

The Expansion and Contraction of the Elements of Customary International Law:

Analysis of ICJ Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Separation of Chagos Archipelago from Mauritius in 2019

Hadi Dadmehr^{*1}

1. Ph. D. Student in International Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.

*. **Corresponding Author:** Email: h_Dadmehr@sbu.ac.ir



S.D.I.L.
The SD Institute of Law
Research & Study



Publisher:
Shahr-e Danesh
Research And Study
Institute of Law

Article Type:
Original Research

DOI:
10.48300/JLR.2021.140174

Received:
6 July 2019

Accepted:
13 August 2019

Published:
11 December 2021



A B S T R A C T

The International Court of Justice's boldness in condemning U.S. military and paramilitary activities in Nicaragua (1986) has been regarded as a turning point in an evolving confrontation between the great powers and the UN judicial body. Now, in the third decade of the eradication of colonialism, the International Court of Justice has made another historical decision against another great power, declaring the illegality of the UK's continued presence in Chagos Archipelago. In addition to the political aspects of Chagos's Advisory Opinion, there remain several legal issues which deserve attention. This research analyzes two important legal issues in this regard. The first issue is to examine the ICJ methodology in determining the existence of the right to self-determination as an

Copyright & Creative Commons:

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



international customary rule. The author argues that ICJ has done this by contraction of the objective element of customary international law (CIL) and expansion the significance of the subjective one.

Keywords: International Court of Justice, Self-determination, Methodology, Customary International Law, Chagos.

Funding: The author(s) received no financial support (funding, grants, sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

Author contributions:

Hadi Dadmehr: Conceptualization, Methodology, Validation, Formal analysis, Investigation, Resources, Writing - Original Draft, Writing - Review & Editing, Supervision, Project administration.

Competing interests: The authors declare that they have no competing interests.

Citation:

Dadmehr, Hadi “The Expansion and Contraction of the Elements of Customary International Law: Analysis of ICJ Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Separation of Chagos Archipelago from Mauritius in 2019” *Journal of Legal Research* 20, no. 47 (December 11, 2021): 305-330.

Extended Abstract

The boldness of International Court of Justice in condemning U.S. military and paramilitary activities in Nicaragua (1986) has been regarded as a turning point in an evolving confrontation between the great powers and the UN judicial body. Now, in the third decade of the eradication of colonialism, the International Court of Justice has made another historical decision against another great power, declaring the illegality of the UK's continued presence in Chagos Archipelago. In addition to the political aspects of Chagos's Advisory Opinion, there remain several legal issues which deserve attention. This research analyzes two important legal issues in this regard. The first issue is to examine the ICJ methodology in determining the existence of the right to self-determination as an international customary rule. The author argues that ICJ has done this by narrowing the role of the objective element of customary international law and widening the significance of the subjective one. Contrary to its judicial tradition, the ICJ refused in its opinion to analyze the practice of states by an inductive methodology. Instead, it focused more on the content of a number of soft sources of international law (General Assembly resolutions and conference declarations) to declare the existence of the right to self-determination as a rule of customary international law. Although the ICJ has formally maintained its adherence to the elements of international custom as defined in Article 38 of its Statute and accordingly should have paid equal attention to general practice and opinion juris of states, it gives only a marginal role to the general practice. The court instead of emphasizing the practice of states in the traditional way, has emphasized the role of General Assembly resolutions. Although this methodology can serve the objectives of international law and will circumvent the criteria of the inductive method, but it should be noticed that determining the existence of a customary rules that has not established in the practice of states, could increase the risk of non-compliance by states. The court's approach in determining the existence of the right to self-determination as a rule of customary international law, based on the UN resolutions, should be considered as the latest example of recourse to the soft law to confirm the existence of a customary international rule by an international judicial body. In its advisory opinion, the court has clearly endorsed the international legislation through non-binding General Assembly resolutions, ignoring the established practice of states. The court thus finds itself in a right

position to contribute to the progressive development of international law by promoting the status of soft law in the sources of international law. In traditional international law, however, soft law could not play an independent role in determining the existence of an international custom. While it may be a clear evidence of the court's departure from its old induction methodology in the determination of international custom, Chagos's advisory opinion can also provide valuable insights on how the ICJ established a meaningful link between the normative elements of international legal system in order to determine the scope of the right to self-determination. The article suggests how the ICJ has expanded the scope of the "right to self-determination", and provided a different interpretation of what the UK and the US expected. Analyzing Chagos' advisory opinion, it may be argued that the role of the ICJ as an international court goes far beyond as a subsidiary means for the determination of international customary rules (as stated in the draft conclusions on identification of customary international law 2018). It seems crystal clear that the court has actually become the primary source for the identification of customary international rules and it does not consider itself obliged to provide accurate evidence on the general practice of states, as a constituent element of customary international law.

قبض و بسط عناصر عرف حقوقی بین‌المللی: آموزه‌های نظریه مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری درباره پیامدهای حقوقی جدایی چاگوس از موریس (۲۰۱۹)

هادی دادمهر*

۱. دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
* نویسنده مسئول: Email: h_Dadmehr@sbu.ac.ir

چکیده:

تهور دیوان بین‌المللی دادگستری در صدور رأی تاریخی سال ۱۹۸۶ و محکوم کردن فعالیت‌های نظامی و شبه نظامی بزرگ‌ترین ابرقدرت دنیا در نیکاراگوئه، نقطه عطفی در مواجهه ارگان اصلی قضایی ملل متحد با قدرت‌های بزرگ جهانی بود. در دهه سوم ریشه‌کن‌سازی استعمارگری، تهوری هم‌اکنون دست لازم بود تا این نهاد قضایی بین‌المللی بتواند با ابتکارات حقوقی خود، حکم به نامشروع بودن تسلط بریتانیا بر مستعمره اقیانوسی چاگوس بدهد. با وجود این و صرف نظر از ابعاد سیاسی نظریه مشورتی جدایی چاگوس از مجمع‌الجزایر موریس، این نظریه حاوی ظرایف متعدد حقوقی است که شایسته توجه می‌نماید. تحقیق پیش‌رو، دو محور حقوقی اصلی این نظریه مشورتی را در کانون بررسی قرار داده است. نخستین موضوع، بررسی روش‌شناسی دیوان در چگونگی احراز حق تعیین

کپی‌رایت و مجوز دسترسی آزاد:



کپی‌رایت مقاله در مجله پژوهش‌های حقوقی نزد نویسنده (ها) حفظ می‌شود. کلیه مقالاتی که در مجله پژوهش‌های حقوقی منتشر می‌شوند با دسترسی آزاد هستند. مقالات تحت شرایط مجوز 4.0 Creative Commons Attribution Non-Commercial License منتشر می‌شوند که اجازه استفاده، توزیع و تولید مثل در هر رسانه‌ای را می‌دهد، به شرط آنکه به مقاله استناد شود. جهت اطلاعات بیشتر می‌توانید به صفحه سیاست‌های دسترسی آزاد نشریه مراجعه کنید.



پژوهش‌های حقوق



نوع مقاله:
پژوهشی

DOI:
10.48300/JLR.2021.140174

تاریخ دریافت:
۱۵ تیر ۱۳۹۸

تاریخ پذیرش:
۲۲ مرداد ۱۳۹۸

تاریخ انتشار:
۲۰ آذر ۱۴۰۰



سرنوشت به‌عنوان یک قاعده عرفی بین‌المللی و زمان دقیق شکل‌گیری این قاعده است که از منظر نویسندگان با تحدید دامنه عنصر عینی عرف و بسط حوزه تعیین‌کنندگی عنصر ذهنی عرف همراه بوده است. این امر اماره بارز دیگری از فاصله گرفتن دیوان از اصول کلاسیک استقرایی در فرآیند احراز مؤلفه‌های عرف بین‌المللی را به‌دست می‌دهد. در همین ارتباط دومین موضوع موردبررسی در این مقاله، بررسی هنر دیوان بین‌المللی دادگستری در چگونگی برقراری ارتباط بین عناصر هنجاری نظام حقوقی بین‌المللی برای تعیین گستره مفهومی و غایت قاعده عرفی حق تعیین سرنوشت می‌باشد.

کلیدواژه‌ها:

دیوان بین‌المللی دادگستری، حق تعیین سرنوشت، روش‌شناسی، حقوق بین‌الملل عرفی، چاگوس

حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

مشارکت نویسندگان:

هادی دادمهر: مفهوم‌سازی، روش‌شناسی، اعتبار سنجی، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، نوشتن - پیش‌نویس اصلی، نوشتن - بررسی و ویرایش، نظارت‌مدیریت پروژه

تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

استناددهی:

دادمهر، هادی «قبض و بسط عناصر عرف حقوقی بین‌المللی: آموزه‌های نظریه مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری درباره پیامدهای حقوقی جدایی چاگوس از موریس (۲۰۱۹)». *مجله پژوهش‌های حقوقی* ۲۰، ش. ۴۷ (۲۰ آذر ۱۴۰۰): ۳۰۵-۳۳۰.

مقدمه

صلاحیت مشورتی، اختیاری است که ملل متحد با منشأ ناشی از اراده و رضایت دولت‌ها به دیوان بین‌المللی دادگستری داده است تا راجع به مسائل حقوقی محوله، به بیان حق بر اساس موازین پردازد. ریشه تاریخی نظریه مشورتی به ماده ۱۴ میثاق جامعه ملل برمی‌گردد که طی آن به سلف دیوان بین‌المللی دادگستری اجازه داده شد تا درباره هر اختلاف یا موضوع محوله به اظهارنظر پردازد.^۱ منشور ملل متحد نیز در ماده ۹۶، صلاحیت رکن قضایی ملل متحد را برای ارائه نظر مشورتی در خصوص موضوعات حقوقی به رسمیت شناخته است. چنانکه می‌دانیم در نظریات مشورتی برخلاف آرای ترافعی، شرط وجود اختلاف بین یک یا چند دولت برای ورود دیوان به موضوع مطرح نمی‌باشد. به این ترتیب، برخلاف دعوی ترافعی که رضایت دولت‌ها مبنای صلاحیت دیوان است، در نظریات مشورتی که خواسته‌ای ندارد بحث رضایت نیز به شیوه فوق‌الذکر موضوعیت پیدا نمی‌کند.^۲ در همین ارتباط باید خاطر نشان ساخت که اصولاً هر تصمیم قضایی متضمن دو جزء اساسی است: مقدمه و حکم. حکم، با تعیین حقوق و تکالیف طرف‌های دعوا، اختلافی را پایان می‌دهد و اعتبار امر قضاوت شده^۳ را دارد. با این حال قاضی برای آنکه بتواند به حکم برسد، باید ابتدا قواعد کلی قابل اعمال را پیدا کند و بگوید چگونه این قواعد کلی بر وقایع خاص اعمال می‌شوند. این نوع استدلال^۴ که قاعده کلی را با منطق خاصی به وضعیت‌های شخصی متصل می‌کند، جزء ثانوی تصمیم است که اصطلاحاً به آن مقدمه حکم می‌گویند. مقدمه حکم، مستند یا دلیل صدور حکم محسوب می‌شود و آنچه در حوزه رویه قضایی اهمیت دارد همین قسمت از رأی است که محدوده‌ای فراتر از امر قضاوت شده می‌یابد و به دلیل اینکه حد و حدود قواعد کلی را مشخص می‌کند در گذر زمان معتبر می‌ماند. آرای مشورتی دیوان هم هر چند که دعوی را فیصله نمی‌دهند اما چون به تعیین و روشن کردن حد و حدود قواعد می‌پردازند در پایه‌گذاری رویه قضایی دیوان سهم می‌یابند.^۵

1. Julia Wagner, "The Chagos Request and the Role of the Consent Principle in the ICJ's Advisory Jurisdiction, or: What to Do When Opportunity Knocks" *Questions of International Law* 55(2018): 178.

۲. قابل ذکر است که به‌رغم اختیاری که ماده ۱۴ میثاق به دیوان دائمی دادگستری اعطا کرده بود، برای دیوان دائم پذیرفتنی نبود که در خصوص موضوعاتی اظهارنظر مشورتی بکند که از طریق رضایت طرفین در قالب رأی ترافعی قابل بررسی بود و دقیقاً بر اساس همین استدلال، دیوان از ارائه نظر مشورتی در قضیه کارولای شرقی استنکاف ورزید. با وجود این دیوان بین‌المللی دادگستری تاکنون هیچ درخواست نظر مشورتی را بر این اساس رد نکرده است. برای مطالعه بیشتر در خصوص تفاوت مکانیسم ارائه نظر مشورتی در دیوان سابق و لاحق دادگستری بین‌المللی رجوع شود به: سید باقر میرعباسی و سید حسین سادات میدانی، *دادرسی‌های بین‌المللی دیوان بین‌المللی دادگستری بین‌المللی در تئوری و عمل* (تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۸۷)، ۱۷۶-۱۷۷.

3. Res Judicata

4. Ratio Decidendi

۵. هدایت الله فلسفی، «ماجرای تفسیر در دیوان بین‌المللی دادگستری» در *مجموعه مقالات نقش دیوان بین‌المللی دادگستری در تلاوم و توسعه حقوق بین‌الملل*، به اهتمام سید قاسم زمانی (تهران: انجمن ایرانی مطالعات سازمان ملل متحد، ۱۳۸۹)، ۴۲.

در بررسی نظر مشورتی پیامدهای حقوقی جدایی چاگوس از مجمع‌الجزایر موریس که جدیدترین مشارکت دیوان در نظام حقوقی بین‌المللی محسوب می‌شود، تلاش می‌شود تا به شناخت سیر حرکت دیوان برای کشف قاعده حقوقی حاکم و نحوه ایجاد ارتباط بین عناصر هنجاری مرتبط با موضوع قاعده پرداخته شود. این نظریه مشورتی از حیث مواجهه دیوان با «حق تعیین سرنوشت» بعد از گذشت ۲۰ سال (نظریه مشورتی استقلال کوزوو ۱۹۹۸) بسیار با ارزش تلقی می‌شود. دیوان در یکی از مهم‌ترین قسمت‌های این نظریه مشورتی که از دغدغه‌های انجام این تحقیق است، می‌بایست موضع خود را در قبال حق تعیین سرنوشت به‌عنوان یک قاعده عرفی بین‌المللی و «لحظه دقیق شکل‌گیری آن» مشخص می‌کرد.

۱- جدایی چاگوس از موریس در سیاق رویدادها

قبل از ورود به موضوع بحث، لازم به‌نظر می‌رسد که به‌صورت تیتروار و عمدتاً بر اساس اطلاعات مأخوذه از متن نظریه مشورتی تحت بررسی، به بیان اطلاعات کلی راجع به زمینه موضوع پرداخته شود. کشور جزیره‌ای موریس به وسعت ۱۹۵۰ کیلومتر مربع در اقیانوس هند قرار دارد و تا قبل از سال ۱۹۶۵ به‌عنوان یک سرزمین غیرخودمختار، تحت اداره بریتانیا بود و گزارش‌های بریتانیا درباره نحوه اداره موریس بر اساس بند ۴ ماده ۷۳ منشور به مجمع عمومی ارائه می‌گردید. مجمع‌الجزایر چاگوس نیز که به وسعت ۵۰ کیلومتر مربع در ۲۲۰۰ کیلومتری شمال شرق کشور موریس قرار دارد، در دوران استعمار (از سال ۱۸۱۴ تا ۱۹۶۵) به‌عنوان یکی از متعلقات مستعمره موریس توسط بریتانیا اداره می‌شد.

در سال ۱۹۶۴ مذاکراتی بین دو کشور بریتانیا و آمریکا برای استفاده استراتژیک مشترک از تعدادی از جزایر کوچک متعلق به بریتانیا در اقیانوس آرام انجام گرفت و دولت آمریکا ابراز تمایل کرد که یک پایگاه نظامی در جزیره دیه گو گارسیای^۶ چاگوس ایجاد کند.^۷ طبق سند تفاهم موجود در وزارت خارجه بریتانیا، کشور اخیر از بیم واکنش منفی سازمان ملل تصمیم گرفت که برای جداسازی چاگوس، به جلب رضایت موریس روی بیاورد. این سند نشان می‌دهد که از نظر مقامات بریتانیایی در صورت جلب موافقت مقامات موریس برای جدا شدن چاگوس (خواه از طریق رضایت مثبت^۸ و یا با اعراض از حق^۹) فشار جهانی بر بریتانیا بسیار کاهش می‌یابد. همچنین در سند مذکور آمده است که اگر موریس در مقابل عمل انجام شده^{۱۰} قرار بگیرد و یا در آخرین لحظات در جریان تصمیم به

6. Diego Garcia

۷. دیه گو گارسیا بزرگ‌ترین بخش از جزایر چاگوس و یکی از صدها پایگاه نظامی ایالات متحده در سراسر دنیاست که از منظر برخی از محققان باعث افول اعتبار دموکراتیک این کشور در سطح جهان شده است. برای مطالعه بیشتر نک: David Vine, *Island of Shame; The Secret History of the U.S. Military Base on Diego Garcia* (Princeton: Princeton University Press, 2009), 180-195.

8. Positive Consent

9. Acquiescence

10. Fait Accompli

جداسازی چاگوس قرار بگیرد شانس موفقیت بریتانیا برای اجرای این نقشه بسیار زیاد خواهد شد. باین حال در چهارمین کنفرانس تدوین قانون اساسی موريس که در سال ۱۹۶۵ در بریتانیا برگزار شد، نخست‌وزیر موريس بر امکان «اجاره» دادن و نه «جدایی» چاگوس تأکید می‌کند. بعد از نشست فوق، وزرای خارجه و دفاع بریتانیا مشترکاً به این نتیجه می‌رسند که اگر موريس درخواست جدایی چاگوس را نپذیرد آنها مجبور خواهند بود که جدایی قهرآمیز چاگوس از موريس را عملیاتی نکنند. در سال ۱۹۶۵ مجدداً نخست‌وزیر موريس در نشستی با وزیر خارجه بریتانیا تأکید می‌کند که موريس با جدایی موافق نیست و نهایتاً به اجاره ۹۹ ساله رضایت می‌دهد. وی همچنین پیشنهاد می‌دهد که ابتدا بریتانیا به استقلال موريس رضایت بدهد و سپس اجازه بدهد که حکومت موريس با حکومت بریتانیا و آمریکا در خصوص جدایی جزیره دیه گو گارسیا مذاکره کنند. وزیر خارجه بریتانیا صراحتاً می‌گوید که با اجاره موافق نیست و موريس باید آماده جدایی کل مجمع‌الجزایر چاگوس باشد.

در ۲۳ سپتامبر ۱۹۶۵ دو اتفاق مهم رخ می‌دهد. اولین اتفاق دیدار ویلسون نخست‌وزیر بریتانیا با رامگولان^{۱۱} نخست‌وزیر موريس است که طی آن ویلسون صراحتاً خطاب به نخست‌وزیر موريس چنین می‌گوید: «دو احتمال وجود دارد. شما می‌توانید با کسب مجوز استقلال یا بدون آن به موريس برگردید؛ جزیره دیه گو گارسیا و چاگوس هم می‌تواند با تصمیم قانونی حکومت بریتانیا و یا با موافقت شما و همکاران تان از موريس جدا بشود. بهترین انتخاب ممکن این است که شما با کسب مجوز استقلال از اینجا بروید و موضوع جدایی هم با رضایت خودتان صورت بپذیرد.

دومین اتفاق مهم نیز در همین روز مابین نخست‌وزیر و برخی از وزرای موريس با وزیر خارجه بریتانیا در کاخ لنکستر^{۱۲} رخ داد. در این روز وزیر خارجه بریتانیا در قبال اعلام موافقت موريس با جدایی چاگوس، اعطای امتیازاتی همچون عقد موافقت‌نامه دفاعی بین بریتانیا و موريس، پرداخت ۳ میلیون پوند به موريس برای پرداخت خسارت مستقیم مالکین زمین در چاگوس و نیز کمک به اسکان مجدد ساکنین چاگوس در موريس را مطرح نمود. متعاقباً نخست‌وزیر موريس نیز موافقت اصولی خود را با این شرایط اعلام می‌کند. بدین ترتیب در ۲۴ سپتامبر ۱۹۶۵ بریتانیا رسماً با اعطای استقلال به موريس موافقت نمود و در ۵ نوامبر ۱۹۶۵ نیز فرماندار موريس موافقت شورای وزیران موريس با جدایی چاگوس از موريس را علنی ساخت.

این‌گونه بود که در سال ۱۹۶۵ موافقت‌نامه کاخ لنکستر (وزارت خارجه بریتانیا) بین نمایندگان مستعمره موريس و دولت بریتانیا در خصوص جدایی چاگوس از موريس به امضا رسید و یک مستعمره جدید انگلیسی به نام سرزمین اقیانوسی هند - بریتانیا^{۱۳} که شامل مجمع‌الجزایر چاگوس است، ایجاد شد. در سال بعد از این توافق نیز موافقت‌نامه دیگری فی‌مابین ایالت متحده آمریکا و بریتانیا در خصوص نحوه استفاده دفاعی مشترک از مستعمره جدید و نیز نحوه انتقال ساکنین چاگوس به خارج از این سرزمین به امضا رسید.

11. Ramgoolam

12. Lancaster House

13. British-Indian Ocean Territory (BIOT)

مجمع عمومی سازمان ملل در واکنش به اتفاقات فوق‌الذکر، در سال‌های ۱۹۶۵، ۱۹۶۶ و ۱۹۶۷ سه قطعنامه پیاپی مبنی بر ضرورت حفظ تمامیت ارضی سرزمین‌های غیرخودمختار و پایبندی به مفاد قطعنامه ختم استعمار ۱۵۱۴ صادر می‌کند و خواهان منع چندپاره شدن موریس توسط بریتانیا می‌شود. با این حال، مجمع‌الجزایر موریس در سال ۱۹۶۸ و متعاقب توافق فوق‌الذکر با انگلیس موفق به کسب استقلال و عضویت در سازمان ملل متحد شد. این کشور متعاقباً در سال ۱۹۸۰ خواهان پایان موجودیت سرزمین اقیانوسی هند - بریتانیا و اعاده چاگوس به سرزمین موریس می‌شود.

به‌رغم درخواست‌های مکرر موریس، در سال ۲۰۱۶ که دوره ۵۰ ساله اداره چاگوس مطابق موافقت‌نامه ۱۹۶۶ بریتانیا و ایالات متحده به پایان رسید، بریتانیا این موافقت‌نامه را برای ۲۵ سال دیگر تمدید کرد^{۱۴}. در نتیجه در سال ۲۰۱۷ مجمع عمومی با صدور قطعنامه ۷۱/۲۹۲، از دیوان بین‌المللی دادگستری درخواست نظر مشورتی می‌کند:

الف: آیا فرآیند استعمارزدایی موریس در زمان کسب استقلال در سال ۱۹۶۸ که متعاقب جداسازی چاگوس از این کشور محقق شد؛ با در نظر داشتن حقوق بین‌الملل و تعهدات مندرج در قطعنامه‌های مجمع (قطعنامه ۱۵۱۴ سال ۱۹۶۰ و ۳ قطعنامه مجمع پس از کسب استقلال موریس در سال‌های ۱۹۶۵، ۱۹۶۶ و ۱۹۶۷) از نظر قانونی به‌طور کامل محقق شده است؟

ب: پیامدهای تداوم اداره مجمع‌الجزایر چاگوس توسط بریتانیا، طبق حقوق بین‌الملل و با در نظر داشتن تعهدات منعکس شده در قطعنامه‌های مجمع (و با ملحوظ نمودن ناتوانی موریس برای اجرایی کردن برنامه استقرار مجدد مردم موریس در مجمع‌الجزایر چاگوس) چیست؟

۲- صلاحیت و صلاحدید

یکی از چالش‌های پیش روی دیوان برای اظهار نظر مشورتی این بود که مجمع عمومی از سال ۱۹۶۸، یعنی از زمان بعد از استقلال موریس، این کشور را از لیست سرزمین‌های تحت نظارت کمیته ۲۴ خارج کرده بود و چاگوس را هم به این لیست اضافه ننموده بود و لذا مجمع بعد از سال ۱۹۶۸ هیچ مشارکت فعالی در امر استعمارزدایی از چاگوس نداشته است. به عبارت دیگر بریتانیا تولیداً مدعی بود که مجمع عمومی پرونده چاگوس را کمابیش بسته است و دهه‌ها این سرزمین را موضوع استعمارزدایی تلقی نکرده است.^{۱۵} دیوان منطق اصلی طرح این ایراد را ادعای بی‌فایده بودن نظریه مشورتی برای مجمع عمومی در اجرای وظیفه استعمارزدایی می‌داند و بلافاصله با یادآوری نظر

۱۴. مدت اعتبار موافقت‌نامه سال ۱۹۶۶ بین بریتانیا و ایالات متحده نامحدود درج شده بود اما طبق مفاد آن در صورتی که دولتین متعاهدین ۲ سال قبل از اتمام دوره اعتبار ۵۰ ساله نخست، درخواست اختتام توافق می‌دادند، موافقت‌نامه منقضی می‌شد.

15. Dapo Akande, "Can the International Court of Justice Decide on the Chagos Islands Advisory Proceedings without the UK's Consent?" *The Blog of the European Journal of International Law*, June 27, 2017 <https://www.ejiltalk.org/can-the-international-court-of-justice-decide-on-the-chagos-islands-advisory-proceedings-without-the-uks-consent/>

پیشین خود در نظریه مشورتی مشروعیت کاربرد سلاح‌های هسته‌ای می‌گوید: دیوان نمی‌تواند به این دلیل که مجمع عمومی هدف از درخواست نظر مشورتی را مطرح نکرده است از ابراز نظر خودداری بکند و تشخیص فایده‌مند بودن نظریه مشورتی با خود ارگان متقاضی است.

دولت انگلستان همچنین این استدلال را مطرح نمود که موضوع جدایی چاگوس، یک دعوی حاکمیتی دوجانبه است که دیوان بدون رضایت انگلیس حق ورود به آن را ندارد^{۱۶} و ابعاد این دعوی حاکمیتی پیش از این نیز در محکمه داوری دیوان بین‌المللی دریاها مورد رسیدگی قرار گرفته است.^{۱۷} دیوان در پاسخ به عدم رضایت دولت بریتانیا برای صدور نظر مشورتی با تکرار نظر خود در قضیه صحرای غربی چنین پاسخ داد که اگر ارائه نظر مشورتی دیوان، منتهی به دور زدن^{۱۸} این اصل بشود که نمی‌توان بدون رضایت یک دولت او را مکلف به حل و فصل قضایی یک موضوع کرد، دلیل قانع‌کننده‌ای برای امتناع از صدور نظر وجود خواهد داشت. دیوان اما بلافاصله اظهار داشت که هدف مجمع عمومی، طرح یک اختلاف یا مناقشه حقوقی در قالب نظر مشورتی نبوده است تا بر اساس آن از نظریه مشورتی دیوان برای حل و فصل اختلاف استفاده بکند بلکه هدف، اخذ کمک از دیوان برای اجرای بهتر تکالیفش در حوزه استعمارزدایی بوده است.

دیوان که سابقاً در نظریات مشورتی دیوار حائل و استقلال کوزوو، قدرت صلاح‌دیدی خود را حافظ تمامیت کارکرد قضایی^{۱۹} خود تلقی کرده بود، در این نظر نیز تکرار می‌کند که ارائه نظر را نمایانگر مشارکت در فعالیت‌های سازمان ملل می‌داند که اصولاً نباید رد بشود و تنها دلایل متقاعدکننده می‌تواند دیوان را از ابراز نظر مشورتی باز بدارد. در این ارتباط شایان ذکر است که تنها موردی که دیوان تاکنون از صدور نظر مشورتی استنکاف ورزیده است، رد ارائه نظر مشورتی به سازمان جهانی بهداشت در سال ۱۹۹۶ در خصوص مشروعیت تهدید یا کاربرد سلاح‌های هسته‌ای بود که دیوان موضوع را خارج از حیطه صلاحیت سازمان فوق‌الذکر تلقی نمود.^{۲۰}

دیوان متعاقب تعیین صلاحیت و اعلام صلاح‌دیدی برای ارائه نظر مشورتی، مسیر حرکت خود را با تبیین وقایع آغاز نمود تا از خلال اتفاقات دوره زمانی مورد نظر بتواند قاعده حقوق بین‌المللی حاکم بر سؤال مجمع را مورد شناسایی قرار بدهد. در این راستا دیوان ابتدا برای تعیین قواعد قابل اعمال حقوق بین‌الملل، دوره زمانی مورد نظر سؤال را مشخص نمود و سپس به تبیین قواعد حقوقی قابل اعمال در آن دوره پرداخت.

16. Thomas Burri, "Two points for the International Court of Justice in Chagos Take the case, all of it; It is a human rights case", *Questions of International Law* 55(2018), 100.

۱۷. برای مطالعه بیشتر درباره رأی داوری چاگوس نک:

Stefan A. G Talmon, "The Chagos Marine Protected Area Arbitration: A Case Study of the Creeping Expansion of the Jurisdiction of UNCLOS Part XV Courts and Tribunals", *International & Comparative Law Quarterly* 65(2016), 927-951

18. Circumventing

19. Integrity of the Court's Judicial Function

۲۰. سید قاسم زمانی، حقوق سازمان‌های بین‌المللی (تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی، ۱۳۹۳)، ۱۲۲.

۳- حق تعیین سرنوشت به‌مثابه قاعده عرفی قابل‌اعمال

در این قسمت از نظریه مشورتی، دیوان می‌بایست ماهیت، محتوی و حیطة حق قابل‌اعمال بر فرآیند استعمارزدایی از موریس را در رویه سازمان ملل مشخص می‌نمود. دیوان «حق تعیین سرنوشت» را به‌عنوان قاعده قابل‌اعمال حقوق بین‌الملل در کانون بررسی قرار می‌دهد اما برای پاسخ دادن به سؤال مجمع عمومی، مرکز توجه خود را محدود به بررسی حق تعیین سرنوشت در سیاق «استعمارزدایی» می‌کند. دیوان معتقد است که اصولاً برای تعیین قاعده قابل‌اعمال باید بر دوره زمانی بین سال‌های ۱۹۶۵ (موافقت‌نامه جدایی چاگوس) و ۱۹۶۸ (کسب استقلال موریس) متمرکز شد، اما درعین حال چنین ادامه می‌دهد که این امر نمی‌تواند مانع از در نظر داشتن تحولات قاعده حق تعیین سرنوشت «از زمان تدوین منشور ملل متحد» بشود زیرا رویه و اعتقاد حقوقی دولت‌ها به مرور و در گذر زمان تثبیت و تأیید می‌شود. دیوان همچنین تأکید دارد که اسناد حقوقی «پس از دوره زمانی موردنظر» نیز مشروط بر اینکه برای تأیید یا تفسیر قاعده مورد بحث مفید باشند، باید مورد بررسی قرار بگیرند. بزرگ‌ترین معضل دیوان در صدور این نظریه این بود که بین دولت‌های مشارکت‌کننده در ارائه این نظر مشورتی، درخصوص عرفی بودن حق تعیین سرنوشت در دوره زمانی مذکور اختلاف نظر وجود داشت. در این شرایط استدلال دیوان چنین آغاز می‌شود که احترام به اصل برابری حقوق و حق تعیین سرنوشت مردم یکی از اهداف ملل متحد مندرج در پاراگراف ۲ ماده ۱ منشور است. این هدف به‌طور مشخص در اعلامیه راجع به سرزمین‌های غیرخودمختار در فصل ۱۱ منشور تبیین شده است و اعضای ملل متحد که مسئولیت اداره سرزمین‌های غیرخودمختار را برعهده گرفته‌اند، طبق ماده ۷۳ منشور موظفند که به خودگردانی این مردم کمک بکنند. دیوان پس از تبیین جایگاه این حق در منظومه منشور، تصمیم می‌گیرد که مشخص سازد که چه زمان حق تعیین سرنوشت به‌عنوان یک قاعده عرفی الزام‌آور برای همه دولت‌ها شفاف شده است.

دیوان تأکید می‌کند که هر دو عنصر عرف، ارتباط نزدیکی با یکدیگر دارند. نه تنها عملکردها باید یک رویه جاافتاده را نشان بدهند بلکه همچنین باید به نحوی پیاده شوند که مدرکی دال بر این باشند که رویه موردنظر حاوی اعتقاد حقوقی درخصوص وجود یک قاعده حقوقی است؛ بنابراین اصولاً دولت‌های موردنظر باید بدانند که در حال تن دادن به امری هستند که در حد یک تعهد حقوقی الزام‌آور است و توالی صرف و عادت گونه این عملکردها به‌تنهایی کافی نخواهد بود.

در این راستا، دیوان تصویب قطعنامه ۱۵۱۴ در سال ۱۹۶۰ را یک نقطه تعیین‌کننده در تحکیم رویه دولتی درخصوص استعمارزدایی قلمداد می‌کند. قبل از این قطعنامه، مجمع عمومی در زمان‌های مختلف بر اصل حق تعیین سرنوشت تأکید کرده بود و تعدادی از سرزمین‌های غیرخودمختار نیز به استقلال رسیده بودند اما از نظر دیوان قطعنامه ۱۵۱۴ مجمع عمومی، محتوی و حوزه حق تعیین سرنوشت را مشخص کرده است. دیوان اشاره می‌کند که فرآیند استعمارزدایی در سال ۱۹۶۰ تسریع گشته است به‌گونه‌ای که ۱۸ کشور (که از این میان ۱۷ کشور در قاره آفریقا بودند) به استقلال دست یافتند. در سال‌های دهه ۱۹۶۰، ۲۸ سرزمین غیرخودمختار دیگر نیز حق تعیین سرنوشت خود

را اعمال کردند و به استقلال رسیدند. بدین ترتیب از نظر دیوان رابطه روشنی بین قطعنامه ۱۵۱۴ و فرآیند استعمارزدایی پس از اتخاذ این قطعنامه وجود داشته است.

دیوان با وجود اینکه قطعنامه ۱۵۱۴ را از نظر شکلی در حد یک توصیه‌نامه می‌بیند اما با در نظر داشتن محتوی و شرایط تصویب قطعنامه، آن را واجد ماهیت اعلامی در ارتباط با حق تعیین سرنوشت به‌عنوان یک قاعده عرفی تلقی می‌نماید. قطعنامه مذکور با ۸۹ رأی مثبت و ۹ رأی ممتنع به تصویب رسیده بود و ظاهراً عبارت‌بندی قطعنامه ۱۵۱۴ نیز نشان‌دهنده آثار هنجاری این قطعنامه می‌باشد تا جایی که در آن تأکید می‌شود که تمامی مردم دنیا، حق تعیین سرنوشت دارند. مقدمه قطعنامه نیز اشعار می‌دارد که ضروری است استعمارگری در تمام اشکال و تجلیات آن به‌سرعت و بلاشروط پایان پذیرد. این قطعنامه علاوه‌براین بیان داشته است که باید گام‌های سریع بلاشروط و منطبق با میل و اراده آزاد مردم برای انتقال قدرت به مردم سرزمین‌های تحت قیمومت، غیرخودمختار و سایر سرزمین‌هایی که به استقلال دست نیافته‌اند، برداشته شود. قطعنامه ۱۵۱۴ همچنین با هدف جلوگیری از جداسازی سرزمین‌های غیرخودمختار در پاراگراف ۶ مقرر داشته است که هرگونه تلاش در راستای ایجاد اختلال جزئی یا کلی در وحدت ملی و استقلال سرزمینی یک کشور ناسازگار با اهداف و اصول منشور ملل متحد است.

دیوان همچنین با استناد به ماده ۱ مشترک در میثاقین حقوق بشر ۱۹۶۶ با تأکید بر حق تعیین سرنوشت ملت‌ها می‌گوید: دولت‌های عضو میثاق از جمله دولت‌هایی که مسئولیت اداره سرزمین‌های تحت قیمومت و غیرخودمختار را دارند باید در جهت تحقق حق تعیین سرنوشت اقدام بکنند و منطبق با تعهدات منشوری خود به این حق احترام بگذارند. دیوان این اصل را با استناد به اعلامیه اصول حقوق بین‌الملل ناظر بر روابط دوستانه بین دولت‌ها در سال ۱۹۷۰ نیز مورد توجه قرار می‌دهد و بر آن است که قطعنامه ۲۶۲۵ اصل حق تعیین سرنوشت را یکی از اصول پایه‌ای حقوق بین‌الملل نامیده است و ماهیت هنجاری آن را تحت نظام حقوق بین‌الملل عرفی تأیید کرده است. بر این اساس و با بررسی قطعنامه‌ها و اعلامیه‌های قبل و بعد از سال ۱۹۶۰ و سیر جریان استعمارزدایی در این سال‌ها، دیوان نتیجه می‌گیرد که حق تعیین سرنوشت در زمان صدور قطعنامه ۱۵۱۴ سال ۱۹۶۰ دارای ماهیت عرفی بین‌المللی بوده است.

دیوان پس از تبیین قاعده حق تعیین سرنوشت، بر این موضوع تأکید می‌کند که چاگوس در زمان جدایی از موریس به‌طور واضح یک بخش جدایی‌ناپذیر از سرزمین موریس بوده است که از سال ۱۹۴۶ وارد لیست کشورهای غیرخودمختار شده بود و تحت اداره دولت بریتانیا قرار داشت. دیوان به این نکته آگاه است که در زمان اعلام موافقت با جدایی چاگوس، موریس یک مستعمره تحت اقتدار بریتانیا بود و لذا وقتی یکی از طرف‌های توافق یعنی موریس تحت اقتدار طرف دیگر قرار داشته است، نمی‌توان از یک موافقت‌نامه بین‌المللی سخن به میان آورد. از نظر دیوان وقتی یک بخش از یک سرزمین خودمختار جدا و تبدیل به یک مستعمره جدید می‌شود باید توجه دقیقی به صحت اصل رضایت داشت. دیوان با در نظر گرفتن شرایط اعلام رضایت شورای وزیران موریس به جدایی چاگوس در موافقت‌نامه لانکستر، بیان می‌دارد که این جدایی بر اساس بیان اراده آزاد و اصیل مردم مورد نظر

محقق نشده است و جدایی چاگوس از موریس و ملحق شدن آن به یک مستعمره جدید، خلاف حق تعیین سرنوشت مردم موریس بوده است.

۴- دیوان و وحدت هنجاری حقوق بین‌الملل

چنان‌که دیده شد دیوان قبل از هر چیز، برای گریز از ایرادات بریتانیا مبنی بر حاکمیتی بودن موضوع حق تعیین سرنوشت مردم موریس و سابقه حل دعوی سرزمینی این دو دولت در دیوان داوری، چهارچوب مفهومی طرح دعوی را به صورت وسیع‌تر در حیطه استعمارزدایی تثبیت کرد. موضوع فوق‌الذکر یکی از دغدغه‌های جدی دانشمندان حقوق بین‌الملل از زمان طرح درخواست مجمع عمومی بود و بیم آن می‌رفت که دیوان با توجه به ابعاد حاکمیتی سؤالات مجمع، از ارائه نظر مشورتی سر باز بزند.^{۲۱} بعد از تثبیت بستر موضوع، دیوان برای ایجاد ارتباط بین استعمارزدایی با فرآیند جدایی چاگوس از موریس، اصل یکپارچگی سرزمینی را نتیجه و خروجی منطقی پذیرش حق تعیین سرنوشت مردم تلقی نمود. این استدلال در شرایطی توسط دیوان بیان شد که دولت بریتانیا با تأکید بر قطعنامه ۱۵۴۱ و طرق سه‌گانه پیش‌بینی شده در آن برای حصول به استقلال^{۲۲} تأکید داشت که برای کسب استقلال لزومی به حفظ همان مرزهای سرزمینی قبل از استقلال وجود ندارد. دیوان اما با بررسی اصل یکپارچگی سرزمینی در نظام حقوق بین‌الملل عرفی به این نتیجه رسید که گرچه طرق نیل به استقلال احصاء شده نیستند اما این به‌هیچ‌وجه ناقض ارتباط مستقیم اصل حق تعیین سرنوشت و یکپارچگی سرزمینی نیست.

از منظر دیوان عدول از یکپارچگی سرزمینی در شیوه‌های کسب استقلال، تنها با اراده اصیل و واقعی مردم متصور می‌باشد. در واقع دیوان در این نظر مشورتی از ابتدا با تعیین قاعده حق تعیین سرنوشت و قرار دادن آن در سیاق استعمارزدایی و متعاقباً پیوند زدن استعمارزدایی با یکپارچگی سرزمینی، به سمتی حرکت کرد که رضایت دولت موریس جز از رهگذر بیان اراده آزاد مردم موریس درخصوص سرنوشتشان غیرممکن گشت. در این مسیر مهندسی شده، دیوان با یک نوآوری استدلالی اعلام داشت که موضوع رضایت دولت‌های غیرخودمختار در فرآیند ابراز موافقت با نقض یکپارچگی سرزمینی‌شان، باید با دقت بالا^{۲۳} مورد بررسی قرار بگیرد. تحلیل نویسنده از این استدلال دیوان این است که گرچه دیوان در این نظریه مشخصاً و مستقیماً به تحصیل رأی مردم از طریق همه‌پرسی اشاره‌ای نداشته است، اما گویی تلویحاً رضایت دولت برای جدایی بخشی از سرزمینش را تنها در صورتی اصیل قلمداد می‌کند که منعکس‌کننده اراده آزاد و واقعی مردم از طریق مشارکت مستقیم

21. Stephen Allen, "The Chagos Advisory Opinion and the Decolonization of Mauritius, American Society of International Law" *American Society of International Law*, April 15, 2019. https://www.asil.org/insights/volume/23/issue/2/chagos-advisory-opinion-and-decolonization-mauritius#_edn15

۲۲. طبق قطعنامه ۱۵۴۱ درجه کامل خودگردانی می‌تواند از طریق کسب استقلال، الحاق آزادانه به یک کشور مستقل و یا ادغام در یک کشور مستقل تحصیل گردد.

23. High Level of Scrutiny

در «همه‌پرسی» باشد.

ایجاد یک رشته ارتباطی بین حق تعیین سرنوشت با استعمارزدایی، بین استعمارزدایی و یکپارچگی سرزمینی، بین یکپارچگی سرزمینی با رضایت خاص دولت در شرایط استعمارزدایی و سرانجام بین رضایت دولت با اراده آزاد مردم برای رقم زدن سرنوشت، گواه این نکته است که حقوق بین‌الملل به‌عنوان یک سیستم حقوقی، مجموعه‌ای تصادفی از ارزش‌ها نیست بلکه در روابط این هنجارها رابطه معناداری حاکم است. به عبارت دیگر این یک اصل عموماً پذیرفته شده است که در زمانی که چندین هنجار در ارتباط با یک مسئله واحد مطرح هستند، این هنجارها باید تا حد ممکن به‌گونه‌ای تفسیر بشوند که منجر به پایداری مجموعه واحدی از تعهدات هماهنگ و سازگار بشوند.^{۲۴}

از نظر دیوان هیچ رابطه تعارضی بین حفظ یکپارچگی دولت و رضایت دولت به جدایی بخش از سرزمینش وجود ندارد و دیوان برای تأیید صحت این رابطه ضروری دانست که کلیت هنجاری سیستم حقوقی بین‌المللی که مشتمل بر قواعد و اصول به‌هم‌پیوسته است را در نظر بگیرد. به بیان دقیق‌تر دیوان حقوق بین‌الملل را در قالب یک سیستم مرکب به تصویر می‌کشد که در آن اراده آزاد و واقعی مردم بخش لاینفکی از عناصر سیستمیک است که باید در جهت حفظ وحدت سیستم مرعی داشته شود. بدیهی است که در صورت اخلال در اراده مردم، اخلال در رضایت دولت و در نتیجه اخلال در صحت حرکت قاعده ایجاد خواهد شد.

قابل ذکر است که دیوان می‌توانست ناقص بودن فرآیند استعمارزدایی از مجمع‌الجزایر موریس و بالتبع نامشروع بودن جدایی چاگوس را بدون هرگونه ارجاع به حق تعیین سرنوشت و صرفاً بر اساس تعهدات لازم‌الاجرای دولت‌های اداره‌کننده بر اساس ماده ۷۳ منشور اعلام بکند. درست است که حق تعیین سرنوشت به‌عنوان یکی از اهداف ملل متحد در مواد ۱ و ۵۵ منشور ذکر شده است اما نوع عبارت‌بندی آن در منشور هرگز به اتقان و استحکام حق خودگردانی^{۲۵} که در ماده ۷۳ به‌عنوان یک حق قابل اجرا برای سرزمین‌های غیرخودمختار درج شده است، نمی‌باشد.^{۲۶} باوجود این دیوان اساس استدلال خود را بر یک اصل حقوقی (حق تعیین سرنوشت) استوار نمود که ناگزیر برای استناد بدان، مجبور به اثبات وجود آن به‌عنوان یک قاعده عرفی گردید.

به نظر می‌رسد که دیوان این امکان را داشت تا بدون تلاش در اثبات کردن حق تعیین سرنوشت به‌عنوان یک تعهد عرفی بین‌المللی، تعهدات دولت انگلستان را به‌عنوان دولت اداره‌کننده طبق مقررات منشور مورد استناد قرار بدهد و بر اساس آن نقض تعهد بریتانیا و ناکامل بودن فرآیند استعمارزدایی از موریس را مستند حکم خود قرار بدهد. مطابق منشور ملل متحد اقدامات دولت‌های

۲۴. سید قاسم زمانی و آرامش شهبازی، مترجم، فرجام حقوق بین‌الملل: نوسان میان تکنیک و تدبیر (تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۹)، ۲۱-۲۲.

25. Self-governing

26. Jan Klabbbers, "Shrinking Self-determination: The Chagos Opinion of the International Court of Justice", *European Society of International Law Reflections*, March 27, 2019. <https://esil-sedi.eu/wp-content/uploads/2019/03/ESIL-Reflection-Klabbbers.pdf>

اداره‌کننده سرزمین‌های غیرخودمختار باید در راستای اولویت دادن به منافع مردم سرزمین تحت اداره قرار داشته باشد و بدیهی است که اقدام بریتانیا در جداسازی چاگوس از موریس صرفاً با هدف ایجاد پایگاه نظامی مشترک با ایالات متحده و در راستای منافع دولت اداره‌کننده انجام شد^{۲۷} و اخراج ساکنان چاگوس از این جزیره نیز یک سند آشکار از تصرف چاگوس در راستای عملیاتی‌سازی اهداف نظامی دول مذکور است.^{۲۸} پس چرا دیوان به‌جای استناد به این موازین به حق تعیین سرنوشت متوسل شد؟

مطالعه مقدمات نظریه مشورتی دیوان روشن می‌سازد که دیوان از این فرصت برای تقویت اصل تعیین سرنوشت به‌عنوان یک قاعده عرفی بین‌المللی و یک حق بنیادین بشری با دامنه اعمال گسترده استفاده کرده است. حقوق بین‌الملل به مردمی که تحت حکومت استعماری قرار دارند حق تعیین سرنوشت می‌دهد. چاگوسی‌ها نیز در معنی حقوق بین‌المللی مردم تلقی می‌شوند و آنها نه تنها طبق قواعد استعمارزدایی بلکه مطابق اعلامیه ۲۰۰۷ ملل متحد درباره مردمان بومی نیز حق تعیین سرنوشت دارند.^{۲۹} ایراد برخی از نویسندگان مبنی بر اینکه دیوان با چفت و بست حق تعیین سرنوشت در چهارچوب استعمارزدایی باعث کمرنگ شدن سایر وجوه این حق از جمله حق استناد جماعت‌هایی مانند کاتالان‌ها و کبک‌ها به حق تعیین سرنوشت شده است، چندان وارد به نظر نمی‌رسد زیرا اساساً نه تنها دیوان امکان استناد به سایر ابعاد حق تعیین سرنوشت را منع نکرده است بلکه با عبارت‌پردازی‌های ایجابی خود، سایر وجوه محتمل این حق را نیز تأیید نموده است. افزون بر این شایان توجه است که تاکنون نه مجمع عمومی و نه شورای امنیت، هرگز به حق تعیین سرنوشت به نفع یک اقلیت مذهبی یا زبانی داخل در یک دولت استناد نکرده‌اند و از نگاه مجموعه ملل متحد تنها اگر مجموعه‌ای از مردم، تحت سلطه استعمار خارجی و یا در وضعیت‌های نژادپرستانه قرار گرفته باشند حق تعیین سرنوشت می‌تواند به استقلال ختم گردد و وجود حق تعیین سرنوشت در خارج از زمینه مذکور به‌نحوی که دربردارنده حق بر تأسیس دولت باشد در دکترین حقوق بین‌الملل همچنان اختلاف جدی است.^{۳۰}

27. Victor Kattan "Self-Determination during the Cold War: UN General Assembly Resolution 1514 (1960), the Prohibition of Partition, and the Establishment of the British Indian Ocean Territory (1965)" in *Max Planck Yearbook of United Nations Law* Vol 19, ed. Frauke Lachenmann and Rüdiger Wolfrum (Netherlands: Brill, 2015), 468.

28. Tom Frost and C. R. G. Murray, "The Chagos Islands Cases: The Empire Strikes Back" *Northern Ireland Legal Quarterly* 66(2015): 283

29 Sandra J.T.M. Evers and Marry Kooy, Ed., *Eviction from the Chagos Islands, Displacement and Struggle for Identity Against Two World Powers* (Netherlands: Brill, 2011): 171-172.

۳۰. جمشید ممتاز و محمد رزاقی ساکت «تحدید انفضال در حقوق بین‌الملل» در *جامعه بین‌المللی و حقوق بین‌الملل در قرن ۲۱: مجموعه مقالات اهدایی به استاد دکتر محمدرضا ضیائی بیگدلی*، به اهتمام سید قاسم زمانی (تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی، ۱۳۹۱) ۱۶۶-۱۶۷.

۵- قبض رویه عمومی و بسط اعتقاد حقوقی در فرآیند ایجاد عرف

یکی از دشوارترین وظایف دیوان در سیر ارائه این نظر مشورتی، نحوه پاسخگویی به مسئله تعیین زمان شکل‌گیری عرف بین‌المللی بود. دیوان باید پاسخ می‌داد که حق تعیین سرنوشت دقیقاً در چه زمانی تبدیل به یک قاعده عرفی بین‌المللی شده است؟ درحالی که مشخصاً دولتین انگلستان و ایالات متحده اصرار داشتند که حق تعیین سرنوشت، در زمان به استقلال رسیدن موریس در سال ۱۹۶۵ یک قاعده عرفی نبوده است و تنها در سال ۱۹۷۰ و با صدور اعلامیه اصول حقوق بین‌الملل ناظر بر روابط دوستانه و همکاری بین دولت‌ها در قطعنامه ۲۶۲۵ تبدیل به عرف بین‌المللی شده است، موریس و برخی دیگر از دولت‌ها و سازمان‌های مشارکت‌کننده در این نظر مشورتی بر آن بودند که حق تعیین سرنوشت در طول سال‌های دهه ۱۹۶۰ یک قاعده عرفی بوده است.

عنصر «زمان» در این تصمیم دیوان تعیین‌کننده بود. اگر دیوان ابراز می‌داشت که حق تعیین سرنوشت قبل از سال ۱۹۶۵ به صورت یک قاعده حقوق بین‌الملل عرفی متجلی شده است، علی‌القاعده دولت انگلستان متعهد به رعایت این قاعده بود و اگر مشخص می‌شد که مطابق ادعای بریتانیا حق تعیین سرنوشت بعد از سال ۱۹۶۵ پدیدار شده است طبعاً دولت مذکور از این حیث نمی‌توانست متهم به نقض یک قاعده حقوقی بین‌المللی گردد. دیوان در این خصوص ابتدا اشعار می‌دارد که نه تنها قواعد حقوقی در یک نقطه زمانی ثابت متولد نمی‌شوند بلکه اصولاً نمی‌توان حقوق بین‌الملل را در یک زمان خاص منجمد کرد.^{۳۱} لذا از نظر دیوان فرآیند شکل‌گیری و حرکت این قاعده را باید از وقتی که اولین گام‌ها به سمت تحقق حق تعیین سرنوشت مردم بر سرزمینشان برداشته شده است تاکنون مورد توجه قرار داد. نگاه دیوان به اعلامیه اعطای استقلال ۱۵۱۴ نگاه به یک پدیدار است که پیشینه‌ای دارد، در یک زمان متولد شده است و در بستر تحولات آتی نیز باید مورد تحلیل قرار بگیرد. آنچه در این قسمت از رأی دیوان دیده می‌شود مؤید همان نگاهی است که جیمز کرافورد^{۳۲} درخصوص لحظه شکل‌گیری حقوق بین‌الملل عرفی دارد. کرافورد با بررسی مختصات شکل‌گیری یکی از سریع‌ترین عرف‌های بین‌المللی (شکل‌گیری عرف فلات قاره متعاقب صدور اعلامیه ۲۹ سپتامبر ۱۹۴۵ ترومن) اثبات می‌کند که نمی‌توان ادعا کرد که این عرف آتی، دقیقاً در روز صدور اعلامیه ترومن ایجاد شده است و لازم است که آن را با در نظر داشتن یک دامنه زمانی که دربرگیرنده عملکرد قبلی و واکنش بعدی دولت‌ها است، مورد بررسی قرار داد.^{۳۳} به بیان دیگر، چیزی به نام سیستم حقوقی لحظه‌ای وجود ندارد و ما تنها زمانی می‌توانیم از وجود یک سیستم حقوقی «در یک لحظه مشخص» سخن به میان بیاوریم که آن لحظه را «بخشی از یک دوره زمانی» بدانیم

31. International Law is Not Frozen at The Time

32. James Crawford

33. James Crawford and Thomas Viles, "International Law on a Given Day", in *International Law as an Open System: Selected Essays*, ed, James Crawford. (London: Cameron May, 2002): 46-49

که لحظه در درون آن قرار می‌گیرد.^{۳۴} دیوان نیز در نظر مشورتی چاگوس با بررسی زمینه ایجاد حق تعیین سرنوشت از زمان شکل‌گیری منشور تا صدور اعلامیه ختم استعمار در سال ۱۹۶۰ و ملحوظ داشتن تحولات بعدازآن یعنی تبلور حق تعیین سرنوشت در میثاقین سال ۱۹۶۶ و اعلامیه اصول سال ۱۹۷۰ به این نتیجه می‌رسد که قطعنامه ۱۵۱۴ منعکس‌کننده وجود یک قاعده عرفی بین‌المللی بوده است که در پرتو زمان شکل گرفته است و امروزه به‌عنوان یک حق حقوق بشری بنیادین، دارای دامنه اعمال وسیعی است.

اما صرف‌نظر از این موضع‌گیری صحیح دیوان درخصوص نقش زمان در ایجاد عرف، نکته چالش‌برانگیز اینجاست که دیوان با وجود اینکه تحلیل تئوریک خود را با تقسیم‌بندی کلاسیک عناصر عرف به رویه و اعتقاد حقوقی و منطبق بر آنچه که در ماده ۳۸ اساسنامه آمده است آغاز می‌کند اما «عملاً» در تأیید برخی از نظریاتی که سال‌هاست در دکتترین مطرح است، به‌گونه‌ای بر نقش قطعنامه‌های مجمع تأکید می‌کند که گویی مجمع عمومی تبدیل به یک ارگان شبه تقنینی برای ایجاد عرف شده است و دیوان نیازی به رصد کردن رویه دولت‌ها به‌صورت جداگانه و استقرائی ندارد. این در حالی است که اساساً عرف در مفهوم سنتی، تقدم «رویه» بر «ماهیت توصیف حقوقی» و تقدم وجود بر ماهیت است. در این بدنه است که سه عنصر یکنواختی، تداوم و کلیت رویه به همراه رأی راسخ حقوقی یک واحد مرکب را می‌سازند^{۳۵} و لذا کم‌توجهی دیوان به پایه نخستین عرف محل ایراد است.

چنانکه در متن این مقاله نشان داده شد محور اصلی استدلال‌ات دیوان مبنی بر عرفی بودن حق تعیین سرنوشت در دهه ۱۹۶۰ را ۳ قطعنامه مجمع عمومی قبل از دهه ۱۹۵۰ و نیز قطعنامه‌های ۱۵۱۴ و ۲۶۲۵ تشکیل می‌دهند و آنچه از رویه در این نظر مشورتی دیده می‌شود رفتار تعداد محدودی از دولت‌ها است که پراکنده و نامنسجم به‌نظر می‌رسد. دیوان در اثبات وجود رویه عملی در حالی بر استقلال ۱۷ کشور در سال ۱۹۶۰ تأکید می‌کند که ۱۵ مورد از این کشورها زیر نظر فرانسه اداره می‌شدند و آنچه باید تجلی یک رویه عمومی مستمر و یکنواخت باشد در واقع اراده یک کشور خاص بوده است. افزون‌براین انگلستان به‌عنوان بزرگ‌ترین کشور استعمارگر که در طول دهه ۱۹۶۰ به استقلال ۲۸ کشور تحت اداره خود رضایت داده است، خود اصرار دارد که در سال جدایی چاگوس (۱۹۶۸) هیچ التزام حقوقی به قاعده حق تعیین سرنوشت نداشته است؛ کما اینکه این کشور اساساً به قطعنامه ختم استعمار رأی مثبت نداده است. در این ارتباط کمیسیون حقوق بین‌الملل نیز در طرح شناسایی حقوق بین‌الملل عرفی بر آن است که رأی منفی یا ممتنع و اظهارات عمومی و تبیین مواضع درخصوص قطعنامه‌ها می‌تواند دلیلی بر عدم‌پذیرش قطعنامه به‌عنوان قانون باشد. سابقه قضایی دیوان در مواجهه با رویه عمومی دولت‌ها هرچند با فراز و نشیب همراه بوده است

34. Joseph Raz, *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of the Legal System* (Oxford: Oxford University Press, 1970): 208

۳۵. هدایت الله فلسفی، *صلح جاویدان و حکومت قانون، دیالکتیک همانندی و تفاوت* (تهران: فرهنگ نشر نو، ۱۳۹۰)، ۵۴۰ و ۵۴۵.

اما به باور نویسنده وجه مشخصه غالب آن کم‌توجهی آشکار به رویه عمومی در احراز وجود عرف بین‌المللی بوده است. رجوع اجمالی به این رویه از این رو اهمیت دارد که آنچه از بررسی آرای دیوان برمی‌آید این است که دیوان به‌جای پاسخگویی به انتقادات حقوق‌دانان در خصوص نقصان رویکرد روش‌شناسانه دیوان به رویه عمومی در احراز عرف، صرفاً در مقام توجیه به سابقه تصمیمات قضایی خود به‌عنوان یک مکانیسم دفاعی متوسل می‌شود. این امر به‌ویژه در بررسی پرونده‌های تحدید حدود دریایی قابل مشاهده است.^{۳۶}

دیوان مشخصاً در جریان بررسی قضیه تحدید حدود دریایی در ناحیه خلیج ماین^{۳۷} بین آمریکا و کانادا در سال ۱۹۸۴، به‌جای بررسی رویه مجزای دولت‌ها، بر مذاکرات مربوط به سومین کنفرانس ملل متحد در خصوص حقوق دریاها متمرکز می‌شود. این در حالی است معاهده مستخرج از این کنفرانس (کنوانسیون حقوق دریاهای ملل متحد در سال ۱۹۸۲) در آن زمان لازم‌الاجرا نبود و بسیاری از دولت‌ها از جمله ایالات متحده نیز عضو کنوانسیون نبودند^{۳۸} و مشخص نیست که دیوان چگونه رویه عمومی را در پرتو این مشارکت ناقص اثبات نمود. در قضیه تحدید حدود دریایی منطقه حدفاصل گرینلند و ماین بین دانمارک و نروژ در سال ۱۹۹۳ نیز دیوان به‌جای رجوع به اعلامیه‌های متعددی که دولت‌ها در خصوص پذیرش منطقه انحصاری اقتصادی صادر کرده بودند با استناد به رأی خود در قضیه فلات قاره لیبی و مالت در سال ۱۹۸۵ به همان کنوانسیون حقوق دریاهایی ارجاع داده است که در آن زمان لازم‌الاجرا نبود.^{۳۹}

رأی دیوان در سال ۱۹۸۶ در قضیه مربوط به فعالیت‌های نظامی و شبه نظامی در نیکاراگوئه نقطه عطف دیگری در خصوص رویه دیوان در احراز عرف بین‌المللی بود. دیوان در این رأی ضمن الزام ظاهری به احراز مؤلفه‌های دوگانه عرف، به‌صورت بسیار سطحی به رویه دولت‌ها ارجاع می‌دهد. در قضیه نیکاراگوئه نیز شاهد بودیم که دیوان به‌جای بررسی رویه واقعی دولت‌ها، تکیه سنگینی بر قطعنامه‌ها و معاهدات چندجانبه می‌نماید و به تعبیری حقوق نرم را به حقوق سخت عرفی تبدیل می‌نماید. این رویه با انتقادات گسترده‌ای در دکتترین مواجه شده است و فاصله گرفتن دیوان از بررسی رویه‌های منفرد دولتی به‌عنوان بدفهمی این نهاد بین‌المللی از چگونگی احراز حقوق بین‌الملل عرفی برآورد شده است.^{۴۰} دیوان در این قضیه در حالی اصل عدم‌مداخله را یک قاعده عرفی تلقی می‌کند که خود در متن رأی اشاره دارد که موارد تخطی از این اصل کم نبوده است.^{۴۱}

36. Loretta Chan, "The Dominance of the International Court of Justice in the Creation of Customary International Law", *Southampton Student Law Review* 6(2016): at 48-49

37. Gulf of Maine

۳۸. تصویب کنوانسیون حقوق دریاها نیازمند ۶۰ سند تصویب بود و در آن زمان تنها ۱۳ دولت کنوانسیون را تصویب نموده بودند. این کنوانسیون در سال ۱۹۹۴ لازم‌الاجرا گردید.

39. ICJ Rep, 1985, Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta) para 47

40. Anthony D'Amato, "Trashing Customary International Law", *American Journal of International Law* 81(1987): at: 101, 102.

41. ICJ Rep, 1996, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) para. 202.

در قضیه پروژه گابچیکو - ناگیماروس دیوان تا جایی در مسیر بی‌اعتنایی به احراز استقرائی رویه دولت‌ها پیش می‌رود که با استناد صرف به گزارش کمیسیون حقوق بین‌الملل نتیجه می‌گیرد که اصل عدم‌اثربرداری جانشینی دولت‌ها بر معاهدات سرزمینی ماهیت عرفی دارد.^{۴۲} دیوان همچنین به‌جای تحلیل عملکرد جداگانه دولت‌ها، به کنوانسیون ۱۹۹۷ درخصوص استفاده غیرکشتیرانی از آبراه‌های بین‌المللی^{۴۳} استناد می‌کند. این در حالی بود که تنها ۴ ماه از زمان انعقاد این کنوانسیون گذشته بود و هنوز هیچ کشوری حتی آن را امضا نیز نکرده بود. این کنوانسیون همچنین مخالفان بزرگی همچون چین و هند و فرانسه داشت که نشان می‌داد کنوانسیون به این زودی به مرحله تصویب نخواهد رسید. اینکه دیوان چگونه از مشارکت پراختلاف دولت‌ها در این کنوانسیون، آستانه احراز رویه عمومی یکدست را احراز کرده است، محل سؤال جدی است.

بنا بر آنچه اظهار شد، با بررسی این رویه دیوان در احراز عرف می‌توان نتیجه گرفت که دیوان متعاقب صدور رأی فلات قاره دریای شمال در سال ۱۹۶۹^{۴۴}، عموماً توجه خاصی به بررسی رویه مجزای دولت‌ها در احراز عرف بین‌المللی مبذول نداشته است.^{۴۵} قاضی تومکا^{۴۶} رئیس سابق دیوان بین‌المللی دادگستری در توجیه این رویکرد دیوان تصدیق می‌کند که دیوان در فرآیند شناسایی عرف به طرز فزاینده‌ای به‌جای تمرکز بر بررسی رویه‌های منفرد دولتی بر دیدگاه‌های حقوقی مکتوب دولت‌ها در معاهدات و قطعنامه‌های بین‌المللی متمرکز شده است. با این حال وی مدعی است که دیوان عملاً راهی جز این ندارد که از بهترین و سریع‌الحصول‌ترین مدارک موجود برای شناسایی عرف استفاده بکند و لذا غالباً بررسی دیدگاه‌های دولت‌ها و ارگان‌هایی نظیر کمیسیون حقوق

42. ICJ Rep, 1997, Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia) at para 86

43. United Nations Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses (1997)

این کنوانسیون در سال ۲۰۱۴ اجرائی گردید و اکنون ۳۶ عضو دارد.

۴۴. در قضیه فلات قاره شاهد بودیم که دیوان ادعاهای دانمارک و هلند مبنی بر التزام عرفی آلمان به ماده ۶ کنوانسیون ۱۹۵۸ ژنو درخصوص فلات قاره را رد کرد زیرا به‌رغم اثبات رویه عملی دولت آلمان در رعایت اصول مقرر در کنوانسیون ۱۹۵۸، دیوان در تبعیت از میراث لوتوسی دیوان دائم معتقد بود که پس از احراز رویه، اعتقاد حقوقی آلمان به این رویه نیز باید اثبات گردد. برای مطالعه بیشتر نک:

Roosbeh Baker, "Customary International Law in the 21st Century: Old Challenges and New Debates", *European Journal of International Law* 21(2010): at 178-179

۴۵. البته ذکر این نکته اهمیت دارد که در فضای بعد از رأی فلات قاره دریای شمال، تنها موردشخصی که دیوان با اتکای صرف به رویه دولتی از تصدیق عرفی بودن یک قاعده سر باز زد نظریه مشورتی مشروعیت کاربرد سلاح‌های هسته‌ای در سال ۱۹۹۶ بود که در آن دیوان ترک فعل دولت‌ها در عدم‌توسل به سلاح‌های هسته‌ای در دوران پس از جنگ جهانی دوم را موردبررسی قرار داد و همچون رأی فلات قاره دریای شمال به دلیل فقد عنصر اعتقاد حقوقی دولت‌ها و نقش عوامل سیاسی در ترک فعل صورت گرفته، حکم به غیرعرفی بودن این قاعده داد. برای مطالعه بیشتر در این خصوص نک:

A. Mark Weisburd. "The International Court of Justice and the Concept of State Practice", *University of Pennsylvania Journal of International Law* 31(2009): at 297

46. Tomka

بین‌الملل را درخصوص وجود و ماهیت یک قاعده عرفی کافی می‌داند.^{۴۷} با این همه، منتقدان این رویه دیوان معتقدند که روی‌گردانی دیوان از روش‌شناسی استقرائی - استنتاجی در احراز عرف، با ابداع یک متد جدید توسط دیوان به نام تأکیدورزی^{۴۸} همراه شده است. در این معنی دیوان در بسیاری از موارد فقط تأکید می‌ورزد که یک قاعده عرفی بین‌المللی وجود دارد و دولت‌ها نیز لاجرم باید نظر دیوان را بپذیرند. پروفیسور تالمون^{۴۹} معتقد است که دیوان مشخصاً درخصوص اصل حق تعیین سرنوشت در قضایای متعدد بارها از همین روش تأکیدی صرف استفاده کرده است.^{۵۰} برای مثال در نظریه مشورتی سال ۱۹۷۰ درخصوص پیامدهای حقوقی تداوم حضور آفریقای جنوبی در نامیبیا دیوان تأکید ورزیده است که توسعه حقوق بین‌الملل، اصل حق تعیین سرنوشت را برای تمام این سرزمین‌های غیرخودمختار قابل‌اعمال ساخته است.^{۵۱} در قضیه تیمور شرقی در سال ۱۹۹۵ نیز دیوان تلقی پرتغال را از حق تعیین سرنوشت به‌عنوان یک حق واجد ویژگی ارگا امنس^{۵۲} غیرقابل‌خدشه تلقی کرده است^{۵۳} و در قضیه دیوار حائل بدون اشاره به رویه دولت‌ها، خود تأکید نموده است که حق تعیین سرنوشت امروزه تبدیل به یک حق ارگا امنس شده است.^{۵۴} حسب توضیحات فوق و مطابق آنچه از تحلیل نظریه مشورتی چاگوس برمی‌آید، می‌توان اظهار نمود که نقش دیوان بین‌المللی دادگستری به‌عنوان یک ارگان قضایی بین‌المللی بسیار فراتر از یک منبع کمکی ثانویه (چنانکه در طرح شناسایی حقوق بین‌الملل عرفی کمیسیون حقوق بین‌الملل ۲۰۱۸ آمده است) می‌باشد و دیوان عملاً سال‌هاست که جایگاه خود را در حد رکن سوم یا رکن شناسایی عرف حقوقی بین‌المللی ارتقا داده است و در این رهگذر تقریباً خود را بی‌نیاز از بیان مستندات دقیق درخصوص نحوه احراز رویه دولت‌ها در ایجاد قواعد عرفی بین‌المللی می‌داند.

نتیجه‌گیری

اراده دیوان بین‌المللی دادگستری در احراز صلاحیت خود و متعاقباً ارائه نظر صریح نظر درخصوص نامشروع بودن جدایی چاگوس از موریس، یک ضربه سیاسی سنگین به منافع دولت بریتانیا قلمداد

47. Peter Tomka, "Custom and the International Court of Justice", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 12(2013): at 197 and 215.

48. Assertion

49. Talmon

50. Stefan Talmon, "Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion", *European Journal of International Law* 26(2015): at 440 and 438.

51. ICJ Rep, 1971, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)* para. 52.

52. Erga Omnes

53. ICJ Rep, 1995, *East Timor (Portugal v. Australia)*, para. 29

54. ICJ Rep, 2004, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* para. 88.

می‌شود و نه تنها زمینه مناسبی را برای نضج گرفتن بحث‌های آکادمیک در خصوص مشروعیت حاکمیت بریتانیا بر بسیاری از پایگاه‌های فراسرزمینی این کشور در سراسر دنیا فراهم کرده است.^{۵۵} بلکه حتی مشروعیت حضور ایالات متحده را در جزیره دیه گو گارسیا به شدت مخدوش ساخته است.^{۵۶} هرچند چنانکه در مقدمه این مقاله نیز اشاره شد می‌توان ادعا نمود که نظریات مشورتی دیوان، ماهیت الزام‌آور ندارند و برهمن اساس وزارت خارجه انگلستان نیز متعاقب صدور این نظریه، اعلام داشته است که آنچه دیوان لاهه در خصوص چاگوس بیان داشته است رأی نیست و تنها یک نظریه مشورتی غیر الزام‌آور است؛ اما به نظر می‌رسد که دامنه اثرگذاری این نظریه بسیار فراتر از آن چیزی باشد که مطلوب انگلستان است.^{۵۷} نگاهی به نظریه مشورتی سال ۲۰۰۴ دیوان در مورد مشروعیت ساخت دیوار حائل، گویای مقرر نمودن بسیاری از الزامات و تعهدات حقوقی برای دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی از جمله الزام جامعه جهانی به عدم شناسایی وضعیت دیوار، «به‌رغم ماهیت مشورتی و غیر الزام‌آور آن نظریه» است.^{۵۸}

از منظر تحلیل حقوقی نیز این پژوهش نشان داد که دیوان چگونه چهارچوب امکانات قاعده «حق تعیین سرنوشت» را در پرتو وحدت هنجاری حقوق بین‌الملل گسترده ساخته است و چگونه اراده تفسیری خود را در مسیری متفاوت از آنچه مطلوب انگلستان و آمریکا بود، قرار داده است. دیوان در مقدمه حکم خود، اصل حق تعیین سرنوشت را با قرار دادن در بستر استعمارزدایی و با متصل کردن به اصل یکپارچگی سرزمینی، به‌عنوان پیامد منطقی حق تعیین سرنوشت تلقی نمود و با ساخت این مقدمه کبری با دامنه شمول بالا، به سهولت قادر گردید که اوامر و نواهی این قاعده را به وضعیت چاگوس به‌عنوان یک سرزمین غیر خودمختار تسری بدهد.

همچنین چنان که دیده شد دیوان در این نظر مشورتی با متمرکز شدن بر فحوای تعدادی از منابع نرم حقوق بین‌الملل (قطعنامه‌های مجمع عمومی و اعلامیه‌های کنفرانسی) در شرایطی عرفی بودن قاعده حق تعیین سرنوشت را احراز نمود که وفق سنت قضایی خود از رجوع به روش‌شناسی استقرایی در احراز پراتیک دولت‌ها سر باز زد. دیوان بدین طریق خود را در مسیری می‌بیند که می‌تواند به توسعه مترقیانه قاعده‌سازی با استناد به منابع نرم حقوق بین‌الملل کمک نماید. این در حالی است

55. Constantinos Yiallourides, "First Chagos, then Cyprus? Cyprus Gains Legal Tool in ICJ Ruling on Chagos Islands", Law360, April 10, 2019, <https://www.law360.com/articles/1138559>

۵۶. ایالات متحده از پایگاه دیه گو کاستا برای راهبری بسیاری از عملیات‌های نظامی برون مرزی از جمله علیه عراق و افغانستان استفاده کرده است و محدودیت‌های شدیدی که بر هر نوع نظارت بین‌المللی بر این جزیره اعمال کرده است صرف نظر از ابعاد حقوق بشری اعتراض شدید فعالان محیط‌زیست را نیز به جهت ممانعت از اجرای اقدامات حفاظتی کنوانسیون بین‌المللی تنوع زیستی در پی داشته است. برای مطالعه بیشتر در این زمینه نک:

Peter H. Sand, "Diego Garcia: British-American Legal Black Hole in the Indian Ocean?" *Journal of Environmental Law* 21(2009): 113-137

57. Stephen Minas, "Why the ICJ's Chagos Archipelago Advisory Opinion Matters for Global Justice", *Transnational Legal Theory* 10(2019): 132.

۵۸. محمدرضا ضیائی بیگدلی، *جستارهایی پیرامون حقوق بین‌الملل: گزیده مقالات و مقولات جلد دوم* (تهران: مرکز چاپ و انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۹۴)، ۵۰۵-۵۰۶.

که در حقوق بین‌الملل سنتی، اثبات قاعده عرفی اصولاً با استمرار و دوام عمل ارتباط دارد و لذا منابع نرم به‌طور سنتی در تصدیق وجود عرف نقشی نداشته‌اند؛ اما چنانکه پیداست دیوان به‌خصوص در موضوعات حقوق بشری بر عناصر ذهنی مقوم قاعده عرفی اهمیت بیشتری نسبت به عناصر عینی قائل است.^{۵۹}

ذکر این نکته نیز در پایان اهمیت دارد که موضع دیوان دادگستری از آغاز، مانند امروز معطوف به تأیید آثار حقوقی این قطعنامه‌ها نبوده است؛ به‌عنوان نمونه در خصوص رأی آفریقای جنوب غربی ۱۹۶۶ دیوان به‌صراحت می‌گوید که قطعنامه‌های مجمع در هر جایگاهی که باشند کوچک‌ترین آثار حقوقی بر آنها مترتب نیست و تنها می‌توانند آثار سیاسی داشته باشند. دیوان این نظر خود را در سال ۱۹۷۱ و در خلال نظر مشورتی پیامدهای تداوم حضور آفریقای جنوب شرقی در نامیبیا بدین قرار تصحیح می‌کند که قطعنامه ۱۵۱۴ در کلیه سرزمین‌های غیرخودمختار قابل اعمال می‌باشد.^{۶۰} سرانجام رویکرد دیوان در نظر مشورتی چاگوس و عرفی اعلام کردن اصل تعیین سرنوشت بر مبنای قطعنامه‌های ملل متحد را می‌توان جدیدترین شیوه توسل این نهاد قضایی بین‌المللی به منابع نرم حقوق بین‌الملل برای تصدیق وجود یک قاعده عرفی بین‌المللی تلقی نمود. در این نظریه دیوان به آشکارترین وجه ممکن و بدون تمرکز بر اثبات رویه‌های جاافتاده دولتی، عملاً بر امکان قانون‌سازی بین‌المللی به‌واسطه صدور قطعنامه‌های غیرالزام‌آور مجمع عمومی مهر تأیید قضایی زده است.

به‌نظر می‌رسد که اگرچه دیوان نیز به مانند کمیسیون حقوق بین‌الملل در قسمتی از مواضع اعلامی خود ابراز داشته است که همچنان به مؤلفه‌های مقوم عرف در چهارچوب تعریفی ماده ۳۸ اساسنامه پایبند است و احراز جداگانه رویه عمومی و اعتقاد حقوقی را شرط احراز وجود عرف تلقی می‌کند، اما در عمل با قائل شدن نقش حاشیه‌ای برای رویه دولت‌ها، تنها به مراعات ظاهر اجرای یک عملیات حقوقی کلاسیک برای احراز عرف بسنده کرده است. چنان‌که دیده شد دیوان در نقطه مقابل قبض و محدودسازی پراتیک دولت‌ها «در مفهوم سنتی آن»، به بسط کردن و توسیع دامنه اثرگذاری اسناد نرم مانند قطعنامه‌های مجمع عمومی (به مثابه شاخص‌های اثبات هم‌زمان عناصر عینی و ذهنی عرف) همت گماشته است. این خط مشی هرچند که به‌مثابه کاتالیزور برای پیشبرد مقاصد حقوق بین‌الملل عمل کرده و به‌نوعی شکاف‌هایی را در سیستم پر می‌کند که چه بسا با پایبندی به روش استقرایی قابل پر شدن نبودند اما نمی‌توان بر این واقعیت نیز چشم پوشید که عرفی نامیدن قواعد استقرار نیافته در رویه عینی دولت‌ها، خطر عدم‌التزام دولت‌ها به تصمیمات اصلی‌ترین نهاد قضایی بین‌المللی را بالا خواهد برد.

۵۹. هدایت الله فلسفی، سیر عقل در منظومه حقوق بین‌الملل؛ اصول اساسی روش‌شناسی حقوق بین‌الملل (تهران: فرهنگ نشر نو، ۱۳۹۶)، ۱۸۴.

۶۰. جمشید ممتاز، «اعلامیه‌های مجمع عمومی: جلوه‌ای جدید از تدوین و توسعه حقوق بین‌الملل» در مجموعه مقالات همایش نقش مجمع عمومی سازمان ملل متحد در تدوین و توسعه تدریجی حقوق بین‌الملل (تهران، انجمن ایرانی مطالعات سازمان ملل متحد، ۱۳۹۱)، ۴۷.

فهرست منابع

منابع فارسی

- زمانی، سید قاسم و آرامش شهبازی، مترجم. فرجام حقوق بین‌الملل: نوسان میان تکنیک و تدبیر. تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۹.
- زمانی، سید قاسم. حقوق سازمان‌های بین‌المللی. تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی، ۱۳۹۳.
- ضیائی بیگدلی، محمدرضا. جستارهایی پیرامون حقوق بین‌الملل؛ گزیده مقالات و مقولات جلد دوم. تهران: مرکز چاپ و انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۹۴.
- فلسفی، هدایت‌الله. «ماجرای تفسیر در دیوان بین‌المللی دادگستری» در مجموعه مقالات نقش دیوان بین‌المللی دادگستری در تداوم و توسعه حقوق بین‌الملل، به اهتمام سید قاسم زمانی. تهران: انجمن ایرانی مطالعات سازمان ملل متحد، ۱۳۸۹.
- فلسفی، هدایت‌الله. سیر عقل در منظومه حقوق بین‌الملل: اصول اساسی روش‌شناسی حقوق بین‌الملل. تهران: فرهنگ نشر نو، ۱۳۹۶.
- فلسفی، هدایت‌الله. صلح جاویدان و حکومت قانون، دیالکتیک همانندی و تفاوت. تهران: فرهنگ نشر نو، ۱۳۹۰.
- قنبری جهرمی، محمد جعفر. مترجم. اصول حاکم بر شکل‌گیری حقوق بین‌الملل عرفی عام. تهران: دراک، ۱۳۸۴.
- ممتاز، جمشید و محمد رزاقی ساکت «تحدید انفصال در حقوق بین‌الملل» در جامعه بین‌المللی و حقوق بین‌الملل در قرن ۲۱؛ مجموعه مقالات اهدایی به استاد دکتر محمدرضا ضیائی بیگدلی، به اهتمام سید قاسم زمانی. تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی، ۱۳۹۱.
- ممتاز، جمشید. «اعلامیه‌های مجمع عمومی: جلوه‌ای جدید از تدوین و توسعه حقوق بین‌الملل» در مجموعه مقالات همایش نقش مجمع عمومی سازمان ملل متحد در تدوین و توسعه تدریجی حقوق بین‌الملل. تهران: انجمن ایرانی مطالعات سازمان ملل متحد، ۱۳۹۱.
- میرعباسی، سیدباقر و سید حسین سادات میدانی. دادرسی‌های بین‌المللی دیوان بین‌المللی دادگستری بین‌المللی در تئوری و عمل. تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۸۷.

منابع خارجی

Akande, Dapo "Can the International Court of Justice Decide on the Chagos Islands Advisory Proceedings without the UK's Consent?" *The Blog of the European Journal of International Law*. June 27, 2017 <https://www.ejiltalk.org/can-the-international-court-of-justice-decide-on-the-chagos-islands-advisory-proceedings-without-the-uks-consent/>

Allen, Stephen. "The Chagos Advisory Opinion and the Decolonization of Mauritius" *American Society of International Law*. April 15, 2019. https://www.asil.org/insights/volume/23/issue/2/chagos-advisory-opinion-and-decolonization-mauritius#_edn15

Baker, Roozbeh. "Customary International Law in the 21st Century: Old Challenges and New Debates", *European Journal of International Law* 21(2010):173–204.

Burri, Thomas. "Two points for the International Court of Justice in Chagos Take the Case,

all of it; It is a Human Rights Case”. *Questions of International Law* 55(2018): 93-105.

Chan, Loretta “The Dominance of the International Court of Justice in the Creation of Customary International Law”, *Southampton Student Law Review* 6 (2016): 44-71.

Crawford, James and Thomas Viles. “International Law on a Given Day”, in *International law as an open system: selected essays by James Crawford*. 46-49. London: Cameron May, 2002.

D’Amato, Anthony. “Trashing Customary International Law”. *American Journal of International Law* 81(1987): 101-105.

Evers, Sandra J.T.M. and Marry Kooy (ed) *Eviction from the Chagos Islands, Displacement and Struggle for Identity Against Two World Powers*. Netherlands: Brill, 2011.

Frost, Tom., and C. R. G. Murray. “The Chagos Islands Cases: The Empire Strikes Back” *Northern Ireland Legal Quarterly* 66(2015).

GA/RES/1514 (1960)

GA/RES/1541 (1960)

GA/RES/2066 (1965)

GA/RES/2232 (1966)

GA/RES/2357 (1967)

GA/RES/2625 (1970)

GA/RES/71/292 (2017)

ICJ Rep, 1986, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment

ICJ Rep, 1997, Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)

ICJ Rep, 1971, Advisory opinion on Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia notwithstanding Security Council Resolution 276

ICJ Rep, 1975, Advisory opinion on Western Sahara

ICJ Rep, 1985 Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)

ICJ Rep, 1995, *East Timor (Portugal v. Australia)*

ICJ Rep, 1996, Advisory opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons.

ICJ Rep, 2004, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory

ICJ Rep, 2019, Advisory opinion on Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965

Kattan, Victor “Self-Determination during the Cold War: UN General Assembly Resolution 1514 (1960), the Prohibition of Partition, and the Establishment of the British Indian Ocean Territory (1965)” in *Max Planck Yearbook of United Nations Law Vol 19*, edited by Frauke Lachenmann and Rüdiger Wolfrum, 468. Netherlands: Brill, 2015.

Klabbers, Jan. “Shrinking Self-determination: The Chagos Opinion of the International Court of Justice”. *European Society of International Law Reflections*. March 27, 2019. <https://>

esil-sedi.eu/wp-content/uploads/2019/03/ESIL-Reflection-Klabbers.pdf.

Minas, Stephen. "Why the ICJ's Chagos Archipelago Advisory Opinion Matters for Global Justice". *Transnational Legal Theory* 10(2019): 123-136.

Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of the Legal System*. Oxford: Oxford University Press, 1970.

Sand, Peter H. "Diego Garcia: British-American Legal Black Hole in the Indian Ocean?" *Journal of Environmental Law* 21(2009): 113-137.

Talmon, Stefan "Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion". *European Journal of International Law* 26(2015): 417-443.

Talmon, Stefan. "The Chagos Marine Protected Area Arbitration: A Case Study of the Creeping Expansion of the Jurisdiction of UNCLOS Part XV Courts and Tribunals", *International & Comparative Law Quarterly* 65(2016): 927-951.

Tomka, Peter "Custom and the International Court of Justice". *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 12(2013): 195-216.

Vine, David. *Island of Shame; The Secret History of the U.S. Military Base on Diego Garcia*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

Wagner, Julia "The Chagos Request and the Role of the Consent Principle in the ICJ's Advisory Jurisdiction, or: What to Do When Opportunity Knocks" *Questions of International Law* 55(2018): 177-189.

Weisburd, A. Mark "The International Court of Justice and the Concept of State Practice", *University of Pennsylvania Journal of International Law* 31(2009): 295-372.

Yiallourides, Constantinos. "First Chagos, then Cyprus? Cyprus Gains Legal Tool in ICJ Ruling on Chagos Islands", *Law360*. April 10, 2019. <https://www.law360.com/articles/1138559>.