

شكل‌گیری و شناسایی

حقوق بین‌الملل عرفی

چاپ دوم

دکتر شهرام زرنشان

عضو هیأت علمی دانشگاه بوعلی سینا

با دیباچه

دکتر سید قاسم زمانی

دانشیار دانشگاه علامه طباطبائی



سرشناسه	زرنشان، شهرام، ۱۳۹۵ -
عنوان و نام پدیدآور	شکل‌گیری و شناسایی حقوق بین‌الملل عرفی / شهرام زرنشان؛ با دیباچه سید قاسم زمانی.
مشخصات نشر	تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۲.
مشخصات ظاهری	ص. ۳۵۰.
شابک	978-600-6244-30-3
وضعيت فهرست‌نویسی	فیپا
موضوع	عرف بین‌الملل.
شناسه افروزه	زمانی، سید قاسم، - ۱۳۴۶
رده‌بندی کنگره	Kz ۱۳۷۷/۴۸۸ آز/۱۳۹۲
رده‌بندی دیوبی	۳۴۱
شماره کتابشناسی ملی	۳۱۸۶۲۷۲



انتشارات گنج دانش

خیابان باب همایون، شماره ۳۶ تلفن ۰۵۷۵۱۱۳

خیابان انقلاب، خیابان ۱۲ فروردین شماره ۳۱۴ تلفن: ۰۹۱۹۲۴۶۶

شکل‌گیری و شناسایی حقوق بین‌الملل عرفی

تألیف: دکتر شهرام زرنشان

چاپ دوم - ۱۳۹۳ - شمارگان ۱۰۰۰ جلد

طرح جلد: منصوره السادات محمودی

لیتوگرافی ترنج رایانه - چاپ رهمنا - صحافی کیمیا

شابک: 978-600-6244-30-3 - ۶۰۰ - ۹۷۸ - ۶۲۴۴ - ۳۰ - ۳ ISBN:

قیمت: ۲۴۰۰۰ تومان

فهرست مطالب

۱۰	دیباچه جناب آقای دکتر سیدقاسم زمانی
۱۵	مقدمه
۲۱	بخش اول - تبیین مفهوم و عناصر عرف در حقوق بین‌الملل
۲۱	درآمد
۲۱	(۱) جامعه بین‌المللی جلوه‌گاه وحدت واضح و تابع حقوق بین‌الملل
۲۸	(۲) جایگاه و مفهوم قاعده عرفی در حقوق بین‌الملل
۴۰	(۳) نقش آفرینی مراجع قضایی بین‌المللی در جامعه بین‌المللی
۴۸	فصل اول: عنصر مادی (رویه)
۴۸	(۱) سازندگان رویه
۴۸	(۱-۱) دولت‌ها
۵۳	(۲-۱) سازمان‌های بین‌المللی
۵۹	(۲-۲) مراجع قضائی بین‌المللی
۶۱	(۲-۳) سازمان‌های بین‌المللی غیردولتی (NGOs) و افراد
۷۱	(۲) ماهیت رویه
۷۱	(۱-۲) اعمال مادی و کلامی
۸۷	(۲-۲) استنکاف یا ترک فعل
۹۰	(۳) اوصاف رویه
۹۰	(۱-۳) «عام» بودن رویه و حدود «عمومیت» آن
۱۰۰	(۲-۳) عامل زمان
۱۰۵	(۳-۳) یکپارچگی و متعدد الشکل بودن رویه
۱۰۸	(۴-۳) رویه دولت‌های ذی نفع
۱۱۲	(۴) مناسبات میان معاهدات و عرف با تکیه بر نقش معاهدات به عنوان رویه منجر به شکل‌گیری قاعده عرفی
۱۲۴	فصل دوم: عنصر روانی (Opinio Juris)
۱۲۴	(۱) مفهوم و ضرورت

۱۳۴	۱-۱) مفهوم
۱۳۷	۱-۲) ضرورت
۱۵۰	۲) ماهیت
۱۵۱	۲-۱) نظریه رضایت ضمنی اراده گرایان
۱۵۸	۲-۲) اعتقاد حقوقی منبعث از ضرورتها (Opinio Juris sive necessitates)
۱۶۳	۲-۳) مسئله دور
۱۷۰	۳) احراز
۱۷۰	۳-۱) مدخل
۱۷۱	۳-۲) نقش معاهدات به عنوان ادله Opinio Juris
۱۷۴	۳-۳) نقش قطعنامه‌های مجمع عمومی سازمان ملل متحد و سایر متون مشابه به عنوان ادله Opinio Juris
۱۸۱	۴-۱) نقش رویه گسترده و متحد الشکل دولتها به عنوان ادله Opinio Juris
۱۸۲	۴-۲) نقش سکوت یا عدم اعتراض به عنوان ادله Opinio Juris
۱۸۹	بخشن دوم - شناسائی قاعده عرفی در حقوق بین‌الملل
۱۸۹	۱) ارزیابی کارکرد رویه قضایی بین‌المللی
۱۸۹	۲) درآمد
۱۸۹	۳) پویانی رویکرد آرای قضایی بین‌المللی
۱۹۰	۴) صعوبت تعیین مرز میان شناسایی و توسعه قاعده
۱۹۱	۵) جایگاه اصول و قواعد بنیادین
۱۹۶	فصل اول: شناسائی قاعده عرفی؛ رویکرد سنتی با تکیه بر نقش تقدمی رویه
۱۹۶	۱) تحدید حدود فلات قاره
۲۱۵	۲) منطقه اتحادی اقتصادی
۲۱۹	۳) خطوط مبدأ
۲۲۲	۴) اعمال صلاحیت در دریای آزاد
۲۲۱	۵) تعیین تابعیت واقعی و مؤثر
۲۲۷	۶) پناهندگی دیپلماتیک
۲۴۱	۷) پذیرش حق شرط بر معاهدات چند جانبه
۲۴۴	۸) تدقیق کیفری مقامات عالی رتبه دولتها در محاکم ملی
۲۵۱	۹) اصل حق تعیین سرنوشت
۲۵۸	۱۰) اصل ثبات مرزها
۲۶۴	۱۱) مصونیت دولت در حقوق بین‌الملل
۲۷۰	۱۲) مشروعیت تهدید یا توصل به سلاحهای هسته‌ای

۲۸۱	(۱۳) ممنوعیت توسل به زور
۲۹۴	فصل دوم: شناسائی قاعده عرفی؛ رویکرد مدرن با تکیه بر نقش محوری <i>Opinio Juris</i>
۲۹۴	(۱) مفهوم شناسی و بررسی برخی مبانی نظری
۲۹۴	۱-۱) مفهوم و منشاء
۳۰۰	۲-۱) مبانی نظری
۳۲۶	(۲) عملکرد «رویه قضائی» بین‌المللی
۳۲۶	۱-۲) دیوان بین‌المللی دادگستری
۳۳۱	۲-۲) دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و رواندا
۳۲۴	۲-۲-۱) مسؤولیت کیفری فردی در پنهان مخاصمات مسلحانه داخلی
۳۳۶	۲-۲-۲) ضابطه انتساب مسؤولیت در قلمرو نقض حقوق بین‌الملل بشدودستانه
۳۳۹	۲-۲-۳) اصل فنکیک
۳۴۲	۴-۲-۲) محدودیت استفاده از تسلیحات
۳۴۲	۵-۲-۲) ممنوعیت اقدامات تلافی جویانه
۳۴۴	۶-۲-۲) ممنوعیت شکنجه
۳۴۷	نتیجه‌گیری
۳۵۳	فهرست منابع
۳۷۵	نمایه

دیباچه

در هر جامعه انسانی روابط اجتماعی، بر اساس قواعد و مقررات حقوقی‌ای انتظام می‌یابد که در قالب‌های مختلف پدیدار شده‌اند. تنوع و تکثر آن قالب‌ها، استفاده از اسلوب‌ها و فنون و روش‌های مناسب را در تکوین و احراز این قواعد ایجاد می‌نماید. این قواعد در معماری مطلوب روابط اجتماعی می‌بایست به لحاظ شکلی و ماهوی (مادی) از تناسب منطقی و جامعه‌شناختی برخوردار باشند.

در جامعه بین‌المللی که دیر زمانی به واسطه یکه‌تازی دولتها، با خصیصه «وحدت واضح و تابع» توصیف می‌گردید قاعده حقوقی بین‌المللی شدیداً صبغه حاکمیتی داشت و نقطه اتکای آن اصل تبادل و تعادل منافع میان دولتها بود. رضایی بودن چنین قاعده‌هایی بر ساخت و پرداخت، و اعمال و تفسیر آن قاعده تأثیری بسیاری بسیار داشت.

در مقایسه با معاهدات و موافقنامه‌های بین‌المللی که تجلی اراده و توافق صریح دولتهاي متعاهد قلمداد می‌شوند و قاعده معاهده‌ای طی تشریفاتی عموماً پیچیده و طولانی ایجاد می‌شود، قاعده حقوق بین‌الملل عرفی جنبه تکوینی داشته و در فرایندی مبرای از فورمالیسم حقوقی پای به عرصه وجود می‌نهد. قاعده‌بی تکلف حقوق بین‌الملل عرفی، که البته سرمنشأ تکلیف و الزام حقوقی می‌باشد پایه‌های اولیه حقوق بین‌الملل را بر عملکرد و رویه دولتها بنیاد نهاد، و از این‌رو شالوده حقوق بین‌الملل و اولین منبع اصولی آن قلمداد گردید.

حقوق بین‌الملل عرفی که در سال ۱۹۲۱ در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری «رویه عمومی که به عنوان قانون پذیرفته شده» توصیف گردید، با تشکیل سازمان ملل متحد عیناً و با همین عبارت در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری مورد تصریح قرار گرفت. در این معنا عرف تجلی واقعیتی عینی است، زیرا در رویه و عملکرد واقعی ریشه دوانده است. بر این اساس قاعده عرفی، قاعده عینی و اصولی است که با واقعیتهای اجتماعی پیوندی تام دارد. پویایی و تغییر خودبخودی قاعده عرفی، این قاعده را از قواعد و

تکنیکهای خاص حقوق معاہدات مثل «اصل تغییر بنیادین اوضاع و احوال»، و «متروک ماندن و انتفای معاہده در گذر زمان» و ... که مختص منابع فورمالیسمی و تشریفاتی حقوق بین‌الملل است بین‌نیاز می‌نماید. انتفای عرف حقيقی است و نه صوری. در عرف شکل و ماهیت (صورت و ماده) در هم آمیخته‌اند و انفکاک و جدایی میان این دو جنبه بی معناست.

عرف خود واقعیت اجتماعی است و ادعای تبعیت کامل قاعده عرفی از واقعیت اجتماعی و ضرورتهای ناشی از آن تأکیدی بیش نیست. همین نکته مهم عرف را منبع واقعی قواعد آمره حقوق بین‌الملل عام جلوه داده و به رغم استفاده از لفظ «پذیرش» در مواد ۵۳ کتوانسیونهای ۱۹۸۶ و ۱۹۶۹ حقوق معاہدات، نقش معاہدات و کتوانسیونهای بین‌المللی در این زمینه را عموماً اعلامی می‌نماید تا تأسیسی.

انکای عرف بر معاہده هم از لحاظ نقش‌های تأسیسی، اعلامی و شفافیت‌بخشی معاہده، و هم از این جهت که صرفاً معاہده خالق نهادهای بین‌المللی ذی صلاح در احراز موجودیت و محتوای قاعدة حقوق بین‌الملل عرفی است واجد اهمیت است. نقش تسریعی، تسهیلی و مشارکتی سازمانهای بین‌المللی در شکل‌گیری عرف غیرقابل انکار است، اما مسئله مهمتر نقش سازمانهای بین‌المللی در شناسایی قواعد حقوق بین‌الملل عرفی است. در واقع گوینکه اسناد بین‌المللی از اجتماع عناصر مادی و معنوی برای شکل‌گیری قاعده حقوق بین‌الملل عرفی سخن رانده‌اند، اما نکته سرنوشت‌ساز که حلقه ارتباط میان عالم ثبوت و اثبات است، آن است که اجتماع این عناصر توسط کدام نهاد مورد احراز و تأیید قرار می‌گیرد. فنی‌بودن فرایند احراز قاعده عرفی و پویایی قاعده، نقش آفرینی نهادهای قضایی بین‌المللی در این مورد را ایجاب می‌نماید، نهادهایی که با انکاء به رویه قضایی منسجم و مستدل خویش، می‌توانند چهره متحول عرف در گذر زمان را به تصویر بکشند. هر چند اصولاً شناسایی عرف توسط مراجع قضایی و به ویژه دیوان بین‌المللی دادگستری جنبه اعلامی دارد، اما از این نکته نیز غافل نماید بود که احراز قضایی عرف امری فراتر از صرف کشف موجودیت آن قاعده است. مراجع قضایی بین‌المللی با احراز عرف اعتبار و رسمیت آن را به منصه ظهور می‌رسانند و قانونیت و حقانیت قاعده حقوق بین‌الملل عرفی را یکجا در حکم خویش متجلی می‌سازند. دیوان بین‌المللی دادگستری که به حق به «دادگاه جهانی» اشتهر یافته، در شناسایی قواعد عرفی حقوق بین‌الملل فصل الخطاب جامعه بین‌المللی بوده است. رویه قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری به ویژه در قضیه عملیات نظامی و شبه‌نظمی آمریکا در نیکاراگوئه و علیه این کشور، و نیز رویه قضایی دادگاههای کیفری بین‌المللی، به خوبی مؤید این حقیقت است که موضوع قاعده عرفی بر شناسایی و استصحاب وجود آن توسط نهادهای قضایی تأثیر داشته است و در حوزه‌های

حقوق توسل به زور، حقوق بشر و حقوق بشردوستانه، عنصر معنوی بر عامل مادی تقدم و اولویت یافته است.

با وجود اینکه حقوق بین‌الملل اصولاً زائیده عرفهای بین‌المللی بوده است، و به رغم اهمیت عرف در نظام حقوق بین‌الملل معاصر، حداقل در ادبیات حقوقی فارسی حقوق بین‌الملل عرفی نسبتاً در غربت مانده است. غربت بحث عرف بین‌المللی در ادبیات حقوقی فارسی، چه ناشی از این واقعیت تلقی شود که در نظام حقوقی ایران به تأسی از فقه و نظام حقوقی رومی - ژرمنی و در عصر نهضت تدوین، عرف از جایگاه چندان مهمی برخوردار نیست، و یا منبعث از وضعیت نامعین حقوق بین‌الملل عرفی در نظام حقوقی کشور قلمداد گردد، نظامی که با محدودسازی حکم مقرر در ماده ۹ قانون مدنی به معاهدات و البته تنزل شأن آنها به مقرراتی در حکم قانون و عدم هرگونه اشاره‌ای به مبنیت حقوق بین‌الملل عرفی در نظام حقوقی ایران بنیاد نهاده شده است، و یا به واسطه آن باشد که به موازات درس «حقوق معاهدات» در مقاطع تحصیلات تكمیلی حقوق بین‌الملل در ایران، واحد درسی‌ای در مورد «حقوق بین‌الملل عرفی» پیش‌بینی نشده است، و یا ناشی از هر عامل دیگری تلقی گردد، مسلم به نظر می‌رسد که ادبیات حقوقی کشور نیازمند تحقیقات و مطالعاتی عمیق در این زمینه می‌باشد.

کتاب «**شكل‌گیری و شناسایی حقوق بین‌الملل عرفی**» که به قلم شیوای جناب آقای دکتر شهرام زرنیان عضو هیأت علمی دانشگاه بوعالی سینا به رشته تحریر درآمده، اولین کتابی است که در زمینه حقوق بین‌الملل عرفی به زبان فارسی منتشر می‌شود. این کتاب در واقع نسخه اصلاح‌شده رساله دکتری آقای زرنیان بوده که تحت راهنمایی جناب آقای دکتر عباسعلی کدخدایی و مشاورت استاد علم و اخلاق جناب آقای دکتر جمشید ممتاز و این حقیر با درجه عالی در دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران دفاع شده است. چارچوب وزین کتاب، وسعت تئییع و تحقیق، تنوع و کثرت منابع مورد استفاده، و ابتدای کتاب بر آرای قضایی مختلف، حقوق بین‌الملل عرفی که به اعتقاد عده‌ای موضوعی صرفاً کلاسیک و کسالت‌آور جهت مطالعه قلمداد می‌شد را به موضوعی جذاب، مدرن و آموزنشده مبدل کرده است.

مهر ماه سال ۱۳۷۹ که به دعوت دوست فاضل و گرانقدر جناب آقای دکتر حسن سواری برای همکاری با دانشگاه بوعالی سینا عازم همدان شدم و برای اولین بار با آقای شهرام زرنیان در کلاس‌های درس دوره کارشناسی حقوق آشنا شدم، پیش‌بینی این امر که دانشجوی ساعی و علاقمند آن دانشگاه دوازده سال بعد در مهرماه ۱۳۹۱ به عنوان مدرس حقوق بین‌الملل به دانشگاه بوعالی سینا بازخواهد گشت چندان دشوار نبود. برای حقیر مایه بسی افتخار است که بر کتاب ارزشمند و وزین دانشجوی سابق و همکار فعلی خویش دیباچه‌ای بنگارد. ضمن تبریک به همکاران و دانشجویان محترم در دانشگاه‌های تهران و بوعالی سینا، از همسر جناب آقای

دکتر زرنشان، سرکار خانم سهیلا تموری که همواره مشوق و پشتیبان واقعی ایشان در طی مراحل مختلف پیشرفت بوده و هست تقدیر می‌نمایم. امیدوارم جامعه حقوقی و دانشگاهی کشور از این کتاب ارزنده، که خلاء مهمی را در ادبیات حقوقی کشور برطرف کرده است به اندازه کافی بهره‌مند گردد.

سیدقاسم زمانی
خرداد ماه ۱۳۹۲