

## جایگاه عرف آنی در نظریه ها و رویه قضایی بین المللی

اعظم آریامنش<sup>۱</sup> / اسماعیل شاهسوندی<sup>۲</sup>

\* نوع مقاله: پژوهشی / تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۹/۰۲ / تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۱/۱۵

## چکیده

صدور قطعنامه ۱۹۶۳ راجع به فضا توسط مجمع عمومی و به تبع آن پیدایی واژه عرف آنی توسط پروفیسور بین چنگ توجه حقوقدانان و قضات بین المللی را به عناصر تشکیل دهنده عرف بین الملل جلب نمود. عرف بین الملل کلاسیک برای شکل گیری به هر دو عنصر مادی و عنصر معنوی نیاز دارد اما عرف آنی صرفاً وجود عنصر معنوی را برای تشکیل عرف کافی می داند. پس از طرح نظریه عرف آنی، طرفداران عرف آنی با این استدلال که شتاب تحولات بین المللی در زمینه های مختلف به ویژه فناوری خاصه عرصه فضا به سرعت در حال وقوع است شکل گیری قواعد حقوقی مرتبط با تحولات بین المللی را مطرح نمودند. گروهی از حقوقدانان معتقد به عدم نیاز به رویه دولت ها (عنصر مادی) در طول زمان طولانی هستند اما طرفداران عرف آنی مانند چنگ معتقد هستند که به طور کلی عدم حضور عنصر مادی خللی در شکل گیری عرف بین الملل ایجاد نمی کند و در این زمینه به تحولات عرصه حقوق فضا، به استناد قطعنامه ۱۹۶۳ حقوق فضا و رأی دادگاه کیفری بین المللی یوگسلاوی در قضیه کوپرشکیچ در کنار نظریه هایی مانند دفاع مشروع پیش دستانه استناد و عدم ضرورت وجود عنصر مادی را مطرح می کنند. آنچه مطرح است تردید دولت ها و حقوقدانان به حذف کامل عنصر مادی و تکیه صرف بر عنصر معنوی می باشد. این مقاله سعی دارد با نگاهی به رویه های قضایی و نظریه های موجود در زمینه عرف آنی به این سؤال پاسخ دهد که آیا عرف آنی در صدد حذف عنصر مادی است یا عرف بین الملل همچنان برای شکل گیری به هر دو عنصر مادی و عنصر معنوی نیازمند است. مطالب این مقاله به روش کتابخانه ای گردآوری و سپس تحلیل شده است.

**واژگان کلیدی:** عرف آنی، نظریه های بین المللی، رویه قضایی بین المللی.

<sup>۱</sup> دانشجوی دکتری تخصصی حقوق بین الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران شمال. (نویسنده مسئول)  
azamaryamanesh2@gmail.com

<sup>۲</sup> دکتری تخصصی حقوق تجارت بین الملل و عضو هیأت علمی، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران شمال.  
es.shahsavandi@ymail.com



## مقدمه

از ابتدای قرن نوزدهم با گسترش روابط بین‌المللی کشورهای مختلف جهان سعی نمودند روابط خود را نظم بخشیده و با تبدیل عرف موجود میان خود به قواعد نوشته و انعقاد معاهده با موضوعات گوناگون نظامی، سیاسی، اقتصادی، فرهنگی و... روابط خود را مستحکم نموده و پایدار نمایند. تا پیش از قرن نوزدهم عرف در سیستم‌های حقوقی مختلف همچون در رم، کامن‌لا، آنگلوساکسون جایگاه ویژه‌ای داشت و به قول رگلاند عرف منبع اصلی حقوق بود. برانلی در خصوص اهمیت قواعد عرفی بیان می‌دارد عرف بخشی ویژه و یا حوزه‌ای از مقررات حقوق بین‌الملل نیست، عرف همان حقوق بین‌الملل است و آنته رابرتز<sup>۱</sup> با بیان این دیدگاه که "رسانس عرف مستلزم بیان یک نظریه منسجم است که بتواند میانی کلاسیک و تحولات معاصر آن را در خود جای دهد" (۲۰۲۱: ۱، J. Casis) از ماندگاری و نقش عرف حمایت نموده است. اگرچه کوشش دولت‌ها در تبدیل قواعد عرفی به قواعد نوشته و انعقاد معاهدات دو جانبه و چند جانبه تا به امروز ادامه دارد اما هنوز هم عرف جایگاه خود را به عنوان یکی از منابع حقوق بین‌الملل حفظ نموده است به طوری که بند ب قسمت ۱ ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری به دیوان اجازه می‌دهد که برای حل و فصل اختلافات بین‌المللی مطروحه در دیوان به عرف (اعم از عام و خاص) مراجعه نماید. همان‌طور که در مقاله خواهد آمد عرف کلاسیک برای شکل‌گیری نیازمند به دو عنصر مادی (رویه دولت‌ها) و معنوی (اعتقاد به الزامی بودن) می‌باشد. و لفته در مورد دو عنصر مادی و معنوی معتقد است یک عرف بین‌المللی زمانی به وجود می‌آید که یک رویه خاص به حدی رسیده باشد که از سوی کشورهای ذینفع به عنوان بیانی از قانون پذیرفته شده باشد. عناصر تشکیل دهنده عرف بین‌الملل با پرتاب ماهواره‌ها به فضا و سکوت دولت‌ها و عدم اعتراض به گذشتن اشیاء فضایی از قلمرو هوایی (حاکمیت) آن‌ها و صدور قطعنامه ۱۹۶۳ راجع به فضا دچار تحول شده و موجب پیدایی واژه عرف آنی توسط پروفیسور بین چنگ گردید. عرف آنی به معنای این است که برای شکل‌گیری عرف صرف حضور الزام حقوقی و اعتقاد به آن (عنصر معنوی) کفایت می‌کند. چنگ با بیان اینکه تشکیل حقوق بین‌الملل عرفی صرفاً به عنصر باور حقوقی نیاز دارد؛ زیرا به نظر وی رویه صرفاً عنصری معمولی برای تشکیل این قواعد به شمار می‌آید و نه عنصری سازنده از عدم ضرورت وجود عنصر مادی عرف حمایت نموده است. عرف آنی توسط گروهی از قضات و حقوقدانان بین‌المللی رد شده است. به عنوان مثال قاضی سپولودا-آمور در نظریه جداگانه خویش طی پرونده اختلاف مربوط به "کشتیرانی و حقوق مربوط به آن میان" کاستاریکا و نیکاراگوئه در سال ۲۰۰۹ بیان نمود

<sup>1</sup> Anthea Roberts.



که زمان عامل مهمی در روند ایجاد حقوق بین‌الملل عرفی است و ادعای ایجاد حقوق بین‌الملل عرفی در مدت زمانی کوتاه مغایر با رأی دیوان در قضیه حق عبور دانسته می‌شود. اختلاف نظر در مورد ضرورت وجود یا عدم وجود عرف حتی در رویه قضایی وجود دارد که موجب به وجود آمدن نظریه‌های مختلف بین‌المللی شده است. آنچه به نظر صحیح می‌رسد این است که عرف آنی به معنای عدم وجود عنصر مادی یا امکان حذف عنصر مادی به طور کلی نیست همان‌طور که دیوان در قضیه فلات قاره دریای شمال ۱۹۶۹ بیان می‌دارد هر چند عملی که برای مدت زمان کوتاهی جریان داشته، لزوماً و به خودی خود مانعی برای شکل‌گیری یک قاعده جدید حقوق بین‌الملل عرفی نیست اما لازم است در یک زمان کوتاه طرز عمل عمومی کشورها به ویژه دولت‌های ذینفع، متواتر و عملاً یک شکل باشد و... این مقاله سعی دارد با توجه به شتاب تحولات بین‌المللی در زمینه‌های مختلف از جمله حقوق دریاها و فناوری خاصه در حیطه فضا که سرآغاز تغییر نگرش در ضرورت وجود هر دو عنصر مادی و معنوی بوده است به این امر بپردازد که ۱- آیا می‌توان دیدگاه جدید مطرح شده در میان حقوقدانان از جمله پروفیسور بین چنگ را در مورد عدم ضرورت وجود عنصر مادی در تشکیل عرف را به تمام موضوعات مطرح شده در عرصه بین‌المللی گسترش داد؟ ۲- آیا آراء صادر شده از دیوان بین‌المللی دادگستری و دیوان کیفری بین‌المللی بر مبنای حذف عنصر مادی صرفاً استثناء بوده است؟ در مطالبی که خواهد آمد به عناصر تشکیل دهنده عرف کلاسیک و عرف آنی با نگاهی به رویه قضایی و نظریه‌های بین‌المللی پرداخته می‌شود.

### ۱- جایگاه عرف در نظام‌های حقوقی و حقوق بین‌الملل

عرف و عادت قدیمی‌ترین پدیده حقوقی است و از زمان‌های بسیار کهن تا گذشته‌ای که چندان دور نیست تنها مظهر و جلوه‌گاه حقوق بوده چنان که مارک رگلاند<sup>۱</sup> تصریح کرده: «در حقیقت عرف منبع اول حقوق و نخستین مظهر آن است» و پیش از به وجود آمدن حقوق کتبی حاکمیت بلامنازعی داشته است. در دو قرن اخیر همواره با پیشرفت علم و صنعت انسان کوشیده است روابط حقوقی خود را تا آن درجه که میسر است از صورت عرفی محض خارج سازد و اصولی بنا نهد که تردیدی در آن‌ها نباشد. تبدیل حقوق عرفی در رم به حقوق نوشته و ایجاد تحول در نظام حقوقی ملی و بین‌المللی یکی از این تلاش‌ها می‌باشد. در ابتدا حقوق رم به صورت غیر کتبی بود و از عرف‌های قدیمی مردم ایتالیا که رم را بنیان نهاده بودند، تشکیل می‌یافت. رو آوردن رومیان به حقوق مکتوب ناشی از این ضرورت بوده است که غیر کتبی بودن حقوق در آن دوران به

<sup>1</sup> Mark Regland



پاتریسین‌ها<sup>۱</sup> امکان می‌داد تا در حقوق خصوصی حتی در حقوق جزا روش خودسرانه و غیرعادلانه‌ای در پیش گیرند. پلبین‌ها<sup>۲</sup> در مقابل این بیداد بر انگیخته شدند و در نتیجه پامردی و کوشش آنان با وجود مقاومت طولانی پاتریسینها سرانجام بین دو گروه مزبور توافق به عمل آمد و حقوق خصوصی و عمومی در حدود امکانات و مقتضیات آن عهد از طرف مأمورین مخصوص جمع‌آوری و در الواح دوازده‌گانه درج و منتشر و منشأ تحول عظیم و بی سابقه‌ای در حقوق رم بلکه در حقوق بسیاری از ملل جهان گردید. در نتیجه در رم زمانی طولانی روابط حقوقی بر اساس عرف و عادت فیصله می‌یافت و پس از رواج حقوق مکتوب نیز بنا به ضرورت در کنار مقررات کتبی دوام آورد و اعتبار خود را کم‌وبیش حفظ کرد (بجنوردی، ۱۳۸۱: ۳۸). در حقوق کامن لا، کشورهایی که دارای نظام حقوق عرفی (کامن لا) هستند مانند بریتانیا، ایالات متحده آمریکا، استرالیا و نیوزیلند عرف قدیمی‌ترین منبع حقوق بوده است. در این معنا حقوق عرفی در مقابل حقوق نوشته قرار می‌گیرد که در کشورهای اروپای قاره‌ای حاکم است (Brian 146:2003) و در مورد حقوق کشورهای آنگلوساکسون باید گفت با آنکه حقوق بریتانیا از حقوق رم و حقوق کلیسا هردو متأثر گردیده ولی هیچ‌گاه مانند حقوق فرانسه به طور کامل به وسیله حقوق رم و یا از طریق رخ دادن انقلاب و استقرار کامل شیوه قانون‌گذاری تجدید حیات در طول تاریخ به طور آرام و یکنواخت به سیر و حیات تکامل بخش خود ادامه نداده است. اکثر حقوقدانان بریتانیا تصور می‌نمایند در صورت قبول اسلوب قانون‌گذاری به سنن حقوق آن‌ها لطمه وارد می‌شود. از خصایص ذاتی حقوق انگلستان اعتقاد به حفظ سنن و سوابق حقوقی می‌باشد که از تاریخ آن سرزمین پدید آمده و با آن عجین شده است. (بجنوردی، ۱۳۸۱: ۲۴-۲۵) امروزه در بریتانیا از عرف‌های اساسی برای پر کردن فضاهای خالی عرصه حقوق اساسی که ممکن است به وسیله متون نوشته تکمیل نشده باشد استفاده می‌شود. (حبیب نژاد، عامری، ۱۱۹-۱۲۰: ۱۴۰۰) علاوه بر آنچه در مورد عرف ذکر شد قواعد عرفی به خاطر دارا بودن ویژگی‌هایی، از منزلتی عالی در سطح بین‌المللی برخوردار بوده و بسیار بیشتر از سایر منابع حقوقی می‌توانند خود را با ساختار کنونی جامعه بین‌المللی منطبق نمایند. از ویژگی‌های آن می‌توان به این موارد اشاره کرد: الف. انطباق‌پذیری سریع آن با تحولات بین‌المللی ب. عام بودن قواعد آن؛ به عبارت دیگر حقوق بین‌الملل عام، تنها حقوق عرفی است. این نظر که اکنون نظری غالب است، معاهدات بین‌المللی را فقط موجد قواعد خاص می‌داند(مختاری

<sup>1</sup> Patrician

- پاتریسین‌ها عضوی از طبقه ممتاز روم قدیم. بر سنا تسلط داشتند. در قرن ۵ و ۴ پ، م، پلبین‌ها، یعنی طبقه عوام، نیز بسیاری از حقوق انحصاری پاتریسین‌ها را به دست آوردند (abadis.ir)

<sup>2</sup> Plebs



مطلق، عزیززی، ۱۳۹۴:۱۶۲). عرف در بند "ب" ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری به عنوان یکی از منابع قابل استناد برای حل و فصل اختلافات ارجاعی به دیوان معرفی شده است. (Statute of the International Court of Justice)

## ۲- عناصر تشکیل دهنده عرف کلاسیک

### ۲-۱- عنصر مادی

همان‌طور که بیان شد عرف یکی از منابع قدیمی و مهم حقوق بین‌الملل می‌باشد. موجودیت عرف به دو عامل عنصر مادی و عنصر معنوی یا روانی بستگی دارد. عرف در مرحله نخست، یک رفتار مشترک یا معمول میان کشورها و در مواردی میان سازمان‌های بین‌المللی با یکدیگر و مسبوق به سابقه است به دیگر معنا از تکرار یک عمل مستند، نافذ، قاطع، ثابت و بدون اعتراض و تردید آن‌ها و به تدریج در یک مدت زمان طولانی حاصل می‌شود. این خصیصه را عنصر مادی عرف می‌نامند. (ضیایی بیگدلی، ۱۳۹۸:۱۲۵) به بیان دیگر منظور از عنصر مادی، همان رویه عام تابعان فعال حقوق بین‌الملل است؛ یعنی اینکه راجع به موضوعی، رفتاری یکسان داشته باشند حال این رفتار می‌تواند شامل فعل<sup>۱</sup> یا ترک فعل<sup>۲</sup> باشد. (محمودی، ستایش پور، ۱۳۹۷:۲۳۶) در همین رابطه پروفیسور ولفکه معتقد است یک عرف واقعی عمداً توسط کسی ایجاد نمی‌شود از نظر وی این یکی از ویژگی‌های اصلی تفاوت فی مابین قواعد عرفی با معاهدات است. روند شکل‌گیری حقوق عرفی مستمر است این در جریان یک فرآیند کم و بیش پیچیده در حوزه پدیده‌های اجتماعی بین‌المللی به وجود می‌آید. ولفکه معتقد است: یک عرف بین‌المللی زمانی به وجود می‌آید که یک رویه خاص به حدی رسیده باشد که از سوی کشورهای ذینفع به عنوان بیانی از قانون پذیرفته شده باشد. (Bodansky؛ ۱۹۹۵:۶۷۱) دیوان بین‌المللی دادگستری در ۲۰ فوریه ۱۹۶۹ در رأی مربوط به فلات قاره دریای شمال بیان می‌دارد "هر چند عملی که برای مدت زمان کوتاهی جریان داشته، لزوماً و به خودی خود مانعی برای شکل‌گیری یک قاعده جدید حقوق بین‌الملل عرفی نیست اما لازم است در یک زمان کوتاه طرز عمل عمومی کشورها به ویژه دولت‌های ذینفع، متواتر و عملاً یک شکل باشد. در مورد ترک فعل هم خودداری ساده، تشکیل قاعده عرفی را نمی‌دهد بلکه باید اراده کشورها به طریق مطمئنی آن را ابراز نماید و ثابت شود که خودداری با آگاهی به وظیفه

<sup>1</sup> Action

<sup>2</sup> Inaction



خودداری نمودن بوده است زیرا توافق غیرقابل بحث و ضمنی کشورها بسیار نادر است. (MontatMendz, ۲۰۲۲)

## ۲-۲- عنصر معنوی یا روانی

عنصر معنوی به معنای باور به الزامی بودن رفتار است. وجه تمایز عرف و عادت در وجود یا فقدان عنصر معنوی است؛ به عبارت دیگر، صرف وجود رویه دولت‌ها دلیلی بر وجود عرف نیست. (Byers, ۲۰۱۹: ۲۸۲) به طور کلی پذیرفته شده است که تنها تکرار سوابق کفایت نمی‌کند و یک قاعده عرفی فقط در صورتی وجود دارد که دلیل و انگیزه عمل مورد نظر ما آگاهی و وجدان به یک تکلیف و تعهد حقوقی باشد. بنابراین رویه به تنهایی ایجاد عرف نمی‌کند. (مظاهری، ۱۳۹۷: ۱۴۳) به عبارت دیگر زمانی که هر دو عنصر مادی (عنصر کمی) و معنوی (عنصر کیفی) در یک جا جمع شوند رویه بین‌المللی به حقوق بین‌الملل عرفی تبدیل می‌شود و دولت‌ها را ملزم به رعایت آن می‌کند. (Paris, Fon, ۲۰۰۹: ۲۸۶) بنابراین عرف در مرحله دوم به منزله رویه الزام‌آور حقوقی تجلی می‌کند، عرف به عنوان قاعده حقوقی باید پذیرفته شود. (کاسسه، ۱۳۸۸: ۲۲۰) به بیان دیگر یقین بر اینکه چنین عملکردی نمایانگر قاعده حقوق بین‌الملل یا به مثابه آن است (عنصر معنوی) و یا در اثر الزامات سیاسی، اقتصادی یا اجتماعی، انجام آن لازم شده است (اعتقاد به ضرورت انجام رفتار). دیوان بین‌المللی دادگستری در رأی مورخ ۲۰ نوامبر ۱۹۵۰ در قضیه حق پناهندگی هایادولاتوره، دعوی میان کلمبیا و پرو چنین حکم داده است: طرفی که به عرف استناد می‌کند، باید مدلل دارد که عرف مذکور (عرف استنادی) به ترتیبی ایجاد شده که رعایتش برای طرف دیگر نیز لازم و اجباری است. در نتیجه هر عضوی از جامعه جهانی می‌تواند در زمان ایجاد یک قاعده عرفی مخالفت خود را نسبت به آن ابراز دارد و از این طریق زیر بار اجرای قاعده‌ای نرود که با منافعش منطبق نیست. (ضیایی بیگدلی، ۱۲۶-۱۲۷: ۱۳۹۸)

## ۳- عرف بین الملل

در نخستین مرحله شکل‌گیری هر جامعه، قواعد رفتاری "مقبول و موجه" توسعه می‌یابند. جامعه بین‌المللی نیز از این قاعده مستثنی نیست. به هر دلیلی که باشد، دولت‌ها در روابطشان با یکدیگر "آنچه را که می‌خواهند" انجام می‌دهند نه لزوماً آنچه را که توافق کرده‌اند. از این رو با افزایش روابط دولت‌ها با یکدیگر ضوابط رفتاری خاص به صورت قواعد حقوق بین‌الملل عرفی متبلور می‌شود (والاس، ۱۳: ۱۳۹۷). در شکل‌گیری حقوق بین‌الملل، عرف نقش اصلی داشته است و می‌توان تصدیق نمود که تا مدت زمانی بسیار طولانی، حقوق بین‌الملل اساساً دارای ماهیت عرفی بوده است



همچنین عرف پایه و اساس تصمیمات متعدد قضایی بوده است، از جمله رأی شماره ۹ دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی در قضیه لوتوس: "در صورت فقدان یک قاعده معاهده‌ای، صحت سیستم دفاعی فرانسه، بستگی به وجود یک قاعده عرفی دارد که از قدرت حقوقی بوده و کشور فرانسه به آن صحنه گذارده باشد". براونلی در بیان اهمیت قواعد عرفی در نظام حقوق بین‌الملل چنین می‌نویسد "عرف، بخشی ویژه و یا حوزه‌ای از مقررات حقوق بین‌الملل نیست، عرف همان حقوق بین‌الملل است". (Brownlie, ۱۹۹۸: ۱۱۸) در عصر سازمان ملل هانس کلسن در تعریف عرف بین‌المللی اظهار داشت که "عرف بین‌الملل توصیف ناخودآگاه و غیر عمدی قانون سازی است که هرگز از یک فرآیند قانون‌گذاری عمدی به وجود نیامده است ولی تضمینی برای توجیه عملکرد دولت در سطح روابط بین‌الملل است. (رسول پور، جعفری، ۱۳۹۹: ۳۶) عرف بین‌الملل عبارت است از رویه، عملکرد یا رفتار (پراتیک) که هر کشور یا سازمان بین‌المللی در مناسبات خود با کشور یا سازمان بین‌المللی دیگر دارد. رفتار مذکور مبین اعتقاد حقوقی آن کشور یا سازمان بین‌المللی است. البته کشور یا سازمان بین‌المللی که در مقابل این رفتار قرار می‌گیرد باید آن را پذیرا بوده و به آن اعتقاد حقوقی داشته باشد و عدم اعتراض یا سکوت به معنای پذیرش است. (ضیایی بیگدلی، ۱۳۹۸: ۱۲) استاد ویرالی به نقش برتر و مرکزیت عملکرد و پراتیک معتقد است و این که عنصر معنوی یا اپنیو یوریس<sup>۱</sup> گرد آن شکل می‌گیرد.

#### ۴- ظهور نظریه‌های جدید میان حقوقدانان در زمینه عناصر تشکیل دهنده عرف

##### ۴-۱- مدافعان و مخالفان ضرورت وجود عنصر مادی عرف

هادسون عالم نامور حقوق بین‌الملل که تصدی منصب قضا در دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری و عضویت در کمیسیون حقوق بین‌الملل را در کارنامه خود دارد، وجود چهار عنصر را برای تشکیل قاعده حقوق بین‌الملل ضروری می‌داند. یکی از آن چهار عنصر استمرار یا تکرار یک رویه در مدت زمان قابل توجه<sup>۲</sup> است (محمودی، ستایش پور، ۱۳۹۷: ۲۱۵) قاضی سپولودا-آمور در نظریه جداگانه خویش طی پرونده اختلاف مربوط به "کشتیرانی و حقوق مربوط به آن میان" کاستاریکا و نیکاراگوئه در سال ۲۰۰۹ بیان نمود که زمان عامل مهمی در روند ایجاد حقوق بین‌الملل عرفی است و ادعای ایجاد حقوق بین‌الملل عرفی در مدت زمانی کوتاه مغایر با رأی دیوان در قضیه حق عبور دانسته می‌شود ((Costa Rica v. Nicaragua ۲۷۹: ۲۰۰۹ گروهی از حقوقدانان مانند

<sup>1</sup> Opinio Jorious

<sup>2</sup> considerable



پروفسور کریکس<sup>۱</sup> بر این اعتقاد هستند که در صورت وجود رویه‌ای گسترده و یکپارچه نیاز به اثبات وجود عنصر حقوقی کاهش می‌یابد و چنین رویه‌ای خود ادله وجود اعتقاد حقوقی نیز خواهد بود. (البته این نظر در آراء دیوان بین‌المللی دادگستری رد شده است) (عزیزی، مختاری، ۱۷۴: ۸۱) همچنین پروفسور ولفکه معتقد است وجود قاعده عرفی برای قرن‌ها مبتنی بوده است بر ریشه‌های مادی و نه کلامی، و این که عرف از رهگذر اعمال فیزیکی ایجاد می‌شده است و نه تعهد به انجام چنین اعمالی. (زر نشان، ۱۳۹۳: ۸۱) با توسعه و شکل‌گیری روابط بین‌المللی در چند دهه اخیر و شتاب در پیدایش قاعده حقوقی این اعتقاد حاصل گردید که به عمل مستمر، در طول زمان طولانی نیاز نیست. مسائلی مانند آلودگی محیط‌زیست، هوانوردی، حقوق بشر، تروریسم، مبارزه با جرایم بین‌المللی و تجاوز نظامی موجب نیازمندی به قواعدی خاص در این حوزه‌ها گردیده است. به عبارت دیگر حقوق بین‌الملل تحت فشار عوامل فوق ناگزیر به ایجاد قاعده می‌گردد و از آن جا که پدیده‌های اجتماعی مذکور حاصل نزدیک شدن کشورها به یکدیگر است راه‌حل‌های جهانی و مشترک می‌طلبد راه‌حل‌های دو جانبه یا چند جانبه به نتیجه مطلوب نخواهد رسید. (هنجی، ۲۴۲-۲۴۱: ۱۳۷۲) تونکین علی‌رغم اذعان به نقش درخور اهمیت بین‌الملل عرفی، اظهار می‌دارد که، سپری شدن مدت زمان طولانی لزوماً به مثابه تکوین حقوق بین‌الملل عرفی نیست. (محمودی- ستایش پور، ۱۳۹۷: ۲۴۲) پروفسور برونلی معتقد است اگر پیوستگی و عام بودن ثابت شود، هیچ مدت زمان خاصی ضروری نیست. البته گذر زمان بخشی از اماره عام بودن و پیوستگی است. (Brownlie, ۱۹۹۰: ۵) همچنین نویسندگانی همچون آنته رابرتز<sup>۲</sup> تفسیر جدیدی از عرف بین‌الملل ارائه داده و عنوان می‌کنند که دیگر چندان نیازی به عنصر مادی عرف (رویه دولت‌ها) نیست و باور کفایت می‌کند<sup>۳</sup>. آنتونی داماتو<sup>۴</sup> با تکیه بر همین استدلال، عناصر مادی عرف مانند تکرار رفتارها، سپری شدن مدت زمان خاص و رویه عمومی دولت‌ها را از عناصر اولیه و اساسی برای شکل‌گیری عرف نمی‌داند و با استناد به قطعنامه ۱۹۶۳ مجمع عمومی سازمان ملل متحد در مورد "آزادی فضا" عنوان می‌کند که چنانچه رفتار دولت‌ها پس از صدور قطعنامه مجمع عمومی سازگار با آن قطعنامه باشد، در این صورت عرف بین‌المللی (بدون تأیید پیشینی قاعده حقوقی توسط دولت‌ها) شکل خواهد گرفت. (موسی زاده، ۱۳۹۵: ۲۹۵)

<sup>1</sup> Kirgis

<sup>2</sup> Anthe Raberts

<sup>3</sup> Rommel J. Casis. (op.cit)22.

<sup>4</sup> Anthony D'Amatho





#### ۴-۲- پیدایی واژه عرف آنی و تزلزل جایگاه عنصر مادی عرف

واژه عرف خلق الساعه اصطلاحی است که نخستین بار پروفسور<sup>۱</sup> Bin Chang به تبع صدور قطعنامه مجمع عمومی در سال ۱۹۶۵ راجع به فضا آن را ابداع نمود (Chang, 1997: ۱۳۰). به نقل از<sup>۲</sup> Abi Saab پروفسور چانگ معتقد است که عنصر معنوی عرف نقش مهم و اساسی داشته حتی می‌توان از عملکرد صرف نظر نمود. (هنجی، ۲۴۲-۲۴۳: ۱۳۷۲) ایده عرف آنی بر این نظر استوار است که یک باور و اعتقاد حقوقی که توسط کل جامعه دولت‌ها ابراز شده باشد به خودی خود این قابلیت را دارد که یک قاعده حقوقی محسوب شود. در این زمینه عنصر معنوی عرف نقش بسیار تعیین کننده ای دارد. (مظاهری، ۱۳۹۷: ۱۴۶) به دیگر معنا طرفداران عرف آنی معتقدند قوانین عرفی می‌توانند در غیاب عنصر مادی و عملکرد دولت‌ها شکل بگیرند. (Scharf, ۱۹۹۷: ۳۴۰) و نیازی به انجام رویه دیرینه نیست و یک عمل واحد که توسط کشورها پذیرفته شده یا حداقل مخالفت نشده برای تشکیل عرف کافی است. (Boris, ۲۰۱۷: ۹)

#### ۵- عرف آنی در آراء قضایی بین‌المللی

### ۵-۱- حقوق فضایی و عرف آنی

از اواخر قرن بیستم و اوایل قرن بیست و یکم تأکید دادگاه‌های بین‌المللی بر احراز رویه عملی دولت‌ها در شناسایی عرف بین‌المللی کمرنگ شده است و حداقل دادگاه‌ها در احراز عرف بین‌المللی مسئله رویه کلامی و فیزیکی عام دولت‌ها و در مواردی استنکاف دولت‌ها به طور عام را به صورت کامل و صد در صدی سرلوحه کار خود قرار نمی‌دهند. در مقام توضیح مطلب بیان شده، به یکی از زمینه‌های حقوقی مهمی که در واقع فناوری خالق آن بوده است یعنی حقوق فضایی پرداخته می‌شود. (باقری، ۱۳۹۸: ۱۰۴) دشوار است که غیر از حقوق فضا رشته دیگری از حقوق بین‌الملل را بیابیم که این چنین وابسته به فناوری باشد. « به بیان دیگر، توسعه سریع و پرشتاب حقوق فضا یکی از شاخص‌ترین پیشرفت‌ها در کل منظومه حقوق بین‌الملل بوده است البته حقوق فضا بدون فناوری که منجر به کاوش فضای ماورای جو شد بی‌معناست. (محمودی، ۱۳۹۰: ۳۰۴) در طول سال‌های پیش از جنگ جهانی دوم، پیشرفت قابل توجهی در فناوری فضایی در کشورهایی مانند آلمان، شوروی و ایالات متحده صورت گرفت. طبیعتاً این فعالیت‌ها در طول جنگ تقویت شد و در

<sup>۱</sup> Bin Chang

<sup>۲</sup> Abi Saab



نهایت منجر به پرتاب اسپوتنیک ۱ در ۱۹۵۷ توسط شوروی شد. اولین ماهواره‌ای که در مدار زمین وارد گردید. این دستاورد خیلی زود همراه با تجربیات موفق بعدی شد که هدف آن کاوش و تحلیل بعد جدیدی بود که در دیدگان بشری عیان شده بود. بر خلاف وضعیت حاکم بر قلمرو هوایی، دولت‌ها پذیرفته‌اند که اشیای فضایی بر فراز سرزمین آن‌ها عبور کند و هیچ دولتی مدعی نشده چنین فعالیتی به منزله نقض حاکمیت هوایی آن است (وجود اعتقاد حقوقی) کاوش فضای ماورای جو، لزوماً این نظریه که محدوده فوقانی جو تا بی نهایت امتداد می‌یابد را تغییر داده است و در حال حاضر این امر مورد شناسایی قرار گرفته است که حاکمیت ملی باید در نقطه‌ای متوقف شود. صرف وجود اعتقاد حقوقی به عنوان یک عنصر تشکیل‌دهنده عرف هیچ‌گاه به اندازه حقوق بین‌الملل فضایی مورد تأکید قرار نگرفته است. همان‌طور که بیان شد بین چنگ نظریه پرداز برجسته حقوق بین‌الملل برای اولین بار مفهوم حقوق آبی یا خلق الساعه را در قالب حقوق بین‌الملل فضایی و به دنبال صدور قطعنامه ۱۹۶۳ صادره از مجمع عمومی بیان نمود. وی اظهار داشت که تشکیل حقوق بین‌الملل عرفی صرفاً به عنصر باور حقوقی نیاز دارد؛ زیرا به نظر وی رویه صرفاً عنصری معمولی برای تشکیل این قواعد به شمار می‌آید و نه عنصری سازنده. چنگ افزود، رویه عام تنها می‌تواند دال بر وجود و محتوای قاعده اصلی و لازمه باور حقوقی باشد. (Cheng, 1997: 10-17). در این نظریه زمان جز عناصر شکل‌گیری حقوق عرفی فضایی نیست البته تا آنجا که کشورها بر آنچه انجام می‌دهند توافق نمایند. توافق لزوماً به معنای رویه پایدار نیست. نه تنها غیرضروری است که رویه طولانی شود بلکه همچنین نیازی نیست که رویه به شیوه رویه دولتی تکراری شود به شرط آنکه اعتقاد حقوقی به الزام‌آور بودن آن تثبیت شود. (محمودی، ۱۳۹۰: ۳۱۳)

## ۵-۲- فلات قاره دریای شمال و عرف آبی

یکی دیگر از پرونده‌هایی که دیوان بین‌المللی دادگستری به طور گسترده عناصر حقوق عرفی (عرف آبی) را مورد بحث قرار داده است قضیه فلات قاره دریای شمال است به نظر دیوان " حتی بدون گذر یک مدت زمان قابل ملاحظه، مشارکت گسترده و نمایندگی در کنوانسیون می‌تواند کافی باشد به شرط آنکه شامل آن کشورهای که منافعشان به طور خاص تحت تأثیر قرار گرفته است باشد." شرط یکسانی و پیوستگی به این معنا نیست که یک رویه مشخص باید به وسیله اکثریتی از کشورها اعمال شود تا بتوان بدان عرف گفت. مانفرد لاکس در قضایای فلات قاره دریای شمال بر این نظر است برای آنکه یک قاعده یا اصل حقوق بین‌الملل الزام‌آور باشد نیازی نیست که پذیرش جهانی به همراه داشته باشد. همه کشورها مجالی برای اعمال یک قاعده معین را ندارند. این دلیل را باید در رفتار تعداد زیادی از کشورها یا به هر حال اکثریت عظیم کشورهای ذی نفع



جستجو نمود. (محمودی، ۱۳۱۳-۱۳۹۰:۳۱۴) قاضی تاناکا در نظریه مخالف خود در همین رأی اظهار داشت که "عامل زمان، یعنی مدت زمان عرف، از جمله عوامل مؤثر در تشکیل قاعده حقوق بین‌الملل عرفی است. (ICJ Reports, ۱۹۶۹:۱۷۶-۱۷۵)

### ۵-۳- عرف آنی در نظریه دفاع مشروع پیشدستانه

دکترین دفاع مشروع پیشدستانه، دفاع مشروع را در وضعیت‌های خاص مجاز می‌شمارد. طبق دکترین مذکور پاسخ مسلحانه به حملات قریب‌الوقوع یا آنجا که حمله‌ای وقوع یافته و دولت قربانی دریافت کرده است که حملات بیشتری در حال طراحی است مجاز می‌باشد. (موسوی، حاتمی، ۱۳۸۵:۳۰۴) کشورهای جهان در مورد این دیدگاه نظرات مختلفی دارند. مفهوم دفاع از خود پیش‌دستانه ریشه در حقوق بین‌الملل عرفی دارد اما به دلیل فقدان موضوعیت آن و همچنین با توجه به استقرار حقوق بین‌الملل مدرن، با تصویب منشور ملل متحد، و همچنین تأکید مؤکد این سند بین‌المللی بر ممنوعیت کامل و جامع کاربرد زور یک جانبه در روابط بین‌الملل، هیچ‌گاه به صورتی جدی به آن پرداخته نشده بود اما پس از حادثه ۱۱ سپتامبر این مفهوم تکوین یافته و به دلیل عدم کفایت و بسندگی منشور ملل متحد در مواجهه با معضل تروریسم، زیر بنائی تئوریک برای ایالات متحده برای مبارزه با تروریسم فراهم آورد. مسئله مهم این است که موضوعی تحت عنوان دفاع از خود پیش‌دستانه در هیچ جای منشور مندرج نگشته برداشت این قاعده تنها از تفسیر موسع اصل ۵۱ منشور ملل متحد مستفاد می‌شود. قاعده مذکور مبنائی بسیار خطرناک را در روابط بین‌الملل بنیان گذارده است ایالات متحده با استناد به این قاعده پس از تهاجم به عراق و تغییر رژیم این کشور و همچنین اعمال قتل هدفمند افرادی که آن‌ها را رهبر یا اعضای گروه‌های تروریستی می‌خواند، در صدد خلق قاعده‌ای عرفی در حقوق بین‌الملل می‌باشد که از آن به عنوان عرف آنی (ظریف، آهنی امینه، ۱۳۹۱:۴۳) یاد می‌کنند. علاوه بر ایالات متحده آمریکا در دفاع از دکترین دفاع مشروع پیش‌دستانه و شکل‌گیری عرف آنی اسرائیل نیز از جمله کشورهایی می‌باشد که با نظریه فوق موافق است. اسرائیل با توسل به این دیدگاه در تاریخ ۱۹۶۷ علیه مصر، در سال ۱۹۷۵ علیه اردوگاه فلسطینی‌ها در لبنان (موسوی، حاتمی، ۳۰۴-۳۰۶:۱۳۸۵) در سال ۱۹۸۱ علیه عراق و تخریب نیروگاه در دست ساخت عراق در ازیراک، و در نیمه شب ۵ سپتامبر ۲۰۰۷، در عملیات غافلگیرانه با هشت جت جنگنده اف-۱۵ و اف-۱۶ به نیروگاه سوریه در الخبیر حمله کرد. طرفداران نظریه دفاع مشروع در مورد شکل‌گیری یک عرف آنی به طرح قضایایی پرداخته‌اند:



۱- در سال ۱۹۵۶ اتحاد جماهیر شوروی به پایگاه های خرابکاری آمریکا در مجارستان حمله کرد که به موجب قطعنامه مجمع این عمل محکوم گردید.

۲- اسرائیل در سال ۱۹۸۲ در جواب حملات سازمان آزادی بخش فلسطین به لبنان حمله کرد. این حمله توسط افکار عمومی محکوم شد.

۳- در ۲۰ اوت ۱۹۹۸ ایالات متحده آمریکا به افغانستان و سودان حمله هوایی کرد. این حملات در پی بمب گذاری های سفارتخانه ایالات متحده در کنیا و تانزانیا در ۷ اوت ۱۹۹۸ انجام شده. این عملیات نیز در کل پذیرفته نشدند. قضایای فوق مورد اعتراض مداوم کشورها بود لذا شکل گیری عرف بر اساس حقوق بین الملل امکان پذیر نمی باشد.

گروهی از حقوقدانان طرفدار نظریه فوق و گروهی مخالف هستند. قاضی هیگنز و قاضی اش ویل که هر دو آن ها از قضات دیوان بین المللی دادگستری هستند در این رابطه چنین بیان می دارند: در عصر اتم عقل سلیم حکم می کند که نمی توان نیازمند تفسیری از یک اصل مبهم در یک متن ماند، تا در این راه، یک دولت پیش از آنکه بتواند از خود دفاع نماید، منفعلانه منتظر سرنوشت خویش بماند. اما برخی دیگر از حقوقدانان از جمله برانلی، لامبرتی<sup>۱</sup> آن رد کرده اند. اما سؤال این است که آیا در رابطه با دفاع مشروع پیش دستانه عرف آنی شکل گرفته است؟ همان طور که در قسمت های پیشین بیان شد برای شکل گیری عرف آنی نیاز به عنصر مادی عرف (رویه منسجم و یکسان) نیست و صرفاً عنصر معنوی کفایت می کند در مورد دفاع پیش دستانه عنصر مادی عرف شکل گرفته است. به نظر طرفداران این دکترین بعد از حملات ۱۱ سپتامبر عنصر معنوی عرف شکل گرفت و در مورد عنصر مادی آن (که مورد نیاز نمی باشد) هم تکرار یک عمل به طور منسجم در عالم خارج عینیت یافته که این (عنصر مادی) در مورد عرف آنی عملاً نباید شکل گرفته باشد، بنابراین با توجه به وقایعی که قبل و بعد از ۱۱ سپتامبر صورت گرفت و با توجه به اعتراض مداوم دولت ها به قضایای مطروحه در شماره های ۱ الی ۳ و فقدان اعتقاد حقوقی و الزام حقوقی به عنوان عنصر تشکیل دهنده عرف در قضایای مطروحه باید گفت عرف آنی در دکترین دفاع مشروع پیش دستانه شکل نگرفته است. (موسوی، حاتمی، ۳۰۶-۳۰۷-۳۱۳: ۱۳۸۵)

<sup>1</sup> Lambertzendari



## ۵-۴- عرف آنی در پرونده کوپرشکیچ

دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق ( ICTY : International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia ) در برخی پرونده ها بدون توجه به عملکرد دولتی واقعی و صرف تکیه بر وجود عنصر اعتقاد حقوقی قوی به جستجوی حقوق بین‌الملل عرفی پرداخته و در نهایت قائل به تبلور قاعده عرفی شده است. در پرونده کوپرشکیچ<sup>۱</sup> سرباز سابق ارتش کروات‌های بوسنی با هفت نفر دیگر به تجاوز و کشتار سازماندهی شده مردم مسلمان دره "لاساوا" و "ویتز" و روستای "آهمیچی" در بهار ۱۹۹۳ متهم بود (ایرنا، ۲۷ آذر: ۱۳۷۶) دیوان به هنگام بررسی ماهیت قاعده‌های عرفی مبنی بر ممنوعیت اقدامات تلافی جویانه علیه غیرنظامیان قبل از پیش‌نویس مواد ۵۱ و ۵۲ پروتکل اول ۱۹۷۷ "اقتضائات انسانی و الزامات وجدان عمومی" مورد توجه قرار گرفتند. دادگاه با غیرممکن دانستن ایجاد عملکرد دولتی دائمی و گسترده در خصوص ممنوعیت اقدامات تلافی جویانه علیه غیرنظامیان، قطعنامه ۲۶۷۵ مجمع عمومی سازمان ملل متحد و تصویب گسترده پروتکل اول ۱۹۷۷ و یادداشت ۷ می ۱۹۸۳ کمیته بین‌المللی صلیب سرخ را به عنوان شاهدهی از عنصر اعتقاد حقوقی دانسته و با تأکید صرف بر این عنصر به ممنوعیت اقدامات تلافی جویانه علیه غیرنظامیان طبق حقوق بین‌الملل عرفی اشاره نمود. (حبیبی، رضانی، ۱۴۰۱: ۱۹) همان‌طور که بیان شد عرف کلاسیک برای شکل‌گیری به دو عنصر مادی و معنوی نیازمند است. با توجه به اینکه معیار تشکیل عرف نظری می‌باشد و در عمل صرفاً عنصر مادی (عملکرد و رویه دولت‌ها) قابل مشاهده و ارزیابی است از این رو اثبات وجود عنصر معنوی سخت و لحظه حضور رکن مادی و رکن معنوی دقیقاً معلوم نیست. همان‌طور که مشاهده شد وجود دکترین‌های مختلف در زمینه نیاز به حضور یا عدم حضور هر دو عنصر عرف و یا یکی از عناصر مادی و معنوی در تشکیل عرف نشان از اختلاف‌نظر میان حقوقدانان و قضات نامی همچون هادسون، مگ دوکال، پروفیسور ولفکه، پروفیسور چنگ، پروفیسور داماتو و پروفیسور برانلی دارد. هادسون حقوقدان نامی معتقد است برای تشکیل عرف حتماً به هر دو عنصر نیاز است در حالی که پروفیسور چنگ خالق عرف آنی معتقد است نیاز برای شکل‌گیری عرف نیاز به عنصر مادی نیست و صرف وجود عنصر معنوی کفایت می‌کند. و این اختلاف‌نظر حتی در آراء قضایی هم دیده می‌شود.

<sup>1</sup> Kupreškić



## نتیجه گیری

بی‌شک تحولات بین‌المللی در موضوعات مختلف همچون فناوری، نظامی، سیاسی، اقتصادی، فرهنگی، تروریسم، مواد مخدر، محیط‌زیست، دریاها با شتاب فزاینده‌ای در حال وقوع است همین امر ایجاب می‌کند که خلاء قواعد حقوقی موجود در عرصه بین‌المللی با انعقاد معاهدات و با تکیه بر عرف بین‌المللی به عنوان یکی از منابع مهم و شناخته شده در تمام سیستم‌های حقوقی جهان رفع شود. پیدایی عرف آنی یکی از تلاش‌های حقوقدانان برای پاسخ به نیازهای حقوقی عرصه بین‌المللی می‌باشد. اگرچه مبتکر این نظریه پروفیسور بین چنگ معتقد است که برای شکل‌گیری عرف بین‌الملل نیاز به حضور عنصر مادی (رویه دولت‌ها) نمی‌باشد اما به نظر می‌رسد مجامع بین‌المللی به ویژه دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه فلات قاره دریای شمال ۱۹۶۹ بر حضور رویه دولت‌ها (عنصر مادی) هر چند در مدت زمان کوتاه اشاره نموده است و این رأی نشان دهنده عدم امکان حذف عنصر مادی عرف در شکل‌گیری عرف است و در نظرات قضات دیوان هم مورد تایید قرار گرفته است "عامل زمان، یعنی مدت زمان عرف، از جمله عوامل مؤثر در تشکیل قاعده حقوق بین‌الملل عرفی است". همچنین در دکتترین دفاع مشروع پیش دستانه هم با توجه به اعتراض مداوم دولت‌ها به عنوان (عنصر مادی) و فقدان اعتقاد حقوقی و الزام حقوقی به عنوان عنصر تشکیل دهنده عرف باید گفت عرف آنی در دکتترین دفاع مشروع پیش دستانه شکل نگرفته است در این پرونده عنصر مادی وجود دارد اما عنصر معنوی وجود ندارد. در پرونده کوپرشکیچ دادگاه کیفری یوگسلاوی سابق در مورد غیرممکن دانستن ایجاد عملکرد دولتی دائمی و گسترده در خصوص ممنوعیت اقدامات تلافی جویانه علیه غیرنظامیان با تأکید صرف بر عنصر معنوی به ممنوعیت اقدامات تلافی جویانه علیه غیرنظامیان طبق حقوق بین‌الملل عرفی اشاره نمود. همان‌طور که مشاهده می‌شود در این پرونده دادگاه کیفری یوگسلاوی صرفاً با تکیه بر عنصر معنوی رأی صادر نموده است. برای شکل‌گیری عرف آنی امکان حذف عنصر مادی وجود ندارد و عرف برای شکل‌گیری به طرز عمل دولت‌ها نیاز دارد اگرچه از رویه و طرز عمل دولت‌ها مدت طولانی نگذشته باشد. به نظر می‌رسد در پرونده‌های کیفری بین‌المللی همچون رسیدگی به جنایات بین‌المللی بهتر بتوان با تکیه بر عرف آنی رسیدگی انجام و رأی صادر نمود. علاوه بر این گروهی از حقوقدانان معتقد هستند جایگاه عرف آنی در حقوق نرم می‌باشد.



## منابع

- ۱- محمودی، هادی، ستایش پور، محمد، (۱۳۹۷)، «گذر از زمان در ایجاد قاعده حقوق بین الملل عرفی واکاوی انگاره های حقوقی و رویه دیوان بین المللی دادگستری»، دوفصلنامه حقوق تطبیقی، ۱۵، ۱.
- ۲- محمودی، سید هادی، (۱۳۹۰)، «تاثیر فناوری های علمی بر توسعه و تحول حقوق بین الملل فضایی»، فصلنامه پژوهش حقوق.
- ۳- حبیبی، همایون، رضانی، صالحه، (۱۴۰۱)، «حقوق بین الملل عرفی منبع قواعد ماهوی در چهارچوب دیوان کیفری بین المللی» مجله پژوهش های حقوق جزا و جرمشناسی، ۱۰، ۱۹.
- ۴- باقری لببانه، علیرضا، (۱۳۹۸)، «تحول در شناسایی عرف یا اختراع عرفتوسل به موارد غیرقطعی عرف در حقوق بین الملل کیفری»، مجله پژوهش های حقوق جزا و جرم شناسی.
- ۵- حبیب نژاد، سید احمد، عامری، زهرا، حسینی، محمدجواد، (۱۴۰۰)، «بسترهای پیدایی و مانایی عرف اساسی در نظام های حقوقی - سیاسی ایران و انگلستان»، فصلنامه حقوق تطبیقی، ۸، ۱.
- ۶- خبرگزاری ایرنا، (۱۳۹۶)، عنوان خبر «دادگاه بین المللی لاهه از دستگیری دو کروات بوسنیایی قدردانی کرد»، ۲۷ آذر.
- ۷- رسول پور تالکباشری سمیه و افشین جعفری، عبدالکریم شاحیدر، (۱۳۹۹)، «تحدید حدود مناطق دریایی در پرتو قواعد عرفی»، فصلنامه پژوهش های حقوقی میان رشته ای، ۴، ۱.
- ۸- رضانی، صالحه، حبیبی، همایون، (۱۴۰۱)، «حقوق بین الملل عرفی منبع قواعد ماهوی در چهارچوب دیوان کیفری بین المللی»، مجله پژوهش های حقوق جزا و جرمشناسی، ۱۰، ۱۹.
- ۹- زر نشان، شهرام، (۱۳۹۳)، «مفهوم و ماهیت عنصر مادی در فرآیند شکل گیری قواعد حقوق بین الملل عرفی»، مجله پژوهش های حقوق تطبیقی، ۱۸، ۳.



- ۱۰- ظریف، محمدجواد، محمدآهنی امینه، (۱۳۹۱)، «دفاع مشروع پیشدستانه مشروعیت کاربرد زور در روابط بین الملل یا نقض مکرر منشور ملل متحد»، فصلنامه تحقیقات سیاسی بین المللی، ۴، ۱۲.
- ۱۱- عزیزی، ستار، علی مختاری مطلق، (۱۳۹۴)، «عناصر قواعد عرفی در پرتو گزارش ۲۰۱۴ گزارشگر ویژه کمیسیون حقوق بین الملل»، مجله پژوهش های روابط بین الملل، ۱، ۱۸.
- ۱۲- کاسسه آنتونیو، (۱۳۸۸)، «حقوق بین الملل»، ترجمه حسین شریفی طراز کوهی. تهران: میزان، چاپ دوم.
- ۱۳- لطیفیان، سعیده، (۱۳۹۵)، «دیدگاه راهبردی اسرائیل و برآورد تهدید امنیتی آن برای خاورمیانه»، فصلنامه سیاست، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی.
- ۱۴- ضیایی بیگدلی، محمدرضا، (۱۳۹۸)، «حقوق بین الملل عمومی»، تهران: انتشارات گنج دانش
- ۱۵- مظاهری، جمشید، (۱۳۹۷)، «جایگاه قطعنامه های مجمع عمومی سازمان ملل متحد در میان منابع حقوق بین الملل» پژوهش های حقوقی، ۳۶.
- ۱۶- موسوی بجنوردی، سید محمد، (۱۳۸۱)، «جایگاه عرف در حقوق بین الملل و حقوق اسلام»، فصلنامه علمی پژوهشی متین شماره ۱۵ و ۱۶.
- ۱۷- موسوی، سید فضل الله، حاتمی، مهدی، (۱۳۹۵)، «دفاع مشروع پیشدستانه در حقوق بین الملل»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی.
- ۱۸- موسی زاده، رضا، (۱۳۹۵)، «راهبرد نوین قانون گذاری در حقوق بین الملل با تاکید بر تحول مفهوم رضایت دولت ها بررسی موردی توافق بین المللی ۲۰۱۵ پاریس»، فصلنامه پژوهش های روابط بین الملل، دوره نخست، شماره نوزدهم.
- ۱۹- والاس ربه کا، (۱۳۹۷)، «حقوق بین الملل»، ترجمه سید قاسم زمانی، مهناز بهراملو، تهران، پژوهشکده حقوقی شهر دانش، چاپ پنجم.
- ۲۰- هنجنی، سیدعلی، (۱۳۷۲)، «تحولات پیدایش عرف بین المللی»، مجله تحقیقات حقوقی، ۱۱.





- 21- Bix Brian "(2003)Jurisprudence theory and context" 3 ed, Sweet & Maxwel.)
- 22- BodanskyM Daniel (1995) The Concept of Customary International Law": Michigan Journal of International Law.
- 23- Byers Michael,(2019)"Custom, Power and the Power of Rules, International Relations and Customary International Law": Cambridge University press..
- 24- Casis Rommel J, (2021) "Re-Customizing Customary International law": Philippine Year Book of International Law.
- 25- Chang Bin,(1997) United Nations Resolutions on Outer Space: Instant International Customary Law?, Law, Political Science: DOI: 10.1093/acprof:oso/9780198257301.003.0007.
- 26- Cheng Bin ,(1997)" Studies in International Space Law": Clarendon Press, Oxford.
- 27- Dispute Regarding Navigational and Related Rights, Merits, (Costa Rica v. Nicaragua), ICJ Reports. (2009) 279.
- 28- Fon Vincy and Francesco Parisi,(2009) "Stability and Change In International Customary Law": Published ByThe University of Chicago Press..
- 29- Ian ,Brownlie,(1990) , "Principles of Public International Law": Oxford, Clarendon Press .
- 30- Ian Brownlie,(1998) The Role of Law in International Affairs , Oxford.
- 31- ICTY : International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia.
- 32- krivokapić Boris(2017)"On the Issue of So-Called Instant Customs in International Law " Acta Universitatis Danubius AUDA, vol. 9, no. 1/,83.
- 33- MontatMenz Ezabella(2022) "customary-international-law-and-investment-arbitrationm", Accessed In :<https://www.international>



arbitration-attorney.com/fa/ 2022/4/6 حقوق بین الملل عرفی و داوری سرمایه گذاری  
گذاری

34- North Sea Continental Shelf Case Merits(1969), (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands), ICJ Reports..

35- P. Scharf Michael, (2014) "Accelerated Formation of Customary International Law", Case Western Reser ve University - School of law.

36- How We Use It Oxford Clarendon Press.

37- Statute of the International Court of Justice(1945), art. 38(1)(b), June 26, 1945, 33 U.N.T.S. 993 (entered into force Oct. ("international custom, as evidence of a general practice accepted as law."

## حقوق و مطالعات نوین



## Instant custom in international judicial theories and procedures

Azam Aryamanesh<sup>1</sup> / Esmaeil Shahsavandi<sup>2</sup>

### Abstract

The issuance of the 1963 resolution on space by the General Assembly and, accordingly, the discovery of the term "immediate custom" by Professor Bincheng drew the attention of international lawyers and judges to the elements that make up international custom. Classical international custom needs both material and spiritual elements to form, but Ani custom considers only the existence of a spiritual element to be sufficient for the formation of custom. After proposing the theory of Ani custom, supporters of Ani custom with the argument that the acceleration of international developments in various fields, especially technology, especially in the field of space, is happening rapidly, the formation of legal rules related to brought up the international developments. A group of jurists believe that there is no need for the procedure of the governments (material element) over a long period of time, but supporters of Ani custom such as Cheng believe that in general the absence of a material element does not create a problem in the formation of international custom and in this context They point to the developments in the field of space law, referring to the 1963 resolution of space law and the judgment of the International Criminal Court of Yugoslavia in the case of Kupershkij, along with theories such as preemptive legitimate defense and the lack of necessity for the existence of a material element. The material element is based solely on the spiritual element. This article tries to answer the question of whether the international custom is trying to eliminate the material element or the international custom is still trying to form both elements by looking at the judicial procedures and existing theories in the field of Ani custom. Material and spiritual elements are needed. The content of this article has been collected and then analyzed in a library method.

**keywords:** Instant custom, international theories, international jurisprudence.

<sup>1</sup> PhD student in international law, Faculty of Law, Islamic Azad University, North Tehran branch. (Corresponding Author)

azamaryamanesh2@gmail.com

<sup>2</sup> PhD in international trade law and faculty member, Faculty of Law, Islamic Azad University, North Tehran branch.

es.shahsavandi@ymail.com

