

The role of treaties in the development of customary law

Mehrdad Nouri¹
Seyyed Baqer Mirabbasi²
Abdul Naeem Shahriari³

Received Date: 2Jan2022
Reception Date: 14Feb2022

Abstract:

When customary law is formulated in the form of a text, the content of these rules generally undergoes changes, either due to the expression of customary rules in the form of natural language, or because we observe the gradual development of these rights. How a set of rules is implemented in domestic and international law is very different. A state that wants to have a new civil law has to pass a law to that effect, and since then a new set of rules has been applied to all the people of the country. Is copied. In international law, the situation is a bit more complicated, because it is not possible to pass a law, in such cases, concluding a treaty is a way to give legal value to the text of the law, this document is not valid for all members of the international community. This can happen at different times, as it is possible that one state will join the international treaty today and another another several years later. They shall not have the same effect as all other States Parties to the present Covenant. Eventually one of the treaty states may reject or withdraw from the treaty

Keywords: Convention, customary law, contract law, international law

¹PhD student, Department of Law, Qeshm International Branch, Islamic Azad University, Qeshm, Iran

²professor of law and political science faculty of Tehran University, Tehran, Iran (corresponding author) mirabbasi@ut.ac.ir

³Assistant Professor, Department of Law, Department of Law, Bandar Abbas Branch, Islamic Azad University, Bandar Abbas, Iran

نقش معاهدات در توسعه حقوق عرفی

مهرداد نوری^۱

سید باقر میرعباسی^۲

عبدالنعیم شهریاری^۳

تاریخ دریافت: ۱۲/۰۹/۱۴۰۰

تاریخ پذیرش: ۲۵/۱۱/۱۴۰۰

چکیده

هنگامی که حقوق عرفی در قالب متنی تدوین می‌یابد، محتوای این قواعد عموماً متحمل تغییراتی می‌گردند، این تغییرات یا منحصر به دلیل بیان مقررات عرفی در قالب زبان طبیعی است، یا بدان جهت است که ناظر بر توسعه تدریجی این حقوق می‌باشیم. چگونگی به اجرا گذاردن یک مجموعه مقررات در حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل 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 می‌گردد. در حقوق بین‌الملل، وضعیت اندکی پیچیده‌تر است، زیرا امکان تصویب قانون وجود ندارد. لذا سوال اصلی این بوده است که نقش معاهدات در توسعه حقوق عرفی چگونه است؟ این پژوهش با روش تفسیری-کیفی و با مطالعه کتابخانه‌ای-اسنادی به این نتیجه می‌رسد که در چنین شرایطی، انعقاد معاهده روشی است برای اعطای ارزش حقوقی به متن تدوین‌کننده قواعد حقوقی. این سند نسبت به تمام اعضای جامعه بین‌الملل معتبر نیست. اعتبار آن منحصر می‌گردد به آنهایی که آن را امضاء کرده‌اند یا به آن پیوسته‌اند. این امر می‌تواند در زمانهای مختلفی صورت پذیرد، زیرا امکان دارد که دولتی امروز به معاهده‌ای بین‌المللی 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. در نهایت ممکن است که یکی از دول عضو معاهده آن را رد یا از آن خارج شود.

کلید واژگان: معاهده، حقوق عرفی، حقوق قراردادی، حقوق بین‌الملل

^۱ دانشجوی دکتری تخصصی، گروه حقوق، واحد بین‌الملل قشم، دانشگاه آزاد اسلامی قشم، ایران

^۲ استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول) mirabbasi@ut.ac.ir

^۳ استادیار گروه حقوق، گروه حقوق، واحد بندرعباس، دانشگاه آزاد اسلامی، بندرعباس، ایران

هنگامی که دولت‌ها مبادرت به انعقاد معاهده‌ای می‌نمایند که تدوین‌کننده قواعد حقوقی در یک موضوع معین است این سؤال مطرح می‌شود که ماهیت قواعد معاهده اعلام‌کننده حقوق عرفی قبلی چیست و وضعیت حقوقی این حقوق عرفی چگونه می‌باشد.

مقررات معاهده اعلام‌کننده یک قاعده عرفی، علی‌الاصول نسبت به دولتهای عضو معاهده معتبر می‌باشد بین دول عضو، این مقررات عرفی نیست که اجرا می‌شود بلکه مفاد معاهده‌ای است که این حقوق عرفی را تدوین کرده و بصورت نوشتار درآورده است. بنابراین، مقررات معاهده تنها قواعدی هستند که ناظر بر روابط بین دول عضو معاهده می‌باشند.¹

بنظر نمی‌رسد که دیوان بین‌المللی دادگستری خوب این مطلب را درک کرده باشد. در قضیه کارکنان سیاسی و کنسولی ایالات متحده آمریکا در تهران، ادعاهای این کشور منحصر بر پایه حقوق معاهدات، مخصوصاً معاهدات وین ۱۹۶۱ و ۱۹۶۳، استوار بود^۲ دیوان اظهار داشت که متون عهدنامه‌های یاد شده تدوین حقوق عرفی می‌باشند.^۳ صرف نظر از اظهارات مندرج در دادخواست آمریکا، دیوان رأی می‌دهد که ایران تعهدات ناشی از معاهدات جاری بین دو کشور و «حقوق بین‌الملل عام» را نقض نموده است.^۴ در قضیه اقدامات نظامی و شبه نظامی در نیکاراگوئه، دیوان دوباره از این نظر دفاع می‌کند که قواعد عرفی همچون قواعد ناشی از معاهده در رابطه بین دول عضو یک معاهده تدوین‌کننده قواعد عرفی قابل اجرا می‌باشند.^۵

این یک اصل است که مقررات ناشی از معاهده اعلام‌کننده عرف خصوصیت‌های خاص حقوق عرفی را پیدا نمی‌کند. بنابراین اگر معاهده‌ای تدوین‌کننده یک قاعده عرفی آمره

¹ cf.: bos, op.cit., le droit international a? l'heure de sa codification (etudes en l'honneur de roberto ago), t.i, p.144

c.i.j., recueil 1980, pp.6,7 et 8

² c.i.j., recueil 1980, p.31

³ c.i.j., recueil 1980, p.44. voir e?galement p.33

⁴ 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 invoque? par la cour in c.i.j., recueil 1986, p.93)

⁵ voir, p.ex., l'art.12 de la convention de 1958 sur le plateau continental

باشد، این قاعده همچنان یک قاعده آمره باقی می‌ماند و نمی‌توان آن را ملغی کرد یا آن را مشروط نمود. در مورد حق شرط باید گفت که ممکن است معاهده تدوین‌کننده قید شرط نسبت به موادی از معاهده که اعلام‌کننده قواعد عرفی هستند را ممنوع نماید. اگر قید شرط ممنوع شده باشد، در صورتی که منظور تغییر قاعده آمره بدین وسیله نباشد دول متعاقد می‌توانند معاهده را مشروط نمایند. مقررات اعلام‌کننده عرف در یک معاهده تدوین‌کننده، در شکل مندرج در این معاهده فاقد ارزش حقوقی نسبت به دول ثالث می‌باشند صرف‌نظر از نگارش و تحریر آنها در معاهده تدوین‌کننده، این مقررات نسبت به دول ثالث به‌عنوان حقوق عرفی قابل اعمال هستند.⁶

در بعضی از معاهدات تدوین‌کننده حقوق عرفی قید می‌شود که قواعد عرفی بین دول متعاقد در مواردی که معاهده وضع مقررات نمی‌کند همچنان اجرا می‌گردند. به‌عنوان مثال، مقدمه عهدنامه وین در مورد روابط سیاسی حاوی عبارت زیر است:

با تأکید بر ادامه اجرای قواعد حقوق بین‌الملل عرفی در مواردی که معاهده حاضر بطور صریح درباره آن وضع مقررات ننموده است.⁷

آن دسته از مقررات معاهده تدوین‌کننده که توسعه تدریجی حقوق عرفی می‌باشند، فقط دارای ماهیتی قراردادی بوده و اعتبار آنها منحصر به دول متعاقد می‌گردد.⁸ در چنین حالتی، معاهده تدوین‌کننده، حقوق عرفی را تغییر می‌دهد و این حقوق دیگر بین دول متعاقد اجرا نمی‌گردد.

در اینجا لازم است این سؤال را مطرح کرد که اگر مدت اعتبار معاهده تدوین‌کننده به انقضاء برسد یا یکی از طرفین معاهده آن را رد نماید چه خواهد شد. می‌توان استدلال کرد که معاهده تدوین‌کننده، حقوق موجود پیشین را ملغی نموده است. در این صورت، با انقضاء مدت اعتبار معاهده یک خلأ حقوقی ایجاد می‌شود و دولتی هم که یک معاهده تدوین‌کننده را رد می‌کند در چنین وضعیتی قرار می‌گیرد. اما واقعیت این است که حقوق

⁶ در این باره نگاه شود به ماده ۳۸ عهدنامه وین در مورد حقوق معاهدات (۱۹۶۹)

⁷ در این جهت نگاه شود به مقدمه‌های عهدنامه وین در مورد روابط کنسولی (۱۹۶۳) و حقوق معاهدات (۱۹۶۹).

⁸ cf.: marek, op. cit., z. a. o? r. v., p. 496

عرفی با انعقاد یک معاهده تدوین‌کننده از جانب چند دولت ملغی نمی‌شود؛ اگرچه این حقوق عرفی دیگر بین دول متعاهد اجرا نمی‌شود ولی همچنان بین سایر اعضای جامعه بین‌المللی قابل اجرا می‌باشد. وقتی که مدت اعتبار معاهده تدوین‌کننده به پایان می‌رسد یا بوسیله یکی از متعاهدین رد می‌گردد، 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). معاهده نسبت به دولی که دیگر عضو آن نیستند از نو اعمال می‌گردد.

رابطه بین عرف و معاهده

اگر ساختار دولت در مقابل تمرکز مطلق قوه مقننه قرار گیرد (مانند کشورهای فدرال) یا بهتر بگوییم میان قوانین و مقررات حقوقی (مقررات عام متخذه از سوی قوه مجریه یا نمایندگان آن) تفکیک دقیقی وجود داشته باشد، در این صورت، برای وضع قواعد حقوقی، یک تدید حدود مشخص اختیارات میان ارکان صلاحیتدار مختلف ایجاد می‌شود تا هماهنگی و وحدت را در مجموعه قلمرو کشور حفظ نماید.

در وهله دوم، اهمیت عمل قانونگذاری در وضع و تدوین دقیق مقررات شکلی است. به منظور تفکیک صحیح قواعد حقوقی از سایر تصمیمات ناشی از ارکان صلاحیتدار، انجام یک عمل قانونگذاری (با آیین‌نامه‌ای) عموماً با "تشریفات سخت همراه است (انتخاب مقامات صلاحیتدار، تعیین قلمرو اجرای قواعد حقوقی در زمان یا در مکان، انتشار آنها و غیره). این تشریفات به دادگاهها اجازه می‌دهد تا کنترل خود را نسبت به اعتبار و قلمرو آن قواعد اعمال کنند.

ساختار خاص جامعه بین‌المللی متفاوت از جامعه داخلی است. در نتیجه، جامعه بین‌المللی نتوانسته است سازوکار کاملی چون جامعه داخلی تدارک ببیند. ویژگی ثانوی روابط بین الملل در طول قرن‌ها، ناگزیر رجوع به عرف را برای تهیه قواعد اصلی حقوقی باعث شده است. با این همه، کشورها از طریق معاهده، اختیار وضع قواعد خاص را که در آن زمان، حقوق نوشته واجد آن خصوصیات و امتیازات بود، برای خود محفوظ داشتند.

جایگاه عرف و معاهده

ماده ۸۳ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری که همواره اعلام‌کننده منابع شکلی حقوق بین‌الملل می‌باشد، به ترتیب، معاهدات عام و خاص و عرف عام و سپس اصول کلی

حقوقی را به عنوان معیارهای حقوقی شناخته که می‌توانند مستند احکام دیوان بین‌المللی دادگستری قرار گیرند. ترتیب متوالی مذکور در ماده ۸۳ از یکسو و قید عبارت "احترام به تکالیف ناشی از معاهدات و سایر منابع حقوق بین‌الملل" در مقدمه منشور ملل متحد از سوی دیگر، موجب گردیده تا برخی از علمای حقوق بین‌الملل معتقد گردند که عرف منزلتی دون معاهده دارد و در نتیجه از اهمیت و ارزش پایین‌تری برخوردار است.

چنین برداشتی صحیح نیست، زیرا در حقوق بین‌الملل موضوعه میان منابع شکلی سلسله مراتب وجود ندارد. بنابراین عرف و معاهده هرکدام برای خود نهادی مستقلند و نمی‌توان برای آنها تقدم و تاخر اعتباری قائل شد.

دیوان بین‌المللی دادگستری خود نیز در برخی از تصمیمات متخذه، اصل برابری حقوقی عرف و معاهده را برسمیت شناخته است: "قواعد این دو منبع حقوق (عرف و معاهده) الزاما یکدیگر را نمی‌پوشانند و دقیقا نمی‌توان گفت مشابه‌اند. حتی اگر یک قاعده قراردادی و یک قاعده عرفی که به موضوع مورد اختلاف فعلی مربوط باشند، دقیقا دارای محتوای واحدی نیز باشند، باز هم دیوان براین عقیده نیست که قاعده عرفی الزاما وجه اعمال خود را در مقابل قاعده قراردادی از دست می‌دهد". (رای مورخ ۷۲ ژوئن ۱۹۹۱ در قضیه اختلافات ایالات متحده امریکا و نیکاراگوئه. همچنین رای دیوان این است که اگر معاهده قابل اجرایی حاکم بر روابط طرفین اختلاف باشد، تنها به آن معاهده توجه می‌کند و عرف موجود را در نظر نمی‌گیرد. اما با در نظر گرفتن منابع اصلی حقوق بین‌الملل، معاهده به‌طور روزافزونی نقش عرف را محدود کرده است. در حالی که در قرن نوزدهم عرف تقریبا منبع انحصاری حقوق بین‌الملل محسوب می‌شد و سهم عظیمی در تهیه قواعد حقوقی داشت، امروزه در برخی از زمینه‌ها در حال اضمحلال است و در برخی دیگر جای خود را به تدریج به قواعد قراردادی داده است. از جمله در زمینه حقوق جنگ، حقوق دریاها و آیین فیصله مسالمت‌آمیز اختلافات بین‌المللی، مخصوصا آیین حقوقی آنها، حقوق بین‌الملل وابسته به حقوق قراردادی است.

بعلاوه صلاحیتهای کشوری در تمام زمینه‌ها از طریق معاهدات محدود شده‌اند. مع ذلك، هنوز قواعد حقوق موضوعه‌ای که براساس قواعد عرفی شکل گرفته باشد،

بسیارند. مثلاً موضوعاتی چون، شناسایی کشورها و سایر اشکال شناسایی بین‌المللی و نیز مسئولیت بین‌المللی کشورها^۹.

آثار متقابل عرف و معاهده

بخش اعظمی از قواعد حقوق بین‌الملل، حاصل آثاری است که عرف و معاهده بر یکدیگر می‌گذارند. این آثار می‌تواند چهار صورت مختلف داشته باشد: اثر ایجاد، اثر اعلامی، اثر تکمیلی و بالاخره اثر تفسیری.

اثر ایجاد

عرف، اعم از عام، منطقه‌ای یا محلی نمی‌تواند هیچ‌گونه اثر ایجاد در تعهدات قراردادی، (اعم از عام یا خاص) داشته باشد. به عبارت دیگر، امکان ایجاد هیچ قاعده قراردادی از طریق عرف نمی‌باشد، زیرا اگر در موضوعی، قاعده عرفی وجود داشته باشد، این قاعده نمی‌تواند به گونه‌ای در انعقاد یک معاهده جدید مؤثر باشد (البته در اینجا مقصود اثر اعلامی عرف در معاهده نیست. به این موضوع بعداً خواهیم پرداخت)، اما بعکس، رفتار عمومی کشورها به موازات و در راستای اجرای یک معاهده می‌تواند موجب سابقه عرفی شده و به تدریج به قاعده عرفی جدیدی تبدیل گردد. بدین صورت ضمن آنکه وجود عرف جدید متأثر از معاهده قدیم است، خود واجد حیات مستقلی است و هر دو قاعده (عرفی و قراردادی) در جهت هدف واحدی که همان اجرای معاهده می‌باشد گام برمی‌دارند (در اینجا منظور اثر تکمیلی عرف در معاهده نمی‌باشد. به این موضوع بعداً خواهیم پرداخت). در نتیجه، کلیه کشورها، اعم از متعاهد یا ثالث، نسبت به معاهده و عرف متعهد می‌گردند. این مطلب مورد تایید رویه قضایی بین‌المللی قرار گرفته است. (رای دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه فلات قاره دریای شمال، مورخ ۰۲ فوریه ۱۹۶۹) ۲-جلوه دیگری از اثر ایجاد معاهده بر عرف که منجر به تشکیل قواعد عرفی جدیدی شده، تحولی است که در سالهای اخیر در نظام سازمان ملل متحد پدید آمده است. این تحول که به موازات اجرای منشور ملل متحد صورت گرفته، ناشی از رویه عمومی ارکان مختلف سازمان و اعضای آن می‌باشد که به تدریج به قواعد عرفی جدیدی تبدیل گردیده‌اند. از جمله این قواعد جدید می‌توان از رویه مجمع عمومی سازمان در اجرای قطعنامه ۷۷۳ مورخ ۳ نوامبر

۵۹۱) قطعنامه معروف به اتحاد برای صلح) و یا رویه شورای امنیت نام برد مبنی بر اینکه امتناع یا عدم حضور اعضای دائم شورا به منزله رای مخالف نمی باشد. در این خصوص، دیوان بین المللی دادگستری در نظریه مشورتی مورخ ۱۲ ژوئن ۱۷۹۱ در قضیه افریقای جنوب غربی یادآور می شود " رویه عمومی سازمان ملل نشان می دهد که امتناع اعضای دائم [شورای امنیت] مانع تصویب یک قطعنامه نمی باشد. برای اینکه عملی، امتناع قلمداد شود، لازم است. که رای منفی دده شود¹⁰."

رویه اخیر شورای امنیت در اعمال دکترین نامحدود بودن صلاحیت شورا، روند شکل گیری قاعده عرفی جدیدی را هموار می کند که خطر جدی برای جامعه بین المللی، مخصوصا کشورهای جهان سوم است. در این رابطه، بر چنین کشورهایی فرض است که قبل از ایجاد آن قاعده، اعتراض خود را رسماً به گوش جهانیان برسانند، تا در آینده، رفتار احتمالی خلاف رویه آنان، نقض حقوق بین الملل عرفی محسوب نگردد، هرچند تصمیماتی که شورای امنیت براساس فصل هفتم منشور اتخاذ می کند، مستقلاً واجد خصیصه الزامی است.

جلوه دیگر اثر ایجاد معاهده بر عرف، تأثیری است که برخی از معاهدات بر تشکیل عرف می گذارند. این دسته از معاهدات، از جمله اعمال موجد سابقه عرفی به شمار می روند و عبارتند از:

(۱) معاهداتی که موجد قاعده حقوقی جدیدی نباشند، مثل مقررات وین مورخ ۹۱ مارس ۵۱۸۱ درباره تقدم و تاخر درجه و مقام نمایندگان دیپلماتیک.

(۲) برخی از معاهدات قراردادی هنگامی که معمولاً میان تعداد کثیری از کشورها به صورت دوجانبه منعقد شوند، قواعد مشابهی که حاکی از اعتقاد حقوقی مشترک آنهاست وضع می کنند و از این طریق باعث بوجود آمدن قواعد عرفی عام می شوند، مثل موافقتنامه های کنسولی و موافقتنامه های استرداد مجرمین¹¹.

¹⁰ - P.M Eisemannet...., Petit manuel de la Juisprudence de la C.I.J.ed.Pedone, 1971, P.209.

¹¹ محمد رضا ضیائی بیگدلی، ماخذ پیشین، ص ۷۶۱

یکی دیگر از آثار متقابل عرف و معاهده این است که معاهده می‌تواند صرفاً بیان و اعلام عرف موجود باشد. امروزه بسیاری از معاهدات و یا حداقل اکثر مقررات آنها، اعلام قواعد عرفی بوده که در زمان انعقاد آن معاهدات مجرا بوده‌اند. این اثر اعلام‌کننده معاهده در واقع همان "تدوین حقوق بین‌الملل" است که مخصوصاً از قرن نوزدهم با شتابی هرچه تمامتر به پیش می‌رود و تدریجاً کلیه قواعد عرفی موجود را به معاهده تبدیل می‌نماید. هدف اصلی تدوین، جایگزینی مقررات عرفی در قالب معاهداتی الزام‌سوم از ماده ۲۵ اتخاذ می‌شود، طرف دعوی از دادن رای خودداری خواهد کرد."

این‌گونه معاهدات در قبال کشورهای متعهد الزام‌آور است، اما اثربخشی آنها نسبت به کشورهای ثالث به دلیل خصوصیت عرفی بودن آنهاست. بنابراین "مقررات اعلام‌کننده عرف در یک معاهده تدوین‌کننده، در شکل مندرجدر این معاهده، فاقد ارزش حقوقی نسبت به دول ثالث می‌باشند. صرف‌نظر از نگارش و تحریر آنها در معاهده تدوین‌کننده، این مقررات نسبت به دول ثالث به عنوان حقوق عرفی قابل اعمال هستند."

ماده ۸۳ عهدنامه وین ۱۹۶۹۱ در زمینه حقوق معاهدات، بیان‌کننده مطلب مذکور است: "هیچ‌یک از مقررات مواد ۴۳ تا ۷۴ مغایر با آن نیست که یک قاعده مندرج در یک معاهده که به عنوان یک قاعده عرفی حقوق بین‌الملل شناخته شده است، برای کشور ثالث الزام‌آور گردد."

اثر تکمیلی

عرف قادر است مکمل معاهده گردد، اعم از اینکه چنین قیدی در معاهده آمده یا نیامده باشد. به بیان دیگر، اگر معاهده در موضوعی ساکت باشد، به عرف رجوع می‌شود. این امر دلالت بر منبع بودن عرف و معاهده دارد. قید مطلب مذکور در معاهده، هیچ‌گونه برتری خاصی به عرف نمی‌بخشد. با این حال در برخی از معاهدات، شاید به جهت تاکید بیشتر، صراحتاً به اثر تکمیلی عرف اشاره شده است. مثلاً در مقدمه عهدنامه وین ۱۹۶۹۱ در زمینه حقوق معاهدات آمده است:

"کشورهای طرف عهدنامه حاضر... با تایید این نکته که قواعد حقوق بین‌الملل عرفی در مسائلی که در این عهدنامه به نظم درنیامده است، همچنان مجرا خواهد بود، به شرح زیر توافق نمودند..."

اثر تفسیری

در صورتی که میان طرفین یک معاهده، اختلافی پیش آید، عرف می‌تواند به عنوان قاعده‌ای جهت تفسیر آن معاهده مورد ارجاع قرار گیرد.¹²

عهدنامه وین ۱۹۶۹ در زمینه حقوق معاهدات، ضمن برشمردن قاعده کلی تفسیر، از جمله مواردی که توجه به آن را جهت تفسیر معاهده لازم و مؤثر می‌داند، "هر قاعده مرتبط حقوق بین‌الملل می‌باشد که در روابط میان طرفین قابل اجراست" (بند ج از جزء سوم ماده ۱۳). بنابراین، عرف به عنوان مهمترین قاعده مرتبط حقوق بین‌الملل می‌تواند در خدمت تفسیر معاهدات قرار گیرد، اعم از اینکه چنین عرفی در زمان انعقاد معاهده موجود بوده یا بعداً در حین اجرای معاهده ایجاد شده باشد.¹³

مبانی وحدت عرف و معاهده

نظریه پردازان مکتب اصالت اراده، عرف را مبتنی بر توافق ضمنی کشورهای می‌دانند که در شکل‌گیری آن قاعده، مشارکت مؤثر و فعال داشته‌اند و معاهده را ناشی از توافق صریح طرفین آن قلمداد می‌کنند. در نتیجه، برای هر دو قاعده یک مبنا می‌شناسند و آن "اراده" است.

از دید آنان، به همین سبب است که عرفهای منطقه‌ای یا خاص فقط کشورهای را ملتزم می‌سازند که در حین شکل‌گیری آن قواعد یا پس از آن رضایت خود را به این امر اعلام کرده باشند و یا معاهدات خاص یا قراردادی تنها طرفین آنها را در قبال یکدیگر متعهد می‌نماید و تاثیری نسبت به ثالث ندارد.

¹² Cavare, Op.cit, p.237 -)

¹³ برای آشنایی بیشتر، رک، دکتر هدایت اله فلسفی، تفسیر و اجراء مقررات حقوق بین‌الملل، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۱۱-۲۱ ص ۵۹۱ و ۶۹۱.

این نظریه، مخصوصاً با فرایند شکل‌گیری عرفهای عام قابل انطباق نیست. این‌گونه قواعد برای کلیه کشورها، حتی آنهایی که در این فرایند شرکت نداشته‌اند حالت تحمیلی دارد. فرضاً اگر نسبت به یک قاعده عرفی عام، اعتراضی بشود، این اعتراض هیچ‌گونه اثر و اعتباری ندارد. در مجموع، طرفداران مکتب اصالت اراده نمی‌توانند وجود این عرفها عام را انکار نمایند¹⁴.

تنها مبنای مثبت نظریه توافق ضمنی ناشی از اعلامیه مشهور دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی در رای مربوط به قضیه لوتوس است: "قواعد حقوقی که کشورها را ملتزم می‌سازد، ناشی از اراده آنهاست. اراده‌ای که در معاهدات یا عرفهای متجلی شده که بطور عموم به عنوان اصول حقوقی پذیرفته شده است". (رای مورخ ۷ سپتامبر ۱۹۲۹) امروزه مکتب اصالت اراده چندان مورد توجه و پذیرش نیست. در مقابل، مبنای عرف و معاهده را می‌توان در یک پدیده جامعه‌شناختی یافت و آن ضرورت‌های اجتماعی است. این ضرورتها موجب می‌گردد تا یک همبستگی و پیوستگی مادی و معنوی میان اعضای جامعه بین‌المللی بوجود آید و در نتیجه عنصر معنوی عرف بر عنصر مادی آن پیشی گیرد.

اعتبار عرف و معاهده

حقوق بین‌الملل که تا مدت‌ها به صورت حقوق عرفی باقی مانده بود، با عمل تدوین، موقعیت خود را از دست نداد و امروزه به موازات معاهده، جامعه بین‌المللی را نظم حقوقی خاصی بخشیده‌اند. در نتیجه، عرف و معاهده به عنوان دو منبع مستقل حقوق بین‌الملل از اعتبار و اقتدار حقوقی برابری برخوردارند. حال ممکن است معاهده‌ای متضمن مقرراتی مغایر با قواعد عرفی باشد و یا برعکس. در چنین وضعیتی، منبع حقوقی که بایست به آن برتری بخشید، کدام است؟ در پاسخ باید اذعان نمود که نمی‌توان هیچ‌گونه راه‌حل عامی در جهت رفع و حل تعارض قواعد مغایر یافت. اما با این همه، در این رابطه، اندیشمندان حقوقی دیدگاه‌های خاصی دارند که می‌توان آنها را به دو دسته متمایز تقسیم نمود:

الف- برخی معتقدند که برای حل تعارض باید فقط اصولی را براساس اصل حسن نیت استخراج و ذکر نمود. این اصول عبارتند از اینکه اولاً ابتدا لازم می‌آید که محتوای عرف و معاهده مورد بررسی و توجه قرار گیرد و آنگاه حقوق موضوعه، "چه در معاهده یا عرف آمده باشد، بر" حقوق نظری^{۱۵} رجحان داده شود. اما اگر کشورها بخواهند بر اصلی که در معاهده آمده تأکید داشته باشند، عرف مغایر معتبر نخواهد بود^{۱۶}.

ب- دسته‌ای دیگر اعتقاد بر آن دارند که اگر منظور از مقایسه اعتبار عرف و معاهده تعیین یک نظام ترجیحی است که در آن قواعد حقوقی اعمال شوند، باید برتری معاهده را بر عرف پذیرفت.

دلیل این امر را آن می‌دانند که چون معاهده بیان‌کننده حقوق خاص می‌باشد بر قاعده عام که از طریق عرف بیان می‌شود، رجحان دارد^{۱۷}. در نتیجه، اگر میان عرف و معاهده مغایرت پیش آید، تعارض باید براساس برتری حقوق خاص بر حقوق عام و برتری حقوق مؤخر بر حقوق مقدم حل گردد^{۱۸}. به این شرح که در مرحله اول، اگر یک قاعده خاص (معاهده) با یک قاعده عام (عرف) در تعارض باشد، رجحان با قاعده خاص است و تقدم و تأخر زمان شکل‌گیری نقشی در این مورد ندارد. با این حال، استثنائاً چنانچه عرف مقدم دارای خصیصه آمره (Jus Cogens) باشد و سپس معاهده‌ای مغایر با آن منعقد گردد، چنین معاهده‌ای از اعتبار "قاعده مؤخر ناسخ قاعده مقدم"^{۱۹} برخوردار نخواهد بود. در مرحله دوم، اگر دو قاعده عرفی یا قراردادی در یک سطح باشند (خاص یا عام)، قاعده موخر ناسخ قاعده مقدم خواهند گردید^{۲۰}.

روند پیدایش عرف بین‌المللی

از جمله اشکالاتی که حقوق بین‌الملل عمومی همواره با آن روبرو بوده است کمبود قواعد عام یا فراگیر است. منبع اصلی این حقوق معاهده و عرف است که بدون ذکر

^{۱۵} Droit Constructif.

^{۱۶} L.Cavare, Op.cit, PP.239-240

^{۱۷} P.Reuter, Droit international Public, ed themis, 1973, P.27.

^{۱۸} L.Delbez, Les Principes generaux du droit international pubic, ed, L.D.J., 1964, p.50.

^{۱۹} Lex Posterior derogat priori.

^{۲۰} L.Delbez, Op.Cit.p.51.

سلسله‌مراتبی در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری به آن اشاره شده است. اما دو منبع فوق‌هیچگاه نتوانسته است نیاز جامعه بین‌المللی را به «قانون» به علت ساختار سیاسی خاص آن مرتفع نماید. اصولاً قرارداد بین‌المللی قانون مشترک طرفهای عقد است. این نکته بجا است و قرارداد منعقد برای طرفها حکم قانون را دارد. اما از آنجا که در هر نظام حقوقی توسعه‌یافته قرارداد یا معاهده خود می‌باید صحیحاً و مطابق قانون منعقد گردد این شیوه تفکر به تنهایی و بدون وجود معیارهای اساسی و قواعد عمومی برای تنظیم قراردادهای بین‌المللی کافی به نظر نمی‌رسد. تا چند دهه گذشته یعنی زمانی که منشور ملل متحد و اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری تنظیم شد منابع مذکور در ماده ۳۸، به‌ویژه 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 توسعه‌یافتگی و تأثیرات آن بر جوامع در حال پیشرفت و عقب‌مانده 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، منبع 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.

اهمیت اراده عمومی دول و تشکیل قواعد عام الشمول

آیا کنسانسو آلیسم همان نقشی را که در برهه‌ای 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 پایه‌گذار قواعدی عام الشمول باشد نیز امری عاجل برای جامعه بین‌المللی کنونی می‌باشد. در

حقیقت هیچیک از دو تئوری را منشأ مطلق (نرماتیویته) قاعده‌سازی در حقوق بین الملل نمی‌توان دانست هریک را باید ذی‌سهم شناخت 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 منافات نداشته است. این همان شیوه‌ای است که مثلاً در رأی فلات قاره دریای شمال بکار رفته و نیز در قضیه خلیج مین^{۲۱} 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..."^{۲۲}

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 مرکب 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 سازمان‌یافتگی جامعه بین المللی را تأمین نمایند. این گذشت به معنای کاستن از واقعیت حاکمیت و آزادی اراده نیست بلکه پشتوانه آن است. حقوق بین الملل قدیم از آنچه سازمان‌یافتگی یا قانونمندی می‌نامیم بهره‌مند 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

^{۲۱} (C.I.J., 12 Nov.1948, arre?t, pp.292-293 .

^{۲۲} C.I.J., Rec., 1986, p.97.

در قالب سازمان های بین المللی، کوشش در تأمین حقوق بشر همکاری در ارتباطات در زمین، دریا و هوا و فضا و امثال آن از پدیده‌های جدید در حقوق بین الملل است و نشانه‌های 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 رابطه‌ای^{۳۳} مسایل آن را نمی‌تواند حل و فصل نماید. اگر استقلال کشورها و حاکمیت آنان در تعیین سرنوشت خود با کنسانسو آلیسم سنخیت دارد اما توسعه از یکسو و همکاری از سوی دیگر نیازمند قواعد بین المللی یکسان است.

حقوق قراردادی نقطه آغاز حقوق عرفی

معاهدات همه‌جانبه بین المللی در پیدایش عرف به سه صورت تأثیر می‌گذارند: اثر مولد، اثر متبلورکننده و اثر اعلامی.^{۲۴}

اثر مولد یا ایجادکننده

عملکرد یا پراتیک دولتها بد از به اجرا درآمدن کنوانسیون، عرف جدید بوجود می‌آورد. از یک معاهده همه‌جانبه 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 غیر عضو یعنی دول خارج از دایره متعاهدان در رابطه با یکدیگر با توجه به عملکرد گسترده، قاعده‌ای قراردادی مجری بین عده‌ای از دول حکم عرف بین المللی خواهد یافت و هردولتی 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 ماده ۶ ارزش نرماتیو پیدا کرده و

^{۳۳} Droit international institutionnel et relationnel

^{۲۴} (Effet generateur, effet cristallisant, effet declaratoire. رجوع کنید، مذكور، ص ۵۵، نیز، E.J.Archage, "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 international public", op.cit., p.130 et seq.

نقطه‌ء آغاز قاعدهء عرفی قرار گرفته است و آیا خطّ متساوی الفاصله^{۲۵} واجد چنین خاصیتی گشته یا نه؟^{۲۶} پاسخ دیوان در این باره به طور کلی مثبت است. دیوان در این زمینه چنین بیان می‌دارد:

"با اعطای نفوذ و اثری که برای مادهء ۶ معاهده در نظر گرفته شده، نظریهء مذکور^{۲۷} به طور یقین آن را به مثابهء قاعده‌ای نرمایتو که پایه و مبنا یا نقطهء آغاز قاعده‌ای قرار گرفته می‌داند، که هرچند در اصل منحصرناشی از معاهده یا قراردادی بوده، اما از آن زمان، در مجموعهء حقوق بین الملل عام داخل شده و اکنون تحت همین عنوان اعتقاد حقوقی^{۲۸} بر آن حاصل شده به نوعی که از این به بعد حتّی به کشورهای که عضو معاهده نیستند و هیچگاه عضو آن نبوده‌اند بار می‌شود. بدیهی است چنین وضعیتی محتمل است و گاهی واقع می‌شود، و حتّی یکی از روشهای شناخته شده است که از طریق آن قواعد جدید حقوق بین الملل عرفی می‌توانند شکل بگیرند، اما نباید آن را سهل الوصل و دانست."^{۲۹}

بنابراین شرایطی وجود دارد: اولاً باید قاعدهء مورد نظر بالقوه و اضماراً جنبهء اساساً نرمایتو داشته باشد و بتواند مبنای یک قاعدهء عمومی حقوق قرار گیرد...^{۳۰} سایر عناصری که عموماً لازم است تا یک قاعدهء قراردادی به عنوان قاعدهء عمومی حقوق بین الملل در نظر گرفته شود آن است که بدون گذشت زمان طولانی، مشارکت بسیار گسترده و حاکی از نمایندگی کافی است به شرط آن که شامل کشورهایایی باشد که به نحو خاصی در مسأله ذینفع هستند.^{۳۱} بنابراین دیوان اصل پیدایش قاعدهء عرفی از طریق قرارداد را مورد تأیید قرار می‌دهد اما شرایطی برای آن ذکر می‌کند، اولاً دارای خاصیتی اساساً قاعده‌زا باشد یعنی قادر باشد پایهء یک قاعدهء عمومی حقوق قرار گیرد، ثانیاً گذشت مدّت 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 شیوهء شکل‌گیری

^{۲۵} La ligne d'e'quidistance
C.I.J., Rec., p.41, par.71.

^{۲۷} نظریهء ارائه شده توسط دانمارک و هلندیه دیوان، مذکور در فوق.

opinio juris^{۲۸}
C.I.J., Rec., 1969, p.41, para.71.^{۲۹}
Ibid., para.72.^{۳۰}
Ibid., para.93.^{۳۱}

قاعده عرفی آسان بدست نمی‌آید 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 می‌دارد:

"دور از واقعیت است که بگوییم دولتها فکر می‌کرده‌اند به یک قاعده حقوق بین الملل عرفی واجد جنبه الزامی (قاعده تساوی فاصله) عمل می‌نمایند."³²

مفهوم اظهارات فوق چنین است که یک معاهده همه‌جانبه می‌تواند خلاف اعتقادات کنسانسو آلیستی 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 کنسانسو آلیستی محدود عرف، هرچند به توافق اراده طرفها اشاره شده 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 بین الملل عرفی نمی‌توان دانست به این علت که دولتها نسبت به آن توافق کرده‌اند و باید به جستجوی آن رفت که عرف بین المللی در زمینه مربوطه چیست، هرآنگاه 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 بین الملل عرفی این امر کفایت نمی‌کند که طرفها روی محتوای قاعده‌ای توافق کنند³³ هرچند دیوان در این قضیه به اعتقاد یا عامل ذهنی³⁴ در ایجاد عرف اهمیت بسیار می‌دهد اما این بار عمل ذهنی مورد بحث مبنای قاعده‌ای قرار گرفته که فراسوی دو کشور معین آمده عموم کشورها را تشکیل می‌دهد. قاعده عدم توسل به زور نه تنها دارای جنبه عرفی در حقوق بین الملل است بلکه یکی از اصول اساسی این حقوق به شمار می‌رود.³⁵ گویی از نظر دیوان اراده دوجانبه نمی‌تواند منفک از اراده همه‌جانبه باشد.

C.I.J., Rec., 1969, p.44, para.76. ³²

C.I.J., Rec., 1986, p.98, para.184. ³³

opinio juris ³⁴

Ibid., p.100, parar.190. ³⁵

بعضی «عرف»ها در حال پیدایش و شکل گیری هستند و در این حالت معاهده می تواند آنها را متبلور (کریستالیزه) و کامل کند و عامل انعقاد آنها گردد. در این صورت عرف نه به حالت عملکرد بعد از معاهده بلکه دفعتاً³⁶ در اثر وضع معاهده و به صرف درج در آن انسجام می یابد و مراحل شکل گیری آن از این طریق درجه کمال می رسد. در قضیه فلات قاره، کشورهای دانمارک و هلند از این نظریه نیز دفاع کردند و معتقد بودن 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 مینه آن تا سال ۵۸ یکسان و یک شکل نبوده، اما ماده ۵۸/۶ با عمل تدوین، حقوق عرفی موجود را که در حال شکل گیری بوده معرفی و متبلور نموده است، آن را یافته و همزمان با معاهده آخرین مرحله شکل گیری آن را کامل کرده است.^{۳۷} دیوان نظریه کریستالیزاسیون یا به عبارتی پیدایش قاعده عرفی در اثر تدوین را علی الاصول می پذیرد^{۳۸} منتهی در قضیه مطرح شده به دلایلی به کریستالیزه شدن قاعده ای اعتقاد ندارد^{۳۹} و آن را فقط در صورتی می پذیرد که از قاطعیت کلی برخوردار باشد، در چنین صورتی است که بر همه اعضای جامعه بین المللی بار خواهد شد.^{۴۰} دیوان معتقد است که قاعده تساوی فاصله که در ماده ۶ آمده است قاعده ای بوده که اعضای کنفرانس هنگام امضا یا تصویب یا الحاق توانسته اند نسبت به آن رزرو قائل شوند. رزرو قائل شدن هم مفهوم مهمی دارد و آن این که قاعده مذکور را از جامعیت در سطح بین المللی ساقط می کند و نشان دهنده آن است که طرفهای معاهده آن را به عنوان قاعده عرفی عام که نتوان نسبت به آن رزروی قائل شد در نظر نگرفته اند. در اینجا دیوان به بعضی قواعد دیگر مندرج در همان کنوانسیون اشاره کرده که غیر قابل رزرو اعلام شده اند (مواد ۱ تا ۳)، مواد مزبور واقعا متبلور یا 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

spontanement³⁶

. C.I.J., Rec., 1969, p.38, para.61³⁷

Ibid., para.62.³⁸

Ibid.³⁹

Ibid., para.62-63.⁴⁰

اعمال، نوع منابع طبیعی، آبهای فوقانی روی فلات، فضای بالای آن می‌باشند؛ نسبت به این قواعد زرو نمی‌توان قائل شد و بنابراین جنبه عمومی خواهند داشت و بر کشورهای غیر عضو کنوانسیون هم بار می‌گردند. در جای دیگر در قضیه فلات قاره تونس-لیبی نیز دیوان بین‌المللی دادگستری به متبلور شدن قاعده حقوق بین‌الملل عرفی از طریق تکمیل آن با معاهده همه‌جانبه اشاره کرده می‌گوید:

"یک ماده طرح کنوانسیون را نباید نادیده گرفت چنانچه همه اعضای جامعه بین‌المللی را با یکدیگر مرتبط سازد چون بیان‌کننده و متبلورکننده یک قاعده حقوق عرفی موجود یا در حال شکل‌گیری است."⁴¹

پیش از آن کنوانسیون وین راجع به حقوق معاهدات مورخ ۱۹۶۹، در ماده ۳۸ مسأله ۳۸ تبلور قاعده عرفی توسط قرارداد بین‌المللی را مورد توجه قرار داده در این باره گفته است: "هیچیک از مقررات مندرج در مواد ۳۴ تا ۳۷^{۴۲} مانع از آن نیست که یک قاعده مندرج در یک معاهده که به عنوان یک قاعده عرفی در حقوق بین‌الملل شناخته شده است، برای کشور ثالثی الزام‌آور گردد."

تشکیل قاعده عام‌الشمول از طریق معاهده در قضایای دیگری نیز مورد تأیید دیوان بین‌المللی 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 بین‌المللی هستند، آن توان را داشته‌اند که موجودیتی ایجاد کنند که دارای شخصیت بین‌المللی عینی بوده و نه فقط شخصیتی که مورد قبول اعضای اولیه باشد."^{۴۳}

در این حالت معاهده صرفاً به بیان و اعلام عرف کامل موجود می‌پردازد. مقررات کنوانسیونهای ژنو حقوق دریا مورخ ۱۹۵۸ و کنوانسیون مونته‌گوبه ۱۹۸۲ راجع به

⁴¹ C.I.J., Rec., 1982, p. 38, para.24.

^{۴۲} مواد ۳۴ تا ۳۷ کنوانسیون حقوق معاهدات در بخش چهارم تحت عنوان «معاهده و دول ثالث» جای دارد. در ماده ۳۴ پیش‌بینی شده است که معاهده برای دولت ثالث بدون رضایت او نه تعهدی و نه حقوقی ایجاد می‌کند. ماده ۳۵ از معاهداتی نام می‌برد که در آنها تعهداتی برای کشور ثالث پیش‌بینی گردیده و ماده ۳۶ نیز معاهداتی را ذکر می‌کند که در آنها حقوقی برای دولت ثالث در نظر گرفته شده است.

آزادی دریاها عبور بی‌ضرر 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 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.^{۴۴} 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^{۴۵} 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 می‌کند و مورد دوم به تدوین آن می‌پردازد. همانطور که ماده ۱۵ اساسنامه کمیسیون حقوق بین الملل اعلام داشته است توسعه تدریجی حقوق بین الملل شامل مواردی است که غرض انعقاد معاهده‌ای راجع به موضوعاتی است که هنوز توسط حقوق بین الملل تنظیم نگردیده‌اند 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 زمینه‌هایی که عملکرد قابل توجهی از سوی دولتها وجود دارد یا سوابق و یا عقاید علمی موجود است تنظیم نمود.

^{۴۴} C.I.J., Rec., 1973, p.18, para.36; 1980, p.31, para, 62; 1985, p.29, para.26.

^{۴۵} C.I.J., Rec., 1986, p.99, parar 187-188.

- ۱- قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران، نشر میزان، کدخدایی، عباس ۱۳۸۴
- ۲- ساختار و حقوق اتحادیه اروپایی، تهران، نشر میزان، نوری، محمدعلی ۱۳۸۰
- ۳- اصول قراردادهای بازرگانی بین المللی (تدوین: موسسه بین المللی وحدت حقوق خصوصی رم)، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۸
- ۴- ارسطو، سیاست، ترجمه دکتر حمید عنایت (تهران، امیرکبیر، ۱۳۵۸).
- ۵- مجموعه عهدنامه‌های تاریخی ایران از عهد هخامنشی تا عصر پهلوی (۵۵۹ قبل از میلاد تا ۱۹۴۲ میلادی برابر با ۱۳۲۰ شمسی)، گردآوری ع. وحید مازندرانی (انتشارات وزارت امور خارجه، ۱۳۵۰)
- ۶- سید باقر میر عباسی، حقوق بین الملل عمومی (تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۶) ج ۲
- ۷- محمد حمید الله، نامه‌ها و پیامهای حضرت محمد (ص) و اسناد صدر اسلام، ترجمه دکتر سید محمد حسینی (تهران، سروش، ۱۳۷۴).
- ۸- مجید خدوری، جنگ و صلح در قانون اسلام، ترجمه سید غلامرضا سعیدی (تهران، اقبال و شرکاء، ۱۳۳۵)
- ۹- ترمینولوژی حقوق بین الملل (سیری، ۱۹۶۰).
- ۱۰- غلامرضا علی بابائی، فرهنگ علوم سیاسی (تهران، شرکت نشر و پخش ویس، ۱۹۶۹) کتاب اول.
- ۱۱- آنتونیو کاسسه، حقوق بین الملل در جهانی نامتحد، ترجمه مرتضی کلانتریان (تهران، دفتر خدمات حقوقی بین المللی، ۱۳۷۰).
- ۱۲- سید باقر میرعباسی «حقوق سازمان‌های بین المللی» مبحث جامعه ملل.
- ۱۳- محمد علی حکمت، حقوق عام ملل (تهران، انتشارات شرکت سهامی چهر، ۱۳۳۱)
- ۱۴- مجموعه قوانین بین المللی کار (۱۹۳۹) (سازمان بین المللی کار، ۱۹۴۱).
- ۱۵- شارل روسو، حقوق بین الملل عمومی، ترجمه محمد علی حکمت (۱۳۷۰) ج ۱، چهل و هشتمین گزارش سالیانه کمیسیون حقوق بین الملل، ص ۱۱۷۴-۱۴۴
- ۱۶- سازمان ملل. مجموعه معاهدات، ج ۱۱۱۵، ص ۳۳۱ و مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین المللی، سال ۱۳۶۶، ج ۸.

۱۷- سید باقر میرعباسی، حقوق بین الملل عمومی (تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۶) ج اول
 ۱۸- ایو دوده، تفسیر ماده ۱۳، بند ۱، حرف «الف» منشور در: پیرکت و آلن پلت، شرح و
 تفسیر مواد منشور،

۱۹- دکتر محمد رضا ضیایی بیگدلی، حقوق بین الملل عمومی، چاپ هشتم، تهران، گنج
 دانش.

تأملی بر عرف بین المللی، ترجمه دکتر اردشیر امیر ارجمند، مجله تحقیقات حقوقی،
 انتشارات دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ش ۴۱-۳۱، از پاییز ۲۷ تا تابستان
 ۳۷، ص ۷۶۳-۸۶۳.

۲۰- مبانی تئوری، آنزیلوتی، دروس حقوق بین الملل، چاپ سوم، رم، ۱۹۲۸.

۲۱- ک. آ. کلیار، نهادها روابط بین الملل، چاپ ششم.

۲۲- دکتر سید علی هنجنی، «تحولات پیدایش عرف» همانجا، صفحه ۲۲۴-۲۳۴،

۲۳- آرتور نوس بام «تاریخ مختصر حقوق بین الملل»، زیر نظر متین دفتری (بی تا).

منابع لاتین

- 1-Arnold N. Pronto, 2008, Some Thoughts on the Making of International Law, *The European Journal of International Law Vol. 19 no. 3 © EJIL 2008; all rights reserved*
- 2-- Wang Tieya, International Law in China: Historical and Contemporary Perspectives, R.C.A.D.I. Tome 221, 1990(II), p.212 et s; W.A.P. Martin, "Les Vestiges d un Droit International Dans l ancienne Chine" *Revue de Droit International et de Legislation Compare*, Vol. XIV, 1882, P.227-242.
- 2-H. Chattejee, International Law and Inter-State Relations in Ancient India, 1958; T.B. Mukerjee, Inter-State Relations in Ancient India, 1967; N. Singh, History of the Law of Nations Regional Development: South and South-East Asia, *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 7, p.237-252.
- 3- N. Singh, op.cit., p.239; N Singh, The Machinery and Method for Condct of Inter-State Relations in Ancient India, *International Law at Ltime of Perplexity-Essays in Honour of SH. Rosenne*, Martinous Nujhoff Publishers, 1989, p.852.

- 4- Guggenheim, Contribution a L'histoire Des Sources Des Du Droit Des Gens,R.C.A.D.I., Tome 94(1958)p 56 and Traite de Droit International Public,p 117.
- 5- A.S.EL-Kosheri, History of the Law of National Regional Developments:Islam,Encyclopedia of Public International Law.(North Holland,1984)Vol.7,p.226-227.
- 6- Cf.H.Otsuka, Japan's Early Encounter with the Concept of the Law of Nations, Japanese Annual of International Law, Vol.13, 1969, p.65.
- 7-cf.C.H.Alexanderowicz,Treaty and Diplomatic Relations Between European and South Asian Power in the XV II th and XVIII th.Centuries.,R.C.A.D.I.,Tome 100,1960,p207 et s.
- 8- cf.M.Lachs, Le Developpement et les Fonctions Des Traite Multilateraux,R.C.A.D.I.Tome 92,1957(II),p.234-235r.
- 9- cf.Y.L.Liang,Le Developpement et La Codification du Droit International,R.C.A.D.I. Tome 73,1948(II),p.422.
- 10- H.V.Mangoldt and Others,The United National System and its Predecessors(Oxford University Press,1997)Vol.I,p.1063-1104.
- 11- M.Lachs,Quelques Reflexions Sur La Communauté Internationale,in Melange M.VIRALLY, Paris,Pedone,1991,p.355.
- 12- cf"Loeuvre De La Commission du Droit International" in:Le Droit International a Laube du XIXe Siecle...op.cit.,p.27,note 58;cf aussi:knapp,A Commentary of Article 102,in: B.Simma;The Charter of the U.N.A Commentary(Oxford University Press,1995)p. 1113.