

یکصدمین سالگشت آموزش حقوق و علوم سیاسی در ایران

پرفور سید حسن امین*

نشر نخستین شماره دو فصلنامه «پژوهش حقوق و سیاست» دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی در ۱۳۷۸ خورشیدی، مصادف با یکصدمین سالگشت تأسیس نخستین مرکز آموزش عالی حقوق بین‌الملل و علوم سیاسی در ایران است. این حسن تصادف مرا بر آن داشت که در نخستین شماره این دو فصلنامه، سندی چاپ نشده در این زمینه را معرفی می‌کنم. مدرسه دارالفنون که به همت امیر کبیر تأسیس شده بود، تنها به تربیت کادر متخصص در زمینه علوم نظامی، مهندسی و پزشکی اهتمام داشت و لذا علوم انسانی، علوم اجتماعی، حقوق و علوم سیاسی در آن تدریس نمی‌شد. درست یکصد سال قبل، یعنی در پانزدهم شعبان ۱۳۱۷ هجری قمری برابر با ۲۸ آذر ۱۲۷۸

* کارشناس حقوق قضایی دانشگاه تهران (۱۳۴۹)، کارشناس ارشد حقوق خصوصی دانشگاه تهران (۱۳۵۳)، دکتر حقوق بین‌الملل دانشگاه گلاسکو (۱۳۵۶)، پروفیسور حقوق دانشگاه گلاسکو کالبدونیا (۱۳۷۱)، عضو هیأت علمی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی (۱۳۷۸).

شمسی، اولین مرکز آموزش عالی برای تربیت کادر متخصص در زمینه علوم سیاسی، دیپلماسی و حقوق بین‌الملل در ایران با عنوان «مدرسه علوم سیاسی» تأسیس شد و به روشی کاملاً مترقی به آموزش عالی در سطح کارشناسی حقوق و علوم سیاسی آغاز به کار کرد. این است که بلافاصله پس از تأسیس دانشگاه تهران در ۱۳۱۳، گواهی‌نامه‌های صادر از این مدرسه عالی، «معادل بالیسانس» شناخته شد.

مدرسه علوم سیاسی به طور رسمی در ساعت سه بعد از ظهر روز ۲۸ آذر ۱۲۷۸ برابر پانزدهم شعبان ۱۳۱۷ - مصادف با سالروز میلاد امام عصر (عج) - با فرمان مظفر الدین شاه که به شرح زیر صادر شده بود و در مراسم افتتاح به وسیله میرزا نصرالله خان مشیرالدوله قرائت شد، گشایش یافت:

«از آن روز که خداوند معبود، مرزبانی مملکت قدیم ایران و جانشینی سلاطین با افتخار کیان را به وجود مسعود همایون ما مخصوص و منصوص فرمود، اهم مقاصد و اعظم مآرب خود را ترقی دولت و آبادانی مملکت... فرمودیم... به این جهت اشارات ملوکانه ما به ایجاد مدارس و اعتلای معارف شرف صدور یافت... متممی که این نیت پاک و اراده تابناک لازم داشت، به ملاحظه اهمیت امور خارجه، یک مدرسه سیاسی که مدرس علوم عالی باشد که از سال چهارم سلطنت جا و یدمدت ما در قرون آتیه به یادگاری باقی بماند و مستخدمین آینده وزارت خارجه و سایر دوائر دولتی پس از اخذ دیپلم و تصدیق اتمام تحصیل از آن مدرسه به عرصه چاکری و خدمت دولت قدم گذارند. لهذا به ریاست میرزا نصرالله خان مشیرالدوله - وزیر امور خارجه - امر به افتتاح آن مدرسه فرموده و برای بقاء و دوام این اساس رفیع از ابتدای هذه السنه تنگوزیل و ما بعدها همه ساله مبلغ چهار هزار تومان بدون رسوم از بابت تذکره خراسان برای مخارج آن مدرسه منظور و مقرر می‌فرماییم که هر ساله وجه مزبور را اخذ و دریافت داشته به مصرف مخارج مدرسه رسانند».

سندی که طی این مقاله کوتاه از نظر خوانندگان می‌گذرد، نامه رسمی مدیر کل اداره «تعلیمات عالی» (آموزش عالی) «وزارت معارف و اوقاف و صنایع مستظرفه» در تاریخ

۱۱ فروردین ۱۳۱۴ خطاب به یکی از فارغ التحصیلان "مدرسه علوم سیاسی" در سال ۱۳۰۶ است که به شرح زیر، ارزش علمی "دیپلم مؤخراتی مدرسه سابق علوم سیاسی" را معادل لیسانس می‌شناسد.

"نشان شیر و خورشید

وزارت معارف و اوقات و صنایع مستظرفه
اداره تعلیمات عالیّه

تاریخ ۱/۱۱ / ماه ۱۳۱۴

آقای میرزا حسین خان شایسته معاون مدعی العموم دیوان عالی جزای عمال دولت در جواب مراسله مورخه ۱۴/۱/۷ راجع به ارزش دیپلم‌های مؤخراتی مدرسه سابق علوم سیاسی، اعلام می‌دارد: بر حسب رأی شورای عالی معارف، دیپلم‌های مذکور، معادل با لیسانس شناخته شده است.

مدیر کل وزارت معارف

امضاء و مهر

در اینجا قابل توضیح است که:

اولاً، "مدرسه علوم سیاسی" که در ۱۲۷۸ شمسی تأسیس شده بود، بعدها با "مدرسه عالی حقوق" که در ۱۲۹۸ تأسیس شده بود، ادغام شد و بالاخره هم در ۱۳۰۵ به وزارت علوم و معارف منتقل گردید. تا آن که هیأت علمی آن پس از تأسیس دانشگاه تهران به مجموعه دانشگاه جدید التأسیس کشور منتقل شدند و "دانشکده حقوق و علوم سیاسی و اقتصادی" را تشکیل دادند.

ثانیاً، اشاره در این سند به "دیپلم مؤخراتی" به این دلیل است که مدرسه عالی حقوق و علوم سیاسی دارای دو دوره تحصیلی مختلف مقدماتی و مؤخراتی بود. دوره مقدماتی به اخذ مدرک "باشلیه" (باکولوریا) و دوره مؤخراتی به اخذ مدرک "لیسانس" (کارشناسی) منجر می‌شد.

ثالثاً، صدور این سند از "وزارت معارف" به این دلیل است که اگرچه در آغاز "مدرسه

علوم سیاسی" و البته به وزارت امور خارجه و مدرسه عالی حقوق وابسته به وزارت علوم بود، این هر دو مدرسه پس از ادغام به وزارت معارف منتقل شده بود. لذا در تاریخ صدور این سند، مدرسه علوم سیاسی که قبلاً زیر مجموعه امور خارجه بود، از اسفند ۱۳۰۵ به "وزارت معارف (بخش "تعلیمات عالیہ") منتقل شده بود و البته تا قبل از تصویب قانون استقلال دانشگاه، تمام مؤسسه‌های آموزش عالی از جمله دانشگاه تهران زیر نظر وزارت معارف (فرهنگ / آموزش و پرورش) اداره می‌شد.

مؤسس و اولین رییس مدرسه علوم سیاسی در ۱۲۷۸ شمسی، مشیرالدوله، حسن پیرنیا بود. پس از او، به ترتیب بزرگانی مانند مؤتمن الملک حسین پیرنیا، ذکاء الملک محمد علی فروغی، دکتر سید ولی الله نصر به ریاست این مدرسه منصوب شدند. استادان اولین این مدرسه عبارت بودند از:

- ۱- حسن پیرنیا (درس: حقوق و حقوق بین الملل)
 - ۲- محمد مظاهر صدیق حضرت (درس: تاریخ حقوق، حقوق و دفتر داری)
 - ۳- محمد تقی عماد الاسلام (درس: فقه)
 - ۴- میرزا حبیب الله (درس: فقه)
 - ۵- سرتیپ عبدالرزاق خان بغایری مهندس (درس: جغرافیا و هیأت)
 - ۶- دکتر ژرل فرانسوی (درس: زبان فرانسه)
 - ۷- اردشیر جی ریپورتر (درس: تاریخ)
- تأسیس مدرسه عالی حقوق که به پیشنهاد فرانسیس آدولف پرنی (مستشار وزارت عدلیه) در ۱۲۹۲ تصویب شده بود، با پنج سال تأخیر در ۱۲۹۷ شروع به کار کرد و موسیو پرنی، چهار استاد متخصص فرانسوی را در رشته‌های حقوق بین‌الملل عمومی، حقوق تطبیقی، حقوق جنایی و اقتصاد برای تدریس در این مدرسه به ایران دعوت کرد. اینک تسمیماً للفائده و تکمیلأ للعائده نام چند تن از استادان حقوق این مدرسه عالی را نیز در اینجا بر می‌شماریم:
- ۱- آدولف پرنی (درس: حقوق جزا. اصول محاکمات جزایی)

- ۲- موسیو هیش (درس: حقوق جزا)
- ۳- موسیو دوفوسا (حقوق مدنی)
- ۴- موسیو مُرل (حقوق بین‌الملل و تاریخ دیپلماسی)
- ۵- موسیو لونکل دوفوروئل (حقوق مدنی)
- ۶- دکتر ویلهلم (پزشکی قانونی)
- ۷- موسیو لوزیور (کلیات حقوق مدنی)
- ۸- موسیو دُلاپوز (کلیات حقوق مدنی)
- ۹- موسیو گمار (حقوق تجارت)

در پایان، گفتنی است که تا سال ۱۳۴۵ که سال ورود ما به دانشکده حقوق دانشگاه تهران بود، تنها مرکز آموزش عالی حقوق در ایران همین دانشگاه تهران بود و برای اولین بار وقتی که ما در سال دوم دانشکده حقوق دانشگاه تهران بودیم، یعنی در سال تحصیلی ۱۳۴۶-۱۳۴۷ دانشگاه ملی (شهید بهشتی کنونی) اجازه یافت که دوره "لیسانس حقوق جزا" را دایر کند و دو سال بعد یعنی در سال ۱۳۴۹ که سال فراغت ما از تحصیل از دانشگاه تهران بود، "مدرسه عالی امور قضایی و اداری قم" به همت جناب آقای دکتر محمد حسین خیابانی پیگردلی در قم تشکیل شد.



ل ۶۰

تاریخ ۱۱۱۱ (ماه ۱۳۱)

وزارت معارف و اوقاف و صنایع مستظرفه ۱۱۵۷ شماره ۴۸ ضمیمه

اداره محترم

دایره

که در مورد جناب آقای سید علی محمد درین باره از جناب
در جواب برگردانده شد و در ۱۴ اردیبهشت ۱۳۱۱
سید محمد در جواب در تاریخ ۱۴ اردیبهشت ۱۳۱۱

بسیار شایسته شد است با یکم در دست



منابع

- Amin, S.H. and H. Katouzian (Trans lators). *Musaddiq's Memoirs*, London, 1988, P.128, PP.160-161.
- ۱- انتظام، عبدالله، "عکس‌های تاریخی"، وحید، دوره چهاردهم (۱۳۵۵)، شماره مسلسل ۱۹۶، ص ۳۹۸.
 - ۲- پهلوان، چنگیز، "درباره مدرسه علوم سیاسی"، در زمینه ایران‌شناسی، دوره اول (۱۳۶۸)، صص ۳۲۷-۴۱۳ و دوره سوم (۱۳۷۰)، صص ۳۴۱-۴۱۰.
 - ۳- تفرشی، مجید، "مدارس عالی حقوق و علوم سیاسی در ایران از ابتدا تا تأسیس دانشگاه تهران"، گنجینه اسناد، دوره اول (۱۳۷۰)، ش ۱، صص ۵۳-۸۱.
 - ۴- حکمت، علی اصغر، "دانشگاه تهران چگونه به وجود آمد"، وحید، دوره ۱۳ (۱۳۵۴)، ش ۲ (شماره مسلسل ۱۷۹)، ص ۱۹۰.
 - ۵- دانشنامه ایران‌شهر (نشریه شماره ۲۲ انجمن ملی یونسکو)، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۲، ج ۱، ص ۷۳۴.
 - ۶- راهنمای دانشگاه تهران، ۱۳۱۸ به بعد (بخش دانشکده حقوق و علوم سیاسی).
 - ۷- صبا، محسن، بودجه مدرسه علوم سیاسی به تاریخ ۱۳۰۱، راهنمای کتاب، دوره ۱۵ (۱۳۵۱)، صص ۳۱۴-۳۱۵.
 - ۸- صدیق، عیسی، چهل گفتار، تهران، ۱۳۵۲، صص ۲۸-۴۰ و همو، تاریخ فرهنگ ایران.
 - ۹- گلشایبان، عباسقلی، گذشته‌ها و اندیشه‌های زندگی، تهران، انیشتین، ۱۳۷۷، ج ۱، صص ۴۳-۴۶.
 - ۱۰- مبارکیان، عباس، چهره‌ها در تاریخچه نظام آموزش عالی حقوق و عدلیه نوین، تهران، پیدایش، ۱۳۷۷، صص ۱۵-۳۱.
 - ۱۱- مستوفی - عبدالله، زندگی من، تهران، ۱۳۵۰، بخش‌های دوم و سوم.
 - ۱۲- مصدق، محمد، خاطرات و تألمات، چاپ ایرج افشار، تهران، ۱۳۶۷، بخش چهارم.

- ۱۳- هدایتی، محمد علی، آغاز آموزش حقوق جدید در ایران، *فامواره دکترا محمود افشار*، ۱۳۶۵، صص ۱۰۱۰-۱۰۱۵.
- ۱۴- یغمایی، اقبال، *وزیران علوم و معارف و فرهنگ ایران*، تهران، مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۷۵، صص ۸۶-۸۷ و ص ۱۲۲.

"پیوندهای بنیادین عرف و معاهده"

در حقوق بین الملل

دکتر محمد رضا ضیایی بیگدلی *

مقدمه

هیچ جامعه‌ای قادر نیست فارغ از قواعد حقوقی، حتی در حدی اندک، به حیات خود ادامه دهد. نظریه پردازان معتقد به "جامعه بدون قانون" (Etat de nature) حقوق بنیادین صیانت و دفاع مشروع را خاص شهریاران یا افرادی می‌دانستند. اما امروزه به اقوا دلیل، یک جامعه سازمان یافته باید برای برقراری روابط حسنه میان اعضای خود، مقررات حقوقی لازم را وضع کند و احترام به آن مقررات را الزامی بدانند. در جامعه داخلی، عمل قانونگذاری کاملاً "تحت نظم در آمده و در وهله نخست

* دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی

توسط ارکان تخصصی صورت گرفته است (مجالس قانونگذاری یا به طور ثانوی حکومتها). بدیهی است که از این طریق می‌توان از افزایش فزاینده قواعد معارض در داخل یک کادر سیاسی واحد جلوگیری کرد.

اگر ساختار دولت در مقابل تمرکز مطلق قوه مقننه قرار گیرد (مانند کشورهای فدرال) یا بهتر بگوییم میان قوانین و مقررات حقوقی (مقررات عام متخذه از سوی قوه مجریه یا نمایندگان آن) تفکیک دقیقی وجود داشته باشد، در این صورت، برای وضع قواعد حقوقی، یک تحدید حدود مشخص اختیارات میان ارکان صلاحیتدار مختلف ایجاد می‌شود تا هماهنگی و وحدت را در مجموعه قلمرو کشور حفظ نماید.

در وهله دوم، اهمیت عمل قانونگذاری در وضع و تدوین دقیق مقررات شکلی است. به منظور تفکیک صحیح قواعد حقوقی از سایر تصمیمات ناشی از ارکان صلاحیتدار، انجام یک عمل قانونگذاری (یا آیین نامه‌ای) عموماً با "تشریفات سخت همراه است (انتخاب مقامات صلاحیتدار، تعیین قلمرو اجرای قواعد حقوقی در زمان یا در مکان، انتشار آنها و غیره). این تشریفات به دادگاهها اجازه می‌دهد تا کنترل خود را نسبت به اعتبار و قلمرو آن قواعد اعمال کنند.

ساختار خاص جامعه بین‌المللی متفاوت از جامعه داخلی است. در نتیجه، جامعه بین‌المللی نتوانسته است ساز و کار کاملی چون جامعه داخلی تدارک ببیند. ویژگی ثانوی روابط بین‌الملل در طول قرن‌ها، ناگزیر رجوع به عرف را برای تهیه قواعد اصلی حقوقی باعث شده است. با این همه، کشورها از طریق معاهده، اختیار وضع قواعد خاص را که در آن زمان، حقوق نوشته واجد آن خصوصیات و امتیازات بود، برای خود محفوظ داشتند.

استثنا کنگره‌های بزرگ دیپلماتیک (از جمله کنگره‌های وستفالی، وین و پاریس) خارج از موضوعات سیاسی، راه حل مسائل حقوقی را نیز مورد بحث قرار دادند و عهدنامه‌های چند جانبه‌ای را تنظیم نمودند که در آن هنگام جای اعمال قانونگذاری را گرفت. با این حال امروزه هنوز یک رکن مرکزی که صلاحیت انحصاری برای وضع

قواعد حقوقی خاص جامعه بین‌المللی در کل باشد وجود ندارد.

روند عرف هر چند بیش از پیش به نفع حقوق نوشته در حال واپس‌گرایی است، اما با این حال، کشورها حق قبولی یا رد متونی که به شکل سنتی در کنفرانس‌های دیپلماتیک و یا در کادر نهادهای بین‌المللی ملزم به آنها می‌شوند برای خود حفظ می‌نمایند.

حقوق بین‌الملل نوشته همیشه به شکل عهدنامه‌هایی تهیه و تنظیم می‌شوند که بدون موافقت قبلی کشورها، علیه آنها قابل اجرا نخواهد بود. این امر یک پراکندگی در منابع حقوق بین‌الملل و در عین حال یک اختلاف عظیم در قلمرو اجرای هر یک از قواعد حقوقی ایجاد می‌کند.^۱

اما علی‌رغم پذیرش تشتت در منابع حقوق بین‌الملل، نمی‌توان از پیوندهای بنیادین میان آنها، مخصوصاً میان عرف و معاهده غافل بود.

این مقاله، تلاشی است در جهت شناخت و تبیین عوامل و عناصر این پیوند و با مال بررسی تفصیلی بخشی از مبادی حقوق بین‌الملل عمومی.

۱- جایگاه نسبی عرف و معاهده

ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری که همواره اعلام‌کننده منابع شکلی حقوق بین‌الملل می‌باشد، به ترتیب، معاهدات عام و خاص و عرف عام و سپس اصول کلی حقوقی را به عنوان معیارهای حقوقی شناخته که می‌توانند مستند احکام دیوان بین‌المللی دادگستری قرار گیرند.^۲ ترتیب متوالی مذکور در ماده ۳۸ از یک سو و قید عبارت "احترام به تکالیف ناشی از معاهدات و سایر منابع حقوق بین‌الملل" در مقدمه منشور ملل متحد از سوی دیگر، موجب گردیده تا برخی از علمای حقوق بین‌الملل معتقد گردند که عرف منزلتی دون معاهده دارد و در نتیجه از اهمیت و ارزش پایین‌تری

۱- M.Merle, la vie internationale, Paris, 1970 PP. 248, 249.

۲- برای آشنایی بیشتر، رک، دکتر محمدرضا غیبایی بیگدلی، حقوق بین‌الملل عمومی، چاپ هشتم، تهران، گنج دانش، ص ۱۶۹.

برخوردار است.

چنین برداشتی صحیح نیست، زیرا در حقوق بین‌الملل موضوعه میان منابع شکلی سلسله مراتب وجود ندارد. بنابراین عرف و معاهده هر کدام برای خود نهادی مستقلند و نمی‌توان برای آنها تقدم و تاخر اعتباری قائل شد.

دیوان بین‌المللی دادگستری خود نیز در برخی از تصمیمات متخذه، اصل برابری حقوقی عرف و معاهده را برسمیت شناخته است: "قواعد این دو منبع حقوق (عرف و معاهده) الزاماً یکدیگر را نمی‌پوشانند و دقیقاً نمی‌توان گفت مشابه‌اند. حتی اگر یک قاعده قراردادی و یک قاعده عرفی که به موضوع مورد اختلاف فعلی مربوط باشند، دقیقاً دارای محتوای واحدی نیز باشند، باز هم دیوان بر این عقیده نیست که قاعده عرفی الزاماً وجه اعمال خود را در مقابل قاعده قراردادی از دست می‌دهد." (رای مورخ ۲۷ ژوئن ۱۹۸۶ در قضیه اختلافات ایالات متحده امریکا و نیکاراگوئه. همچنین رای دیوان در قضیه گروگان‌گیری)^۱ با این حال، در اکثر موارد، رویه معمول در دیوان این است که اگر معاهده قابل اجرایی حاکم بر روابط طرفین اختلاف باشد، تنها به آن معاهده توجه می‌کند و عرف موجود را در نظر نمی‌گیرد. اما با در نظر گرفتن منابع اصلی حقوق بین‌الملل، معاهده به طور روز افزونی نقش عرف را محدود کرده است. در حالی که در قرن نوزدهم عرف تقریباً منبع انحصاری حقوق بین‌الملل محسوب می‌شد و سهم عظیمی در تهیه قواعد حقوقی داشت، امروزه در برخی از زمینه‌ها در حال اضمحلال است و در برخی دیگر جای خود را به تدریج به قواعد قراردادی داده است. از جمله در زمینه حقوق جنگ، حقوق دریاهای و آیین فیصله مسالمت‌آمیز اختلافات بین‌المللی، مخصوصاً آیین حقوقی آنها، حقوق بین‌الملل وابسته به حقوق قراردادی است.

بعلاوه صلاحیتهای کشوری در تمام زمینه‌ها از طریق معاهدات محدود شده‌اند. مع ذلک، هنوز قواعد حقوق موضوعه‌ای که براساس قواعد عرفی شکل گرفته باشد، بسیارند. مثلاً موضوعاتی چون، شناسایی کشورها و سایر اشکال شناسایی بین‌المللی و

1- C.I.J.Rec, 1986, P.95 - C.I.J.Rec, 1980, P.44.

نیز مسئولیت بین‌المللی کشورها^۱.

۲- آثار متقابل عرف و معاهده

بخش اعظمی از قواعد حقوق بین‌الملل، حاصل آثاری است که عرف و معاهده بر یکدیگر می‌گذارند. این آثار می‌تواند چهار صورت مختلف داشته باشد: اثر ایجاد، اثر اعلامی، اثر تکمیلی و بالاخره اثر تفسیری.

الف - اثر ایجاد

عرف، اعم از عام، منطقه‌ای یا محلی نمی‌تواند هیچ‌گونه اثر ایجاد در تعهدات قراردادی، (اعم از عام یا خاص) داشته باشد. به عبارت دیگر، امکان ایجاد هیچ قاعده قراردادی از طریق عرف نمی‌باشد، زیرا اگر در موضوعی، قاعده عرفی وجود داشته باشد، این قاعده نمی‌تواند به گونه‌ای در انعقاد یک معاهده جدید مؤثر باشد (البته در اینجا مقصود اثر اعلامی عرف در معاهده نیست. به این موضوع بعداً خواهیم پرداخت)، اما بعکس، رفتار عمومی کشورها به موازات و در راستای اجرای یک معاهده می‌تواند موجب سابقه عرفی شده و به تدریج به قاعده عرفی جدیدی تبدیل گردد. بدین صورت ضمن آنکه وجود عرف جدید متأثر از معاهده قدیم است، خود واجد حیات مستقلی است و هر دو قاعده (عرفی و قراردادی) در جهت هدف واحدی که همان اجرای معاهده می‌باشد گام برمی‌دارند (در اینجا منظور اثر تکمیلی عرف در معاهده نمی‌باشد. به این موضوع بعداً خواهیم پرداخت). در نتیجه، کلیه کشورها، اعم از متعاهد یا ثالث، نسبت به معاهده و عرف متعهد می‌گردند. این مطلب مورد تأیید رویه قضایی بین‌المللی قرار گرفته است. (رای دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه فلات قاره دریای شمال، مورخ ۲۰ فوریه ۱۹۶۹)^۲ جلوه دیگری از اثر ایجاد معاهده بر عرف که منجر به تشکیل قواعد عرفی جدیدی شده، تحولی است که در سالهای اخیر در نظام سازمان ملل متحد

1- L.Cavare, *Le Droit International Public Positif*, Tom I, éd Pédone 1967, PP.236-237.

2- C.I.J. Rec, 1969, P.41.

پدید آمده است. این تحول که به موازات اجرای منشور ملل متحد صورت گرفته، ناشی از رویه عمومی ارکان مختلف سازمان و اعضای آن می‌باشد که به تدریج به قواعد عرفی جدیدی تبدیل گردیده‌اند. از جمله این قواعد جدید می‌توان از رویه مجمع عمومی سازمان در اجرای قطعنامه ۳۷۷ مورخ ۳ نوامبر ۱۹۵۰ (قطعنامه معروف به اتحاد برای صلح) و یا رویه شورای امنیت نام برد مبنی بر اینکه امتناع یا عدم حضور اعضای دائم شورا به منزله رای مخالف نمی‌باشد. در این خصوص، دیوان بین‌المللی دادگستری در نظریه مشورتی مورخ ۲۱ ژوئن ۱۹۷۱ در قضیه افریقای جنوب غربی یادآور می‌شود "رویه عمومی سازمان ملل نشان می‌دهد که امتناع اعضای دائم [شورای امنیت] مانع تصویب یک قطعنامه نمی‌باشد. برای اینکه عملی، امتناع قلمداد شود، لازم است. که رای منفی داده شود".^۱

رویه اخیر شورای امنیت در اعمال دکترین نامحدود بودن صلاحیت شورا، روند شکل‌گیری قاعده عرفی جدیدی را هموار می‌کند که خطر جدی برای جامعه بین‌المللی، مخصوصاً کشورهای جهان سوم است. در این رابطه، بر چنین کشورهایی فرض است که قبل از ایجاد آن قاعده، اعتراض خود را رسماً به گوش جهانیان برسانند، تا در آینده، رفتار احتمالی خلاف رویه آنان، نقض حقوق بین‌الملل عرفی محسوب نگردد، هر چند تصمیماتی که شورای امنیت براساس فصل هفتم منشور اتخاذ می‌کند، مستقلاً واجد خصیصه الزامی است.

برخی از علمای حقوق بین‌الملل معتقدند که ایجاد رویه در سازمان ملل در مواردی منجر به تغییر منشور ملل متحد شده است. مثلاً پروفیسور تونکین حقوقدان روسی و عضو سابق کمیسیون حقوق بین‌الملل نظر بر این دارد که رویه شورای امنیت در مورد بند ۳ ماده ۲۷^۲ یک نمونه کامل از تغییر مقررات عهدنامه بوسیله رویه است. وی می‌نویسد:

1- P.M. Eisemannet..., Petit manuel de la Jurisprudence de la C.I.J. éd. Pédone, 1971, P.209.

۲- بند ۳ ماده ۲۷: "تصمیمات شورای امنیت، راجع به سایر مسائل با رای مثبت ۹ عضو که متضمن آراء تمام اعضاء دائم باشد، اتخاذ می‌گردد. با این قید که در مورد تصمیماتی که به موجب مندرجات فصل ششم و بند

"نمونه‌هایی که به موجب آن رویه و عرف، مقررات موجود یک عهدنامه را تغییر می‌دهد تقریباً نادر است، زیرا عهدنامه‌ها معمولاً حاوی تشریفات لازم برای اصلاح یا نسخ مقررات عهدنامه است. مع هذا از نقطه نظر قضایی، چنین تغییراتی با موافقت کلیه طرفهای قرارداد امکان‌پذیر است. اصلاح یا تغییر بوسیله عهدنامه ممکن است صریح باشد یا ضمنی و در هر حال مستلزم تغییر یا تکمیل و تفسیر عهدنامه است"^۱.

جلوه دیگر اثر ایجاد می‌معاهده بر عرف، تأثیری است که برخی از معاهدات بر تشکیل عرف می‌گذارند. این دسته از معاهدات، از جمله اعمال موجد سابقه عرفی به شمار می‌روند و عبارتند از:

(۱) معاهداتی که موجد قاعده حقوقی جدیدی نباشند، مثل مقررات وین مورخ ۱۹ مارس ۱۸۱۵ درباره تقدم و تاخر درجه و مقام نمایندگان دیپلماتیک.

(۲) برخی از معاهدات قراردادی هنگامی که معمولاً میان تعداد کثیری از کشورها به صورت دو جانبه منعقد شوند، قواعد مشابهی که حاکی از اعتقاد حقوقی مشترک آنهاست وضع می‌کنند و از این طریق باعث بوجود آمدن قواعد عرفی عام می‌شوند، مثل موافقتنامه‌های کنسولی و موافقتنامه‌های استرداد مجرمین^۲.

ب- اثر اعلامی

یکی دیگر از آثار متقابل عرف و معاهده این است که معاهده می‌تواند صرفاً بیان و اعلام عرف موجود باشد. امروزه بسیاری از معاهدات و یا حداقل اکثر مقررات آنها، اعلام قواعد عرفی بوده که در زمان انعقاد آن معاهدات مجرا بوده‌اند. این اثر اعلام کننده معاهده در واقع همان "تدوین حقوق بین الملل" است که مخصوصاً از قرن نوزدهم با شتابی هر چه تمامتر به پیش می‌رود و تدریجاً کلیه قواعد عرفی موجود را به معاهده تبدیل می‌نماید. هدف اصلی تدوین، جایگزینی مقررات عرفی در قالب معاهداتی الزام

سوم از ماده ۵۲ اتخاذ می‌شود، طرف دعوی از دادن رای خودداری خواهد کرد.

1- D.I.Tunkin, Droit international Public, 1965, PP. 94-95

۲- محمدرضا ضیائی بیگلری، مآخذ پیشین، ص ۱۶۷

آور است.^۱

این گونه معاهدات در قبال کشورهای متعاهد الزام آور است، اما اثر بخشی آنها نسبت به کشورهای ثالث به دلیل خصوصیت عرفی بودن آنهاست. بنابراین "مقررات اعلام کننده عرف در یک معاهده تدوین کننده، در شکل مندرج در این معاهده، فاقد ارزش حقوقی نسبت به دول ثالث می باشند. صرف نظر از نگارش و تحریر آنها در معاهده تدوین کننده، این مقررات نسبت به دول ثالث به عنوان حقوق عرفی قابل اعمال هستند".^۲

ماده ۳۸ عهدنامه وین ۱۹۶۹ در زمینه حقوق معاهدات، بیان کننده مطلب مذکور است: "هیچ یک از مقررات مواد ۳۴ تا ۴۷ مغایر با آن نیست که یک قاعده مندرج در یک معاهده که به عنوان یک قاعده عرفی حقوق بین الملل شناخته شده است، برای کشور ثالث الزام آور گردد."

ج - اثر تکمیلی

عرف قادر است مکمل معاهده گردد، اعم از اینکه چنین قیدی در معاهده آمده یا نیامده باشد. به بیان دیگر، اگر معاهده در موضوعی ساکت باشد، به عرف رجوع می شود. این امر دلالت بر منع بودن عرف و معاهده دارد. قید مطلب مذکور در معاهده، هیچ گونه برتری خاصی به عرف نمی بخشد. با این حال در برخی از معاهدات، شاید به جهت تاکید بیشتر، صراحتاً به اثر تکمیلی عرف اشاره شده است. مثلاً در مقدمه عهدنامه وین ۱۹۶۹ در زمینه حقوق معاهدات آمده است:

"کشورهای طرف عهدنامه حاضر... با تایید این نکته که قواعد حقوق بین الملل عرفی در مسائلی که در این عهدنامه به نظم در نیامده است، همچنان مجراً خواهد بود، به شرح زیر توافق نمودند...."

1- Dictionnaire de la Terminologie du droit international, 1960, PP. 20 - 123.

۲- ژولیو بایریس، تأملی بر عرف بین المللی، ترجمه دکتر اردشیر امیر ارجمند، مجله تحفیات حقوقی، انتشارات دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ش ۱۴ - ۱۲، از پاییز ۷۲ تا تابستان ۷۳، ص ۳۶۷ - ۳۶۸.

د - اثر تفسیری

در صورتی که میان طرفین یک معاهده، اختلافی پیش آید، عرف می‌تواند به عنوان قاعده‌ای جهت تفسیر آن معاهده مورد ارجاع قرار گیرد.^۱

عهدنامه وین ۱۹۶۹ در زمینه حقوق معاهدات، ضمن برشمردن قاعده کلی تفسیر، از جمله مواردی که توجه به آن را جهت تفسیر معاهده لازم و مؤثر می‌داند، "هر قاعده مرتبط حقوق بین‌الملل می‌باشد که در روابط میان طرفین قابل اجراست" (بندج از جزء سوم ماده ۳۱). بنابراین، عرف به عنوان مهمترین قاعده مرتبط حقوق بین‌الملل می‌تواند در خدمت تفسیر معاهدات قرار گیرد، اعم از اینکه چنین عرفی در زمان انعقاد معاهده موجود بوده یا بعداً در حین اجرای معاهده ایجاد شده باشد.^۲

۳- وحدت عرف و معاهده در مبانی

نظریه پردازان مکتب اصالت اراده، عرف را مبتنی بر توافق ضمنی کشورهای می‌دانند که در شکل‌گیری آن قاعده مشارکت مؤثر و فعال داشته‌اند و معاهده را ناشی از توافق صریح طرفین آن قلمداد می‌کنند. در نتیجه، برای هر دو قاعده یک مبنا می‌شناسند و آن "اراده" است.

از دید آنان، به همین سبب است که عرفهای منطقه‌ای یا خاص فقط کشورهایی را ملتزم می‌سازند که در حین شکل‌گیری آن قواعد یا پس از آن، رضایت خود را به این امر اعلام کرده باشند و یا معاهدات خاص یا قراردادی تنها طرفین آنها را در قبال یکدیگر متعهد می‌نماید و تاثیری نسبت به ثالث ندارد.

این نظریه، مخصوصاً با فرایند شکل‌گیری عرفهای عام قابل انطباق نیست. این گونه قواعد برای کلیه کشورها، حتی آنهایی که در این فرایند شرکت نداشته‌اند حالت تحمیلی

۱- Cavaré, Op. cit, P.237.

۲. برای آشنایی بیشتر، ر.ک. دکتر هدایت اله فلسفی، تفسیر و اجراء مقررات حقوق بین‌الملل، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۱۲ - ۱۱ ص ص ۱۹۵ و ۱۹۶.

دارد. فرضاً اگر نسبت به یک قاعده عرفی عام، اعتراضی بشود، این اعتراض هیچ گونه اثر و اعتباری ندارد. در مجموع، طرفداران مکتب اصالت اراده نمی‌توانند وجود این عرفهای عام را انکار نمایند.^۱

تنها مبنای مثبت نظریه توافق ضمنی ناشی از اعلامیه مشهور دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی در رای مربوط به قضیه لوتوس است: "قواعد حقوقی که کشورها را ملزم می‌سازد، ناشی از اراده آنهاست. اراده‌ای که در معاهدات یا عرفهایی متجلی شده که بطور عموم به عنوان اصول حقوقی پذیرفته شده است." (رای مورخ ۷ سپتامبر ۱۹۷۲) امروزه مکتب اصالت اراده چندان مورد توجه و پذیرش نیست. در مقابل، مبنای عرف و معاهده را می‌توان در یک پدیده جامعه شناختی یافت و آن ضرورت‌های اجتماعی است. این ضرورت‌ها موجب می‌گردد تا یک همبستگی و پیوستگی مادی و معنوی میان اعضای جامعه بین‌المللی بوجود آید و در نتیجه عنصر معنوی عرف بر عنصر مادی آن پیشی گیرد.

۴- اعتبار نسبی عرف و معاهده

حقوق بین‌الملل که تا مدت‌ها به صورت حقوق عرفی باقی مانده بود، با عمل تدوین، موقعیت خود را از دست نداد و امروزه به موازات معاهده، جامعه بین‌المللی را نظم حقوقی خاصی بخشیده‌اند. در نتیجه، عرف و معاهده به عنوان دو منبع مستقل حقوق بین‌الملل از اعتبار و اقتدار حقوقی برابری برخوردارند. حال ممکن است معاهده‌ای متضمن مقرراتی مغایر با قواعد عرفی باشد و یا برعکس. در چنین وضعیتی، منبع حقوقی که بایست به آن برتری بخشید، کدام است؟ در پاسخ باید اذعان نمود که نمی‌توان هیچ گونه راه حل عامی در جهت رفع و حل تعارض قواعد مغایر یافت. اما با این همه، در این رابطه، اندیشمندان حقوقی دیدگاه‌های خاصی دارند که می‌توان آنها را به دو دسته متمایز تقسیم نمود:

1- N. Quoc Dinh, Droit international Public, éd, L.G.D.J. 1980 P. 307.

الف - برخی معتقدند که برای حل تعارض باید فقط اصولی را براساس اصل حسن نیت استخراج و ذکر نمود. این اصول عبارتند از اینکه اولاً ابتدا لازم می آید که محتوای عرف و معاهده مورد بررسی و توجه قرار گیرد و آنگاه حقوق موضوعه^۱، چه در معاهده یا عرف آمده باشد، بر "حقوق نظری"^۲ رجحان داده شود. اما اگر کشورها بخواهند بر اصلی که در معاهده آمده تاکید داشته باشند، عرف مغایر معتبر نخواهد بود.^۳

ب - دسته‌ای دیگر اعتقاد بر آن دارند که اگر منظور از مقایسه اعتبار عرف و معاهده تعیین یک نظام ترجیحی است که در آن قواعد حقوقی اعمال شوند، باید برتری معاهده را بر عرف پذیرفت.

دلیل این امر را آن می‌دانند که چون معاهده بیان‌کننده حقوق خاص می‌باشد بر قاعده عام که از طریق عرف بیان می‌شود، رجحان دارد.^۴ در نتیجه، اگر میان عرف و معاهده مغایرت پیش آید، تعارض باید براساس برتری حقوق خاص بر حقوق عام و برتری حقوق مؤخر بر حقوق مقدم حل گردد.^۵ به این شرح که در مرحله اول، اگر یک قاعده خاص (معاهده) با یک قاعده عام (عرف) در تعارض باشد، رجحان با قاعده خاص است و تقدم و تأخر زمان شکل‌گیری نقشی در این مورد ندارد. با این حال، استثنائاً چنانچه عرف مقدم دارای خصیصه آمره (Jus Cogens) باشد و سپس معاهده‌ای مغایر با آن منعقد گردد، چنین معاهده‌ای از اعتبار "قاعده مؤخر ناسخ قاعده مقدم"^۶ برخوردار نخواهد بود. در مرحله دوم، اگر دو قاعده عرفی یا قراردادی در یک سطح باشند (خاص یا عام)، قاعده مؤخر ناسخ قاعده مقدم خواهد گردید.^۷

1- Droit Normatif.

2- Droit Constructif.

3- L. Cavaré, Op. cit, PP. 239 - 240.

4- P. Reuter, Droit international Public, éd thémis, 1973, P.27.

5- L. Delbez, Les Principes généraux du droit international public, ed, L.D.J., 1964, P.50.

6- Lex Posterior derogat priori.

7- L. Delbez, Op. Cit.p.51.

در مرحله سوم، امکان دارد حقوق خاص برتر (معاهده) با حقوق مؤخر برتر (عرف) در تعارض باشد. در این صورت طبق اصل "قاعده مؤخر عام ناسخ قاعده مقدم خاص نمی‌شود"^۱، حقوق خاص مرجع است.^۲ در پایان، سؤال این است که آیا فسخ معاهده در نتیجه متروک شدن آن در حقوق بین‌الملل ممکن است؟ در پاسخ باید گفت، موضوع قابل بحث است، زیرا در تمام موارد، پاسخ مثبت از سوی کسانی که مبنای حقوق بین‌الملل را اراده بی‌قید و شرط کشورها می‌دانند بسیار مشکل می‌تواند مورد حمایت قرار گیرد. با این همه، چنانچه در معاهده‌ای، آیین تجدید نظر پیش‌بینی نشده باشد، منفعت طرفین معاهد اقتضا می‌کند که با عدم اجرای مستمر و یکنواخت معاهده از سوی آنان و تبدیل این رویه (ترک فعل) به قاعده عرفی مسلم، قائل به پذیرش فسخ معاهده یا متروک شدن آن و در نتیجه ظهور یک قاعده عرفی جدید شویم. البته در این رابطه باید بسیار با احتیاط عمل نمود، مخصوصاً که در عرف، عنصر معنوی (Opinio Juris) وجود دارد که غالباً تجلی آن بسیار دقیق است.^۳

امروزه در مجموع می‌توان نظام سلسله مراتب هنجارهای حقوقی بین‌المللی را حداقل در مناسبات میان عرف و معاهده و روش حل تعارض آنها را به ترتیب زیر ترسیم نمود:

(۱) قواعد آمره، چه عرفی چه قراردادی، بدون توجه به تقدم و تاخر معاهده موجد آنها در راس این نظام قرار می‌گیرند و تنها با ظهور قواعد آمره جدید، اعتبار خود را از دست می‌دهند، (ماده ۵۳ عهدنامه وین ۱۹۶۹ در زمینه حقوق معاهدات).

(۲) معاهده عام یا قانون ساز بر عرف عام و یا معاهده خاص یا قراردادی یا منطقه‌ای مقدم است.

(۳) عرف عام یا جهانی بر معاهده خاص رجحان دارد.

(۴) معاهده عام یا قانون ساز بر معاهده خاص یا قراردادی برتری دارد.

1- Lex Posterior generalis non derogat priori speciali.

2- L. Delbez, Op. Cit, P.51.

3- L. Cavaré, Op. Cit, P.240.

۵) عرف عام یا جهانی بر عرف خاص یا منطقه‌ای مقدم است.

۶) چنانچه دو قاعده عرفی یا قراردادی در یک سطح باشند، قاعده مؤخر بر قاعده مقدم مرجح است.

”تمام مطالب مطروحه در این قسمت، ما را به پذیرش یک ارزش فسخ‌کننده متقابل برای عرف و معاهده رهنمون می‌سازد. با این حال، رویه قضائی و دکترین، گرایش به اعتبار برتر معاهده نسبت به عرف دارند و بدین لحاظ است که مسئله مناسبات میان عرف و معاهده در تدوین حقوق بین‌الملل ظاهر می‌شود. یعنی در هدفی که عرف را به سمت اینکه بشکل معاهده در آید، می‌کشاند.“^{۱۰}

۱۰ P. Reuter, Op. Cit, P.28.

نتیجه گیری

موضوع ارتباط میان عرف و معاهده بارها در قلمرو مسائل مختلف مربوط به حقوق بین‌المللی عمومی، از جمله تدوین حقوق عرفی از رهگذر انعقاد معاهدات بین‌المللی مطرح شده است. از مطالعه همه این موارد چنین بر می‌آید که معاهده و عرف از لحاظ اصولی اعتباری یکسان دارند.

با این همه، برابری این دو منبع با یکدیگر بالقوه است و از لحاظ واقع امر و از جهت پیوندهای زیادی که میان قواعد عرفی و قواعد قراردادی وجود دارد، این "برابری" نسبی است. چنانکه این امکان وجود دارد که تأثیرات متقابلی بر یکدیگر بگذارند.

از سوی دیگر، عرف قالبی کلی است که می‌تواند معاهده و سایر منابع و تعهدات بین‌المللی را در خود جای دهد که اگر چنین بشود، معاهد لاحق، اعتباری امضایی دارد و نه تاسیسی. اما در مورد ضمانت اجرای معاهدات، بجز در مواردی که نظام خاصی برای آن پیش‌بینی شده است، مقررات عرفی، عمل متقابل (Contre Measures) یا مسئولیت را مقرر کرده است.

اما اینکه این دو منبع چرا با هم برابرند، به یقین می‌توان گفت که علت برابری اعتبار معاهده و عرف، آن است که هر دو منبع از تعهدات بین‌المللی کشورها (صریح و ضمنی) ناشی می‌شوند.