

Interpretability of Rules of Customary International Law

Mahdi Hadadi * 

Associate Professor, Department of Public
International Law, Faculty of Law, Collage of
Farabi, University of Tehran, Qom, Iran

1. Introduction

Several centuries have passed since the emergence of the international law system. Over time, the development of international rules has increasingly influenced and regulated numerous aspects of human activity. The expansion of these rules, along with the proliferation of international courts, makes it essential to clarify how the rules of international law should be interpreted and applied. In this growing international legal landscape, where customary international law continues to serve as one of the primary sources of international law,

* Corresponding Author: mhaddady@ut.ac.ir

How to Cite: Hadadi, M., "Interpretability of Rules of Customary International Law", The Quarterly Journal of Public Law Research, Vol. 27, No. 89, (2026), 263-314. Doi: [10.22054/QJPL.2025.81045.3028](https://doi.org/10.22054/QJPL.2025.81045.3028)

little attention has been given to the question of whether it is possible to interpret the rules of customary international law. Throughout history, customary international law has been the subject of extensive research. Studies on the topic continue even within international institutions. For instance, the International Law Society conducted a 16-year project (1984–2000) on the formation of customary international law. Similarly, the International Law Commission (ILC) began a study in 2013 on the recognition of customary international law, completing it in 2018. Although the ILC produced valuable findings—particularly by noting that determining the existence of a customary rule and its content are simultaneous processes—it did not independently address the question of how to determine the content of customary international law or the related issue of its interpretation. In other words, once an unwritten rule is identified, can it then be meaningfully interpreted? Other ILC work that touches on interpretation—such as studies on the fragmentation of international law or subsequent agreements and procedures in treaty interpretation—has never fully explored the intersection of interpretation and customary international law.

Although extensive research has been conducted in the areas of treaty interpretation and the formation and recognition of customary international law, the point of convergence between these two fields—namely, the interpretation of customary international law—remains largely unexplored. The almost exclusive focus on the formation of customary international law (considering its two elements of state practice and *opinio juris*) may help explain this gap. Some jurists, for instance, maintain that customary rules cannot be interpreted, and that only written texts are subject to interpretation. Others take the position

that while the rules of customary international law can be identified, they cannot be interpreted. There are two main arguments regarding the interpretability of the rules of customary international law. First, it is argued that interpretation applies only to written rules, and since customary rules are unwritten, they cannot be interpreted. Second, it is claimed that the identification of customary rules is the sole process that determines their content; consequently, any attempt to explain a customary rule would require a new stage of identification. The present study aimed to examine the validity of these arguments by analyzing opinions from both the doctrinal sources and judicial jurisprudence concerning the interpretability of customary international law. The study went on to address the methods by which customary rules can be interpreted, should their interpretability be established.

2. Literature Review

No research on this topic exists in Persian, and studies in other languages remain limited. The current inquiry reviewed the main literature on the subject.

3. Materials and Methods

The present study used a descriptive–analytical method to examine the validity of the arguments about interpretability of the rules of international law. By examining both doctrinal sources and judicial jurisprudence, it ultimately presented the methods for interpreting customary rules.

4. Results and Discussion

The analysis focused on whether customary rules can be interpreted and, if so, how such interpretation should be carried out. There is no consensus among international law scholars on this issue. Some argue that the development of customary international law involves the intertwined processes of identification, interpretation, and enforcement. Others maintain that customary international law cannot be interpreted because it is unwritten. Despite the challenges and ambiguities associated with custom, its status as a source of international law is unquestioned. A logical question therefore arises: once a customary rule has formed—and aside from the possibility of its modification or termination through subsequent practice and *opinio juris*—does its inherent ambiguity not necessitate interpretation for its continued application? The very existence of ambiguity and uncertainty—even in written instruments—is what makes interpretation necessary. It is thus counterintuitive to deny the interpretability of norms derived from a source of law that shares these same characteristics. Interpretation, which involves determining the meaning of a legal act, is equally applicable to both written and unwritten rules. In interpreting the law, we interpret social facts, which may be expressed verbally or nonverbally. Moreover, all laws, whether written or unwritten, leave room for uncertainty and therefore for interpretation.

In response to the claim that interpreting customary international law can be reduced to identification, it is important to distinguish between rule identification and content determination. Identifying a rule is the

process by which a legal norm is recognized, whereas determining its content involves defining the meaning of that norm. Although these two processes are often intertwined and complementary in practice, they remain conceptually distinct. Regarding the method of interpretation of customary rules, it was clarified that although Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties apply only to treaty interpretation, the interpretive techniques they contain have acquired a customary character and have been used in various contexts to interpret acts that are not treaties. They are employed, for example, in interpreting unilateral acts, declarations accepting the jurisdiction of the International Court of Justice, and Security Council resolutions. What these cases have in common is that Articles 31 and 32 are not applied strictly; rather, they are applied *mutatis mutandis*, with due regard for the specific nature of the acts being interpreted. This approach appears equally appropriate for the interpretation of customary rules.

5. Conclusion

It can be concluded that customary international law, like written law, requires interpretation due to its inherently general and often ambiguous nature. The distinction between identifying a rule and determining its content underscores that interpretation is an independent and indispensable process. Moreover, the interpretative methods developed in treaty law, when appropriately adapted, can also be applied to customary norms. Accordingly, denying the


interpretability of customary law is neither theoretically convincing nor practically viable, whereas acknowledging it contributes to greater coherence and effectiveness within the international legal system.

Keywords: Custom, Treaty, Interpretation, Identification of Custom, Methods of Interpretation



تفسیر پذیری قواعد حقوق بین الملل عرفی

دانشیار گروه حقوق عمومی و بین الملل، دانشکده حقوق، دانشکدهگان فارابی،
دانشگاه تهران، قم، ایران

مهدی حدادی *  ID

چکیده

قواعد عرفی و کنوانسیون‌ها هر دو در تنظیم مناسبات بین المللی نقش تعیین کننده دارند. اصولاً هر قاعده حقوقی در هنگام اجرا نیازمند تفسیر است. با این وجود بر خلاف معاهده، در خصوص قواعد عرفی نه تنها آیین و روش تفسیری تنظیم نشده است، بلکه استدلال‌هایی در جهت عدم امکان تفسیر آن مطرح شده است. از جمله اینکه فقط قواعد مکتوب قابل تفسیر هستند، ثانیاً شناسایی قواعد عرفی تنها عملیاتی است که محتوای آن را تعیین می کند. این مقاله از طریق بررسی دکترین و رویه قضایی، درستی این دو استدلال را بررسی نموده و در نهایت روش‌های تفسیر قواعد عرفی را معرفی می نماید. نتیجه پژوهش آن است تفسیر که مستلزم تحقیق در معنای یک عمل حقوقی است، در خصوص قواعد مکتوب و نانوشته به طور یکسان امکان پذیر است. از سوی دیگر باید به تمایز خاص بین شناسایی قاعده عرفی و تعیین محتوای آن توجه صورت گیرد. در نهایت روش‌های تفسیر معاهده را می توان با اعمال تغییرات لازم در مورد تفسیر قواعد عرفی اعمال نمود، چنانچه در خصوص برخی از منابع حقوق بین الملل مسبق به سابقه است.

واژگان کلیدی: عرف، معاهده، تفسیر، شناسایی عرف، روش‌های تفسیر.

مقدمه

چند قرنی است که از پیدایش نظام حقوق بین الملل سپری شده است. اما امروزه گسترش قواعد بین المللی به گونه‌ای است که بر بسیاری از حوزه‌های فعالیت‌های انسانی تأثیر گذاشته و آنها را تنظیم می‌کند. گسترش قواعد بین المللی و نیز دادگاه‌های بین المللی نیاز به روشن شدن چگونگی تفسیر و اعمال قواعد حقوق بین الملل را بسیار ضروری می‌سازد. در چنین چشم‌انداز حقوقی بین المللی در حال گسترش، جایی که حقوق بین الملل عرفی یکی از منابع اصلی حقوق بین الملل باقی می‌ماند، این پرسش مطرح می‌شود آیا تفسیر قواعد حقوق بین الملل عرفی امکانپذیر است؟

در تمام اعصار در مورد حقوق بین الملل عرفی تحقیقات زیادی صورت گرفته است. حتی در سطح نهادهای بین المللی هنوز این مطالعات ادامه دارد. برای مثال انجمن حقوق بین الملل، پروژه‌ای ۱۶ ساله (۲۰۰۰-۱۹۸۴) در مورد شکل‌گیری حقوق بین الملل عرفی عام انجام داد.^۱ کمیسیون حقوق بین الملل نیز مطالعه‌ای در مورد شناسایی حقوق بین الملل عرفی را در سال ۲۰۱۸ به پایان رساند.^۲ با وجود این که کمیسیون حقوق بین الملل در پایان کار خود به یافته‌های بسیار کاربردی رسید، اما در واقع با اشاره به اینکه تعیین وجود یک قاعده عرفی و محتوای آن فرآیندهای همزمان خواهد بود، به نظر می‌رسد به موضوع جالب تفسیر آن نپرداخته است. یعنی اینکه آیا یک قاعده نانوشته خاص را می‌توان پس از شناسایی تفسیر کرد؟ در کارهای دیگر کمیسیون حقوق بین الملل نیز که به نوعی به مسئله تفسیر مربوط می‌شوند مانند چند پارگی حقوق بین الملل^۳، موافقتنامه‌ها و رویه بعدی در

1. ILA, Final Report of the Committee: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, in ILA, Report of the 69th Conference, (2000), at 712-778.

2. Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, ILC Report, 2018, UN Doc. A/73/10.

3. Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law: Report of the Study Group of the International Law Commission, 2006, UN Doc. A/CN.4/L.682.

تفسیر معاهده،^۱ ترکیبی از هر دو موضوع تفسیر و حقوق بین‌الملل عرفی هرگز به‌طور کامل مورد توجه قرار نگرفته است.

در حالی که در دو حوزه تفسیر معاهده و شکل‌گیری و شناسایی حقوق بین‌الملل عرفی کارهای علمی زیادی صورت گرفته است، با این حال نقطه همگرایی بین این دو حوزه یعنی تفسیر حقوق بین‌الملل عرفی بسیار اندک مورد بررسی قرار گرفته است. ممکن است تمرکز تقریباً و سواسی بر مرحله تشکیل حقوق بین‌الملل عرفی با دو عنصر آن یعنی رویه دولتی و اعتقاد حقوقی، علت این کم‌کاری باشد. اما به نظر می‌رسد از منظر برخی از حقوقدانان، قواعد عرفی قابل تفسیر نیستند و تنها متون مکتوب هستند که تفسیر در خصوص آنها قابل اعمال است. همچنین این دسته معتقدند قواعد حقوق بین‌الملل عرفی را نمی‌توان تفسیر کرد بلکه فقط می‌شود آن را شناسایی کرد.

بدین ترتیب دو استدلال اصلی علیه قابلیت تفسیر قواعد حقوق بین‌الملل عرفی ارائه شده است: اولاً، موضوع تفسیر فقط می‌تواند قواعد مکتوب باشد و چون قواعد عرفی نانوشته هستند قابل تفسیر نیستند.^۲ ثانیاً، شناسایی قواعد عرفی تنها عملیاتی است که محتوای آن را تعیین می‌کند و بنابراین، هر شکلی از تبیین یک قاعده عرفی مستلزم مرحله جدیدی از شناسایی است.

در این مقاله با بررسی نظرات بیان شده در دکترین و رویه قضایی در خصوص تفسیر قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، به درستی این دو استدلال پرداخته می‌شود. چنانچه امکان‌پذیری تفسیر قواعد عرفی اثبات شود، روش‌های تفسیر این قواعد موضوع دیگری است که در این مقاله به آن پرداخته می‌شود.

1. Draft Conclusions on Subsequent Agreements and Subsequent Practice in Relation to Treaty Interpretation”, 2018, UN Doc. A/73/10.

2. A Gourgourinis, “The Distinction between Interpretation and Application of Norms in International Adjudication”, Journal of International Dispute Settlement, Vol. 2, No. 1, (2011), at 36.

۱. استدلال اول: قابل تفسیر نبودن قواعد غیرمکتوب

اولین استدلال در جهت مخالفت با تفسیر قواعد عرفی آن است که فقط متون قابل تفسیر هستند. برنهارت بیان می‌کند که تفسیر فقط برای منابع مکتوب است و اگرچه بلافاصله پس از آن اذعان می‌کند این ادعا که تفسیر شامل هنجارهایی با ماهیت عرفی نیز می‌شود قابل بررسی است، اما احساس می‌کند که استفاده از مفهوم تفسیر در ارتباط با تبیین هنجارهای حقوق عرفی نه معمول است و نه توصیه می‌شود.^۱ به طور مشابه، ترویز استدلال می‌کند که فقدان اصطلاحات زبانی، تفسیر را به عنوان یک عملیات ضروری برای اعمال قواعد عرفی مستثنی می‌کند.^۲ سایر نویسندگان نیز نظرات مشابهی را بیان کرده‌اند.

شاید تنها نویسنده‌ای که امکان تفسیر قواعد عرفی را رد می‌کند و تحلیل گسترده‌تری از موضوع ارائه کرده است، مارتین باس باشد. استدلال اصلی او در برابر گسترش فرآیند تفسیر به منابع نانوشته این است که صرف شناسایی قاعده عرفی محتوای آن را نیز مشخص می‌کند. به گفته وی، در مورد حقوق بین‌الملل عرفی، «محتوای با وجود ادغام می‌شود». این مسئله در مورد متون مکتوب صدق نمی‌کند، زیرا شناسایی یک قاعده، صرفاً تأیید این است که آیا متن یک معاهده است یا خیر؟ اگر چنین باشد، محتوای یک قاعده خاص، موضوع تفسیر قرار می‌گیرد.^۳ مسئله تمایز شناسایی از تفسیر در قسمت بعد جداگانه بررسی می‌شود.

بنابراین یکی از عناصر مشترکی که همه استدلال‌های فوق‌الذکر به اشتراک می‌گذارند این است که تفسیر حقوق بین‌الملل عرفی را با این فرض که تفسیر فقط به قواعد مکتوب محدود می‌شود، رد می‌کنند. با این حال در حقوق هیچ نشانه‌ای وجود ندارد که دامنه تفسیر به اسناد مکتوب محدود شود. در واقع استدلال‌هایی بر خلاف آن وجود دارد.

1. R Bernhardt, "Interpretation in International Law", in Encyclopedia of Public International Law, Vol II (Amsterdam: North-Holland, 1992) at 1417.

2. T Treves, "Customary International Law", Max Planck Encyclopedia of Public International Law, para. 2, Accessible at www.mpepil.com (Last accessed on 25 July 2024).

3. M Bos, *A Methodology of International Law* (Oxford: North-Holland, 1984) at 109

۱-۱. مفهوم تفسیر

به حکم منطق؛ هر قرارداد، قانون یا معاهده‌ای برای آنکه به اجرا درآید باید تفسیر شود.^۱ اکثر پرونده‌هایی که در دادگاه‌های بین‌المللی مطرح می‌شوند شامل مسائل تفسیری هستند. بنابراین با وجود اهمیت تفسیر در اجرای قاعده حقوقی، به نظر می‌رسد انتقاد علیه قابلیت تفسیر حقوق بین‌الملل عرفی به جهت مکتوب نبودن، به‌طور ضمنی بر درک هر نویسنده از اصطلاح تفسیر استوار است.

معنای کلی تفسیر را این‌گونه بیان کرده‌اند: روشی که در آن کسی یک رویداد، اطلاعات، اقدامات کسی و غیره را توضیح می‌دهد یا درک می‌کند.^۲ «توضیح یا گفتن معنا» یا «تصور کردن در پرتو باور، قضاوت یا شرایط فردی»^۳، «توضیح یا نظری درباره چیستی چیزی».^۴ مفهوم کلی تفسیر به معنا گره خورده است، که می‌تواند معنای هر شیئی باشد که معنادار است. در همین راستا هرمنوتیک به‌عنوان نوعی روش‌شناسی تفسیر مطرح شده است که تلاش می‌کند تفسیر تمام افعال معنادار انسان و محصولات این رفتارهای معنادار به خصوص در متون [نوشتاری] را روشن کند. هرمنوتیک دانشی است که به «فرایند فهم یک اثر» می‌پردازد و چگونگی دریافت معنا از پدیده‌های گوناگون هستی اعم از گفتار، رفتار، متون نوشتاری و آثار هنری را بررسی می‌کند.^۵

فرهنگ لغت حقوقی بلک، تفسیر را اینگونه تعریف می‌کند: فرایند تعیین معنای چیزی، به‌ویژه قانون یا سند قانونی؛ یعنی تعیین معنایی که باید به کلمات یا دیگر مظاهر قصد داده

۱. هدایت الله فلسفی، حقوق بین‌الملل معاهدات (تهران: فرهنگ نشر نو، ۱۳۷۹) ص ۴۳۲.

2. Longman Dictionary, "Interpretation", www.ldoceonline.com/dictionary/interpretation, Accessed 15 November 2024.

3. Merriam Webster Dictionary, "Interpreting", www.merriam-webster.com/dictionary/interpreting, Accessed 15 November 2024.

4. Cambridge Dictionary, "Interpretation", <https://bit.ly/3F8jevF>, Accessed 15 November, 2024.

5. Stanford Encyclopedia of Philosophy, Hermeneutics, <https://plato.stanford.edu/entries/hermeneutics> (Accessed 15 November 2024).

شود.^۱ بنابراین در حقوق، تفسیر عموماً به نوعی به مظهر قصد گره خورده و عملی است که این قصد را روشن می‌سازد.^۲

شارل روسو تفسیر را عملی ذهنی یا عقلانی می‌داند که بر تعیین معنای عمل حقوقی مبتنی می‌باشد. نتیجه عمل تفسیر این است که دامنه شمول عمل حقوقی مشخص و نکات مبهم یا تاریک آن روشن می‌شود.^۳ برخی معنای تفسیر در حقوق بین‌الملل را فراتر از تعیین معنای مظاهر قصد دانسته‌اند. کامرهوفر در توضیحی روشن از تفسیر مدنظر حقوقدانان بین‌المللی، خاطر نشان کرد که برخلاف تفسیر، اگر به‌طور دقیق صحبت کنیم، در حقوق بین‌الملل عمومی تفسیر، نامی برای «تفسیر کاربردی از معنای قانون» است که هم شامل استخراج معنای حقوقی آن می‌شود و هم «عینیت دادن به هنجارهای عمومی انتزاعی در وضعیت‌های فردی».^۴ همین دیدگاه را در آثار استاد فلسفی حقوقدانان ایرانی می‌توان مشاهده کرد.^۵

بدین ترتیب، تفسیر اصولاً به معنای اثبات معنا و مفهوم همه اعمال حقوقی دولت‌ها در روابط متقابل آنها با یکدیگر است و بدین لحاظ با کل نظام بین‌المللی پیوند ناگسستنی دارد.^۶ از این تعاریف کلی و اختصاصی در مورد تفسیر، روشن می‌شود که تفسیر منحصر به متون نخواهد بود. حقوقدانان نیز وقتی از موضوع تفسیر صحبت می‌کنند واژه تفسیر قانون یا قاعده حقوقی را بکار می‌برند. هم در نظام‌های حقوقی داخلی و هم در نظام حقوق بین‌الملل، قانون یا قاعده حقوقی نیز منحصر در مقررات مکتوب نیست.

1. BA Garner (ed), *Black's Law Dictionary*, 9th ed (WEST, 2009).

2. M Fortuna, "Different Strings of the Same Harp: Interpretation of Rules of Customary International Law, Their Identification and Treaty Interpretation", In the Theory, Practice, and Interpretation of Customary International Law, Edited by P Merkouris, J Kammerhofer and N Arajärvi (Cambridge University Press, 2022), at 402.

۳. محمدرضا ضیائی بیگدلی، *حقوق معاهدات بین‌المللی* (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۵)، ص ۱۵۲.

4. J Kammerhofer, "Taking the Rules of Interpretation Seriously, But Not Literally: A Theoretical Reconstruction of the Orthodox Dogma", *Nord J Intl L*, Vol. 86, Issue. 2, (2017), at 131.

۵. هدایت الله فلسفی، *سیر عقل در منظومه حقوق بین‌الملل* (تهران: نشر نو، ۱۳۹۶)، ص ۵۱۵.

۶. همان، ص ۵۱۹.

۱-۲. دکترین

برخی از اندیشمندان حقوق بین‌الملل از قابل تفسیر بودن قواعد حقوق بین‌الملل عرفی دفاع نموده‌اند. اگرچه نظراتی که به نفع تفسیر حقوق بین‌الملل عرفی بیان می‌شود، معمولاً مشابه نظراتی که امکان تفسیر حقوق بین‌الملل عرفی را رد می‌کنند، کمی موجز هستند، با این وجود می‌تواند در تایید قابل تفسیر بودن قواعد عرفی مورد استناد واقع شود. بسیاری از نویسندگان به‌طور مستقیم به موضوع تفسیر قواعد عرفی نپرداخته‌اند، اما تعبیر تفسیر عرف یا برخی تعابیر مشابه آن اغلب در نوشته‌های چندین نویسنده برجسته از جمله سر هرش لاترپاخت^۱، مارتی کاسکنیمی^۲ و سرژ سور^۳ به چشم می‌خورد. این واقعیت که این نویسندگان، تفسیر حقوق بین‌الملل عرفی را در برخی موارد ذکر می‌کنند، می‌تواند دلیلی بر این باشد که تفسیر حقوق بین‌الملل عرفی ممکن است و اتفاق می‌افتد.

مسئله اولین محقق حقوقی که در مورد تفسیر قواعد حقوق بین‌الملل عرفی بحث کرد، چارلز دو ویشر بود. وی دو بعد تفسیر را در رابطه با عرف بررسی کرد: تفسیر به‌عنوان بخشی از فرآیند عرفی ایجاد قاعده و تفسیر مناسب قواعد عرفی.^۴ سرژ سور در امتداد نظرات بیان شده توسط دو ویشر، یک طبقه‌بندی سه‌جانبه از تفسیر را در رابطه با عرف بین‌المللی ارائه کرد: (۱) تفسیری که وجود یک قاعده عرفی را ثابت می‌کند، (۲) تفسیری که محتوای یک قاعده عرفی را ثابت می‌کند و (۳) تفسیری که دامنه یک قاعده عرفی را تعیین می‌کند.^۵

تقریباً در همان زمان بلکمن، محقق حقوقی آلمانی، مقاله‌ای در مورد شناسایی و تفسیر قواعد حقوق بین‌الملل عرفی منتشر کرد. طبق نظر بلکمن، قواعد عرفی باید با استقرا تعیین شود. اصل حقوقی انتزاعی که از رویه به‌دست می‌آید و در وضعیت‌های واقعی جدید

1. Sir Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court* (London: Stevens and Sons Limited, 1958) at 381-4.

2. M Koskeniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument* (Cambridge: CUP, 2005) at 391.

3. S Sur, *L'Interprétation en Droit International Public* (Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1974) at 189-90.

4. C de Visscher, *Problemes d'Interpretation judiciaire en droit international public* (Paris: Pedone, 1963) at 221 et seq.

5. S Sur, op.cit., at 190.

اعمال می‌گردد می‌تواند مضمون تفسیر باشد.^۱ در حمایت از این موضع، کاپوتورتی بیان کرد که قواعد تفسیر مندرج در کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات که مبنای عرفی دارند، تفسیر عرف بین‌المللی و سایر منابع حقوقی را نیز تنظیم می‌کنند.^۲ اخیراً تا حدودی نظرات مشابه توسط مرکوریس و اورکلش ویلی ارائه شده است. مرکوریس و اورکلش ویلی هر دو تحلیلی در مورد رویه قضایی دادگاه‌های بین‌المللی انجام داده‌اند و موارد زیادی را آشکار کرده‌اند که در آن قضاوت یا از مفهوم تفسیر مرتبط با قواعد عرفی یا بدون انجام این کار، از روش‌هایی از تفسیر معاهده استفاده می‌کنند. آنها به این نتیجه رسیدند که تفسیر قواعد حقوق بین‌الملل عرفی نه تنها ممکن است، بلکه در عمل نیز اتفاق می‌افتد. از آنجایی که قضاوت در تعیین محتوای قواعد عرفی از اصطلاح تفسیر به گونه‌ای استفاده کرده‌اند که با تحقیق در رویه دولتی و اعتقاد حقوقی متفاوت است و به دلیل شباهت‌های آشکار با تفسیر معاهده، هر دو محقق به این نتیجه رسیدند که فرآیند تعیین محتوای قواعد عرفی از پیش تعیین شده چیزی جز یک عمل تفسیری نیست.^۳

در کنار اشاره صریح به تفسیر حقوق عرفی، باید به اقوالی اشاره کرد که پذیرش چنین تفسیری از استدلال نویسندگان قابل استنباط است.^۴ از جمله در این خصوص دوپویی معتقد است: تنزل جایگاه عمل تفسیر به معاهده در واقع کوچک شمردن موضوع تفسیر و تغییر نقش آن است. در نتیجه تفسیر نقش اساسی در مجموعه حقوق بین‌الملل و نه تنها در حقوق معاهدات ایفا می‌کند، زیرا اجرای حقوق بین‌الملل در حد گسترده‌ای به تفسیر مقید است.^۵

1. A Bleckmann, "Zur Feststellung und Auslegung von Völkergewohnheitsrecht", *ZaöRV*, Vol. 37, (1977), at 505.

2. F Capotorti, "Cours général de droit international public", *Recueil des cours*, tome 248, (1994), at 121.

3. P Merkouris, "Interpreting the Customary Rules of Interpretation", *International Community Law Review*, Vol. 19, No. 1, (2017), at 134-7; A Orakhelashvili, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law* (Oxford University Press, 2008) at 496

4. G Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice* (Cambridge: Grotius, 1986) at 151-2.

۵. محمدرضا ضیائی بیگدلی، همان، ص ۱۵۴.

۳-۱. عدم تمایز میان منابع از جهت تفسیر

منابع مختلف در نظام حقوق بین‌الملل، قواعد حقوقی این نظام و نیز تعهدات حقوقی بین‌المللی تابعان آن را تامین می‌کنند. از آنجا که صرفاً میان قواعد آمره حقوق بین‌الملل با سایر قواعد حقوق بین‌الملل، سلسله‌مراتب وجود دارد و نه میان منابع؛ در این صورت قابل تفسیر بودن معاهدات و غیرقابل تفسیر بودن سایر منابع به تناقض می‌انجامد. مشهور است که حقوق بین‌الملل عرفی را می‌توان مدون کرد و در معاهده گنجانید. با توجه به قضیه نیکاراگوئه، این واقعیت که یک قاعده عرفی مدون شده است، به این معنی نیست که وجود خود را از دست می‌دهد و تحت هنجار کنوانسیون قرار می‌گیرد.^۱ با این وجود، مفاد معاهدات تدوینی همچنان می‌تواند موضوع تفسیر باشد. اگر این خط استدلال را تا پایان دنبال کنیم، آنچه در نهایت به آن می‌رسیم، دو هنجار با محتوای یکسان است که تنها هنجار گنجانده شده در معاهده می‌تواند موضوع تفسیر باشد. از آنجایی که هیچ سلسله‌مراتبی بین این منابع حقوقی یعنی معاهده و عرف وجود ندارد، منطبق حکم می‌کند که حقوق بین‌الملل عرفی قابل تفسیر باشد.^۲

تفسیر منابع غیرمکتوب به جز عرف هم امکان‌پذیر است. توافقات شفاهی، یکی از این نمونه‌ها است. در دو قرن اخیر به دلیل وجود الزام به ثبت معاهدات، بلکه برای اطمینان از وضوح بیشتر و یقین به تعهدات بین‌المللی توافقات شفاهی رو به افول نهاده است. البته این بدان معنا نیست که توافقات شفاهی در رویه بین‌المللی پدید نمی‌آیند، همانطور که اعلامیه معروف /یهلن در سال ۱۹۱۹ بین وزرای امور خارجه نروژ و دانمارک و توافقنامه تلفنی ۱۹۹۲ بین نخست وزیران دانمارک و فنلاند در مورد پل کمربندی بزرگ، این را اثبات می‌کند. ماهیت الزام‌آور توافقات شفاهی در رویه قضایی بین‌المللی از جمله در

1. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua V. United States of America)*, ICJ Reports, 1984, para 179.

2. P Merkouris, "Interpreting Customary International Law: You'll Never Walk Alone", In the *Theory, Practice, and Interpretation of Customary International Law*, Edited by P Merkouris, J Kammerhofer and N Arajärvi (Cambridge University Press, 2022) at 350.

قضیه *ماورماتیس*^۱ به رسمیت شناخته شده است. ماده ۳ کنوانسیون حقوق معاهدات ۱۹۶۹ نیز صراحتاً به این موضوع تصریح می‌کند.

با توجه به ماده ۳، قواعد عرفی حقوق معاهدات از جمله قواعد تفسیر در خصوص مفاد این توافق‌ها قابل اعمال است. اگرچه به نظر می‌رسد قاعده کلی تفسیر مندرج در ماده ۳۱، تفسیر کاملاً مبتنی بر متن است. با این حال، مروری ساده در مواد ۳۱ تا ۳۳ کنوانسیون وین در مورد کنوانسیون حقوق معاهدات نشان می‌دهد که انبوهی از عناصر غیرمتنی دیگر هم‌تراز با متن وجود دارد. لذا چنانچه در ادامه خواهیم دید برای تفسیر قواعد غیر مکتوب می‌توان از روش‌های مختلف تفسیر بیان شده در این دو ماده استفاده کرد.

در همین راستا، از دیگر منابع غیرمکتوب قابل تفسیر، اعمال یکجانبه دولت‌ها هستند. از سال ۱۹۹۶ تا ۲۰۰۶ کمیسیون حقوق بین‌الملل روی موضوع اعمال یکجانبه دولت‌ها و ظرفیت آنها برای ایجاد تعهدات بین‌المللی الزام‌آور کار کرد. کمیسیون حقوق بین‌الملل در اصل ۵ از اصول راهنمای خود تصریح می‌کند که شکل بیانیه، شفاهی یا کتبی، بی‌اهمیت است. قبلاً هم دیوان بین‌المللی دادگستری همین موضوع را در قضیه آزمایش‌های هسته‌ای بیان کرده بود: این که یک بیانیه به صورت شفاهی یا کتبی بیان شود، تفاوت اساسی ندارد... بنابراین مسئله شکل تعیین‌کننده نیست.^۲ آنچه این موضوع را برای اهداف تحلیل ما مرتبط می‌سازد این است که کمیسیون حقوق بین‌الملل همچنین در اصل ۷ از اصول راهنما، قواعد تفسیری را که در مورد چنین اعلامیه‌های یک‌جانبه قابل اجرا است، بدون اینکه تمایزی در مورد شفاهی یا کتبی بودن بیانیه قائل شود، بیان کرده است.^۳ بنابراین تعمیم دادن اصل تفسیر به این قبیل اعمال با آنکه به ظاهر مشکل به نظر می‌رسد، چندان دشوار نیست؛ زیرا در چنین مواردی می‌توان با توصیفی مضیق از عناصر تفسیر، نظمی نسبتاً دقیق برای آن ابتکار کرد. اگرچه با توجه به مکتوب نبودن این گونه اعمال وضع قواعد و منسجم و محدود کردن قلمرو تفسیر در بادی امر، غیرممکن به نظر می‌رسد،

1. The Mavrommatis Jerusalem Concessions (Greece V the United Kingdom), PCIJ, Ser A, No. 5, (1925), at 37.

2. Nuclear Tests (Australia V France) (Judgment), ICJ Reports, (1974), para 45.

3. Guiding Principles Applicable to Unilateral Declarations of States Capable of Creating Legal Obligations, UN Doc A/61/10.

اما صاحب‌نظران این مسئله را در محدوده شیوه‌های تفسیر مورد توجه قرار داده و به تفسیر این قبیل اعمال حکم داده‌اند.^۱ مسئله شیوه‌های تفسیر قواعد عرفی در ادامه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۴-۱. شواهدی از اساسنامه دیوان‌های بین‌المللی

آنچه قابل توجه است این است که در همه این بحث‌ها، به نظر می‌رسد بررسی کارهای مقدماتی مواد ۳۶ و ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری و مواد مربوطه، اساسنامه دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی بسیار مهم است، زیرا دقیقاً در این زمینه است که شاید بتوان قطعی‌ترین استدلال را در حمایت از تفسیر قواعد عرفی یافت. ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، منابع حقوق بین‌الملل را برمی‌شمارد، بنابراین به نظر می‌رسد این ماده بهترین موقعیت برای شروع بررسی امکان تفسیر قواعد عرفی باشد. با این حال، موضوع تفسیر در چارچوب ماده ۳۸ نه در کارهای مقدماتی اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری و نه در اساسنامه دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی مطرح نشده است. انتخاب بعدی، بند ۲ ماده ۳۶ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری است که می‌گوید:

... صلاحیت دیوان در مورد کلیه اختلافات حقوقی مربوط به: الف- تفسیر یک معاهده؛ ب- هر مسئله مربوط به حقوق بین‌الملل؛ ...

نگاه دقیق‌تر به عبارت ماده ۳۶، اختلاف بین بند ۲ (الف) و بند ۲ (ب) را نشان می‌دهد. اولی به «تفسیر یک معاهده» اشاره دارد، در حالی که دومی به «هر مسئله مربوط به حقوق بین‌الملل» اشاره دارد. این منطقی است که فرض کنیم اولی به حقوق کنوانسیون، در حالی که دومی به حقوق بین‌الملل عرفی اشاره دارد. بنابراین پرسشی که باید به آن پرداخته شود این است که دلیل این عبارت متفاوت چه بوده است و آیا باید آن را نفی امکان تفسیر قواعد عرفی تلقی کرد.

۱. هدایت الله فلسفی، سیر عقل در منظومه حقوق بین‌الملل (تهران: نشر نو، ۱۳۹۶) ص ۵۱۸.

بحث در مورد اینکه چه چیزی در ماده ۳۶ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری درج شود در طول کنفرانس سانفرانسیسکو به کمیته IV/1 واگذار شد.^۱ از آنجایی که ماده مربوطه از اساسنامه دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی کلمه به کلمه تصویب شد، کار مقدماتی اساسنامه دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی باید مورد بررسی قرار گیرد. ماده ۳۶ اساسنامه دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی به شرح زیر است:

... صلاحیت دیوان در مورد تمام یا هر یک از دسته اختلافات حقوقی مربوط به: الف- تفسیر یک معاهده؛ ب- هر مسئله مربوط به حقوق بین‌الملل؛ ...^۲

این ماده بر اساس پیش‌نویسی بود که توسط لرد فیلمور تهیه شده بود. در طول بحث در مورد تهیه ماده ۳۶ اساسنامه دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی و در پاسخ به پیش‌نویس اصلی لرد فیلمور و پیش‌نویس بعدی توسط بارون دکامپس، آقای ریچی بوساتی اصلاحیه زیر را ارائه کرد:

دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی صلاحیت رسیدگی به اختلافات بین دولت‌ها در مورد قضیه‌هایی با ماهیت حقوقی که به موارد زیر مربوط می‌شود را دارد: الف- تفسیر یا اجرای یک معاهده؛ ب- تفسیر یا اجرای یک قاعده عام حقوق بین‌الملل ...^۳

اهمیت اصلاحیه آقای ریچی بوساتی از این جهت است که نه تنها مفهوم «تفسیر حقوق بین‌الملل عرفی» را صریحاً پذیرفت، بلکه می‌خواست آن را در ماده ۳۶ که صلاحیت دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی را تعریف می‌کند، قرار دهد. آقای ریچی بوساتی در توضیح اصلاحیه خود گفت که او این عبارت را پیشنهاد کرد زیرا احساس می‌کرد که متن اصلی

1. United Nations, *Documents of the United Nations Conference on International Organization (UNCIO)*, San Francisco, 1945: Vol. XIII (London: United Nations Information Organizations, 1945-55) at 560.

2. PCIJ Statute, 1920.

3. Procès Verbaux of the Meetings of the Advisory Committee of Jurists: 16 June – 24 July 1920 with Annexes (The Hague: Van Langenhuisen, 1920) at 275.

معیوب است و باید اصلاح شود.^۱ در پاسخ به آن، لرد فیلیمور و رئیس کمیته مشورتی در جلسه دوازدهم، ۱ ژوئیه ۱۹۲۰ اظهار داشتند که احساس می‌کنند لازم است از عبارت ماده ۱۳ میثاق جامعه ملل پیروی کنند.^۲

ماده ۱۳ میثاق به شرح زیر است:

۲... اختلافات در مورد تفسیر یک معاهده، در مورد هر مسئله مربوط به حقوق بین‌الملل ... از جمله مواردی هستند که عموماً برای ارائه به داوری مناسب هستند.^۳

در نتیجه، هم لرد فیلیمور و هم رئیس کمیته مشورتی حقوقدانان در مورد اعتبار محتوای اصلاحیه آقای ریچی بوساتی اظهار نظری نکردند. دغدغه اصلی آنها این بود که به سادگی از یک عبارت موجود پیروی کنند. این امر با این واقعیت تقویت می‌شود که در مرحله بعد دوباره بحث‌هایی در مورد موضوع عبارت بند ۲ (ب) صورت گرفت. این بار در سیزدهمین جلسه ۱ ژوئیه ۱۹۲۰، رئیس و لرد فیلیمور توافق کردند که اصلاحات بر قلب مسئله تأثیر نمی‌گذارد، بلکه بیشتر به تهیه پیش‌نویس مربوط می‌شود.^۴ از این نظر، آنها اساساً موافقت کردند که اصل اصلاحیه پیشنهادی توسط آقای ریچی بوساتی درست است، یعنی یک هنجار حقوق عرفی می‌تواند تفسیر شود و دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی می‌تواند چنین تفسیری را ارائه دهد. با این حال علی‌رغم موافقت با اصل اصلاحیه آقای ریچی بوساتی، آنها احساس می‌کردند که عبارت اصلی «هر مسئله مربوط به حقوق بین‌الملل» باید حفظ شود، نه به دلیل صحت یا برتری آن نسبت به پیشنهاد آقای ریچی بوساتی، بلکه فقط به این دلیل که باید توجه کرد که بخش مهم این عبارت یعنی «هر مسئله مربوط به حقوق بین‌الملل» در کنفرانس‌های ۱۸۹۹ و ۱۹۰۷ مطرح شده است و مدارک

1. Ibid., at 265.

2. Ibid., at 264-5.

3. Article 13 of the Covenant of the League of Nations, 1919.

4. Procés Verbaux, Ibid. at 283.

قطعی قبلی باید تا حد امکان رعایت شود و نباید فراموش کرد که عبارت مورد استفاده در ماده ۱۳ میثاق آمده است.^۱

در چارچوب اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی هم می‌توان به دنبال تصدیق قابل تفسیر بودن حقوق بین‌الملل عرفی بود. به عنوان مثال، ماده ۲۱ اساسنامه رم^۲ که قواعد قابل اجرا توسط دیوان کیفری بین‌المللی را تعیین می‌کند، هیچ تمایزی بین منابع مختلف حقوق (معاهدات، عرف و اصول کلی) قائل نیست. در واقع بند ۲ ماده ۲۱ به وضوح بیان می‌کند که «دیوان می‌تواند اصول و قواعد حقوقی را همانطور که در تصمیمات قبلی خود تفسیر شده است، اعمال کند». بند ۳ ماده ۲۱ مبتنی بر همین رویکرد صرفاً به اعمال و تفسیر حقوق بر اساس این ماده، بدون یافتن دلیلی دال بر این که انواع خاصی از قواعد قابل تفسیر نیستند و باید به گونه‌ای متفاوت با آنها برخورد کرد، اشاره می‌کند. دیوان کیفری بین‌المللی نیز از این خط استدلال پیروی کرده است و به اصول و قواعدی اشاره می‌کند که در احکام قبلی دیوان کیفری بین‌المللی تفسیر شده است.^۳

۵-۱. رویه قضایی بین‌المللی

سؤالی که به طور اجتناب‌ناپذیر مطرح می‌شود این است که اگر تفسیر حقوق عرفی بین‌الملل امکان‌پذیر است و در نتیجه توسط دادگاه‌های بین‌المللی اعمال شده است، بدون شک باید در دکتترین به طور گسترده مورد تحلیل قرار می‌گرفت. از آنجایی که چنین تحلیل گسترده‌ای رخ نداده است، به نظر می‌رسد دلالت بر این دارد که دادگاه‌ها صرف نظر از اعتبار منطقی آن، به این شکل از تفسیر تن نداده‌اند. همانطور که در زیر نشان داده خواهد شد، این نمی‌تواند حقیقت داشته باشد.

از آنجا که تحلیل گسترده تمام رویه قضایی حاوی اشاراتی به تفسیر حقوق بین‌الملل عرفی امکان‌پذیر نخواهد بود، تجزیه و تحلیل ما بر قضایای برجسته تمرکز خواهد کرد.

1. Ibid.

2. Rome Statute of the International Criminal Court, (1998).

3. Prosecutor V Jean-Pierre Bemba Gombo (Pre-Trial Chamber III, Fourth Decision on Victims' Participation) ICC-01/05-01/08-320 (12 December 2006).

اگر بتوان تفسیر حقوق عرفی را در این قضایا اثبات کرد، منطقی است که فرض شود برای بقیه رویه قضایی نیز می‌توان با اعمال تغییرات استنباط کرد.

در قضیه نیکاراگوئه، دیوان بین‌المللی دادگستری بیان داشت: «قواعدی که در حقوق معاهدات و در حقوق بین‌الملل عرفی یکسان هستند با استناد به روش‌های تفسیر و اجرا نیز قابل تشخیص هستند.»^۱ بنابراین دیوان به وضوح این واقعیت را پذیرفت قواعدی وجود دارد که فرآیند تفسیر حقوق بین‌الملل عرفی را هدایت می‌کنند، اگرچه این قواعد به دلیل ماهیت حقوق بین‌الملل عرفی، با معاهدات متفاوت خواهند بود.^۲

در قضایای فلات قاره دریای شمال، قاضی تاناکا نه تنها به صراحت تفسیر حقوق بین‌الملل عرفی را به‌عنوان یک واقعیت پذیرفت، بلکه روش‌های انجام آن را نیز مشخص کرد: «حقوق عرفی در مقایسه با حقوق نوشته مبهم و حاوی خلأهایی است که مستلزم دقت و تکمیل محتوای آن است. این وظیفه، که به لحاظ ماهیت تفسیر است، بر عهده دیوان خواهد بود. روش تفسیر منطقی و غائی را می‌توان در مورد حقوق عرفی مانند حقوق مکتوب به کار برد.»^۳

آنچه اهمیت این اظهار جنبی قاضی را افزایش می‌دهد این است که در قضیه‌ای مطرح شده است که از آن معمولاً به‌عنوان مشخص‌کننده فرآیند ایجاد و شناسایی حقوق بین‌الملل عرفی یاد می‌شود. لذا این قضیه برای پی‌ریزی پایه‌های درک ما از فرآیند تفسیر حقوق بین‌الملل عرفی نیز مهم است. قضایای فلات قاره دریای شمال نمونه‌ای از خط طولانی حقوق قضایای مربوط به دریا است که حقوق بین‌الملل عرفی را تفسیر می‌کند.

در قضیه خلیج مین، دیوان معتقد بود: «در حقوق بین‌الملل عرفی نباید به دنبال مجموعه‌ای از قواعد تفصیلی بود ... بنابراین جستجو در حقوق بین‌الملل عام برای ارائه مجموعه‌ای آماده از قواعد که می‌تواند برای حل هرگونه مشکل تحدید حدودی که پیش

1. Nicaragua Case, op.cit., para. 178.

2. P Merkouris, "Interpreting the Customary Rules of Interpretation", op.cit., at 126-155.

3. North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany V Denmark; Federal Republic of Germany v Netherlands), Dissenting Opinion of Judge Tanaka, ICJ Reports, (1969), at 181.

می‌آید مورد استفاده قرار گیرد بی‌فایده است. یک روش مفیدتر این است که به دنبال فرمول‌بندی بهتری از هنجار اساسی باشید.^۱ فرمول‌بندی بهتر چیزی جز تفسیر نیست. در قضیه ماهیگیری، قاضی هسو مو بیان کرد: عبارت «منطبق با جهت کلی ساحل» ... نباید بیش از حد آزادانه تفسیر شود ... باید در پرتو شرایط محلی در هر بخش تفسیر شود.^۲ در قضیه فلات قاره بین تونس و لیبی، دیوان چنین نظر داد: «با این حال، قضیه حاضر نشان می‌دهد که چگونه اعمال اصول و قواعد اعلام شده و عوامل ذکر شده توسط دیوان در سال ۱۹۶۹ ممکن است بر اساس نحوه تفسیر و اعمال آن اصول و قواعد و وزن نسبی که به هر یک از آن عوامل در تعیین روش تحدید حدود داده می‌شود، به نتایج بسیار متفاوتی منجر شود.»^۳

از آنجایی که دیوان معتقد است که موظف به تصمیم‌گیری در مورد قضیه بر اساس اصول منصفانه است، ابتدا باید بررسی کند که چنین اصولی شامل چه مواردی می‌شوند ... اصطلاح «اصول منصفانه» را نمی‌توان به طور انتزاعی تفسیر کرد. این به اصول و قواعدی اشاره دارد که ممکن است برای دستیابی به یک نتیجه منصفانه مناسب باشد.^۴ در تمام این قضایای دریایی، دیوان یا قضاوت به طور صریح یا از طریق استدلال قضایی خود به تفسیر حقوق بین‌الملل عرفی اذعان کرده و از آن استفاده کردند. همین‌الگو در یکی دیگر از قضایای شناخته شده دیوان بین‌المللی دادگستری یعنی نظر مشورتی در مورد استفاده از سلاح هسته‌ای اتخاذ شد. در آن قضیه، بند ۲ (e) بخش اجرایی حکم، بحث آتشینی را در میان قضاوت برانگیخت و نشان داد که آنها نیز به تبعیت از رویه قضایی قبلی، به تفسیر حقوق بین‌الملل عرفی ادامه می‌دهند. بر اساس بند ۲ (e): از ترتیبات فوق نتیجه می‌گیرد که تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای عموماً مغایر با قواعد حقوق مخاصمات مسلحانه و بویژه اصول و قواعد حقوق بشردوستانه است. با این حال دیوان در پرتو وضعیت

1. Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v. United States of America) (Judgment), ICJ Reports, 1984, para. 111.
2. Fisheries Case (United Kingdom v. Norway) (Judgment), Separate Opinion of Judge Hsu Mo, ICJ Reports, 1951, at 154-5.
3. Case Concerning the Continental Shelf (Tunisia V. Libyan Arab Jamahiriya) (Judgment), ICJ Reports, 1982, para. 38.
4. Ibid. para. 70.

فعلی حقوق بین‌الملل و عناصر عینی در اختیار خود نمی‌تواند به صورت قطع و یقین نتیجه بگیرد که آیا تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای در شرایط حاد دفاع مشروع که در آن بقای یک کشور در معرض خطر است قانونی است یا غیر قانونی؟^۱

قاضی رانجوا در نظر جداگانه خود می‌پذیرد که حقوق مخصصات مسلحانه که حداقل در قسمت مربوط به این قضیه حقوق بین‌الملل عرفی است، قابل تفسیر می‌باشد و همچنین می‌توان قاعده دفاع مشروع (به‌عنوان یک قاعده توسل به زور) را به‌عنوان قاعده برتر بر حقوق بشردوستانه تفسیر کرد. در نهایت او همچنین ایراد به ماهیت عرفی استثنای «شرایط حاد دفاع مشروع، که در آن بقای یک کشور در خطر است» را مطرح می‌کند. او در حکم دیوان هیچ اشاره‌ای به رویه و اعتقاد حقوقی که از چنین استثنایی حمایت کند، را پیدا نمی‌کند. استنباط منطقی از این مسئله این است که با تفسیری از دفاع مشروع به‌عنوان حقوق عرفی است یا اینکه دیوان خارج از حدود اختیارات، قدرت قانونگذاری دارد که به وضوح ندارد. اما حتی اگر آن تفسیر باشد، قاضی رانجوا نتیجه می‌گیرد که تفسیری غیرمنطقی و محل وحدت حقوق است: تمایز پیشنهاد شده توسط دیوان مطمئناً اعمالش دشوار خواهد بود و در نهایت فقط مشکلی که قبلاً طرحش در حقوق دشوار بود را پیچیده‌تر می‌کند.^۲

به همین ترتیب قاضی شهاب الدین از تفسیر حقوق بین‌الملل عرفی استفاده می‌کند. اصل محدود کردن حق انتخاب ابزار جنگی پابرجاست. با وجود برداشت عدم استفاده، قابلیت کارکرد دارد. از چه طریقی؟ این اصل ممکن است این گونه تفسیر شود که قصد بر این بوده است که حق انتخاب برخی از سلاح‌ها منتفی شود.^۳

نکته جالبی که قاضی شهاب الدین مطرح می‌کند این است که دیوان مجبور نیست در هر موردی یک هنجار عرفی را شناسایی کند. وجود آن قبلاً ثابت شده و عموماً پذیرفته شده است. آنچه در اینجا مطرح است، مسئله اعمال این اصل است:

1. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Reports, 1996.

2. Ibid., Separate Opinion of Judge Ranjeva, at 299- 301.

3. Ibid., Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, at 398.

یک شروع مفید این است که توجه داشته باشیم آنچه مورد بحث است، وجود اصل نیست، بلکه اعمال آن در یک قضیه خاص است. اعمال آن مستلزم اثبات وجود یک اعتقاد حقوقی که استفاده از سلاح خاص را ممنوع می‌کند، نیست.^۱

نتیجه این که اعمال بدون تفسیر هنجار ممکن نیست. اما این اصل چگونه می‌تواند در صورت عدم وجود یک معیار بیان شده اعمال شود؟ اگر این اصل بتواند استفاده از برخی ابزارهای جنگی را ممنوع کند، لزوماً بیانگر این است که معیاری وجود دارد که بر اساس آن می‌توان تعیین کرد که آیا یک وسیله خاص ممنوع است یا خیر؟ آن معیار چه می‌تواند باشد؟ همانطور که به نظر می‌رسد توسط دیوان به رسمیت شناخته شده است، ملاحظات بشردوستانه در تفسیر حقوق مخاصمات مسلحانه قابل پذیرش است.^۲

به نظر می‌رسد جهت کلی این نقل قول توسط قاضی شهاب الدین منعکس کننده بحث در مورد تفاوت بین مفاهیم «تفسیر» و «اجرا» و این درک کلی است که صرف نظر از میزان همبستگی بین این دو مفهوم، تفسیر منطقاً مقدم بر اجرا است.

قاضی هیگینز نیز به نوبه خود به تفاسیر مختلف از اصل تمایز که توسط دانشگاهیان مختلف ترویج می‌شود اشاره می‌کند.^۳

مجموعه آخر از قضایا مواردی است که به حقوق سرمایه‌گذاری مربوط می‌شود. آنچه در راس اکثر قضایای حقوق سرمایه‌گذاری قرار دارد، قاعده عرفی «رفتار منصفانه و عادلانه» است. در قضیه *موندف*، محکمه اکسید هیچ ابایی نداشت که بگوید به دنبال رویه و اعتقاد حقوقی نیست. آنچه به دنبال آن بود یافتن محتوای هنجار عرفی مبهم موجود بود: «بنابراین مسئله عدم ارائه اعتقاد حقوقی یا جمع‌آوری شواهد کافی برای اثبات آن نیست. بلکه پرسش اصلی این است: محتوای حقوق بین‌الملل عرفی که «رفتار منصفانه و عادلانه» و «حمایت و امنیت کامل» را در معاهدات سرمایه‌گذاری مقرر می‌کند، چیست؟»^۴ در

1. Ibid., Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, at 398.

2. Ibid., at 398-9.

3. Ibid., Dissenting Opinion of Judge Higgins, at 588.

4. *Mondev International Ltd. V. United States of America*, Award of 11 October 2002, ICSIDARB(AF)/99/2, para. 113.

نتیجه اگر محکمه به دنبال دو عنصر سازنده هنجار عرفی نباشد و هدفش شناسایی محتوای هنجار نباشد، تنها راه دیگر برای آشکار کردن محتوا از طریق تفسیر است. در قضیه *الکس جنین*، محکمه اکسید تصدیق کرد که اصطلاح «رفتار منصفانه و عادلانه»:

بر اساس حقوق بین‌الملل ... عموماً به معنای «ارائه استاندارد اساسی و عمومی است که از حقوق داخلی کشور میزبان متمایز است». در حالی که محتوای دقیق استاندارد مشخص نیست، محکمه می‌داند که این رفتار نیازمند «استاندارد حداقل بین‌المللی جدا از حقوق داخلی است، اما در واقع آن حداقل استاندارد است»^۱. بنابراین، اگرچه محتوای دقیق آن مشخص نبود، اما محکمه برای قضاوت باید آن را تعریف می‌کرد و تفسیر خود را از آن استاندارد ترویج می‌داد. همه موارد فوق در حوزه‌های مختلف حقوق بین‌الملل با قطعیت نشان می‌دهند که نه تنها تفسیر قواعد عرفی امکان‌پذیر است، بلکه دیوان‌ها و دادگاه‌های بین‌المللی آن را به‌طور پیوسته در سراسر رویه قضایی خود اعمال کرده‌اند.

۲. استدلال دوم: شناسایی به‌عنوان تبیین قاعده عرفی

بر خلاف معاهدات، قاعده حقوق بین‌الملل عرفی جنبه تکوینی داشته و در فرایندی مبرای از فورمالیسم حقوقی پای به عرصه وجود می‌نهد.^۲ همانطور که در قضایای فلات قاره دریای شمال بیان شده است و به‌طور مداوم در رویه قضایی بین‌المللی تأیید شده است، وجود آن از طریق بررسی دو عنصر، رویه دولتی و اعتقاد حقوقی مشخص می‌شود. این فرآیند، که از نمونه‌های خاصی به شناسایی یک قاعده کلی‌تر می‌رسد، یک فرآیند استقرایی است.^۳ برخاسته از تمرکز بر رویکرد دو عنصری، استدلالی که اغلب علیه تفسیرپذیری حقوق بین‌الملل عرفی مطرح می‌شود این است که «محتوا با وجود ادغام

1. Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil Genin V. Republic of Estonia, Award of 25 June 2001, ICSID ARB/99/2, para. 367.

۲. شهرام زر نشان، شکل‌گیری و شناسایی حقوق بین‌الملل عرفی (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۳) ص ۱۱.

3. P Merkouris, "Interpreting the Customary Rules of Interpretation", op.cit., at 135.

می‌شود»، یعنی شناسایی حقوق بین‌الملل عرفی از طریق کاربرد دقیق رویکرد دو عنصری به خودی خود جنبه تعیین‌کننده محتوایی تفسیر را برآورده می‌کند و بنابراین نیازی به تفسیر نیست.^۱

تدوین اخیر کمیسیون حقوق بین‌الملل در رابطه با شناسایی قواعد عرفی نیز به نظر این استدلال را تقویت می‌کند. در واقع کمیسیون با اشاره به اینکه تعیین وجود یک قاعده عرفی و محتوای آن، فرآیندهای همزمان خواهد بود؛ به نظر می‌رسد به‌طور مستقل به موضوع تعیین محتوای حقوق بین‌الملل عرفی و همچنین به موضوع جالب تفسیر آن نپرداخته است. یعنی اینکه آیا یک قاعده نانوشته عرفی را می‌توان پس از شناسایی تفسیر کرد؟ در این قسمت در پی رد این استدلال خواهیم بود.

۱-۲. قواعد عرفی متمایز از عناصر عرف

در آغاز برای رد این استدلال، باید بین قواعد عرفی و عناصر عرف تمایز قائل شد. طبق ماده ۳۸ (۱) (ب) اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری و رویه قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری^۲، عرف بین‌المللی از دو عنصر تشکیل شده است: رویه دولتی و اعتقاد حقوقی. با این حال باید بین عرف به‌عنوان فرآیند و قاعده عرفی به‌عنوان محصول این فرآیند تمایز قائل شد. یعنی عرف همچنین نام هنجار حقوقی است که از رویه عمومی پذیرفته شده به‌عنوان قانون ناشی می‌شود. تأکید بر این معنا از عرف ضروری است، زیرا برخی از علمای حقوق با تقلیل عرف به عناصر تشکیل‌دهنده آن با امکان تفسیر قواعد عرفی مخالفت می‌کنند. برای مثال، باس تفسیر قواعد عرفی را رد می‌کند، بر این اساس که محتوای عرف همزمان با وجود آن تعیین می‌شود.^۳ اما این استدلال تنها در صورتی صادق است که عرف با عناصر آن یکسان باشد. در صورتی که این چنین نیست. کمیسیون حقوق بین‌الملل در یافته‌های خود در مورد شناسایی عرف بین‌المللی به‌طور ضمنی از تقسیم بین عناصر تشکیل

1. M Bos, *A Methodology of International Law* (Netherlands: Elsevier, 1984), at 109.

2. North Sea Continental Shelf cases; see also SS 'Lotus' (France v Turkey) (Judgment), PCIJ, 1927, Series A 10, 28; Asylum Case (Colombia v Peru) (Counter-claims), ICJ Reports, 1950, at 276-77.

3. M Bos, *op.cit.*, at 108.

دهنده عرف و قواعد عرفی حمایت کرده است، زمانی که عرف بین‌المللی را به‌عنوان «قاعده نانوشته ناشی از رویه پذیرفته شده به‌عنوان قانون» تعریف می‌کند. این بدان معناست که عرف (خود قاعده) معادل رویه دولتی نیست، زیرا فعل مشتق شدن به معنای به‌دست آوردن چیزی از چیز دیگری است، اگر بین دو چیز یگانگی وجود داشته باشد، نمی‌توان چیزی را از خودش مشتق کرد. آنچه به‌طور منطقی در پی می‌آید، عدم وجود یگانگی بین قاعده نانوشته حقوق عرفی و عناصر آن (رویه دولتی و اعتقاد حقوقی) است.^۱

در پژوهش‌های حقوقی نیز محققان تأثیر‌گذاری مانند دو ویشر و سور که تفسیر را در تمام چرخه حیات حقوق بین‌الملل عرفی مورد توجه قرار می‌دهند، به صراحت در مورد «تفسیر قاعده» صحبت کرده‌اند. در همین راستا کلسن در بحث خود از عرف به‌عنوان منبع حقوق اظهار داشته که «چنین است ماهیت آن حقایق خاصی که مجموعاً وجود عرف را تشکیل می‌دهند، قاعده عام را ایجاد می‌کنند».^۲ ناگفته نماند که احکام دادگاه‌های بین‌المللی اغلب به قواعد عرفی اشاره می‌کنند، بنابراین تمایز بین هنجارهای عرفی و رویه دولتی و اعتقاد حقوقی را تأیید می‌کنند.^۳

می‌توان استدلال کرد که عناصر عرف ظرف هستند، در حالی که هنجارهای عرفی محتوا هستند، مشابه تمایز در حقوق معاهده بین معاهده به‌عنوان ابزار و هنجارهای مندرج در معاهده.

۲-۲. روش‌های شناسایی قواعد حقوق بین‌الملل عرفی

توافق گسترده‌ای وجود دارد که قاعده حقوق بین‌الملل عرفی با استقرا مشخص می‌شود.^۴ اگر استقرا تنها روش برای احراز قواعد حقوق بین‌الملل عرفی باشد، هر زمان که روش استقرایی عملاً غیرممکن باشد (و قواعد معاهده یا اصول کلی نیز غیرقابل اجرا باشند)

1. M Fortuna, op.cit., 401.

2. H Kelsen, *General Theory of Law and State*, Translated by A Wedberg (New Jersey: The Lawbook Exchange, 2007) at 35.

3. North Sea Continental Shelf, para 60, 62, 74, 76; Jurisdictional Immunities of the State (Germany v Italy) (Judgment), ICJ Reports, 2012, para 52, 93.

4. S Talmon, "Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion", *EJIL*, Vol. 26, No. 2, (2015), at 422.

دیوان باید اعلام کند با فقدان قاعده روبرو است. با این حال همانطور که قاضی هیگینز اشاره کرد، «یک اصل مهم و ثابت شده است که مفهوم فقدان قاعده ... بخشی از رویه قضایی دیوان نیست».^۱ به نظر می‌رسد دیوان به منظور اجتناب از اعلام فقدان قاعده به استدلال استنتاجی متوسل می‌شود. این نوع نحوه تعیین قاعده اصطلاحاً استنتاج هنجاری نامیده می‌شود. قواعد جدید با استدلال استنتاجی از قواعد و اصول موجود حقوق بین‌الملل عرفی استنتاج می‌شوند.^۲

در پرونده خلیج مین، شعبه دیوان روش‌های عملی برای تعیین حدود یک مرز دریایی را از قواعد حقوق بین‌الملل خاص استنباط کرد.^۳ قواعد جدید همچنین ممکن است از اصول بدیهی مانند حاکمیت، برابری حاکمیت یا حاکمیت سرزمینی استنتاج شوند. برای مثال در قضیه مصونیت قضایی دولت، دیوان «قاعده مصونیت دولت را ... از اصل برابری حاکمیتی کشورها» استنباط کرد.^۴ علاوه بر این، دیوان قواعد جدیدی را از اصول حقوق عرفی ماهوی استنباط کرده است. اصولی مانند «زمین بر دریا مسلط است»^۵ یا «اختیارات ضمنی سازمان‌های بین‌المللی».^۶

در پرونده‌های فلات قاره دریای شمال، دیوان از اصول حقوق بین‌الملل عرفی موجود استنباط کرد که تحدید حدود فلات قاره باید موضوع توافق بین دولت‌های مربوطه باشد و این توافق باید مطابق با اصول منصفانه و قواعد حقوقی واقعی ... الزام‌آور برای دولت‌ها برای همه تحدید حدودها بدست آید.^۷

در پرونده کانال کورفو، دیوان تعهد یک کشور ساحلی را در زمان صلح برای هشدار دادن به کشتی‌ها در مورد وجود میدان مین در دریای سرزمینی خود از اصول کلی و شناخته

1. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Dissenting Opinion of Judge Higgins, at 591, para 36.

2. S Talmon, op.cit., at 423.

3. Delimitation of the Maritime Boundary, op.cit., at 300, para. 114

4. Jurisdictional Immunities of the State, op.cit., at 123, para. 57.

5. Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine), ICJ Reports, 2009, at 96, para 99.

6. Reparation of Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, ICJ Reports, 1949, at 182-183.

7. North Sea Continental Shelf, op.cit., at 46-47, para. 85.

شده زیر استنباط کرد: ملاحظات اولیه بشریت، اصل آزادی ارتباطات دریایی و تعهد هر کشوری مبنی بر عدم اجازه آگاهانه استفاده از سرزمینش برای اعمال خلاف حقوق سایر کشورها.^۱

رویکرد استنتاجی توسط هر دو دیوان کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق و رواندا برای تعیین و تبیین حقوق بین‌الملل عرفی جدید بشردوستانه مورد استفاده قرار گرفته است.^۲

نکته قابل توجه این که قواعدی که از طریق استنتاج به دست می‌آیند به هیچ وجه توسط دیوان ایجاد نمی‌شوند. مانند اختیارات ضمنی یا شرایط ضمنی (قرارداد)، قواعد ضمنی وجود دارد، یعنی قواعدی که قبلاً در قواعد یا اصول موجود مندرج است و ممکن است با استدلال استنتاجی به دست آید. این قواعد ضمنی ممکن است به‌عنوان پیامدهای مستقیم و اجتناب‌ناپذیر قواعد موجود در نظر گرفته شوند.^۳ بنابراین روش استنتاجی با اصل رضایت در حقوق بین‌الملل نیز سازگار است. قواعد ضمنی مشمول رضایت دولت‌ها نسبت به قواعد یا اصول موجودی که از آنها استنباط می‌شوند، قرار می‌گیرند. در این معنا، استنتاج عبارت است از استنباط منطقی منسجم از مجموعه تثبیت شده حقوق بین‌الملل عرفی.^۴

۲-۳. تمایز شناسایی قاعده عرفی از تفسیر

در واقع خلط بین این دو مفهوم، ریشه بسیاری از سوء تفاهم‌ها و اختلافات اساسی است. هر دو فرآیند شناسایی و تفسیر موضوع آیین‌سازی توسط حقوق بین‌الملل بوده است. کنوانسیون حقوق معاهدات را می‌توان به‌عنوان نمونه‌ای از این تلاش برای ترسیم تکنیک‌های تفسیر دانست. از سوی دیگر در خصوص شناسایی، کار اخیر کمیسیون حقوق

1. Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania), Judgment, ICJ Reports, 1949, at 22.

۲. عباس برزگرزاده، «تحولات رویکرد دو عنصری حقوق عرفی در نظریه و رویه قضایی بین‌المللی»، فصلنامه تعالی حقوق، دوره جدید، شماره ۲۰، (۱۳۹۶)، ص ۹۳.

3. North Sea Continental Shelf, Dissenting Opinion of Judge Koretsky, op.cit., at 158.

4. S Talmon, op.cit., at 441.

بین‌الملل در مورد شناسایی حقوق بین‌الملل عرفی را می‌توان تجسم چنین تلاشی برای آیین‌سازی روش‌های تشخیص حقوق عرفی در نظر گرفت. دوگانگی پیشنهادی حاکی از یک اختلاف عملی بین تفسیر و شناسایی است که هر یک از این فرآیندها یک عملیات خاص را انجام می‌دهند. اولی به دنبال تبیین معنای قواعد با هدف تعیین معیار رفتار و از این رو دامنه قاعده است. دومی قصد دارد تعیین کند که چگونه یک قاعده، بخشی از نظم حقوقی بین‌المللی است.^۱

تا آنجا که به حقوق معاهدات مربوط می‌شود، تفسیر و شناسایی دو فرآیند کاملاً مجزا هستند. در عوض وقتی با قواعد نانوشته سروکار داریم به‌ویژه با قواعد عرفی، این تمایز چندان مشهود به نظر نمی‌رسد. به گفته مخالفان تفسیر قواعد عرفی، در عمل ممکن است این دو همزمان اجرا شوند. به عبارت دیگر شناسایی حقوق بین‌الملل عرفی هم فرآیندی برای تشخیص قاعده و هم فرآیندی برای تعیین محتوا است.^۲ شناسایی با بررسی شواهدی از رویه دولتی و اعتقاد حقوقی، به دنبال این است که مشخص کند آیا یک قاعده عرفی وجود دارد و محتوای آن چیست؟ همانند شناسایی، تفسیر حقوق بین‌الملل عرفی نیز فرآیندی برای تعیین محتوا است.^۳ پرسش این است که آیا شناسایی نوعی تفسیر است و دوم اینکه تعیین محتوای قاعده عرفی در هنگام شناسایی برای زمان اجرای قاعده هم کفایت می‌کند؟

اطلاق عملی که در مرحله شناسایی یک قاعده عرفی اتفاق می‌افتد به‌عنوان تفسیر بسیار رایج است. این ممکن است منجر به این نتیجه اشتباه شود که تفسیر حقوق بین‌الملل عرفی چیز جدیدی نیست و قبلاً به‌طور گسترده مورد بحث قرار گرفته است. دلیل این تصور نادرست این است که کلمه تفسیر اغلب برای توصیف ارزیابی رویه دولتی استفاده

1. R Di Marco, Customary International Law: Identification versus Interpretation, in *The Theory, Practice, and Interpretation of Customary International Law*, op.cit., at 422.

2. P Merkouris, "Interpreting the Customary Rules of Interpretation", op.cit., at 134-7.

3. M Fortuna, op.cit., at 404.

می‌شود.^۱ به اعتقاد برخی، اصطلاح تفسیر در چهار وضعیت استفاده می‌شود: برای توصیف پیوستگی رویه دولتی و اعتقاد حقوقی؛ اشاره به فرآیند ارزیابی انبوه رویه دولتی و اعتقاد حقوقی؛ استنتاج قاعده عرفی مربوطه از انبوه رویه دولتی یا تحلیل نمونه‌ای از عملکرد دولتی و انگیزه پشت آن.^۲ برای مثال تفسیر در وضعیت‌هایی که رویه دولتی و اعتقاد حقوقی متناقض وجود دارد ضروری تلقی می‌شود. چنین مشکلی زمانی رخ می‌دهد که به‌طور همزمان نمونه‌هایی از رویه دولتی وجود داشته باشد که از این واقعیت حمایت می‌کند که یک قاعده عرفی پدید آمده است و نمونه‌های متقاعدکننده‌ای از رفتار متضاد از طرف دیگر دولت‌ها وجود دارد. مثالی که در این معنا ارائه می‌شود، ممنوعیت شکنجه است. از یک سو برخی از دولت‌ها دست به اعمال شکنجه نمی‌زنند، در حالی که از سوی دیگر، نمونه‌هایی از دولت‌ها وجود دارد که افراد را شکنجه می‌کنند و بدون اعتراض دولت‌های ثالث این کار را انجام می‌دهند. در چنین موردی، استدلال می‌گوید، دو تفسیر احتمالی از رویه دولتی وجود دارد: (۱) شکنجه مجاز است و (۲) شکنجه ممنوع است.^۳ از نظر کیفی این نوع تفسیر با تفسیر قواعد عرفی متفاوت است. اولاً، آنها از جهت هدف متفاوت هستند، زیرا به عناصر عرف مربوط می‌شوند، در مقابل خود قاعده عرفی. ثانیاً، همه آنها به چیزی می‌پردازند که هنوز قاعده نیست و بنابراین، کاملاً در مفهوم تفسیر حقوقی قرار نمی‌گیرند. در خصوص مثال فوق، تفسیر در توصیف رویه دولتی و اعتقاد حقوقی نوعی ارزیابی ادراکی است و بر بعد شناختی (فهم) در مقابل تفسیر حقوقی تمرکز دارد.^۴ لذا تفسیر رویه دولتی، تفسیری به معنای دقیق حقوقی نیست. کاری که قضات انجام می‌دهند تفسیر رویه دولت نیست؛ آنها آن را ارزیابی و به منظور تعیین وجود یا عدم وجود

1. F Schauer, "Pitfalls in the Interpretation of Customary Law", in A. Perreau-Saussine and J.B. Murphy (eds.), *The Nature of Customary Law* (New York: Cambridge University Press, 2007) at 13-34.

2. O C Tassinis, "Customary International Law: Interpretation from Beginning to End", *EJIL*, Vol. 31, No. 1, (2020), at 241-244.

3. A Roberts, "Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation", *AJIL*, Vol. 95, No. 4, (2001), at 781.

4. M Fortuna, *op.cit.*, at 406.

حقوق بین‌الملل عرفی، شدت آن را بررسی می‌کنند. برعکس، تفسیر حقوق بین‌الملل عرفی، مستلزم یک قاعده حقوق بین‌الملل عرفی از قبل موجود است.^۱ مسئله بعد، تفسیر قاعده در مرحله اجرا است. حتی یک قاعده مکتوب، اگرچه ممکن است ظاهراً محتوای روشنی داشته باشد، لحظه اجرای قاعده نیازمند تفسیر است. همین عملیات در رابطه با قواعد عرفی نیز صورت می‌گیرد. قواعد عرفی نیز در واقع پس از شناسایی، محتوای کم و بیش واضحی دارند. پس از آن در لحظه اعمال در یک وضعیت خاص، این محتوا نیاز به تفسیر دارد تا دقیقاً دامنه قاعده درک شود. به عبارت دیگر از آنجایی که همه قواعد، مکتوب یا نانوشته، علی‌رغم داشتن یک هسته معنای ثابت، سایه روشنی از عدم قطعیت نیز دارند^۲، این بدان معناست که فرایند استقرایی توسل به رویه دولتی و اعتقاد حقوقی همیشه دچار نقصان خواهد بود. این فرایند در همه موارد نمی‌تواند پاسخی به این موضوع بدهد که آیا یک وضعیت خاص را می‌توان در محدوده معنای یک قاعده حقوق بین‌الملل عرفی در نظر گرفت.

در نتیجه هنگامی که وجود یک قاعده عرفی زیر سؤال نباشد، مفسر برای روشن شدن معنای آن، فقط باید محتوای این قاعده را بررسی کند نه عناصر تشکیل دهنده آن را. دیوان بین‌المللی دادگستری نیز در اعمال قاعده عرفی موجود، غالباً به تعیین معنای کمابیش دقیق آن پرداخته است. شواهدی از این احتمال را می‌توان در نظر مشورتی دیوان در پرونده چاگوس^۳ یافت. دیوان بین‌المللی دادگستری، پس از اینکه مجمع عمومی در چندین نوبت وجود قاعده عرفی در مورد تعیین سرنوشت را تأیید کرد، اظهار داشت که تنها پس از قطعنامه ۱۵۱۴ (XV) (۱۹۶۰) مجمع عمومی سازمان ملل متحد تحت عنوان «اعلامیه اعطای استقلال به کشورها و مردم تحت استعمار» محتوای و دامنه حق تعیین سرنوشت روشن شد. یعنی قاعده عرفی تعیین سرنوشت تفسیر شد. همچنین به نظر می‌رسد که دیوان بین‌المللی دادگستری لحظه تولد قاعده عرفی مربوط به حق تعیین سرنوشت را از لحظه روشن شدن

1. P Merkouris, "Interpreting the Customary Rules of Interpretation", op.cit., at 139.
 2. H.L.A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", Harvard Law Review, Vol. 71, No. 4, (1958), at 607.
 3. Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion, ICJ Reports, 2019, para 150.

محتوای آن متمایز می‌کند. دیوان با تعیین ماهیت عرفی حق تعیین سرنوشت، نه تنها برای تفسیر این قاعده عرفی، بلکه به عنوان شاهدی بر عرف موجود مورد بحث، به قطعنامه ۱۵۱۴ ارجاع داد. این بدان معناست که طبق نظر دیوان، یک قاعده عرفی نیز می‌تواند پس از فرآیند شکل‌گیری و تعیین آن تفسیر شود.

نکته آخر این که در روش شناسایی استنتاجی قاعده عرفی نیز که شناسایی قاعده عرفی متکی به شواهد رویه دولتی و اعتقاد حقوقی نیست، این استدلال که با شناسایی به تنهایی معنای قواعد عرفی روشن می‌شود، قابل پذیرش نیست. برای اینکه بدانیم این قواعد چه معنایی دارند، ممکن است فقط بتوان آنها را تفسیر کرد.^۱

۳. روش تفسیر قواعد عرفی

پس از اثبات این موضوع که قواعد حقوق بین‌الملل عرفی می‌تواند توسط نهادهای قضایی بین‌المللی تفسیر شود، اکنون روش‌های تفسیر بررسی می‌شود.

به نظر می‌رسد یکی از دلایل مخالفان تفسیر قواعد عرفی این باشد در حالی که تفسیر معاهده تابع کنوانسیون حقوق معاهدات است، در حال حاضر چنین مقرراتی برای حقوق بین‌الملل عرفی وجود ندارد. اگرچه مواد ۳۱ و ۳۲ کنوانسیون حقوق معاهدات فقط در رابطه با تفسیر معاهدات اعمال می‌شود با این وجود نظر به عرفی شدن این روش‌ها، آنها در موقعیت‌های مختلفی برای تفسیر اعمالی بکار گرفته شده‌اند که در رده معاهدات قرار نمی‌گیرند. آنها در ارتباط با تفسیر اعمال یکجانبه^۲، اعلامیه‌های پذیرش صلاحیت دیوان بین‌المللی دادگستری و قطعنامه‌های شورای امنیت^۳ استفاده شده‌اند. اما وجه مشترک در همه این موارد این است که مواد ۳۱ و ۳۲ به طور دقیق اعمال نمی‌شوند، بلکه همیشه با در

1. M Lando, "Might It Just Work? How to Interpret Customary International Law (Maybe)", [https:// cil. nus. edu. sg/ blogs/ might- it- just- work-how-to-interpret-customary-international-law-maybe/2023](https://cil.nus.edu.sg/blogs/might-it-just-work-how-to-interpret-customary-international-law-maybe/2023).

۲. سیامک کریمی، نظام حقوقی حاکم بر اعمال یکجانبه دولت‌ها در حقوق بین‌الملل (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۹) ص ۲۹۳.

۳. عبدالله عابدینی، «اصول حاکم بر تفسیر قطعنامه‌های شورای امنیت»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۷۸، (۱۳۹۶)، ص ۲۳۳.

نظر گرفتن ماهیت خاص اعمالی که باید تفسیر شوند، با تغییرات لازم بکار گرفته می‌شوند. به نظر می‌رسد که این رویکرد در رابطه با تفسیر قواعد عرفی قابل اجرا باشد.

۱-۳. تفسیر متنی (ادبی)

در رابطه با قواعدی که از یک منبع غیرمکتوب سرچشمه می‌گیرند، استفاده از تفسیر متنی ممکن است غیرمنطقی به نظر برسد. با این حال برخی مانند بلکمن معتقدند تفسیر متنی ممکن است در تفسیر قواعد عرفی قابل استفاده باشد.^۱ این جمله را می‌توان به صورت‌های زیر معنا کرد:

الف- منظور این است که معنای عادی قاعده را باید در اسناد مختلفی که توسط دولت‌ها منتشر شده یا دولت‌ها در آن مشارکت داشته‌اند، یافت. با این حال این رویکرد اشتباه است، زیرا تفسیر عرف را با تفسیر عمل اثبات‌کننده عرف اشتباه می‌گیرد. چنین اسنادی ممکن است برای شناسایی عرف مفید باشند، اما برای تفسیر آن اهمیت محدودی دارند.

ب- دوم این که یک تفسیر ادبی می‌تواند بر اساس عبارت‌های اتخاذ شده در احکام قبلی دیوان‌ها و یا نوشته‌های علمی مختلف باشد.^۲ با این حال در بیشتر موارد، دیوان این کار را به‌طور اتفاقی انجام می‌دهد، در حالی که در عین حال به معاهده تدوین نیز اشاره می‌کند.

پ- نظر مناسب‌ترین است که تفسیر متنی در واقع به معاهدات تدوینی اطلاق می‌شود که قاعده عرفی را در یکی از مقررات خود گنجانده‌اند، البته با این قید که عرف و مفاد معاهده دارای محتوای یکسانی هستند. موضوع رابطه معاهده و عرف در زمینه تفسیر در ادامه بحث بررسی می‌شود.

1. A Bleckmann, op.cit., at 504.

2. See: Advisory Opinion on Nuclear Weapons, Dissenting Opinion of Judge Higgins.

۲-۳. تفسیر غائی

این شکل از تفسیر در مورد تفسیر قواعد عرفی مانند هر عمل دیگری که می‌توان آن را تفسیر کرد، قابل اعمال است. دلیل آن این است که تفسیر غائی آنچه که در هسته هر عمل با محتوای هنجاری وجود دارد، یعنی موضوع و هدف آن را مشخص می‌کند. در متون مختلف حقوقی این دو مفهوم را کلاً غایت، طبیعت، کارکرد، نظم وجودی و نظم کلی نامیده‌اند.^۱ تفسیر غائی می‌تواند با شناسایی موضوع و هدف قاعده عرفی، به شفاف‌سازی محتوای قاعده عرفی به نحوی کمک کند که آن را قادر سازد تا به غایت ذاتی خود دست یابد. در این رابطه، دشواری تفسیر غائی، چگونگی تعیین هدف یک قاعده است. این مشکل همچنین در جایی وجود دارد که قواعد با استدلال غیر استقرایی (استنتاج) شناسایی شوند.^۲ به‌عنوان مثال، «قاعده عرفی مرزهای سرزمین تازه استقلال یافته باید همان مرزهای مستعمرات سابق باشد»^۳ می‌تواند اهداف مختلفی داشته باشد: تضمین ثبات مرزها؛ جلوگیری از تشدید تنش ناشی از اختلافات مرزی؛ یا تضمین تحقق آرام استقلال مناطق غیرحاکم سابق. برای تعیین هدف قاعده که تفسیر آن را بیان می‌کند، باید از میان گزینه‌های مختلف انتخاب کرد.

یک گرایش جالب در تفسیر حقوق بین‌الملل عرفی نیز این است که غایت مورد اشاره لزوماً تنها مربوط به قاعده حقوق بین‌الملل عرفی نیست. گاهی اوقات، دادگاه‌ها تفسیر غائی خود را از قاعده حقوق بین‌الملل عرفی بر اساس غایت کل حوزه‌ای از حقوق بین‌الملل (مانند مسئولیت بین‌المللی دولت، تحدید حدود دریایی) استوار می‌کنند.^۴ در چنین مواردی، تفسیر غائی بسیار شبیه به تفسیر سیستمی می‌شود.^۵ دلیل آن این است که برای اینکه موضوع و هدف یک زیرنظام کلی حقوق بین‌الملل مشخص گردد، باید تمام

۱. هدایت الله فلسفی، *حقوق بین‌الملل معاهدات* (تهران: نشر نو، ۱۳۹۶) ص ۴۶۴.

۲. M Lando, op.cit.

۳. Uti Possidetis Juris.

۴. Prosecutor v Duško Tadić (Appeal Judgment), IT-94-1-A, 1999, para 124; Fisheries (UK v Norway) (Judgment), ICJ Reports, 1951, at 133.

۵. P Merkouris, "Interpreting Customary International Law: You'll Never Walk Alone", op. cit., at 359.

قواعد درون آن نظام در نظر گرفته شود. در نتیجه، شناسایی موضوع و هدف یک حوزه کلی از حقوق بین‌الملل محصول مستقیم ارجاع به سایر «قواعد مرتبط حقوق بین‌الملل» است که این موضوع و هدف مشترک را آشکار می‌کند. در نتیجه، در چنین مواردی هم تفسیر غائی و هم یک تفسیر سیستمی به کار می‌رود.

قاضی تاناکا در نظر مخالف خود به صراحت روش تفسیر غائی را در زمینه حقوق عرفی مناسب تشخیص داد. احکام در قضیه اختلاف مرزی^۱ و قضیه ماهیگیری^۲ با تفسیر قواعد عرفی مربوطه از طریق ارجاع به هدف آشکار یک قاعده (مرزهای سرزمین تازه استقلال یافته باید همان مرزهای مستعمرات سابق باشد) و ملاحظات اساسی ذاتی در ماهیت دریای سرزمینی همین خط سیر را دنبال می‌کنند. ارجاع به تفسیر غائی در زمینه حقوق بشر و حقوق بشردوستانه بسیار مناسب‌تر است. در نظر مشورتی درباره تسلیحات هسته‌ای، قاضی گیوم برداشت خود را از استثنای «شرایط حاد دفاع مشروع که در آن بقای یک کشور در خطر است» توضیح داد:

حق دفاع مشروع که توسط منشور سازمان ملل متحد اعلام شده است، توسط منشور به عنوان حق طبیعی توصیف می‌شود. اما ماده ۵۱ اضافه می‌کند که هیچ چیز در منشور به این حق خدشه وارد نمی‌کند. همین امر در مورد حقوق عرفی یا حقوق معاهدات نیز صدق می‌کند. این نتیجه‌گیری به راحتی قابل توضیح است، زیرا هیچ نظام حقوقی، هر چه که باشد نمی‌تواند یکی از تابعین خود را از حق دفاع از موجودیت خود و حفظ منافع حیاتی خود محروم کند. بر این اساس، حقوق بین‌الملل نمی‌تواند حق توسل به سلاح‌های هسته‌ای را از یک کشور سلب کند، در صورتی که چنین اقدامی ابزار نهایی برای تضمین بقای خود باشد. در چنین حالتی، دولت از نوعی دفاع مطلقه مشابه آنچه در همه نظام‌های حقوق کیفری وجود دارد، برخوردار است.^۳

1. Frontier Dispute (Burkina Faso V. Republic of Mali), Judgment, ICJ Reports, (1986), para. 20.

2. Fisheries Case, op.cit., at 133.

3. Advisory Opinion on Nuclear Weapons, Separate Opinion of Judge Guillaume, para. 8.

این ارائه مختصر از برخی از مهمترین قضیه‌هایی که تفسیر غائی در آن به کار گرفته شده است، نشان می‌دهد که این روش تفسیری نه تنها قابل استفاده است، بلکه قبلاً در رویه قضایی بین‌المللی به کار رفته است.

۳-۳. تفسیر سیستمی

این نوع تفسیر که معادل عرفی جزء ج بند ۳ ماده ۳۱ کنوانسیون حقوق معاهدات است، با ویژگی خاص حقوق عرفی مطابقت دارد. جزء ج بند ۳ ماده ۳۱ به نظام حقوقی بین‌الملل در کل به عنوان بخشی از سیاق هر معاهده منعقد شده طبق حقوق بین‌الملل اشاره می‌کند.^۱ همه نویسندگانی که به موضوع تفسیر حقوق بین‌الملل عرفی پرداخته‌اند اذعان دارند که این یک شکل مناسب از تفسیر است. به عقیده کولب، اصول کلی مبنایی برای تفسیر حقوق بین‌الملل عرفی و کنوانسیونی است.^۲ بلکنن از این نوع تفسیر به عنوان «سیستماتیک» نام می‌برد^۳ که به نظر می‌رسد نظر او روش تفسیر سیستمی است. اصطلاح «سیستمیک» که توسط کمیسیون حقوق بین‌الملل پذیرفته شده است، به نظر می‌رسد اصطلاح مناسب‌تری برای توصیف این روش تفسیری باشد.

در قضیه خلیج مین، دیوان بین‌المللی دادگستری تأیید کرد که محتوای قواعد عرفی را می‌توان با استناد به سایر قواعد حقوق بین‌الملل آشکار کرد، همچنین معاهدات تدوینی می‌توانند به درک معنای قواعد عرفی کمک کنند، بنابراین کنوانسیون‌های تدوینی، «قواعد مربوط به حقوق بین‌الملل» محسوب می‌شوند. علاوه بر این، خود آن کنوانسیون‌ها باید «در پس‌زمینه حقوق بین‌الملل عرفی نگریسته و در پرتو آن تفسیر شوند».^۴ یعنی نوعی کاربرد متقابل ماده ۳۱ (۳) (ج).

۱. محمود حجار و سید قاسم زمانی، «جایگاه قواعد ذی‌ربط حقوق بین‌الملل در تفسیر معاهدات»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۷۲، (۱۴۰۲)، ص ۱۲.

2. R. Kolb, *Interprétation et Création du Droit International* (Bruxelles: Bruylant, 2006), at 219.

3. A. Bleckmann, *op.cit.*, at 526.

4. *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, op.cit.*, para 83, 112.

در قضیه‌های فلات قاره دریای شمال؛ متن زیر نشان می‌دهد که رای، تفسیر سیستمی از حقوق عرفی مربوط به تحدید حدود دریایی را با ارجاع به اصول عدالت و حسن نیت ترویج می‌کند:

... با توجه به احکام بسیار کلی عدالت و حسن نیت، در اینجا قواعد حقوقی واقعی هستند که بر تحدید حدود فلات قاره‌های مجاور حاکم می‌شوند، یعنی قواعدی که برای دولت‌ها برای همه تحدید حدودها الزام‌آور هستند؛ به طور خلاصه، مسئله اعمال انصاف صرفاً یک موضوع عدالت انتزاعی نیست، اما اعمال یک قاعده حقوقی، خود مستلزم اعمال اصول منصفانه است، مطابق با ایده‌هایی که همیشه زیربنای توسعه رژیم حقوقی فلات قاره در این زمینه بوده است.^۱

قضیه‌های نیکاراگوئه و تادیچ نیز از این ادعا پشتیبانی می‌کنند که حقوق بین‌الملل عرفی را می‌توان با ارجاع به سایر «قواعد مرتبط حقوق بین‌الملل» تفسیر کرد. در این قضایا در خصوص اعمال قاعده‌ای یکسان در رابطه با انتساب اعمال نمایندگان دوفاکتو، دیوان بین‌المللی دادگستری معیار «کنترل مؤثر» را اتخاذ کرد، در حالی که دیوان کیفری یوگسلاوی سابق معیار «کنترل کلی» را اعمال نمود. واقعیت آن است که اساساً هر دو دادگاه، قاعده‌ای یکسان را اعمال می‌کنند، با این حال آنها به نتایج متفاوتی رسیده‌اند. فقدان تحقیق، حداقل از سوی دیوان بین‌المللی دادگستری در خصوص رویه و اعتقاد حقوقی پیرامون این موضوع، ما را به این نتیجه می‌رساند که آنچه ما با آن روبرو هستیم دو تفسیر متفاوت از یک قاعده است. دیوان بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق معتقد است:

«اولین دلیلی که ممکن است معیار نیکاراگوئه به خودی خود قانع کننده نباشد بر اساس منطق کل سیستم حقوق بین‌الملل در مورد مسئولیت دولت است.»^۲

1. North Sea Continental Shelf Cases, op.cit., para. 85.

2. Prosecutor v Duško Tadić (Appeal Judgment), op.cit., para. 116.

نکته مهم این نقل قول این است که دیوان بین‌المللی کیفری یوگسلاوی حقوق عرفی را صرفاً با ارجاع به یک یا چند «قواعد مرتبط» دیگر حقوق بین‌الملل تفسیر نمی‌کند. آنچه انجام می‌دهد تفسیر با ارجاع به کل مجموعه هنجارهای یک حوزه از حقوق بین‌الملل است. آن حوزه در قضیه حاضر «کل سیستم حقوق بین‌الملل در مورد مسئولیت دولت» است. همانطور که قبلاً اشاره شد، چنین تفسیری از این نظر منحصر به فرد است که در آن تفسیر سیستمی و غائی حقوق بین‌الملل عرفی با هم همگرا می‌شوند. به منظور تفسیر قواعد عرفی موجود، دیوان بین‌المللی کیفری یوگسلاوی در یک جمله ساده، هم به کل مجموعه هنجارهایی که در سیستم حقوق مسئولیت دولت گنجانده شده است و هم به خود سیستم اشاره می‌کند.

پس از این تفسیر ترکیبی غائی-سیستمی، دیوان بین‌المللی کیفری یوگسلاوی به روش‌های آشناتر تفسیر بازمی‌گردد. با استناد به یک قاعده عرفی دیگر حقوق بین‌الملل (قاعده مندرج در ماده ۷ مواد مربوط به مسئولیت دولت، یعنی انتساب عمل یکی از ارگان‌ها به دولت، حتی اگر این ارگان خارج از اختیارات عمل کرده باشد) معتقد است که استدلال مشابهی باید در تفسیر قاعده عرفی مندرج در ماده ۸ اعمال شود.^۱ اساساً دیوان یک قاعده عرفی را با ارجاع به قاعده عرفی مربوط دیگر یا به مجموعه کاملی از «قواعد مربوطه» حقوق عرفی تفسیر کرد.

دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه صربستان و مونته‌نگرو به نوبه خود قاعده مربوط به مسئولیت دولت را با استناد به «اصل اساسی حاکم بر حقوق مسئولیت بین‌المللی» تفسیر می‌کند. در آن قضیه دیوان بین‌المللی دادگستری، پس از بررسی استدلال دیوان بین‌المللی کیفری یوگسلاوی، معیار کنترل کلی را به چند دلیل رد کرد که مهمترین آنها عبارتند از: بعداً باید توجه داشت که معیار کنترل کلی دارای اشکال عمده‌ای است که دامنه مسئولیت دولت را بسیار فراتر از اصل اساسی حاکم بر حقوق مسئولیت بین‌المللی گسترش می‌دهد. یک دولت فقط مسئول رفتار خود است، یعنی رفتار افرادی که بر اساس هر مبنایی از طرف آن عمل می‌کنند. ... از این نظر، معیار کنترل کلی نامناسب است، زیرا رابطه‌ای که باید

1. Ibid, para 119.

بین رفتار ارگان‌های یک دولت و مسئولیت بین‌المللی آن وجود داشته باشد، را بیش از حد و تقریباً تا نقطه انفصال گسترش می‌دهد.^۱

۳-۴. تفسیر قواعد عرفی از طریق تفسیر معاهده

به طور کلی، رابطه بین عرف و معاهدات، یک رابطه چندوجهی است. از یک سو، معاهدات ممکن است در هنگام تدوین یا تصویب شان، یا اعلام کننده و متبلور کننده قواعد عرفی از پیش موجود باشند، یا منشاء و الگویی هستند برای شکل‌گیری قواعد عرفی جدید در آینده از رهگذر رویه بعدی دولت‌ها.^۲ از سوی دیگر، معاهدات ممکن است برای تأیید وجود یک قاعده عرفی در فرآیند شناسایی استفاده شوند. طبق مطالعه تجربی انجام شده معاهدات شکل غالب احراز قواعد عرفی هستند.^۳ نه تنها وجود، بلکه محتوای قواعد عرفی نیز ممکن است با استناد به مقررات معاهده تعیین شود که شامل وضعیتی می‌شود که محتوای یک قاعده عرفی پس از تصدیق وجود آن تعیین شود. به گفته دیوان بین‌المللی دادگستری، «کنوانسیون‌های چندجانبه ممکن است نقش مهمی در ثبت و تعریف قواعد عرفی داشته باشند».^۴

در قسمت قبل اشاره شد همانطور که قواعد عرفی به منظور تفسیر معاهده بر اساس بند ج (۳) ماده ۳۱ استفاده می‌شود، معاهدات نیز می‌توانند برای تفسیر قواعد عرفی به عنوان شکلی از تفسیر سیستمی مورد استفاده قرار گیرند. برای تفسیر قواعد عرفی، قضات می‌توانند هم از معاهدات تدوینی استفاده کنند که حاوی مقرراتی با محتوایی مشابه با محتوای قاعده عرفی یا در موضوع یکسان است، یا به طور مساوی از معاهداتی که نه تدوین قواعد عرفی هستند و نه به موضوع متفاوتی (البته احتمالاً مرتبط) تعلق دارند،

1. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, ICJ Reports, 2007, paras. 403-6.

۲. شهرام زر نشان، همان، ص ۱۱۵.

3. SJ Choi and M Gulati, "Customary International Law: How Do Courts Do It?", in CA Bradley (ed), Custom's Future: International Law in a Changing World (Cambridge University Press, 2016) at 117.

4. Case Concerning the Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya v Malta) (Judgment), ICJ Reports, 1985, para 27.

استفاده کنند.^۱ یک مثال مرتبط از این نظر، پیشنهاد قاضی گیوم در نظر مشورتی در مورد سلاح‌های هسته‌ای است مبنی بر اینکه قواعد توسل به زور ممکن است به روشن شدن قواعد حقوق مخاصمات مسلحانه کمک کند.^۲

با این حال، پرسش این است که آیا می‌توان از معنای عادی اصطلاحات، سیاق، قصد طرفین یا موضوع و هدف و کارهای مقدماتی یک معاهده برای تفسیر قاعده عرفی استفاده کرد؟ پاسخ به نوع قاعده عرفی مربوط بستگی دارد. همانطور که قاضی جنینگر در نظر مخالف خود در مورد پرونده نیکاراگوئه به درستی اشاره کرد:

برای بهره‌گیری از فرآیند تفسیر معاهده به منظور تعیین محتوای یک قاعده عرفی باید این ظن ایجاد شود که در واقع این خود معاهده است که تحت نام دیگری اعمال می‌شود. البته ممکن است این روش در جایی قابل توجیه باشد که متن معاهده از ابتدا به گونه‌ای طراحی شده است که تدوین عرف باشد. یا جایی که معاهده خود منشأ یک قاعده حقوق عرفی است.^۳ هنگامی که یک معاهده تدوینی از قواعد عرفی است، چه به‌طور کامل یا غالب، می‌توان تصور کرد که قاضی به شدت بر متن معاهده تکیه می‌کند، زیرا وجود متن به‌عنوان مرجع، امکان تفسیر درستی از یک قاعده را فراهم می‌کند که ممکن است به دلیل قابل پیش‌بینی بودن آن برای تابعان حقوق قابل قبول‌تر باشد. با این حال در حالت ایده‌آل، این فقط به شرطی باید مجاز باشد که هیچ نشانه‌ای وجود نداشته باشد که قاعده عرفی پس از تدوین آن تکامل یافته است.^۴ در مورد قواعدی که از معاهدات به حقوق بین‌الملل عرفی منتقل شده‌اند، همین ملاحظات اعمال می‌شود.

در رابطه با سایر روش‌های تفسیر معاهده مانند سیاق عبارت و...، مسائل کمی متفاوت است. به‌عنوان مثال در مورد یک قاعده عرفی که در یک معاهده تدوین شده است، در صورتی که سایر قواعد معاهده نیز تدوین حقوق بین‌الملل عرفی باشند، ممکن است تفسیر

1. M Fortuna, op.cit, at 412.

2. Advisory Opinion on Nuclear Weapons, Separate Opinion of Judge Guillaume, para. 8

3. Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua, Dissenting Opinion of Judge Jennings, op.cit., at 533.

4. BB Jia, "The Relations between Treaties and Custom", Chin J Int Law, Vol. 9, No. 1, (2010), at 92.

سیاقی از سیاق معاهده استفاده کند. همچنین این نحوه رجوع به سیاق معاهده در حالتی که معاهده به عنوان منشاء قاعده عرفی عمل می‌کند، امکان‌پذیر است. چنانچه معاهده‌ای چندجانبه که حاوی مقرراتی از حوزه‌های مختلف حقوق بین‌الملل است و شامل سایر قواعد عرفی به جز قاعده مورد بررسی نیست، بعید است به عنوان مرجعی برای تفسیر قاعده عرفی مورد بحث قرار گیرد. مگر اینکه انواع دیگر قواعد به عنوان شکلی از تفسیر سیستمی مورد استفاده قرار گیرند، از این جهت که آنها به نحوی با اختلاف و در نتیجه با قاعده عرفی که تفسیر می‌شود مرتبط هستند.

در مورد موضوع و هدف، غایت معاهده به سختی می‌تواند یک مرجع معتبر باشد، مگر اینکه معاهده در کل تدوین باشد و نوعی وحدت ارگانیک در مفاد آن وجود داشته باشد. زیرا ممکن است موضوع و هدف معاهده بسیار گسترده‌تر از موضوعی باشد که قاعده عرفی به آن اشاره می‌کند. به عنوان مثال، موضوع و هدف یک معاهده منطقه‌ای بین چند کشور که در مقدمه اعلام می‌کند که هدف آن حفظ روابط دوستانه بین طرفین است، به سختی می‌تواند به عنوان مرجع تفسیری برای تفسیر یک قاعده عرفی در مورد حفاظت از محیط زیست استفاده شود (حتی اگر از این معاهده پدیدار شده باشد) زیرا کمکی به روشن شدن محتوای این قاعده نمی‌کند.^۱

کارهای مقدماتی معاهده را می‌توان برای تحلیل محتوای قواعد عرفی تدوین شده یا ناشی از معاهدات استفاده کرد، زیرا ممکن است به تعیین معنای دقیق و بنابراین دامنه یک قاعده عرفی کمک کند، مگر اینکه شواهدی وجود داشته باشد که محتوای قاعده عرفی در طول زمان تغییر کرده است.

نتیجه‌گیری

پرسش مقاله این است که آیا قواعد عرفی می‌توانند موضوع تفسیر باشند که فرآیندی هستند برای یافتن معنای آنها، جدا از شناسایی که فرآیندی برای اطمینان از وجود آنهاست؟ چنانچه قواعد عرفی قابل تفسیر هستند به چه روشی می‌توان آنها را تفسیر کرد؟

1. M Fortuna, op.cit., at 412, at 413.

بین اندیشمندان حقوق بین‌الملل در این خصوص وحدت نظر وجود ندارد. برخی استدلال می‌کنند که توسعه حقوق بین‌الملل عرفی عناصر شناسایی، تفسیر و اجرا را ادغام می‌کند. دیگر این که حقوق بین‌الملل عرفی قابل تفسیر نیست زیرا مکتوب نیست.

صرف نظر از مشکلات و ابهامات عرف، جایگاه آن به عنوان منبع حقوق بین‌الملل بلامنازع است. پس سؤالی که منطقی‌تر مطرح می‌شود این است که وقتی یک قاعده عرفی وجود داشته باشد، جدای از امکان تعدیل یا خاتمه آن با رویه و اعتقاد حقوقی بعدی، آیا ابهام ذاتی آن مستلزم این نیست که اجرای مداوم آن باید موضوع تفسیر باشد؟ ابهام و عدم قطعیتی که حتی در اسناد مکتوب وجود دارد، دلیل وجودی تفسیر است. بنابراین، انکار تفسیر هنجارهای ناشی از منبعی از قانون که دقیقاً همان ویژگی‌ها را دارد، برخلاف عقل به نظر می‌رسد. لذا تفسیر که مستلزم تحقیق در معنای یک عمل حقوقی است، در خصوص قواعد مکتوب و نانوشته به طور یکسان امکان‌پذیر می‌باشد. با تفسیر قانون، حقایق اجتماعی تفسیر می‌شوند و این حقایق ممکن است شفاهی یا غیر کلامی باشند. علاوه بر این، همه قوانین، نوشته یا نانوشته جایی برای عدم قطعیت و در نتیجه برای تفسیر باقی می‌گذارند.

در پاسخ به اینکه تفسیر حقوق بین‌الملل عرفی را می‌توان به شناسایی آن تقلیل داد، باید به تمایز بین شناسایی قاعده و تعیین محتوا توجه صورت گیرد. شناسایی قاعده عملی است که به وسیله آن یک هنجار حقوقی شناسایی می‌شود. تعیین محتوا در تعریف معنای این هنجار است. حتی اگر در عمل اغلب در هم آمیخته و مکمل یکدیگر باشند، این دو عملیات از نظر مفهومی متمایز هستند.

در خصوص روش تفسیر قواعد عرفی مشخص شد اگرچه مواد ۳۱ و ۳۲ کنوانسیون حقوق معاهدات فقط در رابطه با تفسیر معاهدات اعمال می‌شود با این وجود، نظر به عرفی شدن این روش‌ها، آنها در موقعیت‌های مختلفی برای تفسیر اعمالی بکار گرفته شده‌اند که در رده معاهدات قرار نمی‌گیرند. آنها در ارتباط با تفسیر اعمال یکجانبه، اعلامیه‌های پذیرش صلاحیت دیوان بین‌المللی دادگستری و قطعنامه‌های شورای امنیت استفاده شده‌اند. اما وجه مشترک در همه این موارد این است که مواد ۳۱ و ۳۲ به طور دقیق اعمال نمی‌شوند، بلکه همیشه با در نظر گرفتن ماهیت خاص اعمالی که باید تفسیر شوند، با

تغییرات لازم بکار گرفته می‌شوند. به نظر می‌رسد که این رویکرد در رابطه با تفسیر قواعد عرفی قابل اجرا باشد.

تعارض منافع

تعارض منافع وجود ندارد.

ORCID

Mahdi Hadadi



<https://orcid.org/0000-0002-1618-5017>

منابع

کتاب

- زرنشان، شهرام، شکل‌گیری و شناسایی حقوق بین‌الملل عرفی (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۳).
- ضیائی بیگلری، محمدرضا، حقوق معاهدات بین‌المللی (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۵).
- فلسفی، هدایت‌الله، حقوق بین‌الملل معاهدات (تهران: فرهنگ نشر نو، ۱۳۷۹).
- فلسفی، هدایت‌الله، سیر عقل در منظومه حقوق بین‌الملل (تهران: نشر نو، ۱۳۹۶).
- کریمی، سیامک، نظام حقوقی حاکم بر اعمال یکجانبه دولت‌ها در حقوق بین‌الملل (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۹).

مقاله‌ها

- برزگرزاده، عباس، «تحولات رویکرد دو عنصری حقوق عرفی در نظریه و رویه قضایی بین‌المللی»، فصلنامه تعالی حقوق، دوره جدید، شماره ۲۰، (۱۳۹۶).
- حجار، محمود، سید قاسم زمانی، «جایگاه قواعد ذی‌ربط حقوق بین‌الملل در تفسیر معاهدات»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۷۲، (۱۴۰۲).
- عابدینی، عبدالله، «اصول حاکم بر تفسیر قطعنامه‌های شورای امنیت»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۷۸، (۱۳۹۶).

References

Books

- Bernhardt, R, “Interpretation in International Law”, In *Encyclopedia of Public International Law*, Volume II (Amsterdam: North-Holland, 1992).
- Bos, M, *A Methodology of International Law* (Oxford: North-Holland, 1984).
- Choi, SJ & M Gulati, “Customary International Law: How Do Courts Do It?”, in CA Bradley (ed), *Custom’s Future: International Law in a Changing World* (Cambridge University Press, 2016).
- De Visscher, C, *Problemes d’Interpretation judiciaire en droit international public* (Paris: Pedone, 1963).
- Di Marco, R, “Customary International Law: Identification Versus Interpretation”, in P Merkouris, J Kammerhofer and N Arajärvi (ed), *The Theory, Practice, and Interpretation of Customary International Law* (Cambridge University Press, 2022).
- Fitzmaurice, Sir Gerald, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, (Cambridge: Grotius, 1986).
- Fortuna, M, “Different Strings of the Same Harp: Interpretation of Rules of Customary International Law, Their Identification and Treaty Interpretation”, in P Merkouris, J Kammerhofer and N Arajärvi (ed), *The Theory, Practice, and Interpretation of Customary International Law* (Cambridge University Press, 2022).
- Garner, B. A (ed), *Black’s Law Dictionary*, 9th ed, (Minnesota: West Group, 2009).
- Kelsen, H, *General Theory of Law and State*, Translated by A Wedberg (Clark, New Jersey, The Lawbook Exchange, 2007).
- Kolb, R, *Interprétation et Création du Droit International* (Bruxelles: Bruylant, 2006).
- Koskeniemi, M, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument* (Cambridge: CUP, 2005).
- Lauterpacht, Sir Hersch, *The Development of International Law by the International Court* (London: Stevens and Sons Limited, 1958).

- Merkouris, P, “Interpreting Customary International Law: You’ll Never Walk Alone”, in P Merkouris, J Kammerhofer and N Arajärvi (ed), *The Theory, Practice, and Interpretation of Customary International Law* (Cambridge University Press, 2022).
- Orakhelashvili, A, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law* (Oxford University Press, 2008).
- Procès Verbaux of the Meetings of the Advisory Committee of Jurists: 16 June – 24 July 1920 with Annexes (The Hague: Van Langenhuisen, 1920).
- Schauer, F, F “Pitfalls in the Interpretation of Customary Law”, in A. Perreau-Saussine and J.B. Murphy (eds.), *The Nature of Customary Law* (Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2007).
- Sur, S, *L’Interprétation en Droit International Public* (Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1974).

Articles

- Bleckmann, A, “Zur Feststellung und Auslegung von Völkergewohnheitsrecht”, *ZaöRV*, Vol. 37 (1977).
- Capotorti, F, “Cours général de droit international public”, *Recueil des cours*, tome 248 (1994).
- Gourgourinis, A, “The Distinction between Interpretation and Application of Norms in International Adjudication”, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 2, No. 1, (2011).
- Hart, H.L.A, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, (1958).
- Jia, BB, “The Relations between Treaties and Custom”, *Chin J Int Law*, Vol. 9, No. 1, (2010).
- Kammerhofer, J, “Taking the Rules of Interpretation Seriously, but Not Literally: A Theoretical Reconstruction of the Orthodox Dogma”, *Nord J Intl L*, Vol. 86, Issue 2, (2017).
- Lando, M, “Might It Just Work? How To Interpret Customary International Law (Maybe)”, [https:// cil. nus. edu. sg/ blogs/ might-it-just-work-how-to-interpret-customary-international-law-maybe/2023](https://cil.nus.edu.sg/blogs/might-it-just-work-how-to-interpret-customary-international-law-maybe/2023).

- Merkouris, P, "Interpreting the Customary Rules of Interpretation", *International Community Law Review*, Vol 19, No. 1, (2017).
- Roberts, A, "Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation", *AJIL*, Vol. 95, No. 4, (2001).
- Talmon, S, "Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion", *EJIL*, Vol. 26, No. 2, (2015).
- Tassinis, O C, "Customary International Law: Interpretation from Beginning to End", *EJIL*, Vol. 31, No. 1, (2020).
- Treves, T, "Customary International Law", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, para. 2, accessible at www.mpepil.com (Last Accessed on 25 July 2024).

Documents

- Covenant of the League of Nations, 1919.
- *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law*, ILC Report, 2018, UN Doc. A/73/10.
- *Draft Conclusions on Subsequent Agreements and Subsequent Practice in Relation to Treaty Interpretation*", 2018, UN Doc. A/73/10.
- *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law: Report of the Study Group of the International Law Commission*, 2006, UN Doc. A/CN.4/L.682.
- *Guiding Principles Applicable to Unilateral Declarations of States Capable of Creating Legal Obligations*, 2006, UN Doc A/61/10.
- *ILA, Final Report of the Committee: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law*, in *ILA, Report of the 69th Conference* (2000).
- *PCIJ Statute*, 1920.
- *Rome Statute of the International Criminal Court*, 1998.

- United Nations, Documents of the United Nations Conference on International Organization (UNCIO), San Francisco, 1945, Vol. XIII (London: United Nations Information Organizations, 1945-55).

Cases

- Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil Genin v. Republic of Estonia, Award of 25 June (2001), ICSID ARB/99/2.
- Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgement, ICJ Reports, (2007).
- Case Concerning the Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya v Malta) (Judgment) , ICJ Reports, (1985).
- Case Concerning the Continental Shelf (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya) (Judgment), ICJ Reports, (1982).
- *Corfu Channel* (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania), Judgment, ICJ Reports, 1949.
- Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v. United States of America) (Judgment), ICJ Reports, 1984.
- Fisheries case (United Kingdom v. Norway) (Judgment), ICJ Reports, (1951).
- Frontier Dispute (Burkina Faso v. Republic of Mali), Judgment, ICJ Reports, (1986).
- Jurisdictional Immunities of the State (Germany v Italy) (Judgment), ICJ Reports, (2012).
- Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion, ICJ Reports, (2019).
- Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Reports, (1996).
- Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), ICJ Reports, (1984).
- Mondev International Ltd. V. United States of America, Award of 11 October 2002, ICSID ARB(AF)/99/2.

- North Sea Continental Shelf cases (Federal Republic of Germany v Denmark; Federal Republic of Germany v Netherlands), ICJ Reports, (1969).
- Nuclear Tests (Australia v France) (Judgment) ICJ Reports, 1974.
- Prosecutor v Duško Tadić (Appeal Judgment) IT-94-1-A, 1999.
- Prosecutor v Jean-Pierre Bemba Gombo (Pre-Trial Chamber III, Fourth Decision on Victims' Participation), ICC-01/05-01/08-320 (12 December 2006).
- Reparation of Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, ICJ Reports, 1949.
- SS Lotus (France v Turkey) (Judgment) [1927] PCIJ Series A 10, 28; Asylum Case (Colombia v Peru) (Counter-claims), ICJ Reports, 1950.
- The Mavrommatis Jerusalem Concessions (Greece v the United Kingdom) PCIJ, Ser A, No 5, 1925.

In Persian

Books

- Falsafi, Hedayatullah, *International Law of Treaties* (Tehran: Nashrenow, 2000). [In Persian]
- Falsafi, Hedayatullah, *Process of Reason in the International Law System* (Tehran: Nashrenow, 2017). [In Persian]
- Karimi, Siamak, *International Legal Regime of Unilateral Act of States* (Tehran: Enteshar Co, 2020). [In Persian]
- Zarneshan, Shahram, *Formation and Recognition of Customary International Law* (Tehran: Gangedanesh Publications, 2014). [In Persian]
- Ziaee Bigdeli, Mohammadreza, *Law of International Treaties* (Tehran: Gangedanesh Publications, 2006). [In Persian]

Articles

- Abedini, Abdolah, “Principles Governing on the Interpretation of Security Council Resolutions”, Legal Research Quarterly, Vol. 20, Issue 78, (2017). [In Persian]
- Barzegarzadeh, Abbas, “Developments in the Two-element Approach of Customary Law in International Jurisprudence”, Culmination of Law, Vol. 3, Issue 20, (2017). [In Persian]
- Hajjar, Mahmoud, Seyed Ghasem Zamani, “The Position of Relevant Rules of International Law in the Interpretation of Treaties”, International Law Review, Vol. 40, Issue 72, (2024). [In Persian]



استناد به این مقاله: حدادی، مهدی، «تفسیرپذیری قواعد حقوق بین الملل عرفی»، پژوهش حقوق عمومی، دوره ۲۷، شماره ۸۹ (۱۴۰۴)، ۲۶۳-۳۱۴.

Doi: 10.22054/QJPL.2025.81045.3028



The Quarterly Journal of Public Law Research is licensed under a Creative Commons Attribution-Non Commercial 4.0 International License