

باسمه تعالی

جزوه درس حقوق بین الملل عمومی (قسمت دوم)

عرف بین المللی International Custom :

گاهی اوقات اتفاق می افتد که افراد یک جامعه در یک مورد بدون اینکه قانونی وجود داشته باشد و یا اینکه صریحاً توافقی با یکدیگر کرده باشند، به یک طریق عمل می نمایند و گویی به پیروی از یک حس درونی آن طریق را از سایر طرق پسندیده تر و به حق و عدالت نزدیک تر میدانند. تکرار اعمال هم آهنگ دولت ها در جامعه بین المللی مانند افراد در جامعه داخلی به مرور زمان رویه های جدیدی به وجود می آورد. یکی دیگر از منابع اصلی حقوق بین الملل، **عرف بین المللی** است. عرف در حقوق بین الملل جایگاهی متمایز از عرف در حقوق داخلی دارد؛ زیرا:

اولاً) واضعان حقوق بین الملل (دولت ها و سازمان های بین المللی) با رفتار یک شکل خود در ایجاد قواعد عرفی مشارکت مستقیم دارند.

ثانیاً) حقوق بین الملل برخلاف حقوق داخلی هنوز هم عمدتاً **حقوقی عرفی** است و می تواند کمبود قواعد معاهده ای را پاسخگو باشد.

ثالثاً) همان قواعد معاهده نیز اکثراً ریشه در عرف دارند؛ یعنی تدوین قواعد عرفی محسوب می شوند.

رابعاً) به رغم اینکه چنین به نظر می رسد که با تدوین عرف و تبدیل و برگرداندن آن به معاهده به تدریج از اهمیت آن کاسته می شود، اما به این معنی نیست که در مقطعی از زمان متروک شده و موقعیت خود را به طور کامل از دست بدهد؛ زیرا عرف حاکی و ناشی از رفتار عمومی کشورها در روابط بین المللی است و مسلماً این رفتار همچنان تداوم خواهد داشت و تا زمانی که قواعد عرفی به قواعد معاهده ای تبدیل نشوند از استقلال کامل برخوردارند.

عرف بین المللی عبارت است از **رویه**، **طرز عمل** یا **رفتاری** که هر کشور یا سازمان بین المللی در مناسبات خود با کشور یا سازمان بین المللی دیگر دارد. رفتار مزبور نشان دهنده **اعتقاد حقوقی** آن کشور یا سازمان می

باشد. البته کشور یا سازمان بین المللی که در مقابل این رفتار قرار می‌گیرد باید آن را پذیرا بوده و به آن اعتقاد حقوقی داشته باشد و عدم اعتراض و سکوت به معنی پذیرش آن است. در واقع، عرف تکرار اعمال یا رفتار مشابه توسط تابعان حقوق بین الملل است که به تدریج در روابط متقابل آنها با یکدیگر جنبه **الزامی** و قدرت حقوقی پیدا کرده است و در نتیجه اعتبار و ارزشی برابر با قاعده حقوقی مدوّن دارد. در هنگام ایجاد یک قاعده ی عرفی، یک دولت می تواند با آن مخالفت نموده و در واقع خود را از التزام به آن عرف رها سازد. به این گونه دولت ها **معترض مُصِر** یا اعتراض کننده ی دائمی (**Persistent Objector**) می گویند. در واقع معترض مُصِر دولتی است که قبل از آن که قاعده ای عرفی به وجود بیاید به آن اعتراض مداوم دارد و رویه ی این دولت نیز عمل کردن برخلاف این عرف باشد و این اعتراض مداوم باید قبل از ایجاد عرف باشد تا برای آن کشور غیر الزام آور تلقی گردد و لذا اعتراض بعد از به وجود آمدن عرف موثر نیست. اما یک قاعده ی عرفی تا جایی و تا زمانی برای کشور معترض دائی قابل اعتراض است که به قاعده ی امره بین المللی تبدیل نشده باشد. در صورت تبدیل یک قاعده ی عرفی به قاعده ی امره بین المللی، هیچ کشوری نمیتواند با استناد به قاعده ی اعتراض دائمی، خود را از اجرا و رعایت آن قاعده معاف بداند.

عرف دارای دو عنصر **مادی** و **معنوی** یا **روانی** است:

عنصر مادی

عرف در مرحله نخست، یک **رفتار مشترک** یا معمول میان کشورها و در موارد نادر در میان سازمان‌های بین‌المللی با یکدیگر و مسبوق به سابقه است؛ یعنی از تکرار یک عمل حقوقی مستند نافذ، قاطع، ثابت و بدون اعتراض و تردید آن‌ها و به تدریج در یک مدت زمان طولانی حاصل می‌شود. این خصیصه را **عنصر مادی** عرف می‌نامند. ممکن است این سوال پیش آید که برای ایجاد عرف، رفتار یا عمل مورد نظر باید چند بار و در چه مدت تکرار شود. در پاسخ باید گفت که **یک** سابقه، به تنهایی قابلیت به وجود آوردن عرف را ندارد و از سوی دیگر، تکرار بیش از حد نیز لازم نیست. دیوان بین‌المللی دادگستری در سال ۱۹۶۹ در رای مربوط به فلات قاره دریای شمال این سوال را به خوبی پاسخ داده است. دیوان بیان می‌دارد که هر چند عملی که برای مدت زمان کوتاهی جریان داشته، لزوماً و به خودی خود منافی برای تشکیل یک قاعده جدید حقوق بین الملل عرفی نیست، ولی لازم است در این مدت زمان کوتاه، طرز عمل عمومی کشورها به **ویژه کشورهای ذینفع**، در عمل یکسان باشد. در ایجاد عنصر مادی عرف، هم فعل و هم ترک فعل کشورها ایجاد سابقه می‌نماید. اما ترک فعل ساده تشکیل قاعده عرفی نمی‌دهد. بلکه باید اراده کشورها به طریق مطمئنی آن را ابراز نماید و ثابت شود که

خودداری از انجام عمل (یعنی ترک فعل) با آگاهی به وظیفه خودداری نمودن و با اعتقاد به الزامی بودن عدم انجام آن عمل بوده است .

عنصر معنوی یا روانی opinio juris

در مرحله دوم، عرف به منزله ی **رویه الزام آور حقوقی** تجلی می کند. این خصیصه را عنصر معنوی یا روانی می نامند، یعنی اعتقاد به الزامی بودن یا بر حق بودن و یا عقیده به ضروری بودن آن. هنگامی که عرف بین المللی فاقد عنصر معنوی باشد، یعنی زمانی که اعتقاد به الزامی بودن آن وجود نداشته باشد، رسم ساده و بدون ضمانت اجرایی بیش نیست که آن را **عادت بین المللی** گویند؛ مانند برافراشتن پرچم کشتی ها به هنگام رسیدن به یکدیگر به عنوان ادای احترام. همچنین در صورتی که این رفتار ساده از رفتار متقابل کشورها نسبت به یکدیگر ناشی شود و به صورت یک شکل و مستمر تکرار نگردد، نزاکت بین المللی نامیده می شود؛ مانند پیام تسلیت کشورها به یکدیگر در پی حوادث.

مانند معاهده ، عرف نیز به عرف های عام و عرف های خاص و منطقه ای تقسیم می شود. قواعد عرفی عام، ناشی از طرز عمل **عمومی** کشورها است؛ یعنی رویه ای که توسط تعداد زیادی از کشورها از جمله کشورهای ذینفع رعایت شود و لذا طرز عمل کلیه کشورها (که در واقع فرض غیر قابل تحقق است) نیاز نمی باشد. به عنوان مثال برای ایجاد یک قاعده عرفی عام و جهانی در زمینه حقوق دریاها مشارکت قدرتهای بزرگ دریایی کافی است. زیرا فقط این کشورها در وضعیتی هستند که می توانند با عمل خود اجرای چنین قاعده جدیدی را تضمین نمایند. بنابراین قاعده اتفاق آرا برای شکل گیری قواعد عرفی عام لازم نیست؛ ولی اجرای آن ها حتی برای کشورهایی که در هنگام ایجاد چنین قواعدی وجود نداشته اند و یا در شکل گیری آن مشارکت ننموده اند الزامی است. عرف های خاص یا منطقه ای آن دسته از قواعد عرفی هستند که تمام یا تعدادی از کشورهای **یک منطقه** آنها را پذیرفته و یا مستمراً به آن عمل کرده و هیچگونه اعتراضی یا مخالفت با آن نکرده باشند.

چه عواملی منجر به ایجاد عرف می شود؟ در پدید آوردن سابقه عرفی بین المللی، قوانین و مقررات داخلی مانند قانون اساسی یا قوانین عادی مربوط به مسائل خارجی و بین المللی، تصمیمات قوه مجریه، احکام و تصمیمات قضایی داخلی، معاهدات بین المللی، تصمیمات داوری و قضایی بین المللی و تصمیمات سازمان های بین المللی می توانند دخیل باشند. اصولاً معاهدات بین المللی فقط طرف های خود را متعهد و ملزم می سازند و اثری نسبت به ثالث ندارند؛ با این حال اگر مقررات موجود در معاهده ای در معاهدات دیگر به طور مشابه و

یکنواخت تکرار گردد، امکان ایجاد یک قاعده عرفی وجود دارد که چنین قاعده ای مسلماً نسبت به ثالث نیز اثر خواهد داشت بنابراین هرگونه توافق حقوقی بین‌المللی می‌تواند خود سابقه برای ایجاد یک قاعده عرفی بین‌المللی باشد.

رابطه عرف و معاهده

هر چند عرف و معاهده دارای اعتبار حقوقی برابر هستند، اما ممکن است میان آنها تعارض پیش آید. برای مثال اگر معاهده ای متضمن مقرراتی مغایر با قاعده عرفی باشد، در این صورت منبع حقوقی که بتوان آن را ارجح دانست کدام است؟ با توجه به رویه دیوان بین‌المللی دادگستری عملاً معاهدات بین‌المللی، برتری خاصی نسبت به عرف دارند و دیوان ابتدا تحقیق می‌کند که آیا معاهده قابل اجرایی میان دو کشور طرف اختلاف وجود دارد یا خیر، اگر وجود نداشت به عرف متوسل می‌شود. تاثیرگذاری عرف و معاهده بر یکدیگر به این شکل است که قواعد عرفی می‌توانند به شکل قواعد معاهداتی درآمده و قواعد معاهداتی نیز در صورت اجرا توسط کشورها و پس از گذشت مدت زمان لازم، می‌توانند به قواعد عرفی تبدیل شوند.

اصول کلی حقوقی

اصول کلی حقوقی نیز مانند عرف و معاهدات در زمره منابع مستقل و مستقیم حقوق بین‌الملل قرار دارد. بر خلاف عرف که از اجتماع دو عنصر مادی و معنوی تشکیل می‌شود، اصول کلی حقوقی فاقد عنصر مادی است؛ یعنی رفتار یا رویه ای در ایجاد آن نقش ندارد بلکه صرفاً اعتقاد به الزامی بودن وجود دارد. منظور از اصول کلی حقوقی، اصولی به هم پیوسته است که عملاً در تمام نظام‌های حقوقی بزرگ دنیا یافت می‌شود و بنا به ضرورت در حقوق بین‌الملل که مورد قبول دولت‌ها است مورد عمل قرار می‌گیرد. اصول کلی به رسمیت شناخته شده در حقوق بین‌الملل را می‌توان به دو گروه اصلی تقسیم نمود:

الف) اصول کلی حقوقی مشترک در زمینه‌های داخلی و بین‌المللی: از جمله اصل وفای به عهد، اصل جبران خسارت ناروا، اصل احترام به حقوق مکتسبه، اصل اعتبار امور مختومه.

ب) اصول کلی حقوقی خاص حقوق بین‌الملل: از جمله اصل دوام کشورها، اصل حق ملت‌ها در تعیین سرنوشت خود، اصل مصونیت قضایی کشورها، اصل احترام به استقلال کشورها و غیره..

هرچند اصول کلی حقوقی یکی از منابع مستقل و مستقیم حقوق بین‌الملل محسوب می‌گردند ولی حدود تاثیر و قابلیت اجرایی آنها به مراتب کمتر از معاهده و عرف است. بر همین اساس این اصول در صورتی نقش سازنده ایفا می‌نمایند که با یک قاعده معاهداتی یا عرفی بنیادین حقوق بین‌الملل مواجه نگردند و مغایرتی با آنها نداشته باشد. در غیر این صورت برتری قاعده معاهداتی و عرفی نسبت به اصول کلی واضح و آشکار است.

سایر منابع حقوق بین‌الملل

در کنار منابع اصلی حقوق بین‌الملل یعنی معاهده و عرف و اصول کلی حقوقی، منابع فرعی هم نقش بسزایی در حقوق بین‌الملل دارند که عبارتند از:

رویه قضایی بین‌المللی

رویه قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری می‌تواند سابقه، رویه، راهنمای اطراف دعوا و قضات به شمار آید آن هم در صورت فقدان قاعده صریح حقوقی. به موجب بند ج ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، دیوان مزبور با رعایت مقررات ماده ۵۹ اساسنامه، تصمیمات قضائی را به منزله وسایل فرعی برای تعیین قواعد حقوقی مورد استفاده و استناد قرار خواهد داد. اساسنامه دیوان بین‌المللی برای تصمیمات قضایی فقط ارزش وسایل فرعی (کمکی) قائل گردیده است. مفسرین اساسنامه دیوان برای این امر دلایل متعدد ذکر کرده اند از جمله اینکه آراء محاکم بین‌المللی غالباً با شرایط و خصوصیات زندگی جوامع معینی ارتباط داشته و در روابط بین‌المللی به طور عام قابل اجرا نیست. دیگر اینکه آراء مزبور بعضاً با یکدیگر تعارض و اختلاف داشته و استناد به آنها به عنوان سابقه به آسانی امکان پذیر نمی‌باشد. ماده ۵۹ اساسنامه دیوان نیز موید این نظر بوده و مقرر می‌دارد: «احکام دیوان فقط درباره طرفین اختلاف و در موردی که موضوع حکم بوده الزام آور است.» همچنین بعضی از علمای حقوق عقیده دارند که چون جامعه بین‌المللی هنوز به آن مرتبه از رشد و تکامل که مستلزم اجرای کامل حق و عدالت در روابط بین‌المللی است، نرسیده است مراجع قضایی بین‌المللی به طور کامل از نفوذ سیاسی دولت‌ها برکنار نبوده و آراء آنها کاملاً از اهداف سیاسی دولت‌ها مبری نیست و طبعاً نمی‌تواند ارزش حقوق بین‌الملل محسوب گردد.

دکترین

منظور از دکترین، عقاید **جمعی** دسته‌ای از علمای حقوق است و نه عقاید و نظریات فردی آنان. دکترین را نمی‌توان منبع واقعی و مستقل حقوق بین‌الملل تلقی نمود؛ اما نقش بسزایی در تحول و تکامل حقوق بین‌الملل دارد. کار حقوقدانان بین‌المللی این است که حقوق موجود را تشخیص دهند و تفسیر کنند و آن را مورد نقد و

بررسی قرار دهند. آنان صلاحیت وضع قواعد حقوقی را ندارد زیرا از هیچ رکن یا مقام کشوری و بین‌المللی چنین صلاحیتی را کسب نکرده و نمی‌توانند کسب کنند. با این حال عقاید علمی در تهیه مقدمات ایجاد حقوق مکتوب یا معاهداتی دخالت تام دارد؛ به ویژه عقاید جمعی دسته‌ای از علمای حقوق در رابطه با فعالیت گروهی مجامع بزرگ بین‌المللی علمی مانند کمیسیون بین‌الملل و غیره.

اعمال حقوقی یکجانبه

در حقوق بین‌الملل بر خلاف حقوق داخلی، اعمال یکجانبه که به طور معمول صورت امری داشته باشد (مانند وقف، وصیت و ...) وجود ندارد. با این حال رویه عمومی بین‌المللی موجودیت و اعتبار دسته‌ای از اعمال حقوقی را به آن جهت که تجلی اراده یک تابع حقوق بین‌الملل است به رسمیت شناخته است. اعمال یک جانبه کشورها که دارای قابلیت ایجاد تعهدات حقوقی هستند، می‌توان به اعمال زیر اشاره کرد:

- شناسایی کشور یا حکومت جدید؛
- اعتراض و سکوت؛ مثلاً عدم اعتراض یک کشور به موضوعی خاص، می‌تواند بعداً علیه آن کشور قابلیت استناد داشته باشد.
- اعلامیه‌ها : مثلاً در حقوق جنگ، اعلان جنگ یا اعلامیه بی‌طرفی و در زمان صلح، اعلام الحاق به یک معاهده، اعلامیه پذیرش صلاحیت دیوان بین‌المللی دادگستری، اعلامیه بی‌طرفی و ...

قواعد آمره بین‌المللی (Jus cogens)

امروز در جامعه بین‌المللی قواعد حقوقی وجود دارند که به عنوان قواعد بنیادین، عام یا آمرانه و برتر حقوق بین‌الملل و تحت عنوان قواعد آمره شناخته می‌شوند. این قواعد مشتمل بر تعدادی اصول هستند که در سلسله مراتب حقوق بین‌الملل در صدر قرار می‌گیرند و هر قاعده دیگری که مغایر با آنها باشد و حتی هر رویه و عملکردی که با آنها در تعارض باشد، بی اعتبار محسوب می‌شود. اولین سند حقوقی بین‌المللی که در آن از قاعده آمره تعریف شده عهدنامه ۱۹۶۹ وین در زمینه حقوق معاهدات است. طبق ماده ۵۳ این عهدنامه، قاعده آمره حقوق بین‌الملل عام، قاعده‌ای است که از سوی جامعه بین‌المللی کشورها در کل به عنوان قاعده که

تخلّف از آن مجاز شمرده نشده است و تنها از طریق یک قاعده بعدی حقوق بین الملل عام با همان ویژگی، قابل تغییر باشد، پذیرفته و به رسمیت شناخته شده است.

بر اساس این تعریف، قاعده ی آمره دارای ویژگی های زیر است :

❖ قاعده ی آمره باید در زمره ی حقوق بین الملل عام باشد. در نتیجه قاعده ی آمره نمی تواند از میان قواعد حقوق بین الملل خاص (یعنی قواعد موجود میان چند کشور) به وجود آید.

❖ تغییر یا فسخ هر قاعده ی آمره با ایجاد یک قاعده ی آمره جدید با همان ارزش و اعتبار ممکن است.

❖ در صورت تعارض یک معاهده با یک قاعده ی آمره، آن معاهده باطل و بی اثر می باشد.

مرجع اعلام وجود قواعد آمره

جامعه بین المللی کشور من حیث المجموع مرجع اعلام قاعده آمره است . امروزه سازمان ملل متحد نمونه بارز جامعه بین المللی است. مجمع عمومی این سازمان و رکن قضایی آن یعنی دیوان بین المللی دادگستری مرجع اعلام قاعده آمره می باشند . مجمع عمومی از طریق قطعنامه های صادره و دیوان بین المللی دادگستری نیز از طریق آراء خویش نقش مهمی در اعلام قواعد آمره دارند.

امروزه اصول زیر از جمله اصولی هستند که به عنوان قواعد آمره توسط جامعه بین المللی پذیرفته و به رسمیت شناخته شده اند: اصل وفای به عهد، اصل حسن نیت، اصل منع توسل به زور و تحریم جنگ، اصل منع تجاوز، اصل حق ملت ها در تعیین سرنوشت خود، اصل احترام به حاکمیت استقلال و تمامیت سرزمینی کشورها، اصل دفاع مشروع ، اصل منع دزدی دریایی، اصل منع هواپیمارمایی، اصل منع کشتار جمعی، اصل منع جنایات علیه بشریت، اصل منع جنایات جنگی، اصل منع بردگی، اصل منع تبعیض نژادی ، اصل حاکمیت کشورها بر منابع طبیعی خود..

YOU ARE NOT BORN A WINNER; YOU ARE NOT BORN A LOSER; YOU ARE BORN A CHOOSER...

** اندازه موفقیت شما به وسیله قدرت اشتیاقتان، اندازه رویاهایتان و اینکه چگونه در طول راه با ناامیدی کنار می آید، مشخص می شود؛ موفقیت هایی که نصیب افراد صبور می شود، همان هایی هستند که توسط افراد عجول رها شده اند؛ لذا آن که نهایت تلاش خود را صرف کند، به تمام خواسته هایش می رسد. پیروز باشید. **