

اصول حاکم بر
شکل‌گیری حقوق بین‌الملل عرفی عام

تألیف:

انجمن حقوق بین‌الملل

ترجمه:

دکتر محمد جعفر قنبری جهرمی

عضو هیأت علمی دانشکده‌ی حقوق

دانشگاه شهید بهشتی

تابستان ۱۳۸۴

انتشارات دراک

اصول حاکم بر شکل‌گیری حقوق بین‌الملل عرفی عام / تألیف انجمن حقوق بین‌الملل: ترجمه
محمد جعفر قنبری جهرمی. — تهران: دراک، ۱۳۸۴.
۹۵، ۱۲۱ ص.

ISBN: 964-95958-7-2 :

انگلیسی - فارسی.
فهرست‌نویسی براساس اطلاعات فیپا.
Mohammad Jafar Ghanbari Jahromi :
پشت جلد به انگلیسی: Formation of general customary international law.
Derak Pub.

واژه‌نامه.
کتاب‌نامه.
نمایه.
۱. حقوق بین‌الملل. ۲. عرف. الف. قنبری جهرمی، محمد جعفر. ۱۳۳۷ - ب. انجمن حقوق
بین‌الملل International law Association.
۶ الف ۲ / ۱۲۹۶ KZ ۳۴۱/۱
کتابخانه ملی ایران
۹۳۳۰-۸۴م

انتشارات دراک

اصول حاکم بر شکل‌گیری حقوق بین‌الملل عرفی عام

تألیف: انجمن حقوق بین‌الملل

ترجمه: دکتر محمد جعفر قنبری جهرمی

بهار ۱۳۸۴

شمار: ۲۰۱۰ نسخه

قیمت: ۲۵۰۰ تومان

شابک: ۹۶۴-۹۵۹۵۸۷-۲

انتشارات دراک:

دفتر مرکزی: تهران، خیابان دکتر شریعتی، ضلع جنوب غربی

پل سیدخندان، خیابان میرمطهری، ساختمان ۱۱۰، طبقه سوم، واحد ۱۲.

تلفن: ۸۵۱۹۰۹۱، دورنویس: ۸۷۳۳۱۹۳

تلفن پخش و فروش: ۸۷۳۳۱۳۸

www.derakpub.com

info@derakpub.com

shams@derakpub.com

پیش‌گفتار مترجم:

بیانیه‌ی «انجمن حقوق بین‌الملل» (International Law Association) درخصوص «قواعد حاکم بر شکل‌گیری حقوق بین‌الملل عرفی عام» در شصت و نهمین کنفرانس انجمن که در تابستان سال ۲۰۰۰ در شهر لندن برگزار گردید، به عنوان بیانیه‌ی نهایی در این زمینه به تصویب رسید و در دست‌رس عموم علاقه‌مندان قرار گرفته است. قواعد مزبور دست‌آورد شانزده سال مطالعه، تحقیق و مشورت کمیته‌ی ویژه تحت عنوان «شکل‌گیری حقوق بین‌الملل عرفی عام» می‌باشد. در این کمیته، قضات ملّی و بین‌المللی، حقوق‌دانان و اساتید برجسته‌ی حقوق بین‌الملل از چهار گوشه‌ی جهان، مشارکت و همکاری داشته‌اند. کمیته در سال ۱۹۸۴ فعالیت خود را آغاز نمود و تا سال ۲۰۰۰ که با تهیه‌ی متن حاضر مأموریتش خاتمه یافت، در مجموع شش گزارش موقت را تهیه و در سطح وسیعی جهت بررسی و اظهارنظر در میان اعضای انجمن توزیع کرده بود.

قواعد مربوط به «شکل‌گیری حقوق بین‌الملل عرفی عام» تنها مجموعه‌ی مدوّنی است که تاکنون درخصوص حقوق عرفی تهیه شده است. با توجه به این که صاحب‌نظران برجسته از نواحی مختلف جهان^(۱) در تهیه‌ی آن فعّالانه مشارکت داشته‌اند، می‌توان ادّعا نمود که با وجود پیروی قابل ملاحظه‌اش از مکتب پوزیتیویستی (یا مشرب وضعی)،^(۲) رضایت طیف گسترده‌ای از حقوق‌دانان و مأموران و مشاوران دولتی درگیر در مسائل بین‌المللی را به دست آورده است. کمترین فایده‌ی مجموعه‌ی مقرّرات حاضر - که تهیه‌کنندگان آن را «یک راهنمای کاربردی برای حقوق‌دانان و دانشجویان و همچنین برای کسانی که در مقام بیان و اجرای قواعد حقوقی طرف مشورت قرار می‌گیرند»، می‌نامند - این است که می‌تواند کمک شایانی باشد، به مدرّسان و دانشجویان حقوق بین‌الملل تا با درک عمیق‌تر و شفافیت بیشتر، مفاهیم و مباحث غالباً

۱- نک. اسامی این اعضا در ابتدای متن انگلیسی.

۲- نک. فلسفی، دکتر هدایت‌اللّه، حقوق بین‌الملل معاهدات، تهران، فرهنگ نشر نو، ۱۳۸۳، ص. ۴.

غامض و مبهم مرتبط با حقوق بین‌الملل عرفی را آموزش دهند یا بیاموزند. مقررات پیشنهادی مندرج در بیانیه‌ی حاضر در مجموع طی ۳۳ ماده تنظیم گردیده است. همانند پیش‌نویس‌هایی که توسط کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل تهیه می‌شوند، برای هر یک از مواد توضیحات نسبتاً مبسوطی برای تفسیر و توجیه قاعده‌ی پیشنهادی ارائه شده است.

اگرچه متن انگلیسی فاقد فهرست مطالب، اختصارات، منابع و کتاب‌نامه می‌باشد، تلاش شد که به منظور سهولت در استفاده از متن اصلی و ترجمه، این موارد تهیه و اضافه گردند. به علاوه به منظور استفاده‌ی دانشجویان، معادل‌های فارسی واژه‌های کلیدی به صورت لغت‌نامه‌ای هر چند مختصر تهیه و به بخش فارسی اضافه شده است. همچنین به منظور ارجاع سریع به متن اصلی و ترجمه و مقابله‌ی آن‌ها، ترتیب کلّیه‌ی بخش‌ها، گفتارها، مواد، پاراگراف‌ها و پاورقی‌ها در متن فارسی دقیقاً مشابه و مبتنی بر تقسیم‌بندی و شماره‌گذاری‌های متن انگلیسی می‌باشد. بنابراین خواننده می‌تواند با مراجعه به بخش، شماره‌ی ماده و پاراگراف موردنظر یا شماره‌ی پاورقی‌ها به سرعت به متن مورد نظر مراجعه و مقایسه‌ی لازم میان متن اصلی و ترجمه را انجام دهد. توضیح این که کلّیه‌ی عبارات مندرج در کروشه [] توضیحات اضافی مترجم می‌باشد که جهت روان کردن متن و فهم آسان‌تر آورده شده‌اند. عبارات مندرج در گیومه « » یا نقل قول می‌باشند یا برای بیان تأکید در آن درج شده‌اند.

در این جا شایسته است که توضیح مختصری در مورد «انجمن حقوق بین‌الملل» که مدّتی است شعبه‌ی ایرانی آن نیز تأسیس شده است، ارائه شود. این امر می‌تواند تا حدودی اعتبار و اهمّیت بیانیه‌ی حاضر را تبیین نماید. انجمن حقوق بین‌الملل در سال ۱۸۷۳ در کشور بلژیک به عنوان یک مؤسسه‌ی غیردولتی و غیرانتفاعی تأسیس گردید و مقرّ اصلی آن در شهر لندن است. انجمن در آغاز تحت عنوان «انجمن تدوین و اصلاح حقوق بین‌الملل» شروع به فعالیت کرد ولی در سال ۱۸۹۵ به نام فعلی تغییر نام داد.

در طول حیات یک صد و سی دو ساله‌ی خود، انجمن در تمامی زمینه‌های حقوقی اعمّ از حقوق بین‌الملل عمومی و خصوصی، بازرگانی و غیر آن‌ها، فعالیت‌های بسیار گسترده‌ای داشته است و به جرأت می‌توان گفت که انجمن نقش کلیدی در توسعه و استقرار حقوق بین‌الملل و ایجاد نظامی صلح آمیز بین دولت‌ها داشته است.

هم‌اکنون انجمن در قالب چهل و دو کمیته‌ی ویژه‌ی تخصصی، معضلات خاص و جاری حقوق بین‌الملل را تحت مطالعه و تحقیق دارد. این کمیته‌ها تحت سه عنوان کلی

«مالیه بین‌المللی و توسعه پایدار»، «تجارت جهانی و حقوق اقتصادی» و «دادرسی خصوصی بین‌المللی» در کنفرانس سال ۲۰۰۰ انجمن مسائل متعددی را مورد بررسی قرار دادند.^(۳)

در حال حاضر در حدود پنج هزار حقوق‌دان، قاضی، وکیل و دانشجوی حقوق، عضو انجمن می‌باشند. هر علاقه‌مندی با پرداخت حق عضویت می‌تواند به عضویت انجمن درآید. انجمن در حال حاضر دارای پنجاه و سه شعبه است که در سراسر جهان قرار دارند. علاقه‌مندان جهت عضویت از طریق شعب نزدیک محل اقامت خود اقدام می‌نمایند.

در پایان لازم به ذکر است که متن حاضر (که به عنوان منبع اصلی درس متون حقوقی کارشناسی ارشد و دکترا، در دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی طی چهار سال گذشته مورد استفاده بوده است) محصول تلاش مستمر مترجم جهت تبیین و انتقال مفاهیم مطرح شده در متن اصلی به زبان فارسی است؛ با این امید که نبود یک متن دقیق و مبسوط ولی در عین حال مستند و معتبر درباره حقوق بین‌الملل عرفی در ادبیات حقوقی کشور برطرف گردد. از این رو ضمن به کارگیری بیشترین دقت و تأمل در تدوین و نگارش آن، پیشنهادها و دیدگاه‌های اساتید همکار و دانشجویان مورد توجه قرار گرفته و لحاظ شده‌اند. در همین جا از همگی آن‌ها تشکر می‌نماید.

همچنین لازم است از مدیر محترم مسؤول انتشارات دراک، استاد بزرگوار جناب آقای دکتر عبدالله شمس که با دقت و سرعت بی‌نظیری امکانات چاپ و نشر این اثر را فراهم نمودند، سپاسگزاری نمایم.

مترجم امید دارد که توانسته باشد رضایت جامعه حقوقی و دانشگاهی و کلیه علاقه‌مندان را به دست آورده و خدمتی هر چند ناچیز به ارتقای سطح علمی کشور کرده باشد.

محمد جعفر قنبری جهرمی

۱۰/ فروردین/ ۱۳۸۴

۳- جهت اطلاعات بیشتر درخصوص انجمن و فعالیت‌های آن مراجعه شود به :

The International Law Association, Report of 69th Conference, London, 2000.

آدرس اینترنتی انجمن عبارت است از:

<http://www.ila-hg.org>.

علائم اختصاری

AJIL	American Journal of International Law	
BYBIL	British Yearbook of International Law	
Cf		مقایسه کنید با
Ch.	Chapter / Chapters	
Doc.	Document	
Ed(s).	Editor(s)	
edn.	Edition	
e.g		برای مثال
EEZ	Exclusive Economic Zone	
GA	General Assembly (of United Nations)	
<i>Ibid</i>		همان، منبع یا مأخذ قبلی
ICJ	International Court of Justice	
ICJ Rep.	Reports of Judgements, Advisory Opinions and other Orders of the International Court of Justice	
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly	
ILC	International Law Commission	
ILM	International Legal Materials	
No	Number	
p(p).	page(s)	
para(s).	Paragraph(s)	
PCIJ	Publication of the Permanent Court of International Justice	
Prof	Professor	
UNTS	United Nations Treaties Series	
v.		علیه
YN	Yearbook	
YBILC	Yearbook of International Law Commission	
نک		نگاه کنید به
رک.		رجوع کنید به

فهرست عنوان‌ها

۳	پیش‌گفتار مترجم
۶	علایم اختصاری
۷	فهرست عنوان‌ها
۹	مقدمه
۱۹	بخش اول: تعاریف
۲۷	بخش دوم: عنصر عینی یا رویه‌ی دولت
۲۷	گفتار A: چه نوع عملی رویه‌ی دولت محسوب می‌شود؟
۳۱	گفتار B: معنی واژه‌ی «دولت» به منظور تشخیص رویه‌ی دولت
۳۷	گفتار C: قوام رویه
۵۳	بخش سوم: عنصر شخصی (اعتقاد حقوقی)
۷۵	بخش چهارم: نقش معاهدات در شکل‌گیری حقوق بین‌الملل عرفی
۷۶	گفتار A: معاهدات به عنوان گواه حقوق عرفی از پیش موجود
۸۰	گفتار B: معاهدات و شکل‌گیری حقوق (جدید) عرفی
۸۴	گفتار C: «شفاف سازی» حقوق بین‌الملل عرفی در حال ظهور توسط معاهدات
۸۷	گفتار D: پیدایش قواعد عرفی «به موجب تأثیر مستقیم معاهدات»
۹۳	بخش پنجم: نقش قطع‌نامه‌های مجمع عمومی سازمان ملل و کنفرانس‌های بین‌المللی در شکل‌گیری حقوق بین‌الملل عرفی
۹۴	گفتار A: قطع‌نامه‌های مجمع عمومی سازمان ملل متحد
۱۰۸	گفتار B: قطع‌نامه‌های کنفرانس‌های عمومی بین‌المللی
۱۱۰	فهرست راهنما
	واژه‌های کلیدی

بیانیه‌ی اصول حاکم بر شکل‌گیری حقوق بین‌الملل عرفی عام

مقدمه

۱. در کنفرانس پاریس که در سال ۱۹۸۴ برگزار گردید، کارگاهی تخصصی در خصوص حقوق بین‌الملل عرفی ایجاد شد و متعاقباً «شورای اجرایی» (Executive Council) کمیته‌ی حاضر را در سال ۱۹۸۵ تحت ریاست پروفیسور کارل زیمنک (Zemanek) تأسیس نمود. و پیرو آن پروفیسور مندلسون (Mendelson) به‌عنوان گزارش‌گر انتخاب گردید. برنامه‌ی پیشنهادی گزارش‌گر مورد تصویب کمیته قرار گرفت و سپس به تأیید کنفرانس ورشو در سال ۱۹۸۸ رسید.^(۱) در سال ۱۹۹۳ که پروفیسور زیمنک از سمت خود به‌عنوان رئیس استعفا نمود، پروفیسور مندلسون جای‌گزین وی گردید، و در همان زمان پروفیسور مولرسون (Müllerson) سمت گزارش‌گری را به‌عهده گرفت. در مجموع، کمیته شش گزارش موقتی تهیه نموده است.^(۲) گزارش موقتی پنجم و ششم در فاصله‌ی بین کنفرانس سال ۱۹۹۸ و سال ۲۰۰۰ تهیه شده و مورد توافق قرار گرفتند. گزارش موقتی پنجم «نقش معاهدات در شکل‌گیری حقوق بین‌الملل عرفی» را مورد بررسی قرار می‌داد و گزارش ششم مربوط به نقشی بود که قطع‌نامه‌های سازمان

1- See Report of the 63rd Conference, 936, 940.

۲- گزارش اول و دوم در سال ۱۹۹۸ به کنفرانس ورشو ارائه شدند. پس از آن اقدامات چندانی صورت نگرفت. در همین ایام رئیس وقت کمیته، پروفیسور کارل زیمنک (Zemanek)، از اعضای کمیته خواست که مانند گزارش‌گر، آن‌ها هم نظرات خود را به صورت گزارش ارائه دهند. نک.

discussion in Report of the 63rd Conference (Warsaw 1988), 960

متأسفانه اعضا این کار را انجام ندادند. گزارش سوم و چهارم به ترتیب به کنفرانس هلسینکی (۱۹۹۶) و کنفرانس ناپه (۱۹۹۸) ارائه شدند.

ملل و کنفرانس‌های بین‌المللی در این پروسه داشتند. از آنجایی که محتوای آن‌ها در بخش‌های چهارم و پنجم گزارش نهایی کنونی گنجانده شده است، گزارش‌های مزبور در این جا مجدداً ارائه نگردیده‌اند. پیش‌نویس گزارش‌های موقتی شماره‌ی ۱ و ۲ و ۴ و ۵ و ۶ توسط پروفیسور مندلسون تهیه گردیدند. گزارش‌های شماره‌ی ۴ و ۵ با مشورت پروفیسور مولرسون و گزارش ۶ براساس نسخه‌ی قبلی ایشان تهیه شدند). گزارش شماره‌ی ۳ توسط پروفیسور مولرسون و براساس پاسخ‌های اعضا به پرسش‌نامه‌ای که بر مبنای مقاله‌ی پروفیسور مندلسون تألیف و منتشر شده بود، تهیه شد. گزارش نهایی حاضر توسط پروفیسور مندلسون با مشورت پروفیسور مولرسون تهیه شده است.^(۳) پیش‌نویس هریک از این گزارش‌ها (از جمله گزارش حاضر) میان کلیه‌ی اعضای کمیته توزیع و با توجه به نظرات آن‌ها اصلاح شده است. گزارش‌های موقتی ۱ تا ۴ به کنفرانس‌های مربوطه ارائه و توسط آن‌ها تصویب شده بود. در کنفرانس تایپه در سال ۱۹۹۸، انجمن پیشنهاد رئیس کمیته را مبنی بر تلاش جهت تنظیم بیانیه‌ای درخصوص موضوع، شکل مواد و شرح آن (همان‌طور که در مورد گزارش موقتی چهارم به آن کنفرانس اعمال گردیده بود) مورد تصویب قرار داد. گزارش حاضر همچنین پیشنهادها و نظرات مطروحه را درخصوص گزارش‌های موقتی کمیته که در کنفرانس‌های مربوطه ابراز گردیده‌اند، مورد توجه قرار داده است.

۲. علی‌رغم این واقعیت که حقوق عرفی یکی از دو منبع اصلی حقوق بین‌الملل می‌باشد (دیگر منبع اصلی حقوق معاهداتی است) به چند دلیل مشکلات جدی ذاتی سر راه تبیین قواعد حاکم بر این موضوع وجود دارد: اولاً، حقوق عرفی ماهیتاً نتیجه‌ی یک روند «غیررسمی» قاعده‌سازی است، بنابراین در این جا آن سطح از دقت را که در روند قاعده‌سازی رسمی‌تر وجود دارد، نباید انتظار داشت (این نکته‌ای است که غالباً از چشم کسانی که نسبت به غیر دقیق بودن موضوع دچار سردرگمی شده‌اند، دور مانده است).^(۴) ثانیاً، برخی از موضوعات به سؤالات بحث‌انگیز مرتبط با نظریه‌های مبانی

۳. پیش‌نویس بخش سوم در ابتدا توسط پروفیسور مولرسون تهیه شد و سپس توسط پروفیسور مندلسون بازنویسی گردید.

۴. برای تفصیل بیشتر نک.

Mendelson, "The Formation of Customary International Law", 272 *Hague Academy of International Law, Collected Courses* (1998), 155-410, esp. at 172-76.

رئیس کمیته مایل است توضیحاتی درخصوص آن‌چه که به نظر می‌رسد نوعی ارجاع مکرر و خودپسندانه به اثر یادشده‌ی [خود] در این گزارش است، ارائه دهد. اول این که اغلب دیدگاه‌هایی که در این جا مطرح

حقوقی و ایدئولوژیکی ارتباط دارند. برای مثال کسانی که حاکمیت دولت و اراده‌ی حاکمیتی را مبنای اساسی حقوق بین‌الملل تلقی می‌کنند، بیشتر تمایل دارند که رضایت (صریح یا قابل انتساب) دولت را در روند شکل‌گیری عرف بیابند، حال آن‌که آن‌هایی که برای محوریت دولت نقش کمتری قائلند [چنین موضعی ندارند]. ثالثاً، برخی مسائل تبعات سیاسی مهمی دارند. بهترین نمونه، این مسأله است که آیا حقوق بین‌الملل عرفی می‌تواند توسط قطع‌نامه‌های مجمع عمومی سازمان ملل ایجاد گردد که خود اهمیت سیاسی بسیار دارد چرا که در مجمع تعداد کشورهای توسعه‌یافته به میزان قابل توجهی کمتر از کشورهای در حال توسعه است. رابعاً، گرچه اساتید حقوق درخصوص این موضوع مطالب زیادی نوشته‌اند، به‌طور نسبی احکام رسمی در این مورد اندک است. به میزانی که به دادگاه‌ها و دیوان‌های بین‌المللی ارتباط پیدا می‌کند، گرچه برخی اظهارات در مورد قواعد حاکم یا ناظر بر شکل‌گیری حقوق عرفی مطرح شده‌اند، غالباً این اظهارات سیستماتیک نبوده بلکه به‌طور فرعی درخصوص سؤالات ماهوی که تصادفاً مورد اختلاف بوده، عنوان شده‌اند. به این دلیل تعداد زیادی از سؤالاتی که در این جا برای ما مطرح است بی‌جواب مانده است. همچنین دولت‌ها (و سایر بازیگران بین‌المللی) تمایلی ندارند که به‌طور نظری به اصول حاکم بر شکل‌گیری حقوق عرفی بپردازند و گرچه سیاست‌مداران و مقامات رسمی گاهی اوقات درخصوص این موضوع سخنانی ایراد می‌کنند، همواره روشن نیست که آیا این سخنان بیانگر موضع مشخص دولتشان می‌باشد. مشکل مضاعف دیگر یافتن سوابق و اسناد است. غالب دولت‌ها مجموعه‌ی حاوی رویه یا عمل‌کردشان درخصوص حقوق بین‌الملل را منتشر نمی‌کنند و حتّاً آن‌هایی که چنین مجموعه‌ای را به انتشار می‌رسانند به ندرت سابقه‌ای را تحت عنوان «منابع حقوق» مجزاً از عناوین ماهوی دیگر، طبقه‌بندی می‌نمایند (در این رابطه خوش‌اقبال کمیته این بود که اعضای آن نه تنها متشکل از تعداد زیادی از نویسندگان برجسته در سطح جهانی بودند بلکه همچنین شامل اعضای بود که تجربه‌ی حرفه‌ای قابل توجهی در مورد رویه‌ی دولت‌ها داشتند).

۳. پیچیدگی بیشتر، تحوّلی است که در شیوه‌های ایجاد قواعد حقوقی عرفی به

— شده است، در مجموعه‌ی سخنرانی‌های چاپ شده در آکادمی لاهه به‌طور خیلی مفصّل‌تر و با ذکر دقیق رویه‌ها و آثار نویسندگان، بیان شده است. بدون ارجاع مکرر به آن، این گزارش از آن‌چه که اکنون ارائه گردیده خیلی حجیم‌تر می‌شد. به علاوه اثر یادشده در زمان تهیه‌ی این گزارش، تنها اثر جامع و به روز موجود بود.

وجود آمده است. تا اواخر قرن نوزدهم بیشتر روابط دیپلماتیک دوجانبه و محرمانه بود و ارتباطات به‌کندی صورت می‌پذیرفت. در عین حال تدریجاً برخی از روابط دیپلماتیک (اما نه همه) به‌صورت چندجانبه و علنی انجام شد، و ارتباطات سرعت گرفت به‌طوری که اکنون از لحاظ فنی ممکن است که به‌صورت آنی و همزمان انجام گیرد. بنابراین به‌ویژه وجود سازمان‌های بین‌المللی، کنفرانس‌های چندجانبه‌ی معاهده‌ساز و دست‌آوردهای آن‌ها به شیوه‌های بدیمی به روند مورد بحث کمک نموده است. همان‌طور که واقعیت موضع اتخاذشده‌ی یک دولت می‌تواند به‌طور فوری در سرتاسر جهان انتشار یابد. از این‌رو تعدادی از قواعد نسبتاً جدید عرفی، در زمینه‌هایی مانند حقوق بشر، محیط زیست، صلاحیت قلمرو دریایی و مصوئیت دولت، حداقل به‌طور جزئی متأثر از وجود سازمان‌های بین‌المللی، کنفرانس‌ها و معاهدات بوده است و آن‌ها نسبتاً سریع‌تر از گذشته موجودیت یافته‌اند. این گفته بدین معنا نیست که مبانی اساسی [مکانیزم] شکل‌گیری حقوق عرفی کاملاً دگرگون شده است اما مطلوب این است که [باید] نسبت به این تغییرات آگاه بود و به تناسب، آن‌ها را مورد توجه قرار داد.

۴. مواد آنی و شرح آن‌ها، به‌صورت پیش‌نویس یک کنوانسیون تدوین نشده‌اند. در واقع آن‌ها بیانیه‌ای درباره‌ی قواعد و اصول مربوطه‌اند، به‌نحوی که کمیته استنباط کرده است. به‌نظر می‌رسد در گذشته هیچ‌گونه تلاش سازمان‌یافته‌ای در زمینه‌ی تنظیم این قواعد به‌صورت مجموعه‌ای از مقررات مدون به‌عمل نیامده است. شاید به دلایل و مشکلاتی که به آن‌ها در بالا اشاره شد. در عین حال کمیته بر این باور بود، آن‌چه که می‌تواند بیشتر مفید واقع شود، بیان قواعد در شکل یک رساله‌ی علمی نیست (حتّاً اگر چنین رساله‌ی مفیدی می‌توانست توسط گروهی تهیه گردد) بلکه آن‌چه که مفید است، بیشتر ارائه‌ی یک دستورالعمل کاربردی است برای حقوق‌دانان (اساتید) و دانشجویان و همچنین برای کسانی که در مقام بیان و اجرای قواعد حقوقی طرف مشورت قرار می‌گیرند. بسیاری از دست‌اندرکاران - گاه به جهت عدم آشنایی با حقوق بین‌الملل و گاه به دلایل مرتبط با پیچیدگی خود موضوع - به دستورالعملی نسبتاً مختصر و روشن درخصوص موضوعی که غالباً سبب پیچیدگی قابل ملاحظه‌ای است، نیاز دارند. با توجه به این که متن این مواد و شرح آن‌ها توسط یک کمیته تهیه شده است - و با فرض این که کنفرانس، آن‌ها را چه با اصلاح و چه بدون اصلاح تصویب نماید - نباید انتظار داشت که مواد مزبور کلمه‌به‌کلمه منعکس‌کننده‌ی نظر دقیق تک‌تک اعضای کمیته و به طریق اولی (a fortiori) تک‌تک اعضای انجمن باشد. اما این کمیته به جرأت بر این اعتقاد است که

به درجه‌ی قابل توجهی از وفاق عام - خیلی بیشتر از آن حدی که در آغاز کار می‌توانست پیش‌بینی کند - رسیده‌است و این موفقیت تا حدودی مدیون این است که کمیته کارش را بر روی سؤالات کاملاً دقیق متمرکز نمود و بدین وسیله حداقل توانست از برخی به اصطلاح «گفت‌وگوی [بی‌نتیجه] میان‌گراها» که در مباحثات گنج‌کننده‌ی قبلی وجود داشته‌است، پرهیز نماید.

۵. از دیگر نتایجی که این بیانیه را پیش‌نویس یک کنوانسیون یا یک مجموعه‌ی قوانین قلمداد نمی‌کنیم این است که درجه‌ی خاصی از تداخل و تکرار در آن قابل قبول تلقی شده‌است، به‌ویژه در جایی که این امر می‌توانست در تشریح یک مسأله‌ی بسیار پیچیده کمک کند. لازم به تأکید است که مواد آتی باید در نظر گرفتن شرح (Commentary) آن‌ها مورد مطالعه قرار گیرند. شرح مواد، هم معنی آن‌ها را روشن می‌نماید و هم اوضاع و احوالی را که قواعد مندرج در آن‌ها اعمال می‌گردند، تعیین می‌کند.

۶. نکته‌ای درباره‌ی متدلوژی [روش‌شناسی یا شیوه‌ی تحقیق]: در تلاش برای تعیین قواعد حاکم بر شکل‌گیری حقوق بین‌الملل عرفی، کمیته از یک رویکرد استقرایی (inductive approach) استفاده کرده‌است.^(۵) به عبارت دیگر کمیته بر این اعتقاد بود که قواعد مربوط به منابع حقوق بین‌الملل و به‌ویژه منبع مورد بحث «عرف» را باید در رویه‌ی دولت‌ها جست‌وجو نمود.^(۶) بنابراین به عنوان مثال پاسخ به این سؤال که آیا یک قاعده‌ی «اعتراض دائمی»^(۷) وجود دارد یا خیر، با مراجعه به رویه‌ی دولت‌ها و نه با روش استدلال (عقلی) لمّی (a priori) مشخص می‌گردد. به علاوه در این‌جا به آرای مراجع قضایی بین‌المللی به‌ویژه دیوان بین‌المللی دادگستری و سلف آن دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی به‌طور مفصل ارجاع شده‌است، البته با این تذکر و تأکید که آرای مزبور رسماً رویه‌های الزام‌آوری نیستند. اعضای کمیته تجارب شخصی خود را نیز از

5- Cf. Schwarzenberger, *The Inductive Approach to International Law* (1965).

۶- برخلاف آنچه که در نظر اول ممکن است نمایان گردد، این دور و تسلسل نیست. به عبارت ساده در این‌جا برای اثبات حقوق عرفی از حقوق عرفی استفاده نمی‌شود. اصولاً روی‌کرد بیانیه این است که هر نبود یک قانون اساسی مدوّن و مناسب، معیار این که «منابع» حقوق بین‌الملل کدام‌اند و قواعد خاص مربوط به اعمال هریک از آن‌ها چیست، به آن‌چه که بازیگران اصلی در سیستم [حقوق بین‌الملل] یعنی دولت‌ها به عنوان فرایندهای قاعده‌ساز یا قانون‌ساز «شناسایی» می‌کنند، بستگی دارد. این نقش [قواعد] سیستماتیک فرعی یا ثانویه مفهوم «شناسایی» با قواعد ماهوی که از طریق یکی از فرایندهای به رسمیت «شناخته شده» - یعنی عرف - ایجاد می‌گردند، یکی نیست. مقایسه کنید با:

Hart, *The Concept of Law* (1961)

7- See below, Section 15.

چگونگی عمل دولت‌ها در جهت شناسایی [قواعد] حقوقی مورد توجه قرار داده‌اند.^(۸) اعضای کمیته بر آثار نویسندگان فقط به عنوان گواهی بر رویه‌ی دولت‌ها تکیه کرده‌اند و همچنین در مورد مسائل تفسیر، فقط تا حدودی که اظهارات مطروحه به نظر مستند به دلیل بوده و یا این که به خوبی استدلال شده‌اند یا این که استدلال آن‌ها قوی بوده است، به آثار نویسندگان استناد نموده‌اند. متن معاهداتی مهم در این خصوص - که از جهاتی تنها متن موجود می‌باشد - یعنی اساس‌نامه‌ی دیوان بین‌المللی دادگستری، اگر به این اندازه موجز و بلکه بنا به نظر بسیاری به طرز نادرستی تدوین نشده بود، می‌توانست به درک دقیق چگونگی شکل‌گیری حقوق عرفی کمک شایانی کند. پاراگراف ۱ ماده ۳۸ در قسمت مربوط به این بحث چنین بیان می‌دارد که «دیوان بین‌المللی دادگستری که مأموریت دارد اختلافاتی را که به آن رجوع می‌شود مطابق حقوق بین‌الملل حل و فصل نماید موازین زیر را اجرا خواهد کرد. ... ب - عرف بین‌الملل به عنوان رویه‌ای کلی که به صورت قاعده‌ی حقوقی پذیرفته شده است».^(۹)

۷. در مطالعه‌ی روند تشکیل عرف لازم است که از زاویه‌ی نگرش اشخاص [ذی‌نفع] در هر مسأله‌ای آگاهی داشته باشیم، بدین‌سان [در این بیانیه] به نیاز بدیهی تشخیص فرضیات و اهداف اشخاص اساساً اشاره‌ای نشده است.^(۱۰) لیکن پیشنهاد می‌شود که اختلاف در مقام [یعنی این که مقام اجراکننده چه کسی باشد] می‌تواند به اتخاذ دیدگاه‌هایی نسبتاً متفاوت درخصوص موضوع منابع از جمله عرف، منجر گردد. به عنوان مثال درحالی که یک قاضی هنگام قضاوت اصولاً باید بی‌طرفانه قواعد حقوقی را تعیین نماید، یک مشاور حقوقی دولت ممکن است این نیاز را احساس کند که افزون‌بر آن به ارزیابی روند تحوّل احتمالی موضوعات در آینده پردازد و حتّاً در راستای مطابقت با منافع ملی خود در جهت کمک به آن تحوّل یا جلوگیری از آن تحوّل تلاش کند.^(۱۱)

8- Much of this takes place on a basis of confidentiality and official secrecy, so that it has not always been possible to cite chapter and verse.

9- See further, Appendix to the 2nd Report of the Rapporteur (annexed to 1st Interim Report of the Committee), Report of the 63rd Conference (1988), 935, 953..

10- Cf. Schwarzenberger, *op. cit.*; McDougal, Lasswell & Reisman, "Theories about International Law: Prologue to a Configurative Jurisprudence", 8 *Virginia Journal of International Law* (1968), 189, reprinted in McDougal & Reisman, *International Law Essays* (1981), 43.

11- See Appendix to the 1st Report of the Rapporteur (Mendelson), "Formation of International Law and the Observational Standpoint" (1986), Annex to the 1st Interim.

۸. همچنان‌که از عنوان آن [یعنی «بیانیه»] برمی‌آید، قلمرو عمل کمیته محدود بوده‌است و ذکر این‌که چه مسائلی خارج از این قلمرو قرار می‌گیرند حائز اهمیت است. نخست به بیانی دقیق، این بیانیه تنها مشتمل بر چگونگی تشکیل قواعد حقوق بین‌الملل عرفی است نه چگونگی تحکیم، تثبیت، استناد، اجرا، اصلاح، اختتام یا سایر اجزای فرایند «تأسیسی» شکل‌گیری حقوق عرفی.^(۱۲) در عین حال در عمل، کمیته به دلیل ضرورت وضوح بیشتر ناچار از ورود به مباحث مزبور شده‌است. ثانیاً کمیته فقط به حقوق عرفی عام یعنی حقوقی که بر تمامی دولت‌ها قابل اعمال است، توجه داشته‌است.^(۱۳) از این‌رو کمیته عموماً در پی حقوق عرفی خاص که حقوق [عرفی] منطقه‌ای و محلی شناخته شده‌ترین مصادیق آنند، نبوده‌است، مگر در جایی که این دسته از حقوق فرایند تشکیل حقوق [عرفی] عام را تبیین می‌کرده‌است. ثالثاً کمیته توجه داشت که تحقیق در اقسام و ویژه‌ای از حقوق نانوشته‌ی بین‌المللی چون اصول «بنیادین» و «اساسی» حقوق بین‌الملل، قواعد آمره، قواعد عام‌الشمول (erga omnes) و غیره از قلمرو اختیاراتش خارج است. برخی این‌گونه قواعد بنیادین را به‌عنوان حقوق نانوشته‌ی متمایز از حقوق عرفی طبقه‌بندی می‌کنند، حال آن‌که سایرین آن‌ها را گونه‌هایی از حقوق عرفی تلقی می‌کنند. روشن است که در هر حال اصول و قواعد مزبور حداقل حائز برخی ویژگی‌های ممتاز هستند که درخور بررسی مجزاً در جایگاه دیگری است.^(۱۴)

→ Report of the committee, in Report of the 63rd Conference (Warsaw 1988), 935, 941. 12- Cf. McDougal, Lasswell & Reisman, "The World Process of Authoritative Decision", in McDougal & Reisman, *International Law Essays*, 191-3 revised version of an earlier paper.

۱۲- به‌جز دولت‌هایی که توانسته‌اند با نکیه بر قاعده‌ی «اعتراض دائمی» خود را مستثنا کرده‌باشند. نک. مواد ۱ و ۱۵.

۱۴- عنوان اولیه‌ای که به کمیته داده شده بود «شکل‌گیری حقوق بین‌الملل (عام) عرفی» بود، اما کمیته به این نتیجه رسید که عنوان مزبور هم غیرمعارف و هم گیج‌کننده است و از این‌رو بیانیه‌ی حاضر با عنوان «شکل‌گیری حقوق بین‌الملل عرفی عام» تنظیم شده‌است. خانم دبتر (Detter) اظهار داشته‌است که تعداد اندکی از قواعد نانوشته حقوق عام وجود دارند که حقیقتاً مبتنی بر عرف هستند. [از نظر او] اکثر قواعد از آن‌چه که او «ضروریات اجتماعی» می‌نامد، منتج می‌شوند. او معتقد است که عرف فقط موقعی موضوعیت دارد [یا مبنای قواعد عام می‌گردد] که یک رابطه‌ی سرزمینی وجود دارد. نک.

Detter, *The Concept of International Law* (1994) and her comments in Report of the 63rd Conference (1988), 964-5.

با این وجود اکثریت اعضای کمیته با این نگرش موافق نیستند. برای توضیحات بیشتر نک. «

۹. دیوان بین‌المللی دادگستری در موارد متعددی ضرورت وجود دو عنصر در حقوق عرفی را مورد تأکید قرار داده است. به عنوان مثال در قضایای فلات قاره‌ی دریای شمال با اشاره به قضیه‌ی لوتوس^(۱۵) و ارجاع به اظهارات دانمارک و هلند مبنی بر این‌که توافق‌های تحدید حدود معینی که توسط دولت‌های غیرمتعاقد کنوانسیون ۱۹۵۸ ژنو راجع به فلات قاره منعقد شده بود، مبین وجود یک قاعده‌ی جدید عرفی راجع به تحدید حدود است، اظهار داشت.^(۱۶)

«نه تنها اعمال [دولت‌ها] باید به رویه‌ای تثبیت شده منتهی شده باشند بلکه باید به گونه‌ای بوده یا به نحوی انجام پذیرفته باشند که مبین وجود یک اعتقاد حاکی از این که رویه‌ی مزبور دلیل وجود یک قاعده‌ی الزام‌آور است، باشد. ضرورت وجود چنین اعتقادی - یعنی وجود یک عنصر شخصی - به طور ضمنی در خود مفهوم اعتقاد حقوقی یا اعتقاد به الزام مستتر است. لذا دولت‌های ذی‌ربط باید بر این باور باشند که از امری که یک تکلیف حقوقی محسوب می‌شود، پیروی می‌کنند. تکرار یا حتاً متداول بودن عمل به خودی خود کافی نیست. بسیاری از اعمال بین‌المللی وجود دارند، برای مثال در عرصه‌ی مراسم بین‌المللی و تشریفات دیپلماتیک، که تقریباً بدون تغییر [یا به طور مداوم] انجام می‌پذیرند، لیکن تنها بنابر ملاحظات [ناشی از] رعایت نزاکت بین‌المللی، مصلحت و سنت و نه از روی هرگونه احساس تکلیف حقوقی».

[همچنین] در قضیه‌ی فلات قاره‌ی (لیبی علیه مالت) دیوان اظهار داشت که «البته بدیهی است که حقوق بین‌الملل عرفی را باید اساساً در رویه‌ی واقعی و اعتقاد حقوقی دولت‌ها جست‌وجو کرد...»^(۱۷).

۱۰. بسیاری از مؤلفان نیز تأکید نموده‌اند که حقوق عرفی مشتمل بر دو عنصر است. از یک سو عنصر «عینی» یا «مادی» - یا رویه‌ی دولت‌ها - و از سوی دیگر عنصر «شخصی» [یا معنوی یا ذهنی] که غالباً تحت عنوان اعتقاد حقوقی یا اعتقاد به الزام (یا به اختصار اعتقاد حقوقی) به آن اشاره می‌شود. عنصر شخصی معمولاً در رضایت

→ Appendix to the 2nd Report of the Rapporteur (annexed to 1st Interim Report of the Committee), Report of the 63rd Conference (1988), 935-952-53.

15- (1927) *PCII, Ser. A*, No. 10, p. 4 at p. 28. This case is considered further in paragraph (a) of the Commentary to Section 17 (iv).

16- *ICJ Rep.* 1969, p. 3 at p. 44, (para. 77). See also p. 42 (para 71).

17- *Ibid.* 1985, p. 13 at 29-30 (para. 27).

دولت‌ها یا اعتقاد آن‌ها بر جواز حقوقی یا (بسته به مورد) خاصیت الزام‌آور رفتار در موضوع مورد نظر، ملاحظه می‌شود. در به کارگیری این چارچوب تجزیه و تحلیل مؤلفان غالباً به آرای دیوان بین‌المللی دادگستری یا سلف آن (مانند مواردی که در بالا ذکر شد) که در آن‌ها وجود عناصر دوگانه ضروری به نظر می‌رسد، استناد می‌کنند. ادعای ضرورت وجود عنصر شخصی در بخش سوم مورد بررسی قرار خواهد گرفت. لیکن در آغاز لازم به ذکر است که شماری از برداشت‌های نادرست ممکن است بر سوءفهم از این آرا مبتنی باشد:

(a) اظهاراتی از این دست که در بالا در خصوص قضایای غلات قاره‌ی دریای شمال به آن‌ها اشاره شد، کاملاً نامربوط با سیاق متن آن‌هاست: در بخش سوم این بیانیه موضع اتخاذی ما این است که اثبات وجود مستقل عنصر شخصی فقط در برخی موارد ضروری است (و حتّاً حقوق دانانی که بر ضرورت وجود آن تأکید می‌ورزند غالباً می‌پذیرند که وجود عنصر شخصی نیازی به اثبات ندارد به شرط آن‌که رویه به اندازه‌ی کافی یک‌سان، گسترده و نمادین باشد).

(b) بخشی از سردرگمی ممکن است ناشی از قصور در تمایز میان مراحل مختلف حیات یک قاعده‌ی عرفی باشد. به محض این‌که یک قاعده‌ی عرفی شکل گرفت دولت‌ها طبیعتاً به وجود آن اعتقاد خواهند داشت اما این لزوماً نیاز به وجود عنصر شخصی در مرحله‌ی شکل‌گیری را اثبات نمی‌نماید.

(c) دیوان در حقیقت با عبارات صریح نگفته است که تنها به دلیل عناصر متمایز (ادعایی) در حقوق عرفی، یک عمل‌کرد نمی‌تواند در آن واحد مبین هر دو عنصر باشد. در واقع اغلب مشکل یا حتّاً غیرممکن است که بتوان دو عنصر فوق را از هم تفکیک نمود. آقای هاگنماخر (Haggenmacher) در این خصوص اظهار داشته است^(۱۸) که:

«در سوابق تاریخی هیچ یک از دو عنصر به منظور تشکیل یک قاعده‌ی حقوق عرفی به شکل مجزّا [به‌طوری که مفروض است] وجود نداشته است... دو عنصر یادشده در عالم واقع هیچ‌گونه وجه مشخصه‌ی [مستقلی] ندارند. آن‌ها در بطن یک رویه و آمیخته با یک دیگر خود را نشان می‌دهند. بدین نحو رویه‌ی مزبور یک عنصر مرکّب با دو جنبه‌ی مادی و روانی را تشکیل می‌دهد».

این رویکرد ترکیبی و کلی (gestalt approach) ممکن است یک واقعیت پیچیده را

خیلی سطحی و ساده نشان دهد، اما بی‌تردید تمایز میان دو عنصر یادشده اغلب دشوار یا غیرممکن می‌باشد.

(d) سردرگمی همچنین از قصور در تمایز میان تجلیات عنصر شخصی (یعنی اراده یا اعتقاد) از جانب یک دولت منفرد از یک سو و عموم دولت‌ها از سوی دیگر، به وجود آمده است.

در عین حال، به منظور احترام به تصمیمات دیوان و نظرات اکثریت مؤلفان و همچنین جهت سهولت تشریح، این بیانیّه به هر دو عنصر به‌طور جداگانه می‌پردازد.

۱۱. بخش اول به تعاریف، بخش دوم به عنصر عینی و بخش سوم به عنصر شخصی می‌پردازد. بخش چهارم مربوط است به نقش معاهدات در شکل‌گیری حقوق بین‌الملل عرفی و بخش پنجم به اثر تصمیمات مجمع عمومی سازمان ملل و کنفرانس‌های بین‌المللی می‌پردازد.