

## گذر از «زمان» در ایجاد قاعده حقوق بین الملل عرفی: واکاوی انگاره‌های حقوقی و رویه دیوان بین المللی دادگستری

سید هادی محمودی \*

محمد ستایش پور \*\*

تاریخ دریافت: ۹۷/۰۹/۱۰ - تاریخ تأیید: ۹۷/۱۱/۱۰

DOI: 10.22096/law.2019.36883

### چکیده

مطالعه تطبیقی جایگاه «زمان» در ایجاد قاعده حقوق بین الملل عرفی نشان از وجود نظراتی متمایز، متعارض و حتی متناقض دارد. با توجه به اینکه وجود عنصر مادی، یعنی رویه عام و عنصر معنوی، یعنی پذیرفته شده به عنوان حقوق که از آن به باور حقوقی نیز یاد شده است، لازمه تشکیل حقوق بین الملل عرفی دانسته می‌شوند، پژوهش پیش‌رو بر آن است تا به این سؤال پاسخ بدهد که جایگاه «زمان» در تکوین و به دنبال آن، شناسایی قاعده حقوق بین الملل عرفی چیست؟ با توجه به اینکه رویه قضایی بین المللی و آموزه‌های حقوقی برجسته‌ترین حقوقدانان ملل مختلف، به منزله وسایل فرعی برای تعیین قواعد حقوقی است، جستار حاضر با مطالعه رویه دیوان بین المللی دادگستری و همچنین برجسته‌ترین آثار اندیشمندان این حوزه و مطالعات گزارشگر ویژه کمیسیون حقوق بین الملل به عنوان مهم‌ترین نهاد تدوین و توسعه تدریجی این زمینه از حقوق، به تحول در این مفهوم پی برده و ضمن تبیین نظرات سنتی و نوین، مطرود را از پذیرفته شده تمیز داده و در نهایت ثابت می‌کند که زمان، عاملی است که به دور رکن لازم برای ایجاد آن، قوام می‌بخشد؛ عامل زمان در شکل‌گیری قواعدی از این دست ضروری می‌نماید، اما طول مدت در خصوص هر قاعده عرفی نسبت به مورد دیگر متفاوت است.

واژگان کلیدی: عرف بین المللی؛ منبع حقوق بین الملل؛ عامل زمان؛ شکل‌گیری؛ شناسایی.

Email: h\_mahmoudi@sbu.ac.ir

\* استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی «نویسنده مسئول»

Email: mohamadsetayeshpur@yahoo.com

\*\* دانش‌آموخته دکتری حقوق بین الملل دانشگاه قم



## مقدمه

سیال بودن، خصیصه حقوق بین‌الملل است و این ویژگی در حقوق بین‌الملل عرفی که از منابع اصلی و اولیه حقوق بین‌الملل دانسته می‌شود، بسیار چشمگیر است. قائل شدن به ایفای نقش «زمان» در تشکیل قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، بر سیال بودن این زمینه از حقوق دامن زده است. حقوقی که علی‌الاصول باید ثبات داشته باشد تا موجب امنیت شود. در عصر کنونی حقوقی، هیچ تردیدی وجود ندارد که حقوق بین‌الملل عرفی باید توأمان، متشکل از رویه همساز و باور به الزامی بودن آن باشد. با توجه به ظهور نظریات مطروح در حقوق بین‌الملل عرفی از جمله نظریه عرفی آنی (Instant Custom) که در واقع ناظر به مسئله زمان در شکل‌گیری عرف بین‌المللی است، سؤال پژوهش پیش‌رو این است که، «زمان» در ایجاد قاعده حقوق بین‌الملل عرفی چه جایگاهی دارد؟ فرضیه جستار حاضر آن است که زمان، نقشی سازنده در کنار دو عنصر دیگر دارد. با توجه به اینکه حقوق بین‌الملل عرفی از منابع اصلی حقوق بین‌الملل عمومی دانسته می‌شود و نگرش مربوط به شکل‌گیری چنین قاعده‌ای، موجب شناسایی یا عدم شناسایی آن می‌شود، پرداختن به آن بسیار حائز اهمیت می‌نماید.

این در حالی است که، متأسفانه تا به امروز، هیچ کتاب، مقاله یا تحقیقی در ادبیات فارسی حقوق بین‌الملل نیست که بر این مقوله به طور مستقل و مشخص، نظر دوخته باشد.<sup>۱</sup> از آنجا که، نوشتار پیش‌رو یک پژوهش کمی نیست، روش پژوهش به مفهوم تحقیقات کمی در آن وجود ندارد. راستی‌آزمایی فرضیه‌های پژوهش پیش‌رو، متضمن یک کار ذهنی است و از طریق توصیف، تحلیل منطقی و تطبیقی رویه دیوان بین‌المللی دادگستری و آموزه‌های برجسته‌ترین اندیشمندان ملل مختلف و گزارش‌های گزارشگر ویژه کمیسیون حقوق بین‌الملل صورت می‌گیرد؛ زیرا، برای نخستین بار، کمیسیون حقوق بین‌الملل بر آن شده است تا به طور مستقل، مباحث گوناگون حقوق بین‌الملل عرفی را سامان بخشد که البته در صورت عدم دقت لازم و کافی به ظرافتها و نکات مرتبط با شکل‌گیری عرف بین‌المللی، ممکن است آثار سوئی به ویژه در مورد منافع کشورهای در حال توسعه به بار آورد. از این‌رو، نمایندگان دولتها بر لزوم عدم خدشه به انعطاف عرف تأکید نموده‌اند.

۱. برای ملاحظه جایگاه زمان در حقوق مسئولیت بین‌المللی بنگرید به: مؤگان رامین‌نیا، نقش عنصر زمان در ارزیابی مسئولیت بین‌المللی دولت، فرهنگ شناسی، ۱۳۹۱.

گذر از «زمان» در ایجاد قاعده حقوق بین‌الملل عرفی ... / محمودی و ستایش پور ۲۰۹

ویژه آن، مایکل وود (Michael Wood) هم، هشیارانه عمل کرده و با کاربست عبارات منعطف، موسّع و کلی (نه مبهم)، در صدد احتراز از ایجاد این اختلال در عرف برآمده‌اند.<sup>۱</sup> تاکنون چهار گزارش از سوی ایشان تهیه شده است که البته هنوز هم موضوع در جریان بوده و خاتمه نیافته است.

در واقع، تحلیل پیش‌رو با تأسی از فلسفه هگل، مبتنی بر یک دیالکتیک سه‌گانه است که پس از تبیین تز و آنتی‌تز، از آن دو گذر کرده و به سنتز نایل می‌شود. یافته‌های این تحلیل، نه تنها بنیادین است، بلکه به دلیل آن که می‌تواند در شناسایی یا عدم شناسایی قواعدی از این دست مؤثر افتد، کاربردی و عملی نیز قلمداد می‌شود. مقاله پیش‌رو، از رهگذر تبیین دو عنصری بودن حقوق بین‌الملل عرفی، به نقش زمان در ایجاد هر یک از این دو عنصر و تحولات آن می‌پردازد.

#### ۱- نظریه دو عنصری حقوق بین‌الملل عرفی

این باور در میان قریب به اتفاق اندیشمندان حقوق بین‌الملل وجود دارد که حقوق بین‌الملل عرفی با دید و جد دو عنصر مادی (عینی)<sup>۲</sup> و معنوی (ذهنی)<sup>۳</sup> باشد. (ILC Second Report, 2014: 11) البته هستند اندیشمندان شناخته شده‌ای که نظری جز این دارند؛ (Hoof, 1983: 5 & 86; Brownlie, 2003: 7 & 8) لیکن، آنچه بیشتر پذیرفته شده است، نظریه دو عنصری است (ILC Second Report, 2014: 11) که انعکاس آن را می‌توان در بند ب ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری ملاحظه نمود.<sup>۴</sup>

1. See e.g.: First report, *op. cit.*, pp. 17- 19; Second report, *op. cit.*, p. 2, para. 2 as well as p. 65, Annex, Draft conclusion 2.

2. "Material" or "Objective" Element.

3. "Subjective" Element.

۴. ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری این‌گونه مقرر می‌دارد: ۱- دیوان بین‌المللی دادگستری که مأموریت دارد اختلافاتی را که به آن رجوع می‌شود بر طبق حقوق بین‌المللی حل و فصل نماید موازین زیر را اجرا خواهد کرد:

الف- عهدنامه‌های بین‌المللی را اعم از عمومی و خصوصی که به موجب آن قواعدی معین شده است که طرفین اختلاف آن قواعد را به رسمیت شناخته‌اند؛ ب- عرف بین‌المللی به عنوان رویه‌ای کلی که به صورت قانون پذیرفته شده است؛ ج- اصول عمومی حقوقی که مقبول ملل متمدن است؛ د- با رعایت حکم ماده ۵۹ تصمیمات قضایی و عقاید برجسته‌ترین مبلغین ملل مختلف به منزله وسایل فرعی برای تعیین قواعد حقوقی. ←

همچنین، مطابق با بند نود و نهم از گزارش نخست، منتقدان اعمال تغییر یا تجدیدنظر در عرف ادعا می‌کردند که «عرف نوین»<sup>۱</sup> را نمی‌توان به هیچ وجه حقوق بین‌الملل عرفی دانست. (Kammerhofer, 2012: 152 & 157; Hoof, 1983: 164) هواداران روش سنتی تأکید دارند که ایجاد «انواع جدیدی» از حقوق بین‌الملل عرفی در عرف، خلل ایجاد می‌کند. روشهای غیرسنتی، بی‌ثبات هستند. (Estreicher, 2003: 15; d'Amato, 1987: 101-105) (Orakhelashvili, 2008: 100) (Tasioulas, 2007: 307) با این همه، برخی نیز، هدف ایجاد مفهومی مشترک یا نظریه‌ای کلی و فراگیر در خصوص عرف را در سر می‌پروراندند. به واقع، فقدان اندیشه‌ای مشترک در خصوص حقوق بین‌الملل عرفی می‌توانست و می‌تواند مشکل‌زا باشد.<sup>۲</sup> این مشکلات، علاوه بر محتوای قاعده حقوق بین‌الملل عرفی در احراز آن نیز وجود دارد. (Kammerhofer, 2004: 536; ILC First Report, 2013: 55) با این همه کمیسیون و گزارشگر ویژه آن در صدد همسان‌سازی این عقاید گوناگون برآمدند.

منظور از عنصر مادی، همان رویه عام تابعان فعال حقوق بین‌الملل است؛ یعنی اینکه راجع به موضوعی، رفتاری یکسان داشته باشند. حال این رفتار می‌تواند شامل فعل<sup>۳</sup> یا ترک فعل<sup>۴</sup> شود. (ILC Second Report, 2014: 66) در این باره گفتنی است که، به لحاظ عبارت‌پردازی، بدین منظور در برگردان واژه «Inaction» از عبارت «فقدان فعل» استفاده شده است تا با لفظ «ترک فعل» که ترجمانی مشهور از واژه «Omission» در ادبیات پارسی حقوق بین‌الملل است خلط نشود.<sup>۵</sup> عناصر مادی عرف، دربرگیرنده مکاتبات دیپلماتیک، بیانیه‌های سیاسی، نظرات کارشناسان

→ ۲- مقررات این ماده حقی را که دیوان بین‌المللی دادگستری دارد و به موجب آن می‌تواند در صورت تقاضای طرفین درباره آنها به نحوی تساوی طبق قانون حکم دهد خللی وارد نمی‌آورد. (برگرفته از ترجمه دفتر هماهنگ کننده سازمان ملل متحد در ایران، چاپ ششم، ۱۳۸۸)

1. Modern Custom.

۲. در این باره بنگرید به:

A. T. Guzman, "Saving Customary International Law", *Michigan Journal of International Law*, 27, 2005, p. 128.

3. Action.

4. Inaction.

۵. به عنوان نمونه‌ای از به کارگیری عبارت «ترک فعل» در برگردان واژه «Omission» بنگرید به: علیرضا ابراهیم‌گل، مسؤولیت بین‌المللی دولت، متن و شرح مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهرداری، چاپ پنجم، ۱۳۹۲، صص ۳۰، ۱۰۵، ۲۳۴.

رسمی حقوق، دستورالعمل‌های رسمی در مورد مسائل حقوقی و آرای قضایی داخلی و بین‌المللی است که ارزش هریک از این منابع متفاوت بوده و به شرایط همان مورد بستگی دارد. (3: Crawford, 2014) زین روی، حتی سخنرانیهای مقامات عالی رتبه یک کشور نیز می‌تواند به منزله رویه عام تلقی شود. (5: Charlesworth, 1987) البته لزوماً هر سخنرانی به مثابه رویه نیست، بلکه می‌تواند دلیلی بر وجود رویه عرف در حال ظهور به شمار آید. این عنصر، نقشی اساسی در شکل‌گیری و احراز حقوق بین‌الملل عرفی ایفا می‌کند. (14: ICJ Judgment, 1986) رویه باید عام و منسجم باشد. گزارشگر در این خصوص معتقد است که «منظور از عام بودن، این است که به اندازه کافی گسترده و بیانگر [این عام بودن]<sup>۱</sup> باشد؛ لذا جهانی بودن، عنصری لازم برای تحقق رویه عام تلقی نمی‌شود.» (67: ILC Second report, 2014)

عنصر معنوی نیز باور به الزامی بودن رفتار است. وجه تمایز عرف و عادت در وجود یا فقدان عنصر معنوی است؛ به عبارت دیگر، صرف وجود رویه دولتها دلیلی بر وجود عرف نیست. (130 & 131: Byers, 2001) در واقع، دولتهای ایجاد کننده قاعده عرفی جدید باید باور به وجود آن قاعده داشته باشند تا رویه آنها مطابق با موازین حقوقی قلمداد شود. در پیش‌نویس نتایج گزارشگر ویژه در مورد عنصر ذهنی چنین گفته شده که: «پذیرش رویه عام به مثابه حقوق به این معناست که، رویه با مفهومی از تعهد حقوقی همراه باشد.» در ادامه نیز آمده است که پذیرش، عادت را از عرف جدا می‌کند. (67: ILC Second report, 2014)

رویه‌ای تاب تشکیل عرف را دارد که توأم با باور به الزامی بودن باشد. در این باره، دادگاه ویژه سیرالئون در رسیدگی به قضیه دادستان علیه نورمن<sup>۲</sup> اظهار داشت که رویه دولت و مفهوم تعهد از پیش موجود<sup>۳</sup> (باور حقوقی) لازمه تشکیل عرف هستند و در ادامه افزود که رویه فاقد عنصر معنوی، صرفاً یک عادت خواهد بود. (13: SCSL Judgment, 2004) یکی از مشکلات در استعمال عبارات این است که، کلمات در زبانهای مختلف، کاربردهای گوناگون دارند و در این کار نیز تلاش بسیار شده است که از واژه‌های کوتاه و در عین حال، مرتبط استفاده شود. بیانیه دولت، مکاتبات دیپلماتیک، رویه قضایی ملی، نظر مشاوران حقوقی دولتها، انتشارات رسمی در زمینه حقوق بین‌الملل، رویه معاهداتی و اقدامات مرتبط با قطعنامه‌های ارکان سازمانها و کنفرانسهای بین‌المللی

1. Representative.

2. Norman.

3. Pre-existing Obligation.

و غیره، در زمره اشکال تمثیلی ادله پذیرش به حساب می‌آیند؛ حتی فقدان فعل نیز می‌تواند دلیلی برای «پذیرفته شده به عنوان حقوق» تلقی شود. (ILC Second Report, 2014: 67)

چنانچه گذشت، وجود هر دو عنصر فوق برای احراز عرف بین‌المللی لازم است که البته گاهی این دو عنصر، آن قدر به یکدیگر نزدیک می‌شوند که انفکاک ناپذیر می‌نمایند. (7: 200 London Statement, 62: 2014 Thirlway)؛ بنابراین، می‌توان نتیجه گرفت که وجود یکی از آنها به تنهایی به منزله وجود عرف نیست. البته همان طور که گفته شد، برخی در صدد یک‌عنصری کردن عرف برآمده‌اند و بر یکی از این دو عنصر تأکید کرده و یا اینکه عنصر سومی را برای آن قائل شده‌اند؛ برای مثال، انجمن حقوق بین‌الملل، تلاش‌هایی در راستای این امر انجام داده است که به هیچ وجه مورد پذیرش واقع نشده و موفق نبوده است؛ (3: 2013 ILC First Report) لذا، علی‌رغم برخی دیدگاه‌های متفاوت، روش «دو‌عنصری»<sup>۱</sup> مقبول‌ترین نظریه در این باره است که وجود این دو عنصر برای احراز عرف را لازم و کافی می‌داند.

قواعد حقوق بین‌الملل عرفی در زمره منابع اصلی حقوق بین‌الملل شمرده می‌شوند. (ضیائی بیگدلی، ۱۳۹۱: ۱۵۳) در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، توجه خاصی به عرف شده و در زمره سه منبع اصلی حقوق بین‌الملل به حساب آمده است. (فلسفی، ۱۳۹۱: ۱۸؛ Pellet, 2012: 773) از آنجا که، خصیصه بارز قواعد عرفی، انطباق‌پذیری سریع با تحولات بین‌المللی است، (زرر نشان، ۱۳۹۲: ۲۸) باید گفت، حقوق بین‌الملل عرفی به تمام معنا، عرفی است؛ تا جایی که اگر از سرایت عرفی بودن به تعریف آن سخن برده شود، عبث و بی‌راه نخواهد بود. خصیصه پویایی عرف سبب شده است تا احراز آن، خود دیگر ماجرایی تابنده‌ای به حساب آید که هر قاعده‌ای از این دست، آن را پیش‌رو دارد. تلاش‌های بسیاری در خصوص نحوه احراز، تشخیص و شناسایی حقوق بین‌الملل عرفی صورت گرفته (ممتاز، ۱۳۹۳: ۱) و نظرات متعدد و گوناگونی در این باره اظهار شده که پذیرفته‌ترین آنها، نظریه «دو‌عنصری» است. دیوان بین‌المللی دادگستری و سلف آن، دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری به اقتضای قضایای مطروح به ابعادی از حقوق بین‌الملل عرفی پرداخته‌اند (فلسفی، ۱۳۸۹: ۴۳) و به عنوان دادگاه جهانی، این منبع اصلی و اولیه حقوق بین‌الملل را به زیر ذره‌بین گذارده‌اند. کمیسیون حقوق بین‌الملل

1. Two-elements' Approach.

نیز با تعیین گزارشگر ویژه درصدد بررسی مسئله احراز حقوق بین‌الملل عرفی برآمده که خود مؤید اهمیت موضوع است.

حقوق به عنوان پدیده‌ای اجتماعی بر محور زمان حرکت می‌کند. در واقع، قواعد زمان‌پذیر هستند و با توجه به تحولات اجتماعی نظم و نسق می‌یابند. شناسایی و احراز قاعده عرفی، اعتراض مستمر در طول زمان، نمایان شدن عناصر دوگانه عرف در طول زمان، پیوند و در عین حال، انفکاک قاعده عرفی و معاهده‌ای، تبدیل قاعده عرفی به قواعد آمره در طول زمان، تغییر و یا نسخ قاعده عرفی به واسطه ایجاد قاعده مؤخر عرفی در طول زمان، همگی از مظاهر زمان در فرایند حقوق بین‌الملل عرفی قلمداد می‌شوند. به تعبیر یکی از حقوقدانان، حقوق بین‌الملل عرفی هم به معنای فرایندی است که قاعده عرفی، خروجی آن تلقی می‌شود و هم به معنای قواعدی است که از بطن فرایند مزبور ظهور پیدا می‌کنند. (Treves, 2006: para.1)

آنچه در این نوشتار مورد بررسی قرار می‌گیرد، موضوع زمان در شناسایی عرف است. تاکنون دیدگاه‌های مختلفی در مورد نقش زمان در تشکیل حقوق بین‌الملل عرفی مطرح شده است؛ لذا، تدقیق در دیگر ابعاد تو در توی قاعده حقوق بین‌الملل عرفی، تنها تا آن اندازه در دایره مطالعاتی نوشتار پیش‌رو جای می‌گیرد که به بحث زمان مربوط باشد و بدیهی است که بررسی یک‌به‌یک ریزه‌کاریهای این منبع اصیل حقوق بین‌الملل از دایره این مقال خارج است و پرداختن جزئی به آنها، نه تنها ره به جایی نمی‌برد، بلکه تنها به اطاله کلام می‌انجامد.

در خصوص واژگان به کار رفته در این باره گفتنی است که، در آثار موجود از عباراتی متفاوت و البته مشابه برای اشاره به این منبع از حقوق بین‌الملل استفاده شده است. در این میان، عرف بین‌المللی،<sup>۱</sup> قاعده عرفی،<sup>۲</sup> قاعده عرف بین‌المللی،<sup>۳</sup> حقوق بین‌الملل عرفی<sup>۴</sup> و قاعده حقوق بین‌الملل عرفی،<sup>۵</sup> بیشترین عباراتی هستند که در این خصوص از آنها استفاده شده است. در این راه، آنچه که دقیق‌تر می‌نماید، حقوق بین‌الملل عرفی است و البته قاعده حقوق بین‌الملل عرفی، قاعده‌ای از این مجموعه قواعد است. دیوان بین‌المللی دادگستری، به ندرت متدولوژی خود، اعم از قیاس، استقرار یا تمثیل در احراز قواعد حقوق بین‌الملل را بیان می‌دارد و به هر روی، متدولوژی دیوان

---

1. International Custom.

2. Customary Rule.

3. Customary International Rule (also known as International Customary Rule).

4. Customary International Law (CIL) (also known as International Customary Law).

5. Rule of Customary International Law.

برای احراز قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، متمایز از عناصر و عوامل احراز آن قاعده است. (Talmon, 2015: 442)

## ۲- نقش زمان در ایجاد باور حقوقی (Opinio Juris)

منظور از باور حقوقی، همان عنصر معنوی (Subjective Element) یا پذیرفته شده به عنوان حقوق (Accepted as Law) است. گفتنی است که از این عنصر به عنصر روانی، ذهنی یا شخصی (قنبری جهرمی، ۱۳۸۴: ۵۳) نیز یاد می‌شود.<sup>۱</sup> نیک روشن است که همه این عناوین نشان از یک مفهوم واحد و به عبارت بهتر، عنصری یکسان دارند که در واقع موجب پیدایی قاعده حقوق بین‌الملل عرفی می‌شود. این باور حقوقی است که در کنار رویه عام، موجب پیدایش قاعده حقوق بین‌الملل عرفی می‌شود که در غیر این صورت، صرف وجود رویه عام بدون باور حقوقی به الزام‌آور بودن آن، به هیچ وجه نشانی از تکوین قاعده حقوق بین‌الملل عرفی ندارد. وجه تمایز عرف و عادت در وجود یا فقدان عنصر معنوی است. (Judgment of Haya de la Torre, 1951: 367-374)

روش «دو عنصری» (Two Elements) عرف، روش مورد قبول بیشتر اندیشمندان در این حوزه است. (ILC Second Report, 2014: 11) این دو عنصر دربردارنده رویه عام (General Practice) و باور به الزامی بودن آن هستند. تا به حال، بحث قابل توجهی راجع به نقش این عنصر در ایجاد «پذیرفته شده به عنوان حقوق» صورت نگرفته است. برخی اندیشمندان حقوق بین‌الملل نظیر برانلی، صرف‌نظر از تفکیک میان نقش «زمان» در ایجاد هر یک از این دو ماده پیداکر، به تبیین نقش آن در شکل‌گیری حقوق بین‌الملل عرفی پرداخته‌اند. (Brownlie, 2003: 7) البته ناگفته نماند که همین دسته از متفکران نیز در عمل، نقش این عامل در رویه عام را مطمح نظر قرار داده‌اند. همسو با این سخن، متفکرانی نظیر قاضی آرمند-آگون (Judge Enrique C. Armand-Ugon)، پس از تبیین گذر زمان در ایجاد عنصر مادی، بر وجود ملازمه در تحقق دو عنصر اساسی آن یعنی رویه مادی و پذیرفته شده به عنوان حقوق تأکید داشته‌اند. این قاضی بین‌المللی در رأی مخالف خود به ماهیت قضیه ۱۹۶۰ حق عبور از قلمرو هند اظهار داشت که احراز شکل‌گیری یک رفتار طی سالیان طولانی به منزله ایجاد قاعده حقوقی است. (ICJ Judgment, 1960: 83) وی در ادامه افزود: «استمرار تکرار یک رفتار در مدت زمانی طولانی، نه تنها موجب تضعیف آن نمی‌شود، بلکه رابطه میان رفتار و خواست دولتهایی که رفتار

۱. هر چهار عبارت عنصر ذهنی، عنصر روانی، عنصر معنوی و عنصر شخصی برگردان فارسی 'Subjective Element' هستند.

مذکور را مجاز می‌دارند را قوت می‌بخشد.» (ICJ Judgment, 1960: 82)

گزارشگر ویژه کمیسیون حقوق بین‌الملل در گزارشهای خود راجع به احراز حقوق بین‌الملل عرفی، هرگز به صراحت نقش عامل زمان در شکل‌گیری عنصر معنوی را تبیین نکرده است؛ اما، در بند هفتادوسوم از گزارش دوم، با استناد به نظر دیوان بین‌المللی دادگستری و برخی مراجع دادرسی دیگر در بیان رابطه رویه عام و پذیرفته شده به عنوان حقوق اظهار داشته است که تحقق رفتاری یکسان در گذر مدت زمانی طولانی لزوماً به مثابه ایجاد پذیرفته شده به عنوان حقوق نیست. (ILC Second Report, 2014: 53) با وجود این، پرداختن به این مبحث را در برنامه کاری آینده خود نیز قرار نداده است. (ILC Second Report, 2014: 63 and 64) بنابراین، با توجه به مطالعات راقمان سطور حاضر، دانسته می‌شود که چه در رویه قضایی بین‌المللی و چه در آموزه‌های حقوقی، تاکنون نظرات انگشت‌شماری راجع به نقش زمان در ایجاد عنصر ذهنی ارائه شده است.

با این همه، این بخش در پژوهش حاضر گنجانده شده است تا کم‌توجهی به این مقوله در رویه قضایی بین‌المللی و آموزه‌های حقوقی را ترمیم کند.

### ۳- نقش زمان در ایجاد رویه عام

با گذر از مطالعه نقش زمان در ایجاد عنصر معنوی، به دیگر عنصر پیداکر قاعده حقوق بین‌الملل عرفی، یعنی رویه عام پرداخته می‌شود. البته این، به مثابه تقدم و تأخر یکی بر دیگری نیست.

#### ۳-۱- نظریه سنتی

بر اساس نظر سنتی، تشکیل عرف لزوماً مستلزم طی مدت زمانی طولانی است. هادسون (Manley Ottmer Hudson)، عالم نامور حقوق بین‌الملل که تصدی منصب قضا در دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری و عضویت در کمیسیون حقوق بین‌الملل را در کارنامه خود دارد، وجود چهار عنصر را برای تشکیل قاعده حقوق بین‌الملل عرفی ضروری می‌داند. یکی از آن چهار عنصر، استمرار یا تکرار یک رویه در مدت زمانی قابل توجه (Considerable) است. (A/CN.4/16 & Add.1, 1950, para.11) قاضی لاکس (Manfred Lachs) با صدور نظر مخالف در قضایای ۱۹۶۹ فلات قاره دریای شمال با اشاره به این مطلب یادآور شد که: «با توجه به عامل زمان، شکل‌گیری قاعده حقوقی از طریق رویه دولت در گذشته، مستلزم گذر مدت زمانی طولانی بوده است...» (ICJ Judgment, 1969: 230) قاضی سپولودا-آمر

(Bernardo Sepúlveda-Amor) در نظریه جداگانه خویش طی قضیه «اختلاف مربوط به کشتیرانی و حقوق مربوط به آن» میان کاستاریکا و نیکاراگوئه در سال ۲۰۰۹ بیان نمود که زمان، عامل مهمی در روند ایجاد حقوق بین‌الملل عرفی است و ادعای ایجاد حقوق بین‌الملل عرفی در مدت زمانی کوتاه، مغایر با رأی دیوان در قضیه حق عبور (ICJ Judgment, 1960: 82) دانسته می‌شود. (ICJ Judgment, 2009: 279) لازم به بیان است که دیوان، در قضیه حق عبور بر قلمرو هند (پرتغال علیه هند) اظهار داشت که، این رویه طی مدت زمانی بیش از یک قرن و ربع استمرار یافته است. دیوان با توجه به تمامی اوضاع و احوال قضیه متقاعد شد که طرفین دعوا، رویه مورد نظر را به عنوان قاعده الزام‌آور پذیرفته‌اند. (ICJ Judgment, 1960:40)

### ۲-۳- گذار از نظریه کلاسیک

رفته‌رفته، اندیشمندان برجسته حقوق بین‌الملل از نظریه کلاسیک پیش‌گفته عدول کردند و از جمله تونکین علی‌رغم اذعان به نقش درخور اهمیت «زمان» در فرایند شکل‌گیری قاعده حقوق بین‌الملل عرفی، اظهار می‌دارد که، سپری شدن مدت زمانی طولانی لزوماً به مثابه تکوین حقوق بین‌الملل عرفی نیست. وی با خط بطلان کشیدن بر این فرضیه که قدمت، لازمه پیدایش قاعده عرفی است، به طرح این مسئله می‌پردازد که آیا این قاعده قدیمی و کهنه می‌تواند پاسخگوی مقتضیات کنونی باشد یا خیر. پروفسور کونز (Joseph L. Kunz)، طی مقاله خود تحت عنوان «ماهیت حقوق بین‌الملل عرفی» اظهار داشت که: «هیچ قاعده‌ای در مورد تعداد یا مدت زمان تکرار یک عمل در حقوق بین‌الملل وجود ندارد.»<sup>۱</sup> (Kunz, 1953: 662-667)

دیوان بین‌المللی دادگستری در رأی قضایای ۱۹۶۹ فلات قاره دریای شمال مقرر داشت، در شکل‌گیری چنین قاعده‌ای کافی است که رویه دولتی به صورت گسترده و یکسان (متحدالشکل) وجود داشته باشد. دیوان در تبیین استدلال خود افزود که منظور از رویه دولتی، رویه دولتهایی است که منافعی به طور خاص تحت تأثیر باشد. (ICJ Judgment, 1969: 43) قاضی لاکس در نظر مخالف خود در این رأی اظهار داشت که: «... توسعه و تکامل فلات قاره در مدت زمانی کوتاه، مانع از به رسمیت‌شناختن اصول و قواعد آن نیست...» (ICJ Judgment, 1969: 230) قاضی تاناکا در نظریه مخالف خود در همین رأی اظهار داشت که، عامل زمان، یعنی مدت زمان عرف، از جمله عوامل مؤثر در تشکیل قاعده حقوق بین‌الملل عرفی است. (ICJ Judgment, 1969: 175-178)

1. at: [http://www.jstor.org/stable/2194914?seq=1#page\\_scan\\_tab\\_contents](http://www.jstor.org/stable/2194914?seq=1#page_scan_tab_contents).

گذر از «زمان» در ایجاد قاعده حقوق بین‌الملل عرفی ... / محمودی و ستایش‌پور ۲۱۷

خیمنز دو آرشاگا در «دوره عام حقوق بین‌الملل عمومی» (۱۹۷۸) اشعار نمود که پذیرش تکامل سریع رویه، حاکی از آن است که لزوم سپری شدن مدت زمانی طولانی به مثابه ایجاد رویه نیست، بلکه صرفاً می‌تواند دال بر عام بودن و یکسانی آن رویه باشد. (Jiménez de Aréchaga, 1978: 25; Brownlie, 1988: 19)

از نوشتار پروفیسور جنینگز در سال ۱۹۸۲ در خصوص «احراز حقوق بین‌الملل عرفی» می‌توان دریافت که وجود رویه در مدت زمانی کوتاه یا طولانی، عامل اساسی در شکل‌گیری حقوق عرفی است. (Jennings, 1982: 3 & 5) روزن نیز در سال ۱۹۸۴، بیان نمود که ایجاد قواعد عرفی مستلزم تحقق رفتار در مدت زمانی طولانی نیست. (Rosenne, 1984: 55) سوهن، دیگر عالم ژرف‌نگر حقوق بین‌الملل در سال ۱۹۸۶ اظهار داشت که، مدت زمان استمرار تحقق یک رفتار، نقش خاصی در شکل‌گیری عرف ندارد. (Sohn, 1986: 231 & 234)

ولفکه در سال ۱۹۹۳ در مقاله خود در سالنامه هلندی حقوق بین‌الملل، اظهار داشت که، لزومی برای تحقق یک عمل، طی مدت زمانی طولانی وجود ندارد. (Wolfke, 1993: 3) از بیانیه اصول لندن در سال ۲۰۰۰ نیز می‌توان دریافت که سپری شدن زمان دقیقی برای تشکیل قاعده حقوق بین‌الملل عرفی ضروری نمی‌نماید. (ILA Res. 16/2000, 2000: 20) در این راستا، پیکر در سال ۲۰۰۱ میلادی، با ممکن دانستن تکوین قاعده حقوق بین‌الملل عرفی در مدت زمانی کوتاه به شکل‌گیری چنین قاعده‌ای در خصوص کنترل دولت ساحلی بر منابع زیردریایی فلات قاره استناد کرد. وی در ادامه افزود که قاعده مربوط به کنترل دولت ساحلی بر منابع زیردریایی فلات قاره، به دلیل رشد فناوری بوده و صرفاً پانزده سال به طول انجامیده است. (Picker, 2001: 184) استرن در همال سال با قلم زدن مقاله‌ای تحت عنوان جذاب «عرف، در قلب حقوق بین‌الملل» به ارزیابی این موضوع پرداخت و اظهار داشت که: «... تکرار تعداد معینی از حقایق برای مدت زمانی خاص، عنصر مادی را ایجاد می‌کند.» (Stern, 2001: 89 & 95) دادگاه بین‌آمریکایی حقوق بشر نیز در سال ۲۰۰۳ میلادی در خصوص «رویه عرفی» مقرر داشت که، تحقق رفتار در مدت زمانی خاص، برای ایجاد رویه عرفی، اساسی تلقی نمی‌شود. (Inter-American Court of Human Rights Judgment, 2003, para. 104) بنا بر اظهارات بیان برانلی در سال ۲۰۰۳ نیز می‌توان گفت، از آنجا که طی مدت زمانی خاص، دال بر عمومیت و انسجام رویه است، در صورت اثبات انسجام و عمومیت رویه، سپری شدن مدت زمان خاصی ضروری نمی‌نماید. (Brownlie, 2003: 7)

دوگارد در چاپ چهارم کتاب خود در سال ۲۰۱۲ اظهار داشت که: «در بسیاری از موارد، [تحقق] گذر زمان برای رویه، لازمه تشکیل قاعده عرفی است. با این همه، در مواردی که رویه‌ای اندک برای تشکیل قاعده، کافی باشد، امکان پیدایی بسیار سریع قاعده عرفی وجود دارد.» (dugard, 2012: 27) نکته شایان ذکر دیگر در این رابطه آن است که، برخی حقوقدانان همچون «لوئیجی کوندورلی» (Luigi Condorelli)، پس از تشکیل محاکم بین‌المللی کیفری موردی یوگسلاوی سابق و رواندا و لزوم رسیدگی به جنایات ارتكابی در این دو منطقه بحران‌زده، از ظهور دسته‌ای از قواعد عرفی پیرامون جرایم ارتكابی در مخاصمات داخلی یاد می‌کنند که از آنها با «عرف با شتاب بالا» نام می‌برند. (Treves, 2006, para.24) بدین ترتیب، رویه محاکم بین‌المللی و در رأس آنها دیوان بین‌المللی دادگستری و نظرات اندیشمندان حقوق بین‌الملل، مفهوم سابق را برای «عامل زمان» قائل نیستند. البته این را نباید به مثابه حذف «عامل زمان» و یا حتی کم اهمیت جلوه دادن آن تلقی کرد. بلکه باید گفت که این برهه زمانی می‌تواند کوتاه باشد و لزوماً مستلزم طی مدتی طولانی نیست. (محمودی، ۱۳۹۰: ۳۰۱)

### ۳-۳- حذف عامل زمان: واهی یا واقعی؟

چنانچه پیش از این اشاره شد، دیوان در قضایای فلات قاره دریای شمال، به تفصیل بر حقوق بین‌الملل عرفی نظر دوخته است. (ICJ Judgment, 1969, para. 60-82) «مانفرد لاکس» در این قضایا اظهار داشت که، پذیرش جهانی، لازمه الزام‌آور بودن یک قاعده یا اصل حقوق بین‌الملل محسوب نمی‌شود؛ زیرا، امکان اعمال یک قاعده مشخص از جانب تمامی کشورها بعید می‌نماید و این دلیل را باید در عملکرد شمار بسیاری از کشورها یا قاطبه کشورهای ذی‌نفع جستجو کرد. (Apalisok and Malagar, 1999: 332) روبرتو آگوی ایتالیایی در سال ۱۹۵۶ میلادی سخن از امکان تکوین آنی قاعده حقوق بین‌الملل عرفی راند. نیز در حدود بیش از ۴۰ سال بعد، «بین چنگ» نظریه‌پرداز برجسته حقوق بین‌الملل، برای اولین بار مفهوم «عرف آنی» را در قالب حقوق بین‌الملل فضایی و به دنبال صدور دو قطعنامه ۱۷۲۱ و ۱۹۶۱ صادره از مجمع عمومی سازمان ملل متحد مطرح کرد. (Cheng, 1997: 10-17; Hoof, 1983: 86) وی اظهار داشت که، تشکیل حقوق بین‌الملل عرفی صرفاً به عنصر «باور حقوقی» نیاز دارد؛ زیرا، به نظر وی، رویه صرفاً عنصری معمولی برای تشکیل این قواعد به شمار می‌آید و نه عنصری سازنده.

1. G.A Res. 1721A (XVI), December 1961.  
2. G.A. Res. 1962 (XVIII), December 1963.

چنگ افزود، رویه عام تنها می‌تواند دال بر وجود و محتوای قاعده اصلی و لازمه باور حقوقی باشد. (Cheng, 1997: 17) البته خود چنگ هم در خصوص الزامی بودن قطعنامه‌های مجمع عمومی، محتاطانه عمل کرده است و شکل‌گیری عرف آنی را به شرایطی خیلی خاص محدود می‌کند. (محمودی، ۱۳۹۰: ۳۱۳) این در حالی است که، بنابر اظهارات وان هوف در سال ۱۹۸۳، باید گفت که عرف و آنی بودن، غیرقابل جمع‌اند. (Hoof, 1983: 86)

در نگاه بویل، اجماع قوی و عبارت‌پردازی مناسب، لازمه شکل‌گیری آنی عرف به عنوان یک قاعده الزام‌آور است. با این همه، وی بر این باور است که، نظریه هر چند محتاطانه بین چنگ، سخاوتمندانه به حساب می‌آید. (Boyle, 2006: 154) با کنکاش در رویه قضایی، به خوبی می‌توان برداشت کرد که هیچ گامی را در راستای شناسایی مفهوم عرف آنی برنداشته است. (ICJ Report, 1996: 3; ICJ Report, 1960: 40)

#### ۴-۳- نگرش گزارشگر به نقش زمان

با توجه به فحوای گزارشهای گزارشگر ویژه، می‌توان به موضع این سند در خصوص نقش زمان در ایجاد قاعده حقوق بین‌الملل عرفی دست یافت. گرچه به اقتضای مقدماتی بودن مباحث گزارش اول از تبیین نقش «زمان» در این سند احتراز شده است، لیک بند پنجاه‌وهشتم از گزارش دوم گزارشگر ویژه کمیسیون حقوق بین‌الملل، به صراحت مسئله مدت زمان ایجاد رویه را مورد بررسی قرار می‌دهد. گزارشگر ویژه کمیسیون، در این بند با اشاره به فحوای نظرات سنتی (لزوم گذر مدت زمان طولانی) در خصوص ایجاد رویه برای تشکیل حقوق بین‌الملل عرفی، اذعان می‌دارد که، دیگر، تحقق رفتار در مدت زمانی قابل توجه، شرط لازم برای ایجاد این دسته از قواعد تلقی نمی‌شود و این موضوع به طور گسترده‌ای مورد تأیید قرار گرفته که شرط لازم خاصی در مورد مدت زمان انجام یک رفتار برای تشکیل قاعده حقوق بین‌الملل عرفی وجود ندارد.

در ادامه این سند آمده است که، در صورت عام و منسجم بودن رفتار مدنظر، سپری شدن هیچ مدت زمان از پیش تعیین شده‌ای ضروری نمی‌نماید. البته در بیان این امر به دو نکته حائز اهمیت توجه می‌کند؛ (ILC Second Report, 2014: 41) الف- تشکیل برخی از قواعد، مستلزم زمان طولانی‌تری است که این امر به خود آن قاعده بستگی دارد و در هر مورد نسبت به مورد دیگر تفاوت دارد؛ ب- از آنجا که فقدان فعل نیز می‌تواند موجب پیدایی رویه عام شود، با استناد به مقاله میجرز در سالنامه هلندی حقوق بین‌الملل اذعان می‌دارد که، صرفاً دولتی را

می‌توان به دلیل فقدان فعلش ملزم دانست که با مخالفت با قاعده، زمان لازم برای احتراز از پذیرش آن را داشته باشد. (Meijers, 1978: 23 & 24)

از این رو، در بند سوم از پیش‌نویس نتیجه ۹ آمده است که، در صورت عام و منسجم بودن رویه، سپری شدن مدت زمانی خاص، لازم نیست. (ILC Second Report, 2014: 67) بدین ترتیب، می‌توان برداشت کرد که گزارشگر ویژه کمیسیون حقوق بین‌الملل، با توجه به اهم اظهارات و نظریات مطروح در این باره، گذر مدت زمانی مقتضی را شرط لازم برای تشکیل قاعده حقوق بین‌الملل عرفی دانسته و نظر سنتی و ادعای شکل‌گیری عرف آنی را رد کرده است.

بنابراین، در هیچ یک از مطالعات کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل متحد به مقوله ارتباط عامل زمان با دو عنصر دیگر پرداخته نشده است و تنها به طور کلی با توجه به گزارشهای تقدیمی به این نهاد می‌توان برداشت کرد که سپری شدن مدت زمان، باید مقتضی با هر مورد خاص باشد.

### نتیجه‌گیری

نقشی که زمان در ایجاد قاعده حقوق بین‌الملل عرفی ایفا می‌کند، جلوه‌ای بارز دارد؛ به گونه‌ای که بسیاری از اجزای این دسته از قواعد نیز با عامل زمان گره خورده‌اند. در حقوق بین‌الملل کنونی، آنچه که برای تشکیل حقوق بین‌الملل عرفی حائز اهمیت می‌نماید، تکرار یک رویه یکسان توأم با پذیرش به عنوان حقوق در یک برهه زمانی است که البته این برهه زمانی را نمی‌توان از قبل معین نمود؛ زیرا، همه چیز به اوضاع و احوال هر مورد بستگی دارد و با توجه به شرایط هر قضیه، می‌تواند مدتی کوتاه داشته باشد یا به درازا بکشد. لذا در صورت تحقق رویه عام و منسجم، باور به الزامی بودن و سپری شدن مدت زمان مقتضی، به هر اندازه هم که کوتاه باشد می‌توان شاهد پیدایی قاعده حقوق بین‌الملل عرفی بود. با این همه، امکان ایجاد رویه و باور حقوقی در مدت زمانی کوتاه را نباید با حذف عامل زمان خلط کرد و با آن یکسان دانست؛ زیرا، به هیچ وجه، عامل زمان حذف نشده، بلکه صرفاً امکان تشکیل رویه در ظرفی کوتاه میسر شده است؛ دلیل این امر، آن است که، شکل‌گیری رفتاری یکسان در جامعه بین‌المللی تنها در بستر زمان و به تدریج محقق می‌شود؛ به تعبیری دیگر، «عامل زمان» در بنای حقوق بین‌الملل عرفی همچون ماده‌ای مقوم در میان مصالح سازنده آن یعنی رویه عام و پذیرفته شده به عنوان حقوق قرار می‌گیرد و موجب قوام و پیوستگی آنها می‌شود.

بدین ترتیب، فرضیه جستار حاضر را نه می‌شود به طور کامل پذیرفت و نه به طور کامل رد کرد؛ در واقع، نظریه حاصل آن است که در عین پذیرش ضرورت وجود زمان و اهمیت نقش سپری شدن مدت زمان در شکل‌گیری قاعده حقوق بین‌الملل عرفی، ضرورتی بر گذر از مدت زمان قابل توجه و طولانی وجود ندارد. با قرار دادن مطالعه صورت گرفته در دیالکتیک سه گانه هگلی به خوبی باید گفت که در واقع، این نظریه، سنتزی است که برخاسته از تز و آنتی تز پیشینی است؛ تزی که گویای لزوم گذر از مدت زمانی طولانی بوده و آنتی تزی که داعیه حذف عامل زمان را دارد. نیز شایسته توجه است که این مسیر سیال ادامه دارد؛ زیرا، حقوق بین‌الملل عرفی، مفهومی با ماهیت خاص بوده و همه چیز آن عرفی است. از این رو، هر آنچه که با در نظر گرفتن رویه کنشگران جامعه بین‌المللی، رویه دیوان بین‌المللی دادگستری، انگاره‌های حقوقی و مطالعات کمیسیون حقوق بین‌الملل در خصوص حقوق بین‌الملل عرفی که خود در زمره انگاره‌های حقوقی هستند، در این نوشتار آمده است، صرفاً با توجه به شرایط کنونی جامعه بین‌المللی و حقوق حاکم بر آن است. به همین دلیل، چه بسا در آینده‌ای نه چندان دور، شرایط کنونی، دگرگون شده و چشم‌اندازی دگر پدید آید؛ زیرا، مسلماً همچون همیشه، عرف دستخوش تحولات قرار می‌گیرد و به فراخور آنها از خود انعطاف نشان می‌دهد. البته این پویایی را نباید به مثابه بی‌ثباتی آن دانست؛ زیرا، به اقتضای هماهنگی با تحولات در پهنه مورد بحث است و بدین ترتیب، چرخ بزرگ شکل‌گیری حقوق بین‌الملل عرفی همچنان در جهت نیل با هدف مطابقت با تحولات بین‌المللی در حال چرخیدن است.

ماحصل پژوهش حاضر، به شرح ذیل است:

- ۱- سپری شدن مدت زمانی طولانی، لازمه تشکیل قاعده حقوق بین‌الملل عرفی دانسته نمی‌شود؛
- ۲- تشکیل قاعده حقوق بین‌الملل عرفی به صورت آنی غیرممکن است؛
- ۳- زمان، قوام‌بخش عناصر متشکله حقوق بین‌الملل عرفی است؛
- ۴- زمان، به عنوان عامل ایجاد قاعده حقوق بین‌الملل عرفی دانسته می‌شود و نه عنصر؛
- ۵- پذیرش جایگاه زمان در شکل‌گیری قاعده حقوق بین‌الملل عرفی در راستای با نظریه دو عنصری است و نه در تعارض با آن؛

۶- زمان، بیشتر در رویه مادی تأثیر دارد تا در باور حقوقی به الزام آور بودن؛

۷- به رغم نظرات گوناگونی که مخصوصاً در دکترینال حقوقی بین‌المللی مطرح شده است، مطالعه تجمیعی و تطبیقی این آموزه‌ها و آراء دیوان بین‌المللی دادگستری به عنوان اصلی‌ترین مرجع احراز حقوق بین‌الملل عرفی، می‌توان دانست که موارد پیش‌گفته راجع به عامل زمان در حقوق بین‌الملل عرفی جنبه توسعه تدریجی نداشته و اگر در قالب معاهده دربیاید تدوین حقوق بین‌الملل عمومی خواهد بود و نه توسعه تدریجی آن؛ بنابراین، در صورتی که در کمیته ششم (کمیته حقوقی) مجمع عمومی سازمان ملل متحد و کنفرانس دیپلماتیک به بررسی گذاشته شود، بعید است که مورد اختلاف جدی کشورها قرار بگیرد و از سوی آنان جرح یا تعدیل بشود.

## منابع

### الف - فارسی

۱. انجمن حقوق بین‌الملل (۱۳۸۴)، *اصول حاکم بر شکل‌گیری حقوق بین‌الملل عرفی*، ترجمه محمد قنبری جهرمی، چاپ اول، تهران: نشر دراک.
۲. رامین‌نیا، مزگان (۱۳۹۱)، *نقش عنصر زمان در ارزیابی مسئولیت بین‌المللی دولت*، چاپ اول، تهران: نشر فرهنگ شناسی.
۳. زر نشان، شهرام (۱۳۹۲)، *شکل‌گیری و شناسایی حقوق بین‌الملل عرفی*، چاپ اول، تهران: انتشارات گنج دانش.
۴. ضیائی بی‌گدلی، محمدرضا (۱۳۹۱)، *حقوق بین‌الملل عمومی*، چاپ‌چهل‌ودوم، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۵. فلسفی، هدایت‌اله (۱۳۸۹)، «ماجرای تفسیر در دیوان بین‌المللی دادگستری»، *مجموعه مقالات همایش نقش دیوان بین‌المللی دادگستری در تداوم و توسعه حقوق بین‌الملل*، چاپ اول، تهران: انجمن ایرانی مطالعات سازمان ملل متحد.
۶. فلسفی، هدایت‌اله (۱۳۹۱)، *حقوق بین‌الملل معاهدات*، چاپ سوم، ویراست سوم، تهران: انتشارات آسیم.
۷. محمودی، سیدهادی (۱۳۹۰)، «تأثیر فناوریهای علمی بر توسعه و تحول حقوق بین‌الملل فضایی»، *پژوهش حقوق عمومی*، دوره ۱۳، شماره ۳۲، صص ۲۹۳-۳۲۸.

### ب - لاتین

8. Apalisok, Marlo & Magdoza, Malagar (1999). "International Law of Outer Space and the Protection of Intellectual Property Rights", *Boston University International Law Journal*, p.332.
9. Boyle, Alan (2006). "Soft Law in International Law-Making" in: D.Evans, Malcolm, (ed) *International Law*, Oxford: Oxford University Press.
10. Brownlie, Ian (1998). *The Rule of Law in International Affairs: International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations*, oxford: oxford university press.
11. Brownlie, Ian (2003). *Public International Law*, 6<sup>th</sup> edn, Oxford: Oxford University Press.
12. Byers, Michael (2001). *Custom, Power and the Power of Rules, International Relations and Customary International Law*, Cambridge: Cambridge University press.
13. Charlesworth, Hilary (1987). "Customary International Law and the Nicaragua Case", *Australian Yearbook of International Law*, p.5.

14. Cheng, Bin (1997), *Studies in International Space Law*, “United Nations Resolutions on Outer Space: ‘Instant’ International Customary Law?”, *University Press Scholarship Online*, pp.10-17.
15. Crawford, James R. (2014). “The identification and development of customary international law”, *Spring Conference of the ILA British Branch – Foundations and Futures of International Law*, p.3.
16. D’Amato, Anthony (1987). “Trashing Customary International Law”, *American Journal of International Law*, p.81.
17. de Aréchaga, Jiménez (1978). “General Course in Public International Law”, *Journal* 25, Brownlie.1988:19.159-1Recueil des Cours.
18. Dugard, John (2012). *International Law: A South African Perspective*, 4<sup>th</sup> edition, Cape Town: Juta Academia.
19. Guzman, Andrew T. (2005). “Saving Customary International Law”, *Michigan Journal of International Law*, vol.27 .p.128.
20. Jennings, Robert Y. (1982). “The Identification of International Law”, in Cheng, Bin, (ed.), *International Law: Teaching and Practice*, Stevens & Sons.
21. Kammerhofer, Jorg (2012). “Orthodox Generalists and Political Activists in International Legal Scholarship”, in M. Happold (ed.), *International Law in a Multipolar World*, London: Routledge, pp.152-157.
22. Kunz, Josef L. (1953). “The Nature of Customary International Law”, *American Journal of International Law*, pp.662-667.
23. Malanczuk, Peter (1997). *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7<sup>th</sup> revised ed, London and Newyork: Routledge.
24. Meijers, Herman (1978). “How is International Law Made? – The Stages of Growth of International Law and the Use of Its Customary Rules”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol.9 .dec.1978, pp.3-26.
25. Orakhelashvili, Alexander (2008). *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, Oxford: Oxford University Press.
26. Pellet, Alain (2012). “Article 38”, in A. Zimmermann et al., *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2<sup>nd</sup> edition, Oxford: Oxford University Press, p.773.
27. Picker, Colin B. (2001). “A View from 40,000 Feet: International Law and the Invisible Hand of Technology”, *Cardozo Law Review*, p.184.
28. Rosenne, Shabtai (1984). *Practice and Methods of International Law*, Oceana Publications.
29. Sohn, Louis B. (1986). “Unratified Treaties as a Source of Customary International Law”, in A. Bos, H. Siblesz (eds.), *Realism in Law-Making: Essays in International Law in Honour of Willem Riphagen*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.

30. Stern, Brigitte (2001). "Custom at the Heart of International Law", *Duke Journal of Comparative and International Law*, pp.89-95.
31. Talmon, Stefan (2015). "Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion", *European journal of international law*, Vol. 26, No. 2, p.442.
32. Tasioulas, John (2007). "Customary International Law and the Quest for Global Justice", in A. Perreau-Saussine and J. B. Murphy (eds.), *The Nature of Customary Law: Legal, Historical and Philosophical Perspectives*, Cambridge University Press.
33. Thirlway, Hugh (2014). *The Sources of International Law*, Oxford: Oxford University Press.
34. Van, Hoof & Godefridus J.H. (1983). *Rethinking the Sources of International Law*, Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers.
35. Wolfke, Karol (1993). *Custom in Present International Law*, second edition, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.

#### ج - وبسایت

۳۶. ممتاز، جمشید (مهر ۱۳۹۳)، «سلسله مراتب حقوق بین‌الملل» (سخنرانی)، برگرفته از سایت:  
<http://www.internationallaw.ir>

#### د - اسناد

37. A/CN.4/16 and Add.1 (1950).
38. A/CN.4/666 (2014).
39. A/68/10 (2013), Report of The International Law Commission, Chap.VII, Report on Formation and Evidence of Customary International Law, Michael Wood, Special Rapporteur.
40. A/69/10 (2014), International Law Commission, Chap.X, Report on Identification of customary international law, Michael Wood, Special Rapporteur.
41. A/70/10 (2015), Report of the International Law Commission, Chap.VI, Report on Identification of Customary International Law, Michael Wood, Special Rapporteur.
42. A/71/10 (2016), International Law Commission, Chap.V, Report on Identification of Customary International Law, Michael Wood, Special Rapporteur.
43. Resolution 16/2000 of International Law Association: Formation of General Customary International Law, The sixty-ninth Conference, London (2000).
44. Statute of Permanent Court of International Justice (1920).
45. Statute of international court of justice (1945).

ر - پرونده ها

46. Case concerning Right of Passage over Indian Territory, (1960) Merits, (Portugal v. India) Merits, ICJ Reports.
47. Dispute Regarding Navigational and Related Rights, (2009) Merits, (Costa Rica v. Nicaragua), ICJ Reports.
48. Haya de la Torre,(1951) Merits (Colombia v.Peru), ICJ Reports.
49. Inter- Am. Ct. H.R., (2003) Judgment, (Ser. C) No. 104, Baena Ricardo et al.
50. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, (1986) Merits, (Nicaragua v. United States of America), ICJ Reports.
51. North Sea Continental Shelf Cases, (1969) Merits, (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands), ICJ Reports.
52. SCSL Judgment, SCSL-2004-14-AR72(E), 31 May 2004.