

حقوق قراردادی و تدوین قواعد عرفی در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری باتأکید بر قضیه نیکاراگوئه

سید قاسم زمانی

مقدمه

جامعه بین‌المللی به دلیل فقدان یک قدرت برتر از دولتهای واجد حاکمیت، جامعه‌ای غیر نهادین است. بدین لحاظ حقوق بین‌الملل مشتمل بر قواعد و مقرراتی است که تابعان نظام بین‌المللی خود آن را ایجاد کرده و یا بر آن گردن نهاده‌اند. در این عرصه عرف و معاهده، فنون ساخت قواعد حقوقی هستند که با نظام بنی‌حقوق و تعهدات اعضای جامعه بین‌المللی، روابط میان آنان را رقم می‌زنند. منتهای مراتب این نکته را نباید از نظر دور داشت که قواعد عرفی به علت فارغ بودن از قالبهایی که از رهگذر نظام حقوقی صورت‌پردازی شده باشند، در بعد زمانی مقدم بر قواعد قراردادی بوده‌اند. با وجود این گسترش روابط حقوق قراردادی و تدوین قواعد عرفی... ۲۸۵

بین‌المللی در سایه پیشرفت علم و تکنولوژی، عدم اقتران زمانی میان ضرورت‌های اجتماعی و روند تکوین قواعد عرفی را به تصویر کشید و ضعف ناشی از کندي تثبیت این قواعد و صراحت نداشتن آن را مبرهن ساخت.

این امر تلاش دولت‌ها را بمنظور عقد معاهدات بین‌المللی وسعت بخشید. پویش اخیر با ظهور سازمان‌های بین‌المللی و بویژه مأموریت یافتن کمیسیون حقوق بین‌الملل در چارچوب سازمان ملل متحد برای تدوین و توسعه قواعد حقوقی جانی تازه یافت.

بعد از جنگ جهانی دوم، معاهدات دو جانبه و چند جانبه بسیاری که عمدتاً حقوق عرفی را تدوین کرده بودند پای به عرصه وجود نهادند. آیا در این اوضاع و احوال سرنوشت حقوق عرفی جهان را پایانی جز غروبی جاودانه در انتظار نیست؟ قواعد عرفی که تدوین گشته اند چه خواهند شد؟ آیا عرف عام دیگر موجودیتی مستقل نداشته و با برتن کردن جامعه حقوق نوشته - به یمن کوشش‌های سازمان‌های بین‌المللی از یکسو، و اثرات جهانی سایر

گونه های حقوق موضوعه چون قواعد آمره و اصول کلی حقوق از سوی دیگر- بسوی اضمحلال گام برنمی دارد؟

معرفت به پاسخ این مسائل مستلزم تعمق در واقعیات مختلف و از جمله رویه قضایی بین‌المللی، بویژه رویه قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری است. دیوان در ۲۷ ژوئن ۱۹۸۶ به صدور حکم در قضیه نیکاراگوئه مبادرت ورزید. چون ایالات متحده در زمان صدور اعلامیه پذیرش صلاحیت دیوان (۱۹۴۶) قائل به رزرو شده بود، دیوان ناچار گشت بعد از احراز صلاحیت، حکم خود را بر قواعد حقوق بین‌الملل عرفی و اصول کلی حقوق بنا نهد و نه بر اساس معاهدات چند جانبه که ایالات متحده با رزرو خود اختلافات ناشی از آنها را از حیطه صلاحیت دیوان خارج ساخته بود. بدین خاطر در قضیه مذکور دیوان فرصت یافت تا به این مسأله بپردازد که چگونه قواعد حقوق قراردادی و حقوق عرفی که مضامین یکسانی دارند می‌توانند به موازات هم به موجودیت خود ادامه دهند و چه آثاری بر این استقلال موجودیت مترتب است.

حقوق قراردادی و تدوین قواعد ❖ ۲۸۷
عرفی...

مبحث ۱ تدوین و رابطه آن با توسعه

منظور از تدوین حقوق بین‌الملل، تنظیم دقیق و علمی آن دسته از قواعدی است که قبلاً در عملکرد گسترده کشورهای، رویه قضایی و دکترین شکل گرفته اند^۱ و یا به مفهوم عام، تدوین عبارت است از احصای منظم قواعد حقوقی معتبر در یک زمان مشخص.^۲

حقوق بین‌الملل عرفی هرچند محسنات واقعی بسیاری دارد- از جمله اینکه انعطاف پذیر است و خود را با واقعیات بین‌المللی جدیدی تطبیق می‌دهد - ولی با این حال غیر مشخص بودن و دشواری اثبات قواعد عرفی، دولت‌ها را برآن داشته است که قواعد مذکور را در چارچوب معاهدات بین‌المللی مضبوط و مدون نمایند و از این راه علاوه بر صراحت بخشیدن بدان، امکان احراز آن را از لحاظ فنی ساده‌تر

1. Article 15, Statute of I.L.C.

2. Barberis. JA., "International sur la coutume International", A.F.D.I.,1990, p.41.

گردانند. تدوین چنین معاهداتی به کشورهای فرصت می‌دهد تا قواعد عرفی را معین ساخته و یا در مورد نحوه گسترش و تکمیل یا اصلاح قواعد حقوقی موجود به توافق دست یابند.^۳

با گسترش و توسعه نقش سازمانهای بین‌المللی، تدوین حقوقی بین‌الملل بر اساس ماده ۱۳ منشور ملل متحد، در عداد یکی از اختیارات مهم مجمع عمومی قرارگرفت که مجمع هم برای این مهم، از ارگانهای خاص خود و بویژه کمیسیون حقوق بین‌الملل استفاده کرده است. البته شایان ذکر است که «علاوه بر کمیسیون حقوق بین‌الملل، مجمع عمومی از ارکان تخصصی فرعی خود چون کمیته خلع سلاح، کمیسیون حقوق بشر، کمیته استفاده صلح آمیز از فضای ماورای جو، کمیسیون ملل متحد راجع به حقوق تجارت بین‌الملل و ... نیز بهره جسته است».^۴

اما مسأله اساسی و قابل توجه این است که آیا معاهدات بین‌المللی می‌توانند صرفاً به اعلام حقوق عرفی موجود بسنده

3 . Cassese. Antonio., International Law in a Divided world" oxford, 1986, p. 183.

4 . Condorelli.,In cassese. A/and weiler. J.H.,(eds),"Change and Stability in International Law-Making", European University,1988,p.195.

کنند، و در عمل آیا چنین امری ممکن است؟

جواب این سؤال مسلماً منفی است؛ زیرا «هرچند تدوین و توسعه در اصل متفاوت از یکدیگرند، ولی با وجود این، وابستگی نزدیکی به هم دارند؛ زیرا از يك طرف هیچ تدوینی محدود به اعلام صرف مجدد حقوق موجود نمی شود و از طرف دیگر هیچ وضع قاعده ای کاملاً بدیع نیست»^۵ و اصولاً «هر کوششی برای تدوین يك قاعده عرفی، بصورتی اجتناب ناپذیر متضمن تلاش برای پیشبرد، تکمیل و تنظیم مجدد آن قاعده در چارچوب شرایط معا صر است»^۶. حتی برخی تا آنجا پیش رفته اند که به علت مشکل بودن تمایز دقیق تدوین و توسعه، امکان ملاحظه جداگانه هر يك را دور از انتظار دانسته اند.^۷

اما اگر فرض شود معاهده ای صرفاً به تدوین حقوق عرفی مبادرت ورزیده است،

5. Wolfke. Karol., "Can Codification of International Law be Harmful? ", In Makarczyk. J(ed), "Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs", Martionus Nijhoff, 1984,p.314.

6. Virally.M., "The Sources of International Law", In sorensen. Max (ed), "Manual of Public International Law", Martin's Press, 1968,p.142.

7.Sinclair. Sir. Ian., "The Vienna Convention on The Law of Treaties", Manchester University, 1984,pp.II,21.

آیا بر تدوین چنین قواعدی اثری مترتب می‌باشد؟ عده ای با اتکای محض بر قدرت الزامی ناشی از یک قاعده، بر این باورند که «اگر منظور، تدوین محض و ساده قواعد عرفی موجود باشد، متن تدوین کننده فاقد هرگونه ارزش حقوقی است؛ زیرا احصا و تنظیم قواعد، تغییری در مقررات آنها نمی‌دهد».^۸ سخن اینان تا آنجا که به قدرت الزامی قواعد باز می‌گردد راست می‌نماید؛ ولی آیا واقعاً باید ارزش حقوقی یک متن را بسته به میزان الزامی دانست که از آن متن ناشی می‌شود؟ بدیهی است همان گونه که به تفصیل بحث خواهد شد بر این امر آثار متفاوتی مترتب می‌باشد و از جمله اینکه «تغییر در منبع شکلی حقوق از عرف به معاهده، فنونی که از رهگذر آنها موجودیت و مضمون یک قاعده احراز می‌شود را نیز دگرگون می‌کند و حتی به جرأت می‌توان گفت صرف تغییر قالب و صورت قاعده، جهت توسعه آینده آن را نیز دگرگون می‌کند»؛^۹ مضافاً بر اینکه متن مدون شده

8. Barberis., loc.cit.

9. Jennings.R.Y., "The Progressive Development of International Law and Its Codification", B.Y.I.L., 1947, p.305.

معمولاً صریح و قطعی بوده و از ابهام حقوق عرفی بری می‌باشد.

منشور سازمان ملل، تدوین حقوق بین‌الملل را در زمره اهداف ملل متحد قرار داده است. بی‌تردید «در صورت استفاده از فنون مؤثر و مناسب برای تدوین حقوق، این امر بمنزله یکی از اقدامات جمعی مؤثر بوده، و می‌تواند در جلوگیری و از میان برداشتی تهدیدات علیه صلح و امنیت بین‌المللی، و حل اختلافات بر اساس عدالت و حقوق بین‌الملل واجد اهمیت باشد».^{۱۰} همچنین با توجه به استقلال قاعده عرفی از قاعده قراردادی، و البته پویایی حقوق عرفی، می‌توان برآن بود که «تدوین به هیچ وجه باعث جمود و توقف حقوق عرفی نمی‌شود. مصداق بارز ما تدوین گسترده حقوق دریاها در سال ۱۹۵۸ می‌باشد که مانع انقلاب و دگرگونی واقعی حقوق عرفی نگردید. انقلابی که در کنوانسیون ۱۹۸۲ مونته‌گویی متجلی گشته است».^{۱۱}

10. Condorelli.,op.cit.,p.305.

11.Caminos. H/Moliter. M.R., "Progressive Development of International Law and the Package Deal", A.J.I.L., 1985, vol. 79, p.827.

مبحث ۲
تأثير تدوين
بر قاعدة عرفی مدون شده

کشورها به اعتبار برخورداري از شخصیت حقوقی ذاتی، تابعان درجه اول نظام بین‌المللی بوده و برای اینکه بر نیازهای خود که ناشی از تحولات اجتماعی می‌باشد فائق آیند، بطور مداوم حقوق موجود را مورد مذاقه قرار می‌دهند و در صورت لزوم به تغییر قالب آن مبادرت می‌ورزند.

تدوین مبتنی بر پیش فرض وجود قواعد عرفی استقرار یافته در موضوعی معین است که تحت قلمرو يك معاهده قرار می‌گیرد،^{۱۲} ولی در اینجا سخن بر سر تأثیر شکلی و ماهوی تدوین برقاعده عرفی مدون شده باشد. آیا صرفاً ظرف قاعده تغییر می‌کند و قاعده (ماده) خود به حیاتش ادامه می‌دهد؟ یا اینکه قاعده قبلی از عرصه خارج شده و قاعده‌ای دیگر وارد میدان گشته است؟

12. Thirlway. H.W.A., "International Customary Law and Codification", Leiden, 1972, p. 80.

بند اوّل تداوم حیات قاعده عرفی بعد از تدوین

از لحاظ اصولی هر دادگاهی برای رسیدگی به دعوی باید دارای صلاحیت باشد. در نظام بین‌المللی صلاحیت محاکم قضایی و داورى مبتنی بر رضایت تابعان نظام است و دیوان نیز در عداد همین محاکم است. از این رو کشورها باید صلاحیت دیوان را پذیرفته باشند تا دیوان بتواند به دعاوی آنها رسیدگی نماید. در سال ۱۹۴۶ ایالات متحده آمریکا بر اساس بند ۲ ماده ۳۶ اساسنامه دیوان، اعلامیه پذیرش صلاحیت را صادر کرد و اعلام داشت که ایالات متحده صلاحیت اجباری دیوان بین‌المللی دادگستری را نسبت به تمام اختلافاتی که جنبه قضایی داشته و از این تاریخ به بعد رخ دهد، در مقابل هر دولت دیگری که این تعهد را متقبل گردد «بخودی خود»^{۱۳}

13. Ipso Facto.

و بدون قرارداد خاصی قبول می نماید، مگر در موارد زیر: ...، اختلافاتی ناشی از معاهدات چند جانبه داخل در صلاحیت دیوان نخواهد بود.

بعد از طرح دعوی نیکاراگوئه علیه ایالات متحده، این کشور با توسل به اعلامیه خود ادعا کرد که تنها حقوق بین الملل عام و عرفی که نیکاراگوئه می تواند ادعایش را مبتنی بر آن نماید، منشور ملل متحد است و دیوان نمی تواند غیر قانونی بودن استفاده ادعایی از نیروی نظامی را بدون توسل به منبع اصلی، یعنی بند ۴ ماده ۲ منشور مورد ملاحظه و بررسی قرار دهد.^{۱۴} در واقع ایالات متحده بر آن بود که مقررات مربوطه منشور در اینجا حقوق بین الملل عرفی را متوقف کرده و از حرکت بازداشته است. اگر قائل بدین شویم که وجود رابطه قراردادی ناشی از معاهدات چند جانبه این اثر را داشته که قواعد حقوق عرفی را در همان زمینه متوقف نموده باشد. در آن صورت دیوان نمی تواند ایالات متحده را با وجود تجاوز مکرر به معاهدات چند

14. I.C.J.Reports.,1986,para.173.

جانبه، در موضع نقض تعهدات عرفی‌اش بیابد و به علت رزرو نسبت به معاهدات چند جانبه دیگر جایی برای صلاحیت و رسیدگی دیوان باقی نمی‌ماند، خصوصاً اینکه دیوان رزرو ایالات متحده نسبت به معاهدات چند جانبه را نیز معتبر تلقی نموده بود.^{۱۵}

الف - تفاوت مضامین

گفتیم که تدوین هر قاعده‌ای متضمن توسعه آن نیز می‌باشد. در قضیه نیکاراگوئه دیوان بر این نظر نیست که «در عرصه حقوق ناظر بر اختلاف فعلی، کلیه قواعد عرفی که می‌توانند مورد استفاده قرار گیرند، مضمونی دقیقاً یکسان با قواعد مندرج در معاهداتی دارا هستند که بواسطه رزرو ایالات متحده قابل اعمال نیستند. عرصه‌هایی که از مجرای دو منبع حقوقی فوق به نظم کشیده شده اند در مواردی دقیقاً در هم نیامیخته‌اند و قواعد اساسی که چارچوب کار را تشکیل می‌دهند در محتوا یکسان نیستند».^{۱۶}

15. Ibid., 1984,p.442.

16. Ibid., 1986,para.175.

سپس دیوان در مقام اثبات نظر خود برآمده اظهار می‌دارد که «منشور خود بعضاً مثبت این امر می‌باشد که حقوق عرفی را کاملاً در خود جای نداده است. منشور با اینکه در ماده ۵۱ دفاع مشروع را حقی ذاتی می‌داند و بر آن است که هیچ یک از مقرراتش خدشه‌ای بدان وارد نمی‌سازد، با وجود این مستقیماً کلیه جوانب ماهوی آن را به نظم نکشیده است. برای مثال منشور شامل قاعده‌ای که بر اساس آن دفاع مشروع بایست واجد شرط تناسب درقبال حمله مسلحانه و ضرورت پاسخ بدان باشد، نیست و این قاعده در حقوق بین‌الملل عرفی استقرار یافته است. به علاوه تعریفی از تجاوز در منشور به عمل نیامده است و این امر قسمتی از حقوق قراردادی نیست. بر این اساس نمی‌توان قائل به این شد که ماده ۵۱ منشور مقررهای است که حقوق بین‌الملل عرفی را کاملاً تدوین کرده است. این استدلال در مورد سایر اصول از جمله اصل عدم مداخله نیز صادق می‌باشد.^{۱۷} و بدین نحو دیوان اثبات می‌کند که حتی اگر ادعای ایالات

17. Ibid., para.176.

متحده را در توقف حقوق عرفي به علت قرار گرفتن در چارچوب منشور بپذيرد، از آنجا که چنين امري بطور کامل صورت نپذيرفته است، ادعاي اين کشور خالي از وجه مي‌باشد. ديوان آنگاه با عرفي تلقي نمودن تعريف تجاوز موضوع ماده ۳ قطعنامه تعريف تجاوز (۳۳۱۴) در تأييد ادعاي خود نشان مي‌دهد که چگونه حقوق عرفي مکمل حقوق قراردادي است.

شاید بتوان گفت ديوان با دست يازيدن به اين شیوه استدلال مي‌توانست نتیجه منطقي ديگري نیز از آن استنباط نمايد و آن اينکه «اگر رزرو ايالات متحده محدود به اختلاف ناشي از معاهدات چند جانبه مي‌شود، موارد بر شمرده شده عرفي بوده و در قبال رزرو ايالات متحده مصون از تأثیر مانده است».^{۱۹} بويژه آنکه نيکاراگوئه دعواي خود را فقط مبتني بر نقض معاهدات چند جانبه نکرده و به اصول عرفي و حقوق بين‌الملل عام نیز استناد جسته بود.^{۲۰} نتیجه آنکه در اینجا به علت استقلال مضمون و قالب دو

18. Ibid., para.195.

19. Thirlway.H., "The law and Procedure of ICJ1960-1989", B.Y.I.L., 1989, p.155.

20. I.C.J.Reports., 1984, para.73.

قاعده عرفي و قرارداداي، مي توان قائل بدین شد که هر دو قاعده به موجودیت مستقل خود ادامه داده اند. مضافاً بر اینکه توسل به يك قاعده براي رفع ابهام یا پر نمودن خلاء ناشي از نقص قاعده ديگر، حتي با وجود رزرو نسبت به قاعده قرارداداي، امري بلاشکال و منطقي به نظر مي رسد. ديوان تلويحاً در همین قضيه اين اصل را که «اذن در شيء متضمن اذن در لوازم شيء نیز مي باشد» مورد شناسايي قرار داده است.^{۲۱} ما در واقع با اعتقاد بر اين امر که «بر يك اصل حقيقي نمي توان فرض محدوديت نمود مگر اينکه بوضوح اثبات شده باشد»^{۲۲} با يك قياس اصولي به اين نتیجه منطقي دست مي يابيم که چون استفاده از حقوق عرفي در مورد تعريف تجاوز، شرايط دفاع مشروع و اصل عدم مداخله مستلزم توجه به منشور ملل متحد

۲۱. ديوان در پاراگراف ۲۱۴ رأي ماهيتي خود ابراز مي دارد که ماده ۱۸ کنوانسيون ۱۹۸۲ مونته گويي، حقوق بين الملل عرفي را تدوين نموده است و بدین لحاظ آزادي کشتيراني در منطقه انحصاري اقتصادي تضمين شده است. اين آزادي متضمن آن است که هرکشوري که از حق دسترسي به بنادرش برخوردار است، لروماً از تمام آزاديهاي لازم براي کشتيراني برخوردار باشد.

22. Fitzmaurice.G., "The Law and Procedure of the ICJ: General Principles and Substantive Law", B. Y. I. L., 1950, p. 11.

حقوق قرارداداي و تدوين قواعد
عرفي... ۲۹۹

برای روشن نمودن دیگر ابعاد این حقوق می‌باشد، از این رو نمی‌توان در اینجا قائل به نقش بازدارندگی رزرو ایالات متحده شد. همان گونه که دیوان خود اظهار می‌دارد: «صرف نظر از رزرو ایالات متحده در مورد معاهدات چند جانبه، دیوان نمی‌تواند و نباید در تعیین محتوای حقوق بین‌الملل عرفی از منشور ملل متحد و منشور سازمان کشورهای امریکایی چشم پوشد».^{۲۳}

ب - وحدت مضامین

فرض کنیم معاهده به تدوین کامل عرف موجود می‌پردازد و به عبارتی مضمون هر دو قاعده یکسان می‌گردد. در این صورت آیا می‌توان ادعا نمود که قاعده قراردادی لاحق به حیات قاعده عرفی سابق میان اعضای معاهده پایان داده است. بدیهی است که «قاعده عرفی مذکور در روابط میان کشورهای ثالث و روابط میان آنها با اعضای معاهده اخیر به حیات خود ادامه می‌دهد»،^{۲۴} اما سخن بر سر این است

23. I.C.J.Reports,1986,para.183.

24. Thirlway.,op.cit.,Supra No.12,p.109.

که قاعده عرفی میان اعضای معاهده ای که به تدوین قاعده مذکور مبادرت ورزیده است چه می‌شود؟ آیا می‌توان در روابط میان کشورهای فوق قائل به این شد که قواعد عرفی تدوین شده هم به موازات معاهده مذکور به حیات خود ادامه می‌دهند؟

مسأله همزیستی حقوق عرفی و قراردادی قبلاً در قضیه مربوط به حقوق اتباع ایالات متحده در مراکش در سال ۱۹۵۲ مطرح شده بود. در آن قضیه ایالات متحده ادعا می‌کرد: «حقوق کنسولی که آن کشور از رهگذر معاهده و نیز اعمال شرط ملت کامله الوداد، از آن برخوردار شده است در حقوق عرفی نیز مبنای مستقلمی داشته و بعد از پایان حیات قاعده قراردادی، قواعد عرفی که به حیات خود ادامه داده‌اند جایگزین آن می‌شوند».^{۲۰} دیوان با وجود آنکه ابراز داشت حقوق ایالات متحده در مراکش صرفاً مبتنی بر معاهده است و نه بر عرف، این امر را انکار نکرد که جدای از یک معاهده، حقی

25. I.C.J.Reports.,1952,pp.199-200.

مستقل می‌تواند بر مبنای عرف وجود داشته باشد.^{۲۶}

در قضیه نیکاراگوئه دیوان بعد از خاطر نشان ساختن این امر که کلیه قواعد عرفی و قراردادی استنادی دقیقاً محتوای واحدی ندارد، اظهار داشت که حتی در صورت وحدت کامل مضامین یک قاعده قراردادی و یک قاعده عرفی مربوط به اختلاف حاضر، این امر دلیل آن نمی‌شود که گنجاندن قاعده عرفی در معاهده، ضرورتاً قاعده عرفی را از اعمال جداگانه اش محروم نماید^{۲۷} و به بیان کلی هیچ دلیلی وجود ندارد، که هرگاه حقوق بین‌الملل عرفی قواعد یکسانی با معاهده داشته باشد، قاعده قراردادی، قاعده عرفی را ملغی کند، بنحوی که هرگاه حقوق بین‌الملل عرفی هیچ موجودیتی برای خود نداشته باشد.^{۲۸}

نظر دیوان در اینجا مبتنی بر استقلال و برابری عرف و معاهده می‌باشد. نتیجه این برابری آن است که

26. Fitzmaurice.G., "The Law and Procedure of the ICJ.1951-54:General Principles and Sources of Law", B. Y. I. L., 1953, p.65.

27 . I.C.J.Reports,1986,para.175.

28 . Ibid.,para.177.

«معاهده لاحق در صورتی می‌تواند عرف سابق را نسخ کند که میان مضمون دو قاعده مغایرت و تعارض وجود داشته باشد»؛^{۲۹} یعنی يك قاعده نافي ديگري بوده و نتوان دريك زمان عمل به مدلول هر دو قاعده را از تابعان واحد انتظار داشت. در صورت عدم تعارض، اصولاً دليلي وجود ندارد تا لاحق بودن معاهده باعث حاکم گردانیدن آن بر قاعده عرفی مربوطه گردد.

بقای قواعد عرفی بعد از تدوین آنها، پیشتر در رأی دیوان در قضیه کارمندان دیپلماتیک و کنسولی ایالات متحده در تهران مورد تأیید قرار گرفته بود. در این راستا دیوان اظهار داشت: «تعهدات دولت ایران در قضیه مطروحه صرفاً تعهدات قراردادی ایجاد شده بوسیله کنوانسیونهای ۱۹۶۱-۱۹۶۳ وین نیست، بلکه این تعهدات تحت حقوق بین‌الملل عرفی نیز موجود است».^{۳۰}

اکثر نویسندگان نیز با دیوان هم عقیده بوده و برآنند که «قاعده عرفی تدوین شده به حیات خود ادامه می‌دهد و

29. Akehurst.M., "The Hierarchy of the Sources Of International Law", B.Y.I.L., 1974-75, p.274.

30. I.C.J.Reports, 1980, 31, para.62.

به صرف گنجاندن در يك متن مکتوب پایان نمی پذیرد».^{۳۱} در واقع «امکان اعتبار همزمان قواعد قراردادی و عرفی امری منطقی می باشد. چرا که به عبارتی دقیق، هدف تدوین نه ملغی ساختن قواعد عرفی استقرار یافته و نه تغییر آنهاست، بلکه هدف، تنظیم قواعد عرفی مربوطه در يك معاهده و به عبارتی مدرنیزه کردن آنها می باشد».^{۳۲}

کنوانسیون ۱۹۶۹ وین راجع به حقوق معاهدات در ارتباط با این امر که قاعده قراردادی مدون، عرفهای تدوین شده را نسخ نمی کند در ماده ۴۳ مقرر می دارد: «بی اعتباری، فسخ یا ردّ يك معاهده و نیز خروج یکی از طرفهای معاهده، یا تعلیق اجرای آن...، به هیچ وجه تأثیری در وظیفه يك کشور در انجام تعهدات مندرج در معاهده که طبق حقوق بین الملل و مستقل از معاهده مزبور ملزم به رعایت آنهاست نخواهد داشت». به بیان دیگر استقلال دو قاعده، ضامن بقای آنها بعد از در هم آمیختنشان است.

31. Reuter.Paul., "Interoduction to the Law of Treaties", Trans.by Mico.J/Haggenmacher.,Printer Publishers,1989,p.108.,Virally.,op.cit.,p.142.

32. Wolfke.Karol., "Custom in Present International Law", Martinus Nijhoff,1993, p.115.

برخی از حقوقدانان معتقدند که هر چند حقوق عرفی با انعقاد يك معاهده مدون از جانب چند دولت ملغی نمی‌شود، ولی دیوان در قضیه نیکاراگوئه بعد دیگر مسأله را مبهم رها کرده است؛ چرا که اظهار داشته است: «حتی اگر دو قاعده عرفی و قراردادی مفاهیم واحدی داشته و کشورهای درگیر در قضیه به وسیله‌های دو قاعده عرفی و قراردادی مذکور نیز ملزم باشند، این قواعد به موجودیت جداگانه خود ادامه می‌دهند و از این حیث «قابل اعمال» هستند».^{۳۳} از طرفی متعاهدین با تدوین قاعده عرفی موافقت کرده‌اند که اگر اختلافی میان آنها بروز کند تنها حقوق قراردادی قابل اعمال باشد و اگر معلوم شود که حقوق قراردادی به دلایل حقوقی خاصی، قابل اعمال نیست حقوق عرفی به جای آن اعمال می‌گردد. به عبارت دیگر، همیشه تنها يك قاعده در يك موضوع و مورد مشخص اعمال می‌گردد.^{۳۴} ایراد اینان تا آنجا که به ابهام، در عدم تصریح به اعمال يك قاعده در مورد

33. I.C.J.Reports,1986,para.178.

34. Czaplinski,Wladyslaw.: "Sources of International Law in Nicaragua Case",I.C.L.Q.,1989 vol.38,p.166,Barberis.,op,cit.,p.46.

موضوعي خاص در زماني معين باز مي‌گردد، منطقي بوده و به نظر مي‌رسد بر ديوان وارد باشد. اما نمي‌توان باور نمود که ديوان نسبت به اين مسأله کاملاً بي‌توجه بوده است؛ زیرا از يك طرف ديوان در پاراگراف مذکور به «قابليت اعمال»^{۳۰} دو قاعده اشاره مي‌کند و نه اعمال فعلي و همزمان آنها، روشن است که اين دو لفظ متفاوت از يکديگرند. از طرف ديگر اگر کلاً رويۀ قضايي ديوان و بويژه قضيه نیکاراگوئه را مورد بررسي قرار هيم، اين نکته روشن مي‌گردد که عملاً ديوان هنگامي قاعده عرفي تدوين شده را اعمال نموده است که در راه اجرائي قاعده قراردادي مدوّن مانعي به وجود آمده باشد. خلاصه کلام اينکه قاعده عرفي مدوّن شده بر اثر تدوين فقط در روابط اعضاي معاهده معلق مي‌شود، ليکن ميان دولتها ويا سازمانهاي بين‌المللي ثالث و نیز ميان آنها و اعضاي معاهده مربوطه، قاعده عرفي مزبور اعمال مي‌گردد. علاوه بر اين «هنگام تفسير قاعده قراردادي مذکور ميان کشورهاي عضو معاهده نیز مي

35. Applicability.

توان از قواعد مشابه عرفی مدد جست^{۳۶} و قطع نظر از تعلیق اجرای آنها، به عنوان ابزاری کمکی بدانها دست یازید.

بند دوم تبدیل ارزش قاعده

گفتیم که گنجاندن قاعده عرفی در یک معاهده به موجودیت آن قاعده پایان نمی‌دهد و این قاعده به قابلیت اعمال خود ادامه می‌دهد. منتها باید توجه داشت که «در میان کشورهای عضو معاهده ارزش عرفی قاعده به ارزش قراردادی تبدیل می‌شود»^{۳۷}. در این راستا دولتهای عضو را اعتقاد بر این بوده است که معاهده مذکور بلحاظ صراحت و نظام بندی که از حقوق عرفی به دست می‌دهد، در تنظیم و تنسيق نظام حقوقی حاکم بر روابطشان از

36. Barberis.,Ibid.,p.35.

37. Carreau.Dominque., "Droit International",Paris.Pedon,1988,p.259.

حقوق عرفي کارآمدتر خواهد بود و بهمین خاطر معمولاً این گونه معاهدات زودتر تصویب شده و به اجرا در می آیند. تبدیل ارزش قاعده عرفي به قاعده قراردادي واجد آثار بسیاری در مورد تفسیر و اجراي قاعده خواهد بود که مفصلاً بدان خواهیم پرداخت. برای مثال «در ارتباط با کشورهای عضو آن معاهده، از زمانی که آنها عضو معاهده مذکور می شوند و تا زمانی که عضو آن معاهده باقی میمانند، قواعد مقرر شده در آن معاهده به عنوان قواعد خاص، مقدم بر قواعد عرفي تدوین شده می باشند».^{۳۸} در واقع بخشی از قواعد عرفي که در معاهدات گنجانده می شوند اعتبار حقوقی دوگانه ای به دست می آورند. بدین معنی که هم بمنزله تعهدی قراردادي می باشند که محدود به کشورهای عضو معاهده می شوند، و هم در مقام حقوق عرفي دایره ای وسیعتر از اعضای معاهده را در بر می گیرند.^{۳۹}

بند سوم

38 . Thirlway.,op.cit.,Supra.No.12,p.100.

39 . Cassese.,op.cit.,p.183.

تغییر تکنیکهای احراز قاعده

مقدمه اجرا، تفسیر و حتی تدوین هر قاعده‌ای احراز موجودیت و اعتبار آن قاعده است. این امر بویژه به علت پیچیدگی و دگرگونی روند شکل‌گیری قواعد عرفی از اهمیت و ظرافت خاصی برخوردار می‌باشد. بدین لحاظ، چون احراز یک قاعده، از الزام تابعان آن قاعده بدان کاشف به عمل می‌آورد، بایست با توجه به نوع هر قاعده از فن ویژه و خاص خود آن قاعده بهره جست؛ فنی که قادر باشد علاوه بر مؤثر بودن در پر کردن خلاء حقوقی، از واقعیت نیز دور نیفتاده، قاعده‌ای موهوم یا تکامل نیافته را ابداع ننماید.

روند شکل‌گیری عرف بوسیله حقوق به نظم کشیده نشده است و حقوق بین‌الملل موضوعه فقط به صورتی مبهم در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان شرایطی را که باید به منظور تشخیص یک قاعده عرفی اعمال گردد مورد توجه قرار داده است.^{۴۰} علت این امر را شاید بتوان تحول و دگرگونی مستمر

40. Wolfke.,op.cit.,p.52.

روند شکل‌گیری و در نتیجه احراز قواعد عرفی دانست. با وجود اینکه می‌توان در قضیه نیکاراگوئه از شیوه‌های احراز قواعد عرفی یعنی توافق طرفین بعنوان اولین گواه قاعده عرفی، بررسی رویه و اعتقاد حقوقی کشورها و استنباط قواعد عرفی از اصول کلی بحث نمود، اذعان می‌داریم که در هر حال، کلام آخر را ارگان احراز‌کننده موجودیت قاعده عرفی می‌زند و در بادی امر همین استنباط مقام صالح است که خودنمایی می‌کند. در واقع «تشخیص قواعد عرفی در صلاحیت شخصی ارگانهای ذی صلاح است»^{۴۱} و بهمین لحاظ «در این عرصه قاضی نقشی اساسی ایفا می‌کند»^{۴۲}.

در حقوق قراردادی این وضع قدری متفاوت است. قاعده قراردادی مکتوب بوده و معمولاً از وضوح و صراحت خاصی در مقایسه با قواعد عرفی برخوردار است. با بررسی مقررات يك معاهده در مورد چگونگی ابراز رضایت در ملزم شدن به معاهده فوق و یا رویه بعدی کشورهای عضو، می‌توان بسهولت

41. Barberis.,op.cit.,p.37.

42. Carreau.,op.cit.,p.262.

دریافت که کدام کشورها به معاهده مذکور پیوسته و به مقررات آن گردن نهاده اند. بهمین خاطر بیشتر اختلافاتی که در مورد معاهدات پیش می‌آید، به اجرا و یا تفسیر آن معاهدات باز می‌گردد، زیرا در خلق یک قاعده قراردادی کشورها اراده‌ای فعال داشته و معمولاً آن را بطور صریح ابراز می‌دارند، در حالی که در عرصه حقوق عرفی این اراده منفعل و بیشتر تحت تأثیر واقعیات اجتماعی است.^{۴۳}

همان گونه که دیوان در قضیه نیکاراگوئه بیان داشت: «زمانی که دو کشور با درج قاعده‌ای خاص در یک معاهده موافقند، توافق آنها، برای اینکه آن را قاعده‌ای الزام آور سازد کافی است، لیکن در زمینه حقوق بین‌الملل عرفی نظرات مشترک طرفها در مورد مضمون آنچه که آنها به عنوان قاعده تلقی می‌کنند کافی نبوده و دیوان می‌بایست خود را اقناع

۴۳. هرچند ما نقش و تأثیر واقعیات اجتماعی را در ایجاد قواعد قراردادی انکار نمی‌کنیم، منتهای مراتب در حالی که خلق یک قاعده قراردادی در کل به عرصه‌ای از واقعیات که هنوز براساس نیازها و آمال اعضا کشیده نشده اند اشاره دارد، شکل‌گیری یک قاعده عرفی مربوط به واقعیتی می‌شود که حداقل قسمتی از آن در قالب رویه معین انسجام یافته است. (Wolfke.,Ibid.,p.97).

حقوق قراردادی و تدوین قواعد عرفی... ۳۱۱

کند که وجود آن قاعده در اعتقاد حقوقی آنها به الزام آور بودن رویه تأیید شده است».^{۴۴}

در واقع، در حالی که احراز توافق دو طرف در مورد يك قاعدة قراردادی، امری است قاطع و سرنوشت ساز، در حقوق عرفی چنین امری فقط بمنزلة يك نشانه و قرینه می‌باشد و «نقش اصلی را حتی در عرف دو جانبه، رویه کشورهای مربوط ایفا می‌کند».^{۴۵}

در مورد تداوم و امکان تغییر قواعد حقوقی باید گفت که تکامل مستمر حقوق بین‌الملل عرفی، دیوان را ناچار می‌گرداند که کراراً احراز کند کدام قواعد عرفی وجود دارند؟ یا حداقل کنترل کند که آیا آنها هنوز منطبق با واقعیات عینی بین‌المللی هستند؟ حتی اگر طرفهای اختلاف به چنین امری استناد نکرده باشند. این امر بدین خاطر است که «چنین حقوقی در عرصه معرفت قضایی دیوان قرار دارد و دیوان هم به عنوان يك ارگان قضایی می‌بایست حقوق بین‌الملل را مورد

44. I. C.J.Reports,1986,para.184.

45. I.C.J.Reports,1960,p.44.

توجه قرار دهد».^{۴۶} ولی در مقابل، حقوق قراردادی نسبتاً از قطعیت و آمریت بیشتری برخوردار است و به همین لحاظ علاوه بر لزوم استناد به پایان حیات قاعده قراردادی و اثبات آن از طرف کشور ذی نفع،^{۴۷} فرض بر آن است که قاعده مزبور بدان خاطر که کشورها معمولاً بطور صریح بدان ملتزم می‌گردند هم مضمونی همگام با واقعیات اجتماعی دارد و هم صورتی متناسب با محتوای خود، و از این رو از ثبات بیشتری برخوردار است.

نتیجه بحث اینکه چون در میان کشورهای عضو یک معاهده مدون، این قاعده قراردادی است که حکومت می‌کند، بدین لحاظ به اعتبار تغییر قالب، فنون احراز قاعده نیز متحول می‌گردد.

46. I.C.J.Reports,1974,p.9.

۴۷. حتی در صورت تعارض قاعده قراردادی با یک قاعده آمره، مستنبت از مواد ۶۶ و ۶۹ کنوانسیون وین حقوق معاهدات، حق ادعای بطلان به طرفهای قاعده قراردادی مذکور محدود شده است. دیوان هم در سال ۱۹۶۶ در قضیه آفریقای جنوب غربی از شناسایی اقدام عمومی (Actio Popularis) و واگذاری این حق به هر یک از اعضای جامعه بین‌المللی که در دفاع از یک منفعت عمومی طرح دعوی کنند، امتناع ورزید. (I.C.J.Reports,1966,p.47) با وجود این به نظر می‌رسد پیش‌بینی اقدام عمومی در این موارد با فلسفه و هدف قواعد آمره در حمایت از منافع و ارزشهای اساسی جامعه بین‌المللی کاملاً منطبق و ضروری است.

حقوق قراردادی و تدوین قواعد عرفی...

مبحث ۳
چگونگی متمایز ساختن
تدوین و توسعه از یکدیگر

متمایز ساختن قاعده ای که صرفاً قراردادی است از قاعده ای که حقوق عرفی را تدوین نموده است، امری مهم و درخور توجه می‌باشد. گرچه مجموع این قواعد هنگامی که در چارچوب معاهده جای می‌گیرند، بصورت یک کل جلوه‌گر شده و بنابر اصل تفکیک ناپذیری مقررات معاهده، بعنوان مجموعه ای واحد اعضا را ملزم می‌نمایند. با وجود این خاطر نشان کردیم که جامعه بین‌المللی بعزت فقدان قدرتی برتر از کشورهای دارای حاکمیت، جامعه ای غیر نهادین است. بدین خاطر در نهایت حقوق بین‌الملل فقط مشتمل بر قواعد و مقرراتی است که کشورها برای تنظیم روابط میان خود ایجاد کرده اند (اصل تساوی حقوقی کشورها). از طرفی اثبات نمودیم که در مقابل اعتبار نسبی قواعد قراردادی، قواعد عرفی بعد از تدوین به حیات مستقل خود ادامه می‌دهند و

بدین لحاظ در روابط میان کشورهای عضو معاهده مذکور از یک طرف و کشورهای تابع قاعده عرفی مزبور از طرف دیگر، در زمینه مربوط خلای پیش نمی‌آید. از این رو ضروری است در مورد یک معاهده، با توجه به اهرمهایی که در زیر مورد بحث قرار می‌گیرند، قواعد صرفاً قراردادی از قواعد عرفی تدوین شده تشخیص داده شوند. به وجود این چون «قواعد حقوق بین‌الملل از رهگذر روندی سیاسی- حقوقی خلق می‌شوند و علی‌رغم تفاوت‌های اساسی در شکل و صورت، این قواعد و بویژه عرف و معاهده از مبناي مشترك یعنی هماهنگی اراده کشورها یا دیگر تابعان حقوق بین‌الملل نشأت می‌گیرند»،^{۴۸} بدین لحاظ با وحدت مبناي قواعد عرفی و قراردادی^{۴۹} ناگزیریم تا مکانیسم ایجاد و اجرای دو قاعده را مطمع نظر قرار دهیم. بدون اینکه بخواهیم اشکال ایجاد قواعد عرفی و قراردادی را مستقلاً مورد بررسی قرار

⁴⁸-Tunkin G., "Politics, Law and Force in the Interstate System". R.C.A.D.I. 1989, vol. 219, p. 260.

⁴⁹- این امر منافاتی با تعدیل مبناي ارادی عرف به لحاظ واقعیات اجتماعی نخواهد داشت؛ زیرا نقش اراده کاملاً انکار نشده است، بلکه سهم و اهمیت اراده در مورد عرف و معاهده متفاوت است.

**حقوق قراردادی و تدوین قواعد ۳۱۵ ❖
عرفی...**

دهيم، معاهده اي را مورد توجه قرار مي دهيم كه آميزه اي از قواعد عرفي و قراردادي باشد.

بند اول

مراجعه به متون مقدماتي

براي اينكه ارادة تابعان حقوق بين الملل در عقد يك معاهده همساز و هماهنگ گردد، ضروري است تا از مجراي مذاكره ميان منافع آنها تعادل و سپس بين اراده شان توافق ايجاد شود. در اين بين مراجعه و توسل به كارهاي مقدماتي كه زمينه انعقاد معاهده را فراهم آورده اند، ارزشي انكار ناپذير در تعيين روند و نحوه شكل گيري قاعده دارا مي باشد. در واقع «متون مقدماتي در احراز اينكه مقررره اي خاص بعنوان قاعده اي از پيش موجود تلقي شده يا قاعده مورد بحث در حال پيدايش بوده و بوسيله اين روند تكميل شده است ويا بصورت قاعده اي جديد مطرح شده است، نقشي كمكي دارند».⁵⁰

50 . Arechaga E. J., "International Law in the Past Third of a Century", R.C.A.D.I., 1978, vol.159, p.27.

دیوان در قضایای فلات قاره دریای شمال برای مبرهن ساختن این امر که آیا خط میانه بعنوان قاعده ای عرفی تدوین یافته است یا خیر، به مباحثاتی که در کمیسیون حقوق بین‌الملل در مورد این ماده جریان داشته توجه می‌کند و اظهار می‌دارد: «مباحثات کمیسیون حاکی از آن است که اصل مذکور بصورتی که در ماده ۶ کنوانسیون فلات قاره ۱۹۵۸ جای گرفته است با تردید قابل ملاحظه ای بوسیله کمیسیون پیشنهاد شده است، بنحوی که به بیان دقیق، یک اصل آرمانی و نه یک قاعده موجود یا قاعده در حال تکوین حقوق بین‌الملل عرفی می‌باشد».^{۵۱} بدین لحاظ دیوان با احراز این امر که قاعده مذکور در عرصه توسعه حقوق بین‌الملل می‌گنجد و صرفاً قراردادی است، دولت ثالث یعنی آلمان فدرال را مبرّای از تعهدات وضع شده بوسیله آن قاعده دانست.

دیوان همچنین در رأی مشورتی خود در قضیه نامیبیا با توجه به شواهد مندرج در متون مقدماتی کنوانسیون وین ۱۹۶۹ راجع به حقوق معاهدات، ماده ۶۰ آن

51. I.C.J.Reports,1969,p.38.,para.62.

کنوانسیون را در مورد فسخ يك معاهده یا تعلیق اجرای آن در نتیجه نقض اساسی، مبنی حقوق عرفی تلقی کرد.^{۵۲}

در قضیه نیکاراگوئه دیوان برای اثبات مدون بودن بند ۴ ماده ۲ منشور ملل متحد به کارهای کمیسیون حقوق بین‌الملل در زمینه حقوق معاهدات توجه نمود و اظهار داشت: «کمیسیون حقوق بین‌الملل مواد منشور راجع به ممنوعیت استفاده از زور را به ذات خود بعنوان يك نمونه بارز قاعده‌ای بین‌المللی که ویژگی آمره دارد تلقی نموده است».^{۵۳} نکته اساسی که در این مورد باید بدان توجهی خاص مبذول داشت، آن است که «هر مقرره قراردادی در این چهار چوب بصورتی جداگانه و دقیق مورد بررسی قرارگیرد».^{۵۴} و بعلاوه از متون مقدماتی فقط بعنوان شاهد و قرینه‌ای معتبر و نه دلیلی قاطع، در احراز عرفی بودن يك قاعده قراردادی با توجه به کل چارچوب معاهده استفاده گردد.

52. I.C.J.Reports,1971,p.47.

53. I.C.J.Reports,1986,para.190.

54. Bernhardt.Rudolf., "Custom and Treaty in The Law of The Sea", R.C.A.D.I.,1987, vol.205. p.272.

بند دوم

ارزیابی نحوه اعلام رضایت به معاهده

الف. آیا مجاز بودن اعمال رزرو نسبت به
یک مقررۀ قراردادی
برعرفی نبودن آن دلالت دارد؟

براساس بند «د» از ماده ۲ کنوانسیون
۱۹۶۹ وین راجع به حقوق معاهدات، رزرو
عبارت از اعلامیه یکجانبه‌ای است که یک
کشور تحت هر نام یا به هر عبارت حین
امضاء، تنفیذ، قبول، تصویب یا الحاق به
یک معاهده صادر می‌کند و بوسیله آن قصد
خود را دایر بر عدم شمول یا تعدیل آثار
حقوقی بعضی از مقررات معاهده نسبت به
خود بیان می‌دارد. از این رهگذر کشورها
هنگام اعلام اراده قطعی خود نسبت به
پذیرش یک معاهده چند جانبه می‌توانند
تحت شرایط خاص، با استفاده از این حق،
حاکمیت ملی خود را در مقابل مقررۀ مورد
بحث محفوظ دارند.

دیوان در قضایای فلات قاره دریایی
شمال با این ادعای دانمارک و هلند
مواجه بود که ماده ۶ کنوانسیون فلات

حقوق قراردادی و تدوین قواعد
عرفی... ۳۱۹❖

قاره راجع به اصل خط میانه به تدوین حقوق عرفی موجود در زمان خود پرداخته است و بدین لحاظ قاعده‌ای صرفاً قراردادی به شمار نمی‌رود تا آلمان فدرال با استناد به عدم عضویت در کنوانسیون، نسبت به آن ملزم تلقی نشود.

دیوان با اکتفا به استدلال خود بر این امر که قواعد عام حقوق عرفی، باید ماهیتاً از اعتبار و قدرتی یکسان برای کلیه اعضای جامعه بین‌المللی برخوردار باشند اظهار داشت: «چون در ماده ۱۲ همان کنوانسیون راه اعمال رزرو نسبت به ماده ۶ باز گذارده شده است از این رو این رو این ماده ارزشی صرفاً قراردادی دارد».^{۵۵}

آیا واقعاً می‌توان قائل به این شد که عمومیت یک قاعده مانع از اعمال رزرو نسبت به آن می‌گردد؟ کنوانسیون وین راجع به حقوق معاهدات در بحث رزروهای ممنوعه با وجود اینکه در مقام بیان بوده است ذکر از این مورد نکرده است.^{۵۶}

55. I.C.J.Reports,1969,pp.38-9,para.63.

۵۶. اگر هدف معاهده تضمین وحدت و یکپارچگی در اعمال کشورها- در موضوعی که تحت سیطره معاهده قرار گرفته

ضمن بحثي که قبلاً در مورد تأثیر تدوین بر قاعده عرفی مدون شده داشتیم، خاطر نشان ساختیم که با تدوین، قاعده عرفی در میان کشورهای عضو معاهده به قاعده‌ای قراردادی تغییر شکل می‌دهد و بدین خاطر با تغییر قالب، می‌توان با آن بعنوان قاعده‌ای قراردادی برخوردار نمود و به همین جهت «صرف عمومیت قاعده عرفی نقشی باز دارنده در مقابل امکان این امر که کشورها از رهگذر معاهده از آن تخطی ورزند، یا قاعده متفاوتی را اعمال کنند، ندارد».^{۵۷} از طرفی به علت فقدان سلسله مراتب میان عرف و معاهده، هر کدام که لاحق باشند می‌توانند دیگری را نسخ نمایند. پس اگر کشورها بتوانند در روابط قراردادی خود قاعده‌ای عرفی را نسخ کنند، «بطریق اولی»^{۵۸} اعمال حق رزرو که قاعده‌ای عرفی را در روابط خاص معلق می‌کند، بلاشکال به نظر می‌رسد. قاضی سورنسن در قضایای فلات قاره دریای شمال در اعتراض به این نگرش

است-باشد، در این صورت شاید بتوان گفت که اعمال رزرو نسبت به معاهده، بر خلاف هدف معاهده بوده و ممنوع است.

57 . Thirlway., op.cit., Supra,No.19, p.147.

58 . Afortiori

دیوان اظهار داشت: «اختیار اعمال رزرو نسبت به يك معاهده ضرورتاً ارتباطی با این مسأله که آیا مقررة مورد بحث مبین حقوق عام می‌باشد، ندارد. پذیرش رزرو خواه بصورت صریح یا ضمنی از طرف يك کشور متعاهد، اثر محروم نمودن کل کنوانسیون یا ماده خاصی از آن را، از ویژگی و ماهیت اعلامی ندارد، بلکه فقط موجد این اثر است که يك رابطه قراردادی خاص میان طرفهای مربوط در چارچوب حقوق عام مندرج در آن معاهده ایجاد می‌شود، مشروط به آنکه قاعده عرفی مذکور از جمله قواعد آمره نباشد. نتیجتاً هیچ مغایرتی میان اعمال رزرو نسبت به مواد خاص کنوانسیون راجع به فلات قاره، و شناسایی آن کنوانسیون یا مواد خاص آن به عنوان بیان قواعد عموماً پذیرفته شده حقوق بین‌الملل وجود ندارد».^{۵۹}

در واقع «امکان رزرو نسبت به مواد يك معاهده برای طرفین، لزوماً به معنای انکار ویژگی اعلامی آن مواد نیست»^{۶۰}

59. I.C.J.Reports,1969, Diss.Op. Judge Sorensen", R.C.A.D.I.,1970,vol.129,p.56.

60 . Baxter.R.R., "Treaty and Custom",R.C.A.D.I.,1970,vol.129,p.56.

زیرا «قواعد عرفی جهانی اساساً ماهیتی موضوعه داشته و در نتیجه می‌توانند بوسیله اعمال رزرو در روابط متقابل تعدیل گردند».^{۶۱}

از این رو نمی‌توان از مجاز بودن اعمال رزرو نسبت به یک مقرر و استفاده از آن حق، مدون نبودن قاعده قراردادی را استنباط کرد. «برای ملاحظه این امر که آیا رزرو می‌تواند نسبت به مقررات یک معاهده مدون اعمال گردد یا خیر، ضروری است قواعد آمره را تشخیص دهیم».^{۶۲} این قواعد به علت ارتباطی که با نظم عمومی بین‌المللی پیدا می‌کنند، نمی‌توانند موضوع رزرو واقع شوند، و الا در سایر موارد، قواعد قراردادی قابل رزرو هستند، اعم از اینکه صرفاً قراردادی باشند یا اینکه عرفی را اعلام کرده باشند.^{۶۳}

61. Czaplinski. Wladys Law ., "Sources of International Law in Nicaragua Cass", I.C.L.Q.1989, vol.38, p.153.

62 . Thirlway., op,cit.,Supra,No.12,p.123.

۶۳. با اتخاذ این نگرش ممکن است این مسأله به ذهن خطور کند که آیا مجاز بودن اعمال رزرو نسبت به قواعد قراردادی مدون، ترفندی در دست دولتها برای گریز از تعهدات عرفی نیست؟ دولتهایی به علت عدم اعتراض صریح و مستمر از همان زمان شروع شکل‌گیری قاعده عرفی بدان، در بند قاعده مذکور گرفتار آمده و مترصد فرصتی برای

حقوق قراردادی و تدوین قواعد ❖ ۳۲۳
عرفی... .

ب - روند تصویب، الحاق و امکان تجدیدنظر
گنجانیدن مقرراتی دال بر امکان
تجدید نظر در معاهده مغایر با اسناد
ویژگی عرفی به برخی از مقررات یا کل آن
معاهده نیست.^{۶۴} زیرا قاعده عرفی ایستا
و واجد ثبات همیشگی نبوده و تحول و
پویایی از مهمترین خصایص آن به شمار می
رود. از طرف دیگر صرف تجدید نظر در یک
معاهده مدوّن، پایان بخش اعتبار قاعده
عرفی که در عرصه ای دیگر به حیات مستقل
خود ادامه داده است، نیست مگر اینکه
«شرایط تغییر یا اختتام قاعده عرفی- که
ضرورتاً همان شرایط شکل گیری آن قاعده و

رہایی از این تعهد می باشند. بی تردید چنین ایرادی
زایده نگرشی سطحی و عدم تعمق کافی در مورد حق شرط
می باشد. علاوه برنامحدود نبودن حق اعمال رزرو، بر اساس
مواد ۲۰ و ۲۱ کنوانسیون وین، حقوق محقوظ زمانی در
قبال کشور دیگر قابل استناد است که آن کشور این
محدودیت را پذیرفته باشد. در واقع گرچه اعمال شرط در
ابتدا اعلامیه ای یکجانبه می باشد، ولی این پذیرش کشور
دیگر است که رابطه ای قراردادی میان آنها برقرار می
سازد. پس آثار آن محدود است. از طرفی رابطه میان
کشورهای ثالث و کشور اعمال کننده رزرو، و از طرفی
دیگر رابطه کشور اخیر با کشورهای مخالف شرط در عرصه
حقوق عرفی باقی می ماند، چرا که قاعده عرفی مذکور بعد
از تدوین کماکان به حیات خود ادامه داده است.

64 . Baxter.,op.cit.,pp.52-53.

حتي بسي دقيقتر و مشكلتر از آن مي‌باشد -
جمع گردند».^{۶۵}

البته بايد افزود كه بررسي نحوه
اعلام رضاييت به متن معاهده مدون، محدود
به بررسي رزروهاي اعمال شده و يا امكان
تجديد نظر نسبت به معاهده مذکور نيست و
در اين زمينه از اهميهاي ديگري نيز مي
توان سود جست. هر قاعده حقوقي بلحاظ
نظم عيني كه ايجاد مي‌كند، زمينه‌هاي
متفاوتي براي اجرا مطلبد. از طرف ديگر
كشورها معمولاً هنگامي به پذيرش يك قاعده
گردن مي‌نهند كه مضمون آن را براي
تنظيم روابط ميان خود و كشورهاي ديگر
مناسب يافته باشند. از اين رو به
قاعده‌اي قراردادي كه حقوق از قبل موجود
را تدوين نموده است. بلحاظ تناسب قاعده
با ساختار حقوقي و منافع ملي‌شان معمولاً
آسانتر اعلام رضاييت مي‌كنند، تا نسبت به
يك قاعده قراردادي كه بديع بوده و در
عرصة توسعه حقوق بين‌الملل جاي مي‌گيرد.
بهمين لحاظ است كه «كنوانسيون راجع به
جانشيني دولتها در معاهدات» (۱۹۷۸) و
جانشيني دولتها در اموال، اسناد و قروض

65. Wolfke.,op.cit.,p.65

(۱۹۸۳) ، رضایت قطعی اندکی را به خود اختصاص داده‌اند و بعید است که در دوران اخیر لازم الاجرا گردند».^{۶۶}

نتیجه آنکه «اتخاذ متن کنوانسیون با وفاق عام، یا از رهگذر اکثریت وسیع و گسترده، و میزان تصویب پیاپی کشورها در مدتی اندک از زمان امضا و تعداد رزروهایی که نسبت بدان اعمال شده است،^{۶۷} از شاخصهایی هستند که برای احراز عرفی بودن قواعد کنوانسیون به کار می‌آیند».^{۶۸} همچنین الحاق سریع کشورها می‌تواند به عنوان قرینه‌ای مناسب در این عرصه مورد توجه واقع شود. با وجود این، گاهی تصویب و الحاق سریع و گسترده به یک کنوانسیون می‌تواند

66. Mullerson. Rein., " The Continuity and Succession of States by Reference to the Former USSR and Yugoslavia" , I.C.L.Q.,1993, vol .42,p.473.

۶۷. شاید به نظر برسد ما با توسل به میزان رزروهای اعمال شده برای احراز عرفی بودن یا نبودن یک مقرره معاهده، با توجه به بحث چند سطر پیش دچار تناقض گویی شده ایم. برای رفع این شبهه اظهار می‌داریم مغایرتی میان این دو امر وجود ندارد. چرا که دیوان از ماده ۱۲ کنوانسیون مذکور که راه رزرو را نسبت به اصل خط میانه باز گذاشته، جنبه صرفاً قراردادی آن را استنباط کرده، ولی بحث ما در اینجا به میزان رزروهایی بر می‌گردد که کشورها اعمال کرده‌اند و جنبه عینی گرفته است. از طرف دیگر مورد اخیر بدون اینکه اثری قطعی داشته باشد فقط به عنوان یک نشانه و قرینه مورد توجه قرار گرفته است.

68. Condorelli., op.cit.,p. 198/Baxter., op.cit.,p.42.

دلایل دیگری داشته و از جمله ناشی از فقدان قاعده‌ای موضوعه برای تنظیم روابط میان تابعان حقوق بین‌الملل در عرصه‌ای خاص باشد. بهمین لحاظ در این قلمرو باید با احتیاط کامل عمل نمود و با احتراز از اتخاذ موضعی عام و کلی بدین نکته توجه داشت که «حکم به مدون بودن معاهده، بستگی به شرایط و اوضاع و احوال هر قضیه دارد و هر مقرره قراردادی باید بصورتی جداگانه و دقیق مورد بررسی قرار گیرد».^{۶۹} و از توسل به قرینه‌ای خاص و واحد برای استنباط نظر قطعی اجتناب به عمل آید، همان گونه که دیوان در احکام خود به دلایل و قراین متفاوتی در اثبات یا ردّ یک موضوع توسل می‌جوید.

همچنین در این زمینه نباید راجع به اهمیت و ارزش تصویبها و الحاقات کشورها مبالغه نمود. یک شعبه دیوان، بحق در سال ۱۹۸۴ در قضیه راجع به خلیج ماین میان کانادا و ایالات متحده امریکا، فقدان تصویبهای مورد نیاز را برای لازم الاجرا شدن کنوانسیون ۱۹۸۲ مونته گوبی،

69. Bernhardt., loc. Cit.

به عنوان مانعی غیر قابل عبور در راه احراز این امر که این کنوانسیون عرفی‌های موجود راجع به منطقه فلات قاره و منطقه انحصاری اقتصادی را تدوین کرده است تلقی نمود.^{۷۰} در واقع دیوان برای تشخیص این امر که مقرره‌ای خاص در برخی جوانب به عنوان تدوین حقوق عرفی موجود تلقی می‌گردد، انتظار برای لازم الاجرا شدن مقرره مذکور را ضروری ندانسته است.

بند سوم تجزیه و تحلیل معاهده

در نظام بین‌الملل، قواعد حقوقی گاه از نظم روابط میان تابعان آن تحت قیود و شرایط خاصی استنباط می‌گردند و زمانی در معاهداتی که مظهر اراده صریح اعضا در نظم بخشیدن به اعمال میان خود یا تحقق هدفی مشترک می‌باشند متجلی می‌گردند، ولی در هر حال بدان خاطر خلق شده‌اند که اجرا گردند و اجرای قواعد طبعاً مستلزم دریافت مضمون و حد قلمرو

70. I.C.J.Reports.,1984,p.294,para.94.

هر قاعده می‌باشد^{۷۱} و در مورد اخیر است که در تمییز قواعد عرفی تدوین شده از قواعد که بمنزله توسعه حقوق بین‌الملل می‌باشند، معاهده به خدمت گرفته می‌شود. بعضی مواقع معاهدات کلاً و یا ارتباط با مقرره ای خاص، خود بطور صریح حکایت از این دارند که عرف موجود را تدوین کرده اند. برای مثال کنوانسیون ۱۹۶۹ وین راجع به حقوق معاهدات در مقدمه خود بصورت کلی اشعار داشته است که در کنوانسیون مذکور تدوین و توسعه محقق گشته است و یا مواد ۳ و ۷ کنوانسیون وین راجع به جانشینی دولتها در معاهدات صراحتاً بر این نکته مهر تأیید نهاده اند.

مع ذلك، هر چند این عبارات گشاینده دریچه ای بسوی بررسی بیشتر و تبیین رویه دولتهای عضو برای ا حراز جنبه اعلامی يك مقرره یا كل آن می‌باشد، اما «چنین اعلامی اثری قطعی نداشته و ما را از تحقیق و جستجوی بیشتر بی نیاز

۷۱. برای مطالعه بیشتر در این مورد رك. به دكتر هدایت الله فلسفی، تفسیر و اجرای مقررات حقوق بین‌الملل، مجله حقوقی دانشكده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۱/۷۲، شماره ۱۱-۱۲.

حقوق قراردادی و تدوین قواعد عرفی... ۳۲۹

نمی‌کند».^{۷۲} به اعتقاد دیوان در زمینه حقوق بین‌الملل عرفی هماهنگی و اتفاق نظر طرفها در مورد مضمون چیزی که آن را به عنوان قاعده تلقی می‌کنند کافی نیست و چنین امری باید در اعتقاد حقوقی کشورها بوسیله رویه تأیید شده باشد.^{۷۳} گاهی از مضمون يك معاهده بر می‌آید که در موضوعی معین، معاهده به تدوین حقوق بین‌الملل عرفی مبادرت ورزیده است، بدون اینکه مقرره مذکور صراحتاً به چنین امری اشاره کرده باشد. دیوان در رسیدگی به اختلاف نیکاراگوئه و امریکا برای اینکه اثبات کند ماده ۵۱ منشور ملل متحد به تدوین حق عرفی دفاع مشروع پرداخته است و بدین خاطر مقرره ای صرفاً قراردادی نیست تا رزرو ایالات متحده نسبت به معاهدات چند جانبه در اعلامیه پذیرش صلاحیت دیوان، آن را از قرائت بازداشته باشند اظهاری دارد که خود منشور به حقوق بین‌الملل عرفی از قبل موجود اشاره کرده است؛ زیرا ماده ۵۱ از دفاع مشروع به عنوان حقی ذاتی یاد

72. Baxter., op.cit.,p.55.

73. I.C.J.Reports,1986,para,184.

می‌کند و مشتمل بر این عبارت است که هیچ چیز در منشور حاضر خدشه‌ای به این حق که در صورت وقوع یک حمله مسلحانه اعمال در منشور حاضر خدشه‌ای به این حق که در صورت وقوع یک حمله مسلحانه اعمال می‌شود، وارد نمی‌کند.^{۷۴}

همچنین در مورد عرفی بودن برخی از قواعد حاکم بر مخاصمات مسلحانه، دیوان توجه خود را به کنوانسیونهای چهار گانه ژنو ۱۹۴۹ معطوف می‌دارد. هر چهار کنوانسیون چنین مقرره‌ای را در خود جای داده‌اند که فسخ فقط در باره دولت فسخ کننده معتبر است و نسبت به تعهداتی که دولتهای متخاصم مکلفند بموجب اصول حقوق بشر ناشی از رسوم مقرر بین ملل متمدن و قوانین انسانیت و مقتضیات وجدان عمومی اجرا نمایند، بلا اثر است. و از این رو دیوان آن اصول را در قضیه نیکاراگوئه قطع نظر از اینکه در چارچوب کنوانسیونهای چند جانبه گنجانده شده‌اند، قابل اعمال دانست.^{۷۵} در واقع دیوان از مدلول مقررات مندرج در یک

74. Ibid., para.176.

75. Ibid., para.218.

معاهده، عرفي بودن آنها را احراز نموده است. شایان ذکر است که چنین استنباطي باید با احتیاط و با رعایت سایر جوانب امر صورت گیرد؛ زیرا گاهی مواقع اعضاي معاهده برای اینکه کشورهای ثالث را هم در بند مقررات معاهده خود در آورند در متن معاهده عباراتی را بنحوي صوري درج می کنند تا حاکی از مدون بودن معاهده آنها باشد.

بند چهارم

مقایسه متن معاهده با قواعد عرفي

به جرأت می توان گفت قطعي ترین و مطمئن ترین راه تفکیك قالب قواعد مشابه و یا یکسان از یکدیگر، احراز مستقل موجودیت و قلمرو هر قاعده است. چنین شیوه اي خود في نفسه ارزش اثباتي داشته و بی نیاز از عوامل کمکی دیگر می باشد. بی آنکه بخواهیم به تکرار مطالب قبل پردازیم، خاطر نشان می سازیم که «در این رابطه بار اثبات قواعد عرفي از رهگذر کنترل قاعده عرفي مربوط، آن گونه که قبل از انعقاد کنوانسیون مدون ادعایي

جریان داشته است، صورت می پذیرد».^{۷۶} زیرا در اینجا فرض بر آن است که معاهده یا مقررہ خاصی از آن به تدوین حقوق عرفی از پیش موجود مبادرت ورزیده است و بدیهی است که «هیچ چیز مانع از آن نیست که کشورها ضمن وضع یک قاعده کنوانسیون، یک قاعده عرفی مشابه را هم حفظ کنند».^{۷۷} در واقع «هیچ دلیلی وجود ندارد که هرگاه حقوق بین الملل عرفی قواعد یکسانی با معاهده داشته باشد، معاهده، عرف را ملغی کرده باشد بنحوی که حقوق بین الملل عرفی موجودیتی برای خود نداشته باشد».^{۷۸}

دیوان سپس برای احراز قواعد عرفی توجه خود را به رویه و اعتقاد حقوقی کشورها جلب می کند و اظهار می دارد: «ماهیت حقوق بین الملل عرفی را اصولاً باید در رویه واقعی و اعتقاد حقوقی دولتها جستجو گردد، حتی اگر معاهدات چند جانبه بتوانند نقش مهمی را در درج و تعریف قواعد ناشی از عرف بازی کنند یا واقعاً در توسعه آنها سهم داشته

76. Condorelli.,loc.cit.

77 . Reuter., op.cit.,p.108.

78 . I.C.J.Reports,1986,para.177.

باشند».^{۷۹} دیوان سپس در راه اثبات قواعد عرفی استنادی بر می‌آید. در این شیوه علاوه بر احراز مشابهت دو قاعده عرفی و قراردادی، از توسعه بعدی قواعد نیز نبایست غافل شد؛ زیرا تدوین، قاعده عرفی را از حرکت و تحول باز نداشته است. دیوان هم با توجه به این مطلب خاطر نشان می‌سازد: «منشور در مورد مسأله توسل به زور به اصولی که قبلاً در حقوق بین‌الملل عرفی وجود داشته، صراحت بخشیده است و این حقوق طی چهار دهه، تحت تأثیر منشور بحدی گسترش یافته که برخی از قواعد آن، وضعیتی مستقل از منشور به دست آورده اند».^{۸۰} برای احراز مشابهت میان این قواعد، حد مشترک معقولی را باید مورد توجه قرار داد. یعنی علاوه بر وحدت موضوع دو قاعده، گسترش قلمرو یکی از آنها نباید با مبنای قاعده دیگر مغایرت داشته باشد. برای مثال حق عرفی دفاع مشروع بعد از گنجاندن در منشور به توسعه مستقل خود ادامه داده است و با توجه به این قاعده

79 . Ibid.,para.183.

80 . Ibid.,para.181.

توسعه یافته است که می‌توان حدود این حق و شرایط آن مانند تناسب، ضرورت و یا لزوم در خواست کشور مورد تجاوز از کشورهای دیگر برای مساعدت را دریافت. تعمق در این حق و قیود آن، آشکارا مبین هماهنگی آن با اصل منع توسل به زور و حفظ صلح و امنیت بین‌المللی است. به نظر دیوان «در مورد اصل منع توسل به زور تفاوت‌هایی که می‌تواند میان حقوق قراردادی و عرفی از لحاظ محتوا وجود داشته باشد، آنچنان نیست که صدور یک حکم را بر اساس حقوق بین‌الملل عرفی فاقد اثر، نامناسب یا غیر قابل پیروی و اجرا جلوه دهد».^{۸۱}

قبل از ورود به مبحث بعدی، ضمن ايقان به ترتب آثار و نتایجی چند بر متمایز ساختن قواعد صرفاً قراردادی از قواعد عرفی مدون شده، خاطر نشان می‌شود: «در درجه اول، این امر واجد اهمیت است که باید مضمون و قلمرو اعتبار قاعده‌ای که برای حلّ یک معضل حقوقی خاص یا یک اختلاف، به کار گرفته می‌شود تعیین گردد و نه اینکه چنین قاعده‌ای به

81. Ibidem.

کدام مقوله تعلق دارد».^{۸۲} در واقع آنچه در بادی امر خودنمایی می‌کند و ذهن قاضی را درحَل یک اختلاف به خود معطوف می‌دارد، احراز موجودیت، مضمون و حدّ اعتبار قاعده حقوقی مناسب است و اینکه این قاعده از لحاظ شکلی در کدام قالب جای گرفته است، امری است که در مواردی خاص چون قضایای فلات قاره دریای شمال و قضیه نیکاراگوئه پیش می‌آید. به همین خاطر کمیسیون حقوق بین‌الملل بر آن است که «انفکاک و متمایز ساختن حقوق قراردادی و عرفی از یکدیگر نباید بصورتی انعطاف‌ناپذیر مورد تأکید قرار گیرد».^{۸۳}

مبحث ۴

آثار و فواید تمیز

گفتیم که احراز موجودیت و محتوای یک قاعده بسی مهمتر از تعیین مقوله‌ای است که این قاعده در آن جای می‌گیرد؛ زیرا در بادی امر به علت فقدان سلسله

82 . Wolfke.,Ibid.,p.104.

83 . Y.B.L.C.,1950,vol. II,p.368.

مراتب میان منابع حقوق بین‌الملل این قواعد اعتباری یکسان داشته و در صورت لزوم، مکمل هم می‌باشند. لیکن با وجود این مسائل، قواعد مزبور از لحاظ شکلی-بنحوی که در بحث قبل اشعار داشتیم- تا حدی قابل تمییز بوده و علاوه بر اینکه از لحاظ نظری تفکیک آنها آثار و نتایج غیرقابل اغماضی عرضه می‌کند، در صحنه عمل نیز مفید آثاری چند می‌باشد.

بند اوّل قابلیت جایگزینی

در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان، معاهده و عرف بصورت مستقل مورد توجه قرار گرفته اند، هر چند می‌توانند مضمونی واحد داشته باشند و یا حتی قاعده‌ای عرفی جامه‌ای قراردادی بر تن کرده باشد. از این رو هنگامی که قواعد عرفی در چارچوب یک معاهده تدوین شده باشند و با این حال معاهده مزبور یا قدرت اجرایی نیافته باشد یا بر سر اجرای آن مانعی به وجود آمده باشد قاعده عرفی مدون شده که به حیات خود ادامه داده است، مستقل

حقوق قراردادی و تدوین قواعد ۳۳۷❖
عرفی...

از قالب قراردادی خود روابط میان اعضای معاهده مزبور را سازمان می‌دهد و مانع از به وجود آمدن خلاء حقوقی خواهد شد.

الف - اعتبار قاعده عرفی مستقل از الزام به قاعده قراردادی است.

التزام قطعی کشورها به یک معاهده معمولاً هنگامی مسجل می‌شود که مقامات صلاحیتدار داخلی کشورها از مجرای تصویب،^{۸۴} اراده خود را مبني بر پایبندی به مضمون آن معاهده آشکار سازند.^{۸۵} از این رو هنگامی که قاعده‌ای عرفی در متن یک معاهده گنجانده می‌شود تفکیک مقررات مدون از مقرراتی که نه مبين و نه متبلور کننده قواعد عرفی باشند، این امکان را فراهم می‌آورد که کشورهای امضا کننده را حتی قبل از تصویب و لازم الاجرا شدن معاهده مذکور، از جهت جنبه عرفی آنها ملزم به مواد مورد بحث بدانیم. زیرا تبدیل ارزش قواعد عرفی به

۸۴. تذکر این نکته در اینجا ضروری به نظر می‌رسد که موافقتنامه‌های ساده و اسناد بین‌المللی دیگری که از نظر شکلی معاهده به معنای خاص کلمه هستند، و نیز قواعد شکلی معاهده چون الحاق، حق شرط و امثال اینها به صرف امضا لازم الاجرا می‌گردند.

85. Mc Nair., "The Law of Treaties", Oxford, 1961, pp.132-136.

قواعد قراردادي هنگامي محقق مي‌شود كه
قاعده قراردادي مدون در عرصه حقوق
قراردادي لازم الاجرا گردد.

ديوان با توجه به اين امر در
قضايي مختلفی به اعمال برخي از مقررات
كنوانسيونهاي پرداخته است كه هنوز لازم
الاجرا نشده بودند. براي مثال ديوان در
رأي مشورتي خود در قضيه ناميبيا در سال
۱۹۷۱ با توجه به شواهد مندرج در متون
مقدماتي كنوانسيون ۱۹۶۹ وين راجع به
حقوق معاهدات، ماده ۶۰ آن كنوانسيون در
مورد فسخ يك معاهده يا تعليق اجراي آن
در نتيجه نقض اساسي معاهده را مبين
حقوق عرفي تلقي كرد. همچنين شعبه ديوان
در سال ۱۹۸۴ در قضيه راجع به خليج مابين
ميان كانادا و ايالات متحده اعلام داشت
كه كنوانسيون ۱۹۸۲ حقوق درياها در مورد
مناطق فلات قاره و انحصاري اقتصادي،
حقوق بين‌الملل عرفي را تدوين کرده
است.^{۸۶} اين اظهار نظرات ديوان از آن
جهت مهم جلوه مي‌کند كه كنوانسيون ۱۹۶۹
وين راجع به حقوق معاهدات در ۲۷ ژانويه
۱۹۸۰ و كنوانسيون ۱۹۸۲ حقوق درياها در

86 . I.C.J.Reports, 1971,p.47,Ibid.,1984,p.294,para.94.

۱۶ نوامبر ۱۹۹۴ لازم الاجرا شده اند. بی تردید چنین امری استمرار و پیوستگی نظام حقوقی حاکم بر روابط اعضای جامعه بین‌المللی را تأمین و روابط آنها را بصورتی قانونمند حفظ خواهد نمود، روابطی که به علت فقدان مقتنی بین‌المللی چون نظامهای داخلی، و عدم اقتراق زمانی میان واقعیات اجتماعی بین‌المللی و قواعد حقوقی منسجم، در معرض مواجهه یا خلاء حقوقی قرار می‌گیرد. از زمانی که معاهده مذکور لازم الاجرا می‌گردد کاملاً واضح است که قواعد عرفی مدون شده با وصف دوگانه ای واجد احترام می‌گردند. از یک طرف بعنوان قواعد قراردادی، انحصاراً میان اعضای آن معاهده لازم الاتباع می‌گردند و از طرف دیگر بعنوان قواعد عرفی، هم روابط کشورهای ثالث را با یکدیگر تنظیم می‌کنند و هم روابط میان کشورهای ثالث را با کشورهای عضو معاهده، سازمان می‌دهند.^{۸۷} با وجود این، یک عضو معاهده می‌تواند خود را از قید قواعد آن معاهده برهاند. در این صورت قاعده ای عرفی که

87 . Condorelli.,op.cit.,p.197.

بعد از تدوین و لازم الاجرا شدن معاهده مذکور در میان کشورهای عضو معلق گشته است، مجدداً کشور مذکور را در قید خود قرار خواهند داد. در این زمینه می‌توان به ماده ۴۳ کنوانسیون وین ۱۹۶۹ راجع به حقوق معاهدات استناد جست که مقرر می‌دارد: «بی‌اعتباری، فسخ، یا رد یک معاهده و نیز خروج یکی از طرفهای معاهده یا تعلیق اجرای آن، به هیچ وجه تأثیری در وظیفه یک کشور در انجام تعهدات مندرج در معاهده که طبق حقوق بین‌الملل و مستقل از معاهده مزبور موظف به رعایت آنهاست، نخواهد داشت».

در قضیه نیکاراگوئه دیوان با توجه به این مطلب اعلام می‌دارد: «دلایلی بر ملاحظه این امر وجود دارد که حتی اگر دو قاعده بر گرفته شده از دو منبع حقوق بین‌الملل، طرفهای واحد و مضمون یکسانی داشته باشند، این قواعد به موجودیت جداگانه خود ادامه می‌دهند و از این نظر قابل اعمال هستند. برای مثال می‌توان نتایج فسخ معاهده بوسیله یک کشور به علت نقض اساسی آن معاهده توسط کشور دیگر را مورد توجه قرار داد. ضمن اینکه

حقوق قراردادی و تدوین قواعد ❖ ۳۴۱
عرفی...

این امر کشور قربانی نقض را از ادامه رعایت يك تعهد قراردادي معاف مي دارد، مع ذلك این کشورها هنوز تابع قواعد عرفي ابراز شده بوسیله آن معاهده هستند».^{۸۸} در واقع نقض اساسي يك معاهدة بين المللي اغلب بر كل منافع طرفهاي متعهد تأثیر مي گذارد و تعادل میان حقوق و تکالیف را بر هم میزند، از این رو فسخ یا تعلیق معاهده از طرف کشور متضرر این امکان را برای آن کشور فراهم می آورد که در قبال کشور خاطی به يك توازن جدید در حقوق و تکالیف دست یابد».^{۸۹} نکته جالب آن است که اگر معاهده عرفي را تدوین کرده باشد، بعد از فسخ یا تعلیق معاهده مذکور، قواعد تدوین شده به علت فقدان سلسله مراتب میان عرف و معاهده به عنوان حقوق عرفي ادامه می یابند^{۹۰} و روابط آن کشورها تابع این قواعد قرار می گیرند.^{۹۱}

88. I.C.J.Reports,1986,para.178.

89 . Sicilianos.Linos.Alexander., "The Relationship Between Reprisals and Denunciation or Suspension of a Treaty",E.J.I.L.,1993,vol.4,No.3,pp. 344-345

90. Ibid.,p.357.

۹۱. باید گفت حق فسخ معاهده یا تعلیق اجرائی آن در نتیجه نقض، بر اساس بند ۵ ماده ۶۰ کنوانسیون وین حقوق معاهدات به معاهداتی که جنبه بشر دوستانه دارند، تسری

اثر اعتبار مستقل قاعده عرفي از قاعده قراردادي فقط محدود به الزام مستقيم ناشي از آن قواعد نبوده بلکه «همان گونه که در مورد کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق درياها مشاهده شد، آثار متفاوتي را بر قانونگذاري داخلي و انعقاد معاهدات به جاي گذاشته است. بيش از هفتاد کشور به موازات ماده ۵۶ آن کنوانسیون به تقنين ملي در مورد منطقه انحصاري اقتصادي دست يازيده اند و معاهدات متعددي با تبعيت از مقررات کنوانسیون ۱۹۸۲ در عرصه تحديد حدود مناطق دريائي، اکتشاف و بهره برداري از منابع طبيعي و حمايت زيست دريائي پاي به عرصه وجود نهاده اند».^{۹۲}

ب - عدم تسري آثار رزرو ايالات متحده در مورد

معاهدات چند جانبه به قواعد عرفي مشابه يا يکسان

نمي يابد و بدین خاطر که قواعد آمره و تعهدات عام الشمول (Eega Omnes) تعهدات مطلق ايجاد مي کنند، در مورد آنها هم اعمال فسخ يا تعليق به عنوان اقدامات متقابل مورد ندارد.

92. Yankov. A., In Zemanek.K/Mendelson. M.H.(eds.), "Formation of Rules of Customary International Law", I.L.A., Conference Warsaw, 1988,p.970.

حقوق قراردادي و تدوين قواعد عرفي... ۳۴۳

صلاحیت دیوان مبتنی بر رضایت کشورهاست که قبل یا بعد از بروز اختلاف ابراز شده و صدور اعلامیه مبنی بر پذیرش صلاحیت دیوان یکی از شیوه‌های معمول اعطای رضایت به شمار می‌رود. در صدور این اعلامیه یکجانبه و تعیین مضمون و قلمرو آنها، دولت‌ها از آزادی برخوردارند، هر چند در مورد اخیر آزادی دولت‌ها نامحدود نمی‌باشد. همان گونه که قبلاً اشاره شد، ایالات متحده هنگام صدور اعلامیه مبنی بر پذیرش صلاحیت دیوان خاطر نشان ساخت که اختلافات ناشی از معاهدات چند جانبه داخل در صلاحیت دیوان نخواهد بود، مگر اینکه یا تمام اعضای معاهده که متأثر از حکم دیوان می‌شوند در قضیه مطروحه نزد دیوان حاضر باشند و یا اینکه ایالات متحده بصورت خاصی با صلاحیت دیوان موافقت کند (رزرو واندنبرگ).

هر چند سعی ما بر محدود نمودن این تحلیل به مصون ماندن حقوق عرفی از آثاررزرو واندنبرگ می‌باشد، لیکن شایان ذکر است که «تلاش ظاهری امریکا برای حفظ حقوق کشورهای عضو معاهدات چند جانبه به نظر زاید و غیر ضروری می‌آید. ماده ۶۳

اساسنامه ديوان به كشورهاي عضويك معاهده چند جانبه اختيار داده است كه در تفسير يك كنوانسيون بوسيلة ديوان، رأساً به عنوان وارد ثالث نزد ديوان حضور پيدا كنند».^{۹۳} ماده ۶۲ هم تضميني براي حفظ حقوق كشورهاي ثالث به شمار مي رود. مضافاً بر اينكه ماده ۵۹ اساسنامه، آثار حكم ديوان را محدود به طرفهاي دعوا و فقط مختص همان موضوع دانسته است. اينها همگي اهمهائي هستند كه براي حفظ حقوق كشورهاي ثالث كافي به نظر مي رسند.

امريكا با توسل به رزرو واندينبرگ استدلال نموده بود: «نتيجه رزرو ايالات متحده نسبت به معاهدات چند جانبه آن است كه دعوي نيكاراگوئه بر مبناي حقوق بين الملل عرفي و حقوق عام نيز نمي تواند مسموع باشد؛ زيرا حقوق عرفي و عام نمي توانند بدون توسل به منشور ملل متحد بعنوان منبع اصلي آن حقوق احراز و تعيين گردند... و چون رزرو واندينبرگ مانع از رسيدگي قضايي به دعوي مبتني

93. Hohmann. H/DE wart.P.S.I.M., "Compulsory Jurisdiction and the Use of Force as a Legal Issue: The Epoch-Making Judgment of the ICJ in Nicaragua v. United States of America", N.I.L.R., 1987, p.178.

بر این معاهدات می‌گردد، از این رو چنین رزروی دیوان را از اعمال هر قاعده حقوق عرفی، که مضمون آنها با مقررات معاهدات چند جانبه یکسان باشد باز می‌دارد».^{۹۴} علاوه بر این «وجود اصول استنادی از طرف نیکاراگوئه در منشور ملل متحد، این امکان که قواعد مشابه بتوانند مستقلاً در حقوق بین‌الملل عرفی به موجودیت خود ادامه دهند را مانع شده است. خواه به علت اینکه قواعد عرفی موجود در منشور درج شده اند، یا بدان علت که منشور اتخاذ بعدی قواعد عرفی را با مضمون یکسان تحت تأثیر قرار داده است».^{۹۵} در واقع ایالات متحده مدعی بود که با توجه به یکسانی مضامین عرف و منشور، دیوان نمی‌تواند بدون متأثر ساختن حقوق قراردادی ایالات متحده حقوق عرفی را اعمال بنماید.

دیوان سنگ بنای استدلال خود را این گونه نهاد که «رزرو ایالات متحده محدود به معاهدات چند جانبه بوده و تأثیر بیشتری را بر دیگر منابع حقوق

94. I.C.J. Reports, 1986, para. 173.

95. Ibid., para. 174.

بین‌الملل، که ماده ۳۸ اساسنامه دیوان را ملزم به اعمال آنها کرده است، ندارد»^{۹۶} و نیکاراگوئه هم برای اثبات ادعای خود علاوه بر توسل به معاهدات چند جانبه، به معاهدات دو جانبه، حقوق بین‌الملل عرفی و حقوق بین‌الملل عام نیز استناد کرده است.^{۹۷}

برای پاسخ به ادعای ایالات متحده آمریکا دیوان در وهله اول این نکته را خاطر نشان ساخت که «در عرصه اختلاف حاضر، نمی‌توان بر آن بود که کلیه قواعد عرفی استنادی دقیقاً مضمون واحدی با قواعد قراردادی رزرو شده داشته باشند».^{۹۸} و برای اثبات ادعای خود نمونه‌هایی ذکر کرد که شرح آن گذشت.

سپس دیوان ادامه می‌دهد که حتی اگر یک قاعده قراردادی و یک قاعده عرفی مربوط به اختلاف حاضر، محتوای کاملاً یکسانی داشته باشند، این امر باعث نمی‌شود که اجرای معاهده ضرورتاً قاعده را از اعمال جداگانه‌اش باز داشته باشد، نمی‌توان رزرو نسبت به معاهدات چند

96. Ibid., para.56.

97. I.C.J.Reports., 1984,para.73.

98. I.C.J.Reports., 1986,para.175.

جانبه را بدین نحو تعبیر کرد که به محض قابل اعمال بودن آن در مورد يك اختلاف، این امر بتواند اعمال هر قاعده عرفی که همان مضمون را واجد باشد، استثنا کند.^{۹۹} در واقع دیوان قائل به تداوم قاعده عرفی، بعد از تدوین، شده است و کاملاً واضح است که عرف مستقل از معاهده، به علت مکانیسم اساساً متفاوتی که از رهگذر آن تکوین می یابد، همانند معاهده در معنای ماده ۲ کنوانسیون وین ۱۹۶۹ قابل رزرو نیست.^{۱۰۰} بهمین خاطر دیوان اشعار می دارد که حتی در ارتباط با کشورهای عضو کنوانسیونهای چند جانبه، اصولی مثل اصل منع توسل به زور، عدم مداخله، احترام به استقلال و تمامت ارضی کشورها و آزادی دریانوردی، علی رغم اعمال مقررات کنوانسیونهایی که این اصول در آنها درج شده اند، به عنوان قسمتی از حقوق بین الملل عرفی، الزام آور باقی مانده اند.^{۱۰۱}

دیوان با توسل به این شیوه استدلال در حکم نهایی خود، با وجود معتبر تلقی

99. Ibid., para.175.

100. Wolfke., op.cit., p.100.

101. I.C.J.Reports., 1984, loc.cit.

کردن رزرو ایالات متحده نسبت به معاهدات چند جانبه، آن کشور را به خاطر نقض قواعد حقوق بین‌الملل عرفی در برابر نیکاراگوئه محکوم می‌نماید و بدین وسیله با اذعان بر این امر که مسؤولیت شورای امنیت در حفظ صلح و امنیت بین‌المللی بر اساس ماده ۲۴ منشور اصلی است و نه انحصاری،^{۱۰۲} علاوه بر ایفای نقش خود در این عرصه، برای تضمین این هدف تا آنجا که از مجرای حقوق قابل حصول است گام بر می‌دارد.^{۱۰۳}

برخی با دست‌یازیدن به نقش و اهمیت اساسی منشور ملل متحد در نهادین کردن نظام جامعه بین‌المللی، برآنند که رزرو ایالات متحده در ارتباط با منشور معتبر نبوده و هیچ‌یک از طرفهای دعوای مطروحه نزد یک محکمه بین‌المللی نمی‌توانند به این حربه متوسل شوند که به علت اعمال رزرو و وحدت مضمون، دو قاعده از عرصه حقوق قراردادی و عرفی خارج شده‌اند. در واقع در فیصله یک اختلاف فرار از حقوق

102. Ibid., para.95.

103. Chimni.B.S. "The International Court and the Maintenance of Peace and Security; The Nicaragua Decision and the United States Response ", I.C.L.Q.1986, vol.35, p.960.

را نمی توان به عنوان يك وسیله دفاعی پذیرفت.^{۱۰۴}

این ادعاها بی سابقه نبوده و قاضی لاترپاخت هم در قضیه قروض نروژ (فرانسه علیه نروژ) در نظر جداگانه اش بیان داشت: هرتلاشی که برای محدود نمودن اختیار دیوان در توسل به منابع حقوق بین الملل به عمل آید، معارض با اساسنامه دیوان بوده، باطل و غیر معتبر است.^{۱۰۵} با وجود این دیوان به اعتبار اینکه منشور ملل متحد هم در هر حال معاهده ای چند جانبه است و اهمیت آن در عرصه جهانی سالب این ویژگی نیست، مانعی در خصوص معتبر تلقی نمودن رزرو امریکا نسبت به معاهدات چند جانبه نیافت.

به نظر قاضی جنینگز این امر ناشی از تمایزی است که می توان میان صلاحیت دیوان در مورد يك اختلاف و منابع حقوقی مربوط قائل شد. در واقع گرچه رزرو نسبت به معاهدات چند جانبه صلاحیت دیوان را مشروط ساخت است، با این حال حقوق ماهوی حاکم بر رفتار طرفهای دعوی را در مواقع

104. I.C.J.Reports., 1986,Sep.Op.Judge Singh ,pp.153-154.

105.C.J.Reports., 1986,Diss. Op.Judge Jennings,p.533.

ضروري و لازم محدود نمي‌کند.^{۱۰۶} اين امر منطبق با واقعيت است، چه در غير اين صورت براي مثال لازم مي آيد با استثنا شدن منشور، رسيدگي ديوان امري عبث و بيهوده جلوه کند؛ زيرا مکانيزم اجرائي احکام ديوان را - در صورتي که محکوم عليه با طوع و رضا بر اجرائي حکم گردن نهد- بند ۲ ماده ۹۴ منشور ملل متحد تعيين نموده است. اما نظر به اين که چنين اموري از قواعد ماهوي و اساسي حاکم بر رسيدگي ديوان مي باشند، رزرو به آنها تسري نمي يابد و تفکيک ميان مسائل صلاحيتي و ماهوي است که چنين ملازمة ضروري را به دست مي‌دهد.

ولي، آيا واقعاً هيچ محدوديتي بر اعمال رزرو در مورد پذيرش صلاحيت ديوان وجود ندارد؟ هر چند بحث تفصيلي در اين خصوص خارج از موضوع بررسي ما است، خاطر نشان مي‌گردد که اگر چه ماده ۳۶ اساسنامه ديوان بصورتي عام و كلي تنظيم شده و هيچ اشاره اي به محدوديت حق رزرو در اعلاميه هاي پذيرش صلاحيت ديوان ندارد، ولي «رويۀ ديوان حاكي از آن

106. I.C.J.Reports., 1986,Diss.Op.Judge Jennings,p.533.

است که رزروها نباید مغایر با اساسنامه دیوان باشند. با وجود این قابل قبول بودن یا اعتبار یک رزرو مسأله‌ای است که در هر مورد خاصی باید مورد بررسی قرار گیرد».^{۱۰۷}

بند دوم مکانیسم‌های اجرای قواعد

نظر به این که کشورها از رهگذر معاهدات اراده صریح و قطعی خود را مبنی بر پایبندی به حقوق و تکالیف ناشی از معاهده ابراز می‌دارند، برای تضمین اجرای مقررات معاهده معمولاً اهرمها و نهادهای اجرایی پیش‌بینی می‌کنند. در این صورت قاعده قراردادی مذکور که ممکن است مضمونی واحد یا قاعده‌ای عرفی داشته باشد، تابع مکانیسم اجرای خاصی قرار می‌گیرد.

در قضیه مورد بررسی ما دیوان برای اینکه دلیل دیگری بر امکان تداوم

107. Briggs.Herbert.W., "Reservations to the Acceptance of Compulsory Jurisdiction of the I.C.J.", R.C.A.D.I.1958, vol.98, p.233.

موجودیت قاعدة عرفی تدوین شده برشمارد، اظهار می دارد که هر کشوری می تواند یک قاعدة مندرج در معاهده را بپذیرد، لیکن نه تنها به علت رغبت به اعمال خود قاعده، بلکه بدین خاطرکه معاهده مذکور چیزی را که آن کشور نهاد یا مکانیسم مطلوب تضمین اجرای قاعده تلقی کرده، ایجاد می نماید^{۱۰۸} و در واقع، این شرایط متفاوت اجرای قواعد یکسان می باشد که کشور مزبور را تشویق به عضویت در آن معاهده کرده است. برای مثال اگر تجاوز نظامی را مد نظر قرار دهیم که منشور ملل متحد برای مقابله با آن تمهیداتی را در ماده ۵۱ پیش بینی نموده است و فرض کنیم کشوری مانند سوئیس که عضو ملل متحد نیست مورد تجاوز واقع شود، این کشور می تواند در چارچوب حقوق بین الملل عرفی به دفاع مشروع متوسل شود بدون اینکه مانند کشورهای عضو ملل متحد ملزم باشد اقداماتی را که در راه اعمال حق دفاع مشروع انجام می دهد فوراً به شورای امنیت گزارش دهد، زیرا «در حقوق بین الملل عرفی چنین تعهدی وجود

108. I.C.J.Reports,1986,para.178.

ندارد».^{۱۰۹} نتیجه آنکه دو قاعده‌ای که مضمون یکسانی دارند، بسته به اینکه عرفی باشند یا قراردادی، تابع عملکرد جداگانه‌ای بوسیله نهادهای تضمین‌اجرای آن قواعد قرار می‌گیرد.

بند سوم

اعتراض مستمر به قاعده عرفی و رضایت به معاهده مدوّن

هر چند احراز رضایت فردی و صریح کشورها برای اثبات الزام آنها به رعایت قاعده‌ای عرفی ضروری نیست، ولی اگر «کشوری از همان ابتدای روند شکل‌گیری قاعده عرفی بطور مستمر و صریح با آن مخالفت کرده باشد، ملزم به آن قاعده نخواهد بود».^{۱۱۰} اما زمانی ممکن است کشورهای معترض، قاعده مذکور را تأمین‌کننده حقوق و منافع خود بیابند و از اعتراض خود دست بردارند و یا بدون اینکه چنین قصدی داشته باشند خود را ملزم به قاعده مذکور بیابند. اگر

109. Ibid., para.200.

110. I.C.J.Reort,1951,p.131.

معاهده اي به تدوين قاعده اي عرفي مبادرت کرد و کشور معترض به قاعده مزبور، اراده قطعي خود را در پذيرش آن معاهده ابراز داشت، مي توان استنباط نمود که کشور فوق با عضويت در معاهده مورد بحث در اصل از اعتراض خود دست کشيده است؛ زیرا چنين اعلام اراده اي صريح بوده و ابراز يکباره آن کافي مي باشد. از اين رو خروج کشور مذکور از آن معاهده يا به پايان رسيدن حيات معاهده آن کشور را از تعهد به رعايت قاعده عرفي فوق معاف نخواهد کرد.

بدین لحاظ متمایز ساختن قاعده صرفاً قراردادي از قواعدی که حقوق عرفی را تدوین کرده اند، این امکان را فراهم می آورد که با اعلام رضایت کشور معترض به قاعده اي عرفي از رهگذر عضويت در يك معاهده مدون، بنا به اصل تفکیک ناپذيري مقررات معاهده در این مورد، آن کشور را در عرصه حقوق عرفي هم ملزم به قاعده مذکور تلقي کنیم و کاملاً واضح است که کشورهای ثالث حتي در زمان عضويت کشور فوق در معاهده ادعایي، می توانند با اثبات وحدت قاعده عرفي معترض عنه و

حقوق قراردادي و تدوين قواعد عرفي... ۳۵۵

قاعدة قرار دادي مَدون، قاعده عرفي مذکور را حاکم بر روابط میان خود و کشور فوق الذکر تلقي کنند.

بند چهارم نحوه ورود قاعده در نظام حقوق داخلی کشورها

بر اساس نظر مشورتي ديوان در قضيه بستن دفتر سازمان آزادي بخش فلسطين در نيويورک، در عرصه بين المللي، تقدم و اولويت حقوق بين الملل بر حقوق داخلی، اصلي اساسي و بنيادين است.^{۱۱۱} بدون شك اين اصل راه کشورها را براي طفره رفتن از انجام تعهدات بين المللي با توسل به حقوقي داخلیشان سد مي کند، ولي اين امر هنگامي امکان پذير است که کشورها قاعده موضوعه حقوق بين الملل را پذيرفته باشند.

در عرصه نظام داخلی، کشورها نگرشهاي متفاوتي نسبت به رابطه حقوق بين الملل با حقوق داخلی اتخاذ کرده اند. برخي دولتها حقوق داخلی و حقوق

111. I.C.J.Reports., 1988,p.34.,para.57.

بین‌الملل را به علت اختلاف در مبانی، منابع، تابعان و اعتبار قواعد و مقررات، دو نظام حقوقی برابر، مستقل و مجزای از یکدیگر دانسته^{۱۱۲} و برخی دیگر این دو نظام را جزئی لاینفک از یک سیستم می‌دانند.^{۱۱۳} در میان گروه اخیر نیز اکثراً برتری را به حقوق بین‌الملل داده‌اند و لذا این دسته از یکتا‌گرایان حقوق بین‌الملل را خود به خود جزئی از حقوق داخلی می‌دانند و تقنین را برای ورود قاعده بین‌المللی در نظام داخلی ضروری نمی‌دانند.^{۱۱۴}

بدین لحاظ روشن است که یکی از نتایج تمییز قواعد صرفاً قراردادی از قواعد عرفی مدّون شده به نقش و جایگاه این قواعد نزد دادگاه‌های داخلی کشورها بر می‌گردد. «بر اساس حقوق داخلی برخی کشورها، حقوق عرفی حقوقی سرزمینی است، در حالی که حقوق قراردادی فقط براساس تصمیم جداگانه مقنن وارد حقوق داخلی می‌شود. در نتیجه در این قبیل کشورها که تقنین مورد لزوم برای یک معاهده صورت

112. Dualism.

113 . Monism.

114. Wallace. Rebecca.M.M., "International law", London. Maxwell, 1986, pp.32-33.

نمی‌گیرد، قواعد حقوق عرفی بوسیله دادگاه‌های داخلی مورد استناد واقع می‌شود».^{۱۱۵} این امر در مورد کشوری چون آلمان که قواعد عرفی و قراردادی در طبقات مختلفی قرار می‌گیرند، مصداق پیدا می‌کند. ماده ۲۵ قانون اساسی آلمان فدرال مورخ ۱۹۴۹ صراحتاً به برتری حقوق بین‌الملل بر حقوق داخلی اشاره کرده و قواعد عام حقوق بین‌الملل را مستقیماً موجد حق و تکلیف برای ملت آلمان می‌داند.^{۱۱۶} شاهد مثال اینکه در قضیه ای مربوط به توقیف حساب بانکی متعلق به یک سفارت، دادگاه قانون اساسی آلمان، حقوق بین‌الملل عرفی و اصول کلی حقوق را مورد ملاحظه و توجه قرار داده است.^{۱۱۷} در واقع دادگاه‌های داخلی کشورهای آلمان می‌توانند به قواعد حقوق بین‌الملل عرفی استناد کنند، حتی اگر قانونگذار، قانونی در این مورد وضع نکرده باشد. بدین لحاظ اگر با بررسی مقررات

115. Schachter. Oscar., "Entangled Treaty and Custom", In Dinstein. Y(ed.), "International Law at a Time of perplexity", Kluwer Academic, 1989, pp. 727-728.

۱۱۶. این نگرش قانون اساسی آلمان بعد از وحدت دو آلمان همچنان ثابت مانده است.

117. Fastenrath. Ulrich., "Relative Normativity in International law", E.J.I.L. 1993, vol.4, No.3., p.317.

معاهده‌ای که هنوز در مورد کشورهای فوق لازم‌الاجرای نشده باشد به این نکته دست‌یابیم که برخی از مقررات آن به تدوین عرفی مبادرت کرده‌اند که کشورهای فوق بدان ملزم بوده‌اند، در این صورت آن قواعد عرفی حتی قبل از تصویب داخلی معاهده فوق بوسیله دادگاهها و اشخاص خصوصی قابل استناد خواهد بود. همچنین اگر کشورهای فوق مستمراً به قاعده‌ای عرفی اعتراض کرده باشند، لیکن معاهده‌ای را که در بردارنده قاعده مزبور است به تصویب رسانده باشند دادگاههای این کشورها، جدای از معاهده مصوب نیز می‌توانند به قاعده عرفی فوق متوسل شوند، حتی اگر تعهد قراردادی کشورشان پایان پذیرفته باشد.

نتیجه

حقوق عرفی در برابر تحولات فنی، اقتصادی و سیاسی انعطاف‌پذیر و پویا بوده و به علت فارغ بودن از رعایت شرایط شکلی حقوق قراردادی، نقشی اساسی در تنظیم روابط تابعان نظام بین‌المللی و حل اختلاف میان آنها ایفا می‌کند. در

حقوق قراردادی و تدوین قواعد عرفی... ۳۵۹

پرتو تحولات جامعه بین‌المللی، روند تکوین احراز قواعد عرفی تا حدی از جمود کلاسیک خود بیرون آمده و قاعده عرفی، چون قاعده‌ای حقیقی عرض اندام نموده است.

رویه قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری حاکی از آن است که به علت سکوت اساسنامه و در پرتو برخورداری آزادانه دیوان در انتخاب و ارزیابی ادله موجودیت و تداوم اعتبار قواعد عرفی، هیچ مبنایی برای قائل شدن به وجود سلسله مراتب شکلی میان این دلایل وجود ندارد. نقش رویه دولتها در تشخیص تثبیت قواعد عرفی نسبت به گذشته تعدیل شده است و همان‌گونه که قضیه نیکاراگوئه آن را به اثبات رساند، تمایل اخیر بیشتر به تأکید بر عنصر روانی عرف معطوف شده است. به همین خاطر هر چند «یکی از صفات مشخصه حقوق بین‌الملل آن است که نقض حقوق می‌تواند به تکوین و شکل‌گیری حقوق جدید بینجامد،^{۱۱۸} لیکن دیوان در دعوای

118. Higgins R. "Problems and Process: International Law and How we use it" Oxford, 1995, p. 19.

نیکاراگوئه علیه امریکا برای اثبات موجودیت و تداوم حیات قواعد عرفی منع توسل به زور و عدم مداخله، براین باور است که دولتها رفتارشان را بطور کلی با آن قواعد تطبیق داده اند و این امر که آنها اعمال خود را نقض قاعده تلقی نکرده اند مهم و اساسی می‌باشد. در واقع دیوان تداوم قاعده عرفی را از جنبه سلبی و نه ایجابی- محکوم کردن، توجیه نمودن و گفتار بجای افعال-مورد توجه قرار داده است. حکم دیوان در قضیه نیکاراگوئه نقطه عطفی در رویه قضایی بین‌المللی به شمار می‌رود. دیوان عرف و معاهده را چونان قالبهایی تلقی نمود که می‌تواند مضمون واحدی را در خود جای داده باشند و از این رو وحدت مضمون دو قاعده را دلیل تسری اثر رزرو ایالات متحده، در مورد معاهدات چند جانبه، به قواعد عرفی مربوط ندانست. دیوان با در نظر گرفتن قابلیت جایگزینی و مکانیسمهای متفاوت اجرایی دو قاعده، نپذیرفت که تدوین قواعد عرفی در قالب معاهدات، زوال حیات آنها را نتیجه دهد. چنین قاعده‌ای پس از تدوین فقط در روابط

حقوق قراردادی و تدوین قواعد ❖ ۳۶۱
عرفی...

میان کشورهای عضو معاهده مدون، معلق می‌گردد. به رغم دیوان اصولی چون اصل منع توسل به زور، عدم مداخله، احترام به تمامیت ارضی کشورها و آزادی دریانوردی، علی‌رغم اعمال معاهداتی که این اصول را در خود جای داده‌اند، به عنوان قسمتی از حقوق بین‌المللی عرفی هم به حیات خود ادامه داده‌اند.

دیوان با وقوف به رسالت خطیر خود در مقام رکن قضایی ملل متحد و با مغتنم شمردن فرصت، در قضیه نیکاراگوئه در صد بر آمده است تا منابع حقوق بین‌الملل را در چارچوب اصول بنیادین و بویژه اصل ممنوعیت توسل به زور در روابط بین‌المللی مورد ملاحظه قرار دهد.

کاملاً واضح است تلاشهایی که برای تکمیل و توسعه منابع شکلی حقوق بین‌الملل و اعتلای شیوه‌های ایجاد و اجرای قواعد صورت می‌گیرد، به معنای واقعی کلمه محقق نخواهد شد، مگر اینکه توافقی اساسی در مورد ارزشهای اصولی و بنیادین حاصل شود و احکام دیوان گامی مهم در پرورش و متبلور ساختن این ارزشها قلمداد می‌شود.

قطع نظر از عدم اجراي حکم ديوان در قضيه نيکاراگوئه، اين حکم بمنزلة احتجاجي منطقي و اظهارنظري معتبر درباره مداخله نظامي و ساير مسائل حقوق بين الملل و بويژه رابطه حقوق عرفي و قراردادي مي باشد. بديهي است که در وضعيت فعلي نه حقوق بين الملل و نه محاکم بين المللي به تنهائي نمي توانند مانع از نقض قواعد حقوقي بوسيلة تابعان نظام بين المللي گردند. با وجود اين متجاسران به حریم اين اصول و قواعد، ديگر نمي توانند براي توجيه برخي از اعمال خلاف خود محملي حقوقي ارائه نمايند.