

مفهوم و ماهیت «عنصر مادی» در فرایند شکل‌گیری قواعد حقوق بین‌الملل عرفی

شهرام زرنشان*

استادیار گروه حقوق دانشگاه بوعلی سینا، همدان، ایران

پذیرش: ۱۳۹۳/۹/۲۹

دریافت: ۱۳۹۳/۶/۲

چکیده

به منظور شکل‌گیری قاعده حقوق بین‌الملل عرفی لازم است دو جزء در کنار یکدیگر قرار بگیرند. عنصر مادی (رویه) و عنصر روانی (اعتقاد حقوقی منبعت از ضرورت‌ها). در رابطه با عنصر مادی، اگرچه برخی معتقدند تنها اعمال فیزیکی دولت‌ها در رویه‌سازی مشارکت داده می‌شود، اما چنان‌که خواهیم دید رویکرد غالب در این عرصه با تکیه بر رویه قضایی بین‌المللی حاکی از پذیرش هر نوع رفتار دولت اعم از فیزیکی یا کلامی است، به‌عنوان ادله ساخت عنصر مادی عرف. همچنین در این بین ترک فعل یا استتکاف دولت‌ها نیز تحت شرایطی می‌تواند نقش آفرین باشد. ضمناً در بیش‌تر موارد قاضی بین‌المللی ناچار است جهت احراز عناصر دوگانه عرف، یک عمل واحد را مد نظر قرار دهد که این امر نیز بر ابهام موضوع می‌افزاید.

واژگان کلیدی: حقوق عرفی، عنصر مادی، استتکاف

۱. مقدمه

به موجب ماده ۳۸(۱)(ب) اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، عرف بین‌المللی به مثابه ادله رویه عامی است که به‌عنوان حقوق پذیرفته شده است. گو این‌که در این متن اشکالاتی وجود دارد که بعضاً از سوی حقوقدانان نیز مورد اشاره قرار گرفته، با این حال عبارت مذکور در پرتو آرای نویسندگان و رویه قضایی بین‌المللی به‌وضوح مبین دو عنصر مادی یا «رویه» و روانی یا «پذیرفته شدن به‌عنوان حقوق» است. در همین خصوص دیوان بین‌المللی دادگستری معتقد است: برای ساخت عرف «دو شرط باید محقق گردد»: اول وجود «رویه‌ای مستقر (تثبیت شده)» که واجد شرایط لازم باشد و دیگری «باور به این‌که چنین رویه‌ای به‌واسطه وجود قاعده‌ای حقوقی الزام‌آور است» [۱، پارا ۴۴]. لذا جزء عینی عرف (رویه) باید همراه شود با یک «عنصر ذهنی»^۱ که در همان مفهوم «اعتقاد حقوقی منبعث از ضرورت‌ها»^۲ نهفته است [۱، پارا ۴۴]. در مورد عنصر اخیر به‌تفصیل در مقاله‌ای دیگر سخن به میان آمده است،^۳ اما جزء دیگر عرف یعنی رویه (عنصر مادی) نیز خود متضمن مباحث گسترده و متنوعی است که لازم است بخش‌های مختلف آن در نوشتارهایی مجزا مورد بررسی قرار بگیرند. مسائلی از قبیل مدت زمانی که رویه باید در طی آن مد نظر قرار بگیرد، تکرار رویه، میزان انسجام و یکپارچگی رویه، کلیت رویه، ماهیت رویه و اعمالی که در این چارچوب اصولاً ملاک قرار می‌گیرند، منابع استخراج رویه و نهایتاً سایر سازندگان رویه جز دولت‌ها، مجموعاً بخشی از مهم‌ترین مسائلی هستند که در تبیین این عنصر عینی عرف باید مورد توجه واقع شوند و از آن‌جا که امکان پرداختن به همه این مسائل در یک مقال ممکن نیست، لذا نوشتار حاضر تنها ماهیت رویه و مباحث پیرامون آن را مورد

1. subjective element

2. opinio Juris sive necessitates

۳. عبارت لاتینی فوق که معمولاً به‌اختصار به صورت «opinio Juris» به کار برده می‌شود، به معنای «اعتقاد حقوقی دولت‌ها» یا به زعم برخی «رأی راسخ حقوقی دولت‌ها» است. چنین مفهومی عرف را از صرف رویه یا عادت مجزا خواهد کرد. برای مطالعه مفصل در این خصوص رجوع کنید به: [۲]

تحلیل قرار خواهد داد.

به طور کلی احصای اعمال و رفتارهایی که متضمن رویه بین‌المللی منجر به شکل‌گیری قاعده عرفی است، کار ساده‌ای نیست. اصولاً عنصر مادی یا رویه می‌تواند هم دربرگیرنده اعمال مادی و فیزیکی دولت‌ها باشد و هم اعمال کلامی آن‌ها. با این حال، دیدگاه حقوقدانان در این رابطه یکسان نیست؛ چراکه بعضی از متخصصان امر صرفاً اعمال فیزیکی را به‌عنوان رویه می‌پذیرند، حال آن‌که به نظر می‌رسد دیدگاه غالب در این خصوص در پرتو رویه قضایی بین‌المللی دلالت بر هر نوع رفتار به منزله عنصر مادی تشکیل‌دهنده عرف دارد. بنابراین مقاله حاضر در ابتدا دیدگاه حقوقدانانی را که صرفاً اعمال فیزیکی دولت‌ها را تجلی رویه آنان می‌دانند بررسی می‌کند و سپس رویکرد غالب در این رابطه که حاکی از پذیرش هر دو نوع عمل فیزیکی و کلامی است به‌عنوان ادله ساخت عنصر مادی عرف ارزیابی خواهد شد؛ ضمن این‌که در این چارچوب ترک فعل یا استتکاف دولت‌ها هم که تحت شرایطی می‌تواند جلوه دیگری از رویه دولت‌ها باشد، مغفول نخواهد ماند.

۲. اعمال مادی و فیزیکی به‌عنوان عنصر مادی عرف

همان‌طور که گفته شد، راجع به ماهیت رویه دولت‌ها اختلاف نظر وجود دارد. برخی حقوقدانان مانند داماتو، وولفکه و تیرل وی، صرفاً اعمال فیزیکی و مادی دولت‌ها را تجلی رویه می‌پندارند و با ارائه مفهومی مضیق در این خصوص، گستره منابع عنصر مادی تشکیل‌دهنده عرف را محدود می‌کنند.^۱ به اعتقاد اینان هرگونه ادعا یا اظهار عام^۲ به خودی خود نمی‌تواند مبین رویه دولت باشد. پروفیسور داماتو در این خصوص می‌گوید: یک ادعا، عمل نیست. ادعاها اگرچه ممکن است یک نورم حقوقی را

۱. در مقابل آکهرست، مندلسون، مولرسون و بایر قائل به ارائه مفهومی گسترده در این خصوص هستند. در ادامه مقاله از دیدگاه‌های آنان به تفصیل سخن خواهیم گفت.

2. statement



چارچوب‌بندی^۱ کنند، اما نمی‌توانند شاکله عنصر مادی عرف باشند [۳، ص ۸۸]. به زعم وی پرتاب موشک، آزمایش سلاح‌های هسته‌ای، پذیرش سفرا، وضع تکالیف گمرکی، اخراج یک بیگانه از کشور، توقیف یک کشتی مربوط به دزدان دریایی، انجام تمرین‌های نظامی در منطقه فلات قاره، توقیف و بازرسی کشتی‌های بی طرف و... از مهم‌ترین نمونه‌های رویه دولت به حساب می‌آیند. دولتی که در رابطه با یک موضوع ادعایی را مطرح اما عمل نمی‌کند، صرف چنین ادعایی از نقطه‌نظر پیش‌بینی آنچه آن دولت واقعاً انجام خواهد داد، دارای ارزش پایینی است [۳، ص ۸۸]. همچنین است وضعیت در مواردی که دولتی قصد دارد از توسعه یا تغییر یک قاعده عرفی حمایت یا با آن مخالفت کند. داماتو در این مورد نمونه‌ای را ذکر می‌کند: پرتاب اولین موشک اسپوتنیک به فضا و توسعه همزمان حقوق عرفی مربوط به عبور ماهواره از فضای کشورهای دیگر. به اعتقاد وی اگر دولتی قصد مخالفت با توسعه چنین حقوقی را می‌داشت، ضروری بود در این خصوص اقدامی عینی صورت دهد یا از طریق ایجاد مانع برای عبور ماهواره مذکور یا - در صورت عدم توانایی انجام چنین کاری - به هر طریقی از رهگذر اتخاذ اقدامات متقابل بر علیه اتحاد جماهیر شوروی سابق [۲، ص ۸۹]. همچنین داماتو در ادامه امکان وجود تعارض در میان اعمال و گفتارهای یک دولت را مورد توجه قرار می‌دهد. به نظر وی در صورتی که تلقی ما از عنصر رویه متضمن هر دو نوع رفتار فیزیکی و کلامی باشد، بعضاً ممکن است با این مسأله نیز مواجه باشیم که بین آنچه دولت می‌گوید و آنچه او انجام می‌دهد تعارضی وجود دارد که اساساً چنین تعارضی هنگامی که ملاحظه ما از رویه صرفاً دلالت بر اعمال فیزیکی به‌عنوان عنصر مادی عرف باشد، به وجود نمی‌آید [۲، ص ۵۰]. دولت در آن واحد می‌تواند اظهارات متناقضی را با لحن‌های متفاوت مطرح سازد، اما در یک زمان تنها به یک شکل عمل می‌کند [۲، ص ۵۱].

در کنار داماتو، پروفیسور وولفکه نیز تحلیل‌های تقریباً مشابهی را در باب ماهیت

1. articulate

رویه مطرح می‌کند. به زعم وی، ارائه تفسیری موسع از آنچه بنا است شاکله عنصر مادی عرف باشد، از جمله قراردادن انواع متنوعی از اعمال کلامی مانند اعلامیه‌های یکجانبه، بیانه‌ها، اظهاریه‌ها، قطعنامه‌ها، معاهدات و امثالهم در این چارچوب، تنها منجر به افزایش ابهامات خواهد شد [۴، ص ۴۱]. از دیدگاه وی وجود قاعده عرفی برای قرن‌ها مبتنی بوده است بر ریشه‌های مادی و نه کلامی، و این‌که عرف از رهگذر اعمال فیزیکی ایجاد می‌شده است و نه تعهد به انجام چنین اعمالی [۴، ص ۴۲]. به اعتقاد وولفکه اختلاط بین «رویه» - به‌عنوان عنصر مادی عرف - و «پذیرفته شدن به منزله حقوق» - به‌عنوان عنصر روانی عرف - منشأ ایجاد ابهامات مضاعف در ارزیابی‌های دکتترین از فرایند شکل‌گیری قواعد حقوق بین‌الملل عرفی بوده است [۴، ص ۴۳]. در این رابطه بعداً صحبت خواهیم کرد، اما به نظر می‌رسد وولفکه نتوانسته است مرز مشخصی میان منابع سازنده عرف ترسیم کند و ناخودآگاه خود را گرفتار چنین اختلاط احتمالی کرده است. البته به اعتقاد این حقوق‌دان، اعمال کلامی می‌توانند در شیوه‌های مختلف مربوط به توسعه و تحول حقوق مشارکت کنند، کما این‌که تاکنون نیز این‌گونه بوده است، اما آن‌ها نمی‌توانند به‌عنوان عنصر مادی تشکیل‌دهنده عرف، نقش‌آفرین باشند [۴، ص ۴۳].

قاضی رد^۱ نیز در نظریه مخالف خود در قضیه شیلات، انگلستان/نروژ، عنصر رویه را در همین راستا مورد تحلیل قرار می‌دهد. به اعتقاد وی حقوق بین‌الملل عرفی نمی‌تواند از طریق استناد به مواردی که در آن دولت‌های ساحلی ادعای گسترده‌ای را در رابطه با حاکمیت خود بر آب‌های مورد اختلاف مطرح کرده‌اند، اما در عمل فعالیتی در این خصوص صورت نداده‌اند، به وجود آید. از دیدگاه او، در این‌جا تنها ادله متقاعدکننده دولت را باید در توقیف و بازرسی کشتی‌های خارجی جستجو کرد که از طریق آن دولت ساحلی حاکمیت خود را بر آب‌های مورد اختلاف متجلی می‌سازد و نیز از رهگذر تأکید بر مواضع مذکور در مذاکرات دیپلماتیک و داوری‌های بین‌المللی [۵،

1. Read



پارا ۱۹۱].

در رابطه با ماهیت عنصر مادی عرف، پروفیسور تیرل وی حتی دیدگاه مضیق‌تری نسبت به داماتو مطرح می‌کند [۶، ص ۵۸]. وی که اصولاً - به مانند داماتو - موافق پذیرش اعمال کلامی به عنوان ادله سازنده عنصر کمی عرف نیست، اظهارات و بیانات عام دولت‌ها را صرفاً در چارچوب موقعیت‌های خاصی مورد توجه قرار می‌دهد. به زعم وی، بیان صرف^۱ از وجود حقی قانونی یا قاعده‌ای حقوقی، رویه دولت تلقی نمی‌شود. چنین اظهار عامی می‌تواند به عنوان ادله تکمیلی رویه دولت - از رهگذر تأیید و تصدیق رویه به عنوان مثال در یک کنفرانس بین‌المللی - مورد استناد قرار بگیرد. در عرصه ساخت قواعد حقوقی عرفی، رویه یا عملکرد، متشکل از مجموعه اعمال مادی یا عینی است به قصد داشتن آثار فوری بر روابط قانونی دولت‌های ذریبط و اعمال کلامی صرف که مثلاً از سوی نماینده یک دولت در مجامع دیپلماتیک مطرح می‌شود، نمی‌تواند ایجادکننده رویه و لذا عرف باشد، بلکه در صورت وجود شرایط تنها ممکن است تأییدکننده آن باشد [۶، ص ۵۸].

بدین ترتیب به زعم برخی، ساخت عنصر مادی عرف تنها از رهگذر اعمال فیزیکی دولت‌ها ممکن خواهد بود و در این بین گستره وسیعی از اظهارات دولت‌ها و بیانات شفاهی و کتبی آن‌ها در فرایند رویه‌سازی بین‌المللی از پایین‌ترین ارزش برخوردار است. اما همان‌طور که در مقدمه نیز اشاره شد دیدگاه این عده از حقوقدانان به هیچ وجه ترسیم‌کننده موقعیت ماهیت عنصر مادی در نظام حقوق بین‌الملل شکل‌گیری قاعده حقوق بین‌الملل عرفی نیست و دیدگاه غالب در این عرصه حاکی خواهد بود از تلقی هر نوع عمل و رفتار دولت به عنوان جزء تشکیل‌دهنده عرف؛ امری که در ادامه به تفصیل بدان خواهیم پرداخت.

1. *in abstracto*

۳. اعمال کلامی به مثابه ادله عنصر مادی عرف و رد

دیدگاه‌های مضیق

با وجود ملاحظات مذکور، اما به نظر نمی‌رسد چنان مفهوم مضیقی از عنصر رویه در عرصه شکل‌گیری قاعده حقوق بین‌الملل عرفی از جایگاه مستحکمی برخوردار باشد. برای مثال در مورد اظهارات قاضی رد، استدلال‌های میان دولت‌ها در مکاتبات دیپلماتیک یا کنفرانس ملل متحد راجع به حقوق دریاها - مثلاً در خصوص عرض دریای سرزمینی یا منطقه انحصاری ماهیگیری - همواره متضمن طرح ادعاهایی از سوی آنان (و نیز اعتراض در مقابل چنین ادعاهایی) بوده است، بدون هیچ‌گونه ارزیابی و بررسی در مورد این‌که آیا اساساً ادعاهای فوق از سوی دولت‌های مدعی تجلی بیرونی یافته است یا خیر [۷، ص ۲]. رویکرد مشابهی نیز در این رابطه از سوی ده قاضی از پانزده قاضی حاضر در قضیه صلاحیت ماهیگیری در سال ۱۹۷۴ به تأیید رسیده است [۸، پارا ۵۶-۵۸، ۴۷، ۱۱۹-۱۲۰، ۱۳۵، ۱۶۱، ۸۱-۸۸].

بدین ترتیب مشخصاً در مورد دیدگاه قاضی رد - و نیز سایر دیدگاه‌های مشابه - عملکرد بین‌المللی نشان می‌دهد، دلیلی وجود ندارد که اعمال کلامی یا اظهارات عام دولت‌ها مورد توجه قرار نگیرد. در همین چارچوب، شاید رویکرد پروفیسور آکهرست بهترین تلقی از ادله موجد عنصر مادی تشکیل‌دهنده عرف باشد. به اعتقاد وی دیدگاه کسانی که رویه را منحصر در اعمال فیزیکی و مادی می‌دانند، یک دیدگاه اقلیتی است [۷، ص ۳]. از نظر آکهرست، رویکرد اکثریت در این رابطه در پرتو آرای مراجع قضایی بین‌المللی دلالت بر اعمال کلامی به‌عنوان شکلی از رویه دولت‌ها دارد. رویه دولت‌ها شامل هرگونه عمل یا بیانی است از سوی دولت‌ها که از رهگذر آن ایده‌هایی در رابطه با حقوق بین‌الملل می‌تواند استخراج گردد [۷، ص ۳]. وی در ادامه دیدگاه‌های داماتو در این خصوص را مورد انتقاد قرار می‌دهد. از نظر او اعمال فیزیکی دولت‌ها نیز می‌توانند در زمان‌های مختلف با یکدیگر متفاوت باشند و همچنین عملکرد متناقض ارگان‌های

مختلف دولتی در یک زمان مشخص [۷، ص ۳].

آکهرست سپس نمونه‌ای از یکی از مهم‌ترین اعمال کلامی، یعنی شناسایی دولت‌ها را مورد توجه قرار می‌دهد. هنگامی که دولتی، دولت دیگر را شناسایی می‌کند، اغلب این رفتار سیاسی از طریق کلام و صدور بیانیه صورت می‌گیرد تا انجام هرگونه عمل مادی خاص [۷، ص ۳]. شناسایی چیزی بیش از یک چارچوب کلامی نیست [۹، ص ۶۵]. دلایل دیگری نیز در مخالفت با دیدگاه‌های داماتو در رابطه با عنصر مادی عرف مطرح است که یکی از مهم‌ترین آن‌ها مربوط می‌شود به مسأله تغییر قاعده عرفی. در این چارچوب اصولاً هرگونه عملکرد مادی و فیزیکی مغایر با قاعده عرفی موجود با هدف تغییر آن نقض حقوق بین‌الملل محسوب می‌گردد، حال آن‌که وضعیت در مورد صدور اعمال کلامی معارض بدین گونه نیست [۷، ص ۷-۸؛ ۱۰ ص ۱۵؛ ۱۱، ص ۱۵۶].

در کنار آکهرست، پروفیسور مندلسون نیز از جمله دیگر حقوق‌دانانی است که به شکلی مؤثر از مشارکت اعمال کلامی در فرایند شکل‌گیری حقوق بین‌الملل عرفی سخن می‌گوید. وی با ارائه فهرستی از نوع اعمالی که در این خصوص معمولاً به‌عنوان ادله رویه‌ساز مورد استناد قرار می‌گیرند، به‌صراحت مورد تأکید قرار می‌دهد که هیچ دلیل برتری وجود ندارد که نشان دهد چرا اظهارات عام دولت‌ها در کنار اعمال فیزیکی آنان نباید به منزله شکلی از رویه دولت‌ها مورد توجه قرار بگیرد [۱۲، ص ۲۰۵]. مکاتبات دیپلماتیک شامل اعتراضیه‌ها و اعلامیه‌های مبین سیاست دولت، مشاوره مشاوران حقوقی دولتی، بیانیه‌های مطبوعاتی، آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های رسمی مرتبط با مسائل حقوقی از جمله دستورالعمل‌های مربوط به قوانین نظامی، مشارکت در رأی‌گیری در سازمان‌های بین‌المللی، ملاحظیات دولتی در مورد طرح‌های در دست بررسی کمیسیون حقوق بین‌الملل و نهادهای مشابه آن، قوانین ملی، تصمیمات دادگاه‌های داخلی، لوایح نزد دیوان‌های بین‌المللی و... در مجموع نمونه‌هایی از اعمال دولت‌ها هستند که به زعم مندلسون در فرایند رویه‌سازی منجر به شکل‌گیری عنصر مادی عرف مشارکت می‌کنند [۱۲، ص ۲۰۴].

بیانیه انجمن حقوق بین‌الملل در خصوص اصول حاکم بر شکل‌گیری حقوق عرفی عام نیز تحت تأثیر دیدگاه‌های پروفیسور مندلسون، اعمال کلامی را به‌عنوان رویه دولت مورد ملاحظه قرار داده است. ماده ۴ این بیانیه تصریح دارد: «اعمال کلامی دولت‌ها، و نه فقط اعمال فیزیکی آنان، نیز به‌عنوان رویه دولت مورد ملاحظه قرار می‌گیرند». به زعم انجمن، در تفسیر مربوط به همین ماده، اعمال کلامی به معنای بیان یا اظهار عامی است که در واقع فرم رایج‌تری از رویه دولت در مقایسه با رفتار فیزیکی را شکل می‌دهند. بیانیه‌های دیپلماتیک (از جمله اعتراضیه‌ها)، بیانیه‌های سیاسی، بیانیه‌های مطبوعاتی، دستورالعمل‌های رسمی (از جمله مقررات نظامی)، بخشنامه‌های مربوط به نیروهای مسلح، تفاسیر دولت‌ها در مورد پیش‌نویس معاهدات، قوانین داخلی، آرای دادگاه‌های ملی و مقامات اجرایی، دیدگاه‌های دولت‌ها نزد دیوان‌های بین‌المللی، بیانیه‌ها و قطعنامه‌های سازمان‌های بین‌المللی و امثالهم، همگی نمونه‌هایی از اعمال کلامی هستند. اعمال فیزیکی مانند بازداشت افراد یا مصادره اموال در واقع از رواج کم‌تری برخوردارند [۱۳، ماده ۴(a)]. انجمن در ادامه تأکید می‌کند که هیچ دلیل ذاتی وجود ندارد که چرا اعمال کلامی نباید در فرایند رویه‌سازی منجر به ساخت قاعده عرفی مدنظر قرار بگیرند، در حالی که اعمال فیزیکی - مانند بازداشت افراد یا توقیف کشتی‌ها - باید از چنین موقعیتی برخوردار باشند. از نظر طرفداران مکتب اصالت اراده، حتی این امر ضرورتاً باید این‌گونه باشد: هر دو نوع عمل - کلامی و مادی - باید تجلی اراده دولت تلقی شوند. لذا به نظر می‌رسد که هیچ‌گونه تفاوت کیفی ذاتی بین این دو شکل عمل وجود ندارد [۱۳، ماده ۴(b)].

دیدگاهی که صرفاً اعمال فیزیکی و مادی را به‌عنوان عنصر تشکیل‌دهنده عرف مورد توجه قرار می‌دهد، به اعتقاد پروفیسور دینشتاین نیز دیدگاهی بسیار مبالغه‌آمیز است [۱۴، ص ۲۷۵]. از نظر این حقوقدان درست است که در سطحی وسیع یک عمل فیزیکی نسبت به یک اعلان، هشدار یا سرزنش کلامی (در مجموع اعمال کلامی) از اهمیت بیشتری برخوردار است، با این حال از نقطه نظر اعتباری تفاوتی میان آن‌ها



وجود ندارد. البته دینشتاین در ادامه ارزش والاتری را برای برخی اعمال مانند قوانین مصوب پارلمان و آرای دادگاه‌ها، نسبت به سایر اعمال کلامی قائل می‌شود. به زعم وی قوانین مصوب نهادهای قانونگذاری و تصمیمات مراجع قضایی داخلی بی‌تردید از اعتبار بالایی همچون اعمال فیزیکی - و حتی بیش‌تر - در فرایند رویه‌سازی برخوردارند [۱۴، ص ۲۷۵].

تکیه بر اظهارات عام دولت‌ها (به‌طور کلی اعمال کلامی) به منظور جستجوی عناصر سازنده حقوق عرفی به نظر می‌رسد واقعیتهای غیرقابل انکار در سطح بین‌المللی باشد. دیوان بین‌المللی دادگستری در پی یافتن ادله رویه دولت‌ها مستمراً مکاتبات رسمی، اعلامیه‌های دیپلماتیک، معاهدات و سایر موارد مشابه را مورد استناد قرار داده است [۷، ص ۱-۲] و دولت‌ها نیز اصولاً به چنین فرایندی هیچ اعتراضی نداشته‌اند و از الگوی چنان آرای نیز بعضاً پیروی کرده‌اند [۱۵].

همان‌طور که اشاره شد و در ادامه خواهیم دید، رویه قضایی بین‌المللی نقش اعمال کلامی را مستقل از اعمال فیزیکی به‌عنوان یکی از دلایل ایجادکننده عنصر مادی عرف مورد تأیید قرار داده است. عملکرد دیوان‌های بین‌المللی سرشار از مواردی است که در آن با اعمال کلامی به‌عنوان نمونه‌هایی از رویه دولت برخورد شده است. در این راستا، در وهله اول می‌توان رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه پناهندگی ۱۹۵۰ را مورد توجه قرار داد که در آن دیوان با تکیه بر عقاید رسمی دولت‌ها و معاهدات تدوین شده، امکان وجود رویه‌ای منسجم و یکنواخت در موضوع مورد بحث را مورد ارزیابی قرار می‌دهد [۱۶، پارا ۲۷۷] و نیز ملاحظاتی در قضیه مربوط به حقوق اتباع ایالات متحد در مراکش ۱۹۵۲ را که در آن دیوان مکاتبات دیپلماتیک را جهت تعیین این‌که آیا حقی بر اجرای صلاحیت‌های کنسولی حاصل از عرف تا سال ۱۹۵۲ به وجود نیامده است، مورد بررسی قرار داد [۱۷، پارا ۲۰۰، ۲۰۹].

همچنین دیوان در قضایای مربوط به فلات قاره دریای شمال ۱۹۶۹ اعلام می‌دارد؛ به‌طور کلی گرایش دولت‌ها در مقابل یک معاهده، یا در طول مذاکرات مربوط به آن یا

در هنگام پذیرفتن آن، می‌تواند مهم‌تر از خود آن معاهده باشد؛ به‌ویژه در احراز وجود عنصر مادی. پیش از این در اشاره به همین رأی مورد تأکید قرار گرفت که دیوان از رهگذر استناد به فعالیت‌های کمیسیون حقوق بین‌الملل در گردآوری پاسخ دولت‌ها و نیز گرایشی که توسط آنان در کنفرانس ژنو پذیرفته شده است، عرفی شدن اصل خط منصف را رد می‌کند؛ اما صرفاً از جهت عرفی نبودن قاعده خط منصف و نه انکار این‌که قاعده می‌تواند در چنین روشی به عمل آید [۱، پارا ۳۸].

در رابطه با نقش آفرینی معاهدات به‌عنوان ادله کلامی تشکیل‌دهنده عنصر مادی عرف نیز آرای مذکور در کنار سایر آرای دیوان در قضایای نوته بام ۱۹۵۵ [۱۸، پارا ۲۱-۲۳]، صلاحیت ماهیگیری ۱۹۷۴ [۸، پارا ۵۵-۵۸]، آزمایش‌های هسته‌ای ۱۹۷۴ [۱۹، پارا ۱۲]، فلات قاره لیبی/مالت ۱۹۸۵ [۲۰، پارا ۲۸]، نیکاراگوئه ۱۹۸۶ [۲۱، پارا ۱۸۳-۲۰۷] [و پرودیا ۲۰۰۲ [۲۲، پارا ۵۸] به‌خوبی نشان می‌دهد رویه دولت‌ها در قبال کل فرایند مربوط به تدوین و تصویب معاهدات چگونه می‌تواند در احراز وجود عنصر مادی عرف مؤثر باشد.

همچنین عملکرد دولت‌ها در سازمان‌های بین‌المللی و در قبال تصویب قطعنامه‌ها نیز می‌تواند نقش مهمی در شناسایی ادله شاکله عنصر مادی عرف ایفا کند. دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه نیکاراگوئه ۱۹۸۶ - تا حدی - و در رأی مشورتی مربوط به مشروعیت تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای ۱۹۹۶، این ایده را پذیرفته است که قطعنامه‌های مجمع عمومی سازمان ملل متحد نقش مهمی در ارزیابی‌های مربوط به شناسایی قواعد حقوق بین‌الملل عرفی منع مداخله، منع تجاوز و منع تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای ایفا کرده است.

اقدامات قضایی و تقنینی نیز از دیگر اعمال کلامی دولت‌ها هستند که نقش بسیار برجسته‌ای را می‌توانند در جریان رویه‌سازی بین‌المللی ایفا کنند. در مورد اولی، تصمیمات دادگاه‌های داخلی و نیز واکنش و عملکرد دولت‌ها در قبال چنان تصمیماتی همواره مورد سنجش مراجع قضایی بین‌المللی به منظور احراز وجود عنصر مادی



عرف بوده‌اند. نمونه لوتوس در دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی شاید بهترین مورد از این دست باشد [۲۳، ص ۲۸] همچنین رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه یرویدا ۲۰۰۲ [۲۲، پارا ۵۸] و نیز رأی ۳ فوریه ۲۰۱۲ در مورد مصونیت قضایی دولت‌ها [۲۴، پارا ۵۰]. در مورد اقدامات تقنینی هم وضعیت به همین ترتیب است. دیوان در قضیه شیلات ۱۹۵۱ با تکیه بر قوانین داخلی برخی دولت‌ها که قاعده ۱۰ مایلی را در رابطه تحدید حدود دریای سرزمینی تصویب کرده بودند، نتوانست ادله کافی به منظور شناسایی رویه عام دولت‌ها بیابد [۵، پارا ۱۱۶، ۱۳۱].

در سایر حوزه‌ها به‌ویژه حمایت دیپلماتیک نیز برخی اقدامات اداری دولت‌ها از سوی مراجع قضایی به منظور احراز عملکرد آن‌ها همواره مورد توجه بوده است. برای مثال، نوت‌ه بام ۱۹۵۵ [۱۸، پارا ۲۳-۲۴]، اینترهاندل ۱۹۵۹ [۲۵، ص ۲۷] و بارسلونا تراکشن ۱۹۷۰ [۲۶، پارا ۷۰].

در کنار رویه قضایی، کمیسیون حقوق بین‌الملل نیز در سال ۱۹۵۰ به‌صراحت از معاهدات، تصمیمات دادگاه‌های داخلی، قوانین ملی، مکاتبات دیپلماتیک و عقاید مشاوران حقوقی ملی به‌عنوان نمونه‌هایی از اشکال احتمالی متنوع رویه دولت یاد می‌کند [۲۷، ص ۳۶۸-۳۷۲].

همچنین در مجموعه‌ای که در سال ۲۰۰۵ از سوی کمیته بین‌المللی صلیب سرخ تحت عنوان حقوق بین‌الملل بشردوستانه عرفی منتشر شد، این کمیته با توجه به تناقضی که در بسیاری از موارد میان رفتار عملی دولت‌ها در مخاصمات مختلف وجود داشت، توجه و تمرکز خود را به طور عمده به بررسی و ارزیابی اعمال کلامی آنان از جمله اظهارات عام، بیانه‌ها، بخشنامه‌ها، قوانین و دستورالعمل‌های نظامی و امثالهم قرار داده و از این رهگذر اقدام به شناسایی قواعد عرفی مربوط کرده است.^۱

۱ برای ملاحظه مفصل در این باب رجوع شود به: [۲۸، ۱]. لازم به ذکر است به طور کلی عملکرد کمیته بین‌المللی صلیب سرخ در اعلام قواعد عرفی حقوق بشردوستانه بین‌المللی به لحاظ حقوقی جداً محل اشکال است. گو این‌که در این خصوص نیت خیر و بشردوستی کمیته بر هیچ‌کس پوشیده نیست؛ اما باید دانست در فرایند شناسایی قواعد حقوق بین‌الملل عرفی در حوزه‌های انسانی به هیچ وجه تکیه بر رویکردهای سنتی بر مبنای یافتن رویه و سپس ←

تکیه بر اعمال کلامی دولت‌ها به منظور جستجوی حقوق عرفی، واقعیت کنونی نظام بین‌المللی است و از اهمیت بالایی برخوردار است، به‌ویژه برای آن دسته از دولت‌هایی که امکانات مادی برای اقدام عملی در زمینه‌ای خاص ندارند. به‌عنوان مثال دولت‌هایی که دارای سلاح‌های کشتار جمعی نیستند یا آن‌هایی که امکانات پرتاب موشک به فضا ندارند و یا دولت‌های محاط در خشکی، اعمال کلامی تنها گونه ممکن از رویه برای آن‌ها است. در هر صورت باید اذعان کرد در حال حاضر عقیده اکثریت دلالت می‌کند بر پذیرش هر نوع عمل فیزیکی و کلامی به‌عنوان گونه‌ای از ادله رویه دولت‌ها.^۱

در پایان مباحث مربوط به این قسمت لازم است نکته‌ای را که بعضاً در دیدگاه حقوقدانان مخالف ارائه مفهومی وسیع از عنصر مادی عرف نیز به‌عنوان یکی از دلایل مخالفت، مورد استناد قرار گرفته بود با تفصیل بیشتری مورد تحلیل قرار دهیم؛ بحث اختلاط عنصر مادی با اعتقاد حقوقی و عدم امکان تفکیک آن‌ها به‌عنوان دو عنصر مجزای تشکیل‌دهنده، یا به زعم برخی دور ادراکی^۲ [۲۹، ص ۱۳۶].

همان‌طور که گفته شد، رویکرد اکثریت در حوزه تبیین ماهیت عنصر مادی عرف متضمن هر دو اعمال فیزیکی و کلامی است. در این‌جا مسأله این است که وقتی اعمال کلامی هم به‌عنوان ادله رویه و هم ادله اعتقاد حقوقی دولت‌ها مد نظر قرار می‌گیرد، نحوه احراز و تفکیک آن دو از یکدیگر چگونه است؟ به‌ویژه هنگامی که از اعمال کلامی به‌عنوان مهم‌ترین ادله اثبات وجود اعتقاد حقوقی یاد می‌شود.

رویکرد داماتو و وولفکه در رابطه با ماهیت اعمالی که عنصر مادی ایجادکننده عرف را شکل می‌دهند، اساساً فارغ از چنین مسأله‌ای است؛ چه همان‌طور که گفته شد

→ استخراج «اعتقاد حقوقی» بر آن اساس، به منظور احراز قواعد صحیح نیست. در این خصوص تحول رویکرد رویه قضایی بین‌المللی مبتنی است بر احراز اولیه عنصر معنوی، آن‌هم بر مبنای ملاحظات انسانی و تمنیات وجدان جمعی که در این چارچوب اتکا بر هرگونه رویه کاهش خواهد یافت.

۱. برای مطالعه بیشتر راجع به نظر اکثریت رجوع کنید به: [۱۰، ص ۱۱-۱۳؛ ۲۹، ص ۱۳۳-۱۴۱؛ ۳۰، ص ۲۱۸-۲۲۰؛ ۳۱، ص ۲۵۴؛ ۳۲، ص ۵۲۵-۵۲۸].

2. epistemological



به زعم اینان رفتار فیزیکی دولت تشکیل‌دهنده رویه و اعمال کلامی آن ادله سازنده اعتقاد حقوقی است؛ اما رویکرد فوق و نیز سایر حقوقدانانی که دارای دیدگاه‌های مشابهند، درست نیست. پیش از این به تفصیل بحث کردیم که رویکرد اکثریت در پرتو رویه قضایی بین‌المللی دلالت بر پذیرش اعمال کلامی در کنار رفتارهای فیزیکی دولت‌ها به عنوان ادله موجد عنصر مادی عرف می‌کند. لذا در ترسیم مرز میان منابع عناصر تشکیل‌دهنده عرف باید به دنبال معیارهای دقیق و مشخص‌تر باشیم، به جای طرح ابهامات بیش‌تر.

به نظر می‌رسد با نگاهی دقیق‌تر، حل مسأله از پیچیدگی زیادی برخوردار نباشد. گواهی‌ها که علی‌الظاهر و در وهله اول ملاحظه اعمال کلامی هم به عنوان ادله موجد رویه و هم ادله ایجاد‌کننده اعتقاد حقوقی دولت‌ها می‌تواند منجر به اختلاط و دامن زدن برخی ابهامات گردد، اما چنین مشکلاتی می‌تواند در آنجا که دولت‌ها در رابطه با موضوعی هیچ‌گونه عملکرد کلامی نیز ندارند، به وجود آید. در حالت اخیر - در کنار عنصر مادی - عنصر روانی هم بر مبنای رویه گسترده و متقاعدکننده دولت‌ها استخراج می‌گردد و نه از رهگذر استنباط تصورات پیش‌انگاشته شده. این امر در رأی شعبه دیوان در سال ۱۹۸۴ (قضیه خلیج ماین) به صراحت مورد تأیید قرار گرفته است [۳۲، پارا ۱۱۱]. بنابراین لزوماً پافشاری بر تفکیک میان منابع ادله عناصر تشکیل‌دهنده عرف منطقی نیست. همان‌طور که اعمال کلامی می‌تواند مبین رویه دولت‌ها و نیز اعتقاد حقوقی آن‌ها باشد، اعمال فیزیکی هم می‌تواند متضمن چنین وضعیتی باشد، منتها در مورد اولی ممکن است با شرایط متفاوت‌تری مواجه باشیم. شاید کم‌تر مواردی در رویه قضایی دیوان یافت شود که به روشنی میان ادله موجد عناصر شاکله عرف قائل به تفکیک شده باشد. در این رابطه حتی برخی نویسندگان نیز اذعان دارند که هیچ‌یک از دو عنصر مادی و روانی به منظور تشکیل یک قاعده حقوق عرفی به شکلی مجزا وجود نداشته است و دو عنصر یاد شده در عالم واقع هیچ‌گونه فردیت خاصی برای خود ندارند، بلکه در قالب یک رویه واحد با یکدیگر آمیخته شده‌اند. بدین ترتیب رویه مزبور یک عنصر

مرکب با دو جنبه مادی و روانی را تشکیل می‌دهد [۳۴، ص ۱۱۴].
گو این‌که این دیدگاه اخیر قدری افراطی است، چراکه لزوماً همیشه این‌گونه نیست که یک عمل واجد هر دو صفت عینی و ذهنی باشد، با این حال به نظر می‌رسد قائل شدن به نقش دوگانه برای هریک از ادله عناصر تشکیل‌دهنده عرف - در کل - تا حد زیادی می‌تواند برطرف کننده ابهامات مطروحه باشد.
با وجود این - و نیز با توجه به ملاحظاتی که در فوق گفته شد - تمایز میان عناصر مادی و روانی در فرایند شکل‌گیری قاعده عرفی بسیار دشوار است؛ بدین معنا که الزاماً این‌گونه نیست که اعمال فیزیکی شاخص رویه و اعمال کلامی مبین اعتقاد حقوقی دولت‌ها باشند، اما مشخصاً در مورد وضعیت اعمال کلامی، برخی از حقوقدانان معتقدند محتوای چنین اعمالی مبین عنصر ذهنی یا باور حقوقی دولت‌ها خواهد بود [۱۲، ص ۲۰۶]. به زعم اینان، این‌که عمل کلامی خاصی را به‌عنوان نمونه‌ای از یک عنصر روانی یا مادی طبقه‌بندی کنیم بستگی به شرایط و اوضاع و احوال دارد [۱۲، ص ۲۰۶]. اما در برخی مواقع حقیقتاً تلقی یک عمل کلامی مشخص به‌عنوان عنصر مادی، یا اعتقاد حقوقی دولت‌ها ممکن نیست؛ چراکه محتمل است در موضوعی - مثلاً توسل به زور - صرفاً با حجم انبوهی از اعمال کلامی مواجه باشیم. بنابراین در این‌گونه موارد ضروری است عناصر دوگانه در بطن آن عمل و آمیخته با یکدیگر مورد ملاحظه قرار بگیرند؛ بدین صورت که صرف اقدام جهت صدور عملی کلامی مثلاً انتشار بیانیه یا اطلاعیه دیپلماتیک، مشارکت در رأی‌گیری به منظور صدور قطعنامه در چارچوب سازمان‌های بین‌المللی، شرکت در مذاکرات مربوط به تدوین یک معاهده یا کنوانسیون بین‌المللی و اقدام جهت تصویب آن و...، به‌عنوان عنصر مادی تلقی، و محتوای اسناد مذکور نیز مبین عنصر ذهنی یا اعتقاد حقوقی دولت‌ها باشد.

۴. استنکاف یا ترک فعل

اگرچه عنصر مادی یا رویه اصولاً دلالت بر اعمال دولت‌ها (اعم از فیزیکی یا کلامی)

دارد، اما این امکان وجود دارد که تحت شرایطی خاص استنکاف یا خودداری از انجام عمل (ترک فعل) نیز به عنوان گونه‌ای از رویه دولت در فرایند شکل‌گیری قواعد حقوق بین‌الملل عرفی مورد توجه قرار بگیرد؛ به عنوان مثال امتناع از تعقیب کیفری یک دیپلمات خارجی متهم یا مضمون به ارتکاب جرم به منظور خلق قواعد عرفی مربوط به مصونیت دیپلماتیک.

اکثر نویسندگان و مفسران کم و بیش نقش استنکاف یا ترک فعل را در فرایند رویه‌سازی پذیرفته‌اند. پروفیسور وولفکه معتقد است: «هیچ مبنایی وجود ندارد برای استثنا کردن استنکاف به عنوان نوعی از رویه‌ای که منجر به شکل‌گیری عرف بین‌المللی می‌شود. هر چیزی بستگی به شرایط و اوضاع و احوال دارد» [۴، ص ۶۱]. پروفیسور آکهرست نیز در این باره می‌گوید: «رویه دولت می‌تواند شامل استنکاف و سکوت بخشی از دولت‌ها باشد» [۷، ص ۱۰-۱۱]. به همین ترتیب است دیدگاه حقوقدانانی چون سورنسن [۳۵، صص ۹۸-۱۰۱]، تونکین [۳۶، صص ۱۱۶-۱۱۷]، برنهارت [۳۷، ص ۸۹۸]، دانیلنکو [۳۸، ص ۲۸] و کانز [۳۹، ص ۶۶۲] در رابطه با نقش استنکاف.

همچنین در همین راستا پروفیسور مندلسون معتقد است: استنکاف به عنوان عنصر مادی عرف یا رویه می‌تواند مورد توجه قرار بگیرد، اما با ملاحظه شرایط و میزانی از احتیاط [۱۲، ص ۲۰۷]. وی نیز به مانند حقوقدانانی چون وولفکه و آکهرست رأی معروف لوتوس را مبنای تحلیل خود قرار می‌دهد. به نظر می‌رسد بهترین تلقی از نقش و جایگاه استنکاف در فرایند رویه‌سازی منجر به شکل‌گیری قواعد عرفی در چارچوب همین رأی صورت گرفته باشد [۲۳، ص ۲۷]. در این قضیه دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی امتناع دولت‌ها (بجز دولت صاحب پرچم) از تعقیب کیفری تصادفات در دریای آزاد را به عنوان دلیل وجود یک قاعده حقوق بین‌الملل عرفی که دولت‌ها را از چنان اقدامی منع کند، مورد قبول قرار نداد [۲۳، ص ۲۸]. اما این رویکرد دیوان به این دلیل بود که امتناع دولت‌ها مبهم بود و این می‌تواند بدان معنا باشد که در شرایط و اوضاع و احوالی که چنان میزانی از ابهام وجود ندارد ملاحظه امتناع یا ترک فعل به عنوان گونه‌ای از رویه دولت اشکالی ندارد. در این قضیه دولت

فرانسه با استناد به فقدان کلی تعقیب کیفری از سوی دولت‌های غیرپرچم درخصوص دعاوی مرتبط با تصادم در دریای آزاد، مدعی وجود نوعی تکلیف برای چنین دولت‌هایی بود. دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی این استدلال فرانسه را رد می‌کند، نه به خاطر این‌که امتناع یا ترک فعل دولت‌ها در این رابطه ماهیتاً قابلیت ملاحظه به‌عنوان «رویه» را ندارد، بلکه بدین خاطر که در چنین شرایط و اوضاع و احوالی، مبهم و بعید به نظر می‌رسید که چنان امتناعی ناشی از تکلیفی (تعهدی) آگاهانه باشد. به زعم مندلسون، در این خصوص دلایل دیگری برای امتناع می‌توانست وجود داشته باشد که اساساً ربطی به حقوق بین‌الملل ندارند. به‌عنوان مثال فقدان اقتدار یا صلاحیت قضایی به موجب حقوق داخلی (بسیاری از قوانین کیفری صرفاً در چارچوب قلمرو سرزمینی محدود هستند)، فقدان منفعت و باور به این‌که دولت صاحب پرچم از موقعیت بهتری برای تعقیب و مجازات جرم برخوردار است [۲۰۸، ص ۲۰۸].

رویکرد مشابهی در این چارچوب، در رأی دیوان بین‌المللی دادگستری راجع به مشروعیت تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای ۱۹۹۶ قابل مشاهده است؛ هنگامی که دیوان این استدلال را رد می‌کند: از آن‌جا که دولت‌های دارای سلاح هسته‌ای از سال ۱۹۴۵ از توسل به چنین سلاح‌هایی خودداری کرده‌اند، لذا آن‌ها تعهد به عدم استفاده از آن سلاح‌ها را پذیرفته‌اند [۴۰، پارا ۶۷]. در این‌جا دیوان اگرچه امکان ظهور قاعده‌ای بر مبنای استتکاف دولت‌ها را رد می‌کند، اما این به آن معنا نیست که دیوان موافق پذیرش استتکاف به‌عنوان گونه‌ای از رویه دولت نیست، بلکه علت آن است که شرایط و اوضاع و احوال سیاسی (بازدارندگی) سبب عدم استفاده از این سلاح‌ها در دوره زمانی مذکور بوده است [۴۰، پارا ۶۶]. به دیگر سخن، اگر شرایط و اوضاع و احوال متضمن چنان میزانی از ابهام نباشد، ملاحظه امتناع یا ترک فعل به‌عنوان گونه‌ای از رویه دولت امکان پذیر خواهد بود؛ یعنی اگر امتناع دولت‌های دارای سلاح هسته‌ای از استفاده از این‌گونه سلاح‌ها به شکلی روشن مبین وجود رأی راسخ حقوقی آن دولت‌ها می‌بود، دیوان می‌توانست به‌خوبی قاعده‌ای عرفی را در این خصوص استخراج کند.



اما این همه ماجرا نیست. علیرغم رویکرد غالبی که در این رابطه به‌ویژه در پرتو رویه قضایی بین‌المللی وجود دارد، برخی حقوقدانان نپذیرفته‌اند که استتکاف بتواند به‌عنوان عنصر مادی در فرایند رویه‌سازی منجر به شکل‌گیری عرف بین‌المللی مورد توجه قرار بگیرد. قاضی آلتامیرا^۱ در نظر مخالفش در همان رأی لوتوس تصریح می‌کند که یک قاعده عرفی باید مبتنی بر اعمال مثبت باشد [۴۱، ص ۹۵-۹۶]. داماتو نیز علی‌الاصول موافق این امر نیست. همان‌طور که پیش از این گفته شد، به زعم این حقوقدان تنها اعمال مادی مثبت می‌تواند به‌عنوان رویه یا عنصر مادی عرف مطرح باشد [۲، ص ۶۱-۶۳]. برخلاف وولفکه که علیرغم دیدگاهش مبنی بر پذیرش صرف اعمال فیزیکی به‌عنوان عنصر مادی سازنده عرف، می‌پذیرد که ترک فعل نیز در این زمره قرار بگیرد، داماتو با این امر موافق نیست. به اعتقاد وی مشکل است اعمالی را به‌عنوان رویه دولت شناسایی کنیم که آن اعمال ناشی از تصمیمات دولت هستند، اما در جایی که بایست اتخاذ می‌گردیده‌اند، به منصفه ظهور نرسیده‌اند [۳، ص ۸۹] اگر دولت‌ها استتکاف می‌ورزند از اعمال صلاحیت‌های مدنی یا کیفری بر دیپلمات‌های خارجی و خانواده‌هایشان، بدیهی است که آن‌ها می‌توانسته‌اند چنین صلاحیت‌هایی را اعمال کنند. اما مسأله این است که چطور می‌توانیم چنین خویشن‌داری‌ای را به‌عنوان عنصر مادی تشکیل‌دهنده عرف مورد شناسایی قرار دهیم [۳، ص ۸۹].

به هر صورت علیرغم چنین تحلیل‌هایی - که غالباً نیز در اقلیت قرار دارند - امروزه چه در دکترین و چه در رویه قضایی بین‌المللی، پذیرفته شده است که استتکاف یا به عبارتی ترک فعل می‌تواند در فرایند رویه‌سازی منجر به خلق قاعده حقوق بین‌الملل عرفی مورد توجه و ملاحظه قرار بگیرد.

۵. نتیجه‌گیری

هر نوع عمل دولت - حتی ترک عمل - می‌تواند در فرایند رویه‌سازی منجر به ساخت

1. Altamira

عنصر مادی عرف مشارکت داده شود. البته باید توجه داشت رویه به منظور نقش آفرینی در فرایند شکل‌گیری قاعده عرفی باید متضمن شرایطی باشد که به خاطر گستردگی بحث لازم است در نوشتاری جدا مورد بررسی قرار گیرند؛ از جمله این‌که رویه باید عام باشد، گسترده و فراوان باشد، متحد الشكل باشد، نمادین باشد و... [۴۲، ص ۷۱-۱۱۲].

آنچه در این مقاله مد نظر قرار گرفت، تحلیل ماهیت اعمالی بود که در فرایند عرف سازی به کار گرفته می‌شوند. علیرغم تمام اختلاف موجود در این زمینه، اما همان‌طور که گفته شد رویکرد غالب با تکیه بر رویه قضایی بین‌المللی دلالت بر پذیرش هر نوع رفتار مادی و کلامی - با ارزشی کاملاً یکسان - در فرایند عرف‌سازی دارد. باید توجه داشت برخلاف آنچه برخی می‌گویند با ملاحظه اعمال کلامی در فرایند ساخت رویه بحث اختلاط میان عنصر مادی و روانی عرف پیش نخواهد آمد. پیش از این توضیح داده شد هرکدام از اعمال فیزیکی و کلامی دولت‌ها دارای نقشی دوگانه است؛ در عین حال که اجزا عنصر مادی عرف را می‌سازند، می‌توانند ادله اعتقاد حقوقی دولت‌ها نیز باشند و این نشان‌دهنده ماهیت ویژه این عنصر مهم و ضروری در فرایند عرف‌سازی است. البته تشخیص و تفکیک عناصر سازنده عرف از یک عمل مشخص - اعم از فیزیکی یا کلامی - همواره آسان نیست و این به طور کلی از پیچیدگی‌ها و ابهامات موضوع شکل‌گیری و ادله حقوق بین‌الملل عرفی است؛ امری که کمیسیون حقوق بین‌الملل را واداشت بعد از حدود شصت سال مجدداً همین موضوع را به منظور بررسی در دستور کار قرار دهد.^۱ بعضاً دولت‌ها رفتاری را پیش می‌گیرند و سپس با

۱. کمیسیون حقوق بین‌الملل برای اولین بار در اوایل دهه پنجاه موضوع روش‌ها و ابزارهای ساخت ادله قاعده عرفی را مورد بررسی قرار داد که البته به نتیجه مشخصی هم در آن زمان نرسید. اما اهمیت موضوع سبب شد کمیسیون بعد از گذشت بیش از شصت سال مجدداً موضوع شکل‌گیری و شناسایی حقوق بین‌الملل عرفی را در دستور کار قرار دهد و در این راستا پروفیسور مایکل وود به‌عنوان گزارشگر ویژه انتخاب شد. پروفیسور وود اولین گزارش خود را در نیمه‌های سال ۲۰۱۳ میلادی منتشر کرد که مربوط می‌شد به تبیین نقشه راه آینده بررسی موضوع در کمیسیون حقوق بین‌الملل و قرار است تا پایان سال ۲۰۱۶ گزارش نهایی وی ارائه گردد.

Micheal ,Wood, *First report on formation and evidence of customary international law*, Special Rapporteur, International Law Commission, A/CN.4/663, 2013.



انتشار بیانیه‌ای رسمی دلایل و انگیزه‌های خود را توضیح می‌دهند. در این‌جا تفکیک عنصر مادی و معنوی عرف از یکدیگر احتمالاً میسر خواهد بود. رفتار صورت گرفته «رویه» و بیانیه منتشر شده «اعتقاد حقوقی» دولت‌ها را بیان می‌کند. اما در بسیاری از اوقات وضعیت بدین‌گونه نیست و همان رفتار یا بیانیه می‌تواند متضمن هر دو جزء سازنده عرف در آن واحد باشد.

به هر صورت باید اذعان داشت استخراج عناصر دوگانه به منظور ساخت قواعد حقوق بین‌الملل عرفی کار دشواری است و فرایندی فنی و حقوقی است که فقط از عهده قاضی بین‌المللی برمی‌آید و در این چارچوب هیچ ضابطه مشخص و از پیش تعیین شده‌ای وجود ندارد و همین مسأله نه تنها بر ابهام بحث نوشتار حاضر، بلکه بر ابهام کل موضوع شکل‌گیری حقوق بین‌الملل عرفی می‌افزاید.

۶. منابع و مأخذ

- [1] *Case Concerning North Sea Continental Shelf*, ICJ Reports. 1969.
- [۲] زرنشان، شهرام، «مفهوم و ماهیت عنصر روانی در فرایند شکل‌گیری قواعد حقوق بین‌الملل عرفی»، *مجله پژوهش‌های حقوق تطبیقی دانشگاه تربیت مدرس*، دوره ۱۵، ش ۴، زمستان ۱۳۹۰.
- [3] D'amato, A, A, *The Concept of Custom in International law*, Cornell University Press, London 1971.
- [4] Wolfke, Karol, *Custom in Present Internatonal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1993.
- [5] *Fisheries Case*, ICJ Reports, Dissenting Opinion of Judge J, E, Read, 1951.
- [6] Thirlway, H, *International Customary Law and Codification*, 1972.
- [7] Akehurst, Michale, *Custom as a Source of International Law*, 47 British Yearbook of International Law, 1974-75.

- [8] *Fisheries Jurisdiction Case*, ICJ Reports, 1974.
- [9] Parry, C, *The Sources and Evidences of International Law*, Manchester University Press, 1965.
- [10] Mullerson, "The Interplay of Objective and Subjective Elements in Customary Law", In: Wellens, K, (ed), *International Law: Theory and Practice: Essays in Honour of Eric Suy*, 1998.
- [11] Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, Oxford, 1998.
- [12] Mendelson, M, H, *The Formation of Customary International Law*, 272 Recueil des cours: Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1998.
- [13] *Statement of Principles Applicable to The Formation of General Customary International Law*, The International Law Association, Final Report of 69th Conference, London, 2000.
- [14] Dinstein Yoram, *the Interaction Between Customary International Law and Treaties*, 322 Recueil Des Cours: Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 2006.
- [15] For example see: *Digest of United States Practice in International Law*, (S, J, Cummins and D, P, Stewart, eds), 2001, pp.596-958, *Digest of United States Practice in International Law*, (S, J, Cummins and D, P, Stewart, eds), 2002.
- [16] *Asylum Case (Colombia / Peru)*, ICJ Reports, 1950.
- [17] *Case concerning Rights of United Nations National in Morocco*, ICJ Reports, 1952.
- [18] *Nottebohm Case (LIECHTENSTEIN v. GUATEMALA)*, ICJ Reports, 1955.
- [19] *Nuclear Tests Case*, ICJ Reports, 1974.

- [20] *Case Concerning Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, ICJ Reports, 1985.
- [21] *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*, ICJ Reports, 1986.
- [22] *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000*, ICJ Reports, 2002.
- [23] *Lotus Case*, PCIJ, Series A, No.10, 1927.
- [24] *Jurisdictional Immunities of The State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, ICJ Reports, 2012.
- [25] *Interhandel Case*, ICJ Reports, 1959.
- [26] *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, ICJ Reports, 1970.
- [27] *2 Yearbook of International Law Commission*, 1950.
- [28] J, M, Henckaerts and L, Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, ICRC, J, M, Henckaerts and L, Doswald-Beck, eds, 2005.
- [29] Byers, Michael, "Custom, Power, and The Power of Rules Customary International Law From an Interdisciplinary Perspective", *17 Michigan Journal of International Law*, 1995.
- [30] Lepard, Brian, D, *Customary International Law, A New Theory with Practical Applications*, Cambridge University Press, 2010.
- [31] Sinclair, I, M, T, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester University Press, 1984.
- [32] Kammerhofer, Jorg, "Uncertainty in the Formal Source of International Law: Customary International Law and Some of its Problems", *European Journal of International Law*, 2004.
- [33] *Case Concerning Delimitation of The Maritime Boundary in The Gulf of*

Maine Area(Canada/United States of America), ICJ Reports, 1984.

- [34] "La doctrine des deux element du droit coutumier dans la pratique de la Cour international "90, RGDIP, 1986, p.5, 114, In: *Statement of Principles Applicable to The Formation of General Customary International Law*, *op. cit.*
- [35] Sorensen, M, "Les sources du droit international", Copenhagen 1946, pp.98-101, In: Wolfke, K, *op. cit.*
- [36] Tunkin, G, "Theory of International Law", 1974, pp.116-117, In: Akehurst, Michael, *op. cit.*
- [37] Bernhardt, "Customary International Law", In: Bernhardt(ed), *Encyclopedia of Public International Law*, 1984.
- [38] Danilenko, "The Theory of International Law", 31 *German Yearbook Of International Law*, 1988.
- [39] Kunz, "The Nature of Customary International Law", 47 *American Journal of International Law*, 1953.
- [40] *Case Concerning Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports, 1996.
- [41] *Lotus Case*, *op. cit.*, Dissenting Opinion by M, Altamira.

[۴۲] زر نشان، شهرام، شکل‌گیری و شناسایی حقوق بین‌الملل عرفی، تهران، گنج دانش،

۱۳۹۲.