.66.7.3

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۸/۲۰

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۶/۱۰

این، روح قانون است که عدالت را زنده نگاه

می‌دارد و نه شکل آن<sup>۱</sup>

### چکیده

امروزه در نظام حقوقی بین‌المللی، کارکردهای سه‌گانه تقنین، اجرا و قضا، به طرق مختلف تجسم یافته‌اند و در این میان، سامانه قضایی بین‌المللی در دهه‌های اخیر رشد قابل ملاحظه‌ای یافته است. اگرچه تعدد مراجع رسیدگی بین‌المللی به بروز چالش‌هایی نظیر چندپارگی در حقوق بین‌الملل منجر شده، اقبال دولت‌ها نسبت به رشد کمی این مراجع، آشکارا نمودار «قضایی‌گرایی» در بستر نظم معاصر حقوق بین‌الملل است که البته در چارچوبی وسیع‌تر می‌توان آن را بخشی از رشد «حقوقی‌گرایی» حاصل از تجربه تلخ جنگ‌های جهانی ارزیابی کرد. افزایش شمار مراجع دادرسی، تحول کارکردی آن‌ها را هم به همراه داشته و کاربری این مراجع را حتی از قلمرو رسمی آن فراتر برده است. درست است که بنیان صلاحیت این مراجع رسیدگی به اختلافات بین‌المللی هنوز بر رضایت دولت‌ها استوار است، اما امروزه این مراجع به بازیگران فعال بین‌المللی بدل شده‌اند که فعالیت خود را در قالبی چندکارکردی، از ایفای نقش‌های رسمی خود (دادخواهی و حل اختلاف، کارکردهای اجرایی و اداری و گاه کنترل تبعیت حقوق داخلی از حقوق بین‌الملل)، به کارکردهای ماهوی (تولید دانش حقوقی، خلق قواعد حقوقی، شکل‌دهی و تثبیت انتظارات هنجاری بازیگران بین‌المللی و البته پیشبرد حاکمیت قانون و عدالت بین‌المللی) نیز توسعه بخشیده‌اند.

### واژگان کلیدی

دادرسی بین‌المللی، دادگاه‌های بین‌المللی، حل و فصل اختلافات بین‌المللی، قضایی‌گرایی، نظم معاصر حقوق بین‌الملل، دیوان بین‌المللی دادگستری

r.bagherzadeh@basu.ac.ir

\* استادیار گروه حقوق دانشگاه بوعلی سینا، همدان

1. Warren, Earl, "The Law and the Future", in: *Fortune Magazine*, November 1955; <http://content.time.com/subscriber/article/0,33009,867703,00.html>.

## مقدمه

اهمیت کارکرد قضاوت در تمامی نظام‌های حقوقی بر کسی پوشیده نیست؛ چه، علی‌الاصول وجود و عملکرد دادگاه‌ها، بخشی از تعریف یا دست‌کم ایده‌آل «حقوق» است؛ ایده‌ای که به‌ویژه از تفکر حقوقی انگلو-امریکایی از اواخر قرن ۱۸ در حقوق بین‌الملل نفوذ کرده است.<sup>۲</sup> امروزه اهمیت فزاینده دادگاه‌های بین‌المللی، موضوعات هنجاری، حقوقی و تجربی بسیاری را برانگیخته است<sup>۳</sup> و کشف و بررسی این نکته که ایجاد دادگاه‌ها و نهادهای قضایی بین‌المللی چگونه قادر است مناسبات بین‌المللی و در نتیجه حقوق بین‌الملل را تحت تأثیر قرار دهد بسیار جالب می‌نماید. بدیهی است که تغییرات کمی و کیفی در محاکم و آرای صادره بین‌المللی نیز بر یکدیگر اثرگذار است.

این در حالی است که به اعتقاد نافیان نظام حقوق بین‌الملل، این حقوق هنوز تکامل و پختگی یک نظام حقوقی همپای نظام‌های داخلی را پیدا نکرده است<sup>۴</sup> و همچنان مجموعه‌ای درجه دوم و نامرغوب از قواعد اجتماعی است<sup>۵</sup> و بنابراین، کارکردهای سه‌گانه تقنین، اجرا و قضا در حقوق بین‌الملل وجود ندارد. اما پرهیز از فرم‌گرایی افراطی، مقایسه و انطباق پیوسته حقوق بین‌الملل با نظم حقوقی داخلی و اصرار بر لزوم شباهت نظم حقوقی بین‌المللی با نظم حقوقی داخلی در «فرم» برای پاسخگویی به نیازهای یک جامعه حقوقی، به مسیر دیگری رهنمون می‌شود؛ چه، این «طبیعت» حقوق بین‌الملل است که نیازمند این ارزیابی است که آیا دربرگیرنده قواعد و سازوکارهایی که اجرای کارکردهای اجرایی، قضایی و قانونگذاری<sup>۶</sup> را بر عهده گیرد هست تا بتوان قائل به نظام‌بودن حقوق بین‌الملل شد<sup>۷</sup> و بدین‌سان بر نقایص یک نظام اجتماعی

2. Kingsbury, Benedict, "International Courts: Uneven Judicialization in Global Order", in: *Cambridge Companion to International Law* (eds. J. Crawford and M. Koskeniemi), *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, No. 259, p. 13.

3. Ulfstein, Geir, "International Courts and Judges: Independence, Interaction, and Legitimacy", *NYU Journal of International Law and Politics*, Vol. 46, 2014, p. 850.

۴. سپاوش، علی اکبر؛ درآمدی بر حقوق بین‌الملل معاصر، مجد، ۱۳۹۴، ص ۱۲.

5. Crawford, James, "Chance, Order, Change: The Course of International Law General Course on Public International Law (Volume 365)", in: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. Consulted online on 13 May 2022 <[http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096\\_pplrdr\\_A9789004255609\\_01](http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdr_A9789004255609_01)> first published online 2013, pp. 139-141; Shany, Yuval, "No Longer a Weak Department of Power? Reflections on the Emergence of a New International Judiciary", *EJIL*, Vol. 20, No. 1, 2009, p. 73.

6. Legislative, Judicative, and Executive Functions

۷. به فرض آنکه A نمونه اولیه یک نظم اجتماعی باشد. مطابق دیدگاه هارت، معیارهای X می‌تواند آن را به نظام حقوقی مدرن‌تر بدل سازد و بنابراین A(x) نظام حقوقی مدرن‌تری است. اگر B نظام اجتماعی داخلی بدوی باشد، برای تبدیل شدن به نظام حقوقی مدرن باید معیارهای X را دارا شده و مبدل به B(x) شود. حال منطقی‌تر برای C به‌عنوان نظم اجتماعی بین‌المللی هم باید فرمول یکسانی اعمال شود. بنابراین برای تبدیل آن از نظم اجتماعی بدوی به نظام حقوقی، معیارهای X مورد نیاز است. در آن صورت به احتمال بسیار C(x) تا حد زیادی به B(x) در ساختار و فرم شبیه است، اما این نتیجه ضروری نیست؛

بدوی فائق آمد یا خیر.

در خصوص کارکردهای تقنین<sup>۸</sup> و اجرا<sup>۹</sup> سخن بسیار است. اما در خصوص بحث حاضر که بررسی ساختار قضایی بین‌المللی است، برخی صاحب‌نظران با اتکا بر فقدان صلاحیت اجباری و جامع مراجع رسیدگی بین‌المللی، حقوق بین‌الملل را فاقد نظام قضاوت می‌دانند. با این همه، این پرسش مطرح است که آیا حقوق بین‌الملل، سازگاری را برای تعیین موارد نقض قواعد اولیه و نیز مقرر نمودن آیین دادرسی لازم برای شناسایی آن‌ها در بر می‌گیرد تا در غیاب یک نهاد قضایی بین‌المللی اجباری و جامع، فقدان قوه قضائیه بین‌المللی را التیام بخشد؟ دیوان بین‌المللی دادگستری به‌عنوان ارگان قضایی اصلی سازمان ملل متحد دارای صلاحیتی عام در اختلافات بین‌المللی و محدود به اختلافات میان دولت‌ها است که مراجعه به آن نیازمند رضایت دولت‌های

---

چه ممکن است تفاوت‌ها میان C و B به‌عنوان نظام‌های اجتماعی آن‌چنان زیاد باشد که C(x) و B(x) در ساختار و فرم، بسیار متفاوت باشند، اما این بدان معنا نیست که C(x) در جایگاه پایین‌تری نسبت به B(x) قرار دارد. آنچه از C(x) یک نظام حقوقی می‌سازد X است و نه شباهت آن به B(x).

Payandeh, Mehrdad, "The Concept of International Law in the Jurisprudence of H.L.A. Hart", *EJIL*, Vol. 21, No. 4, 2010, p. 981.

۸. اجمالاً می‌توان گفت منابع حقوق بین‌الملل اعم از منابع کاملاً سنتی (معاهده و عرف) تا قواعد امره و حقوق نرم در قانون‌سازی بین‌المللی مشارکت می‌کنند و محافل بین‌المللی اعم از کمیسیون حقوق بین‌الملل و کنفرانس‌های بین‌المللی همه‌جانبه، نظیر کنفرانس سوم حقوق دریاها، همچون مجلس قانونگذاری عمل می‌کنند و تعبیر دیپلماسی پارلمانی زینده این کنفرانس‌ها است. ن.ک:

Tunkin, G. I., *Theory of International Law*, Translated by W. E. Butler, Harvard University Press, 1974, p. 1 et seq.; Goldsmith, L. & Levinson, D. J., "Law for States", 10 Feb. 2009, *Harvard Public Law Working Paper*, No. 09-16, pp. 1801-1822; Payandeh, *op. cit.*, p. 982-985.; Simma, Bruno, *From Bilateralism to Community Interest in International Law*, RdC, Vol. 250, 1994, p. 292 et seq.; Pellet, Alain, "The Normative Dilemma: Will and Consent in International Law-making", 12 *Australian YrBk Int'l L.*, 1992, p. 38 et seq.; *UN Doc. A/CONF.39/11*, 1969, p. 472.

۹. با وجود آنکه حقوق بین‌الملل صرفاً شامل نظام نوپای مجازات‌های متمرکز و سازکارهای اجرایی پراکنده است و به باور قاضی سیما کماکان متکی به خودیاری و خودحمایتی است، جایگاه خاص شورای امنیت در اجرای مواد ۴۱ و ۴۲ منشور ملل متحد می‌تواند این نقص در اجرا را تا حدودی جبران کند. به‌علاوه، ازجمله در ماده ۴۱ مواد طرح ۲۰۰۱ مسئولیت دولت‌ها برای اعمال متخلفانه بین‌المللی، اقدام علیه دولت ناقض تعهد حقوقی بین‌المللی، علاوه بر دولت مستقیماً متأثر از نقض، برای سایر دولت‌ها نیز فراهم است و توسعه مشابهی در خصوص قواعد امره ملاحظه می‌شود.

Simma, *op. cit.*, pp. 230-233; *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, GA Res 56/83, 28 Jan. 2002, Arts. 41-43;

بنابراین با وجود عدم تمرکز سازکارهای اجرایی حقوق بین‌الملل، «روند چندجانبه‌گی» (Process of Multilateralization) در جهت اجرای تعهدات مهم به یاری رفع این نقص شتافته است. در خصوص تفاوت حقوق بین‌الملل با مدل دولتی حقوق در زمینه سازکارهای متمرکز اجرایی، باید ساختار اجتماعی متفاوت و نیاز به نیروی به‌مراتب مقتدرتر اجتماعی را مدنظر قرار داد. همچنین نظر به طبیعت همواره در حال تغییر حقوق بین‌الملل هم‌زمان با پدیده جهانی شدن، استثنای یک دولت از همکاری بین‌المللی، مجازاتی به‌مراتب سنگین‌تر از مجازات‌های کلاسیک شمرده می‌شود. در خصوص سابقه این تفکر، ن.ک:

Friedmann, Wolfgang, *The Changing Structure of International Law*, Columbia University Press, 1964, p. 1 et seq.

طرف اختلاف است.<sup>۱۰</sup> البته جالب است که روبر کولب، این رضایت را که ریشه در اصل حاکمیت دولتها دارد، در سراسر فرایند مراجعه به دیوان مورد توجه قرار می‌دهد. با این توضیح که از همان زمان که طرفین در صدد حل مسالمت‌آمیز اختلاف برمی‌آیند، سازکار مشخص حل این اختلاف را تعیین می‌کنند و حتی پیشنهادهای موازی احتمالی بازیگران سیاسی را بررسی می‌کنند، عنصر رضایت تا مرحله پایانی این فرایند که همان اعمال صلاحیت دیوان است، مستقر و پایدار است.<sup>۱۱</sup>

در کنار دیوان، مراجع داوری و قضایی بسیاری با صلاحیت‌های خاص در سطح بین‌المللی اعم از جهانی و منطقه‌ای فعالیت دارند و تصمیماتشان الزام‌آور است. همچنین دادگاه‌های داخلی به نحو فزاینده‌ای به حقوق بین‌الملل ارجاع داده و آن را اعمال می‌کنند.<sup>۱۲</sup> حتی گزارش‌های کمیسیون‌های ویژه که به بررسی اتفاقات خاص می‌پردازند نیز بخشی از ساختار قضایی تلقی می‌شود.<sup>۱۳</sup> اگرچه توسعه‌های قضایی یادشده کاملاً اجباری و جامع نیستند، به لطف آنها پیشرفت‌های قابل‌ملاحظه‌ای در امر قضا در سطح بین‌المللی حاصل شده که طی دهه‌های گذشته ناممکن به نظر می‌رسید. بنابراین بدون تردید، حقوق بین‌الملل دیگر به فقدان مطلق نظام احقاقی حق دچار نیست. مضافاً آنکه حتی نظام‌های حقوقی ملی هم در برخی موارد، از جمله حقوق و وظایف مقامات عمومی و نهادهای دولت، با محدودیت‌هایی در امر قضا مواجه هستند و تنها حقوق خصوصی و کیفری داخلی، نظم تقریباً جامعی از نظام احقاقی حق ارائه می‌دهند.<sup>۱۴</sup> دادگاه‌های مربوط به قانون اساسی عمدتاً صلاحیت محدود دارند و بنابراین گاه دست‌شان از قدرت بررسی خالی است.<sup>۱۵</sup> بدیهی است تفاوت ساختاری شگرف میان نظم‌های اجتماعی ملی و بین‌المللی، محدودیت‌های به‌مراتب بیشتری را به نظام رسیدگی در حقوق بین‌الملل تحمیل می‌کند. حقوق بین‌الملل بنا به طبیعت خود، نظم اجتماعی به‌مراتب فراخ‌تری در مقایسه با جوامع ملی دارد<sup>۱۶</sup> و تابعان آن دارای قدرت، منافع و ساختار داخلی متفاوتی هستند و البته همچنان

۱۰. ن. ک. مواد ۹۲، ۳۴، ۳۶ و ۹۶ منشور ملل متحد.

11. Kolb, Robert, *The International Court of Justice*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2013, pp.14-17.

12. Shany, *op.cit.*, p. 73.

13. Payandeh, M., *Internationales Gemeinschaftsrecht*, 2010, pp. 375-384; in: Payandeh, *op.cit.*, p. 987.

14. Goldsmith & Levinson, *op.cit.*, pp. 1801-1822.

۱۵. از جمله دیوان عالی آمریکا در قضیه‌ای در ۱۹۷۹ با توسل به دکتترین مسئله سیاسی از حل اختلاف میان سنا و کارتر رئیس‌جمهور وقت آمریکا در خصوص ابطال یک معاهده امتناع ورزید. ن. ک.: *Goldwater v. Carter*, 444 US 996, 1979.

۱۶. چندپارگی (Fragmentation) و چندگانگی (Pluralism) از ویژگی‌های نظم فراخ بین‌المللی است.

مطالبات فزایندهٔ آکادمیک و غیر آن برای وجود نظام متمرکز احقاق حق بین‌المللی به قوت خود باقی است.<sup>۱۷</sup> بنابراین می‌توان گفت امروزه کارکرد قضاوت در عرصهٔ بین‌الملل بدون پاسخ‌نمانده است و راه‌گریزی از پذیرش نظام حقوقی بین‌المللی هرچند ناکامل وجود ندارد.<sup>۱۸</sup>

البته در تحلیل و بررسی قضاوت و دادرسی در نظم معاصر حقوق بین‌الملل نمی‌توان از تحولات عینی و ماهوی غافل شد. در تحلیل عملکرد دادگاه‌های بین‌المللی، با الهام از دیدگاه غنی کاسکنیمی در مطالعهٔ حقوق بین‌الملل باید در کنار نگاه فرمالیستی و توصیفی به معماری حقوق بین‌الملل، نگرشی واقع‌گرا به ماهیت هنجارهای حقوقی بین‌المللی نیز داشت،<sup>۱۹</sup> چه، اساساً نظام حقوقی به هنجارها و قواعد حقوقی تنزل‌پذیر نیست و فهم حقوق مستلزم عبور از «فروکاست‌گرایی» حاصل از فضای صرف پوزیتیویسم حقوقی است.<sup>۲۰</sup> در همین مسیر باید سامانهٔ قضایی را فراتر از نظام حقوقی و مجموعهٔ گسسته‌ای از تکنیک‌ها و فنون و اسلوب‌های حل اختلاف دانست.<sup>۲۱</sup>

بنابراین نوشتار حاضر، در عین توجه به رویکرد فرمالیستی و ساختارگرایانه نسبت به مسایل مربوط، بنا به ضرورت، واقع‌گرایانه و به‌طور موردی نیز به جنبه‌های مختلف موضوع می‌نگرد و به جنبه‌های شکلی (رسمی) و ماهوی (عینی و تجربی) سامانهٔ قضایی، توأمان توجه دارد. بخش مختصری از دکتترین، فهم صرفاً سنتی از مراجع قضایی بین‌المللی را قابل دفاع می‌داند؛ آن‌چنان که منتسکیو<sup>۲۲</sup> در بیان استعاری مشهور خود، قاضی یا دادگاه را صرفاً «دهان حقوق»<sup>۲۳</sup> می‌دانست.<sup>۲۴</sup> اما امروزه در مقابل این مفهوم راکد از امر قضا در حقوق بین‌الملل، «فعالیت

*Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, Finalized by Martti Koskenniemi, UN Doc. A/CN.4/L.682, 2006, paras. 491-493.

17. Payandeh, *op.cit.*, pp. 986-987.

18. Crawford, *op.cit.*, p. 137.

19. Koskenniemi, Martti, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge University Press, 2005, pp. 563 et seq. & 589 et seq.

۲۰. ن.ک: غمامی، سیدمحمد مهدی و حسین عزیزی؛ «تحلیل انتقادی رویکردهای اثباتی به قانون؛ بررسی موردی دیدگاه‌های هانس کلسن و هربرت هارت»، فصلنامهٔ مطالعات حقوق عمومی، دورهٔ ۴۶، شمارهٔ ۱، بهار ۱۳۹۵، صص ۱۵۹-۱۳۹.

۲۱. آزادبخت، فرید؛ «تحلیل سیستمی، مفهوم، اوصاف و مبانی قاعدهٔ حقوقی بین‌المللی»، در: جامعهٔ بین‌المللی و حقوق بین‌المللی در قرن ۲۱ (مجموعهٔ مقالات اهدایی به دکتر محمدرضا ضیائی بیگلری)، شهر دانش، ۱۳۹۲، صص ۱۰۵ و ۱۱۲.

22. Montesquieu

23. bouche de la loi (=Mouth of the Law)

24. Kuhli, Milan & Günther, Klaus, "Judicial Lawmaking, Discourse Theory, and the ICTY on Belligerent Reprisals", *German Law Journal*, Vol. 12, No. 05, 2010, pp. 1266-1267.

قضایی»<sup>۲۵</sup> یا «دادگاه‌های کنش‌گر»<sup>۲۶</sup> به‌عنوان مفهوم رقیب مطرح است که این جستار در صد بررسی آن نیز هست. در همین راستا پس از بیان تغییرات کمی مراجع رسیدگی در حقوق بین‌الملل، کارکردهای متنوع این مراجع، اعم از موارد رسمی مانند حل‌وفصل اختلاف و موارد ماهوی مانند خلق قواعد حقوقی بررسی خواهد شد.

### ۱. تغییرات کمی در بیکره قضایی بین‌المللی

دادگاه‌های بین‌المللی در زمینه دلایل ایجاد، دائمی یا موقت بودن، درجه رضایت دولت‌ها یا اشخاص حقوقی متأثر، استقلال انتصابات و تصمیمات قضایی، دستاورد و خروجی‌های عینی، اثرگذاری بر بازیگران سیاسی، هنجارهای حقوقی یا ارزش‌های جامعه نظیر آزادی، مسئولیت‌ها یا حق تعیین سرنوشت فردی یا جمعی و موارد دیگر از هم متفاوت هستند.<sup>۲۷</sup> کولب در توصیف مرجع رسیدگی بین‌المللی اظهار می‌دارد که مرجع رسیدگی عموماً نهادی شمرده می‌شود که از طریق اعمال حقوق و اتخاذ تصمیمات الزام‌آور، در خصوص اختلاف تصمیم‌گیری می‌کند.<sup>۲۸</sup> او در باب وصف بین‌المللی چنین مرجعی نیز، بسته به اتخاذ رویکرد یگانگی یا دوگانگی در ارتباط حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل، از طبیعت طرفین اختلاف، ترکیب تشکیل‌دهنده مرجع رسیدگی، طبیعت اختلاف، حقوق قابل اعمال، آیین دادرسی حاکم و منشأ اختیارات مرجع مربوط (سند ملی یا بین‌المللی) نام می‌برد.<sup>۲۹</sup>

اما به‌طور کلی می‌توان گفت تعریف دادگاه بین‌المللی نوعاً بر دادگاه‌های دائمی بین‌المللی متمرکز است زیرا دائمی بودن در ترکیب با عام بودن قلمرو تصمیمات آن‌ها می‌تواند بر روابط و تصمیم‌سازی دولت‌ها تأثیرات حقوقی شایانی بنهد. وانگهی در چارچوب بحث نوشتار حاضر، تصمیمات دادگاه‌ها و نهادهای با «کارکرد مشابه [کارکرد] دادگاه»<sup>۳۰</sup> اعم از نهادهای ویژه و

۲۵. به‌طور کلی دو مکتب «خودمحدودسازی» (Judicial Self-Restraint) و «کنش‌گری قضایی» (Judicial Activism) پس از جنگ دوم جهانی وارد ادبیات حقوقی دیوان بین‌المللی دادگستری شدند. حبیبی، همایون و سوده شاملو؛ «نقش دیوان بین‌المللی دادگستری در توسعه حقوق بین‌الملل»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، سال پانزدهم، شماره ۴۱، زمستان ۱۳۹۲، ص ۷۴. البته اصطلاح «کنش‌گری قضایی» از سوی برخی دارای بار معنایی منفی تلقی می‌شود. برای مثال، ن.ک:

Rai, Sheela, "Doctrine of Precedent in WTO", *Working Papers from eSocialSciences*, 2007-01, p. 9; At: [http://wbwto.iift.ac.in/Downloads/WSII/WTO\\_Precedent.pdf](http://wbwto.iift.ac.in/Downloads/WSII/WTO_Precedent.pdf) >2021/08/30; See also Zarbiyev, Fuad, "Judicial Activism in International Law—A Conceptual Framework for Analysis", *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 3, No. 2, 2012, pp. 247-278.

26. Pro-active Courts

27. Kingsbury, *op.cit.*, p. 2.

28. Kolb, *op.cit.*, p. 69.

29. *Ibid.*, pp. 69-75.

30. Court-like Function

شبه‌حقوقی<sup>۳۱</sup> هم از اهمیت بسزایی برخوردارند،<sup>۳۲</sup> چه، به لحاظ کارکردی، مراجع رسیدگی اعم از نهادهای قضایی، شبه‌قضایی و کیفری، دائمی و موقتی و نیز دادگستری و داوری هستند و جوهره وظایف آن‌ها همانندی بسیار دارد.

به‌طور کلی، چنان که انتظار می‌رود، تعداد قضاات بین‌المللی نهادهای دائمی در مقایسه با بیشتر نظام‌های حقوقی داخلی به‌مراتب کمتر است. اما از دیگر سو، در کنار آنان قضاات ویژه<sup>۳۳</sup> و نیز داوران ویژه برای مراجع و داوری‌های موردی اختلافات وجود دارند. به‌علاوه، مسایلی نظیر تأسیس دادگاه‌های موردی کیفری یوگسلاوی سابق و رواندا توسط شورای امنیت و نصب «قضاات ویژه برای هر پرونده»<sup>۳۴</sup> برای کمک به آن‌ها در مواجهه با حجم بالای پرونده‌های ارجاعی به این دادگاه‌ها،<sup>۳۵</sup> بر تعداد و البته پیچیدگی موضوع استقلال قضایی افزوده است.<sup>۳۶</sup>

برای تعدد و فراوانی محاکم رسیدگی بین‌المللی، دلایل تاریخی و کارکردی مفصلی می‌توان برشمرد<sup>۳۷</sup> که شرح آن از حوصله این بحث خارج است.<sup>۳۸</sup> اما به‌طور کلی قضاوت بین‌المللی در معنای عام آن به‌طور وسیعی دستاورد قرن نوزدهم میلادی شمرده شده است.<sup>۳۹</sup> پیدایی عبارت «نهاد قضایی بین‌المللی»<sup>۴۰</sup> که به زمان نسبتاً نزدیکی بازمی‌گردد، در اصل، ریشه در ایجاد اولین مراجع قضایی دارد. نخستین تلاش‌ها برای برپایی دادگاه بین‌المللی در دهه آخر قرن نوزدهم (۱۸۹۰) صورت گرفت که البته به این دلیل ساده که دولت‌ها در مذاکرات دیپلماتیک کنفرانس صلح لاهه (۱۸۹۹) نتوانستند در خصوص روش نصب قضاات به توافق برسند، توفیقی نیافت. همه

۳۱. برای ملاحظه نظر مخالف، ن.ک.:

Romano, Cesare P. R., "The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle", 31 *NYU Journal of International Law & Politics*, 1999, p. 709 et seq.

۳۲. Alter, Karen J., "The Multiple Roles of International Courts and Tribunals: Enforcement, Dispute Settlement, Constitutional and Administrative Review", *Northwestern University School of Law Scholarly Commons, Buffett Center for International and Comparative Studies Working Paper Series*, No. 12-002, July 2012, p. 2.

۳۳. ad hoc Judges

Mackenzie, Ruth & Sands, Philippe, "International Courts and Tribunals and the Independence of the International Judge", *Harvard International Law Journal*, Vol. 44, No. 1, 2003, p. 274.

۳۴. Ad litem Judges

۳۵. *UNSC Res. 1329*, 2000; *UNSC Res. 1431*, 2002.

۳۶. Mackenzie & Sands, *op.cit.*, pp. 272-274.

۳۷. Lauterpacht, E., *Aspects of the Administration of International Justice*, Cambridge University Press, 1991, pp. 14-15.

۳۸. ن.ک: میرعباسی، سیدباقر و سیدحسین سادات‌میدانی؛ *دادرسی‌های بین‌المللی؛ دیوان بین‌المللی دادگستری؛ مسائل روز، چکیده آرا و اسناد، جنگل، ۱۳۸۷، صص ۲۲-۱۴.*

۳۹. Tumonis, Vitalius, "Adjudication Fallacies: The Role of International Courts in Interstate Dispute Settlement", *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 31, No. 1, 2013, p. 38.

۴۰. International Judiciary Body

دولت‌ها خواهان داشتن قاضی در دادگاه بودند و از سوی دیگر، یک مرجع می‌بایست به لحاظ اعضای آن، محدود و قابل اداره می‌بود. نخستین دادگاه بین‌المللی یعنی دیوان دادگستری امریکای مرکزی<sup>۴۱</sup> در ۱۹۰۷ تأسیس شد و برای پرهیز از افتادن در تله سال ۱۸۹۹، هر دولت مشارکت‌کننده مجاز بود که یک قاضی در هیئت قضات حاکم بر قضایای احتمالی داشته باشد.<sup>۴۲</sup> پس از آن دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری در ۱۹۲۲ در لاهه تأسیس شد که عمر پرباری هم داشت. سپس در ۱۹۴۶ با ایجاد سازمان ملل متحد، دیوان بین‌المللی دادگستری به‌عنوان یکی از ارکان اصلی سازمان آغاز به کار کرد. به‌طور کلی تا اواخر دهه پنجاه قرن بیستم، دیوان و ۱۵ قاضی آن از قدرت انحصاری حل‌وفصل قضایی اختلافات بین‌المللی بهره‌مند بودند. اما از آن پس تعداد مراجع بین‌المللی به‌یکباره رو به فزونی نهاد و در حال حاضر، صرف‌نظر از حجم فعالیت آن‌ها،<sup>۴۳</sup> شمار زیادی از مراجع بین‌المللی با صلاحیت‌های اختصاصی در حوزه‌های گوناگون وجود دارد.<sup>۴۴</sup> البته چنان که گفته شد، تعریف موسع از پیکره قضایی بین‌المللی مشتمل بر نهادهای دایر داوری نظیر مرکز بین‌المللی بانک جهانی برای حل‌وفصل اختلافات سرمایه‌گذاری (ایکسید)<sup>۴۵</sup> که داوری اختلافات میان سرمایه‌گذاران خارجی و دول میزبان را فراهم می‌آورد نیز هست. علاوه بر این، هیئت‌های تحقیق و شعب متنوع چندجانبه برای بازبینی آن‌ها و همچنین مراجع اداری بین‌المللی که اختلافات کارگران و کارفرمایان در شعب و سطوح مختلف را حل‌وفصل می‌کنند هم در این تعریف می‌گنجد.<sup>۴۶</sup>

#### 41. Central American Court of Justice

۴۲. جالب است که با وجود عمر کوتاه این دیوان، میراث آن در خصوص اصالت، تعداد و هویت قضات که همگی غایت استقلال قضایی را تعقیب می‌کنند همچنان زنده است.

۴۳. بسیاری از دادگاه‌های بین‌المللی اغلب غیرفعال هستند و علت این امر، گاه اعضا و قواعد الزام‌آور اندک آن‌ها و گاه نوپا بودن آن‌ها است. البته سطح فعالیت و تأثیر دادگاه اتحادیه اروپا و دادگاه اروپایی حقوق بشر که در ۲۰ سال نخست به‌ترتیب فقط ۸۸۴ و ۳۱ تصمیم اتخاذ کردند، به‌خوبی نشان می‌دهد که استقرار اقتدار قضایی بین‌المللی حتی در بهترین شرایط هم نیازمند گذر زمان است.

Alter, *op.cit.*, pp. 2-5.

44. Mackenzie & Sands, *op. cit.*, p. 272; See also Romano, *op.cit.*, pp. 709-723;

درصد قابل‌توجهی از آرای صادره، پس از پایان جنگ سرد در ۱۹۸۹ شکل گرفته است. ن.ک:

Alter, *op.cit.*, pp. 4-5;

جالب است که برخی از اصطلاح «دادگاه‌های بین‌المللی سبک سنتی» (Old Style ICs) برای دادگاه‌های فاقد صلاحیت اجباری و از اصطلاح «دادگاه‌های بین‌المللی سبک مدرن» (New style ICs) برای دادگاه‌های واجد صلاحیت اجباری و در دسترس بازیگران غیردولتی برای شروع دادخواهی استفاده کرده‌اند.

*Ibid.*, p. 4.

45. *Convention for the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States (ICSID)*, Mar. 18, 1965, 17 U.S.T. 1270, 575 U.N.T.S. 159.

46. Mackenzie & Sands, *op.cit.*, pp. 273-274.



همچنین در خصوص نهاد داوری نیز داوری‌های دعاوی ضرر و زیان به اشخاص خصوصی متعاقب معاهده جی میان امریکا و بریتانیا (۱۷۹۴)<sup>۴۷</sup> و نیز دعاوی بین‌الدولی امریکا علیه بریتانیا در داوری آلاباما (۱۸۷۲)<sup>۴۸</sup> تا اواخر قرن ۱۹، خبر از افزایش داوری‌های چندجانبه و دوجانبه می‌داد. دیوان دائمی داوری<sup>۴۹</sup> هم که محصول کنفرانس صلح لاهه (۱۸۹۹) بود و برخلاف نامش از همان ابتدا داوری را از طریق هیئت‌های ویژه میسر می‌ساخت، پس از هجوم پرونده‌ها در نخستین دور، از ۱۹۳۵ تا اواسط دهه ۹۰ چنان که باید مورد استفاده قرار نگرفت. در واقع، تا آغاز قرن بیستم، این سه الگوی ساختاری اصلی در داوری بین‌المللی به‌عنوان موارد مهم تثبیت شدند.<sup>۵۰</sup>

به‌طور کلی امروزه ده نوع اصلی مراجع رسیدگی بین‌المللی، با توجه به ترتیب زمانی و معیارهای شکلی و کارکردی این نهادها، بدین ترتیب شناخته شده است؛<sup>۵۱</sup> با این توضیح که اساساً سه دسته دوم پس از جنگ اول جهانی<sup>۵۲</sup> تشکیل شد و چهار دسته آخر اساساً حاصل ابداعات پس از ۱۹۴۵<sup>۵۳</sup> و عصر منشور است:

۱. کمیسیون‌های دعاوی بین‌الدولی؛ این کمیسیون‌های ایجادشده توسط دو دولت بر مبنای مدل معاهده جی، طرح دعاوی خصوصی علیه دولت مقابل را میسر می‌سازند. دیوان دعاوی ایران- امریکا که ذیل موافقت‌نامه‌های الجزایر ۱۹۸۱ در همان سال ایجاد شد یکی از نمونه‌های آن است.

۲. داوری‌های بین‌الدولی موردی؛ این داوری‌ها طبق مدل آلاباما عمل می‌کنند و تحدید حدودهای مرزی و اختلافات سرزمینی، ماهی‌گیری و برخی اختلافات معاهداتی خاص نظیر خدمات هوایی فرانسه- امریکا سهم عمده این داوری‌ها را تشکیل می‌دهند.

۳. داوری‌های بین‌الدولی غیرموردی؛ دیوان دائمی داوری از جمله در قضیه ماکس پلان ۲۰۰۸ میان بریتانیا و ایرلند نمونه برجسته این گروه است.

۴. دادگاه‌های بین‌المللی دایر؛ این ساختار که بلافاصله پس از جنگ اول جهانی شکل گرفت و در قالب دیوان دائمی دادگستری (۱۹۲۰) و سپس دیوان بین‌المللی دادگستری فعلی (۱۹۴۵)

47. Jay's Treaty (Treaty of Amity, Commerce and Navigation), Britain-U.S., 1794

48. Inter-State Claims of the U.S. against Britain in the Alabama Award of 1872.

49. The 1899 Hague Peace Conference created the PCA.

50. Kingsbury, *op.cit.*, p. 2.

51. لازم به ذکر است اغلب مثال‌هایی که از هر گروه خواهد آمد، برگرفته از اثر کینگزبری است. ن.ک:

*Ibid.*, pp. 3-7.

52. Tumonis, *op.cit.*, pp. 38-39.

53. *Ibid.*, p. 39.

بوده است، مخلوطی از داوری دوجانبه و دادگستری است و ضمن داشتن مخاطب گسترده‌تر، موضوعات مربوط به کلیت نظام را لحاظ می‌کند.<sup>۵۴</sup>

۵. دادگاه‌های کیفری بین‌المللی؛ این ساختار متعاقب جنگ جهانی اول در ماده ۲۲ معاهده ورسای (۱۹۱۹) پیش‌بینی شده بود. سپس در محاکم نورمبرگ و توکیو با حضور قضات و بازپرس‌های دولت‌های پیروز تعقیب شد و در دهه آخر قرن بیستم با محاکم کیفری ویژه برای یوگسلاوی سابق (۱۹۹۳) و رواندا (۱۹۹۵) و سپس دیوان بین‌المللی کیفری به اوج رسید.

۶. مراجع اداری بین‌المللی؛ مدل اولیه این گروه، مرجع سازمان بین‌المللی کار<sup>۵۵</sup> است که شکایات استخدامی کارکنان سازمان‌های بین‌المللی را مدنظر دارد و سازمان‌های دیگر هم متعاقباً این مدل را تداوم بخشیدند.

۷. دادگاه اروپایی حقوق بشر؛ این مرجع که بر شکایات افراد علیه دولت‌های طرف کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و حتی دعاوی بین‌الدولی از جمله گرجستان علیه روسیه در خصوص جنگ ۲۰۰۸ صلاحیت دارد و بیشترین آرای ماهوی را صادر می‌کند، در کنار دادگاه بین‌المللی حقوق بشر، دادگاه افریقایی حقوق خلق و بشر، ذیل گروه جداگانه‌ای قرار گرفته است. لازم به ذکر است نهادهای نظارتی حاصل از معاهدات حقوق بشری ملل متحد که فاقد جلسات استماع طرفین به صورت حضوری هستند و تصمیمات الزام‌آور صادر نمی‌کنند، بیش از آنکه دادگاه باشند، نهادهای شبه‌قضایی هستند. مثال مهم آن کمیته حقوق بشر ملل متحد است.<sup>۵۶</sup>

۸. دیوان اروپایی دادگستری؛ در این میان دیوان اروپایی دادگستری که ذیل معاهده رم ۱۹۵۷ و معاهدات اروپایی مربوطه ایجاد شده، در یکپارچگی قضایی دولت‌های عضو اتحادیه اروپا تأثیر بسزایی داشته است. قدرت دادگاه‌های ملی برای اعمال مستقیم حقوق اتحادیه اروپا، پذیرش اقتدار و اختیار دیوان مزبور به عنوان مرجع قضایی نهایی در خصوص چنین موضوعاتی، داشتن حق و گاه تکلیف پی‌بردن به احکام مقدماتی دیوان، نهادهای ملی را به جد وارد پروژه حقوق اروپایی کرده است. دادگاه آندوی دادگستری،<sup>۵۷</sup> دادگاه کارائیبی دادگستری<sup>۵۸</sup> و نیز دادگاه افریقایی دادگستری،<sup>۵۹</sup> دادگاه‌های دیگر همین گروه هستند که تعامل دادگاه‌های ملی در خصوص موضوعات حقوقی منطقه‌ای را رقم می‌زنند. اما به نظر می‌رسد هیچ‌یک از آنها توان رقابت با دیوان اتحادیه اروپا را، چه به لحاظ دسترسی و چه به لحاظ تأثیر، به این زودی نخواهد

54. Kingsbury, *op.cit.*, pp. 3-4.

55. ILOAT

56. *Ibid.*, pp. 4-5.

57. Andean Court of Justice

58. Caribbean Court of Justice

59. African Court of Justice

یافت.

۹. سازمان جهانی تجارت؛ موافقت‌نامه کلی تعرفه و تجارت (گات) (۱۹۴۷) به‌عنوان مجموعه‌ای از هیئت‌های گزارش‌دهی شکایات از سوی یک دولت عضو علیه دیگری عمل می‌کرد و این گزارش‌ها در صورت تصویب اجماعی توسط همه دول عضو گات واجد آثار حقوقی بودند. با ایجاد سازمان جهانی تجارت<sup>۶۰</sup> (۱۹۹۴) این نظام به نظامی قضایی‌تر و رسمی‌تر تغییر یافت. هیئت‌های سه‌عضوی ویژه، گزارش‌هایی را به همان صورت اما به‌مراتب مستدل‌تر صادر می‌کنند که این گزارش‌ها نزد یک نهاد استیناف دایر<sup>۶۱</sup> نیز قابل تجدیدنظرخواهی است. گزارش‌های نهایی هیئت یا تصمیمات نهاد استیناف به لحاظ حقوقی الزام‌آور است، مگر آنکه توسط اجماع دول عضو رد شود (اجماع منفی)؛ اتفاقی که به‌ندرت می‌افتد. روند مشابهی هم در سایر موافقت‌نامه‌های تجاری نظیر مرکوسور<sup>۶۲</sup> یا نفتا<sup>۶۳</sup> اتفاق می‌افتد.

۱۰. داوری‌های دعاوی سرمایه‌گذاران خارجی علیه دولت‌ها در چارچوب کنوانسیون ایکسید؛ داوری دعاوی سرمایه‌گذاران خارجی علیه دولت‌ها در کنوانسیون ایکسید ذیل بانک جهانی (۱۹۶۵)، به‌موازات امکان استفاده از سایر داوری‌ها، ساختاری نظام‌مند یافت. در کنار شبکه‌ای ناظر بر صدها معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری، چند معاهده چندجانبه محدود هم در این ساختار وجود دارد که از آن جمله است معاهده منشور انرژی (۱۹۹۴) و فصل ۱۱ نفتا (۱۹۹۴).<sup>۶۴</sup>

همچنین لازم به ذکر است دادگاه بین‌المللی حقوق دریاها که به‌موجب کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها استقرار یافت، مرجعی منحصر به فرد است که به نظر برخی نویسندگان، به‌ویژه به دلیل پیچیدگی‌های نظام منحصر به فرد حل‌وفصل اختلافات آن،<sup>۶۵</sup> ذیل انواع ده‌گانه فوق نمی‌گنجد.<sup>۶۶</sup>

با وجود آنکه برخی حقوق‌دانان، حقوق بین‌الملل را با سیاست بین‌الملل بسیار در هم آمیخته می‌دانند و تعدد دادگاه‌های بین‌المللی را نشان ضعف نظام بین‌المللی و نه قوت آن می‌شمرند،

60. WTO

61. Appellate Body

62. Mercosur

63. NAFTA

64. Kingsbury, *op.cit.*, pp. 5-6.

65. ن.ک: صیرفی، ساسان؛ «دامنه شمول آیین‌های اجباری حل اختلاف کنوانسیون حقوق دریاها در پرتو آرای قضایی و داوری»، مجله حقوقی بین‌المللی، سال سی‌وهشتم، شماره ۶۴، بهار و تابستان ۱۴۰۰.

66. صرف‌نظر از روندهای رسیدگی در رفع توقیف قایق‌های ماهی‌گیری، حجم کاری این دادگاه نسبتاً پایین است. اما در همان گرم‌گرم رسیدگی به قضیه بنگلادش- میانمار پیش‌بینی شد که احتمالاً این پرونده، آغازی برای رونق گرفتن فعالیت آن خواهد بود. ن.ک:

*Ibid.*, p. 6.

عموماً از قدرت گرفتن پیکره رسیدگی‌های بین‌المللی به‌واسطهٔ ازدیاد و توسعهٔ کمی آن‌ها به «قضایی‌گرایی»<sup>۶۷</sup> تعبیر می‌شود.<sup>۶۸</sup> بخش اعظمی از قضایی‌گرایی حال حاضر جامعهٔ بین‌المللی و حتی ازدیاد رسیدگی‌های بین‌المللی، در دههٔ پایانی قرن بیستم اتفاق افتاده است. سازمان جهانی تجارت، نفتا، منشور انرژی، دادگاه حقوق دریاها، دادگاه‌های کیفری ویژه برای یوگسلاوی سابق و رواندا و دیوان بین‌المللی کیفری در این دهه تأسیس شدند؛ افزایش شمار قراردادهای دوجانبهٔ سرمایه‌گذاری در این دهه، راه را برای سیر فزایندهٔ داوری‌های دولت سرمایه‌گذار هموار کرد؛ دسترسی و تأثیر دادگاه‌های منطقه‌ای نظیر دادگاه‌های بین امریکایی و اروپایی حقوق بشر رشد یافت و دادگاه‌های دیگری نیز در قامت رقیب نهادهای موجود ظاهر شدند. دیوان دائمی داوری و دیوان بین‌المللی دادگستری هم به مراتب پرکارتر شدند. همچنین به‌طور خاص از اواخر دههٔ ۹۰ به بعد، بسیاری از مراجع به‌طور فزاینده‌ای به یکدیگر ارجاع دادند و از سوی دیگر، طرح دعاوی چندگانه نزد مراجع مختلف در خصوص یک موقعیت واحد، تنور بحث مشروعیت را در محافل مختلف بین‌المللی داغ کرد؛<sup>۶۹</sup> استراتژی‌های مدیریت قضایا از جمله روند رسیدگی نفتا برای ترکیب ادعاهای چندگانه یا نمونه‌گیری ادعاهای کوچک در کمیسیون غرامت ملل متحد رو به توسعه نهاد؛ دادگاه‌های بین‌المللی به مراتب بیش از گذشته مورد اشاره و استناد دادگاه‌های ملی قرار گرفتند و این امر، حکومت فراملی حقوق بین‌الملل را آشکار ساخت که در قضیهٔ پینوشه (۱۹۹۹) نزد مجلس اعیان انگلیس به‌خوبی تجسم یافت.

همهٔ نکات فوق، در کنار پارادایم سنتی و کاملاً قدیمی حل‌وفصل موردی اختلافات بین‌الدولی توسط مراجع،<sup>۷۰</sup> پارادایم جدید<sup>۷۱</sup> و چندلایه‌ای از دعاوی روزمره و حکومت مراجع قضایی در پهنهٔ بین‌المللی را رقم زده است.<sup>۷۲</sup> در برخی مراجع و در خصوص برخی موضوعات، قضایی‌گرایی آشکارا دیده می‌شود و این به معنای رسیدن به نقطه‌ای است که در آن، دادخواهی

67. Judicialization

68. Ulfstein, *op.cit.*, pp. 850-851.

69. از جمله زمانی که دو داوری سرمایه‌گذاری (Lauder, CME) علیه جمهوری چک، نتایج متعارضی را در مورد واقعیاتی واحد رقم زد. اگرچه اصول حل این معضل نظیر اناطه، کند و آهسته باقی ماند، برخی ملاحظات فرامتنی و معادلات دوجانبه در چارچوب‌های بین‌الدولی برخی مشکلات را عملاً برطرف کرد، همانند برتری‌دادن دیوان دادگستری اتحادیه در خصوص موضوعات حقوق اتحادیه در اختلاف ایرلند علیه ماکس پلان بریتانیا توسط دادگاه داوری حقوق دریاها.

Kingsbury, *op.cit.*, pp. 6-7.

70. Grossman, Nienke, "The Normative Legitimacy of International Courts", *Temple Law Review*, Vol. 86, 2013, p. 76.

71. *Ibid.*, p. 79 et seq.

72. بدیهی است وجود این پدیده، ارتباطی با مخالفت یا موافقت با آن ندارد. برای ملاحظهٔ نظرات صاحب‌نظران بین‌المللی که برخی نگاهی منفی و برخی نگاهی خوشبین به اصل مسئله دارند، ن.ک: میرعباسی و سادات‌میدانی؛ همان، صص ۳۹-۲۲.

امری کاملاً مرسوم و عادی است که حتی به‌طور مشخص برای برخی دولت‌ها و بازیگران تکراری، به امری از روی عادت بدل شده است. دیوان دادگستری اتحادیه اروپا، دادگاه اروپایی حقوق بشر و در مقیاس جهانی، سازمان جهانی تجارت، مثال‌های بارز این «عادی‌شدن»<sup>۷۳</sup> امر قضا هستند.<sup>۷۴</sup> محاکم و رویه قضایی کیفری بین‌المللی نیز به‌مراتب بیش از گذشته فعالیت دارند. البته در ارائه تصویر قضایی‌گرایی، در چارچوب کلان «حقوقی‌گرایی»<sup>۷۵</sup> جامعه بین‌المللی پس از تجربه جنگ‌های جهانی<sup>۷۶</sup> و پارادایم جدید نباید اغراق کرد و حتی قائل به نوعی «قاضی‌سالاری»<sup>۷۷</sup> در نظام بین‌المللی شد؛ چه، اهمیت مراجع و دادگاه‌های بین‌المللی در همه نقاط جهان و نیز در خصوص همه موضوعات به یک اندازه نیست. از این مسئله به «فقدان یکدستی در امر قضا»<sup>۷۸</sup> یاد می‌شود.<sup>۷۹</sup>

در ادامه به تغییرات کیفی در کارکردهای معاصر مراجع رسیدگی پرداخته می‌شود که در کنار تغییرات عمدتاً کمی گفته شده، می‌تواند تصویر کم و بیش جامعی از نظم قضایی بین‌المللی ارائه دهد.

## ۲. تحول و تنوع در کاربری احکام مراجع قضایی بین‌المللی

قاضی بین‌المللی به‌عنوان جزئی از یک مرجع قضایی تأسیس شده طبق موافقت‌نامه بین‌المللی، علی‌القاعده باید حقوق بین‌الملل را در چارچوب جهانی یا منطقه‌ای اعمال کند.<sup>۸۰</sup> روندهای قضایی در مراجع متفاوت، مختلف‌اند اما اساساً تصمیم‌سازی قضایی، فرایندی کاملاً شوری است و بدین‌سان در مسئولیت گروهی و جمعی قضات<sup>۸۱</sup> در خصوص تصمیم نهایی تردیدی نیست. البته

### 73. Routinization

۷۴. همچنان که امریکا، اتحادیه اروپا و چین در قضایای بسیاری در سازمان جهانی تجارت طرف پرونده‌ها هستند و به‌ویژه اتحادیه اروپا و امریکا در اغلب قضایای سازمان مزبور به‌عنوان ثالث هم تقاضای ورود دارند. برای دیدن برخی نمونه‌ها، ن.ک: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/find\\_dispu\\_cases\\_e.htm?year=none&subject=none&agreement=none&member1=EEC&member2=none&complainant1=true&complainant2=true&respondent1=true&respondent2=true&thirdparty1=false&thirdparty2=false#results](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/find_dispu_cases_e.htm?year=none&subject=none&agreement=none&member1=EEC&member2=none&complainant1=true&complainant2=true&respondent1=true&respondent2=true&thirdparty1=false&thirdparty2=false#results) >2021/08/30

### 75. Legalism

76. Zarbiyev, *op.cit.*, p. 277.

### 77. Juristocracy

### 78. Unevenness in Juridification

79. Kingsbury, *op.cit.*, pp. 7-9; Ulfstein, *op.cit.*, p. 849.

۸۰. بجاوی، محمد و دیگران؛ روش کار قاضی بین‌المللی، ترجمه و تحقیق: محمدحسین رضانی قوام‌آبادی، شهر دانش، ۱۳۹۲، صص ۲۸-۲۹.

۸۱. برای مطالعه بیشتر در این زمینه، ن.ک:

نقش فردی قضات هم در فرایند رسیدگی مراجع رسیدگی، داستانی شنیدنی است. در نظم بین‌المللی متشکل از فرهنگ‌ها و سنت‌های متنوع و نیز برداشت‌های متفاوت از مفاهیمی نظیر استدلال و عدالت، نیاز به طرح و ارائه نظرات فردی، نیازی جدی و نیرومند است که در حقوق بین‌الملل ناگزیر باید مورد توجه قرار بگیرد.<sup>۸۲</sup> فارغ از اینکه تصمیمات دیوان بین‌المللی دادگستری و سایر دادگاه‌های بین‌المللی، همانند آنچه در مجلس اعیان انگلستان<sup>۸۳</sup> و دیوان عالی امریکا<sup>۸۴</sup> رخ می‌دهد، با رأی اکثریت اتخاذ می‌شود، در اغلب موارد، مجال برای ارائه «نظرات مخالف»،<sup>۸۵</sup> «نظرات جداگانه»<sup>۸۶</sup> و «اعلامیه‌های تفسیری»<sup>۸۷</sup> همچنان باقی است. به علاوه، «روند مذاکره»<sup>۸۸</sup> که در آن اکثریت تصمیم می‌گیرد، به طرح مباحث حاشیه‌ای در احکام نیز اجازه ورود می‌دهد و مثلاً ممکن است احکام صادره، مجدداً برخی اصول حقوقی مهم را تأیید کنند.<sup>۸۹</sup> علی‌رغم اینکه تشریفات حقوقی اقتضا دارد که حتی تصمیم و استدلال اصلی رأی اکثریت جز بر طرفین پرونده الزام‌آور نباشد، همه این موارد در تبیین و ترسیم حقوق مشارکت می‌کنند. بنابراین در تحلیل کارکردهای متنوع آرای رسیدگی، ضمن یادآوری دیدگاه کاسکنیمی در توجه توأمان به حقوق موضوعه و واقعیت جاری در حقوق بین‌الملل، همه زوایای آشکار و پنهان کارکردهای قضایی مورد توجه قرار خواهد گرفت.

## ۲-۱. کارکردهای رسمی مراجع دادرسی بین‌المللی

صلاحیت‌های مراجع رسیدگی در معاهدات مؤسس آن‌ها تعریف شده است که طبیعتاً در طی

Jennings, R., "The Collegiate Responsibility and Authority of the International Court of Justice", in: Y. Dinstein (ed.), *International Law at a Time of Perplexity: Essays in honour of Shabtai Rosenne*, Springer, 1989, pp. 343-344.

82. Koskeniemi, Martti, "The Pull of the Mainstream", *Mich L R*, Vol. 88, 1989-1990, p. 1947; See also Lachs, Manfred, "Some Reflections on the Nationality of Judges of the International Court of Justice", *PACE Y.B. INT'L L*, Vol. 4:49, 1992, pp. 49-68.

83. UK House of Lords

84. US Supreme Court

85. Dissenting Opinions

86. Separate Opinions

87. Declarations

88. Negotiation Process

89. از جمله در پرونده سکوه‌های نفتی به اعتقاد قاضی سیما، دیوان باید از این فرصت استفاده می‌کرد و اظهارات جانبی محکم و صریحی را در تأکید مجدد اصول توسل به زور مندرج در منشور اظهار می‌داشت. او از اینکه دیوان چنین نکرده اظهار تأسف می‌کند.

*Oil Platforms* (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Sep. Op. Judge Simma, ICJ Reports, 2003, para. 6.

زمان قابل اصلاح است.<sup>۹۰</sup> اساساً مبانی صلاحیتی دادگاه‌ها دامنه فعالیت قضات بین‌المللی را تعریف می‌کند و طرفین دعوا و انواع شکایات و دفاعیات را جهت می‌دهد. ذیل قیود صلاحیتی دادگاه‌ها از جمله مشخص می‌شود که چه بازیگرانی می‌توانند طرح دعوا کنند، انواع جبران‌هایی که دادگاه می‌تواند تعیین کند کدام‌اند و محدوده مجاز بررسی حقوقی توسط مرجع رسیدگی کجاست. در واقع، صلاحیت رسمی هریک از مراجع رسیدگی بین‌المللی، قلمرو امن آن‌ها را مشخص می‌کند و آن‌ها را از چالش‌های صلاحیتی می‌رهاند.

اما گاه دادگاه‌ها نقش‌هایی را ایفا می‌کنند که نمایندگی رسمی آن را از دولت‌ها دریافت نکرده‌اند. بررسی صلاحیت‌های دادگاه‌های بین‌المللی آشکار می‌کند که مجموعه وظایف گسترده‌تری از آنچه در بادی امر به نظر می‌رسد به دادگاه‌ها محول شده است.<sup>۹۱</sup> همچنین به نظر می‌رسد ایفای نقش‌ها و کارکردهای هر دادگاه با فهم مشارکت‌کنندگان از ایجاد و بقای آن مرجع و انتظارات مؤسسان آن پیوند خورده است. در حقیقت، این مسئله که مخاطبان مستقیم و غیرمستقیم دادگاه از آن انتظار ایفای چه نقش‌هایی را دارند عموماً سبب می‌شود که در عالم واقع هم آن مرجع دست‌کم برای رونق بازار خود، کارکردهای خود را در همان اسلوب جریان بخشد. بنابراین می‌توان گفت این مسئله به فرهنگ سازمانی و روابط اجتماعی آن مرجع با مخاطبان، که اغلب «روابطی متعامل»<sup>۹۲</sup> و دوطرفه است، و نیز به جایگاه حقوقی ارزش‌های آن مجموعه هم مرتبط است.<sup>۹۳</sup>

### الف. دادخواهی و حل اختلاف

مهم‌ترین کارکرد مراجع رسیدگی بین‌المللی، حل‌وفصل اختلافات و احیای روابط احتمالاً خوب گذشته میان طرفین است.<sup>۹۴</sup> حل‌وفصل اختلافات بین‌المللی از طریق دادگاه‌ها نقش مشخص و معمول دادگاه‌های بین‌المللی است و تقریباً در همه معاهدات بین‌المللی مقرراتی برای حل اختلافات احتمالی وجود دارد. با وجود حق انتخاب طرفین برای گزینش حل‌وفصل غیرحقوقی اختلافات اعم از میانجی‌گری، داوری، پایمردی و مانند اینها، معمولاً محفل نهایی برای حل

۹۰. از جمله همواره پیشنهادهایی در خصوص اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری به‌ویژه صلاحیت آن ارائه شده است. البته تصور برهم‌ریختن اساسنامه دیوان به یکباره، نه ممکن و نه ضروری است. ن.ک: مصفا، نسرين؛ «اصلاحات در دیوان بین‌المللی دادگستری»، در: نقش دیوان بین‌المللی دادگستری در تداوم و توسعه حقوق بین‌الملل (مجموعه مقالات همایش: دانشگاه تهران (۲ اسفند ۱۳۸۶)، انجمن ایرانی مطالعات سازمان ملل متحد، ۱۳۸۹، صص ۲۳۱-۲۲۱.

91. Alter, *op.cit.*, pp. 5-6.

92. Exchange Relations

93. Kingsbury, *op.cit.*, p. 10.

94. Tumonis, *op.cit.*, p. 40.

اختلافات، مرجع حقوقی بین‌المللی است که از مجموعه‌ای قضات از پیش تعیین‌شده تشکیل شده که بر مبنای «حقوق دایر»<sup>۹۵</sup> در خصوص قضایا تصمیم‌گیری می‌کنند و احکام آن‌ها عموماً علنی، الزام‌آور و در دسترس غیرطرف‌ها جهت بررسی و مطالعه است. بیشتر نظام‌هایی که حل واقعی اختلاف را به همراه دارند، اغلب ذیل نظام‌های صلاحیتی عام یا اقتصادی می‌گنجند و مثلاً نهادهای حقوق بشری و رسیدگی به جنایات جنگی فاقد چنین مقرراتی هستند. همچنین حل‌وفصل اختلافات بین‌المللی می‌تواند اجباری یا غیراجباری باشد که این امر تابعی از توافق طرفینی برای طرح دعوا نزد مرجع مربوطه، پیش یا پس از بروز اختلاف است.<sup>۹۶</sup>

در دید کلان، دادگاه‌ها نفر سومی هستند<sup>۹۷</sup> که عمدتاً به منظور حل‌وفصل اختلافات دوجانبه به قضیه وارد می‌شوند و مدلی مثلثی و سه‌جانبه از دادرسی ارائه می‌دهند که در آن، دو طرف ترجیح داده‌اند به جای ادامه اختلاف، قضیه را به طرف سوم بی‌طرف و موجهی بسپارند؛<sup>۹۸</sup> همچنان که رعایت مساوات و برابری میان طرفین از سوی مرجع رسیدگی، یکی از اصول بنیادین حاکم بر روند رسیدگی شمرده می‌شود.<sup>۹۹</sup> بنابراین تردیدی نیست که طرفین در مجموع آن مرجع را هماهنگ با منافع خود می‌بینند.<sup>۱۰۰</sup>

از این کارکرد مراجع که معطوف به حل یک اختلاف مشخص است، تعبیر به «دادخواهی»<sup>۱۰۱</sup> می‌شود. اما چنان که خواهد آمد، دادخواهی عملاً تنها محدود به اختلافات و وقایع گذشته نیست و واجد آثاری وسیع‌تر نیز هست؛<sup>۱۰۲</sup> چه، اختلافات میان تابعان حقوق

95. Standing Law

96. Alter, *op.cit.*, p. 9.

97. البته در این خصوص دیدگاه‌های متفاوتی وجود دارد که آیا دادگاه‌های بین‌المللی را باید «نماینده» (Agent) دولت‌ها دانست یا «امین» (Trustee) آن‌ها. ن.ک:

Ulfstein, *op.cit.*, pp. 850-857;

برخی نویسندگان، از قانون‌سازی مراجع قضایی، تعبیر به «قانون‌سازی جانشینی» (Surrogate Lawmaking) می‌کنند که به نظر می‌رسد بر وجه نمایندگی تأکید دارد. ن.ک:

Benvenisti, Eyal & Downs, George W., "Prospects for the Increased Independence of International Tribunals", *German Law Journal*, Vol. 12, No. 05, 2011, p. 1060.

98. Kingsbury, *op.cit.*, pp. 10-11.

99. Kolb, *op.cit.*, p. 1119.

۱۰۰. البته چالش‌هایی جدی نظیر دخالت طرفین برای جهت‌دهی به دادگاه علیه طرف ثالث (مانند قضیه خلیج مابین در دیوان بین‌المللی دادگستری) یا کناره‌گیری یک طرف در صورت تضاد رأی دادگاه با منافع آن (مانند اقدام امریکا در قضیه نیکاراگوئه) بر این مدل وارد است که طبیعتاً تعادل بازی را بر هم می‌زند. ن.ک:

Kingsbury, *op.cit.*, pp. 10-11.

101. Litigation

102. Lowe, Vaughan, "The Function of Litigation in International Society", *ICLQ*, Vol. 61, January 2012, p. 212.



بین‌الملل نیز، اگرچه امری معمول و عادی است، ممکن است آستانه مخاطرات گوناگونی برای جامعه بین‌المللی نیز باشد.<sup>۱۰۳</sup> به همین سبب هم هست که قاعده حل‌وفصل مسالمت‌آمیز اختلافات، در چارچوب و هم‌راستا با منع توسل به زور و حفظ صلح و امنیت بین‌المللی شمرده می‌شود.<sup>۱۰۴</sup>

### ب. کارکرد اجرایی

در چارچوب اجرا، به اکثریت دادگاه‌های بین‌المللی، رسماً اختیار نظارت بر تبعیت دولت‌ها از قواعد بین‌المللی داده شده است.<sup>۱۰۵</sup> در اجرای این نقش، دادگاه‌ها پس از آنکه عملکرد یک دولت را قانونی یا غیرقانونی می‌خوانند، با ارائه راه‌های جبران خسارت قربانیان، برای فاعل رفتار غیرقانونی هزینه مادی و غیرمادی تعیین می‌کنند<sup>۱۰۶</sup> که در چارچوب مسئولیت بین‌المللی بازیگران بین‌المللی و مشخصاً راه‌های جبران خسارت بدان‌ها پرداخته می‌شود. دلایل بسیاری هم وجود دارد که دولت‌ها خود را به نظارت قضایی بین‌المللی متعهد بدانند و به اجرای حقوق بین‌الملل به‌ویژه به‌عنوان پدیده پسا جنگ سرد به‌خوبی تن سپرند. امروزه در اکثر قریب به اتفاق موارد، دادگاه‌های بین‌المللی از اقتدار اجرایی بهره‌مندند<sup>۱۰۷</sup> و اساساً دولت‌ها با تأکید بر همین کارکرد است که به ایجاد دادگاه‌های بین‌المللی مبادرت می‌ورزند؛ چه، توسل به دادگاه‌های مؤثر، اجرای تعهدات تقابلی آن‌ها را تقویت کرده و اعتماد دولت‌ها به‌ویژه دولت‌های ضعیف‌تر در مناسبات قدرت را تقویت می‌کند.<sup>۱۰۸</sup>

103. Kolb, *op.cit.*, p. 1.

104. *Ibid.*, pp. 7-9.

۱۰۵. البته در بسیاری از موارد، نقش‌های مختلف دادگاه‌های بین‌المللی هم‌پوشانی دارند؛ مثلاً زمانی که مرجعی صلاحیت اجباری دارد، حل‌وفصل اختلاف می‌تواند ابزاری برای اجرای موافقت‌نامه هم باشد و نقش آن به نقشی اجرایی بدل شود. درصد قابل‌توجهی از دادگاه‌های بین‌المللی، از اختیار اجرایی برخوردارند.

Alter, *op.cit.*, pp. 9-10.

۱۰۶. از جمله یک رأی دادگاه جامعه اقتصادی دولت‌های آفریقای غربی، دولت نیجریه را به دلیل حمایت از شخصی به نام مانی در مقابل برده‌داری مدرن مقصر دانست و آن را مبلغی معادل ۱۲۰ هزار دلار جریمه کرد. ن.ک: *Hadijatou Mani Koraou v. The Republic of Niger*, ECOWAS Case No. ECW/CCJ/JUD/06/08, 27 Oct. 2008, p. 16; at: [https://static1.squarespace.com/static/5b82ab175b409b90d4c99071/5bd88c0c24a694505b3a8ec2/1540918284780/Hadjatou\\_Mani\\_v.\\_Republic\\_of\\_Niger\\_Community\\_Court\\_of\\_Justice\\_Unofficial\\_English\\_translation.pdf](https://static1.squarespace.com/static/5b82ab175b409b90d4c99071/5bd88c0c24a694505b3a8ec2/1540918284780/Hadjatou_Mani_v._Republic_of_Niger_Community_Court_of_Justice_Unofficial_English_translation.pdf) >2021/08/30; Alter, *op.cit.*, p. 6.

۱۰۷. رژیم‌های اقتصادی به‌طور فزاینده‌ای بر نقش اجرایی دادگاه‌های بین‌المللی تکیه می‌کنند، درحالی‌که نظام‌های حقوق بشری اغلب از راهکارهای سیاسی در این زمینه بهره می‌برند. دادگاه‌های بین‌المللی کیفی هم با هدف گرفتن افراد، صرف‌نظر از اقتدار دولت متبوع آن‌ها تصمیم‌گیری می‌کنند.

Alter, *op.cit.*, p. 7.

108. Kingsbury, *op.cit.*, pp. 11-12.

### ج. کارکرد اداری

در این کارکرد، مراجع رسیدگی، چالش‌های وارد بر تصمیمات بازیگران اداری را از سوی افراد متأثر از آن تصمیمات استماع می‌کنند.<sup>۱۰۹</sup> مواردی نظیر رعایت آیین دادرسی یا ارائه دلایل حقوقی مکفی توسط تصمیم‌ساز اداری، ذیل این بخش قرار می‌گیرد.<sup>۱۱۰</sup> حدود نیمی از دادگاه‌های دائمی بین‌المللی از یکی از دو شکل اختیار بازیگری اداری برخوردارند: (۱) ممکن است دادگاه‌ها مجاز به استماع چالش‌ها از جمله کوتاهی مجریان یک سازمان بین‌المللی در انجام وظایف قانونی خود باشند. کمیسیون اروپایی<sup>۱۱۱</sup> یا مقام بین‌المللی بستر دریاها<sup>۱۱۲</sup> نمونه این مجریان هستند؛ (۲) دادگاه‌های بین‌المللی می‌توانند تصمیمات مجریان ملی را که موظف به اجرای قواعد بین‌المللی هستند بازیگری کنند. برای مثال، دیوان دادگستری اتحادیه اروپا<sup>۱۱۳</sup> مرتباً اعمال مراجع ملی دولت‌های عضو اتحادیه را بازیگری می‌کند.<sup>۱۱۴</sup>

### د. نظارت بر حقوق داخلی

«بازیگری دستورگرایانه بین‌المللی»<sup>۱۱۵</sup> عبارت است از اختیار قضایی بی‌اعتبار کردن قوانین و اعمال دولت بر مبنای تعارض با تعهدات حقوقی بالاتر. بیشتر دادگاه‌های واجد این اختیار به‌طور رسمی در نظام‌های بازار مشترک<sup>۱۱۶</sup> نظیر اتحادیه اروپا قرار دارند که دارای استراتژی‌های بین‌المللی مستقیماً لازم‌الاجرا بر دولت‌های عضو هستند. جالب است که بخشی از ایفای این نقش به این هم بستگی دارد که چگونه بازیگران داخلی به احکام حقوقی بین‌المللی می‌نگرند. چنانچه دولت‌ها یا قضات داخلی دادگاه‌های بین‌المللی را دارای قدرت آمرانه، و حقوق قابل اعمال آن‌ها را حقوق برتر بدانند، می‌توان گفت دادگاه‌های بین‌المللی قادر به پرورش فرهنگ «تبعیت دستورگرا»<sup>۱۱۷</sup>

۱۰۹. البته در دنیای تخصصی دادگاه‌های بین‌المللی، «دادگاه‌های اداری» (Administrative Courts) به آن نهاد‌های تخصصی که اختلافات حوزه کار مرتبط با کارگران بین‌المللی را استماع می‌کنند اشاره دارد.

110. Alter, *op.cit.*, p. 7.

111. European Commission

112. International Seabed Authority

113. ECJ

114. البته معمولاً بیش از آنکه بازیگری اداری دادگاه‌های بین‌المللی به حوزه ملی ورود کند، تفسیری کم و بیش واحد از قواعد تنظیمی فراملی، جهت راهنمایی مجریان داخلی و قضات ارائه می‌کند.

*Ibid.*, pp. 7-8.

115. International Constitutional Review

116. Common Market Systems

117. Constitutional Obedience

هستند و اعمال خلاف دولت‌ها به‌خودی‌خود نامعتبر می‌شود.<sup>۱۱۸</sup>

## ۲-۲. کارکردهای ماهوی مراجع دادرسی بین‌المللی

در تعیین کاربردهای متنوع مراجع و نهادهای قضایی باید به عینیت حقوق بین‌الملل نیز توجه داشت و فارغ از کارکردهای رسمی آن‌ها، کاربری ضمنی آن‌ها را نیز در نظر گرفت. جالب است که در بسیاری موارد، این وجه کارکردی مراجع رسیدگی، اهمیتی بسیار فراتر از پیش‌بینی‌های اولیه می‌یابد و حتی مناسبات حقوقی بازیگران بین‌المللی را آشکارا تحت تأثیر قرار می‌دهد.

### الف. تولید دانش حقوقی

دادگاه‌ها، به‌ویژه آن‌ها که تصمیمات و استدلال‌های خود را منتشر می‌کنند، با منطوق اجرایی و اظهارات جانبی و حاشیه‌ای مندرج در حکم، در مباحثات کلی حقوقی مشارکت می‌کنند<sup>۱۱۹</sup> و می‌توان گفت یکی از کارکردهای ماهوی دادگاه‌های بین‌المللی، تولید دانش حقوقی توسط آن‌ها است. به‌واقع، ایده «قضایی‌گرایی» جامعه بین‌المللی منبعت از تحولات کمی مراجع قضایی باید تا سر حد امکان با «قضایی‌گری»<sup>۱۲۰</sup> به معنای اقتدار مراجع رسیدگی همراه شود<sup>۱۲۱</sup> و نباید قضایی‌گرایی فزاینده در نظم حقوقی بین‌المللی را تنها به معنای تعدد مراجع و دادگاه‌های بین‌المللی دانست.<sup>۱۲۲</sup> این ایده که از اواخر قرن ۱۹ تقویت شد، به این دیدگاه بازمی‌گردد که وجود

۱۱۸. همانند دادگاه‌های عالی ملی، دادگاه‌های بین‌المللی نمی‌توانند تبعیت از تصمیمات خود را به‌زور عملی کنند. آن‌ها ناگزیرند با اثرگذاری بر نظر عمومی و بسیج ملی، بر بازیگران سیاسی برای احترام به تصمیمات خود فشار آورند. در صورت وجود فرهنگ ملی تبعیت از حقوق بین‌الملل، قانونگذاران و قضات ملی، داوطلبانه سیاست‌های دولتی ناقض قوانین بین‌المللی والاتر را کنار می‌نهند.

*Ibid.*, p. 9.

119. Bogdandy, Armin von & Venzke, Ingo, "Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers", *German Law Journal*, Vol. 12, No. 5, 2011, p. 987;

به باور برخی، نظرات مشورتی هم علاوه بر تبیین حقوق، در تأسیس دکترین‌های مبنایی حقوق بین‌الملل مشارکت می‌کنند.  
ن.ک:

Oellers-Frahm, Karin, "Lawmaking through Advisory Opinions?", *German Law Journal*, Vol. 12, No. 05, 2011, p. 1046 et seq.

120. Juridicialization

121. Kingsbury, *op.cit.*, p. 13.

شاید بتوان نظارت قضایی محاکم بین‌المللی نظیر دادگاه اروپایی حقوق بشر، دیوان بین‌المللی دادگستری و حتی محاکم کیفری ویژه برای یوگسلاوی سابق و رواندا بر شورای امنیت سازمان ملل متحد به‌عنوان «عالی‌ترین رکن سیاسی نظام بین‌المللی» را در همین راستا توجیه کرد. ن.ک: موسوی، سیدفضل‌ا. و وحید بذآر؛ «نظارت قضایی محاکم بین‌المللی بر شورای امنیت سازمان ملل متحد»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، سال سی‌وسوم، شماره ۵۴، بهار و تابستان ۱۳۹۵.

122. Ulfstein, *op.cit.*, p. 849.

و کارکرد دادگاه‌ها، بخشی از تعریف یا دست‌کم تعریف ایده‌آل گرایانه از حقوق است؛ ایده‌ای که از اواخر قرن ۱۸ منبعث از تفکر حقوقی انگلو-امریکایی به حقوق بین‌الملل وارد شده است. افزایش کمی تصمیمات قضایی و رشد مواد خام آن مانند دفاعیات، علاوه بر آنکه نهادهای دولتی را به‌جد به خود مشغول می‌کند، تأثیرات مهمی را هم بر حقوق بین‌الملل می‌نهد. علاوه بر آنکه دادگاه‌ها مکلف به ترسیم و استخراج اطلاعات مربوط به واقعیات هستند،<sup>۱۳۳</sup> مهم‌ترین مواد مورد نیاز خود را از دل بسیار، بیرون کشیده و از میان خیل معاهدات، عملکرد دولتی و مانند اینها، مهم‌ترین منابع حقوقی مربوط به هر پرونده را به کار می‌بندند. در واقع، مراجع رسیدگی بین‌المللی تلاش می‌کنند با کنارزدن ابهامات و دشواری‌های مربوط به کشف واقعیت، تحلیل‌های حقوقی خود را مطابق با واقعیات صحیح، ساختارمند کنند. بسیاری از حقوق‌دانان بین‌المللی، دادگاه‌های بین‌المللی را به‌طور بالقوه سازنده یک نظم حقوقی می‌دانند که بر هنجارها و اصول حقوق ملی یا رفتار سیاسی بین‌المللی، با دلالت بر ارزش‌های مبنایی نظیر برابری حاکمیت‌ها، تأثیرگذار هستند.<sup>۱۳۴</sup> بدیهی است که محصول چنین تکاپویی توسط یک مرجع رسیدگی موّجه، دانش حقوقی باکیفیتی خواهد بود که به وقت مقتضی برای دکتترین، دولت‌ها و نهادهای بین‌المللی چاره‌ساز خواهد بود.

### ب. خلق قواعد حقوقی

کارکرد اصلی نظام حل‌وفصل اختلافات بین‌المللی، حل اختلافات طرفین و نه پاسخ‌گویی به پرسش‌های حقوقی است.<sup>۱۳۵</sup> قاضی شهاب‌الدین، سخن قاضی جنبینگر را یادآور می‌شود که وظیفه هر مرجع رسیدگی را نه توسعه حقوق، که اِعمال آن می‌داند.<sup>۱۳۶</sup> نقش دیوان بین‌المللی دادگستری در چارچوب کلی ملل متحد، حفظ صلح و امنیت بین‌المللی است و برخی دادگاه‌های بین‌المللی هم آشکارا به همین منظور ایجاد شده‌اند.<sup>۱۳۷</sup> مباحثات کمیته مشورتی حقوق‌دانان در ۱۹۲۰

۱۳۳. برای ملاحظه دیدگاهی انتقادی در خصوص مواجهه دیوان بین‌المللی دادگستری با واقعیات قضایا، ن.ک:

Devaney, J., "Criticisms of the Court's current reactive approach to fact-finding", in: *Fact-Finding before the International Court of Justice*, Cambridge: Cambridge University Press, 2016, pp. 73-126.

124. Kingsbury, *op.cit.*, pp. 12-14.

125. Tumonis, *op.cit.*, p. 40.

126. Judge Jennings, "The Judicial Function and the Rule of Law in International Relations", in: *International Law at the Time of its Codification, Essays in Honour of Roberto Ago*, 4 Vols., Milan, 1987, III, pp. 141-142; in: Shahabuddeen, Mohamed, *Precedent in the World Court*, Cambridge University Press, 1996, (digitally printed version 2007), p. 232.

۱۳۷. از جمله دادگاه‌های کیفری ویژه برای یوگسلاوی سابق و رواندا که از سوی شورای امنیت، ذیل اختیارات فصل هفتم منشور ایجاد شده‌اند.

*UNSC Res. 827, 25 May 1993 (ICTY); UNSC Res. 955, 8 Nov. 1994 (ICTR)*;

حل و فصل اختلافات را قانون‌سازی ندانست و تصریح کرد که تصمیمات دیوان، پیشنهادی موجد حقوق نیست. در همین راستا، یکی از اعضای کمیته مشورتی،<sup>۱۲۸</sup> رویه قضایی را تعیین‌کننده و نه ایجادکننده حقوق دانست و اظهار داشت قاضی باید از رویه قضایی صرفاً به‌عنوان عاملی تبیین‌کننده و توضیح‌دهنده استفاده کند.<sup>۱۲۹</sup> ماده ۵۹ اساسنامه دیوان در پاسخ به نگرانی‌ها در این زمینه و برای اینکه دیوان پای را از حوزه خود فراتر نهد وضع شد.<sup>۱۳۰</sup> مفاد این مقرر، کم‌وبیش برای سایر دادگاه‌های بین‌المللی نیز در نظر گرفته شد.<sup>۱۳۱</sup> هماهنگ با ماده ۵۹، ماده (d) ۳۸(۱) اساسنامه، رویه قضایی را حائز جایگاهی فرعی به‌عنوان منبع حقوق شمرد.<sup>۱۳۲</sup> به همین سبب است که در شرح معروف زیرمرمن بر اساسنامه دیوان، آلن پله آشکارا اظهار می‌دارد: «تصمیمات الزام‌آور بر طرفین یک قضیه مشخص می‌تواند روز بعد توسط همان دادگاه در قضیه جدید کنار گذاشته شود».<sup>۱۳۳</sup>

اگرچه اساساً قرار است قضات اختلافات را مطابق با قواعد حقوقی موجود حل کنند، همیشه این قواعد، پاسخ قاطعی را فراهم نمی‌آورند<sup>۱۳۴</sup> و اغلب حقوق‌دانان، قانون‌سازی قضایی را ذاتی کامل‌نبودن هر نظام قواعد می‌دانند.<sup>۱۳۵</sup> در حقیقت، «فرض» رویه قضایی و داوری بین‌المللی بر این است که مقررات موضوعه بین‌المللی، اعم از معاهدات و حقوق عرفی، تا حد زیادی رضایت‌بخش و عادلانه هستند اما به دلایلی نظیر پیچیدگی روزافزون اختلافات بین‌المللی و تنوع اوضاع و احوال محیط بر آن‌ها از یک سو، و کلی‌گویی مقررات از سوی دیگر، شاید نتوان همواره راه‌حل ناشی از اعمال دقیق مقررات موضوعه را برای دعاوی مطروحه، عادلانه تشخیص داد.

مقدمه اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری اعلام می‌کند جنایات در صلاحیت دیوان، صلح، امنیت و رفاه جهان را تهدید می‌کنند و سپس اهداف و اصول منشور ملل متحد را مورد تأیید مجدد قرار می‌دهد.

**128.** Baron Descamps

**129.** *Advisory Committee of Jurists, Proces-Verbaux of the Proceedings of the Committee, PCIJ, 16 June-24 July, The Hague, 1920, p. 336.*

**130.** Zimmermann, A. et al (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford University Press, 2nd ed., 2012, p. 1233.

**۱۳۱.** برای مثال، ن.ک: ماده (۲) ۳۳ اساسنامه دادگاه بین‌المللی حقوق دریاهای، ماده ۱۱۳۶ موافقت‌نامه نفتا و ماده (۲) ۳ ضمیمه دوم موافقت‌نامه سازمان جهانی تجارت. شاید بتوان ماده (۲) ۲۱ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری را که دیوان را به تفسیر خود در آرای پیشین پایبند می‌کند، استثنا دانست.

Boyle, A. & C. Chinkin, *The Making of International Law*, Oxford University press, 2007, p. 267.

**۱۳۲.** تنها تفاوت ماده ۳۸ در اساسنامه‌های دو دیوان، نحوه پاراگراف‌بندی آن‌ها است.

**133.** Zimmermann et al, *op.cit.*, p. 1244.

**134.** Ginsburg, Tom, "Bounded Discretion in International Judicial Lawmaking", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 45, No. 3, 2005, p. 635.

**135.** Byers, M. (ed.), *The Role of Law in International Politics: Essays in International Relations and International Law*, Oxford University Press, 2000, pp. 214-215.

بنابراین، گاه نقش قضات بسیار برجسته می‌شود و به‌عنوان مثال، درجه‌ای از انعطاف‌پذیری در نظام حل اختلافات بین‌المللی از طریق به‌کارگیری اصل انصاف در تحدید حدود فلات قاره ضروری می‌نماید.<sup>۱۳۶</sup> هارماس با اعتقاد به قانون‌سازی قضایی معتقد است گاه قاضی برای تشخیص دقیق هنجارها، ناگزیر از خلق قاعده نیز هست.<sup>۱۳۷</sup> البته خود قضات و دادگاه‌ها همواره تلاش می‌کنند فعالیت‌های خود را هماهنگ با کارکرد خود، اخلاقیات و «مرام قضایی»<sup>۱۳۸</sup> نشان دهند؛ چه، آن‌ها قرار است حقوق را به مثابه منبع اقتدار و اختیارانشان اعمال کنند و چنانچه این تصور پدید آید که چنین نیست، معمولاً با چالش‌هایی روبه‌رو می‌شوند.<sup>۱۳۹</sup>

### ج. شکل‌دهی و تثبیت انتظارات هنجاری بازیگران بین‌المللی

کاملاً منطقی به نظر می‌رسد که بازیگران، انتظارات هنجاری خود را در هماهنگی با احکام گذشته توسعه دهند و از دادگاه‌ها انتظار داشته باشند در قضایای مشابه و یکسان، هماهنگ و یکنواخت عمل کنند.<sup>۱۴۰</sup> به‌عنوان مثال، یک خواهان قرار موقتی از دیوان بین‌المللی دادگستری، از دیوان انتظار دارد که چنین قراری را در صورت صدور، الزام‌آور بداند،<sup>۱۴۱</sup> یک بازیگر امریکایی لاتین از دادگاه بین امریکایی حقوق بشر انتظار دارد مصونیت ژنرال‌هایی را که حکم به شکنجه داده‌اند نادیده بگیرد،<sup>۱۴۲</sup> سرمایه‌گذاران خارجی و دولت‌های میزبان هم انتظار دارند مراجع رسیدگی به قضایای سرمایه‌گذاری، روندهای دلخواهانه و تبعیض‌آمیز را نقض استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه بشمرند.<sup>۱۴۳</sup>

۱۳۶. میرعباسی، سیدباقر و رضوان باقرزاده: «نقش انصاف در حل‌وفصل اختلافات بین‌المللی»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۰، شماره ۲، تابستان ۱۳۸۹، ص ۳۴۵.

137. Kuhlly & Günther, *op.cit.*, pp. 1266-1267.

138. Judicial Ethos

139. *Fisheries Jurisdiction (UK and Northern Ireland v. Iceland)*, ICJ Reports, 1974, para. 53; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, ICJ Reports, 1996, para. 18.

140. Bogdandy & Venzke, "Beyond Dispute ...", *op.cit.*, p. 987.

۱۴۱. ن.ک:

Oellers-Frahm, *op.cit.*, pp. 1033-1056.

۱۴۲. ن.ک:

Binder, Christina, "The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights", *German Law Journal*, Review of Developments in German, European and International Jurisprudence, Vol. 12, No. 05, 2011, pp. 1203-1230.

۱۴۳. ن.ک:

Schill, Stephan, "System-Building in Investment Treaty Arbitration and Lawmaking", *German Law Journal*, Vol. 12, No. 05, 2011, pp. 1083-1110; Jacob, Marc, "Precedents: Lawmaking through International Adjudication", *German Law Journal*, Vol. 12, No. 05, 2011, pp. 1005-1032.

### د. پیشبرد حاکمیت قانون و عدالت بین‌المللی

چنان که ملاحظه شد، دادگاه‌ها مقدماً به‌عنوان حل‌وفصل‌کننده اختلافات فعالیت می‌کنند و با توجه به نقش اجرایی آن‌ها در بسیاری موارد، می‌توان آن‌ها را نهادهایی برای تعیین تعهدات بازیگران دولتی و حتی خصوصی دانست.<sup>۱۴۴</sup> البته بدون تردید، با توجه به پیوند وثیق حل‌وفصل مسالمت‌آمیز اختلافات بین‌المللی و حفظ صلح و امنیت بین‌المللی، امروزه اختلافات میان اعضای جامعه بین‌المللی از قالب نگرانی‌ها و دغدغه‌های خصوصی طرفینی خارج شده و منفعت جمعی عامه نیز بدان گره خورده است.<sup>۱۴۵</sup> دادگاه‌های بین‌المللی با سامان‌دهی ابعاد مختلف حیات بین‌المللی و حتی تسهیل امکان مذاکره میان طرفین اختلاف، اغلب آن‌ها را بیش از پیش به خود راغب می‌سازند و بدین ترتیب، قدرت حقوق بین‌الملل و به‌واقع، حاکمیت قانون را تقویت می‌کنند.<sup>۱۴۶</sup>

بنابراین، به‌ویژه از آنجا که دادرسی به امری عادی بدل شده، می‌توان آن را نمودی از «حکمرانی بین‌المللی»<sup>۱۴۷</sup> تلقی کرد.<sup>۱۴۸</sup> در واقع، دادگاه‌های بین‌المللی در حوزه‌های مختلف نظیر توافقات تجاری چندجانبه خلق می‌شوند تا نهایتاً اثربخشی بیشتر آن نظام حقوقی را سبب شوند. افزون بر آن، این دادگاه‌ها حامی منافع تجاری بخش خصوصی، منافع عمومی یا غیرتجاری و حتی منافع دولتی که توسط خود آن دولت مورد غفلت قرار گرفته نیز هستند و از این رهگذر در حکمرانی بین‌المللی سهیم می‌شوند؛<sup>۱۴۹</sup> کما اینکه ممکن است یک دادگاه مربوط به مسایل تجاری، حقوق بشر را هم رأساً دخالت دهد. بنابراین در تحلیل نهایی می‌توان این مراجع را ابزاری در خدمت عدالت<sup>۱۵۰</sup> و حاکمیت قانون هم برشمرد؛ به‌ویژه آنکه باید رسالت حقوق را برای نیل به نفع مشترک به یاد داشت. می‌توان اوج جلوه توجه بازیگران بین‌المللی به منفعت جمعی و هم‌سودی آن‌ها در رسیدن به این منفعت همگانی را در مفهوم «قواعد آمره»<sup>۱۵۱</sup> یافت که پذیرش اجماعی و بی‌چون‌وچرای آن توسط دولت‌ها و سایر بازیگران بین‌المللی به‌عنوان هنجار

144. Kingsbury, *op.cit.*, pp. 11-12.

145. Kolb, *op.cit.*, pp. 9-10.

146. *Ibid.*, p. 44.

147. International Governance

148. برای مطالعه تفصیلی حکمرانی بین‌المللی و ارتباط آن با حکومت قانون، همچنین تحدید حکمرانی بین‌المللی در سیاق دستورگرایی بین‌المللی، ن.ک: مقامی، امیر؛ *دستورگرایی در حقوق بین‌الملل*، رساله دکتری حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، ۱۳۹۴، صص ۳۶۴-۳۵۲.

149. Kingsbury, *op.cit.*, p. 12.

150. یکی از اقتضانات عدالت، رفتار برابر با برابرها است و این، اساس کار دادگاه‌ها است.

Lowe, *op.cit.*, p. 212.

151. Jus Cogens

غیرقابل‌نقض، بازتاب ارزش‌های مشترک در حقوق بین‌الملل موجود است؛<sup>۱۵۲</sup> همچنان که کمیسیون حقوق بین‌الملل در گزارش‌های چهارگانه خود در خصوص قواعد آمره، نقض‌ناپذیری این قواعد، مبتنی بر ارزش‌های بنیادین جامعه بین‌المللی را محوری‌ترین ویژگی آن‌ها<sup>۱۵۳</sup> و این قواعد را آشکارا در پیوند با «منافع حیاتی جامعه بین‌المللی در کل» می‌داند.<sup>۱۵۴</sup> البته نهایتاً کمیسیون، با وجود اختلاف نظرات، فهرستی غیرحصری از قواعد آمره ارائه می‌دهد که مشتمل است بر ممنوعیت تجاوز یا [اعمال] زور تجاوزکارانه (حقوق منشور در خصوص منع توسل به زور)، ممنوعیت ژنوسید، برده‌داری، آپارتاید و تبعیض نژادی، جنایات علیه بشریت، شکنجه و نیز حق تعیین سرنوشت و قواعد مبنایی حقوق بین‌الملل بشردوستانه.<sup>۱۵۵</sup> بدیهی است مشارکت مراجع قضایی بین‌المللی از جمله دیوان بین‌المللی دادگستری در شناسایی، رشد و توسعه این مفاهیم بنیادین، در کنار «تعهدات ارگا امنس»،<sup>۱۵۶</sup> گامی مؤثر در جهت تقویت حاکمیت قانون و عدالت بین‌المللی است.<sup>۱۵۷</sup>

البته بدون تردید، فهم رابطه این مراجع رسیدگی با مطالبات سیاسی برای برابری واقعی و عدالت همواره دشوار بوده است. گفته می‌شود که در برخی موضوعات، دادگاه‌های بین‌المللی تجسم امیدها هستند و گاه در ملاحظه ضدازش‌ها و نامطلوبات تلخ، دستاوردهای شیرینی را می‌زایند؛ همچنان که تصمیم دیوان بین‌المللی دادگستری در قضایای آفریقای جنوب غربی (۱۹۶۶) در خصوص منع آپارتاید، روشنگری‌های بی‌نظیری را به ارمغان آورد. همچنین درست است که به باور صاحب‌نظران گذشته نظیر گروسویوس، «عدالت تأدیبی»<sup>۱۵۸</sup> و نه «عدالت

**152.** Bedaso, Dedefo, "Nature of International Law: Is International Law Law?", *Istanbul Aydin University*, 2020, p. 18; at: <https://ssrn.com/abstract=3588897> >2021/08/30.

**153.** *First report on jus cogens by Dire Tladi, Special Rapporteur*, International Law Commission, Sixty-eighth session, A/CN.4/693, 8 March 2016, para. 24; *Second report on jus cogens by Dire Tladi, Special Rapporteur*, International Law Commission, Sixty-ninth session, A/CN.4/706, 16 March 2017, para. 89.

**154.** *Third report on peremptory norms of general international law (jus cogens) by Dire Tladi, Special Rapporteur*, International Law Commission, Seventieth session, A/CN.4/714, 12 February 2018, para. 78.

**155.** *Fourth report on peremptory norms of general international law (jus cogens) by Dire Tladi, Special Rapporteur*, International Law Commission, Seventy-first session, A/CN.4/727, 31 January 2019, paras. 48-60.

**156.** Erga Omnes

**۱۵۷.** از جمله در پرونده‌های بارسلونا ترکشن (۱۹۷۰)، تیمور شرقی (۱۹۹۵)، فعالیت‌های مسلحانه در قلمرو کنگو (۲۰۰۶)، مصونیت صلاحیتی دولت (۲۰۱۲)، دعوی جزایر مارشال علیه هند، پاکستان و بریتانیا (۲۰۱۶) و نیز نظرات مشورتی سلاح‌های هسته‌ای (۱۹۹۶)، دیوار حائل (۲۰۰۴). ن.ک:

Pigrau, Antoni, "Reflections on the Effectiveness of Peremptory Norms and Erga Omnes Obligations Before International Tribunals, Regarding the Request for an Advisory Opinion from the International Court of Justice on the Chagos Islands", *QIL*, Vol. 55, 2018, p. 131 et seq.

**158.** Corrective Justice



توزیعی»<sup>۱۵۹</sup> باید مورد خواست باشد<sup>۱۶۰</sup> و الگوی مراجع رسیدگی به اختلافات بین‌الدولی هم اساساً از آن پیروی می‌کند.<sup>۱۶۱</sup> رویه دادگاه‌های مهم بین‌المللی نشان می‌دهد که در برخی پرونده‌ها نظیر موارد تحدید حدود مرزهای دریایی، مراجع به عدالت توزیعی از طریق انصاف و اصول و نتایج منصفانه توجه ویژه نشان می‌دهند<sup>۱۶۲</sup> و بدین‌سان آشکار می‌سازند که در انجام وظایف خود چگونه مسئولانه گام برمی‌دارند.

به‌طور کلی می‌توان گفت اگرچه میان نظریه و واقعیت سیاست معاصر درباره «عدالت جهانی»<sup>۱۶۳</sup> شکاف عمیقی نزد اغلب مراجع بین‌المللی دیده می‌شود، نمی‌توان تلاش‌ها برای تعامل بالنده نظریه و عمل را در این زمینه نادیده گرفت<sup>۱۶۴</sup> که در بسیاری از موارد به ثمر هم نشسته است.<sup>۱۶۵</sup> در حقیقت، دادخواهی در جامعه بین‌المللی که به مشکلات محیطی و عملی مختلفی دچار است، ناگزیر معطوف به منافع حیاتی جامعه هم هست و بنابراین رسالتی بیش از حل اختلاف مشخص بر دوش آن قرار گرفته است؛<sup>۱۶۶</sup> همچنان که «اجرای مناسب عدالت»<sup>۱۶۷</sup> به‌عنوان یکی از اصول اساسی حاکم بر فرایند رسیدگی‌های ترافیعی و مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری،<sup>۱۶۸</sup> بر اهمیت مفهوم راستین عدالت نزد دیوان و ضرورت تعقیب آن توسط این مرجع صحنه می‌نهد.

#### 159. Distributive Justice

۱۶۰. در خصوص عدالت و حقوق بین‌الملل، ن.ک.:

Brilmayer, Lea, "International Justice and International Law", *West Virginia Law Review*, Vol. 98, 1996, pp. 611-657.

161. Kingsbury, *op.cit.*, p. 14.

۱۶۲. ن.ک. صیرفی، ساسان؛ «کاربرد خطوط مبدأ مستقیم در تحدید حدود دریایی؛ با نگاه ویژه به تحدید حدود دریایی بین ایران و کویت»، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، دوره ۴۸، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۷، صص ۴۹۷-۴۹۳.

#### 163. Global Justice

164. Kingsbury, *op.cit.*, pp. 14-15.

۱۶۵. شاید بتوان مفهوم مسئولیت به حمایت (R2P/RtoP) و موارد اعمال صحیح آن را به همین حقیقت مرتبط دانست. البته بدیهی است این موارد، علاوه بر ایفای نقش کلاسیک آن‌ها در عدالت، از طرقی نظیر تبادل نظر قضات مراجعی مثل دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق با دادگاه‌های داخلی نشان می‌دهد وجود مراجع و دادگاه‌های بین‌المللی برای تضمین برقراری عدالت جهانی کافی نیست.

Brandeis Institute for International Judges (BIJ), "The International Rule of Law: Coordination and Collaboration in Global Justice / 2012 Report", *Pac. McGeorge Global Bus. & Dev. L.J.*, Vol. 26: Issue 01, 2013, p. 131 et seq.

166. Lowe, *op.cit.*, pp. 214-222.

167. Proper Administration of Justice

168. See Kolb, *op.cit.*, pp. 1127-1138.

## نتیجه

پس از مطالعه مباحث پیشین در بررسی سامانه قضایی بین‌المللی، اکنون ارزشمندی عملیاتی دیدگاه غنی کاسکنیمی در مطالعه حقوق بین‌الملل مبنی بر ضرورت گذر از رویکرد فرمالیستی محض و پرهیز از فرم‌پرستی، بیشتر خود را آشکار می‌سازد؛ اینکه بنا به ضرورت باید واقع‌گرایانه به جنبه‌های مختلف موضوع مورد بحث نگریم و به مختصات عینی نظم قضایی معاصر حقوق بین‌الملل هم توجه داشت.

تعداد فزاینده نهادهای قضایی بین‌المللی و به دنبال آن، تصمیمات قضایی به‌عنوان یکی از ویژگی‌های غالب نظم حقوقی بین‌المللی در بیش از دو دهه گذشته، به دگرگونی در کیفیت نیز انجامیده است. بنابراین امروزه که انحصار کارکردی مراجع قضایی بین‌المللی به حل و فصل اختلافات بین‌المللی قانع‌کننده به نظر نمی‌رسد،<sup>۱۶۹</sup> می‌توان گفت «پارادایم شناختی قضاوت»<sup>۱۷۰</sup> از دایره بسته خود خارج شده و حتی گام در راه حساسی مانند قانون‌سازی بین‌المللی نیز نهاده است.<sup>۱۷۱</sup>

رویکردهای تماماً سنتی نسبت به مشروعیت هنجاری دادگاه‌های بین‌المللی بر دو فرض ناقص استوار است: (۱) دادگاه‌های بین‌المللی فقط بر طرفین یک قضیه تأثیر می‌گذارد؛ (۲) نقش اولیه یک دادگاه، حل و فصل اختلافات موردی میان بازیگران دولتی است.<sup>۱۷۲</sup> این در حالی است که حقوقی‌گرایی حاصل از تجربه جنگ‌های جهانی و در پی آن قضایی‌گرایی در نظام حقوقی بین‌المللی، تغییرات کارکردی و کیفی دادگاه‌های بین‌المللی را هم به همراه داشته است که در تحلیل نهایی، عمدتاً ریشه در تغییر و چه بسا تضعیف منزلت رضایت دولت‌ها در حقوق بین‌الملل دارد.<sup>۱۷۳</sup> بنابراین به نظر می‌رسد بدل شدن دادخواهی به امری عادی در نظم حقوقی بین‌المللی و حتی ظهور بازیگران تکراری در این مسیر، الگویی مدرن و چندلایه از مشارکت مراجع قضایی در پهنه بین‌المللی را آشکار می‌سازد. البته از این امر نباید تعبیر به قاضی‌سالاری شود؛ همچنان که میزان اهمیت و نقش‌آفرینی مراجع رسیدگی بین‌المللی در نقاط مختلف جهان، در خصوص موضوعات گوناگون و از سوی بازیگران مختلف بین‌المللی، یکدست نیست و این فقدان یکدستی در امر قضا، یکی از چالش‌های این حوزه به شمار می‌آید. افزون بر آن نباید فراموش کرد که رضایت و داوطلبانگی همچنان ستون اولیه و اصلی دادرسی بین‌المللی به‌شمار می‌آید.

169. Bogdandy & Venzke, "Beyond Dispute ...", *op.cit.*, p. 979.

170. Cognitive Paradigm of Adjudication

171. *Ibid.*, p. 984.

172. Grossman, *op.cit.*, p. 70.

173. *Ibid.*, pp. 76-79.

با وجود برخی نقایص و ناتوانی‌ها در نظام حل‌وفصل اختلافات بین‌المللی،<sup>۱۷۴</sup> به‌طور کلی و به حکم «تحلیل چندکارکردی»<sup>۱۷۵</sup> از عملکرد دادگاه‌های بین‌المللی می‌توان گفت این مراجع نه صرفاً ابزاری در دست طرف‌های اختلاف هستند که تماماً مبتنی بر رضایت دولت‌ها باشند، نه صرفاً تشکیلاتی برای حفاظت از جامعه بین‌المللی ارزش‌مدار و ارزش‌های آن هستند که دفاعی محدود از مفاهیمی بسیار ناروشن را عهده‌دار باشند و نه صرفاً نهادهای سازمانی بین‌المللی هستند که سوگیرانه در پی جانبداری از سازمان متبوع و منافع آن باشند و به‌واسطه این سوگیری، مشروعیت آن‌ها مخدوش شود. هیچ‌یک از این سه دیدگاه، دادگاه‌های بین‌المللی را به‌عنوان بازیگران بین‌المللی نمی‌بیند و جایگاه آن‌ها را به اراده طرف‌ها، منافع جامعه و نمایندگان یک نظام حقوقی تقلیل می‌دهد.<sup>۱۷۶</sup> بسیاری از حقوق‌دانان بین‌المللی، دادگاه‌های بین‌المللی را بازیگران بین‌المللی مشارکت‌کننده در نظم حقوقی بین‌المللی می‌دانند که از جمله بر هنجارها و اصول حقوق ملی، رفتار سیاسی بین‌المللی و چه‌بسا ارزش‌های بنیادین جامعه بین‌المللی تأثیرگذار هستند<sup>۱۷۷</sup> و بدین‌سان، عملکرد چندکارکردی و کاربری چندوجهی این بازیگران قضایی، واقعیتی آشکار و گریزناپذیر در نظم معاصر بین‌المللی می‌نماید.

---

174. See Kolb, *op.cit.*, pp. 11-14.

175. Multifunctional analysis

176. Bogdandy, Armin von & Venzke, Ingo, "On the Functions of International Courts: An Appraisal in Light of Their Burgeoning Public Authority", *ACIL Research Paper*, No 2012-10, 12 June 2012, pp. 1-29, pp. 13, 19, 24, 29.

177. Kingsbury, *op.cit.*, p. 13.

## منابع:

## الف. فارسی

## - کتاب

- بجاوی، محمد و دیگران؛ روش کار قاضی بین‌المللی، ترجمه و تحقیق: محمدحسین رضانی قوام‌آبادی، شهر دانش، ۱۳۹۲.
- سیابوش، علی اکبر؛ درآمدی بر حقوق بین‌الملل معاصر، مجد، ۱۳۹۴.
- میرعباسی، سیدباقر و سیدحسین سادات‌میدانی؛ دادرسی‌های بین‌المللی؛ دیوان بین‌المللی دادگستری؛ مسائل روز، چکیده آرا و اسناد، جنگل، ۱۳۸۷.

## - مقاله

- آزادبخت، فرید؛ «تحلیل سیستمی، مفهوم، اوصاف و مبانی قاعده حقوقی بین‌المللی»، در: جامعه بین‌المللی و حقوق بین‌المللی در قرن ۲۱ (مجموعه مقالات اهدایی به دکتر محمدرضا ضیائی بیگدلی)، شهر دانش، ۱۳۹۲.
- صیرفی، ساسان؛ «دامنه شمول آیین‌های اجباری حل اختلاف کنوانسیون حقوق دریاها در پرتو آرای قضایی و داوری»، مجله حقوقی بین‌المللی، سال سی‌وهشتم، شماره ۶۴، بهار و تابستان ۱۴۰۰.
- صیرفی، ساسان؛ «کاربرد خطوط مبدأ مستقیم در تعیین حدود دریایی؛ با نگاه ویژه به تعیین حدود دریایی بین ایران و کویت»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۴۸، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۷.
- غمامی، سیدمحمد مهدی و حسین عزیزی؛ «تحلیل انتقادی رویکردهای اثباتی به قانون؛ بررسی موردی دیدگاه‌های هانس کلسن و هربرت هارت؛ فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۴۶، شماره ۱، بهار ۱۳۹۵.
- مصفا، نسرين؛ «اصلاحات در دیوان بین‌المللی دادگستری»، در: نقش دیوان بین‌المللی دادگستری در تدوین و توسعه حقوق بین‌الملل (مجموعه مقالات همایش: دانشگاه تهران ۲ اسفند ۱۳۸۶)، انجمن ایرانی مطالعات سازمان ملل متحد، ۱۳۸۹.
- موسوی، سیدفضل‌ا. و وحید بذار؛ «نظارت قضایی محاکم بین‌المللی بر شورای امنیت سازمان ملل متحد»، مجله حقوقی بین‌المللی، سال سی‌وسوم، شماره ۵۴، بهار و تابستان ۱۳۹۵.
- میرعباسی، سیدباقر و رضوان باقرزاده؛ «نقش انصاف در حل و فصل اختلافات بین‌المللی»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۰، شماره ۲، تابستان ۱۳۸۹.

- پایان‌نامه

- مقامی، امیر؛ دستورگرایی در حقوق بین‌الملل، رسالهٔ دکتری حقوق بین‌الملل، دانشکدهٔ حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تابستان ۱۳۹۴.

ب. انگلیسی

- Books

- Boyle, A. & Chinkin, C., *The Making of International Law*, Oxford University Press, 2007.
- Byers, M. (ed.), *The Role of Law in International Politics: Essays in International Relations and International Law*, Oxford University Press, 2000.
- Friedmann, Wolfgang, *The Changing Structure of International Law*, Columbia University Press, 1964.
- Kolb, Robert, *The International Court of Justice*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2013.
- Koskeniemi, Martti, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge University Press, 2005.
- Lauterpacht, E., *Aspects of the Administration of International Justice*, Cambridge University Press, 1991.
- Shahabuddeen, Mohamed, *Precedent in the World Court*, Cambridge University Press, 1996, (digitally printed version 2007).
- Tunkin, G. I., *Theory of International Law*, Translated by W. E. Butler, Harvard University Press, 1974.
- Zimmermann, A. et al, *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford University Press, 2<sup>nd</sup> ed., 2012.

- Articles

- Alter, Karen J., "The Multiple Roles of International Courts and Tribunals: Enforcement, Dispute Settlement, Constitutional and Administrative Review", Northwestern University School of Law Scholarly Commons, *Buffett Center for International and Comparative Studies Working Paper Series*, No. 12-002, July 2012; Available at: <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1211&context=facultyworkingpapers>>2021/08/30.
- Bedaso, Dedefo, "Nature of International Law: Is International Law Law?", *Istanbul Aydin University*, 2020; at: <https://ssrn.com/abstract=3588897>>2021/08/30.
- Benvenisti, Eyal & Downs, George W., "Prospects for the Increased Independence of International Tribunals", *German Law Journal*, Vol. 12, No. 05, 2011.

- Binder, Christina, “The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights”, *German Law Journal*, Review of Developments in German, European and International Jurisprudence, Vol. 12, No. 05, 2011.
- Bogdandy, Armin von & Venzke, Ingo, “Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers”, *German Law Journal*, Vol. 12, No. 5, 2011.
- Bogdandy, Armin von & Venzke, Ingo, “On the Functions of International Courts: An Appraisal in Light of Their Burgeoning Public Authority”, *ACIL Research Paper*, No 2012-10, 12 June 2012.
- Brandeis Institute for International Judges (BIJ), “The International Rule of Law: Coordination and Collaboration in Global Justice / 2012 Report”, *Pac. McGeorge Global Bus. & Dev. L.J.*, Vol. 26: Issue 01, 2013.
- Brilmayer, Lea, “International Justice and International Law”, *West Virginia Law Review*, Vol. 98, 1996.
- Devaney, J., “Criticisms of the Court's current reactive approach to fact-finding”, in: *Fact-Finding before the International Court of Justice*, Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- Ginsburg, Tom, “Bounded Discretion in International Judicial Lawmaking”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 45, No. 3, 2005.
- Goldsmith, J. L. & Levinson, D. J., “Law for States”, *Harvard Public Law Working Paper*, No. 09-16, 10 Feb. 2009; Available at: <http://ssrn.com/abstract=1340615>>2021/08/30.
- Grossman, Nienke, “The Normative Legitimacy of International Courts”, *Temple Law Review*, Vol. 86, 2013.
- Jacob, Marc, “Precedents: Lawmaking through International Adjudication”, *German Law Journal*, Vol. 12, No. 05, 2011.
- Jennings, R., “The Collegiate Responsibility and Authority of the International Court of Justice”, in: *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, 1989.
- Kingsbury, Benedict, “International Courts: Uneven Judicialization in Global Order”, in: *Cambridge Companion to International Law* (eds. J. Crawford and M. Koskeniemi), *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, No. 259; Available at: [http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1257&context=nyu\\_plltwp](http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1257&context=nyu_plltwp)> 2021/08/30.
- Koskeniemi, Martti, “The Pull of the Mainstream”, *Mich L R*, Vol. 88, 1989-1990.
- Kuhli, Milan & Günther, Klaus, “Judicial Lawmaking, Discourse Theory, and the ICTY on Belligerent Reprisals”, *German Law Journal*, Vol. 12, No. 05.
- Lachs, Manfred, “Some Reflections on the Nationality of Judges of the International Court of Justice”, *Pace Y.B. Int'l L*, Vol. 4:49, 1992.
- Lowe, Vaughan, “The Function of Litigation in International Society”, *ICLQ*, Vol. 61, January 2012.

- Mackenzie, Ruth & Sands, Philippe, “International Courts and Tribunals and the Independence of the International Judge”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 44, No. 1, 2003.
- Oellers-Frahm, Karin, “Lawmaking Through Advisory Opinions?”, *German Law Journal*, Vol. 12, No. 05, 2011.
- Payandeh, Mehrdad, “The Concept of International Law in the Jurisprudence of H.L.A. Hart”, *EJIL*, Vol. 21, No. 4, 2010.
- Pellet, Alain, “The Normative Dilemma: Will and Consent in International Law-making”, *Australian YrBk Int'l L*, Vol. 12, 1992.
- Pigrau, Antoni, “Reflections on the Effectiveness of Peremptory Norms and Erga Omnes Obligations Before International Tribunals, Regarding the Request for an Advisory Opinion from the International Court of Justice on the Chagos Islands”, *QIL*, Vol. 55, 2018.
- Romano, Cesare P. R., “The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle”, *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.*, Vol. 31, 1999.
- Schill, Stephan, “System-Building in Investment Treaty Arbitration and Lawmaking”, *German Law Journal*, Vol. 12, No. 05, 2011.
- Shany, Yuval, “No Longer a Weak Department of Power? Reflections on the Emergence of a New International Judiciary”, *EJIL*, Vol. 20, No. 1, 2009.
- Sheela, Rai, “Doctrine of Precedent in WTO”, *Working Papers from eSocialSciences*, 2007-01, Available at: [http://wbwto.iift.ac.in/Downloads/WSII/WTO\\_Precedent.pdf](http://wbwto.iift.ac.in/Downloads/WSII/WTO_Precedent.pdf)>2021/08/30.
- Tumonis, Vitalius, “Adjudication Fallacies: The Role of International Courts in Interstate Dispute Settlement”, *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 31, No. 1, 2013.
- Ulfstein, Geir, “International Courts and Judges: Independence, Interaction, and Legitimacy”, *NYU Journal of International Law and Politics*, Vol. 46, 2014.
- Zarbiyev, Fuad, “Judicial Activism in International Law—A Conceptual Framework for Analysis”, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 3, No. 2, 2012.

**- Recueil des Cours**

- Crawford, James, “Chance, Order, Change: The Course of International Law General Course on Public International Law (Volume 365)”, in: *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*. 2013.
- Simma, Bruno, *From Bilateralism to Community Interest in International Law*, RdC, Vol. 250, 1994.

**- Instruments**

- *Advisory Committee of Jurists, Proces-Verbaux of the Proceedings of the*

*Committee*, PCIJ, 16 June-24 July, The Hague, 1920.

- *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, GA Res 56/83, 28 Jan. 2002.
- *First report on jus cogens by Dire Tladi, Special Rapporteur*, International Law Commission, Sixty-eighth session, A/CN.4/693, 8 March 2016.
- *The fourth report on peremptory norms of general international law (jus cogens) by Dire Tladi, Special Rapporteur*, International Law Commission, Seventy-first session, A/CN.4/727, 31 January 2019.
- *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, Finalized by Martti Koskenniemi, UN Doc. A/CN.4/L.682, 2006.
- *ICSID; Convention for the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, 17 U.S.T. 1270, 575 U.N.T.S. 159, Mar. 18, 1965.
- *Jay's Treaty (Treaty of Amity, Commerce and Navigation)*, Britain-U.S., 1794.
- *Second report on jus cogens by Dire Tladi, Special Rapporteur*, International Law Commission, Sixty-ninth session, A/CN.4/706, 16 March 2017.
- *The 1899 Hague Peace Conference created the PCA.*
- *Third report on peremptory norms of general international law (jus cogens) by Dire Tladi, Special Rapporteur*, International Law Commission, Seventieth session, A/CN.4/714, 12 February 2018.
- *UN Doc. A/CONF. 39/11*, 1969.
- *UNSC Res. 1329*, 2000.
- *UNSC Res. 1431*, 2002.
- *UNSC Res. 827*, 25 May 1993.
- *UNSC Res. 955*, 8 Nov. 1994.

#### - Cases

- *Fisheries Jurisdiction (UK and Northern Ireland v. Iceland)*, ICJ Reports, 1974.
- *Goldwater v. Carter*, 444 US 996, 1979.
- *Hadidjatou Mani Koraou v. The Republic of Niger*, ECOWAS Case No. ECW/CCJ/JUD/06/08, 27 Oct. 2008.
- *Inter-State Claims of the U.S. against Britain in the Alabama Award of 1872.*
- *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. the United States of America)*, Sep. Op. Judge Simma, ICJ Reports, 2003.

#### - Websites

- <https://www.wto.org>
- <http://content.time.com>