

"پیوندهای بنیادین عرف و معاهده"

در حقوق بین الملل

دکتر محمدرضا ضیایی بیگدلی *

مقدمه

شهرتگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

هیچ جامعه‌ای قادر نیست فارغ از قواعد حقوقی، حتی در حدی اندک، به حیات خود ادامه دهد. نظریه پردازان معتقد به "جامعه بدون قانون" (Etat de nature) حقوق بنیادین صیانت و دفاع مشروع را خاص شهروندان یا افرادی می‌دانستند. اما امروزه به اقوا دلیل، یک جامعه سازمان یافته باید برای برقراری روابط حسنه میان اعضای خود، مقررات حقوقی لازم را وضع کند و احترام به آن مقررات را الزامی بداند. در جامعه داخلی، عمل قانونگذاری کاملاً "تحت نظم در آمده و در وهله نخست

توسط ارکان تخصصی صورت گرفته است (مجالس قانونگذاری یا به طور ثانوی حکومتها). بدیهی است که از این طریق می‌توان از افزایش فزاینده قواعد معارض در داخل یک کادر سیاسی واحد جلوگیری کرد.

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 تحدید 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 (یا آیین نامه‌ای) 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 ساز و کار کاملی چون جامعه داخلی تدارک ببیند. ویژگی ثانوی روابط بین‌الملل 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.

استثناً کنگره‌های بزرگ دیپلماتیک (از جمله کنگره‌های وستفالی، وین و پاریس) خارج از موضوعات سیاسی، راه حل مسائل حقوقی را نیز مورد بحث قرار دادند و عهدنامه‌های چند جانبه‌ای را تنظیم نمودند که در آن هنگام جای اعمال قانونگذاری را گرفت. با این حال امروزه هنوز یک رکن مرکزی که صلاحیت انحصاری برای وضع

قواعد حقوقی خاص جامعه بین‌المللی در کل باشد وجود ندارد.

روند عرف هر چند بیش از پیش به نفع حقوق نوشته در حال واپس‌گرایی است، اما با این حال، کشورها حق قبولی یا رد متونی که به شکل سنتی در کنفرانس‌های دیپلماتیک و یا در کادر نهادهای بین‌المللی ملتزم به آنها می‌شوند برای خود حفظ می‌نمایند.

حقوق بین‌الملل نوشته همیشه به شکل عهدنامه‌هایی تهیه و تنظیم می‌شوند که بدون موافقت قبلی کشورها، علیه آنها قابل اجرا نخواهد بود. این امر یک پراکندگی در منابع حقوق بین‌الملل و در عین حال یک اختلاف عظیم در قلمرو اجرای هر یک از قواعد حقوقی ایجاد می‌کند.^۱

اما علی‌رغم پذیرش تشتت در منابع حقوق بین‌الملل، نمی‌توان از پیوندهای بنیادین میان آنها، مخصوصاً میان عرف و معاهده غافل بود.

این مقاله، تلاشی است در جهت شناخت و تبیین عوامل و عناصر این پیوند و با مال بررسی تفصیلی بخشی از مبادی حقوق بین‌الملل عمومی.

۱- جایگاه نسبی عرف و معاهده

ماده ۳۸ 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.^۲ ترتیب متوالی مذکور در ماده ۳۸ از یک سو 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

1- M.Merle, la vie international, Paris, 1970 PP. 248, 249.

۲. برای آشنایی بیشتر، رک، دکتر محمدرضا ضیایی بیگدلی، حقوق بین‌الملل عمومی، چاپ هشتم، تهران، گنج دانش، ص ۱۶۹.

برخوردار است.

چنین برداشتی صحیح نیست، زیرا در حقوق بین‌الملل موضوعه میان منابع شکلی سلسله مراتب وجود ندارد. بنابراین عرف و معاهده هر کدام 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) الزاماً یکدیگر را نمی‌پوشانند و دقیقاً نمی‌توان گفت مشابه‌اند. حتی اگر یک قاعده قراردادی و یک قاعده عرفی که به موضوع مورد اختلاف فعلی مربوط باشند، دقیقاً دارای محتوای واحدی نیز باشند، باز هم دیوان بر این عقیده نیست که قاعده عرفی الزاماً وجه اعمال خود را در مقابل قاعده قراردادی از دست می‌دهد." (رای مورخ ۲۷ ژوئن ۱۹۸۶ در قضیه اختلافات ایالات متحده آمریکا و نیکاراگوئه. همچنین رای دیوان در قضیه گروگان‌گیری)^۱ با این حال، در اکثر موارد، رویه معمول در 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 به طور روز افزونی نقش عرف را محدود کرده است. در حالی که در قرن نوزدهم عرف تقریباً 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، مخصوصاً 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

1- C.I.J.Rec, 1986, P.95 - C.I.J.Rec, 1980, P.44.

نیز مسئولیت بین‌المللی کشورها^۱.

۲- 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.

الف - 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 تأیید رویه قضایی بین‌المللی قرار گرفته است. (رای دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه فلات قاره دریای شمال، مورخ ۲۰ 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

1- L.Cavaré, Le Droit International Public Positif, Tom I, éd Pédone 1967, PP.236 -237.

2- C.I.J. Rec, 1969, P.41.

پدید آمده است. این تحول که به موازات اجرای منشور ملل متحد صورت گرفته، ناشی از رویه عمومی ارکان مختلف سازمان و اعضای آن می باشد که به تدریج به قواعد عرفی جدیدی تبدیل گردیده اند. از جمله این قواعد جدید می توان از رویه مجمع عمومی سازمان در اجرای قطعنامه ۳۷۷ مورخ ۳ نوامبر ۱۹۵۰ (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 ۲۱ ژوئن ۱۹۷۱ 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 داده شود".^۱

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، مخصوصاً 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، هر چند تصمیماتی که شورای امنیت براساس فصل هفتم منشور اتخاذ می کند، مستقلاً واجد خصیصه الزامی است.

برخی از علمای حقوق بین الملل معتقدند که ایجاد رویه در سازمان ملل در مواردی منجر به تغییر منشور ملل متحد شده است. مثلاً پروفیسور تونکین حقوقدان روسی و عضو سابق کمیسیون حقوق بین الملل نظر بر این دارد که رویه شورای امنیت در مورد بند ۳ ماده ۲۷^۲ یک نمونه کامل از تغییر مقررات عهدنامه بوسیله رویه است. وی می نویسد:

1- P.M Eisemannet..., Petit manuel de la Jurisprudence de la C.I.J. éd. Pédone, 1971, P.209.

۲- بند ۳ ماده ۲۷: "تصمیمات شورای امنیت راجع به سایر مسائل با رای مثبت ۹ عضو که متضمن آراء تمام اعضاء دائم باشد، اتخاذ می گردد. با این قید که در مورد تصمیماتی که به موجب مندرجات فصل ششم و بند

"نمونه‌هایی که به موجب آن رویه و عرف، مقررات موجود یک عهدنامه را تغییر می‌دهد تقریباً نادر است، زیرا عهدنامه‌ها معمولاً حاوی تشریفات لازم برای اصلاح یا فسخ مقررات عهدنامه است. مع هذا از نقطه نظر قضایی، چنین تغییراتی با موافقت کلیه طرفهای قرارداد امکان‌پذیر است. اصلاح یا تغییر بوسیله عهدنامه ممکن است صریح باشد یا ضمنی و در هر حال مستلزم تغییر یا تکمیل و تفسیر عهدنامه است".^۱

جلوه دیگر اثر ایجاد می‌کننده بر عرف، تأثیری است که برخی از معاهدات بر تشکیل عرف می‌گذارند. این دسته از معاهدات، از جمله اعمال موجد سابقه عرفی به شمار می‌روند و عبارتند از:

(۱) معاهداتی که موجد قاعده حقوقی جدیدی نباشند، مثل مقررات وین مورخ ۱۹ مارس ۱۸۱۵ درباره تقدم و تاخر درجه و مقام نمایندگان دیپلماتیک.

(۲) برخی از معاهدات قراردادی هنگامی که معمولاً میان تعداد کثیری از کشورها به صورت دو جانبه منعقد شوند، قواعد مشابهی که حاکی از اعتقاد حقوقی مشترک آنهاست وضع می‌کنند و از این طریق باعث بوجود آمدن قواعد عرفی عام می‌شوند، مثل موافقتنامه‌های کنسولی و موافقتنامه‌های استرداد مجرمین.^۲

ب - اثر اعلامی

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 اعلام کننده معاهده در واقع همان "تدوین حقوق بین‌الملل" است که مخصوصاً از قرن نوزدهم با شتابی هر چه تمامتر به پیش می‌رود و تدریجاً کلیه قواعد عرفی موجود را به معاهده تبدیل می‌نماید. هدف اصلی تدوین، جایگزینی مقررات عرفی در قالب معاهداتی الزام

سوم از ماده ۵۲ اتخاذ می‌شود، طرف دعوی از دادن رای خودداری خواهد کرد.

1- D.I.Tunkin, Droit international Public, 1965, PP. 94-95

۲- محمدرضا ضیائی بیگدلی، ماخذ پیشین، ص ۱۶۷

آور است.^۱

این گونه معاهدات در قبال کشورهای متعاهد الزام آور است، اما اثر بخشی آنها نسبت به کشورهای ثالث به دلیل خصوصیت عرفی بودن آنهاست. بنابراین "مقررات اعلام کننده عرف در یک معاهده تدوین کننده، در شکل مندرج در این معاهده، فاقد ارزش حقوقی نسبت به دول ثالث می باشند. صرف نظر از نگارش و تحریر آنها در معاهده تدوین کننده، این مقررات نسبت به دول ثالث به عنوان حقوق عرفی قابل اعمال هستند"^۲.

ماده ۳۸ عهدنامه وین ۱۹۶۹ در زمینه حقوق معاهدات، بیان کننده مطلب مذکور است: "هیچ یک از مقررات مواد ۳۴ تا ۴۷ مغایر با آن نیست که یک قاعده مندرج در یک معاهده که به عنوان یک قاعده عرفی حقوق بین الملل شناخته شده است، برای کشور ثالث الزام آور گردد."

ج - 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 می شود. این امر دلالت بر منبع بودن عرف و معاهده دارد. قید مطلب مذکور در معاهده، هیچ گونه برتری خاصی به عرف نمی بخشد. 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 ۱۹۶۹ در زمینه حقوق معاهدات آمده است:

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

1- Dictionnaire de la Terminologie du droit international, 1960, PP. 20 - 123.

۲- ژولیو بابریس، ناملی بر عرف بین المللی، ترجمه دکتر اردشیر امیر ارجمند، مجله تحقیقات حقوقی، انتشارات دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ش ۱۴ - ۱۳، از پاییز ۷۲ تا تابستان ۷۳، ص ۳۶۷ - ۳۶۸.

د - 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.^۱

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" (بندج از جزء سوم ماده ۳۱). 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.^۲

۳- وحدت عرف و معاهده در مبانی

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.

این نظریه، مخصوصاً با فرایند شکل‌گیری عرفهای عام قابل انطباق نیست. این گونه قواعد برای کلیه کشورها، حتی آنهایی که در این فرایند شرکت نداشته‌اند حالت تحمیلی

1- Cavaré, Op. cit, P.237.

۲. برای آشنایی بیشتر، رک، دکتر هدایت اله فلسفی، تفسیر و اجراء مقررات حقوق بین‌الملل، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۱۲ - ۱۱ ص ص ۱۹۵ و ۱۹۶.

دارد. فرضاً اگر نسبت به یک قاعده عرفی عام، اعتراضی بشود، این اعتراض هیچ گونه اثر و اعتباری ندارد. در مجموع، طرفداران مکتب اصالت اراده نمی‌توانند وجود این عرفهای عام را انکار نمایند.^۱

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 عرفهایی متجلی شده که بطور عموم به عنوان اصول حقوقی پذیرفته شده است." (رای مورخ ۷ سپتامبر ۱۹۷۲) امروزه مکتب اصالت اراده چندان مورد توجه و پذیرش نیست. در مقابل، مبنای عرف و معاهده را می‌توان در یک پدیده جامعه شناختی 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.

۴- اعتبار نسبی 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 هیچ گونه راه حل 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:

1- N. Quoc Dinh, Droit international Public, éd, L.G.D.J. 1980 P. 307.

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 می آید که محتوای عرف و معاهده مورد بررسی و توجه قرار گیرد و آنگاه حقوق موضوعه^۱، "چه در معاهده یا عرف آمده باشد، بر" حقوق نظری^۲ رجحان داده شود. اما اگر کشورها بخواهند بر اصلی که در معاهده آمده تاکید داشته باشند، عرف مغایر معتبر نخواهد بود^۳.

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^۴. 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^۵. 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"^۶ برخوردار نخواهد بود. در مرحله دوم، اگر دو قاعده عرفی یا قراردادی در یک سطح باشند (خاص یا عام)، قاعده مؤخر ناسخ قاعده مقدم خواهد گردید^۷.

1- Droit Normatif.

2- Droit Constructif.

3- L. Cavaré, Op. cit, PP. 239 - 240.

4- P. Reuter, Droit international Public, éd thémis, 1973, P.27.

5- L. Delbez, Les Principes généraux du droit international public, ed, L.D.J., 1964, P.50.

6- Lex Posterior derogat priori.

7- L. DeIbez, Op. Cit.p.51.

در مرحله سوم، امکان دارد حقوق خاص برتر (معاهده) با حقوق مؤخر برتر (عرف) در تعارض باشد. در این صورت طبق اصل "قاعده مؤخر عام ناسخ قاعده مقدم خاص نمی‌شود"^۱، حقوق خاص مرجح است.^۲ در پایان، سؤال این است که آیا فسخ معاهده در نتیجه متروک شدن آن در حقوق بین‌الملل ممکن است؟ در پاسخ باید گفت، موضوع قابل بحث است، زیرا در تمام موارد، پاسخ مثبت از سوی کسانی که مبنای حقوق بین‌الملل را اراده بی‌قید و شرط کشورها می‌دانند بسیار مشکل می‌تواند مورد حمایت قرار گیرد. با این همه، چنانچه در معاهده‌ای، آیین تجدید نظر پیش‌بینی نشده باشد، منفعت طرفین متعاهد اقتضا می‌کند که با عدم اجرای مستمر و یکنواخت معاهده از سوی آنان و تبدیل این رویه (ترک فعل) به قاعده عرفی مسلم، قائل به پذیرش فسخ معاهده یا متروک شدن آن و در نتیجه ظهور یک قاعده عرفی جدید شویم. البته در این رابطه باید بسیار با احتیاط عمل نمود، مخصوصاً که در عرف، عنصر معنوی (Opinio Juris) وجود دارد که غالباً تجلی آن بسیار دقیق است.^۳

امروزه در مجموع می‌توان نظام سلسله مراتب هنجارهای حقوقی بین‌المللی را حداقل در مناسبات میان عرف و معاهده و روش حل تعارض آنها را به ترتیب زیر ترسیم نمود:

(۱) قواعد آمره، چه عرفی چه قراردادی، بدون توجه به تقدم و تاخر معاهده موجد آنها در راس این نظام قرار می‌گیرند و تنها با ظهور قواعد آمره جدید، اعتبار خود را از دست می‌دهند، (ماده ۵۳ عهدنامه وین ۱۹۶۹ در زمینه حقوق معاهدات).

(۲) معاهده عام یا قانون ساز بر عرف عام و یا معاهده خاص یا قراردادی یا منطقه‌ای مقدم است.

(۳) عرف عام یا جهانی بر معاهده خاص رجحان دارد.

(۴) معاهده عام یا قانون ساز بر معاهده خاص یا قراردادی برتری دارد.

1- Lex Posterior generalis non derogat periori speciali.

2- L. Delbez, Op. Cit, P.51.

3- L. Cavaré, Op. Cit, P.240.

۵) عرف عام یا جهانی بر عرف خاص یا منطقه‌ای مقدم است.
 ۶) چنانچه دو قاعده عرفی یا قراردادی در یک سطح باشند، قاعده مؤخر بر قاعده مقدم مرجح است.

”تمام مطالب مطروحه در این قسمت، ما را به پذیرش یک ارزش فسخ‌کننده متقابل برای عرف و معاهده رهنمون می‌سازد. با این حال، رویه قضائی و دکترین، گرایش به اعتبار برتر معاهده نسبت به عرف دارند و بدین لحاظ است که مسئله مناسبات میان عرف و معاهده در تدوین حقوق بین‌الملل ظاهر می‌شود. یعنی در هدفی که عرف را به سمت اینکه بشکل معاهده در آید، می‌کشاند.“^۱



نتیجه گیری

موضوع ارتباط میان عرف و معاهده بارها در قلمرو مسائل مختلف مربوط به حقوق بین‌المللی عمومی، از جمله تدوین حقوق عرفی از رهگذر انعقاد معاهدات بین‌المللی مطرح شده است. از مطالعه همه این موارد چنین بر می‌آید که معاهده و عرف از لحاظ اصولی اعتباری یکسان دارند.

با این همه، برابری این دو منبع با یکدیگر بالقوه است و از لحاظ واقع امر و از جهت پیوندهای زیادی که میان قواعد عرفی و قواعد قراردادی وجود دارد، این "برابری" نسبی است. چنانکه این امکان وجود دارد که تأثیرات متقابلی بر یکدیگر بگذارند.

از سوی دیگر، عرف قالبی کلی است که می‌تواند معاهده و سایر منابع و تعهدات بین‌المللی را در خود جای دهد که اگر چنین بشود، معاهد لاحق، اعتباری امضایی دارد و نه تاسیسی. اما در مورد ضمانت اجرای معاهدات، بجز در مواردی که نظام خاصی برای آن پیش‌بینی شده است، مقررات عرفی، عمل متقابل (Contre Measures) یا مسئولیت را مقرر کرده است.

اما اینکه این دو منبع چرا با هم برابرند، به یقین می‌توان گفت که علت برابری اعتبار معاهده و عرف، آن است که هر دو منبع از تعهدات بین‌المللی کشورها (صریح و ضمنی) ناشی می‌شوند.