

جایگاه اصول کلی حقوقی در آرای دیوان بین‌المللی دادگستری

حمید الهویی نظری*

استادیار گروه حقوق عمومی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۱/۱۰/۳۰ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۲/۳/۱)

چکیده

هیچ نظام حقوقی بدون اصول کلی قابل تصور نیست. این اصول نه تنها در حقوق داخلی، بلکه در حقوق بین‌الملل نیز جایگاهی ویژه دارد. حتی اگر در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری اصول کلی حقوقی به عنوان منبع حقوق بین‌الملل ذکر نمی‌شود، باز هم قابلیت استناد داشت. این اصول صرفنظر از قواعد عرفی و قراردادی بین‌المللی، خود یک منبع مستقل حقوق بین‌الملل به‌شمار می‌آید. تحلیل عملکرد دیوان در اعمال اصول کلی حقوقی در آرای توافقی و مشورتی، موضوع این مقاله را تشکیل می‌دهد.

واژگان کلیدی:

اصول کلی حقوقی، رویه دیوان بین‌المللی دادگستری، فقدان قانون، منابع حقوق بین‌الملل، نظام حقوقی.

مقدمه

بررسی رویه دیوان بین‌المللی دادگستری و سلف آن نشان می‌دهد که این دو دیوان به اصول کلی حقوقی به‌عنوان یک منبع حقوق بین‌الملل در قضایای مطرح‌شده توجه کرده‌اند. دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی در قضیه اسکارشین (۱۹۳۴م) صریحاً به اصول کلی حقوقی اشاره دارد و در قضیه کارخانه کورزوف (۱۹۲۸م) تعهد به جبران خسارت برای نقض یک تعهد بین‌المللی را به‌عنوان یک اصل کلی حقوقی قلمداد می‌کند. دیوان بین‌المللی دادگستری نیز در نخستین رأی ترافعی خود، در قضیه کانال کورفو (۱۹۴۹م)، به اصول کلی شناخته‌شده حقوق بین‌الملل استناد می‌نماید. دیوان در رأی مشورتی حق شرط‌ها نسبت به کنوانسیون منع و مجازات جرم ژنوسید [نسل‌کشی] (۱۹۴۸م)، پس از اشاره به وجدان نوع بشر، اصول مندرج در کنوانسیون را حتی بدون هرگونه تعهد قراردادی برای کلیه کشورها الزام‌آور می‌شمارد. اصول کلی حقوقی منعکس‌کننده وجدان جامعه بین‌المللی است (Danilenko, 1993, pp. 7, 17, 186-187, 175).

اساسنامه دیوان، اصول کلی حقوقی مندرج در بند ج ماده (۱) ۳۸ را تعریف نکرده و لذا از این اصول کلی حقوقی تفاسیر گوناگون شده است. در تعریف مضیق، این اصول تنها شامل اصول حقوق خصوصی و یا اصولی است که صرفاً به قواعد شکلی و آئین دادرسی تعلق دارند. در میان لیبرال‌ها، بین چنگ این اصول را به‌عنوان یک واقعیت و بداهه قطعی قضایی^۱ توصیف می‌کند (Cheng, 1987, p. 24). اوکنل نیز اصول کلی را از منظر وحدت آنها نگاه کرده، می‌گوید: حقوق، محصول خودبه‌خود نیازها و استنشاق انسان در جامعه است. اگرچه جزئیات خاص حقوق بر حسب زمان و مکان تغییر می‌کند، اما اصول اساسی آن یکسان است، زیرا ماهیت انسان در اساس ثابت و مشابه است (O'Connell, 1970, p. 1). التزام قواعد حقوق بین‌المللی موضوعه ناشی از اصول کلی حقوقی است که در سلسله‌مراتب قواعد حقوقی در مرتبه بالاتری از قواعد حقوق موضوعه قرار می‌گیرند. کارهای مقدماتی مربوط به تدوین بند (ج) ماده (۱) ۳۸ اساسنامه مصوب ۱۹۲۰م نشان می‌دهد که بارون دسکمپ، رئیس کمیته حقوق‌دانان، اصول کلی حقوقی را به‌عنوان «وجدان حقوقی ملل متمدن»^۲ توصیف می‌کند (P.C.I.J., 1920, p. 319). این ایده با اظهارنظرهای پوزیتیویستی آمریکایی روبرو گردید و طرح نهایی بند (ج) ماده (۱) ۳۸ به‌عنوان مصالحه‌ای میان دو مکتب حقوقی طبیعی و موضوعه پذیرفته شد. از نظر بین چنگ در نظام‌های حقوقی همانند حقوق بین‌الملل که در آنها قواعد مدون محدود می‌باشد، اعمال اصول کلی حقوقی از اهمیت ویژه برخوردار است (Cheng, *op. cit.*, p.).

1. Judicial truth

2. *la conscience juridique des peuples civilises*

390). دیوان هم در امور شکلی و هم در امور ماهوی به اصول کلی حقوقی استناد می‌کند که در این مقاله صرفاً به موارد استنادی دیوان در بخش ماهوی بسنده می‌شود. از جمله مسائل شکلی و دادرسی به‌طور اجمالی می‌توان به این‌ها اشاره کرد:

- اصل رضایت به صلاحیت دیوان

(I.C.J., Reports 1950, p. 71; I.C.J., Reports 1952, pp. 103, 113-114; I.C.J., Reports 1953, p. 19; I.C.J., Reports 1957, Lauterpacht, p. 58; I.C.J., Reports 1995, pa. 26, 34; I.C.J., Reports 2006, pa.125; I.C.J., Reports 1995, pa. 29 , 124):

- اصل ممنوعیت خروج از صلاحیت دادگاه

(I.C.J., Reports 1954, Alvarez, pp. 73-74; I.C.J. Reports 1973, De Castro, pa. 41, 87; I.C.J., Reports 1985, p. 23; I.C.J., Reports 1986, pa. 45) :

- اصل برابری اصحاب دعوی

(I.C.J., Reports 1956, p. 86; I.C.J., Reports 1973, pa. 36):

- اصل ممنوعیت انکار پس از اقرار

(I.C.J., Reports 1961, Fitzmaurice, p.60, 61; I.C.J., Reports 1964, pp. 22-23):

- اصل اعتبار قضیه محکوم بها

(I.C.J., Reports 1954, p. 53; I.C.J., Reports 2007, pa. 114-117):

- اصل تفسیر بر اساس مفاهیم متداول

(I.C.J., Reports 1950, p. 227; I.C.J., Reports 1952, p. 104; I.C.J., Reports 1961, p. 32):

- اصل حسن نیت و وفای به عهد

(I.C.J., Reports 1957, Lauterpacht, p. 53; I.C.J., Reports 1960, Fernandes, pa. 43; I.C.J., Reports 1974, pa. 46-49; I.C.J., Reports 1986, pa. 46; I.C.J., Reports 1997, pa. 142).

مبحث اول، اصل ملاحظات اولیة انسانی

دیوان در رأی ترافیعی خود در ۱۹۴۹م با این ادعای انگلیس روبرو بود که دولت آلبانی با اطلاع ندادن از مین‌های کار گذاشته در کانال کورفو و در نتیجه ایراد خسارات جانی و مالی، نه تنها کنوانسیون ۱۹۰۷ لاهه، بلکه اصول کلی حقوق بین‌الملل و اصول اولیه انسانی را نیز نقض کرده است (I.C.J., Reports 1949, p. 10). دیوان سرانجام تعهد آلبانی را نه بر اساس کنوانسیون هشتم لاهه ۱۹۰۷م (که در زمان جنگ قابل اعمال است)، بلکه بر اساس برخی اصول کلی شناخته‌شده بین‌المللی از جمله ملاحظات اولیة انسانی احراز می‌کند (Ibid, p. 22).

در قضیه نیکاراگوئه (۱۹۸۶م)، آمریکا در توجیه عدم صلاحیت دیوان، به رزرو مندرج در اعلامیه خود در قبول صلاحیت اجباری دیوان استناد می‌کند. به موجب این قید، آمریکا اعلام کرده بود که دعاوی ناظر به قراردادهای چندجانبه از شمول اعلامیه خارج است. از این

رو نیکاراگوئه در زمینه چاپ و انتشار راهکارهای «عملیات روانی در جنگ‌های چریکی» از استناد به کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو که هم آمریکا و هم نیکاراگوئه عضو آن بودند، خودداری کرد. لذا دیوان نمی‌توانست با توجه به رزرو آمریکا اختلاف فوق را ناشی از کنوانسیون‌های ژنو تلقی نماید. دیوان ضمن بیان نداشتن ضرورت اتخاذ موضعی در مقابل رزروهای آمریکا، به ابتکار خود به مفاد این کنوانسیون‌ها و از جمله مواد ۱ و ۳ و نیز مواد ۶۳، ۶۲، ۱۵۸، ۱۴۲ کنوانسیون‌های اول تا چهارم ژنو استناد کرده است. از نظر دیوان، رفتار آمریکا می‌تواند بر اساس اصول کلی حقوق بشردوستانه قضاوت شود و کنوانسیون‌های نامبرده در برخی موارد توسعه و در سایر جنبه‌ها چیزی بیشتر از بیان چنین اصولی نیستند. اقدامات کنترها علیه نیکاراگوئه تابع حقوق قابل اعمال در درگیری‌های داخلی است؛ درحالی‌که اقدامات آمریکا در و علیه نیکاراگوئه تابع قواعد حقوقی مربوط به درگیری‌های بین‌المللی است. از آنجا که حداقل قواعد قابل اعمال در درگیری‌های بین‌المللی و غیربین‌المللی مشابه هم هستند، دیوان نیازی به توجه به این مسئله نمی‌بیند که آن اقدامات باید در بستر قواعد ناظر بر کدام درگیری در نظر گرفته شود. در قضیه حاضر، اصول مربوطه را باید در مقررات ماده ۳ که در هر چهار کنوانسیون مشابه یکدیگر می‌باشند و به درگیری‌های غیربین‌المللی اشاره دارند جستجو کرد. بدون‌شک در درگیری‌های مسلحانه غیربین‌المللی این مواد علاوه بر قواعد دیگری که نسبت به مخاصمات بین‌المللی اعمال می‌شوند، حداقل معیارها و قواعدی‌اند که از نظر دیوان منعکس‌کننده آن چیزی هستند که در ۱۹۴۹ با عنوان «ملاحظات اولیه انسانی» نامیده شد. از نظر دیوان این قواعد در دعوی حاضر نیز قابل اعمال‌اند و دیوان ضرورتی به بررسی رزروهای آمریکا در خصوص معاهدات چندجانبه نمی‌بیند. دیوان همچنین به این مطلب توجه می‌کند که آمریکا با توجه به ماده ۱ کنوانسیون‌های چهارگانه ملزم به «رعایت» و حتی «تضمین رعایت» مفاد کنوانسیون‌ها در تمام شرایط و اوضاع و احوال می‌باشد، زیرا این تعهدات تنها از خود کنوانسیون‌ها ناشی نمی‌شوند، بلکه از اصول کلی حقوق بشردوستانه‌ای که کنوانسیون‌ها صرفاً به آن تصریح کرده‌اند، ناشی می‌شوند. بنابراین آمریکا متعهد است که اشخاص یا گروه‌های درگیر در نیکاراگوئه را به نقض مقررات ماده ۳ مشترک تشویق نکند (I.C.J., Reports 1986, pa. 217-220). به‌رحال از نظر دیوان، اصول کلی حقوق بشردوستانه متضمن ممنوعیت‌هایی است که در هر دو نوع درگیری مسلحانه داخلی و بین‌المللی قابل اعمال است و به دلیل چنین اصول کلی، آمریکا ملزم به ممنوعیت تشویق افراد یا گروه‌های درگیر در مخاصمه نیکاراگوئه در خصوص نقض ماده ۳ مشترک چهار کنوانسیون ژنو است (Ibid, pa. 255).

قاضی ویراماتری در رأی مشورتی مشروعیت تهدید یا کاربرد سلاح‌های هسته‌ای (۱۹۹۶م)، می‌گوید، یک نظام حقوقی تکامل یافته علاوه بر اوامر و نواهی تصریح شده، واجد یک سلسله اصول کلی نیز هست که بر حسب زمان، نسبت به موضوعات و وقایع فاقد حکم صریح، قابل اعمال است. از نظر او سلاح‌های هسته‌ای ناقض اصل کرامت انسانی در متها درجه خود هستند و هیچ سلاحی در طول تاریخ بشر به‌جز بمب‌های هسته‌ای یافت نشده است که این‌گونه کرامت و ارزش انسانی را نفی کند (I.C.J., Reports 1996 Weeramantry, pp. 214-201, 192). او می‌گوید که مفهوم بنیادین حقوق بشردوستانه را باید در واژه ملاحظات اساسی انسانی جستجو کرد. ویراماتری با اشاره به خطر گسترده و غیرانسانی کاربرد سلاح‌های هسته‌ای برای نوع بشر و نیز تأثیر مخرب آن بر تمدن چند هزارساله بشری معتقد است که حقوق نمی‌تواند متضمن قاعده‌ای مبنی بر مشروعیت خودکشی آن جامعه باشد. او به نقل از هارت، حقوق‌دان مکتب پوزیتیویسم، آورده است، قواعد رفتاری مسلمی وجود دارد که هر سازمان اجتماعی زنده‌ای باید آنها را داشته باشد و حفظ نماید. این اصول جهانی شناخته‌شده رفتاری که مبتنی بر حقیقت و جوهره اساسی نوع انسان است، می‌تواند به‌عنوان یک حداقل حقوق طبیعی در نظر گرفته شود. هدف حقوق برقراری نظم منطقی حول محور حیات انسانی است؛ درحالی‌که سلاح‌های هسته‌ای همه امیدهای تحقق چنین نظمی را نابود می‌کند (Ibid, pp. 226-228).

قاضی شهاب‌الدین نیز در نظر مخالف خود می‌گوید، قید مارتنس که اکنون به‌عنوان یک قاعده عرفی پذیرفته شده و در مقدمه کنوانسیون‌های ۱۸۹۹ و ۱۹۰۷م لاهه نیز آمده است، چنین بیان می‌کند که نیروهای درگیر و نیز غیرنظامیان تا زمانی که قواعد کامل‌تری در خصوص جنگ تدوین نشده است، تحت حمایت حقوق بین‌الملل که خود ریشه در عرف میان شهروندان و رعایت حقوق انسانی و اقتضانات وجدان عمومی دارد، خواهند بود. این قید اکنون مقبولیت عرفی یافته است، اما این لزوماً به مفهوم آن نیست که مصادیق آن نیز باید جنبه عرفی داشته باشند. اینکه رفتار کشورها باید مبتنی بر اقتضانات و ملاحظات اولیه انسانی باشد، خود یک قاعده عرفی است، اما محتوای این قاعده عرفی در پرتو تغییر شرایط، متغیر خواهد بود. به عبارت دیگر، اصول ثابت باقی می‌ماند، اما اثر عملی آنها در طول زمان می‌تواند تغییر یابد. ضرورتی وجود ندارد که دیوان برای احراز ممنوعیت عرفی کاربرد سلاح‌های هسته‌ای در پی عنصر معنوی آن باشد. دیوان باید کاربرد این سلاح‌ها را با معیار مندرج در این قید، یعنی ملاحظات اساسی انسانی و اقتضانات وجدان عمومی، ارزیابی نماید. قید مارتنس به کنوانسیون‌ها، بعد دینامیک و پویایی می‌دهد؛ چراکه ملاحظات انسانی به‌خودی‌خود متضمن تعهداتی با ویژگی حقوقی می‌باشد. دادگاه نظامی آمریکا در نورمبرگ می‌گوید که مقدمه

کنونسیون چهارم ۱۹۰۷ لاهه که متضمن قید مارتنس است، بیش از یک اعلام صرف اخلاقی است. این قید کلی است و در میان ملل متمدن دارای کاربرد است. در نبود مقررات خاص این کنوانسیون و نظامنامه‌های آن درباره یک موضوع، حکمی را که وجدان عمومی به عنوان حقوق دیکته می‌کند، به عنوان یک قاعده حقوقی قابل اعمال است (I.C.J., Reports 1996, pp. 135-136).

قاضی فلیش هائر نیز با استناد به بند (ج) ماده ۳۸ اساسنامه دیوان می‌گوید، کلیه نظام‌های حقوقی متمدن و همچنین حقوق بین‌الملل متضمن اصلی با این اثر است که هیچ نظام حقوقی حق ندارد از تابعان خود بخواهد که خودکشی کنند (I.C.J., Reports 1996, p. 156).

دیوان در قضیه عواقب حقوقی ساخت دیوار حائل (۲۰۰۴م)، در خصوص حقوق بشردوستانه معتقد است که عمده قواعد این شاخه از حقوق آن‌چنان برای احترام به شخص انسانی و ملاحظات اولیه بشری ضروری هستند که رعایت آنها صرف‌نظر از هر تعهد معاهده‌ای، به عنوان اصول تخلف‌ناپذیر حقوق بین‌الملل عرفی برای همه کشورها الزام‌آور است (I.C.J., Reports 2004, pa. 157).

مبحث دوم، اصل عدم مداخله

در قضیه کانال کورفو (۱۹۴۹م)، انگلیس در توجیه ورود بدون اجازه خود به آبهای سرزمینی آلبانی، به دلایلی از جمله به حق تأمین دلیل در کشور دیگر و ارائه آن به یک محکمه بین‌المللی و تسهیل کار دیوان استناد کرد. دیوان در رد این دفاع این‌گونه استدلال می‌کند که این حق ادعایی مداخله، تجلی سیاست توسل به زور است که در گذشته با سوءاستفاده‌های جدی روبرو بوده است و هر چند در نظام بین‌المللی نواقصی وجود داشته باشد، نمی‌تواند در حقوق بین‌الملل جایگاهی پیدا کند. از نظر دیوان میان کشورهای مستقل رعایت حاکمیت سرزمینی یک اصل اساسی در روابط بین‌المللی است (I.C.J., Reports 1949, pp. 34-35) و اگرچه این اصل در منشور ملل متحد بیان نشده، اما باید توجه داشت که هدف طراحان منشور تأیید مکتوب همه اصول اساسی لازم‌الاجرای حقوق بین‌الملل نبوده است (I.C.J., Reports 1986, pa. 202). دیوان در قضیه نیکاراگوئه (۱۹۸۶م) با تأکید بر اینکه قضیه حاضر با موضوع استعمارزدایی ارتباطی ندارد، این سؤال را مطرح می‌کند که آیا می‌توان نشانه‌هایی در رویه دولت‌ها یافت که حاکی از اعتقاد آنها به نوعی حق کلی مداخله مستقیم یا غیرمستقیم با توسل به زور یا بدون توسل به زور در حمایت از گروهی مخالف در کشور دیگر باشد؛ مداخله‌ای که تنها به دلیل ارزش‌های سیاسی و اخلاقی قابل توجیه است. از نظر دیوان پدید آمدن چنین

حق کلی نیاز به جرح و تعدیل‌های اساسی در اصل حقوق عرفی عدم مداخله دارد (Ibid, pa. 206). از این اظهارات دیوان می‌توان نتیجه گرفت که دیوان به یک حق خاص (و نه کلی) مداخله، به‌عنوان استثنایی بر اصل عدم مداخله قائل است و این اقدامات در راستای پیشبرد و تقویت روند استعمارزدایی است. بنابراین در حقوق بین‌الملل معاصر حق تعیین سرنوشت، آزادی و استقلال ملت‌ها و نیز حق ملت‌ها در مبارزه برای دستیابی به این نتایج از نظر جهانی شناسایی شده است، اما آنچه که به‌طور جهانی قابل قبول نبوده و شناسایی نشده، حق این‌چنین مردمی برای کمک یا حمایت خارجی است که مستلزم مداخله می‌باشد (I.C.J., Reports 1986, p. 351). دیوان همچنین می‌گوید، اقداماتی که متضمن نقض اصل عرفی عدم مداخله‌اند، اگر مستقیم یا غیرمستقیم با کاربرد زور ارتباط داشته باشند، دربرگیرنده نقض اصل عدم توسل به زور در روابط بین‌المللی می‌باشند (I.C.J., Reports 1986, pa. 209).

مبحث سوم، اصل ممنوعیت توسل به زور

در قضیه نیکاراگوئه (۱۹۸۶م) آمریکا در توجیه توسل به زور علیه این کشور به گزارش کنگره آمریکا مبنی بر نقض حقوق بشر در این کشور استناد می‌کند. از نظر دیوان، ادعای نقض حقوق بشر در یک کشور نمی‌تواند توجیهی برای کاربرد زور از سوی کشور دیگر برای وادار کردن آن کشور به رعایت حقوق بشر باشد. آمریکا می‌تواند موضوع رعایت حقوق بشر در نیکاراگوئه را ارزیابی کند، اما کاربرد زور نمی‌تواند روش مناسبی برای نظارت یا تضمین رعایت حقوق بشر در نظر گرفته شود. اقدامات حمایت از حقوق بشر با هدف صرفاً بشردوستانه نمی‌تواند با مین‌گذاری در بنادر، تخریب سکوهای نفتی، و یا آموزش و تسلیح و تجهیز کتتراها سازگار باشد (I.C.J., Reports 1986, pa. 268). استدلال دیوان در توسعه این اصل، با اصل پذیرفته‌شده در کلیه نظام‌های حقوقی جهان، یعنی اصل انحصاری بودن توسل به زور از سوی جامعه و نه افراد، سازگار است (Kelsen, 1967, p. 11).

مبحث چهارم، اصل فقدان اثر حقوقی یک عمل باطل

دیوان در قضیه عواقب حقوقی ساخت دیوار حائل (۲۰۰۴م)، پس از احراز مشروعیت نداشتن ساخت دیوار، می‌گوید، اسرائیل باید ساخت دیوار را متوقف کند، زیرا توقف یک عمل از نظر بین‌المللی نادرست و مسئولیت‌آور، از نظر حقوق بین‌الملل عمومی موضوعی مسلم می‌باشد. کلیه کشورها نیز ملزم به عدم شناسایی وضعیت نامشروع ساخت دیوار در سرزمین اشغالی و از جمله اطراف اورشلیم شرقی می‌باشند. سرانجام دیوان بر این عقیده است که سازمان ملل و به‌ویژه مجمع عمومی و شورای امنیت باید اقدامات لازم را برای خاتمه وضعیت غیرقانونی

ناشی از ساخت دیوار و رژیم همراه آن به عمل آورند (I.C.J., Reports 2004, pa. 146, 150, 159). (160).

دیوان که در رأی ۲۰ نوامبر ۱۹۵۰ در قضیه پناهندگی اظهار کرده بود که دادن پناهندگی به هایادولاتور از سوی دولت کلمبیا مغایر با کنوانسیون مورد قبول کلمبیا و پرو بوده، بر این باور است که این تصمیم متضمن یک اثر حقوقی یعنی پایان دادن به وضعیت نامشروع مربوط است (I.C.J., Reports 1951, p. 82).

در رأی مشورتی مربوط به اثر احکام جبران خسارت صادره از سوی دادگاه اداری ملل متحد (۱۹۵۴م)، قاضی وینیارسکی می‌گوید، اگرچه یک رأی داوری همیشه نهایی و بدون استیناف است، اما اگر به موجب ایراداتی باطل شود، در این صورت بدون اثر خواهد بود. این موضوع نه به این دلیل است که طرف‌ها در هنگام قبول داوری چنین توافق کرده‌اند، بلکه ناشی از یک اصل کلی حقوقی غیرقابل اجتناب در همه نظام‌های حقوقی است؛ به این ترتیب که نه تنها یک حکم بلکه هر عملی که از نظر حقوقی باطل است، فاقد آثار حقوقی است. دادگاه اداری ملل متحد نیز نمی‌تواند از این قاعده کلی مستثنا باشد. در نبود یک مقررۀ صریح در خصوص دادگاه استیناف، اصولاً هیچ آئین استینافی نسبت به دادگاه اداری ملل متحد قابل قبول نخواهد بود. اما باید توجه داشت که استیناف یک موضوع است و قائل نشدن به اثر حقوقی برای یک حکم باطل، موضوع دیگری است (I.C.J., Reports 1954, Winiarski, p. 65). صرف اینکه اساسنامه دادگاه اداری دربرگیرنده هیچ مقرره‌ای در خصوص تجدید نظر احکام صادره از آن نمی‌باشد، به مفهوم آن نیست که مجمع عمومی خودبه‌خود ملزم است تا آنها را حتی اگر به موجب یک نقص آشکار باطل، نظیر تجاوز از اختیارات^۱ یا بی‌عدالتی آشکار باشد، واجد اثر بداند (I.C.J., Reports 1954, Alvarez, pp. 73-74).

مبحث پنجم، اصل ممنوعیت تبعیض

قاضی تاناکا در تفسیرش از اصول کلی حقوقی چنین می‌گوید که حقوق را باید به‌عنوان یک کل شامل شاخه‌های مختلف از جمله حقوق مدنی، تجارت، خصوصی، عمومی، اساسی، اداری، شکلی، ماهوی و غیره دید. از نظر او اصول کلی به مسائلی مانند حسن‌نیت، وفای به عهد، رعایت حقوق مکتسبه و مسئولیت ناشی از خسارت ناروا محدود نمی‌شود. کلمه «کلی» ناظر بر اصول مشترک در همه شاخه‌های حقوق است. او با تفسیر گسترده از اصول کلی حقوق می‌گوید، اصل برابری نزد قانون در فهرست قواعد حقوق بشر تصریح شده و نظام داخلی کلیه کشورها صرفنظر از شکل جمهوری یا سلطنتی حکومت و با درجات متفاوتی از

1. ultra vires

صراحت، آن را پذیرفته‌اند و اکنون بخش کاملی از قوانین اساسی اغلب کشورهای متمدن جهان شده است (I.C.J., Reports 1966, Tanaka, p. 300).

از نظر قاضی تاناکا، برابری نه تنها یک اصل حقوقی شناخته شده جهانی است، بلکه این اصل به طور کلی در رأس نظام حقوقی قرار دارد. این اصل در ذات حقوق طبیعی است و لذا ویژگی فوق قانون اساسی را داراست. برابری در رأس سلسله مراتب نظام حقوقی قرار داشته، کل حقوق موضوعه از جمله قانون اساسی در راستا و هماهنگی با این اصل خواهد بود (Ibid, p. 306). تاناکا در جریان بیان نظر مخالف خود در قضیه آفریقای جنوب غربی^۱ و با این اعتقاد که برابری سرچشمه همه قواعد حقوق بشر است، جنبه های مختلف این اصل را توسعه داد. وی با قرار دادن اصل برابری در رأس همه حقوق، سعی کرد تا این اصل را در برابر دو اصل دیگر دموکراسی مدرن، یعنی آزادی و عدالت، قرار دهد. از نظر فلسفی اصل برابری با مفاهیم آزادی و عدالت ارتباط دارد، اما این دو مفهوم نسبت به اصل برابری جنبه فرعی پیدا می کند. بی عدالتی و شرایط بردگی حقیقتاً از آثار رفتار نابرابر قانونی است؛ پس به عبارت دیگر آزادی و عدالت تنها با پایبندی به اصل برابری می توانند وجود داشته باشند. قاضی تاناکا در میان این ویژگی قانون اساسی می گوید که اصل برابری برای همه نهادهای قضایی و اجرایی الزام آور است و سپس این سؤال را مطرح می کند که آیا قانون گذاران از ماهیت الزام آور این اصل در امان هستند. به موجب قانون اساسی که این اصل را به این ترتیب مطرح می نماید که کلیه شهروندان نزد قانون برابر هستند، ممکن است این تردید ایجاد شود که آیا قانون گذاران نیز ملتزم به اصل برابری هستند یا خیر. پاسخ این است که آنها نه تنها در اعمال اختیارات قانون گذاری عادی خود، بلکه در اعمال اختیارات ایجاد قانون اساسی نیز ملتزم به این اصل می باشند (Ibid). تاناکا در تشریح محتوای این اصل به چند نکته اشاره می کند. اساسی ترین نکته در اصل برابری این است که کلیه افراد بشر به عنوان یک انسان دارای ارزش برابرند؛ آنها فی نفسه خودشان هدف (و نه ابزار) برای دیگران هستند. اصل این است که باید با افراد برابر رفتار برابر و با افراد نابرابر رفتار نابرابر شود. یعنی رفتار باید با تفاوت های واقعی متناسب باشد. برابری نزد قانون نمی تواند مطلق باشد، بلکه نسبی است؛ یعنی این اصل با توجه به ملاحظات متفاوت اوضاع و احوال واقعی، رفتار متفاوت را اجازه می دهد. ضرورت رفتار متفاوت تنها با معیار عدالت، یعنی معقول بودن، قابل توجیه است. در سیاست آپارتاید میان نفس تفاوت و رفتار متفاوت ضرورت ماهوی و منطقی وجود ندارد که بتواند عادلانه بودن این رفتار را توجیه کند و لذا آپارتاید اساساً نامعقول و ناعادلانه است (Ibid, p. 314). از نظر تاناکا

۱. دیوان اگرچه در قضیه آفریقای جنوب غربی (۱۹۶۶-۱۹۶۰م) وارد رسیدگی ماهوی نشد، اما قضات در جریان اظهار نظرهای خود، این نقصان را تا حدود زیادی جبران کردند.

افراد بشر در اوضاع و احوال و شرایط متفاوت از یکدیگر زندگی می‌کنند و آنها از برخی جنبه‌ها نیازمند رفتار متفاوت از حیث سیاسی، قانونی و اجتماعی می‌باشند. رفتار متفاوت نباید خودسرانه، بلکه باید مبتنی بر عقلانیت باشد. هدف رفتار متفاوت باید حمایت از اقلیت‌ها باشد و نه مضر به حال آنها. تاناکا در خصوص عقلانی بودن تفاوت به دو نکته اشاره می‌کند: اول اینکه آیا برای برقراری استثنا نسبت به اصل کلی برابری نزد قانون و فرصت برابر، ضرورت وجود دارد یا خیر و دوم اینکه آیا رفتار متفاوت به حیثیت شخصی فرد آسیب وارد می‌نماید یا خیر.

مبحث ششم، اصل جبران خسارت

دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری در قضیه کارخانه کورزوف (۱۹۲۸م) بر این باور است که این یک اصل حقوقی بین‌المللی و بلکه یک مفهوم عام حقوقی است که هر نقض تعهدی مستلزم تعهد به جبران آن است. دیوان اشاره می‌کند که جبران خسارت جزء جدایی‌ناپذیر و ضروری نقض یک کنوانسیون است و لذا ضرورتی ندارد تا در خود کنوانسیون به آن تصریح شده باشد. تعهد به جبران خسارت یک اصل مسلم شناخته شده است و تنها چیزی که باید بررسی شود این است که آیا در قضیه در حال رسیدگی واقعا یک تعهد بین‌المللی نقض شده است یا خیر (P.C.I.J., 1928, p. 29).

قاضی رابل در این قضیه می‌گوید، از نظر دیوان اگر سلب مالکیت از سوی لهستان قانونی باشد، جبران خسارت مقتضی باید شامل ارزش تعهد در زمان سلب مالکیت، به علاوه سود آن در زمان پرداخت باشد. این محدودیت جبران خسارت در قضیه حاضر قابل قبول نیست، زیرا لهستان حق مصادره را ندارد و لذا آلمان نسبت به همه خسارات وارده به اتباعش در نتیجه انجام ندادن تعهداتش، محق می‌باشد. من هم با این نظر دیوان موافقم البته با این اعتقاد که اصول ناشی از مصادره یا سلب مالکیت غیرقانونی در جایی قابل اعمال است که با اعمال آن خسارت محاسبه شده بیشتر از خسارت ناشی از سلب مالکیت قانونی باشد. این بدیهی است که مسئولیت سلب مالکیت در صورت غیرقانونی بودن آن باید افزایش یابد. با این همه، این نیز بدیهی است که ویژگی غیرقانونی بودن عمل نمی‌تواند فاعل عمل را در موقعیت بهتر و طرف مقابل را در موقعیت نامساعدتری قرار دهد. به نظر من عدم تصریح دیوان به این موضوع، ناشی از آن است که این موضوع جزء اصول کلی حقوقی است (Ibid, Rabel, p. 66).

اگر جبران خسارت مهم‌ترین اصل حقوقی نباشد، یکی از مهم‌ترین اصول مشترک میان ملت‌ها به مفهوم بند (ج) ماده (۱) ۳۸ اساسنامه دیوان و یکی از مبانی سنتی حقوق است. یک حکم پرداخت هزینه‌های دادرسی از سوی محکوم‌علیه یک اصل کلی حقوقی است؛ مگر

دادگاه بنا به دلایل مقتضی به نحو دیگری تصمیم بگیرد. دادگاه اداری جامعه ملل نخستین دادگاه بین‌المللی بود که وجود اصل کلی حقوقی پرداخت هزینه‌های دادرسی از طرف محکوم علیه را تأیید کرد. قاضی آمون معتقد است نمی‌توان گفت که میان جبران خسارت و هزینه‌های دادرسی هیچ رابطه‌ای وجود ندارد. تردیدی نیست که جبران خسارت باید با خسارات وارده برابر باشد. قربانی باید در موقعیت زمانی قرار بگیرد که اقدام آسیب‌زا بر او واقع نشده بود. این منصفانه نیست که برای قرار دادن او در همان موقعیت پیش از آسیب، هزینه‌های دادرسی را که گاه سنگین نیز می‌باشد، بر او تحمیل نماییم. لذا تعهد طرف محکوم‌علیه به پرداخت هزینه‌های دادرسی می‌تواند هم به‌خودی‌خود به‌عنوان یک اصل کلی حقوقی تلقی شود و هم آن‌طور که دادگاه اداری جامعه ملل اظهار داشته، به‌عنوان اعمال اصل انصاف ناشی از بند (ج) ماده (۱) ۳۸ اساسنامه دیوان تلقی شود. این واقعیتی است که نه اساسنامه و نه قواعد دادرسی دادگاه اداری شامل هیچ مقرره‌ای در خصوص این اصل و چگونگی اعمال آن نیست. با این حال دادگاه ملل متحد نمی‌تواند دست از آن بشوید. دادگاه جامعه ملل در هفده پرونده علیه طرف محکوم‌علیه، حکم به پرداخت هزینه‌های دادرسی صادر کرده که مؤید آن است که از نظر دادگاه پرداخت این هزینه‌ها از جانب محکوم‌علیه به‌عنوان یک اصل کلی تلقی شده است؛ اگرچه در اساسنامه آن مقرر نشده باشد. در شماری از این احکام، دادگاه حکم به جبران خسارت در باب هزینه‌های وکیل خواهان داده است (I.C.J., Reports 1973, Ammoon, pp. 247-250).

دیوان در قضیه گابچیکف- ناگیمارس می‌گوید: «این یک قاعده مسلم حقوق بین‌الملل است که کشور صدمه‌دیده محق به دریافت جبران خسارت از جانب دولتی است که مرتکب یک اقدام از نظر بین‌المللی نادرست شده است» (I.C.J., Reports 1997, pa. 152). مطابق با اصول کلی حقوقی، ایراد خسارت ناشی از تخطی، مستلزم تعهد به جبران آن است. میزان جبران خسارت باید آن‌چنان باشد که طرف زیان‌دیده تا آنجا که ممکن است به همان موقعیتی برگردد که تخطی صورت نگرفته بود. خسارت معنوی نیز باید بر اساس اصول کلی حقوقی جبران شود و چنین جبرانی تضمین حقوق بشر است. منشور ملل متحد با تأکید بر «اعتقاد و ایمان به حقوق اساسی بشر و حیثیت و ارزش شخصیت انسانی» آغاز می‌شود؛ دکترینی که با تفصیل بیشتری در اعلامیه جهانی حقوق بشر آمده و به موجب آن آبرو و حیثیت افراد حمایت شده است. این حمایت شامل اعتبار شغلی افراد نیز می‌باشد (I.C.J., Reports 1973, De Castro, (pa. 39, 42).

مبحث هفتم، اصل ممنوعیت سوءاستفاده از حق

در قضیه کانال کورفو (۱۹۴۹م) از نظر دیوان، صرف صدمه دیدن دو کشتی در آبهای سرزمینی آلبانی نشان نمی‌دهد که این کشور از قرار داشتن مین‌ها آگاه بوده است. کنترل یک کشور بر سرزمین و آبهایش لزوماً به مفهوم آگاهی از همه اقدامات غیرقانونی ارتكابی در درون آن نیست و نمی‌توان گفت که حتماً می‌دانسته و یا باید می‌دانسته است. این واقعیت به خودی خود و بدون در نظر گرفتن شرایط دیگر، نه مسئولیت آلبانی را موجب می‌شود و نه بار اثبات دلیل را بر عهده او می‌گذارد. دیوان همچنین از سوی دیگر توجه دارد که کنترل انحصاری سرزمینی مستلزم آن است که قربانی بتواند از روش‌های غیرمستقیم، آگاهی یک کشور نسبت به چنین حوادثی را اثبات نماید. لذا دیوان می‌گوید، باید بررسی کرد که آیا شواهد غیرمستقیمی وجود دارد که نشان دهد آلبانی از وجود میدان مین آگاهی داشته یا خیر؛ مشروط بر اینکه شواهد یادشده به نتیجه‌ای بیانجامد که ورای هرگونه شک معقول باشد (I.C.J., Reports 1949, p. 18). دیوان پس از بررسی شواهد مرتبط با قضیه و نیز نظر کارشناسان نتیجه می‌گیرد که میدان مین موجود در ۲۲ اکتبر ۱۹۴۶ که به خسارات جانی و مالی به انگلیس منجر شده است، نمی‌توانسته بدون آگاهی آلبانی بوده باشد و لذا از آنجا که دولت آلبانی وجود آن را اطلاع نداده، مسئول است. دیوان مسئولیت آلبانی را ناشی از این اصل کلی حقوقی می‌داند که هر کشور متعهد است تا اجازه ندهد که آگاهانه از سرزمینش برای اقدامات مغایر با حقوق سایر کشورها استفاده شود (Ibid, p. 10).

کشورها می‌توانند نسبت به سرزمین خود اعمال حق حاکمیت نمایند، اما نمی‌توانند از این حق علیه حقوق سایر کشورها استفاده کنند. این اظهار دیوان در سال ۱۹۴۹م قابل توجه است. ممنوعیت سوءاستفاده از حق را باید در مفهوم نسبی بودن حاکمیت‌ها جستجو کرد؛ موضوعی که در دوران حقوق بین‌الملل کلاسیک سابقه نداشته است. دیوان در این دوره زمانی با طرح اصل ممنوعیت سوءاستفاده از حق، به توسعه حقوق بین‌الملل کمک کرد. دیوان توجه دارد که در نتیجه تغییرات عمیق در روابط بین‌الملل، یک حقوق بین‌الملل جدید مطرح شده است؛ حقوقی که بر وابستگی متقابل اجتماعی بنا شده است.

قاضی آلوارز در نظر فردی خود ضمن تأیید رأی دیوان بر این عقیده است که دیوان باید حقوق گذشته را تغییر دهد و در واقع آن را به‌روز و با شرایط جدید روابط بین‌الملل سازگار سازد. درست است که وظیفه دیوان اعمال حقوق موجود است و اگر حقوق را تغییر دهد در این صورت اقدام به قانون‌گذاری کرده است، اما دیوان فعلی مأموریت جدیدی دارد که به دیوان سابق داده نشده بود. مجمع عمومی سازمان ملل با توجه به ماده ۱۳ منشور مبنی بر تدوین و توسعه حقوق بین‌الملل، طی قطعنامه‌ای تصریح می‌کند که دیوان بین‌المللی دادگستری

باید این حقوق را توسعه داده^۱ و به عبارت دیگر آن را به روز نماید. از نظر وی، دیوان در اعمال این وظیفه نباید خودسرانه عمل کند، بلکه باید از اصول مهم حقوق بین‌الملل جدید الهام بگیرد (I.C.J., Reports 1949, Alvarez, pp. 40-45). آلوآرز می‌گوید، در گذشته سوءاستفاده از حق هیچ جایی در حقوق نداشت و هرکس می‌توانست حقی را به طور کامل اعمال کند و حتی اگر به دیگران ضرر می‌رساند الزامی به جبران خسارت وجود نداشت. اخیراً حقوق مدنی برخی کشورها به صراحت سوءاستفاده از حق را در روابط خصوصی افراد ممنوع کرده است. ماده ۲۲۶ قانون مدنی آلمان چنین بیان می‌کند: «هنگامی که هیچ هدف دیگری به جز صدمه زدن به دیگران وجود نداشته باشد، اعمال حق ممنوع می‌باشد». با توجه به حقوق وابستگی اجتماعی، محکومیت سوءاستفاده از حق باید به حقوق بین‌الملل نیز تسری یابد. اعمال نامحدود یک حق از سوی یک کشور به عنوان اثر حاکمیت مطلق آن کشور، گاه می‌تواند باعث آشفتگی‌ها یا حتی تعارض‌هایی بشود که برای صلح بین‌المللی خطرناک است (Ibid, p. 47).

مبحث هشتم، اصل حق ارتفاق

در قضیه حق عبور از سرزمین هند (۱۹۶۰م)، پرتغال در استدلال برای حق عبور از سرزمین هند با استناد به بند (ج) ماده (۱) ۳۸ اساسنامه دیوان می‌گوید، حقوق داخلی ملل متمدن به اتفاق پذیرفته‌اند که مالک سرزمین محصور، برای دسترسی به آن حق دارد تا از سرزمین مجاور متصل به آن عبور کند. قاضی ولینگتون کو معتقد است در حقوق داخلی، دسترسی به اموال محصور همواره تضمین شده است. مسلماً میان حق عبور از یک سرزمین محصور بین‌المللی و یک سرزمین محصور متعلق به شخص خصوصی تفاوت‌های مهمی وجود دارد. با وجود همه تفاوت‌ها، چهارچوب فنی آن دو مشابه یکدیگر است و اصل شناسایی چنین حقی از اساس مشابهی برخوردار است. این یک اصل مستدل عقلی مبتنی بر عدالت است. در واقع این موضوع که دسترسی به یک سرزمین محصور (چه به موجب حقوق داخلی و چه به موجب حقوق بین‌الملل) متضمن حق عبور از طریق سرزمین اطراف آن بوده، که متعلق به مالک و یا تحت حاکمیت کشور دیگر است، مبتنی بر یک استدلال عقلی و اصل اساسی عدالت است. در خصوص چنین سرزمین‌هایی چه در حقوق داخلی و چه در حقوق بین‌الملل، این حق عبور امری ضروری است که به حکم عقل باید این ضرورت در هر دو نظام حقوقی تأمین شود (I.C.J., Reports 1960, Koo, Pa. 26-27). دیوان سرانجام اظهار می‌نماید که میان طرف‌های اختلاف یک رویه مسلم شکل گرفته است مبنی بر اینکه پرتغال نسبت به عبور اشخاص خصوصی، مأموران کشوری و کالاها به طور کلی دارای حق عبور است و در خصوص عبور

1. G.A., Res., 171(II) (1947), 14 November 1947.

پلیس و نیروهای مسلح این حق مستلزم اجازه مقامات هندی و یا بریتانیایی است. لذا جایی که دیوان درمی‌یابد که یک رویه مشخص و مسلم میان طرف‌ها شکل گرفته و مورد قبول آنها واقع شده است، برای تعیین حقوق و تکالیف طرف‌ها، آن رویه را مبنای صدور حکم قرار داده و آن را بر هر قاعده عام و کلی از جمله اصول کلی حقوقی ترجیح می‌دهد (I.C.J., Reports 1960, (pa. 43-44).

اصول کلی حقوقی پایه و اساس حقوق عرفی و قراردادی است. دو منبع نامبرده معمولاً چیزی بیشتر از تبلور آن اصول نیستند. تقدم معاهدات و عرف نسبت به اصول کلی حقوقی در ماده ۳۸ اساسنامه به هیچ وجه مانع اعمال هم‌زمان این سه منبع با یکدیگر نیست. بارها اتفاق افتاده که یک تصمیم اتخاذ شده بر اساس یک کنوانسیون عام یا خاص و یا یک عرف، مستلزم توسل به اصول کلی حقوقی بوده است. بنابراین یک محکمه برای پر کردن خلأ قواعد قراردادی و یا تفسیر آنها، به اصول کلی حقوقی متوسل خواهد شد. رویه بین‌المللی نشان می‌دهد که یک محکمه یا یک داوری نمی‌تواند مفهوم واقعی مقررات یک معاهده را بدون در نظر گرفتن آنها در چهارچوب اصول کلی که بر آنها برتری دارد، تعیین نماید (I.C.J., Reports 1960, Fernandes, pa. 45).

مبحث نهم، اصل حق تعیین سرنوشت

دیوان در رأی مشورتی عواقب حقوقی ادامه حضور آفریقای جنوبی در آفریقای جنوب غربی (نامیبیا)، ضمن اشاره به یک اصل مهم حقوق بین‌الملل (Cassese, 1996, p. 353) می‌گوید، لازم است توجه شود که تفسیر یک سند بر اساس قصد طرف‌ها در زمان انعقاد یک اصل ضروری است؛ با این حال دیوان ملزم است تا این نکته را در نظر داشته باشد که مفاهیم مندرج در ماده ۲۲ میثاق جامعه ملل در خصوص قیمومت مستعمرات و سرزمین‌های بدون حاکمیت نظیر «اوضاع و احوال سخت دنیای امروز»، «سعادت و ترقی این اقوام» و «رسالت مقدس»، مفاهیمی ایستا و ثابت نیستند، بلکه آنها دارای وصف تحولی و تکاملی می‌باشند و لذا تفسیر دیوان نمی‌تواند از توسعه بعدی حقوق از طریق منشور و حقوق عرفی تأثیر نپذیرد. دیوان سپس اصل رسالت مقدس تمدن انسانی را به اصل حق تعیین سرنوشت پیوند زده، این چنین بیان می‌کند: «در حوزه موضوع مورد بحث، ظرف پنجاه سال گذشته پیشرفت‌های مهمی به وقوع پیوسته است. این پیشرفت‌ها تردیدی باقی نمی‌گذارد که هدف نهایی رسالت مقدس انسانی تعیین سرنوشت و استقلال مردم مربوط است» (I.C.J., Reports 1971, pa. 52-53).

هنگامی که دیوان برای نخستین بار مفهوم تعیین سرنوشت را بررسی می‌کرد، این واژه هنوز از نظر بسیاری به عنوان یک مفهوم سیاسی (و نه حقوقی) تلقی می‌شد (Higgins, 1998, p.)

694). کاسسه می‌گوید: «بنابراین دیوان به درستی تأکید می‌کند که اصل تعیین سرنوشت که متعاقب جنگ جهانی اول جایگاهی در جامعه بین‌المللی نداشت، از ۱۹۴۵ به بعد به یک اصل مادر در جامعه بین‌المللی ارتقا یافت و لذا باید نسبت به همه نهادهای حقوقی اعمال شود. به عبارت دیگر تعیین سرنوشت افزون بر اینکه در روابط بین‌المللی حال و آینده اعمال خواهد شد، یک معیار اساسی رفتاری است که راه خود را به گذشته نیز تحمیل می‌کند» (Cassese, 1996, p. 354).

در ۱۹۴۵ منشور ملل متحد تنها با تعیین سرنوشت برای سرزمین‌هایی مواجه بود که تحت نظام قیمومت بین‌المللی قرار می‌گرفتند. باین‌همه، مجمع عمومی سازمان ملل در ۱۹۶۰م اعلام کرد که حق تعیین سرنوشت، حقی برای کلیه سرزمین‌های وابسته است. دیوان در رأی مشورتی خود بر این مطلب مهر تأیید قضایی زده، اظهار می‌نماید: «توسعه بعدی حقوق بین‌الملل در مورد سرزمین‌های غیرخودمختار، آنگونه که در منشور ملل متحد آمده، اصل تعیین سرنوشت را نسبت به همه آنها قابل اعمال نموده است. مرحله مهم بعدی در این توسعه اعلامیه اعطای استقلال به مردم و کشورهای مستعمره بود که همه ملت‌ها و سرزمین‌هایی را که تاکنون استقلال کسب نکرده بودند را دربر گرفت» (Ibid).

قاضی آمون در موافقت کامل با این نظر دیوان در خصوص توسعه و پیشرفت حقوق بین‌الملل می‌گوید: «با توجه به مواد (۲) ۱ و ۵۵ منشور و نیز تأیید بعدی آن توسط میثاق‌ها، اعلامیه‌ها و قطعنامه‌ها که متضمن پذیرش کامل حق تعیین سرنوشت ملت‌ها است، این حق جنبه جهانی یافته است» (I.C.J., Reports 1971, Ammoun, p. 75). کاسسه در نتیجه‌گیری از رأی مشورتی دیوان می‌گوید: «دیوان این تحول حقوقی را با مهر رسمی خود مورد تأیید قرار داد» (Cassese, *Op.cit.*).

هر کشور موظف است تا از هر اقدامی که به زور به ملت‌ها را از حق تعیین سرنوشت به‌عنوان اصلی با ویژگی تعهد عام محروم می‌کند، خودداری ورزد (I.C.J., Reports 2004, pa. 156, 88). دیوان در رأی مشورتی صحرای غربی به مفاد قطعنامه‌های ۱۵۱۴ و ۲۶۲۵ مجمع عمومی توجه نموده که اصل تعیین سرنوشت را به‌عنوان حق ملت‌ها قلمداد کرده است و به موجب آن ملت‌ها حق دارند تا نظام سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی خود را آزادانه تعیین نمایند. در این راستا همه دولت‌ها مکلف‌اند تا به‌طور فردی و یا جمعی به تحقق اصل حقوق برابر و تعیین سرنوشت ملت‌ها مطابق با مقررات منشور ملل متحد کمک کنند (I.C.J., Reports 1975, pa. 54-58).

در قضیه تیمور شرقی (۱۹۹۵م) نیز دیوان در تأیید ادعای پرتغال مبنی بر اینکه حق مردم در تعیین سرنوشت همان‌گونه که از منشور و رویه سازمان ملل قابل استنتاج است، واجد

وصف تعهد عام است. دیوان در این باره می‌گوید که این یکی از اصول اساسی حقوق بین‌الملل است که در رویه دیوان (قضایای نامیبیا و صحرای غربی) نیز به رسمیت شناخته شده است (I.C.J., Reports 1995, pa. 29). قاضی ورشتاین در چهارچوب اصل کلی حق تعیین سرنوشت و در رد صلاحیت دیوان می‌گوید، به نظر من فقدان رضایت اندونزی (به‌عنوان کشور ثالث در دعوی پرتغال علیه استرالیا) یکی از دلایل ناتوانی دیوان در رسیدگی به اختلاف است، دلیل دیگر که اهمیتش کم‌تر از آن نیست، نبود شواهدی نسبت به نظر مردم تیمور شرقی در باره دادخواست پرتغال است (I.C.J., Reports 1995, Vereshchetin, p. 138).

مبحث دهم، اصل اقدام تقریبی

در قضیه پروژه گابچیکف- ناگیماروس، مجارستان به دلایل زیست محیطی از اجرای تعهدات خود به موجب معاهده ۱۹۷۷م در قبال اسلواکی امتناع ورزید و اسلواکی نیز متقابلاً برای دستیابی به اهداف معاهده، اقدام به عملیات تغییر مسیر رودخانه دانوب کرد. اسلواکی در توجیه مشروعیت ساخت و اجرای عملیات انحراف آب رودخانه دانوب به‌عنوان تنها راه‌حل باقیمانده، به مفهومی با عنوان «اصل اقدام تقریبی» استناد می‌کند که لوترپاخت در رأی مشورتی ۱۹۵۶م مربوط به کمیته آفریقای جنوب غربی مطرح کرده بود. لوترپاخت می‌گوید، این یک اصل مسلم حقوقی است که هرگاه یک سند حقوقی معتبر به دلیل اقدام یکی از طرف‌ها نتواند اجرا شود، باید بدون اجازه دادن به طرف خاطی برای بهره‌مندی از اقدام غیرقانونی خود، به طریقی عمل کرد که با هدف آن تعهدات، بیشترین قرابت را داشته باشد. تا آنجا که ممکن است باید به یک سند حقوقی اثر بخشید و نه آنکه آن را تغییر داد (I.C.J., Reports 1956, Lauterpacht, p. 46). البته دیوان ضمن تمایل نداشتن به قبول چنین ادعایی می‌گوید، ضرورتی وجود ندارد تا معلوم نماید که آیا «اقدام تقریبی» یک اصل کلی حقوق بین‌الملل هست یا خیر، زیرا اگر حتی چنین اصلی واقعا وجود هم داشته باشد، تنها در محدوده معاهده موردبحث قابلیت اعمال دارد. از نظر دیوان انحراف آب رودخانه دانوب با معاهده ۱۹۷۷م مغایر است (I.C.J., Reports 1997, pa. 76).

نتیجه

بر اساس ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، اصول کلی حقوقی یک منبع مستقل حقوق بین‌الملل محسوب می‌شود که دارای قلمرو جهانی بوده و پیش از اینکه ناشی از اراده دولت‌ها باشد، بیانگر وجدان حقوقی نوع بشر است. این اصول دارای ویژگی عینی است و کل نظام حقوق بین‌الملل باید در پرتو این اصول، تفسیر و اعمال شوند. اصول کلی حقوقی نه‌تنها

در دیوان بین‌المللی دادگستری، بلکه در سایر محاکم ملی و بین‌المللی نیز دارای جایگاهی خاص می‌باشد. دادگاه اروپایی حقوق بشر در پرونده‌های زیادی بر قابلیت اعمال اصول حقوق بشر و اینکه حقوق اساسی بشر بخشی از اصول کلی حقوقی است، تأکید می‌کند (Meron, 2006, p. 385).

یکی از اهداف طراحان اساسنامه سابق و فعلی دیوان از تدوین بند (ج) ماده ۳۸ اساسنامه، گریز از صادر نکردن رأی به دلیل سکوت و یا فقدان قاعده بوده است. هنگامی که دیوان در بخش اجرایی رأی مربوط به سلاح‌های هسته‌ای و پس از صرف ماه‌ها وقت به این نتیجه می‌رسد که در خصوص استفاده از سلاح‌های هسته‌ای در شرایط حاد و برای دفاع از خود که کشور در خطر است، حقوق بین‌الملل و در نتیجه دیوان حرفی برای گفتن ندارد، این موضوع سبب انتقاد برخی از قضات می‌شود. به نظر قاضی شوئبل، اگر قرار بود که رأی نهایی دیوان این باشد، بهتر بود که دیوان به دلیل عدم صلاحیت اصلی به صدور رأی اقدام نمی‌کرد. او معتقد است که نه تئوری‌های غالب حقوقی و نه رویه دیوان، عدم صدور حکم به دلیل سکوت و یا فقدان قانون را نپذیرفته‌اند. یکی از اهداف طراحان اساسنامه دیوان سابق و دیوان فعلی از تدوین ماده ۳۸ اساسنامه، گریز از این راه بسته بوده است. دیوان اختیار دارد تا افزون بر معاهدات و عرف بین‌المللی، اصول کلی حقوقی پذیرفته‌شده نزد ملل متمدن را نیز اعمال نماید. برای اجتناب دیوان از صدور حکم در چنین مواردی باید در اساسنامه‌اش تصریح می‌شد (I.C.J., Reports 1996, Schwebel, p. 101). بیشتر حقوق‌دانان بین‌المللی بر این عقیده‌اند که هدف از درج اصول کلی حقوقی، پیشگیری از خلأ حقوقی بوده است (Pellet, 2006, pp. 764-65) و لذا دکتترین به‌طور کلی از تفسیر موسع اصول کلی حقوقی حمایت می‌کند (MacLean, 1992, p. 19).

برای هر وضعیت بین‌المللی، همواره یک قاعده حقوقی صریح قابل اعمال وجود ندارد. اما هر وضعیت را می‌توان بر اساس قواعد حقوقی سنجید. این دقیقاً وظیفه قضایی دیوان است که خواه در روند ترافعی و یا مشورتی، اصول کلی را در خصوص وضعیت‌های خاص اعمال نماید. استناد به سکوت قانون در رویه ۶۵ ساله دیوان سابقه ندارد. قاضی هیگینز می‌گوید، هیچ‌کس نمی‌تواند با آگاهی از رنج غیرقابل تحمل و انهدام گسترده ناشی از سلاح‌های هسته‌ای، این سلاح‌ها را نامشروع نداند. هیچ‌کس نباید اوضاع و احوال واقعی انسان را نادیده بگیرد. راهنمای قضایی دیوان، خواه در مسائل پیچیده تفسیر حقوق بشردوستانه و یا در حل تعارض‌های ادعایی میان قواعد متعارض، باید ارزش‌هایی باشد که حقوق بین‌الملل ارتقا و حمایت آن را دنبال می‌کند. در اینجا راهنمای قضایی این است که آیا اعلام مشروعیت نداشتن کاربرد سلاح‌های هسته‌ای به‌طور مطلق و در هر شرایطی و یا اظهارات دوپهلوی دیوان در بند

(ث) بخش اجرایی، کدام یک حمایت از نوع بشر را بهتر تضمین می کند (I.C.J., Reports 1996, Higgins, pa. 39-41).

از نظر قاضی کروما، حقوق بین الملل همانند حقوق داخلی نمی تواند در خصوص هر موضوع مشخص واجد قاعده ای قطعی باشد، بلکه این بر عهده رویه قضایی است تا تعارض میان حقوق و منافع متضاد را در نبود هر مقرر خاص حقوقی با اعمال اصول کلی حقوقی حل کند. لذا اگر دیوان در قضیه سلاح های هسته ای به طیف کلی حقوق شامل کنوانسیون های بین المللی، قواعد عرفی بین المللی، اصول کلی حقوقی، تصمیمات قضایی و نیز قطعنامه های سازمان های بین المللی (به عنوان شاهد قواعد حقوقی) توجه می کرد، به عدم صدور حکم به دلیل سکوت و یا فقدان قانون نمی رسید (I.C.J., Reports 1996, Koroma, pp. 336-351).

به هر حال، برخی قضات از جمله قاضی ورشتاین بر این باورند که موضوع ممنوعیت استناد به فقدان قواعد حقوقی و یا ضرورت پر کردن این خلأها با توسل به اصول کلی حقوقی، مسائل مرتبط با آزادی ترافیعی هستند که در آن از دیوان خواسته می شود تا برای حل و فصل اختلاف میان طرف ها یک تصمیم قطعی و الزام آور اتخاذ نماید (I.C.J., Reports 1996, Vereshchetin, p. 57).

منابع و مأخذ

الف) آرای دیوان بین المللی دادگستری

1. The Corfu Channel Case, (Merits), I.C.J. Reports 1949.
2. Interpretation of Peace Treaties With Bulgaria, Hungary and Romania, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950.
3. Haya De La Torre Case (Colombia / Peru), I.C.J. Reports 1951.
4. Anglo-Iranian Oil Co. Case (United Kingdom v. Iran), Preliminary Objections, I.C.J. Reports, 1952.
5. Ambatielos Case (Greece v. United Kingdom), Merits, I.C.J., Reports 1953.
6. Effect of Awards of Compensation made by the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1954.
7. Admissibility of hearings of Petitioners by the Committee on South West Africa, I.C.J. Reports. 1956.
8. Judgment of the Administrative Tribunal of the ILO Upon complaints made against Unesco, I.C.J. Reports, 1956.
9. Case of Certain Norwegian Loans (France V. Norway), I.C.J. Reports 1957.
10. Case Concerning Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India), (Merits), I.C.J. Reports 1960.
11. Case Concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) Preliminary Objections, I.C.J. Reports 1961.
12. Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962) (Belgium v. Spain), Preliminary Objections, I.C.J. Reports 1964.
13. South West Africa Cases, (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Second phase, I.C.J. Reports 1966.
14. Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971.
15. Application for Review of Judgment No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1973.

16. Nuclear Tests (Australia v. France; New Zealand v. France), I.C.J. Reports 1974.
17. Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975.
18. Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), I.C.J. Reports 1985.
19. Case concerning the Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali), Advisory Opinion, I.C.J. Reports, 1986.
20. Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua, I.C.J. Reports 1986.
21. Case Concerning East Timor, (Portugal v. Australia) I.C.J. Reports 1995.
22. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion (General Assembly), I.C.J. Reports 1996.
23. Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), I.C.J. Reports., 1997.
24. Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004.
25. Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application, I.C.J. Reports 2006.
26. Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007.

ب) آرای دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری

1. P.C.I.J., Advisory Committee Jurists: Proces-Verbaux of the Proceedings of the Committee, 16 June–24 July 1920.
2. Case Concerning the Factory at Chorzow (Merits), P.C.I.J., Series A, No. 17, 1928.

ج) دیگر منابع

1. Cassese, A., **The International Court of Justice and the Right of Peoples to Self-determination**, in: V Lowe and Fitzmaurice, (eds), Fifty Years of the International Court of Justice: Essay in Honour of Sir Robert Jennings, Cambridge, CUP, 1996.
2. Danilenko, G. M., **Law-Making in the International Community**, Dordrecht, Nijhoff, 1993.
3. Cheng, Bin, **General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals**, Cambridge, Grotius, 1987.
4. Higgins, R., **The International Court of Justice and Human Rights**, in K Wellens, (ed), **International Law: Theory and Practice: Essay in Honour of Eric Suy**, The Hague, Martinus Nijhoff, 1998.
5. Kelsen, H., RT Tucker, (ed), **Principles of International Law**, 2nd, New York, NY, Holt, Rinehart and Winston, 1967.
6. MacLean, Robert M., **Public International Law**, The HLT Group Ltd, 1992.
7. Meron, Theodor, **The Humanization of International Law**, Martinus Nijhoff, 2006.
8. O'Connell, DP., **International Law**, 2nd (ed), London, Stevens and Sons, Vol 1, 1970.
9. Pellet, Alain, Article 38, in: Andreas Zimmermann and Others, **The Statute of the International Court of Justice: A Commentary**, 2006.