

## مفهوم «سیاست حقوقی» در رویه قضایی بین‌المللی

سیدجمال سیفی\*  
وحید رضادوست\*\*

تاریخ پذیرش: ۹۸/۰۹/۲۰

تاریخ دریافت: ۹۸/۰۶/۲۷

### چکیده

همواره روایت غالب در حقوق بین‌الملل این بوده است که محاکم بین‌المللی با قواعد «عینی» حقوقی روبه‌رو هستند که باید آنها را بی‌کم‌وکاست بر موارد انضمامی اعمال کنند. مطابق این نظرگاه، اصول و قواعد حقوق بین‌الملل را نباید «تفسیر به رأی» کرد و همیشه باید «بی‌طرفانه» به قضاوت پرداخت. نوشتار حاضر ضمن تبیین معرفت‌شناسانه اعمال قاعده انتزاعی بر مورد انضمامی، به دفاع از این اندیشه می‌پردازد که «تفسیر بی‌رأی» وجود ندارد و همیشه مفروضاتی فراموضوعه به فهم و تفسیر قاعده جهت می‌دهند. بر این اساس، می‌توان از مفهوم «سیاست حقوقی» در حقوق بین‌الملل پرده برداشت؛ مفهومی که تاکنون چندان محلّ مذاقه نبوده و در بهترین حالت با «سیاست قضایی» یکی انگاشته شده است. سیاست حقوقی در حقوق بین‌الملل حامل این پیام است که به‌ازای هر مسئله حقوقی، تنها یک «پاسخ درست» وجود ندارد و هیچ محکمه‌ای نمی‌تواند با صرف اعمال مکانیکی قواعد حقوقی بریده از واقعیت‌های جامعه بین‌المللی، تقصیر را بر گردن دیگرانی بیندازد که حقوق را ایجاد کرده‌اند. باید همیشه در خاطر داشت که خطّ فارق میان «حقوق موجود» و «حقوق مطلوب»، نه امری موضوعه، بلکه امری نظری و در نتیجه، سیال است.

### کلیدواژگان:

دیوان بین‌المللی دادگستری، رویه قضایی، سیاست حقوقی، مفروضات فراموضوعه.

---

\*دانشیار دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی

sjseifi@dpimail.net

\*\*دانش‌آموخته حقوق بین‌الملل عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول)  
vahidrezadoost@yahoo.com

در مخالفت: «رای خوب، رأیی است که در تطابق کامل با حقوق صادر شود، بدون

این که به هر طریقی، تحت تأثیر امور سیاسی یا اقتصادی واقع شود».

Marcelo Kohen, 'Règlement judiciaire des différends', *Revue de l'Institut de Hautes Etudes internationales et du développement*, Genève, no. 6, 2010, p. 8.

در موافقت: حقوق بین‌الملل نمی‌تواند «در مواجهه با اختلاف‌های بین‌المللی، طریقی

غیرسیاسی در پیش گیرد».

Martti Koskeniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Cambridge University Press, 2005, p. 69.

## مقدمه

از مشهورات است که حقوق مساوی است با «مجموعه قواعد حقوقی»، و حقوق بین‌الملل چیزی نیست، جز «مجموعه قواعدی که بر روابط بین‌المللی دولت‌ها حاکم است».<sup>۱</sup> فارغ از اینکه این سخن درست است یا نه، هدف نوشتار حاضر، بررسی نقش «قاعده حقوقی» به عنوان یکی از عوامل شکل‌دهی به نظام حقوقی بین‌المللی است.

بسیاری از اهالی حقوق بین‌الملل - به ویژه حقوقدانان متمایل به رویکردهای سنتی - تمایل دارند این نظام را به گونه‌ای معرفی کنند که گویی هیچ عاملی جز خود اصول و قواعد حقوقی بین‌المللی (اعم از معاهده، عرف، اصول کلی حقوق و روی هم رفته، «منابع حقوق بین‌الملل») نقشی در دادرسی‌های بین‌المللی ندارد. اینان بر این باورند همین که قاعده یافت شد، کار تمام است و باید آن را بر واقعه حمل، و نتیجه را استخراج کرد؛ دیدگاهی که بیشتر با موضوعه‌گرایی (پوزیتیویسم) و شکل‌گرایی (فرمالیسم) نزدیکی دارد. در مقابل، اما طرف‌داران رویکردهای انتقادی بر این نظرند که حقوق از آسمان فرو نیفتاده است و بنابراین نمی‌تواند در خلأ فهمیده شود. حقوق نیز مانند سایر پدیدارهای اجتماعی، در محملی خاص پرورده می‌شود و بنابراین جهت‌دار است. حقوق نیازی به سیاسی‌شدن ندارد؛ حقوق پیشاپیش سیاسی است.<sup>۲</sup>

۱. برای دیدن نظر مخالف نک: کتاب رزالین هیگینز که با این جمله آغاز می‌شود: «حقوق بین‌الملل، قواعد نیست. حقوق بین‌الملل، نظامی هنجاری است».

Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford University Press, 1995, p. 1. (تأکید از ماست)

۲. مارتی کاسکنیمی از طرف‌داران بنام این دسته است. او در قسمتی از پروژه فکری خود کوشید تا برخی سوبه‌های این اندیشه را بر آفتاب افکند و نشان دهد که حقوق بین‌الملل چیزی نیست جز سیاست حقوق بین‌الملل. نک:

Martti Koskeniemi, *The Politics of International Law*, Hart Publishing, 2010.

بنابراین، سؤال محوری این است که فرایند رسیدگی‌های حقوقی در حقوق بین‌الملل چه ماهیتی دارد. آیا صرفاً قواعد موجود در حقوق بین‌الملل است که در این عرصه ایفای نقش می‌کنند یا امور دیگری نیز در این میان دارای نقش و جایگاهی هستند. شاید در وهله نخست چنین به نظر رسد که اساساً تفاوت نگرش حقوقی و سایر نگرش‌ها در تنظیم روابط اجتماعی، در این است که حقوق، فارغ از ملاحظات شخصی و سلیقه‌ای خاص عمل می‌کند (یا حداقل، باید چنین عمل کند)؛ زیرا قبل از اینکه حقوق بتواند جایی در جامعه داشته باشد، این حکم حاکم بود که حقوق و تکالیف را معین می‌کرد. اما پس از شکل‌گیری نظام حقوقی، فرمان‌های شخصی، جای خود را به قواعد عینی حقوقی داده‌اند. بنابراین، اگر قرار است اختلاف از مجرای حقوقی فیصله یابد، این امر باید کاملاً بر اساس «حقوق» سامان پذیرد نه مثلاً بر اساس امور سیاسی یا اقتصادی.<sup>۱</sup>

با این حال، با نگاهی عمیق‌تر و نظر کردن در معرفت‌شناسی حقوق، معلوم می‌شود قواعد حقوقی که قرار است «عینی» باشند، تا زمانی که فهم و تفسیر و بر موردی خاص اعمال نشوند، در حکم عدم‌اند و بود و نبودشان فرق چندانی نخواهد داشت.<sup>۲</sup> اینجاست که «سیاست حقوقی» سربرمی‌آورد. مفسرین قواعد حقوقی، هر قاعده و مفهوم حقوقی را با مفروضات خود فهم و تفسیر می‌کنند و اینجاست که عینیت حقوق، نسبی می‌شود. حقوقدانی که ذهنیت حاکمیت‌محور دارد، اعمال حقوق بشر را به نحوی می‌فهمد که دیگری با ذهنیتی دیگر آن را در تضاد با حقوق بشر

1. Marcelo Kohén, 'Règlement judiciaire des différends', *Revue de l'Institut de Hautes Etudes internationales et du développement*, N° 6, 2010, p. 8.

۲. نباید چنین پنداشت که برخی اصول و قواعد حقوقی را می‌توان بدون تفسیر، فهمید و در موارد ملموس اعمال کرد. واردکننده این اندیشه ناصحیح به عرصه تفسیر در حقوق بین‌الملل مبنی بر اینکه «آنچه نیازمند تفسیر نیست، نباید تفسیر شود» وائل است. نک:

Emer de Vattel, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, vol. I, 1758, p. 461.

گرچه در نظر نخست، این گزاره «تحلیلی» و توتولوژیک، صادق و بلکه ضروری‌التصدیق می‌نماید، با این حال، امروزه توسعه فلسفه زبان و ورود آن به مباحث نظریه حقوق نشان داده است که عرصه تودرتوی زبان، چنان است که اساساً هیچ گزاره‌ای مصون از تفسیر نمی‌نماند. به تعبیر دیگر، هر سخنی تا تفسیر نشود، فهم نمی‌شود. در این معنا، تفسیر فرایندی ثانوی نیست، بل هم‌عنان و چه‌بسا معادل فهمیدن است. مقایسه کنید با این سخن هربرت هارت که گفته است: «حتی زمانی که قواعد عام صورت‌بندی شده در قالب الفاظ استفاده می‌شود، ممکن است عدم قطعیت در خصوص شکل رفتار مدنظر آنها در موارد ملموس مشخص بروز کند. رخدادهای مشخص، منتظر ما نمی‌ایستند تا پیشاپیش، آنها را از هم تمییز دهیم و آنها را مصادیقی از قاعده عامی بدانیم که اعمال آن، محل بحث است؛ نیز هیچ‌یک از این قواعد، مصادیق خود را مشخص نمی‌کنند. محدودیتی ذاتی در ماهیت زبان در تمام حوزه‌های عمل، و نه فقط حوزه قواعد در خصوص راهنمایی که زبان عام می‌کند، موجود است». نک:

Herbert Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1994, p. 126.

می‌داند. بر همین قیاس، حقوقدانی که حقوق را صرفاً ارادی می‌داند، مفهوم «موضوع و هدف» معاهده را چنان می‌فهمد که با برداشت دیگری که حقوق را محصول «جامعه مشترکات» می‌داند، تفاوت دارد و قس علی‌هذا. باید همیشه در خاطر داشت که «تفسیر به رأی» صرفاً به این معنا قابل پذیرش است که نباید مغرضانه به مسائل نگریست، وگرنه در معنای دقیق کلمه، هر تفسیری «تفسیر به رأی» است و «تفسیر بی‌رأی» هنوز از مادر تاریخ نزاده است.

این سخن اگر در کلیت صادق است، در حقوق بین‌الملل بسی صادق‌تر است: نظامی که نه دارای قانون اساسی است و نه تفکیک قوا در آن وجود دارد و رأی محکمه اصلی آن نیز نه برای خود آن و نه برای سایر محاکم لازم‌الاتباع نیست، سیاست حقوقی در آن نقشی بسیار پررنگ ایفا می‌کند و به همین دلیل، حقوق بین‌الملل نمی‌تواند «در مواجهه با اختلاف‌های بین‌المللی، طریقی غیرسیاسی در پیش گیرد».<sup>۱</sup> البته این بدان معنا نیست که حقوق، تابع سیاست است و عملاً بازچه‌ای بیش نیست. اجمالاً باید دانست که در این‌باره دو نوع سیاست را باید از یکدیگر تفکیک کرد: یکی، «سیاست برون‌حقوقی» و دیگری، «سیاست درون‌حقوقی»<sup>۲</sup> و این سیاست نوع دوم، مراد ما در نوشتار حاضر است که معنا و بسط آن در ادامه خواهد آمد.

در حقوق بین‌الملل، مفهوم سیاست حقوقی تا حدود زیادی مبهم است و عبارت «سیاست قضایی» نیز که نزدیک‌ترین مفهوم به آن تلقی می‌شود، نه در ادبیات حقوقی فرانکوفون<sup>۳</sup> و نه در

1 Martti Koskeniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge University Press, 2005, p. 69.

در عرصه حقوق، این قاضی است که نهایتاً باید به تفسیر قواعد بپردازد و چنان که کلسن تذکار می‌دهد، تفسیر، صرفاً فنی حقوقی نیست، بلکه مسئله‌ای مربوط به سیاست قضایی نیز است.

Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig, Deuticke, 1934, p. 98, cited in: Andrea Gattini, 'Le rôle du juge international et du juge national et la coutume internationale', *Unité et diversité du droit international. Ecrits en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy*, Martinus Nijhof, 2014, p. 273.

۲. تفکیک «سیاست برون‌حقوقی» و «سیاست درون‌حقوقی» از ماست. با این حال، تفکیکی مشابه را می‌توان نزد رُبر کُلب ملاحظه کرد؛ تفکیک میان «سیاست حقوقی» (با تأکید بر «سیاست») و «سیاست حقوقی» (با تأکید بر «حقوقی»). نک:

Robert Kolb, 'La question de la Palestine et la politique juridique' in *L'état de Palestine à l'ONU*, Paris, Pedone, 2016, p. 20.

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

با اینکه ابی‌صعب محتاطانه سخن خود را به ادبیات سنت فرانسوی محدود کرده است، بررسی‌های راقم این سطور نشان می‌دهد که این بحث در سنت انگلیسی‌زبان نیز به‌شدت فقیر است.

ادبیات انگلوساکسون چندان رایج نیست. مباحث حقوقی بین‌المللی فراوانی وجود دارد که به نوعی می‌توان آنها را مرتبط با سیاست حقوقی دانست: گاهی یک نهاد می‌خواهد نکاتی را مطرح کند که در سیر عادی امور نمی‌تواند به بیان آنها بپردازد. نهاد مذکور در این حالت سعی می‌کند با پیاده‌کردن نوعی دیپلماسی، صحنه را طوری طرّاحی کند که بتواند آنچه را مدنظر دارد، بیان نماید.<sup>۱</sup> گاهی نیز سعی می‌شود به هر علتی از گفتن برخی سخنان طفره رفته شود.<sup>۲</sup> افزون‌براین، گاهی سیاست حقوقی به معنای رسیدن نهاد به مقاصد است که در راستای منافع او قرار دارد. همچنین، گاهی مصلحت‌اندیشی‌های یک نهاد، آن را وامی‌دارد که به گونه‌ای خاص رفتار کند.<sup>۳</sup>

«سیاست حقوقی» دیگری نیز در حقوق بین‌الملل وجود دارد که توجه به آن ضروری به نظر می‌رسد. این سیاست که «سیاست حقوقی خارجی» نامیده شده است و تنها در ادبیات فرانسوی حقوق بین‌الملل وجود دارد، با کتاب لشریر<sup>۴</sup> تحت همین نام<sup>۵</sup> شهرت یافت.<sup>۱</sup> بالاین‌حال، این نوع

۱. در این خصوص، به عنوان نمونه نک: رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه سکوهای نفتی که در سال ۲۰۰۳ میلادی صادر شده است. دیوان در این قضیه، حق ورود به بحث از توسل به زور را نداشت؛ چراکه مبنای صلاحیتی محدود در این قضیه، چنین اجازه‌ای را به او نمی‌داد. با این حال، دیوان بنا بر مصالحی با وارونه کردن جریان دادرسی، از طریق پرداختن به ادعای ایالات متحده در خصوص دفاع مشروع توانست به مسئله توسل به زور بپردازد. برای مطالعه مبسوط دیپلماسی دیوان در این پرونده نک:

Jamal Seifi, 'Procedural and Evidentiary Innovations in the Judgment of the International Court of Justice in the Oil Platforms Case (November 2003)' in Jin-Hyun Paik, Seok-Woo Lee, Kevin Y. L. Tan (eds), *Asian Approaches to International Law and the Legacy of Colonialism. The Law of the Sea, Territorial Disputes and International Dispute Settlement*, Routledge, 2013, pp. 9-24.

۲. در این خصوص، به عنوان نمونه، می‌توان آراء مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری به خصوص در قضایای سلاح‌های هسته‌ای سال ۱۹۹۶ و اعلامیه استقلال کوزوو سال ۲۰۱۰ را ذکر کرد که در هر دو مورد، دیوان می‌توانست با تغییر سیر استدلالی خود، به نتایج متفاوتی دست یابد.

۳. دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه مارشال بر ضد ۹ دولت هسته‌ای در سال ۲۰۱۶ با تفسیری فرمالیستی، صلاحیت خود در رسیدگی به دعوا را نپذیرفت و بیان داشت که در دعوی حاضر، در زمان ثبت دعوا «اختلاف» وجود نداشته است؛ امری که به انتقادات زیادی انجامید. در این خصوص به عنوان نمونه نک:

Opinion dissidente de M. le juge ad hoc Bedjaoui, *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom)*, ICJ Reports 2018, pp. 5-8.

4 Guy Ladreit de Lacharrière (1919-1987).

وی قضای دیوان بین‌المللی دادگستری بود که قبل از آن، در بخش خدمات حقوقی وزارت امور خارجه فرانسو فعالیت می‌کرد و در طول سال‌های ۱۹۷۳ تا ۱۹۸۱ به عنوان نماینده این دولت در سومین کنفرانس ملل متحد راجع به حقوق دریا حضور داشت.

5 Guy Ladreit de Lacharrière, *La politique juridique extérieure*, Economica, Paris, 1983.

۱. لشریر معتقد بود، حقوق تابع سیاست است و این منافع هر دولت است که به تفسیر خاص او از قواعد حقوقی بین‌المللی جهت می‌دهد. منظور از سیاست هم در اینجا، منافع ملی هر دولت است. بنابراین، از آنجا که منافع ←

سیاست حقوقی - بر فرض پذیرش - متعلق به دولت‌هاست، نه محاکم بین‌المللی؛ بنابراین موضوعاً از بحث حاضر خارج است.

باری، ممکن است گفته شود، عبارت «سیاست حقوقی» متناقض است؛ زیرا سیاست به مفاهیمی شخصی و ایدئولوژیک اشاره دارد که هر شخص بنا به وضعیت و منافع خود از آن دفاع می‌کند؛ درحالی‌که حقوق علی‌الإدعا به دنبال معیاری عینی برای تأمین حکومت قانون، پیش‌بینی‌پذیری و امنیت حقوقی در جامعه است. بنابراین، سخن گفتن از سیاست حقوقی محاکم بین‌المللی با ماهیت حقوقی و عینی آنها سازگار نیست. پاسخی ابتدایی که می‌توان به این ایراد داد، این است که معیارها و قواعد حقوقی، هر قدر هم که وضوح داشته باشند، باز نیازمند تفسیرند. قواعد حقوقی هیچ‌گاه نمی‌توانند تمام شرایط ممکن را پیش‌بینی کنند و در نتیجه برای فهم و تفسیر قواعد و اعمال آنها پس از دوران وضع، همیشه وجود مفسرین قواعد حقوقی ضروری است. کار مفسر قواعد این است که قواعد ثابت و انتزاعی را بر شرایط متغیر و انضمامی تطبیق دهد؛ کاری که نه صرفاً دکماتیک، بلکه فعالیتی خلاقانه است و بیش از هر چیز با هنر نزدیکی دارد.<sup>۱</sup> همچنین در نظام حقوق بین‌الملل، قاضی به شیوه‌های گوناگون می‌تواند قاعده‌ای را از دل مجموعه‌ای متورم از قواعد بیرون بکشد. بنابراین، امر تفسیر را نمی‌توان به دستگاه‌های بی‌جانی

→ ملی دولت‌ها با یکدیگر متفاوت و حتی گاه متزاحم است، تفاسیر آنها نیز از قواعد حقوقی بین‌المللی متفاوت می‌شود. به تعبیر دیگر، این، نه خود قواعد، که منافع ملی دولت‌هاست که به تفاسیر دولت‌ها از آن قواعد جهت می‌دهد. به عبارت دیگر، ابتدا، منافع دولت‌ها به تعیین وضعیتی می‌انجامد، سپس، تفاسیر حقوقی، توجیهات لازم برای آن وضعیت را فراهم می‌آورد. نهایتاً اینکه، در نظر لشریر، از آنجا که منافع دولت‌ها را خود آنها تعیین می‌کنند و همچنین، این منافع‌اند که جهت‌دهنده تفاسیر دولت‌ها از قواعد حقوقی بین‌المللی هستند، بنابراین، تفاسیر مذکور، کاملاً تفسیری شخصی می‌شوند.

Robert Kolb, *Réflexions sur les politiques juridiques extérieures*, Pedone, 2015, pp. 5-6.

بدین ترتیب، می‌توان گفت منظور لشریر این است که سیاست (در معنای منافع هر دولت) زیربنای روابط بین‌الملل است و حقوق رونمایی بیش نیست. دیدگاه‌های لشریر در مورد مبنای حقوق بین‌الملل از انتقاد مصون نمانده است؛ زیرا دیدگاه او اصول حقوق بین‌الملل را از درون خالی می‌کند و عملاً امنیت حقوقی را از عرصه بین‌المللی بیرون می‌راند (همان، ص ۶).

۱. فیلیپ آلت، نظریه پرداز کمبریجی حقوق بین‌الملل، تفسیر در حقوق بین‌الملل را هنری محض می‌داند و معتقد است: «تفسیر، پویا، خلاق و تحول‌پذیر است و صرفاً کاری مکانیکی و بُعدی اتفافی و فرعی از واقعیت متن نیست. تفسیر یک نیروی دائمی در حال تغییر زندگی است که بر روی متن اثر می‌گذارد و دائماً اثر آن را در طول تاریخ زندگی خود اصلاح می‌کند».

Philip Allot, 'Interpretation—An Exact Art' in Andrea Bianchi, Daniel Peat, and Matthew Windsor (eds), *Interpretation in International Law*, Oxford University Press, 2015, p. 392.

سپرد که قواعد را با چند قاعده منطقی صرف و در خلاً تفسیر کنند.<sup>۱</sup> اگر چنین است، باید دانست که نمی‌توان انتظار داشت مفسر، قاعده حقوقی را بدون پیش‌فرض فهم و تفسیر کند: تفسیر همیشه با پیش‌فرض همراه است و اطلاعات پیشینی موجود در ذهن بر نحوه تفسیر پسینی قاعده مورد نظر تأثیر می‌گذارد. این البته به معنای غلبه نیت‌های شخصی بر حقوق نیست، بلکه به معنای نسبت فهم‌ها از قاعده حقوقی واحد است. بدین ترتیب، نوعی سیاست یا به تعبیر دیگر، مصلحت‌اندیشی در تمام تصمیمات قضایی وجود دارد؛<sup>۲</sup> تصمیماتی که رنگ آدمیت بر آنها زده می‌شود.<sup>۳</sup> در این معناست که احکام محاکم بین‌المللی، برای روشن‌سازی قواعد و اصول، و نیز انضمامی کردن آنها برای اعمال در قضیه‌ای خاص به کمک حقوق بین‌الملل می‌آید و همین جاست که «رویه قضایی» تبدیل به مهم‌ترین ابزار فهم سیاست حقوقی می‌شود.

#### ۱. ارتباط «سیاست حقوقی» با دوگانه «تفسیر قضایی» و «رویه قضایی»

گاه چنین گمان می‌رود که «رویه قضایی» یعنی صرفاً آرای که در گذشته صادر شده است. رویه قضایی بدین معنا چندان ارتباطی با «سیاست حقوقی» ندارد. با این حال، رویه قضایی معنایی عمیق‌تر نیز دارد که مطابق آن می‌توان پای انواع نظریه و سیاست حقوقی را به ماجرا گشود. در این میان، توجه به تفسیری که منجر به رویه قضایی به معنای اخیر می‌شود، ضروری است؛ تفسیری که از آن با عنوان «تفسیر قضایی» یاد می‌شود.

هر تفسیری که در عالم حقوق از اصول و قواعد صورت می‌گیرد، یا تفسیری است که هر «عامل» به صورت انفرادی ارائه می‌کند یا تفسیری است که هر «نهاد» برای فیصله اختلاف به آن متوسل می‌شود. تفاسیر دسته نخست تنها برای فهمیدن قاعده حقوقی به کار گرفته می‌شود و

1. Chaïm Perelman, 'Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse' in *Les notions à contenu variable en droit*, Studies published by Chaïm Perelman and Raymond Vander Elst, proceedings of the Centre national de recherches de logique, Bruylant, 1984, p. 363.

2. Mohammed Bedjaoui, 'Expediency in the Decisions of the International Court of Justice', *British Yearbook of International Law*, vol. 71, n. 1, 2001, p. 4.

۳. خالی از لطف نیست که به این نکته ظریف نیز نظر داشت که ریشه عبارت «Sentence» به معنای «حکم»

(«sententia») برگرفته از «sentire» به معنای «حکم‌کردن» و هم‌ریشه با عبارت «sentiment» به معنای تمایلات و احساسات است؛ گو این که قضاوت حقوقی، هم‌عنان با داوری‌های احساسی است. قس:

Christophe Grzegorzcyk, 'Le jugement juridique en tant que jugement pratique (Implications théoriques)' in *Archives de philosophie du droit*, Sirey, 1983, vol. 28, pp. 326 and 337.

به همین دلیل، هیچ حقوقدانی از این نوع تفسیر - که «تفسیر خودکار» (یا «خودتفسیری»)<sup>۱</sup> نامیده می‌شود - گریزی ندارد. در مقابل این نوع تفسیر، «تفسیر قضایی»<sup>۲</sup> قرار دارد که دارای پیچیدگی‌های بیشتری است: در «تفسیر خودکار» تنها کافی است که قاعده را فهمید و معنای کلی آن را استخراج کرد، اما در «تفسیر قضایی» علاوه بر این، باید دانست که هدف از تفسیر، اعمال قاعده انتزاعی بر موارد و قضایای ملموس و انضمامی است.<sup>۳</sup> بنابراین در تفاسیر قضایی علاوه بر «عامل»، باید به «مورد» (واقعیت انضمامی) نیز عنایت داشت. در این راستا، قاضی باید ارتباطی دوسویه و دیالکتیکی میان «قاعده» و «واقعیه» برقرار کند و از درهم‌آمیزی این دو به «تفسیر قضایی» برسد. کشاکش میان این دو نیرو - و بروز «یوریس دیکره»<sup>۴</sup> - به خلق «رویه قضایی»<sup>۵</sup> می‌انجامد. بدین ترتیب، از یک سو، امر «ذهنی» (نظرگاه قاضی) و «عینی» (واقعیه)، و از دیگر سو، «حقوق موضوعه» و «سیاست حقوقی» با هم ترکیب می‌شوند و به «فراحقوق»<sup>۶</sup> می‌انجامند که چیزی است بیش از یک قاعده حقوقی صرف. این «فراحقوق» نه کاملاً به ظاهر

1. self-interpretation / auto-interpretation = auto-interprétation.

2. judicial interpretation = interprétation judiciaire.

۳ برای مطالعه بیشتر در خصوص مفهوم «تفسیر خودکار» و تفکیک آن از «تفسیر قضایی» نک:

Georges Abi-Saab, 'Interprétation et autointerprétation. Quelques réflexions sur leur rôle dans la formation et la résolution du différend international', *Mélanges R. Bernhardt*, Berlin, 1995, now in Marcelo G. Kohen et Magnus Jesko Langer (eds), *Le développement du droit international Réflexions d'un demi-siècle*, Graduate Institute Publications, pp. 209-220; Robert Kolb, *Interprétation et création du droit international. Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, Pedone, 2006, p. 286 et seq.

۴ *juris dicere* (به معنای «بیان حقوق با توجه به مورد عینی»).

۵. در این بخش، از عبارت «رویه قضایی» معنای بسیار دقیقی مراد است که با «سابقه قضایی» تفاوت دارد. منظور از سابقه قضایی (precedent = précédent)، احکام صادره‌ای است که پیشاپیش وجود دارد، اما رویه قضایی (jurisprudence) به نظرگاهی کلی اشاره دارد که از دل سابقه قضایی بیرون می‌آید. «رویه قضایی» در لغت به معنای «دانش حقوق» است که در حقوق روم، یوریسپرودنتیس (iurisprudentes) یا پرودنتیس (prudentes) نامیده می‌شد و در حقوق کنونی انگلوساکسون، در معنای فلسفه حقوق و نظریه حقوق نیز به کار می‌رود. این اصطلاح در حقوق مدرن، در دو سطح آموزه حقوق دانان (opiniones peritum) و رویه محاکم کاربرد دارد. در نوشتار حاضر، منظور از «رویه قضایی»، نظرگاه حقوقی کلی‌ای است که محکمه‌ای چون دیوان بین‌المللی دادگستری از دل سابقه قضایی و آموزه‌های حقوقی استخراج می‌کند. برای مطالعه در خصوص مفهوم «رویه قضایی» بدین معنا نک:

Jean Salmon (ed), *Dictionnaire de droit international public*, Brussels, 2001, p. 629; Robert Kolb, *La Cour Internationale de Justice*, Pedone, 2013, p. 1182.

6. meta-law = méta-droit.



قاعده خشک و انتزاعی محدود می‌شود و نه کاملاً رها از قید و بندهای حقوقی است، بلکه چیزی است میان این دو و بنابراین میان «قاعده» و «سیاست حقوقی» در نوسان.<sup>۱</sup>

«رویه قضایی» در هر محکمه‌ای که وجود داشته باشد، حداقل حامل سه نتیجه است: ۱- از آنجا که اصول و قواعد حقوقی به طور کلی و فارغ از وقایع خاص و موردی تنظیم می‌شوند، نیازمند حمل بر هر مورد انضمامی‌اند، و الا همیشه در سطح انتزاع باقی می‌مانند. در این راستا رویه قضایی با جهت‌دهی به این اصول و قواعد، حمل و اعمال آنها بر مورد را ممکن می‌سازد؛ امری که بی‌تردید چیزی به اصول و قواعد مذکور می‌افزاید و بدین ترتیب به «قانون‌سازی قضایی» منتهی می‌شود؛ ۲- «رویه قضایی» پیام‌آور انسجام و سازگاری نظام است. در این معنا، رویه قضایی از طریق پیوند دادن سلسله «سوابق قضایی» به توسعه نظام می‌پردازد؛ ۳- رویه قضایی، خود با عواملی که مستقیماً به اصول و قواعد حقوقی ارتباطی ندارد، قبض و بسط می‌یابد و منظومه نظام حقوقی را دستخوش تغییر می‌کند. این عوامل را باید ذیل مفهوم «سیاست حقوقی» بررسی کرد.<sup>۲</sup>

بنابر آنچه آمد، می‌توان به وضوح دید که «قاعده حقوقی» و «سیاست حقوقی» دو بال «رویه قضایی» محسوب می‌شوند. به دلیل همین درهم‌آمیختگی «رویه قضایی» با اموری چون «سیاست حقوقی» است که طرف‌داران «پوزیتیویسم» در به کار بردن عبارت «رویه قضایی»<sup>۳</sup> اکره دارند؛ تا جایی که حتی برخی از آنها معتقدند که این اصطلاح باید از دایره واژگان حقوقی حذف شود.<sup>۴</sup> نقد این افراد البته به «رویه قضایی» نیست، بلکه به «سیاست حقوقی» است که در لوای «رویه» پا به عرصه حقوق می‌گذارد و عملاً این توان را به محاکم - که کارشان صرفاً فیصله اختلاف است - می‌دهد که در نبود قوه قانون‌گذاری در حقوق بین‌الملل به خلق قاعده بپردازند.

1. Kolb, *Interprétation et création du droit international*, p. 365.

2. Kolb, *La Cour Internationale de Justice*, p. 1182 et seq.

3. Jurisprudence.

۴. در همین راستا بود که ماکسیمیلیان رُسیپیر (حقوقدان و سیاست‌مدار فرانسوی و از عاملین اصلی انقلاب فرانسه) در سال ۱۷۹۰ در نشستی اعلام کرد که این عبارت باید از دایره لغات حقوقی حذف شود. برای مطالعه‌ای مشروح در این خصوص و بسط آن نک:

Christophe Grzegorzczuk, 'Jurisprudence: phénomène judiciaire, science ou méthode?' in *Archives de philosophie du droit*, vol. 30, 1985, pp. 40-41.

## ۲. از «سیاست قضایی» تا «سیاست حقوقی»

در سطح آموزه حقوقدانان بین‌المللی، مفهوم «سیاست حقوقی» چندان به بحث گذاشته نشده است و در عوض، مفهومی دیگر - یعنی «سیاست قضایی» - کاربرد بیشتری دارد. نخستین حقوقدانی که مسئله «سیاست قضایی» را - البته صرفاً در دیوان بین‌المللی دادگستری - جدی گرفت، ژرژ آبی صعب<sup>۱</sup> بود. او معتقد است گرچه دیوان بین‌المللی دادگستری، خلف واقعی دیوان دائمی است، اما این بدان معنا نیست که سیاست قضایی آنها نیز در تاریخ اشتغال قضایشان یکسان بوده باشد. به نظر او، مهم‌ترین تفاوت میان دو محکمه در این نکته نهفته است که دیوان بین‌المللی - برخلاف دیوان دائمی - رسماً یکی از ارکان و حتی «رکن اصلی قضایی» ملل متحد محسوب می‌شود<sup>۲</sup> و از این نظر، دنیایی از تفاوت‌ها میان دیوان سابق و لاحق بروز می‌کند.

توجه به «سیاست قضایی» دیوان در آثار آبی صعب خلاصه نمی‌شود. برخی دیگر از حقوقدانان فرانکوفون، سر این رشته را گرفته و به بسط آن پرداخته‌اند. به طور خاص، نظرگاه آبی صعب نسبت به «سیاست قضایی» در مکتوبات رُبر کُلب گسترش یافته است. در نظر کُلب<sup>۳</sup> «رویه قضایی» سوبه‌ای غیرقابل اجتناب از «سیاست قضایی» را همراه خود دارد. به نظر او (که در نظرگاه یکی از حقوقدانان آلمانی به نام «فردریش مولر» ریشه دارد)<sup>۴</sup> فعالیت‌های هر محکمه حقوقی را می‌توان در پنج حرکت خلاصه کرد: نخست، مسئله‌ای است که مستقیماً به سوبه قانون‌گذارانه نهاد قضایی معطوف است. محکمه در این فعالیت به پذیرش قواعد مربوط به رسیدگی داخلی و سایر مسائل راجع به سازمانش - تا اندازه‌ای که سند تأسیس به او اجازه

1. Georges Abi-Saab, 'De l'évolution de la Cour internationale: réflexions sur quelques tendances récentes', *Revue générale de droit international public*, t. 96, N° 2, 1992, pp. 281-295, now in Marcelo G. Kohen et Magnus Jesko Langer (eds), *Le développement du droit international Réflexions d'un demi-siècle*, Graduate Institute Publications, pp. 243-264.

۲. بند ۱ ماده ۷ و ماده ۹۲ منشور ملل متحد، و ماده ۱ اساس‌نامه دیوان بین‌المللی دادگستری.

3. Kolb, *Interprétation et création du droit international*, p. 343 et seq; Kolb, *La Cour International de Justice*, p. 1184 et seq.

۴. خلاصه نظر مولر این است که اصول و قواعد حقوقی انتزاعی را می‌توان به واسطه عناصری چند، ملموس و انضمامی کرد. این عناصر عبارت‌اند از: توجه به عبارت‌پردازی‌ها در قواعد (در مورد قواعد مکتوب)؛ قواعد شناخته‌شده تفسیر؛ عناصر آموزه‌ای؛ عناصر نظری (شامل استدلال‌های حقوقی و نظریه‌های معطوف به اساسی‌گرایی و حقوق اساسی)؛ و در نهایت، عناصر مرتبط با «سیاست حقوقی». قس:

Friedrich Müller, *Juristische Methodik*, Band I, 9th edn, Duncker & Humblot, 2004, p. 269, in Dirk Pulkowski, 'Universal International Law's Grammar' in Ulrich Fastenrath, Rudolf Geiger, Daniel-Erasmus Khan, Andreas Paulus, Sabine von Schorlemer, and Christoph Vedder (eds), *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Bruno Simma*, Oxford University Press, 2011, p. 143.

می‌دهد- می‌پردازد؛ فعالیت دوم متشکل است از تصمیم‌گیری در مورد قضایا به واسطهٔ ارائهٔ «تفاسیر» عینی و بی‌طرف از اصول عام یا خاص مربوطه در هر مورد؛ سومین فعالیت متشکل است از آنچه با اعمال هرمنوتیکی تعیین اینکه کدام‌یک از معیارهای ممکن در تفسیر باید در هر قضیهٔ انضمامی و با چه ترکیبی اعمال شود در ارتباط است؛ چهارمین مورد، امری مربوط به انتخاب‌های رویه‌ای است که مسیری را به سوی مسائل و مباحث حقوقی بی‌پایان و همیشگی موجود در نظام حقوقی معین می‌کند و در مورد این امر به تصمیم‌گیری می‌پردازد که نهاد قضایی چگونه باید- در نظام حقوقی‌ای که پُر از خلأ و عدم قطعیت است، یا حقوق به واسطهٔ تحولات اجتماعی، سیاسی و... دور زده می‌شود،- رهاوردی برای توسعهٔ حقوق به ارمغان آورد و پنجمین اشتغال با برگزیدن رویکردی کلی توسط نهاد قضایی برای اعمال در دوره‌ای خاص در زمان حیات جامعهٔ مربوطه در ارتباط است (مانند رویکردهای محافظه‌کارانه، انقلابی، مصلحت‌اندیشانه و دلیرانه)؛ این یعنی هم باید تصمیم گرفت که آیا قضات باید کارگزاران پیشرو و خلاق «کنش‌گری قضایی» باشند یا رویکردی مبتنی بر «احتیاط قضایی» مناسب‌تر است و همچنین اینکه چگونه می‌توان به تعادلی مناسب میان این دو گرایش متفاوت دست یافت.

در هر حال، به نظر کُلب، جز مورد نخست (که مربوط به قانون‌گذاری در حیطهٔ قضاوت است)، چهار مورد دیگر، همگی با نوعی آزادی عمل «سیاسی» در انتخاب‌های قاضی در ارتباط است. در این راستا، قاضی در فرایند تصمیم‌گیری‌های قضایی خود، این هر چهار فعالیت را با یکدیگر می‌آمیزد و نظرگاه حقوقی خود را با آنها جهت می‌دهد. بنابراین، «رویهٔ قضایی» هم سویه‌های حقوقی دارد و هم سویه‌های سیاسی. امر «سیاسی» در اینجا چیزی جز «سیاسی» در معنای رایج (مانند سیاستی که در مجمع عمومی ملل متحد وجود دارد) است. «سیاست» در اینجا سیاستی «حقوقی» است؛ یعنی سیاستی که در عالم حقوق مطرح می‌شود؛ نظام حقوقی و قواعد مربوط به آن از منظر موقعیت و دورانی اجتماعی- سیاسی که در آن واقع شده است، فهم می‌شود و در چنین فضایی است که محکمه نیز به تصمیم‌گیری می‌پردازد. بر این اساس، نقطهٔ کانونی بحث، تکیه به منظور تعادل میان عدالت است و امنیت حقوقی؛ میان دقت فنی و عملی بودن و میان منفعت فرد و منفعت جمع.<sup>۱</sup> به طور کلی، «سیاست قضایی» در نگاه کُلب به «بایدها» مربوط

1. Kolb, La Cour Internationale de Justice, pp. 1184-1185.

است نه به «هست‌ها». بر این اساس، می‌توان گفت که سیاست قضایی در نگاه او، آرمان‌گرا نیز است. به همین دلیل، او به عنوان نمونه، ایدئولوژی ذهنی قضات را به سیاست قضایی آنها منتسب می‌کند.<sup>۱</sup> به علاوه در نگاه او، «رویه قضایی» از آنجا که با این نوع «سیاست» در هم آمیخته است، به هیچ وجه در بیان قانون و اعمال قاعده کاملاً از پیش تعیین شده خلاصه نمی‌شود. در این نگاه، رویه قضایی در عمیق‌ترین زوایای خود، کاری کاملاً خلاقانه است.

دیگر حقوقدان برجسته بین‌المللی که به تبیین مفهوم «سیاست قضایی» پرداخته، پیر ماری دوپویی است.<sup>۲</sup> به اعتقاد دوپویی، دیوان بین‌المللی دادگستری - مانند هر محکمه‌ای دیگر - علاوه بر اینکه مبتنی بر «حقوق» است، نهادی است که «اشتغال اجتماعی» دارد؛ امری بدین معنا که دیوان باید خود را با «حکومت قانون» سازگار کند. بنابراین، دیوان باید علاوه بر اعمال قاعده حقوقی موردنظر در هر قضیه خاص، به دنبال ارضای نیازهای جامعه بین‌المللی نیز باشد و بتواند در کنار حل و فصل اختلاف‌ها، نقش «زبان‌گویای حقوق»<sup>۳</sup> را نیز بازی کند. بر این اساس، دوپویی دو تعریف از «سیاست قضایی» ارائه می‌کند:<sup>۴</sup> در تفسیر نخست - که تفسیری مضیق و فنی است - «سیاست قضایی» به جهت‌گیری‌های عامی معطوف است که زیربنای رویه قضایی دیوان با توجه به برخی مسائل حقوقی‌ای قرار می‌گیرد که دیوان اشتغال قضایی خود را مطابق با آنها فهم می‌کند. مطابق تفسیر دوم - که تفسیری موسع و آرمان‌گراست<sup>۵</sup> - «سیاست قضایی»

۱. قاضی لوترپاخت در در زمان صدور رأی برخی وام‌های نروژ (۱۹۵۷) معتقد بود که دیوان باید تا جای ممکن، جلوی تخریب وحدت نهادی «اعلامیه‌های اختیاری» را بگیرد و بنابراین، باید تفسیری بسیار مضیق از شرطهایی (از جمله «شرط خودکار» به عمل آید که اعمال اعلامیه‌های مذکور را با مشکل مواجه می‌کند. به همین دلیل، لوترپاخت معتقد است شرط خودکار ایالات متحده در این قضیه باطل است؛ زیرا با بند ۶ ماده ۳۶ اساس‌نامه دیوان مغایرت دارد. نک:

Certain Norwegian Loans (France v. Norway), ICJ Reports 1957, pp. 65 & 43-44.

کلب این عقیده لوترپاخت را که «باید وحدت نهادی «اعلامیه‌های اختیاری» حفظ شود»، مصداقی از «سیاست قضایی» می‌داند. نک:

Kolb, *Interprétation et création du droit international*, p. 344, fn. 897.

2. Pierre-Marie Dupuy, 'The Judicial Policy of the International Court of Justice' in Salerno F (ed) *Il ruolo del Giudice Internazionale nell'evoluzione del diritto internazionale e comunitario*, Cedam, Milan, 1995, pp. 61-82.

3. juris diction.

4. *Ibid.*, p. 62.

۵. بر همین اساس، دوپویی معتقد است که «سیاست قضایی» در این معنا متمایل به «آنچه باید باشد» و «سیاست حقوقی» است. نک:

*Ibid.*, p. 63.

دیوان بین‌المللی دادگستری روشی است که حقوق بین‌الملل مطابق آن به منظور تفسیر و تعیین محتوای قواعد قابل اعمال در خصوص نیازهایی اعمال می‌شود که رهاورد تکامل عام نظم حقوقی بین‌المللی است. به نظر دوپویی، این تفسیر دوم، منادی این معناست که «سیاست قضایی» متضمن ملاحظات فراموضوعه نیز است.

با این همه، چونان که گفته شد، «سیاست قضایی» با «سیاست حقوقی» تفاوت‌هایی دارد: «سیاست قضایی» به مجموعه تدابیر و سیاست‌هایی نظر دارد که محکمه برای «فیصله‌ی اختلاف» به آن متوسل می‌شود، حال آنکه «سیاست حقوقی» - به معنای مدنظر در نوشتار حاضر - چیزی بیش از این است: «سیاست حقوقی» را می‌توان نوعی نظرگاه کلی و جهت‌دهنده دانست که از یک سو، فهم نظام و قاعده حقوقی را بر اساس موارد انضمامی موجب می‌شود و از دیگر سو، نظریه حقوقی‌ای را که محکمه برمی‌گزیند، تحت تأثیر قرار می‌دهد. به علاوه برخی سیاست‌هایی که محاکم بین‌المللی را دربرمی‌گیرند، محدود به «فیصله اختلاف» نیستند. به عنوان نمونه، یکی از سیاست‌های دیوان بین‌المللی دادگستری به مفهوم «قانون‌سازی قضایی» مربوط می‌شود که - فارغ از نفی و اثباتش - به‌وضوح بحثی است فراتر از قضاوت و فیصله اختلافی خاص. بنابراین، رابطه منطقی «سیاست قضایی» و «سیاست حقوقی» عموم و خصوص مطلق است.

## نتیجه‌گیری

اندیشه‌مندان قرون مختلف برای مدّت‌های مدید این سخن را ورد زبان کرده بودند که جهان خود سخن می‌گوید و بنابراین برای کشف حقیقت باید صرفاً صدای جهان را شنید. بنا بر همین فرض بود که حقوقیان نیز دم از «عینیت» حقوق زدند؛ به این معناکه کافی است معنای منطوی در قواعد را کشف کرد. چیزی نباید به قاعده افزود. کم و زیاد کردن قاعده، کار قانون‌گذار است نه حقوقدان و قاضی.<sup>۱</sup> نوشتار حاضر دقیقاً در مقابل این نظرگاه ایستاده است: جهان خود سخن نمی‌گوید؛ باید او را به سخن واداشت. طبیعت نیز خود سخن نمی‌گوید؛ طبیعت تنها زمانی لب به سخن می‌گشاید که سؤالی از او پرسیده شود. باید او را استنطاق کرد.

دلیل این امر این است که - برخلاف فهم رایج - هیچ دانشی از مشاهدات آغاز نمی‌کند، بلکه مفروضات و معلومات پیشینی محقق‌اند که به مشاهدات و تجربیات او جهت می‌دهند و چنانچه کارل پاپر، فیلسوف علم اتریشی قرن بیستم، در منطق علوم اجتماعی - به معنای علوم انسانی - تذکار می‌دهد: «علمی که تماماً مبتنی بر مشاهده باشد، وجود ندارد. هرچه هست، علمی است که در آنها (کم یا بیش آگاهانه و انتقادی) دست به نظریه‌پردازی می‌زنیم. این حکم قطعاً در علوم اجتماعی نیز صادق است».<sup>۲</sup> بنابراین، نظریات، مقدم بر مشاهدات‌اند نه بالعکس. جهان طبیعت سخن نمی‌گوید، بلکه عالمان علوم‌اند که مطابق نظریات ذهنی خود، مشاهدات و آزمایش‌هایی خاص طراحی می‌کنند و با طرح سؤال‌های خاص، پاسخ‌های خاص از طبیعت یا برساخت‌های انسانی دریافت می‌کنند.

عین این سخن در دانش‌های اعتباری چون حقوق نیز صادق است. قواعد حقوقی گرچه برای خود دارای چارچوبی مفهومی - دستوری هستند، با این حال، این نظرگاه مخاطب است که به تفسیر و فهم قاعده جهت می‌دهد. در این معنا، علاوه بر خود قواعد، پیش‌فرض‌ها و اندیشه‌های

۱. سخنی که یادآور اندیشه‌ی منتسکیو در خصوص تفکیک قوا است که وفق آن، قضات صرفاً زبان حقوق‌اند و بس. نک:

Charles de Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, 1748, Livre XI, Chap. VI:

«قضات... چیزی جز زبان حقوق نیستند... موجوداتی منفعل و ناتوان از تعدیل شدت و سختی آن».

2. Karl Popper, 'The Logic of the Social Sciences' in Glyn Adey & David Frisby (trans), *The Positivist Dispute in German Sociology*, London, Heinemann, 1977, p. 101.

پیشینی (و احياناً غیرحقوقی) شخص هم در فهم، تفسیر و اجرای قاعده دخیل است. این نظرگاه را می‌توان در مفهوم «سیاست حقوقی» صورت‌بندی کرد.

سیاست حقوقی در نظام حقوق بین‌الملل، حامل این پیام است که به ازای هر مسئله حقوقی، تنها یک «پاسخ درست»<sup>۱</sup> وجود ندارد. حقوق بین‌الملل پُر است از امکان‌ها و پاسخ‌هایی که می‌توان از دل قواعد این نظام بیرون کشید. قاضی صرفاً به کشف قاعده پیشاموجود نمی‌پردازد؛ «قانون‌سازی قضایی» جزء لاینفک اشتغال محاکم بین‌المللی است. نقد نظریه پاسخ درست متضمن این معنا نیز است که انتخاب‌ها مسئولیت‌آورند. هر تصمیمی که در حقوق بین‌الملل گرفته شود، بار آن بر دوش تصمیم‌گیرندگان آن است. دیگر نمی‌توان گفت که چون فقط یک پاسخ درست وجود دارد، قاضی فقط «در حال انجام کار خود است».<sup>۲</sup> هیچ محکمه و دیوان بین‌المللی نمی‌تواند با صرف اعمال مکانیکی قواعد حقوقی بریده از واقعیت‌های جامعه بین‌المللی، تقصیر را بر گردن دیگرانی بیندازد که حقوق را ایجاد کرده‌اند. باید همیشه در خاطر داشت که خط فارق میان «حقوق موجود» و «حقوق مطلوب»، نه امری موضوعه، بلکه امری نظری و در نتیجه، سیال است.<sup>۳</sup>

در نوشتار حاضر صرفاً تلاش شد تا مفهوم «سیاست حقوقی» در حقوق بین‌الملل و مبانی نظری آن روشن شود. بنابراین، بررسی مصداقی این بحث در محاکم بین‌المللی مختلف مجال دیگری می‌طلبد و ادامه این بحث - به خصوص «سیاست حقوقی دیوان بین‌المللی دادگستری» - در فرصتی دیگر عرضه خواهد شد تا نشان داده شود که «رکن اصلی قضایی جامعه بین‌المللی»

۱. پرداختن به این بحث مجال دیگری می‌طلبد، اما اجمالاً بد نیست اشاره شود که نظریه «پاسخ درست» از آن راندل دورکین است. جویندگان می‌توانند بحث او را در این باب در مقاله زیر پی بگیرند:

Ronald Dworkin, 'No Right Answer?' in P.M. S. Hacker and J. Raz (eds), *Law, Morality and Society*, 1977, pp. 58-84.

2 Martti Koskeniemi, 'Epilogue. To Enable and Enchant - on the Power of Law' in Wouter Werner, Marieke de Hoon and Alexis Galán (eds), *The Law of International Lawyers: Reading Martti Koskeniemi*, Cambridge University Press, 2017, p. 404.

3 Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, p. 10,

استدلال هیگینز این است که دوگانه حقوق موجود (lex lata) و حقوق درحال شکل‌گیری (lex ferenda)، دوگانه‌ای است که صرفاً برای حقوقدانان پوزیتیویست و «قاعده‌محور» که حقوق را صرفاً به عنوان مجموعه‌ای از قواعد می‌بینند، معنا دارد. در مقابل اما تفکیک مذکور برای مکتب «حقوق به منزله فرایند» «دوگانه‌ای مجعول» و «شکافی است که خودمان می‌توانیم از وجود ساقطش کنیم».

چگونه در قبال تحولات در ادوار مختلف، سیاست حقوقی خود را تنظیم می‌کند تا نه بریده از واقعیات جامعه بین‌المللی عمل کند و نه به نسبت محض گرفتار آید.



## فهرست منابع

## الف) منابع انگلیسی

**Books**

1. Hart, Herbert, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1994.
2. Higgins, Rosalyn, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford University Press, 1995.
3. Hudson, Manley, *The Permanent Court of International Justice, 1920–1924. A Treatise*, New York, 1943.
4. Koskenniemi, Martti, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge University Press, 2005.
5. Koskenniemi, Martti, *The Politics of International Law*, Hart Publishing, 2011.
6. Lauterpacht, Hersch, *The Development of International Law by the International Court*, London, 1958.
7. Popper, Karl, 'The Logic of the Social Sciences' in Glyn Adey & David Frisby (trans), *The Positivist Dispute in German Sociology*, London, Heinemann, 1977.
8. Schwarzenberger, Georg, *International Law As Applied by International Courts and Tribunals*, vol. IV: International Judicial Law, London, Stevens & Sons Ltd, 1986.
9. Shaw, Malcolm, *Rosenne's Law and Practice of the International Court: 1920-2015*, vol. I, Brill, 2015.

**Articles**

10. Allot, Philip, 'Interpretation—An Exact Art' in Andrea Bianchi, Daniel Peat, and Matthew Windsor (eds), *Interpretation in International Law*, Oxford University Press, 2015.
11. Bedjaoui, Mohammed, 'Expediency in the Decisions of the International Court of Justice', *British Yearbook of International Law*, vol. 71, n. 1, 2001.
12. Dupuy, Pierre-Marie, 'The Judicial Policy of the International Court of Justice' in Salerno F (ed) *Il ruolo del Giudice Internazionale nell'evoluzione del diritto internazionale e comunitario*, Cedam, Milan, 1995.

13. Dworkin, Ronald, 'No Right Answer?' in P.M. S. Hacker and J. Raz (eds), *Law, Morality and Society*, 1977.
14. Kolb, Robert, 'The Jurisprudence of the Permanent Court of International Justice Between *Utilitas Publica* and *Utilitas Singulorum*', *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 14, Issue 1, 2015.
15. Koskenniemi, Martti, 'Epilogue. To Enable and Enchant – on the Power of Law' in Wouter Werner, Marieke de Hoon and Alexis Galán (eds), *The Law of International Lawyers: Reading Martti Koskenniemi*, Cambridge University Press, 2017.
16. Pulkowski, Dirk, 'Universal International Law's Grammar' in Ulrich Fastenrath, Rudolf Geiger, Daniel-Erasmus Khan, Andreas Paulus, Sabine von Schorlemer, and Christoph Vedder (eds), *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Bruno Simma*, Oxford University Press, 2011.
17. Seifi, Jamal, 'Procedural and Evidentiary Innovations in the Judgment of the International Court of Justice in the Oil Platforms Case (November 2003)' in Jin-Hyun Paik, Seok-Woo Lee, Kevin Y. L. Tan (eds), *Asian Approaches to International Law and the Legacy of Colonialism. The Law of the Sea, Territorial Disputes and International Dispute Settlement*, Routledge, 2013.

#### ب) منابع فرانسوی

##### Livres

18. Kolb, Robert, *Interprétation et création du droit international. Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, Pedone, 2006.
19. Kolb, Robert, *La Cour Internationale de Justice*, Pedone, 2013.
20. Kolb, Robert, *Réflexions sur les politiques juridiques extérieures*, Pedone, 2015.
21. Lacharrière Guy Ladreit de, *La politique juridique extérieure*, Economica, Paris, 1983.
22. Montesquieu, Charles de, *De l'Esprit des Lois*, 1748.
23. Salmon, Jean (ed), *Dictionnaire de droit international public*, Brussels, 2001.

24. Vattel, Emer de, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, vol. I, 1758.
25. Visscher, Charles de, *Théories et réalités en droit international public*, Paris, 1970.

#### Articles

26. Abi-Saab, Georges, 'De l'évolution de la Cour internationale: réflexions sur quelques tendances récentes', *Revue générale de droit international public*, t. 96, N° 2, 1992, pp. 281-295, now in Marcelo G. Kohen et Magnus Jesko Langer (eds), *Le développement du droit international Réflexions d'un demi-siècle*, Graduate Institute Publications, 2013.
27. Abi-Saab, Georges, 'Interprétation et autointerprétation. Quelques réflexions sur leur rôle dans la formation et la résolution du différend international', *Mélanges R. Bemhardt*, Berlin, 1995, now in Marcelo G. Kohen et Magnus Jesko Langer (eds), *Le développement du droit international Réflexions d'un demi-siècle*, Graduate Institute Publications, 2013.
28. Abi-Saab, Georges, 'La métamorphose de la fonction juridictionnelle international', *Unité et diversité du droit international: Ecrits en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy*, Martinus Nijhof, 2014.
29. Gattini, Andrea, 'Le rôle du juge international et du juge national et la coutume international', *Unité et diversité du droit international. Ecrits en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy*, Martinus Nijhof, 2014.
30. Grzegorzczak, Christophe, 'Jurisprudence: phénomène judiciaire, science ou méthode?' in *Archives de philosophie du droit*, vol. 30, 1985.
31. Grzegorzczak, Christophe, 'Le jugement juridique en tant que jugement pratique (Implications théorique)' in *Archives de philosophie du droit*, Sirey, vol. 28, 1983.
32. Kohen, Marcelo, 'Règlement judiciaire des différends', *Revue de l'Institut de Hautes Etudes internationales et du développement*, N° 6, 2010.
33. Kolb, Robert, 'La question de la Palestine et la politique juridique' in *L'état de Palestine à l'ONU*, Paris, Pedone, 2016.
34. Perelman, Chaïm, 'Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse' in *Les notions à contenu variable en droit*, Studies published by

Chaim Perelman and Raymond Vander Elst, proceedings of the Centre national de recherches de logique, Bruylant, 1984.