

متروک ماندن معاهدات بین‌المللی، ورای عهدنامه ۱۹۶۹ وین*

مسعود راعی**

سیدعلی حسینی آزاد***

چکیده

عنوان متروک ماندن که در برخی نظام‌های ملی در مورد متروک شدن قوانین نیز اعمال می‌شود، در حقوق بین‌الملل به حالتی اطلاق می‌شود که معاهده‌ای در برهه‌ای از زمان بلااستفاده مانده و مقارن با آن، عرفی در آن خصوص، ظهور می‌کند که چون نمی‌توان به عرف و معاهده به‌طور هم‌زمان عمل کرد، اجرای معاهده متوقف می‌شود. اکنون سؤال این است که در چنین وضعیتی آیا می‌توان گفت که معاهده مزبور، خاتمه یافته است.

با توقف اجرای معاهده می‌توان از اختتام آن سخن گفت. هرچند کنوانسیون حقوق معاهدات، متروک ماندن معاهده را راهی برای اختتام ندانسته است، هم دکتترین و هم رویه قضایی و هم رویه عملی دولت‌ها آن را بر علل اختتام معاهدات افزوده‌اند.

از آنجایی که عرف به‌عنوان یکی از منابع حقوق بین‌الملل در ردیفی یکسان با معاهده قرار می‌گیرد، به نظر می‌آید که در صورتی که به‌درستی و با اجتماع شرایط لازم شکل گیرد، بتواند با معاهده به مبارزه برخاسته و آن را از دایره اجرا خارج کند. این واقعه را می‌توان با عامل رضایت ضمنی تابعان دخیل در شکل‌گیری آن، توجیه کرد.

واژگان کلیدی

معاهده بین‌المللی، عرف بین‌المللی، متروک ماندن، اختتام، رضایت، کنوانسیون وین

* نگارندگان، مقاله حاضر را به پیشگاه فرزانه، «استاد دکتر محمدرضا ضیایی بیگدلی» تقدیم می‌دارند.

** استادیار دانشکده حقوق، الهیات و معارف اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد نجف‌آباد masoudraei@yahoo.com

*** نویسنده مسئول، کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل دانشگاه علامه طباطبائی saha_110@yahoo.co.uk

مقدمه

معاهدات بین‌المللی به‌عنوان یکی از مهم‌ترین و اصلی‌ترین منابع حقوق بین‌الملل به رسمیت شناخته شده در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، به گونه‌های مختلفی پایان می‌پذیرند. فارغ از مواردی که به بطلان^۱ معاهده می‌انجامد و عموماً مربوط به مرحله پیدایش و انعقاد معاهده است، در دوران حیات حقوقی هر معاهده نیز همواره علل و موجباتی سبب اختتام،^۲ فسخ^۳ یا تعلیق^۴ معاهده بین‌المللی می‌شود، که این علل ممکن است ناشی از اراده طرف‌های معاهده بوده باشد یا علی‌رغم اراده آن‌ها بر بقای معاهده، از عللی ناشی از وضعیت‌های پیش‌بینی‌نشده، رخ دهد.

اراده طرف‌های معاهده، به انحاء گوناگونی به حیات معاهده پایان می‌دهد. به‌طور مثال، انقضای مدت یک معاهده درمورد معاهداتی که برای مدت موقت منعقد شده‌اند، تحقق شرط فاسخ در معاهده، کناره‌گیری و فسخ یک‌جانبه، از مواردی است که بیشتر به‌گونه‌ای صریح و بی‌پرده موجب خاتمه‌یافتن معاهدات می‌شود. در کنار این قیود صریح، قیودی ضمنی نیز وجود دارد، مانند اختتام معاهده در پی اجرای کامل آن^۵ و شرط ضمنی فسخ یا کناره‌گیری از معاهده. اما موارد اختتام ارادی معاهدات، گاه بر اساس اراده و خواست بعدی اطراف معاهده نیز خواهد بود. این موارد عبارت‌اند از: اتفاق اراده‌های طرف‌های معاهده بر اختتام یا کناره‌گیری (تفاسخ)، اختتام معاهده بر اثر انعقاد معاهده لاحق (نسخ)، تعلیق اجرای معاهده بر اثر اراده مؤخر کلیه طرف‌ها یا بر اثر اراده مؤخر برخی از طرف‌ها و تعلیق ضمنی اجرای معاهده با انعقاد معاهده لاحق.

اما همواره این اراده و تمایل طرف‌های معاهده نیست که به حیات و دوام معاهده پایان می‌بخشد. گاه علل و موجباتی سبب خاتمه یک معاهده می‌شود که از وضعیت‌های پیش‌بینی‌نشده در معاهده سرچشمه می‌گیرد. این وضعیت‌های پیش‌بینی‌نشده را می‌توان به دو دسته کلی وضعیت‌های جدا از رفتار طرف‌های معاهده و وضعیت‌های وابسته به رفتار طرف‌های معاهده تقسیم کرد. وضعیت‌هایی که نه از خواست طرف‌های معاهده برمی‌آید و نه به رفتار بعدی آن‌ها بستگی تام دارد عبارت است از: عدم امکان اجرای معاهده، تغییر بنیادین اوضاع و احوال (قاعده ربوس) و تحقق جانشینی میان کشورها. در کنار این موارد، گاه وضعیت‌هایی موجب اختتام معاهده بین‌المللی

1. Invalidity
2. Termination
3. Denunciation
4. Suspension

۵. این امر در خصوص معاهداتی تحقق می‌یابد که صرفاً برای انجام تعهد و عملی خاص منعقد شده باشند که در این صورت با اجرای تعهدات مقرر در آن، به‌خودی‌خود خاتمه می‌پذیرند، چرا که در واقع، پس از انجام موضوع و مبنای تحقق یک معاهده، دیگر نمی‌توان دلیل و زمینه‌ای بر بقای معاهده یافت.

می‌شود که هرچند ناشی از اراده اولیه یا بعدی طرف‌های معاهده نبوده و از وضعیت‌های پیش‌بینی‌نشده به‌شمار می‌آید، به رفتار بعدی طرف‌های معاهده - بخصوص در زمان اجرای معاهده - وابستگی و پیوندی اجتناب‌ناپذیر دارد. می‌توان این موارد را چنین برشمرد: نقض اساسی معاهده، آغاز مخاصمه مسلحانه بین‌المللی و قطع روابط دیپلماتیک یا کنسولی.^۶

از طرف دیگر، نظر به برابری قدرت حقوقی عرف و معاهده، «عرفی که پس از معاهده شکل می‌گیرد، ممکن است تحت شرایطی، کلیه یا قسمتی از مقررات آن معاهده را جرح و تعدیل کند یا برای همیشه موجب توقف آثار اجرای معاهده مذکور شود. در صورت اخیر، اختتام آن معاهده تحقق می‌پذیرد. دلیل این تأثیر آن است که چون عرف، ناشی از رویه‌های مستمر است، ممکن است موضوع این رویه‌ها، ترک فعل یا عدم اجرای تدریجی معاهده باشد. در نتیجه، هرگاه این رویه‌ها تبدیل به عرف شود، خودبه‌خود آثار اجرای معاهده را متوقف می‌سازد».^۷ در این وضعیت است که می‌توان سخن از «متروک ماندن» معاهده به میان آورد.

نظر به اینکه در منابع موجود حقوق بین‌الملل و حقوق معاهدات - شاید به پیروی از نظم کنوانسیون وین - بحث شایانی در این خصوص انجام نشده است، نوشتار حاضر در صدد است تا به این سؤال پاسخ دهد که آیا پدیداری قاعده عرفی جدید و معارض با عهدنامه‌ای خاص و تبدیل موارد عدم اجرای آن معاهده به قاعده‌ای عرفی، می‌تواند به معاهده بین‌المللی خاتمه دهد؟ و اگر چنین است، مبنای این پدیده چیست؟

۱. متروک ماندن معاهدات بین‌المللی

۱-۱. مفهوم متروک ماندن معاهده بین‌المللی

متروک ماندن، که در معنی اعم، هم در حقوق داخلی و در خصوص قوانین و هم در حقوق بین‌الملل در رابطه با معاهدات بین‌المللی به کار برده می‌شود، به معنی «الغای، به علت عدم اجرا»^۸ «عدم کاربرد» و «کهنگی در نتیجه عدم استفاده» است و دکتروینی است که بنا بر آن، دادگاه‌ها، قانون یا عهدنامه‌ای را که در مدت‌های طولانی مورد استفاده واقع نشده است، دارای قدرت الزام‌آور نمی‌دانند، هرچند عملاً لغو نشده باشد.^۹

۶. جهت مطالعه تفصیلی و دقیق علل و موجبات اختتام، فسخ، کناره‌گیری و تعلیق معاهدات، ن.ک: محمدرضا ضیایی بیگدلی؛ حقوق معاهدات بین‌المللی، چاپ سوم، گنج دانش، ۱۳۸۵، صص ۳۰۴-۲۴۵.

مطالب دو بند اخیر نیز بر اساس قاموسی که کتاب مزبور در تشریح موارد اختتام معاهدات پیش گرفته است، تنظیم شده است. همچنین ن.ک: هدایت‌الله فلسفی؛ حقوق بین‌الملل معاهدات، فرهنگ نشر نو، ۱۳۸۳، صص ۷۵۶-۵۳۳.

۷. ضیایی بیگدلی؛ همان، صص ۲۶۵ و ۲۶۶.

۸. "Desuetude", *Harvard Law Review*, vol. 119, No. 7, May 2006, p. 2210.

۹. Garner, Bryan A., *Black's Law Dictionary*, West and Thomsom, 2004, p. 479.

معاهده بین‌المللی در عرصه نظام حقوق بین‌الملل، زمانی متروک خوانده می‌شود که در رویه و عملکرد جاری در زمان طرف‌های آن عهدنامه، نشانی از اجراء استناد یا انطباق با مقررات آن به چشم نیامده و به عبارت دیگر، رویه طرف‌های عهدنامه، آن را به فراموشی سپرده باشد. ممکن است این عدم استفاده از عهدنامه، بنا بر میل خود طرف‌های عهدنامه یا تحت فشار مقتضیات حقوقی و روابط بین‌الملل باشد. این عنصر برای اینکه دارای اثر باشد، لازم است با عنصری دیگر تکمیل شود که آن، شکل‌گیری عرفی مقارن با این ترک اجراء و البته در خلاف جهت عهدنامه است.^{۱۰} به‌عنوان مثال، بنا بر نظریه‌ای در حقوق بین‌الملل، کلیه معاهداتی که به‌نوعی توسل به زور را مجاز می‌دانند، امروزه به دلیل حاکمیت مطلق اصل منع توسل به زور و ممنوعیت جنگ، متروک مانده‌اند.^{۱۱}

برای مدتی بالغ بر ۵۰ سال، محققان بر این باور بودند که هرگاه خود معاهده، مقرراتی در خصوص خاتمه‌یافتن نداشته باشد، عدم تداوم و استمرار عهدنامه از رفتار هریک از طرف‌های آن یا اکثر یا همه آن‌ها نتیجه‌گیری می‌شود. این عدم استمرار عهدنامه به‌طور تاریخی بر اساس دو دکتترین، تعریف و تنظیم می‌شد: ۱- «قاعده تغییر بنیادین اوضاع و احوال»^{۱۲}، ۲- «متروک‌ماندن معاهدات»^{۱۳} که خود مشتمل بر چند عنصر است: الف. به فراموشی سپردن معاهده در طی زمان؛ ب. اختتام عهدنامه با رضایت ضمنی؛ ج. پیش‌آمدن وضعیتی که طرف‌های عهدنامه از حقوق خود به‌موجب عهدنامه دست می‌کشند.^{۱۴و۱۵}

۲-۱. کنوانسیون وین و متروک‌ماندن معاهدات

کنوانسیون وین در خصوص حقوق معاهدات به مسئله متروک‌ماندن معاهدات بین‌المللی نپرداخته

۱۰. نظر به اینکه صرف گذر زمان و عدم استفاده از عهدنامه در مدتی طولانی به‌خودی‌خود، هیچ‌گونه اثری بر اعتبار معاهده نخواهد داشت (که تفصیل آن را در قسمت ۱-۴ خواهیم دید)، زین پس، در این نوشتار، هرگاه سخن از متروک‌ماندن معاهده می‌شود، این عبارت را باید مشتمل بر دو رکن دانست: ترک اجراء و عدم استناد به عهدنامه در مدت زمانی قابل توجه، همراه با پیدایش عرف بین‌المللی در جهتی متعارض با عهدنامه که نتوان به هر دو عمل کرد. لذا نباید اصطلاح متروک‌ماندن را صرفاً از نقطه‌نظر عنصر زمانی در نظر گرفت.

۱۱. ضیایی بیگدلی؛ همان، ص ۲۶۸.

12. *Rebus sic stantibus*

13. *Desuetude*

14. Vamvoukos, Athanassios, *Termination of Treaties in International Law: The Doctrine of 'rebus sic stantibus' and Desuetude*, Oxford: Clarendon Press, 1985, p. 263.

۱۵. در صورتی که قاعده حقوقی کلی در مورد اجراء یا اسقاط یک عهدنامه وجود نداشته باشد، مبنی بر اینکه طبق بندی از متن آن که در خصوص زمان معاهده باشد، خاتمه یابد، قصور طرف‌های آن برای مدت زمانی طولانی در اعمال یا استناد به عهدنامه، یا هرگونه رفتار دیگر مثبت ناکارآمدی عهدنامه، ممکن است توافقی ضمنی میان طرف‌های آن را افاده کند که متضمن نادیده‌انگاشتن معاهده باشد، یا آن را خاتمه‌یافته جلوه دهد. ن.ک:

Cannizzaro, Enzo, *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, 2011, p.352

است.^{۱۶}

استثنای «متروک ماندن» و «منسوخ شدن» به‌عنوان زمینه‌های اختتام معاهدات در کنوانسیون وین، به یقین ناشی از بی‌توجهی کمیسیون حقوق بین‌الملل یا کنفرانس وین نبوده است بلکه علی‌رغم گفتگوهای متعدد در این زمینه، اعتقاد بر آن بود که شق (ب) ماده ۴۲ کنوانسیون (ماده ۵۴ فعلی) این موضوع را نیز پوشش می‌دهد.^{۱۷} کمیسیون حقوق بین‌الملل معتقد است که بند مزبور، ظرفیت این را دارد که متروک ماندن را نیز شامل شود.^{۱۸} البته این سؤال مطرح بود که آیا می‌توان متروک ماندن را به‌عنوان عاملی مستقل تعریف کرد. اما کمیسیون، در نهایت نتیجه می‌گیرد که هرچند ممکن است متروک ماندن معاهدات، سبب واقعی برای اختتام معاهده باشد، مبنای حقوقی چنین اختتامی، رضایت و تمایل طرف‌های معاهده به کنارگذاشتن آن است که این امر نیز می‌تواند طبق ماده ۵۴ صورت قانونی یابد.^{۱۹}

برای کمیسیون، مبنای حقوقی متروک ماندن یا منسوخ شدن معاهدات به‌عنوان زمینه‌ای برای اختتام یک معاهده، عبارت است از «رضایت طرف‌های عهدنامه در ترک کردن عهدنامه که از رفتار آن‌ها در ارتباط با معاهده برداشت می‌شود». این امر در واقع درکی ویژه از «متروک ماندن» است؛ بدین معنی که معاهده به‌وسیله توافق ضمنی طرف‌های آن خاتمه می‌یابد. در عین حال، این تنها برداشتی نیست که از مفهوم متروک ماندن می‌شود و آن مفهوم سنتی متروک ماندن در حقوق رم نیز نیست. در واقع، عقیده مبنایی برای متروک ماندن و اختتام معاهده، به‌خاطر گذر از برهه زمانی قابل توجهی است که در طول آن، طرف‌های عهدنامه، آن را اجرا نکرده‌اند.^{۲۰}

۱۶. قسمت پنجم کنوانسیون وین که درباره بطلان، اختتام و تعلیق معاهدات سخن می‌گوید و با ماده ۴۲ آغاز می‌شود، به موضوع متروک ماندن معاهدات در گذر زمان، توجهی نکرده و تمایل دارد که موارد پایان یافتن معاهدات، همان چند مورد حصری باشد و تا آنجا که توانسته است و به موارد اختتام یا تعلیق مربوط می‌شد، زمینه‌ها و مصادیق تحقق آن را خود عهدنامه برشمرده است.

۱۷. در تفاسیری که بر ماده ۴۲ کنوانسیون انجام گرفته است به‌خوبی این نکته نمایان است که کمیسیون حقوق بین‌الملل به ملاحظه این مسئله می‌پردازد که آیا درج «متروک ماندن» در کنوانسیون وین، مطلوب است یا خیر و به نتیجه‌ای منفی می‌رسد و استدلال آن نیز این است که این وضعیت توسط شق (ب) آن ماده که در طرح نهایی، ماده ۵۴ کنوانسیون است پوشش داده می‌شود که می‌گوید «هر عهدنامه در هر زمان با رضایت کلیه طرف‌ها» می‌تواند خاتمه یابد. ن.ک:

Cannizzaro, *op. cit.*, p.351

18. Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries, *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, vol. II, p. 237.

19. *Ibid.*, para 5, p. 237.

۲۰. ن.ک:

Villiger, Mark E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 548, 549.

همچنین، ن.ک:

Dorr, Oliver & Schmalenbach, Kirsten, *Vienna Convention on the Law of Treaties- A Commentary*, Springer Heidelberg Dordrecht London New York, 2012, pp. 978-979.

بنابراین ملاحظه می‌شود که اگرچه در مذاکرات و مباحث مقدماتی تدوین کنوانسیون وین، سخن از متروک‌ماندن معاهده به‌عنوان علتی برای اختتام آن بوده است، کمیسیون حقوق بین‌الملل به‌عمد از ذکر آن به‌عنوان علتی بر اختتام معاهده اجتناب ورزیده است. استدلال آن نیز این بوده است که می‌توان از اطلاق و وسعت بند دوم ماده ۵۴ بهره جست و معاهدات متروک‌مانده را نیز به استناد این ماده، خاتمه‌یافته دانست.

۱-۳. متروک‌ماندن و مفاهیم مشابه

الف. متروک‌ماندن معاهده و تغییر اوضاع و احوال

«در برخی حالات، توقف اجرای معاهده، بیشتر ناشی از تغییرات محسوس اوضاع و احوال مغایر با معاهده است. این مورد، به قاعده تغییر اوضاع و احوال به‌عنوان موجبی برای اختتام معاهده، بسیار نزدیک است.

باوجود این، میان آن دو، مشابهت کامل دیده نمی‌شود زیرا از یک‌سو، در اختلاف با قاعده ربوس، سقوط معاهده‌ای که با عرف مغایر ناسازگار باشد، خودبه‌خود صورت می‌گیرد، حال آنکه در رابطه با قاعده ربوس چنین نیست.^{۳۱} از سوی دیگر، نظام حقوقی متروک‌ماندن معاهده، چندان مشخص نیست، مخصوصاً اینکه عهدنامه‌های حقوق معاهدات در این باره سکوت کرده‌اند. باین‌حال، نمی‌توان به‌صراحت، وجود قواعد عرفی حاکم بر موضوع را نادیده انگاشت».^{۳۲}

ب. رابطه متروک‌ماندن معاهده با منسوخ‌شدن آن

کمیسیون حقوق بین‌الملل، متروک‌ماندن معاهدات بین‌المللی را با منسوخ‌شدن^{۳۳} یکسان تلقی کرده است. فرانسه نیز به همین‌سان در هنگام طرح دعوا نزد دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه آزمایش‌های هسته‌ای که عقیده داشت معاهده عام داوری ۱۹۲۸ در پی انحلال جامعه ملل، متروک مانده است، بر آن نسق بوده است. به‌نظر می‌رسد که بلژیک نیز به مفاهیمی غیرمتمايز در قضیه مربوط به مشروعیت توسل به زور (صربستان و مونته‌نگرو علیه بلژیک) استناد کرده است، آن‌گاه که استدلال می‌کند کنوانسیون صلح ۱۹۳۰ حل‌وفصل قضایی و داوری میان پادشاهی یوگسلاوی و بلژیک، بنا بر خواست طرفین، متروک و منسوخ شده است.^{۳۴}

با تمام این احوال، باز هم تفکیک و تمییز مفهوم متروک‌ماندن و منسوخ‌شدن از یکدیگر،

۲۱. زیرا قاعده ربوس، زمینه‌ای است که کاربرد آن، نیازمند «اعمال اراده» است.

۲۲. ضیایی‌بیگدلی؛ همان، صص ۲۶۶ و ۲۶۷.

23. Obsolescence

24. Legality of the Use of Force (*Serbia and Montenegro v Belgium*), Preliminary Objections of Belgium, *ICJ Reports*, 5 July 2000, 134-9, paras 412-423

حایز اهمیت است، چرا که اگرچه هر دو از مواد کنوانسیون وین حقوق معاهدات جامانده‌اند، مفاهیمی متفاوت هستند.

منسوخ‌شدن، به عدم امکان اجرای معاهده به دلیل ازبین‌رفتن وضعیت‌های حقوقی که عهدنامه بر مبنای وجود آن‌ها شکل گرفته است اشاره دارد. در تقابل با ماده ۶۱ کنوانسیون حقوق معاهدات وین، که به عدم امکان اجرای مادی معاهده به علت ناپایداری دائمی موضوعی که برای اجرای معاهده ضروری بوده پرداخته است، در مورد منسوخ‌شدن، آنچه موضوع بحث است، غیرممکن شدن قانونی یا حقوقی^{۲۵} است.^{۲۶} نمونه بارز این‌گونه غیرممکن شدن که به منسوخ‌شدن می‌انجامد و در واقع اجرای عهدنامه را به لحاظ حقوقی دچار مشکل می‌کند، عبارت «دول متخاصم»^{۲۷} در مواد ۵۳، ۱۰۶ و ۱۰۷ منشور ملل متحد است که دیگر مصداق حقوقی و قانونی ندارد.

بنابراین، با ملاحظه موارد فوق‌الذکر عیان می‌شود که این جنبه از خاتمه‌یافتن معاهدات بین‌المللی که آن را به عبارت منسوخ‌شدن تعبیر کردیم با متروک ماندن معاهدات که در پی شکل‌گیری عرفی قاعده‌ای مطرح می‌شود که در جهت مانع اجرای عهدنامه پیشین است، تفاوت دارد.

۴-۱. استمرار اعتبار معاهدات قدیمی در رویه و عملکرد دولت‌ها

رویه بین‌المللی نشان داده است که صرف گذر زمان، هرچند مدتی قابل‌توجه باشد نمی‌تواند به استمرار و دوام معاهدات موجود و اعمال آن‌ها نسبت به وضعیت‌ها و وقایع جدید، خدشه وارد کند.^{۲۸} دیوان بین‌المللی دادگستری نیز هر وقت لازم دیده، به معاهدات بسیار قدیمی استناد جسته است. به‌عنوان مثال، دیوان در قضیه «حق عبور»، معاهده پونا^{۲۹} مورخ ۱۷۷۹ مابین پرتغال و حاکم *ماراتاس*^{۳۰} را در نظر می‌گیرد.^{۳۱} در قضایایی که با استناد به گذر زمان نسبت به یک معاهده در محاکم نیز مطرح شده است، این امر نتوانسته است موجب توقف اجرای معاهدات شود. در بیشتر قضایای اخیر، دیوان در «قضیه مربوط به حاکمیت بر مناطق پدرا برانکا، پالاتو و صخره‌های میانی

25. Legal Impossibility

26. Cannizzaro, *op. cit.*, p.358

27. Enemy States

28. در واقع، صرف گذر زمان و عدم استناد به عهدنامه در رویه دولت‌ها و همچنین اجرای آن، موجب اختتام معاهده نمی‌شود؛ و همان‌طور که گروسوس بیان می‌کند: «زمان، فی‌نفسه نیرویی مؤثر ندارد. زمان، هیچ چیز انجام نمی‌دهد، هرچند همه چیز در بستر زمان به‌وقوع می‌پیوندد».

Grotius, Hugo, *De jure ac pacis libri tres*, translated by F.W. Kelsey, Oxford: Clarendon Press, 1925, vol. II, p. 220.

29. Pona

30. Marathas

31. Case Concerning Right of Passage over Indian Territory (*Portugal v. India*), Merits, Judgment of 12 April 1960, *ICJ Reports 1960*, 6, at 37

و لبه‌های جنوبی» (دعوای میان مالزی و سنگاپور)^{۳۲} به عهدنامه‌هایی رجوع کرده است که در ربع اول قرن ۱۹ منعقد شده‌اند، از جمله: معاهده انگلیسی - هلندی ۱۸۱۴ (کنوانسیون لندن)، معاهده ۱۸۲۴ هلندی - انگلیسی و تعدادی معاهدات منعقد شده توسط جوهور.^{۳۳} به‌طور قطع، برخی از اجزای این معاهدات، قدیمی، متروک و منسوخ شده‌اند اما این بدان معنی نیست که عهدنامه‌هایی که به‌یقین بدون درج زمان محدودی در آن انعقاد یافته‌اند به‌صرف گذر زمان، خاتمه‌یافته تلقی شوند.^{۳۴} در فهرست‌های عهدنامه‌های قابل اجرا نیز که گاه دولت‌ها منتشر می‌کنند، به‌وضوح پیداست که قدمت اسناد در استمرار و دوام سندیت و اعتبار آن‌ها هیچ‌گونه تأثیری ندارد. برای مثال، در فهرست معاهدات دارای قدرت اجرایی منعقد شده توسط دولت فرانسه که وزارت امور خارجه این کشور منتشر کرده است، اولین عهدنامه که به‌ترتیب تاریخ تنظیم شده است، معاهده میان فرانسه و سوئیس به سال ۱۵۶۴ قرار دارد.^{۳۵}

۱-۵. شرایط و ضوابط لازم جهت تأثیرگذاری عرف بر معاهده

در تعریف متروک‌ماندن معاهده بیان شد که معاهده در صورتی متروک خواهد شد که عرفی پس از آن معاهده شکل گرفته و ظهور یابد و موجب توقف اجرای معاهده قدیمی شود. حال باید دانست که عرفی که چنین قدرتی دارد باید چه ویژگی‌هایی داشته باشد تا قابلیت مقابله با عهدنامه و در واقع متروک کردن آن را داشته باشد.

همان گونه که در قضیه نیکاراگوئه، دیوان بین‌المللی دادگستری بیان کرد، «یک عرف و یک معاهده به‌طور هم‌زمان و برابر می‌توانند وجود داشته باشند».^{۳۶} بنابراین هیچ رده‌بندی و جابه‌جایی میان این دو منبع وجود ندارد.^{۳۷} از این رو قواعد عرفی و قواعد معاهداتی هر دو می‌توانند به‌طور مستقل، قطع‌نظر از آنچه در بر دارند باقی و موجود باشند^{۳۸} چرا که در حقوق بین‌الملل موضوعه، میان منابع شکلی، سلسله‌مراتب وجود ندارد و عرف و معاهده، هر یک نهادی

32. Case Concerning Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore), *ICJ Reports 2003*, para. 21.

33. جمهوری ایتالی در جنوب مالزی است که از سال ۱۹۱۴ تحت کنترل بریتانیا بود و از سال ۱۹۴۲ به اشغال ژاپن درآمد و در سال ۱۹۴۸ با دستیابی به استقلال، جمهوری فدراتیو ملایی پایه گذاشته شد.

34. Cannizzaro, *op. cit.*, p.355.

35. *Ibid*

36. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (*Nicaragua v. United States of America*), *ICJ Reports 1984*, para.177. And Also see: article 38 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties.

37. Jia, Bing Bing, "The Relations between Treaties and Custom", *Chinese Journal of International Law*, 2010, p. 92

38. *Ibid*, p. 97.

مستقل است.^{۳۹} در واقع، از آنجایی که «قدرت حقوقی عرف و معاهده در یک سطح است، در مواردی ممکن است یکدیگر را باطل و از درجه اعتبار ساقط کنند یا موجب تغییر یا اصلاح یکدیگر شوند. به عنوان مثال، اعلامیه ۸ فوریه ۱۸۱۵ و معاهده بروکسل مورخ ۲ ژوئیه ۱۸۹۰ موجب شد تا عرف مربوط به خرید و فروش سیاه‌پوستان و مسئله بردگی لغو شود. در مقابل، اتحاد مقدس^{۴۰} ۱۴ سپتامبر ۱۸۱۵ هرگز رسماً لغو نشد، بلکه در نتیجه ایجاد عرف مغایر، متروک و از درجه اعتبار ساقط شد».^{۴۱}

در نهایت باید گفت که عرف با اجتماع سه شرط می‌تواند به معاهده خاتمه دهد؛ بدین معنی که عرف در صورتی که با معاهده، موضوع و طرف‌های مشترک داشته باشد و میان آن دو ناسازگاری باشد که اجرای هم‌زمان آن‌ها ممکن نباشد، می‌تواند موجب اختتام معاهده شود.^{۴۲}

۲. ارزیابی پدیده «متروک ماندن» به عنوان یکی از موجبات اختتام معاهده

سؤالی که همچنان می‌ماند این است که آیا می‌توان متروک ماندن معاهداتی را که در طول مدت‌های مدید، اجرا نشده‌اند به عنوان یکی از زمینه‌های اختتام معاهده، به موارد مذکور در فصل سوم بخش پنجم کنوانسیون ۱۹۶۹ وین افزود.

در مواردی که کنوانسیون وین در مورد یک عهدنامه مشخص قابل اعمال است، دولت‌ها یا سازمان‌های بین‌المللی که طرف‌های این اسناد هستند ممکن است مانع از آن شوند که به مواردی غیر از آنچه در کنوانسیون وین در خصوص بطلان، اختتام و تعلیق معاهده آمده است، استناد شود. در اینجا، این سؤال مطرح می‌شود که آیا خارج از محدوده کنوانسیون وین، زمینه‌هایی برای بطلان، اختتام یا تعلیق معاهدات در سطح حقوق بین‌الملل عرفی وجود دارد که در روند تدوین به آن تصریح نشده باشد؟^{۴۳} کنوانسیون وین که در بخش پنجم، علل و دلایل

۳۹. ضیایی بیگدلی، محمدرضا؛ «پیوندهای بنیادین عرف و معاهده در حقوق بین‌الملل»، پژوهش حقوق و سیاست، شماره ۱، ۱۳۷۸، ص ۱۲.

40. Holy Alliance

۴۱. ضیایی بیگدلی، محمدرضا؛ حقوق بین‌الملل عمومی، چاپ چهل و سوم، گنج دانش، ۱۳۹۱، ص ۱۶۲.

۴۲. در خصوص موضوع مورد بحث به نظر واضح می‌آید که وقتی صحبت از عرف و به تبع آن، عرف مؤثر در معاهده می‌شود، مقصود، عرفی است که طبق حقوق بین‌الملل، واجد تمام عناصر لازم بوده و به نحو صحیح شکل گرفته باشد. از آن جهت از پرداختن به این موضوع در مقاله حاضر پرهیز شده است که ذکر عبارت «عرف» به خودی خود، گویای این مفهوم است که عناصر و شرایطی که برای تبدیل قاعده‌ای به عرف بین‌المللی لازم است، تحقق یافته و در واقع از مرحله سنجش تبدیل رویه به قاعده عرفی، پیش‌تر رفته‌ایم. به بیان ساده‌تر، عناصر لازم برای تشکیل عرف، جزو شرایط ایجاد عرف بوده و به مبحث حاضر که در مقام بیان شرایط تأثیر عرف (عرفی که به نحو کامل و صحیح ایجاد شده باشد) بر معاهده است، مربوط نمی‌شود. جهت مطالعه بیشتر در مورد عرف و عناصر تشکیل‌دهنده آن، ن.ک: ضیایی بیگدلی؛ همان، صص ۱۵۷-۱۵۳.

43. Cannizzaro, *op. cit.*, p.351.

اختتام یا تعلیق معاهدات را برشمرده است به‌گونه‌ای تنظیم شده است که برخی از این دلایل به‌وضوح به گذر زمان مربوط می‌شود، نظیر مورد اختتام «معاهده‌ای که متضمن مقرراتی درمورد اختتام خود معاهده نباشد و در آن، فسخ یا کناره‌گیری پیش‌بینی نشده باشد»،^{۴۴} یا تغییر اوضاع و احوال.^{۴۵} اما در این کنوانسیون به شکل‌گیری قاعده عرفی که بتواند معاهده را ناکارآمد ساخته و در پی آن، موجب متروک‌شدن معاهده به‌طور کلی یا جزئی شود اشاره نشده و به‌عنوان موجبی برای اختتام ذکر نشده است، اگرچه می‌توان از یکی از موجبات فوق‌الذکر، تا حدودی این احتمال را برداشت کرد.^{۴۶}

عبارات مورد استفاده در ماده ۴۲ کنوانسیون حقوق معاهدات، از جمله عبارات «تنها با اجرای عهدنامه حاضر» و «فقط با اجرای مقررات ... عهدنامه حاضر امکان‌پذیر است» از این قصه حکایت دارند که این عبارات که به‌ترتیب در دو بند این ماده استفاده شده است به این قصد بوده است که نشان دهد که موارد بطلان، اختتام، فسخ، کناره‌گیری و تعلیق پیش‌بینی‌شده در مواد کنوانسیون، قطع‌نظر از موارد خاص بیان‌شده در خود معاهده، جامع، کامل و انحصاری است.

به‌زعم کمیسیون، ممکن است موضوع متروک‌ماندن یا منسوخ‌شدن، با بند دوم ماده ۵۴ که می‌گوید «هر عهدنامه در هر زمان با رضایت کلیه طرف‌ها» می‌تواند خاتمه یابد، هم‌پوشانی داشته و تحت لوای این ماده می‌تواند مورد استناد قرار گیرد.^{۴۷}

درنهایت برای سنجش وجود یا عدم «متروک‌ماندن» و «منسوخ‌شدن» در حقوق بین‌الملل - و به‌طور خاص در حقوق بین‌الملل معاهدات - لاجرم باید رفتار و رویه بین‌المللی را به همراه استنتاجی از مقتضیات منطقی وجود آن‌ها (متروک‌ماندن و منسوخ‌شدن) و با ملاحظه طبیعت نظام حقوقی بین‌المللی و همچنین وجود نهادهای حقوقی دیگری که کارکردی کاملاً مشابه را در این نظام دارند، به ارزیابی نهاد.^{۴۸}

۱-۲. موضوع «متروک‌ماندن معاهدات» در رویه قضایی و داوری بین‌المللی

«سوابق موجود در رویه بین‌المللی، حاکی از آن است که تنها یک رأی درمورد اعلام متروک‌ماندن معاهده‌ای به دلیل ظهور قاعده جدید عرفی صادر شده است و آن رأی سنای

۴۴. ماده ۵۶ کنوانسیون ۱۹۶۹ وین در خصوص حقوق معاهدات.

۴۵. ماده ۶۲ کنوانسیون ۱۹۶۹ وین در خصوص حقوق معاهدات.

46. Report of the International Law Commission, *Treaties over Time in Particular: Subsequent Agreement and Practice*, 60th session, 2008, Annex A, p. 367.

Available at: <http://legal.un.org/ilc/reports/2008/2008report.htm> (last visited in: 23/06/2014)

47. *Ibid.*

48. Kohen, M. G., "Desuetude and Obsolescence of Treaties", in: Cannizzaro, Enzo, *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, 2011, p.354.

هامبورگ در قضیه یوئیل - شورتریج^{۴۹} مورخ ۲۱ اکتبر ۱۸۶۱ (دعوی انگلستان و پرتغال) است.^{۵۰} البته رأی دیگر نیز که در سطح داخلی صادر شده است و معمولاً در مورد اثبات متروک ماندن، شاهد مثال واقع می‌شود، رأی دادگاه قانون اساسی اتریش مورخ ۱۳ مارس ۱۹۷۳ در دعوی لند سیل^{۵۱} است که به نظر نمی‌رسد دقیقاً به موضوع متروک ماندن مربوط باشد.^{۵۲} اما بارها کشورها استدلال متروک ماندن معاهدات را در دیوان بین‌المللی دادگستری مطرح کرده‌اند. «فرانسه در سال ۱۹۷۴ برای توجیه عقیده خود در خصوص عدم صلاحیت دیوان بین‌المللی دادگستری برای رسیدگی به قضیه آزمایش‌های هسته‌ای تأکید کرده است که سند عمومی داوری ۱۹۲۷ از هنگام زوال سیستم جامعه ملل، نسخ ضمنی شده است. هند نیز همین نظریه را در قضیه محاکمه زندانیان جنگ پاکستانی ۱۹۷۳ مطرح ساخته و ترکیه به هنگام

49. *The Yuille, Shortridge & Co. Arbitral Award.*

۵۰. ضیایی بیگدلی؛ حقوق معاهدات بین‌المللی، ص ۲۶۷.

51. *Land Sale to Alien Case (Amend v. Land Tirol)*

۵۲. در قضیه یوئیل - شورتریج دولت بریتانیا برای جبران خسارت وارده به برخی از اتباع خود یعنی یوئیل - شورتریج و شرکا، با مراجعه به داوری، خواستار دریافت غرامت از کشور پرتغال شد زیرا مقامات پرتغالی، حکم دادگاه‌های آن کشور را که در سال ۱۸۳۸ به نفع شورتریج و شرکا صادر شده بود، اجرا نکردند. بر اساس این دادخواست، از سنای شهر آزاد هامبورگ (به‌عنوان داور) درخواست شد پرتغال را بابت خسارات ناشی از اجرائکردن حکم به پرداخت غرامت محکوم کند. این رأی داوری، اصل «تغییر قانون سابق به‌وسیله قانون لاحق» در معاهدات بین‌المللی را به رسمیت شناخت. قاضی ابتدا به بررسی قابل‌اجرا بودن معاهده‌های منعقد در سال‌های ۱۶۵۴ و ۱۸۱۰ در این پرونده پرداخته است که رابطه بین پرتغال و بریتانیا را مشخص می‌کند. پرتغال در این دعوا با استناد به این اصل که عرف مؤخر، مقررات معاهده مقدم را تغییر می‌دهد، اعتقاد داشت عمل متأخر دو دولت، مقررات معاهدات موجود را تغییر داده است. داور این استدلال را رد کرد زیرا از رفتار دولت بریتانیا استنباط نمی‌شد که از اجرای این معاهدات، دست برداشته باشد. چیکاپا، بلز؛ چکیده رویه قضایی در حقوق بین‌الملل عمومی، ترجمه: همایون حبیبی، انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۸۷، صص ۱ و ۲.

قضیه دیگری که در سطح داخلی در مورد آن اتخاذ تصمیم شد و اغلب به‌عنوان مثالی برای اعمال متروک ماندن معاهدات بیان می‌شود، قضیه لند سیل (*Amend v. Land Tirol*) در دادگاه قانون اساسی اتریش در ۱۳ مارس ۱۹۷۳ است. در این دعوا، خواهان، شهروند آلمان بود و استدلال می‌کرد که کاربرد قانون موردنظر وی که به دادن وثیقه هنگام خرید زمینی در خاک اتریش اشاره داشت در تناقض و مغایرت با عهدنامه تجاری میان اتریش و آلمان، مورخ ۱۲ آوریل ۱۹۳۰ است. دادگاه تصمیم گرفت که ضمن اینکه مقررات عهدنامه تجاری رسماً منسوخ نشده است، وارد گود متروک ماندن شده است، که زمینه‌ای برای اختتام معاهده طبق حقوق بین‌الملل است. البته تحلیل‌های واقع‌گرایانه نشان داد که اختتام معاهده تجاری ۱۹۳۰ بر اساس سایر موارد اختتام، بهتر می‌تواند تبیین شود. در واقع، اجرای آن عهدنامه در هنگام حمله آلمان به اشلوس اتریش در سال ۱۹۳۸ متوقف شد. پس از جنگ جهانی دوم، هم‌پیمانان غربی از دولت اتریش خواستند تا به آن‌ها اعلام دارد که کدام‌یک از عهدنامه‌های منعقد با امپراتوری آلمان باید در روابط وی با دولت فدرال آلمان مجدداً اجرا شود. فهرستی که دولت اتریش ارائه داد، عهدنامه تجاری ۱۹۳۰ را در بر نداشت. بنابراین، ایده یا نظریه متروک ماندن معاهده در این مورد خاص به‌عنوان زمینه‌ای برای اختتام آن، کاملاً غریب و بیگانه است. (Cannizzaro, *op. cit.*, p. 357)

بررسی مناقشه درباره فلات قاره دریای اژه ۱۹۷۸ آن را عنوان کرده است.^{۵۳} البته در هر سه مورد، گفته شده دیوان توانسته است از پاسخ‌دادن به این موضوع طفره رود.

البته دیوان بین‌المللی دادگستری، این اصل را که عرف مؤخر، موجب کنارگذاشتن مقررات معاهده پیشین شود در نظریه مشورتی «برخی هزینه‌های سازمان ملل» (۲۰ ژوئیه ۱۹۶۲)، به‌طور تلویحی و در نظریه مشورتی خود در مورد نامیبیا (۲۱ ژوئن ۱۹۷۱) به‌طور صریح پذیرفته است.^{۵۴}

به‌رغم اینکه دیوان بین‌المللی دادگستری در اکثر موارد، راه‌حل روشنی ارائه نداده است، «امروزه در جامعه بین‌المللی نمی‌توان این نکته را کتمان کرد که برخی از معاهدات کلاسیک، بدون آنکه رسماً و صریحاً نسخ شده و خاتمه یافته باشند، به دلایل عدیده‌ای که در حال، ناشی از عدم اجرای مستمر آن‌ها و تبدیل موارد عدم اجرا به قاعده عرفی جدید است، متروک مانده و در نتیجه، اجرای آن‌ها متوقف شده است، از جمله معاهده سن‌ژرمن مورخ ۱۴ سپتامبر ۱۸۱۵ یا برخی از معاهدات استعماری یا کلیه یا بخشی از مقررات معاهدات ناظر بر کاربرد پاره‌ای سلاح‌ها در مخاصمات بین‌المللی».^{۵۵} پس در واقع، امری قبول شده است که ممکن است عهدنامه با افتادن در ورطه متروک شدن به‌وسیله قاعده عرفی، خاتمه یابد، هرچند که به‌عنوان مثال در قضیه آزمایش‌های هسته‌ای گفته شد که این امر در قلمرو مواد ۴۲ و ۵۴ کنوانسیون ۱۹۶۹ وین نمی‌گنجد. در واقع به نظر دیوان، این تسلط از قاعده‌ای عرفی ناشی می‌شود که استقلال خود را نسبت به کنوانسیون وین، حفظ کرده است.^{۵۶}

۲-۲. موضوع «متروک ماندن معاهدات» در رویه قضایی ملی

یکی از جنبه‌هایی که در تبیین موضوع متروک ماندن معاهدات به‌عنوان راهی برای اختتام معاهده حایز اهمیت است، رویکرد و نگرش دادگاه‌های ملی به این موضوع است.

اهم آرای مربوطه از این قرار است: حکمی از دیوان عالی کشور آلمان در ۲۳ مه ۱۹۲۵ تشخیص داد که عهدنامه برست - لیتوسک^{۵۷} به‌وسیله بیانیه صریح دولت شوروی و با عدم اعتراض طرف آلمانی خاتمه یافته است؛ دو حکم از دادگاه‌های هلند نیز از دادگاه تجدیدنظر شهر آرنهم^{۵۸} در ۲۳ مارس ۱۹۷۱ و همچنین رأی داوری دربار در ۲۲ مارس ۱۹۷۵، به‌ترتیب مربوط

۵۳. کک‌دین، نگوین و همکاران؛ حقوق بین‌الملل عمومی، ترجمه: حسن حبیبی، انتشارات اطلاعات، ۱۳۸۲، جلد اول، ص ۵۰۷.

۵۴. چیکایا؛ همان، ص ۲.

۵۵. ضیایی بیگدلی؛ همان، ص ۲۶۷.

56. Villiger, Mark E., *op. cit.*, p. 548-549.

57. Brest-Litovsk

58. Arnhem

می‌شد به اختتام به‌وسیله متروک‌ماندن و تراضی ضمنی میان هلند و اندونزی؛ به این معنی که اندونزی به‌طور یک‌جانبه از مقررات عهدنامه تخلف کرده بود و هلند درمقابل، هیچ واکنشی نشان نداده بود. حکم قابل‌توجه دیگر، رأی دادگاه قانون اساسی اتریش، مورخ ۱۹۷۳ است که با استناد به رفتار مقامات اجرایی اتریش و عدم اعتراض دولت آلمان، لغو معاهده‌ای را میان آلمان و اتریش نشان می‌دهد.^{۵۹} همه این موارد به علت این واقعیت که الغای معاهده از راه متروک‌شدن، یکی از موجبات بسیار بحث‌برانگیز برای اختتام است، سزاوار تأکید است.^{۶۰}

۲-۳. موضوع «متروک‌ماندن معاهدات» در دکترین حقوق بین‌الملل

برخی مواضع نظری سنتی بر استناد به متروک‌ماندن، به‌عنوان زمینه‌ای برای اختتام معاهده اصرار می‌ورزند. تفسیری در حقوق بین‌الملل وجود دارد که بنا بر آن، متروک‌ماندن را به قاعده «تصرف»،^{۶۱} وابسته و شبیه می‌داند؛ با این تفاوت که درمورد متروک‌ماندن، اختتام معاهده به‌وسیله گذر زمان روی می‌دهد درحالی‌که درمورد تصرف، آنچه مورد بحث است، وجود یا عدم حقوق و تکالیف غیرعینی است. درمورد نخست، غیرفعال‌بودن طرف‌های معاهده است که مجوزی برای اختتام می‌شود و درمورد دوم، غیرفعال‌بودن دارنده حقوق.^{۶۲}

تفسیری دیگر که درمورد پذیرش نظری متروک‌ماندن در حقوق بین‌الملل به‌چشم می‌خورد، مفهوم کلسنی تأثیرگذاری هنجارها به‌عنوان شرطی برای وجود آن‌ها است. اگر از این رویکرد پیروی شود، قاعده‌ای که برای یک دوره زمانی خاص اعمال نشود، اعتبار و مشروعیت خود را از دست می‌دهد. قابل‌ملاحظه است که حتی نویسندگانی که طرفدار این موضع نظری بودند در قبول بی‌قیدوشرط امکان متروک‌ماندن معاهدات، تا حدی بی‌میل بودند.^{۶۳}

پروفسور یان براونلی به موضوع متروک‌ماندن معاهده اشاره کرده و با اذعان به غیرمدون‌بودن نظام حقوقی حاکم بر آن، متروک‌ماندن معاهده را راهی جهت اختتام آن تصور می‌کند. وی بیان می‌دارد که موضوع متروک‌ماندن معاهده، که در هیچ ماده از کنوانسیون، ذکر از آن به میان نیامده، به‌طور اساسی به قطع تداوم اجرای عهدنامه مربوط بوده و بر اختتام معاهده همراه با رضایت دلالت می‌کند؛ هرچند می‌تواند به وضعیتی متمایز از چشم‌پوشی یک‌جانبه از حقوق تحت عهدنامه توسعه یابد. به‌علاوه، قطع‌نظر از توافق طرف‌های عهدنامه، معاهده قدیمی از نظر

59. Judgment of 13 March 1973, *Land Sale to Alien Case*, 77 ILR 433.

60. Conforti, Benedetto and Lobelia, Angelo, "Invalidity and Termination of Treaties: The Role of National Courts", *European Journal of International Law*, 1990, No. 44, p. 60

61. Prescription

62. Cannizzaro, *op. cit.*, pp. 353-354.

63. Tucker, R.W., "The Principle of Effectiveness in International Law", in *Law and Politics in the World Community*, Essays on Hans Kelsen's Pure Theory and Related Problems in International Law (Berkeley-Los Angeles: University of California Press, 1953) 31-48, in particular at 34, and at 47-48.

اجرایی، بی‌محتوا و ناممکن می‌شود.^{۶۴}

۲-۴. اقدامات اخیر کمیسیون حقوق بین‌الملل در جهت تبیین موضوع

کمیسیون حقوق بین‌الملل، در سال ۲۰۰۹ بررسی موضوع «توافقات و رویه‌های مؤخر در خصوص تفسیر معاهدات» را تحت عنوان «معاهدات در گذر زمان»^{۶۵} در دستور کار خود قرار داد. پس از ۴ سال، نخستین گزارش خود را در شصت و پنجمین نشست خود منتشر کرد.^{۶۶} این برنامه هرچند تحت عنوان رویه‌های بعدی برای تفسیر آغاز شده است، در نخستین گزارش گزارشگر ویژه آمده است که این موضوع، گسترده بوده و می‌تواند از جمله شامل اختتام معاهده و اصلاح آن نیز بشود.^{۶۷}

با وجود این، نظر به گستردگی موضوع و پیامدهای متنوع ناشی از رویه و عملکرد مؤخر، هنوز کمیسیون حقوق بین‌الملل، هیچ گزارش نهایی و جامعی را در خصوص مسئله خاص متروک‌ماندن معاهدات به دست نداده است. کما اینکه در گزارش سالانه خود به سال ۲۰۰۸ به‌صراحت بیان می‌دارد که: «تشکیل قاعده عرفی در جهتی مخالف عهدنامه، که ممکن است متروک‌ماندن عهدنامه را در کل یا در جزء به‌دنبال داشته باشد، در کنوانسیون وین به‌عنوان موجبی برای اختتام عهدنامه در نظر گرفته نشده است، حال آنکه به‌طور مستدل، این [واقعه] یکی از آن موجبات است».^{۶۸}

بدین ترتیب می‌توان متروک‌ماندن معاهدات بین‌المللی را منصرف از مقررات کنوانسیون وین به‌عنوان گزینه‌ای برای اختتام معاهده پذیرفت. این باور پس از بررسی عرف بین‌المللی و رویه عملی تابعان فعال حقوق بین‌الملل یعنی دولت‌ها و عقاید و نظرات کمیسیون حقوق بین‌الملل و دانشمندان این رشته بر این نوشته چیره شد.

گسستن حصر ماده ۴۲ که موارد اختتام را محدود به مندرجات کنوانسیون کرده است نیز به مدد دو استدلال میسر می‌شود: اولاً، با توجه به قدرت الزام‌آور برابر عرف و معاهده، و در نتیجه توان نسخ و حتی الغای معاهده توسط عرف، در صورتی که متروک‌ماندن معاهده را اصل عرفی بدانیم، در نتیجه بند دوم ماده ۴۲ توان مقابله با این اصل را نخواهد داشت. ثانیاً، اگر متروک‌ماندن را واجد وصف عرفی ندانسته و در نتیجه در سطحی پایین‌تر از مقررات کنوانسیون قرار گیرد، باز

64. Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, Oxford Press, 1998, p.622.

65. *Treaties over Time*

66. International Law Commission, *First Report on Subsequent Agreements and Subsequent Practice in Relation to Treaty Interpretation*, by Georg Nolte, Special Rapporteur, Sixty-fifth session, Geneva, 6 May-7 June and 8 July-9 August 2013.

67. *Ibid.*, para 4.

68. Report of the International Law Commission, *Treaties over Time in Particular: Subsequent Agreement and Practice*, 60th session, 2008, Annex. A, p. 367.

ضمن عدم امکان اجتناب از پذیرش این پدیده، باید آن را در قالب رضایت بعدی طرف‌های معاهده مذکور در بند دوم ماده ۵۴ کنوانسیون وین گنجانند و به آن عمل کرد.

۳. مبنای حقوقی پذیرش «متروک ماندن» به عنوان موجبی برای اختتام معاهده

با پذیرش متروک ماندن معاهدات به عنوان زمینه‌ای برای اختتام معاهدات، لازم است مبنای این یافته نیز مشخص و به لحاظ حقوقی توجیه شود.

در رابطه با مبنای حقوقی اختتام معاهدات از طریق متروک ماندن، باید بیان داشت که به این پدیده از دو دیدگاه متفاوت نگریسته شده است؛ کمیسیون حقوق بین‌الملل در مورد متروک ماندن، نظری قراردادی^{۶۹} پیش گرفته که بنا بر آن، توافق ضمنی میان طرف‌های معاهده است که آن را به سمت اختتام سوق می‌دهد. دیدگاه دیگر، نه تنها به بهترین وجه، نشان‌دهنده معنای اصلی این اصطلاح است، در عین حال، مقصود اصلی این مفهوم را نیز نشان می‌دهد. طبق این نظریه، اختتام معاهده به دلیل عدم اعمال آن در مدت طولانی، خود حاکی از رویه مستمر و طولانی در جهت مخالف مندرجات عهدنامه است که به اصطلاح، نسخ عرفی^{۷۰} خوانده می‌شود. بنابراین در این مفهوم، متروک ماندن، زمانی به وقوع می‌پیوندد که عرفی در جهت خلاف عهدنامه شکل گرفته است و رویه معکوس با عنصر روانی^{۷۱} نیز همراه باشد، به این معنی که اعتقاد به الزام‌آوردن این رویه معکوس وجود داشته باشد. به عبارت دیگر، طرف‌های عهدنامه، اعتقاد راسخ داشته باشند که عهدنامه، دیگر قابل استفاده نیست.^{۷۲}

دو استدلالی که ارائه شد، متضمن هیچ ایراد نظری نیست. اما در عمل می‌تواند در خصوص اثبات وجود یا عدم توافق ضمنی موردنظر و اینکه آیا نیت و قصد طرف‌های آن بر اسقاط عهدنامه سابق - به طور کامل یا قسمتی از آن - قرار گرفته است، دشواری‌هایی به بار آورد.

۳-۱. رضایت ضمنی و بعدی طرف‌های معاهده

به عنوان اصل، نظر کمیسیون حقوق بین‌الملل این است که: «ممکن است متروک ماندن معاهدات، سبب واقعی اختتام معاهده باشد. مبنای حقوقی چنین اختتامی، رضایت و تمایل طرف

69. Contractualist Theory

70. *Consuetudo abrogatoria*

71. *Opinio juris*

72. Vamvoukos, *op. cit.*, 325.

همچنین برای تحلیل بهتر موضوع، ن.ک:

N. Kontou, *The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994, pp. 24-31.

های معاهده به کنارگذاشتن آن است».^{۷۳}

در این رابطه، کمیسیون حقوق بین‌الملل بررسی کرده است که آیا منسوخ‌شدن یا متروک‌ماندن باید به‌عنوان زمینه‌هایی جداگانه برای اختتام معاهدات در نظر گرفته شود یا خیر.^{۷۴} این کمیسیون در نهایت نتیجه می‌گیرد که تا زمانی که ممکن است «متروک‌ماندن» و «منسوخ شدن»، دلیلی واقعی برای اختتام عهدنامه باشد، هرگاه مبانی حقوقی چنین اختتامی رخ دهد، نشان رضایت طرف‌های آن، بر گذشتن از معاهده است که از رفتار آن‌ها در رابطه با معاهده مزبور برداشت می‌شود.^{۷۵}

هرگاه رضایت و خواست طرف‌های عهدنامه در خصوص اختتام یا کناره‌گیری در خود عهدنامه بیان نشده و عهدنامه، بنا بر تمایل اولیه (هنگام تصویب یا انعقاد) متضمن آن نباشد، می‌تواند به‌صورت متعاقب و ویژه برآورد شود. علی‌الاصول، چنین رضایت بعدی موجب اصلاح^{۷۶} معاهده اصلی می‌شود.^{۷۷} بند (ب) ماده ۵۴ کنوانسیون وین در مواردی به‌کار برده می‌شود که عهدنامه مشتمل بر مقرراتی در خصوص اختتام یا کناره‌گیری در کل نباشد. در این موارد است که رضایت بعدی موجب پدیداری علتی نو برای اختتام یا کناره‌گیری از عهدنامه در ورای عهدنامه اصلی می‌شود. این امر بر اراده طرف‌های معاهده استوار است که قادر خواهند بود تحت لوای حقوق بین‌الملل عرفی از عهدنامه‌ای که خود صاحب آن محسوب می‌شوند، بگذرند. آن‌ها می‌توانند در هر زمان بپذیرند که معاهده به‌طور کامل از بین برود یا به یکی از طرف‌های آن، مجوز کناره‌گیری از معاهده را داده، خلاً یا هرگونه مقررات متعارض موجود در معاهده را برطرف سازند. اما بدان دلیل که نفس اختتام (در معنی وسیع کلمه)، لزوماً تمام یا برخی از طرف‌های عهدنامه را از حقوق شناخته‌شده به‌موجب مقررات عهدنامه محروم می‌سازد، رضایت همه طرف‌های عهدنامه لازم است.^{۷۸}

شق (ب) ماده ۵۴ کنوانسیون وین، اختتام معاهده را ضمن رضایت تمامی طرف‌های آن تجویز کرده است. همان‌گونه که گفته شد، در دیدگاه کمیسیون حقوق بین‌الملل، چنین رضایتی ممکن است از توافق ضمنی نیز به‌دست آید. در همین راستا ماده ۵۹ این کنوانسیون، امکان اختتام یک معاهده را با انعقاد معاهده‌ای دیگر توسط همان طرف‌های عهدنامه سابق و در همان

73. Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries, *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, vol. II, para 5, p. 237.

74. Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries, *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, vol. II, p. 237.

75. *Ibid.*

76. Amendment

77. ماده ۳۹ کنوانسیون ۱۹۶۹ وین در خصوص حقوق معاهدات.

78. Dorr & Schmalenbach, *op. cit.*, p 957, para 37.

موضوع در نظر دارد. ممکن است هر دو مورد گفته شده موجب نسخ ضمنی و اختتام تلویحی عهدنامه شود که رضایت دولت‌ها، نقش اساسی و قاطع در آن بازی می‌کند.^{۷۹}

از دید کمیسیون، حقوق بین‌الملل به هیچ وجه نمی‌تواند نظریه «عمل متقابل»^{۸۰} را که در برخی نظام‌های حقوق داخلی یافت می‌شود، در خصوص الغای یک نهاد حقوقی، مورد قبول بداند.^{۸۱} کمیسیون با تأکید، یادآور می‌شود که «هنگامی که معاهده به دلایلی غیر از آنچه در مقررات آن وجود دارد خاتمه یابد، رضایت تمامی طرف‌های آن لازم است».^{۸۲} اما حقوق بین‌الملل لازم نمی‌بیند که رضایت بعدی تمامی طرف‌های معاهده در شکل و چارچوب خاصی ابراز شود. البته هرچند چنین الزامی وجود ندارد، این رضایت باید بدون تردید و بدون هیچ ابهامی بروز یابد و در واقع، بارز و واضح باشد تا به خاطر غیررسمی بودن و غیرتشریفاتی بودن اعلام این رضایت، موجب ایجاد مشکل نشود. از سوی دیگر، ماده ۶۵ کنوانسیون حقوق معاهدات، مقرر می‌دارد که هرگاه یکی از طرف‌ها سایر طرف‌های معاهده را از اراده خود مبنی بر کناره‌گیری از معاهده آگاه کند و اعتراضی از سایر دولت‌ها در مدت ۳ ماه دریافت نکند، طرف پیشنهاددهنده می‌تواند از معاهده کناره‌گیری کند. این سکوت طرف‌های معاهده در این مورد نیز به سان «رضایت» قلمداد می‌شود.^{۸۳} البته رضایتی که متعاقباً سبب اختتام معاهده می‌شود، هیچ‌گونه نمی‌تواند شبیه رضایتی باشد که به انعقاد معاهده انجامیده است.

ماده ۵۴ کنوانسیون مزبور، در بند (ب) خود بیان نمی‌کند که رضایت طرف‌های معاهده باید به‌طور صریح اظهار شود. نظر به این واقعیت که طرف‌های معاهده در انتخاب شکل توافق به اختتام معاهده، آزادی عمل دارند، به‌طور معمول اگر برخی (درمورد کناره‌گیری) یا کل طرف‌های معاهده به‌طور ضمنی و تلویحی به اختتام رضایت دهند، کفایت می‌کند. اما لازم است که این رضایت، شرایطی از این قرار داشته باشد: الف) رضایت هر طرف یا همه آن‌ها باید روشن و بدون ابهام باشد؛ ب) تجویز کفایت رضایت ضمنی برای اختتام یا کناره‌گیری، نباید موجب عقیم‌شدن رایزنی‌ها و مذاکرات سایر دول متعاهد شود.^{۸۴}

بر این اساس در نگاه کمیسیون، بند دوم ماده ۵۴ کنوانسیون وین، دو بحث متروک‌ماندن و منسوخ‌شدن معاهدات را به‌عنوان موجبات اختتام پوشش می‌دهد. این بدان معناست که رفتار

79. Cannizzaro, *op. cit.*, p.353

80. *Acte contraire*

81. Dorr & Schmalenbach, *op. cit.*, p. 958, para. 38.

See also: Aust, Anthony, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, 2nd edition, 2002, p. 232

82. Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries, *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, vol. II, p. 249, commentary to art. 51, para. 3

83. Dorr & Schmalenbach, *op. cit.*, p. 958, para. 38.

84. *Ibid.*, p. 959, para. 40.

مرتبط با معاهده طرف‌های معاهده است که می‌تواند دلالت بر رضایت آن‌ها به نادیده‌انگاشتن معاهده کند. به همین خاطر است که کمیسیون حقوق بین‌الملل درمی‌یابد که چندان نیازی نیست که متروک‌ماندن نیز به‌عنوان راهی متمایز برای اختتام معاهده نام برده شود.^{۸۵}

۲-۳. تأثیر هنجار عرفی متأخر بر معاهده (نسخ عرفی)

برخی از نویسندگان، در اینکه متروک‌ماندن معاهدات، همواره بر رضایت ضمنی طرف‌های عهدنامه منطبق است تردید دارند و اشاره می‌کنند که این امر توسط هنجار متأخری از حقوق عرفی، بهتر به‌الغای عهدنامه می‌انجامد.^{۸۶} در واقع این گروه برآن‌اند که آنچه موجب می‌شود تا عهدنامه‌ای در روابط طرف‌های آن، متروک فرض شود و به آن عمل نشود، نه تنها ناشی از رضایت ضمنی آن‌ها، که منتج از بروز و ظهور یک قاعده حقوقی عرفی است که به‌عنوان منبعی هم‌تراز با معاهده بین‌المللی در صورت تأخر آن بر معاهده، بر آن معاهده تفوق می‌یابد.

هرچند واپسین بند مقدمه عهدنامه حقوق معاهدات بیان می‌دارد که: «قواعد حقوق بین‌الملل عرفی در مسائلی که در مقررات عهدنامه حاضر به نظم در نیامده است، همچنان حاکم خواهد بود»، ماده ۴۲ این کنوانسیون در بند دوم خود، مقرراتی متضاد با مقدمه مزبور دارد. این ماده به‌صراحت بیان می‌دارد که هیچ‌موجبی برای اختتام عهدنامه، فراتر از آنچه در این کنوانسیون آمده است اعمال نخواهد شد.^{۸۷}

از این‌رو، باید بر آن بود که مبنای واقعی پذیرش متروک‌ماندن به‌عنوان یکی از علل اختتام، همانا رضایت بعدی - اعم از ضمنی و صریح - طرف‌های عهدنامه است و نه تأثیر یک هنجار عرفی نوظهور بر آن. در واقع، اگر نیک نگریسته شود، آن قاعده عرفی جدید که می‌تواند بر معاهده پیشین تأثیر گذارد و آن را متروک کند و به‌زعم برخی از نویسندگان نیز مبنای اختتام معاهده به‌وسیله متروک‌ماندن است، در کنه خود با پذیرش رضایت به‌عنوان مبنای اختتام معاهده به‌وسیله متروک‌ماندن، منافات و تناقضی ندارد، چرا که هم قاعده عرفی پدیدآمده که عمدتاً در جهت مخالف با عهدنامه شکل گرفته است اگر در نتیجه رضایت نبود، شکل نمی‌گرفت و هم اگر پس از شکل‌گیری عرف، باز رضایت طرف‌های عهدنامه نبود (اگرچه به‌صورت ضمنی) آن عرف نمی‌توانست به‌درستی معاهده را متروک کند و به آن خاتمه دهد.

در نهایت، نظر به مقررات خود کنوانسیون (مواد ۴۲ و ۵۴) و ایده‌های مطرح‌شده در کمیسیون

85. Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries, *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, vol. II, commentary to art 39, para 5, p. 249

86. Simma, Bruno, "Termination and Suspension of Treaties: Two Recent Austrian Cases", *GYIL*, 1978, vol. 21, p. 82.

87. Kontou, *op. cit.*, p 135.

حقوق بین‌الملل و همچنین ماهیت رضایی داشتن ایجاد عرف بین‌المللی، می‌توان مبنای اختتام معاهدات به‌علت متروک‌شدن را «رضایت» متعاقب طرف‌های آن دانست و لاغیر.

نتیجه

دو منبع از اصلی‌ترین منابع حقوق بین‌الملل، یعنی عرف و معاهدات بین‌المللی، بدان علت که هر دو از درجه الزام برابری برخوردارند و قدرت حقوقی مساوی دارند، موجب تأثیرپذیری هریک از این دو از دیگری می‌شود. متروک‌ماندن معاهدات بین‌المللی نیز ثمره این رویارویی میان عرف و معاهده است. معاهده بین‌المللی که در رفتار طرف‌های آن برای مدت‌های نسبتاً طولانی بلااستفاده مانده و مورد عمل واقع نمی‌شود، در صورتی که با تولد عرفی بین‌المللی در جهتی مخالف با آن هم‌زمان باشد، موجب بروز پدیده‌ای می‌شود که در حقوق بین‌الملل عام، «متروک‌ماندن» معاهده خوانده می‌شود. به عبارت دیگر، عرفی که پس از عهدنامه شکل می‌گیرد و عهدنامه مزبور در رفتار طرف‌های آن، بلااستفاده باشد موجب می‌شود که اجرای عهدنامه مزبور متوقف شده و درحقیقت، آن عهدنامه خاتمه یابد. در این میان، عرفی که قرار است آن قدر بر عهدنامه پیشین مؤثر واقع شود که آن را به میدان متروک‌ماندن و سپس اختتام سوق دهد، لازم است با معاهده، موضوع و طرف‌هایی واحد داشته باشد و نیز نتوان در آن واحد به هر دو منبع عمل کرد. این در حالی است که صرف گذر زمان نمی‌تواند معاهده را از دایره اجرا خارج کند.

بنابراین، نظر به مقدمه کنوانسیون حقوق معاهدات و همچنین ماده ۴۲ آن، باید محرز شود که آیا می‌توان متروک‌ماندن معاهدات بین‌المللی را به‌عنوان علتی برای اختتام معاهده - اگر نه تحت لوای کنوانسیون وین، که طبق حقوق بین‌الملل عام - تصور کرد و آن را در کنار سایر موارد اختتام نهاد. با تأملی در قاموس کمیسیون حقوق بین‌الملل و با توجه به نظرات و عقاید حقوق‌دانان بین‌المللی و اندیشمندان این رشته و با نگاهی به رویه قضایی و داوری بین‌المللی و ملی و همچنین عملکرد دولت‌ها به‌عنوان اصلی‌ترین تابعان حقوق بین‌الملل می‌توان به این نتیجه دست یافت که باید به موضوع متروک‌ماندن معاهدات به‌عنوان موضوعی برای اختتام معاهدات بین‌المللی در کنار سایر موارد اختتام نظر افکند و معاهدات متروک‌مانده را خاتمه‌یافته قلمداد کرد. درحقیقت، حقوق بین‌الملل عام در عمل و رویه، این موضوع را به‌عنوان موجبی برای اختتام معاهدات به رسمیت شناخته است. این شناسایی را می‌توان با مطالعه‌ای در رویه قضایی و داوری بین‌المللی و همچنین ملی ملاحظه کرد. مبنای این انتخاب نیز همان طور که ملاحظه شد، «رضایت» طرف‌های عهدنامه، اعم از ضمنی و صریح است. این مبنا را می‌توان از اعتقاد کمیسیون حقوق بین‌الملل و عقاید برخی از اندیشمندان بین‌المللی و همچنین آرای قضایی دریافت.

منابع:

الف) فارسی

- کتاب

- چیکاوا، بلز؛ چکیده رویه قضایی در حقوق بین‌الملل عمومی، ترجمه: همایون حبیبی، انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۸۷.
- ضیایی بیگدلی، محمدرضا؛ حقوق معاهدات بین‌المللی، چاپ سوم، گنج دانش، ۱۳۸۵.
- _____؛ حقوق بین‌الملل عمومی، چاپ چهل و سوم، گنج دانش، ۱۳۹۱.
- فلسفی، هدایت‌الله؛ حقوق بین‌الملل معاهدات، چاپ دوم، فرهنگ نشر نو، ۱۳۸۳.
- کک‌دین، نگوین و همکاران؛ حقوق بین‌الملل عمومی، ترجمه: حسن حبیبی، انتشارات اطلاعات، جلد اول، ۱۳۸۲.

- مقاله

- ضیایی بیگدلی، محمدرضا؛ «پیوندهای بنیادین عرف و معاهده در حقوق بین‌الملل»، پژوهش حقوق و سیاست، شماره ۱، پاییز و زمستان ۱۳۷۸.

ب) انگلیسی

- Books

- Garner, Bryan A., *Black's Law Dictionary*, West and Thomsom, 2004.
- Vamvoukos, Athanassios., *Termination of Treaties in International Law: The Doctrine of 'rebus sic stantibus' and Desuetude*, Oxford: Clarendon Press, 1985.
- Cannizzaro, Enzo, *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, 2011.
- Villiger, Mark E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden-Boston, 2009.
- Dorr, Oliver & Schmalenbach, Kirsten, *Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary*, Springer Heidelberg Dordrecht London New York, 2012.
- Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, Oxford Press, 1998.
- Grotius, Hugo, *De jure ac pacis libri tres*, translated by F.W. Kelsey, Oxford: Clarendon Press, 1925, vol. II.
- N. Kontou, *The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994.

- Aust, Anthony, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, 2nd edition, 2002.

- Articles

- “Desuetude”, *Harvard Law Review*, vol. 119, No. 7, May 2006.
- Jia, Bing Bing, “The Relations between Treaties and Custom”, *Chinese Journal of International Law*, 2010.
- Tucker, R.W., “The Principle of Effectiveness in International Law, in Law and Politics in the World Community”, *Essays on Hans Kelsen's Pure Theory and Related Problems in International Law*, Berkeley–Los Angeles: University of California Press, 1953.
- Kohen, MG, “Desuetude and Obsolescence of Treaties”, in: Cannizzaro, Enzo, *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, 2011.
- Conforti, Benedetto and Lobelia, Angelo, “Invalidity and Termination of Treaties: The Role of National Courts”, *European Journal of International Law*, 1990, No. 44.
- Simma, Bruno, “Termination and Suspension of Treaties: Two Recent Austrian Cases”, *GYIL*, 1978, vol. 21.

- Case Laws

- Legality of the Use of Force (*Serbia and Montenegro v Belgium*), Preliminary Objections of Belgium, *ICJ Reports*, 5 July 2000.
- Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (*Nicaragua v. United States of America*), *ICJ Reports*, 1984.
- Case Concerning Right of Passage over Indian Territory (*Portugal v India*), Merits, Judgment of 12 April 1960, *ICJ Reports*, 1960.
- Case Concerning Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore), *ICJ Reports*, 2003.
- *The Yuille, Shortridge & Co. Arbitral Award*.
- *Land Sale to Alien Case (Amend v Land Tirol)* Judgment of 13 March 1973, 77 ILR 433.

- Instruments

- Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries, *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, vol. II.
- Annual Report of the International Law Commission, *Treaties over Time in Particular: Subsequent Agreement and Practice*, 60th session, 2008, Annex. A.
- International Law Commission, *First Report on Subsequent Agreements and Subsequent Practice in Relation to Treaty Interpretation*, by Georg Nolte, Special Rapporteur, Sixty-fifth session, Geneva, 6 May-7 June and 8 July-9 August 2013.

- Official Websites

- <http://legal.un.org/ilc/reports/2008/english/annexA.pdf>

