

عناصر قواعد عرفی در پرتو گزارش سال ۱۴۲۰ گزارشگر ویژه کمیسیون حقوق بین الملل

ستار عزیزی*

علی مختاری مطلق**

چکیده:

قواعد عرفی به خاطر دارابودن ویژگی‌هایی هم‌چون پویایی و انطباق‌پذیری وسیع با تحولات روز و تحول همیشگی دامنه موضوعی رویه که انعکاسی از توسعه روابط بین‌الملل است، از منزلتی متمایز و برتر در میان منابع حقوق بین‌الملل برخوردارند. فرایند شکل‌گیری و شناسایی قواعد عرفی اساساً فرایندی مبهم و نامشخص است و ضوابط و معیارهای دقیقی در این رابطه وجود ندارد. مسأله تعیین حقوق بین‌الملل عرفی از دیرباز مورد توجه علمای حقوق بین‌الملل بوده است، صاحب‌نظران و نهادهای حقوق بین‌المللی مختلفی به این موضوع پرداخته‌اند، اما دیدگاه‌های مختلف و مغایری در این خصوص ارائه شده است. سوال اساسی مطرح‌شده در این مقاله آن است که از میان تئوری‌های مختلف در تبیین شکل‌گیری و تعیین قواعد عرفی، کدام تئوری مورد نظر گزارشگر کمیسیون در تبیین و احراز قواعد عرفی بوده و چه معیارهایی را در تعیین این

*. دانشیار دانشگاه بوعلی سینا همدان، (نویسنده مسئول) satarazizi@ymail.com.
**. دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل دانشگاه آزاد اسلامی واحد کرمانشاه.

تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۰۹/۲۹ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۰۸/۲۰
فصلنامه پژوهش‌های روابط بین‌الملل، دوره نخست، شماره هجدهم، صص ۱۸۲ - ۱۳۷.

قواعد به کار برده است؟ رویکرد گزارشگر ویژه کمیسیون حقوق بین‌الملل با تکیه بر رویه قضایی بین‌الملل این بوده است: عرف و قاعده عرفی، یک نظام دو عنصری مشتمل بر عنصر مادی (رویه) و عنصر ذهنی (پذیرش به‌عنوان قانون) است که هر دو عنصر برای ایجاد هر قاعده از حقوق بین‌الملل عرفی تفکیک‌ناپذیر می‌باشند. نظر به اینکه عموماً تئوری مورد نظر گزارشگر نهایتاً به تصویب مجمع عمومی کمیسیون هم می‌رسد و مورد استناد دیوان بین‌المللی دادگستری قرار می‌گیرد، لذا بررسی رویکرد گزارشگر کمیسیون می‌تواند معیاری راهگشا در تعیین قواعد عرفی برای پژوهشگران حقوق بین‌الملل باشد.

واژه‌های کلیدی: عرف، رویه دولت‌ها، اعتقاد حقوقی، دیوان بین‌المللی دادگستری، کمیسیون حقوق بین‌الملل.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

جامعه بین‌المللی از نقطه نظر ساختاری و به علت فقدان تمرکز و بهره‌مندی از قوه عالیه قانونگذاری، اصولاً جامعه‌ای غیرنهادین تلقی می‌شود که در چارچوب آن، حقوق بین‌الملل مشتمل بر قواعد و مقرراتی است که تابعان نظام بین‌الملل خود آن را ایجاد کرده و به آن گردن می‌نهند. بر همین اساس است که برخلاف نظام حقوق داخلی که قوانین نوشته مصوب پارلمان، جایگاه مهم و اساسی در ایجاد قواعد و تعهدات دارد، در نظام حقوق بین‌الملل، قواعد عرفی که برآیند کنش و واکنش دولت‌ها در روابط بین‌المللی آنهاست، یکی از مهم‌ترین منابع حقوق و تعهدات دولت‌هاست. اهمیت عرف تا آنجاست که حتی در برخی حوزه‌ها هم چون «مسئولیت بین‌المللی»، تنها منبع قواعد و مقررات بین‌المللی بوده است (Kontorovich 863: 2007). براونلی در بیان اهمیت قواعد عرفی در نظام حقوق بین‌الملل چنین می‌نویسد: «عرف، بخشی ویژه و یا حوزه‌ای از مقررات حقوق بین‌الملل نیست. عرف همان حقوق بین‌الملل است.» (Brownlie, 1998: 18) حساسیت برخی موضوعات برای دولت‌ها و پیوند آن مسائل با حاکمیت و استقلال ملی آنها باعث شده است که امکان توافق دولت‌ها در یک سند بین‌المللی الزام‌آور جهت اعمال محدودیت بر خودشان امکان‌پذیر نباشد. در این ارتباط می‌توان به مسائلی هم چون حقوق بشر، تنظیم قواعد حاکم بر جنگ‌های داخلی، حق ملت‌ها در تعیین سرنوشت و ... اشاره کرد. در این گونه موارد، مقررات بین‌المللی حاکم بر این گونه مسائل تنها از رهگذر عرف قابل شناسایی و اعمال است. محاکم بین‌المللی، مراجع صلاحیت‌دار حقوقی و حقوقدانان برجسته، نقش مهمی در تعیین و احراز قواعد عرفی در بستر روابط بین‌المللی دولت‌ها و همچنین فعالیت سازمان‌های بین‌المللی و غیردولتی و به صورت کلی جامعه مدنی جهانی دارند. دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه «فلات قاره دریای شمال» در سال ۱۹۶۹

عرف را واجد دو عنصر «مادی»^۱ و «معنوی»^۲ دانست و توضیحاتی در خصوص نحوه شکل گیری قواعد عرفی ارائه کرد.^۳ این رأی مدت ها در کتب مختلف حقوق بین الملل در خصوص نحوه شکل گیری قواعد عرفی مورد استناد قرار می گرفت، اما تحولات شگرف در حوزه روابط میان دولتی و بین المللی و به ویژه توسعه دامنه حقوق بین الملل و مضیق شدن گستره حاکمیت دولت ها باعث شد تا برخی مجامع حقوقی و حقوقدانان، تحلیل دیوان در زمینه شکل گیری قواعد عرفی را قدیمی تلقی کرده و تحلیل های خود را در این ارتباط ارائه دهند. بر همین اساس، تئوری های مختلفی در باب شکل گیری قواعد عرفی عرضه شد که عموماً از آنها با عنوان رویکردهای قدیمی^۴ و مدرن^۵ به عرف یاد می شود (Robert, ۲۰۰۱: ۷۵۷). بدیهی است که توضیح مفصل این تئوری ها در حوصله و موضوع این مقاله نمی گنجد و ما تنها تا آنجا به این تئوری ها اشاره خواهیم داشت که در تبیین موضوع اصلی مقاله به کار آید. به صورت کلی، می توان گفت که در نظریه های سنتی، تکیه و استناد عموماً به «رویه دولت ها» و اعمال فیزیکی بود، اما در رویکردهای مدرن به عنصر معنوی، توجه بیشتری ابراز شده است. به نحوی که گروهی از حقوقدانان، نظریه معروف به «دو عنصری» را کنار گذاشته و از رویکرد «تک عنصری» در احراز قواعد عرفی حمایت کرده اند. به اعتقاد آنها، رویه^۶ نقش سازنده در تشکیل عرف را ندارد و حداکثر می تواند گواه و شاهی بر وجود «اعتقاد حقوقی» دولت ها به وجود قواعد عرفی باشد (Guzman, 2005: 122). نظر به اهمیت قواعد عرفی در نظام معاصر حقوق بین الملل و وجود اختلاف نظرهای جدی میان حقوقدانان در زمینه چگونگی احراز و شناسایی قواعد حقوق بین الملل عرفی، کمیسیون حقوق بین الملل^۷ تصمیم گرفت تا مسأله «شکل گیری و ادله حقوق بین الملل عرفی»^۸ را در دستور کار خود قرار دهد. در این خصوص پروفیسور مایکل وود^۹، گزارشگر ویژه کمیسیون در اواخر سال ۲۰۱۳، اولین گزارش خود را که متضمن

1. State practice.
2. Opinio juris.
3. ICJ, Case Concerning North Sea Continental Shelf, (FRG / Den ; FRG / Neth), 1969, 3,44.
4. Traditional Custom.
5. Modern Custom.
6. Practice.
7. International Law Commission .
8. Formation and evidence of customary international law.
9. Micheal Wood.

تعیین مسائل مورد بحث و تبیین نقشه راه آینده موضوع بود، منتشر کرد.^۱ در کنار مباحثه و تعقیب مذاکرات غیررسمی، کمیسیون بخاطر مشکلات و دشواری تفسیر واژه ادله^۲ به دیگر زبان‌های رسمی سازمان ملل متحد، تصمیم گرفت که عنوان گزارش را تغییر دهد. بر این اساس، دومین گزارش گزارشگر ویژه در May سال ۲۰۱۴ با عنوان تعیین حقوق بین‌الملل عرفی منتشر شد.^۳ سوال اساسی مطرح شده در این مقاله آن است که از میان تئوری‌های مختلف در تبیین شکل‌گیری و تعیین قواعد عرفی، چه تئوری مورد نظر گزارشگر کمیسیون در تبیین شناسایی قواعد عرفی بوده است؟ فرضیه نگارندگان این است که: به نظر می‌رسد گزارشگر ویژه با ابتنای دیدگاه خود بر نظریه دیوان در قضیه «فلات قاره دریای شمال»، بر آن بوده است تا رویکرد سنتی به عرف را حفظ کند اما از سوی دیگر، تحت تأثیر نظریه‌های نو و جدید نیز قرار گرفته است و رگه‌هایی از پذیرش رویکرد مدرن در گزارش او به چشم می‌خورد. روش پژوهش، استفاده از منابع کتابخانه‌ای و اینترنتی لازم بوده است، اما نوآوری در نگارش این مقاله آن بوده است که نویسنده از نزدیک شاهد بحث‌های کمیسیون در بررسی این گزارش در صحن کمیسیون حقوق بین‌الملل در ژنو بوده است،^۴ مطالب این مقاله همچنین مبتنی بر مطالعات نویسنده از گزارش‌های گزارشگر و منابع تکمیلی در مقرر کمیسیون در ژنو می‌باشد.

هدف از انجام این پژوهش آن است که پژوهشگران حقوق بین‌الملل با جدیدترین رویکرد کمیسیون حقوق بین‌الملل در احراز یکی از مهم‌ترین منابع قواعد و تعهدات بین‌المللی آشنا شوند. نظر به اینکه عموماً تئوری موردنظر گزارشگر نهایتاً به تصویب مجمع عمومی کمیسیون هم می‌رسد و طرح‌های کمیسیون نیز همواره مورد استناد دیوان بین‌المللی دادگستری قرار گرفته است، لذا بررسی رویکرد گزارشگر کمیسیون در این ارتباط می‌تواند بسیار مهم باشد و رویکرد اصلی دادگاه جهانی در آینده در احراز و

1. First report on Formation and evidence of customary international Law, by Micheal Wood, special Rapporteur, international Law commission, A/CN.4/663, 2013.

2. Evidence .

3. Second report on identification of customary international Law, by Micheal Wood, special rapporteur, international law commission, A/CN.4/672, May 2014 .

۴. نویسنده مقاله (ستار عزیزی) در پنجاهمین اجلاس سمینار حقوق بین‌الملل در سال ۲۰۱۴ به عنوان یکی از ۶ نفر سهمیه قاره آسیا انتخاب و به محل اجلاس کمیسیون حقوق بین‌الملل دعوت گردید. رک گزارش سالیانه کمیسیون حقوق بین‌الملل به نشانی زیر

شناسایی قواعد عرفی را نشان دهد. در ادامه ارائه مطالب در دو بخش کلی سازماندهی خواهد شد. در بخش نخست به عنصر مادی و مسائل مرتبط با آن خواهیم پرداخت تا نشان داده شود که مفهوم و ماهیت عنصر مادی چیست و چگونه به وجود می‌آید؟ سازندگان آن کیستند؟ اوصاف رویه برای ساخت عنصر مادی عرف کدام‌اند؟ در بخش دوم به عنصر ذهنی خواهیم پرداخت تا بتوان به این سوالات پاسخ داد که مفهوم و ماهیت عنصر ذهنی چیست؟ ادله پذیرش یا عدم پذیرش به‌عنوان قانون کدام‌اند؟ و سرانجام، نتیجه پژوهش ارائه خواهد شد.

۱. جایگاه قاعده عرفی در حقوق بین‌الملل

در جامعه بین‌المللی، قواعد عرفی به خاطر دارا بودن ویژگی‌هایی، از منزلتی عالی در سطح بین‌المللی برخوردار بوده و بسیار بیشتر از سایر منابع حقوقی می‌توانند خود را با ساختار کنونی جامعه بین‌المللی منطبق نمایند. از ویژگی‌های آن می‌توان به این موارد اشاره کرد: الف. انطباق‌پذیری سریع آن با تحولات بین‌المللی. (فلسفی، ۱۳۷۰: ۴۷) ب. عام بودن قواعد آن؛ به عبارت دیگر حقوق بین‌الملل عام، تنها حقوق عرفی است. این نظر که اکنون نظری غالب است، معاهدات بین‌المللی را فقط موجد قواعد خاص می‌داند. (تونکین، ۱۳۷۴: ۳۴۳-۳۴۲) پ. خاصیت جایگزینی قواعد عرفی. (زمانی، ۱۳۷۵: ۲۹۰-۲۸۳) ت. عرفی بودن تعهداتی که وصف عام‌الشمول بودن به آنها اطلاق می‌شود. (Byers, 1999:203)

۲. تبیین مفهوم و عناصر عرف در حقوق بین‌الملل

قاعده حقوق بین‌الملل عرفی بر اجتماع دو عنصر مادی و معنوی متکی است. گرچه ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، از دیوان خواسته است تا عرف بین‌المللی را به منزله رویه عمومی که به‌عنوان قانون پذیرفته شده است، اعمال نماید، با وجود این صحیح‌تر آن است که عرف بین‌المللی، نتیجه رویه عمومی تلقی شود که به‌منزله قانون پذیرفته‌شده نه علت آن (والاس، ۱۳۹۰: ۲۶). تعریف مذکور، در واقع، عبارت پیشنهادی رییس کمیته مشورتی تدوین اساسنامه دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری «بارون

دسکمپ^۱ بود (Bederman, 2010: 141). این تعبیر نمایانگر این نظریه متداول است که عرف از دو عنصر تشکیل شده است: الف. عملکرد کلی (usus) یا (diuturnitas) ب. یقین بر این که چنین عملکردی نمایانگر قاعده حقوق بین‌الملل یا به مثابه آن است (عنصر معنوی) و یا در اثر الزامات سیاسی، اقتصادی یا اجتماعی، انجام آن لازم شده است (اعتقاد به ضرورت انجام رفتار)^۲ (کاسسه، ۱۳۸۸: ۲۲۰). برای احراز قاعده عرفی، وجود عملکرد لازم است تا بتوان قاعده عرفی را از آمال، تمایلات و آرزوهای صرف باز شناخت. همچنین وجود عنصر معنوی یا اعتقاد به الزام آور بودن آن عمل الزامی است تا بتوان میان عرف با اقداماتی که صرفاً با انگیزه‌های اخلاقی یا نزاکتی انجام می‌شوند، تمیز قائل شد (Postema, 2007: 279-280). معمولاً در بین تعدادی از دولت‌ها، رفتاری تحت تأثیر نیازهای نظامی، سیاسی یا اقتصادی شکل می‌گیرد. در این مرحله ممکن است چنین تصور شود که این عملکرد از رهگذر ضرورت‌های سیاسی، اقتصادی یا نظامی اعمال شده است. اگر چنین عملکردی با مخالفت شدید و پیوسته سایر دولت‌ها مواجه نشود و روز به روز بیشتر مورد تأیید قرار گیرد یا با آن موافقت شود، به تدریج یک قاعده عرفی ایجاد خواهد شد. در مرحله آخر ممکن است چنین تصور شود که رفتار مزبور برگرفته از الزامات حقوق بین‌الملل است (پذیرش به‌عنوان قانون) به عبارت دیگر در این مرحله دولت‌ها به این باور رسیده‌اند که عملکرد آنها از این جهت باید با قاعده عرفی مزبور مطابق باشد که قاعده بین‌المللی، آنها را به چنین کاری ملزم می‌نماید نه به دلیل ملاحظات سیاسی، اقتصادی یا نظامی. در آن لحظه می‌توان گفت یک قاعده عرفی شکل گرفته است. البته تعیین دقیق آن لحظه مشکل است. چون قاعده عرفی حاصل فرآیندی مستمر است (کاسسه، ۱۳۸۸: ۲۲۲). دومین گزارش گزارشگر ویژه کمیسیون حقوق بین‌الملل نیز با در نظر گرفتن نظر اغلب اعضای کمیسیون، رهیافت دو عنصری را قبول کرده است (Wood, 2014, para:3). نظرات دیگری هم در خصوص تبیین عرف وجود دارد؛ بر اساس بیانیه انجمن حقوق بین‌الملل «در خصوص اصول حاکم بر شکل‌گیری حقوق بین‌الملل عرفی عام»^۳ در سال ۲۰۰۰، اگر بتوان ثابت کرد که دولت‌ها به‌طور کلی بر این باورند که یک الگوی رفتاری الزام‌آوری وجود دارد، این شرایط برای ایجاد قاعده حقوقی کافی خواهد بود.

1. Baron Descamp.

2. Opinio necessitates.

3. Statment of Principles Applicable to The Formation of General Customary International law.

اما ضروری نیست چنین باوری اثبات شود که از این تئوری با عنوان رهیافت تک‌عنصری یاد می‌شود (ILA, 2000, Art:3, commentary 4)¹، اما به‌موجب رهیافت دو‌عنصری، هر دو عنصر برای ایجاد هر قاعده از حقوق بین‌الملل عرفی تفکیک ناپذیر هستند (Wood, rep2014, paras: 22-23). رهیافت دو‌عنصری در حقیقت، با نظر دولت‌هایی هم‌چون هلند، ایران، استرالیا، ... و تصمیمات دادگاه‌ها و دیوان‌های بین‌المللی از جمله دیوان بین‌المللی دادگستری سازگار است (Wood, rep2014, paras: 21, 14).

۳. عنصر مادی (رویه)

رویه، یکی از دو عنصر لازم برای ایجاد قاعده حقوق بین‌الملل عرفی است. به‌طور کلی، رویه عامی که به‌عنوان قانون پذیرفته می‌شود، دلالت بر رویه دولت‌ها و همچنین سازمان‌های بین‌المللی دولتی دارد. اقسام رویه و عملکردهای سازنده عرف را ذیل معرفی سازندگان و فاعلان آنها معرفی می‌کنیم.

۴. سازندگان رویه

در این قسمت، سازندگان و شکل‌دهندگان رویه، به‌ترتیب جایگاه و اهمیت آنها در حوزه روابط بین‌الملل معرفی می‌شوند و نقش آنها در شکل‌دهی به عنصر مادی عرف بررسی می‌شود.

۴-۱. دولت‌ها

در ماده ۳۸ (۱) (ب) اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری؛ «رویه عامی» که به‌عنوان قانون پذیرفته می‌شود، اساساً دلالت بر رویه دولت‌ها دارد و این امر به‌خوبی از آراء دیوان استنباط می‌شود. دولت‌ها تابعان اصلی حقوق بین‌الملل هستند. براساس موازین حقوق بین‌الملل، «دولت» نهادی است دارای سرزمین و جمعیت دائمی که تحت حکومت ذی‌ربط بوده و با دیگر نهادها روابط رسمی برقرار ساخته یا می‌توانند برقرار نمایند (زرنشان، ۱۳۹۲: ۴۸). رویه دولت‌ها شامل رفتاری می‌شود که قابلیت انتساب به دولت داشته باشد، چه در اعمال عملکرد اجرایی یا تقنینی یا قضایی یا هر عملکرد دیگر

1. International law Association.

دولت (۲۰۱۴، Wood, rep ۳۶: para ۳۶) اعم از اینکه ارگان مذکور در سازمان دولتی چه موقعیتی دارد و اعم از اینکه ارگان مذکور، بخشی از ساختار دولت مرکزی باشد یا از جمله ارگان‌های دولت‌های محلی یا ایالتی باشد. همچنین ارگان شامل شخص یا نهادی می‌شود که به موجب حقوق داخلی دولت، وضعیت مزبور را داشته باشد (Art ۴:۲۰۰۱ (۱)).

۱-۱-۴. اشکال و صورت‌های رویه دولتی

رویه (و نشانه‌های آن) به اشکال و صورت‌های گوناگون ظاهر می‌شوند، به طوری که احصای اعمال و رفتارهای متضمن رویه بین‌المللی دولت، کار ساده‌ای نیست. راجع به ماهیت رویه دولت‌ها اختلاف نظر وجود دارد. برخی از حقوقدانان مانند داماتو و ولفکه، صرفاً اعمال فیزیکی و مادی دولت‌ها را تجلی رویه می‌پندارند (Wolfke, 1993:41)؛ (Damato, 1971:88). در مقابل حقوق‌دانانی هم‌چون آکهرست و مندلسون قائل به ارائه مفهومی گسترده در این خصوص هستند و اعمال کلامی و گفتاری دولت‌ها را نیز در دسته رویه قرار می‌دهند (Akehurst, 1976: 3)؛ (Mendelson, 1998: 205). دیدگاه غالب در این عرصه با تکیه بر رویه قضایی بین‌المللی حاکی از پذیرش هر نوع رفتار دولت اعم از فیزیکی و کلامی به‌عنوان ادله ساخت عنصر مادی عرف است. در کنار رویه قضایی، کمیسیون حقوق بین‌الملل در سال ۱۹۵۰ و بیانیه انجمن حقوق بین‌الملل در سال ۲۰۰۰، به صراحت از اشکال متنوع اعمال کلامی به‌عنوان ادله ساخت عنصر مادی یاد کرده‌اند (ILC, Yearbook 1950: 368 - 372)؛ (ILA, 2000, Art:4). همچنین ترک فعل یا استنکاف دولت‌ها نیز می‌تواند در کنار فعل، جزو اعمال فیزیکی یا کلامی محسوب شوند. لازم به ذکر است که میان انواع مختلف رویه دولت‌ها اعم از فیزیکی و کلامی، فعل و یا ترک فعل، هیچ نوع سلسله‌مراتب پیشینی وجود ندارد. به‌عبارت دیگر، از قبل قاعده‌ای نداریم که یک شکل از رویه نسبت به شکل دیگری از رویه برتری داشته باشد. اهمیت رویه بسته به شرایط و نیز ماهیت قاعده متفاوت خواهد بود (Wood, rep2014, para: 49).

الف. اعمال فیزیکی دولت‌ها به‌عنوان عنصر مادی

نمونه‌های چنین رویه‌ای می‌تواند شامل: عبور کشتی‌ها در آبراه‌های بین‌المللی، توقیف قایق‌های ماهیگیری، اعطای پناهندگی دیپلماتیک، انجام عملیات خصمانه، اجرای

آزمایش‌های هسته‌ای و یا استفاده از سلاح‌های هسته‌ای باشد. (Wood, rep2014, para: 41(a))

ب. اعمال کلامی دولت‌ها به‌عنوان عنصر مادی یک. اعمال و مکاتبات دیپلماتیک: (همچون: اعتراض علیه رویه‌ی دیگر دولت‌ها و دیگر تابعین حقوق بین‌الملل) این اعمال نوعی از اعمال کلامی دولت‌ها هستند که در جریان رویه سازی بین‌المللی می‌توانند ایفای نقش کنند. دیوان در قضیه مربوط به حقوق اتباع ایالات متحده در مراکش در سال ۱۹۵۲، مکاتبات دیپلماتیک را جهت تعیین اینکه آیا حقی بر اجرای صلاحیت‌های کنسولی حاصل از عرف تا سال ۱۹۵۲ به‌وجود نیامده است، مورد بررسی قرار داد (ICJ, rep1952, para: 200,209).

دو. اعمال تقنینی: قوانین دولت‌ها اعم از قانون اساسی و قوانین عادی و حتی متن‌های پیش‌نویس قوانین نیز یکی از جنبه‌های مهم رویه دولت‌ها است. (Wood, rep2014, para: 41(d)). همان‌طور که دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی در سال ۱۹۲۶ اظهار داشت، از نقطه نظر نظام حقوق بین‌الملل، حقوق داخلی مبین اراده و شاکله فعالیت‌های دولت می‌باشند و تصمیمات قانونی یا ابزارهای اجرایی هم همان حکم را دارند (PCIJ, rep1926, para:19). دیوان در قضیه شیلات ۱۹۵۱، با تکیه بر قوانین داخلی برخی دولت‌ها که قاعده ۱۰ مایلی را در رابطه تحدید حدود دریای سرزمینی تصویب کرده بودند، نتوانست ادله کافی به‌منظور شناسایی رویه عام دولت‌ها بیابد (ICJ, rep1951, paras:116,131). مفید فایده است که دیدگاه کمیسیون حقوق بین‌الملل در سال ۱۹۵۰ را به یاد آوریم که مطابق آن «واژه تقنینی» در این زمینه در معنای جامع و کاملی به‌کار می‌رود؛ این معنا شامل نهادهای دولت، مصوبات نهادهای قانونگذاری آن و مجموعه قوانین و مقررات و بخش‌نامه‌هایی است که توسط نهادهای اجرایی و مدیریتی دولت ایجاد می‌شوند. هیچ شکلی از وضع نظارت هم که توسط یک مقام دولتی صورت می‌گیرد هم از این امر مستثنی نیست (ILC, 1950, para:70).

سه. اعمال قوه مجریه: شامل دستورات و احکام اجرایی و دیگر لوایح اجرایی، اظهارات رسمی دولت مانند: اعلامیه، اعلان، اظهارات دولت در مجلس، مواضع اتخاذی دولت نزد دادگاه‌ها و دیوان‌های داخلی و بین‌المللی و بیانیه‌های ارائه شده در سطح بین‌المللی

می‌باشند(Wood, rep2014, para:41(b)). بدون تردید باید اقدامات قوه مجریه در کل و نه فقط وزارت امور خارجه، لحاظ شود. امروزه رهبری مذاکرات و مناسبات بین‌المللی تنها بر عهده وزارت امور خارجه نیست، بلکه این امر می‌تواند توسط وزارتخانه‌های اقتصاد و ... نیز انجام شود.

چهار. اعمال محاکم ملی (داخلی): احکام قضایی و آراء دادگاه‌های داخلی می‌تواند در حکم رویه دولت باشد در کشورهای فدرال، احکام دادگاه‌های عالی طبیعتاً ارزش بیشتری دارند. مواردی که به موضوعات خاصی مربوط می‌شود، رویه در نظر گرفته نمی‌شود(Wood, rep2014, para: 41(e)). دیوان بین‌المللی دادگستری در قضایای متعددی از جمله، قضیه یروودیا (کنگو- بلژیک)(ICJ, rep2002, para: 24)، قضیه نوته بام^۱ (ICJ, rep1955, para: 22) و همچنین در رأی لوتوس^۲ بر این امر تأکید می‌ورزد که دادگاه‌های داخلی، جزئی از ارگان‌های دولت بوده و تصمیمات آنها می‌بایست به‌عنوان بخشی از رویه دولت به حساب آیند(ICJ, rep1927, paras: 23,26,28,29).

پنج. نشریات رسمی در زمینه حقوق بین‌الملل: چنین نشریاتی شامل دستورات یا رهنمودهای نظامی به دیپلمات‌ها می‌باشند که به‌عنوان شکلی از رویه دولت‌ها هستند(Wood, rep2014, para: 41(F)).

شش. مکاتبات داخلی مقامات رسمی: این مکاتبات اغلب علنی نمی‌شوند. هر چند باید در نظر داشت که این موارد نمایانگر دیدگاه یا خط مشی هیچ دولتی نیستند و شاید تنها دیدگاه شخصی باشند که مأمور دولت در همان لحظه تصمیم گرفته تا به کارمند دولتی دیگر بیان کند. لذا نمی‌تواند به‌عنوان رویه دولت محسوب شود (para(g)41: Wood, rep2014).

هفت. رویه معاهداتی: مذاکره، امضاء کردن^۳، تصویب^۴ و اجرای معاهدات دوجانبه یا چندجانبه (و یا به معاهدات مذکور ایرادی وارد کردن یا حق شرط قائل شدن در مورد آنها) گونه‌ای دیگر از رویه هستند. چنین رویه‌ای تنها به حقوق معاهدات مربوط نمی‌شود(Wood, rep2014, para: 41(h)). دیوان در قضایای مربوط به فلات قاره دریای

1. Nottebohm.
2. Lutos.
3. Signature.
4. Ratifying.

شمال ۱۹۶۹ اظهار داشت؛ به‌طور کلی، گرایش دولت‌ها در مقابل یک معاهده، در طول مذاکرات مربوط به آن و یا در هنگام پذیرش آن، می‌تواند مهم‌تر از خود آن معاهده باشند؛ به‌ویژه در احراز وجود عنصر مادی (ICJ, rep1969, para: 38). همچنین در قضایای دیگری همچون قضیه نیکاراگوئه به‌خوبی نشان داده شده است که رویه دولت‌ها در قبال کل فرایند مربوط به تدوین و تصویب معاهدات چگونه می‌تواند در احراز وجود عنصر مادی عرف موثر باشد (ICJ, rep1986, paras:183-207).

هشت. قطعنامه‌های نهادهای سازمان‌های بین‌المللی مانند مجمع عمومی سازمان ملل و کنفرانس‌های بین‌المللی: این مورد عمدتاً به رویه دولت‌ها در ارتباط با پذیرش قطعنامه‌های نهادهای سازمان‌های بین‌المللی یا پذیرش قطعنامه‌ای دیگر در یک کنفرانس بین‌المللی مربوط می‌شود، یعنی رأی دادن به نفع یا علیه (یا رأی ممتنع) قطعنامه و تفاسیری (اگر باشند) که به چنین اعمالی بار می‌شود. در عین حال باید در نظر داشت که متن نهایی یک حکم از یک سازمان بین‌المللی همواره بازتاب تمامی گزاره‌های صورت‌بندی شده توسط هر یک از طرفین مذاکرات نخواهد بود. لذا نمی‌توان کاملاً به روش‌های فراهم‌شده توسط فرآیند تصمیم‌سازی سازمان‌های بین‌المللی به‌منظور تشخیص رویه دولت اتکاء کرد (Wood, rep2014, para:41(i)).

ج. ترک فعل

در شرایط مقتضی، ترک فعل می‌تواند به‌عنوان شکلی از رویه دولت لحاظ شود. در «قضیه لوتوس»، هر چند دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی امتناع دولت‌ها (به جز دولت صاحب پرچم) از تعقیب جزایی تصادمات در دریای آزاد را به‌عنوان دلیل وجود یک قاعده حقوقی بین‌الملل عرفی که دولت‌ها را از چنان اقدامی منع کند، مورد قبول قرار نداد، اما این موضع دیوان بدین علت بود که در قضیه مزبور امتناع دولت‌ها مبهم بود: یعنی دلایل دیگری نیز می‌توانست وجود داشته باشد که ارتباطی به حقوق بین‌الملل نداشته ولی دلیل امتناع دولت‌ها محسوب شوند. در شرایط مقتضی جایی که چنان درجه‌ای از ابهام وجود ندارد، لحاظ کردن امتناع یا ترک فعل به‌عنوان نمونه‌هایی از رویه دولت معقول به نظر می‌آید. برای مثال اگر قرار باشد دولتی قصد خود را برای مجازات یک دیپلمات خارجی اعلام کند و سپس به علت اعتراض دولت متبوع شخص دیپلمات از انجام آن خودداری نماید، [این ترک فعل نمونه‌ای از رویه‌ی دولت خواهد بود.] (ILA, 2000, Art: 6).

۴-۲. سازمان‌های بین‌المللی

سازمان‌های بین‌المللی که به‌منظور سامان دادن به هرج و مرج در روابط بین‌المللی و ایجاد نظم سیستماتیک به‌وجود آمده‌اند، با دارا بودن شخصیت حقوقی عینی یکی از تابعان فعال حقوق بین‌الملل محسوب می‌شوند و از این حیث می‌توانند هم ایجادکننده حق و تکلیف و هم موضوع آن باشند. سازمان‌ها اگرچه شخصیت خود را در ابتدا از اراده دولت‌ها می‌گیرند، اما در تداوم فعالیت‌های خود، به‌عنوان یک شخصیت حقوقی مستقل عمل می‌کنند (زرنشان، ۱۳۹۲: ۵۳). اعمال سازمان‌های بین‌المللی، ممکن است در صورت‌بندی رویه عام در حوزه مربوطه عمل آن سازمان تأثیرگذار باشند و تعداد زیادی از حقوقدانان، رویه سازمان‌های بین‌المللی دولتی را عنصر مادی عرف محسوب می‌کنند (Petersen, 2007:278). در ارزیابی رویه، باید بین رویه‌های درون‌سازمانی از یک سو و رویه‌های برون‌سازمانی در ارتباط با دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی از سوی دیگر تمایز قائل شد. رویه اخیر می‌تواند سازنده عرف باشد. تمایز مهم دیگر می‌بایست میان رویه نهادها یا سازمان‌هایی که متشکل از نمایندگان دولت‌ها هستند و نهادهایی که متشکل از افراد هستند، صورت بگیرد؛ چراکه نمی‌توان مورد اخیر را نماینده دولت‌ها دانست. به‌علاوه بایستی میان آثار اقدامات دبیرکل‌های سازمان‌های بین‌المللی و آثار اعمال نهادهای بین‌الدولی سازمان‌های بین‌المللی تمایز قائل شد. درحالی‌که هر دو می‌توانند مسائلی را مطرح کنند که مورد ملاحظه قرار گرفته و مهم باشند، اما فرض است که آثار نهادهای بین‌الدولی که تصمیم‌گیرندگان آن، مقامات اصلی مربوط به عمل دولت هستند، ارزش بیشتری دارند. رویه سازمان‌هایی مانند اتحادیه اروپا می‌تواند با رویه دولت‌ها یکسان انگاشته شود؛ چرا که در حوزه‌هایی خاص، چنین سازمان‌هایی در جایگاه دولت‌های عضو عمل می‌کنند. این امر شامل تمام اشکال اعمال (اجرایی، تقنینی، قضایی) چنین سازمان‌هایی می‌باشد (Wood, rep2014, paras: 43-44).

۴-۳. بازیگران غیردولتی^۱

دیدگاهی در حقوق بین‌الملل وجود دارد که به نوعی قائل به نقش‌آفرینی مستقیم افراد در عرصه قاعده‌سازی می‌باشد. در این بین، مکتب تاریخی آلمانی ساوینی و رانک و

1. Non- state actors.

همچنین حقوق‌دانانی از جمله: پروفیسور جاناتان چرنی^۱، پروفیسور لانتگ چون^۲، پروفیسور پاست^۳ و پروفیسور چیگارا^۴ قابل ذکر می‌باشند.^۵ اما گزارشگر کمیسیون، مایکل وود، معتقد است هرچند افراد و سازمان‌های مردم‌نهاد می‌توانند نقش مهمی در ارتقاء حقوق بین‌الملل و رعایت آن بازی کنند (برای نمونه با ترغیب دولت در مطرح کردن دعاوی حقوق بین‌المللی نزد دادگاه‌های ملی) اما اعمال ایشان را نباید رویه سازنده حقوق بین‌الملل عرفی محسوب کرد (Wood, rep2014, para:45). بیانیه انجمن حقوق بین‌الملل در سال ۲۰۰۰ نیز بیانگر همین دیدگاه می‌باشد.

۴-۴. مراجع قضایی بین‌المللی

در این خصوص برخلاف پروفیسور ولفکه که آراء و نظرات ارگان‌های قضایی را فی‌نفسه شکلی از رویه دولت تلقی می‌کند (Wolfke, 1993:74)، پروفیسور ویلیجر^۶ به‌درستی تأکید کرده‌است که تنها آنچه دولت‌ها نزد مراجع قضایی بین‌المللی ادعا می‌کنند، شکلی از رویه دولت به حساب می‌آید و نه آنچه این مراجع تصمیم می‌گیرند (Villiger, 1997:190). دومین گزارش کمیسیون نیز، تصمیمات دادگاه‌های بین‌المللی و دیوان داوری را به‌عنوان شکلی از رویه ندانسته و نقش چنین تصمیماتی را به‌عنوان وسیله مکمل برای تعیین قاعده‌های حقوق بین‌الملل عرفی مورد پذیرش قرار داده‌است. در این خصوص آراء دیوان بین‌المللی دادگستری ممکن است ارزش بیشتری داشته باشند (Wood, rep2014, para:10). بیانیه انجمن حقوق بین‌الملل در سال ۲۰۰۰ نیز بر این دیدگاه تأکید دارد.

۵. اوصاف رویه

رویه واجد اوصاف و ویژگی‌هایی است که در احراز عنصر مادی عرف می‌بایست

1. Charney, Jonathan
2. Lung-chu chen
3. Paust
4. Chigara

۵. برای مطالعه بیشتر در رابطه با موقعیت و جایگاه افراد در حقوق بین‌الملل رجوع کنید به:

زرشنان، شهرام (۱۳۹۲) «شکل‌گیری قاعده عرفی در حقوق بین‌الملل؛ ارزیابی نقش آفرینی بازیگران غیر دولتی، مجله حقوق بین‌المللی، نشریه مرکز امر حقوقی بین‌المللی ریاست جمهوری، ۲۹(۴۷)، صص ۷۲-۸۸.

6. Villiger

به آنها توجه مبذول داشت. برخی حقوقدانان قائل به سه ویژگی برای عنصر مادی عرف هستند (Kolb, 2003: 133). اما گزارشگر ویژه، چهار ویژگی را برای رویه الزامی می‌داند که این خصایص عبارتند از: «علنی بودن»^۱، «منسجم بودن»^۲، «عمومیت»^۳ و «پیوستگی»^۴. در اینجا هر یک از این ویژگی‌ها را از نظر گزارشگر ویژه بررسی می‌کنیم.

۵-۱. آشکارا (علنی) بودن رویه

رویه محرمانه در صورت‌بندی یا تعیین حقوق بین‌الملل عرفی عام نقشی ندارد، مگر اینکه به طور عمومی منتشر شود (Wood, rep2014, para:47). اعمال کلامی برای آن که به‌عنوان رویه دولت به حساب آیند، باید آشکارا باشند- نه به این مفهوم که ضرورتاً باید به سراسر دنیا ابلاغ شوند- بلکه اگر به‌طور (مثلاً از طریق قانونگذاری، اعلامیه‌های مطبوعاتی و ... به اطلاع عموم رسانده نشوند، باید حداقل به یک دولت دیگر ابلاغ شوند. برای مثال، نظریه‌های محرمانه مشاوران حقوقی دولت‌ها نمونه‌ای از عنصر عینی عرف نیستند. همچنین یک عمل فیزیکی پنهانی (برای مثال استراق سمع از اماکن دیپلماتیک) به احتمال زیاد نمونه‌ای از عنصر عینی محسوب نمی‌شود (ILA, 2000, Art: 5(a) (b)).

۵-۲. منسجم بودن رویه

رویه مورد نظر به‌منظور مشارکت در فرآیند ساخت قواعد حقوق بین‌الملل عرفی باید واقعاً متحدالشکل باشد (ICJ, rep1969, para:43). بدین معنا که هم به لحاظ درونی و هم به‌طور کلی، می‌بایست مشابه و منسجم باشد. منسجم بودن رویه «به طور کلی» بدین معناست که دولت‌های مختلف نباید در رابطه با موضوعی مشخص، ماهیتاً رویه‌های متفاوتی را دنبال کرده باشند (ILA, 2000, Art:13). این موضوع مورد تأکید دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه شیلانگ (انگلیس / نروژ) (ICJ, rep1975, Para: 277)، قضیه پناهندگی (کلمبیا / پرو) (ICJ, rep1950, Para: 131) و همچنین قضیه نیکاراگوئه (ICJ, rep1986, paras:183-186) بوده است. رویه دولت به‌منظور مشارکت در فرآیند

1. Manifest.
2. Uniformity.
3. Generality.
4. Duration

عرف‌سازی می‌بایست به لحاظ درونی نیز منسجم و همسان باشد. ممکن است ارگان‌های یک دولت در موردی هم‌صدا نباشند. برای مثال، قوه مقننه موضعی خلاف جهت‌گیری مقام اجرایی اتخاذ کند و یا دادگاه‌های ایالتی در دولت‌های فدرال، موضعی متفاوت اتخاذ کنند. در مواردی که از یک کشور، صدهای مختلفی شنیده می‌شود و رویه‌اش نامعلوم است، چنین تعارضی از ارزش رویه می‌کاهد (Wood, rep2014, para:50).

۳-۵. عمومیت رویه و حدود عمومیت آن

پیش از این در استناد به بند ۱ (ب) ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری روشن شد که رویه بین‌المللی که منجر به شکل‌گیری قاعده عرفی می‌شود، باید متعلق به عموم دولت‌ها و نه همه دولت‌ها باشد. به عبارت دیگر، به اندازه کافی گسترده باشد. در مورد حدود «عمومیت رویه»، تعداد دولت‌هایی که در فرآیند رویه‌سازی عام بایستی نقش‌آفرین باشد، مشخص نیست. آنچه اهمیت دارد، این است که رویه باید به‌وسیله تعداد زیادی از دولت‌هایی که تا به این هنگام، فرصت بروز اراده‌شان را داشته‌اند (در موارد خاص، به‌وسیله ترک فعل)، انجام شده باشد و اینکه رویه موجود آنچنان گسترده شود که هر رویه ناسازگار، حداقلی و بدون اثر مستقیم باشد. ممکن است تعداد محدودی از دولت‌ها پیرو رویه‌ای باشند و بی‌عملی (ترک فعل) دیگر دولت‌ها برای ایجاد یک قاعده عرفی حقوق بین‌الملل کافی باشد^۱ (Wood, rep2014, paras: 52-53). بدیهی است که گستره و تعداد دولت‌هایی که می‌بایست در فرایند رویه‌سازی ایفای نقش نمایند، در خصوص «عرف‌های خاص» یا منطقه‌ای متفاوت است. در این‌گونه موارد، مشارکت دولت‌های متعلق به آن منطقه در ساخت قاعده عرفی مذکور کفایت می‌کند زیرا رعایت آن قاعده عرفی تنها برای دولت‌های واقع در آن منطقه الزام‌آور خواهد بود؛ در نتیجه نیازمند مشارکت تعداد کم‌تری از دولت‌های جهان هستیم، اما در عوض، میزان عمومیت و فراگیری لازم در میان کشورهای واقع در آن منطقه خاص جغرافیایی در ساخت عرف بیشتر خواهد شد (D'Amato, 1969: 215-218). لازم به ذکر است که هرگونه ارزیابی رویه بین‌المللی باید با در نظر گرفتن رویه دولت‌هایی همراه باشد که نسبت به دولت‌های

۱. برای مطالعه بیشتر در این مورد می‌توانید رجوع کنید به: زرنشان، شهرام. (۱۳۹۲). شکل‌گیری و شناسایی حقوق بین‌الملل عرفی، گنج دانش، چاپ دوم، صص ۱۰۰-۹۰.

دیگر با توجه به موضوع قاعده مورد بحث، درگیری بیشتری داشته و منافع آنها را بیشتر تحت تأثیر قرار می‌دهد. به این نوع دولت‌ها، اصطلاحاً «دولت‌های اساساً تحت تأثیر»^۱ گفته می‌شود. اینکه کدام دولت‌ها اساساً تحت تأثیر قرار گرفته‌اند به قاعده مورد بررسی بستگی دارد. در واقع، در همه حوزه‌ها نمی‌توان تشخیص روشنی از دولت‌ها اساساً تحت تأثیر داشت (Wood, rep2014, para: 54). رویه دولت‌های اساساً تحت تأثیر در قضیه فلات قاره دریای شمال، مورد تأکید دیوان بین‌المللی دادگستری قرار گرفته است (ICJ, rep:1969, para:74). مثلاً در این ارتباط می‌توان گفت که در تعیین نظام حقوقی فضای ماورای جو تنها می‌توان رویه آن دسته از دولت‌هایی را در نظر گرفت و یا برای آن جایگاه بیشتری قائل شد که در این حوزه فعالیت دارند.

۴-۵. پیوستگی رویه

برای ایجاد یک قاعده حقوق بین‌الملل عرفی، رویه مربوط باید پیوسته باشد. در ایجاد پیوستگی رویه در واقع مهم است وضعیت‌هایی را که قابل مقایسه هستند و جایی که مسائل مشابه یا همانند بروز می‌کنند، در نظر گرفت. انقطاع در برخی رویه‌ها چندان مهم نیستند و پیوستگی کامل رویه لازم نیست، هرچند تکرار مداوم یک رویه پیوسته، به آن ارزش بیشتری خواهد بخشید (Wood, rep2014, paras: 55-57).

۶. عنصر ذهنی

همان‌طور که در مباحث قبل اشاره شد؛ عرف متشکل از رویه عامی است که «به‌عنوان قانون پذیرفته شده است». قسمت اخیر تعریف مبین وجود عنصر ضروری و لاینفک دیگری است که عنصر ذهنی می‌باشد.

۱-۶. مفهوم و ماهیت

دومین عنصر لازم برای شکل‌گیری و شناسایی حقوق بین‌الملل عرفی - پذیرش عمل (هنجار) عمومی به‌عنوان قانون^۲ - معمولاً به اعتقاد حقوقی اشاره دارد. این عنصر

1. Essentially Affected States.
2. Accept as Low.

ذهنی حقوق بین الملل عرفی در اصل به این مفهوم است که هنجار مورد نظر به عنوان یک قاعده حقوقی از اعتبار برخوردار است. در واقع، دولت‌ها به این باور می‌رسند که از یک قاعده الزام‌آور در نظام حقوق بین الملل پیروی می‌کنند یا به عبارت دیگر، از لحاظ قانونی به ... (انجام عمل مربوطه) به دلیل حاکمیت قانون عرفی که آنها را ملزم به این گونه عمل کردن می‌کند، احساس اجبار کنند. عنصر ذهنی مهم‌ترین عنصر، در تشخیص تمایز بین عمل صرف و یا عمل عرفی است. در انجام کاری یا اجتناب از انجام کاری، طرفین باید احساس کنند بدون هیچ‌گونه اجباری کاری را انجام می‌دهند یا از انجام دادنش اجتناب می‌کنند. پذیرش قانون از دیگر ملاحظات غیر حقوقی که یک دولت ممکن است با توجه به عمل مورد بحث داشته باشد، متمایز است؛ مثلاً اگر عمل مربوطه تنها به انگیزه ملاحظاتی مانند تواضع، حسن هم‌جواری و مصلحت‌های سیاسی انجام شود. پذیرش به عنوان قانون نباید با ملاحظات اجتماعی یا اقتصادی اشتباه شود. همچنین اعتقاد حقوقی با نزاکت متفاوت است. دولت‌ها برخی رویه‌ها (یعنی اقدامات مبتنی بر نزاکت محض) را، اگرچه در روابط بین المللی مرتباً رعایت می‌کنند ولی این رویه‌ها می‌تواند در طبقه‌ای از اقدامات دسته‌بندی شوند که قابلیت ایجاد تکالیف حقوقی عرفی را ندارند. [رویه] ارسال پیام تسلیت در خصوص فوت سران دولت‌ها، نمونه‌ای از این گونه اقدامات است. (ILA, 2000, Art:17(i)). گروهی از حقوق دانان مانند پروفیسور کریکس^۱ بر این اعتقاد هستند که در صورت وجود رویه‌ای گسترده و یکپارچه، نیاز به اثبات وجود اعتقاد حقوقی کاهش می‌یابد و چنین رویه‌ای خود ادله وجود اعتقاد حقوقی نیز خواهد بود (Kirgis, 1987:146). اما همان گونه که دیوان بین المللی دادگستری اعلام کرده است حتی اگر دفعات وقوع یک عمل زیاد باشند، به خودی خود برای تشکیل اعتقاد حقوقی کافی نیستند (ICJ, rep1969, para:3). پذیرش به عنوان قانون، به طور کلی، در رابطه با دولت‌های علاقه‌مند به موضوع بررسی می‌شود، یعنی هم کشورهای که عمل مورد نظر را انجام می‌دهند و هم آن دولت‌هایی که در موقعیتی قرار دارند که به این عمل می‌بایست پاسخ دهند، باید طوری رفتار کنند که رفتار آنها شاهدی از اعتقاد به این باشد که این عمل را الزام‌آور دانسته‌اند (ICJ, rep1969, paras: 60-65). دکترین غالباً از عنصر روانی با عنوان «اعتقاد

1. Kirgis.

حقوقی منبعت از ضرورت‌ها^۱ یاد می‌کنند که معمولاً به‌طور اختصار «اعتقاد حقوقی» خوانده می‌شود و تئوری رضایت ضمنی اراده‌گرایان^۲ در حال حاضر تقریباً منسوخ می‌باشد.

۷. ادله پذیرش به‌عنوان قانون (و یا عدم آن)

۷-۱. مدخل

قبل از ورود به بحث تذکر این نکته ضروری است- امکان تفکیک قطعی ادله معرف عنصر مادی و معنوی عرف از یکدیگر در بسیاری از موارد وجود ندارد- به عبارت دیگر، کلیه اعمال دولت‌ها اعم از مادی و کلامی شامل معاهدات، قطعنامه‌های سازمان‌های بین‌المللی، بیانه‌های دیپلماتیک، اظهاریه‌ها، اعتراضیه‌ها و نیز اعمال قوای مقننه و قضائیه و در عین حال که رویه دولت‌ها را شکل می‌دهند، می‌توانند مبین دیدگاه و گرایش ذهنی آنها نیز باشند. لذا در چنین شرایطی امکان تفکیک قطعی ادله رویه و «اعتقاد حقوقی» از یکدیگر وجود ندارد (زر نشان، ۱۳۹۲: ۱۷۱).

۷-۲. جایگاه سکوت به‌عنوان ادله نشانگر اعتقاد حقوقی

پذیرش به‌عنوان حقوق ممکن است به‌وسیله عدم انجام عمل یا سکوت احراز شود، زمانی که این دو نشان‌دهنده موافقت و رضایت در یک عمل هستند. به بیان «فیتز موریس»^۳ نبودن اعتراض در آنجایی موضوعیت دارد که بیانگر رضایت، موافقت یا مدارا با عمل دولت مدنظر باشد (ICJ, rep1969, paras: 63-77). «ولفکه» در این رابطه می‌نویسد: «اگر دولتی علناً نسبت به یک رویه خاص واکنشی نشان ندهد به‌ویژه هنگامی که چنین واکنشی مورد انتظار است، سکوت مذکور، حاکی از القای این پیش‌فرض خواهد بود که آن دولت مخالفتی با قرار گرفتن رویه فوق در فرآیند شکل‌گیری قاعده حقوق بین‌الملل عرفی جدید ندارد.» (Wolfke, 1993:47). اظهارات مشابهی نیز از سوی «مک گیبون» در این رابطه ارائه شده است. اما نبودن اعتراض فی‌نفسه، لزوماً یا همیشه بیانگر این

1. Opinio necessitates.

۲. تئوری رضایت ضمنی: به اعتقاد تونکین از طرفداران این نظریه- « مبنای قواعد عرفی هماهنگی اراده کشورها یا دیگر تابعان حقوق بین‌الملل می‌باشد. کشورها در روند ایجاد قواعد حقوق بین‌الملل از تساوی حقوقی برخوردارند و بدین لحاظ اکثریت آنها نمی‌توانند قواعدی ایجاد کنند که برای تعداد قلیلی از دولت‌ها لازم الاتباع باشند.»

3. Fitz maurice.

مفهوم نخواهد بود. این امر بستگی دارد به اینکه آیا شرایط به گونه‌ای هست که اعتراض اجتناب‌ناپذیر باشد (Mac Gibbon, 1957:131). به زعم «والدن» در کنار سکوت دولت‌ها، سایر عوامل مرتبط از جمله شرایط و قرائن موجود با دقت مورد توجه قرار بگیرد (Walden, 1978:102).

۳-۷. نقش اعتقاد متناقض در تزلزل عنصر ذهنی

اعتقاد متناقض^۱ (یعنی عملی که با قوانین حقوق بین‌الملل عرفی ناسازگار است) می‌تواند دلیل فقدان «پذیرش به‌عنوان قانون» باشد. ممکن است اعمال یک دولت خاص (یا یک سازمان بین‌المللی) در موضوع خاص، متناقض و ناهماهنگ باشد، به‌عنوان مثال ایالات و دادگاه‌های ملی در همان دولت ممکن است ایده‌های مختلفی را در مورد یک موضوع یکسان داشته باشند، که این مسأله موجب می‌شود درک و تشخیص اعتقاد حقوقی در این دولت سخت شود. این دوگانگی می‌تواند اهمیت اعتقاد حقوقی آن دولت (یا سازمان بین‌المللی) را برای تشخیص وجود یا عدم وجود یک قاعده حقوق بین‌الملل عرفی تضعیف کند (Wood, rep2014, paras:78-79).

۴-۷. معاهدات (و کارهای مقدماتی آن‌ها) به‌عنوان ادله نشانگر اعتقاد حقوقی

معاهدات (و کارهای مقدماتی آن‌ها) به‌طور بالقوه می‌توانند وجود «اعتقاد حقوقی» را به خوبی نمایش دهند. هنگامی که دولت‌ها (و سازمان‌های بین‌المللی) در معاهده یا در هنگام مذاکرات منجر به آن و یا به محض یا پس از تصویب آن می‌پذیرند که کلیت معاهده یا برخی از قواعد آن، اعلام‌کننده قوانین بین‌المللی عرفی موجود هستند، این اعلام ممکن است به‌عنوان مدرک روشنی از اعتقاد حقوقی به کار گرفته شود. اینکه آیا دولت‌های مربوطه در واقع معاهده‌ای را امضاء یا تصویب کرده‌اند یا نه، و توانایی طرفین در ایراد حق شرط بر مواد معاهده، نیز ممکن است در ارزیابی وجود اعتقاد حقوقی اثرگذار باشد (Jia, 2010:102-103). در هر صورت، در ارزیابی این که آیا یک قاعده قراردادی، مدرک خوبی از وجود اعتقاد حقوقی می‌باشد یا خیر، باید اظهارات فردی، ادعاها و رفتار دولت ... را مورد کنکاش قرار داد. در پاسخ به این پرسش که آیا تکرار مقررات مشابه یا یکسان در تعداد

1. Contradictory.

زیادی از معاهدات دوجانبه می‌تواند مدرکی بر وجود اعتقاد حقوقی باشد؟ نیز باید بسته به هر موضوع، مطالعه مجزایی اختصاص داد و استخراج یک قاعده کلی کفایت نمی‌کند (Wood, rep2014, para:76(F)). اما باید به این نکته توجه داشت وقتی که طرفین یک معاهده تعهدات قراردادی خود را اجرا می‌کنند، رعایت این تعهد رانمی‌توان نشان‌دهنده وجود یک اعتقاد حقوقی دانست. برعکس جایی که دولت‌ها عملکرد خود را با معاهده‌ای تطبیق می‌دهند که عضو آن نیستند، می‌توان اعتقاد حقوقی را احراز کرد. این اتفاق ممکن است در موردی بیفتد که کشوری که عضو معاهده نیست مطابق با قواعد مندرج در آن معاهده عمل کند (Wood, rep2014, para:62).

۷-۵. قطعنامه‌های ارکان اصلی سازمان‌های بین‌المللی (از جمله مجمع عمومی و شورای امنیت سازمان ملل متحد) و قطعنامه‌های کنفرانس‌های بین‌المللی

قطعنامه‌های مجمع عمومی سازمان ملل متحد در برخی موارد ممکن است به‌عنوان ادله حقوق بین‌الملل عرفی موجود لحاظ شوند؛ به شفافیت حقوق عرفی در حال ظهور کمک نمایند یا اینکه در تشکیل حقوق عرفی جدید مؤثر باشند، ولی آنها به خودی خود نمی‌توانند حقوق عرفی جدید را ایجاد نمایند (ILA, 2000, Art:28). همانطوری که دیوان در قضیه نیکاراگوئه (ICJ, rep1986, para:188) و در اظهار مشابهی مجدداً در قضیه «مشروعیت تهدید یا توسل به تسلیحات هسته‌ای» (ICJ, rep1996, para:70) اعلام کرده‌است: «قطعنامه‌های مجمع عمومی سازمان ملل متحد، حتی اگر به خودی خود الزام‌آور نباشند، ممکن است در مواردی ارزش هنجاری داشته باشند و در شرایط مناسب می‌توانند گواه مهمی در اثبات وجود یک قاعده یا ظهور اعتقاد حقوقی باشند.» برای احراز اعتقاد حقوقی از یک قطعنامه مجمع عمومی سازمان ملل، لازم است که به محتوای آن و شرایط پذیرش آن توجه شود. به‌طور کلی، هرگاه یک قطعنامه با تعداد قابل توجهی از آرای منفی و ممتنع دولت‌ها مواجه شود، اعتقاد حقوقی از بین می‌رود و چنین قطعنامه‌ای نمی‌تواند مبین وجود یک اعتقاد حقوقی باشد. از سوی دیگر، قطعنامه‌ای که به اتفاق آراء (و یا نمایندگی قریب به اتفاق و اکثریت) تصویب شود، ممکن است دلیلی بر وجود اعتقاد حقوقی محسوب گردد. علاوه بر این، در جایی که یک دولت نه تنها از ابراز هرگونه اعتراض به تصویب آن قطعنامه خودداری می‌کند، بلکه نقش فعالی در تهیه آن

ایفا می‌کند، اعتقاد حقوقی آن دولت به محتوای قطعنامه را می‌توان به دولت مذکور نسبت داد (Wood, rep2014, para: 76(g)). همان قواعد مربوط به قطعنامه‌های مجمع عمومی با تغییرات جزئی در مورد قطعنامه‌های کنفرانس‌های بین‌المللی نیز اعمال می‌گردد.

۶-۷. سایر ادله «پذیرش به‌عنوان قانون» (و یا عدم آن)

ادله «پذیرش به‌عنوان قانون»، همچنین ممکن است در طیف گسترده‌ای از اعمال دیگر یافت شود. برای مثال، می‌توان به این موارد اشاره کرد: بیانیه یک دولت مبنی بر لازم الاجراء بودن یک قانون، اعلامیه الحاق به معاهدات از طرف دولت‌ها، اظهارات دولت‌ها در کنفرانس‌های چندجانبه، اظهارات دیپلماتیک، مکاتبات بین‌الدولی، انتشارات رسمی در زمینه حقوق بین‌الملل (هم‌چون کتابچه‌ها و یا دستورالعمل‌های مربوط به دیپلمات‌ها)، دستورالعمل‌های وزارت خارجه به دیپلمات‌ها و نظرات مشاورین حقوقی دولت‌ها در اعلام این‌که آیا چیزی را مطابق حقوق بین‌الملل عرفی می‌دانند یا خیر (Wood, rep2014, paras: 75- 76).

نتیجه

یافته‌های موجود در دومین گزارش گزارش‌گر ویژه کمیسیون حقوق بین‌الملل در سال ۲۰۱۴ نشان می‌دهد که محتوای گزارش ارائه شده با نظرات دیوان بین‌المللی دادگستری در ارتباط با فرایند شکل‌گیری قواعد حقوق بین‌الملل عرفی تقارن زیادی دارد. گزارش‌گر ویژه با رد تئوری‌های «تک عنصری» در تبیین عرف، بر رویکرد سنتی مبتنی بر پذیرش عرف به‌عنوان هنجاری «دو عنصری» تأکید کرده‌است. به اعتقاد گزارش‌گر، برای ایجاد قاعده عرفی، وجود دو عنصر مادی و معنوی در کنار هم ضروری است و آن دو تفکیک‌ناپذیر هستند. در این گزارش، سازندگان رویه، دولت‌ها و تحت شرایطی سازمان‌های بین‌المللی هستند. بازیگران غیردولتی نقشی در ایجاد عنصر مادی عرف ندارند. رویه دولت‌ها شامل اعمال فیزیکی و اعمال کلامی (هم‌چون: اعمال و مکاتبات دیپلماتیک، اعمال قوه مقننه، قوه مجریه، محاکم داخلی، نشریات رسمی در زمینه حقوق بین‌الملل و رویه در ارتباط با معاهدات) است. ترک فعل نیز تحت شرایطی می‌تواند به‌عنوان شکلی از رویه محسوب شود. رویه‌ای که در ساخت قاعده عرفی در نظر گرفته می‌شود،

دارای خصوصیاتی هم‌چون: آشکارا بودن، عام بودن، متحدالشکل و پیوسته بودن است. رویه گسترده، معاهدات و کارهای مقدماتی آنها می‌توانند به‌عنوان ادله پذیرش به‌عنوان قانون (عنصر ذهنی) باشند. قطعنامه‌های مجمع عمومی سازمان ملل متحد در برخی موارد ممکن است به‌عنوان ادله حقوق بین‌الملل عرفی موجود لحاظ شوند و به شفافیت حقوق عرفی در حال ظهور کمک نمایند، اما به خودی خود نمی‌توانند حقوق عرفی جدید را ایجاد کنند. *



کتابنامه

منابع فارسی:

- تونکین، گریگوری. (۱۳۷۳ - ۱۳۷۴). «آیا حقوق بین‌الملل عام، تنها حقوق عرفی است؟»، ترجمه سید فضل الله موسوی. *مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی و ریاست جمهوری*، شماره ۱۸-۱۹.
- زرنشان، شهرام. (۱۳۹۲). «شکل‌گیری قاعده عرفی در حقوق بین‌الملل؛ ارزیابی نقش‌آفرینی بازیگران غیردولتی». *مجله حقوق بین‌المللی*، نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی ریاست جمهوری، ۲۹(۴۷). صص ۷۲-۸۸.
- (۱۳۹۲). *شکل‌گیری و شناسایی حقوق بین‌الملل عرفی*. تهران: گنج دانش، چاپ دوم.
- زمانی، سید قاسم. (۱۳۷۵). «حقوق قراردادی و تدوین قواعد عرفی در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری با تأکید بر قضیه نیکاراگوئه». *مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی و بین‌المللی ریاست جمهوری*، شماره ۲۰.
- فلسفی، هدایت الله. (۱۳۷۰). «روش‌های شناخت حقوق بین‌الملل». *مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی*، شماره ۹.
- کاسسه، آنتونیو. (۱۳۸۸). *حقوق بین‌الملل*، ترجمه حسین شریفی طراز کوهی. تهران: میزان، چاپ دوم.
- والاس، ربکا. (۱۳۹۰). *حقوق بین‌الملل*، ترجمه و تحقیق سید قاسم زمانی. تهران: شهر دانش، چاپ سوم.

- Akehurst, M. (1976). Custom as a source of International Law, *British Yearbook of International Law*, 47, pp. 1-53.
- Bederman, D.J. (2010). *Custom as a Source of Law*, Cambridge University Press.
- Brownlie. J. (1998). *The Rule of Law in International Affairs*, The Hague: Martinus Nijhoff.
- Byers , M. (1999). *Custom, power, and power of Rules*, Cambridge University press.
- D'Amato, A, A. (1969). »The Concept Of Special Custom in International Law« , *American Journal Of International Law*. 63 (2), pp.211-223.
-, A, A. (1971). *The Concept of Custom in International Law*, Cornell University press, London.
- Guzman, A. T. (2005). "Saving Customary International Law", *Michigan Journal of International Law*.27 (1), pp. 115-176.
- Jia, B. B. (2010). "The Relations between Treaties and Custom", *Chinese Journal of International Law*.pp.81-109
- Kolb. A. (2003). "Selected Problems in the Theory of Customary International Law", *Netherlands International Law Review*. Pp.119-150
- Kontorovich, E. (2007). "Inefficient Customs in International Law", The Law School The University Of Chicago.
- Kirgiz, F.L. (1987). Custom on a sliding scale, *American Journal of international Law*, 81.
- Mac Gibbon. (1957). customary International law and Acquiescence, *British Yearbook of international Law*, 33.
- Mendelson, M, H. (1998). The formation of Customary International Law, 272 Recuil des Cours: Collected Courses of the Hague Academy of International Law.
- Petersen, N. (2007). "Customary Law without Custom? Rules, Principles, and the Role of the State Practice in International Norm Creation", *American University International Law Review*. 23 (2), pp.275-310.
- Postema, G. J. (2007). "Custom in international law: a normative practice account" in Amanda Perreau – Saussine and
- Roberts. A. E. (2001). Traditional and Modern Approaches to Customary International law:A Reconciliation, *The American Journal of International Law*, 95 (2) ,pp. 757-791.
- Walden, R. (1978). "Customary International Law: A Jurisprudential Analysis", *Israel Law Review*, 13.
- Wolfke, K. (1993). *Custom in present international Law*, Martinus Nijhoff publishers ,Netherlands.
- Villiger, M, E (1997). *Customary International Law and Treaties: A Manual on the*

Theory and Practice of Interrelation of Sources.

Judicial Cases:

ICJ, *Asylum case (Colombia/Peru)*, 1950.

ICJ, *Case concerning Legality of the threat or Use of Nuclear Weapons*, 1996.

ICJ, *Case concerning Military and paramilitary Activities in and against Nicaragua*,
Judgment of 27 June 1986.

ICJ, *Case concerning North Sea continental shelf*, 1969.

ICJ, *Case Concerning Rights of United Nations National in Morocco*, 1952.

ICJ, *Case concerning the Arrest warrant of 11 April 2000 (DEMOCRATIC
REPUBLIC OF THE CONGOY v. BELGIUM)*, 2002.

ICJ, *Fisheries Case (United Kingdom v. Norway)*, 1951.

ICJ, *Notte Bohm Case (LIECHTENSTEIN v. GUATEMALA)*, 1955.

PCIJ, *Case certain German Interests in polish upper Silesia (Merits)*, series A,
No7,1926.

PCIJ, *Lotus case*, series A, No.10, 1927.

Instrument:

*Statement of Principles Applicable to the formation of General customary
International Law*, The international Law Association, Final Report of 69th
conference , London , 2000.

Wood , M, special Rapporteur, International Law commission . (2013). *First report on
formation and evidence of customary International Law*, A/CN .4/663.

Wood, M, special Rapporteur, International Law commission. (2014). *Second report
on identification of customary International Law*, A/CN. 4/672.

Draft Articles on Responsibility of states for International wrongful Acts, United
Nations, International Law commission, fifty-third sessions, 2001.