

ژولیو باربریس

Julio A. BARBERIS

ترجمه:

دکتر اردشیر امیر ارجمند

تأملی بر عرف بین المللی

.Annuaire Française de Droit International, 1990

سالنامه فرانسوی حقوق بین الملل، ۱۹۹۰

فهرست مطالب

I. روشهای مختلف تشخیص عرف در حقوق بین الملل

۱. عرف، اعلام حقوق از قبل موجود

۲. عرف، منبع حقوق

الف. تشبیه عرف به معاهده ضمنی

ب. عرف، روش مستقل ایجاد حقوق

۳. عرف، حقوق آئی

۴. نقد

II. احراز هر يك از قواعد عرفی

۵. بررسی علل وجودی قواعد عرفی

۶. استفاده از قاعده ای فنی

الف. عملکرد

ب. اعتقاد حقوقی (Opinio Juris)

ج. فاعلان عمل

I. ارگانهایی که نماینده دولت در قلمرو بین المللی هستند

II. ارگانهایی که نماینده دولت در قلمرو داخلی هستند

III. سازمانهای بین المللی

IV. دادگاههای بین المللی

V. معاهدات بین المللی

VI. اشخاص خصوصی

۷. کار شناسایی عرف و حدود آن

۸. تلاش در جهت تعیین شرایط ایجاد عرف در معاهدات بین المللی

III. خصیصه های حقوق عرفی

۹. عرف و دولتهای ثالث

۱۰. سلسله مراتب بین عرف و قرارداد

IV. تدوین حقوق عرفی

۱۱. اعلام حقوق عرفی در قالبهای زبانی و تنظیم آن - توسعه تدریجی

۱۲. تدوین و توسعه تدریجی حقوق عرفی از طریق معاهدات

علامت اختصاری

A.F.D.I.	Annuaire Français de Droit International.
A.J.I.L.	American Journal fo International Law.
B.Y.B.	British Year Book of International Law.
C.e.S.	Comunicazioni e Studi dell'Istituto di Diritto internazionale e straniero della Università di Milano.
C.I.C.H.	Cour internaméricaine des Droits de l'Homme.
C.I.J.	Cour internatinale de Justice.
C.P.J.I.	Cour permanete de Justice internatinale.
I.C.L.Q.	International and Comparative Law Quarterly.
I.J.I.L.	Indian Journal of International Law.
J.I.R.	Jahrbuch für Internationales Recht.
Z.I.R.	Niemeyers Zeitschrift für Internationales Recht.
N.R.G.	Martens, Nouveau Recueil Général de Traités.
Ö.Z.ö.R.	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht.
R.d.C.	Recueil des Cours de l'Académie de Droit international.
R.D.I.	Revue de Droit International.
Rev. internat.	Revue internatinale de la Théorie du Droit.
R.G.D.I.P.	Revue Générale de Droit International Public.
R.I.A.A.	Reports of International Arbitral Awards. Schw.
J.i.R.	Annuaire suisse de droit international.
Z.a.ö.R.V.	Zeitschrift für asuländisches öffentliches Recht und Völkerrecht.
Z.ö.R.	Zeitschrift für öffentliches Recht.

عرف پدیده‌ای است که از زمان اولین تأملات انسان در خصوص حقوق در جامعه وجود داشته است. لذا، حقوقدان خود را در مقابل وضعیتی مستقر می‌یابد که سعی در تحلیل و فهم آن می‌نماید، او می‌خواهد دلایل و مبنای این پدیده را بشناسد. به عبارت دیگر، و بطور خلاصه، یک حقوقدان سعی می‌کند مضمونی حقوقی به عرف بدهد. بدین جهت تحلیل‌های یک حقوقدان از عرف با درک عمومی او از حقوق پیوندی تنگاتنگ دارد.

در شکل‌گیری حقوق بین‌الملل، عرف نقش اصلی داشته است و می‌توان تصدیق نمود که تا مدت‌زمانی بسیار طولانی، حقوق بین‌الملل اساساً دارای ماهیت عرفی بوده است. بنظر می‌رسد در بیست سال اخیر، تدوین موضوعاتی از قبیل حقوق دیپلماتیک و کنسولی، نظام معاهدات بین دولتها و حقوق دریاها، به وسیله معاهدات چند جانبه از اهمیت قبلی عرف کاسته باشد. با این وجود، هنوز بعضی از موضوعات حقوق بین‌الملل

همچنان تحت سیطره قواعد عرفی قرار دارند، برای مثال: می توان از مسؤلیت بین المللی، حمایت سیاسی و آیین داوری نام برد.^۱ معذالک، تجربه نشان داده است که تدوین منجر به حذف عرف نمی شود بلکه موجب طرح سوالات جدید می گردد که حل آنها با توسل به قواعد عرفی صورت می پذیرد. در حقیقت اجرای معاهداتی که، حقوق دیپلماتیک و حقوق معاهدات را برای مثال مدون نمودند، موجب عملکرد و رویه هایی برای تکمیل این مقررات جدید قراردادی شد. بعلاوه، با داشتن قلمرو اجرایی عمومی و مستمر، این معاهدات می توانند ماهیتی عرفی کسب نموده و بدین اعتبار در قبال دولتهایی که آنها را تصویب ننموده اند نیز لازم الاتباع بشمار آیند.

خصوصیات و کاربرد عرف در حقوق بین الملل کنونی نسبت به چند ده سال گذشته تغییر کلی یافته است. در مرحله اول، امروزه ناظر وجود قواعد مختلفی هستیم که به طرق مختلف و بعضاً در طی مدت زمانی نسبتاً کوتاه ایجاد شده اند و کاملاً دارای ریشه عرفی می باشند. به نظر می رسد که مفهوم عرف گسترش یافته و تعیین حدود آن مشکل تر شده است. در مرحله دوم، امروزه، عرف شکل جدیدی از ایجاد ارادی و آگاهانه قواعد بین المللی مثل معاهدات و احکام قضایی و داوری می باشد. در واقع، بعضی از دولتها یا سازمانهای بین المللی، عمداً و با نیت ایجاد قواعد عرفی، اقدام به انجام عملی می نمایند یا اینکه بعضی از قطعنامه ها یا وفاق های جمعی را مکرراً تصویب می نمایند.^۲

وجود چنین شرایطی، بازنگری در مفهوم عرف بین المللی و همچنین تعیین جایگاه آن در پرتو رویه کنونی را ضروری می سازد. با این وجود،

۱. در خصوص اهمیت عرف در حقوق بین المللی کنونی نک:

JIMÉNEZ de ARÉCHAGA. «International law in the Past Third of a Century», R.d.C., 1978-1, p. 9 ss.

برای دیدگاه، مخالف نک:

LAZAREV. «International Legal Custom as a Contemporary Stage», A.J. I.L., 1979, p. 511.

2. Cf. :ABI- SAAB. «La coutume dans tous ses états ou le dilemme du développement du droit international général dans un monde éclaté», Le droit international à l'heure de sa codification (Études en l'honneur de Roberto Ago). Milano, 1987, Vol. 1, p. 60 ss.

جالب است قبل از اقدام بدین امر، روش طرح و بررسی مبحث عرف به وسیله حقوقدانان به طور مختصر مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرد.

I- راههای مختلف تشخیص عرف در حقوق بین الملل

اگر چه در حقوق بین الملل نظریه های کاملاً متفاوت در زمینه حقوق عرفی وجود دارد،^۲ اما می توانیم بین سه دیدگاه بنیادین و اصولی قائل به تفکیک شویم که هر کدام عرف را به ترتیب زیر تحلیل می کنند.

۱. عرف، اعلام حقوق از قبل موجود است؛

۲. عرف روش ایجاد حقوق است، به عبارت دیگر عرف منبع حقوق

است؛

۳. عرف حقوقی است که با روش حقوقی ایجاد نمی شود اما علل

وجودی آن با این روش قابل بررسی و تبیین می باشد.

۱- عرف، اعلام حقوق از قبل موجود

بر اساس بینش، عرف روش یا وسیله ای است که امکان می دهد وجود قواعد حقوقی مورد بررسی و تحقیق قرار گیرد.^۳ این قواعد در قالب عرف تجلی می یابند.

[این عرف در این مفهوم به وجود دو مقوله از قواعد حقوقی تأمل

۳. برای تحلیلی دقیق در این زمینه نک:

GÜNTHER, Zur Entstehung von Völkergewohnheitsrecht, Berlin, 1970, p. 15 ss.

۴. عرف و قواعد مدون (از طریق عهدنامه یا معاهده) دقیقاً دارای یک کاربرد قضایی و در نتیجه جوهر و ماهیت واحد می باشند: اینها روشهای اعلام حقوق موضوعه از پیش موجود است و نه روشهایی برای ایجاد حقوق.

(SCELLE, «Règles générales du droit de la paix», R.d.C., 1933- IV, p. 428).

«عرف، رونه قضایی و قانون منابع حقوق نیستند، بلکه روشهای تصدیق قاعده حقوقی

می باشند.»

(DUGUIT, Traité de droit constitutionnel, 3^e éd., Paris, 1927, t. I, p. 154).

است]: دسته اول متشکل از حقوق عرفی و دسته دوم متشکل از قواعدی است که وجود آنان به وسیله عرف مورد تحقیق و بررسی قرار می‌گیرد. بنابراین، حقوق عرفی یکی از وسایلی خواهد بود که این حقوق از قبل موجود را به انسانها می‌شناساند. علمای حقوق نامهای مختلفی را برای این حقوق پیشین بکار برده‌اند. مثلاً، مکتب تاریخگرا آن را وجدان ملی (Volksgeist)^۵ و مکتب فرانسوی آنرا «حقوق موضوعه»،^{*} «همبستگی اجتماعی»^{**} یا «وجدان اجتماعی گروه»^{***} نامیده‌اند.

کمیته مشورتی حقوقدانان تدوین کننده اساسنامه دیوان دایمی دادگستری بین المللی از نظریه مزبور الهام گرفته است و عملاً، بند دوم ماده ۳۸ این اساسنامه، عرف را «یک دلیل معمول به عمومی که به صورت اصل حقوقی پذیرفته شده است» تعریف نموده است. بعد از کنفرانس سانفرانسیسکو، همین متن ماده (۳۸، 2.d) اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری فعلی گردید. علیرغم وجود این ماده در اساسنامه دیوان دائمی دادگستری بین المللی و دیوان بین المللی دادگستری، در رویه قضایی این دو دیوان، عرف تنها به مثابه وسیله‌ای برای تحقیق در وجود قواعد حقوقی تلقی نگردیده است.

در رویه بین المللی کنونی، این بینش اهمیت خود را کاملاً از دست داده است.

۲- عرف، منبع حقوق

بر خلاف بینش قبلی که عرف را فقط وسیله‌ای برای احراز وجود قواعد حقوقی موجود پیشین می‌داند، نظریه حاضر بر خلاقیتی که از

۵. در مورد عرف در مکتب تاریخ گرا، نک:

MOKRE. -Zur Theorie des Gewohnheitsrechts-, Z.ö.R., 1932, p. 273 s.

*. Droit objectif.

** *. Solidarité sociale.

*** *. Conscience sociale du groupe.

6. DUGUIT, Op. cit., p.127 ss. GOUET, La coutume en droit Constitutionnel interne et en droit constitutionnel international, Paris, 1932, pp. 46 et 58. Le Fur, Précis de droit international public, 3^e ed., Paris, 1937, p. 199.

ویژگیهای خاص عرف است تأکید می‌ورزد. عرف به عنوان وسیله یا روشی برای ایجاد قواعد حقوق بین الملل تلقی می‌گردد. در جمع علمایی که طلایه دار این طرز فکر حقوقی هستند می‌توانیم بین آنهایی که عرف را به معاهده ضمنی تشبیه می‌کنند و آنهایی که عرف را روشی مستقل برای ایجاد و خلق قواعد حقوقی می‌دانند قائل به تفکیک شویم.

الف- تشبیه عرف به معاهده ضمنی

این بینش از اندیشه‌ای الهام می‌گیرد که حقوق بین الملل را تنها ناشی از اراده آزاد دولتها می‌داند. این اراده یا به طور صریح از طریق انعقاد معاهدات بین المللی ابراز می‌گردد یا به صورت ضمنی از طریق عرف. بنابراین عرف راهی است که از طریق آن دولت‌ها رضایت خود برای پیوستن به یک معاهده را اعلام می‌نمایند.⁷ این نظریه که در دکتترین حقوق اهمیت خود را از دست داده بود، با جلب حمایت حقوقدانان کشورهای سوسیالیستی ظهوری نو یافت. عرف به صورت مذکور در فوق به وسیله آکادمی علوم اتحاد جماهیر شوروی⁸ و در آثار علمای حقوق سوسیالیست تعریف شده است.⁹ به عقیده تونکین،¹⁰ یکی از شاخص ترین علمای حقوق مکتب شوروی، عرف متکی بر قبول یا شناسایی ضمنی دولتها می‌باشد.

7. Cf. ANZILOTTI, Corso di Diritto internazionale, 3^e éd., Roma, 1928, p. 64. STRUPP, Grundzüge des positiven Völkerrechts, 5^e éd., Bonn-Köln, 1932, p. 16.

برای مشاهده این طرز فکر در روزه قضایی نگاه شود به رای کمیسیون مختلط آلمان و نروژ در خصوص ادعاهای مربوط به:

Fischbach et Friedericy (R.I.A.A., vol. X, p. 397).

8. Akademie der Wissenschaften der UdSSR (Rechtsinstitut), Völkerrecht, Berlin, 1960, p. 5.

9. LUKASHUK, "Fuentes del Derecho internacional contemporáneo", El Derecho internacional contemporáneo, Moscú, 1973, pp. 199 et 202. Moca, "La notion et l'importance de la coutume internationale dans le processus d'instauration de nouvelles relations entre les Etats", Revue roumaine d'études internationales, 1975, p. 238. Kolasa, "On the Sources of International Law-Towards a Conception of Adopted Law, Polish Yearbook of International Law, 1977-1978, p. 106. Sur la conception de la doctrine soviétique, voir ERIKSON, "Soviet Theory of the Legal Nature of Customary International Law", Case Western Reserve Law Review, vol. 7, 1975, p. 148 ss. SCHWEIS, FURTH, "Das Völkergewohnheitsrecht-verstärkt im Blickfeld der sowjetischen Völkerrechtslehre", German Yearbook of International Law, 1987, p. 36 ss.

*Tukin

10. TUNKIN, "Co-existence and International Law", R.d.C., 1958-III, p. 13 ss.; "Remarks on

نظریه ای که عرف را به یک معاهده ضمنی تشبیه می کند تأثیراتی در توسعه حقوق عرفی کنونی داشته است. در حقیقت، این معنا که دولتی که همواره مخالف یک معمول به همگانی و مستمر اعضای جامعه بین المللی عمل می کند ملزم به رعایت این معمول به نیست، بلاشک ریشه در مکتب ارادی و لزوم وفاق اراده ها دارد. به عبارتی می توان آن را نوعی اعمال «حق شرط» که مخصوص حقوق معاهدات است در حقوق عرفی دانست. اما دیگر جوانب واقعیت کنونی حقوق بین الملل نشان می دهد که نمی توان عرف را، به صورت ساده، به عنوان یک معاهده ضمنی تلقی نمود. برای مثال اگر عرف یک معاهده ضمنی باشد، تنها اعمال آن دسته از نهادهایی که دارای صلاحیت کافی برای متعهد نمودن دولت از نظر بین المللی می باشند می توانند در ایجاد عرف مشارکت نمایند. با وجود این، واقعیت مبین وجود قواعد عرفی ای است که به وسیله عملکرد مداوم و مستمر نهادهای قضایی، تقنینی و اداری فاقد صلاحیت انعقاد معاهده بین المللی ایجاد شده اند.^{۳۱۶}

ب- عرف، روش مستقل ایجاد حقوق

این بینش مرتبط با اصول بنیادین نظریه حقوق محض می باشد. این نظریه، نظام حقوقی را به صورت مجموعه ای از قواعد حقوقی که دارای سلسه مراتب بوده و بعضی از آنها ناظر بر ایجاد بعضی دیگر هستند ترسیم می نماید. بنابراین، در یک نظام حقوقی، قواعد حقوقی ای وجود دارند که می توانند به بعضی از وقایع و حوادث خاصیت و صلاحیت ایجاد قواعد حقوقی جدید را بدهند. برای مثال، قانون اساسی یک کشور به قوه مقننه صلاحیت و اختیار وضع و ایجاد قواعد حقوقی (یعنی قانون) را می دهد. به

the Juridical Nature of Customary Norms of International Law", California Law Review, vol. 49, 1961, p. 423; Völkerrechtstheorie. Berlin, 1972, p. 153 ss.; "International Law in the International System", R.d.C., 1975-IV, p. 124 ss.; "Soviet Theory of Sources of International Law", Völkerrecht und Rechtsphilosophie (Internationale Festschrift für Stephan Verosta), Berlin, 1980, p. 75.

II. C.P.J.L., Série B, N° 6; Série A, N° 10, p. 23; Série A, N° 20/21, p. 41.

CF. : VERDROSS-SIMMA, Universelles Völkerrecht, 3^e éd., Berlin, 1984, p. 369.

نوبه خود، قانون به قاضی صلاحیت صدور احکام را اعطا می نماید. اشخاص خصوصی آزادند اقدام به انعقاد قرارداد نمایند. این قراردادها قواعد خاصی را ایجاد می نمایند که روابط بین متعاقدین را تنظیم می کنند. این وقایع (قانون گذاری، صدور حکم، انعقاد قرارداد) که به وسیله یک قاعده حقوقی صلاحیت و اختیار ایجاد قواعد حقوقی را احراز نموده اند عموماً «منابع حقوق» نامیده می شوند.

اصولاً، قواعد حقوقی که به یک حادثه یا واقعه امکان ایجاد قواعد حقوقی جدید را می دهند، مشخص می نمایند چه کسی اختیار و صلاحیت ایجاد قواعد جدید را دارد، چگونه باید برای ایجاد این قواعد جدید اقدام گردد و اینکه این قواعد چه محتوایی باید داشته باشند. مثلاً در مورد مثالی که در مورد قانون اساسی یک کشور زده شد، این قانون اساسی تعیین می نماید چه نهادی اختیار و صلاحیت وضع قوانین را دارد (پارلمان)، چه تشریفاتی برای تصویب این قوانین باید مراعات شود و نیز حدالمقدور محتوای این قوانین چه می تواند باشد. در مورد احکام قضایی نیز وضع به همین منوال است. قانونی به قاضی صلاحیت صدور حکم را اعطا می نماید. قانونی دیگر (قانون آیین دادرسی) تشریفاتی را که قاضی برای این منظور باید رعایت نماید مشخص می نماید. نهایتاً، قانونی دیگر (قانون مدنی، جزایا تجارت) محتوای حکم را مشخص می کند. در مورد قراردادها، قانون مدنی به اشخاص حقیقی یا حقوقی اهلیت انعقاد قرارداد را می دهد، مواد دیگری از همین قانون مدنی، نحوه اعمال این حق و محتوایی را که این قراردادها می توانند داشته باشند مشخص می نمایند.

قاعده یا قواعد حقوقی که نحوه ایجاد سایر قواعد را مقرر می دارند از نقطه نظر سلسله مراتب در مرتبه ای بالاتر از قواعد ایجاد شده قرار می گیرند. ممکن است در بعضی از مواقع، قاعده برتر به تعیین نهاد صالح برای وضع قاعده مادون یا مشخص نمودن نهاد صالح و آیین لازم برای وضع قاعده مادون اکتفا کند بدون اینکه به محتوای احتمالی قاعده اشاره ای نماید. در تمام موارد، منشأ اعتبار یک قاعده حقوقی را در قاعده حقوقی

مادونی که ناظر بر ایجاد آن است می‌یابیم.¹² در ۱۹۳۶، هانس کلسن، یک اثر تحقیقی را که در آنها این نظریات را در مورد معاهدات بین‌المللی اعمال نموده بود منتشر ساخت.¹³ به عقیده او در حقوق بین‌الملل، قاعده عرفی‌ای وجود دارد که مشهور به اصل لزوم وفای به عهد می‌باشد (Pacta Sunt Servanda) که به دولتها با تعیین آیین و تشریفات لازم اختیار و صلاحیت انعقاد معاهدات را می‌دهد. کلسن بدین ترتیب نشان می‌دهد که منشأ اعتبار معاهدات بین‌المللی حقوق عرفی است و اینکه حقوق معاهدات تحت نظارت حقوق عرفی ایجاد می‌شود. با چنین تحلیلی، کلسن بین نحوه تکوین حقوق معاهدات و قاعده ایجاد شده یا به عبارت دیگر بین آیین ایجاد معاهده و قاعده قراردادی حاصل از این آیین وضع قاعده حقوقی تفکیک قائل می‌شود.

سه سال بعد کلسن مطالعاتی را در خصوص عرف بین‌الملل منتشر ساخت و سعی نمود در مورد آن، منطق و استدلالاتی مشابه آنچه برای تحلیل معاهدات بین‌المللی بکار برده بود اعمال نماید.¹⁴ همچنانکه در حقوق معاهدات، نحوه ایجاد معاهده را می‌توان از قاعده ایجاد شده تفکیک کرد، کلسن این عقیده را مطرح نمود که در عرف نیز می‌توان بین نحوه عرفی ایجاد قواعد (نحوه ایجاد عرف) و قواعد عرفی ایجاد شده تفکیک قائل شد. بدنبال این استدلال، کلسن اعلام می‌دارد همچنانکه قواعد عرفی ناظر بر نحوه ایجاد معاهدات می‌باشند، یک قاعده بنیادین (Grundnorm) نیز ناظر بر نحوه عرفی ایجاد قواعد می‌باشد. اما این قاعده بنیادین، یک قاعده حقوق موضوعه نمی‌باشد، بلکه اصلی است بدیهی که از عرف آیینی برای ایجاد قواعد حقوقی می‌سازد.¹⁵ بنابراین عرف یکی از منابع حقوق بین‌الملل خواهد بود، زیرا قاعده قبلی‌ای

12. KELSEN, General Theory of Law and State. Cambridge (Mass.). 1945, p. 110 ss.; Reine Rechtslehre, 2^e éd., Wien, 1960, p. 228 ss.

13. "Contribution à la théorie du traité international", Rev. internat., 1936, p. 253 ss.

همچنین نک:

Principes of International Law, New York, 1952, P. 317 ss.

14. "Théorie du droit international", Rev. internat., 1939, p. 253 ss.

15. op. cit., Rev. internat., 1939, p. 259.

(Grundnorm) وجود دارد که برای آیین عرفی امکان ایجاد قواعد حقوقی را فراهم می‌سازد. کلسن نحوه عرفی ایجاد قواعد حقوقی را روشی متفاوت با روش ایجاد معاهدات می‌داند، یعنی نحوه عرفی ایجاد قواعد حقوقی را یک روش مستقل ایجاد قواعد حقوقی محسوب می‌نماید. به عبارت دیگر، می‌توان گفت که عرف یک منبع مستقل حقوق است.

۳- عرف، حقوق آنی (خلق الساعه)

این اندیشه که هر قاعده حقوق بین الملل از طریق آیینی حقوقی (آیینی که تحت حاکمیت قواعد حقوقی قرارداد دارد) ایجاد می‌شود و تشبیه کامل حقوق عرفی به حقوق معاهدات در این زمینه مورد انتقاد دکتترین قرار گرفت. مثلاً به عقیده ربرتو آگو* در نظام حقوق بین الملل، باید حقوق معاهدات را از حقوق غیر مدون تفکیک کرد. حقوق معاهدات از طریق آیینی که قواعد عرفی ایجاد کرده‌اند بوجود می‌آید و منشأ اعتبار آن «لزوم وفای به عهد» است. برعکس، حقوق غیر مدون، که حقوق عرفی جزئی از آن است، به وسیله یک آیین حقوقی ایجاد نمی‌شود بلکه ایجاد آن خود به خودی و خلق الساعه می‌باشد. به عقیده آگو، نظریه «قاعده بنیادین» (Grundnorm) که هدف آن تثبیت عرف به عنوان منبع حقوق می‌باشد ذهنیتی است برای توجیه یکی از مبادی اثبات‌گرای حقوقی که بنا بر آن هر قاعده حقوقی اعتبار خود را از یک قاعده حقوقی قبلی که ناظر بر ایجاد آن است کسب می‌کند. بر اساس چنین تعبیری، حقوق عرفی منبع خاصی ندارد بلکه به صورت خلق الساعه در نظام حقوقی ظهور می‌یابد، به عبارت دیگر عرف بر اساس یک روش و رویه معین و مشخص بوجود نمی‌آید. اگر قبول کنیم که روش خاصی برای ایجاد عرف وجود ندارد، باید به این سؤال جواب داده شود که در این صورت، چگونه می‌توانیم به وجود چنین قواعدی در یک جامعه معین پی ببریم. در جواب این سؤال، به عقیده آگو، باید از راه تجربه تحقیق کرد که آیا در جامعه مورد نظر این

*Roberto Ago

قواعد دارای وجود یا تأثیر خارجی و عینی هستند یا خیر.¹⁶

۴- نقد

بعد از توضیح نظریات مختلف در مورد عرف، لازم است بینیم تا چه حد این نظریات بیان کننده واقعیت هستند.

یکی از محاسن نظریه حقوق محض، تفکیک بین آیین ایجاد قواعد حقوقی و قاعده ایجاد شده می باشد. این تفکیک را بصورت کاملاً روشن می توان در حقوق معاهدات انجام داد. در آنجا می توان بین آیین قراردادی ایجاد قواعد و خود معاهده بین المللی که حاصل اجرای این آیین است تفکیک قائل شد. آیین قراردادی ایجاد قواعد اعتبار خود را از قاعده عرفی لزوم وفای به عهد و دیگر قواعد ناظر بر آن کسب می کند.

کلسن در صدد اعمال همین نظریه برای عرف بین المللی بود و لذا برای اینکه بتواند برای آیین ایجاد عرف خصیصتی حقوقی قایل شود به قاعده بنیادین (Grundnorm) متمسک شد. کلسن در استدلال خود ابتدا این سؤال را مطرح می کند که منبع اعتبار معاهدات بین المللی چیست؟ جواب این است که منبع اعتبار معاهدات بین المللی قاعده عرفی لزوم وفای به عهد می باشد. در مرحله بعد، او همین سؤال را در مورد عرف مطرح می نماید ولی چون برای آن هیچ جوابی در حقوق موضوعه نمی یابد، به یک قاعده از پیش مفروض (اصل بدیهی) یعنی به یک فرضیه علمی متوسل می شود و آن قاعده بنیادین (Grundnorm) است.

اگر با این فرض حرکت کنیم که «منبع حقوق» آن چیزی است که امکان و لوازم ایجاد حقوق را از یک قاعده حقوقی پیشین کسب نموده است، الزاماً به یک نقطه آغازین باز خواهیم گشت، و در آنجا یا قاعده ای را خواهیم یافت که آیین ایجاد آن آیینی حقوقی نیست یا آیینی را برای ایجاد حقوق در مقابل خواهیم داشت که صلاحیت و اختیار ایجاد حقوق را از یک قاعده پیشین کسب نکرده است. در نظام بین المللی، قواعد عرفی،

16. AGO, "Diritto positivo e diritto internazionale", Scritti di Diritto internazionale in onore di Tomaso Perassi, Milano, 1957, vol. I, p. 44; également cet Annuaire, 1957, pp. 14-62.

قواعدی هستند که به واسطه یک آیین حقوقی ایجاد نشده‌اند. نظریه حقوق محض کوشش کرده است که به این سؤال که «چه چیز به عرف ماهیت و خصلت منبع حقوق را می‌دهد» جواب دهد. گاهی اوقات سؤالاتی مطرح می‌شوند که فاقد معنی هستند و در نتیجه جواب دادن به آنها امکان پذیر نیست سؤالاتی از این قبیل در بسیاری از جوانب زندگی روزمره مطرح می‌شوند. یک مورد را که با حقوق قرابت دارد در نظر می‌گیریم. در یکی از دهات، خانسی می‌خواهد چهار متر پارچه برای دوختن یک پیراهن بخرد. بعد از خرید پارچه در یکی از مغازه‌های ده، این خانم فکر می‌کند که مغازه‌دار کمتر از چهارمتر پارچه به او داده است و برای اعتراض به مغازه باز می‌گردد. مغازه‌دار به او نشان می‌دهد که چهارمتر پارچه برای او بریده است. جواب فروشنده برای خریدار قانع کننده نیست. بنابراین با رجوع به کلاتری محل، ادعا می‌کند متری که مغازه‌دار از آن استفاده می‌کند کامل نیست و مقداری کمتر از یک متر است. چون اداره پلیس جواب مساعدی به شکایت خریدار نمی‌دهد، این خانم به دفتر اوزان و اندازه‌های شهرستان شکایت می‌کند و اظهار می‌دارد که اندازه‌های مورد استفاده در مغازه دهکده و در اداره پلیس دقیق نیستند. دفتر مزبور بعد از دریافت شکایت از طرف خریدار، اقدام به تحقیق در مورد صحت و سقم آن می‌نماید. سؤال مطروحه از طرف خانم خریدار کاملاً قابل درک است و جوابی که به او داده خواهد شد منوط است به انطباق یا عدم انطباق متر مورد استفاده در مغازه با متری که به عنوان معیار در دفتر اوزان و اندازه وجود دارد. در صورتی که خانم خریدار ادعا کند که متر موجود در دفتر ملی اوزان و اندازه‌ها دقیق نیست می‌تواند مسأله را در مقابل مراجع عالیتر نیز مطرح نماید. اگر خانم خریدار باز اصرار ورزد، در آخرین مرحله، باید متر مورد اعتراض را با متر معیار سور

(Sevres) مقایسه کرد.^{۱۷} اما اینکه آیا مترسور واقعاً یک متر است یا خیر دیگر سوآلی بی معنی می باشد.

در اندیشه حقوقی، بعضی از حقوقدانان نمی توانند این تفاوت اساسی بین سوآلاتی که دارای معنی هستند- قابل جواب گفتن می باشند- و سوآلاتی که دارای معنی نمی باشند- قابل جواب گفتن نیستند- را درک کنند. در کتابی که پانزده سال پیش منتشر شد، حقوقدانی ویژگیهای قدرت مؤسس و «قدرتهای تأسیس شده» را در حقوق اساسی مورد تحلیل قرارداد و، بدون اینکه از طنز خالی باشد، نشان می دهد که بعضی از سوآلات مطروحه در مورد گروه دوم اگر در مورد گروه اول مطرح شود فاقد هر گونه معنی خواهند بود.^{۱۸}

حال، وارد حیطه حقوق بین الملل شویم. اگرچه می توان تصدیق کرد که معاهده منبع حقوق است زیرا قواعد قراردادی بوسیله آیینی ایجاد شده اند که تحت نظارت عرف قرارداد، اما باید قبول کرد که قواعد عرفی بوسیله هیچ آیین حقوقی ای ایجاد نشده اند زیرا این قواعد اولین قواعد حقوق بین الملل موضوعه می باشند.

به نظر می رسد که مناسبترین جواب به سؤال مربوط به اعتبار حقوقی عرف بین المللی این است که این سؤال بی معنا است. این سؤال که منبع اعتبار عرف چیست مثل این است که پرسیده شود آیا مترسور واقعاً یک متر هست یا نه. در اینجا باید نتیجه گرفت که اگر منظور از منبع حقوق روش مشخصی از نظر حقوقی برای ایجاد قواعد حقوقی باشد، آیین عرفی یک منبع حقوق نمی باشد، مشخصاً بدین دلیل که آیین ایجاد آن تابع مقررات حقوقی نیست. بنابراین می توان چنین حکم کرد که قواعد عرفی قواعدی نیستند که بوسیله یک منبع حقوق ایجاد شده باشند. با ملاحظه چنین پدیده ای در نظام بین المللی، آگو به این نتیجه رسید که در حقوق

۱۷. ارجاع به متر معمار سور برای روشن و قابل فهم نمودن منالی که بکار برده ایم می باشد. اما باید یادآور شد که از ۱۹۸۳ متر مساحت طی شده در خلأ بوسیله نور در ۰.۴۵۸، ۰.۹۲۰، ۱.۰۷، ۱/۲۹ تاانه تعریف شده است.

18. CARRIO, Sobre los límites del lenguaje normativo, Buenos Aires, 1973.

بین الملل در کنار حقوق موضوعه (قراردادی)، یک حقوق خلق الساعه نیز وجود دارد. کلمه خلق الساعه ظهور ناگهانی چیزی را به صورت معجزه آسا متبادر به ذهن می‌کند، و این ذهنیت می‌تواند باعث ایجاد برخی سوء تفاهمات شود. در اینجا، خلق الساعه به این معنا است که چیزی ایجاد شود بدون اینکه تکوین آن تحت نظارت و تابع قواعد باشد. در همین معنی می‌توانیم «ظهور خلق الساعه»^{*} را به عنوان مثال ذکر کنیم، یعنی ظهوری که از قبل برنامه‌ریزی نشده است. به نظر می‌رسد، واژه «حقوق خلق الساعه» مناسبترین اصطلاح برای مشخص کردن حقوق عرفی بین المللی است. حقوق عرفی ایجاد شده است، اما ایجاد آن تابع قواعد حقوقی نبوده است. از ملاحظات فوق به این نتیجه می‌رسیم که قواعد عرفی بین المللی بوسیله آیینی که تابع حقوق باشد و آیینی که از طریق قواعد حقوق استقرار یافته باشد بوجود نیامده است، یا به عبارت دیگر عرف منبع حقوق بین الملل نیست.

II- احراز هر يك از قواعد عرفی

بعد از روشن شدن این مطلب که عرف منبع حقوق بین الملل نیست، زیرا که اختیار و صلاحیت آن در ایجاد قواعد حقوقی ناشی از هیچ قاعده حقوقی پیشین نیست، باید از خود پرسید چگونه می‌توان در نظام بین المللی قواعد عرفی را تشخیص داد. اگرچه در حقوق بین الملل، قاعده‌ای برای شناسایی، یعنی قاعده‌ای که تشخیص قواعد عرفی را امکان‌پذیر نماید، وجود ندارد، ولی می‌توان قائل به این شد که در عمل دولتها و سایر تابعان حقوق بین الملل به عرف استناد می‌کنند و دادگاههای بین المللی آنها را اجرا می‌نمایند و کشورها با تمسک به قواعد عرفی مستمراً ادعاهای خود را بر اساس این قواعد بنا می‌نهند. بنا بر این سوآلی که مطرح می‌شود این است که دادگاهها و دولتها چه روشی را برای تشخیص حقوق عرفی بکار می‌برند. وضعیتی که برای عرف

*. Manifestation Spontanée.

در حقوق بین الملل وجود دارد همان مشکلی است که در تمامی نظامهای حقوقی کم توسعه یافته مشاهده می شود به این صورت که در چنین نظامهایی قواعدی وجود ندارد که با استناد بدانها بتوان موقع سایر قواعد را که بدان نظام تعلق دارند تشخیص داد، به عبارت دیگر این نظامها فاقد منابع حقوقی هستند.

پیش از تحلیل روشهای شناسایی حقوق عرفی، لازم به تذکر است که دادگاهها حتی وقتی طرفین دعوا بر سر وجود یک قاعده عرفی معین با یکدیگر توافق دارند باز هم مبادرت به شناسایی حقوق عرفی می نمایند.^{۱۹} دولتها نمی توانند در مورد ماهیت عرفی یک قاعده توافق کنند (صرف توافق دولتها به یک قاعده ماهیت عرفی نمی بخشد). دولتها مسلماً می توانند تصمیم بگیرند که قاعده ای مشخص بر روابط متقابل آنها حاکم باشد، اما این قاعده ماهیتی قراردادی خواهد داشت و نه عرفی.^{۲۰}

در عمل قضات، داوران، ارگانهای دولتی و سازمانهای بین المللی برای پی بردن به وجود قواعد عرفی ضوابطی را دنبال می نمایند که ما از بین آنها دو ضابطه اساسی را مورد بررسی قرار می دهیم.

۵- بررسی علل وجودی قواعد عرفی

در جامعه بین المللی، عاداتی با آن درجه از کیفیت مشاهده می شوند که وجود آنها برای هر ناظر نسبتاً صالحی به عنوان امری بدیهی مسجل می باشد. در چنین حالتی، دادگاه فقط به تصدیق وجود آنها به عنوان قاعده

۱۹. در رأی مربوط به اقدامات نظامی و شبه نظامی در نیکاراگوئه، دیوان بین المللی دادگستری چنین اظهار نظر می نماید:

"The Court notes that there is in fact evidence, to be examined below, of a considerable degree of agreement between the Parties as to the content of the customary international law relating to the non-use of force and non-intervention. This concurrence in their views does not however dispense the Court from having itself to ascertain what rules of customary international law are applicable" (C.I.J., Recueil 1986, p. 97).

20. "Where two States agree to incorporate a particular rule in a treaty, their agreement suffice to make that rule a legal one, binding upon them; but in the field of customary international law, the shared view of The Parties as to the content of what They regard as the rule is not enough. The Court must satisfy itself that the existence of the rule in the opinio juris of States is confirmed by practice" (C.I.J., Recueil 1986, p. 98).

عرفی اکتفا می‌کند. استناد رویه قضایی به «اصل آزادی دریاها»²¹ و «اصل کلی مسؤلیت بین المللی دولتها» نیز بدین گونه است.²² با اتکای به چنین طرز تفکری، قاعده حمایت سیاسی به عنوان «اصل اولیه حقوق بین الملل»²³ پذیرفته شده است، الزام دولتها به انطباق قوانین داخلی خود با معاهدات بین المللی مصوب آنها «یک اصل بديهی»²⁴ اعلام گردیده و الزام به رعایت توافقیهای انجام شده به عنوان یک «اصل بنیادی» توصیف شده است.²⁵

همچنین، رویه قضایی قاعده‌ای را که بر اساس آن هیچکس را نمی‌توان برای «خواستۀ خودش» مورد محاکمه قرار داد یک «قاعده کاملاً شناخته شده»²⁶ بشمار آورده است، قاعده توجّه به شرایط، اوضاع و احوال «یک اصل بنیادی تفسیر» است،²⁷ الزام به جبران زیان‌های وارده از طریق تأدیه خسارات به صورت مناسب «یکی از اصول حقوق بین الملل» قلمداد شده است.²⁸

در تمامی این موارد، قواعد مذکور قواعد عرفی تلقی گردیده‌اند، بی‌آنکه سازند یا علت وجودی آنها نیاز به اثبات داشته باشد.

اصطلاحاتی که در تصمیمات قضایی برای قواعد بديهی حقوق عرفی بکار برده شده است بسیار متنوع بوده‌اند. علاوه بر اصطلاحات مذکور در فوق، جا دارد اصطلاحات زیر را نیز یادآور شویم: «حقوق بین الملل مشترک»،²⁹ «حقوق مشترک»،³⁰ «حقوق ملل مشترک»،³¹ «اصول عمومی

21. "principe de la liberté de la mer" (C.P.J.I., Série A, N° 10, p. 25).

22. "principe général de la responsabilité internationale des Etats" (C.P.J.I., Série A/B, N° 44, p. 25).

23. "un principe élémentaire du droit international" (C.P.J.I., Série A, N° 2, p. 12).

همچنین حمایت دیپلماتیک به عنوان «عملکرد عادی» توصیف شده است.

(C.I.J. Recueil 1949, p. 186).

24. "un principe allant de soi" (C.P.J.I., Série B, N° 10, p. 20).

25. "principe fondamental" (C.P.J.I., Série A, N° 5, p. 48).

26. "règle bien connue" (C.P.J.I., Série B, N° 12, p. 32).

27. "a cardinal principle of interpretation" (C.P.J.I., Série B, N° 11, p. 39).

28. "un principe de droit international" (C.P.J.I., Série A, N° 9, p. 21; Série A, N° 17, p. 29).

29. "droit international commun" (C.P.J.I., Série A, N° 7, pp. 21, 22, 32 et 42; Série A, N° 9, p. 27; Série A/B, N° 42, p. 114; Série A/B, N° 44, p. 24. R.I.A.A., vol. II, p. 1124; C.I.J., Recueil 1953, p. 119).

30. "droit commun" (Scott, The Hague Court Reports, New York, 1916, t.I.p. 568; C.P.J.I., Série A, N° 10, p. 27; Série B, N° 16, p. 25; Série A/B, N° 44, p. 23, Série A/B, n° 61, p. 237).

31. "droit des gens commun" (Scott, op. cit., t.I, p. 547).

حقوق بین الملل مشترک»،^{۳۳} «اصول حقوق بین الملل»،^{۳۴} «اصول معمول»،^{۳۵} «حقوق بین الملل عرفی»^{۳۶} «اصل حقوقی کاملاً مستقر»^{۳۷} یا بصورت ساده تر «حقوق عرفی»^{۳۸} در شرایط حاضر، رایج ترین اصطلاح، «حقوق بین الملل عام»^{۳۹} بشمار می آید.

ع- استفاده از قاعده ای فنی

در جامعه بین المللی، رسوم دیگری وجود دارند که از بداهت رسوم مذکور در فوق برخوردار نیستند و لذا تعلق آنها به حقوق عرفی باید از طرف قضات و دستگاههای دولتی مورد تأیید قرار گیرد. بدین منظور، اینان متوسل به بعضی قواعد فنی می شوند. اما قبل از ادامه بحث در این زمینه، شایسته است توضیح داده شود که منظور از قاعده فنی چیست.

هر فعالیت انسانی که برای تحقق هدفی صورت می گیرد باید از روش یا آیین خاصی تبعیت کند. این امر هم در مورد آشپزی که می خواهد آشی را تهیه کند، و هم در مورد کشاورزی که می خواهد مارچوبه کشت کند و یا فیزیکدان که یک انفجار اتمی را برنامه ریزی می کند صادق است. در هر حرفه ای، قواعد و فنونی هنری وجود دارد که عموماً دستیابی به هدف مورد نظر را ممکن می سازد. در گذشته، بعضی از این فنون رازهایی بودند که در بعضی از تعاونی ها یا گروههای کوچک شدیداً حفظ می شدند. شاید اشاره به فن سولفورهای شیشه مورانو^{*} یا فنی که استرادیواربوس^{**} در ساختن ویلون های خود بکار می برد کافی باشد.

32. "principes généraux du droit international public commun" (R.I.A.A., vol. XII, p. 236).

33. "principes du droit international" (C.P.J.I., Série A, N° 10, p. 16).

34. "principes usuels" (C.P.J.I., Série A/B, N° 44, P. 23).

35. "customary international law" (C.I.J., Recueil 1982, p. 74; Recueil 1985, p. 29; Recueil 1986, pp. 27, 92, 93, 104, 105, 106 et 137).

36. "a well-established principle of law" (C.I.J., Recueil 1969, p. 31).

37. "customary law" (C.I.J., Recueil 1963, p.37); Recueil 1969, p. 38; Recueil 1971, p. 31; Recueil 1974, pp. 23 et 192).

38. "droit international général", "general international law" (C.I.J., Recueil 1969, pp. 24 et 28; Recueil 1970, pp. 32 et 38; Recueil 1971, pp. 47 et 55; Recueil 1972, pp. 63 et 64; Recueil 1979, p. 21 Recueil 1980, pp. 31, 33, 41, 43, 44 et 95; Recueil 1982, p. 74; R.I.A.A., vol. XVIII, p. 172; R.G.D.I.P., 1990, p. 246); "derecho internacinal general" (C.I.D.H., Série A, N° 1, pp. 13 et 15; Série A, N° 3, pp. 22 et 28).

*. Murano

** Stradivarius

قواعد فنی، قواعدی هستند که برای کسب نتیجه مورد نظر مورد استفاده انسان قرار می‌گیرند. این قواعد با قواعد حقوقی و اخلاقی متفاوت هستند. رعایت این قواعد الزامی نیست و تخلف از آنها مجازاتی را بدنبال نخواهد داشت. عدم رعایت این قواعد هم عموماً به جز هدر رفتن زحمات یا عدم دستیابی به هدف یا نتیجه مورد انتظار پیامد دیگری را بدنبال نخواهد داشت. اگر به مثالهای قبلی باز گردیم، در صورت عدم رعایت قواعد فنی احتمالاً آشپز موفق به تهیه آش خوبی نخواهد شد، کشاورز مارچوبه خوب یا دلخواهش را درو نخواهد کرد و فیزیکدان نیز موفق به انجام انفجار اتمی نخواهد شد. بکارگیری قواعد فنی دستیابی به موفقیت مطلوب را تضمین نمی‌کند ولی مطمئن‌ترین راه برای کسب آن محسوب می‌شود.

اگر به حوزه مسایل حقوقی برگردیم، مشاهده می‌شود که در آنجا نیز قواعد فنی مورد استفاده قرار می‌گیرند. به عنوان مثال، دادگاههای بین‌المللی، دستگاههای دولتی و سازمانهای بین‌المللی برای تشخیص قواعد عرفی از قواعد فنی استفاده می‌نمایند. قبلاً خاطر نشان کردیم که قواعد عرفی از طریق یک آیین حقوقی ایجاد نشده‌اند. نتیجتاً این قواعد عرفی خصوصیات یا شاخص‌های خاصی ندارند که شناخت آنها را تحت این عنوان میسر سازد لذا برای تشخیص آنها باید متوسل به بعضی از قواعد فنی شد.

یکی از این قواعد فنی، قاعده تشخیص قواعد عرفی با توجه به چگونگی شکل‌گیری و تکوین آنها است. بر اساس این قاعده فنی، قواعدی عرفی محسوب می‌شوند که شکل‌گیری آنها حاصل فرایند جمع دو عنصر باشد که عموماً عنصر مادی، یعنی عملکرد (رویه)، و اعتقاد به الزامی بودن قاعده حقوقی (*opinio juris sive necessitatis*) نامیده می‌شوند. تأثیر این دو عنصر برای شکل‌گیری قاعده عرفی با هیچ قاعده حقوقی به نظم در نیامده است، این تنها فنی است که قضات، داوران بین‌المللی و دستگاههای دولتی باتوسل به آن مشخص می‌کنند که آیا در یک مورد

خاص در مقابل یک قاعده عرفی قرار دارند یا نه. این قضات، داوران و دستگاہها عادت کرده اند که از فن جمع دو عنصر (عنصر مادی و روانی) برای پی بردن به وجود قاعده عرفی استفاده نمایند، همانطور که استفاده از یک «مادۀ معرف»^{*} به شیمیدانها اجازه می‌هد وجود این یا آن عنصر را در محلول تشخیص دهند.

آنچه لازم است در این تجزیه و تحلیل بر آن تأکید شود این است که عنصر مادی (عملکرد) یا عنصر روانی (Opinio Juris) جزئی از اجزای آیین حقوقی وضع شده‌ای در جهت ایجاد قواعد عرفی بشمار نمی‌آیند، بلکه ضرورت جمع این دو عنصر، تنها فنی است که احراز وجود این قواعد عرفی را ممکن می‌سازد.

تحقیقات زیادی در خصوص این قاعده صورت گرفته است که بعضی از آنها بسیار با ارزش بوده و حاوی تحلیل‌های مبسوط از عملکرد بین‌المللی می‌باشند^{۳۹} با این وجود ملاحظه می‌شود که در این آثار، قاعده جمع دو عنصر مادی و روانی (Opinio Juris) عموماً یک قاعده حقوقی تلقی گردیده است در صورتی که فقط قاعده‌ای فنی می‌باشد.

در تصمیمات قضایی نیز به این قاعده استناد شده است،^{۴۰} برای مثال در قضیه فلات قاره بین لیبی و مالت، دیوان بین‌المللی دادگستری اعلام می‌نماید:

«کاملاً مسلم است که جوهر حقوق بین‌الملل عرفی باید در مرحله اول در عملکرد مؤثر و اعتماد دولتها به الزام آور بودن آن عملکرد

* .Reactif

39. Voir, p. ex., HAEMMERLE, La Coutume en droit des Gens d'après la Jurisprudence de la C.P.J.I. (thèse de Nancy), Nancy, 1935. KOPELMANAS, "Custom as a Means of the Creation of International Law", B.Y.B., 1937, p. 127 ss. BALLEREAU, La coutume dans la jurisprudence internationale (thèse de Strasbourg), Paris, 1941. SØRENSEN, Les sources du droit international, Copenhague, 1946, p. 84 s. HAGEMANN, "Die Gewohnheit als Völkerrechtsquelle in der Rechtsprechung des internationalen Gerichtshofes", Schw. J.i.R., 1953, p. 61 ss. DUISBERG, Das Völkergewohnheitsrecht nach der Rechtsprechung der internationalen Gerichte (thèse de Frankfurt am Main), Bonn, 1963. WOLFKE, Custom in Present International Law, Wrocław, 1964. SKUBISZEWSKI, "Elements of Custom and the Hague Court", Z.a.ö.R.V., 1971, p.810 ss. AKEHURST, "Custom as a Source of International Law", B.Y.B., 1974-75, p. 1 ss

Pour une critique de cette règle, voir HAGENMACHIER, "La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale", R.G.D.I.P., 1986, p. 5 ss. 40. C.P.J.I., Série A, N° 10, p. 28; C.L.I., Recueil 1955, p. 22; Recueil 1969, p. 44.

(Opinio Juris) جستجو شود...»⁴¹

در هنگام اعمال این قاعده، رویه قضایی در بعضی از موارد به تحلیل هر دو عنصر پرداخته است و در موارد دیگر اساساً بر یکی از آن دو تأکید نموده است.

در اینجا بحث را با تحلیل شرایطی که تلفیق آنها بر اساس این قاعده فنی، برای احراز وجود یک قاعده عرفی ضروری است دنبال می‌کنیم.

الف- عملکرد (رویه)

بر اساس این قاعده، عنصر مادی ایجاد عرف، مبتنی بر رویه، یعنی تکرار وقایع یا اعمال مشخص است.⁴²

اعمال سازنده رویه (عملکرد) باید ناشی از رفتار انسانی باشد، یعنی بوسیله انسانها محقق شده باشد. حقوق هیچگونه اهمیتی برای اعمال حیوانات و یا پدیده‌های طبیعی قائل نیست حتی اگر مرتباً و به صورت یک شکل تکرار شوند.

بعلاوه مراد اعمالی هستند که به طریقی به روابط بین‌المللی مربوط می‌شوند، زیرا رویه یا عادت‌ها که فقط جنبه داخلی دارد نمی‌تواند منبع یک قاعده عرفی بین‌المللی باشد.

در میان اعمالی که در تکوین عرف بین‌المللی شرکت می‌کنند، می‌توانیم بین آنهایی که در وضع قواعد دخالت می‌کنند مثل انعقاد معاهدات، تصویب قوانین یا مقررات یا اعمال اداری، قطعنامه‌های سازمانهای بین‌المللی و آنهایی که منتج از مسایل موضوعی هستند مثل

41. "It is of course axiomatic that the material of customary international law is to be looked for primarily in the actual practice and opinio juris of States..." (C.I.J., Recueil 1985, p. 29). Ce passage est cité par la Cour dans C.I.J., Recueil 1986, p. 97.

42. En général, la doctrine admet que la pratique est fondée sur un renouvellement ou une répétition de faits; toutefois, certains auteurs estiment qu'une norme coutumière peut être créée par un seul précédent (Strupp, "Les règles générales du droit de la paix", R.d.C., 1934-1, p. 304). Cheng, pour sa part, soutient que la formation d'une norme coutumière est possible même en l'absence de l'élément matériel ("United Nations Resolutions on outer Space: "Instant" International Customary Law?", I.J.L.L., 1965, pp. 36 et 45). Dans le même sens: SCOVAZZI, "Precedenti ed. evoluzione della consuetudine internazionale: breve casistica", La Comunità internazionale, 1982, p. 373.

اعمال یک محاصره دریایی، بعضی از اعمال جنگی یا حتی به تملک در آوردن یک سرزمین قائل به تفکیک شویم. یک عرف می تواند بوسیله یکی از این دو دسته اعمال ایجاد شود.⁴³

با وجود این لازم به یادآوری است که آن دسته از اعمال گروه اول که در عمل مؤثر نباشند نمی توانند مبنای ایجاد عرف قرار گیرند.⁴⁴ در دکتترین بر سر این مسأله که آیا عرف تنها از طریق افعال مثبت ایجاد می شود یا اینکه ترک فعل نیز می تواند مبنای عرف باشد اختلاف نظر وجود دارد.⁴⁵ به نظر ما این مسأله به هیچ وجه یک مشکل واقعی نیست، بلکه مشکلی است لسانی (مربوط به زبان) نه حقیقت وقایع. در حقیقت یک واقعه فی حد ذاته نه مثبت است و نه منفی. آنچه به عنوان مثبت یا منفی درک می شود، وصفی است که ما برای تعریف و تعیین آن بکار می بریم. برای مثال، در قضیه لوتوس،^{*} فرانسه به قاعده حقوقی ای استناد کرد که بنا بر این آن در تضاد کشتیها در دریای آزاد، صلاحیت جزایی مختص دادگاههای دولت پرچم است. تکوین این قاعده عرفی را می توان به دو صورت نشان داد:

۱. ارجاع به عملکرد دادگاههای دولت پرچم که مستمراً رسیدگی به دعاوی ناشی از تضاد کشتیها در دریای آزاد را در حیطه صلاحیت خود می دانستند؛
۲. ملاحظه عملکرد دولی که کشتی مسوول تضاد در دریای آزاد پرچم آنها را حمل نمی کرد، این دول مستمراً از اعمال صلاحیت جزایی استنکاف می نمودند.

43. Cf. : AKEHURST, op. cit., B.Y.B., 1974-75, p. 1 ss. VERDROSS-SIMMA, Universelles Völkerrecht, p. 353.

44. Cf. : SKUBISZEWSKI, op. cit., Za.ö.R.V., 1971, p. 813. Sur ce point, voir BLECHMANN, "Die Praxis des Völkergewohnheitsrechts als konsequente Rechtssetzung", Völkerrecht als Rechtsordnung- Internationale Gerichtsbarkeit- Menschenrechte (Festschrift für Hermann Mosler), Berlin- Heidelberg- New York, 1983, p. 89 ss.

45. Admettent, notamment, la création d'une coutume au moyen d'abstentions: BALLEREAU, op. cit., p. 102 ss. DUSBERG, op. cit., p. 106 ss. TAMMES, Internationaal publiekrecht, Amsterdam, 1973, p. 12. ADEHURST, op. cit., B.Y.B., 1974-75, p. 10. RAO, "International custom", I.J.L.L., 1979, p. 518.

En sens contraire, voir [GIANNI, La coutume en droit international, Paris, 1931, p. 126 ss. et C.P.J.L. Série A. N° 10, p. 96 (op. diss. d'Altamirs).]

* Lotus.

فرانسه راه حل دوّم را انتخاب کرد و سعی نمود نشان دهد که قاعده عرفی مورداستناد از یک سلسله ترک فعل ایجاد شده است.⁴⁶ با وجود این فرانسه می‌توانست راه حل دیگر را انتخاب کند و نشان دهد که این قاعده عرفی از طریق تکرار یک فعل ایجاد شده است. مطابق دیدگاهی که برمی‌گزینیم، هر قاعده عرفی ممکن است حاصل فعل یا ترک فعل باشد.

دکترین همچنین این مسأله را مورد بررسی قرار داده است که آیا اعمال سازنده رویه (عملکرد) باید ضرورتاً منطبق با اصولی اخلاقی باشد یا خیر. دکترین متأثر از مکتب حقوق طبیعی بمانند بنیانگذاران حقوق بین‌الملل، معتقد است که این اعمال باید منطبق با قواعد اخلاقی باشند.⁴⁷ برعکس، بیشتر حقوقدانان کنونی، عنصر اخلاقی را در شکل‌گیری عرف لحاظ نکرده‌اند. در آرای قضایی، تنها در نظریات تعدادی از قضات دیوان لاهه اشاره‌ای به این واژه شده است.⁴⁸

اعمالی با ویژگیهای بیان شده که تکرار آنها مبنای ایجاد عرف است ضرورتاً نباید کاملاً یکسان باشند. کافی است که این اعمال، علیرغم تفاوت در بعضی از جوانب، همگونی خود را همچنان حفظ کنند. برای ایجاد عرف اساس این است که بتوان در تمامی یک سلسله از اعمال که تکرار می‌شوند بعضی ویژگیهای مشترک را استنتاج نمود.⁴⁹ ضروری نیست که تمامی اعمال تکرار شده مطلقاً یکسان باشند، و حتی ممکن است ضرورت ایجاد نماید که برای ایجاد عرف این اعمال کاملاً یکسان نباشند. برای مثال اگر به عرفی که در قضیه «حق عبور» بوسیله دیوان بین‌المللی دادگستری⁵⁰ مورد استناد قرار گرفت توجه کنیم،

46. C.P.J.I., Série C, N° 13-II, p. 50.

47. De VISSCHER, "La codification du droit international", R.d.C., 1925-I, pp. 365 et 366. SÉFÉRIADÉS, "Aperçus sur la coutume juridique internationale et notamment sur son fondement", R.G.D.I.P., 1936, p. 189 ss.

48. C.P.J.I., Série A/B, N° 76, p. 35 (op. diss. du Jonkheer van Eysinga); C.I.J., Recueil 1949, p. 112 (op. diss. de Azevedo); Recueil 1970, pp. 100-101 (op. ind. de Sir Gerald Fitzmaurice); Recueil 1974, p. 51 (op. ind. collective de Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh et Ruda).

49. Cf. : De VISSCHER, Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public, Paris, 1963, p. 222 ss.

50. C.I.J., Recueil 1960, p. 40.

خواهیم دید که این قاعده هم بوسیله اعمال آنهایی که از سرزمین هند عبور می‌کردند و هم بوسیله اعمال آنهایی که اجازه این عبور می‌دادند ایجاد شده است. این دو عمل یکسان نیستند، بلکه مکمل یکدیگر می‌باشند. برای اینکه یک رویه (عملکرد) بتواند یک قاعده عرفی را ایجاد کند، در هنگام بررسی آن باید جمع بعضی شرایط از نقطه نظر زمان و مکان مشاهده شود.

لذا، رویه (عملکرد) مورد نظر باید در گستره‌ای شامل کلیه اعضای جامعه بین‌المللی تحقق یابد. تعابیری که رویه قضایی در اشاره به این شرایط بکار برده است بسیار متفاوت می‌باشند، به عنوان مثال موارد زیر را می‌توان یادآوری کرد: «قواعد معمول همگانی»،⁵¹ «معمول به عمومی»،⁵² «اصول پذیرفته شده جهانی»،⁵³ «عملکرد قریباً جهانی»،⁵⁴ «قاعده عموماً مرعی»،⁵⁵ «قاعده معمول همگانی»،⁵⁶ «اصول شناخته شده عموم».⁵⁷

این خصوصیت همگانی که یک رویه بین‌المللی (عملکرد بین‌المللی) برای ایجاد قاعده عرفی باید دارا باشد بوسیله دیوان بین‌المللی دادگستری در قضایای ماهیگیری انگلیس-نروژ و فلات قاره دریای شمال مورد بررسی خاص قرار گرفته است.

در قضیه اول، باید به این سؤال جواب داده میشد که آیا رویه‌ای که بر اساس آن خورهای با دهانه کمتر از ۱۰ مایل به دولت ساحلی تعلق دارند تبدیل به قاعده‌ای عرفی شده است یا خیر. دیوان دقیقاً با استناد به «عدم عمومیت»، رویه مورد استناد را فاقد خصوصیت عرفی دانست.⁵⁸ همچنین، در قضیه دوم، دیوان با استناد به عدم «عمومیت»،⁵⁹ بند

51. "règles généralement appliquées" (C.P.J.I., Série A, N° 7, p. 22; Série A, N° 9, p. 27).

52. "Pratique généralement acceptée" (C.I.J., Recueil 1956, p. 85).

53. "Principes universellement admis" (Scott, op. cit., t. I, p. 558).

54. "almost universal... Practice" (C.P.J.I., Série B, N° 6, p. 36).

55. "règle... généralement observée" (C.I.J., Recueil 1959, p. 27).

56. "rule generally applied" (R.I.A.A., vol. II, p. 1247).

57. "principe généralement reconnu" (C.P.J.I., Série A, N° 9, p. 31, Série B, N° 17, p. 32).

58. «در نتیجه، قاعده ده مایل دریایی اقتدار قاعده عام حقوق بین‌الملل را احراز نموده است».

(C.I.J., Recueil 1951, p. 131).

59. C.I.J., Recueil 1969, pp. 42 et 43.

دوم ماده شش عهدنامه ۱۹۵۸ ژنو در مورد فلات قاره را دارای ویژگی عرفی ندانست.

دلایل اثبات تحقق شرط مربوط به «عمومیت» بی نیاز از تفسیر نیست. ابتدا باید مشکلاتی را که هر کس در تشخیص رویه اکثریت دولتها با آنها مواجه می شود مورد توجه قرار داد. در جامعه بین المللی، تعداد بسیار اندکی از کشورها هستند که رویه خود را در خصوص مسایل بین المللی به صورت دقیق منتشر می کنند یا اینکه این رویه در مجلات و سالنامه های حقوقی آنها درج می شود. بویژه می توانیم از فرانسه، اسپانیا، آلمان، سوئیس، ایتالیا، بریتانیا و ایالات متحده نام ببریم. رویه غالب دولتها یا منتشر نمی شود یا به سختی قابل دسترسی است. در این اواخر، در روند کوشش سازمان ملل متحد برای تدوین حقوق بین الملل، رویه تعدادی از دولتها در موضوعات معین تبیین شد. با این وجود آشنایی با رویه اکثر دولتهای آفریقایی، آمریکای لاتین و آسیایی کاری بس دشوار می باشد. لذا، وقتی به «عمومیت» یک رویه استناد می گردد، عموماً رویه آن دسته از دولتها که منتشر شده یا از طریق نشریات حقوقی و اسناد سازمانهای بین المللی قابل دسترسی است مد نظر قرار می گیرد. به علاوه، در ارزیابی «عمومیت» یک رویه، با توجه به موضوع مورد نظر، اساساً رویه بعضی از دولتها مورد بررسی قرار می گیرد. به عنوان مثال، برای اثبات وجود قاعده ای عرفی در مورد ماهیگیری، رویه بعضی از دول و در مورد کشتیرانی در رودخانه یا مصونیت کنسولی رویه دسته دیگری مورد بررسی قرار خواهند گرفت. لذا می توان گفت که در مورد موضوعی مشخص رویه گروهی از دول ملاک عمل است.^{۶۰}

صرف نظر از قواعد عرفی با اعتبار عام، قواعد عرفی دیگری وجود دارند که حوزه اعتبار آنها محدود به یک منطقه^{۶۱}

60. Cf. : C.I.J., Recueil 1969, p. 42.

Cf. également: SQUIRENSEN, "Principes de droit international public, R.d.C.", 1960-III, p. 40
REUTER, "Principes de droit international public", R.d.C., 1961-II, p. 464. Akehurst, op. cit., B.Y.B., 1974-75, p. 23.

۶۱. مثلاً در بستر رودخانه های امریکای جنوبی (ریو دلاباتا، آمازون، اورنوگ)، عرفی وجود دارد که

یا بین دو دولت "می باشند.

در مورد طول مدت، رویه قضایی می پذیرد که بعضی از قواعد عرفی از تکرار یک عمل در طی چند قرن بوجود آمده اند، "همچنانکه می پذیرد بعضی دیگر از قواعد عرفی در مدت زمان کوتاهتری تکوین یافته اند." با این وجود، شرط لازم برای تکوین یک قاعده عرفی نه در تکرار یک رفتار مشخص در طی یک دوران بیش و کم طولانی، بلکه در تکرار مستمر و مداوم آن محقق می گردد. در اشاره به این خصیصه قاعده عرفی، رویه قضایی اصطلاحات متفاوتی را بکار برده است، از قبیل: «عملکرد بین المللی مداوم»، «سنت مداوم»، «عملکرد مداوم و یک شکل»، «عملکردی که تغییر نیافته است» و «عملکرد مداوم».

بر اساس آن کستبرانی هر یک از دول ساحلی، در منطقه معلق به دولت دیگر منوط به اجازه این دولت است. بر اساس عرف دیگری که در آمریکای لاتین وجود دارد، کنسوری که فردی به سفارت آن پناهنده شده است صلاحیت دارد بطور یکجانبه عمل مجرمانه (عادی یا سیاسی) ارنکابی از جانب متقاضی را بوسیله کند.

بعضی از مؤلفین عرف منطقه ای را به عنوان نواحی ضمنی تلقی می کنند. در این مورد نک:

- HAGGENMACHER, op. cit., R.G.D.I.P., 1986, p. 35.
62. Cf. POLLICE, Contributo alla teoria della Consuetudine nel diritto internazionale, Firenze, 1949, p. 14 COHEN-JONATHAN, "La Coutume locale", A.F.D.I., 1961, p. 131. REUTER, op. cit., R.d.c., 1961-II, p. 465; VERDROSS, Die Quellen des universellen Völkerrechts, Freiburg i. Br. 1973, p. 110.

در مورد رویه قضایی نگاه کنید به مثالهایی که در مورد عرف های دو جانبه بوسیله اسکوت آورده

شده است.

- SCOTT, op. cit., t. I, p.455, C.P.J.I., Série B, N° 18, pp. 12-13, et C.I.J., Recueil 1960, pp. 39 et 40.

بعضی از مؤلفین عرف دو جانبه را به عنوان معاهده ضمنی تلقی نموده اند. نک:

- GUGGENHEIM, "Lokales Gewohnheitsrecht" Ö.Z.ö.R., 1961, P. 333.
63. C.I.J., Recueil 1960, p. 40.
64. C.P.J.I., Série B, N° 18, pp. 12-13.
65. C.I.J., Recueil 1969, p. 43. Cf. : MAREK, "Le problème des sources du droit international dans l'arrêt sur le plateau continental de la mer du Nord", Revue belge de droit international, 1970, pp. 58 et 59. Verdross, op. cit., p. 111. CHARPENTIER, "Tendances de l'élaboration du droit international public coutumier", L'élaboration du droit international public (Société française pour le droit international - Colloque de Toulouse), Paris, 1975, p. 109. JIMÉNEZ de ARÉCHAGA, op. cit., R.d.C., 1978-I, p. 25.
66. "pratique internationale constante" (C.P.J.I., Série A, N° 1, p. 25).
67. "tradition Constante" (C.P.J.I., Série B, N° 12, p. 30).
68. "constant and uniform practice" (C.I.J., Recueil 1960, p. 40).
69. "pratique qui n'a pas varié" (Scott, op. cit., t. I, p. 455).
70. "pratique constante" (C.I.J., Recueil 1951, p. 139), "settled practice" (C.I.J., Recueil 1969, p. 44).

معنای شرط دوام و استمرار این نیست که صرف ظهور یک رفتار یا عملکرد مخالف مانع تحقق شرایط لازم برای ایجاد قاعده عرفی گردد.^{۷۱} این مسأله در قضیه اقدامات نظامی و شبه نظامی در نیکاراگوا بوسیله دیوان مورد بررسی قرار گرفت، در این قضیه باید مشخص می شد که آیا قواعد مربوط به عدم استفاده از زور و عدم مداخله ماهیت عرفی پیدا نموده اند یا خیر. بدین مناسبت، دیوان خاطر نشان ساخت که تکوین یک عرف منوط به این شرط نیست که عملکرد دولت‌ها تمام و کمال منطبق با قاعده مورد بحث باشد، بلکه کافی است که دولت‌ها رفتار خود را بطور کلی با آن منطبق نمایند و اگر عملکردی خلاف آن مشاهده شد آن را باید ناقض رسم و سنت تلقی نمایند نه ظهور یک قاعده جدید.^{۷۲}

ب- اعتقاد حقوقی (Opinio Juris)

مطابق قاعده فنی‌ای که مورد بررسی قرار گرفت، قواعد عرفی با توجه به اینکه دو عنصر در ایجاد آنها دخالت دارند قابل شناسایی هستند، یعنی: عملکردی همگانی، انجام اعمالی بطور مستمر و مداوم، و عنصر روانی (Opinio Juris, Rechtsüberzeugung).^{۷۳} وجود «اعتقاد حقوقی» به عنوان یکی از عناصر سازنده عرف به ابتدا قرن ۱۹ باز می‌گردد، و این مکتب تاریخ‌گرای آلمانی است که بیشترین توجه را نسبت به آن معطوف داشته است.^{۷۴}

در حقوق بین‌الملل بخش مهمی از دکترین بر این عقیده است که

۷۱. در خصوص این مسأله نک:

BLECKMANN, "Völkergewohnheitsrecht trotz widersprüchlicher Praxis?", Z.a.ö.R.V., 1976, p. 374 ss.
72. C.I.J., Recueil 1986, p. 98.

۷۳. در مورد opinio juris نک:

WOLFKE, "L'élément subjectif dans la coutume internationale", Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Wrocławskiego, Prawo VII, 1960, Série A, Nr. 27, p. 161 ss. DUISBERG, "Das subjektive Element im Völkergewohnheitsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofes", J.I.R., t. XII, 1965, p. 140 ss. WALDEN "The Subjective Element in the Formation of Customary International Law", Israel Law Review, 1977, p. 344 ss.

74. PUCHTA, Das Gewohnheitsrecht, Erlangen, 1828, t. I, p. 143 ss. SAVIGNY, System des heutigen Römischen Rechts, Berlin, 1840, t. I, p. 45 ss. et 171 ss.

«اعتقاد حقوقی» عبارت است از باور افراد به رعایت یک قاعده حقوقی در هنگامی که مبادرت به انجام یک عملکرد می نمایند. به عبارت دیگر، عاملین یک عملکرد یا رویه باید معتقد به وجود الزام حقوقی برای اجرای آن باشند، این اعتقاد ریشه در قاعده حقوقی ای دارد که این افراد وجود آن را باور دارند. این مفهوم، در اصل مربوط است به تعالیم مکتب تاریخ گراو رُم گراهای آلمانی.^{۷۵} در حقوق بین الملل، رویه قضایی این معنا و مفهوم از «اعتقاد حقوقی» (opino Juris) را بر قسمتی از تعریف عرف مندرج در شق ب بند ۱ ماده ۳۸ اساسنامه دیوان لاهه منطبق دانسته است.^{۷۶}

دسته دیگری از مؤلفان، «اعتقاد حقوقی» را اعتقاد عاملین به ضرورت احترام و رعایت یک سنت یا عملکرد دانسته اند. لازم به یادآوری است که این ضرورت جنبه حقوقی ندارد بلکه تابع اصول اخلاقی یا عدالت می باشد. به عبارت دیگر، هنگامی که فردی مبادرت به انجام یک سنت یا رسم می نماید بر این اعتقاد نیست که در حال اجرای یک تکلیف حقوقی می باشد بلکه عمل خود را ناشی از وظیفه ای اخلاقی یا ناشی از حقوق طبیعی می داند.^{۷۷}

تفاوت این دو برداشت در این نکته نهفته است که در حالت اول عامل عمل را با اعتقاد به وجود یک الزام حقوقی انجام می دهد و در حالت دوم انجام عمل به عنوان رعایت یک الزام ماوراء حقوقی تلقی می گردد.

در خصوص جنبه تاریخی «نظر حقوقی رایج» نک:

GUGGENHEIM, "Contribution à l'histoire des sources du droit des gens", R.d.C., 1958-II, p. 52 ss. et. du même auteur, "L'origine de la notion de l'opinio juris sive necessitatis comme deuxième élément de la coutume dans l'histoire du droit des gens", Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant, Paris, 1960, p. 258 ss.

*. Romanistes

۷۵. نک تعریف ارائه شده از طرف WINDSCHEID:

Lehrbuch des Pandektenrechts, 8e éd., Frankfurt am Main, 1900, t. I, p. 63 et 64.

در راستای همین دیدگاهی نک:

Oppenheim, "Zur Lehre vom internationalen Gewohnheitsrecht", Niemeyers Z.I.R. t. XXV, p. 5. Kunz, "The Nature of Customary International Law", A.J.I.L., 1953, p. 667. Dahm, Völkerrecht, Stuttgart, 1958, t. I, p. 32.

76. Cf. : C.P.J.I., Série A, N° 10, p. 28; C.J.J., Recueil 1950, p. 277; Recueil 1955, p. 22; Recueil 1960, p. 40; Recueil 1969, p. 44.

۷۷. در این جهت نک:

RIVIER, Principes du droit des gens, Paris, 1896, t. I, p. 35. LE FUR, "Règles générales du droit de la paix", R.d.C., 1935-IV, p. 198.

دکترین شوروی که، عرف را به معاهده‌ی ضمنی تشبیه می‌کند، «اعتقاد حقوقی» را قبول یا رضایت تفسیر نموده است، یعنی آن را موجد عنصری تلقی می‌کند که اجازه می‌دهد مشخص شود که آیا یک عملکرد به صورت ضمنی بوسیله‌ی بعضی دولت‌ها پذیرفته شده است یا خیر.^{۷۸}

نظریه‌هایی که «اعتقاد حقوقی» را آگاهی به وجود الزامی با خصیصه حقوقی یا غیر آن می‌دانند در این نقطه مشترک هستند که این معنا و مفهوم را در حوزه‌ی شناخت قرار می‌دهند. برعکس، نظریه‌ای که عرف را به معاهده‌ی ضمنی تشبیه می‌کند، «اعتقاد حقوقی» را بیان اراده یا فعلی ارادی می‌داند که ابراز آن از جانب دو یا چند دولت موجد توافق اراده‌ها یعنی انعقاد یک معاهده می‌گردد.^{۷۹} دکترین بر سر اینکه آیا عنصر روانی یکی از عوامل سازنده عرف است اتفاق نظر ندارد. بعضی بر این عقیده بودند که «اعتقاد حقوقی» هیچ نقشی در فرایند شکل‌گیری عرف ایفاء نمی‌کند.^{۸۰} ابتدا، طرفداران «نظریه حقوقی محض» وجود عنصر روانی در ایجاد عرف را مورد انتقاد شدید قرار دادند. کلسن تعبیر «اعتقاد حقوقی» به اعتقاد به ایفای یک تعهد حقوقی را دکترینی «آشکارا غلط» توصیف کرد.^{۸۱} او معتقد بود که این مفهوم مبتنی بر یک اشتباه است، زیرا کسانی که مبادرت به انجام یک عادت یا عملکرد می‌کنند باید معتقد به وجود قاعده‌ای که در حقیقت وجود ندارد باشند. به نظر کلسن، از نقطه نظر عملی، اقامه دلیل برای اثبات وجود «اعتقاد حقوقی» تقریباً غیر ممکن است و در بیشتر موارد، عنصر روانی هیچ نقشی در شکل‌گیری عرف بازی نمی‌کند.^{۸۲}

کلسن در آثار بعدی خود، مشخص نمود که انتقادات او تنها متوجه آن دسته از حقوق‌دانانی است که «اعتقاد حقوقی» را اعتقاد به انجام یک تکلیف حقوقی می‌دانند، اما حضور عنصر روانی در ایجاد عرف را

۷۸. نگاه کنید به تعریفی که TUNKIN از *opinio juris* ارائه نموده است:

"Remarks of the Juridical Nature of Customary Norms of International Law" California Law Review, vol. 49, 1961, p. 424.

79. HAGGENMACHER, op. cit., R.G.D.I.P., 1986, P. 11.

۸۰. در این راستا نک:

KOPELMANS, op. cit., B.Y.B., 1937, p. 151

81. "Théorie du droit international coutumier". Rev. internat., 1939, p. 263.

82. op. cit., Rev. internat., 1939, p. 264.

پذیرفت.^{۸۳}

گوگنهایم نیز با رد «اعتقاد حقوقی» به عنوان عنصر تشکیل دهنده عرف شروع کرد^{۸۴} ولی سپس در آثار بعدی خود آن را پذیرفت.^{۸۵} انتقادات عنوان شده بوسیله نظریه حقوقی محض کاملاً بجا و قابل توجیه نیستند. طرفداران این نظریه بر این باورند که موفق به نشان دادن یک تضاد منطقی در نظریه سنتی «اعتقاد حقوقی» شده اند و آن تضاد عبارت از این است که از یک طرف فرایند عرف را یک روش و طریق حقوقی ایجاد قاعده بدانیم و از طرف دیگر لازم باشد آنهایی که قاعده عرفی را ایجاد می کنند، عملکرد مورد نظر را با اعتقاد به ایفای یک تعهد حقوقی رعایت نمایند.^{۸۶}

اگر اصول فرضیه های مفهوم سنتی را بطور جزئی مورد بررسی قرار دهیم، خواهیم دید که هیچ تضاد منطقی ای وجود ندارد. قطعاً می توان پذیرفت که این مفهوم صحیح نیست زیرا واقعیت را آن طور که هست ترسیم نمی نماید، ولی نمی توان این مفهوم را بخاطر در برداشتن اصولی که از نظر منطقی متضاد هستند نپذیرفت. تنها در حالتی این تضاد منطقی می توانست وجود داشته باشد که ایجاد یک قاعده عرفی منوط می شد به وجود یک قاعده از قبل موجود با همان محتوای قاعده عرفی که می خواهیم ایجاد کنیم. اما مفهوم سنتی، وجود این قاعده حقوقی را ایجاب نمی نماید بلکه می گوید آنهایی (تابعان حقوقی) که این عملکرد را رعایت می کنند باید بر این باور باشند که این چنین قاعده حقوقی ای وجود دارد. تضاد منطقی می تواند بین دو اصل که یکی وجود یک شیء و دیگری عدم آن را مفروض می دارد یا بین دو اصل که یکی باور به وجود یک شیء را تأیید و

83. KEISEN, Principles of International Law, New York, 1952, p. 307. "Théorie du droit international public", R.d.C., 1953-III, p. 123.

84. GUGENHEIM. "Les deux éléments de la coutume en droit international", La technique et les principes du droit public (Études en l'honneur de Georges Scelle), Paris, 1950, t. I, p. 275 ss.; Traité de Droit international public, Genève, 1953, t. I, p. 46 ss.

85. GUGENHEIM. Traité de Droit international public, 2e éd., Genève, 1967, t. I, pp. 103, 104 et 105.

۸۶. به نظر BARILE نیز در مفهوم سنتی تضاد منطقی وجود دارد:

"La rilevazione e l'integrazione del diritto internazionale non scritto e la libertà di apprezzamento del giudice", C. e St., t. V, p. 171.

دیگری این باور را منکر می‌شود وجود داشته باشد. اما بین دو اصل که یکی باور به وجود یک شیء را تأیید و دیگری وجود خود شیء را منکر می‌شود نمی‌تواند هیچ‌گونه تضاد منطقی وجود داشته باشد.

بعلاوه، اشتباه عاملان عملکردی که موجد عرف خواهد بود، دلیلی نیست که بتواند نشان دهد که مفهوم سنتی اشتباه است، زیرا نهادهای حقوقی دیگری نیز وجود دارند که اجرای آنها با این پیش فرض است که اشتباهی در خصوص وجود یک قاعده حقوقی صورت گرفته است، برای نمونه ایفاء ناروا (پرداخت غیر بستانکار)^{*} را می‌توان ذکر کرد (ماده ۶۳ قانون تعهدات فدرال سوییس، ماده ۱۲۳۵ قانون مدنی فرانسه، ماده ۸۱۲ قانون مدنی آلمان). مفهوم «اعتقاد حقوقی» بلاشک یکی از بحث‌انگیزترین مسایل در دکترین است که بر مبنای نظریه‌های بی‌شماری استوار شده است. برای روشن شدن چنین دورنمای شلوغ و درهمی بهتر است قبل از ورود به دنیای حقوق ملاحظاتی داشته باشیم در مورد آنچه در بخش‌های مختلف روابط اجتماعی می‌گذرد.

در یک جامعه مشخص، یک محقق می‌تواند تجدید منظم بعضی از رفتارها را تصدیق کند. این امر ممکن است در روابط اجتماعی اعمال مذهبی، زبان، ورزش، هنر و غیره واقع شود. با این وجود، این تجدید اعمال و رفتارها، که از جنبه خارجی مبین اختلاف و تفاوتی نیست، می‌تواند تابع پدیده‌های مختلفی باشد. در بررسی خود می‌توانیم بین این دو پدیده یعنی بین عادت و عرف قائل به تفکیک شویم. برای روشن نمودن منظور خود چند مثال خواهیم زد.

ممکن است خانواده‌های تشکیل دهنده این یا آن جامعه به طور منظم ظهر روزهای یکشنبه مرغ بریان بخورند. ممکن است این رسمی به ارث رسیده از اجداد باشد که همگان آن را پذیرفته‌اند. از جانب دیگر، ممکن است گروه اجتماعی‌ای وجود داشته باشد که همیشه از خوردن گوشت خوک امساک می‌کند. امکان دارد از نظر فردی که از خارج به

*Solutio indebiti

بررسی این دو رفتار و عملکرد مربوط به تغذیه می‌پردازد آنها دو رفتار یکسان و مشابه باشند. اما اگر این محقق بررسی عمیق‌تری را انجام دهد، اختلافاتی را ملاحظه خواهد کرد. مثلاً در مورد اوّل مشاهده خواهد کرد که عملکرد همگانی مبنی بر خوردن مرغ بریان در ظهر روز یکشنبه از زمانهای قدیم از راه تقلید از والدین و همسایگان انتقال یافته است. رفتار مخالف این عملکرد همگانی هیچ‌گونه انتقادی را بر نمی‌انگیزد. برعکس در جامعه دوّم، ملاحظه می‌شود که امساک از خوردن گوشت خوک اعتبار و ارزش قاعده‌ای را دارد که عدم رعایت آن موجب انتقاد می‌شود زیرا خوردن گوشت خوک به دلایل مذهبی عملی قابل تفسیح می‌باشد. اعضای این گروه اجتماعی، این رفتار را قاعده‌ای همگانی می‌دانند که رعایت آن ضروری است.

حال مثال دیگری در زمینه دستور زبان می‌زنیم. می‌دانیم در زبان فرانسه، بعد از زمان شرطی حال، فعل التزامی را می‌توان به دو صورت صرف کرد. می‌توان گفت: باید که دوست بدارم یا باید که دوست می‌داشتم، باید که باشم یا باید که می‌داشتم، باید که باز کنم یا باید که باز می‌کردم. در زبان محاوره‌ای، فرانسویان به گونه اوّل فعل را صرف می‌کنند. اما اگر شخصی به گونه دوّم فعل را صرف کند مورد انتقاد قرار نخواهد گرفت و کسی او را تفسیح نمی‌کند. ولی اگر کسی فعل دوّم را که باید به صورت التزامی باشد به صورت شرطی صرف کند، این کار او بخاطر تخطی از قواعد دستور زبان فرانسه تفسیح می‌شود.

شعائر مذهبی بعضی از کشورها می‌تواند به عنوان مثال سوم مطرح شود. در کلیسای کاتولیک مرسوم است که در حین مراسم نیایش از مؤمنین برای نگاهداری و حفاظت کلیسا اعانه جمع شود (وجه شرعی). عموماً غالب مؤمنین پول اندکی می‌پردازند، اما آنهایی که از پرداختن خودداری می‌کنند مورد هیچ‌گونه انتقاد یا اعتراضی قرار نمی‌گیرند. برعکس هنگامی که در حین نیایش انجیل قرائت می‌شود همه به علامت احترام به سخنان خداوند به پا می‌خیزند. کسی که مطابق این عملکرد رفتار نکند -

جز در حالت معذوریت جسمانی- مرتکب رفتاری شده است که مورد سرزنش سایر مؤمنین می باشد.

این مثالها نشان می دهند که نمود خارجی یک عملکرد منظم انسانی می تواند، اگر به رفتار و حالت درونی (انفسی) اعضای گروه اجتماعی که بدان مبادرت می کند توجه شود، حاوی اختلافاتی باشد. در مواردی، تکرار یا تجدید یک کنش تنها حالت تقلید دارد، در این صورت در برابر یک رسم و سنت یا عادت قرار داریم. در موارد دیگر، تکرار و تجدید یک کنش از آن جهت است که اعضای گروه اجتماعی در آن قاعده ای را می بینند که باید رعایت شود و عدم رعایت این قاعده انتقاد و اعمال فشار اجتماعی را از جانب گروه به دنبال خواهد داشت. در این حالت، در مقابل یک عرف قرار خواهیم داشت.^{۸۷} در اینجا ضروری است خاطر نشان سازیم که عدم رعایت رسم یا عادتی که فقط مبتنی بر فرایندی تقلیدی است هیچ گونه عکس العمل خصمانه ای را در بین اعضای گروه اجتماعی بر نمی انگیزد. بر عکس افراد جامعه رفتاری انتقادی و تقبیح کننده نسبت به کسی که قاعده ای معین را رعایت نمی کند اتخاذ می نمایند.

بعد از تفکیک بین عادت و عرف، لازم است مشخص شود که یک عرف از چه زمانی به عنوان یک عرف حقوقی تلقی می گردد، یعنی اینکه داخل در حوزه حقوق می شود.

عموماً، نقض یک عرف نوعی عکس العمل انتقادی یا خصمانه را بدنبال دارد، این عکس العمل می تواند محدود شود به ابراز عدم رضایت زبانی و شفاهی، افساء نام متخلف، یا توبیخ و ابراز نارضایتی از طریق بعضی از اعمال و کردار در روابط اجتماعی. اما همچنین ممکن است که فشارهای اجتماعی ناشی از عدم رعایت یک عرف به صورت شدیدتری اعمال گردیده و منجر به مجازات هایی از قبیل قطع یکی از اعضای بدن،

۸۷. (HART) هارت، این تفاوت در ماهیت عادت و عرف را «جنبه داخلی قاعده» توصیف کرده است

(The internal aspect of rules). این تعبیر نقش مهمی را در تکرار و برداشت او از حقوق دارد

(The Concept of Law, Oxford, 1961, p.55).

محرومیت از آزادی، از دست دادن اموال یا مرگ شود. وقتی که این نوع مجازات‌ها و عکس‌العمل‌ها در جامعه جایگاهی وزین و مهم داشته باشند، می‌پذیریم که در مقابل یک نظام حقوقی قرار گرفته‌ایم.^{۸۸} برای قبول این امر ضرورت ندارد ارگانی وجود داشته باشد که مأمور اجرای مجازات‌ها باشد، زیرا ممکن است نظام یک نظام غیر متمرکز باشد.

پس عرف شامل دو عملکرد می‌شود: یکی عبارت است از انطباق اعمال خود با قاعده‌ای که از طرف جامعه مثبت ارزیابی شده است و دیگری نشان دادن عکس‌العمل خصمانه نسبت به متخلفین از این قاعده عمومی. برای وجود عرف، باید در هر دو عملکرد خصیصه نظم وجود داشته باشد. در حقیقت، اگر نقض قاعده در بیشتر مواقع عکس‌العمل خصمانه‌ای را دنبال نداشته باشد، عملکرد مزبور را می‌توان فقط به یک عادت ساده تعبیر کرد.

همان‌طور که یادآور شدیم، تفاوت بنیادین بین رسم و یا عادت و عرف در رفتار و حالت درونی دنبال‌کنندگان این عملکرد می‌باشد. در مورد عرف آنها بدان جهت یک رفتار خاص را در پیش می‌گیرند، که در آن عملکرد قاعده عمومی‌ای را می‌بینند که باید رفتار خود را با آن منطبق نمایند و در مقابل متخلفین از آن رفتار انتقاد آمیز داشته باشند. در قلمرو حقوق، عرف همان خصیصه‌هایی را دارد که در سایر بخش‌های اجتماعی و تفاوت تنها در اهمیت عکس‌العمل جامعه و نوع مجازات‌های مقرر می‌باشد. مطابق تجزیه و تحلیلی که شد، آنچه را که «اعتقاد حقوقی» می‌نامند عبارت است از رفتار و حالت درونی دنبال‌کنندگان یک عملکرد هنگامی که انجام این عمل نه صرفاً از جهت تقلید بلکه بدلیل تلقی آن به عنوان یک هنجار یا قاعده عمومی باشد.^{۸۹}

88. Cf.: HART, op. cit., p. 84.

89. در همین جهت نک:

WALKEN, "Customary International Law: A JurisPrudential Analysis" Israel Law Review, 1978, p.87 ss. et 93ss.

در حقوق بین الملل، عموماً گفته می شود که «اعتقاد حقوقی» قبول عملکردی مشخص همانند قاعده حقوقی است. این تعبیر دقیقاً احاله می دهد به آنچه قبلاً گفته شد که یک عرف هنگامی خصیصه حقوقی دارد که عکس العمل نسبت به عدم رعایت آن شبیه عکس العملی باشد که هنگام نقض نظم حقوقی صورت می گیرد. با توجه به اینکه عدم رعایت چنین عملکردی دارای همان نتایجی است که تجاوز و نقض یک قاعده حقوقی، این عملکرد از طرف جامعه همانند قاعده ای حقوقی پذیرفته می شود.

آنچه گفته شد نباید بدین صورت تفسیر و تعبیر گردد که قواعد عرفی حقوقی نمی توانند وجود داشته باشند مگر آنکه عدم رعایت آنها مشمول مجازات شود. می دانیم که تمامی قواعد حقوقی رفتارهای انسانی را به عنوان آنچه ممنوع یا الزامی است لحاظ نمی نمایند. قواعد دیگری نیز وجود دارند که اعمال انسانی را تعریف می کند، اعطای صلاحیت می کنند، تسهیلاتی را برای ایجاد حقوق شخصی عرضه می کنند؛ اما آنها این مفاهیم را در چهارچوب حقوقی ساختار انتظامی حقوق تبیین می نمایند. قواعد حقوقی عرفی می توانند این کاربردهای مختلف را داشته باشد. بدین جهت می توان گفت که یک عملکرد عرفی هنگامی خصیصه عرف حقوقی را احراز می کند که تجاوز به آن دارای آثار مشابه آثار ناشی از تجاوز به یک قاعده حقوقی مشابه در چهارچوب ساختار انتظامی حقوق باشد.

بالاخره، جا دارد مسأله اقامه دلیل برای اثبات وجود «اعتقاد حقوقی» مورد بررسی قرار گیرد. بعضی از آنهايي که وجود «اعتقاد حقوقی» را انکار

(Damato) داماتو نیز کوشش کرد نظر خود درباره عرف را با تبعیت از تحلیل های هارت نکوین

نماید.

(D'AMato, The Concept of Custom in International Law, Ithaca-London, 1971, pp. 41-44).

اما مرتکب این اشتباه شد که قواعد عرفی را بر مبنای شناخت زبانی هارت (Hart) از این

مفاهیم، قواعد ثانوی تلقی نمود. این امر صحت ندارد زیرا قواعد عرفی می توانند هرگونه محوایی داشته

باشند و بنابر این قواعد اولیه یا ثانویه قلمداد شوند.

90. Cf. : BARBERIS, "Le concept de "traité international" et ses limites", A.F.D.I., 1984, pp. 243, 244, 255 et 256.

91. Cf. : HART, op. cit., p. 48.

می نمایند عادت دارند به این دلیل استناد کنند که چون مراد عنصری معنوی است، عملاً اقامه دلیل برای اثبات وجود آن امکان پذیر نخواهد بود. اگر این معیار را بر می‌گزیدیم نتیجه حاصله از آن این بود که اقامه دلیل برای اثبات وجود تدلیس و یا تقصیر در مسایل جزایی نیز هیچگاه امکان پذیر نیست، و این منجر به الغای حقوق جزای مدرن که مبتنی بر مسؤلیت انسان است می‌شود.

رفتار و نیت آنهایی که عملکرد معینی را دنبال می‌کنند تنها از طریق تحلیلی روانشناختی به اثبات نمی‌رسد بلکه از خلال مشاهده اعمال و رفتار گروه اجتماعی نیز می‌توان به آن دست یافت.⁹² از طریقه و نحوه پذیرش عملکرد بوسیله یک جامعه و چگونگی و کیفیت این پذیرش می‌توان به رفتار درونی جامعه پی برد. در این جهت، عملکرد دولتها در دادگاههای بین‌المللی برای اثبات وجود قواعد عرفی بسیار گویا است.

ج- فاعلان عمل

دکترین و رویه قضایی همچنین بدین موضوع پرداخته اند که چه اشخاصی از طریق تکرار اعمال همگانی مداوم و مستمر، همراه با «اعتقاد حقوقی»، می‌توانند قاعده عرفی ایجاد کنند و اینکه ارگانهایی که نوع فعالیتشان اجازه انجام این کار را بدانها می‌دهد کدامند.

92. Cf. : C.I.J., Recueil 1969, p. 44 ("Not only must the acts concerned amount to a settled practice, but they must also be such, or be carried out in such a way, as to be evidence of a belief that this practice is rendered obligatory...") VIRALLY, "Panorama du droit international contemporain", R.d.C., 1983-V, p. 182.

این نظریه نباید به نفی «اعتقاد حقوقی» تعبیر گردد، بلکه باید بدین ترتیب تفسیر شود که وجود آن می‌تواند از طریق دادهای عرضه شده بوسیله عملکرد یعنی عنصر مادی عرف، اثبات شود. در این مورد نک:

MÜLLER, Vertrauensschutz im Völkerrecht, Köln- Berlin, 1971, p. 82 ss.

همچنین نک:

C.I.J., Recueil 1986, p. 100.

۱- ارگانهای خارجی دولت

بلاشک دولتها تابعانی هستند که اعمال و رفتار آنها در ایجاد عرف اهمیتی خاص و بارز دارد.⁹³ به عنوان شخصیت های حقوقی، دولت ها همیشه از طریق ارگانهای خود اقدام می کنند. از میان ارگانهای دولت می توان بین آنهایی که دولت را در صحنه بین المللی نمایندگی می کنند و آنهایی که ارگانهای خارجی نامیده می شوند و آنهایی که در حوزه مسایل داخلی عمل می کنند مثل دادگاهها، پارلمان و قسمت اعظم اداره عمومی قائل به تفکیک شد.

اعمال و رفتار ارگانهای خارجی دولتها موجد قواعد عرفی عدیده ای بوده است.⁹⁴ بعضی از قواعد عرفی مربوط به حمایت سیاسی با اعمال و رفتار این ارگانها ایجاد شده است.⁹⁵ این امر در قضیه نیتام⁹⁶ مورد تأیید دیوان بین المللی دادگستری قرار گرفت، در این قضیه دیوان قاعده ای را به مورد اجرا گذاشت که بر اساس آن حمایت سیاسی از شهروندی که تابعیت اکتسابی دارد تنها هنگامی میسر است که اعطای تابعیت مبتنی بر وجود یک علقه واقعی بین کشور حامی و شخص مربوط باشد.⁹⁷ به همین ترتیب در قضیه اینترهندل⁹⁸، دیوان قاعده ای را که بر اساس آن مراجعه قبلی و مقدماتی به مقامات و مراجع داخلی شرط لازم برای اجرای حمایت سیاسی است «قاعده ای کاملاً مستقر و شناخته شده در حقوق بین المللی عرفی» توصیف کرد.⁹⁹ قاعده عرفی دیگری که با اعمال و رفتار ارگانهای خارجی دولتها ایجاد شده است قاعده ای است که بر اساس آن اعلامیه ها و یادداشتهایی که در رابطه با امور جاری وزارتخانه بوسیله وزیر امور خارجه

93. S'agissant de la "pratique des Etats", qui peut donner naissance à une norme coutumière internationale. cf. : FERRARI-BRAVO, "Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des Etats", R.d.C., 1985-III, p. 261.

94. Cf. : KOPELMANAS, op. cit., B.Y.B., 1937, p. 132 ss. HAGEMANN, op. cit., Schw. J.i.R., 1953, p. 62. SQUIRENSEN, "Principes de droit international public", R.d.C., 1960-III, p. 36.

95. Cf. : BORCHARD, Les principes de la protection diplomatique des nationaux à l'étranger, Leyden, 1924, p. 26 ss.

*. Nottebohm.

96. C.I.J., Recueil 1955, p. 22.

*. Interhandel

97. "une règle bien établie du droit international coutumier" (C.I.J., Recueil 1959, p. 27).

جهت مأموران سیاسی که اعتبارنامه آنها پذیرفته شده است صادر می‌گردد برای این کشور ایجاد تعهد می‌کنند.^{۹۸}

II ارگانهای داخلی دولت

قاعده عرفی همچنین می‌تواند از طریق قوانین کشورها نیز ایجاد شود.^{۹۹} در این خصوص، می‌توان به عنوان مثال قاعده‌ای را ذکر کرد که حکم بر شناسایی حقوق خصوصی مکتسبه در هنگام جانشینی دولت‌ها می‌دهد.^{۱۰۰}

بعلاوه، رویه قضایی، قواعد عرفی‌ای را عرضه می‌دارد که با عملکرد دادگاههای داخلی ایجاد شده‌اند. مشهورترین آنها آرای دیوان دایمی دادگستری بین‌المللی در قضیه کشتی فرانسوی لوتوس و قضیه قرصه‌های صربستان می‌باشند.

در قضیه اول، فرانسه تعقیب جزایی ناخدای کشتی لوتوس از طرف محاکم ترکیه را نقض حقوق بین‌المللی می‌دانست، زیرا بنظر آن کشور حقوق بین‌الملل به یک دولت اجازه نمی‌دهد که جرم ارتكابی بوسیله یک خارجی در سرزمین خارجی را به صرف ملیت قربانی مورد پیگرد و مجازات قرار دهد.^{۱۰۱} دیوان این استدلال را نپذیرفت زیرا به نظر او دادگاههای ترکیه صلاحیت خود را تنها ناشی از ملیت قربانی نمی‌دانستند، بلکه همچنین به اینکه نتایج عمل ناخدای لوتوس در خاک ترکیه تحقق یافته است نیز استناد می‌کردند.^{۱۰۲} در نتیجه گیری خود، دیوان به قاعده‌ای استناد کرده که بوسیله دادگاههای ملی ایجاد شده بود، براساس این قاعده

98. C.P.J.I., Série A/B, N° 53, p. 91 (op. diss. d'Anzilotti).

99. Cf. : KOPELMANAS, op. cit., B.Y.B., 1937, p. 147 ss. HAGEMANN, op. cit., Schw. J.i.R., 1953, p. 63. SKUBISZEWSKI, op. cit., Z.a.ö.R.V., 1971, p. 817. AKEHURST, op. cit., B.Y.B., 1974-75, pp. 8 et 9.

100. Cf. : C.P.J.I., Série B, N° 6, pp. 36 et 38. Série A, N° 7, p. 42, Série A, N° 9, p. 27.

101. Cf. : C.P.J.I., Série C, N° 13-II, p. 180 ss.

102. La Cour a abouti à cette conclusion parce qu'elle a affirmé que chaque navire devait être considéré comme une portion du territoire de l'Etat du pavillon (C.P.J.I., Série A, N° 10, p. 23). En conséquence, le délit imputé au capitaine du Lotus aurait été commis en territoire français (navire Lotus), mais ses conséquences se seraient manifestées en territoire turc (navire Boz-Kourt).

جرم ارتكابی در خاک بیگانه هنگامی که آثار آن در سرزمین ملی تحقق یابد مثل جرمی است که در داخل این سرزمین ارتكاب یافته است.^{۱۰۳} با اجرای این قاعده، جرم ارتكابی بوسیله ناخدای لوتوس، تا آنجا که مربوط به صلاحیت دادگاههای شد به جرم ارتكابی در سرزمین ترکیه تشبیه گردید. دیوان به این نتیجه گیری رسید که دادگاه ترکیه با احراز صلاحیت خود در این قضیه هیچ یک از قواعد حقوق بین الملل را نقض نکرده است.

دوّمین قضیه ای که شایسته است مورد عنایت قرار گیرد، اختلاف بین فرانسه و صربستان در خصوص خدمات مربوط به استقراض در فرانسه است. ریشه دعوا در این مسأله قرار گرفته بود که صربستان ادعا می کرد که قانون حاکم بر استقراض قانون فرانسه است و دولت فرانسه معتقد بود که در مورد خدمات مربوط به استقراض قانون صربستان لازم الاجرا می باشد. به موجب قرارداد استقراض، خدمات مربوط به استقراض باید به طلا پرداخت می شد. صربستان ادعا می کرد که قانون قابل اجرا قانون فرانسه است زیرا بنظر آن کشور این قانون به صربستان اجازه می داد که تعهدات انجام شده به فرانک طلا را با فرانک اسکناس ایفاء نماید. بنابراین اولین مشکل تعیین قانون حاکم بر قرارداد استقراض بود. تعیین قانون حاکم بر قرارداد مربوط می گردد به حقوق بین الملل خصوصی که قواعد آن عموماً قسمتی از حقوق داخلی کشورها می باشند. با این وجود بعضی از قواعد حقوق بین الملل خصوصی به جهت آنکه بوسیله معاهدات بین المللی یا عرف ایجاد شده اند جزء قواعد حقوق بین الملل عمومی محسوب می شوند.^{۱۰۴}

برای حل اختلاف در این قضیه، دیوان دقیقاً استناد کرد به قاعده ای از این نوع، قاعده ای که بر اساس آن قانون حاکم بر یک قرارداد باید با توجه به «ماهیت تعهدات و مجموعه شرایطی که با ایجاد قرارداد

103. C.P.J.I., Série A, N° 10, p. 23.

104. C.P.J.I., Série A, Nos. 20/21, p. 41. Voir également KOPELMANAS, op. cit., B.Y.B., 1937, p. 148 in fine.

همراه بوده است» تعیین گردد.^{۱۰۵} دیوان اعلام نمود که این قاعده عرفی از طریق آرای قضایی داخلی^{۱۰۶} ایجاد شده است، و با استناد به این قاعده، دیوان اعلام نمود که در خصوص خدمات مربوط به بهره، قانون حاکم بر قرار داد استقراض، قانون صربستان می باشد.

در دو مثال مذکور، به مسائل مربوط به حقوق بین الملل خصوصی رجوع می شود: در یکی مراد تعیین محل جرم و در دیگری تعیین قانون حاکم بر قرارداد است. با این وجود دیوان لاهه هر دو قضیه را با استناد به قواعدی حل کرد که، به اعتبار منشأ خود، در حوزه حقوق بین الملل قرار دارند و از طریق تصمیمات ارگانهای قضایی داخلی ایجاد شده اند.^{۱۰۷}

III سازمانهای بین المللی

در خصوص عملکرد سازمانهای بین المللی باید بین اعمالی که ارگانهای یک سازمان در حوزه داخلی آن انجام می دهند و مربوط به نظم حقوقی داخلی سازمان می گردد، و اعمالی که در سطح بین المللی انجام می دهند تفکیک قائل شویم. اعمالی که در درون سازمان صورت می گیرد می تواند موجب قواعد عرفی مربوط به نظم حقوقی داخلی این سازمان باشد.^{۱۰۸} بمانند نظم حقوقی داخلی کشورها، شالوده حقوقی سازمانهای بین المللی جزئی از حقوق بین الملل نیست.

ولی عملکرد یک سازمان در صحنه بین المللی می تواند موجب قواعد

105. C.P.J.I., Série A, Nos. 20/21, p. 41.

همین قاعده در مورد استقراض دولت فدرال برزیل از فرانسه اجرا شد.

(C.P.J.I., Série A, Nos. 20/21, p. 121).

106. C.P.J.I., Série A, Nos. 20/21, p. 41.

۱۰۷. در دکترین، اتحاد قواعد عرفی از طریق آرای دادگاههای داخلی بوسیله افراد زیر بدبرفه شده است:

LAUTERPACHT, "Decisions of Municipal Courts as a Source of International Law", B.Y.B., 1929, p. 65 ss.; RENNERT, Der Rechtsquellenwert innerstaatlicher Gerichtsurteile im Völkergewohnheitsrecht (thèse de Würzburg), 1957, pp. 81 et 85. DUISBERG, Das Völkergewohnheitsrecht nach der Rechtsprechung der internationalen Gerichte, p. 123 ss.

۱۰۸. برای مثال نک.

C.I.J., Recueil, 1956, p. 91.

عرفی بین المللی باشد.¹⁰⁹ لذا عملکرد مداوم یک سازمان می تواند صلاحیت پیش بینی شده در معاهده تأسیس آن سازمان را گسترش داده یا به عبارت کلی تر اصلاح نماید.¹¹⁰ همچنین توصیه نامه و قطعنامه های سازمانهای بین المللی می توانند مبنای ایجاد قواعد عرفی باشند.¹¹¹

۷-۱ دادگاههای بین المللی

همچنین قواعد عرفی می توانند از طریق تصمیمات دادگاههای بین المللی ایجاد شوند بدین سان، قاعده عدم قابلیت استناد به عدم ایفاء تعهدات یا عدم رجوع به محاکم صالح در صورتی که عدم ایفاء تعهد و یا عدم رجوع به محاکم صالح نتیجه عمل غیر قانونی خود مدعی باشد به عنوان «اصلی که عموماً بوسیله محاکم داوری بین المللی پذیرفته شده است» تلقی گردیده است.¹¹²

اصولی که مبانی آیین داوری را تشکیل می دهند از طریق عملکرد دادگاههای داوری بوجود آمده اند.¹¹³ در این راستا اولین قاعده ای را که باید یادآور شویم قاعده ای است که بر اساس آن صلاحیت هر قضای بوسیله خود او احراز می گردد. این قاعده که عموماً تحت عنوان «قاعده صلاحیت احراز صلاحیت» شناخته شده است، ریشه در احکام داوری بتسی * (۱۷۹۷)¹¹⁴ و سالی ** (۱۹۷۹)¹¹⁵ دارد. از آن پس، این قاعده بوسیله دادگاههای داوری و کمیسیونهای مختلط اعمال شد. این اصل در

109. Cf. : AKEHURST, op. cit., B.Y.B., 1974-75, p. 11. CHARPENTIER, op. cit., L'élaboration du droit international public, p. 117. Van der BERGH, Praktijk en internationale gewoonteregelvorming, Hilversum, 1984, p. 24. REUTER, "Quelques réflexions sur la notion de "pratique internationale" spécialement en matière d'organisations internationales", Studi in onore di Giuseppe Sperduti, Milano, 1984, pp. 200 et 201.

110. Cf. : C.I.J., Recueil 1949, p. 180.

111. Cf. : ECONOMIDES, "Les actes institutionnels internationaux et les sources du Droit international", A.F.D.I., 1988, p. 142 ss.

112. "Principe généralement reconnu par la jurisprudence arbitrale internationale" (C.P.J.I., Série A, N° 9, p. 31).

113. Cf. : CAVARÉ, Le droit international public positif, 2e éd., Paris, 1962, t. II, p. 213.

*.Betsey

114. La PRADELLE-POLITIS, Recueil des arbitrages internationaux, 2e éd. Paris, 1957, t. I, p. 51 ss.

**Salley

115. La PRADELLE-POLITIS, op. cit., t. I, p. 127 ss.

قضیه آلاباما^{***} در ۱۸۷۲ مورد تصدیق و تأکید قرار گرفت.^{۱۱۶} قاعده صلاحیت احراز صلاحیت بوسیله عهدنامه های ۱۸۹۹ (ماده ۴۸) و ۱۹۰۷ (ماده ۳۶) و اساسنامه دیوان دائمی دادگستری بین المللی (ماده ۳۶) و دیوان کنونی (ماده ۳۶ بند ۶) مورد تصویب قرار گرفت. در قضیه نوته بام، دیوان بین المللی دادگستری، این قاعده را «قاعده ای که حقوق بین الملل عام آن را در داوری بین المللی پذیرفته است» توصیف نمود.^{۱۱۷} قاعده ای که به دادگاه اختیار و صلاحیت وضع تدابیر تأمینی را اعطا می نماید امروز جزئی از حقوق عرفی است که با آرای قضایی ایجاد شده است.^{۱۱۸} بعضی از قواعد تفسیر نیز دارای همین مبنا و ریشه می باشند، برای مثال می توان از قاعده «اثر مفید» نام برد.^{۱۱۹}

۷. معاهدات بین المللی

این موضوع که معاهدات بین المللی می توانند موجد قواعد عرفی باشند مسأله ایست که در سالهای اخیر مورد بررسی و مطالعات گوناگونی قرار گرفته است.^{۱۲۰} یکی از ویژگیهای وضعیت کنونی روابط بین المللی، علاقه و کشش رو به تزايد برای تنظیم این روابط بر اساس معاهدات می باشد. بجای میدان دادن به عرف، دولتها معاهداتی را که موارد آن عموماً پس از بررسی های عمیق تدوین می شوند ترجیح می دهند. نتیجتاً، حقوق معاهدات بر عرف برتری می یابد. با وجود این، این افزایش مستمر تعداد معاهدات بین المللی به نوبه خود بر شکل گیری و

***. Alabama

116. La PRADELLE-POLLTIS, op. cit., t. II, pp. 839, 840 et 889 ss.

Touchant l'origine jurisprudentielle de la règle en question, cf. : BERLIA, "Jurisprudence des tribunaux internationaux en ce qui concerne leur compétence", R.d.C., 1955-II, p. 119 ss.

117. C.I.J., Recueil 1953, p. 119. Voir également C.I.J., Recueil 1956, p. 87.

118. C.P.J.I., Série A/B, N° 79, p. 199.

*. "Effet utile"

۱۱۹. C.I.J., Recueil 1949, p. 24.

KOPELMANAS, op. cit., B.Y.B., 1937, p. 141 ss.

120. Baxter, "Treaties and Custom", R.d.C., 1970-I, p. 57. DOEHRING, "Gewohnheitsrecht aus Verträgen", Z.a.ö.R.V., 1976, p. 77 ss. VILLIGER, Customary International Law and Treaties, Dordrecht- Boston- Lancaster, 1985, p. 183 ss.

ایجاد قواعد عرفی جدید تأثیر می‌گذارد. در واقع، تکرار بعضی از مواد قراردادی (مواد معاهدات) در معاهدات بعدی که دارای همان موضوع هستند امروزه امری کاملاً متداول گردیده است، مثل معاهدات کشتیرانی، مرزی، ماهیگیری، حمل و نقل مرزی، تضمین سرمایه‌گذاری و غیره. در عمل مشاهده می‌شود که بعضی از قضایا و دعاوی به علت عدم وجود قاعده قراردادی قابل اجرا، بر اساس عرف ایجاد شده از طریق معاهداتی که برای تنظیم وضعیتهای مشابه منعقد شده‌اند حل گردیده است. برای مثال، دیوان دائمی لاهه در نظرات مشورتی خود در قضیه دانزیک* و اوآی تی،** به قاعده عرفی‌ای استناد کرد که خصوصاً از طریق معاهدات بین‌المللی ایجاد شده بود.¹²¹

در بعضی از موارد دیگر، مقررات قراردادی قابل اجرایی وجود دارند، اما این مقررات با عنایت به قواعد مشابه موجود در دیگر معاهدات تفسیر می‌شوند. این قواعد متشابه موجود قاعده عرفی‌ای تلقی می‌گردند که مقررات قراردادی مورد بحث بر اساس آن تفسیر می‌شوند. با چنین اندیشه‌ای است که دیوان دائمی لاهه برای تفسیر متن چند معاهده به «حقوق بین‌الملل رودخانه‌ها» استناد می‌کند. بویژه جالب است اشاره شود به رأی دیوان در مورد کمیسیون بین‌المللی آدر.¹²² در این قضیه برای تفسیر ماده ۳۳۱ معاهده ورسای به حقوق بین‌الملل رودخانه‌ها به عنوان حقوقی که «بوسیله سند کنگره وین مورخ ۹ ژوئن ۱۹۱۵ وضع و بوسیله معاهدات بعدی اجرا و توسعه یافته است» استناد می‌گردد.¹²³ بنابراین روشن است که حقوق بین‌الملل رودخانه‌ها، حقوقی است عرفی که از طریق عهدنامه‌های مختلفی که از سال ۱۸۱۵ به بعد در خصوص کشتیرانی در رودخانه‌ها منعقد گردیده ایجاد شده است.

* Danzig.

** OIT

121. C.P.J.L. Série B. N° 18, pp. 12-13. Voir également Scott, op. cit., t. I, p. 470.

*** Oler

122. C.P.J.L. Série A. N° 23, p. 27.

VI. اشخاص خصوصی

در دکترین، تنی چند از مؤلفین اعتقاد داشته‌اند که عملکرد مستمر و مداوم افراد خصوصی نیز می‌تواند موجب عرف باشد.^{۱۲۳} با وجود این مشاهده موارد عملی‌ای که قواعد عرفی بین‌المللی به چنین صورتی ایجاد شده باشند بسیار اندک است. یکی از موارد نادر نمونه در این باره، عرفهایی هستند که به گونه‌ای، چگونگی استفاده از آب رودخانه تاشیرا^{۱۲۴} واقع بین کلمبیا و ونزوئلا را تنظیم می‌کنند.^{۱۲۵}

۷- کارشناسایی عرف و حدود آن

در بندهای پیشین، دو معیاری که در عمل برای تشخیص قواعد عرفی مورد استفاده قرار می‌گیرند تشریح شدند. معیارها به این دو منحصر نمی‌شوند، امکان دارد که بتوانیم از راه تجزیه و تحلیل عملکرد قضایی

123. KOPELMANAS, op. cit., B.Y.B., 1937, p. 151 et "Essai d'une théorie des sources formelles du droit international", R.D.I., 1938, p. 116. WENGLER, Völkerrecht, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1964, t. I, p. 175. BERNHARDT, "Ungeschriebenes Völkerrecht", Z.a.ö.R.V., 1976, p. 66. RAMAN, "Towards a General Theory of International Customary Law", Toward World Order and Human Dignity (Essays in Honour of Myres S. McDougal), New York-London, 1976, p. 378 ss.

به عمده زیکاردی (Ziccardi)، نمی‌توان این سؤال را که آیا افراد خصوصی می‌توانند موجب

قواعد عرفی بین‌المللی باشند مطرح کرد، زیرا چنانچه افراد خصوصی دارای حسن اعمال و رفتای باشند، دیگر به عنوان ارگانهای دولتی محسوب می‌شوند.

(La Costituzione dell'Ordinamento internazionale, Milano, 1943, pp. 230 et 231).

*. Táchira.

۱۲۴. این عرفها در مقررات محلی گنجانده شده‌اند. مثلاً مقررات مربوط به آبیاری در منطقه روزارو

(Rosario) واقع در کلمبیا چنین بنسب می‌کند:

"de las aguas del río Táchira corresponde no sólo a los habitantes y propietarios de predios rurales de la ribera colombiana, sino también a los de la ribera venezolana", et qu'elle "se hará como se ha venido efectuando de tiempo inmemorial..." (art. 2) (República de Colombia, Reglamento sobre uso de aguas de regalo en el Distrito del Rosario, 1942, p. 1).

از جانب دیگر مقررات جاری در منطقه بولیوار (Bolivar) در ونزوئلا در ماده ۷ خود اسناد

می‌کند به اینکه:

"la práctica y la Reglamentación que ha venido rigiendo de antano" pour fixer le volume correspondant à chaque prise d'eau (Reglamento de aguas del Río Táchira y sus repartos que la Jefatura Civil del Distrito Bolívar ha expedido con anuencia de los agricultores residentes en él. San Cristóbal, 1931, p. 5).

دادگاهها، خصوصاً تصمیمات کمیسیون‌های داوری مختلط، بوجود معیارهای دیگری برای تشخیص قواعد عرف پی ببریم. با وجود این، در هر صورت، آنها معیارهای عملی خواهند بود و نه قواعد شناسایی متعلق به نظام حقوق بین‌الملل. در حقیقت، قبلاً نشان دادیم که نظارت حقوقی بر فرایند ایجاد قواعد عرفی امکان‌پذیر نیست، زیرا قواعد عرفی اولین قواعد حقوق بین‌الملل موضوعه می‌باشند.¹²⁵

در یک نظام حقوقی متمرکز، کار و وظیفه تشخیص قواعد عرفی در عهده قضات قرار گرفته است، آنها صلاحیت تشخیص وجود قواعد عرفی در هر مورد خاص و معین را دارند.

حقوق بین‌الملل یک نظام حقوقی متمرکز نیست. وجود قضات و دادگاههای داوری منوط به اراده دولت‌ها می‌باشد.

با وجود این، تصمیمات آنها، در هر حال، برای تشخیص قواعد عرفی حائز اهمیت اساسی است.¹²⁶ لذا در تحلیل معیارهای معمول برای تشخیص عرف اصولاً به تصمیمات قضایی استناد می‌گردد. صرف نظر از دادگاهها، سازمانهای بین‌المللی نیز گاهی این کار را انجام می‌دهند. همچنین ارگانهای دولتی، در هنگام بروز اختلاف نظر با دیگر اعضای جامعه بین‌الملل در خصوص وجود یک عرف، بدین امر مبادرت می‌ورزند.

صلاحیت ارگان ذیصلاح برای تشخیص وجود قاعده عرفی در یک مورد خاص «صلاحیتی شخصی»^{*} است.¹²⁷ زیرا چنانچه گفته شد، در نظام بین‌الملل قاعده‌ای که تعیین کند یک عملکرد باید واجد چه شرایطی باشد تا بتوان آن را به عنوان عرف تلقی کرد وجود ندارد. اما این بدان معنا نیست که ارگانهای ذیصلاح می‌توانند به طور خودسرانه عمل کنند. در واقع اگر دادگاهی بصورت کاملاً غیر منطقی در مورد وجود یک قاعده عرفی قضاوت کند، یکی از طرفین دعوا می‌تواند با استناد به «تجاوز از

125. Cf. : Supra, I, 4.

126. VIRALLY, op. cit., R.d.C.1983-V, p. 181.

*. pouvoir discrétionnaire.

127. Cf. GUGGENHEIM, Traité de Droit international Public, 2e éd., t. I, pp. 106 et 107. Voir également Kelsen, Reine Rechtslehre, p. 234.

حدود اختیارات» مدعی بطلان حکم شود.^{۱۲۸} اگر این امر از یک سازمان بین‌المللی یا یک دولت سربرزند، طرف متضرر، می‌تواند تشخیص وجود قاعده عرفی به شکل خودسرانه و نامعقول را نپذیرد. بنابراین، می‌توان نتیجه گرفت که تشخیص قواعد عرفی در صلاحیت شخصی ارگانهای ذیصلاح می‌باشد، اما این ارگانها باید حدی را که عبور از آن باعث اتخاذ تصمیمات خودسرانه و غیر معقول می‌شود رعایت نمایند.

۸- تلاش برای تعیین شرایط ایجاد عرف در معاهدات بین‌المللی

فقدان قاعده‌ای در نظام بین‌المللی جهت تعیین معیارهای خاص برای تشخیص قواعد عرفی مسأله ایست که ذهن حقوقدانان را به خود مشغول کرده است.^{۱۲۹} این سؤال برای بعضی از حقوقدانان مطرح است که آیا می‌توان شرایطی را که یک عملکرد باید واجد آن باشد تا عرف تلقی شود در یک معاهده مشخص و معین کرد.

در این راستا باید گفت، گاهی شرایطی که یک عملکرد باید دارا باشد تا بتوان آن را به عنوان عرف تلقی کرد در قراردادهای داوری ذکر گردیده‌اند.^{۱۳۰} گوگنهایم^{*} هم سعی کرده است که شق ب از بند اول ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری را به عنوان قاعده‌ای قراردادی که شرایط ایجاد عرف را مشخص می‌کند تفسیر نماید. می‌دانیم که تا مدتی گوگنهایم بر این عقیده بود که «اعتقاد حقوقی» جزئی از فرایند ایجاد عرف نمی‌باشد.^{۱۳۱} این حقوقدان سویسی کوشش کرد تا نشان دهد که

128. DAHM, Völkerrecht, Stuttgart, 1961, t. II, p. 557. ROUSSEAU, Droit international public, t. V, pp. 326 et 327.

129. Voir, p.ex., Bos, "Prolegomena to the Identification of Custom in International Law", Essays on International and Comparative Law in Honour of Judge Erades, The Hague, 1983, p.8.

۱۳۰. توافق برای داوری بین ونزوتلا و برتانمای کمیتر مورخ ۱۸۹۷/۱۱/۲ که منطقه اسکیبور

(Esequibo) را به داوری می‌گذارد و مقرر می‌کند که تملک یک قطعه خاک برای دوره‌های بین ۵۰ سال

معادل کسب حاکمیت می‌باشد.

* GUGGENHEIM.

131. GUGGENHEIM, "Les deux éléments de la coutume en droit international", La Technique et les Principes du droit public, (Études en l'honneur de Georges Scelle), t. I, p. 275 ss.; Traité de Droit international public, Genève, 1953, t. I, p. 46 ss.

علیرغم وجود این وضعیت در حقوق بین الملل عام، این حالت در مقابل دیوان بین المللی لاهه که اساسنامه آن صراحتاً شرایط ایجاد عرف را مشخص می کند وجود ندارد. در قضیه نوته بام، گوگنهایم «قاضی اختصاصی» لیختن اشتاین در دیوان بود. در قسمتی از نظر مخالف خود که ضمیمه رای دیوان می باشد، گوگنهایم به عناصر سازنده فرایند عرفی استناد کرده و خاطر نشان می سازد که بر طبق شق ب بند اول ماده ۳۸ اساسنامه دیوان، عرف از دو عنصر تشکیل می شود: عملکرد و «اعتقاد حقوقی».^{۱۳۲} بدین ترتیب، گوگنهایم می خواهد وجود اختلاف در شرایط ایجاد عرف در عرصه حقوق بین الملل عام و در اساسنامه دیوان را نشان دهد. در قضیه «حق عبور»، به عنوان مشاور هند، گوگنهایم نظریه طرح شده در قضیه نوته بام را تبیین و مشخص می نماید. به نظر او شق ب بند اول ماده ۳۸ اساسنامه، دیوان را مکلف می کند تنها قواعدی را که از فرایند دو عنصر یاد شده ایجاد می شوند، عرف تلقی نماید.^{۱۳۳}

این نظریه که شق ب بند اول ماده ۳۸ اساسنامه دیوان متن قراردادی ای است که آیین ایجاد عرف را مشخص می نماید مورد تأیید رویه قضایی قرار نگرفته است. در حقیقت، در بعضی از تصمیمات دادگاههای داوری پذیرفته شده است که ماده مذکور تدوین ساده حقوق بین الملل عام می باشد.^{۱۳۴} به علاوه، گوگنهایم این نظریه را در دومین چاپ مفصل حقوق بین الملل خود رها کرد.^{۱۳۵}

به عبارت کلی تر، باید به این سؤال که آیا ممکن است در یک معاهده بین المللی شرایط ایجاد عرف را تعیین کرد پاسخی منفی داد.^{۱۳۶} اگر

132. C.I.J., Recueil 1955, p.55.

133. C.I.J., Affaire du droit de Passage sur territoire indien, Mémoires, plaidoiries et documents, t. IV, p. 688.

۱۳۴. نک به احکام داوری مورخ ۱۹۲۸/۷/۳۱ در قضاة خسارات وارده به مسمرات برنگال در جنوب

آفریقا (R.I.A.A., vol. II, p. 1016) و مورخ ۱۹۲۱/۹/۲۷ در قضاة داوید گولد. نبرگ (David)

Goldenberg و ببران (R.I.A.A., vol. II, p. 909) و مورخ ۱۹۳۰/۶/۳۰ در قضاة خسارات وارده به

برنگال (R.I.A.A., vol. II, p. 1049).

135. GUGENHEIM, Traité de droit international Public, 2e, ed., Genève, 1967, t. I, p. 104.

136. Cf. : BLUHDORN, Einführung in das angewandte Völkerrecht, Wien, 1934, p. 126

معاهده ای برای تعیین شرایط ایجاد عرف منعقد گردد، ایجاد عرف تنها در داخل قلمرو محدود به امضا کنندگان معاهده تنظیم می گردد. بنابراین ماحصل آن فقط عرفی قراردادی خواهد بود. این عرف فاقد خصیصه بارز حقوق عرفی می باشد که عبارت است از اعتبار مقررات آن حتی نسبت به دولتهای که در ایجاد آن شرکت نکرده اند.

بعلاوه، این معاهده نمی تواند مانع شود که عرف عام (غیر مدون) به ایجاد قواعد حقوقی در حقوق بین الملل ادامه دهد. بدین صورت، اگر معاهده ای برای تعیین شرایط ایجاد عرف منعقد شود، نظام حقوق بین المللی دارای دو نوع قاعده عرفی خواهد شد، یکی عرف قراردادی که تنها بین متعاقدین معاهده معتبر خواهد بود و دیگری عرف عام.

حتی با فرض اینکه تمام اعضای جامعه بین الملل در معاهده تدوین کننده عرف شرکت کنند، عرف عام باز کاملاً از حقوق بین الملل حذف نخواهد شد. همچنین این احتمال وجود دارد که معاهده مورد بحث به وسیله عرف عام تغییر یابد یا اینکه متروک گردد.^{۱۳۷}

III- خصیصه های حقوق عرفی

۹- عرف و دولتهای ثالث

یکی از خصیصه های حقوق عرفی این است که قواعد آن دارای اعتباری عام می باشند، قاعده عرفی علاوه بر دولتها و دیگر تابعانی که در ایجاد آن شرکت کرده اند، نسبت به آنهایی که در ایجاد آن مشارکت ننموده اند، و همچنین نسبت به دول جدید و دیگر تابعانی که بعداً به جمع جامعه بین المللی پیوسته اند نیز معتبر می باشد.^{۱۳۸}

بنابراین قاضی ای که می خواهد قاعده عرفی عامی را به مورد اجرا بگذارد مکلف به احراز اطمینان از شرکت طرفین دعوا در ایجاد آن

137. Cf. : KELSSEN, *Reine Rechtslehre*, p. 220.

138. Cf. : C.I.J., *Recueil* 1969, pp. 28, 38 et 41. Cf. également: DAHM, *Völkerrecht*, t. I, p. 31. SØRENSEN, "Principes de droit international Public"; R.d.C., 1960-III, pp. 44 et 45. THIRLWAY, *International Customary Law and Codification*, Leiden, 1972, p. 110. AKEHURST, *op. cit.*, B.Y.B., 1974-75, pp. 23, 24 et 27.

نیست. تجزیه و تحلیل رویه قضایی این نظر را کاملاً تصدیق می‌نماید.^{۱۳۹} به علاوه، دولتی که به قاعده عرفی عامی، استناد می‌کند ملزم به اقامه دلیل برای اثبات مشارکت خود در ایجاد آن نمی‌باشد. اما وضعیت درباره عرف دوجانبه فرق دارد، در این حالت مشارکت دو دولت در ایجاد قاعده عرفی باید به اثبات برسد.^{۱۴۰} یک دولت میرا از تعهدات ناشی از یک قاعده عرفی نخواهد بود، مگر آنکه مخالفت خود با آن را از زمان شکل‌گیری بطور صریح و مکرر ابراز نموده باشد.^{۱۴۱} مشهورترین نمونه در این رابطه، رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه ماهیگیری انگلیس و نروژ می‌باشد. مراد روشن شدن این مطلب بود که آیا قاعده تعلق خورهای با عرض کمتر از ده مایل دریایی به کشور ساحلی قاعده‌ای عرفی محسوب می‌شود یا خیر. دیوان اعلام نمود که این قاعده خصوصیت یک قاعده عرفی را ندارد زیرا عملکرد مزبور فاقد خصوصیت «همگانی بودن» می‌باشد. ضمناً، دیوان خاطر نشان می‌کند که این قاعده در هر حال نسبت به نروژ که همواره مخالفت خود را با آن ابراز نموده است قابلیت استناد ندارد.^{۱۴۲} مخالفت صریح و مکرر وقتی مؤثر است که از زمان شکل‌گیری

139. Cf. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale pubblico*, 8e éd., Milano, 1962, p. 76 ss. VERDROSS-SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, 3e éd. p. 349.

۱۴۰. لازم است یادآور شویم که خصیصه حقوق عرفی این است که قواعد آن نسبت به دول ثالث هم معبر است، اما آنها نباید ضرورتاً این چنین باشند. گوییم اسدلال خود را بر این اندیشه مبتنی می‌سازد که عرف باید نسبت به دول ثالثی که در ایجاد آن شرکت نکرده‌اند معتبر باشد، و از این مقدمه به این نتیجه‌گیری. که به نظر ما صحیح نیست. می‌رسد که عرف دوجانبه معاهده‌ای ضمنی است.

(*"Lokales Gewohnheitsrecht"*, Ö.Z.ö.R., 1961, p. 333).

همچنین، اگر قاعده عرفی ای وجود می‌داشت که تمام اعضای جامعه بین‌المللی در ایجاد آن مشارکت نموده باشند، این قاعده همچنان قاعده‌ای عرفی باقی می‌ماند.

۱۴۱. در این باره نک:

STEIN, "The Approach of the Different Drummer: The Principle of the Persistent objector in International Law", *Harvard International Law Journal* 1985, p. 457 ss.

۱۴۲. «بهرحال، به نظر می‌رسد که قاعده ۱۰ مایل نسبت به نروژ قابل اجرا نباشد، نروژ همیشه مخالفت خود را با هر کوششی برای اعمال این قاعده در سواحل نروژ ابراز داده است».

(C.I.J., Recueil 1951, p. 131.)

قاعده عرفی آغاز شده باشد، اما ابراز چنین مخالفتی بعد از ایجاد قاعده عرفی دیگر مؤثر نیست.

وقتی قاعده‌ای که ایجادش مورد مخالفت دولت است خصوصیت «قاعده آمره»^{*} را دارد، ابراز چنین مخالفتی بی اثر می باشد. «قاعده آمره» به آن گروه از قواعد حقوقی بین المللی اطلاق می گردد که انعقاد معاهده بر خلاف آن مجاز نیست.^{۱۴۳} این قواعد نسبت به تمامی اعضای جامعه بین المللی معتبر و لازم الاجرا هستند حتی اگر یکی از آنها مخالفت صریح و مکرر خود را از زمان ایجاد آنها ابراز داشته باشد. منع سیاست تبعیض نژادی یکی از نمونه های آن می باشد. امروزه، خصوصیت آمره بودن این ممنوعیت بطور عام پذیرفته شده است، به عبارت دیگر، دو یا چند دولت مجاز نیستند معاهده‌ای برخلاف این قاعده منعقد نمایند و سیاست تبعیض نژادی را نسبت به اتباع خود اعمال نمایند. دولتی که صریحاً و مکرراً مخالفت خود را با این قاعده ابراز نموده است آفریقای جنوبی می باشد. علیرغم مخالفت مکرر آفریقایی جنوبی با ایجاد این قاعده عرفی که اعمال سیاست تبعیض نژادی را ممنوع می نماید، قاعده مزبور نسبت به این کشور قابل اجرا می باشد.^{۱۴۴}

۱۰ - سلسله مراتب بین عرف و معاهده

در نظام بین المللی، قواعد ناشی از معاهدات و عرف در یک سطح قرار دارند، به عبارت دیگر بین این دو نوع قاعده اختلاف مرتبت بدلیل اختلاف در مبنا و ریشه وجود ندارد.^{۱۴۵}

در صورت وجود تعارض در اجرای عرف و معاهده در یک مورد خاص، این تعارض باید بر اساس اصل «قاعده مؤخر قاعده مقدم را نقض

*. Jus Cogens

143. Cf. : BARBERIS, op. cit., A.F.D.I., p. 263. Cf. aussi la sentence arbitrale du 31. VII. 1989 entre la Guinée-Bissau et le Sénégal (R.G.D.I.P., 1990, p. 234).

۱۴۴. در این باره نگاه شود به طرف مسورتی دیوان بین المللی دادگسری مورخ ۱۹۷۱/۶/۲۱ (C.I.J.Reueil 1971, pp. 57 et ss.)

145. Cf. : AKEHURST, «The Hierarchy of the Sources of International Law», B.Y.B., 1974-75,

می‌کند»^{۱۴۶} حل شود یعنی اینکه معاهده مؤخر بر عرف مقدم برتری دارد و به نوبه خود عرف مؤخر بر معاهده مقدم برتری خواهد داشت. این اصل در صورتی که عرف مقدم دارای خصوصیت آمره باشد قابل اجرا نیست و معاهده مؤخر نمی‌تواند در تعارض با آن منعقد شود.^{۱۴۷}

برتری یک قاعده نسبت به قاعده دیگری می‌تواند به این امر منتهی شود که اجرای یکی اجرای دیگر را کاملاً منتفی نماید. چنین اتفاقی مثلاً هنگامی رخ می‌دهد که قاعده مؤخر نظام حقوقی کاملاً مغایری با نظام حقوقی موجود قبلی ایجاد کند. اما ممکن است که قواعد مقدم و مؤخر دارای محتوای مختلف بوده و در مواردی با هم سازگار باشند. در این صورت، قاعده مؤخر دارای برتری است ولی مقررات قاعده مقدم تا آنجا که بوسیله قاعده مؤخر اصلاح نشده است قابل اجرا می‌باشند.^{۱۴۷}

در بررسی عهدنامه وین در مورد معاهدات، مسأله برتری عرف نسبت به معاهده مقدم مورد بحث قرار گرفته است. ماده ۴۲ این عهدنامه مقرر می‌دارد که «انقضای یک معاهده تنها در نتیجه اعمال مقررات همان معاهده یا عهدنامه حاضر صورت می‌گیرد.» با توجه به اینکه، عهدنامه وین دارای هیچ مقرراتی در این خصوص نمی‌باشد، ممکن است گفته شود که عرف مؤخر نمی‌تواند باعث انقضای اعتبار یک معاهده گردد. کنفرانس وین نیز امکان تغییر معاهده بوسیله عرف مؤخر را مورد بررسی قرار داده است. ماده ۳۸ طرح عهدنامه پیشنهادی از طرف کمیسیون حقوقی بین‌الملل سازمان ملل متحد دارای چنین مضمونی بود، اما از متن عهدنامه

p. 275. Bos, "The Hierarchy among the Recognized Manifestations ("Sources") of International Law", *Estudios de Derecho Internacional (Homenaje al Profesor Mijaa de la Muela)*, Madrid, 1979, t. I, p. 366. MONACO, "Observations sur la hiérarchie des sources du droit international", *Völkerrecht als Rechtsordnung-Internationale Gerichtsbarkeit-Menschenrechte (Festschrift für Hermann Mosler)*, p. 608. VERDROSS-SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, p. 414.

*.Lex Posterior derogat Lege Priori.
146. Cf.: *Supra*, III, 9.

۱۴۷. آنچه اینجا مورد بررسی قرار گرفت مسأله برتری یک قاعده در هنگام اجرای آن در یک مورد خاص می‌باشد. این امر با مسأله مربوط به اعتبار این قواعد، مخصوصاً اعتبار قاعده‌ای که برتری ندارد متفاوت می‌باشد.

حذف گردید.^{۱۴۸} با این وجود حقوق بین الملل عام می پذیرد که عرف مؤخر معاهده مقدم را تغییر دهد یا آنرا ابطال نماید.^{۱۴۹}

IV- تدوین حقوق عرفی

قبلاً خاطر نشان گردید که فرایند شکل گیری عرف را نمی توان از طریق معاهده بین المللی به نظم درآورد. پس مسأله ای که در این شرایط می تواند مورد بررسی قرار گیرد امکان درج و گنجاندن ماحصل و نتیجه این فرایند یعنی قواعد عرفی- در معاهدات بین المللی است. بدین عمل تدوین قواعد عرفی گفته می شود.

تدوین به صورت عام عبارت است از احصاء منظم قواعد حقوقی معتبر در یک زمان مشخص. بنابر این قوانین، عرف، یا مقررات حقوقی ای را که دارای مبانی دیگر می باشند می توان تدوین نمود. در این باره دو مسأله اساسی وجود دارد، یکی مربوط است به قواعد حقوقی که باید تدوین شوند و دیگری مربوط است به متن تدوین کننده.

در مورد مسأله اول باید خاطر نشان ساخت، امر تدوین که چیزی جزء احصاء و به نظام در آوردن قواعد حقوقی قابل اجرا نمی باشد، هرگز به گونه ای مجزا و منفرد صورت نمی گیرد، بلکه موجب تغییرات کم و بیش مهمی در حقوق قبلی نیز می گردد. عمل مزبور از حد یک تدوین ساده تجاوز کرده و موجد حقوق می گردد.

۱۴۸. در این مورد نک: Villiger, op. cit., p. 207ss

149. Cf. : GUGGENHEIM, "Traité de Droit international Public, 2e éd., t. I, p. 225. THIRLWAY, op. cit., pp. 131-132. AKEHURST, "The Hierarchy of the Sources of International Law", B.Y.B., 1974-75, P. 275.

در مورد روبرو قضایی نک:

رای داوری مورخ ۱۸۶۱/۱۰/۲۱ در قضیه

Yuille, Shorridge and Co. (La PRADELLE - POLITIS), op. cit., t. II, p. 105)

رای داوری مورخ ۱۹۶۳/۱۲/۲۲ بین فرانسه و ایالات متحد آمریکا

(R.G.D.I.P., 1965, p. 249)

رای داوری مورخ ۱۹۷۷/۶/۳۰ در مورد فلات قاره بین بریتانیا و فرانسه

(R.I.A.A., vol. XVIII, p. 166).

در مورد مسأله دوّم، متن تدوین کننده می تواند فاقد ارزش حقوقی باشد یا برعکس می تواند به صورت تصویب نامه، قانون یا معاهده بین المللی باشد. اگر منظور تدوین محض و ساده قواعد عرفی موجود باشد، متن تدوین کننده می تواند فاقد هرگونه ارزش حقوقی باشد، زیرا احصاء و تنظیم قواعد تغییری در مقررات آنها نمی دهد. با وجود این چون تدوین همیشه تا حدودی موجب تغییر حقوق موجود می شود، متن تدوین کننده باید دارای ارزش قاعده حقوقی باشد.

تاریخ حقوق، نمونه های متعددی از تدوین قواعد را عرضه می دارد. اگرچه در موارد مذکور در فوق، دلایل فنی مبنای تدوین قواعد بوده اند، ولی عموماً دلایل سیاسی علت اصلی می باشد. تدوین همیشه نتیجه انقلاب یا تحولی عمیق در اجزای شاکله جامعه یا شالوده آن می باشد.¹⁵⁰ دو نمونه مشهور از کار تدوین را به عنوان مثال ذکر می کنیم. یکی مجموعه مقررات حقوقی رُم است که ژوستینین^{*} بوسیله آن سعی در بازسازی وحدت امپراتوری نمود و دیگری مجموعه قوانین مدنی فرانسه است که مؤید افکار لیبرالی ناشی از انقلاب بود.

استعمارزدایی تغییرات عمده ای را در اجزای شاکله و شالوده جامعه نظام بین المللی ایجاد کرد. ظهور کشورهای جدید در آفریقا، آسیا، کارائیب و در اقیانوسیه باعث شد که جامعه بین المللی کنونی متشکل از بیش از ۱۵۰ دولت باشد اکثریت این دول ملزم به رعایت نظام حقوقی ای بودند که در ایجاد آن مشارکتی نداشتند. این دول عموماً شک و تردیدی خاص نسبت به حقوق بین الملل ابراز می داشتند. این امر تا حدودی قابل توجیه می باشد، زیرا حقوق بین الملل در دوران گذشته، در خدمت استقرار نظام استعمار، کاپیتولاسیون، قاچاق برده و دیگر نهادهایی بوده است که موجب تحقیر و سرشکستگی مردم بعضی از دولت ها شده اند. با وجود این، تحولات اساسی و بنیادین در جامعه بین الملل محدود

150. AGO, "La codification du droit international et les problèmes de sa réalisation". Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim, Genève, 1968, p. 94.

*Justmen

به ترکیب اعضای آن نمی شود، بلکه متضمن ماهیت رابطه بین اعضا نیز هست. در اعصار گذشته، تجارت بین المللی گستردگی امروز را نداشت، هر دولت از فنون خاص خود استفاده می کرد و اصولاً هدف سیاسی روابط بین الدول تثبیت نظام همزیستی مسالمت آمیز و استقلال بود. از سالهای ۱۹۶۰ به بعد، تجارت بین المللی شتابی آشکار پیدا نمود، سرمایه گذاری خارجی چند برابر شد، ارتباطات شدت یافتند و فن نیاز به هماهنگی و همکاری بین المللی را ایجاب نمود. امروزه شرایط اقتصادی و مالی دولتها بسیار متفاوت است و بعضی از کشورها تقاضای کمک از دیگران را می نمایند. بعضی از کشورهای صنعتی نیاز به مواد طبیعی کشورهای دارند که پیشرفت کمتری داشته اند.

این تغییرات بنیادین در ترکیب جامعه بین المللی و در روابط بین المللی قالب و چهارچوب خاصی برای تدوین بخش های مختلفی از حقوق بین الملل را ایجاد نموده اند. در این خصوص، یادآوری چهار عهدنامه ژنو در مورد حقوق دریاهای (۱۹۵۸)، عهدنامه های وین در مورد روابط سیاسی (۱۹۶۱) و روابط کنسولی (۱۹۳)، و عهدنامه وین در مورد حقوق معاهدات (۱۹۶۹) لازم است. تدوین حقوق بین الملل از طریق این عهدنامه ها حاصل کوشش کمیسیون حقوق بین الملل سازمان ملل متحد بوده است.^{۱۵۱}

۱۱- اعلام حقوق عرفی در قالبهای زبانی و تنظیم آن - توسعه تدریجی

اولین قدم برای تدوین حقوق عرفی، بیان محتوای این قواعد در قالب عبارات و گزاره های زبانی می باشد. اگرچه واضح است، اما بد نیست قبل از هر چیز یادآور شد که قواعد حقوق عرفی در قالب عبارات ایجاد نشده اند. حقوق عرفی نه تنها حقوق نوشته نیست، بلکه اعلام آن نیز در قالب عبارات شفاهی صورت نمی پذیرد. تمرکز مستمر حقوقدانان در دولتها

۱۵۱. درباره تدوین در فلرو سازمان ملل متحد نک

GECK, "Völkerrechtliche Verträge und Kodifikation", Z.a.ö.R.V., 1976, pp. 108 ss. Villiger, op. cit., p. 70 ss.

و در مجلات دانشگاهی بر روی متونی که قواعد عرفی را عرضه و تحلیل می‌کنند، باعث می‌شود این حقوقدانان گاهی فراموش کنند که قواعد عرفی نگارش نیافته‌اند و اینکه متونی که مورد استفاده قرار می‌گیرند معمولاً تنها حاوی نقشی بیش و کم دقیق از این قواعد می‌باشند. حقوقدانان اهمیت لازم را به امر استنساخ قواعد عرفی به زبان نوشتاری نمی‌دهند. و آن کاری است بس دشوار که، صرف نظر از تسلط در علم حقوق، مستلزم تبحر کافی در زمینه جامعه‌شناسی و زبان‌شناسی می‌باشد.

نگارش قواعد عرفی موجب تغییراتی در این حقوق می‌شود. عرف از خلال اعمال و رفتار مکرر ادراک می‌گردد، این ادراک دارای جوانب نامشخص یا تا حدودی مبهم است. در عوض، زبان وسیله‌ای است که تا حد زیادی وضوح و صراحت را امکان‌پذیر می‌سازد. اگرچه این نظر صحیح است که هر واژه و لفظ تا اندازه‌ای نامشخص است، ولی این عدم صراحت به مراتب کمتر از عدم صراحت در ادراک عرف از خلال تکرار اعمال می‌باشد. لذا، وقتی که حقوق عرفی به قالب زبان در می‌آید، مقررات آن صراحت بیشتری را کسب می‌نمایند، و این باعث ایجاد تغییراتی در محتوای آن می‌گردد.¹⁵² با وجود این در عملکرد بین‌المللی این جزئیات مورد توجه قرار نمی‌گیرد و بطور عام پذیرفته شده است که معاهداتی وجود دارند که حاوی مواد و مقرراتی هستند که اعلام محض حقوق عرفی می‌باشند.

تدوین حقوق عرفی منحصر به نگارش قواعد عرفی به یک زبان طبیعی نمی‌شود، بلکه شامل نظام پردازی این قواعد نیز می‌گردد. قواعد عرفی در زمانها و تحت شرایط تاریخی مختلف بوجود آمده‌اند و تشخیص اینکه آیا یک قاعده عرفی استثنایی است بر قاعده عرفی دیگر، و یا اینکه برعکس این دو قاعده مربوط به موارد مختلف هستند همیشه آسان نیست. اگر تمام قواعد ناظر بر یک نهاد حقوقی، مثل حمایت سیاسی و یا پناهندگی سرزمینی، جمع و منظم شوند این معایب تا حدودی مرتفع

152. Cf. : Bos, "Aspects phénoménologiques de la codification du droit international public", Le droit international à l'heure de sa codification (Etudes en l'honneur de Roberto Ago), Milan, 1987, t. I, p. 146.

می‌گردند. به نظام درآوردن حقوق عرفی، شناخت و اعمال آن را در موارد معین و مشخص آسان می‌سازد. وقتی که حقوق عرفی در قالب عبارات و گزاره‌های زبانی نظام یافت، معمولاً معلوم می‌شود که نقایص و کمبودهایی وجود دارد، زیرا بعضی از فرضیه‌ها در قالب رویه و عملکرد ظاهر نشده‌اند، یا اینکه تعداد موارد بقدری اندک است که هیچ‌گونه عرفی ایجاد نشده است. یا اینکه حتی موارد کافی وجود دارد اما به علت وجود ابهام در عملکرد بین‌المللی، استنتاج قاعده‌ای عرفی از آن ممکن نمی‌باشد. در چنین شرایطی، مراد از تدوین تکمیل حقوق عرفی است با منظور و تصدیق نمودن فرضیه‌های پیش‌بینی نشده و یا اتخاذ راه‌حلی مشخص در مواردی که عملکرد بین‌المللی مبهم یا متضاد می‌باشد.

از این تلاش در جهت تکمیل حقوق موجود عموماً تحت عنوان توسعه تدریجی یاد می‌شود. این واژه‌ای است که در منشور سازمان ملل متحد بکار رفته است. (ماده ۱۳). تدوین حقوق عرفی بوسیله سازمان ملل متحد از خلال عهدنامه‌های حقوق دریا‌های ۱۹۵۸ و ۱۹۸۲، عهدنامه‌های وین در مورد روابط سیاسی (۱۹۶۱) و کنسولی (۱۹۶۳) و عهدنامه وین در مورد حقوق معاهدات (۱۹۶۹) هم شامل امر به نظام در آوردن حقوق موجود و هم توسعه تدریجی آن می‌باشد.

رویه قضایی بین‌المللی حاوی عبارات گوناگونی است دانی بر اینکه بعضی از مقررات عهدنامه مذکور در فوق تدوین حقوق عرفی می‌باشند. مثلاً، دیوان بین‌المللی دادگستری، در رأی مشورتی مورخ ۱۹۷۱/۶/۲۱ خود در مورد نامیبیا، اعلام داشت که قواعد عهدنامه وین در خصوص «انتهای معاهده»^{۱۵۳} به علت نقض مفاد آن تدوین حقوق عرفی تلقی می‌شوند.^{۱۵۴} همچنین، در قضیه ماهیگیری ایسلند، همین دیوان رای داد که ماده ۶۲ عهدنامه وین در مورد حقوق معاهدات نیز تدوین حقوق عرفی محسوب می‌شود.^{۱۵۴} در مورد روابط سیاسی و کنسولی، رأی دیوان لاهه در

* . Terminaison d'un traité.

153. C.I.J. Recueil 1971, p. 47.

154. C.I.J. Recueil 1973, pp. 18 et 63.

مورد حادثه‌ای که در تهران بین آمریکا و ایران اتفاق افتاد تصریح می‌نماید که مقررات مختلف موجود در عهدنامه‌های وین ۱۹۶۱ و ۱۹۶۳ در خصوص مزایا و مصونیت‌ها تدوین حقوق بین‌الملل عام در این زمینه می‌باشند.^{۱۵۵}

با این وجود، بعضی از اوقات مواجه با مشکلات جدی برای جواب به این سؤال خواهیم شد که آیا مقررات مندرج در چنین عهدنامه‌هایی تدوین محض حقوق بین‌الملل عام است یا توسعه تدریجی این حقوق. در راستای چنین اندیشه‌ای، جا دارد که ماده ۶ عهدنامه ژنو در مورد فلات قاره بعنوان مثال ذکر شود، این ماده مربوط است به تحدید حدود فلات قاره. در قضیه فلات قاره دریای شمال بین آلمان از یک طرف و دانمارک و هلند از جانب دیگر، دیوان بین‌المللی دادگستری اظهار داشت که ماده ۶ این معاهده تدوین حقوق عرفی نیست بلکه مقررات قراردادی محض می‌باشد.^{۱۵۶} هشت سال بعد، دادگاه داوری باید به اختلافی در خصوص فلات قاره بین فرانسه و انگلیس رسیدگی می‌نمود. اگرچه هر دو کشور عهدنامه ۱۹۵۸ در مورد فلات قاره را تصویب کرده بودند، فرانسه در مورد بعضی از جوانب ماده ۶ آن قید شرط نموده بود، لذا، این ماده تا آنجا قابل اجرا بود که تعارض با شرط قید شده بوسیله فرانسه پیدا نمی‌کرد.^{۱۵۷} در این چنین شرایطی، دادگاه داوری، مفاد ماده ۶ را بیان خاص یک قاعده حقوق بین‌الملل عام دانست.^{۱۵۸}

۱۲- تدوین حقوق عرفی و توسعه تدریجی آن از طریق معاهدات

هنگامی که حقوق عرفی در قالب متنی تدوین می‌یابد، محتوای این قواعد عموماً متحمل تغییراتی می‌گردند، این تغییرات یا منحصرأً بدلیل بیان مقررات عرفی در قالب زبان طبیعی است، یا بدان جهت است که ناظر بر توسعه تدریجی این حقوق می‌باشیم. با توجه به اینکه مفاد متن

155. C.I.J., Recueil 1980, p. 31.

156. C.I.J., Recueil 1969, p. 41.

157. R.I.A.A., vol. XVIII, p. 172.

158. R.I.A.A., vol. XVIII, p. 175. Voir également R.I.A.A., vol XVIII, p. 188.

جدید تا حدودی متفاوت با حقوق قبلی است، ضروریست که این متن دارای ارزش حقوقی باشد. متن جدید باید خصوصیت یک قانون، معاهده یا تصویبنامه را دارا باشد.

چگونگی به اجرا گذاردن یک مجموعه مقررات در حقوق داخلی و حقوق بین الملل با یکدیگر تفاوت بسیار دارد. دولتی که مایل است قانون مدنی جدید داشته باشد، قانونی را بدین منظور تصویب و از آن زمان مجموعه مقررات جدید نسبت به تمامی اهالی کشور اعمال و مقررات قبلی نسخ می گردد. در حقوق بین الملل، وضعیت اندکی پیچیده تر است، زیرا امکان تصویب قانون وجود ندارد، در چنین شرایطی، انعقاد معاهده روشی است برای اعطای ارزش حقوقی به متن تدوین کننده قواعد حقوقی، این سند نسبت به تمام اعضای جامعه بین الملل معتبر نیست، اعتبار آن منحصر می گردد به آنهایی که آن را امضاء کرده اند یا به آن پیوسته اند. این امر می تواند در زمانهای مختلفی صورت پذیرد، زیرا امکان دارد که دولتی امروز به معاهده ای بین المللی بپیوندد و دولتی دیگر چندین سال بعد. به علاوه ممکن است که بعضی از دول، معاهده را با قید شروطی امضاء نمایند، در این صورت قواعد تدوین شده دارای آثار یکسان برای تمام دول متعاقد نخواهند بود. نهایتاً ممکن است که یکی از دول عضو معاهده آن را رد یا از آن خارج شود.^{۱۵۱}

هنگامی که دولتها مبادرت به انعقاد معاهده ای می نمایند که تدوین کننده قواعد حقوقی در یک موضوع معین است این سوال مطرح می شود که ماهیت قواعد معاهده اعلام کننده حقوق عرفی قبلی چیست و وضعیت حقوقی این حقوق عرفی چگونه می باشد.

مقررات معاهده اعلام کننده یک قاعده عرفی، علی الاصول نسبت به دولتهای عضو معاهده معتبر می باشد بین دول عضو، این مقررات عرفی نیست که اجرا می شود بلکه مفاد معاهده ای است که این حقوق عرفی را تدوین کرده و بصورت نوشتار در آورده است. بنابراین، مقررات معاهده

۱۵۱. در این خصوص نگاه شود به :

MAREK, "Thoughts on Codification" Za.ö.R.V., 1971, p. 492 ss.

تنها قواعدی هستند که ناظر بر روابط بین دول عضو معاهده می باشند.^{۱۶۰} بنظر نمی رسد که دیوان بین المللی دادگستری خوب این مطلب را درک کرده باشد. در قضیه کارکنان سیاسی و کنسولی ایالات متحده آمریکا در تهران، ادعاهای این کشور منحصرأ بر پایه حقوق معاهدات، مخصوصاً معاهدات وین ۱۹۶۱ و ۱۹۶۳، استوار بود^{۱۶۱} دیوان اظهار داشت که متون عهدنامه های یاد شده تدوین حقوق عرفی میباشند.^{۱۶۲} صرف نظر از اظهارات مندرج در دادخواست آمریکا، دیوان رأی می دهد که ایران تعهدات ناشی از معاهدات جاری بین دو کشور و «حقوق بین الملل عام» را نقض نموده است.^{۱۶۳} در قضیه اقدامات نظامی و شبه نظامی در نیکاراگوئه، دیوان دوباره از این نظر دفاع می کند که قواعد عرفی همچون قواعد ناشی از معاهده در رابطه بین دول عضو یک معاهده تدوین کننده قواعد عرفی قابل اجرا می باشند.^{۱۶۴}

این یک اصل است که مقررات ناشی از معاهده اعلام کننده عرف خصوصیت های خاص حقوق عرفی را پیدا نمی کند. بنابراین اگر معاهده ای تدوین کننده یک قاعده عرفی آمره باشد، این قاعده همچنان یک قاعده آمره باقی می ماند و نمی توان آن را ملغی کرد یا آن را مشروط نمود. در مورد حق شرط باید گفت که ممکن است معاهده تدوین کننده قید شرط نسبت به موادی از معاهده که اعلام کننده قواعد عرفی هستند را ممنوع نماید.^{۱۶۵} اگر قید شرط ممنوع شده باشد، در صورتی که منظور تغییر قاعده آمره بدین وسیله نباشد دول متعاقد می توانند معاهده را مشروط نمایند. مقررات اعلام کننده عرف در یک معاهده تدوین کننده، در شکل مندرج در این معاهده فاقد ارزش حقوقی نسبت به دول ثالث می باشند.

160. Cf. :Bos, op. cit., Le droit international à L'heure de sa codification (Etudes en l'honneur de Roberto Ago), t. I, p. 144.

161. C.I.J., Recueil 1980, pp. 6, 7 et 8.

162. C.I.J., Recueil 1980, p. 31.

163. C.I.J., Recueil 1980, p. 44. Voir également p. 33.

164. "The fact that the above mentioned principles, recognized as such, have been codified or embodied in multilateral conventions does not mean that they cease to exist and to apply as principles of customary law, even as regards countries that are parties to such conventions" (C.I.J., Recueil 1984, p. 424). Ce passage est invoqué par la Cour in C.I.J., Recueil 1986, p. 93.

165. Voir, p. ex., l'art. 12 de la convention de 1958 sur le plateau continental.

صرفنظر از نگارش و تحریر آنها در معاهده تدوین کننده، این مقررات نسبت به دول ثالث به عنوان حقوق عرفی قابل اعمال هستند.^{۱۶۶} در بعضی از معاهدات تدوین کننده حقوق عرفی قید می شود که قواعد عرفی بین دول متعاهد در مواردی که معاهده وضع مقررات نمی کند همچنان اجرا می گردند. به عنوان مثال، مقدمه عهدنامه وین در مورد روابط سیاسی حاوی عبارت زیر است:

«با تأکید بر ادامه اجرای قواعد حقوق بین الملل عرفی در مواردی که معاهده حاضر بطور صریح درباره آن وضع مقررات ننموده است».^{۱۶۷}

آن دسته از مقررات معاهده تدوین کننده که توسعه تدریجی حقوق عرفی می باشند، فقط دارای ماهیتی قراردادی بوده و اعتبار آنها منحصر به دول متعاهد می گردد.^{۱۶۸} در چنین حالتی، معاهده تدوین کننده، حقوق عرفی را تغییر می دهد و این حقوق عرفی دیگر بین دول متعاهد اجرا نمی گردد. در اینجا لازم است این سؤال را مطرح کرد که اگر مدت اعتبار معاهده تدوین کننده به انقضاء برسد یا یکی از طرفین معاهده آن را رد نماید چه خواهد شد. می توان استدلال کرد که معاهده تدوین کننده، حقوق موجود پیشین را ملغی نموده است. در این صورت، با انقضاء مدت اعتبار معاهده یک خلأ حقوقی ایجاد می شود و دولتی هم که یک معاهده تدوین کننده را رد می کند در چنین وضعیتی قرار می گیرد. اما واقعیت این است که حقوق عرفی با انعقاد یک معاهده تدوین کننده از جانب چند دولت ملغی نمی شود؛ اگر چه این حقوق عرفی دیگر بین دول متعاهد اجرا نمی شود ولی همچنان بین سایر اعضای جامعه بین المللی قابل اجرا می باشد. وقتی که مدت اعتبار معاهده تدوین کننده به پایان می رسد یا بوسیله یکی از متعاهدین رد می گردد، حقوق عرفی به همان صورت قبل از انعقاد این

۱۶۶. در این باره نگاه شود به ماده ۳۸ عهدنامه وین در مورد حقوق معاهدات (۱۹۶۹).

۱۶۷. در این جهت نگاه شود به مقدمه های عهدنامه وین در مورد روابط کنسولی (۱۹۶۳) و حقوق معاهدات (۱۹۶۹).

168. Cf. : MAREK, op. cit., Za.ö.R.V., p. 496.

معاهده نسبت به دولی که دیگر عضو آن نیستند از نو اعمال می‌گردد. همانطور که قبلاً خاطر نشان گردید، این موضوع در قضیه اقدامات نظامی و شبه نظامی آمریکا در نیکاراگوئه مورد بررسی قرار گرفت. طرفین این قضیه، یعنی آمریکا و نیکاراگوئه، در معاهدات چند جانبه ای عضویت داشتند که متضمن قواعدی در خصوص عدم دخالت و عدم استفاده از زور بودند. این قواعد، امروزه به نوبه خود جزئی از حقوق بین الملل عام محسوب می‌شوند. بدلیل قید شرط از جانب آمریکا، دیوان بین المللی دادگستری فاقد صلاحیت برای رسیدگی به دعوی مربوط به معاهدات چند جانبه بود. در رأی مورخ ۲۷ ژوئن ۱۹۸۶ خود، دیوان در خصوص این موضوع کلیاتی را به شرح زیر عنوان نمود: به نظر دیوان، اگر دو یا چند کشور نسبت به قواعد عرفی و قواعد قراردادی با مضمونی واحد متعهد باشند، هر دو معتبر بوده و در یک قضیه مشخص هر دو قابل اعمال می‌باشند.^{۱۶۹} به عقیده ما، این نظر دیوان صحیح نیست. هیچ شکی وجود ندارد که با انعقاد یک معاهده تدوین کننده حقوق بین الملل عام از جانب چند دولت، متعاهدین این حقوق را ملغی نمی‌نمایند. با این وجود، اگر اختلافی بین آنها بروز کند، تنها حقوق قراردادی اعمال می‌گردد. و اگر معلوم شود که حقوق قراردادی به دلایل حقوقی مشخص قابل اعمال نیست، حقوق عرفی به جای آن اعمال می‌گردد. به عبارت دیگر همیشه تنها یک قاعده در یک موضوع و مورد مشخص اعمال می‌گردد.^{۱۷۰}

169. "...even if two norms belonging to two sources of international law appear identical in content, and even if the States in question are bound by these two rules both on the level of treaty-law and on that of customary international law, these norms retain a separate existence. This is so from the standpoint of their applicability" (C.I.J., Recueil 1986, p. 95).

۱۷۰. در مورد این مسأله نک

CZAPLINSKI, "Sources of International Law in the Nicaragua Cases", I.C.L.Q., 1989 p. 151 ss.