

گریگوری تانکین

GRIGORY TUNKIN

مترجم: دکتر سید فضل اللہ موسوی



حقوق بین الملل عام،

تنها حقوق عرفی است؟





پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
رتال جامع علوم انسانی

پروفسور گریگوری تانکین، سرپرست سابق گروه حقوق بین‌الملل دانشکده حقوق دانشگاه دولتی مسکو و عضو شورای نویسندگان مجله اروپایی حقوق بین‌الملل بود. وی در اوت ۱۹۹۳، درست کمی پس از ارائه این مقاله به مجله اروپایی حقوق بین‌الملل، چشم از جهان فرو بست. هیأت تحریریه بر آن شد که برای بزرگداشت متواضعانه یاد وی این مقاله را منتشر کند.

مقاله حاضر تحت عنوان «Is General International Law Customary Law Only? از نشریه: *European Journal of International Law* (Vol. 4, No. 4, 1993, pp. 534-541)

انتخاب و ترجمه شده است.

۱. ملاحظات مقدماتی

آیا حقوق بین‌الملل عام، تنها حقوق عرفی است؟ در بادی امر چنین به نظر می‌رسد که این مسأله صرفاً یک مطلب نظری است، در حالی که چنین جهش‌های عظیمی که در زمینه حقوق بین‌الملل در قرن بیستم روی داد، هرچند باعث خشنودی است، ولی پاسخگوی نیازهای جامعه بین‌المللی به مقررات قانونی نبوده است. اعلام دهه نود توسط مجمع عمومی سازمان ملل به عنوان دهه حقوق بین‌الملل، گواه بر این است که جامعه بین‌المللی به نیاز فوری خود برای توسعه همه‌جانبه حقوق بین‌الملل و ضرورت گام برداشتن در جهت کارایی افزون‌تر آن آگاهی دارد، و همین امر بیش از هر چیز دیگر بسط بیشتر حقوق بین‌الملل عام را، که پایه اصلی کل سیستم حقوق بین‌الملل است، به دنبال داشته است. سؤال این است که آیا بایستی برای توسعه حقوق بین‌الملل عام فقط به عرف تکیه کرد، یا اینکه دستیابی به این هدف از طریق معاهدات چندجانبه نیز امکان‌پذیر است؟

مسأله مهم دیگر این است که آیا باید در راستای تلاش برای ایجاد یک نظم نوین جهانی بر مبنای قواعد حقوقی، امکان پذیرش یک معاهده بین‌المللی

را به عنوان نوعی قانون اساسی جامعه بین‌المللی منتفی دانست؟ امید است که باز شدن این دو مسأله به خوبی بتواند اهمیت عملی و سیاسی فراوان این بحث را منعکس سازد.^۱

۲. نظریه غالب

چند قرن پیش که برای نخستین بار علم حقوق بین‌الملل پدیدار گردید، واضح بود که حقوق بین‌الملل عام، که آن زمان در حقوق بین‌الملل اروپایی خلاصه می‌شد، فقط مبتنی بر حقوق عرفی است. در آن زمان حتی یک معاهده بین‌المللی که کلیه کشورهای اروپایی را دربر گرفته و یا با چنین قصدی تنظیم شده باشد، وجود نداشت و معاهدات فقط مقررات بین‌المللی خاصی را ایجاد می‌کردند. در این زمینه «واتل» می‌نویسد:

«همین که روشن شد یک معاهده فقط برای طرفهای آن الزام‌آور است، نتیجه گرفته می‌شود که حقوق بین‌الملل معاهده‌ای، حقوقی عام و جهانی نیست بلکه حقوقی محدود و خاص است.»^۲

این نظر که اکنون نیز نظری غالب است، این نتیجه ضروری را به دنبال دارد که معاهدات بین‌المللی فقط موجد قواعدی خاص هستند. حقوق بین‌الملل عام فقط حقوق عرفی است و قواعد و مقررات ناشی از یک معاهده، حتی اگر کلیه کشورهای جهان هم عضو آن باشند، برای برخورداری از اعتبار قواعد حقوق بین‌الملل عام، نیازمند اجماع همه کشورهای مزبور است. به عبارت دیگر، مقررات یک معاهده برای اینکه در زمره قواعد حقوق بین‌الملل عام شناخته شوند باید به قواعد عرفی تبدیل گردند.

این نظر توسط بیشتر علمای حقوق بین‌الملل پذیرفته شده است. به عنوان نمونه، «باکستر» در سخنرانی خود در آکادمی لاهه تحت عنوان

۱. من تا اندازه‌ای این مسأله را در مقاله «سیاست، حقوق و قدرت در نظام روابط بین‌کشورها» مورد بررسی قرار داده‌ام (219 RdC (1989), 235).

2. E. Vattel: *Law of Nations* (1960), 24.

«معاهدات و عرف» عبارت «حقوق بین الملل عام» را بکار نمی برد.^۳ «براونلی» نیز از «حقوق بین الملل عرفی (یا عام)» صحبت می کند^۴، که از آن یکی نبودن معاهده و حقوق بین الملل عام مستفاد می گردد.^۵

3. Baxter: «Treaties and Custom», 129 RdC (1970), 33.

4. Brownlie: «Problems Concerning the Unity of International Law», in A. Giuffrè (ed.), *International Law in the Time of its Codification, Essays in Honour of Roberto Ago* (1987), Vol. I, 154

۵. پروفیسور سوزان باستید معتقد است که «معاهده می تواند قاعده عرفی را تغییر دهد و از سوی دیگر مبنایی برای ایجاد قاعدهای عرفی باشد». رک:

S. Bastid: *Les traités dans la vie internationale: conclusion et effets* (1985).

در همین راستا پروفیسور یاس می نویسد: «نوعی از رویه دولتها که باید در زمینه عرف یادآوری گردد رویه معاهده ای است. در واقع، رویه معاهده ای در ایجاد عرف به نوعی اثرگذار است، همان گونه که در ماده ۳۸ کنوانسیون وین در خصوص حقوق معاهدات مقرر گردیده است: هیچ یک از ترتیبات مقرر در مواد ۳۴ تا ۳۷، مانع از آن نیست که قاعده مندرج در یک معاهده، که بمعنای یک قاعده عرفی حقوق بین الملل شناخته شده است، برای کشور ثالثی الزام آور گردد». رک:

N. Boss: *A Methodology of International Law* (1984), 67.

به نظر جیولیانو: «قواعد حقوق بین الملل یا عام و عرفی اند و یا خاص و معاهده ای». رک:

N. Giuliano: *Diritto Internazionale* (1974), 235.

پروفیسور دی یز دو ولاسکو بر این باور است که عملاً کل حقوق بین الملل عام، متشکل از قواعد عرفی و اصول کلی حقوق است و دیگر آنکه «حقوق بین الملل قراردادی جهانشمول نیست». رک:

M. Díez de Velasco: *Instituciones de derecho internacional publico* (1985), 84.

پروفیسور کاریلو سالسدو بر نقش معاهدات چندجانبه عام «بمعنای مناسب ترین ابزار توسعه و تدوین حقوق بین الملل» تأکید می گذارد. رک:

J. A. Carillo Salcedo: *El derecho internacional en un mundo en cambio* (1984), 108.

وی در همین حال خاطر نشان می کند که: «عدم وجود نهاد قانونگذاری باعث می شود که قواعد حقوق بین الملل اساساً دارای طبیعت عرفی باشند» (ص ۱۰۵).

بعضی از نویسندگان غربی این دیدگاه قدیمی را که حقوق بین الملل عام فقط حقوق عرفی است، تا حدودی کنار نهاده اند. برای مثال، کلسن در سال ۱۹۵۲ این گونه نوشت: «اصطلاح حقوق بین الملل عام به آن دسته از قواعد حقوق بین الملل اطلاق می گردد که برای کلیه کشورهای جهان معتبر هستند، در حالی که عنوان حقوق بین الملل خاص معرف دسته ای دیگر از قواعد حقوق بین الملل است که تنها برای کشورهای خاصی اعتبار دارند. حقوق بین الملل عام بمعنای واقعی عینی، حقوق عرفی است، به لحاظ اینکه معاهدات در اصل برای کشورهای عضو آنها الزام آورند، و معاهده ای را نمی توان یافت که توسط کلیه کشورهای جهان منعقد شده باشد یا اینکه همه آنها به آن متعهد باشند. بنابراین، فقط حقوق بین الملل عرفی است که حقوق بین الملل عام را تشکیل می دهد نه حقوق بین الملل عام معاهده ای». رک:

H. Kelsen: *Principles of International Law* (1952), 188.

عبارت «به عنوان واقعی عینی» به این معنی است که کلسن این مطلب را نفی نمی کند که قواعد حقوق بین الملل عام ممکن است خصلت معاهده ای داشته باشند، اما در عین حال می گوید که در عالم واقع هیچ معاهده ای وجود ندارد که کلیه کشورهای جهان عضو آن باشند. لاتر پاخت در هشتمین چاپ کتاب اوینهایم با بیان این مطلب گامی جلوتر نهاد: «حقوق بین الملل جهانی هنگامی تولد می یابد که کلیه

متأسفانه، همان‌طور که انتظار می‌رفت، دیوان بین‌المللی دادگستری نیز در تثبیت و ریشه‌دار شدن این نظر سهم داشته است. دیوان در قضاوت تاریخی خود در مورد قضیه نیکاراگوئه چنین اظهار نظر می‌کند:

«صرف توافق دو کشور در مورد درج قاعده خاصی در یک معاهده، جهت الزام آور بودن آن برای طرفین کفایت می‌کند؛ ولی در مورد حقوق بین‌الملل عرفی نظر مشترک طرفین نسبت به محتوا یا مفاد آنچه به عنوان یک قاعده پذیرفته‌اند، کافی نیست و دیوان باید قطع پیدا کند که وجود آن قاعده به عنوان قاعده حقوقی حاکم بین کشورها در عمل نیز مورد تأیید واقع شده است یا خیر.»^۶

نظرات مشابه دیگری را نیز می‌توان در آراء دیگر دیوان یافت.^۷

در واقع، نظر غالب در این زمینه به این نتیجه رهنمون می‌گردد که دو رشته یا دو مجموعه حقوق بین‌الملل مجزا و واقعاً مستقل وجود دارد: یکی

→ اعضای خانواده ملت‌ها، یا عملاً تمامی آنها، عضو چنین معاهداتی شوند... بسیاری از معاهدات قانون‌ساز منعقد، در بردارنده حقوق بین‌الملل عام هستند، زیرا اکثریت کشورها، از جمله قدرتهای پیشرو، عضویت آن معاهدات را پذیرفته‌اند. رک:»

L. Oppenheim, H. Lauterpacht (ed.): *International Law* (1955), 28.

به این ترتیب، لاتریخت وجود قواعد قراردادی را در حقوق بین‌الملل عام تصدیق کرده است، ولی این نظر هرچند گامی به جلو محسوب می‌شد اما کافی نبود. فردروس نیز تغییر عمده‌ای را در دیدگاه خویش پذیرفت. وی در چاپ ۱۹۵۹ کتاب خود از منشور سازمان ملل متحد به عنوان معاهده یاد کرد و در نتیجه آن را در زمره حقوق بین‌الملل خاص طبقه‌بندی نمود. رک:»

A. Verdross: *Völkerrecht* (1959), 555.

ولی در ۱۹۷۳ همین حقوق‌دان در مورد منشور می‌گوید: «شاید بتوان منشور را به عنوان قانون اساسی جهانی قلمداد کرد، زیرا این سند چنین قابلیت را دارد که تقریباً جهانی گردد». رک:»

A. Verdross: *Die Quellen des Völkerrechts* (1973), 21.

خیمنز دو آرشاگا خاطر نشان کرده است که: «... تقابل یا تفکیک بین حقوق بین‌الملل معاهده‌ای و حقوق بین‌الملل عرفی امری نیست که بتوان آن را به‌طور قطع و جزم روشن یا اعمال نمود، زیرا قاعده مندرج در یک معاهده ممکن است فی نفسه یک قاعده حقوق عرفی باشد یا بشود. به این ترتیب، تفکیک و مرزبندی قطعی بین این دو، به نحوی که برای هر یک از آنها محدوده خاص و غیرقابل نفوذی را قائل شویم، کاری نادرست است». رک:»

Jimenes de Arechaga: «*International Law in the Past Third of a Century*», 159 *RdC* (1978), 13.

۶ قضیه مربوط به اقدامات نظامی و شبه‌نظامی در نیکاراگوئه و علیه آن کشور، گزارشهای ICJ (۱۹۸۶)، بند ۱۸۳.

۷ به عنوان مثال رک: قضایای فلات قازة دریای شمال، گزارشهای ICJ (۱۹۶۹)، بند ۷۰.

حقوق عرفی و دیگری حقوق معاهده‌ای. حقوق بین‌الملل عام به وسیله معاهدات بین‌المللی و حقوق بین‌الملل معاهده‌ای نیز از طریق عرف تغییر و تحول پذیر نیست؛ و این دیدگاهی است که با واقعیت‌های کنونی حقوق بین‌الملل در تعارض آشکار است.

۳. معاهدات چندجانبه عام

با ظهور معاهدات چندجانبه عام به عنوان نوع جدیدی از معاهدات چندجانبه، ارتباط بین حقوق بین‌الملل عام، حقوق بین‌الملل عرفی و حقوق بین‌الملل معاهده‌ای چهره بدیع و تازه‌ای به خود گرفته است. امروزه برخی از معاهدات چندجانبه به خاطر ضرورت حل مشکلات جهانی به صورت یک سند قانونی شبه بین‌المللی درآمده‌اند. آن‌گونه که از مذاکرات انجام شده در جریان تنظیم و تدوین مواد حقوق معاهدات در سالهای ۱۹۶۲ تا ۱۹۶۶ برمی‌آید، در آن زمان کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل به وجود مفهوم جدید و مهمی در حقوق معاهدات پی برده بود که در ابتدا ماهیت آن شناخته و روشن نبود.

در اولین گزارش مخبر ویژه این کمیسیون یعنی والدوک* که در سال ۱۹۶۲ منتشر شد، عبارت «معاهده چندجانبه عام» وجود نداشت. اما به نظر وی باید در این زمینه کاری صورت می‌گرفت و لذا وی پیشنهاد کرد که معاهدات چندجانبه به دو دسته تقسیم شوند: یکی آن دسته از معاهدات که فقط به معدودی از کشورها مربوط می‌شوند، و دسته دوم آنهایی که متضمن منافع کلیه کشورهای جهان هستند. وی در خلال مباحثات، برای دسته نخست عنوان «معاهدات چندجانبه محدود»** و برای دسته دوم «معاهدات چندجانبه گسترده»*** را پیشنهاد کرد.^۸

* Waldock

** Plurilateral Treaties

*** Multilateral Treaties

۸. رجوع کنید به 77, (1962) ILC Yearbook.

عبارت «معاهده چندجانبه عام» در جریان مذاکرات مطرح نشد و به این صورت پیش نویس ماده به کمیته تهیه پیش نویس ارجاع گردید. عبارت مذکور برای نخستین بار در گزارش کمیته تهیه پیش نویس به کمیسیون حقوق بین الملل دیده می شود. دقیقاً به خاطر ندارم که در کمیته پیش نویس چه کسی این عبارت را پیشنهاد کرد اما احتمالاً پیشنهاددهنده بایستی خود شخص والدوک بوده باشد. متن پیشنهادی کمیته تهیه پیش نویس از این قرار بود:

«منظور از "معاهده چندجانبه عام" معاهده چندجانبه ای است که مربوط به قواعد عام حقوق بین الملل بوده و یا موضوعاتی را دربر دارد که مورد علاقه و حمایت کلیه کشورهاست.»⁹

متن مذکور عیناً مورد تصویب قرار گرفت و در پیش نویس موادی که جهت اظهار نظر دولتها ارسال شد، منعکس گردید. دولتهای ایالات متحده آمریکا و انگلستان پس از بررسی پیش نویس ارسالی کمیسیون، مخالفت خویش را نسبت به این ماده اعلام نمودند و نتیجتاً این مطلب از پیش نویس نهایی حذف گردید.¹⁰

گفتنی است که موضوع اصلی مربوط به رابطه بین حقوق بین الملل عرفی و حقوق بین الملل معاهده ای در این کمیسیون تحت الشعاع یک جنگ سرد سیاسی قرار گرفت. متن پیش نویس نخست چنین مقرر می داشت:

«هر کشوری می تواند به عضویت یک معاهده چندجانبه عام درآید مگر اینکه در خود معاهده و یا در قواعد موضوعه یکی از سازمانهای بین المللی طریقه دیگری پیش بینی شده باشد.»¹¹

اما در آن زمان قدرتهای غربی خصوصاً ایالات متحده آمریکا با شرکت آلمان شرقی، جمهوری خلق کره و جمهوری دموکراتیک ویتنام در چنین معاهداتی شدیداً مخالف بودند.

9. *ILC Yearbook* (1962), 239.

10. برای مطالعه جزئیات بیشتر رک:

G. Tunkin: *Theory of International Law* (1974), 137 - 142.

11. *ILC Yearbook* (1962), II, 167 - 168.

بنابراین، عنوان معاهدات چندجانبه عام نتوانست در کنوانسیون حقوق معاهدات ۱۹۶۹ جایی برای خود باز کند، در حالی که منظور اصلی از کل روند تدوین و توسعه تدریجی حقوق بین‌الملل این بود که با بهره‌گیری از ابزار معاهدات چندجانبه عام که توانایی ایجاد وحدت، توسعه و تغییر حقوق بین‌الملل عام را در خود داشت، به این هدف دست یابد. قاضی «روبرتو آگو» که یکی از هواداران جدی تدوین حقوق بین‌الملل است، سالها قبل به درستی اظهار داشت که تدوین چیزی نیست جز «تدوین حقوق بین‌الملل عام»^{۱۲}. اینجانب در طول عضویت خود در کمیسیون حقوق بین‌الملل از ۱۹۵۷ تا ۱۹۶۷ هرگز به یاد ندارم که اعضای کمیسیون کمترین تردیدی در این مورد کرده باشند که مأموریت ما تهیه پیش‌نویس موادی است که قرار است بخشی از حقوق بین‌الملل عام را تشکیل دهد و از این روست که کمیسیون عناوین «حقوق بین‌الملل عام» و «حقوق بین‌الملل عرفی» را هرگز در یک معنا و به‌طور مترادف بکار نبرد.

در پی تدوین و توسعه تدریجی حقوق بین‌الملل، شماری از معاهدات چندجانبه عام به عنوان بخشی از حقوق بین‌الملل عام درآمده‌اند و یا بزودی درخواهند آمد^{۱۳}. به عنوان مثال، پیمان ۱۹۲۸ بریان - کلوگ* را در نظر بگیرید که منع توسل به زور محور اصلی آن بود. این قاعده حق دولتها برای دستیابی به جنگ را، که برای قرن‌ها در حقوق بین‌الملل وجود داشت، لغو کرد و قبل از جنگ جهانی دوم به عنوان یک قاعده حقوق بین‌الملل عام درآمد. این دگرگونی

12. R. Ago: «La Codification du droit international et les problèmes de sa réalisation», *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim* (1968), 97.

۱۳. این نظر برای نخستین بار در سال ۱۹۵۸ توسط اینجانب ابراز شد. رک:

«40 Years of Coexistence and International Law», *Soviet Yearbook of International Law* (1958), 19.

بعداً این نظر در دیگر نوشته‌هایم بسط یافت. همچنین رک:

N. Ulyanova: *Obshie mnogostoronnnye dogovory v sovremennykh mejdunarodnykh otnoshenyakh* (معاهدات چندجانبه عام در روابط بین‌الملل معاصر)، ۱۹۸۱.

در آن زمان طرح چنین نظری بیشتر به یک پیشگویی شبیه بود، تا اینکه بعداً به وسیله رویه کشورها مورد تأیید قرار گرفت.

* Briand-Kellog

تاریخی در حقوق بین الملل عام مرهون یک معاهده بین المللی است. نمونه بارز دیگر، منشور سازمان ملل متحد است که با اعلان ممنوعیت استفاده از زور و تهدید در روابط بین کشورها و نیز نوآوریهای دیگر، از پیمان بریان - کلوگ بسیار فراتر رفت. اصول منشور همان مبانی اساسی حقوق بین الملل عام معاصر است، کما اینکه بیانیه ۱۹۷۰ اصول حقوق بین الملل راجع به روابط دوستانه و همکاری میان کشورها در چارچوب اصول منشور ملل متحد نیز اشعار می‌دارد: «اصول منشور ملل متحد که در این بیانیه گنجانیده شده‌اند، اصول اساسی حقوق بین الملل را تشکیل می‌دهند...»

از نمونه‌های مناسب دیگر می‌توان از کنوانسیون وین ۱۹۶۱ در مورد روابط دیپلماتیک و کنوانسیون وین ۱۹۶۹ در مورد حقوق معاهدات نام برد. اینجانب به عنوان عضوی از اعضای کمیسیون حقوق بین الملل در تنظیم پیش‌نویس مواد این کنوانسیون‌ها شرکت داشتم و به خاطر دارم که در آن مقطع هیچگاه از نوآوری در قواعد موجود حقوقی، که به جهت تغییر اوضاع و احوال ضروری می‌نمود، ابایی نداشتیم و گواه این مدعا نیز این است که در هر یک از دو کنوانسیون مذکور این نوآوریها به چشم می‌خورد و همین امر باعث شده که گرچه تا به حال کلیه کشورها به عضویت این دو کنوانسیون در نیامده‌اند ولی قواعد آنها به عنوان قواعد حقوق بین الملل عام مورد توجه قرار گرفته است.^{۱۴}

در اینجا این پرسش مطرح می‌گردد که چگونه ممکن است مقررات بعضی از این معاهدات چندجانبه عام برای کشورهای غیر عضو الزام‌آور گردد؟ اولاً چنین معاهداتی امکان شرکت کلیه کشورها را پیش‌بینی کرده‌اند؛ ثانیاً گرچه کلیه کشورها عضو این معاهدات نیستند اما مقررات آنها ممکن است به واسطه عرف برای کشورهای غیر عضو لازم‌الاتباع شناخته شود. کنوانسیون وین ۱۹۶۹ در این زمینه چنین مقرر می‌دارد:

«هیچ یک از ترتیبات مقرر در مواد ۳۴ تا ۳۷ مانع از آن نیست که

۱۴. مفید خواهد بود که برای مثال بیستم کشورهایی که عضو دو کنوانسیون وین ۱۹۶۱ در مورد روابط دیپلماتیک و کنوانسیون وین ۱۹۶۹ در مورد حقوق معاهدات نیستند آیا مقررات آنها را، به عنوان بخشی از حقوق بین الملل عام، برای خود الزام‌آور می‌شمارند یا نه.

قاعده مندرج در یک معاهده، که به عنوان یک قاعده عرفی حقوق بین‌الملل شناخته شده است، برای کشور ثالثی الزام‌آور شود» (ماده ۳۸).

گرچه عبارت «شناخته شده است» که در کنفرانس وین اضافه گردیده تا حدودی ابهام‌برانگیز است، اما مفهوم کلی این ماده به اندازه کافی روشن است و آن اینکه مقررات یک معاهده ممکن است به واسطه عرف برای کشورهای غیر عضو الزام‌آور شود.

۴. قواعد مختلط در حقوق بین‌الملل عام

چنانچه مبنای الزام‌آور بودن مقررات یک معاهده برای کشورهای غیر عضو آن عرف باشد، وضعیت چگونه خواهد بود؟ پاسخ این است که قواعد مزبور برای کشورهای طرف معاهده مبنای قراردادی دارند، در حالی که برای کشورهای ثالث از ماهیت عرفی برخوردارند. اینجانب مدتها قبل، برای این‌گونه قواعد عنوان «قواعد مختلط» یا قواعد معاهده‌ای - عرفی را پیشنهاد کردم.^{۱۵}

طرفداران نظریه‌ای که حقوق بین‌الملل عام را فقط حقوق عرفی می‌داند، بعضاً در تأیید آن به مطلوبیت و فایده عملی این دیدگاه از نظر ثبات در حقوق بین‌الملل اشاره و استدلال می‌کنند که معاهدات بین‌المللی می‌توانند توسط کشورها فسخ شوند، در حالی که قواعد عرفی تنها ممکن است به واسطه رویه کشورهای، که به عنوان قانون پذیرفته شده است، مورد اصلاح قرار گیرند. البته در این بیان فقط بخشی از حقیقت نهفته است، زیرا این واقعیت را نباید از نظر دور داشت که قواعد عرفی ممکن است توسط معاهدات مورد اصلاح قرار گیرند یا ابطال شوند. از طرف دیگر، در تعداد فزاینده‌ای از معاهدات بین‌المللی

۱۵. رجوع کنید به:

G. Tunkin: *Voprosy teorii mejdunarodnogo prava* (1962), 110 and G. Tunkin: *Droit international public. Problèmes théoriques* (1965), 93.

این مطلب در منبع اخیر با این عبارات ترجمه و بیان شده است: «می‌توان گفت که این قواعد مشتمل اند بر قواعد مختلط، یعنی قواعدی که می‌توانند همزمان جنبه عرفی و قراردادی داشته باشند».

عام، مقررات مربوط به فسخ پیش‌بینی نشده است. ماده ۵۶ کنوانسیون وین در خصوص حقوق معاهدات مقرر می‌دارد:

«معاهده‌ای که در آن ماده‌ای مربوط به فسخ وجود ندارد و ابطال یا کناره‌گیری از آن پیش‌بینی نشده است، قابل ابطال یا کناره‌گیری نیست مگر آنکه:

(الف) قصد طرفهای معاهده مبنی بر پذیرش امکان ابطال یا خروج از معاهده احراز گردد؛ یا

(ب) ماهیت معاهده به گونه‌ای باشد که بتوان حق رد یا خروج را از آن استنباط کرد.»

اگر معاهدات مربوط به محدودیت تسلیحاتی را کنار گذاریم، معاهدات چندجانبه عامی که در دهه‌های اخیر منعقد شده‌اند، در بردارنده هیچ ماده‌ای در مورد خاتمه، ابطال و یا کناره‌گیری از معاهده نیستند و از نظر داشتن ثبات و دوام می‌توان آنها را هم‌سطح قواعد عرفی دانست.

بعضی از نویسندگان معتقدند که قواعد معاهده‌ای خشک و بدون انعطافند در حالی که قواعد عرفی انعطاف پذیرند. این مطلب فقط تا حدودی درست است، زیرا اگر به موجب یک قاعده حقوق بین‌الملل، اصلاح معاهده‌ای توسط رویه بعدی در محدوده‌ای خاص پذیرفته گردد، چنین ایرادی به قواعد معاهده‌ای عملاً منتفی خواهد بود.

در موضوع مورد بحث عقاید مختلف است. خود اینجانب در سال ۱۹۶۲ نظرم را به این ترتیب بیان کرده بودم:

«مواردی که یک معاهده به واسطه عرف تغییر می‌یابد نسبتاً نادر است، زیرا علی‌الاصول در معاهدات، مقرراتی برای ابطال و اصلاح آنها پیش‌بینی می‌گردد. اما چنین تغییر و اصلاحی از طریق توافق کلیه کشورهای طرف معاهده قانوناً امکان پذیر است.»^{۱۶}

اکنون نیز پس از گذشت چندین سال تنها بخشی از نظر سابق خود را

16. G. Tunkin: *Questions of Theory of International Law* (1962), 111. French ed., *Droit international public, Problèmes théoriques* (1965), 94.

اصلاح کرده و می‌گوییم: «مواردی که مقررات یک معاهده - به ویژه معاهدات دوجانبه - به واسطه عملکرد بعدی کشورها تغییر می‌یابند، بسیار زیادند».

این مسأله مورد بررسی کامل کمیسیون حقوق بین‌الملل قرار گرفت و نتیجتاً کمیسیون مادهٔ زیر را تصویب کرد:

«معاهده ممکن است بر اثر عملکرد بعدی اعضای خود در مقام اجرای آن که کاشف از توافق آنها برای تغییر مواد معاهده باشد، مورد تغییر قرار گیرد.»^{۱۷}

وجود دو نکته مفید اینجانب را به پشتیبانی از پیش‌نویس مادهٔ بالا ترغیب کرد: اولاً هر نوع رویه‌ای نمی‌تواند مقررات یک معاهده را تغییر دهد، و ثانیاً تنها عملکرد بعدی که توسط کلیه طرفهای معاهده پذیرفته شده باشد می‌تواند مقررات آن را تغییر دهد؛ و به عبارت دیگر وحدت رویه کشورهای عضو معاهده باید احراز گردد.^{۱۸}

شاید بتوان گفت که کمیسیون با طرح چنین پیشنهاد فراگیر و تندی تا جایی پیش رفت که کنفرانس را به هراس انداخت، بطوریکه در کنفرانس مربوط به حقوق معاهدات پیش‌نویس مذکور پذیرفته نشد و همین امر، یعنی مسکوت گذاردن این مشکل در کنوانسیون وین، بی‌شک باعث تأسف است. همان‌گونه که قبلاً بیان گردید، موارد تغییر در مقررات یک معاهده از طریق رویه بعدی اعضا، که همان تغییر توسط عرف است، نادر نیست و هیچ‌کس آن را غیرقانونی تلقی نمی‌کند. از سوی دیگر، وجود یک قاعده حقوق بین‌الملل مبنی بر جواز هرگونه تغییر در مقررات یک معاهده یا مستحسن و مطلوب بودن چنین قاعده نامحدودی، محل تردید است.^{۱۹}

17. *ILC Yearbook (1966)*, 236.

۱۸. کمیسیون در تفسیرهای خود از این ماده چنین اظهار نمود: «در تنظیم قاعده مزبور، کمیسیون قصد ابراز این نکته را داشته است که رویه بعدی کشورها، ولو اینکه همه آنها به‌طور فعال در شکل‌گیری آن سهمی نداشته باشند، بایستی آنچنان باشد که توافق کلی کشورها در آن مورد را نشان دهد».

۱۹. نظر کاپوتورتی که می‌گوید «به موجب یک قاعده عمومی، معاهده ممکن است به وسیله رویه بعدی اعضای آن اصلاح گردد»، نمی‌تواند به‌طور درست پذیرفته شود. رک.:

← F. Capotorti: «Sul valore della prassi applicativa dei trattati secondo la Convention

در عین حال، نباید این وجه از حقیقت را از نظر دور داشت که قواعد معاهده‌ای روشن‌تر و دقیق‌تر از قواعد عرفی هستند و این بزرگترین امتیاز آنها نسبت به قواعد عرفی است.

۵. ملاحظات نهایی

آنچه از بحثهای انجام شده نتیجه گرفته می‌شود این است که گرچه نظریه غالب و رایج مورد بحث هنوز عمیقاً در افکار علمای حقوق بین‌الملل ریشه دارد، ولی زمینه‌ها و دلایل کافی برای بررسی مجدد و دوباره‌نگری به موضوع ارتباط بین حقوق بین‌الملل عام، حقوق بین‌الملل عرفی و حقوق بین‌الملل معاهده‌ای به چشم می‌خورد.

اینجانب معتقدم که علمای حقوق بین‌الملل بایستی این مطلب را بپذیرند که حقوق بین‌الملل عام مجموعه‌ای است که در شکل‌گیری آن قواعد عرفی و معاهده‌ای حقوق بین‌الملل هر دو اثرگذار بوده‌اند. چنین برداشتی در دو زمینه بازتاب دارد:

۱. تدوین و توسعه تدریجی حقوق بین‌الملل، که امروزه عموماً متأثر از معاهدات است، جایگاه مناسب و شایسته خود را کسب می‌کند؛
۲. منشور ملل متحد که سند اساسی و عمده حقوق بین‌الملل عام معاصر است، بر اساس دکترین حقوق بین‌الملل به عنوان قانون اساسی جامعه بین‌المللی پذیرفته خواهد شد و این دستاورد اهمیت شایانی برای آینده بشریت دارد.

de Vienna», *Essays in Honour of R. Ago, supra note 4*, at 206

همان‌گونه که پروفیسور روسوا اشاره می‌کند، گرچه عرف ممکن است یک معاهده را باطل کند یا تغییر دهد، اما نیابستی این مفهوم به‌طور افراطی و مطلق پذیرفته شود. ر.ک.:

Ch. Rousseau: *Droit international public* (1970), 344.