

## عرف حقوقی به فرنام سرچشمه (منبع) حقوق بین الملل

رابطه های اقتصادی، سیاسی، نظامی و غیره همیشه میان دولتها همیشه موجود بوده است و تنظیم این رابطه ها، در آغاز بر پایه عرف نانوشته عملی می شده، بدون اینکه دولت ها درباره آن روابط سندی بنویسند یا پیمانی ببندند. عرف همانگونه که در حقوق داخلی، نخستین منبع حقوق بوده است، در حقوق بین الملل نیز نخستین سرچشمه آن است.

هنجار های حقوق بین الملل در آغاز رشد و رُویش خویش هنجار های عرفی بوده اند و به شیوه عرف پیدا شده اند. عرف بین المللی در واقعیت هنجار های نانوشته پی بوده اند که دولت ها در ابتدا بدون اینکه آنها را تدوین کنند، یا در کدام سندی بنویسند، خاموشانه ولی قانونمندان در عمل رعایت می کردند.

هنجار های عرفی نیز از هنجار های عادی یا عادت پیدید می آید. عادت مانند رسم و رواج است، یعنی رفتاری است که پیامد حقوقی ندارد، اما وقتی این عادت با تکرارش عقیده را پدید آورد که از آن نباید سرکشی کرد، آن عادت به شکل یک رفتار دارای پی آمد حقوقی می در آید، آنگاه آن عادت به عرف دیگرسان می شود. به سخن دیگر آنگاهی که دولت ها به شیوه پی یکسان رفتار می کنند، یک لحظه پی میرسد که باورمندی و اعتقاد پیدا می شود که دولت ها باید به همان شیوه رفتار کنند و اگر از آن شیوه رفتار تخطی شود، بر ضد چنین رفتار باید اقدام شود. مانند مصونیت و امنیت سفیران یا پیغام رسان ها یک امر عرفی بوده است. حتا در میان قبیله ها و عشیره ها مصونیت و امنیت آنان تضمین می شده است.

درین حالت یک هنجار عرفی پدید می آید. یعنی با بسامد و تکرار همسان یا یکسان رفتار، دولت ها به یک رابطه یا حالت معین، می تواند قاعده یا هنجار عرفی حقوقی پدید آید. پیدایش هنجار عرفی بین المللی بیانگر این است که رفتار دولت ها در رابطه به موضوع معین آن قدر همسان تکرار شده است که دولت ها باورمند شده اند که از آن رفتار و کردار نمی توان سرپیچی کرد.

ولی از هنجار عادی می تواند هنجار عرفی پدید هم نیاید. یعنی هر هنجار عادی همواره به به پیدایش هنجار عرفی نمی انجامد. یک هنجار عادی، زمانی می تواند به پیدایش هنجار عرفی بیانجامد که در نزد دولتها باورمندی ایجاد شود که رفتار دولت ها در یک رابطه مشخص، باید به شیوه که دایم رفتار میشود، رفتار شود. این باورمندی را اعتقاد به قانونی بودن رفتار، یا اعتقاد به الزام آور بودن رفتار دولت ها میدانند.<sup>1</sup>

پس، در پیدایش هنجار عرفی دو نکته مهم است: نخست رفتار یکسان و آزرگار دولت ها و دوم اعتقاد به اینکه چنین رفتار الزام آور و قانونی است.

عرف «قاعده پی است که به دنبال تکرار رفتار های یکسان شکل گرفته و ایجاد التزام کرده باشد.»<sup>2</sup> شرط اول، شرطی است که مربوط به تکرار عمل و کردار یکسان و عمومی دولت هاست و به نام شرط عینی یاد میشود، زیرا عمل امری است که به چشم می توان مشاهده کرد. شرط دوم، یک شرط

<sup>1</sup> Opinio juris sive necessitates یا opinio juris .

<sup>2</sup> دکتر رضا موسی زاده، بایسته های حقوق بین الملل عمومی، ص ۱۱۵

ذهنی است زیرا بیانگر اعتقاد به قانونی بودن چنین رفتار است. و آن عقیده به این است که دولت ها قانونی بودن چنین رفتاری را پذیرفته اند و باید آن گونه رفتار کنند.

در صورتی که اعتقاد به الزامی بودن هنجار وجود نداشته باشد، هنجار عرفی نیز ایجاد نمی شود. در آن صورت کردار یکسان تنها در موضوع معین به حد یک قاعده عادی یا آداب نیک یا یک رفتار پسندیده، یا هم نزاکت بین المللی در روابط میان دولتها شمرده میشود.

به گونه نمونه، در روابط بین المللی هنجار عادی وجود دارد این که در صورت درگذشت رهبر یک دولت دوست، دولتی که با آن روابط دوستانه دیپلماتیک دارد، پرچم کشورش را در برخی از ساختمان های دولتی نیمه برافراشته می افرازد. این امر یک هنجار عرفی نیست، زیرا اگر چنین نکند، قاعده حقوقی را نقض نکرده است و حکومت تنها به هنجار که آداب پسندیده میان دو دولت است بی اعتنایی کرده است.<sup>3</sup>

در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری در باره هنجار های عرفی گفته شده است: «عرف به عنوان رویه ی کلی که به صورت قانون پذیرفته شده است». لازم به یادآوری است که عرف بین المللی بر پایه نیازمندی های عینی و واقعیت وجود کشورها و ضرورت تنظیم روابط متقابل آنان پدید می آید و سرانجام به صورت هنجار قانونی یا قانون پذیرفته شده رعایت میشوند.

رویه کلی یا رفتار عمومی به معنای رفتار کلیه دولت ها نمی باشد. بسیاری وقت ها دولت به علت های گوناگون نمی توانند در برخی موضوع ها کردار یا رفتار عمومی مانند کشورهای دیگر داشته باشند. به گونه مثال، دولت های که ساحل دریایی ندارند، در پرسمان های حقوقی مربوط به حقوق دریاها<sup>4</sup> مانند، پهنای آبهای ساحلی، منطقه مجاور و فلات قاره از خود رفتار و رویه ندارند.

همچنان دولت های هستند که در اوضاع کنونی در برخی از مسأله ها، رویه از خود ندارند، اما در آینده میتوانند چنین رویه داشته باشند، به گونه نمونه بسیاری کشور ها در پژوهش های قاره جنوبگان یا در ارسال ماهواره ها به کیهان و پژوهش کیهانی هیچ رفتار یا رویه ندارند، اما در آینده می توانند داشته باشند.

اگر این مسأله را با نظریه سازگاری دولت ها بسنجیم، در نتیجه مرحله اول سازگاری اراده های دولت ها، هنجار عادی یا عادت ساخته می شود و شکل میگیرد. هنجار عادی هم قاعده رفتار است که دولت ها بشکل معمول از آن پیروی می کنند. ولی این قاعده رفتار هنوز قاعده یا هنجار عرفی بین المللی نمی باشد. برای اینکه قاعده رفتار هنجار یا قاعده حقوق بین الملل شود، باید مرحله دوم و نهایی سازگاری اراده های دولت ها به پایان برسد. این مرحله همانا مرحله شناسایی و پذیرایی آن هنجار عادی به فرنام قاعده حقوقی است. در مرحله دوم است که دولت ها هنجار عادی را به عنوان هنجار حقوقی می پذیرند و از آن همچون هنجار حقوقی پیروی می کنند. از همین سبب در اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری تاکید می کند عرف به عنوان رویه یا عمل کلی که به عنوان هنجار قانونی پذیرفته شده است.

شناختن یا پذیرفتن این یا آن قاعده عادی به عنوان قاعده عرفی (حقوقی) از سوی یک دولت به معنای بیان اراده و توافق آن دولت (ها) بر الزامی بودن آن به مثابه هنجار حقوق بین الملل میباشد.

<sup>3</sup> Kooijman, P. H., Internationaal Publiekrecht in vogelvlucht, Groningen 6, <sup>de</sup> druk 1995, p. 20

<sup>4</sup> دریا درینجا به معنای بحر است نه رود یا رودخانه.

اما برای اینکه یک هنجار، هنجار حقوق عام بین الملل شود، باید از سوی تمام دولت ها، یا کم از کم از سوی بیشترین دولت ها به مثابه عرف عام بین المللی پذیرفته شود.

چگونه می توان دانست که یک هنجار، از سوی یک دولت پذیرفته شده است؟ درین صورت ما باید به بیانیه های نمایندگان دولت بنگریم، مثلن در کنفرانس های بین المللی، یا در پارلمان کشور، همچنان میتوان به اعتراض های دولت های دیگر نگریم؛ البته هنگامیکه یک دولت دیگر قاعده رفتار را نقض می کند و غیره.

مسأله دیگر این است که یک رویه پس از چند وقت و با چه گستره یی می تواند به یک هنجار عرفی بیانجامد؟

درین مورد کدام سنجه یا معیار عمومی و همه پذیر وجود ندارد. دیوان بین المللی تاکید می کند که رویه باید یک دیسه (یک شکل)، باثبات و گسترده باشد اما در عمل، به ویژ در مورد مکلفیت های عمل کردن یا عمل نکردن از یک قاعده، این تاکید دیوان پاسخ مستقیم نمی دهد. دوامدار بودن یک عمل نیز حتمی نیست. هرچند عمل دوامدار برای پدایش هنجار عرفی لازم است اما شرط حتمی نیست.

درینجا مثال های از رویه دولت ها می آورم. هرچند برای افغانستان اهمیتی چندان ندارد، زیرا افغانستان کشور محاط در خشکی است. اما برای فهمیدن هنجار عرفی لازم است. در سال ۱۹۴۵ رییس جمهور امریکا اعلان کرد که امریکا اکتشاف و بهره برداری از قسمت فلات قاره در ساحل امریکا، حقوق استثنایی خود میداند. آن وقت این قسمت دریا جزء از جمله منطقه دریای آزاد شمرده می شد و حقوق استثنای هیچ کشور در آن پذیرفته نشده بود. اما نه تنها هیچ کشور در آنوقت اعتراضی نکرد بلکه به زودی کشور های دیگر نیز اعلان کردند که آنان در فلات قاره کشور خود حقوق استثنایی دارند. به این شکل در یک زمان کوتاه هنجار عرفی پذیرفته شد که حقوق استثنایی کشورها را در فلات قاره متصل به ساحل کشور ایشان تایید می کند. این قاعده عرفی بسیار زود و سریع ساخته شد. کلیه کشورهای ساحلی آن را قبول کردند و نمی توانند آن از رعایت آن سرباززنند.

مثال دیگر پرسمان دریایی سرزمینی است. وقتی در سال های پنجاه و شصت سده بیستم شماری از کشورهای ساحلی اعلان کردند که آن ها دریای سرزمینی خویش را اندازه ۲۰۰ میل دریایی گسترش می دهند، عده از دولت ها اعتراض کردند. این امر از پدایش هنجار عرفی در آن وقت پیشگیری کرد.

این دو مثال بخوبی نشان میدهد که یک هنجار عرفی حقوق بین المللی چگونه پدید می آید. هنجار عرفی بین المللی می تواند در یک منطقه معین پدید آید. درین حالت هنجار عرفی عمومی نمی باشد و تنها برای آن کشور های که در منطقه معین موقعیت ادارند، الزامی است. مانند پناهندگی دیپلماتیک که تنها در کشور های امریکای لاتین به رسمیت شناخته شده است. اگر یک پناهجو در سفارت یا نمایندگی سیاسی یک کشور از کشورهای منطقه امریکای لاتین درخواست پناهندگی دهد، اعتراض کشورهای دیگر را در پی ندارد و به پناهندگی اش هم بررسی میشود. در حالیکه چنین هنجار عرفی را کشور های دیگر خارج از منطقه امریکای لاتین نپذیرفته اند.<sup>5</sup> حتا ممکن است یک هنجار عرفی میان دو کشور ایجاد شود.

آیا یک دولت می تواند از پذیرش هنجار عرفی بین المللی خودداری کند؟

<sup>5</sup> عزیزپور ع.م. همان اثر، ص ۴۳.

آری. این ممکن است. درین صورت دولت باید از آغاز آن را رد کند، یا با عمل خویش عدم پذیرش را نشان دهد، یا با اعتراض های پیاپی آن را نپذیرد. چون قاعده عرفی از طریق خاموشانه پدید می آید، یعنی دولت ها بدون اینکه به وجود او اعتراض کنند، ایجاد می شود، دولتی که آن را نمی خواهد قبول کند باید اعلان کند که این قاعده برایش پذیرفتنی نیست و اینکه آن دولت آن قاعده یا هنجار را به عنوان قاعده رفتار حقوقی نمی شناسد و برایش الزامی نیست. طبیعی است که آن دولت هم نمی تواند انتظار داشته باشد که دولت های دیگر در رابطه شان به آن دولت از قاعده عرفی که خودش نپذیرفته است، پیروی کنند.

نکته منفی هنجار عرفی بین المللی این است که درونمایه آن مبهم و ناروشن است، زیرا هنجارهای عرفی نانوشته اند. البته نویسندگان حقوق بین الملل کوشیده اند که درونمایه آن را نوشته و تا ممکن است، محتوایش را نمایان کنند، ولی درونمایه دقیق آن باز هم برای همه یکسان آشکار نیست و توضیح های داده شده ناهمگون اند. از همین رو، تلاش شده است محتوای هنجار های عرفی را از طریق تدوین سازی یکسان بسازند. بیشترین توضیح درونمایه عرف حقوقی بین المللی را دادگاه های بین المللی ارایه می کنند که از سوی نویسندگان ادبیات حقوقی، در نوشته های شان نقل قول می شود.

البته حقوق عرفی بین المللی از طریق تدوین سازی در پیماننامه های بین المللی نوشته می شود و درونمایه هنجار های آن به شکل نوشتاری درمی آید و محتوای آن دقیق تر بیان شود. درست همان چیزی که در قانون های مدنی کشور ها انجام می یابد. هدف از آن آوردن هنجار های نانوشته به صورت نوشته است. این کار را تدوین سازی هنجار های حقوق بین الملل می نامند.

در تدوین سازی همچنان کوشیده میشود خلاهای که در هنجار های عرفی حقوق بین الملل وجود دارند، پر می شوند.<sup>6</sup> امروز تدوین حقوق بین الملل از سوی کمیسیون حقوق بین الملل<sup>7</sup> انجام می گیرد. بسیاری پیماننامه های جهانی از سوی کمیسیون حقوق بین الملل تهیه و تدوین شده است؛ از جمله پیماننامه وین در رابطه با مناسبات دیپلماتیک، پیماننامه های حقوق دریاها، پیماننامه درباره حقوق پیماننامه های بین المللی و غیره.

<sup>6</sup> G.H.J. van Hoof, Rethinking the Sources of International Law, 1983

<sup>7</sup> The International Law Commission.