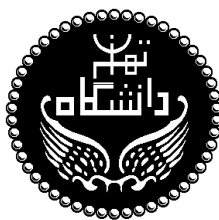


بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



دانشگاه تهران
دانشکده حقوق و علوم سیاسی

رساله جهت دریافت درجه دکتری حقوق بین‌الملل

موضوع:

نقش رویه قضائی بین‌المللی در شناسائی قواعد عرفی

استاد راهنما:

دکتر عباسعلی کدخدائی

استادان مشاور:

دکتر جمشید ممتاز - دکتر سیدقاسم زمانی

دانشجو:

شهرام زر نشان

۱۳۹۰

به پاس تمام خوبی‌ها و مهربانی‌ها

تقدیم به

همسرم

سپاسگزاری

پس از ادای وظیفه ثنای حضرت واجب الوجود، عم جوده، که سرگشتگان ساحل عدم را قبل از سابقه خدمت و رابطه دعوت، استحقاق وجود بخشید و بعد از فیض وجود، قابلیت استفاضه و تعلیم داد و اول بار گفت بخوان تا خلائق بیاموزند که آموختن نخستین امر ایزدی است، حمد یزدان را نیز بجای آورده که این پژوهش به سبب امداد بنان به منصفه عیان رسید. با این بیان سرپندگی به درگاه آن منان فرو می‌آورم و به جهت آنچه از کرم بی کرانش می‌بینیم و آنچه از رحمت بی پایانش می‌دانم از او مسئلت دارم که گره عمرم با علم حقوق را نگشوده تا همچنان در کسب این علم، طالب باقی بمانم.

به رسم حدیث «من علمنی حرفاً...» بر خود فرض می‌دانم که مراتب تقدیر و تشکر خود را از راهنمایی و مشاوره اساتید عزیزم جناب آقای دکتر کدخدائی و جناب آقای دکتر ممتاز بجای آورده و بخاطر زحمات زیادی که در طول سالهای کار بر روی این پژوهش بر ایشان داشته‌ام عذرخواهی نمایم. همچنین ضروری است بصورت خاص و ویژه از زحمات جناب آقای دکتر سید قاسم زمانی که صرفنظر از مشاورت در این رساله، در طول دوازده سال گذشته کمک‌های مؤثری را بر من ابراز و حقیقتاً حق استادی را بر من تمام کرده‌اند، تشکر و قدردانی نمایم.

و نیز حق ناشناسی خواهد بود اگر در این مجال یادی از استاد ارجمند جناب آقای دکتر هدایت‌الله فلسفی نمایم. قطع نظر از نکات زیادی که اینجانب در طول سالها حضور در محضر ایشان آموخته‌ام، در عرصه موضوع رساله حاضر هم ایشان نقطه‌نظرات ارزشمندی را به‌ویژه در اوایل کار و شروع پژوهش به بنده یادآور شدند که ضروری است از ایشان تشکر و قدردانی نمایم.

همچنین لازم است از سایر اساتید عزیزم در دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران به‌واسطه زحمات بی تکلیفی که بر ایشان داشته‌ام قدردانی و تشکر نمایم. جناب آقای دکتر رنجبریان، جناب آقای دکتر میرعباسی، جناب آقای دکتر موسوی، جناب آقای دکتر جاوید، جناب آقای دکتر مرادی، سرکار خانم دکتر امین‌زاده و استاد فقیه حضرت آیت الله عمید زنجانی، اساتید گرانقدری می‌باشند که از سال ۱۳۸۲ و هنگام ورود به مقطع کارشناسی ارشد تاکنون در خدمتشان بحث‌ها آموخته و بهره‌ها برده‌ام. امیدوارم عملکردم در قلمرو نوشتار حاضر جبران کننده بخشی از زحمات ایشان بوده باشد. همچنین از سایر اعضای محترم هیأت داوران رساله حاضر، جناب آقای دکتر ضیایی بیگدلی و جناب آقای دکتر موسی زاده بخاطر نکات ارزشمندی که در جهت بهبود کیفیت رساله به اینجانب متذکر شدند بسیار سپاسگزاری می‌نمایم.

در پایان نیز از سایر کسانی که به هر نحوی در فرایند نگارش این رساله به اینجانب کمک و یاری رسانده‌اند، قدردانی می‌کنم. دکتر سید هادی محمودی، دکتر نادر ساعد، دکتر ستار عزیزی، دکتر علی خالقی و جناب آقای احمد قاسمی فینی از جمله دوستان و اساتید بنده می‌باشند که نگارنده در مقاطع مختلف کار از راهنمایی‌های ایشان استفاده نموده است.

چکیده

قواعد عرفی بخاطر برخورداری از ویژگی‌هایی چون پویائی و قابلیت انطباق‌پذیری سریع با تحولات روز و اینکه شکل‌گیری، تحول و تکاملشان تابع کنش و واکنش تابعان اصلی روابط بین‌الملل است - صرف‌نظر از هرگونه نیاز به وجود قوه عالی یا تشریفات خاص -، در جامعه بین‌المللی فاقد تمرکز و غیرنهادین امروز منزلتی متمایز و برتر دارند. در این بین فرایند شناسایی این قواعد از جمله مسائلی قلمداد می‌شود که پیرامون آن همواره گسترده‌ترین مجادلات نظری مطرح بوده است. قالب مبهم و چارچوب نامشخص حاکم بر فرایند مذکور در عین اینکه چالشی همیشگی میان حقوقدانان تلقی می‌شده، سبب بروز اختلافات گسترده نزد دولتها نیز بوده است. به همین خاطر در این عرصه مراجع قضایی بین‌المللی به عنوان عالی‌ترین نهادهای حقوقی در جامعه بین‌المللی - در فقدان نهاد مستقل جهت شناسایی این قواعد - از مؤثرترین و معتبرترین مراجع بوده‌اند که عملکردشان بواقع گنجینه‌ای ارزشمند در راه یافتن شرایط شکل‌گیری و شناسایی قواعد عرفی محسوب می‌شود.

«رویه قضایی» بین‌المللی روند احراز قواعد عرفی را از رهگذر تبیین عناصر تکوین آن، یعنی شناسایی عناصر مادی (رویه) و معنوی (Opinio Juris) پی گرفته است. گو اینکه در این قلمرو اصول و ضوابط دقیق و از پیش تعیین شده‌ای وجود ندارد، اما رویه قضایی در مجموع از روند مشخصی پیروی نموده است. روندی که امروزه در سطح جامعه بین‌المللی مبین استانداردهای ضروری تحقق عناصر شاکله عرف تلقی می‌شود. همچنین رویکرد مراجع قضایی بین‌المللی در فرایند شناسایی قواعد عرفی همواره یکسان نبوده است. بنا به اقتضای روز و به موازات تحولات ناشی از رشد و توسعه مفاهیم انسانی و حقوق بشر در جامعه بین‌المللی، رویکرد «رویه قضایی» نیز متحول شده است. اگر در چارچوب معمول و سنتی خود، روند شناسایی قواعد از رهگذر ملاحظه اولیه رویه و سپس استنباط Opinio Juris صورت می‌گرفته، در قالب جدید، فرایند احراز - در حوزه ملاحظات انسانی - عموماً مبتنی بر کشف محوری و مقدم Opinio Juris بوده است.

بدین ترتیب از نقطه نظر شناسایی قواعد عرفی و تعیین محتوای دقیق آنها، حقیقتاً بایستی ادعان نمود که مراجع قضایی بین‌المللی به‌ویژه به واسطه پویائی عملکرد، از نقش‌آفرینان اصلی روابط بین‌الملل بوده‌اند که همواره توانسته‌اند خود را با ضرورت‌های جامعه بین‌المللی منطبق و در یکسان‌سازی سیاست‌های رفتاری دولتها با یکدیگر مؤثر باشند.

واژگان کلیدی: قاعده عرفی، رویه قضایی بین‌المللی، دیوان بین‌المللی دادگستری، رویه دولتها، اعتقاد حقوقی دولتها (Opinio Juris)، جامعه بین‌المللی، حقوق بین‌الملل عام.

فهرست اجمالی مطالب

| | |
|--|------------|
| مقدمه..... | ۶ |
| بخش اول: تبیین مفهوم و عناصر عرف در چارچوب رویه قضایی بین‌المللی..... | ۱۳ |
| فصل اول: عنصر مادی (رویه)..... | ۴۱ |
| فصل دوم: عنصر روانی (Opinio Juris)..... | ۱۲۷ |
| بخش دوم: کارکرد «رویه قضایی» بین‌المللی در فرایند شناسایی قواعد عرفی..... | ۱۸۲ |
| فصل اول: شناسایی قاعده عرفی؛ رویکرد سنتی با تکیه بر نقش تقدمی رویه..... | ۱۸۹ |
| فصل دوم: شناسایی قاعده عرفی؛ رویکرد مدرن با تکیه بر نقش محوری Opinio Juris..... | ۲۸۲ |
| نتیجه‌گیری..... | ۳۳۶ |

فهرست تفصیلی مطالب

| | |
|--|-----------|
| مقدمه..... | ۶ |
| بخش اول: تبیین مفهوم و عناصر عرف در چارچوب رویه قضایی بین‌المللی..... | ۱۳ |
| پیشگفتار..... | ۱۴ |
| (۱) جامعه بین‌المللی جلوه گاه وحدت واضع و تابع حقوق بین‌الملل..... | ۱۴ |
| (۲) جایگاه و مفهوم قاعده عرفی در حقوق بین‌الملل..... | ۲۰ |
| (۳) نقش‌آفرینی مراجع قضایی بین‌المللی در جامعه بین‌المللی..... | ۳۲ |
| فصل اول: عنصر مادی (رویه)..... | ۴۱ |
| (۱) سازندگان رویه..... | ۴۱ |
| (۱-۱) دولت‌ها..... | ۴۱ |
| (۲-۱) سازمان‌های بین‌المللی..... | ۴۶ |
| (۳-۱) مراجع قضائی بین‌المللی..... | ۵۲ |
| (۴-۱) سازمان‌های بین‌المللی غیردولتی (NGOs) و افراد..... | ۵۵ |
| (۲) ماهیت رویه..... | ۶۴ |
| (۱-۲) اعمال مادی و کلامی..... | ۶۴ |
| (۲-۲) استنکاف یا ترک فعل..... | ۸۰ |
| (۳) اوصاف رویه..... | ۸۳ |

| | |
|-----|--|
| ۸۳ | ۱-۳) «عام» بودن رویه و حدود «عمومیت» آن |
| ۹۲ | ۲-۳) عامل زمان |
| ۹۸ | ۳-۳) یکپارچگی و متحد الشکل بودن رویه |
| ۱۰۱ | ۴-۳) رویه دولت‌های ذی نفع |
| ۱۰۴ | ۴) مناسبات میان معاهدات و عرف با تکیه بر نقش معاهدات به عنوان رویه منجر به شکل‌گیری قاعده عرفی |
| ۱۲۷ | فصل دوم: عنصر روانی (Opinio Juris) |
| ۱۲۷ | ۱) مفهوم و ضرورت |
| ۱۲۷ | ۱-۱) مفهوم |
| ۱۳۰ | ۲-۱) ضرورت |
| ۱۴۳ | ۲) ماهیت |
| ۱۴۴ | ۱-۲) نظریه رضایت ضمنی اراده‌گرایان |
| ۱۵۱ | ۲-۲) اعتقاد حقوقی منبعث از ضرورتها (Opinio Juris sive necessitates) |
| ۱۵۶ | ۳-۲) مسأله دور |
| ۱۶۳ | ۳) احراز |
| ۱۶۳ | ۱-۳) درآمد |
| ۱۶۵ | ۲-۳) نقش معاهدات به عنوان ادله Opinio Juris |
| ۱۶۸ | ۳-۳) نقش قطعنامه‌های مجمع عمومی سازمان ملل متحد و سایر متون مشابه به عنوان ادله Opinio Juris |
| ۱۷۴ | ۴-۳) نقش رویه گسترده و متحد الشکل دولت‌ها به عنوان ادله Opinio Juris |
| ۱۷۶ | ۵-۳) نقش سکوت یا عدم اعتراض به عنوان ادله Opinio Juris |

بخش دوم: کارکرد «رویه قضائی» بین‌المللی در فرایند شناسائی قواعد عرفی..... ۱۸۲

پیشگفتار..... ۱۸۳

(۱) پویائی رویکرد آرای قضایی بین‌المللی..... ۱۸۳

(۲) صعوبت تعیین مرز میان شناسایی و توسعه قاعده..... ۱۸۳

(۳) جایگاه اصول و قواعد بنیادین..... ۱۸۵

فصل اول: شناسائی قاعده عرفی؛ رویکرد سنتی با تکیه بر نقش تقدمی رویه..... ۱۸۹

(۱) تحدید حدود فلات قاره..... ۱۸۹

(۲) منطقه انحصاری اقتصادی..... ۲۰۹

(۳) خطوط مبداء..... ۲۱۲

(۴) اعمال صلاحیت در دریای آزاد..... ۲۱۵

(۵) تعیین تابعیت واقعی و مؤثر..... ۲۲۵

(۶) پناهندگی دیپلماتیک..... ۲۳۰

(۷) پذیرش حق شرط بر معاهدات چند جانبه..... ۲۳۴

(۸) تعقیب کیفری مقامات عالی رتبه دولت‌ها در محاکم ملی..... ۲۳۸

(۹) اصل حق تعیین سرنوشت..... ۲۴۴

(۱۰) اصل ثبات مرزها..... ۲۵۱

(۱۱) مشروعیت تهدید یا توسل به سلاحهای هسته‌ای..... ۲۵۸

(۱۲) ممنوعیت توسل به زور..... ۲۶۹

فصل دوم: شناسائی قاعده عرفی؛ رویکرد مدرن با تکیه بر نقش محوری *Opinio Juris*..... ۲۸۲

(۱) مفهوم شناسی و بررسی برخی مبانی نظری..... ۲۸۲

(۱-۱) مفهوم و منشاء..... ۲۸۲

- ۲-۱) مبانی نظری ۲۸۸
- ۲) عملکرد «رویه قضائی» بین‌المللی ۳۱۴
- ۱-۲) دیوان بین‌المللی دادگستری ۳۱۴
- ۲-۲) دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و رواندا ۳۲۰
- ۱-۲-۲) مسؤولیت کیفری فردی در پهنه مخاصمات مسلحانه داخلی ۳۲۳
- ۲-۲-۲) ضابطه انتساب مسؤولیت در قلمرو نقض حقوق بین‌الملل بشردوستانه ۳۲۴
- ۳-۲-۲) اصل تفکیک ۳۲۸
- ۴-۲-۲) محدودیت استفاده از تسلیحات ۳۳۰
- ۵-۲-۲) ممنوعیت اقدامات تلافی جویانه ۳۳۱
- ۶-۲-۲) ممنوعیت شکنجه ۳۳۲
- نتیجه‌گیری ۳۳۶
- فهرست منابع ۳۴۱

مقدمه

(۱) تبیین مسأله

جامعه بین‌المللی - از نقطه نظر ساختاری و کلاسیک - به علت فقدان تمرکز و بهره‌مندی از قوه عالیه قانونگذاری، اصولاً جامعه‌ای غیرنهادین تلقی می‌شود که در چارچوب آن حقوق بین‌الملل مشتمل بر قواعد و مقرراتی است که تابعان نظام بین‌الملل خود آن را ایجاد کرده و به آن گردن می‌نهند. در این عرصه قواعد عرفی، بخاطر دارا بودن ویژگی‌هایی چون پویائی و انطباق‌پذیری سریع با تحولات روز، دارا بودن قابلیت جایگزینی و اینکه شکل‌گیری، تحول و تکاملشان تابع کنش و واکنش تابعان اصلی روابط بین‌الملل است - صرف‌نظر از هرگونه نیاز به وجود قدرت عالیه یا تشریفات خاص - از منزلتی متمایز و برتر برخوردارند. (در این رابطه و نیز ویژگی‌هایی که جامعه بین‌المللی کنونی متضمن آن می‌باشد، کمی جلوتر به تفصیل صحبت خواهیم کرد.)

بدیهی است قواعد عرفی به علت فارغ بودن از قالبهایی که از رهگذر نظام حقوقی معاهده‌ای صورت پردازی شده، در بعد زمانی مقدم بر قواعد قراردادی بوده‌اند. گذری در گذشته نشان می‌دهد که در شکل‌گیری حقوق بین‌الملل، حقوق عرفی نقش اصلی و ابتدایی را ایفاء نموده و تا مدت زمان بسیار طولانی حقوق بین‌الملل اساساً دارای ماهیت عرفی بوده است. و هرچند در مواردی حقوق معاهده‌ای خاص بر حقوق عرفی تفوق می‌یافت، ولی اینگونه معاهدات بیشتر به تدوین قواعد عرفی از پیش موجود مبادرت ورزیده و در صورت فقدان معاهده، این قواعد عرفی بودند که روابط میان کشورها را رقم می‌زدند. این تقدم زمانی حقوق عرفی را باید مرهون خودرویی این قواعد و عدم نیاز به جای‌گیری آنها در قالب تشریفات خاص و دست و پاگیر دانست.^۱ در عرصه حقوق داخلی هم وضعیت به همین ترتیب بوده است. برای قرن‌ها عرف منبع اصلی و غالب نظامهای داخلی به‌ویژه در اکثر کشورهای اروپایی بوده است. به عنوان نمونه در انگلستان ریشه کامن‌لا

^۱ سید قاسم زمانی، عرف و معاهده در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری با تأکید بر قضیه نیکاراگوئه، پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۲، ص ۱. همچنین رجوع شود به:

Harris, D, J, *Cases and Materials on International Law*, Fourth Edition, Sweet and Maxwell, 1991, p.24.

را بیشتر می‌بایست در عرفهای ملی (سلطنتی) در کنار برخی دیگر از عرفهای محلی جستجو کرد تا یک سیستم حقوقی مبتنی بر رویه قضایی بگونه‌ای که امروزه شاهد آن هستیم.^۲

بدین ترتیب بایستی اذعان نمود قواعد عرفی، بنا به اوصافی که مذکور افتاد و نیز شرح مفصلی که در ادامه خواهیم داد، از جایگاه و موقعیت عالی در سطح بین‌المللی برخوردار بوده و بسیار بیشتر از سایر منابع حقوقی می‌توانند خود را با ساختار فعلی جامعه بین‌المللی منطبق نمایند.

با وجود این نامشخص بودن و دشواری اثبات قواعد عرفی همواره از چالشهای اساسی نظام حقوق عرفی بوده است. وجود ابهامات و نارسائیهای متعدد در فرایند شکل‌گیری و شناسائی قواعد مذکور به واسطه فقدان اصول و قواعدی دقیق و منسجم در این رابطه همواره سبب اختلاف میان دولتها تلقی می‌شده و از آنجائیکه در اینگونه مواقع هر دولتی تنها بر عقاید خود تکیه دارد، لذا در این عرصه مراجع قضایی بین‌المللی می‌توانند از بهترین و مؤثرترین نقش‌آفرینان باشند که عملکردشان در تبیین قاعده و تعیین محتوای آن بسیار از اهمیت برخوردار است. لذا بدرستی باید اذعان نمود که رویه قضایی بین‌المللی منبع و مرجعی ارزشمند در راه یافتن شرایط شکل‌گیری و شناسائی قواعد عرفی محسوب می‌شود و به همین خاطر نیز گفته می‌شود کارکرد اصلی «رویه قضایی» تعیین قواعد عرفی و محتوای دقیق آنهاست. از این رو - از نقطه نظر قائل شدن چنین نقش خطیری برای رویه قضایی - ضروری است بررسی شود مراجع قضایی به چه نحو در آرای خود اقدام به شناسائی قواعد حقوق بین‌الملل عرفی نموده‌اند، و این همان مسأله‌ای است که موضوع اصلی رساله حاضر را شکل می‌دهد.

۲) هدفها و ضرورتهای اجرای طرح

همانطور که گفته شد، در عرصه بین‌المللی «عرف» از مهمترین فنون ساخت قواعد حقوقی می‌باشد که با نظام مندی حقوق و تعهدات اعضای جامعه بین‌المللی، روابط میان آنان را رقم می‌زند. به واقع می‌توان گفت عرف مهمترین منبع حقوق بین‌الملل تلقی می‌گردد و هنوز در بسیاری از موضوعات مهم بین‌المللی این عرف است که هنجارهای رفتاری را مشخص می‌نماید.

در باب اهمیت و جایگاه عرف در نظام بین‌الملل نکاتی مورد اشاره قرار گرفت. همچنین متذکر شدیم که نقش رویه قضایی بین‌المللی بخصوص در مقام شناسائی قواعد عرفی تا چه حد دارای اهمیت می‌باشد. در

² Mendelson, M, H, *The Formation of Customary International Law*, 272 Recueil des cours: Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1998, p.173.

خصوص ضرورت اجرای این طرح نیز لازم به یادآوری نیست که در حال حاضر اصول مشخص و آئین وضع شده‌ای - به مانند آنچه در مورد معاهدات وجود دارد - راجع به فرایند شکل‌گیری قواعد عرفی و شناسائی آن وجود ندارد و همین امر همواره سبب اختلاف میان دولتها بوده است که بر فرض مثال آیا فلان قاعده در حقوق بین‌الملل وجود دارد؟ شکل گرفته است؟ شناسائی شده است؟ محتوای آن چیست؟ حدود و ثغوری دارد؟ استثنائاتی چطور؟ و...

لذا بسیار ضروری خواهد بود که بررسی شود در عرصه رویه قضایی، به عنوان گنجینه‌ای ارزشمند در راه یافتن شرایط شکل‌گیری و شناسائی قواعد عرفی، این قواعد به چه نحو مورد شناسائی قرار می‌گیرند. و عملکرد مراجع قضایی بین‌المللی و رویکردهای آنها در این خصوص - به‌ویژه در مواجهه با شرایط مدام در حال تحول جامعه بین‌المللی - چگونه بوده است.

۳) پیشینه تحقیق

مسأله تکوین و شناسائی قواعد عرفی به عنوان یکی از مهمترین و بنیادی‌ترین مسائل حقوق بین‌الملل همواره بخش عمده‌ای از مباحث مطروح نزد دکتین و مراجع قضایی بین‌المللی را - البته در عرصه منابع - بخود معطوف می‌نماید که لازم است ابعاد آن با تفصیل بیشتری مورد بررسی قرار بگیرد. در رابطه با موضوع «حقوق بین‌الملل عرفی» اگرچه کتب و مقالات ارزشمند متعددی در عرصه ادبیات حقوق بین‌الملل نگاشته شده است، که از جمله مهمترین آنها می‌توان اشاره کرد به: درس آقای مندلسون در آکادمی لاهه با عنوان «*Formation of Customary International Law*» (۱۹۹۸)، درس آقای دینشتاین در این آکادمی با عنوان «*The Interaction between Customary International Law and Treaties*» (۲۰۰۶) و بیانیه انجمن حقوق بین‌الملل در سال ۲۰۰۰ با عنوان «*Statement of Principles Applicable to The Formation of General Customary International Law*»، با وجود این از سوی نگارنده این سطور، کتاب، مقاله و یا هر پژوهشی که بصورت متمرکز نقش و کارکرد رویه قضایی بین‌المللی در فرایند شناسایی قواعد حقوق عرفی و نیز تحولات آن را مورد بررسی و تحلیل قرار دهد، مشاهده نشده است و به نظر می‌رسد این کار در نوع خود تا حد زیادی بدیع و فاقد پیشینه تحقیق و بررسی می‌باشد. البته بر آن سر بوده‌ام که راه رفته نپویم و گام در اثر گامهای دیگران نگذارم و بی گمان هر کار جدیدی نقص و اشکال خواهد داشت اما طرح نو انداختن طلایه گشایشی نو در افق ناگشوده است.

لازم به ذکر است نویسندگان فوق‌الذکر در آثارشان در رابطه با موضوع عرف، غالباً دیدگاه‌های شخصی خود را بیان نموده‌اند و از این رهگذر سعی در تحلیل شرایط حاکم بر شکل‌گیری قواعد حقوق بین‌الملل عرفی را داشته‌اند، هرچند آرای دیوان نیز در این بین به منظور تأکید بر همسویی با دیدگاه‌های شخصی بعضاً مورد استناد بوده است. به عنوان نمونه آقای مندلسون در این عرصه از مکتبی پیروی نموده که در چارچوب آن اساساً وجود عنصر روانی یا اعتقاد حقوقی دولتها در فرایند شکل‌گیری قاعده عرفی ضروری نیست. به زعم پیروان این مکتب، دیوان بین‌المللی دادگستری نیز بر همین نظر بوده و موارد استناد این مرجع به عنصر مذکور در عموم مواقع استثنائی و صرفاً صوری و تشریفاتی بوده است.^۳ بیانیه انجمن حقوق بین‌الملل راجع به اصول حاکم بر شکل‌گیری حقوق بین‌الملل عرفی عام نیز تحت تأثیر و نفوذ اندیشه‌های همین مکتب فکری تدوین و منتشر گردیده است. در صورتی که چنین رویکردی نمی‌تواند صحیح باشد و با آورده‌های رویه قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری و سلف آن به هیچ وجه منطبق نیست.

در رابطه با سایر منابع موجود نیز تقریباً با همین وضعیت روبرو هستیم و دکترین عموماً سعی در تحلیل اندیشه‌های خود داشته‌اند تا بطور مشخص ارزیابی عملکرد «رویه قضایی» بین‌المللی در روند شناسایی قواعد عرفی. به همین خاطر مجدداً تأکید می‌کنیم هرگونه تحقیق یا پژوهشی که بصورت متمرکز و منسجم نقش‌آفرینی و کارکرد رویه قضایی بین‌المللی در فرایند احراز قواعد حقوق عرفی را مورد بررسی و تحلیل قرار دهد - دست کم از سوی راقم این سطور - مشاهده نشده است. ضمن اینکه تحولات رویکرد مراجع قضایی در فرایند مذکور نیز - به شرح مندرج در رساله حاضر - تاکنون در هیچ نوشته‌ای مد نظر نبوده‌اند.

۴) سازماندهی پژوهش

موضوع پژوهش حاضر - چنانکه مذکور افتاد - مربوط می‌شود به فرایند شناسایی قواعد حقوق عرفی در قلمرو رویه قضایی بین‌المللی. به عبارت دیگر ارزیابی و تحلیل چگونگی نقش‌آفرینی مراجع قضایی در روند احراز قواعد مذکور. این مسأله از آنجا حائز اهمیت مضاعف می‌گردد که یادآور شویم، شناسایی قاعده عرفی به عنوان یکی از مهمترین و بنیادی‌ترین - و در عین حال چالش برانگیزترین - مسائل حقوق بین‌الملل بعضاً بخش عمده‌ای از فعالیتهای مراجع قضایی بین‌المللی را در رسیدگی به موضوعات مطروحه به

^۳ در این رابطه در بند اول از فصل دوم بخش نخست این نوشتار به تفصیل سخن به میان آمده است.

خود اختصاص و رویه اینگونه مراجع - به عنوان نهادهای واجد صلاحیت برای انجام این کار - همواره یکسان نبوده است. لذا پرسش اصلی نوشتار حاضر می‌بایست بدین شکل صورت بندی گردد: **رویه قضایی**

بین‌المللی به چه نحو در فرایند شناسائی قواعد حقوق بین‌الملل عرفی ایفای نقش می‌نماید؟

همچنین در پرتو این مسأله، پرسش‌های دیگری (فرعی) نیز قابل طرح می‌باشند که در سرتاسر این رساله به آنها پرداخته خواهد شد. از جمله مهمترین آنها عبارتند از:

- آیا رویه قضایی بین‌المللی در روند شناسایی قواعد عرفی از اصول و ضوابط مشخصی پیروی کرده است؟

- آیا رویه قضایی بین‌المللی خود در فرایند شکل‌گیری قواعد حقوق عرفی به عنوان عنصر شاکله عرف مشارکت دارد؟

- آیا فرایند شناسایی یا به عبارتی روشهای شناسایی قواعد عرفی در رویه قضایی بین‌المللی - بنا به اقتضای تحولات روز - متحول شده است؟

در مقابل این پرسش‌ها، فرضیه‌های تحقیق نیز بدین شکل ارائه می‌گردد:

- **رویه قضایی بین‌المللی از رهگذر تبیین عناصر تکوین قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، به شناسائی آن قواعد اقدام می‌نماید.**

- با اینکه در عرصه بین‌المللی ملاک، ضابطه و یا قاعده مشخصی برای شکل‌گیری و شناسایی قواعد عرفی وجود ندارد و اساساً این از ویژگی قواعد عرفی است، با این حال رویه قضایی بین‌المللی در مجموع از روند مشخصی پیروی نموده است. به عبارت دیگر، در این رابطه، رویه قضایی از چارچوبی که خود تعیین نموده است در فرایند شناسایی قواعد عرفی بهره برده است.

- رویه قضایی بین‌المللی نمی‌تواند خود در فرایند شکل‌گیری قواعد حقوق عرفی به عنوان عنصر شاکله عرف مشارکت نماید.

- در حال حاضر فرایند شناسایی قواعد عرفی در رویه قضایی بین‌المللی در حوزه ملاحظات انسانی متحول شده است.

بر مبنای فرضیه اصلی تحقیق - متعاقب طرح پرسش اصلی - ساختار رساله حاضر نیز بر دو بخش

بنا شده است. در بخش اول به مفهوم عرف و تبیین عناصر آن در پرتو رویه قضایی بین‌المللی پرداخته

خواهد شد و در بخش دوم نیز عملکرد مراجع قضایی بطور مشخص در رابطه با شناسائی قاعده‌ای خاص مورد توجه قرار می‌گیرد.

بخش اول این نوشتار، که بر اساس قسمت نخست فرضیه سازماندهی گردیده، فرایند شناسایی عناصر شاکله عرف یعنی رویه (عنصر مادی) و *Opinio Juris* (عنصر روانی) را در چارچوب رویه قضایی معتبرترین مراجع قضایی بین‌المللی، البته با تکیه بر آراء و نظرات دکترین، مورد بررسی قرار می‌دهد. در این بخش بطور مشخص شرایط تحقق عنصر مادی عرف (رویه)، مدت زمانی که رویه باید در طی آن مدنظر قرار بگیرد، میزان انسجام و یکپارچگی رویه، عام بودن و حدود عمومیت رویه، ماهیت رویه، سایر سازندگان رویه جز دولتها و نیز نقش‌آفرینی عنصر روانی (*Opinio Juris*)، ماهیت آن و ادله مثبته آن، در عرصه رویه قضایی بین‌المللی مورد ارزیابی قرار می‌گیرند.

سپس در بخش دوم – که مبتنی بر قسمت دوم فرضیه بوده – این مسأله بررسی می‌شود که رویه قضایی بین‌المللی به چه نحو از آورده‌های خود در تبیین شرایط شکل‌گیری قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، بطور مشخص در رابطه با شناسائی قاعده‌ای خاص بهره برده است. همچنین در این بخش تحولات رویکرد رویه قضایی بین‌المللی در این فرایند نیز مد نظر خواهند بود.

۵) ترمینولوژی

در پایان این قسمت از مباحث و پیش از ورود به بحث‌های اصلی، به لحاظ ترمینولوژی ضروری است متذکر شویم که این مفهوم با عبارات مختلفی در متون و اسناد بین‌المللی اعم از اسناد رسمی و آراء حقوقدانان به کار برده شده است. «عرف»^۴، «عرف بین‌المللی»^۵، «قاعده عرفی»^۶، «قاعده عرفی حقوق بین‌الملل»^۷، «حقوق بین‌الملل عرفی»^۸، «حقوق عرفی»^۹ و بعضاً «رویه بین‌المللی»^{۱۰}. به عنوان مثال ماده ۳۸(۱)(ب) اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری از عبارت «عرف بین‌المللی» استفاده نموده است.

⁴ Custom

⁵ International Custom

⁶ Customary Rule

⁷ Rule of International Customary Law

⁸ Customary International Law

⁹ Customary Law

¹⁰ International Practice

بی آنکه به دنبال ارائه بحث‌های اضافی و طرح تحلیل‌های ادبی در این رابطه باشیم، تأکید می‌کنیم – چنانکه در رساله حاضر نیز اینگونه خواهد بود – در عرصه ادبیات حقوق بین‌الملل تمامی عبارات فوق تقریباً به یک مفهوم به کار برده شده و تداعی کننده یک معنای مشخص در ذهن می‌باشد، گوا اینکه بعضاً در همین چارچوب برخی از نویسندگان مباحث ادبی متنوعی را مطرح نموده اند.^{۱۱}

همچنین لازم به ذکر است، مشاهده عبارتهای فوق در این رساله می‌بایست تلقی حقوق بین‌الملل عرفی عام را به ذهن متبادر سازد، هر چند در موقع مقتضی بحث‌هایی نیز در رابطه با عرف‌های خاص و منطقه‌ای ارائه خواهد شد.

^{۱۱} برای مطالعه در این رابطه می‌توانید رجوع کنید به:

Wolfke, Karol, *Custom in Present International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands 1993, pp.1-8.
D'Amato, A, A, *The Concept of Custom in International Law*, Cornell university press, London 1971, pp.3-13.
Zimmermann, Andreas, Tomuschat Christian, Oellers-Frahm Karin, *The Statute of the International Court of Justice, A Commentary*, Oxford University Press, 2006, pp. 748-749.

بخش اول

تبيين مفهوم و عناصر عرف

در چارچوب رویه قضایی بین‌المللی

(۱) جامعه بین‌المللی جلوه‌گاه وحدت و واضح و تابع حقوق بین‌الملل

جامعه بین‌المللی در مفهوم کلاسیک و ساختاری آن متشکل از اجتماع حقوقی بیش از دویست دولت می‌باشد که جمعیتی حدود شش و نیم میلیارد نفر را در بر می‌گیرند.^۱ به همین خاطر گفته شده است که جامعه بین‌المللی از نظر حقوقی جامعه‌ای است که دولت‌های مستقل و برخوردار از حاکمیت آن را بر اساس یک سلسله مقررات الزام‌آور بنیاد نهاده‌اند تا روابط متقابل خویش را از طریق ارگانهای دائم یا غیردائم، در زمان صلح و به هنگام جنگ، سازمان داده و تنظیم نمایند.^۲

جامعه بین‌المللی امروز اگرچه تنها محدود به جامعه دولتها نمی‌شود؛ با این توضیح که بین این دولتها روابطی وجود دارد که تدریجاً به صورت نهاد درآمده است^۳ و همچنین وجود بازیگران غیردولتی مانند سازمانهای بین‌المللی غیردولتی و افراد که در این عرصه نباید نادیده گرفته شوند، با این حال دولتها همچنان نقش‌آفرینان اصلی و اولیه محسوب می‌شوند.^۴ به عبارت دیگر، دولتها تابعان بلافصل حقوق

^۱ در معنای دیگر، جامعه بین‌المللی مترادف «بشریت» در مفهوم حقوقی آن شده است. البته منظور از بشریت، توده‌ای انبوه از انسانها که از استخوان و ریشه سرشته شده باشند، نیست. بلکه همان «ارزشهای متعالی» است که در تمامی نظامهای فکری و رفتاری به آن اعتبار داده شده است. (هدایت‌الله فلسفی، *حقوق بین‌الملل معاهدات*، فرهنگ نشر نو، ۱۳۷۹، صص ۴۰۳-۴۰۸) به عبارت دیگر، حقوق بین‌الملل معاصر، جامعه بین‌المللی را به مثابه یک جامعه مرکب و سازماندهی شده تلقی می‌کند که در آن بر منافع مشترک و توسعه ارزشهای مشترک تأکید می‌شود و به زعم تومشات چنین منافع و ارزشهای مشترکی به واقع مهمترین شاخصه‌های جامعه بین‌المللی هستند. (Tomuschat, C, *Obligation Arising for States Without or Against Their Will*, 241 Res Cours, 1993, p.227)

به نقل از: آرامش شهبازی، *نظام حقوق بین‌الملل: وحدت در عین کثرت*، مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهردانش، تهران، ۱۳۸۹، ص ۶۸) همچنین برای مطالعات مفصل‌تر در این خصوص رجوع شود به:

Tomuschat, C, *International Law: ensuring the survival of mankind on the eve of a new century*, 281 Recueil des cours: Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1999.

^۲ کلود آلبر کلییار، *سازمانهای بین‌المللی*، ترجمه و تحقیق از هدایت‌الله فلسفی، نشر فاخته، ۱۳۷۱، ص ۵.

^۳ کلود آلبر کلییار، *نهادهای روابط بین‌الملل*، ترجمه و تحقیق از هدایت‌الله فلسفی، نشر نو، ۱۳۶۸، ص ۱۳.

^۴ «رنه ژان دو پویی» در دروس آکادمی لاهه در سال ۱۹۷۹، در تشریح قلمرو جامعه بین‌المللی اظهار داشت که به‌زعم او این جامعه بسته به مورد می‌تواند تمام جهان و مردم آن را در برگیرد یا صرفاً بخشی از آن تحت عنوان «جامعه مدنی بین‌المللی» را پوشش دهد.

بین‌الملل یعنی واضعان قواعدی به شمار می‌آیند که بر کل جامعه بشری حاکم است. این دولتها در مقایسه با جوامع داخلی نه تنها شماری محدود دارند بلکه هر یک از آنان از مقام و موقع اجتماعی ویژه‌ای برخوردار است تا آن حد که از ترکیب آنان جامعه نامتجانس پدید آمده که در آن هر عضوی فقط در جهت تحقق منافع خاص خویش فعال است. به همین جهت، حتی اگر فرض کنیم که روزی از تشکل این اعضاء دولتی فراملی بوجود آید، باز شاهد این عدم تجانس و ناهمگونی خواهیم بود، زیرا چنین جامعه‌ای به دلیل محروم بودن از تمدنی واحد هیچگاه قادر نخواهد بود همانند هر نظام ملی، مقرراتی عام وضع نماید که بر همه اعضاء قابل اعمال باشد؛ نتیجه اینکه باز دوباره قواعد خاص بر قواعد عام غلبه خواهند یافت و زور و سیاست جایگزین قاعده حقوقی و قانون به معنای خاص کلمه خواهد شد. این وضع در واقع بازتاب سرشت فعلی روابط بین‌الملل است که در قلمرو آن فقط دولتها قادر به تصمیم‌گیری هستند. بدیهی است در صورتی که ساختار این جامعه در هم بریزد و قدرت از آن افراد و گروههای ذی شعور گردد، جامعه واحد سازمان یافته‌ای پدیدار می‌شود که در آن قانون بر همه اعضاء به صورتی یکسان حاکم خواهد بود. البته تا آن زمان که تحولی اینچنین در جامعه بین‌المللی پدید آید، راه بس درازی باقی مانده است.^۵

Dupuy, R, J, *Communauté Internationale et disparités de développement*, 165 Res Cours (1979.IV), p.21, Dupuy, p, M, *l'unité de l'ordre juridique international*, Res Cours, (2000), p.421.

به نقل از: آرامش شهبازی، **نظام حقوق بین‌الملل وحدت در عین کثرت**، همان منبع، ص ۶۳

جامعه مدنی بین‌المللی امروزه متأثر از نقش و کارکرد سازمانهای بین‌المللی غیردولتی از یک جامعه سنتی «دولت محور» (Mosler, H, *The International Society as a Legal Community*, 140 Rec cours (1974.IV))

به نقل از: پیشین) به جامعه‌ای در تکاپو به سوی آرمانهای بشری حرکت می‌کند و این تابعان نوظهور در واقع متولیان منفعت عمومی محسوب می‌شوند. (Benedict Kingsbury, *The International Legal Order*, New York University Law School, Public Law Research Paper No.01-04, International Institute Law Working Paper No.(2003), no1, p.11,

به نقل از: پیشین، ص ۶۴) در واقع نخستین اندیشمندان حقوق بین‌الملل مانند ویتوریا، سوارز و گروسیوس، نیز پیوسته در پی آن بوده اند تا نوعی «حقوق اجتماعی فراگیر» و با گستره‌ای جغرافیایی به وسعت همه مخاطبان حقوقی پی ریزی کنند.

(see Abi-saab, *Humanite et Communaute Internationale dans la dialectique du droit Internationale*, In Rene-Jean Dupuy, *Humanite et droit International*, Melanges(1991), pp.3-ff,

به نقل از: پیشین) با این حال فرض چنین جامعه‌ای در این زمان تنها یک ساختار تئوریک یا تصور ذهنی یا تنها افقی دوردست محسوب می‌شده است که با واقعیت‌های موجود فرسنگ‌ها فاصله داشته است. همانطور که اشاره شد، امروزه دولتها همچنان نقش آفرینان اصلی در عرصه جامعه بین‌المللی بحساب می‌آیند.

^۵ هدایت‌الله فلسفی، **شناخت منطقی حقوق بین‌الملل**، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۱۰، ۱۳۷۱،

صص ۸۰-۸۲.