

مفهوم و ماهیت «عنصر روانی» در فرایند شکل‌گیری قواعد حقوق بین‌الملل عرفی

شهرام زرنشان*

دکتری حقوق بین‌الملل از دانشگاه تهران، تهران، ایران

پذیرش: ۹۰/۱۲/۲۴

دریافت: ۹۰/۱۰/۱۲

چکیده

«عنصر روانی» به‌عنوان جزء ضروری و لاینفک فرایند شکل‌گیری قواعد حقوق بین‌الملل عرفی - در کنار عنصر مادی (رویه) - همواره به‌عنوان یکی از مجادله‌برانگیزترین مباحث عرصه حقوق بین‌الملل - به‌طورعام - و منابع آن - به‌طورخاص - مطرح بوده است. گواهی‌کننده مجادلات نظری پیرامون این حوزه همچنان به شکل بی‌پایانی ادامه دارد و مکاتب فکری مختلف هر یک دیدگاه‌های خود را پی می‌گیرند؛ اما به نظر می‌رسد دکترین غالب با تکیه بر رویه قضایی بین‌المللی تا حدی موفق به ابهام‌زدایی از این عرصه شده است. تبیین مفهوم عنصر روانی و ضرورت وجودی آن در فرایند خلق قاعده و نیز تحلیل ماهیت آن همواره بخش مهمی از مجادلات مذکور بوده است.

واژگان کلیدی: عنصر روانی، قاعده عرفی، اعتقاد حقوقی منبعث از ضرورت‌ها، حقوق بین‌الملل عرفی، رضایت ضمنی

۱. مقدمه

جامعه بین‌المللی - از نظر ساختاری و کلاسیک - به علت فقدان تمرکز و بهره‌مندی از قوه عالی قانونگذاری، اصولاً جامعه‌ای غیر نهادین تلقی می‌شود که در چارچوب آن، حقوق بین‌الملل مشتمل بر قواعد و مقرراتی است که تابعان نظام بین‌الملل خود آن را ایجاد و به آن گردن می‌نهند. در این عرصه قواعد عرفی، به خاطر دارا بودن ویژگی‌هایی چون پویایی و انطباق‌پذیری سریع با تحولات روز، دارا بودن قابلیت جایگزینی و این‌که شکل‌گیری، تحول و تکاملشان تابع کنش و واکنش

تابعان اصلی روابط بین‌الملل است - صرفنظر از هرگونه نیاز به وجود قدرت عالی یا تشریفات خاص - از منزلتی متمایز و برتر برخوردارند. در این بین، فرایند شکل‌گیری این قواعد از جمله مسائلی قلمداد می‌شود که پیرامون آن همواره گسترده‌ترین مجادلات نظری مطرح بوده است. قالب مبهم و چارچوب نامشخص حاکم بر فرایند مذکور در عین این‌که چالشی همیشگی میان حقوقدانان تلقی می‌شده، سبب بروز اختلافات گسترده نزد دولت‌ها نیز بوده است.

در همین چارچوب شاید مسائل مربوط به «عنصر روانی» جدیتر باشد. نقش‌آفرینی عنصر اخیر به‌عنوان جزء ضروری و لاینفک در فرایند ساخت قواعد حقوق عرفی، اگرچه در حقوق بین‌الملل معاصر امری قطعی و انکارناپذیر است، اما مجادلات نظری حول و حوش آن همواره بخش وسیعی از مباحثات آکادمیک مربوط به موضوع حقوق عرفی را به خود اختصاص داده است. مفهوم‌شناسی، ارزیابی کارکردهای عملی و تحلیل ماهیت این عنصر ضروری خلق قاعده، که قالب اصلی ساختار نوشتار حاضر را شکل می‌دهد، همواره بخش مهمی از مجادلات مذکور را رقم زده است.

به طور مشخص راجع به مفهوم عنصر روانی و ضرورت وجودی آن در فرایند شکل‌گیری قاعده، با وجود مباحثات نظری گسترده‌ای که در میان دکترین مطرح است، نوشتار حاضر می‌کوشد با تکیه بر رویه قضایی بین‌المللی، چارچوب مشخصی را تبیین کند. همچنین پیرامون ماهیت حقوقی عنصر روانی در جریان شکل‌گیری عرف، اگرچه مجادلات تئوریک همچنان به شکل بی‌پایانی ادامه دارد، اما مجدداً در این حوزه نیز جستار کنونی تلاش کرده است با ارزیابی و تحلیل مهم‌ترین نظریه‌های مطروح، در نهایت در پرتو رویه قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری، جمع‌بندی مشخصی را ارائه دهد.

۲. مفهوم عنصر روانی و ضرورت وجودی آن در جریان خلق قواعد

عرفی

به گونه‌ای که دیوان بین‌المللی دادگستری در قضایای مربوط به فلات قاره دریای شمال تصریح می‌کند، در فرایند شکل‌گیری قواعد عرفی صرفاً وجود رویه‌ای «فراوان» و «واقعاً متحدالشکل» کافی نیست. رویه مزبور همچنین باید «به نحوی صورت پذیرد که متضمن شناسایی قاعده‌ای حقوقی یا تعهدی قانونی نیز باشد». دیوان در این راستا، در ادامه توضیح می‌دهد که «دو شرط باید محقق گردد»: اول وجود «رویه‌ای مستقر (تثبیت شده)» که واجد

شرایط مذکور باشد و دیگری «باور به این‌که چنین رویه‌ای به واسطه وجود قاعده‌ای حقوقی الزام‌آور است» [۱، پ ۴۴]. لذا جزء عینی عرف (رویه) باید با یک «عنصر ذهنی»^۱ همراه شود که در همان مفهوم «اعتقاد حقوقی منبعث از ضرورت‌ها»^۲ نهفته است [۱، پ ۴۴]: عبارت لاتینی که معمولاً به صورت اختصار عبارت است از: «*opinio juris*»، یعنی «اعتقاد حقوقی دولت‌ها» یا به زعم برخی «رأی راسخ حقوقی دولت‌ها» [۲، ص ۵۳۹]. چنین مفهومی، عرف^۳ را از صرف رویه یا عادت^۴ مجزا خواهد کرد [۳، ص ۲۹۳].

در بیان مشابه دیگری از سوی دیوان و در جریان رسیدگی به دعوای نیکاراگوئه علیه ایالات متحد آمریکا نیز مجدد تأکید شده که «... نه فقط اعمال مربوط باید در حد یک رویه مستقر (تثبیت شده) باشد، بلکه آن اعمال باید همراه با اعتقاد حقوقی‌ای باشد که منبعث از ضرورت‌ها است. دولت‌هایی که به چنین عملی مبادرت می‌ورزند و نیز آن دولتی که در مقام واکنش نسبت به آن عمل برمی‌آید، باید به نحوی رفتار کنند که رفتار آن‌ها خود گویای این اعتقاد باشد که رویه مذکور به واسطه وجود قاعده‌ای حقوقی الزامی است. نیاز به چنین اعتقادی، یعنی وجود یک عنصر روانی (شخصی)، در مفهوم اعتقاد حقوقی منبعث از ضرورت‌ها مستتر است» [۴، پ ۱۰۸-۱۰۹]. بدین ترتیب، فرایند مذکور را می‌توان به شکل معادله زیر ترسیم کرد:

رویه عام دولت‌ها + اعتقاد حقوقی آنان = عرف^۵ = حقوق بین‌الملل

لذا وجود هر دو عنصر عینی و ذهنی عرف، یعنی رویه عام و اعتقاد حقوقی، در فرایند ساخت قواعد حقوقی الزام‌آور، امری ضروری و اجتناب‌ناپذیر تلقی می‌شود. عنصر اول، آنچه را که در عالم واقع اتفاق افتاده تشریح می‌کند و عنصر دوم، ورود رویه موجود به عرصه روابط حقوقی (حق و تکلیف) را تجویز می‌کند [۵، ص ۹۱].

همچنین لازم به یادآوری است همان‌گونه که رویه^۶ منجر به شکل‌گیری قاعده عرفی باید عام باشد، اعتقاد حقوقی مورد نیاز در این فرایند نیز باید از عمومیت لازم برخوردار باشد. به دیگر سخن، اعتقاد حقوقی نیز باید محصول اعتقاد یا باور مشترک عموم دولت‌های جهان یا به عبارتی، جامعه بین‌المللی به‌عنوان یک کل باشد و این، امری جدا و متفاوت از باور حقوقی فردی دولت‌ها است. خلق قاعده‌ای عرفی به طور کلی منوط و مشروط به ظهور یک اعتقاد

1. subjective element
2. opinio juris sive necessitates
3. the wheat
4. the chaff
5. custom

حقوقی عام است. به گونه‌ای که دیوان بین‌المللی دادگستری در قضایای فلات قاره دریای شمال اظهار داشته، *opinio juris* به معنای «شناسایی عامی» است که دلالت دارد بر تعهد یا حقی قانونی که رویه دولت‌ها را تحت ملاحظه و هدایت خود قرار می‌دهد [۱، پ ۴۳]. در صورت فقدان چنین باور یا اعتقاد عامی، پیامد حقوقی هرگونه رویه مشارکت‌کننده در فرایند شکل‌گیری قواعد عرفی جدید در هاله‌ای از ابهام باقی خواهد ماند [۶، ص ۶۵].

اما چند نکته دیگر: اصولاً رفتار دولت‌ها در روابطشان با یکدیگر در قالب‌های متفاوت و مختلفی صورت می‌گیرد. برخی رفتارها ممکن است با نوعی الزام حقوقی همراه باشد و برخی نیز غیر از آن است. چنانچه قرار باشد برخی رفتارها به عرف تبدیل شوند شرط لازم آن است که آنچه قانوناً الزام‌آور است (یعنی آنچه توأم با اعتقاد حقوقی صورت می‌گیرد)، از مواردی که الزامی نیست تفکیک شود. احتمال دارد که رفتار یک دولت در عرصه بین‌المللی بیش‌تر از ملاحظات نظیر رعایت احترام، مصلحت یا سنت متأثر باشد تا الزام قانونی. به زعم دیوان «فراوانی یا حتی ماهیت همیشگی و مستمر اعمال کافی نیست، اعمال بین‌المللی زیادی وجود دارند؛ به‌عنوان مثال در زمینه تشریفات و آداب رسوم که همواره صورت می‌پذیرند، اما نه در چارچوب تکلیف قانونی، بلکه تحت ملاحظات چون رعایت احترام، مصلحت یا سنت» [۱، پ ۴۴].

به همین نحو، ملاحظات انسانی به‌تنهایی برای ایجاد حقوق و تکالیف قانونی کفایت نمی‌کنند. در این‌جا نیز دیوان بین‌المللی دادگستری به‌عنوان مرجعی قضایی تا جایی اصول اخلاقی را مطرح نظر قرار می‌دهد که این اصول در قالب حقوقی به صورت مناسب تجلی یافته باشد [۷، ص ۳۴]. اعتقاد حقوقی به‌عنوان فرمولی حقوقی پای در میدان نهاده تا قواعد حقوقی را از رسوم و عادات اجتماعی صرف و همچنین ملاحظات اخلاقی متمایز سازد. به عبارت دیگر، در مقام تفکیک بین رفتارهایی که موجد حقوق عرفی هستند و آن‌هایی که از این قابلیت برخوردار نیستند، اعتقاد حقوقی مؤثرترین نقش را ایفا می‌کند. به‌واقع، عنصر روانی عرف به اعتقادی شخصی اشاره دارد که دولت‌ها بر آن اساس، رویه‌ای خاص را قانوناً برای خویش الزامی تلقی می‌کنند. اگر رویه‌هایی عموماً توسط دولت‌ها تعقیب شوند، ولی دولت‌ها بر این باور باشند که قانوناً در هر زمان می‌توانند آن‌ها را نادیده بگیرند، وصف حقوقی به آن‌ها متصف نمی‌شود [۸، ص ۲۲].

همچنین مواردی وجود دارد که در آن، رفتار مورد نظر یا به عبارت دیگر، رویه‌ای که بنا است در فرایند شکل‌گیری قواعد عرفی مورد ملاحظه قرار بگیرد، مبهم است [۹، م ۱۷(۴)]. در

این موارد نیز عموماً اعتقاد حقوقی دولت‌ها به‌عنوان مفهومی تعیین‌کننده مورد توجه بوده است؛ به‌ویژه از سوی دیوان بین‌المللی دادگستری به منظور توضیح این مسأله که چرا رویه‌های مذکور در فرایند عرف‌سازی مد نظر نبوده‌اند. رفتاری که به‌روشنی از قابلیت ارجاع به یک معاهده حقوقی موجود یا بالقوه برخوردار نیست یا به عبارت دیگر در چارچوب روابط حقوقی بین‌المللی نمی‌گنجد، نباید در ایجاد یا تعیین وجود یک قاعده عرفی عام مورد توجه واقع شود. یکی از این موارد، ترک فعل‌های مبهم است. اعمال مبتنی بر ترک فعل یا استتکاف از این امکان برخوردارند که در صورت جمع شرایط لازم، به مانند اعمال مثبت در جریان خلق قواعد عرفی مشارکت داشته باشند. یکی از این شرایط، وضوح لازم برای شناسایی عمل است؛ اما حتی اگر چنین امری ممکن شود در هر صورت - چه به لحاظ تئوری و چه از نظر عملی - در بسیاری از موارد، ترک فعل‌ها مبهم هستند و آنچه می‌تواند از این اعمال ابهام‌زدایی کند، همان *opinio juris* یا اعتقاد حقوقی دولت‌ها است؛ به‌عنوان نمونه قضیه لوتوس [۹، م ۱۷(۴)]. در این قضیه فرانسه استدلال کرد که کمیت محدود موارد مربوط به تعقیب کیفی تصادم در دریای آزاد، دلیلی است بر وجود نوعی تعهد دال بر عدم تعقیب این‌گونه اعمال. اما دیوان دائمی دادگستری به‌واسطه این‌که دولت‌ها صرفاً از تعقیب کشتی‌های متخلف در تصادفات دریایی خودداری کرده‌اند و نه این‌که خود را مکلف به عدم تعقیب دانسته باشند، استدلال فرانسه را رد کرد [۱۰، ص ۲۸]. در واقع، در این قضیه، عدم این اعتقاد کشورها که اعمالشان از لحاظ حقوقی الزامی است، نقشی سرنوشت‌ساز در عدم احراز قاعده عرفی مربوط ایفا کرده بود. به عبارت دیگر، اگر در مورد مذکور، دولت‌ها به صورتی آگاهانه و با علم به این‌که عملکردشان ممکن است در فرایند ساخت قاعده‌ای حقوقی قرار بگیرد، از تعقیب خودداری می‌کردند، در آن صورت، وضعیت دیگری اتفاق می‌افتاد. در حقیقت، ترک فعل‌های مورد نظر در فقدان دلیلی دال بر این‌که چرا - و تا چه حد - رخ داده‌اند، خیلی مبهم بودند.

بدین ترتیب و بر مبنای آنچه در سطرهای فوق گفته شد میرهن است که عنصر روانی یا به عبارتی اعتقاد حقوقی به الزام‌آور بودن قاعده، جلوه‌ای از مهم‌ترین مسائل مطروح پیرامون موضوع شکل‌گیری حقوق بین‌الملل عرفی تلقی و در حقیقت عنصر ضروری در فرایند خلق قاعده محسوب می‌شود؛ برخلاف دیدگاه برخی مکاتب که نقش‌آفرینی عنصر روانی در فرایند مذکور را در شرایطی کاملاً استثنایی، آن‌هم به‌عنوان عنصر تفکیکی رویه از عملکردهای پراکنده مورد ملاحظه قرار می‌دهند [۱۱، ص ۲۴۵-۲۹۳]. عنصر روانی به‌واقع متضمن ماهیت

حقوقی عرف بوده، از رهگذر وجود آن، قاعده شکل می‌گیرد و به منصفه ظهور می‌رسد.

۳. ماهیت عنصر روانی

ماهیت عنصر روانی در فرایند شکل‌گیری قاعده حقوق بین‌الملل عرفی چیست؟ از آنجا که این مسأله در گذشته از جمله مسائل مجادله‌برانگیز مهم بوده و اکنون نیز در متون حقوقی مربوط ردپاهایی از آن قابل مشاهده است، ضرورت دارد مجدداً با دید عمیق‌تری مورد بررسی و تحلیل قرار بگیرد. در این رابطه آنچه در نوشتار حاضر مد نظر بوده و همچنان خواهد بود، تلقی «عنصر روانی» به‌عنوان *opinio juris* یا اعتقاد حقوقی است که به شرحی که پیش از این گفته شد، عامل اصلی ورود عرف به عرصه حقوق بین‌الملل و نیز وجه تمیز آن از اعمال مبتنی بر عادت و نزاکت است.

اما به طور مشخص، محتوای بحث در اینجا مبتنی بر این سؤال اصلی است که در فرایند شکل‌گیری عرف، دولت‌هایی که در بادی امر به‌گونه‌ای نظام‌مند و در یک چارچوب مشخص رفتار می‌کنند، چرا و بر چه اساسی، به لحاظ حقوقی، خود و یا دیگران باید ملزم به تداوم انجام چنان کاری باشند؟ در این خصوص مفسران و پیروان مکاتب فکری مختلف، توضیحات متفاوتی ارائه می‌دهند که به طور کلی می‌توان آن‌ها را در قالب دو گروه زیر طبقه‌بندی کرد: (۱) تئوری رضایت ضمنی اراده‌گرایان، (۲) اعتقاد حقوقی منبعث از ضرورت‌ها.

۳-۱. نظریه رضایت ضمنی اراده‌گرایان

در عرصه حقوق بین‌الملل شاید سر منشأ اصلی مباحث مربوط به ماهیت حقوق عرفی را باید در آرا و اندیشه‌های اندیشمندان حقوق بین‌الملل کلاسیک، هنگام بحث در مورد میانی حقوق بین‌الملل جستجو کرد. دست‌کم از زمان گروسیوس، از سوی اراده‌گرایان این نظریه مطرح بوده که آنچه به‌صراحت مورد توافق دولت‌ها واقع می‌شود، معاهده و آنچه به صورت ضمنی صورت می‌گیرد، حقوق عرفی است و این امر، ریشه در پوزیتیویسم یا اراده‌گرایی مطلق دارد. طرفداران نظریه ارادی عرف اصولاً مبنای استدلال خود را بر این پایه قرار می‌دهند. از آنجا که دولت‌ها در عرصه روابط بین‌الملل دارای حاکمیتند، نمی‌توانند ملزم به تعهداتی باشند که بدون رضایت آن‌ها به وجود آمده است [۱۱، ص ۲۴۵]. به عقیده اینان، عرف نوعی معاهده ضمنی - به مانند ایده‌ای که در حقوق رم در مورد عرف وجود داشت، یعنی قانونگذاری ضمنی - تلقی می‌شود که دولت‌ها در صورتی که خود آن را ایجاد کرده

باشند، مکلف به پیروی از آن هستند.

به اعتقاد تونکین^۱ - از طرفداران این نظریه - «مبنای قواعد عرفی، هماهنگی اراده کشورها یا دیگر تابعان حقوق بین‌الملل است. کشورها در فرایند ایجاد قواعد حقوق بین‌الملل از تساوی حقوقی برخوردارند و بدین لحاظ، اکثریت آن‌ها نمی‌توانند قواعدی ایجاد کنند که برای تعداد قلیلی از دولت‌ها لازم‌الاتباع باشد» [۱۲، ص ۹-۱۰] وی اتخاذ دیدگاهی غیر از این را مغایر با اصول اساسی حقوق بین‌الملل می‌داند. در حقوق - نه در عالم واقع - همه دولت‌ها با هم برابرند. درست است که در عمل، گرایش دولت‌های قدرتمند، نفوذ قطعی و تعیین‌کننده‌ای بر فرایند شکل‌گیری حقوق بین‌الملل می‌گذارد، اما به لحاظ حقوقی، اکثر دولت‌ها نمی‌توانند قواعدی را ایجاد کنند و بر دیگران الزام‌آور بدانند. تونکین ادامه می‌دهد که این امر به‌ویژه در نظام حقوق بین‌الملل معاصر که وظیفه‌اش تنظیم روابط میان دولت‌های متعلق به سیستم‌های اجتماعی متفاوت است اهمیت بسزایی دارد. تنها قاعده‌ای که در تمام سیستم‌های حقوقی از سوی دولت‌ها شناسایی شده باشد قابلیت تبدیل شدن به قاعده حقوق بین‌الملل عام را دارد [۱۳، ص ۳۵۵]؛ اما این نظریه اعتراضات گسترده‌ای را به دنبال داشته است. کلسن در این مورد معتقد است: «حقوق عرفی برای کشورهایی که در ایجاد قاعده عرفی نیز شرکت نداشته‌اند لازم‌الاتباع است و این اظهارنظر که حقوق بین‌الملل فقط برای کشورهای الزامی است که آن حقوق را مورد شناسایی قرار داده باشند، مبتنی بر یک نورم حقوق بین‌الملل نیست» [۱۴، ص ۴۴-۴۵] در واقع، اگر این تئوری به صورتی انعطاف‌ناپذیر و دائمی اعمال گردد نتایج عملی آن بسیار دور از ذهن خواهد بود.

در میان تئوری‌پردازان رضایت ضمنی، پروفیسور استراف^۲ نیز دیدگاه‌های جالبی را مطرح می‌کند. در بادی امر او معتقد است که «توافق»^۳ تنها منبع ممکن در حقوق بین‌الملل است. اگر دولت‌ها با هم برابرند، و اگر یک سازمان عالی‌ه و مقام برتر وجود ندارد که قانونی را وضع و بر دولت‌ها تحمیل کند، می‌توان نتیجه گرفت که حقوق بین‌الملل نیز بدون اراده‌های موافق و هماهنگ دولت‌ها نمی‌تواند وجود داشته باشد [۱۵، ص ۳۰۱]. استراف عرف را بیشتر از یک توافق ضمنی می‌داند تا رضایت ضمنی از جانب دولت‌ها و همین امر نکته جالب نظریه او است. در این چارچوب، عرف باید مبتنی باشد بر ارائه پیشنهاد و نیز پذیرش آن و یک دولت تنها در مقابل

۱. از تونکین معمولاً به عنوان حقوقدان بلوک شرق و تبیین‌کننده رسمی دیدگاه‌های این بلوک در عرصه حقوق بین‌الملل یاد می‌کنند (Walden, Raphael, M, *The Subjective Element in The Formation of Customary International Law*, Law) (Review, 1977, Vol.12, No.3, p.345).

2. Strupp
3. agreement

سایر دولت‌هایی که قاعده ادعایی را پذیرفته باشند، ملزم است [۱۳، ص ۳۵۳]. این تئوری، نتیجه تفسیر «رضایت ضمنی» به «معاهده ضمنی» است که در مجموع می‌تواند دریچه دیگری را برای بیان انتقادات بیشتر نسبت به رویکرد کلی اراده‌گرایان در فرایند شکل‌گیری قواعد عرفی بگشاید. حتی اگر بپذیریم که دولت‌ها تنها ملزم به قواعدی هستند که بدان رضایت داده‌اند، درست نیست که بگوییم آن‌ها تنها می‌توانند در قبال آن دسته از دیگر دولت‌هایی که قواعد ادعایی را پذیرفته‌اند، ملزم باشند. «رضایت» ضرورتاً متضمن معنایی مشابه با «قرارداد» نیست [۱۳، ص ۳۵۷].

این‌که اراده دولت‌ها در جریان خلق قواعد عرفی نقش مهمی ایفا می‌کند، امری است غیرقابل انکار. قواعد عرفی در خلاء ایجاد نمی‌شوند و هنوز در غالب موارد، اراده دولت‌ها تعیین‌کننده است. اما این تئوری مطلق از سوی اراده‌گرایان که براساس آن، رضایت تمام دولت‌ها برای ایجاد قواعد عرفی و ورود آن به قلمرو حقوق بین‌الملل ضروری است، ایجاد قواعد جدید را با چالش‌هایی جدی مواجه می‌سازد و با واقعیت‌های موجود در نظام بین‌الملل منطبق نیست. هنگامی که ظهور قواعدی عام و جهانی را مورد توجه قرار می‌دهیم، به‌عنوان مثال در حوزه مصونیت‌های دیپلماتیک یا ممنوعیت برده‌داری و یا حقوق حاکم بر فلات قاره، ملاحظه و اثبات رضایت تمامی دولت‌های عالم به قواعد مورد بحث غیرممکن خواهد بود. با وجود این، امروزه اجماعاً پذیرفته شده که چنین قواعدی در رابطه با تمامی دولت‌ها الزام‌آور است [۱۱، ص ۲۷۷].

بر اساس این مبادی، به نظر می‌رسد با شرحی که ذکر شد، تئوری رضایت ضمنی اراده‌گرایان نتواند واقعیت ماهیت عنصر روانی در نظام حقوق بین‌الملل عرفی را تبیین کند. لذا ضروری است تئوری دیگری در این چارچوب مورد توجه و بررسی قرار بگیرد: تئوری باور یا اعتقاد حقوقی منبعث از ضرورت‌ها که اختصاراً همان *opinio juris* خوانده می‌شود که از اقبال خوبی در میان حقوقدانان برخوردار بوده، به واقعیات موجود نیز نزدیک‌تر است.

۳-۲. اعتقاد حقوقی منبعث از ضرورت‌ها^۱

گو این‌که تلقی دکتترین غالب از عنصر روانی، همان اعتقاد یا باور حقوقی عام دولت‌ها است و تئوری رضایت ضمنی در حال حاضر تقریباً منسوخ است، به توضیحی که در ابتدای این قسمت ارائه شد، لازم است این مسأله با دید عمیق‌تری مورد بررسی و تحلیل قرار بگیرد. به لحاظ ادبی، این عبارت به معنای اعتقاد یا باور حقوقی منبعث از ضرورت‌هاست که پیش از این نیز مورد اشاره قرار گرفت. ترکیب لاتین این عبارت نشان می‌دهد که از آن هیچ

1. opinio juris sive necessitates

ریشه یا سابقه‌ای در حقوق رم و دست‌نوشته‌های نویسندگان کلاسیک وجود ندارد [۱۱]، ص ۲۶۸]. به نظر می‌رسد اولین شخصی که این عبارت را به صورت کامل مورد استفاده قرار داد، ژنی در سال ۱۸۹۹ باشد [۱۶، ص ۴۹]، آن‌هم در چارچوب حقوق داخلی؛ اگرچه به زعم گوگنهایم بخش‌هایی از این عبارت یا چیزی شبیه به آن در نوشته‌های مکتب تاریخی آلمان در اواخر قرن هجدهم یافت می‌شود [۱۷، ص ۵۲] که در این باره سخن خواهیم گفت.^۱

ژنی اگرچه یک حقوقدان بین‌المللی نبود، اما تعبیرش از عنصر روانی عرف از همان اواخر قرن نوزدهم به سرعت از سوی دیگر نویسندگان مورد پذیرش قرار گرفت. ایده ژنی به واقع تأثیر و نفوذ زیادی بر مکاتب بین‌المللی زمانش گذاشت. از دیدگاه او، این امر اهمیت چندانی ندارد که رویه، انعکاس‌دهنده عنصر روانی اراده یا فرمان به شمار آید، بلکه مهم آن است که هریک از اعمال آشکار و علنی که خود به منزله عرف به شمار می‌آید درست در نقطه مقابل اعمالی قرار می‌گیرد که صرفاً گویای عنصر روانی هستند. در حقیقت، شمار قابل توجهی از اعمال، خارج از نظم حقوقی موضوعه قرار می‌گیرند؛ مانند عادات روزمره زندگی. آنچه ما از آن‌ها به عنوان رسوم عمومی مردم یا برخی طبقات اجتماعی یاد می‌کنیم، از رویه‌های تجاری و اقتصادی گرفته تا قواعد رفتار شهروندی یا حتی عملکردهای مذهبی و اخلاقی، همه از نظر ژنی، ادعاهایی بی‌ارزش در عرصه ماهیت منابع حقوق خصوصی موضوعه هستند. در این راستا، آنچه به شکلی روشن و واضح مورد نیاز است برای تمایز عرف‌های حقوقی از سایر رویه‌های معمولی، همان است که *opinio necessitates* خوانده می‌شود؛ یک جزء روانی که به درستی خاص حقوق عرفی است [۱۸، پ ۱۱۰].

در چارچوب بحث حاضر، به طور کلی عبارت *opinio juris sive necessitates* تفسیر می‌شود به «باور یا اعتقاد به ماهیت حقوقی و الزام‌آور رفتار (رویه) مربوط؛ یا باور به ضرورت آن». به دیگر سخن، دولتی که رویه یا عملکردی را در پیش می‌گیرد باید بر این باور

۱. همچنان گوگنهایم معتقد است مفهوم مورد بحث در ارتباط با عرف بین‌المللی برای اولین بار از سوی Alphonse River مورد استفاده قرار گرفت. کسی که کتاب *Principes du Droit des Gens (1896) Vol. I* را به زیور طبع آراست. "La coutume ou l'usage des nations est la manifestation de la conscience juridique internationale qui se opere par des faits repetes continuellement avec la conscience de Leur necessite."
«عرف یا عملکرد ملل ترجمان وجدان حقوقی بین‌المللی است که بوسیله اعمال مستمر و توأم با آگاهی از ضرورت انجام آن عمل صورت گرفته باشد.»

همچنین به عقیده Allen مفهوم *opinio juris* منتسب می‌شود به بلک استون و Party نیز چنین انتسابی را می‌پذیرد. این انتساب اگر صحیح باشد سبب رد ادعای گوگنهایم به شرح فوق می‌گردد. اما باید انعان کرد اگر هم ریشه و منشأ این ایده به بلک استون مربوط شود، با این حال مطمئناً چنین مفهومی از سوی وی مورد استفاده قرار نکرده و توسعه نیافته است (Walden, Raphael, M., *op. cit.*, p.358).

باشد که گویی تعهدی حقوقی را انجام می‌دهد یا حتی قانونی را پی می‌گیرد که این تعهد و حق، همچنین «مظهر قاعده‌ای عینی و مبتنی بر احتیاجات زندگی اجتماعی و الزامات حیات بین‌المللی است» [۱۹، ص ۱۳۸]. از این رو، به زعم کلسن، حقوق عرفی برای کشورهای که در ایجاد قاعده عرفی نیز شرکت نداشته‌اند - اعم از دولت‌های جدید و نوظهور و نیز دولت‌های غیرفعال - لازم‌الاتباع است و این اظهارنظر که حقوق بین‌الملل فقط برای کشورهای الزامی است که آن حقوق را مورد شناسایی قرار داده باشند - به‌گونه‌ای که از سوی اراده‌گرایان مطرح شده - مبتنی بر یک نورم حقوق بین‌الملل نیست [۱۴، ص ۴۴-۴۵]. به عبارت دیگر، اصل حاکم در این مورد آن است که وقتی یک قاعده عرفی متجلی گردید هیچ کشوری مجاز به اعتراض و تخطی از آن نیست و نمی‌تواند ادعا کند که آنچه را که بدون مشارکتش به وجود آمده نمی‌پذیرد. «هرگونه تفسیری جز این، عرف را از ماهیت الزام‌آورش محروم می‌کند و از عرصه قواعد حقوق بین‌الملل عام حذف می‌گرداند» [۲۰، ص ۱۳۷].

نکته‌ای که لازم است از نظر بحث حاضر مورد توجه قرار بگیرد - به‌گونه‌ای که از سوی اساتیدی چون ویرالی [۲۰، ص ۱۳۷]، داماتو [۲۱، ص ۳۵-۳۹] و آکهرست [۲۲، ص ۳۶-۳۷] نیز مورد ملاحظه واقع شده - اشاره‌ای است به این‌که باور دولت‌ها را چگونه می‌توان شناسایی کرد. دولت‌ها مجموعه‌های انتزاعی هستند که فاقد درک و شعورند و از آن‌جا که در بیش‌تر موارد تصمیم‌سازی‌های دولتی و درون‌سازمانی آن‌ها به صورت محرمانه اتفاق می‌افتد، نمی‌توان تشخیص داد که آن‌ها چگونه فکر می‌کنند و آیا واقعاً به آنچه می‌گویند نظر دارند یا خیر؟ گاه می‌توانیم گرایش دولت‌ها را در عقاید منتشر شده مشاوران حقوقی آن‌ها جستجو کنیم. بعضی دولت‌ها نیز دیدگاه‌های خود راجع به مسائل مختلف حقوق بین‌الملل را به صورت سالانه منتشر می‌کنند. اظهارنظر نمایندگان رسمی دولت‌ها در مجامع مختلف هم می‌تواند در این بین راهگشا باشد و ...

توسل به مفهوم «اعتقاد حقوقی» غالباً بدین منظور صورت می‌گیرد که نشان دهد چرا قواعد ماهوی در چارچوب یک سیستم حقوقی، متضمن ماهیتی قانونی و الزام‌آور می‌گردند. این مسأله ممکن است ما را مجدداً به آرا و اندیشه‌های مکتب تاریخی آلمان ارجاع دهد. در قرن نوزدهم، ساوینی و همفکرانش می‌خواستند توضیح دهند که چرا حقوق آلمان بایست متفاوت از حقوق فرانسه، ایتالیا و... باشد. آنچه آن‌ها می‌گفتند مبتنی بر این بود که حقوق - به‌ویژه حقوق عرفی - مبین روح ملی^۱ است. به زعم آنان قواعد عرفی نتیجه فرایندهای

1. Volksgeist

قانون‌سازی رسمی نیستند، بلکه تجسم آگاهی‌های حقوقی مردم هستند [۲۲، ص ۵۵] که به نظر می‌رسد می‌تواند یکی از تفسیرهای احتمالی برای عبارت *opinio juris* نیز باشد. چنین تعبیری تا آن‌جا که در آن زمان به حقوق عرفی مربوط می‌شد، دربردارنده دو اثر بود. در وهله اول بدین معنا بود که عرف از یک وضعیت بیرونی و غیرحقوقی - مثلاً رویه صرف و عادت - به یک موقعیت محوری و مرکزی در چارچوب حقوق ارتقا یافته است و در وهله دوم نیز تجلی‌گر این مفهوم بود که نظریه سنتی عرف - نظریه‌ای که مبتنی بر رضایت ضمنی بود - دیگر قابل پذیرش نیست؛ چرا که عرف محصول ناخودآگاه روح ملی است و در این صورت نمی‌تواند شکلی از قانونگذاری ضمنی تلقی گردد. در آن زمان، جوهره قانونگذاری مبتنی بود بر آنچه عامدانه و آگاهانه بر مردم تحمیل می‌شد، نه آنچه ناخودآگاه توسط خود آن‌ها ایجاد می‌گردید. لذا ایده عرف دیگر بر مبنای رضایت ضمنی قابل پذیرش نبود؛ چرا که رضایت معمولاً به‌عنوان مترادف اراده مورد ملاحظه قرار می‌گرفت. از این رو، تئوری *rechtsüberzeugung* جایگزین رضایت ضمنی شد که در لحن امروزی، متضمن مفهومی مشابه *opinio juris* است [۱۳، ص ۳۵۷-۳۵۸].

این - به زعم برخی - [۱۱، ص ۲۷۰] محصول ملی‌گرایی خیالی مدت‌های طولانی به‌عنوان یک تئوری حقوقی در چارچوب نظام داخلی مطرح و با تردیدهای زیادی توأم بوده و اکنون مدت مدیدی است که رد شده است. در عرصه حقوق بین‌الملل عمومی نیز - به اعتقاد این عده - به نظر نمی‌رسد که تئوری مذکور جایگاهی داشته باشد؛ جایی که نه روح وجود دارد و نه فرهنگ و آداب و سننی مشترک؛ جایی که قواعد عرفی به صورت عادلانه و منصفانه پدیدار نمی‌گردند، اما ناشی از عملکرد آگاهانه عوامل اصلی در اکثر حوزه‌ها هستند. لذا چنین نظریه‌ای نمی‌تواند مناسب برای حقوق بین‌الملل باشد.

به هر صورت، اظهارنظرها در رابطه با جستجوی ریشه‌هایی از مفهوم «اعتقاد حقوقی منبعث از ضرورت‌ها» بخصوص در مکتب تاریخی آلمان و نیز توسل به آن در حقوق بین‌الملل بسیار متفاوت و متناقض است و همان‌طور که اشاره شد بعضی نویسندگان، تئوری مطروح در این مکتب را رد و آن را تجویزی مناسب برای حقوق بین‌الملل عمومی نمی‌دانند. با این حال، صرف‌نظر از این مسأله، آنچه اهمیت دارد این است که «اعتقاد حقوقی» امروزه مفهومی است مسلم و جا افتاده در عرصه حقوق بین‌الملل و از نظر اکثر نویسندگان نیز در متون مربوط به کار گرفته می‌شود. اصل این مفهوم، اگرچه در چارچوب تئوری‌های مختلف مورد بررسی و تحلیل قرار گرفته، اما نقطه مشترک اکثر آن‌ها بر این دلالت دارد که یک رویه

به منظور مشارکت در فرایند ساخت قاعده‌ای عرفی باید توأم با این اعتقاد باشد که گویی پیروی از آن - همچون یک قاعده حقوقی - الزام‌آور است که البته این امر خود متضمن مشکلات دیگری است که همین مشکلات، نقطه‌نظرهای متفاوت دیگری را دامن زده است. در ادامه در این رابطه بیش‌تر صحبت می‌کنیم.

۳-۳. مسأله دور

یکی از مشکلاتی که سبب طرح اظهارنظرهای مختلف در زمینه بحث حاضر گردیده، پاسخ به این پرسش اساسی بوده که چطور ترکیب دو عنصر مادی و روانی، قاعده‌ای حقوقی را شکل می‌دهد، در حالی که جزء اخیر، حاکی از آن است که رویه مربوط باید آگاهانه منطبق با حقوق از پیش موجود باشد؛ به عبارت دیگر، اگر عنصر روانی مشتمل بر عمل عالمانه‌ای مطابق با حقوق از پیش موجود باشد، چگونه عرف می‌تواند خود ایجاد حقوق کند؟ آیا این امر باعث ایجاد دور نخواهد شد؟ این مسأله از سوی برخی حقوقدانان، مشابه همان مثال مشهور «مرغ و تخم مرغ» تلقی شده که برای مدت زمان طولانی ذهن پژوهشگران را به خود مشغول کرده است [۳، ص ۲۹۵]. «chronological paradox» [۲۴، ص ۱۴۱، ۱۳۰]، «epistemological circle» [۲۴، ص ۱۴۱، ۱۳۰] و «the built-incircularity» [۳، ص ۲۹۵] عباراتی هستند که معمولاً در این چارچوب به کار برده می‌شوند. حقیقت امر آن است که کل سیستم حقوقی بین‌المللی درگیر مسأله دور است. به‌گونه‌ای که پیش از این اشاره شد، حقوق بین‌الملل حاصل عملکرد نهادهایی است که از شخصیت حقوقی بین‌المللی برخوردارند که در این بین، دولت‌ها نقش‌آفرینان اولیه قلمداد می‌شوند. حال همین دولت‌ها شخصیت حقوقی کامل خود و از رهگذر آن، قابلیت قاعده‌سازی در عرصه بین‌المللی را از حقوق بین‌الملل می‌گیرند. به عبارت دیگر، شخصیت حقوقی بین‌المللی برای دولت‌ها که منجر به ایجاد ظرفیت قاعده‌سازی می‌گردد، منبعث از حقوق بین‌المللی است که خود مخلوق دولت‌ها است [۳، ص ۲۹۵].

در سطحی پایین‌تر، کل نظام حقوق بین‌الملل عرفی - صرفنظر از موضوع خاص مورد بحث - نیز به نوعی درگیر با همین مسأله است. به‌گونه‌ای که در ماده ۳۸(ب) «ب» اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری مصرح شده، عرف عبارت است از «رویه عامی» که «به‌عنوان حقوق پذیرفته می‌شود»؛ حال آن‌که «اصول و قواعد حاکم» بر چگونگی شکل‌گیری «رویه عام» و «حدود عمومیت» آن، «انسجام و یکپارچگی رویه»، مسأله «دولت‌های ذینفع»، «مرور زمان» و... و نیز نقش‌آفرینی عنصر روانی در قالب مفهوم «اعتقاد حقوقی»، خود باید در

چارچوب همین حقوق عرفی جستجو شود [۲، ص ۲۹۵].

اما مشخصاً در رابطه با موضوع مورد بحث، نقطه‌نظرهای بسیار متفاوت و متعارضی از سوی حقوقدانان ارائه شده که هر کدام به زعم خود درصدد توجیه و یا برطرف کردن مسأله حاضر بوده‌اند. در ادامه سعی می‌گردد تا حد ممکن بخشی از این نقطه‌نظرها مورد بررسی و تحلیل قرار بگیرند، هرچند در پایان خواهیم گفت که مسأله دور اساساً به‌گونه‌ای که در محافل علمی مطرح گردیده، مسأله پیچیده و بغرنجی نیست.

اولین و آسان‌ترین راه‌حلی که معمولاً بدین منظور ارائه می‌شود، حذف یا کاهش شدید نقش‌آفرینی عنصر روانی در فرایند شکل‌گیری قواعد عرفی است [۲۵، ص ۵۰۳؛ ۲۶، ص ۱۲۷؛ ۲۷، ص ۳۳۶]. در این رابطه، پیش از این به‌تفصیل بحث کردیم. از آن‌جا که اعتقاد حقوقی دولت‌ها عنصر ضروری و لاینفک در فرایند عرف‌سازی محسوب می‌شود و مجموعه‌ای از رویه‌های انباشته هیچ‌گاه نمی‌توانند به‌تنهایی قاعده‌ای عرفی را شکل دهند، لذا کنار گذاشتن آن در این فرایند ممکن نیست. اعتقاد حقوقی دولت‌ها متضمن ماهیت حقوقی قاعده و وجه تمایز عرف از اعمال مبتنی بر عادت و نزاکت است. حتی در این چارچوب، ایده‌هایی مبنی بر محدود کردن نقش چنین اعتقادی نیز باید کنار گذاشته شوند [۱۳، ص ۳۵۷-۳۵۸]. به عبارت دیگر، دیدگاه‌هایی که جزء اخیر را صرفاً مبنایی برای تمایز حقوق از غیرحقوق می‌دانند؛ «اعتقاد حقوقی» صرفنظر از وصف متمایزکننده‌اش، نقشی تأسیسی در فرایند خلق قاعده عرفی ایفا می‌کند و دریچه ورود قاعده به عرصه حقوق بین‌الملل عرفی است. در تئوری مکتب تاریخی آلمان نیز هیچ‌گاه نقش «اعتقاد حقوقی» صرفاً تمایز میان حقوق و غیرحقوق نبوده است، بلکه از آن همواره به‌عنوان منبع حقوق نام می‌برده‌اند [۲۸، ص ۵۰۵]. لذا تمایز به شرح مذکور، تنها یکی از جنبه‌های اعتقاد حقوقی - و نه تنها جنبه آن - است. همان‌طور که بارها گفته شده، به‌گونه‌ای که از سوی دیوان در قضایای نیکاراگوئه [۴، پ ۲۰۷] و فلات قاره دریای شمال [۱، پ ۷۷] اذعان گردیده، برای شکل‌گیری یک قاعده جدید عرفی، نه‌تنها باید اعمال مربوط منجر به رویه‌ای مستقر گردیده باشند، بلکه باید توأم با اعتقاد حقوقی نیز بوده باشند و این ارجاع صریح به شکل‌گیری یک قاعده جدید حقوق عرفی، به‌خوبی مبین میزان نقش‌آفرینی و تأثیرگذاری عنصر روانی در این فرایند است.

دیدگاه دیگر در این باره، مبتنی بر ایده «اشتباه» است. در چارچوب این ایده در طول دوره شکل‌گیری عرف، مشارکت‌کنندگان به‌اشتباه بر این باور یا اعتقاد بوده‌اند که در حال انجام تعهدی حقوقی براساس الزامی قانونی هستند؛ در صورتی که چنین تعهدی اساساً

وجود ندارد؛ دست‌کم تا زمانی که قاعده شکل بگیرد. به نظر می‌رسد چنین عقیده‌ای برای اولین بار از سوی خود ژنی مطرح شده باشد [۲۴، ص ۱۳۱]. پیشنهادهای مشابهی نیز از سوی کلسن در سال ۱۹۳۹ طرح گردید که البته از سوی خود وی بر این اساس که چنین اشتباهی نمی‌تواند قاعده را وارد در قلمرو حقوق موضوعه کند، رد شد [۲۱، ص ۶۶]. بین‌چنگ نیز از جمله حقوق‌دانانی است که چنین ایده‌ای را صرفنظر از دلایلی که پیش از این در رد آن ارائه شده بود، مطرح می‌کند [۲۹، ص ۴۵].

اما واقعیت این است که چنین رویکردی قابل پذیرش و متقاعدکننده نیست. چطور ممکن است کل یک فرایند حقوقی - و از آن‌جا که چنین فرایندی مبنایی است برای حقوق معاهدات و نهایتاً یک سیستم حقوقی - بتواند مبتنی بر اشتباه و سوء برداشت باشد [۲۴، ص ۱۳۱]. دلیل دیگر این‌که بسیار سخت و مشکل خواهد بود که تصور کنیم همه دولت‌های شرکت‌کننده در فرایند عرف‌سازی در حال اشتباه بوده‌اند و به شکلی نادرست از سوی مشاوران حقوقی ایشان در رابطه با حقوق بین‌الملل از پیش موجود تحت مشاوره قرار گرفته باشند [۲۱، ص ۶۶]. پذیرش تئوری اشتباه، همچنین اثبات خود «اعتقاد حقوقی» را با مشکل مواجه می‌سازد. به عبارت دیگر، فرضیه «اشتباه» چطور می‌تواند خود به‌عنوان «اعتقاد حقوقی» به اثبات برسد. لذا به نظر نمی‌رسد چنین ایده‌ای سازوکار مناسبی به منظور توصیف ماهیت عنصر روانی عرف و راه‌حلی برای مسأله به‌اصطلاح «دور» باشد.

ضرورت‌های اجتماعی، ملازمات اخلاقی، عقلانیت، عدالت و انصاف، ملاحظات دیگری هستند که بعضاً از آن‌ها نیز به‌عنوان دلایل آغاز و پیگیری رویه‌های منجر به شکل‌گیری قاعده عرفی تا پیش از خلق آن یاد می‌کنند [۳۰، ص ۹۹؛ ۲۶، ص ۱۳۵؛ ۳۱، ص ۱۰۸؛ ۱۴، ص ۲۶۳].

بدیهی است چنان‌که بارها گفته شده است، بسیاری از قواعد عرفی منعکس‌کننده ایده‌های حاکم در مورد عدالت و نیازهای اجتماعی است و اساساً رویه به منظور خلق قاعده‌ای عرفی عمدتاً تحت تأثیر چنین ملاحظاتی شکل می‌گیرد. با وجود این، رویه صرفاً تحت تأثیر ملاحظات فوق نمی‌تواند تبدیل به یک قاعده حقوقی گردد. به‌عنوان مثال، غیراخلاقی بودن جنگ تجاوزکارانه از قرن‌ها پیش مورد شناسایی قرار گرفته بود، اما مدت مدیدی نیست که غیرقانونی نیز گردیده است. نمونه دیگر در رابطه با کمک‌های اقتصادی کشورهای غنی به کشورهای فقیر است. با این‌که چنین کمک‌هایی اقتضای وضعیت گذشته و حال جامعه بین‌المللی است، اما هیچ‌گاه به‌عنوان یک تعهد حقوقی مورد ملاحظه نبوده‌اند. دیوان بین‌المللی دادگستری نیز بر این امر تأکید کرده که ملاحظات اخلاقی صرف، ایجاد حقوق نمی‌کنند.

دیوان به‌عنوان یک مرجع حقوقی، اصول اخلاقی را تنها تا جایی مورد توجه قرار می‌دهد که در قالبی حقوقی به منصفه ظهور رسیده باشند [۷، ص ۳۴].

واقعیت امر آن است که مسأله دور در اصل ناشی از شتاب در درک عنصر روانی عرف است. به اعتقاد برخی از حقوقدانان «تنها در حالی تضاد مورد نظر مصداق می‌یافت که ایجاد یک قاعده عرفی منوط می‌شد به وجود یک قاعده از پیش موجود با همان محتوای قاعده عرفی که می‌خواهیم آن را ایجاد کنیم؛ در حالی که مفهوم عنصر روانی عرف، چنین چیزی را ایجاب نمی‌کند، بلکه بر آن است که تابعان حقوقی که این عملکرد را رعایت می‌کنند باید بر این باور باشند که چنین قاعده حقوقی‌ای وجود دارد. بین دو اصل که یکی باور به وجود شیء و دیگری عدم آن را مفروض می‌دارد یا بین دو اصل که یکی باور به وجود شیء را تأیید، و دیگری این باور را منکر می‌شود می‌تواند تضاد منطقی وجود داشته باشد؛ اما بین دو اصل که یکی به وجود شیء باور دارد و دیگری وجود خودش را منکر است، هیچ‌گاه نمی‌تواند تضاد منطقی وجود داشته باشد» [۳۲، ص ۳۳۸-۳۳۹] در واقع، عنصر روانی دلالت بر وجود قاعده پیش از تکوین و شکل‌گیری آن ندارد، بلکه صرفاً حاکی از آن است که دولت مورد بحث می‌پذیرد که رویه مزبور، ماهیت و ویژگی حقوقی دارد و نه صرفاً اخلاقی یا هر چیز دیگر، و این امر کافی است که دولت‌های زیربط آن را به‌عنوان هنجار و ضابطه بالقوه موجود تلقی کنند [۳۳، ص ۱]. چنین دیدگاهی مورد تأیید رویه قضایی نیز هست. «دولت‌های مربوط باید... احساس کنند که در حال انطباق و وفق شدن با چیزی هستند که منجر به یک تعهد قانونی می‌شود» [۱، پ ۷۷]. در اینجا احساس به این‌که تکلیفی وجود دارد بسیار متفاوت از باور یا اعتقاد قطعی به وجود چنان تکلیفی است.

بدین ترتیب، ملاحظه نظریه‌های مختلف راجع به اعتقاد حقوقی دولت‌ها و حل و فصل مسائل ناشی از آن نشان می‌دهد که این بخش از مباحثات حقوق بین‌الملل عرفی تا چه حد گرفتار تئوری‌های پراگماتیک بوده، ذهن بسیاری از پژوهشگران و محافل دانشگاهی مربوط را به خود مشغول کرده است؛ ضمن این‌که هیچ‌کدام از آن‌ها نیز نتوانسته‌اند تحلیل جامع و مانعی را در رابطه با موضوع مورد بحث ارائه دهند و این خاصیت نظری بودن هر موضوعی است.

۴. نتیجه

چنان‌که اشاره شد، مسأله «عنصر روانی» در فرایند شکل‌گیری قواعد حقوق بین‌الملل عرفی از نظر ارائه مفهومی نسبتاً مشخص و تبیین ضوابطی دقیق درخصوص نحوه خلق آن و نیز

تحلیل ماهیتش، همواره از مجادله‌برانگیزترین موضوعات در عرصه محافل علمی و دانشگاهی بین‌المللی بوده و همچنان پیرامون آن بحث‌های مداوم و دامنه‌داری مطرح می‌شود. گو این‌که در رابطه با این موارد، حقوق بین‌الملل گرفتار چالش‌های نظری است؛ اما در مجموع می‌توان گفت رویه قضایی بین‌المللی بخصوص رویه دیوان بین‌المللی دادگستری، گنجینه‌ای ارزشمند در راه تحقق معیارهایی به منظور شناسایی عنصر روانی و تبیین اوصاف آن و نیز تشریح ماهیت آن بوده و دکتترین نیز با تکیه بر همین رویه، تحلیل‌های مفصلی را ارائه داده است، اگرچه مشکلات زیادی نیز در این بین حادث شده است.

در چارچوب آنچه گفته شد سعی گردید مهم‌ترین مسائل مرتبط با نقش‌آفرینی «عنصر روانی» در فرایند خلق قواعد عرفی مورد بررسی قرار بگیرد. تلاش در جهت تبیین این مفهوم و توصیف کارکردهای آن و نیز ارزیابی تئوری‌های مربوط به ماهیت عنصر ذهنی ساخت قاعده در همین راستا تلقی می‌شود. راجع به عبارت اخیر باید مجدد متذکر شویم که گرچه این بحث در عرصه مباحث تئوریک علمی همچنان ادامه دارد و مکاتب فکری مختلف در این باب هرکدام رویکردهای خود را پی می‌گیرند، اما به نظر می‌رسد آورده‌های مراجع قضایی بین‌المللی، به‌ویژه دیوان بین‌المللی دادگستری دلالت دارد بر تلقی «عنصر روانی» به‌عنوان «*opinio juris*» یا «اعتقاد حقوقی» که به شرحی که پیش از این گفته شد عامل اصلی ورود عرف به قلمرو حقوق بین‌الملل و نیز وجه ممیز آن از اعمال مبتنی بر عادت و نزاکت است. به هر صورت، مسأله عنصر روانی - معنوی یا ذهنی یا شخصی - (*Opinio juris*) در حقوق عرفی بسیار جدی و بحث‌انگیز است. بی‌شک ظرفیت تحلیل‌های موجود راجع به این مسأله بسیار بیش‌تر از حدودی است که در این جستار مورد ملاحظه قرار گرفته و طرح نظرهای دیگر در عرصه‌هایی خارج از قلمرو مقاله حاضر محتمل خواهد بود.

۵. منابع و مأخذ

- [1] *Case concerning North Sea Continental Shelf*, ICJ Reports. 1969.
- [۲] فلسفی، هدایت‌الله، *صلح جاویدان و حکومت قانون، دیالکتیک همانندی و تفاوت*، تهران، فرهنگ نشر نو با همکاری نشر آسیم، ۱۳۹۰.
- [3] Dinstein, Yoram, *The Interaction between Customary International Law and Treaties*, 322 Recueil des cours: Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 2006.

- [4] *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, merits, ICJ Reports, 1986.
- [5] Stern, B., «Custom at the Heart of International Law», 11 *Duke Journal of Comparative and International Law*, 2000-2001.
- [6] Conforti, B., *Cours general de droit international public*, 212 Recueil des cours, 1988, In: Dinestein, Yoram, *op. cit.*, p.296.
- [7] *South West Africa Cases*, ICJ Reports, 1966, p.34.
- [۸] والاس، ربکا، *حقوق بین‌الملل*، ترجمه و تحقیق سید قاسم زمانی و مهناز بهراملو، ویرایش دوم، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهردانش، ۱۳۸۷.
- [9] *Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law*, The International Law Association, Final Report of 69th Conference, London, 2000.
- [10] *Lotus Case*, PCIJ, Series A, no.10, 1927.
- [11] Mendelson, M., H., *The Formation of Customary International Law*, 272 Recueil des cours: Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1998.
- [12] Arechaga, E., J., *International Law in the Past Third of a Century*, 159 Recueil des cours: Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1978.
- [13] Walden, Raphael, M., «The Subjective Element in The Formation of Customary International Law», *Law Review*, vol.12, No.3, 1977.
- [14] Kelsen, Hans, *Principles of International Law*, Johns Hopkins University, 1967.
- [15] Strupp, *Les regles du droit de la paix*, 1934, 47 Hague Recueil, vol.1, in: Walden, Raphael, M, *op. cit.*, p.350.
- [16] D'Amato, A., A., «Trashing Customary International Law», 81 *American Journal of International Law*, 1987.

- [17] Guggenheim, P, *Contribution a l'histoire des sources du droit des gens*, 94 Recueil des cours, 1958, in: Mendelson, M, H, *op. cit.*, p.268.
- [18] Geny, *Method d'interpretation et sources en droit prive positif*, 1899, in: D'Amato, A, A, *op. cit.*, pp.48-49.
- [۱۹] روسو، شارل، *حقوق بین‌الملل عمومی*، ج ۱، ترجمه محمد علی حکمت، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۷.
- [20] Virally, M, *The Sources of International Law*, in: Soreson, M, (ed.), *Manual of Public International Law*, Martin Press, 1968, p.137
- [21] D'Amato, A., A., *The Concept of Custom in International Law*, Cornell University Press, London, 1971.
- [22] Akehurst, M., *Custom as a Source of International Law*, 47 *British Yearbook of International Law*, 1974-75.
- [23] cf: *Ago's Spontaneous Law*, in: Mendelson, M, H, *op. cit.*, p.270.
- [24] Byers, Michael, «Custom, Power, and The Power of Rules Customary International Law from an Interdisciplinary Perspective», 17 *Michigan Journal of International Law*, 1995.
- [25] Guggenheim, P., «*Traite de droit international public*, in: Elias, Olufemi, The Nature of The Subjective Element in Customary International Law», 44 *International and Comparative Law Quarterly*, 1995, p.503.
- [26] Kopelmans, *Custom as a Means of the Creation of International Law*, 18 *British Yearbook of International Law*, 1937.
- [27] *Asylum Case (Colombia / Peru)*, ICJ Reports, 1950, Judge Azevedo.
- [28] Elias, Olufemi, «The Nature of the Subjective Element in Customary International Law», 44 *International and Comparative Law Quarterly*, 1995.
- [29] Cheng, B, «United Nations Resolutions on Outer Space: "Instant" International

Customary Law», 5 *Indian Journal of International Law*, 1965.

[30] Thirlway, H, *International Customary Law and Codification*, 1972.

[31] Sorensen, M., (ed.), *Manual of Public International Law*, Martin Press, 1968.

[۳۲] باربریس، ژولیو، «تأملی بر عرف بین‌المللی»، ترجمه اردشیر امیرارجمند، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۱۳-۱۴، ۱۳۷۲-۱۳۷۳.

[۳۳] زمانی، سید قاسم، عرف و معاهده در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری با تأکید بر قضیه نیکاراگوئه، پایان‌نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۲.