



University of Tehran Press

Interpretation of Customary International Law: From its Existence to Functionality

Abbas Ali Kadkhodaei¹ | Seyed Hossein Sadat Meidani² | Kasra Pourmikaeil³

1. Prof., Department of Public Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran. Email: kadkhoda@ut.ac.ir
2. Assistant Prof., Department of International Law, School of International Relations Ministry of Foreign Affairs, Tehran, Iran. Email: h.sadatmeidani@sir.ac.ir
3. Corresponding Author; Ph.D. Candidate in International Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran. Email: kasra.pourmikaeil@ut.ac.ir

Article Info	Abstract
Article Type: Research Article	It is a fact that international law does not contain any general prescriptions regarding interpretation. While some interpretative principles and rules have become reference points, international law does not require a unified interpretation process for all sources of international law, and rules of interpretation may vary based on the source of law. This article sheds light on these applicable rules that can be used when interpreting customary rules, arguing that the interpretation process is an entirely separate operation from identification and both play their particular role in the life cycle of customary rules. However, due to its fluidity and unwritten nature, applying interpretative approaches and elements to customary rules requires its formulation compared to treaty law. This article argues that contextual interpretation is the appropriate approach to interpreting CIL. Contextualism is not only an overarching principle in identifying CIL but also a proper method for interpreting it. Subsequent practice and other relevant rules of international law are also pertinent elements that could be applied in interpreting customary rules.
Pages: 1-24	
Received: 2024/07/26	
Received in Revised form: 2024/10/02	
Accepted: 2024/11/11	
Published online: -----	
Keywords: <i>identification of customary international law; interpretation of customary international law; interpretation of international treaty.</i>	
How To Cite	Kadkhodaei, Abbas Ali; Sadat Meidani, Seyed Hossein; Pourmikaeil, Kasra (2026). Interpretation of Customary International Law: From its Existence to Functionality. <i>Public Law Studies Quarterly</i> , -- (--), 1-24. DOI: https://doi.com/10.22059/jplsqt.2024.379337.3566
DOI	10.22059/jplsqt.2024.379337.3566
Publisher	The University of Tehran Press.





تفسیر حقوق بین الملل عرفی: از قابلیت تفسیر تا اصول روش شناختی

عباسعلی کدخدایی^۱ | سیدحسین سادات میدانی^۲ | کسری پورمیکائیل^۳

۱. استاد، گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران. رایانامه: kadhoda@ut.ac.ir
۲. استادیار، گروه حقوق بین الملل، دانشکده روابط بین الملل وزارت امور خارجه، تهران، ایران. رایانامه: h.sadatmeidani@sir.ac.ir
۳. نویسنده مسئول؛ دانشجوی دکتری حقوق بین الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران. رایانامه: kasra.pourmikaeil@ut.ac.ir

اطلاعات مقاله	چکیده
<p>نوع مقاله: پژوهشی</p> <p>صفحات: ۱-۲۴</p> <p>تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۵/۰۵</p> <p>تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۷/۱۱</p> <p>تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۸/۲۱</p> <p>تاریخ انتشار برخط: -----</p> <p>کلیدواژه‌ها: احراز حقوق بین الملل عرفی، تفسیر حقوق بین الملل عرفی، تفسیر معاهدات بین المللی.</p>	<p>حقوق بین الملل دربردارنده نسخه‌ای کلی نیست که به طور عمومی در مورد تفسیر انواع مختلف منابع هنجاری آن تعیین تکلیف کند. در واقع، در حالی که برخی از قواعد تفسیری در حقوق بین الملل، اصول تثبیت شده‌ای هستند، که به نقاط مرجع تبدیل شده‌اند، اما حقوق بین الملل مستلزم به کارگیری فرآیندی همسان در خصوص تفسیر همه منابع نیست و قواعد تفسیری با توجه به ماهیت منبع، می‌توانند متفاوت باشند. این مقاله با پذیرش این استدلال که فرآیندهای تفسیر و شناسایی اعمال مجزایی هستند، که هریک نقش مخصوص به خود را در چرخه حیات حقوق بین الملل عرفی ایفا می‌کنند، به دنبال روشن ساختن قواعد قابل اعمال در فرآیند تفسیر حقوق بین الملل عرفی است. با این هدف و با توجه به سیالیت و نانوشتگی قواعد عرفی، اعمال رویکردها و عناصر تفسیری در مورد آن‌ها نیازمند صورت‌بندی متفاوتی در مقایسه با تفسیر معاهدات بین المللی است. نتیجه این مقاله حاکی از این است که تفسیر زمینه‌گرا^۱ مناسب‌ترین رویکرد در تفسیر حقوق بین الملل عرفی به شمار می‌رود. بنابراین زمینه‌گرایی نه تنها یک اصل فراگیر در شناسایی قواعد عرفی است، بلکه روشی مناسب برای تفسیر آن نیز هست. همچنین، رویه بعدی دولت‌ها و سایر قواعد حقوق بین الملل نیز در زمره دیگر عناصر تفسیری مرتبط با قواعد عرفی قرار می‌گیرند.</p>
<p>استناد</p> <p>کدخدایی، عباسعلی؛ سادات میدانی، سیدحسین؛ پورمیکائیل، کسری (۱۴۰۴). تفسیر حقوق بین الملل عرفی: از قابلیت تفسیر تا اصول روش شناختی. <i>مطالعات حقوق عمومی</i>، -- (-)، ۱-۲۴.</p> <p>DOI: https://doi.com/10.22059/jplsqt.2024.379337.3566</p>	
DOI	10.22059/jplsqt.2024.379337.3566
ناشر	مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران.

۱. مقدمه

تفسیر حقوق بین‌الملل عرفی موضوعی پیچیده و چالش برانگیز است که در سال‌های اخیر مباحثات علمی قابل توجهی را در ادبیات حقوق بین‌الملل به خود اختصاص داده است.^۱ این موضوع پرسش‌های نظری و عملی مهمی را در ادبیات حقوق بین‌الملل مطرح می‌کند، که پاسخ به هر کدام از آن‌ها می‌تواند درک کنونی و رایج از کارکرد این منبع در نظام حقوق بین‌الملل را متأثر سازد.

تحلیل جنبه‌های کلیدی این موضوع، به‌ویژه در دوره‌ای که حقوق بین‌الملل عرفی در حال بازیابی جایگاه خود به‌عنوان یکی از دو منبع اصلی حقوق بین‌الملل است، از اهمیت بسزایی برخوردار می‌شود. حقوق بین‌الملل عرفی در قرن بیست‌ویکم و عصر بی‌میلی به معاهدات^۲، در حال بازیابی موقعیت منحصربه‌فردی است که به نظر می‌رسید در قرن گذشته و با افزایش تمایل بازیگران به قاعده‌سازی از طریق معاهدات بین‌المللی، رو به ضعف نهاده است. همانگونه که مایکل وود، گزارشگر ویژه کمیسیون حقوق بین‌الملل، در طرح شناسایی قواعد عرفی خاطرنشان کرده است، با کاهش اعتراضات ایدئولوژیک به نقش حقوق بین‌الملل عرفی، امروزه علاقهٔ مجددی به شکل‌گیری آن به وجود آمده است (ILC, 305: 2011). اگرچه دلایل اهمیت یافتن مجدد حقوق بین‌الملل عرفی و فرآیند رو به توسعهٔ قاعده‌سازی بین‌المللی با سازکار ایجاد رویه‌ها از دریچهٔ اقدام و عمل، و تکرار آن‌ها در کنار قدرت ایجاد ائتلاف‌های

1. See Merkouris, P., Kammerhofer, J., & Arajärvi, N. (eds), *The Theory, Practice, and Interpretation of Customary International Law (The Rules of Interpretation of Customary International Law)* (Cambridge: Cambridge University Press 2022); Merkouris, P. "Interpretation of Customary International Law by Reference to the Customary Law Equivalent of Article 31(3)(c) (Article 31(3)(c) CIL)". In *Article 31(3)(c) vclt and the Principle of Systemic Integration* (Leiden, The Netherlands: Brill | Nijhoff 2015); Chasapis Tassinis, O. 'Customary International Law: Interpretation from Beginning to End', *European Journal of International Law*, 31(1) (2020), 235–267; Merkouris, P. 'Interpreting the Customary Rules on Interpretation' *International Community Law Review*, 19(1) (2017), 126–155; Nadia Banteka, 'A Theory of Constructive Interpretation for Customary International Law Identification' 39 *MICH. J. INT'L L.* 301-341 (2018); Talmon, S. 'Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion', *European Journal of International Law*, 26(2) (2015), 417–443; A. Orakhelashvili, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law* (Oxford: Oxford University Press 2008) Chapter 15; Ammann, O. *Domestic Courts and the Interpretation of International Law*, (Leiden, The Netherlands: Brill | Nijhoff, 2019) chapter 8; Nina Mileva and Marina Fortuna, *Emerging Voices: The Case for CIL Interpretation—An Argument from Theory and an Argument from Practice*. *Opinio Juris*. <http://opiniojuris.org/2019/08/23/emerging-voices-the-case-for-cil-interpretation-an-argument-from-theory-and-an-argument-frompractice/> (2019, August 23).
2. "Treaty fatigue", see: Statement of the Under-Secretary-General for Legal Affairs and United Nations Legal Counsel, 26 October 2020, available at: <https://www.un.org/en/ga/sixth/75/pdfs/statements/ild/ola.pdf>

بین‌المللی و منطقه‌ای، خارج از قلمروی مقاله حاضر است،^۱ اما این بازیابی اهمیت و جایگاه ضرورت بحث و بررسی ابعاد گفتمان نوظهور تفسیر حقوق بین‌الملل عرفی را برجسته می‌کند.^۲ تا پیش از این، پژوهش‌ها و نظریات پیرامون حقوق بین‌الملل عرفی اغلب ناظر بر شکل‌گیری و شناسایی آن بوده است. به موازات آن، ادبیات حقوق بین‌الملل در حوزه تفسیر نیز عموماً بر تفسیر معاهدات و سایر منابع متنی مانند قطع‌نامه‌های شورای امنیت سازمان ملل متحد یا آرای دیوان‌های بین‌المللی متمرکز است. همانطور که تاسینیس به درستی خاطر نشان می‌کند، جای شگفتی است که تفسیر و نقش آن در حقوق بین‌الملل عرفی در چهارچوب‌های نظری مرتبط با این منبع چنین مغفول مانده است (Tassinis, 2020: 239).

این غفلت در مورد نقش تفسیر در نظریه‌های حقوق بین‌الملل عرفی بیش از هر چیز متأثر از دیدگاه‌های غالبی است که از یک سو رویکردی متن‌محور به موضوع تفسیر در حقوق بین‌الملل دارد و از سوی دیگر رویکرد «دو عنصری»^۳ را مبنای نظریه‌پردازی‌های حقوق بین‌الملل عرفی قرار می‌دهد. این مقاله در ابتدا این برداشت از حقوق بین‌الملل عرفی را به چالش کشیده است و نشان می‌دهد که شناسایی و تفسیر دو عمل مجزا هستند که هر کدام نقش خاص خود را در چرخه حیات قواعد عرفی ایفا می‌کنند. در نتیجه، مباحث پیرامون تفسیر در حقوق بین‌الملل، که اغلب محدود به حقوق معاهدات بوده است، باید به حقوق بین‌الملل عرفی تسری یابد. بنابراین پرسشی که پیش از همه به میان می‌آید، آن است که قواعد حاکم بر تفسیر حقوق بین‌الملل عرفی کدامند و چگونه در این فرآیند اعمال می‌شوند؟ بررسی این موضوع خود مستلزم پاسخ به پرسش مقدماتی دیگری است که آیا قواعد عرفی اساساً نیازمند تفسیر هستند؟ و اگر چنین است تفسیر چگونه نقش خود را در این زمینه ایفا می‌کند؟

بدین ترتیب این مقاله ابتدا منظور ما را از تفسیر حقوق بین‌الملل عرفی روشن می‌کند. در این بخش تفسیرپذیری قواعد عرفی، جایگاه تفسیر در مراحل مختلف چرخه حیات قاعده عرفی و تمایز میان تفسیر

۱. به نظر می‌رسد یکی از دلایل افزایش تمایل به قانون‌گذاری بین‌المللی از طریق حقوق بین‌الملل عرفی و با سازکار ایجاد رویه‌های واحد با استفاده از قدرت ائتلاف‌سازی، این است که این قواعد می‌توانند منافع بازیگران را به نحو بهتری منعکس کنند. به این ترتیب، می‌توان بدون توجه به فرمالیسم حقوقی و رویه‌های خاص مربوط به حقوق معاهدات، موقعیت‌های مطلوب را ایجاد کرد. بنابراین، حمایت یا مخالفت سایر بازیگران طی این فرآیند نیز بیشتر یک انتخاب سیاسی و مبتنی بر منافع خواهد بود تا یک انتخاب مبتنی بر مبانی حقوقی.

۲. در مورد «آثار زیان‌بار» نامشخص بودن قواعد تفسیر حقوق بین‌الملل عرفی بر نظام حقوق بین‌الملل، رجوع کنید به مرکوریس، (Merkouris, 2017: 129-130) همچنین بنگرید به: (Tassinis, 2020: 236-238).

3. Two-element approach

این رویکرد که در طرح شناسایی حقوق بین‌الملل عرفی از آن به‌عنوان رویکرد زیربنایی طرح یاد می‌شود، به شناسایی یک قاعده عرفی با تمرکز بر بررسی و ارزیابی دو عنصر سازنده آن اشاره دارد.

و شناسایی محتوای قاعده عرفی به بحث گذاشته می‌شود. در بخش دوم، تلاش می‌شود تا بررسی اصول و قواعدی که می‌توانند بر فرآیند تفسیر قواعد عرفی حاکم باشند ارائه شود. قاعده کلی تفسیر حقوق عرفی، تفسیر قواعد عرفی بر مبنای رویه بعدی و سایر قواعد مرتبط حقوق بین‌الملل و ابزارهای تکمیلی تفسیر این قواعد نیز در همین بخش بررسی می‌شوند.

۲. معناشناسی تفسیر حقوق بین‌الملل عرفی

به‌رغم وجود مباحث و نظریات عدیده در باب جزئیات مربوط به این موضوع، نویسندگان درخصوص مفهوم کلی تفسیر با یکدیگر هم‌داستان هستند. به طور کلی، عقیده بر این است که تفسیر فرآیندی است که به واسطه آن معنای موضوع مورد تفسیر کشف، فهم و تبیین می‌شود و یا معنایی به آن اختصاص می‌یابد (Marmor, 2005: 22; Edincott, 1994: 451; Merkouris, 2017: 129; Herdegen,) می‌یابد (Venzke, 2018: para 1; Orakhelashvili, 2008: 285; para 1, 4; 2020). از همین رو، گفته می‌شود که هر کجا «معنا» باشد، تفسیر نیز در آن جا حضور خواهد داشت (جعفری‌تبار، ۱۳۸۸: ۱۷). بر این مبنای تفسیر در معنای موسع خود اشاره بر تعیین معنای هر پدیده واجد معنایی همچون یک رفتار، یک تصویر و یا شواهد موجود از رویه‌های دولتی دارد.

در مقابل، تفسیر را می‌توان در معنایی مضیق که دلالت بر مفهوم تفسیر حقوقی دارد، در نظر گرفت.^۱ از این منظر تفاسیر ادعاهایی در مورد معنای قواعد حقوقی هستند، که با استدلال پشتیبانی می‌شوند (Venzke, 2018: para 1). مسئله تفسیر حقوق بین‌المللی عرفی در همین معناست که موضوعیت می‌یابد. بنابراین، به معنای دقیق کلمه، هنگامی می‌توان سخن از تفسیر حقوق بین‌الملل عرفی به میان آورد که موضوع تفسیر یک قاعده عرفی، یعنی یک تجویز هنجاری باشد، در مقابل تفسیر شواهد موجود از عناصر سازنده آن، یعنی مصادیق رویه دولتی یا اعتقاد حقوقی.

چنین درکی از موضوع تفسیر حقوق بین‌الملل عرفی اولاً مستلزم آن است که قواعد عرفی به‌رغم ویژگی‌های منحصر به فرد آن، نیاز به تفسیر دارند، ثانیاً قواعد عرفی باید مانند معاهدات بین‌المللی که در آنها تفسیر و معاهده‌سازی^۲ فعالیت‌هایی مجزا هستند، نگریسته شوند. در نهایت، باید تفسیر را از نظر مفهومی و کارکردی، عملیاتی مجزا از شناسایی آن در نظر گرفت. با توجه به مطالب فوق، هدف این بخش تشریح این سه مبنای اساسی در رابطه با دیدگاه گفته شده است.

1. See Ammann, O. Domestic Courts and the Interpretation of International Law, (Leiden, The Netherlands: Brill | Nijhoff, 2019) 44-47

2. Treaty-making

۲.۱. آیا قواعد حقوق بین‌الملل عرفی نیازمند تفسیر هستند؟

تفسیر در حقوق بین‌الملل عموماً یک فعالیت حقوقی مرتبط با منابع مکتوب در نظر گرفته شده است. تنها رهنمودهای تفسیری مدون در حقوق بین‌الملل، مواد ۳۱ تا ۳۳ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات ۱۹۶۹ (VCLT) و مقررات مربوطه کنوانسیون وین در مورد معاهدات میان دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی یا میان سازمان‌های بین‌المللی ۱۹۸۶ (VCLTIO) است، که فرآیند تفسیر معاهدات را تنظیم می‌کند. مطالعات و نظریات مرتبط با امر تفسیر در حقوق بین‌الملل نیز اغلب منابع متنی و به‌ویژه معاهدات بین‌المللی را در بر می‌گیرد.

همچنین، درک رایج از مفهوم تفسیر در حقوق بین‌الملل نیز عموماً با معنا بخشیدن به یک متن همراه است (Wood & Sender, 2022; Herdegen, 2020: para 1; Black's Law Dictionary, 2015: 26). هردگن تفسیر در حقوق بین‌الملل را به «متون» و «بیانات» محدود و اعمال تفسیر بر قواعد عرفی را امری «بسیار مشکوک» توصیف می‌کند (Herdegen, 2020: paras 1, 2). تروژ به دلیل «بی‌ربط بودن بیان زبانی» با تفسیر به‌عنوان یک فرآیند ضروری برای کاربرد قواعد عرفی مخالف و معتقد است که تنها تفسیر منابع مکتوب مرتبط با قاعده ممکن است برای تعیین محتوای قاعده عرفی مرتبط تلقی شود (Terevez, 2006: para 2). از این رو، گورگورینیس ادعا می‌کند که تفسیر قضایی فقط در مورد هنجارهای مکتوب اعمال می‌شود (Gourgourinis, 2011: 36). بنابراین ممکن است چنین ادعا شود که تفسیر در خصوص قواعد نانوشته عرفی ذاتاً غیرقابل اعمال به حساب می‌آید (Wood & Sender, 2022).

با وجود این، به نظر نمی‌رسد که صرف نانوشته بودن مانع از تفسیرپذیری یک موضوع شود. اساساً، تفسیر فرآیندی است که در آن یک قاعده درک و ابهامات آن روشن می‌شود، و سپس امکان اعمال آن با توجه به شرایط خاص پیرامون اجرا، فراهم می‌آید. از این رو، برعکس، انتظار می‌رود که قوانین منعطف نانوشته دارای درجه ابهام بیشتری نسبت به قوانین مدون و نوشته شده با تشریفات خاص باشند. قاضی تاناکا در نظر مخالف خود در پرونده فلات قاره دریای شمال به این نکته چنین اشاره کرده است: «حقوق عرفی در مقایسه با قوانین مکتوب مبهم و حاوی خلأهایی است که مستلزم دقت و تکمیل محتوای آن است. این وظیفه که ماهیت تفسیری دارد، بر عهده دیوان خواهد بود.» (ICJ Rep, 1969: 181).

موضوع دیگری که دیدگاه‌ها در مورد تفسیرپذیری حقوق بین‌الملل عرفی را تحت تأثیر قرار داده است، دیدگاهی است که کارکرد تفسیر را در بعد تعیین محتوای عمل شناسایی می‌بیند. بر این اساس، «اگر مراد [از تفسیر] تعیین محتوای یک قاعده عرفی باشد، کمیسیون حقوق بین‌الملل در نتیجه‌گیری ۲

۱. همچنین بنگرید به: (Mileva, 2022: 457; Merkouris, 2015: 242; Merkouris, 2017: 135)

به آن پاسخ داده است» (Wood & Sender, 2022). به موجب این مقرر، به منظور شناسایی محتوای قاعده، باید مشخص شود که آیا رویه‌ای عمومی که به‌عنوان قاعده پذیرفته شده است وجود دارد؟ (ILC, conclusion 2: 2018)؛ بنابراین، قواعد عرفی به جای تفسیر، نیازمند شناسایی هستند و اگر محتوا نیاز به شفاف‌سازی دارد، با فرآیند شناسایی انجام می‌شود.

با این حال، همانطور که در قسمت سوم این بخش به تفصیل بحث خواهد شد، باید میان تفسیر و شناسایی قواعد عرفی، به تفاوت‌های مفهومی و کارکردی خاصی قائل بود. به باور نویسندگان این نوشتار، اگرچه شناسایی یک قاعده لزوماً محتوا را پیش‌فرض می‌گیرد، اما این امر به این معنا نیست که این محتوا ضرورتاً به اندازه‌ای واضح و روشن است که در هر زمینه‌ی مخصوصی بدون نیاز به تعیین محتوای بیشتر از طریق استدلال‌های تفسیری قابلیت اعمال داشته باشد. عمل تعیین محتوای قاعده می‌تواند پس از شناسایی آن و با توسل به امر تفسیر به مسیر ادامه دهد و با تعیین گستره و قلمروی قاعده مربوطه امکان به‌کارگیری آن را در زمینه‌ای مشخص فراهم آورد. همچنین، اتخاذ رویکرد پیش‌گفته با مبنا قرار دادن روش‌شناسی مندرج در پیش‌نویس نتایج کمیسیون حقوق بین‌الملل در باب شناسایی قواعد عرفی، منجر به این نتیجه می‌شود که هرگونه تعیین محتوای قاعده باید به ارزیابی عناصر تشکیل‌دهنده قاعده محدود شود (ILC, 2018: conclusion 2). با این حال، اتکای صرف به ارزیابی این عناصر نمی‌تواند پاسخ‌گوی کلیه پرسش‌هایی باشد که در ارتباط با قلمروی یک قاعده در زمینه‌ای خاص مطرح می‌شود (Merkouris, 2022: 349).

۲.۲. جایگاه تفسیر در چرخه حیات قواعد عرفی

اگرچه ممکن است رویکردهای گوناگونی در این زمینه وجود داشته باشد، اما به نظر می‌رسد که توالی منطقی در چرخه حیات یک قاعده عرفی شامل سه مرحله است: شکل‌گیری^۱، شناسایی^۲، و اعمال^۳ یا اجرا^۴. مرحله اول به فرآیندی اشاره دارد که طی آن یک قاعده عرفی، در حال تشکیل و ورود به زمره قواعد موجود حقوق بین‌الملل است (Terevez, 2006: para 1). این امر به طور گسترده پذیرفته شده است که تشکیل یک قاعده عرفی مستلزم وجود دو عنصر مادی و معنوی است، یعنی رویه دولتی و اعتقاد حقوقی به وجود چنین رویه‌ای (ICJ Rep, 1950: 276-277; PCIJ, 1927: 28; ICJ Rep, 1969: 77).

1. Formation
2. Identification
3. Application
4. Implementation

تغییر یا اصلاح بعدی یک قاعده از پیش موجود نیز می‌تواند به عنوان مرحله دیگری در نظر گرفته شود که تا حدودی شبیه به شکل‌گیری است و از اعمال یا تفسیر محض یک قاعده متمایز می‌شود.

در مرحله دوم، شناسایی حقوق بین‌الملل عرفی مطرح می‌شود. این مفهوم به فرآیندی اشاره دارد که به موجب آن وجود و محتوای قواعد عرفی تعیین می‌شود (ILC, 2018: Conclusion 1). اگر شکل‌گیری قواعد عرفی را نتیجه وجود رویه دولتی همراه با اعتقاد حقوقی به پذیرش چنین رویه‌ای بدانیم، منطقی‌تر در مرحله شناسایی به دنبال ارزیابی این عناصر تشکیل‌دهنده هستیم. از همین رو، شناسایی حقوق بین‌الملل عرفی به تعیین وجود یک رویه کلی که به‌عنوان قانون پذیرفته شده است، موقوف می‌شود (ILC, 2018: Conclusion 2). شایان ذکر است که شناسایی معمولاً نوعی کارکرد قضایی است و سایر بازیگران مانند دولت‌ها ممکن است بدون گذر از این مرحله در اعمال قواعد عرفی دخیل باشند.

در نهایت، قاعده‌ای که مراحل شکل‌گیری و شناسایی را طی کرده است، اکنون در سطح اعمال یا اجرا قرار می‌گیرد. در حالی که اعمال یک قاعده به معنای تعیین پیامدهایی است که قاعده به وقوع یک واقعه معین می‌دهد (PCIJ, 1927: 39)، اجرا^۲ به اقداماتی اشاره دارد که در ایفای تعهداتی که از یک قاعده ناشی می‌شود صورت می‌گیرد.

با توجه به مراحل تحلیلی گفته‌شده، سؤالی اساسی و محوری قابل طرح است که پاسخ به آن می‌تواند مرکز ثقل تمامی بحث‌های بعدی و نظریه‌های مختلف پیرامون تفسیر حقوق بین‌الملل عرفی باشد: آیا در مورد قواعد عرفی نیز به مانند معاهدات بین‌المللی که در آن تفسیر عملی مجزا از معاهده‌سازی به شمار می‌رود، می‌بایست میان شکل‌گیری، شناسایی و تفسیر تمایز قائل شویم؟ و یا کارکرد تفسیر را در مورد این دست از قواعد، باید در بعد تعیین محتوای عمل شناسایی جست‌وجو کنیم. تاکنون سه دیدگاه غالب را می‌توان در پاسخ به پرسش فوق مشاهده کرد. نخست، باید به دیدگاهی اشاره کرد که معتقد است در مورد قواعد عرفی، شناسایی و تفسیر دو امر درهم‌تنیده هستند (Gourgourinis, 2011: 36; Bos, 1984: 109). از این رو، تعیین وجود و محتوای یک قاعده اغلب هم‌زمان و طی فرآیندی واحد به وقوع می‌پیوندد (Talmon, 2018: 418). در مقابل، برخی معتقدند که تفسیر به‌عنوان عنصری مستقل و با کارکردهای مختص به خود در مراحل مختلف شناسایی و اعمال قاعده عرفی وجود دارد. در این دیدگاه، تفسیر و انتخاب‌های تفسیری از ابتدا تا انتها با قواعد عرفی همراه هستند، از مراحل اولیه انتخاب رویه‌ها تا مرحله میانی استخراج استانداردهای هنجاری از آن‌ها و در مرحله پایانی اعمال آن استانداردها (Tassinis, 2020; Fortuna, 2022: 396). در نتیجه، تفسیر از نظر کارکردی در تمام مراحل چرخه حیات قاعده عرفی، از شناسایی تا اعمال آن، حضور دارد. ثالثاً، باید به یک رویکرد در حال گسترش جدید اشاره کرد که در آن شناسایی و تفسیر به مراحل متمایزی از چرخه حیات قواعد عرفی تعلق می‌گیرند (Merkouris, 2017; Fortuna, 2022; Milleva, 2022). در این

1. Application
2. Implementation

رویکرد، تفسیر به مرحلهٔ پسا‌شناسایی در چرخهٔ حیات قاعدهٔ عرفی مربوط است. در حالی که شناسایی یک فرآیند استقرایی با ارجاع به دو عنصر تشکیل‌دهندهٔ آن است، تفسیر یک فرآیند قیاسی است که نقش خود را طی اعمال قاعده در موردی خاص ایفا می‌کند (Merkouris, 2017: 136). از این رو، حقوق بین‌الملل عرفی باید بتواند پس از شکل‌گیری و شناسایی، مانند دیگر منبع حیاتی حقوق بین‌الملل که معاهدات بین‌المللی است، آزادانه نفس بکشد و مستقل از عناصر تشکیل‌دهندهٔ آن ادامهٔ حیات دهد و توسعه یابد (Merkouris, 2017: 127).

در خصوص گروه اول باید گفت که هرچند عمل احراز قاعدهٔ عرفی بدون پیش‌فرض گرفتن محتوایی کلی در عمل غیرممکن است، اما این موضوع بدان معنا نیست که محتوای شناسایی‌شده در مرحلهٔ احراز لزوماً به قدری جامع خواهد بود که قاعده را از تفسیر بی‌نیاز کند. همچنین عمل احراز مبتنی بر رویکرد دو‌عنصری و حول محور ارزیابی عناصر سازنده خواهد بود، حال آنکه تفسیر در پرتوی استدلال‌های تفسیری و با به‌کارگیری قواعد و اصول تفسیری به کار بسته می‌شود. در خصوص نظریهٔ دوم نیز باید خاطر نشان کرد که تفسیر حقوقی در معنای اخص به تفسیر یک نسخهٔ هنجاری اشاره دارد. بنابراین، اگرچه اعمال مختلف در ارزیابی رویه‌های دولتی و شواهد اعتقاد حقوقی ممکن است شامل برخی انتخاب‌ها و عملکردهای تفسیری باشند، اما نمی‌توان آن‌ها را معادل تفسیر حقوقی به معنای دقیق کلمه دانست.

به اعتقاد نویسندگان این گفتار، قواعد حقوقی اعم از معاهده‌ای و عرفی دارای مرتبه‌ای از عمومیت و انتزاع هستند. قواعد معاهده‌ای با سطحی از کلیت و انتزاع منعقد می‌شوند و قواعد عرفی با سطحی از این ویژگی‌ها شناسایی می‌شوند، که این امر به آنها اجازه می‌دهد تا در موقعیت‌های مختلف قابلیت اجرا داشته باشند. بنابراین، این قواعد ممکن است در این سطح از انتزاع یا عمومیت در همهٔ موارد قابل اجرا نباشند، و سؤالات زیادی در مورد محتوا و دامنهٔ آنها با توجه به شرایط پیرامونی اعمال آنها مطرح شود. این دقیقاً همان مرحله‌ای است که در آن یک قاعدهٔ عرفی باید برای اعمال در زمینهٔ یک مورد خاص و شرایط پیرامون آن تفسیر شود. از این رو، قاعدهٔ عرفی هیچ ویژگی متمایزی در مقایسه با سایر قواعد ندارد که موجب شود تفسیر را به‌عنوان امری ضروری برای کاربرد آن استثنا کند. از همین رو، همانگونه که پله اشاره می‌کند، تفسیر بخشی اجتناب‌ناپذیر از فرآیند به‌کارگیری هر قاعده‌ای است (Pellet, 2018: 1). بدین ترتیب، همان‌طور که تفسیر معاهدات بین‌المللی و معاهده‌سازی فرآیندهای متمایزی هستند، تفسیر عرف نیز باید به‌عنوان مرحله‌ای جدا از شکل‌گیری و شناسایی در نظر گرفته شود. این فرآیند لزوماً یک عمل قضایی نیست و می‌تواند توسط بازیگران مختلف صورت پذیرد. از این رو، این سومین رویکرد است که به‌درستی جایگاه تفسیر را در چرخهٔ حیات قواعد عرفی تعیین می‌کند. با این حال، صرف این واقعیت که این عمل مربوط به مراحل مختلف چرخهٔ حیات قواعد عرفی است، نمی‌تواند توضیح کاملی از تمایز بین شناسایی محتوای قاعدهٔ عرفی و تفسیر قواعد عرفی ارائه دهد. موضوعی که در قسمت بعدی بررسی خواهد شد.

۳.۲. شناسایی در برابر تفسیر

در برخی موارد ادعا شده است که شناسایی با «وجود» یک قاعده سروکار دارد، درحالی که تفسیر به «تعیین محتوا»ی یک قاعده می‌پردازد (Merkouris, 2017: 126; Dimarco, 2022: 422). با وجود این، به نظر نمی‌رسد که بتوان وجود یک قاعده را بدون در نظر گرفتن محتوای کلی آن تعیین کرد. به همین ترتیب، کمیسیون حقوق بین الملل نیز شناسایی را شامل تعیین «وجود» و «محتوای» قاعده عرفی می‌داند (ILC, 2018: conclusions 1-2). رویه قضایی دیوان بین المللی دادگستری نیز با به کارگیری این مفهوم به هر دو فرآیند اشاره می‌کند (ICJ Rep, 2012: Para 55). پس سؤالی که در این زمینه مطرح می‌شود این است که ماهیت تعیین محتوایی که در مرحله شناسایی صورت می‌گیرد، چیست و چه تفاوتی با تفسیر دارد؟

بر بنیان پیش نویس نتایج کمیسیون حقوق بین الملل در باب شناسایی قواعد عرفی، تعیین «محتوای» یک قاعده بر اساس و محدود به همان رویکرد دوعنصری است که برای احراز «وجود» یک قاعده استفاده می‌شود (ILC, 2018: conclusion 2). بر این مبنا، می‌توان گفت توسل به رویه دولتی و اعتقاد حقوقی در مرحله شناسایی، کارکردی دوگانه دارد. تأسیس و تعیین وجود قاعده کارکرد نخست آن و تعیین محدوده و محتوای قاعده به عنوان کارکرد دیگر آن به شمار می‌رود. نمونه‌ای از اولین کارکرد را می‌توان در پرونده فلات قاره مشاهده کرد، که در آن دیوان چنین اظهار نظر کرده است: «دیوان به نوبه خود در مورد اهمیت رویه دولتی در این موضوع تردیدی ندارد. با این حال، این رویه به هر نحوی که تفسیر شود، از [اثبات وجود] قاعده‌ای که استفاده از خط هم فاصله، یا در واقع هر روش الزام آور دیگری را تجویز کند، قاصر است.»^۱ (ICJ Rep, 1958: para 44).

از سوی دیگر، در پرونده مصونیت‌های قضایی، طرفین «در مورد اعتبار و اهمیت مصونیت دولت‌ها به عنوان بخشی از حقوق بین الملل عرفی توافق گسترده‌ای داشتند.» (ICJ Rep 2012: para 58). با این حال، این قاعده از نظر آنها از نظر «قلمرو و گستره» به گونه‌ای متفاوت تلقی می‌شد (ICJ Rep 2012: paras 58, 59). دیوان پس از تجزیه و تحلیل گسترده رویه‌های دولتی، از جمله قوانین ملی، و تصمیمات قضایی، در یکی از موضوعات مورد مناقشه که به «اصل شبه جرم‌های سرزمینی» مربوط بود به این نتیجه رسیده است که: «رویه دولتی در قالب تصمیمات قضایی از این گزاره حمایت می‌کند که مصونیت دولت در قبال اعمال حاکمیتی که توسط نیروهای مسلح و سایر ارگان‌های یک دولت در خلال مداخله مسلحانه صورت می‌گیرد، همچنان به دادرسی‌های مدنی برای اعمالی که منجر به مرگ، صدمات بدنی یا آسیب به اموال می‌شود، گسترش می‌یابد.»^۲ (ICJ Rep, 2012: para 77).

1. See also Reservation to the Convention on genocide, Advisory opinion ICJ reports 1951, p.15, 25; Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I. C.J. Reports 1996, p. 226, para 67,73.

2. See also Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965,

از منظر تحلیلی می‌توان گفت، فرآیند شناسایی محتوای قاعده عرفی، پیامدهای حقوقی نسخه هنجاری برگرفته از الگوی رویه‌های دولتی را «توصیف» می‌کند. در عین حال، تعیین محتوا بر اساس دلایل ذکرشده در دو بخش قبلی، می‌تواند پس از شناسایی قاعده و از طریق استدلال‌های تفسیری ادامه پیدا کند. با توجه به موارد بالا، تفسیر حقوق بین‌الملل عرفی این‌گونه تعریف می‌شود: «تعیین و تشریح بیشتر محتوا و دامنه یک قاعده عرفی از پیش شناسایی‌شده، از طریق استدلال تفسیری، به هنگام اجرا یا اعمال آن قاعده، که امکان کاربرد آن را در موقعیت‌ها و زمینه‌های مختلف فراهم می‌کند.» «تعیین بیشتر» به این واقعیت اشاره دارد که شناسایی یک قاعده لزوماً محتوای آن را تا حدودی تعیین می‌کند، اما آن محتوا ممکن است مبهم باشد یا نیاز به توضیح بیشتری با توجه به زمینه‌ای که قاعده در آن اعمال می‌شود، داشته باشد. همچنین، تفسیر در معنای دقیق آن، همانطور که در مورد معاهدات بین‌المللی وجود دارد، به مرحله پس از تأسیس قاعده مربوط می‌شود. بنابراین، این فرآیند با یک «قاعده عرفی از پیش شناسایی‌شده» سروکار دارد. البته باید توجه داشت که تفسیر ممکن است توسط دولت‌های دخیل در اجرای یک قاعده و یا توسط دادگاه‌ها یا دیوان‌های اعمال‌کننده یک قاعده انجام شود. در نتیجه، تفسیر قواعد عرفی باید هم شامل تفسیر قضایی و هم تفسیر دولتی^۱ در نظر گرفته شود. علاوه بر این، «استدلال تفسیری» از طریق چارچوب قواعد و اصول تفسیری تثبیت‌شده حقوق بین‌الملل صورت می‌گیرد که بسیاری از آنها در سیستم تفسیری کنوانسیون وین ایجاد شده و توسعه یافته‌اند.^۲ بدین ترتیب، تفسیر قواعد عرفی امری کاملاً حقوقی، استدلالی، قابل مقایسه با تفسیر معاهدات و براساس چارچوب تثبیت‌شده قواعد تفسیری در حقوق بین‌الملل است.

۳. اصول و قواعد تفسیر حقوق بین‌الملل عرفی

همانطور که گفته شد، حقوق بین‌الملل حاوی رهنمودی عمومی که در مورد تفسیر کلیه منابع آن تعیین تکلیف کند، نیست. وضعیت عرفی قواعد منعکس شده در مواد ۳۱-۳۲ کنوانسیون حقوق معاهدات نیز به این معنی

I.C.J. Reports 2019, p. 95, para 160; Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea, Merit (Nicaragua v. Colombia) 21 APRIL 2022, para 151

۱. با نگاهی به نظام کنونی حقوق بین‌الملل به نظر می‌رسد که نقش اساسی و اصلی در تفسیر قواعد عرفی به تفسیر قضایی داده شده است. این یکی از دلایلی است که بیشتر آثار نیز، تفسیر قضایی را مبنای مطالعات خود قرار داده‌اند. با این حال باید در نظر داشت که در حقوق بین‌الملل و به‌ویژه در حقوق معاهدات، نه تنها نقش انحصاری تفسیر متعلق به دادگاه‌های بین‌المللی نیست، بلکه از سویی دیگر، تفاسیر دولتی به‌عنوان تفاسیر معتبر از معاهدات شناخته می‌شود.
۲. در این چارچوب، تفسیر قواعد عرفی دلالت بر هیچ «عمل استنباطی مفرط» [excessive measures of deduction] ندارد که منجر به «نتیجه‌گیری‌های پشتیبانی‌نشده» [unsupported conclusion] شود. بنگرید به Wood & Sender, 2022.

نیست که آن‌ها باید در تفسیر منابع دیگر به طور خودکار اعمال شوند.^۱ کاربرد این مواد ممکن است بسته به ماهیت و ویژگی‌های یک منبع حقوقی متفاوت باشد. میزان اعمال‌پذیری این مواد با انجام تغییرات مقتضی^۲ نیز در مورد یک منبع نانوشته انعطاف‌پذیر در سطح پایین‌تری قرار می‌گیرد، زیرا این مواد بر این فرض تنظیم یافته‌اند که معاهدات بین‌المللی مکتوب به موجب آن تفسیر می‌شوند. مسلماً این امر به این معنا نیست که، تنها عناصر تفسیری در این مواد عناصر متن‌محور هستند. با این حال، فرمول کنواسیون این عوامل غیرمتنی را نیز در پرتوی «هدف تفسیر معاهده» در نظر می‌گیرد. از این رو، هرچند عناصر این مواد به نقاط مرجعی^۳ تبدیل شده‌اند که می‌توانند به طور مستقل در موارد دیگر مورد استفاده قرار گیرند، اما ممکن است لازم باشد که آن‌ها را با توجه به ماهیت یک منبع حقوقی و ویژگی‌های منحصر به فرد آن، بازتنظیم کنیم. دیوان بین‌المللی دادگستری بر در نظر گرفتن عوامل مرتبط و تفاوت‌های میان منابع حقوقی در برخورد با تفسیر منابع غیرمعاهده‌ای تأکید کرده است. نمونه آن نظریه مشورتی دیوان در مورد اعلامیه استقلال کوزوو است: «قبل از ادامه، دیوان باید چندین عامل مرتبط با تفسیر قطعنامه‌های شورای امنیت را یادآور شود. درحالی که قواعد مربوط به تفسیر معاهده مندرج در مواد ۳۱ و ۳۲ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات ممکن است راهنما باشند، تفاوت بین قطعنامه‌های شورای امنیت و معاهدات به این معنی است که تفسیر قطعنامه‌های شورای امنیت مستلزم در نظر گرفتن سایر عوامل نیز می‌باشد» (ICJ Rep 2010: para 94). این در نظر گرفتن ویژگی‌های خاص یک منبع می‌تواند به درجاتی از استقلال در قواعد تفسیر آن منبع منجر شود.^۴ عبارت دیگری از دیوان که مؤید این رویکرد است را می‌توان در پرونده فعالیت‌های نظامی و شبه‌نظامی در نیکاراگوئه یافت. در این پرونده دادگاه ابتدا امکان وجود هم‌زمان قواعدی با محتوای یکسان را در دو سطح معاهده‌ای و عرفی شناسایی و سپس بر استقلال هر یک از آن‌ها در «شیوه‌های تفسیر» تأکید می‌کند: «قواعدی را که در حقوق معاهداتی و حقوق بین‌الملل عرفی یکسان هستند، همچنین می‌توان با ارجاع به روش‌های تفسیر و اعمال از هم متمایز نمود.» (ICJ Rep 1986: para 178).

۱. برای وضعیت عرفی ماده ۳۱ در رویه قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری بنگرید:

Pulp Mills on the River Uruguay, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14, para 65; Legality of Use of Force, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004, p. 279, para 100; Legrand, Judgment, I. C. J. Reports 2001, p. 466, para 99; Kasikili/Sedudu Island, ICJ Reports 1999, p. 1045, para 18

با این حال، باید توجه داشت که اعلام ماهیت عرفی این مواد معمولاً برای گسترش دامنه اعمال آن‌ها به طرفین غیرعضو کنواسیون استفاده می‌شود. این وضعیت به‌خودی‌خود برای اعمال این قواعد و اصول در تفسیر قواعد عرفی کافی نیست. توجه به ماهیت قواعد عرفی در این زمینه از اهمیت اولیه برخوردار است.

2. *mutatis mutandis*

3. Reference points

۴. در خصوص اعمال قواعد تفسیری بر قطعنامه‌های شورای امنیت با در نظر گرفتن ویژگی‌های خاص آن منبع و انجام تغییرات لازم بر مبنای همین ویژگی‌ها بنگرید به: عابدینی، ۱۳۹۶: ۲۴۵.

در عین حال، در هنگام تفسیر حقوق عرفی، انتظار می‌رود مجموعه‌ای از قواعد تفسیری تثبیت شده در نظام حقوق بین‌الملل، از جمله ابزارها و عناصر مواد ۳۱ و ۳۲ کنوانسیون وین اعمال شود. بر این اساس، می‌توان نتیجه گرفت که با فرض تفسیرپذیر بودن قواعد عرفی، قواعد و اصول تفسیری باید به گونه‌ای تدوین شوند که ویژگی‌ها و ماهیت منحصر به فرد این قواعد را در نظر بگیرد. این بخش به دنبال روشن کردن این رویکردها و قواعد تفسیری است که می‌توانند در فرآیند تفسیر حقوق عرفی اعمال شوند. به‌عنوان بخشی از این بررسی، تلاش شده است تا نشانه‌های مرتبط با استفاده از این رویکردها و عناصر را در ساختار استدلالی دیوان هنگامی که با تعیین محتوا و دامنه قواعد عرفی سروکار دارد، نشان دهیم.

۱.۳. قاعده کلی تفسیر حقوق بین‌الملل عرفی

نظام تفسیری ایجاد شده در بخش سوم کنوانسیون ۱۹۶۹ وین، نوعی صورت‌بندی از رویکردها، عناصر و ابزارهای تفسیری متفاوتی است که کاربرد آن با وزن‌دهی به هر یک از این عناصر تفسیری محقق می‌شود. بند ۱ ماده ۳۱ کنوانسیون رویکردی را ترسیم کرده است که عناصر متنی، زمینه‌ای و غایت‌گرایانه را تحت قاعده کلی تفسیر مورد توجه قرار می‌دهد. اگرچه این سه عنصر اصلی اجزای جدایی‌ناپذیر آن ماده هستند که باید در یک عملیات واحد اعمال شوند (Dorr & Schmalenbach, 2018: 560-561)، اما رویکرد تفسیر متنی به‌عنوان رویکرد غالب در قاعده کلی تفسیر معاهدات شناخته می‌شود (Dorr & Schmalenbach, 2018: 579-580). از همین رو، گفته می‌شود که «نقطه شروع» یا «نقطه عزیمت» در تفسیر معاهدات بین‌المللی متن معاهده است (Villiger, 2009: 426, 440; Dorr, 2018: 581; Ammann, 2012: 197; Gardiner, 2015: 227). این رویکرد توسط دیوان بین‌المللی دادگستری در آرای متعددی از جمله مناقشه ارضی میان لیبی و چاد بدین صورت بیان شده است: «تفسیر باید بیش از هر چیز براساس متن معاهده باشد. به‌عنوان یک اقدام تکمیلی ممکن است به ابزارهای تفسیری مانند کارهای مقدماتی معاهده و شرایط انعقاد آن مراجعه شود.»^۱ (ICJ. Rep, 1994: para 41). اصولاً به دلیل فقدان متن، رویکرد متنی نمی‌تواند در مورد حقوق عرفی اعمال شود.^۲ حقوق عرفی به

۱. همچنین بنگرید به:

Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004, p. 279, para 100

۲. ممکن است استدلال شود که قواعد عرفی معمولاً در منابع مکتوب، مدون یا متبلور شده است. در نتیجه، تفسیر این منابع تفسیر متنی از قاعده همتای عرفی است. با این حال، باید توجه داشت که تفسیر متون حاوی قاعده عرفی مربوطه دلالت بر تفسیر خود قاعده عرفی ندارد. این امر را باید به‌عنوان یک نتیجه منطقی از استقلال منابع حقوق بین‌الملل، همانطور که توسط دیوان در فعالیت‌های نظامی و شبه‌نظامی در نیکاراگوئه تأیید شده است، نگرست (بند ۱۷۸). برای تحلیل دقیق تفسیر متنی حقوق عرفی بنگرید به: Merkouris, 2015: 264-265.

عنوان یک منبع حقوق بین‌الملل با انعطاف‌پذیری، پویایی و نانوشته بودن شناخته می‌شود. از همین رو، روش‌های تفسیری برای قواعد عرفی باید به گونه‌ای تنظیم شوند که با این ماهیت خاص سازگار باشند. از این رو، «تفسیر زمینه‌گرا»^۱ به جای متنی، مناسب‌ترین رویکرد برای تفسیر این قواعد به شمار می‌رود. بنابراین زمینه‌گرایی نه تنها یک اصل فراگیر در شناسایی قواعد عرفی (ILC, 2018, commentary on (2) conclusion 3)، بلکه روشی مناسب برای تفسیر آن نیز به حساب می‌آید. در این رویکرد، درک بهتر یک قاعده عرفی با توجه به عوامل زمینه‌ای آن و شفاف‌سازی قلمروی آن در پرتوی چنین عواملی صورت می‌گیرد. با این حال، تفسیر زمینه‌گرا در مقایسه با معاهدات به فرمول خاص خود نیاز دارد.^۲ در تفسیر زمینه‌گرایی قواعد عرفی، دامنه و محتوای قاعده با در نظر گرفتن زمینه‌ای که قاعده در آن شکل گرفته است، موضوع و هدف آن، و شرایط پیرامونی که قاعده در آن اعمال می‌شود، تعیین می‌گردد. بنابراین، زمینه شکل‌گیری، هدف، موضوع و شرایط پیرامونی اعمال قاعده، عوامل زمینه‌ای یا دایره‌های متحدالمرکز^۳ تفسیر زمینه‌گرایانه قواعد عرفی هستند. استفاده از این عوامل راه، اگرچه نه به صورت رسمی و با عنوان تفسیر، می‌توان در ساختار استدلالی دیوان در تعیین قواعد عرفی مشاهده کرد.^۴

«زمینه شکل‌گیری» یکی از عواملی بود که در تعیین محتوا و دامنه حق تعیین سرنوشت در خلال

1. Contextual Interpretation

۲. در حقوق معاهدات، تفسیری که از رویکرد زمینه‌ای استفاده می‌کند، به تعیین معنای معمولی یک اصطلاح با توجه به موقعیت آن در یک جمله، بند، ماده یا مقررات پیرامونی یک معاهده مربوط می‌شود (Bhala & Witmer, 2019: 62). همچنین ممکن است شامل بررسی رابطه بند مربوطه با سایر بخش‌های موافقت‌نامه، از جمله مقدمه، پروتکل‌ها و سایر پیوست‌ها باشد (Herdegen, 2020: para 12). همچنین، تفسیر زمینه‌گرایی معاهده در معنای موسع شامل در نظر گرفتن شرایط انعقاد آن و سایر قواعد مرتبط حقوق بین‌الملل نیز می‌شود (Bhala & Witmer, 2019: 62; Gardiner, 2015: 197; Ammann, 2012: 203; Herdegen, 2020: para 12). لازم به ذکر است، طبق بند دوم ماده ۳۱ کنوانسیون وین، زمینه در تفسیر معاهدات، علاوه بر مقدمه و ضمیمه، شامل هرگونه توافق مربوط به معاهده است که بین همه طرف‌ها در ارتباط با انعقاد قرارداد منعقد شده است و هر سندی که توسط یک یا چند طرف در ارتباط با انعقاد معاهده منعقد شده و توسط طرف‌های دیگر به عنوان سند مرتبط با معاهده پذیرفته شده است؛ اما در اینجا زمینه بیشتر با معنای عمومی آن مطابقت دارد: موقعیتی که در آن چیزی وجود دارد یا اتفاق می‌افتد، و این می‌تواند به توضیح آن کمک کند. <https://dictionary.cambridge.org/us/dictionary/english/context>

۳. این اصطلاح توسط مایکل وایبل برای معرفی وجوه زمینه در تفسیر زمینه‌گرایی معاهدات از دیدگاه کلب استفاده می‌شود (Waibel, 2011: 577).

۴. اگرچه دیوان تاکنون به طور صریح سخن از تفسیر حقوق بین‌الملل عرفی به میان نیاورده است، اما اشاره به این امر را می‌توان به وضوح در برخی از نظریات جداگانه یا مخالف قضات مشاهده کرد. مثلاً بنگرید به:

Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast, Judgment of 13 July 2023, Dissenting Opinion of Judge Charlesworth, paras 11, 12

سال‌های ۱۹۶۵ تا ۱۹۶۸ که استعمارزدایی موريس اتفاق افتاد، از سوی دیوان مورد توجه قرار گرفت (ICJ Rep, 2019: 144-174). در این پرونده دیوان معتقد بود از آنجایی که عناصر تشکیل‌دهنده حقوق عرفی به تدریج «در طول زمان تثبیت و تأیید می‌شوند» (ICJ Rep, 2019: 142)، باید ارزیابی قاعده از قبل از بازه زمانی فوق مدنظر قرار گیرد: «درحالی‌که، تعیین قانون لازم‌الاجرا باید بر دوره ۱۹۶۵ تا ۱۹۶۸ متمرکز باشد، این امر مانع از آن نمی‌شود که دیوان به‌ویژه در مواردی که قواعد عرفی مطرح است، تحولات قاعده حق تعیین سرنوشت را از زمان تصویب منشور سازمان ملل متحد و قطعنامه ۱۵۱۴، دسامبر ۱۹۶۰، با عنوان اعلامیه اعطای استقلال به مردم و کشورهای تحت استعمار در نظر گیرد.» (ICJ Rep, 2019: 142).

یکی دیگر از عوامل زمینه‌ای که از رایج‌ترین راه‌های تعیین قلمروی قواعد عرفی است، مراجعه به موضوع و هدف آن‌هاست. قبل از ارائه مواردی در این زمینه، شایان ذکر است که هرچند زمینه در تفسیر معاهدات به‌عنوان پلی برای رسیدن به موضوع و هدف معاهده تلقی می‌شود (Gardiner, 2015: 197)، اما یک عنصر تفسیری مستقل به شمار می‌رود که رویکرد تفسیری غایت‌گرایانه را ایجاد می‌کند. با وجود این، هدف و موضوع قاعده را در تفسیر قواعد عرفی به‌عنوان بخشی از زمینه قاعده در نظر می‌گیریم، زیرا هرگونه تعیین هدف و موضوع قواعد در ارتباط با زمینه شکل‌گیری آن امکان‌پذیر خواهد بود. قواعد عرفی در پاسخ به شرایط و ملاحظات خاص و در چارچوب زمانی مشخصی تکامل یافته‌اند (Merkouris, 2015: 265)، که در نظر گرفتن آن‌ها در تعیین هدف و موضوع یک قاعده امری ضروری است. همانطور که در ادامه نشان داده خواهد شد، دیوان بین‌المللی دادگستری نیز به موضوع و هدف قواعد عرفی همراه با زمینه شکل‌گیری یا زمینه پیرامونی اعمال اشاره کرده است.^۱

در پرونده اختلاف مرزی، دیوان بین‌المللی دادگستری برای نتیجه‌گیری در مورد «قلمروی کلی» (ICJ Rep, 1986: para 20)، اصل ثبات مرزها به زمینه شکل‌گیری این قاعده و هدف برخاسته از این زمینه تاریخی چنین استناد کرده است: «به نظر می‌رسد اصل ثبات مرزها برای اولین بار در آمریکای اسپانیایی‌زبان مورد استناد و اعمال قرار گرفته است، زیرا این قاره اولین بار شاهد پدیده استعمارزدایی، از جمله تشکیل تعدادی از کشورهای مستقل در قلمروهایی بود که قبلاً به یک دولت استعمارگر تعلق داشت» (ICJ Rep, 1986: para 20). در ادامه دیوان می‌افزاید: «هدف آشکار آن جلوگیری از به خطر افتادن استقلال و ثبات کشورهای جدید توسط جنگ‌های داخلی ناشی از به چالش کشیدن مرزها پس از خروج قدرت اداره‌کننده است.» (ICJ

۱. غیرمعمول نیست که دادگاه‌های بین‌المللی نیز هدف و موضوع را به‌عنوان بخشی از زمینه در نظر بگیرند. چنانکه دیوان دعاوی ایران و ایالات متحده در این رابطه اعلام کرده است: «حتی زمانی که شخص با هدف و موضوع یک معاهده سروکار دارد، که مهمترین بخش زمینه معاهده است، آن هدف و موضوع عنصری مستقل از آن زمینه را تشکیل نمی‌دهد.» (Iran-US Claims Tribunal Reports 5, 2000: para 58).

Rep, 1986: para 20). به‌عنوان نتیجه، ثبات مرزها «یک اصل کلی است که به طور منطقی با این شکل از استعمارزدایی در هر کجا که اتفاق افتد مرتبط است.» (ICJ Rep, 1986: para 20).

در نهایت، لازم به ذکر است که دادگاه به زمینه و شرایط پیرامونی‌ای که در آن قاعده عرفی اعمال می‌شود، توجه لازم را دارد.^۲ این مورد زمانی بود که دیوان بین‌المللی دادگستری «بیان آزادانه و واقعی اراده مردم مربوطه» را برای «هرگونه جدایی بخشی از یک سرزمین غیرخودگردان از سوی قدرت اداره‌کننده» و به‌عنوان بخشی از قاعده عرفی حق تعیین سرنوشت بررسی کرده است. در این خصوص دیوان مقرر می‌دارد که: «از نظر دیوان، زمانی که یکی از طرفین، مورس، که گفته می‌شود این سرزمین را به بریتانیا واگذار کرده است، تحت اداره طرف دیگر بوده است، نمی‌توان سخن از توافق بین‌المللی به میان آورد. دیوان بر این نظر است که در شرایطی که بخشی از یک قلمروی غیرخودگردان برای ایجاد یک مستعمره جدید جدا می‌شود، باید در مورد موضوع رضایت دقت نظر بیشتری به خرج داد.» (ICJ Rep, 2019: 172).

۲.۳. سایر عناصر تفسیری

توافق بعدی، رویه بعدی و سایر قواعد مرتبط حقوق بین‌الملل، دیگر عناصر تفسیری مندرج در ماده ۳۱ کنوانسیون وین هستند. در زمینه تفسیر قواعد عرفی به نظر می‌رسد که رویه بعدی و سایر قواعد قواعد حقوق بین‌الملل، عناصر مرتبط تلقی می‌شوند.^۳

۱.۲.۳. رویه بعدی

از رویه بعدی به‌درستی به‌عنوان ابزار پویای تفسیر نام برده شده است (Dorr & Schmalenbach, 2018: 574). بر طبق پیش‌نویس نتایج کمیسیون حقوق بین‌الملل در خصوص توافقات و رویه بعدی در

۱. نمونه واضح دیگری از تعیین «قلمرو» یک قاعده عرفی در پرتوی رویکرد زمینه‌ای و از طریق استدلالی براساس هدف و موضوع قاعده عرفی را می‌توان در پرونده «قرار بازداشت» یافت. در این پرونده، دیوان پیش از هرگونه بررسی رویه‌های دولتی، با اشاره به هدف اعطای مصونیت کیفری به وزرای خارجه و با توجه به نیازمندی ایشان به انجام سفرهای متعدد در راستای انجام مطلوب وظایف، اعلام کرد ایشان در تمام مدت تصدی مسئولیت در خارج از کشور از «مصونیت کامل» از صلاحیت کیفری برخوردارند (ICJ Rep, 2002: para 53-54).

۲. به نظر می‌رسد این همان موردی است که کاسکنیمی نیز به آن اشاره کرده است. به اعتقاد وی: «خوانش انواع مختلف تعیین‌کننده‌های زمینه‌ای در تعیین تعهدات عرفی دولت‌ها امری معمول است.» او می‌افزاید: «قوانین عرفی بسته به اینکه در کشورهای صنعتی یا در حال توسعه اعمال می‌گردند، متفاوت تفسیر می‌شوند.» (Koskeniemi, 2006: 391).

۳. معاهدات تدوین‌کننده حقوق عرفی که متعاقب بر شکل‌گیری قواعد مربوطه منعقد می‌شوند، محتمل‌ترین شکل توافق بعدی در زمینه تفسیر قواعد عرفی هستند. با این حال، دقیق‌تر آن است که این نوع توافقات را تحت سایر قواعد مرتبط حقوق بین‌الملل به‌منظور تفسیر قواعد عرفی در نظر بگیریم. بنگرید به: Merkouris, 2015: 269.

تفسیر معاهدات، رویه بعدی ابزار تفسیر معتبر است که شواهدی عینی از درک طرفین معاهده در مورد معنای آن را فراهم می‌کند. به طور کلی، رفتار یک دولت در اجرا و اعمال معاهده پس از انعقاد آن را می‌توان رویه بعدی در تفسیر معاهدات دانست (ILC, 2018: Conclusion 3). بر طبق بخش ب از بند ۳ ماده ۳۱ کنواسیون وین، رویه‌ای را می‌توان به‌عنوان رویه تفسیری در نظر گرفت که بیانگر توافق طرفین در خصوص تفسیر معاهده باشد. با این حال کمیسیون حقوق بین‌الملل از این منظر میان دو دسته از رویه‌ها قائل به تمایز است. کمیسیون رویه‌ای را که توافق طرفین معاهده را تأسیس می‌کند به‌عنوان ابزار معتبر تفسیر و رویه‌ای را که بیانگر چنین توافقی نیست به‌عنوان ابزار تکمیلی تفسیر در نظر می‌گیرد (ILC, 2018: Conclusion 4). شناسایی یک رویه در معنای نخست مستلزم تعیین آن است که طرفین با اتخاذ رویه خود موضعی در خصوص تفسیر معاهده اتخاذ کرده باشند (ILC, 2018: Conclusion 6). بنابراین مفهوم رویه بعدی به‌عنوان ابزار معتبر تفسیر بر ادراک طرفین از معنای معاهده که در اجرای معاهده متبلور می‌شود استوار است. همانگونه که کمیسیون خاطر نشان کرده است: «اهمیت چنین رویه متعاقبی در اعمال یک معاهده به‌عنوان یک عنصر تفسیری امری بدیهی است چرا که این رویه شواهدی عینی از درک طرفین در مورد معنای معاهده را فراهم می‌نماید» (ILC, 1966: 221).

با توجه به مفهوم فوق رویه بعدی می‌تواند نقش مهمی در تفسیر قواعد عرفی ایفا کند. همانگونه که تاناکا بیان می‌دارد، قواعد عرفی نیز به مانند تعهدات معاهداتی شامل فرآیند تفسیری خودکار^۱ هستند (Tanaka, 2018: 4). از همین رو، می‌توان ادعا کرد که رفتار دولت در اجرای قواعد عرفی می‌تواند به‌عنوان نشانه‌ای از ادراک و تفسیر دولت مربوطه از آن قاعده عرفی تلقی شود. بنابراین درحالی که «رویه سازنده» قاعده عرفی را شکل می‌دهد، «رویه متعاقب» به‌عنوان ابزار معتبر تفسیری برای روشن کردن محتوا و دامنه قاعده به کار بسته می‌شود. روشن است که مورد اول، خلق‌کننده و نمایانگر قاعده عرفی است، درحالی که مورد دوم به رویه‌هایی اشاره دارد که پس از استقرار قاعده به منصب ظهور رسیده است. بیان نمونه‌ای از قاعده عرفی مصونیت دولت‌ها می‌تواند در این زمینه راه‌گشا باشد. قاعده مصونیت در حقوق بین‌الملل قاعده‌ای خدشه‌ناپذیر است که بارها توسط دیوان‌های بین‌المللی از جمله دیوان بین‌المللی دادگستری شناسایی شده است. بنابراین رفتار مادی یک دولت در اجرا و اثربخشی به این قاعده در سطوح تقنینی، قضایی و اجرایی به‌وجود آورنده رویه متعاقب آن دولت در خصوص قاعده مصونیت به شمار می‌رود.

شایان ذکر است که این دست از رویه‌ها می‌توانند کارکردهای گوناگونی در زمینه تفسیر ایفا کنند. یک قاعده عرفی ممکن است تماماً در چارچوب نخستین تشکیل آن توسط دولتی اعمال شود. کارکرد این رویه که می‌توان آن را «رویه مؤید»^۲ نامید، تایید قلمروی از پیش تثبیت‌شده آن قاعده است. علاوه بر آن،

1. Auto-interpretation
2. Affirming practice

می‌توان کارکردی تکمیلی برای رویه‌های متعاقب قائل بود. کارکرد این دست از رویه‌ها را که می‌توان «رویه‌های تکمیلی» یا «توسعه‌دهنده»^۱ نامید، فراهم‌آوری تظاهراتی از قلمرو و محتوای توسعه‌یافته قاعده است که فهم کنونی بازیگران مربوطه را از محتوا و قلمروی قاعده نشان می‌دهد. در آخر می‌توان به «رویه‌های متعارض»^۲ اشاره کرد که از محتوای هنجاری قاعده موجود منحرف شده است و مقدمات شکل‌گیری قاعده‌ای جدید را نشان می‌دهند. در زمینه تفسیر قواعد عرفی رویه‌های مؤید و توسعه‌دهنده واجد اهمیت تفسیری هستند؛ هرچند که مورد دوم بیشترین نقش را در این زمینه ایفا می‌کند.^۳

مسئله هنگامی که صحبت از توسعه یک قاعده غیرقابل مناقشه از پیش موجود به میان می‌آید، نقش رویه بعدی بسیار پررنگ می‌شود. در پرونده مصونیت قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری بیان داشته است که: «ماهیت ادعای نخست ایتالیا آن است که حقوق بین‌الملل عرفی تا جایی توسعه یافته است که یک دولت دیگر از مصونیت در خصوص اعمال منجر به مرگ، صدمه بدنی یا خسارت به اموال، در سرزمین دولت رسیدگی‌کننده به آن، بهره‌مند نمی‌گردد، حتی اگر اعمال مربوطه در زمره اعمال حاکمیتی جای گیرد.» (ICJ Rep, 2012: para 62).

ایتالیا در حمایت از ادعای خویش از جمله به رویه دولت‌هایی که قوانینی را در خصوص مصونیت دولت‌ها گذرانده بودند تکیه کرد (ICJ Rep, 2012: para 62). از منظر تحلیلی می‌توان گفت که این ادعا در ماهیت خود اشاره به رویه متعاقب دارد که در شکل تقنینی آن تجلی یافته است. در این پرونده دیوان پس از بررسی دقیق مصادیق این رویه‌ها در اشکال تقنینی (ICJ Rep, 2012: paras 70-71) و قضایی (ICJ Rep, 2012: paras 72-77) نتیجه‌گیری کرده است که: «حقوق بین‌الملل عرفی همچنان مستلزم اعطای مصونیت به یک کشور در رسیدگی به شبه‌جرم‌های ادعایی ارتكابی توسط نیروهای مسلح و سایر ارگان‌های آن در خلال یک مخاصمه مسلحانه در سرزمین دولت دیگر است» (ICJ Rep, 2012: para 80).

در پرونده نقض ادعایی حقوق حاکمیتی و مناطق دریایی در دریای کارائیب، «همانطور که رویه عمومی کشورها نشان می‌دهد و هر دو طرف نیز آن را پذیرفته‌اند، مفهوم منطقه مجاور به خوبی در حقوق بین‌الملل تثبیت شده است» (ICJ, 2022: para 149). با این حال، طرفین مواضع متفاوتی در مورد دامنه حقوق قابل اعمال در این زمینه داشتند. مطابق با نظر کلمبیا، «ماده ۳۳ کنوانسیون حقوق دریاها منعکس‌کننده حقوق بین‌الملل عرفی کنونی در مورد منطقه مجاور نیست» (ICJ, 2022: para 148) و

1. Developing practice
2. Contradictory practice

۳. در این راستا، مثلاً رویه دولت‌ها در شکل قانون‌گذاری در پرونده مصونیت قضایی می‌تواند به‌عنوان رویه‌های تکمیلی یا توسعه‌دهنده در نظر گرفته شود (ICJ Rep, 2012: paras 70-71)؛ با این حال، رویه دولتی در قالب تصمیمات دادگاه ملی، رویکرد کلاسیک به مصونیت دولت را تأیید کرد (ICJ Rep, 2012: paras 72-77).

«دولت ساحلی می‌تواند کنترل لازم را برای حفاظت و تأمین منافع اساسی خود، از جمله، و نه محدود به موارد مربوط به قوانین گمرکی، مالی، مهاجرتی یا بهداشتی اعمال کند» (ICJ, 2022: para 148). دیوان در نتیجه‌گیری اینکه اختیاراتی که دولت‌ها می‌توانند در منطقه مجاور اعمال کنند شامل موارد امنیتی نمی‌شود، از جمله، رویه‌های متعاقب را مدنظر قرار داده و بیان می‌دارد:

«اگرچه چند دولت وجود دارند که در قوانین ملی خود اختیار اعمال کنترل در رابطه با موارد امنیتی در منطقه مجاور را برای خود محفوظ می‌دانند، عملکرد آنها با مخالفت سایر کشورها مواجه شده است. مطالب ارائه‌شده توسط کلمبیا در خصوص قوانین ملی در منطقه مجاور، از ادعای این کشور مبنی بر اینکه حقوق عرفی در مورد منطقه مجاور از زمان تصویب کنوانسیون حقوق دریاهای تکامل یافته است که به یک کشور ساحلی اجازه می‌دهد تا حداکثر وسعت عرض منطقه مجاور را فراتر از ۲۴ مایل دریایی گسترش دهد، یا اختیاراتی که ممکن است در آن منطقه اعمال کند را توسعه دهد، پشتیبانی نمی‌کند.» (ICJ, 2022: para 154).

۲.۲.۳. سایر قواعد مرتبط حقوق بین‌الملل

هنگامی که مقام مفسر برای فهم قواعد حقوقی، آنها را در چارچوب حقوق بین‌الملل عام و به‌عنوان منظومه‌ای واحد مین‌گرد و سایر قواعد مرتبط را به‌منظور درک محتوا و قلمروی قاعده مربوطه دخیل می‌کند، باید از تفسیر نظام‌مند یا سیستماتیک سخن به میان آورد (عابدینی، ۱۳۹۶: ۲۵۰).^۱ در این رویکرد به‌منظور تعیین آن که کدام دست از قواعد مرتبط تلقی می‌شوند باید به قواعدی نظر داشت که به همان موضوع^۲ قاعده مورد تفسیر می‌پردازند (Gardiner, 2015: 299).

همانگونه که مرکوریس اشاره می‌کند، معاهدات تدوین‌کننده حقوق عرفی از جمله قواعد مرتبط برای تفسیر قاعده عرفی مربوطه هستند (Merkouris, 2015: 296). با این حال، معاهدات تدوین‌کننده عرف، تنها قواعد مرتبط در زمینه تفسیر قواعد عرفی به‌شمار نمی‌روند. دیوان بین‌المللی دادگستری برای تعیین ماهیت، محتوا و دامنه قاعده عرفی حق تعیین سرنوشت، به منشور ملل متحد (ICJ Rep, 2018: 146)، به قطعنامه‌های مجمع عمومی سازمان ملل متحد (ICJ Rep, 2018: 150-161)، اعلامیه اصول حقوق بین‌الملل در مورد روابط دوستانه و همکاری بین دولت‌ها براساس منشور سازمان ملل متحد (ICJ Rep, 2018: 155)، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی اشاره کرده است (ICJ Rep, 2018: 154). به باور دادگاه: «دیوان همچنین ممکن

۱. به عقیده مرکوریس، این رویکرد تفسیری «مناسب‌ترین» روش در تفسیر حقوق بین‌الملل عرفی است (Merkouris, 2015: 266).

2. Subject matter

است بر اسناد حقوقی متعاقب بر دوره مورد بحث تکیه کند، زمانی که این اسناد قواعد یا اصول از پیش تعیین شده را تأیید یا تفسیر می‌نمایند.» (ICJ Rep, 2018:143).

در پرونده مصونیت‌های قضایی نیز دیوان از کنوانسیون اروپایی مصونیت‌های دولتی مصوب ۱۹۷۲ و کنوانسیون ملل متحد در زمینه مصونیت قضایی دولت‌ها و اموالشان (۲۰۰۴) به منظور تعیین قلمروی قاعده مصونیت بهره برد (ICJ, 2012: 66-69). دیوان بر این باور بود که: «مفاد این کنوانسیون‌ها تنها تا جایی مرتبط است که مفاد آن‌ها و روند تصویب و اجرای آن‌ها محتوای حقوق بین‌الملل عرفی را روشن می‌سازد.» (ICJ Rep, 2012: 66).

۳.۲.۳. ابزارهای تکمیلی تفسیر

«کارهای مقدماتی معاهده» و «شرایط انعقاد معاهده» ابزارهای تکمیلی برای تفسیر معاهدات هستند. از این ابزارها می‌توان برای تأیید معنای حاصل از اعمال قاعده کلی یا در مواردی که معنای حاصله آشکارا غیرمعقول باشد، استفاده کرد. با این حال، همانطور که در بخش قبل بیان شد، شرایط تشکیل یک قاعده عرفی باید به‌عنوان بخشی از زمینه به‌عنوان عنصر اصلی برای تفسیر قواعد عرفی در نظر گرفته شود. کارهای مقدماتی انعقاد نیز به دلیل ماهیت خاص قواعد عرفی از نظر شکل‌گیری، در اینجا غیرمرتبط است. با وجود این، ابزارهای تفسیری‌ای وجود دارند که می‌توانند به تفسیر قواعد عرفی کمک کنند و باید به‌عنوان ابزارهای تکمیلی طبقه‌بندی شوند. تصمیمات دادگاه‌ها و دیوان‌های بین‌المللی از جمله این موارد هستند. مثلاً در پرونده مصونیت‌های قضایی، تصمیم دادگاه اروپایی حقوق بشر، برای تأیید یافته‌های دیوان مورد استفاده قرار گرفت (ICJ, 2012: Paras 72-73, 76). ضمناً نظریات جداگانه یا مخالف منضم به احکام را می‌توان تا آنجا که مینا و منطق^۱ تصمیم قضات را نسبت به برداشت و تفسیر قواعد بیان می‌کند، برای این منظور در نظر گرفت.

۴. نتیجه‌گیری

همانطور که مرکوریس به درستی اشاره می‌کند، «هنگامی که درک ما از عرف با گنجاندن امکان تفسیر حقوق عرفی گسترده شد، یک چشم‌انداز حقوقی کاملاً جدید آشکار می‌شود.» (Merkouris, 2015: 256). این موضوع از یک سو تحت تأثیر دیدگاه متن‌محور به امر تفسیر در حقوق بین‌الملل، و از سوی دیگر رویکرد غالب دو‌عنصری به نظریه‌پردازی حقوق بین‌الملل عرفی قرار می‌گیرد. با این حال، همان‌طور که در این مقاله بحث شد، تعیین محتوا و قلمروی قاعده عرفی می‌تواند پس از شناسایی و از

1. *ratio decidendi*

طریق استدلال‌های تفسیری ادامه پیدا کند و این فرآیند هم از نظر کارکردی و هم از منظر روش‌شناختی از عمل شناسایی متمایز می‌شود. درحالی‌که شناسایی یک فرآیند استقرایی است که بر اساس بررسی دو عنصر تشکیل‌دهنده قاعده با طرح این پرسش که «آیا یک رویه عمومی به‌عنوان قانون پذیرفته شده است؟» عمل می‌کند، تفسیر صرفاً یک موضوع حقوقی، استدلالی، قابل مقایسه با تفسیر معاهدات و بدون نیاز به ارجاع به دو عنصر تشکیل‌دهنده قواعد عرفی است. با وجود این، سیستم منحصر به فرد و عملکرد خاص حقوق بین‌الملل عرفی در نظم حقوقی بین‌المللی منجر به درجه خاصی از پیچیدگی و ابهام در دسته‌بندی مفاهیم متمایز و در عین حال مرتبط و درک عملکرد دقیق آنها شده است. مهم‌ترین مسئله در این زمینه، تفاوت بین بعد تعیین محتوای عمل شناسایی و تفسیر یک قاعده عرفی است. همانطور که در بالا توضیح داده شد، باید قائل به تفاوت‌های روش‌شناختی و عملکردی مشخصی میان این دو بود. علاوه بر ملاحظات نظری، در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری نیز موارد متعددی وجود دارد که در آن روشن شدن دامنه و محتوای قاعده عرفی از طریق استدلال‌هایی ارائه شده است که هیچ توضیح منطقی‌ای به جز تفسیر نمی‌توان برای آن‌ها ارائه کرد؛ چه آن‌ها به‌تنهایی و چه برای تقویت یافته‌های رویکرد دوعنصری به کار گرفته شده باشند. همچنین، با توجه به ماهیت خاص حقوق بین‌الملل عرفی، می‌توان نتیجه گرفت که تفسیر زمینه‌گرا روش اصلی تفسیر قواعد عرفی به شمار می‌رود. جدای از عوامل زمینه‌ای، رویه بعدی، سایر قواعد مرتبط حقوق بین‌الملل و ابزارهای تکمیلی تفسیر، سایر عناصری هستند که در تفسیر قواعد عرفی می‌توانند مرتبط تلقی شوند.

منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. جعفری تبار، حسن (۱۳۸۸). *فلسفه تفسیری حقوق*. تهران: سهامی انتشار.

ب) مقاله

۲. عابدینی، عبدالله (۱۳۹۶). اصول حاکم بر تفسیر قطعنامه‌های شورای امنیت. *تحقیقات حقوقی*، (۷۸)، ۲۳۳-۲۵۸.

۲. انگلیسی

A) Books

1. Ammann, O. (2019). *Domestic Courts and the Interpretation of International Law*. Leiden: Brill | Nijhoff.

2. Black, H. C. (1983). *Black's Law Dictionary: Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern*.
3. Bos, M. (1984). *A Methodology of International law*. Amsterdam: NORTH HOLLAND.
4. Dorr, O., & Schmalenbach, K. (eds). (2018). *Vienna Convention on the Law of Treaties A Commentary*. Second Edition. Heidelberg: Springer
5. Gardiner, R. (2015) *Treaty Interpretation*. Oxford International Law Library (2nd ed.). Oxford: Oxford University.
6. Koskenniemi, M. (2006). *From Apology to Utopia*. Cambridge: Cambridge University.
7. Marmor, A. (2005) *Interpretation and Legal Theory*. 2nd ed, Oxford: Hart Publishing.
8. Merkouris, P. (2015). *Interpretation of Customary International Law by Reference to the Customary Law Equivalent of Article 31(3)(c) (Article 31(3)(c) CIL)*". In Article 31(3)(c) vclt and the Principle of Systemic Integration. Leiden: Brill | Nijhoff.
9. Orakhelashvili, A. (2008) *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*. Oxford: Oxford University.
10. Tanaka, Y. (2018) *The Peaceful Settlement of International Disputes*. Cambridge: Cambridge University.
11. Villiger, M. E. (2009) *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Leiden: Brill.

B) Articles

12. Bhala, R., & Witmer, E. (2019) Interpreting Interpretation: Textual, Contextual, and Pragmatic Interpretative Methods for International Trade Law. *Connecticut Journal of International Law*, 35 (2), 58.
13. Chasapis Tassinis, O. (2020). Customary International Law: Interpretation from Beginning to End. *European Journal of International Law*, 31 (1), 235–267.
14. Di Marco, R. (2022) Customary International Law Identification versus Interpretation, In *The Theory, Practice, and Interpretation of Customary International Law (The Rules of Interpretation of Customary International Law)*. MERKOURIS, P., KAMMERHOFER, J., & ARAJARVI, N. (eds). Cambridge: Cambridge University, 414.
15. Endicott, T. (1994). Putting Interpretation in Its Place. *Law and Philosophy*, 451.
16. Fortuna, M. (2022). Interpretation of Rules of Customary International Law, Their Identification and Treaty Interpretation', In *The Theory, Practice, and Interpretation of Customary International Law (The Rules of Interpretation of Customary International Law)*. MERKOURIS, P., KAMMERHOFER, J., & ARAJARVI, N. (eds). Cambridge: Cambridge University, 393.
17. Gourgourinis, A. (2011). The Distinction between Interpretation and Application of Norms in International Adjudication. *Journal of International Dispute Settlement*, 2 (1), 31.
18. Herdegen, M. (2020). Interpretation in International Law' in: Rudiger WLLFURM and Anne PETERS (eds), *MPEPIL*. online edn, Oxford: Oxford University.
19. Merkouris, P. (2017). Interpreting the Customary Rules on Interpretation. *International Community Law Review*, 19 (1), 126–155.
20. Merkouris, P. (2022) Interpreting Customary International Law, You'll Never Walk Alone, In *The Theory, Practice, and Interpretation of Customary International Law (The Rules of Interpretation of Customary International Law)*. MERKOURIS, P., KAMMERHOFER, J., & ARAJARVI, N. (eds). Cambridge: Cambridge University, 347.

21. Milleva, N. (2022). The Role of Domestic Courts in the Interpretation of Customary International Law, How Can We Learn from Domestic Interpretive Practices? In *The Theory, Practice, and Interpretation of Customary International Law (The Rules of Interpretation of Customary International Law)*. MERKOURIS, P., KAMMERHOFER, J., & ARAJARVI, N. (eds), Cambridge: Cambridge University.
22. Pellet, A. (2018). Canons of Interpretation under the Vienna Convention, In *Between the Lines of the Vienna Convention? Canons and Other Principles of Interpretation in Public International Law*. KLINGLER, J., PARKHOMENKO, Y., & SALONIDIS, C.(eds). Netherland: Wolters Kluwer.
23. Talmon, S. (2015). Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion. *European Journal of International Law*, 26 (2), 417–443.
24. Terevez, T. (2006). Customary International Law. in Rudiger WOLLFURM and Anne PETERS (eds), *MPEPIL*. online edn, Oxford: Oxford University.
25. Venzke, I. (2018). Authoritative Interpretation in International law' in Helene FABRI RUIZ (ed), *Max Planck Encyclopedias of International Procedural Law*. online ed, Oxford, Oxford University.
26. Waibel, M. (2011). Demystifying the Art of Interpretation. *European Journal of International Law*, 22 (2), 571.
27. Wood, M., & Sender, O. (2022). Between theory, practice, and 'interpretation' of customary international law. <https://cil.nus.edu.sg/blogs/between-theory-practice-and-interpretation-of-customary-international-law/>

D) Cases

28. Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion, ICJ Rep 2010
29. Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea, Merit (Nicaragua v. Colombia) ICJ Rep 2022
30. Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002
31. Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment, I. C.J. Reports 1985
32. Factory at Chorzow, Dissenting opinion of Judge Ehrlich (Jurisdiction, 1927) PCIJ Series A No.9
33. Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali), Judgment, I.C.J. Reports 1986
34. Iran-United States Claims Tribunal, Federal Reserve Bank of New York v Bank Markazi, Case A 28 (2000) 36 Iran-US Claims Tribunal Reports 5
35. Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012
36. Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia), Judgment, I. C. J. Reports 1999
37. Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2019
38. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I. C.J. Reports 1996
39. Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004
40. Legrand (Germany v. United States of America), Judgment, I. C. J. Reports 2001

41. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986
42. North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands) Judgment of 20 February 1969 [1969] ICJ Rep. 3, Dissenting Opinion of Judge Tanaka
43. North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands) (Merits) [1969] ICJ Rep
44. Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010
45. Reservation to the Convention on genocide, Advisory opinion ICJ reports 1951
46. Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad), Judgment, I. C. J. Reports 1994

E) Documents

47. <https://www.un.org/en/ga/sixth/75/pdfs/statements/ild/ola.pdf>
48. ILC, 'Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with Commentaries' (30 April–1 June and 2 July–10 August 2018) UN Doc A/73/10
49. ILC, 'Draft Conclusions on Subsequent Agreements and Subsequent Practice in Relation to the Interpretation of Treaties, with Commentaries' (30 April–1 June and 2 July–10 August 2018) UN Doc A/73/10, reproduced in [2018/II – Part Two] YBILC 11
50. ILC, 'Report of the International Law Commission on the Work of its 63rd Session' (26 April–3 June and 4 July–12 August 2011) UN Doc A/66/10
51. Yearbook of the International Law Commission 1966, Volume II, reports of the Commission to the General Assembly, document A/6309/Rev.1