

دکتر سیّد علی ہنجنی

تحوّلات پیدائش
عرف بین المللی



از جمله اشکالاتی که حقوق بین الملل عمومی همواره با آن روبرو بوده است کمبود قواعد عام یا فراگیر است. منبع اصلی این حقوق معاهده و عرف است که بدون ذکر سلسله مراتبی در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری به آن اشاره شده است. اما دو منبع فوق هیچگاه نتوانسته است نیاز جامعه بین المللی را به «قانون» به علت ساختار سیاسی خاص آن مرتفع نماید. اصولاً قرارداد بین المللی قانون مشترک طرفهای عقد است. این نکته بجا است و قرارداد منعقد شده برای طرفها حکم قانون را دارد. اما از آنجا که در هر نظام حقوقی توسعه یافته قرارداد یا معاهده خود می باید صحیحاً و مطابق قانون منعقد گردد این شیوه تفکر به تنهایی و بدون وجود معیارهای اساسی و قواعد عمومی برای تنظیم قراردادهای بین المللی کافی به نظر نمی رسد. تا چند دهه گذشته یعنی زمانی که منشور ملل متحد و اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری تنظیم شد منابع مذکور در ماده ۳۸، به ویژه با افزودن اصول

کلی حقوقی، کمبود قواعد عرفی و قراردادی را تا حدی ترمیم می‌کرد و مشکل «خلاء قانون» در حقوق بین‌الملل کمتر احساس می‌شد. در حال حاضر با توجه به توسعه یافتگی و تأثیرات آن بر جوامع در حال پیشرفت و عقب مانده مانند مسایل حقوقی ناشی از پیشرفت تکنولوژی در زمینه‌های گوناگون - دریا، فضا، محیط زیست و امثال آن، و نیز امور مربوط به خود توسعه که با کسب استقلال آغاز شد و متعاقب آن قواعد ضروری برای پیشرفت اقتصادی و اجتماعی را در پی داشت (حق تعیین سرنوشت، حاکمیت بر منابع طبیعی، منع تبعیض نژادی، عدم مداخله، خلع سلاح، نظام جدید اقتصادی و غیره) جامعه بین‌المللی بیش از پیش به ضرورت وجود قواعد فراگیر در سطح عموم کشورها وقوف یافت. اما به نظر می‌رسد تا زمانی که ساختار کنونی جامعه بین‌المللی برقرار باشد و اندیشه تغییر آن نیز به خصوص به علت تنوع فرهنگ و طرز تفکر گوناگون ملتها مقدور نباشد مشکل پیدایش و حاکمیت قاعده حقوقی فراگیر همچنان پابرجا بماند. وظیفه حقوق بین‌الملل در طول تاریخ تنظیم قواعدی برای روابط ناشی از مناسبات بین کشورهای مستقل بوده است. در حال حاضر نیز بدون آن که از ناهمگونی دول و حاکمیت آنها کاسته شود در اثر پیشرفت و همکاری وظیفه بس مهمتری بر عهده حقوق بین‌الملل قرار گرفته است: آلودگی محیط زیست، جرایم بین‌المللی، مسایل بهداشتی، سلاحهای فرامرزی، ارتباطات و امثال آن مرز نمی‌شناسند و تنظیم قواعد مربوط به آنها نیازمند همکاری گسترده در جامعه‌ای ناهمگون است. بنابراین با توجه به شرایط فوق نیاز طبیعی روابط گسترده کنونی به «قانون» علیرغم برخورد نظام موجود با آن، خودبه‌خود باعث پیدایش شیوه‌های جدید و

انعطاف پذیری در این جهت شده است که توان انطباق با مسایل جامعه متحول را داشته باشد. در مسیر قانونمند شدن جامعه بین المللی این نکته را نیز نباید از نظر دور داشت که حقوق بین الملل تا زمانی وجود دارد که جامعه ناهمگون دولتها وجود داشته باشد.

در حقوق بین الملل همواره کوشش شده با وجود مشکلات، جهت پر کردن خلاء «قانون»، معاهدات هر چه گسترده تر و اطراف آن هر چه بیشتر باشند؛ از میان عرفها آن دسته که عام و جهانی هستند شناخته و به آن اهمیت بیشتری داده شود؛ بعضی قواعد قراردادی آثاری نسبت به همگان داشته، نقض آن موجب تولید مسؤولیت نسبت به هر دولت ثالثی گردد، 'قاعده آمره' تعیین و در رأس منابع بر روابط حاکم گردد و قطعنامه های ملل متحد بیانگر بعضی حقوق دولتها و ملتها محسوب گردند. در این میان و به همین منظور عرف نیز که نقش اساسی در تشکیل حقوق بین الملل داشته و زمانی طولانی پیکره اصلی آن را تشکیل می داده است می باید در شکل گیری خود از حالت طرفینی خارج شده زمینه گسترش حقوق بین الملل عام را فراهم سازد. چنین عرفهایی می توانند برای کلیه کشورها اعم از آنهایی که در تشکیل آن

۱. دیوان بین المللی دادگستری در تأیید تئوری مسؤولیت عام بین المللی نخستین بار چنین اظهار

داشته است:

«فرق اساسی است بین تعهدات دولتها نسبت به جامعه بین المللی در مجموع آن و تعهداتی که نسبت به دولتی مقابل ... حاصل گردد. دسته اول ماهیتاً شامل همه دولتها است. نظر به اهمیت حقوق مطروحه در آن همه دولتها را می توان ذبحق در حفظ آن حقوق دانست؛ چنین تعهداتی، تعهدات ارگا امنس (erga omnes)

هستند.»

دیوان بین المللی دادگستری، مجموعه ۱۹۷۰، ص ۳۲، بند ۳۳، قضیه بارسلونا تراکشن.

2. Règle impérative

بخش تحقیق / ۲۲۵

نقش داشته یا نداشته اند منشأ اثر حقوقی گردند.

اگر عرفهای پیشین که مخلوق نیازهای ناشی از روابط کشورهای بزرگ بوده امروز مورد پذیرش عموم کشورها قرار می‌گرفت و به ویژه کاستی نمی‌گرفت و فرسودگی نیز پیدا نمی‌کرد مشکل نیاز به قاعده فراگیر کمتر احساس می‌شد. عرف می‌توانست به منزله «قانون اساسی» جامعه بین‌المللی باشد تا جایی که سایر قواعد مشروعیت خود را از آن کسب کنند و به این ترتیب یکنواختی و هماهنگی قواعد قراردادی در سطح عموم کشورها تعمیم پیدا کند.^۲ اما واقعیت آن است

۲. چنین طرز تفکری یعنی اعطای نقش نخستین به عرف مسلم بی‌ارتباط به تئوری حقوقی کلسن نیست. او معتقد است که منظومه حقوقی مجموعه قواعدی دارای سلسله مراتب است که بعضی، بعضی دیگر را در قالب خود بوجود می‌آورند. کلسن می‌گوید که در یک منظومه حقوقی بعضی قواعد با نرمها به بعضی واقعیتهای امکان می‌دهند که حقوق را بوجود آورند. مثلاً قانون اساسی به سیستم قانونگذاری این خاصیت را می‌بخشد که به عامل خلق نرم دیگری (قانون) تبدیل گردد؛ قانون نیز به نوبه خود مثلاً به سیستم قضایی صلاحیت صدور حکم از طریق قاضی خواهد داد و با شخص خصوصی به موجب قانون امکان خواهد یافت قرارداد منعقد نماید. از نظر او عوامل عینی فوق که نرمی حقوقی به آنها امکان بوجود آوردن قاعده حقوقی را داده است مولد حقوق نامیده می‌شوند. به این ترتیب نرمی که حاکم بر ایجاد نرم دیگری است از نظر سلسله مراتب بالاتر از نرم بوجود آمده قرار می‌گیرد و در هر صورت قاعده حقوقی اعتبار منبع مولد خود را از نرم دیگری که بالاتر از آن جای دارد و حاکم بر پیدایش آن بوده کسب می‌نماید. کلسن در تطبیق همین استدلال بر حقوق بین‌الملل می‌گوید: مبنای اعتبار قاعده پایین‌تر در قاعده اصلیت یافت می‌شود به این معنی که اگر روش پیدایش قرارداد در قاعده عرفی وفای به عهد *pacta sunt servanda* است که به موجب آن دول می‌توانند قرارداد منعقد کنند، روش پیدایش عرف نیز در قاعده‌ای مفروض قرار دارد که او به آن نرم مبنا یا *Grand norm* اطلاق می‌نماید که جزو قواعد حقوق موضوعه قرار ندارد ولی عرف را به منبع مولد حقوق تبدیل می‌نماید. رجوع کنید در این زمینه، Julio A. Barberies, ملاحظاتی درباره عرف بین‌المللی، سالنامه فرانسوی حقوق بین‌الملل، ۱۹۹۰، ص ۱۴-۱۳، و برای مطالعه بیشتر، کلسن، *General Theory of Law and State*، کامبریج، ۱۹۴۵، ص ۱۱۰ و بعد؛ M. Troper، مبنای عرف و عرف به عنوان مبنا؛ مجله فرانسوی تئوری حقوقی، ۱۹۸۶، ص ۱۱-۲۴ و غیره.

که قواعد عرفی گاهی کهنه هستند و پاسخگوی احتیاجات متحول نمی باشند و مهمتر این که در همه موارد از اصالت برخوردار نبوده بازتاب روابط غالباً زورمدارانه دوران گذشته هستند که نتیجتاً نمی تواند پذیرفته عموم دول باشد.

عرف بین المللی که در صورت عمومیت و مقبولیت می تواند جنبه «قانون» برای جامعه بین المللی داشته باشد با استقلال و به صحنه آمدن کشورهای جدید و تقسیم بندیهای جهانی دستخوش بحران و تحولات بسیاری گردیده و روند پیدایش یا شکل گیری آن نیز که تابع تغییرات اجتماعی و سیاسی است از این بحران به دور نمانده است. بحران عرف در فقدان «قانون» به ویژه از آن جهت خودنمایی کرده است که کشورهای جدید خواهان حقوق بین المللی گاهی کاملاً مخالف با حقوق گذشته، گاهی کاملاً جدید و متناسب با منافع خود بوده اند. مسایل داخلی و بین المللی کشورهای مزبور امروزه برخلاف گذشته که جایی در صحنه بین المللی نداشته اند در سطح جهانی مطرح گردیده است. کشورهای مذکور می خواهند همچنانکه معاهدات نابرابر مردود و باطل شناخته می شوند (معاهده وین راجع به حقوق معاهدات مورخ ۱۹۶۹، بخش دوم، مواد ۴۶ و بعد) عرف مبتنی بر روابط نابرابر نیز توسط آنان کنترل گردد بدین معنی که اگر عرف کشورهای بزرگ در گذشته حاکم بر جامعه بین المللی بوده امروزه عرفی با همان خصوصیات یعنی عام و جهانی اما ناشی از اراده عموم کشورها حاکم بر روابط

۴. در تأیید مطلب رجوع کنید:

R. J. Dupuy, "Droit déclaratoire et droit programmatore, de la coutume sauvage à la soft law, l'élaboration du droit international public", société française pour le droit international - Colloque de Toulouse, Paris, 1975, p.132 et seq.; H. Thierry et autres, "Droit international public", 1979, p. 107; D. Carreau, "Droit international public", les cours de droit, 1980, p. 320 etc...

بین المللی گردد.

در این بررسی به تحولات مربوط به پیدایش و تنظیم عرف بین المللی جدید و تأثیرات نهادی شدن حقوق بین الملل بر این روند می پردازیم.

قاعده عرفی در حقوق بین الملل کلاسیک و اعتبار آن

عرف قاعده ای است که پیدایش آن تابع روند خاصی است. در شیوه پیدایش اصولاً با قرارداد که طی تشریفات معینی منعقد می گردد در منشأ متفاوت است. پروفیسور ویرالی به این نکته اشاره کرده می گوید:

«عرف یک روند در تشکیل حقوق است و نه یک روته.»⁵

او استواری و ثبات نسبی آن را نیز معلول همین روند خودرویی عرف می داند.⁶ باربوریس نیز همچون ویرالی معتقد است که قواعد عرفی نخستین قواعد در حقوق بین الملل بوده است و پیدایش آنها تابع حاکمیت هیچ قاعده حقوقی موجود نیست چون اگر در قالب تشریفات خاصی بوجود می آمد نخستین قواعد نمی بود؛ به همین دلیل دارای روته (پروسده) نمی باشد بلکه خود نرم آغازین حقوق بین الملل است و همین امر باعث ابهام و نامشخص بودن منشأ و اعتبار حقوقی آن می گردد و اگر منبع حقوق را به معنای روته حقوقی مشخصی برای خلق

5. "La coutume est un processus de formation du droit non un procédé...", M. Virally, Recueil des cours (R.C.A.D.I.), 1983-V, p. 181.

6. Ibid., p. 181.

قواعد حقوقی بدانیم روند عرفی را نمی توان منبع حقوق دانست چون در قالبی حقوقی بوجود نیامده است.^۷ *Abi Saab* بر اساس همین شیوه تفکر نسبت به عرف راجع به اعتبار حقوقی آن می گوید:

«جامعه کنونی با عرفهای ساخته و پرداخته همچون کالای ساخته شده روبرو است و سعی می کند پس از وقوع عمل^۸ برای آن مشروعیت اولیه قائل گردد.»

او معتقد است که پرسسوس یا روند تشکیل عرف همیشه غیرقابل دسترسی و برون ذاتی^۹ و بنابراین مستقل است به این معنی که مستقیماً در جامعه بوجود می آید نه درون محیطی ویژه یا نظامی حقوقی که تابع مقررات خاص متمرکز و هدایت شده ای باشد.^{۱۰} به همین دلیل روند مذکور شیوه ای غیرارادی در ایجاد قاعده حقوقی است، البته نه به آن معنی که اعمال انجام شده غیرارادی بوده بلکه از روی قصد و برای دستیابی به اهداف مشخصی انجام گرفته منتهی آنچه به غیرارادی و مبهم توصیف می شود گذر از عملکردهای حقوقی مذکور (*Régularité*) و تبدیل آن به قاعده عمومی حقوقی است (*Règle*) یا به عبارت دیگر پیدایش اثر نرماتیو یا قاعده زای برای آن است.^{۱۱} بنابراین آنچه ابهام دارد پذیرش عملکردهای حقوقی به عنوان قاعده حقوق بین الملل است. در مقام تشبیه، در این طرز تفکر عرف چون گیاهی خودرو است که در

7. Barberies, Julio. A., "La coutume est-elle une source de droit international?", *Mélanges, Michel Virally, "Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement"*, Paris, Pédone 1991, p. 49 et seq.; Idem, "Réflexion sur la coutume internationale", *op. cit.*, pp. 9-46.

8. Ex post facto.

9. Exogène.

10. *Abi Saab, Georges, "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 à l'honneur de R. Ago, 1987. p. 59.

11. *op. cit.*, p. 60.; S. Sur et autres, *op. cit.*, p. 115.

داخل نظامی خاصّ پرورش نیافته و موجودیت آن مقدّم بر تفکر حقوقی نظام یافته جامعه است. آنچه مسلم است و در تئوری کلاسیک نیز به آن اشاره شده، پیدایش قاعده عرفی از فعالیت‌های اجتماعی یا عملکرد ناشی می‌شود، فعالیت‌های اجتماعی که مهر حقوق می‌خورد.^{۱۲} ویرالی از همین رو به نقش برتر و مرکزیت عملکرد یا پراتیک معتقد است و این که عنصر معنوی یا اپینیویوریس گرد آن شکل می‌گیرد.^{۱۳} در بند ب ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری آنجا که منابع حقوق بین الملل جهت رفع اختلافات بین دولتها ذکر می‌شود، از عملکرد و پذیرش آن به عنوان قاعده حقوقی نام برده شده است ولی اولیّتی در عملکرد نسبت به عنصر حقوقی دیده نمی‌شود از همین رو باید این دو عنصر را همزمان موجود دانست.^{۱۴} به عبارت دیگر عملی که مکرراً انجام می‌شود عملی است که از ابتدا در نظر عامل پسندیده و مقبول است^{۱۵} و ادعای حقوقی یکجانبه‌ای محسوب می‌گردد. این ادعای منطقی یکجانبه بدون شک در آغاز با اپینیویوریس متفاوت است و بخشی از آن را تشکیل می‌دهد و

12 Virally, op. cit., p. 180.

13. op. cit., pp. 185-186.

۱۴. بند ب ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری یکی از وسایل حلّ و فصل اختلافات بین المللی را عرف دانسته و آن را چنین تعریف نموده است:

«عرف بین المللی به عنوان دلیل عملکردی عمومی که به عنوان اصلی حقوقی پذیرفته شده است.»

۱۵. در دکتترین این مسأله که آیا اعمال تشکیل دهنده عملکرد الزاماً بایستی با قواعد اخلاقی مطابقت داشته باشد مورد بررسی قرار گرفته است. از نظر دکتترین مرتبط با مکتب طبیعی اعمال تشکیل دهنده عملکرد باید مطابق قواعد اخلاق باشد. به نقل از Barberies، همان مأخذ ص ۲۳. نویسنده مذکور از جمله معتقدان به آن را دوویشر ذکر می‌کند «تدوین حقوق بین الملل» R.d.c. I-1925 ص ۳۶۶-۳۶۵ و نیز Skubiszewski که معتقد است «خرد» (sagesse) یکی از جنبه‌های

لازم حقوق عرفی است.

شاید نطفه آن است و به مرور زمان به آن تبدیل می‌گردد. با گذشت زمان و تکرار عنصر معنوی استحکام و تأیید بیشتری بدست می‌آورد و اطمینان بیشتری نسبت به آن حاصل می‌شود، اما اعتقاد به صحت عمل همزمان با عمل وجود دارد. عرف در حال شکل‌گیری نه عمل مطلق است و نه اعتقاد حقوقی صرف بلکه آمیزه همزمان آنها است و با تکرار عمل، قاعده عرفی شکل می‌گیرد و اقتدار حقوقی لازم را کسب می‌نماید و به عبارت دیگر قاعده عرفی حاصل استحکام یافتن و تبلور حقوقی رفتارهای عاقلانه دولتها نسبت به یکدیگر است. تبلور یا کریستالیزه شدن که از شرایط لازم برای وجود قاعده حقوقی است با تکرار عمل میسر می‌گردد.

در راستای عقیده غیرارادی بودن منشأ عرف پیروان مکتب ابژکتیویسم یا جامعه‌شناسی معتقد هستند که عرف حاصل نیازهای زندگی بین‌المللی است. دکترین Romano-Canoniste در گذشته دور، مکتب تاریخی ساوینی در آلمان در قرن نوزدهم به روند اجتماعی عرف اعتقاد داشته‌اند.^{۱۶} اینان معتقد هستند عرفی که این چنین پیدا شود حتی خاصیت عمومیت داشته بر همه اعضای جامعه بین‌المللی حاکم خواهد بود. در فرمول معروف *opinio juris sive necessitatis* آنچه مهم است ضرورت است. ضرورت مبنای عمل قرار می‌گیرد. بدون تصریح بر اولویت عمل بر عامل معنوی، عامل اخیر حاصل انباشت سابقه عمل در نظر گرفته می‌شود.^{۱۷} عرف در این بینش خارج و مافوق اراده دولت قرار دارد و بدون مداخلت آن تشکیل می‌شود. با داشتن چنین منشأیی عرف می‌تواند حقوق بین‌الملل مشترک را بوجود آورد؛ عمومی و مسبوق

16. D. Carreau, *op. cit.*, p. 299.

17. N. Q. Dinh, "Droit international public", 1987, p. 292.

به سابقه است و نوعی «قانون پایه و اساسی» برای جامعه بین‌المللی به شمار می‌رود. معذک سلسله مراتب حقوقی نسبت به سایر منابع بوجود نخواهد آمد اما اولویت ممکن است وجود داشته باشد¹⁸ بدین معنی که ابتدا حقوق نانوشته و سپس حقوق نوشته بوجود می‌آید اما در مقام اعتبار هر دو با یکدیگر برابر هستند.

در اینجا ما در مقام مقایسه اعتبار عرف و معاهده نیستیم. آنچه مورد نظر است بررسی وجهه عام عرفی است که در انطباق با نیازهای جوامع مختلف در رفتارهای بین‌المللی خود بوجود آمده است. چنین عرفی همانطور که قبلاً ذکر شد بر کلیه کشورها ولو در ایجاد آن نقشی نداشته اند حاکم خواهد بود. چون هر کشوری درون جامعه بزرگتری که جامعه جهانی است بوجود می‌آید یا زندگی می‌کند و بنابراین رضایت او را بر حاکمیت قواعد جاری باید مفروض در نظر گرفت. مثلاً می‌گویند دول محصور در خاک یا آنها که فعالیت دریایی قابل توجهی در طول تاریخ نداشته اند هیچگاه نقشی در پیدایش عرفهای دریایی نداشته اما از قواعد عرفی آن مانند قانون پرچم و قواعد تردد در آبهای ساحلی و داخلی همواره پیروی کرده اند. به همین طریق اگر کشوری جدید تأسیس شود خود به خود قواعد عرفی مذکور بر او بار خواهد شد. ملاحظه می‌شود که در این بینش عملکردهای «حقوقی» و منطقی (raisonnées) دولتها که ناشی از نیازهای زندگی بین‌المللی است، قواعد حقوقی را در سطح کلی و در فقدان وجود قانونگذار بین‌المللی بوجود آورده است و تا زمانی که جامعه بین‌المللی نتواند چیزی جایگزین آن نماید آن را از بین نخواهد برد. به نظر می‌رسد که همین

طرز تفکر در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان نهفته باشد. ماده ۳۸ بیان می‌دارد که عرف احراز می‌گردد با عملکردی که حقی نیز در آن وجود داشته باشد؛ مسلماً هیچ جامعه‌ای در فقدان قانونگذار و دستگاه قانونگذاری به دلیل نبودن قانون از زندگی و فعالیت اجتماعی باز نمی‌ایستد و حقوق محصول زندگی اجتماعی است. هر جامعه‌ای نیازمند قانون است و هر قانونی محصولی اجتماعی است. "با شروع فعالیت اجتماعی و ایجاد رابطه مقبول قاعده‌سازی بنا به تجویز وجدان اجتماعی گروه یا جامعه" شروع می‌گردد و به این ترتیب جامعه قانونگذار خود می‌شود. "پروفسور بادوان در باره منشأ عرف می‌گوید: «حقوق عرفی که حقوق مشترک جامعه بین‌المللی است از نیازهای زندگی بین‌المللی زاده می‌شود. روابط بین‌المللی که جامعه بین‌المللی را می‌سازد مستلزم بعضی قواعد رفتاری برای دولتها است... این قواعد که خود به خود از نیازهای زندگی بین‌المللی بوجود می‌آیند جنبه (بزیستیف) موضوعه پیدا می‌کنند زیرا از سوی کسانی که قادرند به آنها قدرت اجرایی بخشند شناخته می‌شوند. به این ترتیب آن قواعد که تا آن زمان اصل اولیه غیرقابل اثباتی بوده‌اند نیروی الزامی می‌یابند.»"

شاید شیوه مذکور، پاسخی به مسأله تبدیل روند عرفی به قاعده عرفی باشد. به هر حال قاعده پرورده جامعه ممکن است بعداً مورد توجه تعداد بیشتری از گروههای اجتماعی قرار گیرد و حقوقدان نیز به آن

19. Ubi societas, ibi jus.

20. Conscience sociale du groupe, Volksgeists.

۲۱. شکی نیست که این وضعیت ابتدایی است. قواعدی که این چنین درباره رفتارهای اجتماعی

بوجود می‌آیند ممکن است با قواعد مترقی جدید از بین بروند و یا تأیید شوند.

22. R. C. A. D. I., 1936, T. IV, p. 46-47.

توجه کند آنگاه اعتبار و ارزش آن سنجیده احتمالاً تدوین گردد و در معاهده‌ای نیز جای گیرد و یا حتی اعتبار حقوقی والایی به آن داده شده به صورت قاعده‌آمره جلوه کند.

نقش عنصر مکان در تشکیل عرف

منظور از عرف بین‌المللی قاعده حقوقی نانوشته‌ای است که من حیث المجموع مخالفتی جدی با آن وجود ندارد. اگر مخالفت و اعتراض دولت معینی به ویژه دولت صاحب‌مقام یا قدرتی در زمینه عرفی و یا مخالفت گروهی از دول وجود داشته باشد عرف از جامعیت ساقط می‌گردد. در این حالت عرف جنبه منطقه‌ای و محدود خواهد یافت و در قلمرو دو یا چند دولت معین قابل اجرا و تخلف از آن به همین نسبت ضمانت‌آور خواهد بود.

بحث عرف جهانی و عرف دوجانبه یا به عبارتی دیگر عرف عام‌الشمول که حاصل نیازهای عموم کشورها است و عرف حاصل از توافق دو یا چند دولت توسط نظریه پردازان در قالب دو تئوری بیان شده است. در قسمت پیشین به تئوری عینی و توضیحات آن راجع به عرف اشاره شد. در نظریه ذهنی یا ارادی قاعده عرفی مانند قاعده قراردادی حاصل توافق ضمنی اراده‌های دو یا چند دولت معین با هم است و نسبت به کسانی که در تشکیل آن نقشی نداشته‌اند دارای آثار حقوقی نمی‌باشد. در این تئوری به عملکرد در تشکیل عرف نقش کمتری داده می‌شود و به همین دلیل عرف دارای نقشی خلاق بوده می‌تواند منبع مادی و مستقیم حقوق بین‌الملل محسوب گردد. در این بینش اصولاً حقوق بین‌الملل سوای اراده دولت وجود ندارد حال چه به

صورت قرارداد و چه به صورت عرف؛ به عبارت دیگر بالاتر از اراده دولت وسیله ای برای تنظیم روابط بین المللی متصور نیست و شیوه زندگانی اجتماعی افراد و جوامع بدون واسطه اراده دولت نقشی در تشکیل قاعده حقوقی ندارد. تئوری مذکور نقش وافرایی به حاکمیت دولت داده به همین دلیل چنانچه دولتی به طور مرتب و منظم رفتاری خلاف عملکرد عمومی و مستمر عموم اعضای جامعه بین المللی اختیار نماید عملکرد مذکور آثاری برای او نخواهد داشت. جالب آن که بینش مزبور مورد توجه حقوقدانانی قرار گرفته است که پیرو عقاید سیاسی و طرز تفکر مختلفی بوده اند. اگر گروسیوس که از طرفداران حاکمیت مطلقه^{۲۳} بوده از آن طرفداری نموده است اما در دوران اخیر نیز با پیدایش کشورهای جدید الاستقلال حقوقدانان بسیاری آن را مورد توجه قرار داده و به عنوان ابزاری جهت فرار از مقرراتی که اراده آنان در تشکیل آن نقش نداشته است به کار برده اند و نیز کشورهای سوسیالیستی. پیش از آن آنزیلوتی حقوقدان معروف ایتالیایی به توجیه آن پرداخته بود که در رأی معروف لوتوس آن را بیان داشت.^{۲۴} در این قضیه ارتباطی بین اصل استقلال دولتها و منشأ ارادی عرف برقرار شده حاکمیت اراده در تشکیل آن واجد اهمیت به شمار رفته است و حقوق بین الملل به طور کلی حاکم بر روابط موجود بین دول مستقل که اراده آنها در تشکیل آن سهم اساسی دارد معرفی شده است.^{۲۵} علیرغم مزایای فوق تئوری عرف به عنوان توافق ضمنی مورد انتقادات بسیاری قرار

23. Absolutisme.

۲۴. مبانی تئوری، آنزیلوتی، درس حقوق بین الملل، چاپ سوم، رم، ۱۹۲۸.

25. C. P. J. I., série A, no. 10, 1927, p. 28.

گرفته است: اولاً سهم آن در پیدایش قواعد حقوقی عام محدود است چون در پی جستجوی مشترکات حاصل از زندگی بین المللی و یکسانیهای آن نیست. مثلاً تدوین که جایگزین کردن عرف با متنی است که در تهیه آن اکثر اعضای جامعه بین المللی شرکت نموده اند هنگامی امکان پذیر خواهد بود که منبعث از رفتارهای طبیعی هر دولت با دولت دیگر باشد. رفتارهای مذکور مانند عرفهای مرعی در جنگ، عرف دیپلماتیک و کنسولی، حفظ حرمت انسانها با اتباع بیگانه و امثال آن ستون اصلی روابط حقوق بین المللی را تشکیل می دهند و تئوری مذکور در بیان مخالفت با آنها دلایل استواری نخواهد داشت. ثانیاً نقش مهمی که به اپینیویوریس داده می شود از واقعیت تشکیل عرف که حاصل همزمانی عنصر مادی و عنصر معنوی است به دور است.

به هر حال اگر تئوری عینی نظر بر حاکمیت قواعد عرفی عام مبتنی بر واقعیات بین المللی بر عموم جوامع دولتی داشته تئوری ذهنی در مقابل آن مانع تثبیت و گسترش آن بوده است لذا بررسی موضع حقوق بین الملل جدید نسبت به این دو تئوری از اهمیت خاصی برخوردار می باشد.

تحولات روند عرف در حقوق بین الملل جدید

روند پیدایش قاعده عرفی در حقوق بین الملل جدید تسریع شده و شرایط مربوط به آن از چند دهه گذشته تغییراتی یافته: تشدید روابط بین المللی همراه با آگاهی دولتها از رفتارهای یکدیگر عامل اساسی تغییر مزبور بوده است. شتاب شکل گیری عرف، با تأکید بر منشا ارادی آن و در عین حال توجه به اراده همه جانبه کشورها در پیدایش

عرف عامّ الشّمول از ویژگیهای این منبع در دوران اخیر بوده است.

۱. شتاب شکل گیری عرف

امروزه این سؤال مطرح شده است که آیا عامل زمان در روند پیدایش عرف از بین رفته و یا ارزش آن کم شده است یا نه؟ و در نتیجه آیا عامل معنوی یا *opinio juris* بر آن سبقت گرفته مقدم بر آن قرار می گیرد؟ علمای حقوق بین الملل عموماً عقیده دارند که نادیده گرفتن عامل زمان به طور مطلق، قابل دفاع نیست، زیرا گذشت زمان برای استحکام و انسجام عرف امری ضروری است. بنابراین آنچه در ارتباط با زمان تغییر کرده است صرفاً کوتاهتر شدن زمان مزبور است.^{۲۶}

الف) ضرورت نقش عامل مادی

عرف در مفهوم شناخته شده آن همانطور که از لفظ برمی آید قاعده ای است که منطق عامل و اجتماع آن را تأیید می کند. در این حالت عرف به گذشته معطوف است و روند ایجاد آن نیز آهسته است.^{۲۷} چنین عرفی محافظه کارانه نیز هست. عامل مادی مانند عامل معنوی در ایجاد عرف نقش مهم دارد. دیوان بین المللی دادگستری از «عملکردهایی که طی قرون متمادی به وجود می آیند» سخن به میان آورده است.^{۲۸} تکرار عمل در طول زمان باعث «جاافتادن» آن عمل

26. R. J. Dupuy, "Coutume sage et sauvage", Mélanges, Ch. Rousseau, Paris, 1974, p. 75; Idem, "Droit déclaratoire et droit programmatore, de la coutume sage à la soft law", op. cit., S. Sur, la coutume internationale, Extrait du juriscasseur du droit international, librairie technique, 1990, p. 4, no. 78 etc...

27. R. J. Dupuy, "Droit déclaratoire et droit programmatore", p. 174.

28. C. I. J., Rec., 1960, p. 40.

می‌گردد. لزوم تکرار عرف یا گذشت زمان برای شکل‌گیری آن را علاوه بر مورد فوق بارها محاکم بین‌المللی تأیید کرده وجود عملکردی مداوم را لازم دانسته‌اند. عملکرد مداوم باید طبیعتاً یکسان هم باشد. در رأی مورخ ۲۰ نوامبر ۱۹۵۰ دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیهٔ حق پناهندگی آمده است که:

«قاعدهٔ عرفی که دولتی به آن استناد می‌کند باید مطابق با یک عادت مستمر و یکسان باشد.»^{۲۹}

به علاوه دیوان متذکر می‌گردد که:

«چنانچه عدم قاطعیت و تناقض یا نوسان و یا عدم انجام در انجام عملی وجود داشته باشد چنین رفتاری منشأ عرف نمی‌تواند قرار گیرد.»^{۳۰}

در رأی مربوط به قضیهٔ اختلاف ماهیگیری بین انگلستان و نروژ مورخ ۱۸ دسامبر ۱۹۵۱ نیز دیوان به «عملکردی مستمر و به اندازهٔ کافی طولانی» اشاره کرده و معتقد است که:

«در قضیهٔ مطرح شده پیش از تولید اختلاف روش ترسیم خط مبدأ راست وجود داشته که از طریق آن عملکرد مستمر و نسبتاً طولانی استحکام یافته است.»^{۳۱}

در جای دیگر پراتیک یا «عملکرد مستمر و یکسان» که توسط طرفها به آن عمل شده شرط تشکیل عرف محسوب گردیده است^{۳۲}

29. C. I. J., Rec., 1950, p. 276.

30. Ibid., p. 277.

31. C. I. J., Rec., 1951, p. 139.

32. C. I. J., Rec., 1960, p. 40.

(قضیه عبور از سرزمین هند، رأی ۱۲ آوریل ۱۹۶۰). در قضیه معروف فلات قاره دریای شمال مورخ ۲۰ فوریه ۱۹۶۹ نیز به دفعات به «عملکرد مستمر» اشاره شده و نیز به تواتر اعمال مربوطه.^{۳۳} در قضیه فعالیت‌های نظامی و شبه نظامی در نیکاراگوا دیوان بین‌المللی دادگستری به قضیه فلات قاره استناد کرده متذکر می‌گردد که قاعده جدید عرفی در صورتی بوجود می‌آید که اعمال مربوطه از استمرار برخوردار باشند تا آنگاه عامل معنوی به آن افزوده گردد.^{۳۴} با دقت در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری نیز که به هر دو عامل مادی و معنوی عرف اشاره کرده اگر جنبه اعتباری آن در وهله نخست نااستوار و قابل تردید است با تکرار قدرت لازم را بدست آورده آنگاه به صورت قاعده‌ای بین‌المللی تجلی می‌کند. در این فرمول هر دو عنصر شرط لازم و کافی برای شناسایی قاعده عرفی هستند. پیشتر دیدیم که تئوری ارادی نقش اساسی را در تشکیل عرف به اراده می‌داد اما عملکرد را غیرقابل انکار می‌دانست و منشأ الزام آور آن را در رفتار دولتها جستجو می‌کرد.^{۳۵} شکی نیست که عملکرد به تنهایی کافی نیست و به عبارت دقیقتر عرف با عادت متفاوت است. عادت فاقد عنصر معنوی است و هرگاه با آن توأم گردد قاعده عرفی بوجود خواهد آمد. اما این بدان معنی نیست که نقش عملکرد در عرف می‌تواند کاستی بگیرد. هیچ رفتاری یا عمل غیرمستمر و ناهمگونی را نمی‌توان عرف دانست مگر عامل به آن خود را پایبند حق یا تکلیفی قرار داده باشد. به عنوان مثال اگر کشتی متعلق به کشوری یکبار به آبهای داخلی کشور

33. C. I. J., Rec., 1969, pp. 43-44, para. 77.

34. C. I. J., Rec., 1986, p. 109, para. 207.

دیگر وارد شود و کشور اخیر آن را بپذیرد عمل او ناشی از حفظ مصالح و حیثیات بین المللی است اما اگر مکرراً واقع شود و مورد قبول نیز قرار گیرد حاکی از احساس وجود حق در نظر کشور عامل و تکلیف از نظر کشور پذیرنده خواهد بود و میان دو کشور قاعده‌ای عرفی شکل خواهد گرفت و یا اگر فرضاً ورود به آبهای داخلی در روابط بین المللی واجد اهمیت نمی بود و از ضروریات زندگی بین المللی محسوب نمی شد رفتار دولتها در این زمینه قاعده ساز نمی گردید و علیرغم تکرار، نطفه عنصر معنوی (opinio juris) بسته نمی شد تا آنگاه به قاعده عرفی تبدیل گردد.

در این میان باید بین عملکرد مثبت و منفی تفاوت قایل شد و به عبارت دقیقتر مسأله اعتراض دائم به عرف جاری حاکم و نقض آن را از یکدیگر تفکیک نمود. در قضیه نیکاراگوا (رای ۲۷ ژوئن ۱۹۸۶) آمده است:

«برای وجود قاعده عرفی کافی است که دولتها رفتار خود را به نحو کلی با آن منطبق نمایند و رفتارهای غیر منطبق با قاعده مربوطه را نیز به همان نحو نگاه کنند یعنی به مثابه نقض قاعده تلقی نمایند و به عنوان نشانه اعتقاد به قاعده جدیدی ندانند.»^{۳۶}

در نمونه مورد بحث باید دید آیا قواعد مربوط به عدم استفاده از زور و عدم مداخله واجد جنبه عرفی شده اند یا نه؟ در این رابطه دیوان معتقد است که تشکیل یک عرف به این بستگی ندارد که عملکرد کاملاً و واقعاً با قاعده مربوطه منطبق باشد بلکه کافی است که دولتها رفتار خود را به طور کلی با آن منطبق نمایند و اگر رفتاری

36. C. I. J., Rec., 1986, p. 98.

خلاف بروز کرد باید آن را تجاوز به عملکرد دانست و نه تجلی
قاعده ای جدید:

«اگر دولتی ظاهراً به نحو سازش ناپذیری در قبال قاعده ای شناخته
شده عمل نماید اما از رفتار خود دفاع نموده استثنائات یا توجیحات
موجود در قاعده را عنوان نماید این به معنای تأیید قاعده است و نه
تضعیف آن، حال چه رفتار دولت را بتوان عملاً بر این مبنا توجیه کرد
یا نه.»^{۳۷}

اعمال زور و فشار در روابط بین المللی از موارد نقض قاعده
عرفی عدم توسل به زور محسوب می گردد و مسلماً تکرار آن به ثبات
قاعده اخیر هیچگونه لطمه ای وارد نمی سازد. تجاوز به این قاعده ولو در
مدت زمان طولانی بدون شک مبنای ظهور قاعده ای جدید نیست.
بنابراین عامل مادی باید از آغاز دقیقاً مورد ارزیابی قرار گیرد. این
ارزیابی جز از طریق عنصر معنوی امکان پذیر نیست و بدین ترتیب
توأم بودن دو عامل مادی و معنوی یعنی اعتقاد به رفتاری مشخص از
آغاز ولو به صورت انسجام نیافته ضروری به نظر می رسد تا مسأله
اعتراض و تجاوز به قاعده از یکدیگر تفکیک گردند.

ب) تحوّل عامل مادی

توسعه و شتاب گیری روابط بین المللی در چند دهه اخیر،
پیدایش قاعده حقوقی را نیز شتاب بخشیده و این اعتقاد حاصل گردیده
که به عمل مستمر، در طول زمان طولانی نیاز نیست. ملتها افزون بر
استعمارزدایی و توسعه با مسایل جدیدی (مانند آلودگی محیط زیست،

37. Ibid., para. 186.

هوانوردی، حقوق بشر، تروریسم، مبارزه با جرایم بین‌المللی، تجاوز نظامی و غیره) روبرو شده‌اند که هر یک سریعاً به قواعدی خاص نیازمند است. به عبارت دیگر حقوق بین‌الملل تحت فشار عوامل فوق‌ناگزیر به ایجاد قاعده می‌گردد و از آنجا که پدیده‌های اجتماعی مذکور حاصل نزدیک شدن کشورها به یکدیگر است راه‌های مربوط به آن باید مشترک و جهانی باشد. راه‌های دوجانبه یا چندجانبه یا حتی منطقه‌ای به نتیجه مطلوب نخواهد رسید. به عنوان مثال مسأله مبارزه با حمل و نقل و استفاده از مواد مخدر یا آلودگی محیط زیست از جمله مسائلی هستند که همچون صلح بین‌المللی نیاز به تدابیر مشترک دارند و در غیر این صورت نه تنها مبارزه مشکل بلکه پایداری آن در نقطه‌ای از جهان باعث تهدید امنیت بقیه کشورها می‌گردد. حال باید دید که آیا ممکن است عامل زمان را در برخورد با پدیده‌های جدید به طور کامل نادیده گرفت، یا این که عامل مذکور را از ضروریات تشکیل قاعده عرفی محسوب نموده صرفاً شتاب‌گیری آن را پذیرفت، بعضی به قواعدی که حقوق بین‌الملل برای تنظیم اینگونه امور در نظر می‌گیرد «عرف خلق الساعه»^{۳۸} گفته‌اند که بیانگر نیازهای حقوقی عاجل جامعه بین‌المللی است. در این بینش عامل زمان در برابر عامل معنوی کم‌بها در نظر گرفته شده اما آنچه بوجود می‌آید «عرف»

۳۸. بین عرف خلق الساعه (coutume instantanée) و پیدایش عرف به صورت spontané تفاوت است. منظور از spontané این است که عرف بدون آن که نرمها یا قواعد حقوقی در تشکیل آن نقش داشته باشند بوجود می‌آید. در این تئوری حقوق عرفی برای پیدایش خود دارای منبع نیست و به صورت خودبه‌خود در نظام حقوقی بوجود می‌آید. روبرتو آگو که این تئوری را به تفصیل بیان داشته (Ago, "Diritto positivo e diritto internazionale", Milano, 1957, vol. I, p. 44.) در ارتباط با این

مسأله می‌گوید:

محسوب گردیده از باب خالی نبودن جای عنصر مادی عنوان خلق الساعه به آن افزوده می‌گردد.^{۳۹} بعضی نویسندگان از جمله آقای کارو به اینگونه عرفها لقب انقلابی داده‌اند^{۴۰} چون در برابر عرفی قرار می‌گیرد که به نظر ایشان معقول (sage) می‌باشد و حاصل رفتارهای اجتماعی در مدت زمانی طولانی است. نویسنده اخیر معتقد است که چنین «عرفی» با معنا و مفهوم اصیل آن در تضاد است اما پیدایش آن ناشی از دو عامل می‌باشد: اول عامل سیاسی که ناشی از اراده کشورهای جهان سوم است که می‌خواهند نظم حقوقی نوینی که مطلوب آنان است بوجود آورده تغییراتی در قواعد کهنه ایجاد نمایند؛ دوم عامل حقوقی یا اجتماعی یعنی شتاب تاریخ و پدیده‌های اجتماعی در مسابقه پیشرفت بین کشورها و بالاخره عامل تکنیکی یعنی نقشی که سازمانهای بین‌المللی با صدور قطعنامه و اعمال یک جانبه دارا شده‌اند.^{۴۱} بدیهی است که کوتاه شدن زمان تشکیل عرف با توجه به سرعت رفتارهای

«باید بین حقوق معاهدات و حقوق غیرنوشته فرق گذاشت. حقوق معاهدات از طریق روشی که قواعد عرفی بنیان گذاشته‌اند بوجود می‌آید و اعتبار خود را به عنوان منبع در قاعده وفای به عهد دارد. اما حقوق نانوشته که عرف جزو آن است توسط روشی که تحت حاکمیت حقوق باشد بوجود نمی‌آید بلکه به صورت spontané ایجاد می‌گردد.»

۳۹. لفظ «عرف خلق الساعه» یا "Instant Custom" (اصطلاحی است که نخستین بار بروفوسور Bin cheng به تبع صدور قطعنامه مجمع عمومی در سال ۱۹۶۳ راجع به فضا آن را ابداع نمود، به نقل از *Abi Saab*، مذکور، ص ۵۶. همان نویسنده معتقد است که عنصر معنوی عرف نقش مهم و اساسی داشته حتی می‌توان از عملکرد صرف نظر نمود، همانجا، ص ۵۶ و

United Nations Resolutions on Outer Space: "Instant" International Customary Law?", I.J.L.L., 1965, pp. 36 et 45.

40. Coutume révolutionnaire.

41. D. Carreau, op.cit., pp. 320-321.

بین المللی منطقاً قابل قبول است. اگر مسأله تکرار مطرح باشد، به تعداد زیاد و در مدت کوتاه هم امکان پذیر است و چیزی از روند عرف کاسته نخواهد شد. اما کوتاه شدن زمان با عدم وجود عنصر زمان به طور مطلق، فرق دارد. عرف خلق الساعه یعنی عرفی که بدون تکرار در طول زمان بوجود آید از استحکام و تبلور لازم که نیاز ضروری قاعده حقوقی است برخوردار نخواهد بود. چنین «عرفی» علی الاصول با ماهیت عرف که منطق حقوقی آن طیّ زمان ثابت می گردد منافات خواهد داشت.^{۳۳} شتاب معقول در روند عرف که منطبق با نیازهای جامعه بین المللی کنونی است در رویه قضایی بین المللی مورد تأیید قرار گرفته است. در رأی مربوط به قضیه فلات قاره دریای شمال مورخ ۱۹۶۹ (پاراگراف ۷۳) دیوان بین المللی دادگستری این سؤال را مطرح می کند که آیا قاعده خط منصف که در ماده ۶ قرارداد مربوط به فلات قاره ۱۹۵۸ آمده و بنای تقسیم فلات قاره میان دو کشور می باشد، از زمان انعقاد معاهده تا زمان رسیدگی تبدیل به قاعده عرفی شده است یا نه؟ و آیا می تواند برای کشورهایی که به قرارداد ملحق نشده اند قاعده ای عرفی محسوب گردد؟ دادگاه چنین اعتقاد دارد که شرکت وسیع در قرارداد، ولو طیّ زمان کوتاه، از سوی دول ذینفع کافی است:

۲۲. رجوع کنید به:

S. Sur, la coutume internationale, Jurisclasseur du droit international, 1990, p. 4, No. 78.

که به تفاوت بین شتاب عامل مادی و عرف خلق الساعه اشاره کرده و معتقد است که شتاب به هیچ وجه ماهیت عرف را تغییر نداده است؛ و ایضاً اف. اوپر، ملاحظات یکی از متخصصان حقوق اساسی درباره تحول منابع حقوق بین الملل، ترجمه، مجله تحقیقات حقوقی، دانشکده حقوق دانشگاه

شهید بهشتی، ص ۲۷۳.

۲۲۴ / مجله تحقیقات حقوقی

«هرچند گذشت مدّت زمان کوتاهی» الزاماً و به خودی خود مانع تشکیل یک قاعده جدید حقوق بین الملل عرفی مبتنی بر یک قاعده کاملاً قراردادی نیست، اما واجب است که در همین برهه از زمان هرچند کوتاه بوده باشد، عملکرد دولتها از جمله آنهایی که به ویژه ذینفع هستند، متواتر و عملاً در جهت مفاد ماده مورد بحث یکسان بوده باشد و به نوعی تجلی یافته باشد که حاکی از پذیرش عمومی این امر باشد که قاعده ای حقوقی یا تعهدی حقوقی در میان است.»⁴³

دیوان بدون آن که عامل مادّی را نادیده بگیرد مسأله شتاب را مورد توجّه قرار می دهد و به مدّت زمان کمتر از ده سال اشاره می نماید.⁴⁴ در قضیه ماهیگیری میان ایسلند و انگلستان بار دیگر دیوان بین المللی دادگستری به این مسأله اشاره نموده شتاب شکل گیری عرف را مورد تأیید قرار می دهد آن را بر اساس «حقوق ترجیحی دول ساحلی» برای کشورهایی که در وضعیّت وابستگی خاص به منابع صید هستند توجیه می نماید.⁴⁵ به غیر قضایای فوق دیوان بین المللی دادگستری مسأله پیدایش عینی قاعده عرفی را در روابط بین کشورها در مدّت زمان کوتاه نه به صراحت فوق اما به طور مسلم مورد تأیید قرار داده عملکرد سازمان ملل متحد را منشأ پیدایش قاعده عرفی محسوب نموده است بدون آن که زمان طولانی برای آن لازم دانسته باشد. در قضیه رأی مشورتی مورخ ۲۱ ژوئن ۱۹۷۱ راجع به افریقای جنوبی پس از بررسی ادّعای این کشور راجع به قطعنامه های شورای امنیت به ویژه

43. Bref laps de temps.

44. C. I. J., Rec., 1969, p. 43, para. 74.

45. Ibid., para. 74.

زمان لازم الاجرا شدن معاهده راجع به فلات قاره سال ۱۹۶۴ بوده و شروع رسیدگی سال ۱۹۶۷.

(۲۸۴ مورخ ۱۹۷۰) مبنی بر بی اعتباری آنها از آن جهت که خلاف نص صریح ماده ۲۷ منشور صادر شده اند و «رأی مثبت» ۵ عضو دائمی کسب نگرديده است (بند ۲۱ رأی) دیوان به مذاکرات شورای امنیت، تصمیمات ریاست شورا و سایر امور جاری در آن شورا توجه کرده اظهار می دارد:

«مذاکراتی که در شورای امنیت از سالیان متمادی جریان دارد به خوبی نشان می دهد که امتناع ارادی یک عضو دائمی همواره و به طور یکسان با توجه به تصمیمات ریاست و موضع گیریهای اعضا به ویژه اعضای دائمی این طور تفسیر شده است که مانع تصویب قطعنامه نمی گردد... و روش اتخاذ شده توسط شورای امنیت که پس از اصلاح ماده ۲۷ در سال ۱۹۶۵ بدون تغییر باقی مانده به طور کلی توسط اعضای ملل متحد پذیرفته شده و دلیل بر یک عملکرد عمومی سازمان است.»

ملاحظه می کنیم که عرفی در پراتیک سازمان ملل متحد طی زمانی نسبتاً کوتاه بوجود آمده که دیوان بر آن صحه می گذارد و نسبت به کشوری (آفریقای جنوب غربی) قابل اعمال می داند. عرف مذکور در مدتی کمتر از عمر سازمان و تحت تأثیر عوامل سیاسی و اجتماعی گوناگون با شتاب و بر اساس اقتضائات جامعه بین المللی ایجاد شده است. مفاهیم دیگری نیز از جمله مفهوم فلات قاره و منطقه اقتصادی انحصاری با توجه به نیازهای جامعه بین المللی به طور عینی و در مدت زمان کوتاهی پس از اعلام به صورت یک جانبه، جنبه عرفی یافته اند. (دیوان بین المللی دادگستری در قضیه لیبی-مالت هم به این وضعیت عرفی اشاره کرده است.)^۳

به هر حال آنچه مسلم است اینکه حجم زیاد روابط بین المللی عرف تشکیل شده در مدّت کوتاه را می پذیرد و به آن قناعت می کند و نیازی به طیّ زمانهای طولانی که در قرون گذشته به آن اعتقاد داشتند نمی بیند.^{۴۸} از نظر محتوی اصل تکرار حفظ شده است فقط به جای استمرار (continuité) شدت جریان (Fréquence) یا تواتر جایگزین شده است.

۲. اهمّیت اراده دوجانبه در تشکیل عرف،

کنسانسوالیسم

باید دید تحوّل فوق یعنی شتاب گیری عامل مادی چه تأثیری در عامل معنوی به جای می گذارد و آیا شتاب گیری عامل مادی به رونق تئوری کنسانسوالیست می افزاید یا نه؟ در تئوری ارادی که عرف توافق ضمنی بین طرفها محسوب می گردد برای عامل ذهنی اهمّیت خاصی قائل هستند. در دوران اخیر تئوری مزبور به علت اراده های مختلف و منافع متضادّ کشورهای جدید و قدیم برای گروه اوّل در آنچه که مخالف منافع ملی خود می دیدند اهمّیت خاصی پیدا کرد. م. ویرالی در این باره می گوید:

«بازگشت به تئوری ارادی بعد از سال ۱۹۶۰ به این دلیل بوده است که کشورهای جدید خواهان تغییر روند عرف شده اند تا از سلطه قواعد عرفی که پیش از استقلال آنان و بدون مدخلیت آنان برقرار شده خارج شوند.»^{۴۹}

48. N. Q. Dinh, op. cit., p. 298.

49. M. Virally, op. cit., p. 183.

این کشورها بسیاری از «عرف»ها را تبعیض آمیز دانسته فاقد عنصر معنوی اعلام می کردند و با اصول اولیّه حقوق معارض می دانستند. عرفهای معمول در رفتار با بیگانگان (حمایت دیپلماتیک)، حقوق مکتسبه ناشی از سرمایه گذاری خارجی و امثال آن از این جمله بوده اند. در این میان بعضی عرفها که مبتنی بر اصول اولیّه حقوقی بین المللی بوده مانند عرفهای دیپلماتیک و کنسولی، عرفهای معمول در جنگ و حفظ حقوق انسانی مورد حمایت آنان قرار گرفته است. کشورهای مزبور هر آنگاه که عرفهایی را محافظه کارانه و سلطه گرانه تشخیص داده اند با آن به مخالفت برخاسته اند و جایی که عرفهای حاکم منبعت از رفتارهای عادلانه بین المللی و بیانگر اصول کلی حقوقی بوده موافقت خود را با آن اعلام کرده اند. بنابراین گاه طرفدار تئوری ارادی و گاه تئوری جامعه شناختی گردیده اند. به نظر می رسد که در حال حاضر نیز با توجه به چند فرهنگی بودن جهان گرایش فوق منحصر به کشورهای مذکور نباشد و دولتهای قدرتمند علیرغم سازمان یافتگی نسبی جامعه بین المللی کنونی و پیدایش شخصیت‌های حقوقی مستقل و در رأس آن سازمان ملل متحد که می تواند بیانگر قواعد حاکی از همبستگی اجتماعی و ذهنیات حقوقی مشترک کشورها باشد به حاکمیت اراده فردی (دولتی) در تنظیم روابط متقابل در برابر اکثریت آرای کشورهای مختلف جهان اعتقادی مجدد یافته اند. به هر حال سابقه طولانی کنسانسوالیسم در حقوق بین الملل بر کسی پوشیده نیست. در رأی لوتوس دیوان دایمی دادگستری بین المللی به جنبه ارادی پیدایش قواعد حقوق بین الملل اشاره کرده معتقد است که:

«حقوق بین الملل حاکم بر روابط کشورهای مستقل است. قواعد حقوقی که آنها را به هم مرتبط می‌کند ناشی از اراده آنها است، اراده‌ای که در معاهدات متجلی است، یا در عاداتی که عموماً بیان‌کننده اصول حقوقی است تا همزیستی این جوامع مستقل را تنظیم نماید یا اهداف مشترکی را دنبال کند.»^{۵۰}

اراده هم در عرف و هم در معاهده نقش سازنده دارد. هیچ قاعده‌ای در حقوق بین الملل وجود ندارد مگر دولت آن را قبول کرده باشد. در معاهده دولت موجبات امضا و تصویب را فراهم می‌کند و در عرف آنچنان که ماده ۳۸ بیان داشته است اعتقاد یا اراده حقوقی خود را نسبت به رفتارهای متقابل اعلام می‌کند. در قضیه لوتوس دیوان به اراده مشترک کشورها در تشکیل عرف اشاره می‌کند و به عملکردی که فرانس به آن استناد می‌نمود توجهی نشان نمی‌دهد (خودداری دولتها در رسیدگی قضایی به مسایل ناشی از تصادم کشتی آنان با کشتیهای بیگانه و ارجاع امر به کشور صاحب پرچم) و آن را برای تشکیل عرف کافی نمی‌داند چون معتقد است که دولتها صرفاً خودداری می‌کرده‌اند و نه بیش از آن، به نوعی که تکلیفی برای خود در این زمینه قائل بوده باشند.

در قضیه فلات قاره دریای شمال دیوان پیش بینی شرایطی دشوار برای امکان پیدایش قاعده عام الشمول از طریق عملکرد مستمر دول اشاره می‌کند اما بر عنصر معنوی تأکید داشته آن را مستتر در فرمول *opinio juris sive necessitatis* می‌داند و نظر پذیرفته شده در قضیه لوتوس را مورد استناد قرار داده اراده دولتها را در تشکیل عرف واجد اهمیت می‌شمارد.^{۵۱} دیوان مشارکت دول واقعاً ذینفع را ضروری می‌داند

50. C. P. J. I., Serie. A, no. 101927, p. 28.

51. C. I. J., Rec., 1969, p. 44, para. 78.

و بنابراین به نوعی به *individualisme* در روند ایجاد عرف اشاره می‌نماید^{۵۲} و تئوری ارادی را مورد تأکید قرار می‌دهد (مقایسه کنید، ص ۳۵، حقوق قراردادی نقطه آغاز حقوق عرفی). در رأی ۲۵ ژوئیه ۱۹۷۴ در قضیه ماهیگیری میان انگلستان و ایسلند نیز دیوان به اهمیت عامل ارادی تأکید نموده است. همانطور که می‌دانیم ایسلند در ۱۴ ژوئیه ۱۹۷۲ قانونی داخلی راجع به صید وضع کرد که به موجب آن حد صید آن کشور به ۵۰ مایل دریایی از خطوط مبدأ می‌رسید. تصمیم به ترسیم چنین خطی عملی یک جانبه و مخالف تعهدات قبلی این کشور بود. نهایتاً انگلستان و آلمان فدرال به قانون گسترش حد صید مزبور اعتراض نموده اعتبار آن را مخدوش اعلام کردند.^{۵۳} با طرح قضیه در دیوان بین المللی دادگستری انگلستان می‌خواست قانون ۱۹۷۲ ایسلند از نظر انطباق با حقوق بین الملل باطل اعلام گردد. پیش از آن در سال ۱۹۶۱ بین دو کشور معاهده‌ای منعقد شده بود که به موجب آن ایسلند موافقت کرده بود منطقه‌ای انحصاری برای صید به میزان ۱۲ مایل در اختیار داشته باشد. بنابراین مسلم بود که قانون ژوئیه ۱۹۷۲ به طور یک جانبه معاهده ۱۹۶۱ را نقض می‌کرد. اما باز این سؤال مطرح بود که آیا علیرغم نقض تعهد مذکور برای ایسلند حقی از نظر صید دریایی در حقوق بین الملل بوجود آمده است که قانون ۱۹۷۲ را توجیه نماید یا خیر؟ به دیگر سخن آیا ایسلند می‌تواند حقوقی عرفی راجع به مفهوم «صید ترجیحی» در منطقه مورد نظر ادعا نماید؟ از نظر دیوان قاعده‌ای عرفی وجود دارد که به دولت ساحلی اجازه می‌دهد در زمینه صید حقوقی ترجیحی داشته باشد. در توجیه مطلب دیوان می‌گوید:

52. Ibid., para. 77.

53. Petit manuel de la jurisprudence de la cour internationale de justice, 4ème éd. p. 150.

«دو مفهوم در سالهای اخیر در حقوق عرفی به علت توافق عمومی حاصل از کنفرانس (کنفرانس ۱۹۶۰) متبلور (کریستالیزه) شده اند. نخستین مفهوم، مفهوم منطقه صید است، یعنی منطقه ای که در داخل آن کشور می تواند مستقلاً از دریای ساحلی خود، مدعی صلاحیت انحصاری در زمینه صید باشد؛ توسعه این منطقه صید تا حد ۱۲ مایل از خطوط مبدأ اکنون به طور عموم پذیرفته شده است. دومین مفهوم، مفهوم حق صید ترجیحی در آبهای مجاور به نفع دولت ساحلی است که در موقعیت وابستگی خاصی نسبت به امر صید ساحلی قرار گرفته است. ارجحیت مذکور نسبت به سایر دول ذینفع در صید آن منابع در نظر گرفته می شود.»^{۵۴}

از نظر دادگاه دو مورد فوق در سالهای اخیر در حقوق بین الملل متبلور شده اند. منتهی ایسلند به حق صید ترجیحی مفهومی وسیعتر از آنچه داشته است داده آن را حق انحصاری تلقی نموده به نوعی که از فعالیت صیادی بقیه دول در این منطقه جلوگیری به عمل آورده است. شکی نیست که این کشور به طور خاصی وابسته به صید ساحلی است و طرف مقابل هم آن را قبول کرده است^{۵۵} اما مفهوم حقوق ترجیحی با حذف کامل فعالیت صیادی سایر دول سازگار نیست،^{۵۶} و یک دولت ساحلی که مدعی حقوق ترجیحی است مجاز نیست به نحو یک جانبه و کاملاً اختیاری حدود آن حقوق را تثبیت و مشخص نماید...»^{۵۷}

انگلستان مدعی است که طی قرون متمادی در آن آبها حق صید داشته که برای او حقوقی تاریخی در این زمینه ایجاد کرده است و هم اکنون

54. C. I. J., Rec., 1974, p. 23, para. 52.

55. C. I. J., Rec., 1974, para. 59.

56. Ibid., para. 62.

57. Ibid.

نیز ادامه دارد و این مفهوم خلاف مفهوم اول است. بنابراین انگلستان همواره اراده خود را مبنی بر مخالفت با مفاهیمی که در سنوات اخیر در حقوق بین الملل متبلور شده است بیان داشته و هرچند ممکن است عرفی بین المللی ایجاد شده باشد که ریشه در معاهده داشته باشد اما مخالفت انگلستان حائز آثار مخصوص به خود است و نمی توان خلاف آن را بر او تسری داد. تشدید عامل ارادی در این رأی مشاهده می گردد و نظریه تقابل (réciprocité) به عنوان عامل مؤثر در پیدایش عرف در حقوق بین الملل مبنای اعلام نظر دیوان قرار گرفته است.

۳. اهمیت اراده عمومی دول و تشکیل قواعد

عام الشمول

آیا کنسانسوا لیسم همان نقشی را که در برهه ای از دوران تحولات اخیر داشته همچنان حفظ کرده است؟ مسلماً اراده دول در تعیین سرنوشت و آینده خود نه تنها متزلزل نشده بلکه حول محور حاکمیت تقویت نیز گردیده است. اما از سوی دیگر اراده معقول و منطقی عموم دول در چهارچوب نظم و عدالت عمومی جهانی و منافع مشترک که پایه گذار قواعدی عام الشمول باشد نیز امری عاجل برای جامعه بین المللی کنونی می باشد. در حقیقت هیچیک از دو تئوری را منشأ مطلق (نرماتیویته) قاعده سازی در حقوق بین الملل نمی توان دانست هر یک را باید ذی سهم شناخته و سعی در نزدیکی آن دو نمود. دیوان بین المللی دادگستری نیز همانطور که ملاحظه شد همواره این گرایش را داشته که ابتدا به احراز عرف عمومی بپردازد و سپس در مرحله بعد این امر را اثبات نماید که رفتار طرفهای اختلاف با عرف عمومی مذکور

منافع نداشته است. این همان شیوه‌ای است که مثلاً در رأی فلات قاره دریای شمال بکار رفته و نیز در قضیه خلیج من (Maine)^{۵۸} و یا در قضیه نیکاراگوا؛ چون پس از آن که در قضیه اخیر دیوان اظهار می‌دارد:

«طرفین بر سر محتوای حقوق بین الملل عرفی توافق دارند [اضافه می‌کند] که این امر مانع از آن نیست که دیوان به جستجوی قواعدی در این حقوق بپردازد و نمی‌تواند قواعدی را جزو حقوق بین الملل عرفی بداند و آنها را نسبت به دولتهایی قابل اعمال بشمارد صرفاً به این خاطر که آنها آن را مورد قبول قرار داده‌اند...»^{۵۹}

به هر حال خروج از بن بست اراده عام و خاص را باید با توجه به واقعیات روابط بین المللی کنونی روشن نمود. تئوری جامعه‌شناسی جای خود را از دست نمی‌تواند بدهد. منتهی در واقعیت کنونی نه فقط نیازهای کشورهای پیشرفته بلکه نیازهای عمومی جامعه بین المللی در مجموع را باید در نظر گرفت و به مفاهیمی همچون معاهدات *Erga Omnes* و قاعده آمره توجه نمود، چیزی شبیه قانون، «قانونی» که با سرشت جامعه بین المللی دولتها هماهنگی داشته باشد ایجاد نمود. بدون شک ساختار جامعه بین المللی کنونی با جامعه گذشته تفاوت اساسی نکرده و همچنان مرگب از دول حاکمی است که در عرض یکدیگر قرار گرفته سخت به حاکمیت خویش پایبند هستند، اما همین دول ناچارند از مطلقیت آن به نوعی که به ماهیت آن لطمه نزنند کاسته تا سازمان یافتگی جامعه بین المللی را تأمین نمایند. این گذشت به

58. C. I. J., 12 Nov. 1984, arrêt, pp. 292- 293.

59. C. I. J., Rec., 1986, p. 97.

معنای کاستن از واقعیت حاکمیت و آزادی اراده نیست بلکه پشتوانه آن است. حقوق بین الملل قدیم از آنچه سازمان یافتگی یا قانونمندی می نامیم بهره مند نبود در حالی که حقوق بین الملل مدرن به علت گسترش روابط و نزدیک شدن دولتها به یکدیگر به این سو پیش رفته است. منع جنگ یا توسل به زور، تعاون بین المللی در قالب سازمانهای بین المللی، کوشش در تأمین حقوق بشر همکاری در ارتباطات در زمین، دریا و هوا و فضا و امثال آن از پدیده های جدید در حقوق بین الملل است و نشانه نیازمندی جامعه بین المللی به قواعد فراگیر است. این گونه امور، واقعیاتی هستند که فقط حقوق بین الملل نهادی پاسخگوی مشکلات آن بوده حقوق بین الملل رابطه ای "مسایل آن را نمی تواند حلّ و فصل نماید. اگر استقلال کشورها و حاکمیت آنان در تعیین سرنوشت خود با کنسانسوا لیسیم سنخیت دارد اما توسعه از یکسو و همکاری از سوی دیگر نیازمند قواعد بین المللی یکسان است.

شیوه پیدایش چنین قواعدی در گذشته و حال تفاوت یافته است. در دوران حقوق بین الملل کلاسیک معاهداتی دو یا چند جانبه که دارای محتوی و مضمون یکسان یا کم و بیش یکسان بودند منشأ قواعد عرفی قرار می گرفتند. مثلاً پیش از معاهده ۱۹۶۳ وین راجع به حقوق کنسولی، معاهدات دوجانبه بسیاری روابط کنسولی را تنظیم می کردند که قواعد مندرج در آنها عرف کنسولی بین المللی هم بود، یا مقررات مندرج در معاهدات دوجانبه راجع به چگونگی تنظیم و اجرا و پایان و حلّ اختلافات مجموعاً حقوق معاهدات را تشکیل می داد. اگر

اختلافی در این زمینه‌ها پیش می‌آید و برای حل آن ناگزیر به حقوق بین‌الملل رجوع می‌شود، «قانون» بین‌المللی بر اساس مضامین مندرج در آن معاهدات، در کلیه موارد مشابه حاکم می‌گردد و حقوق حاکم بر اختلاف از معاهدات همسوی مذکور استخراج می‌شود. در حال حاضر نیز اعتقاد بر این است که یک معاهده همه‌جانبه که در حقیقت صورتی از مجموع معاهدات دوجانبه است می‌تواند پایه یا نقطه آغاز قاعده‌ای گردد که در مجموع حقوق بین‌الملل وارد گردد و برای دول ثالث ایجاد الزام نماید. به این نکته نیز باید توجه داشت که اصل نسبی بودن آثار معاهدات اصولاً مانع از آن است که دول ثالث نسبت به قرارداد مسؤل و متعهد گردند بنابراین اگر آثار معاهده‌ای که عضو آن نیستند نسبت به آنها تسری یابد از بابت خاصیت عرفی قاعده مندرج در معاهده خواهد بود و نه به علت نفوذ مقررات معاهده. تنها تفاوتی که از نظر حقوقی وجود دارد این است که مسؤلیت قراردادی از نظر حقوق بین‌الملل سنگینتر از مسؤلیت عرفی است. همینطور اگر دولتی عضو معاهده‌ای باشد که تدوین‌کننده عرف بین‌المللی سابق است فقط از بابت معاهده مؤخر متعهد نخواهد بود.^{۱۱} بنابراین اراده

۶۱. دیوان بین‌المللی دادگستری در بعضی موارد از جمله قضیه گروگانها و قضیه نیکاراگوآ به این نکته اشاره نموده معتقد است که مواد قراردادی که بیان‌کننده عرف هستند با این عمل خاصیت عرفی و تمهیدآور خود را از دست نمی‌دهند به نوعی که دولتی فقط از طریق معاهده و نه عرف متعهد و مسؤل باشد و مثلاً بتواند از این طریق نسبت به قاعده مذکور رزرو قائل گردد. در رأی ۲۷ ژوئن ۱۹۸۶ دیوان در این زمینه امر بدیهی را اظهار داشته می‌گوید:

«اگر دو کشور یا بیشتر با هم از طریق عرفی و هم از طریق قراردادی که دارای محتوای مساوی هستند متعهد باشند هر دو معتبر هستند و هر دو در یک مورد عینی قابل اعمال خواهند بود.»

(دیوان بین‌المللی دادگستری، ۱۹۸۶، ص ۹۵ و نیز ۱۹۸۰، ص ۴۴).

عمومی چه از طریق عرفی و چه از طریق قراردادی بر روابط دولتها حاکم می‌گردد.

الف) حقوق قراردادی نقطه آغاز حقوق عرفی

معاهدات همه جانبه بین المللی در پیدایش عرف به سه صورت تأثیر می‌گذارند: اثر مولد، اثر متبلور کننده و اثر اعلامی.⁶²

اول- اثر مولد یا ایجاد کننده

عملکرد یا پراتیک دولتها بعد از به اجرا درآمدن کنوانسیون، عرف جدید بوجود می‌آورد. از یک معاهده همه جانبه می‌توان قاعده‌ای بدست آورد و در برابر دول ثالث اقامه کرد هستی آن قاعده ناشی از عملکرد بعدی دول است که با اجرای قرارداد حاصل شده است. عملکرد متعاقب تصویب کنوانسیون، هم ممکن است عملکرد خود دول عضو باشد و هم عملکرد یک یا چند دولت غیرعضو یعنی دول خارج از دایره متعاهدات در رابطه با یکدیگر. با توجه به عملکرد گسترده، قاعده قراردادی مجری بین عدّه‌ای از دول حکم عرف بین المللی خواهد یافت و هر دولتی خلاف آن عمل کند عرف بین المللی عام را نقض نموده است. در قضیه فلات قاره دریای شمال (۱۹۶۹) دیوان بین المللی دادگستری همین مسأله را بررسی نمود که آیا عملکرد بعد از تصویب می‌تواند به عنوان منشأ و دلیل تشکیل قاعده عرفی بعد از سال ۱۹۵۸ مطرح شود یا خیر؟ به عبارت دقیقتر دیوان باید این مسأله را روشن می‌نمود که آیا

62. Effet générateur, effet cristallisant, effet déclaratoire.

رجوع کنید، *Abi Saab*، مذکور، ص ۵۵: نیز،

E. J. Aréchaga, "International law in the past third of a century", R.C.A.D.I., 1978, vol. 159, pp. 22-24; S. Sur et autres, "Droit international public", op. cit., p. 130 et seq.

ماده ۶ ارزش نرماتیو پیدا کرده و نقطه آغاز قاعده عرفی قرار گرفته است و آیا خط متساوی الفاصله " واجد چنین خاصیتی گشته یا نه؟" پاسخ دیوان در این باره به طور کلی مثبت است. دیوان در این زمینه چنین بیان می‌دارد:

«با اعطای نفوذ و اثری که برای ماده ۶ معاهده در نظر گرفته شده، نظریه مذکور^{۶۵} به طور یقین آن را به مثابه قاعده ای نرماتیو که پایه و مبنا یا نقطه آغاز قاعده ای قرار گرفته می‌داند، که هر چند در اصل منحصرأ ناشی از معاهده یا قراردادی بوده، اما از آن زمان، در مجموعه حقوق بین الملل عام داخل شده و اکنون تحت همین عنوان اعتقاد حقوقی (opinio juris) بر آن حاصل شده به نوعی که از این به بعد حتی به کشورهایی که عضو معاهده نیستند و هیچگاه عضو آن نبوده اند بار می‌شود. بدیهی است چنین وضعیتی محتمل است و گاهی واقع می‌شود، و حتی یکی از روشهای شناخته شده است که از طریق آن قواعد جدید حقوق بین الملل عرفی می‌توانند شکل بگیرند، اما نباید آن را سهل الوصول دانست.»^{۶۶}

بنابراین شرایطی وجود دارد: اولاً باید قاعده مورد نظر بالقوه و ضمناً جنبه اساساً نرماتیو داشته باشد و بتواند مبنای یک قاعده عمومی حقوق قرار گیرد...^{۶۷} سایر عناصری که عموماً لازم است تا یک قاعده قراردادی به عنوان قاعده عمومی حقوق بین الملل در نظر گرفته شود آن است که بدون گذشت زمان طولانی، مشارکت بسیار گسترده و

63. La ligne d'équidistance.

64. C.I.J., Rec., p. 41, para. 71.

۶۵. نظریه ارائه شده توسط دانمارک و هلند به دیوان، مذکور در فوق.

66. C.I.J., Rec., 1969, p. 41, para. 71.

67. Ibid., para. 72.

حاکی از نمایندگی کافی است به شرط آن که شامل کشورهای باشد که به نحو خاصی در مسأله ذینفع هستند.⁶⁸ بنابراین دیوان اصل پیدایش قاعده عرفی از طریق قرارداد را مورد تأیید قرار می دهد اما شرایطی برای آن ذکر می کند، اولاً دارای خاصیتی اساساً قاعده‌زا باشد یعنی قادر باشد پایه یک قاعده عمومی حقوق قرار گیرد، ثانیاً گذشت مدت زمان زیادی لازم نیست بلکه فقط مشارکت وسیع و گسترده کافی است منتهی دول ذینفع در قضیه و صاحب نقش مشارکت داشته باشند و بنابراین معتقد است که چنین شیوه شکل‌گیری قاعده عرفی آسان بدست نمی آید و نباید تعهدات ناشی از یک معاهده را اساساً به دولتی که در آن عضویت ندارد بار کرد. حال در قضیه مورد اختلاف اگر بخواهیم بررسی کنیم که آیا بعد از تصویب کنوانسیون اصل تساوی فاصله به عنوان قاعده حقوقی برای دولتها مطرح شده یا نه، دیوان این طور بیان می دارد:

«... دور از واقعیت است که بگوییم دولتها فکر می کرده اند به یک قاعده حقوق بین الملل عرفی واجد جنبه الزامی (قاعده تساوی فاصله) عمل می نمایند.»⁶⁹

مفهوم اظهارات فوق چنین است که یک معاهده همه جانبه می تواند خلاف اعتقادات کنسانسوالیستی موجود نقطه آغاز و ایجاد قاعده عرفی برای دول ثالث قرار گیرد. از این عقیده همانطور که ذکر شد در رأی دیوان در قضیه نیکاراگوا طرفداری شده و جنبه کنسانسوالیستی محدود عرف، هر چند به توافق اراده طرفها اشاره شده

68. Ibid., para. 93.

69. C.I.J., Rec., 1969, p. 44, para. 76.

ولی مورد نظر قرار نگرفته است. دیوان در این رأی منشأ ارادی عرف را نمی‌پذیرد و آن را یک توافق ضمنی به شمار نمی‌آورد و اعلام می‌کند که قواعدی را جزو حقوق بین‌الملل عرفی نمی‌توان دانست به این علت که دولتها نسبت به آن توافق کرده‌اند و باید به جستجوی آن رفت که عرف بین‌المللی در زمینه مربوطه چیست، هر آنگاه که دو دولت توافق می‌کنند که در معاهده‌ای قاعده‌ای خاص را درج نمایند این باعث می‌شود که آن قاعده قانون فیما بین گردد اما در قلمرو حقوق بین‌الملل عرفی این امر کفایت نمی‌کند که طرفها روی محتوای قاعده‌ای توافق کنند^{۷۰} هر چند دیوان در این قضیه به اعتقاد یا عامل ذهنی (opinio juris) در ایجاد عرف اهمیت بسیار می‌دهد اما این بار عامل ذهنی مورد بحث مبنای قاعده‌ای قرار گرفته که فراسوی دو کشور معین اراده عموم کشورها را تشکیل می‌دهد. قاعده عدم توسل به زور نه تنها دارای جنبه عرفی در حقوق بین‌الملل است بلکه یکی از اصول اساسی این حقوق به شمار می‌رود.^{۷۱} گویی از نظر دیوان اراده دوجانبه نمی‌تواند منفک از اراده همه جانبه باشد.

دوم- قرارداد بین‌المللی متبلور کننده عرف

بعضی «عرف»ها در حال پیدایش و شکل‌گیری هستند و در این حالت معاهده می‌تواند آنها را متبلور (کریستالیزه) و کامل کند و عامل انعقاد آنها گردد. در این صورت عرف نه به حالت عملکرد بعد از معاهده بلکه دفعتهاً (spontanément) در اثر وضع معاهده و به صرف درج در آن انسجام می‌یابد و مراحل شکل‌گیری آن از این طریق به

70. C.I.J., Rec., 1986, p. 98, para. 184.

71. Ibid., p. 100, para. 190.

درجه کمال می‌رسد. در قضیه فلات قاره، کشورهای دانمارک و هلند از این نظریه نیز دفاع کردند و معتقد بودند که در ارتباط با ماده ۶ قبلاً عملکردی در این زمینه موجود بوده و به عبارت دیگر اگر قبل از کنفرانس ژنو حقوق مربوط به فلات قاره در مراحل ابتدایی و به اصطلاح جنینی بوده و اگر عملکرد دولتها در زمینه آن تا سال ۵۸ یکسان و یک شکل نبوده، اما ماده ۶/۵۸ با عمل تدوین، حقوق عرفی موجود را که در حال شکل‌گیری بوده معرفی و متبلور نموده است، آن را یافته و همزمان با معاهده آخرین مرحله شکل‌گیری آن را کامل کرده است.^{۷۳} دیوان نظریه کریستالیزاسیون یا به عبارتی پیدایش قاعده عرفی در اثر تدوین را علی‌الاصول می‌پذیرد^{۷۴} منتهی در قضیه مطرح شده به دلایلی به کریستالیزه شدن قاعده‌ای اعتقاد ندارد^{۷۵} و آن را فقط در صورتی می‌پذیرد که از قاطعیت کلی برخوردار باشد، در چنین صورتی است که بر همه اعضای جامعه بین‌المللی بار خواهد شد.^{۷۶} دیوان معتقد است که قاعده تساوی فاصله که در ماده ۶ آمده است قاعده‌ای بوده که اعضای کنفرانس هنگام امضا یا تصویب یا الحاق توانسته‌اند نسبت به آن رزرو قائل شوند. رزرو قائل شدن هم مفهوم مهمی دارد و آن این که قاعده مذکور را از جامعیت در سطح بین‌المللی ساقط می‌کند و نشان‌دهنده آن است که طرفهای معاهده آن را به عنوان قاعده عرفی عام که نتوان نسبت به آن رزروی قائل شد در نظر نگرفته‌اند. در اینجا دیوان به بعضی قواعد دیگر مندرج در همان کنوانسیون اشاره کرده که غیرقابل رزرو اعلام شده‌اند (مواد ۱ تا ۳)، مواد مزبور واقعاً متبلور یا

72. C.I.J., Rec., 1969, p. 38, para. 61.

73. Ibid., para. 62.

74. Ibid.

75. Ibid., para. 62-63.

کریستالیزه کننده قواعد حقوق بین الملل عرفی راجع به فلات قاره هستند. قواعد مزبور مقرر شده اند و یا در حال شکل گیری می باشند و به خصوص راجع به وسعت فلات، خاصیت حقوقی انواع دول ساحلی، ماهیت حقوق قابل اعمال، نوع منابع طبیعی، آبهای فوقانی روی فلات، فضای بالای آن می باشند^{۷۶}؛ نسبت به این قواعد رزرو نمی توان قائل شد و بنابراین جنبه عمومی خواهند داشت و بر کشورهای غیرعضو کنوانسیون هم بار می گردند. در جای دیگر در قضیه فلات قاره تونس-لیبی نیز دیوان بین المللی دادگستری به متبلور شدن قاعده حقوق بین الملل عرفی از طریق تکمیل آن با معاهده همه جانبه اشاره کرده می گوید:

«یک ماده طرح کنوانسیون را نباید نادیده گرفت چنانچه همه اعضای جامعه بین المللی را با یکدیگر مرتبط سازد چون بیان کننده و متبلور کننده یک قاعده حقوق عرفی موجود یا در حال شکل گیری است.»^{۷۷}

پیش از آن کنوانسیون وین راجع به حقوق معاهدات مورخ ۱۹۶۹، در ماده ۳۸ مسأله ۳۸ تبلور قاعده عرفی توسط قرارداد بین المللی را مورد توجه قرار داده در این باره گفته است:

«هیچیک از مقررات مندرج در مواد ۳۴ تا ۳۷^{۷۸} مانع از آن نیست که

76. Ibid.

77. C.I.J., Rec., 1982, p. 38, para. 24.

۷۸. مواد ۳۴ تا ۳۷ کنوانسیون حقوق معاهدات در بخش چهارم تحت عنوان «معاهده و دول ثالث» جای دارد. در ماده ۳۴ پیش بینی شده است که معاهده برای دولت ثالث بدون رضایت او نه تعهدی و نه حقوقی ایجاد می کند. ماده ۳۵ از معاهداتی نام می برد که در آنها تمهیداتی برای کشور ثالث پیش بینی گردیده و ماده ۳۶ نیز معاهداتی را ذکر می کند که در آنها حقوقی برای دولت ثالث در نظر گرفته شده است.

یک قاعده مندرج در یک معاهده که به عنوان یک قاعده عرفی در حقوق بین الملل شناخته شده است، برای کشور ثالثی الزام آور گردد.»

تشکیل قاعده عام الشمول از طریق معاهده در قضایای دیگری نیز مورد تأیید دیوان بین المللی دادگستری قرار گرفته است. در رأی مشورتی ۱۱ آوریل ۱۹۴۹ در قضیه جبران خسارت وارده به سازمان ملل، دیوان اشاره دارد که:

« ۵۰ کشور عضو اصلی سازمان که نماینده بخش اعظم اعضای جامعه بین المللی هستند، آن توان را داشته اند که موجودیتی ایجاد کنند که دارای شخصیت بین المللی عینی بوده و نه فقط شخصیتی که مورد قبول اعضای اولیه باشد.»^{۷۹}

سوم- قرارداد بین المللی اعلام کننده عرف

در این حالت معاهده صرفاً به بیان و اعلام عرف کامل موجود می پردازد. مقررات کنوانسیونهای ژنو حقوق دریا مورخ ۱۹۵۸ و کنوانسیون مونته گوبه ۱۹۸۲ راجع به آزادی دریاها عبور بی ضرر و یا عبور و مرور کشتیها در آبهای داخلی حکایت از تدوین عرفهایی دارد که در طول زمان به صورت قاعده عرفی بین کشورها برقرار شده بوده است، همچنین کنوانسیون حقوق معاهدات در بسیاری از موارد از جمله در ماده ۶۲ راجع به تغییر بنیادین اوضاع و احوال به بیان یا اعلام عرف موجود بین کشورها پرداخته است. مقررات مربوط به مصونیتها و مزایای دیپلماتیک و کنسولی مندرج در کنوانسیونهای وین مورخ ۱۹۶۱ و

79. Petit manuel de la jurisprudence de la C.I.J., 4ème éd., 1984, p. 218.

۱۹۶۳ نیز به تدوین مقررات عرفی معمول بین کشورهای جهان پرداخته و آنها را اعلام نموده است. دیوان بین المللی دادگستری در چند مورد از جمله در قضیه ماهیگیری میان انگلستان و ایسلند و نیز در قضیه اعضای دیپلماتیک و کنسولی آمریکا در تهران و فلات قاره مالت-لیبی به مسأله اعلام عرف موجود از طریق کنوانسیون اشاره کرده است.^{۸۰} از آن پیشتر منشور ملل متحد خود تبیین کننده بسیاری از عرفهای معمول در زمان تدوین خود بوده از جمله بند ۴ ماده ۲ راجع به منع توسل به زور^{۸۱} و یا دفاع مشروع موضوع ماده ۵۱ فصل هفتم و یا اصول مربوط به حاکمیت و تمامیت ارضی دولتها. شکی نیست که تفکیک بین آنچه که به تبلور عرف از طریق معاهده و اعلام آن از این طریق مشهور است بسیار دقیق و مشکل است. مورد اول به توسعه حقوق بین الملل کمک می کند و مورد دوم به تدوین آن می پردازد. همانطور که ماده ۱۵ اساسنامه کمیسیون حقوق بین الملل اعلام داشته است توسعه تدریجی حقوق بین الملل شامل مواردی است که غرض انعقاد معاهده ای راجع به موضوعاتی است که هنوز توسط حقوق بین الملل تنظیم نگردیده اند یا درباره آنها حقوق هنوز از طریق عمل بین دولتها توسعه کافی نیافته است و تدوین شامل مواردی است که لازم است با دقت بیشتر و نظم، قواعد حقوق بین الملل را در زمینه هایی که عملکرد قابل توجهی از سوی دولتها وجود دارد یا سوابق و یا عقاید علمی موجود است تنظیم نمود.

ب) نقش ویژه سازمان ملل در روند ایجاد قاعده عرفی

سازمان ملل متحد در زمینه ایجاد عرف عام سهم ویژه ای دارد.

80. C.I.J., Rec., 1973, p. 18, para. 36; 1980, p. 31, para. 62; 1985, p. 29, para. 26.

81. C.I.J., Rec., 1986, p. 99, para 187-188.

این سازمان از یکسو با مسأله تدوین عرفهای مسلم جامعه بین‌المللی که در طی دورانه‌های متمادی بوجود آمده‌اند و از سوی دیگر با تبیین «عرف»هایی که بنا به اقتضائات و نیازهای روابط جاری و آتی این جامعه در سطح جهانی مطرح می‌شوند روبرو است. در زمینه اخیر این سازمان اولاً عرفهای جدید را که احتمالاً ممکن است در تضاد با «عرف»های کهن باشند طی قطعنامه تصریح و اعلام می‌نماید؛⁸² ثانیاً طی قطعنامه‌هایی دیگر که در حقیقت بیشتر جنبه توافق⁸³ دارند، آنچه را مناسب با رفع نیازها و مشکلات کشورهای مختلف جهان است به مثابه برنامه تعیین‌کننده‌ای اعلام می‌نماید و ثالثاً بعضی منویات کشورها را که جنبه اخلاقی یا سیاسی دارند روشن و تصریح می‌کند.

اصولاً سازمانهای بین‌المللی به موجب توافقات قراردادی بین کشورها به منظور همکاری برای اهداف مشترک بوجود می‌آیند و علاوه بر مزایای قرارداد از مرکزیت و تداوم و قدرت تصمیم‌گیری به عنوان یک شخصیت حقوقی مستقل نیز برخوردار می‌باشند. همکاری در سازمانهای بین‌المللی به غیر از حالت تشکیل گردهم‌آیی و مذاکره بدون دستیابی به نتیجه مشخص ممکن است منتهی به صدور اسناد (actes) مختلفی گردد که منبعث از شخصیت حقوقی آن سازمان بوده موضع دول عضو را بیان کند. روش تصویب سند فرق می‌کند و بستگی به آیین کار قانونی آن سازمان دارد. ممکن است به اتفاق آرا و یا اکثریت و یا اجماع (consensus) تصویب شود و در هر صورت سندی معتبر است که موضع سازمان را در رابطه با مسأله خاصی نشان می‌دهد. در گذشته تنظیم و صدور چنین اسنادی در حقوق بین‌الملل کلاسیک

82. Déclaration de principe, droit déclaratoire.
83. Résolution accord, droit programmatore.

مطرح نبود اما در دوران کنونی این روش جدید بوجود آمده و دولتها می‌توانند افکار سیاسی و حقوقی خود را راجع به روابط بین‌المللی خود از طریق یک شخصیت حقوقی بین‌المللی مستقل بیان کنند. چنین مراجعی بدون شک قدرت قانونگذاری بین‌المللی ندارند چون چنین مشروعیتی به آنها داده نشده است، اما محلّ بازتاب نوعی «دیپلماسی پارلمانی»^{۸۴} دول راجع به امور مختلف می‌باشد. ملاحظه می‌شود که روند شکل‌گیری عرف نیز آنچنان که مطرح شد می‌تواند از طریق آن تقویت و تسریع گردد و این سازمان با عمل خود به پیدایش عرف کمک نماید. بدیهی است این طریق بیان «حقوق» توسط کشورها، چون در یک سازمان بین‌المللی جهانی و از جانب آن اعلام می‌گردد ماهیت ارادی (دو یا چند جانبه) پیدایش قواعد عرفی را تغییر داده از آنجا که عمل به صورت جمعی^{۸۵} انجام می‌گیرد به عمومیت و فراگیری آن افزوده می‌شود.

همانطور که ذکر شد قطعنامه‌های مجمع عمومی را می‌توان از جهت تأثیر آنها در پیدایش قاعده عرفی به سه نوع تقسیم کرد:^{۸۶}

اول - قطعنامه‌های اعلامی

مصوبه مجمع عمومی قانون نیست اما بیان احساس وجود حقی و یا تکلیفی در روابط بین‌المللی محسوب می‌گردد که با تصویب یعنی تأیید اکثریت ارزشی پیدا می‌کند و اگر عملکرد گذشته یا آتی نیز

۸۴. دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه آفریفای جنوب غربی نامیبیا اصطلاح مزبور را بکار برده است.

85. Action collective.

۸۶. رجوع کنید، در این باره، ژ.ف. اوبر، مقاله مذکور، ص ۲۵۱ و بعد.

نسبت به آن احراز گردد به تبیین یا تشکیل عرف منتهی خواهد شد. با قطعنامه حق موجود (opinio juris) که بر روابط بین‌المللی حاکم پنداشته می‌شود به یکباره بیان می‌گردد به این کار تثبیت محتوای حقوق گفته می‌شود.⁸⁷ به این ترتیب عملکردی که در جریان است استحکام می‌یابد،⁸⁸ و جوهر حقوقی آن نزد عموم کشورها و ملت‌ها به عیان بیان و دانسته می‌شود و از ثمرات انتشار نیز (publicité) برخوردار گردیده قوام و ثبات می‌یابد. با صدور قطعنامه آن حق جلا و تلالو یافته ثبت و ضبط می‌گردد و از پراکندگی و گنگی خارج می‌شود بدون آن که هیچ یک از این اوصاف به آن جنبه الزام‌آور ببخشد. این عمل باعث می‌شود که یا اعتقاد حقوقی به عملکردی که هنوز ایجاد نشده سبقت و تقدم یابد و یا اعتقاد حقوقی عملکرد جاری بعضی دول را تثبیت و برای همه کشورها آشکار سازد.⁸⁹ تصویب و اعلان قطعنامه اگر حکایت از اجرای آن توسط تصویب‌کنندگان نکند ولی حکایت از بیان احساس و شناخت آنان نسبت به مفاد آن است. در حقیقت دولت‌ها با این کار می‌خواهند ارزش الزام‌آوری قاعده عرفی عامی را مورد شناسایی قرار دهند، روند عرف در این حالت سریع‌تر و به صورت سازمانی و جمعی طی می‌شود و همین امر مانع پراکندگی یا طرفینی بودن آن می‌گردد. آنچه حائز اهمیت است این که به هر حال منبع حقوق بین‌الملل همچنان عرف خواهد بود نه قطعنامه، چون کسب آرای مثبت نسبت به قطعنامه تعهدی برای عوامل آن ایجاد نمی‌کند و اگر مسؤلیت‌آور است از بابت ماهیت عرفی آن می‌باشد. بعضی علمای

87. Fixer le contence du droit.

88. R. J. Dupuy, op. cit., p. 138, consolider la pratique en cour.

89. D. Carreau, op. cit., p. 287.

حقوق بین الملل در این زمینه افراط کرده به قطعنامه های مذکور اعتباری بیش از آنچه دارند بخشیده معتقد هستند که می توان به عملکرد بی توجه بود و فقط به اعتقاد حقوقی موجود در قطعنامه تکیه نمود. " اما باید توجه کرد که هرچند اهمیت قطعنامه به تعداد و اهمیت دولتهایی که به آن رأی می دهند بستگی دارد، ولی این امر هیچ تأثیری در ماهیت غیرالزامی قطعنامه نخواهد داشت و فقط در صورتی جنبه نرماتیو خواهد یافت که مبنای عینی و اجتماعی آن مورد ملاحظه قرار گیرد.

قطعنامه هایی که این چنین صادر می شوند در بسیاری موارد مبین اعتقادات حقوقی خلاف عرفهای استوار گذشته بوده " در برابر آن ایستاده اند. به عنوان مثال اگر قطعنامه های ملل متحد حاکمیت بر منابع طبیعی " و در نتیجه ملی کردن را حق مسلم کشورها می دانند چنین قطعنامه هایی به یکباره به عرفهای گذشته در زمینه حقوق مکتسب و مزایای متعلق به سرمایه گذاران خارجی خاتمه بخشیده اند. اما باید توجه کرد که درهم ریختن «عرفهای» مذکور بدان علت است که مبتنی بر اعمال و عقایدی است که منحصراً از قدرت بعضی کشورها سرچشمه می گرفته است،^{۹۱} و از جهتی نیز می توان این طور استدلال کرد که در طول زمانی که آن «عرف» مجری و معمول بوده است همواره مورد مخالفت و اعتراض دائم صریح یا ضمنی کشورهای مقابل قرار داشته تا این که با مناسب شدن شرایط و موقعیت، اعتقاد خلاف آن از طریق

۹۰. بین چنگ (Bin Cheng) ص ۲۱ همین مقاله.

91. Révisionniste

۹۲. قطعنامه ۱۸۰۳ (XVII) مورخ ۱۴ دسامبر ۱۹۶۲ مجمع عمومی.

93. R. J. Dupuy, "Droit déclaratoire et droit programmatore", op. cit., p. 135.

بخش تحقیق / ۲۶۷

قطعنامه امکان ظهور و بروز یافته است. دقیقاً همین نکته است که نه تنها به قطعنامه ارزش اصل می بخشد بلکه آن را از اعتبار به اصطلاح «فوری» (instantané) برخوردار می گرداند.

بعضی از علمای حقوق بین الملل از جمله آقای دوپویی به اراده سیاسی و نه حقوقی ملحوظ در این نوع قطعنامه ها اعتقاد داشته آنها را فاقد سابقه و گذشت زمان لازم که تنها از طریق آن عرف تبلور پیدا می کند می دانند،^{۹۴} نویسنده مذکور معتقد است که در عرف به اصطلاح وحشی (sauvage) یا خلق الساعه که مورد فوق از آن جمله است عامل ارادی یا اعتقاد حقوقی بر عامل تاریخی یا سابقه عمل پیشی گرفته و عرف بدون تأمل ایجاد شده بنابراین اراده مذکور را باید اراده سیاسی به شمار آورد.^{۹۵} دوپویی در توجیه این نظر اضافه می کند که هدف آنهایی که به عرف وحشی (sauvage) متوسل می شوند آن است که طی یک اعلامیه (déclaration) آن را فرموله کنند تا از جنبه عمل گروهی (conjointe) به حالت تأیید کلی برسد. تلاش آنان محدود به منطقه و گروهی از کشورها نیست بلکه سعی می کنند که قطعنامه مصوبه درون سازمان ملل، شناسایی جامعه بین المللی را کسب نماید.^{۹۶}

به هر حال در مورد اعتبار قطعنامه های اعلامی و نقش آنها در ایجاد عرف استدالات گوناگونی شده است. مواضع سیاسی کشورها نیز

94. Ibid., p. 135.

95. Ibid., p. 137.

۹۶. دوپویی، مذکور، ص ۱۳۷: به نظر این دسته از حقوقدانان بین المللی چنین قطعنامه هایی عنصر مخالفت، درون خود دارند و رأی عموم دولتها را دربر ندارند و بنابراین جنبه سیاسی خواهند داشت. در رأی داورى نکلزاکو-کسالازیاتیک مورخ ۱۹ ژانویه ۱۹۷۷ داور آقای دوپویی به بررسی ارزش قطعنامه های اقتصادی پرداخته با استناد به رأی دیوان دادگستری بین المللی در قضیه نامیبیا به این

در این مسأله بی تأثیر نبوده است. کسانی که اعتبار حقوقی برای آنها قائل هستند معتقدند که اصلی که قبل از صدور قطعنامه اعتبار موضوعه نداشته به یک اصل واقعی حقوقی تبدیل می گردد چون اگر در بزرگترین مجمع جهانی به آن رأی داده می شود غرض حاکم شدن آن بر روابط بین المللی است. وانگهی اگر مجمع عمومی مشروعیت مجلس قانونگذاری هم نداشته باشد که ندارد اما با این کار یا به اعلام جهانی عملکرد موجود می پردازد و یا زمینه پیدایش عملکرد جدیدی را فراهم می آورد. در مقابل، کشورهای پیشرفته همانطور که ذکر شد همواره معتقد بوده اند که اگر با صدور قطعنامه عرفی بوجود آید روند شکل گیری عرف از حالت طبیعی خود خارج خواهد شد. عملکرد عامل محرک عرف است و در این حالت از نظر آنان عامل محرک وجود ندارد. واقعیت آن است که کشورهای ذینفع در صدور این قطعنامه ها در نظر دارند که با تکرار در صدور آنها به کشورهای پیشرفته فشار آورده از آنان نوعی تعهد کسب نمایند؛ دسته اخیر نیز معتقدند این تعهدات سیاسی یا اخلاقی است.^{۳۷} ویرالی درباره این نوع قطعنامه ها می گوید:

«چون کشورهای جهان سوم دارای اکثریت هستند، این قطعنامه ها

نتیجه می رسد که برخی قواعد مندرج در منشور حقوق و تکالیف اقتصادی دولتها مورخ ۱۹۷۲ از جمله ماده ۲ راجع به ملی کردن واجد جنبه سیاسی است و فقط مورد نظر کشورهای غیرصنعتی می باشد. پاراگراف ۸۹-۸۸. به نظر می رسد که عقیده فوق به همان دلیلی که به آن استناد می کند قابل دفاع نباشد؛ در این زمینه نیز رجوع کنید، ف. اویر، مقاله، مذکور، ص ۲۵۹ و بعد، پاورقی شماره ۸۲، ص ۲۶۰.

۹۷. ک. آ کلیار، نهادها روابط بین الملل، چاپ ششم، ص ۲۷۷.

توسط آنها کنترل می‌شود. گاهی توصیه است (recommandation) و گاه دستور (injonction) تا توصیه، و راجع به کلیه امور از جمله امور سیاسی روز است. اگر اعلامی باشد رفتار دولتها را نقش می‌دهد و الفاظ حقوقی نیز دربر دارد. اما آیا واقعاً نسبت به کسانی که خطاب به آنها صادر شده ایجاد الزام می‌کند؟⁹⁸

به طور کلی اگر ارزش بالفعل قطعنامه در منشور تعیین شده باشد همه کشورها باید آن را اجرا کنند. مثلاً در ماده ۲۵ منشور آمده که همه دولتها باید تصمیمات شورای امنیت را اجرا کنند. اما اگر قطعنامه قانوناً چنین ارزش مشخصی نداشته باشد برای کشورها الزام‌آور نیست. در این حالت توصیه نامه یا اعلامیه است و دولتها فقط به خاطر عضویت خود در سازمان ملل متحد باید به آن بااعتنا باشند. فشار قطعنامه حقوقی نیست بلکه سیاسی و حیثیتی است و وسیله خوبی برای همکاری حقوقی و سیاسی دولتها و سازمان است.⁹⁹ او معتقد است که در هر حال قطعنامه‌های مذکور سخن دولتها و خط مشی آنها است و حقوق بین‌الملل باید به آنها توجه کند، و چنانچه حقوقی باشد در روند عرف نیز نقش دارد و آن را تسریع می‌نماید.¹⁰⁰ نکته مورد نظر ما نیز مطلب اخیر است. بسیاری از قطعنامه‌هایی که «عملکرد» موجود را بیان کرده‌اند، با این عمل آن را تقویت و پشتیبانی نموده و به عبارت دیگر به عرف به اصطلاح «خلق الساعه» صحه گذاشته‌اند: قطعنامه‌های (اعلامیه) ۱۵۱۴ مورخ ۱۴ دسامبر ۱۹۶۰ راجع به اعطای استقلال به کشورها و مردم تحت استعمار مصوب مجمع عمومی و نیز

98. M. Virally, op. cit., p. 200.

99. Ibid., p. 202.

100. Ibid., p. 203.

قطعهنامه (اعلامیه) (XVII) ۱۸۰۳ مورخ ۱۴ دسامبر ۱۹۶۲ راجع به حاکمیت دائم بر منابع طبیعی مصوب مجمع عمومی و یا قطعهنامه (اعلامیه) (XXV) ۲۶۲۵ مورخ ۲۴ اکتبر ۱۹۷۰ درباره اصول حقوق بین الملل در مورد روابط دوستانه و همکاری میان دولتها طبق منشور ملل متحد که به مناسبت بیست و پنجمین سالگرد تأسیس ملل متحد صادر گردید از آن جمله است. قطعهنامه (XXIX) ۳۳۱۴ مورخ ۱۴ دسامبر ۱۹۷۴ راجع به تعریف تجاوز نیز واجد چنین جنبه ای است.^{۱۰۱}

قطعهنامه (XX) ۲۱۳ مورخ ۲۱ دسامبر ۱۹۶۵ راجع به عدم مداخله، اعلامیه جهانی حقوق بشر مورخ ۱۰ دسامبر ۱۹۴۸، قطعهنامه های متعدد راجع به منع تبعیض نژادی (۱۹۶۳ به ویژه)،^{۱۰۲} اعلامیه راجع به حقوق مردم به صلح مورخ ۱۹۸۴، قطعهنامه ۹ دسامبر ۱۹۸۵ راجع به اقدامات مربوط به جلوگیری از تروریسم بین المللی، اعلامیه ۴ دسامبر ۱۹۸۶ راجع به حقوق توسعه جملگی از قطعهنامه هایی هستند که اصل می باشند یا دارای بعضی اصول هستند و رویهمرفته مبنای رفتار آتی همه دولتها اعم از عامل یا نقض کننده می گردند. مجمع عمومی با صدور این نوع قطعهنامه ها حقوق بین الملل را رهبری می کند و شکل می دهد. شکل

101. C.I.J., Rec., 1986, p. 103, para. 195.

دیوان در این رأی به ویژه بند ج قطعهنامه مذکور را واجد جنبه عرفی اعلام کرده است. بند ج مقرر داشته است:

«اعزام دسته ها، گروههای مسلح، نیروهای نامنظم یا مزدوران از سوی یا به نام یک دولت برای انجام عملیات مسلحانه علیه دولتی دیگر با شدتی که در حد اعمال برشمرده در بالا باشد و یا درگیر شدن اساسی آن دولت در آن عملیات... تجاوز محسوب می شود.»

۱۰۲. رجوع کنید همچنین، قضیه آفریقای جنوب غربی (مجموعه ۱۹۶۶، ص ۲۹۳-۲۹۱) و نظر

قاضی تاناکا.

دادن به رفتار دولتها گاه جنبه داخلی دارد مانند مسایل مربوط به حقوق بشر یا طریقه ملی کردن اموال خارجیان و گاه جنبه بین المللی نظیر اصول حاکم بر جنبشهای رهایی بخش و یا وجود منافع مشترک بین المللی مانند مفهوم مایملک مشترک بشریت که مورد اخیر نیز طی قطعنامه ۴۷۴۹ مورخ ۱۹۷۰ بیان و آنگاه در معاهده ۱۹۸۲ مونت گوبی وارد شده است (ماده ۱۳۶).

دوم - ارتباط خاص قطعنامه و قرارداد بین المللی

گاهی محتوای قطعنامه ها کاملاً شبیه محتوای قراردادها می باشند به این معنی که دارای زمینه های کاملاً مادی و عینی هستند. چنین قطعنامه هایی توافق (Accord) واقعی و قطعنامه ای غیر واقعی هستند.^{۱۰۳} به اعتقاد دوپویی در بطن این نوع قطعنامه ها جنبه رابطه ای (relationnel) بین المللی بر جنبه نهادی (institutionnel) یا سازمانی آن اولویت پیدا می کند.^{۱۰۴} در واقع کشورها برای سهولت رسیدن به توافق که در چارچوب تشریفات تنظیم قرارداد گاهی مشکل می توان به آن دست یافت، به نظرخواهی و رأی گیری در داخل سازمان ملل اقدام می کنند و به این ترتیب مشکل کسب توافق بین دولتها بر سر موضوعی که تفاهم نسبت به آن دشوار است هموار می گردد. در حقیقت شیوه مجلسی در شکل گیری قرارداد به جای شیوه کلاسیک انتخاب می شود و روش نهادی به جای روش رابطه ای بکار گرفته می شود اما نه این که حاصل کار ماهیت نهادی پیدا کند بلکه روش اول به کمک روش دوم

۱۰۳. رجوع کنید، دوپویی، مذکور، ص ۱۴۱؛ ک، آ. کلیار، دروس حقوق بین الملل ۱۹۷۴؛

اف. اوبر، مقاله، مذکور، ص ۲۵۲.

۱۰۴. Idem، ص ۱۴۱.

می‌آید و توافق پشتوانه بیشتری پیدا می‌کند. معمولاً قطعنامه‌های مذکور که به آنها قطعنامه-توافق^{۱۰۵} گفته می‌شود هرچند محتوای مادی دارند اما مقررات مندرج در آن به طور دقیق مشخص نیست و توافق به عمل آمده کلی است، بنابراین لازم است که بعداً دولتها قراردادهای مشخصی راجع به آن تنظیم نمایند و از آنجا که طی صدور قطعنامه عزم رسیدن به توافق (قرارداد مشخص) وجود دارد کار تنظیم قراردادهای بعدی چنانچه قطعنامه مستقیماً قابل اجرا نباشد فراهم می‌گردد. اعلامیه اصول حقوقی راجع به فعالیت‌های دول در زمینه اکتشاف و استفاده از فضای ماورای جو که طی قطعنامه شماره (XVIII) ۱۹۶۲ مورخ دسامبر ۱۹۶۳ به اتفاق آرا در مجمع عمومی ملل متحد به تصویب رسید در حقیقت توافقی بود بین اعضا مبنی بر هماهنگ کردن سیاستهای ملی در زمینه فوق^{۱۰۶}، و یا قطعنامه ۲۶۲۶ (XXV) راجع به دومین دهه ملل متحد درباره توسعه که در ۲۴ اکتبر ۱۹۷۰ در مجمع عمومی به تصویب رسید. طی این قطعنامه دول عضو تعهد کردند که هر یک به تنهایی و جمعی تدابیری به منظور ایجاد یک نظام اقتصادی و اجتماعی عادلانه و منطقیتر در جهان تعقیب نمایند. به موجب همین قطعنامه کشورهای ثروتمند باید به کشورهای فقیر کمک می‌کردند. بدیهی است که

105. Résolution-accord.

۱۰۶. حقوق راجع به فضای ماورای جو حقوقی قراردادی است ولی تا حد زیادی از قطعنامه‌های ملل متحد سرچشمه گرفته است. قطعنامه‌های (XXI) ۲۲۲۲ درباره معاهده مربوط به فضای ماورای جو و نیز (XXI) ۲۲۰۰ در زمینه پذیرش پیمانهای بین‌المللی مربوط به حقوق بشر و همچنین (XXV) ۲۶۶۰ درباره منع قراردادی سلاحهای هسته‌ای و دیگر سلاحهای تخریب‌گسترده در ته دریاها و اقیانوسها و زیر آن جملگی قطعنامه‌هایی هستند که دولتهای اصلی ذینفع، اراده خود را مبنی بر رعایت اصول مذکور در آنها یعنی توافق بر سر آنها اعلام می‌دارند.

چنانچه دستیابی به اهداف در نظر گرفته شده در قطعنامه جنبه ایده آل و دور از واقعیت پیدا کند و اگر اختلافات مضر بین کشورها واقعاً حل نشده باشد توافق بدست آمده نیز به آسانی نقض خواهد شد. هرچند الفاظ بکار گرفته شده مانند «دولتها تعهد می کنند» یا «چنین تصمیم گرفتند...» و غیره حکایت از اراده آنان در پذیرش تعهدی باشد.^{۱۷}

سوم - قطعنامه های توصیه ای

بعضی قطعنامه ها دارای زمینه های اخلاقی و انسانی ویژه هستند. این قطعنامه ها جنبه مادی یعنی حقوقی ندارند و بیانگر اندیشه هایی هستند که می تواند در عالم حقوق وارد گردد و در نهایت به پیدایش عرف عام کمک نماید اما در زمان تصویب نه جنبه توافق دارند و نه بیانگر اصلی هستند و نه مسبوق به عملکردی، بلکه سفارشی خطاب به دولتهای عضو محسوب می گردند تا رفتار خود را آن طور که در قطعنامه آمده است شکل دهند. چنین قطعنامه هایی لحن آمرانه ندارند و آرزومندانه هستند؛ مبتنی بر عملکرد قبلی نمی باشند و هدف آنها نگرش به روابط بین المللی آینده است.^{۱۸} مسایل اجتماعی، سیاسی، توسعه و همکاری معمولاً موضوع بحث این قطعنامه ها است. از همین رو و چنانچه آنها را مبنای بعضی قواعد حقوقی آینده در نظر بگیریم باید آنها را به حقوق برنامه ای تعبیر نمود.^{۱۹} به هنگام تصویب این نوع قطعنامه ها مجمع عمومی وضعیّت مکان ارائه افکار به خود گرفته بیش

۱۰۷. دویوی، مذکور، ص ۱۴۲؛ و نیز رجوع کنید ویرالی، دومین دهه ملل متحد برای توسعه، تفسیر در اطراف حقوق، سالنامه فرانسوی حقوق بین الملل ۱۹۷۰، ص ۳۳-۶.

۱۰۸. دویوی، مذکور، ص ۱۴۴.

109. Droit programmatore, programme d'action, droit prospectif.

از آنچه جنبه حقوقی داشته باشد به دیپلماسی توجه می کند و رفتارهای آتی دول را در نظر می گیرد. "اما با این وجود هدف از صدور این نوع قطعنامه ها پرداختن به سیاست محض هم نیست و مفاد آن جایی بین حقوق و سیاست دارد. از این رو به آن حقوق نرم" اطلاق شده است. علت وجودی آن گسترش روابط بی شمار همه جانبه بین المللی و یا به عبارت دیگر مشکلات حقوق بین الملل کنونی است که همواره راجع به آنها توافق حقوقی متیقن امکان پذیر نیست. قطعنامه های بیانگر حقوق غیرمتبلور در عالم حقوق جای ندارند" و نباید آنها را با قاعده حقوقی اشتباه کرد و یا واجد جنبه حقوقی ناقص دانست چون در صورتی می توان از قاعده حقوقی سخن به میان آورد که واضعان آن اعلام تعهد نمایند، در صورتی که در این قطعنامه ها از دولتها خواسته می شود که مثلاً مساعی خود را در زمینه اموری خاص به کار گیرند اما نتیجه کار مورد سؤال قرار نمی گیرد. به هر حال قطعنامه به هر صورت که باشد عبارت از فرموله کردن و شکل دادن عمومی به اعتقادی درباره اصول روابط بین المللی دولتها است. باید توجه کرد که آنچه فرموله می شود خود قاعده نیست بلکه نشانه قاعده حقوقی و یا عاملی برای پیدایش آن است همچنانکه روند عرف با خود قاعده عرفی متفاوت است، روند عرف مجموع راههایی است که از طریق آن قاعده بوجود می آید و قاعده عرفی محصول روند عرفی است. صدور قطعنامه اعلامی در مجمع عمومی

110. M. Virally, op. cit., p. 200.

111. Soft Law.

در این زمینه رجوع کنید، اف. اوبر، مقاله، مذکور، ص ۲۴۴ و منابع ذیل آن.

۱۱۲. در تأیید این نظر رجوع کنید:

R. Ida, "Formation des normes internationales dans un monde en mutation, critique de la notion de soft law, le droit international au service de la paix, de la justice et du développement", Mélanges, M. Virally, 1991, pp. 333-340.

که به صورت عملکردی در این ارگان درمی آید مکمل منشور و روشن کننده بعضی اصول کلی است که در آن پیش بینی گردیده است و قطعنامه های توصیه ای هم آن «حقوقی» را بیان می دارند که رعایت آن به نفع جامعه بین المللی است و مشروعیت آینده را فراهم می سازد.

● نتیجه:

علیرغم تمامی مساعی انجام شده خلأ قانون و یا قاعده فراگیر در حقوق بین الملل مرتفع نگردیده است. مخالفت بعضی دولتها و وجود مشکلات ناشی از ساختار ویژه جامعه بین المللی دولتها که امروزه به خصوص با خود نمایی مسأله اختلاف فرهنگی ملتها امکان تصمیم گیریهای یک جانبه و همه گیر را ناممکن ساخته تغییر در نظام نرماتیو بین المللی را دور از ذهن نموده است. قانونمندی حقوق بین الملل مانند هر نظام حقوقی دیگر نیاز به حد اقلی از انسجام دارد که دستیابی به آن مشکل است. راههایی که مورد ملاحظه قرار گرفت ناشی از کوچک شدن جهان و تنگ شدن روابط دولتها و مشترکات حقوقی آنها است اما تحوّل اساسی در بنیاد کلاسیک حقوق بین الملل محسوب نمی شود و ماهیت آن را که مبتنی بر حاکمیت دولتها و به زبان ساده تر منافع ملی است تغییر نمی دهد. از سوی دیگر نبودن تفاوتها به معنای نبودن حقوق بین الملل است. اما این تصوّر نیز اشتباه است که حقوق بین الملل فقط تنظیم کننده مناسبات زورمدارانه دولتها است. دولتها می توانند با اعتقادات حقوقی خود از منافع خود و جامعه بین المللی در مجموع آن، دفاع نمایند و رفتارها را شکل دهند.