

## احراز قاعده حقوق بین الملل عرفی خاص در قضیه رودخانه «سن خوان»

محمد ستایش پور\*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۰/۲

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۰/۱۳

### چکیده

رأی دیوان بین المللی دادگستری در رسیدگی به اختلاف کاستاریکا و نیکاراگوئه، در خصوص کشتی رانی در رودخانه سن خوان و حقوق مربوط به آن، نخستین رأی دیوان در خصوص رودخانه های بین المللی به شمار می رود. دادگاه جهانی که در جریان رسیدگی به این اختلاف، برای شناسایی عرف با نبود رویه (ایجابی) دولتی مواجه شد، با اقدامی روبه جلو، به نقش افراد در شناسایی قاعده عرف بین المللی خاص استناد کرد. این در حالی است که استناد به رفتار افراد در به رسمیت شناختن عرف بین الملل به عنوان منبع اولیه و اصلی حقوق بین الملل عمومی بسیار بحث برانگیز و چالشی شناخته می شود. این رأی، بر ارزش عرف های خاص در حقوق بین الملل و امکان نقش آفرینی اشخاص در آن تأکید می کند. دیوان بین المللی دادگستری طی رسیدگی به این اختلاف، بسیار مترقیانه عمل کرد و با رویکردی کارکردگرایانه به خوبی به توسعه تدریجی حقوق بین الملل و پویایی آن کمک کرد.

### کلیدواژه ها:

حقوق بین الملل عرفی، دیوان بین المللی دادگستری، رودخانه های قابل کشتی رانی، حمل و نقل دریایی.

---

\* دانشجوی دکترای حقوق بین الملل و مدرس دانشگاه، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران.  
mohamadsetayeshpur@yahoo.com

## مقدمه

قواعد حقوق بین الملل عرفی از جمله منابع اصلی حقوق بین الملل به حساب می آیند.<sup>۱</sup> خصیصه بارز قواعد عرفی، انطباق پذیری سریع آنها با تحولات بین المللی است<sup>۲</sup> و موجب شده تا دستیابی به آن، سخت و چالش برانگیز باشد. تلاش های بسیاری در خصوص شکل گیری حقوق بین الملل عرفی صورت گرفته و نظرات گوناگونی در این باره اظهار شده است که در این میان، نظریه «دو عنصری»<sup>۳</sup> بیشترین طرفدار را دارد: رویه<sup>۴</sup> (عنصر مادی)<sup>۵</sup>، و پذیرفته شده به عنوان حقوق<sup>۶</sup> (عنصر معنوی)؛<sup>۷</sup> در این راه عامل «زمان»<sup>۸</sup> نیز به عنوان تقویت کننده بر این دو عنصر اساسی تأثیر می گذارد.

رأی دیوان بین المللی دادگستری بین کاستاریکا و نیکاراگوئه در خصوص کشتی رانی در رودخانه سن خوان و برخی حقوق مربوط به آن، در سیزدهم جولای ۲۰۰۹ میلادی، صادر شد.<sup>۹</sup> دیوان، باتکیه بر رویه افراد خصوصی، برای شناسایی قاعده حقوق بین الملل عرفی، ماهیگیری معیشتی ساکنان سواحل کاستاریکایی رودخانه سن خوان را حقی عرفی دانست.<sup>۱۰</sup> منظور از ماهیگیری معیشتی، ماهیگیری برای گذران زندگی و باهدف امرار معاش است. توجه به/استفاده از عرف بین المللی به عنوان یکی از منابع اولیه، اصلی و حصری حقوق بین الملل عمومی، باعث می شود که امکان ارزیابی رفتار افراد خصوصی در شناسایی قاعده ای حقوقی که از جنس حقوق بین الملل عمومی است، بسیار چالشی و بحث برانگیز باشد. از این رو، ورود دیوان به این موضوع به مثابه کنار گذاشتن جانب احتیاط بوده و اقدامی روبه جلو شناخته می شود.

1. Alain Pellet, "Article 38", in Andreas Zimmermann and others, *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 773.

۲. شهرام زر نشان، شکل گیری و شناسایی حقوق بین الملل عرفی، تهران، گنج دانش، ۱۳۹۲، ص ۲۸.

3. "Two Elements"

4. Practice

5. Objective Element

6. Accepted as law

7. Subjective Element

8. "Time" Factor

9. ICJ Judgment, *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, 2009, p. 213.

10. *Ibid*, p. 110

این مقاله، با دقت در جایگاه عرف خاص در نظام بین‌الملل، به تبیین و تحلیل عملکرد دیوان در شناسایی قاعده حقوق بین‌الملل عرفی خاص می‌پردازد تا از این دریچه، نقش افراد را در شکل‌گیری و در نتیجه شناسایی قاعده‌ای از این دست، مشخص کند. به این ترتیب، حاصل این مقاله میان‌رشته‌ای، علاوه بر اهمیت بازرگانی آن، تا اندازه زیادی می‌تواند خلاء ادبیات فارسی حقوق را برطرف کند. راستی‌آزمایی فرضیه‌های این پژوهش از طریق توصیف، تحلیل منطقی و بررسی استدلال‌های دیوان بین‌المللی دادگستری انجام می‌شود. روش گردآوری اطلاعات، کتابخانه‌ای و به صورت استفاده از آراء بین‌المللی، اسناد، کتاب‌ها، مقالات معتبر و تارنماهای مرتبط با موضوع بوده است که این اطلاعات از طریق فیش‌برداری گردآوری شده‌اند. منظور از قاعده حقوق بین‌الملل عرفی خاص، قاعده‌ای است که تنها در بخشی به خصوص تکوین یافته است. در واقع، عرف خاص در مقابل عرف عام معنا می‌یابد؛ عرف خاص، برخلاف عرف عام، متضمن قاعده‌ای است که تنها در یک محل، منطقه یا موقعیت جغرافیایی لازم‌الاجرا است.

## ۱. جایگاه عرف خاص در نظام بین‌المللی

با وجود اینکه هیچ شکی در امکان شکل‌گیری و شناسایی قاعده عرفی عام در حقوق بین‌الملل وجود ندارد و به طور قطع از منابع اصلی آن می‌شود به‌شمار می‌آید، تردیدهایی در خصوص حقوق بین‌الملل عرفی خاص مطرح شده است. در این بخش برای تبیین جایگاه عرف خاص در نظام بین‌المللی، نخست به مفهوم قاعده حقوق بین‌الملل عرفی خاص می‌پردازیم و با توجه به این که در گذر زمان، در جاهای مختلف، نام‌ها و عبارت‌های گوناگونی در بیان این قسم از عرف، استفاده شده است، در پژوهش حاضر، بر عبارت‌پردازی آن پژوهش و سپس، بر عرف خاص به عنوان منبع حقوق بین‌الملل تمرکز می‌شود.

### ۱-۱. مفهوم قاعده حقوق بین‌الملل عرفی خاص

عرف بین‌الملل سابقه‌ای دیرینه دارد و حتی بسیار قدیمی‌تر از معاهدات بین‌المللی دانسته می‌شود؛<sup>۱</sup> به گونه‌ای که ریشه‌های حقوق بین‌الملل عرفی را می‌توان در حقوق رومی یافت.<sup>۲</sup>

۱. کونگ کای یان، «اثر معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی بر قواعد»، ترجمه حجت سلیمی ترکمانی، تهران، مجله حقوقی بین‌المللی، نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی ریاست جمهوری، شماره ۴۱، ۱۳۸۸، ۲۰۰۸، صص ۲۶۳-۲۹۱، ص ۳.

2. Joel P. Trachtman, *The Obsolescence of Customary International Law*, Tufts University - The Fletcher School of Law and Diplomacy, 2014, p. 3.

حقوق بین‌الملل عرفی از منابع اولیه و اصلی حقوق بین‌الملل است. منظور از «منبع» در اینجا همان منابع صوری است. منابع صوری، فرایند و قالب الزامی‌شدن قواعد حقوق بین‌الملل به حساب می‌آیند؛<sup>۱</sup> حال آن که منابع مادی می‌توانند منشأ دینی، اخلاقی، اقتصادی، اجتماعی، سیاسی و غیره این قواعد باشند.<sup>۲</sup> به عبارت دیگر، عرف بستری است که قاعده می‌تواند در آن شکل بگیرد. قواعد عرفی در حقوق بین‌الملل می‌توانند عام یا خاص باشند. آزادانجامه عرف خاص در کنار عرف عام تعریف می‌شود در اینجا نیز برای شناخت هرچه بهتر مفهوم عرف خاص، به مناسبات آن با عرف عام و واژگان‌شناسی آن پرداخته می‌شود.

کمیسیون حقوق بین‌الملل با انتخاب مایکل وود، به عنوان گزارشگر ویژه، بر آن شده است تا مستقلاً به حقوق بین‌الملل عرفی عام بپردازد<sup>۳</sup> و تاکنون از رسیدگی به عرف‌های خاص صرف نظر کرده است.<sup>۴</sup> البته ناگفته نماند که مطالعات نهاد تدوین و توسعه تدریجی حقوق بین‌الملل در خصوص حقوق بین‌الملل عرفی عام می‌تواند راهگشای حقوق بین‌الملل عرفی خاص نیز باشد؛ چرا که در اصل، شناسایی حقوق عرفی خاص، تفاوت چندانی با حقوق عرفی عام ندارد.<sup>۵</sup> با این همه کمیسیون در تازه‌ترین گزارش خود در سال جاری میلادی (۲۰۱۶)، راجع به عرف خاص این گونه مقرر داشته است که:

«۱. قاعده حقوق بین‌الملل عرفی خاص، منطقه‌ای، محلی یا هر قسم دیگری که باشد، قاعده‌ای از حقوق بین‌الملل عرفی است که تنها برای تعداد محدودی از دولت‌ها قابل اعمال است.

۱. هدایت‌الله فلسفی، حقوق بین‌الملل معاهدات، تهران، آسیم، ۱۳۹۱، ص ۱۷.

2. Pellet, *op. cit.*, p. 772.

3. Luigi Condorelli, Custom, in Mohamed Bedjaoui, *International Law: Achievement and Prospects*, UNESCO, 1991, p. 3

4. First Report on *formation and evidence of customary international law*, Michael Wood, Special Rapporteur, 2013; Second Report, on *Identification of customary international law*, Michael Wood, Special Rapporteur, 2014; Third Report on *Identification of Customary International Law*, Michael wood, Special Rapporteur, 2015; Forth Report on *Identification of Customary International Law*, Michael wood, Special Rapporteur, 2016.

5. ILC Report, 2014, *op. cit.*, p. 3.

6. Maurice Mendelson, *The Formation of Customary International Law*, Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye, vol. 272, 1998, p. 215.

۲. جهت تشکیل و تنظیم محتوای قاعده حقوق بین‌الملل عرفی خاص، لازم است بدانیم که آیا از سوی دولت‌ها رویه عامی در ارتباط با آن به‌عنوان باور حقوقی پذیرفته شده است یا خیر.<sup>۱</sup>

منظور از قواعد حقوق بین‌الملل عرفی «عام»،<sup>۲</sup> قواعدی است که قابلیت اعمال عام داشته و برای همه دولت‌ها الزام‌آور باشد.<sup>۳</sup> این در حالی است که برخی قواعد حقوق بین‌الملل عرفی هستند که فقط برای برخی دولت‌ها الزام‌آورند، نه همه آن‌ها.<sup>۴</sup> قاعده عرفی خاص از رویه پذیرفته‌شده به‌عنوان حقوق، بین تعداد محدودی از دولت‌ها ایجاد می‌شود و به‌این ترتیب از سوی دولت‌های ثالث، یعنی آن دسته از دولت‌هایی که در رویه مربوطه شرکت نداشته یا نسبت به آن مخالفت کرده باشند، الزام‌آور دانسته نمی‌شود.<sup>۵</sup> اختلاف اصلی بین حقوق عرفی عام و خاص این است که حقوق عرفی عام برای تمام دولت‌ها قابلیت اعمال دارد و همه دولت‌ها ملزم به رعایت آن هستند، حال آنکه عرف خاص، تنها منحصر به روابط بین دو یا چند دولت است<sup>۶</sup> که در منطقه جغرافیایی خاصی قرار گرفته‌اند یا این که دارای منافع مشترک هستند.

نباید فکر کنیم که تنها عامل جغرافیایی است که می‌تواند یک عرف بین‌الملل را خاص کند. عرف خاص می‌تواند مربوط به معیارهای دیگری همچون منافع مشترک سیاسی، ایدئولوژیکی، اقتصادی، مذهبی یا عضویت در یک سازمان بین‌المللی یا تعابیر دیگری باشد، اگرچه از لحاظ جغرافیایی بسیار دورازهم باشند.<sup>۷</sup>

بهرتر است به‌جای استفاده از عرف‌های محلی،<sup>۸</sup> منطقه‌ای،<sup>۹</sup> دوجانبه،<sup>۱۰</sup> و چندجانبه<sup>۱۱</sup> از عبارت

1. ILC Report, 2016, *op. cit.*, p. 79.

2. General

3. ICJ Judgment, Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v. United States of America), 1984, p. 246.

4. Mendelson, *op. cit.*

5. ILC Report, 2015, *op. cit.*, p. 56.

6. Anthony D'Amato, The Concept of Special Custom in International Law, *American Journal of International Law*, vol. 63, 1969, pp. 211 and 212.

7. Elias Olufemi, The Relationship Between General and Particular Customary International Law, *African Journal of International and Comparative Law*, Vol. 8, 1996, pp. 62 and 67.

8. Local

9. Regional

10. Bilateral

11. Multilateral

«عرف‌های خاص»<sup>۱</sup> استفاده کنیم.<sup>۲</sup> همسو با این سخن، وان هوف<sup>۳</sup> در کتاب خود با عنوان «تأملی دوباره بر منابع حقوق بین‌الملل»<sup>۴</sup> از عبارت «عرف‌های خاص» استفاده کرده است.<sup>۵</sup> عرف محلی، لزوماً دوجانبه نیست.<sup>۶</sup> گزارشگر ویژه کمیسیون حقوق بین‌الملل در گزارش سوم خود در جایی که به فراخور رسیدگی به عرف عام، به عرفی که بین تعداد محدودی از دولت‌ها قابل اعمال است اشاره دارد و آن را با عنوان عرف خاص می‌آورد که بیشتر به شکل عرف‌های منطقه‌ای و محلی نمود یافته است.<sup>۷</sup>

خلاصه آنکه، درخصوص مفهوم عرف بین‌الملل خاص باید گفت که شکل‌گیری چنین قاعده‌ای، بستگی به آن دارد که چه کسانی در آن مشارکت داشته‌اند و روند مربوطه چگونه سازمان‌دهی شده است.

## ۲.۱. عرف خاص به عنوان منبع حقوق بین‌الملل

در این قسمت با مطالعه ماده ۳۸(۱)(ب) اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری و رویه این دادگاه جهانی، امکان استناد به عرف خاص به عنوان منبع حقوق بین‌الملل را بررسی می‌کنیم. به این منظور، سعی شده تا تفسیرهای برجسته‌ترین صاحب‌نظران حقوق بین‌الملل به عنوان منبع کمکی آورده شود تا به کمک آن‌ها بتوان به هرچه روشن‌تر شدن عرف خاص و جایگاه آن در نظام حقوق بین‌الملل، پرداخته شود.

### ۱.۲.۱. اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری

دیوان بین‌المللی دادگستری، همچون سلف خویش، دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری،<sup>۸</sup> در ماده ۳۸ اساسنامه، که سند تأسیس آن‌ها به حساب می‌آید، منابعی را که دیوان بر اساس آن‌ها عمل

1. Particular Customs

2. Mendelson, *op. cit.*

3. Michael Akehurst, Custom as a Source of International Law, *British Yearbook of International Law*, vol. 47, 1975, p. 29.

4. Van Hoof

5. Rethinking the Sources of International Law

6. Special Customs

7. van Hoof, GJH, Rethinking the Sources of International Law, Kluwer, Deventer, 1983, pp. 96 and 97.

8. Mendelson, *op. cit.*

9. ILC Report, 2015, *op. cit.*, p. 54.

10. Permanent Court of International Justice (PCIJ)

می‌کند، مشخص کرده است و از آنجاکه در صدد اعمال صحیح حقوق بین‌الملل هستند، به‌طور گسترده‌ای پذیرفته شده است که این ماده، گویای منابع حقوق بین‌الملل است. بند (۲)(ب) این ماده، «از عرف بین‌الملل به‌عنوان رویه‌ای عام نام می‌برد که به صورت حقوق پذیرفته شده است». در نگاه نخست از ظاهر این بند به‌نظر می‌رسد که منحصر به عرف‌های بین‌المللی عام است و عرف‌های خاص را دربر نمی‌گیرد، اما از همان زمان دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری، تفسیرهای بیشتر اندیشمندان مطرح نشان می‌داد که عرف‌های بین‌المللی خاص را هم نباید خارج از شمول این ماده و به تعبیر دیگر خارج از شمول منابع حقوق بین‌الملل پنداشت.<sup>۱</sup> بااین‌همه، بودند کسانی که عام‌بودن رویه را عامل اساسی شکل‌گیری و شناسایی عرف بین‌المللی می‌دانستند؛ به‌طوری‌که پس از جنگ جهانی دوم بر تعداد این نظرات افزوده شد و تصور می‌کردند که منظور از عرف‌های عام همان عرف‌های جهان‌شمول است.<sup>۲</sup> و<sup>۳</sup> حال آن که دیگران بر این باور بودند که عبارت عام به معنای یک‌شکل<sup>۴</sup> است و از این رو عرف‌های خاص را هم در خود جای می‌دهد.<sup>۵</sup> و<sup>۶</sup> اسکوبیسزوسکی با رد صریح استدلال مخالفان، لفظ «عام» مذکور در ماده (ب)(۱) ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری را به معنای جهانی بودن آن نمی‌داند و استدلال می‌کند که عام‌بودن و جهان‌شمولی به یک معنا نیستند.<sup>۷</sup>

کمیته مشورتی حقوقدانان در تنظیم مقدماتی اساسنامه دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری، تفسیر دوم، یعنی تفسیر موافق عرف‌های بین‌المللی خاص را تأیید کرد.<sup>۸</sup> آن پله<sup>۱</sup> بر این باور است که

۱. در خصوص پذیرفتگی عرف‌های محلی (Local customs) به‌موجب ماده ۳۸ اساسنامه دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری (Permanent Court of International Justice (PCIJ))، در زمان حیات این دیوان بنگرید به:

Cohen-Jonathan G., La coutume locale. *Annuaire français de droit international*, vol. 7, 1961, pp. 121-127, and the related references.

2. Josef Kunz, The Nature of Customary Law, *American Journal of International Law*, vol. 47, 1953, p. 66.

3. Grigory Ivanovic Tunkin, *Theory of International Law*, William E., Butler, London, George Allen & Unwin, 1974, p. 118.

4. Uniform

5. Karol Wolfke, *Custom in Present International Law*, Martinus Nijhoff, 1993, p. 7.

6. Herman Meijers, How Is International Law Made? The Stages of Growth of International Law and The Use of Customary Rules, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 9, 1978, p. 21.

7. Krzysztof Skubizewski, Elements of Custom and the Hague Court, *Zeitschrift für Ausländisches und Öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 31, 1971, p. 830.

۸. جهت ملاحظه خلاصه این نظرات بنگرید به:

Danilenko GM, *Law Making in the International Community*, Martinus Nijhoff, 1993, pp. 76-77.

ماده ۳۸(ب) به روشنی، عرف‌های خاص را از دایره تحت شمول خود خارج می‌داند، اما دیوان در عملکرد خود به گونه‌ای دیگر عمل کرده است. مندلسون هم پس از آن که سخن از اعتقاد دیوان بین‌المللی دادگستری به شناسایی قاعده حقوقی عرفی خاص در قضیه ۱۹۶۰ در مورد حق عبور، به میان می‌آورد این گونه اظهار می‌کند: «و این در حالی است که اساسنامه دیوان، تنها به «عرف بین‌المللی که به عنوان رویه‌ای عام که به صورت حقوق پذیرفته شده است» اشاره دارد». <sup>۲</sup> رفته‌رفته، داخل بودن عرف‌های بین‌المللی خاص در دایره ماده (ب) ۳۸(۱)، از سوی همگان پذیرفته شد. <sup>۳</sup> البته اینکه گفته می‌شود عرف بین‌المللی خاص به عنوان منبع حقوق بین‌الملل از سوی همگان پذیرفته شده است به آن معنا نیست که تمام ابعاد و جزئیات آن مشخص شده است و هیچ اختلافی در آن‌ها وجود ندارد. به‌رغم آنکه دیوان در برخی قضایا از جمله قضیه هایادولاتور <sup>۴</sup> به عرف خاص پرداخته است،<sup>۵</sup> اما کماکان بر سر نحوه شکل‌گیری و شناسایی چنین قاعده‌ای اختلاف وجود دارد.<sup>۶</sup>

#### ۲.۲.۱. رویه محاکم بین‌المللی

محاکم بین‌المللی و داخلی، حکومت‌ها و اندیشمندان حقوقی، وجود و امکان شکل‌گیری قواعد حقوق بین‌الملل عرفی را که تنها برای برخی از دولت‌ها الزام‌آور باشد، به رسمیت شناخته‌اند.<sup>۷</sup> دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری در نظر مشورتی خود در سال ۱۹۲۷ میلادی به عرف محلی اشاره کرد.<sup>۸</sup> پس از آن دیوان دائمی در مورد شهر دانزینگ، بدون آنکه به عرف محلی تصریح کند، به ارزیابی رویه مشترک<sup>۹</sup> پرداخت.<sup>۱۰</sup> اما این دیوان بین‌المللی دادگستری بود که به‌صراحت عرف‌های خاص را پذیرفت؛ دیوان در قضیه ۱۹۵۰ خود در خصوص پناهندگی،

1. Alain Pellet

2. Mendelson, *op. cit.*

3. Tullio Treves, Customary International Law, in Wolfrum, R. (ed). The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press, 2008, para. 40.

4. Mendelson, *op. cit.*, p. 191.

5. Haya de la Torre

6. ICJ Judgment, Asylum Case (Colombia v. Peru), 1951, see <http://www.icj-cij.org/en/case/14>.

7. James A. Green, The Persistent Objector Rule in International Law, Oxford University Press, 2016, p. 35.

8. ILC Report, 2015, *op. cit.*, p. 54.

9. PCIJ Advisory Opinion, Jurisdiction of the European Commission of the Danube, 1927, p.17.

10. Common Practice

11. PCIJ Advisory Opinion (1930); Free City of Danzing and ILO, p.13.



به‌صراحت وجود عرف‌های منطقه‌ای را پذیرفت. اختلاف کلمبیا و پرو درخصوص پناهندگی، این فرصت را به دیوان داد تا با رسیدگی به وجود یا عدم‌وجود قاعده عرفی در منطقه آمریکای لاتین، توضیح دقیقی از چگونگی ارزیابی عرف‌های منطقه‌ای ارائه دهد.<sup>۱</sup> اگرچه رأی ۱۹۵۰، بر قابلیت پذیرش عرف منطقه‌ای در حقوق بین‌الملل اذعان داشت، اما وجود چنین عرفی در آن قضیه را شناسایی نکرد.<sup>۲</sup> طبق نتیجه این قضیه، طرفی که مدعی وجود عرف منطقه‌ای مطروح است باید ثابت کند که آن قاعده براساس عادت مستمر<sup>۳</sup> و یکسان<sup>۴</sup> دولت‌های موردنظر شکل گرفته است.<sup>۵</sup> در سال ۱۹۶۰، در دعوی که پرتغال علیه هند در دیوان مطرح کرده بود، هند اعلام کرد که حقوق بین‌الملل، عرف‌های منطقه‌ای را به رسمیت شناخته است، ولی عرف‌های دوجانبه را خیر. هند اصرار داشت که عناصر تشکل عرف بین‌المللی به‌گونه‌ای است که هرگز دو دولت نمی‌توانند عرفی محلی ایجاد کنند.<sup>۶</sup> برخلاف آنچه هند در قضیه حق عبور به دنبال آن بود و اظهار می‌داشت، دیوان نتیجه گرفت که اگر دو دولت، در تنظیم روابط میان خود رفتار مستمری را پذیرفته باشند،<sup>۷</sup> این رویه پذیرفته‌شده، به‌عنوان حقوق، می‌تواند اساس تعهدات و حق‌های دوجانبه میان این دو دولت قرار گیرد. با توجه به این رأی به‌خوبی می‌بینیم که حتی وجود دو دولت هم می‌تواند برای شکل‌گیری و شناسایی قاعده حقوق عرفی کافی باشد.<sup>۸</sup> دیوان مقرر کرد که عرفی دوجانبه بین دو کشور طرف اختلاف، یعنی هند و پرتغال، درمورد عبور افراد و مقامات رسمی و نیز حمل‌ونقل کالا وجود دارد که آن را عرف محلی نامید.<sup>۹</sup> این‌گونه بود که دیوان در قضیه حق عبور علاوه بر آنکه عرف خاص (عرف دوجانبه) را به رسمیت شناخت، شرایط شکل‌گیری و شناسایی عرف دوجانبه مطرح‌شده در آن قضیه را نیز کامل یافت.

1. Mendelson, *op. cit.*

2. ICJ Judgment, 1951, *op. cit.*, p. 266.

3. Constant

4. Uniform

5. ICJ Judgment, 1951, *op. cit.*, pp. 276 & 277.

6. ICJ Judgment, Right of Passage over Indian Territory, (Portugal v. India), 1960, p. 39.

7. Abdol G. Koroma, The Application of International Law by the International Court of Justice, Collected Courses of the Xiamen Academy of International Law, Leiden, vol. 4, 2013, p. 106.

8. Mendelson, *op. cit.*, pp. 214 and 215.

دیوان در رأی سال ۲۰۰۹ خود در رسیدگی به اختلاف میان کاستاریکا و نیکاراگوئه در مورد کشتی‌رانی در رودخانه سن‌خوان، این فرصت را فراروی خود یافت تا به عرف خاص بپردازد.<sup>۱</sup> در ادامه، پس از شرح واقعه این اختلاف، به تحلیل عملکرد دیوان در شناسایی عرف بین‌المللی خاص تمرکز می‌شود.

## ۲. نقش افراد در شکل‌گیری حقوق بین‌الملل عرفی خاص

دیوان در استدلال‌های پایانی خود، ماهیگیری ساکنان سواحل کاستاریکایی رودخانه سن‌خوان برای امرامعاش از آن ساحل را حقی عرفی دانست و از این رو به صراحت نیکاراگوئه را ملزم به احترام به آن دانست.<sup>۲</sup> عملکرد پیشرفته دیوان در ارزیابی رفتار افراد به منظور شناسایی عرف بین‌المللی خاص طی رسیدگی به این قضیه، شایسته تبیین و بررسی است.

### ۱.۲. شرح واقعه

با تنش‌های شدیدی که در برخی از نقاط دنیا به‌ویژه خاورمیانه و کشورهای آفریقایی نظیر سودان، لیبی و غیره وجود دارد، روابط منطقه‌ای کشورهای آمریکای مرکزی معمولاً در صدر اخبار حقوق بین‌الملل و مرکز توجه حقوق‌دانان بین‌المللی قرار نمی‌گیرد. با این حال، کاستاریکا و نیکاراگوئه، دو کشور واقع در آمریکای مرکزی هستند که بیشتر از هر دو دولت دیگری به دیوان بین‌المللی دادگستری رجوع کرده‌اند و در آن حاضر شده‌اند. تاریخ، حکایت از آن دارد که این دو کشور همسایه، تا سال ۱۸۲۱ میلادی زیر سلطه اسپانیا بوده و در این سال به استقلال دست‌یافته‌اند.<sup>۳</sup>

در سال ۲۰۰۵ میلادی، کاستاریکا با این ادعا که نیکاراگوئه تعهدات معاهده‌ای خود را نقض می‌کند و حقوق کشتی‌رانی کاستاریکا در رودخانه سن‌خوان را زیر پا می‌گذارد، علیه نیکاراگوئه نزد دیوان بین‌المللی دادگستری طرح دعوی کرد. در سیزدهم جولای ۲۰۰۹ میلادی، دیوان بین‌المللی دادگستری رأی خود را در مورد اختلاف در خصوص کشتی‌رانی و حقوق مربوط به آن

۱. محسن محبی و وحید رضادوست، تفسیر تکاملی معاهدات در حقوق بین‌الملل در پرتو قضیه اختلاف در خصوص کشتی‌رانی و حقوق مربوط به آن (کاستاریکا علیه نیکاراگوئه)، مجله حقوقی بین‌المللی، نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی ریاست جمهوری، شماره ۵۳، ۱۳۹۴، ص ۱۹.

2. ICJ Judgment, 2009, *op. cit.*, p. 110.

3. *Ibid.*, p. 30.

صادر کرد. دیوان رأی داد که نیکاراگوئه حق دارد به منظور حفظ و حراست از امنیت ملی خود، فعالیت‌های این رودخانه را تنظیم کند. از این‌رو، بسیاری از محدودیت‌هایی که نیکاراگوئه در این باره وضع کرده است مشروعیت دارد و نقض حقوق کاستاریکا برای کشتی‌رانی آزاد «به منظور بازرگانی»<sup>۱</sup> قلمداد نمی‌شود.<sup>۲</sup> با این‌همه، دیوان افزود محدودیت‌هایی که نیکاراگوئه در خصوص صدور ویزا و کارت‌های گردشگری و نیز اخذ عوارض از کشتی‌های کاستاریکا اعمال کرده، نابه‌جا بوده است.

رأی سال ۲۰۰۹ دیوان بین‌المللی دادگستری به طرفیت کاستاریکا و نیکاراگوئه، در صدد برآمده تا بنا به رسالتی که به موجب اساسنامه خود و منشور ملل متحد بر دوش آن گذاشته شده است، به اختلاف این دو کشور در خصوص کشتی‌رانی و حقوق مربوط به آن نسبت به کاستاریکا در رودخانه سن‌خوان رسیدگی کند و به آن پایان دهد. مورد اختلاف در قضیه ۲۰۰۹، به‌طور دقیق آن قسمتی از رودخانه سن‌خوان بود که از یک نقطه به طول سه مایل انگلیسی از جنوب شهر کاستیلو ویجو<sup>۳</sup> در نیکاراگوئه تا مصب رودخانه سن‌خوان در دریای کارائیب جریان دارد.<sup>۴</sup> در پی جنگی که بین کاستاریکا و نیکاراگوئه در گرفت، پیمان‌هایی میان آن دو بسته شد که هر بار، هر یک به دلیلی بی‌سرانجام ماند.<sup>۵</sup> با این‌همه، خوشبختانه دوران بی‌سرانجامی پیمان‌های منعقد شده بین آن‌ها در این باره به سر آمد و معاهده حدود<sup>۶</sup> به این روند بی‌سرانجامی پایان داد. کاستاریکا و نیکاراگوئه در ۱۵ آوریل ۱۸۵۸ میلادی معاهده حدود را امضاء کردند که کاستاریکا فردای آن روز و نیکاراگوئه نیز در ۲۶ آوریل همان ماه، آن را تصویب کردند. بر اساس این معاهده، رودخانه بخشی از مرز بین دو کشور است. این معاهده در ماده ۶ خود، سرحد ساحل کاستاریکا را تعیین و «صلاحیت حکومتی و حاکمیتی نیکاراگوئه» بر آب‌های آن رودخانه را به رسمیت شمرد. معاهده گفته شده توانست مسیر مرز میان کاستاریکا و نیکاراگوئه از اقیانوس آرام

1. Con Objetos de Comercio.

۲. مجبی و رضادوست، پیشین، صص ۱۰ و ۱۱.

3. Castillo Viejo.

4. ICJ Judgment, 2009, *op. cit.*, p. 42.

۵. نخستین پیمان، پیمان ۱۸۵۷ حدود (Treaty of Limits) بود که گرچه دو طرف آن را امضا کرده بودند، کاستاریکا آن را تصویب نکرد و سپس پیمانی تحت عنوان معاهده صلح (Peace Treaty) ۱۸۵۷ به نام کاناس مارتینز -Cañas (Martinez) به امضای دو دولت رسید، اما به تصویب هیچ‌یک از طرفین نرسید.

6. Costa Rica-Nicaragua, Treaty of Territorial Limits, San José, 15 April 1858.

تا دریای کاراییب را تعیین کند. به موجب معاهده ۱۸۵۸، سمت راست رودخانه سن خوان به عنوان مرز طبیعی مشخص شد، با وجود آنکه صلاحیت حاکمیتی نیکاراگوئه بر آب‌های رودخانه سن خوان را به رسمیت شناخت، بر حق کشتی‌رانی کاستاریکا «با اهداف بازرگانی»<sup>۱</sup> در قسمت پایینی رودخانه سن خوان صحنه گذارد. ابتدای ماده ۶ از معاهده گفته شده گویای این مطلب است: «جمهوری نیکاراگوئه منحصراً صلاحیت حاکمیتی و حکومتی بر آب‌های رودخانه سن خوان، از سرچشمه خود در دریاچه تا مصب آن در آتلانتیک، دارد. اما جمهوری کاستاریکا از حق دائمی کشتی‌رانی آزاد بر این آب‌ها، از مصب آن تا نقطه‌ای که سه مایل (انگلیسی) تا کاستیلو ویجو فاصله دارد، برخوردار است. این کشتی‌رانی باید باهدف بازرگانی باشد.»

نیکاراگوئه با چالش‌هایی که در موارد متعدد مطرح کرد، معتبر بودن معاهده ۱۸۵۸ را زیر سؤال برد. به دنبال مطرح شدن این ایرادها از سوی نیکاراگوئه به معاهده طرح شده، هر دو کشور ذی‌نفع، یعنی کاستاریکا و نیکاراگوئه، توافق کردند که مسئله را به داوری ارجاع دهند. در این راه، چنانچه دیوان نیز در رأی خود آورده است، نقش رئیس‌جمهور ایالات متحده آمریکا در این مورد کم‌رنگ نبوده و این اختلاف به واسطه‌گری گروور کلیولند<sup>۲</sup> رئیس‌جمهور وقت این کشور به داوری<sup>۳</sup> ارجاع شده است. دو طرف این اختلاف، توافق کردند که در صورت احراز اعتبار معاهده ۱۸۵۸، آقای کلیولند بتواند در خصوص حرکت کشتی‌های جنگی کاستاریکا یا کشتی‌های بازرگانی این کشور در رودخانه سن خوان تصمیم بگیرد. کلیولند در رأی داوری ۱۸۸۸ خود به این نتیجه رسید که معاهده ۱۸۵۸ حدود، معتبر است و با استناد به ماده ۶ آن، اظهار داشت آن دسته از کشتی‌های کاستاریکا که هدف بازرگانی دارند می‌توانند در رودخانه سن خوان حرکت کنند، اما کشتی‌های جنگی نمی‌توانند.<sup>۴</sup>

در ۵ اوت ۱۹۱۴، ایالات متحده آمریکا توانست طی انعقاد معاهده‌ای موسوم به کامورو - برایان، از حق انحصاری<sup>۵</sup> و دائمی<sup>۶</sup> ساخت و نگهداری کانال میان اقیانوسی برخوردار شود. کاستاریکا با این

1. For Purposes of Commerce (En.) = à des Fins de Commerce (Fr.)

2. Grover Cleveland

3. Arbitral Award issued by the President of the United States of America, Grover Cleveland, 22 March 1888.

4. ICJ Judgment, 2009, *op. cit.*, pp. 36 & 38.

5. Exclusive

6. Perpetual

ادعا که نیکاراگوئه تعهدات خود را مبنی بر رایزنی با کاستاریکا پیش از مبادرت به هرگونه پروژه کانال‌کشی بر اساس ماده ۸ معاهده ۱۸۵۸، نقض کرده است، علیه نیکاراگوئه نزد دیوان مرکزی دادگستری آمریکا طرح دعوی کرد. در ۳۰ سپتامبر ۱۹۱۶ میلادی، حکم داده شد که براساس معاهده حدود و رأی داوری ۱۸۸۸، عدم رایزنی نیکاراگوئه با کاستاریکا، نقض حقوق این کشور محسوب می‌شود.<sup>۱</sup>

نزدیک به چهل سال بعد،<sup>۲</sup> این دو کشور موفق به انعقاد توافق‌نامه فورنیر-سویلا<sup>۳</sup> شدند و به این صورت بر تسریع و تسهیل حل معضل ترافیک به‌خصوص در رودخانه سن‌خوان و همکاری مشترک برای حراست از مرز مشترک توافق کردند. با اعمال محدودیت‌های زیاد برای کشتی‌رانی کاستاریکا در رودخانه سن‌خوان، هشتمین دهه از قرن ۱۹ میلادی شاهد بروز و ظهور اتفاقات زیادی برای رژیم کشتی‌رانی<sup>۴</sup> در این رودخانه بود. نیکاراگوئه به بهانه و دلایل مختلفی قصد توجیه محدودیت‌های واردشده را داشت؛ موقتی بودن،<sup>۵</sup> استثنایی بودن<sup>۶</sup> و حمایت از امنیت ملی نیکاراگوئه در مخاصمات مسلحانه بخشی از آن‌ها است. با این‌همه، اعتراضات کاستاریکا به گوش نیکاراگوئه رسید و خود سبب شد تا بخشی از این محدودیت‌های ایجادشده تعلیق شود. اواسط دهه ۹۰ بود که نیکاراگوئه اقدامات بیشتری انجام داد؛ وضع مالیات برای مسافرانی که با کشتی‌های کاستاریکا بر رودخانه سن‌خوان سفر می‌کردند و الزام کشتی‌های کاستاریکا به توقف در پایگاه‌های نظامی نیکاراگوئه در رودخانه سن‌خوان از آن جمله‌اند. با افزایش حقوق کشتی‌رانی کاستاریکا در رودخانه سن‌خوان، اختلافات مرزی این دو کشور هم‌مرز بیشتر شد. بالاگرفتن این کشمکش‌ها تا جایی پیش رفت که نیکاراگوئه مانع کشتی‌رانی کشتی‌های کاستاریکایی حامل نیروهای پلیس این کشور شد. وزیر دفاع نیکاراگوئه و وزیر امنیت عمومی کاستاریکا در ۳۰ جولای همان سال سندی را امضا کردند که اعلامیه مشترک کوادرا-لیزانو<sup>۷</sup> نام گرفت. براساس

1. ICJ Judgment, 2009, *op. cit.*, p. 38.

۲. ۹ ژانویه ۱۹۵۶.

3. Fournier-Sevilla Agreement

4. Navigation Regime

5. Temporary

6. Exceptional

7. Cuadra-Lizano Joint Communiqué.

این اعلامیه، کشتی‌های مسلح پلیس می‌توانستند با رعایت شرایطی،<sup>۱</sup> جهت تأمین نیروهای مرزی خود در این رودخانه حرکت کنند. با این همه، دیری نپایید<sup>۲</sup> که نیکاراگوئه طی اعلامیه یک‌جانبه‌ای، اعلامیه مشترک کوادرا- لیزانو را به لحاظ حقوقی باطل خواند. در مقابل، کاستاریکا اعلامیه یک‌جانبه نیکاراگوئه را نپذیرفت. این‌گونه بود که اختلافات این دو کشور در زمینه کشتی‌رانی در رودخانه سن‌خوان ادامه پیدا کرد.<sup>۳</sup>

در ۲۹ دسامبر ۲۰۰۵ میلادی، کاستاریکا در خصوص اختلاف خود با نیکاراگوئه در مورد کشتی‌رانی و حقوق مربوط به آن در رودخانه سن‌خوان، با تکیه بر ماده (۲) ۳۶ اساسنامه دیوان،<sup>۴</sup> توافقنامه توار- کالدرای<sup>۵</sup> و ماده ۳۱ منشور بوگوتا،<sup>۶</sup> در دیوان بین‌المللی دادگستری طرح دعوی کرد.<sup>۷</sup> به

۱. «... مشروط بر اینکه نمایندگان کاستاریکا در آن کشتی‌ها صرفاً سلاح‌های دولتی خود را به همراه داشته باشند و هشدار قبلی به مقامات ذی‌صلاح نیکاراگوئه داده شود تا این مقامات، تصمیم بگیرند که آیا کشتی‌های کاستاریکایی باید توسط محافظان نیروی امنیتی نیکاراگوئه همراهی (اسکورت) شوند یا خیر.»  
۲. ۱۱ اوت ۱۹۹۸.

3. ICJ Judgment, 2009, *op. cit.*, pp. 38 & 40.

۴. ماده (۲) ۳۶ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری مقرر می‌کند که: «... دولت‌های امضاکننده این اساسنامه می‌توانند در هر موقع اعلام دارند که قضاوت اجباری دیوان بین‌المللی دادگستری را در تمامی اختلافاتی که جنباً قضایی داشته و مربوط به موضوعات زیر باشد در مقابل هر دولت دیگری که این تعهد را بپذیرد، به‌خودی‌خود و بدون قرارداد خاصی قبول می‌کنند: الف- تفسیر یک عهدنامه؛ ب- هر مسئله‌ای که موضوع حقوقی بین‌المللی باشد؛ ج- حقیقت هر امری که در صورت اثبات، نقض یک تعهد بین‌المللی محسوب شود؛ د- نوع و میزان غرامتی که باید برای نقض یک تعهد بین‌المللی پرداخت شود...»  
جهت ملاحظه اصل این ماده رک:

<http://www.icj-cij.org/documents/?p1=4&p2=2>

5. Costa Rica-Nicaragua, Agreement (Tovar-Caldera Agreement), Alajuela, 26 September 2002.

با انعقاد موافقت‌نامه توار- کالدرای نیکاراگوئه و کاستاریکا به توافق رسیدند که حق شرط ۲۰۰۱ خود بر اعلامیه پذیرش صلاحیت دیوان را تا سه سال حفظ کند و به‌این ترتیب، در مدت این سه سال، دیوان صلاحیت رسیدگی به دعوی نیکاراگوئه در خصوص هر موضوعی که بر اساس تفسیر آن دسته از معاهدات یا آراء داورى که پیش از ۳۱ دسامبر ۱۹۰۱ امضاء، تصویب یا منعقد شده‌اند را نداشته باشد؛ در مقابل، کاستاریکا نیز پذیرفت که طی مدت این سه سال، مبادرت به طرح دعوی علیه نیکاراگوئه نکند.

6. Pact of Bogota (American Treaty on Pacific Settlement), 30 April 1948.

ماده ۳۱ منشور بوگوتا مقرر می‌کند که: طبق بند ۲ از ماده ۳۶ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، طرفین معظم این معاهده اعلام می‌کنند که صلاحیت اجباری دیوان در تمام اختلافات با ماهیت حقوقی که میان آن‌ها پیش می‌آید را در مورد موضوعات زیر به‌طور واقعی بپذیرند؛ مادامی که معاهده حاضر لازم‌الاجرا باشد، نیازی به هیچ توافق دیگری نیست: الف) تفسیر یک معاهده؛ ب) تمام مسائل حقوقی بین‌المللی؛ ج) وجود هر واقعیتی که در صورت احراز، نقض تعهد بین‌المللی قلمداد شود؛ د) ماهیت یا گستره جبران خسارتی که باید برای نقض تعهد بین‌المللی پرداخت شود.»  
جهت ملاحظه متن اصلی منشور بوگوتا رک:

<https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=0800000280162ab6>

7. ICJ Judgment, 2009, *op. cit.*, p. 16.

دنبال آن، نیکاراگوئه نیز به صلاحیت قضایی دیوان برای رسیدگی به این دعوی اعتراضی نکرد<sup>۱</sup> و لذا دیوان رسماً رسیدگی به این دعوی را آغاز کرد. از آنجا که هیچ‌یک از قضات وقت دیوان نه از تابعان دولت-کشور کاستاریکا یا نیکاراگوئه بودند، هر یک حق داشتند قاضی اختصاصی انتخاب کنند و هر دو کشور از این حق خود استفاده کردند؛ کاستاریکا، آنتونیو کانکادو ترینداد<sup>۲</sup> و نیکاراگوئه گیلبرت گیوم<sup>۳</sup> را به‌عنوان قاضی اختصاصی انتخاب کردند.<sup>۴</sup>

## ۲.۲. تحلیل استدلال دیوان

کاستاریکا در لایحه‌ای که تقدیم دیوان کرد اظهار داشت ساکنین سواحل رودخانه سن‌خوان، که شمار آن‌ها بسیار کم است و تنها نزدیک به ۴۵۰ نفر هستند، برای گذران زندگی خود از حق ماهیگیری در این رودخانه برخوردارند.<sup>۵</sup> دیوان که خود را برای رسیدگی صالح می‌دانست، وارد ماهیت دعوی شد و پس از رسیدگی به خواسته کاستاریکا دانست که «... بدون شک، ماهیگیری معیشتی طی زمان‌های بسیار طولانی شکل گرفته است. ...»<sup>۶</sup> و در گذر سال‌ها، نیکاراگوئه هیچ مخالفتی با این ماهیگیری نشان نداده است؛ شناسایی این عرف، به‌مثابه آن است که ساکنین سواحل رودخانه سن‌خوان، چه در سمتی که به‌موجب معاهده ۱۸۵۸، متعلق به کاستاریکا است، چه در سمتی که متعلق به نیکاراگوئه است، می‌توانند و حق دارند با ماهیگیری از این رودخانه گذران زندگی کنند.

## ۱.۲.۲. احراز عرفی خاص در حقوق بین‌الملل

عرف مورد شناسایی در این قضیه، تنها موضوع حقوق خصوصی نیست، بلکه باید گفت که دیوان، عرفی خاص را در حقوق بین‌الملل عمومی احراز نموده است. گفتنی است باتوجه به رفتار کاستاریکا در مدت رسیدگی به این جریان و نیز بخش پایانی رأی که در آن دیوان، حق ناشی از رویه محلی را به کاستاریکا منتسب کرد و نه به ماهیگیران<sup>۷</sup>، قاضی سپولودا-آمور<sup>۸</sup> به این

1. ICJ Judgment, 2009, *op. cit.*, p. 40.

2. Antônio Cançando Trindade

3. Gilbert Guillaume

4. ICJ Judgment, 2009, *op. cit.*, p. 16.

5. *Ibid*, p. 82.

6. *Ibid*, pp. 104 & 108.

7. *Ibid*, p. 108.

8. Sepúlveda-Amor

نتیجه‌گیری دیوان رأی مخالف داد، و در نظر جداگانه خود، بابت موضع اکثریت ابراز نارضایتی کرد.<sup>۱</sup> او با یادآوری اصول مکتسبه و حقوق اعطایی سنتی به‌عنوان توصیفی بهتر از این موضوع، اظهار داشت که به‌نظر می‌رسد توسل به عرف بین‌المللی، غیرضروری است.<sup>۲</sup> همین ابراز مخالفت نشان از آن دارد که نظر اکثریت قضات دیوان بر آن بوده است که عرف مذکور، عرفی خاص در حقوق بین‌الملل عمومی است. به‌این ترتیب، رأی رودخانه سن‌خوان، ارزش عرف‌های خاص در حقوق بین‌الملل عام را تأیید می‌کند.

### ۲.۲.۲. سلسله‌مراتب

دیوان بین‌المللی دادگستری در شناسایی حق ماهیگیری ساکنان سواحل هر دو سمت رودخانه سن‌خوان، هم به رویه ساکنان محلی این سواحل اشاره داشت، هم به فقدان واکنش از سوی کشور نیکاراگوئه؛<sup>۳</sup> هم فعل را در شناسایی این قاعده بررسی کرد، هم ترک فعل را؛ همان‌طور که واکنش نیکاراگوئه را در نظر گرفت، از رفتار افراد هم غافل نماند. از این‌رو، با توجه به اینکه رفتار حکومت نیکاراگوئه از جنس ترک فعل بوده و به‌عبارت‌دیگر نبود مخالفت است، تنها رویه فعال (رویه ناشی از فعل ایجابی) که مورد استناد قضیه ۲۰۰۹ قرار می‌گیرد، رفتار افراد ساکن این سواحل است.

اگرچه رویه افراد تنها رویه ناشی از فعل ایجابی بود که قضیه ۲۰۰۹ رودخانه سن‌خوان به آن تکیه کرد، اما نباید از یاد برد که دیوان برای شناسایی عرف مطروح، نخست به بررسی رویه مقامات دولتی پرداخت و مادام که رویه این مقامات را بررسی نکرد، به سراغ ارزیابی رفتار ساکنین سواحل رودخانه نرفت. توسعه مناسب، باید با رویه دولت و کارگزارانش آغاز شود؛ استقرایی که پاسخگوی بیشتر موارد خواهد بود. تنها در موارد استثنایی و باقی‌مانده، زمانی که اوضاع و احوال اجازه دهد، در تحلیل استقرایی می‌توان به رویه افراد هم استناد کرد که خود موجب آن است تا سخن از وجود سلسله‌مراتب در عوامل مؤثر در شناسایی قاعده عرفی به میان آید. نحوه عملکرد در قضیه ۲۰۰۹ به‌خوبی نشان داد در شناسایی عرف به شرطی می‌توان سراغ ارزیابی نقش افراد در احراز قاعده عرفی احتمالی رفت که پیش‌تر، رویه مقامات حکومتی ارزیابی شده باشد؛ حتی

1. Ibid, Separate Opinion of Judge Sepúlveda-Amor, para. 20.

2. Ibid, paras. 28-31.

3. ICJ Judgment, 2009, *op. cit.*, p. 108.



اگر رویه مقامات دولتی از جنس عمل سلبی باشد و رفتار افراد عمل ایجابی، بازهم مانع از آن نیست که این سلسله مراتب به هم بریزد. نخست باید به ارزیابی رویه مقامات دولتی پرداخت و سپس رفتار افراد را بررسی کرد. به همین دلیل، دیوان پرداختن به عملکرد مقامات دولتی را مقدم دانست تا سلسله مراتب رعایت شده باشد. در واقع، رعایت درستی سلسله مراتب در شناسایی قاعده حقوق بین الملل عرفی، حتی از قسم خاص آن، بسیار حائز اهمیت است. به این ترتیب، در خصوص رابطه ارزیابی دو عامل رویه مقامات دولتی و ارزیابی رویه افراد، جهت شناسایی قاعده عرفی، باید گفت که دیوان در راستای احراز رویه دولتی به رویه اشخاص استناد جسته است.

در همین راستا، قاضی گیوم<sup>۱</sup> نیز که در این پرونده بر منصب قضا نشسته بود با وجود آنکه رأی موافق داد، اما اضافه کرد که اساس استدلال دیوان در رسیدگی به این اختلاف و نتیجه گیری از آن جنبه استثنایی دارد و نباید قابل تعمیم به موارد دیگر دانسته شود.<sup>۲</sup> بنابراین، به نظر می رسد که موضع دیوان در فقدان ادله روشن از رفتار موافق کاستاریکا این بوده است که دیوان رفتار افراد را بررسی کرده، و فقدان هرگونه واکنش از سوی دولت مربوطه که متضمن حاکمیت بر رودخانه باشد را بر آن انطباق داده است. این روش تدریجی انتساب برخی رفتارها، مطابق با دیگر آرائی است که در آن ها، دیوان، در مورد حاکمیت سرزمینی تصمیم گرفته است. تحلیل استقرائی دیوان در قضیه جزیره کاسیکیلی/سیدودو، در ابتدا اعلامیه های مقامات رسمی عالی رتبه دولتی را لحاظ کرد و به تدریج به رفتار اشخاص در این مورد دست یافت. درجه ای از الزام در ادله ضروری وجود دارد: از رویه نزدیک ترین ها به قدرت کشور (یعنی اعلامیه های عالی ترین مقامات رسمی) تا رفتار افراد.

### ۳.۲.۲. انعطاف در احراز

یکی از تفاوت های مهمی که عرف های خاص با عرف های عام دارند حول محور بار اثبات دعواست. چنانچه در قضیه پناهندگی استدلال شد، این استنادکننده است که بار اثبات دعوی را برعهده دارد.<sup>۳</sup> دیوان در جریان رسیدگی به قضیه رودخانه سن خوان در شناسایی عرف بین المللی خاص از خود انعطاف نشان داد و خیلی سخت گیری نکرد. از این روست که به نظر می رسد دیوان

1. Guillaume

2. ICJ Judgment, 2009, *op. cit.*, Declaration of Judge Guillaume, para. 22.

3. ICJ Judgment, 1950, *op. cit.*, p. 276.

احتیاط را کمی کنار گذاشته و تاندازه‌ای جسورانه عمل کرده است. دادگاه بدون ارائه هیچ دلیل محکمی از سوی کاستاریکا، متقاعد شد و اظهار داشت که رویه ماهیگیری کاستاریکا «از نظر ماهیتی که دارد، به خصوص با توجه به دوراز دسترس بودن آن ناحیه و تراکم پایین جمعیت و عدم ثبت آن به شیوه‌ای رسمی در بایگانی رسمی»، دور از ذهن نیست. البته دیوان با توجه به لزوم ارائه دلایل روشن از سوی دولت کاستاریکا، به ادعاهای کلی کاستاریکا استناد کرد.<sup>۱</sup> لذا نباید بر تحلیل‌های استواری که دیوان به کاربرد، چشم پوشید و به‌طور کلی آن‌ها را سهل‌گیرانه خواند. البته آن مقدار انعطافی که هم نسبت به گذشته وجود داشت و پیش‌تر در مورد آن سخن رفت، تاندازه‌ای به جهت آن بود که اظهارات هر دو طرف دعوا در جریان رسیدگی نشان از وجود یکسانی نظر آن‌ها درباره رویه ایجاد مبنای عرف محلی داشت.<sup>۲</sup> دیوان، وحدت نظر این دو کشور هم‌جوار در مواضع اتخاذی خود در جریان رسیدگی به اختلاف مطرح‌شده نزد دیوان را حاکی از رضایت دانسته و با اهمیتی که برای عنصر رضایت قائل است، انعطاف بیشتری در شناسایی عرف خاص از خود نشان داده است. ناگفته نماند در قضیه حق عبور که تصمیم دیگری بود که در آن، دیوان، عرف خاص را احراز کرد، نیز طرفین، اختلافی در خصوص رفتار دو طرف در ایجاد مبنای عرف دوجانبه نداشتند، بلکه اختلاف تنها بر سر آثار حقوقی آن‌ها بود.<sup>۳</sup> در این میان نباید از حق بر معاش اشخاص ساکن حاشیه رودخانه و تأثیر آن بر استدلال قضات، چشم پوشید.

با این‌همه، این تصمیم نشان از ویژگی خاص عرف‌های دوجانبه دارد: رویه مورد لحاظ دیوان در این قسم از عرف می‌تواند متفاوت از عرف عام باشد. رویه لحاظ‌شده نسبت به عرف عام گسترده‌تر است؛ این همان دلیلی است که دیوان به رویه اشخاص در ارزیابی عرف پرداخت. امکان انجام چنین عملی در مورد عرف‌های عام که در آن‌ها، رعایت سلسله‌مراتب اقتضا می‌کند که تنها رویه مقامات رسمی دولتی بررسی شود، محتمل نیست. مگر اینکه منجر به تعهدی ناروا یا وضعیتی شود که در آن، استنادکنندگان به وجود عرف بتواند هر رویه‌ای را که به منافع شخصی یا الزام‌های آن‌ها نزدیک‌تر است گردآوری و انتخاب کنند. در ارزیابی چنین عرف

1. ICJ Judgment, 2009, *op. cit.*, p. 108.

2. *Ibid.*, p. 108.

3. ICJ Judgment, 1960, *op. cit.*, p. 40.

محل‌ای، در سیاق روابط دوجانبه نزدیک در خصوص مرزی خاص، دیگر این احتیاط وجود ندارد و بررسی دیوان می‌تواند و باید گسترده‌تر باشد.

### نتیجه‌گیری

با اینکه هیچ‌یک از طرفین دعوی در قضیه ۲۰۰۹ به عرف خاص استناد نکرده بودند، دیوان بین‌المللی دادگستری فرصت را غنیمت شمرد و بار دیگر پس از رأی ۱۹۶۰ مربوط به حق عبور، به موضوع قاعده حقوق بین‌الملل عرفی خاص پرداخت. دیوان در این قضیه، عرف خاص را در نظام حقوق بین‌الملل احراز کرد و در این راه با رویکردی مترقیانه، به رفتار اشخاص استناد کرد. البته این انعطاف دیوان می‌تواند ناشی از آن باشد که تعداد افراد بسیار کمی (تقریباً ۴۵۰ نفر) تحت تأثیر این تصمیم دیوان قرار می‌گیرد و بر اقتصاد کلان هیچ‌یک از دو کشور اثر چندانی نمی‌گذارد. به این ترتیب، تصمیم پیش‌گفته به‌خوبی نشانگر پویایی عرف است.

البته نباید این را به‌مثابه آن دانست که رفتار افراد به‌منزله رویه، به‌معنای عنصر سازنده حقوق بین‌الملل عرفی، دانسته شده است؛ دیوان در این قضیه با رویکردی پویا با بررسی رفتار افراد به رویه دولتی پی برده است. در واقع، در اینجا هم این رویه دولت است که در کنار عنصر معنوی توانسته عرف را ایجاد کند و دیوان با بررسی رویه اشخاص غیردولتی به آن پی برده است. دیوان با این عملکرد خود به‌خوبی با پویایی حقوق بین‌الملل همگام بوده و به‌خوبی به‌صورت ضمنی به روشن شدن مسأله و مسیر صعب‌العبور احراز حقوق بین‌الملل عرفی هم کمک کرده است؛ موضوعی که هم‌اکنون در کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل متحد، به‌عنوان نهاد علمی تدوین و توسعه تدریجی حقوق بین‌الملل، در دست بررسی است و دیوان نیز با این استدلال خود توانسته به آن کمک کند. در واقع، درست است که رسالت اصلی دیوان حل و فصل اختلاف بین‌المللی است، اما این نباید موجب فراموشی کارکرد دیگر دیوان بین‌المللی دادگستری، یعنی توسعه تدریجی حقوق بین‌الملل شود. امری که متأسفانه در برخی دیگر از آراء دیوان از جمله رأی ۲۰۱۵ در مورد جنایت نسل‌کشی دیده نمی‌شود، ولی در رأی مطرح‌شده در جستار پیش رو خود را به‌خوبی نشان می‌دهد.

## فهرست منابع

## فارسی

## کتاب

۱. زر نشان، شهرام (۱۳۹۲)، *شکل گیری و شناسایی حقوق بین الملل عرفی*، تهران: گنج دانش.
۲. فلسفی، هدایت الله (۱۳۹۱)، *حقوق بین الملل معاهدات*، تهران: فرهنگ نشر نو.

## مقالات

۳. یان، کونگ کای (۲۰۰۸)، *اثر معاهدات سرمایه گذاری بین المللی بر قواعد، ترجمه حجت سلیمی ترکمانی*، تهران، مجله حقوقی بین المللی، نشریه مرکز امور حقوقی بین المللی ریاست جمهوری، شماره ۴۱، ۱۳۸۸، صص ۲۶۳-۲۹۱.
۴. محبی، محسن و رضادوست، وحید (۱۳۹۴)، *تفسیر تکاملی معاهدات در حقوق بین الملل در پرتو قضیه اختلاف در خصوص کشتی رانی و حقوق مربوط به آن (کاستاریکا علیه نیکاراگوئه)*، مجله حقوقی بین المللی، نشریه مرکز امور حقوقی بین المللی ریاست جمهوری، شماره ۵۳، صص ۹-۳۰.

## انگلیسی

## Books

5. Green, James A. (2016). **The Persistent Objector Rule in International Law**, Oxford: Oxford University Press.
6. van Hoof, Godefridus J. H. (1983). **Rethinking the Sources of International Law**, Kluwer: Deventer.
7. Koroma, Abdol G. (2013). **The Application of International Law by the International Court of Justice**, Collected Courses of the Xiamen Academy of International Law, Leiden, Vol. 4, 1-156.
8. Shaw, Malcolm (2008). **International Law**, Cambridge: Cambridge University Press.
9. Trachtman, Joel P. (2014). **The Obsolescence of Customary International Law**, Tufts University - The Fletcher School of Law and Diplomacy.
10. Treves, Tullio (2008). **Customary International Law**, in Wolfrum, R. (ed); *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press.
11. Tunkin, Grigory Ivanovic (1974). **Theory of International Law**, William E., Butler, London, George Allen & Unwin, 1974.
12. Villiger, Mark Eugen (1997). *Customary International Law and Treaties: A Manual on the Theory and Practice of the Interrelation of Sources*, Kluwer law International.
13. Wolfke, Karol (1993). **Custom in Present International Law**, Dordrecht/ Boston/ London, Martinus Nijhoff.

### Articles

14. Akehurst, Michael (1975). "Custom as a Source of International Law", *British Yearbook of International Law*, Vol. 47, pp. 1-53.
15. Condorelli, Luigi (1991). "Custom", in Mohamed Bedjaoui, *International Law: Achievement and Prospects*, UNESCO, pp. 179-211.
16. D'Amato, Anthony (1969). "The Concept of Special Custom in International Law", *American Journal of International Law*, Vol. 63, pp. 211-223.
17. Olufemi, Elias (1996). "The Relationship Between General and Particular Customary International Law", *African Journal of International & Comparative Law*, Vol. 8, pp. 67-88.
18. Kunz, Josef (1953). "The Nature of Customary Law", *American Journal of International Law*, Vol. 47, pp. 662-669.
19. Meijers, Herman (1978). "How Is International Law Made? The Stages of Growth of International Law and The Use of Customary Rules", *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 9, pp. 3-26.
20. Mendelson, Maurice (1998). "The Formation of Customary International Law", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, Vol. 272, pp. 155-410.
21. Ochoa, Christiana (2007). "The Individual and Customary International Law Formation", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 48, pp. 119-186.
22. Pellet, Alain (2012). "Article 38", in Andreas Zimmermann and Others, *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press.
23. Skubizewski, Krzysztof (1971). "Elements of Custom and the Hague Court", *Zeitschrift für Ausländisches und Öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 31, pp. 810-854.

### Jurisprudence

24. ICJ Judgment (1951). Asylum Case (Colombia/ Peru).
25. ICJ Judgment (1952). Rights of Nationals of United States in Morocco, (France v. United States of America).
26. ICJ Judgment (1960). Right of Passage over Indian Territory, (Portugal v. India).
27. ICJ Judgment (1969). North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/ Netherlands).
28. ICJ Judgment (1984). Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v. United States of America).
29. ICJ Judgment (2009). Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua).
30. PCA Award, phase I (1998). Sovereignty and Scope of Dispute, (Eritrea/ Yemen).
31. PCA Decision, (2002). Boundary Commission: Delimitation of the Border between Eritrea and Ethiopia (Eritrea/Ethiopia).
32. PCIJ Advisory Opinion (1927). Jurisdiction of the European Commission of the Danube.
33. PCIJ Advisory Opinion (1930). Free City of Danzing and ILO.

**Documents**

34. Costa Rica-Nicaragua Agreement (2002). Tovar-Caldera Agreement, 26 September.
35. ILC Report (2013). First Report on Formation and Evidence of Customary International Law, Michael Wood, Special Rapporteur.
36. ILC Report (2014). Second Report, on Identification of Customary International Law, Michael Wood, Special Rapporteur.
37. ILC Report (2015). Third Report on Identification of Customary International Law, Michael Wood, Special Rapporteur.
38. ILC Report (2016). Fourth Report on Identification of Customary International Law, Michael Wood, Special Rapporteur.
39. Pact of Bogota (1948). American Treaty on Pacific Settlement, 30 April.

**Internet Resources**

40. <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3>
41. <http://legal.un.org/ilc/>
42. <https://pca-cpa.org/en/cases/>
43. <https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=0800000280162ab6>