

آیا حقوق بین‌الملل عام، تنها حقوق عرفی است؟

گریگوری تانکین*

CRIGORY TUNKIN

مترجم: دکتر فضل‌الله موسوی

۱. ملاحظات مقدماتی

آیا حقوق بین‌الملل عام، تنها حقوق عرفی است؟ در بادی امر چنین به نظر می‌رسد که این مسأله صرفاً یک مطلب نظری است، در حالی که چنین جهشهای عظیمی که در زمینه حقوق بین‌الملل در قرن بیستم روی داد، هر چند باعث خشنودی است، ولی پاسخگوی نیازهای جامعه بین‌المللی به مقررات قانونی نبوده است. اعلام دهه نود توسط مجمع عمومی سازمان ملل به‌عنوان دهه حقوق بین‌الملل، گواه بر این است که

*. پروفیسور گریگوری تانکین، سرپرست سابق گروه حقوق بین‌الملل دانشکده حقوق دانشگاه دولتی مسکو و عضو شورای نویسندگان مجله اروپایی حقوق بین‌الملل بود. وی در اوت ۱۹۹۳، درست کمی پس از ارائه این مقاله به مجله اروپایی حقوق بین‌الملل، چشم از جهان فرو بست. هیأت تحریریه بر آن شد که برای بزرگداشت متواضعانه یاد وی این مقاله را منتشر کند.

مقاله حاضر تحت عنوان «Is International Law Customary Law Only?» از نشریه: European Journal of International Law (Vol. 4, No. 4, 1993, PP. 534-541) انتخاب و ترجمه شده است.

آیا حقوق بین‌الملل عام... ❖ ۳۶۷

جامعه بین‌المللی به نیاز فوری خود برای توسعه همه جانبه حقوق بین‌الملل و ضرورت گام برداشتن در جهت کارایی افزون‌تر آن آگاهی دارد، و همین امر بیش از هر چیز دیگر بسط بیشتر حقوق بین‌الملل عام را، که پایه اصلی کل سیستم حقوق بین‌الملل است، به دنبال داشته است. سؤال این است که آیا بایستی برای توسعه حقوق بیم الملل عام فقط به عرف تکیه کرد، یا اینکه دستیابی به این هدف از طریق معاهدات چند جانبه نیز امکان‌پذیر است؟ مسأله مهم دیگر این است که آیا باید در راستای تلاش برای ایجاد یک نظم نوین جهانی بر مبنای قواعد حقوقی، امکان پذیرش یک معاهده بین‌المللی را به‌عنوان نوعی قانون اساسی جامعه بین‌المللی منتفی دانست؟ امید است که باز شدن این دو مسأله به خوبی بتواند اهمیت عملی و سیاسی فراوان این بحث را منعکس سازد.^۱

۲. نظریه غالب

۱. من تا اندازه ای این مسأله را در مقاله «سیاست، حقوق و قدرت در نظام روابط بین‌کشورها، مورد بررسی قرار داده ام. (1989, 235) RdC (219).

چند قرن پیش که برای نخستین بار علم حقوق بین‌الملل پدیدار گردید، واضح بود که حقوق بین‌الملل عام، که آن زمان در حقوق بین‌الملل اروپایی خلاصه می‌شد، فقط مبتنی بر حقوق عرفی است. در آن زمان حتی یک معاهده بین‌المللی که کلیه کشورهای اروپایی را دربرگرفته و یا با چنین قصدی تنظیم شده باشد، وجود نداشت و معاهدات فقط مقررات بین‌المللی خاصی را ایجاد می‌کردند. در این زمینه « و اتل می‌نویسد:

«همین که روشن شد یک معاهده فقط برای طرفهای آن الزام‌آور است، نتیجه گرفته می‌شود که حقوق بین‌الملل معاهده‌ای، حقوقی عام و جهانی نیست بلکه حقوقی محدود و خاص است.»^۲

این نظر که اکنون نیز نظری غالب است، این نتیجه ضروری را به دنبال دارد که معاهدات بین‌المللی فقط موجد قواعدی خاص هستند. حقوق بین‌الملل عام فقط حقوق عرفی است و قواعد و مقررات ناشی از یک معاهده، حتی اگر کلیه کشورهای جهانی هم

2. E. Vattel: Law of Nations (1960), 24.

عضو آن باشد، برای برخورداری از اعتبار قواعد حقوق بین‌الملل عام، نیازمند اجماع همه کشورهای مزبور است. به عبارت دیگر، مقررات یک معاهده برای اینکه در زمره قواعد حقوق بین‌الملل عام شناخته شوند باید به قواعد عرفی تبدیل گردند. این نظر توسط بیشتر علمای حقوق بین‌الملل پذیرفته شده است. به عنوان نمونه، «باگستر» در سخنرانی خود در آکادمی لاهه تحت عنوان معاهدات و عرف» عبارت «حقوق بین‌الملل عام» را به‌کار نمی‌برد.^۳ «براونلی» نیز از «حقوق بین‌الملل عرفی (یا عام)» صحبت می‌کند،^۴ که از آن یکی نبودن معاهده و حقوق بین‌الملل عام مستفاد می‌گردد.^۵

3. Baxter: "Treaties and Custom", 129 RdC (1970), 33.

4. Brownlie: "Problems Concerning the Unity of International Law", in A. Giuffrè (ed.), International Law in the Time of its Codification, Essays in Honour of Roberto Ago (1987), Vol. 1, 154.

۵. پروفیسور سوزان باستید معتقد است که «معاهده می‌تواند قاعده عرفی را تغییر دهد و از سوی دیگر مبنایی برای ایجاد قاعده ای عرفی باشد». رک.:

S. Bastid: Les Traites dans la via internationale: conclusion et effets (1985).

در همین راستا پروفیسور باس می‌نویسد: «نوعی از رویه دولتها که باید در زمینه عرف یادآوری گردد رویه معاهده ای است. در واقع، رویه معاهده ای در ایجاد عرف به نوعی اثرگذار است، همان‌گونه که در ماده ۳۸ کنوانسیون وین در خصوص حقوق معاهدات مقرر گردیده است. هیچ یک از ترتیبات مقرر در مواد ۲۴ تا ۲۷، مانع از آن

نیست که قاعده مندرج در یک معاهده، که به عنوان یک قاعده عرفی حقوق بین الملل شناخته شده است، برای کشور ثالثی الزام آور گردد». رک.:

N. Boss: A Methodology of International Law (1984), 67.

به نظر جیولیانو: «قواعد حقوق بین الملل یا عام و عرفی اند و یا خاص و معاهده ای». رک.:

N. Giuliano: Diritto Internazionale (1974), 235.

پروفسور دی یز دوولاسکو بر این باور است که «عملاً کل حقوق بین الملل عام، متشکل از قواعد عرفی و اصول کلی حقوق است» و دیگر آنکه «حقوق بین الملل قراردادی جهانشمول نیست». رک.:

M. Diez de velasco: Instituciones de derecho internacional Publico (1985), 84.

پروفسور کاربلوسالسدو بر نقش معاهدات چند جانبه عام «به عنوان مناسب ترین ابزار توسعه و تدوین حقوق بین الملل» تأکید می گذارد. رک.:

J.A. Carillo Salcedo: El derecho Internacional en un mundo en cambio (1984), 108.

وی در همین حال خاطرنشان می کند که: «عدم وجود نهاد قانونگذاری باعث می شود که قواعد حقوق بین الملل اساساً دارای طبیعت فرعی باشند» (۱۰۵).

بعضی از نویسندگان غربی این دیدگاه قدیمی را که حقوق بین الملل عام فقط حقوق عرفی است، تا حدودی کنار نهاده اند. برای مثال، کلسن در سال ۱۹۵۲ این گونه نوشت: «اصطلاح حقوق بین الملل عام به آن دسته از قواعد حقوق بین الملل اطلاق می گردد که برای کلیه کشورهای جهان معتبر هستند، در حالی که عنوان حقوق بین الملل خاص معرف دسته ای دیگر از قواعد حقوق بین الملل است که تنها برای کشورهای خاصی اعتبار دارند. حقوق بین الملل عام به عنوان واقعیتهایی عینی، حقوق عرفی است، به لحاظ اینکه معاهدات در اصل برای کشورهای عضو آنها الزام آورند، و معاهده ای را نمی توان یافت که توسط کلیه کشورهای جهان منعقد شده باشد یا اینکه همه آنها به آن معتقد باشند. بنابراین، فقط حقوق بین الملل عرفی است که حقوق بین الملل عام را تشکیل می دهد به حقوق بین الملل عام معاهده ای». رک.:

H. Kelsen: Principles of International Law (1952), 188.

عبارت «به عنوان واقعیتهایی عینی» به این معنی است که کلسن این مطلب را نفی نمی کند که قواعد حقوق بین الملل

آیا حقوق بین الملل عام... ❖ ۳۷۱

متأسفانه، همان طور که انتظار می‌رفت، دیوان بین‌المللی دادگستری نیز

عام ممکن است خصلت معاهده ای داشته باشند، اما در عین حال می‌گویند که در عالم واقع هیچ معاهده ای وجود ندارد که کلیه کشورهای جهان عنوان باشند. لاتریاخذ در هشتمین چاپ کتاب او پنهانیم با بیان این مطلب گامی جلوتر نهاد: «حقوق بین الملل جهانی هنگامی تولد می‌یابد که کلیه اعضای خانواده ملتها، یا عملاً تمامی آنها، عضو چنین معاهداتی شوند... بسیاری از معاهدات قانون ساز منعقد، دربردارنده حقوق بین الملل عام هستند، زیرا اکثریت کشورها، از جمله قدرتهای پیشرو، عضویت آن معاهدات را پذیرفته اند». رک.:

L. Oppenheim, H. Lauterpacht (ed): *International Law* (1955), 28.

به این ترتیب، لاتریاخذ وجود قواعد قراردادی را در حقوق بین الملل عام تصدیق کرده است، ولی این نظر هر چند گامی به جلو محسوب می‌شد اما کافی نبود. فردروس نیز تغییر عمده ای را در دیدگاه خویش پذیرفت. وی در چاپ ۱۹۵۹ کتاب خود از منشور سازمان ملل متحد به عنوان معاهده یاد کرد و در نتیجه آن را در زمره حقوق بین‌الملل خاص طبقه بندی نمود. رک.:

A. Verdross: *Volkerrecht* (1959), 555.

ولی در ۱۹۷۳ همین حقوقدان در مورد منشور می‌گوید: «شاید بتوان منشور را به عنوان قانون اساسی جهانی قلمداد کرد، زیرا این سند چنین قابلیت را دارد که تقریباً جهانی گردد». رک.:

A. Verdross: *Die Quellen des universellen Volkerrechts* (1973), 21.

خنمنزد و آرشاگا خاطر نشان کرده است که: «...تقابل یا تفکیک بین حقوق بین الملل معاهده ای و حقوق بین‌الملل عرفی امری نیست که بتوان آن را به طور قطع و جزم روشن یا اعمال نمود، زیرا قاعده مندرج در یک معاهده ممکن است فی نفسه یک قاعده حقوق عرفی باشد یا بشود. به این ترتیب، تفکیک و مرزبندی قطعی بین این دو، به نحوی که برای هر یک از آنها محدوده خاص و غیرقابل نفوذی را قائل شویم، کاری نادرست است». رک.:

Jimenes de Arechaga: "International Law in the past Third of a Century", 159 RdC (1978), 13.

در تثبیت و ریشه دار شدن این نظر سهم داشته است. دیوان در قضاوت تاریخی خود در مورد قضیه نیکارا گوئه چنین اظهار نظر می‌کند:

«صرف توافق دو کشور در مورد درج قاعده خاصی در یک معاهده، جهت الرام آور بودن آن برای طرفین کفایت می‌کند؛ ولی در مورد حقوق بین‌الملل عرفی نظر مشترک طرفین نسبت به محتوا یا مفاد آنچه به عنوان یک قاعده پذیرفته‌اند، کافی نیست و دیوان باید قطع پیدا کند که وجود آن قاعده به‌عنوان قاعده حقوقی حاکم بین کشورها در عمل نیز مورد تأیید واقع شده است یا خیر».^۶

نظرات مشابه دیگری را نیز می‌توان در آراء دیگر دیوان یافت.^۷ در واقع، نظر غالب در این زمینه به این نتیجه رهنمون می‌گردد که دو رشته یا دو مجموعه حقوق بین‌الملل مجزا و واقعاً مستقل وجود دارد: یکی حقوق عرفی و

۶. قضیه مربوط به اقدامات نظامی و شبهه نظامی در نیکاراگوئه و علیه آن کشور، گزارشهای ICJ (۱۹۷۸)، بند ۱۸۳.

۷. به عنوان مثال رک.: قضایای فلات قاره دیاری شمال، گزارشهای ICJ (۱۹۶۹)، بند ۷۰.

دیگری حقوق معاهده‌ای. حقوق بین‌الملل عام به وسیله معاهدات بین‌المللی و حقوق بین‌الملل معاهده‌ای نیز از طریق عرف تغییر و تحول‌پذیر نیست؛ و این دیدگاهی است که با واقعیت‌های کنونی حقوق بین‌الملل در تعارض آشکار است.

۳. معاهدات چند جانبه عام

با ظهور معاهدات چند جانبه عام به عنوان نوع جدیدی از معاهدات چند جانبه، ارتباط بین حقوق بین‌الملل عام، حقوق بین‌الملل عرفی و حقوق بین‌الملل معاهده‌ای چهره بدیع و تازه‌ای به خود گرفته است.

امروزه برخی از معاهدات چند جانبه به خاطر ضرورت حل مشکلات جهانی به صورت یک سند قانونی شبه بین‌المللی در آمده اند.

آن‌گونه که از مذاکرات انجام شده در جریان تنظیم و تدوین مواد حقوق معاهدات در سالهای ۱۹۶۲ تا ۱۹۶۶ بر می‌آید، در آن زمان کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل به وجود مفهوم جدید و مهمی در حقوق معاهدات پی برده بود که در

ابتدا ماهیت آن شناخته روشن نبود. در اولین گزارش مخبر ویژه این کمیسیون یعنی والدوک* که در سال ۱۹۶۲ منتشر شد، عبارت «معاهده چند جانبه عام» وجود نداشت. اما به نظر وی باید در این زمینه کاری صورت می‌گرفت و لذا وی پیشنهاد کرد که معاهدات چند جانبه به دو دسته تقسیم شود: یکی آن دسته از معاهدات که فقط به معدودی از کشورها مربوط می‌شوند، و دسته دوم آنهایی که متضمن منافع کلیه کشورهای جهان هستند. وی در خلال مباحثات، برای دسته نخست عنوان «معاهدات چند جانبه محدود»** ... و برای دسته دوم «معاهدات چند جانبه گسترده»*** ... را پیشنهاد کرد.^۸

عبارت «معاهده چند جانبه عام» در جریان مذاکرات مطرح نشد و به این صورت پیشنهادی ماده به کمیته تهیه پیشنهادی ارجاع گردید. عبارت مذکور برای نخستین بار در گزارش کمیته تهیه پیشنهادی به کمیسیون حقوق بین‌الملل دیده می‌شود.

*. Waldock.

** . Plurilateral Treaties.

*** . Multilateral Treaties.

۸ . رجوع کنید به 77, ILC Yearbook (1962).

دقیقاً به خاطر ندارم که در کمیته
پیشنویس چه کسی این عبارت را پیشنهاد
کرد اما احتمالاً پیشنهاددهنده بایستی
خود شخص والدوک بوده باشد. متن
پیشنهادی کمیته تهیه پیشنهاد نویسار این
قرار بود:

«منظور از معاهده چندجانبه عام
معاهده چندجانبه ای است که مربوط به
قواعد عام حقوق بین الملل بوده و یا
موضوعاتی را در بردارد که مورد علاقه
و حمایت کلیه کشورهاست».^۹

متن مذکور عیناً مورد تصویب قرار
گرفت و در پیشنهاد نویسار مواردی که جهت
اظهار نظر دولتها ارسال شد، منعکس
گردید. دولتهای ایالات متحده امریکا و
انگلستان پس از بررسی پیشنهاد نویسار
کمیسیون، مخالفت خویش را نسبت به این
ماده اعلام نمودند و نتیجتاً این مطلب از
پیشنویس نهایی حذف گردید.^{۱۰}

گفتنی است که موضوع اصلی مربوط به
رابطه بین حقوق بین الملل عرفی و حقوق

9. ILC Yearbook (1962), 239.

۱۰. برای مطالعه جزئیات بیشتر رک.:

G. Tunkin: Theory of International Law (1974), 137 – 142.

بین‌الملل معاهده‌ای در این کمیسیون
تحت‌الشعاع یک جنگ سرد سیاسی قرار گرفت.
متن پیشنهادی نخست چنین مقرر می‌داشت:
«هر کشوری می‌تواند به عضویت یک
معاهده چند جانبه عام درآید مگر
ایتکه در خود معاهده و یا در قواعد
موضوعه یکی از سازمانهای بین‌المللی
طریقه دیگری پیش‌بینی شده باشد.»^{۱۱}

اما در آن زمان قدرتهای غربی خصوصاً
ایالات متحده امریکا با شرکت آلمان
شرقی، جمهوری خلق کرده و جمهوری
دموکراتیک ویتنام در چنین معاهداتی
شدیداً مخالف بودند.

بنابراین، عنوان معاهدات چند جانبه
عام نتوانست در کنوانسیون حقوق
معاهدات ۱۹۶۹ جایی برای خود باز کند،
در حالی که منظور اصلی از کل روند
تدوین و توسعه تدریجی حقوق بین‌الملل
این بود که با بهره‌گیری از ابزار
معاهدات چندجانبه عام که توانایی ایجاد
وحدت، توسعه و تغییر حقوق بین‌الملل عام
را در خود داشت، به این هدف دست یابد.

11. ILC. Yearbook (1962), II, 167 – 168.

قاضی «روبرتو آگو» که یکی از هواداران جدی تدوین حقوق بین‌الملل است، سال‌های قبل به درستی اظهار داشت که تدوین چیزی نیست جز «تدوین حقوق بین‌الملل عام».^{۱۲} اینجانب در طول عضویت خود در کمیسیون حقوق بین‌الملل از ۱۹۵۷ تا ۱۹۶۷ هرگز به یاد ندارم که اعضای کمیسیون کمترین تردیدی در این مورد کرده باشند که مأموریت ما تهیه پیش‌نویس موادی است که قرار است بخشی از حقوق بین‌الملل عام را تشکیل دهد و از این روست که کمیسیون عناوین «حقوق بین‌الملل عام» و «حقوق بین‌الملل عرفی» را هرگز در یک معنا و به طور مترادف به‌کار نبرد.

در پی تدوین و توسعه تدریجی حقوق بین‌الملل، شماری از معاهدات چند جانبه عام به عنوان بخشی از حقوق بین‌الملل عام درآمده‌اند و یا بزودی درخواهند آمد.^{۱۳} به عنوان مثال، پیمان ۱۹۲۸

12. R. Ago: "Codification du droit international et les problemes de sa realization", Recueil d'etudes de droit international en homage a paul Guggenheim (1968), 97.

۱۳. این نظر برای نخستین بار در سال ۱۹۵۸ توسط اینجانب ابراز شد. رک.:

"40 Years of Coexistence and international Law", Soviet Yearbook of International Law (1958), 19.

بریان - کلوگ* را در نظر بگیرید که منع توسل به زور محور اصلی آن بود. این قاعده حق دولتها برای دستیابی به جنگ را، که برای قرنهای در حقوق بین‌الملل وجود داشت، لغو کرد و قبل از جنگ جهانی دوم به عنوان یک قاعده حقوق بین‌الملل عام درآمد. این دگرگونی تاریخی در حقوق بین‌الملل عام مرهون یک معاهده بین‌المللی است. نمونه بارز دیگر، منشور سازمان ملل متحد است که با اعلان ممنوعیت استفاده از زور و تهدید در روابط بین‌کشورها و نیز نوآوریهای دیگر، از پیمان بریان - کلوگ بسیار فراتر رقت. اصول منشور همان مبانی اساسی حقوق بین‌الملل عام معاصر است، کما اینکه بیانیه ۱۹۷۰ اصول حقوق بین‌الملل راجع به روابط دوستانه و

بعداً این نظر در دیگر نوشته‌هایم بسط یافت. همچنین رک.:

N. Ulyanova: *Obshie mnogostoronnye dogovory v sovremennykh mejdunarodnykh otnosheniyach.*

(معاهدات چند جانبه عام در روابط بین‌الملل معاصر)، ۱۹۸۱.

در آن زمان طرح چنین نظری بیشتر به یک پیشگویی شبیه بود، تا اینکه بعداً به وسیله رویه‌کشورها مورد تأیید قرار گرفت.

* . Briand - Kellog.

آیا حقوق بین‌الملل عام... ❖ ۳۷۹

همکاری میان کشورها در چارچوب اصول منشور ملل متحد نیز اشعار می‌دارد:
« اصول منشور ملل متحد که در این بیانیه گنجانیده شده‌اند، اصول اساسی حقوق بین الملل را تشکیل می‌دهند...»

از نمونه‌های مناسب دیگر می‌توان از کنوانسیون وین ۱۹۶۱ در مورد روابط دیپلماتیک و کنوانسیون وین ۱۹۶۹ در مورد حقوق معاهدات نام برد. اینجانب به‌عنوان عضو از اعضای کمیسیون حقوق بین‌الملل در تنظیم پیش‌نویس مواد این کنوانسیونها شرکت داشتم و به‌خاطر دارم که در آن مقطع هیچگاه از نوآوری در قواعد موجود حقوقی، که به جهت تغییر اوضاع و احوال ضروری می‌نمود، ابایی نداشتم و گواه این مدعا نیز این است که در هر یک از دو کنوانسیون مذکور این نوآوریها به‌چشم می‌خورد و همین امر باعث شده که گرچه تا به حال کلیه کشورها به عضویت این دو کنوانسیون درنیامده‌اند ولی قواعد آنها به‌عنوان قواعد حقوق بین‌الملل عام مورد

توجه قرار گرفته است.^{۱۴}

در اینجا این پرسش مطرح می‌گردد که چگونه ممکن است مقررات بعضی از این معاهدات چند جانبه عام برای کشورهای غیرعضو الزام آور گردد؟ اولاً چنین معاهداتی امکان شرکت کلیه کشورها را پیش‌بینی کرده‌اند؛ ثانیاً گرچه کلیه کشورها عضو این معاهدات نیستند اما مقررات آنها ممکن است به واسطه عرف برای کشورهای غیرعضو لازم‌الاتباع شناخته شود. کنوانسیون وین ۱۹۶۹ در این زمینه چنین مقرر می‌دارد:

«هیچ یک از ترتیبات مقرر در مواد ۳۴ تا ۳۷ مانع از آن نیست که قاعده مندرج در یک معاهده، که به عنوان یک قاعده عرفی حقوق بین‌الملل شناخته شده است، برای کشور ثالثی الزام آور شود»
(ماده ۳۸).

گرچه عبارت «شناخته شده است» که در

۱۴. مفید خواهد بود که برای مثال ببینیم کشورهایایی که عضو دو کنوانسیون وین ۱۹۶۱ در مورد روابط دیپلماتیک و کنوانسیون وین ۱۹۶۹ در مورد حقوق معاهدات نیستند آیا مقررات آنها را، به عنوان بخشی از حقوق بین‌الملل عام، برای خود الزام آور می‌شمارند یا نه.

کنفرانس وین اضافه گردیده تا حدودی ابهام بر انگیز است، اما مفهوم کلی این ماده به اندازه کافی روشن است و آن اینکه مقررات یک معاهده ممکن است به واسطه عرف برای کشورهای غیر الزام آور شود.

۴. قواعد مختلط در حقوق بین‌الملل عام

چنانچه مبنای الزام آور بودن مقررات یک معاهده برای کشورهای غیر عضو آن عرف باشد، وضعیت چگونه خواهد بود؟ پاسخ این است که قواعد مزبور برای کشورهای طرف معاهده مبنای قراردادی دارند، در حالی که برای کشورهای ثالث از ماهیت عرفی برخوردارند. اینجانب مدتها قبل، برای این‌گونه قواعد عنوان «قواعد مختلط» یا قواعد معاهده‌ای — عرفی را پیشنهاد کردم.^{۱۵}

طرفداران نظریه‌ای که حقوق بین‌الملل

۱۵. رجوع کنید به:

G. Tunkin: *Voprosy teorii mejdunarodnogo prava* (1962), 110 and G. Tunkin: *Droit International public, Public, Problemes theoriques* (1965), 93.

این مطلب در منبع اخیر با این عبارات ترجمه و بیان شده است: «می‌توان گفت که این قواعد مشتمل اند بر قواعد مختلط، یعنی قواعدی که می‌توانند همزمان جنبه عرفی و قراردادی داشته باشند».

عام را فقط حقوق عرفی می‌داند، بعضاً در تأیید آن به مطلوبیت و فایده علمی این دیدگاه از نظر ثبات در حقوق بین‌الملل اشاره و استدلال می‌کنند که معاهدات بین‌المللی می‌توانند توسط کشورهای فسخ شوند، در حالی که قواعد عرفی تنها ممکن است به واسطه رویه کشورها، که به عنوان قانون پذیرفته شده است، مورد اصلاح قرار گیرند. البته در این بیان فقط بخشی از حقیقت نهفته است، زیرا این واقعیت را نباید از نظر دور داشت که قواعد عرفی ممکن است توسط معاهدات مورد اصلاح قرار گیرند یا ابطال شوند. از طرف دیگر، در تعداد فزاینده‌ای از معاهدات بین‌المللی عام، مقررات مربوط به فسخ پیش‌بینی نشده است. ماده ۵۶ کنوانسیون وین درخصوص حقوق معاهدات مقرر می‌دارد:

« معاهده ای که در آن ماده ای مربوط به فسخ وجوه ندارد و ابطال یا کناره‌گیری از آن پیش‌بینی نشده است، قابل ابطال یا کناره‌گیری نیست مگر آنکه:

(الف) قصد طرفهای معاهده مبنی بر پذیرش امکان ابطال یا خروج از معاهده

آیا حقوق بین‌الملل عام... ❖ ۳۸۳

احراز گردد؛ یا

(ب) ماهیت معاهده به گونه ای باشد که بتوان حق رد یا خروج را از آن استنباط کرد».

اگر معاهدات مربوط به محدودیت تسلیحاتی را کنار گذاریم، معاهدات چند جانبه عامی که در دهه های اخیر منعقد شده اند، دربردارنده هیچ ماده ای در مورد خاتمه، ابطال و یا کناره گیری از معاهده نیستند و از نظر داشتن ثبات و دوام می توان آنها را هم سطح قواعد عرفی دانست.

بعضی از نویسندگان معتقدند که قواعد معاهده ای خشک و بدون انعطافند در حالی که قواعد عرفی انعطاف پذیرند. این مطلب فقط تا حدودی درست است، زیرا اگر به موجب یک قاعده حقوق بین الملل، اصلاح معاهده ای توسط رویه بعدی در محدوده ای خاص پذیرفته گردد، چنین ایرادی به قواعد معاهده ای عملاً منتفی خواهد بود. در موضوع مورد بحث عقاید مختلف است. خود اینجانب در سال ۱۹۶۲ نظرم را به این ترتیب بیان کرده بودم:

«مواردی که یک معاهده به واسطه عرف
تغییر می‌یابد نسبتاً نادر است، زیرا
علی‌الاصول در معاهدات، مقرراتی برای
ابطال و اصلاح آنها پیش‌بینی می‌گردد.
اما چنین تغییر و اصلاحی از طریق
توافق کلیه کشورهای طرف معاهده
قانوناً امکان‌پذیر است».^{۱۶}

اکنون نیز پس از گذشت چندین سال
تنها بخشی از نظر سابق خود را اصلاح
کرده و می‌گوییم: «مواردی که مقررات یک
معاهده - به ویژه معاهدات دو جانبه - به
واسطه عملکرد بعدی کشورها تغییر
می‌یابند، بسیار زیادند».

این مسأله مورد بررسی کامل کمیسیون
حقوق بین‌الملل قرار گرفت و نتیجتاً
کمیسیون ماده زیر را تصویب کرد:

« معاهده ممکن است بر اثر عملکرد بعدی
اعضای خود در مقام اجرای آن که کاشف
از توافق آنها برای تغییر مود معاهده
باشد، مورد تغییر قرار گیرد».^{۱۷}

16. G. Tunkin: Questions of Theory of International Law (1962), 111. Frennh ed., Droit international public, Problemes theoriques (1965), 94.

17. ILC Yearbook (1966), 236.

وجود دو نکته مفید اینجانب را به پشتیبانی از پیش‌نویس ماده بالا ترغیب کرد: اولاً هر نوع رویه‌ای نمی‌تواند مقررات معاهده را تغییر دهد، و ثانیاً تنها عملکرد بعدی که توسط کلیه طرف‌های معاهده پذیرفته شده باشد می‌تواند مقررات آن را تغییر دهد؛ و به عبارت دیگر وحدت رویه کشورهای عضو معاهده باید احراز گردد.^{۱۸}

شاید بتوان گفت که کمیسیون با طرح چنین پیشنهاد فراگیر و تندی تا جایی پیش رفت که کنفرانس را به هراس انداخت، به طوری که در کنفرانس مربوط به حقوق معاهدت پیش‌نویس مذکور پذیرفته نشد و همین امر، یعنی مسکوت گذاردن این مشکل در کنوانسیون وین، بیشک باعث تأسف است. همان‌گونه که قبلاً بیان گردید، موارد تغییر در مقررات یک معاهده از طریق رویه بعدی اعضا، که همان تغییر توسط عرف است، نادر نیست و هیچ‌کس آن را

۱۸. کمیسیون در تفسیرهای خود از این ماده چنین اظهار نمود: «در تنظیم قاعده مزبور، کمیسیون قصد ابراز این نکته را داشته است که رویه بعدی کشورها، ولو اینکه همه آنها به طور فعال در شکل‌گیری آن سهمی نداشته باشند، بایستی آنچنان باشد که توافق کلی کشورها در آن مورد را نشان دهد.»

غیرقانونی تلقی نمی‌کند از سوی دیگر، وجود یک قاعده حقوق بین‌الملل مبنی بر جواز هرگونه تغییر در مقررات یک معاهده یا مستحسن و مطلوب بودن چنین قاعده نا محدودی، محل تردید است.^{۱۹}

در عین حال، نباید این وجه از حقیقت را از نظر دور داشت که قواعد معاهده‌ای روشن‌تر و دقیق‌تر از قواعد عرفی هستند و این بزرگترین امتیاز آنها نسبت به قواعد عرفی است.

۵. ملاحظات نهایی

آنچه از بحث‌های انجام شده نتیجه گرفته می‌شود این است که اگرچه نظریه غالب و رایج مورد بحث هنوز عمیقاً در افکار علمای حقوق بین‌الملل ریشه دارد، ولی زمینه‌ها و دلایل کافی برای بررسی

۱۹. نظر کاپوتورتی که می‌گوید «به موجب یک قاعده عمومی، معاهده ممکن است به وسیله رویه بعدی اعضای آن اصلاح گردد»، نمی‌تواند به طور دربست پذیرفته شود. رک.: F. Capotorti: "Sul Valore della prassi applicative dei trattati secondo la Convention de Vienna", *Essays in Honour of R. Ago*, supra note 4, at 206.

همان‌گونه که پروفیسور روسو اشاره می‌کند، گرچه «عرف ممکن است یک معاهده را باطل کند یا تغییر دهد، اما نبایستی این مفهوم به طور افراطی و مطلق پذیرفته شود». ر. ک.:

Ch. Rousseau: *Droit international public* (1970), 344.

مجدد و دوباره نگرى به موضوع ارتباط بين حقوق بين‌الملل عام، حقوق بين‌الملل عرفى و حقوق بين‌الملل معاهده‌اى به‌چشم مى‌خورد.

اينجانب معتقدم كه علماي حقوق بين‌الملل بايستي اين مطلب را بپذيرند كه حقوق بين‌الملل عام مجموعه‌اى است كه در شكل‌گيرى آن قوعد عرفى و معاهده‌اى حقوق بين‌الملل هر دو اثرگذار بوده‌اند. چنين برداشتي در دو زمينه بازتاب دارد: ۱. تدوين و توسعه تدريجى حقوق بين‌الملل، كه امروزه عموماً متأثر از معاهدات است، جاىگاه مناسب و شايسته خود را كسب مى‌كند؛

۲. منشور ملل متحد كه سند اساسى و عمده حقوق بين‌الملل عام معاصر است، براساس دكترين حقوق بين‌الملل به‌عنوان قانون اساسى جامعه بين‌المللى پذيرفته خواهد شد و اين دستاورد اهميت شايانى براى آينده بشريت دارد.