

رویکرد نظام‌های حقوقی داخلی نسبت به حقوق بین‌الملل عرفی با نگاهی به رویه ایران (پژوهشی)

غلامعلی قاسمی *

جواد عرب شیرازی **

(DOI) : 10.22066/cilamag.2025.2041554.2637

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۰/۱۵

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۷/۱۰

چکیده

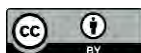
قواعد عرفی بین‌المللی به‌عنوان بنیان و مبنای اصلی نظام حقوق بین‌الملل، همواره از جایگاهی برجسته و غیرقابل انکار برخوردار بوده‌اند. این قواعد که بر اساس رویه‌های مستمر و اعتقاد حقوقی دولت‌ها شکل می‌گیرند، نه‌تنها قدیمی‌ترین، بلکه پویاترین منبع حقوق بین‌الملل محسوب می‌شوند و همواره اثرگذارند. ممکن است رویکرد دولت‌ها در مواجهه با قواعد عرفی بین‌المللی با توجه به مقررات، ملاحظات و محدودیت‌های نظام حقوقی داخلی آن‌ها متفاوت باشد. پرسش اصلی مقاله این است که حقوق بین‌الملل عرفی اساساً چه جایگاهی در نظام حقوق داخلی کشورها دارد. پژوهش حاضر با رویکردی تحلیلی-توصیفی - تطبیقی، با هدف بررسی جایگاه حقوق بین‌الملل عرفی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران نگاشته شده است. با توجه به اینکه دولت‌ها عموماً در اسناد بنیادین خود، مانند قانون اساسی، به معاهدات بین‌المللی به‌عنوان منبعی با اولویت بالاتر نسبت به عرف بین‌الملل استناد می‌کنند، این پژوهش به بررسی این پرسش نیز می‌پردازد که آیا نظام حقوقی ایران نیز از این قاعده پیروی می‌کند. یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد که اگرچه قانون اساسی ایران به‌طور صریح به حقوق بین‌الملل عرفی اشاره نکرده است، اصول و قوانین مختلف به‌طور ضمنی بر جایگاه این منبع حقوقی تأکید دارند. با این حال، اصل تقدم معاهدات بر عرف بین‌الملل در نظام حقوقی ایران به‌وضوح قابل مشاهده است. علاوه بر این، مقاله به این نکته اشاره می‌کند

* g.ghasemi43@gmail.com

* دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه قم، قم، ایران

** javadarabshirazi@gmail.com

** نویسنده مسئول، دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق دانشگاه قم، قم، ایران



<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>

که عدم اشاره صریح به عبارت حقوق بین‌الملل عرفی در قانون اساسی و قوانین موضوعه یا وجود خلأ حقوقی یا سکوت در این باره می‌تواند به مراجع حقوقی این امکان را بدهد تا بسته به شرایط و موضوع، رویکردی منعطف نسبت به قواعد عرف بین‌الملل اتخاذ کنند. این امر نشان می‌دهد که رویه نظام حقوقی ایران نسبت به عرف بین‌الملل، ماهیتی متغیر دارد و ممکن است در موارد مختلف، متفاوت باشد.

واژگان کلیدی

حقوق بین‌الملل عرفی، ایران، معاهدات بین‌المللی، سکوت، خلأ حقوقی، نظام حقوقی داخلی، عرف

مقدمه

عرف به عنوان منبع اولیه و اصلی حقوق بین‌الملل، موضوعات و مباحث بسیاری را در برمی‌گیرد و حقوق بین‌الملل عرفی به عنوان مجموعه‌ای از قواعد و اصول حقوقی که بر اساس عرف و رویه‌های دیرینه دولت‌ها شکل می‌گیرد، نقش بسیار مهمی در نظام حقوقی داخلی کشورها ایفا می‌کند. این قواعد، فارغ از معاهدات بین‌المللی، بر روابط بین‌المللی دولت‌ها حاکم بوده و به تدریج در نظام حقوقی داخلی کشورها نیز نفوذ پیدا کرده‌اند.

تعریفی واحد و جهانی برای قواعد عرفی وجود ندارد. فرهنگ حقوقی بلک^۱، این قواعد را به این صورت تعریف می‌کند: «آداب و رسم‌های که به عنوان الزامات حقوقی، قواعد الزام‌آور رفتاری، رویه‌ها و باورهای که بخش حیاتی و ذاتی از یک نظام اجتماعی و اقتصادی تشکیل را می‌دهند و با آن‌ها به مثابه قانون رفتار می‌شود»^۲. توپین و تیلور (۲۰۰۹) حقوق بین‌الملل عرفی را به عنوان نظامی «هویا که همواره در حال تکامل بوده و اغلب مفاهیم و اقدامات حقوقی دیگر نظام‌های حقوقی را در خود گنجانده است»^۳ تعریف می‌کنند.

بند (ب) ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، عرف را رویه‌ای کلی که به صورت قانون پذیرفته شده است، تعریف می‌کند. این ماده نیز تعریف دقیقی از عرف ارائه نمی‌دهد و در این رابطه برخی حقوق‌دانان معتقدند که «عرف به عنوان یکی از منابع اصلی حقوق بین‌الملل، مدت‌ها پیش از تصویب اساسنامه، مورد قبول جامعه جهانی بوده است»^۴.

1. Bryan Garner, *Black's Law Dictionary*, 7th ed. (West Publishing Company, 1999). <https://irp.cdn-website.com/6b820530/files/uploaded/Black-s%20Law%20Dictionary%207th%20Edition.pdf>. Last accessed on Oct. 6, 2024.

2. Brendan Tobin, and Emily Taylor, "Across the Great Divide: A case study of complementarity and conflict between customary law and TK protection legislation in Peru," *Initiative for the Prevention of Biopiracy Research Documents*, Year IV, 11. (2009): 7-8

۳. عباسعلی کدخدایی و شهرام زرر نشان، «تحول رویکرد رویه قضایی بین‌المللی در فرایند شناسایی قواعد حقوق بین‌الملل عرفی ایران»، *فصلنامه حقوقی*، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی ۴۳، ۱ (۱۳۹۲).

کریستینا سویدرسکا،^۴ حقوق‌دان اهل پرو، تعریف جامع‌تری از عرف ارائه می‌دهد و بیان می‌دارد: «حقوق عرفی شامل جهان‌بینی‌های عرفی، اصول یا ارزش‌ها، قواعد رفتاری و رویه‌های مرسوم هستند... برخی از آن‌ها قدرت و الزام‌آوری قوانین را کسب می‌کنند. قواعد عرفی به‌صورت بومی و محلی پذیرفته می‌شوند، به‌صورت کلامی و شفاهی حفظ می‌شوند، انطباق‌پذیر هستند و همواره در حال تکامل‌اند».^۵

ارتباط حقوق بین‌الملل عرفی با نظام حقوقی داخلی کشورها ابعاد گوناگونی داشته و به عوامل بسیاری بستگی دارد. برخی کشورها صراحتاً در قوانین داخلی خود به شناسایی و پذیرش قواعد حقوق بین‌الملل عرفی اشاره کرده‌اند؛ برخی به‌صورت مشروط و برخی دیگر در این خصوص سکوت اختیار کرده‌اند. به‌طور کلی، قواعد عرفی در بدنه نظام حقوقی داخلی کشورها حتی به‌رغم عدم اشاره مستقیم در قوانین و انفعال دولت‌ها وجود دارند. انکار کامل نقش عرف بین‌المللی در نظام حقوق داخلی کشورها امکان‌پذیر نیست، اما گستره نفوذ و تأثیر آن در نظام‌های مختلف حقوقی متفاوت است و به عوامل متعددی از جمله ساختار حقوقی و سیاسی هر کشور بستگی دارد.

درباره موضع ایران نسبت به جایگاه حقوق بین‌الملل عرفی، مسلم است که هیچ‌یک از اصول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، صراحتاً به عبارت حقوق بین‌الملل عرفی اشاره نکرده‌اند. به عبارت دیگر، در این باره قاعده‌ای پیش‌بینی نشده است و در ظاهر، پدیده‌ای به نام خلأ حقوقی (Non Liqueur) به چشم می‌خورد. مفهوم خلأ، ارتباط نزدیکی با پدیده سکوت در نظام حقوقی دارد چرا که سکوت نیز به معنای عدم پیش‌بینی قانون یا قاعده مشخصی برای یک موضوع خاص است. «در حقوق بین‌الملل، خلأ حقوقی نشان‌دهنده فقدان قاعده حقوقی مناسب، ابهام یا پیچیدگی قواعد درباره قضیه خاصی است که در محضر یک نهاد قضایی مطرح شده است... در نظام حقوقی ایران، با مقوله سکوت قانون، رفتاری قاعده‌مند شده، به این ترتیب که ذیل این عنوان حقوقی مهم، فروعاتی بیان شده است. سکوت قانون در این نظام به دو معنی به کار رفته است: نخست، به مفهوم کلی که ذیل آن به فروعاتی چون نقص قانون، اجمال قانون، ابهام قانون، تعارض و تناقض مقررات و نبود قانون قرار گرفته است. دوم به معنای نبود قانون لازم در مورد متنازع‌فیه است که البته در این معنی نمی‌توان به فروعات یادشده در بند نخست، سکوت قانون اطلاق نمود».^۶ این فروعات، برگرفته از ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور مدنی)

4. Krystyna Swiderska

5. Krystyna Swiderska, Alejandro Argumedo, Yiching Song, Jingsongc Li, Ruchi Pant, Heraclio Herrera, Doris Mutta, Peter Munyi, and S Vedavathy, "Protecting Community Rights over Traditional Knowledge: Implications of Customary Laws and Practices", *Key findings and recommendations*, London (2009).

۶. حیدر پیری، «بررسی تحلیلی خلأ حقوقی در نظام حقوقی ایران و حقوق بین‌الملل با تأکید بر سازوکارهای رفع آن»، *مجله مطالعات حقوق تطبیقی* ۱۴، ۲ (۱۴۰۲): ۶۵۸-۶۵۹.

مصوب ۱۳۷۹ است که اشعار می‌دارد: «قضات دادگاه‌ها موظف‌اند موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده، حکم مقتضی صادر و یا فصل خصومت نمایند. در صورتی که قوانین موضوعه، کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند و نمی‌توانند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین از رسیدگی به دعا و صدور حکم امتناع ورزند و الا مستنکف از احقاق حق شناخته شده و به مجازات آن محکوم خواهند شد».

گفتنی است که ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ که مقرر می‌نمود: «دادگاه‌های دادگستری مکلف‌اند به دعاوی موافق قوانین رسیدگی کرده، حکم داده یا فصل نمایند و در صورتی که قوانین موضوعه کشوری کامل یا صریح نبوده یا متناقض باشد یا اصلاً قانون در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، دادگاه‌های دادگستری باید موافق روح و مفاد قوانین موضوعه و عرف و عادت مسلم قضیه را قطع و فصل نمایند»، با ارجاع به عرف و عادت مسلم، دریچه هرچند بسیار کوچکی برای اعمال عرف بین‌المللی نیز باز می‌نمود. در حالی که در هنگام تصویب ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ و تکرار مفهوم کلی ماده ۳ فوق در قانون جدید، همسو با اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۵۸ اشاره به عبارات عرف و عادت مسلم، صراحتاً و مشخصاً از متن قانون فوق و قانون اساسی حذف شد.^۷

حال این پرسش به ذهن متبادر می‌شود: آیا خلأ حقوقی یا سکوت در قانون به منزله نبود رویه در مورد یک موضوع خاص است؟ کمیسیون حقوق بین‌الملل^۸ در طرح خود تحت عنوان پیش‌نویس نتایج شناسایی حقوق بین‌الملل عرفی (۲۰۱۸)،^۹ در نتیجه‌گیری شماره ۶ اشعار می‌دارد: «ممکن است رویه اشکال گسترده و مختلفی به خود بگیرد. این هم شامل اعمال عینی و فیزیکی می‌شود و هم {رفتارهای} کلامی، و ممکن است تحت شرایط خاص شامل انفعال^{۱۰} نیز بشود». آنچه از این جمله می‌توان استنباط کرد این است که انفعال مدنظر کمیسیون در اینجا همان خلأ یا سکوت است و نکته مهم اینکه منطبق با این نتیجه‌گیری، انفعال، خود می‌تواند پدیدآورنده رویه باشد. بنابراین، خلأ، سکوت، عدم پیش‌بینی یا ... ضرورتاً به معنی نبود رویه نیست بلکه رویه‌ساز است. به منظور کشف رویه مدنظر، باید اقدامات و رفتار دولت را بررسی کرد. در زمینه قواعد عرف بین‌المللی، خلأ حقوقی وجود دارد. با رجوع به اصول و دیگر مفاد قانونی می‌توان تعیین رویه کرد. اگرچه قانون اساسی صراحتاً به جایگاه این قواعد در نظام حقوقی داخلی ایران اشاره نکرده و

7. Jamal Seifi, Contemporary Approaches to International Law (1800-1979), in Encyclopedia of Public International Law in Asia, Vol. 3, Iran Volume, pp. 429-430 and generally, pp. 423- 431.

8. International Law Commission

9. Draft conclusions on identification of customary international law (2018) https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/1_13_2018.pdf. Last accessed on Oct. 6, 2024.

10. Inaction

به نوعی در این باره سکوت اختیار کرده است، این به معنای عدم پذیرش حقوق بین‌الملل عرفی و جایگاه آن در سلسله‌مراتب هنجاری نظام حقوقی ایران نیست.

در این نوشتار، در بخش اول، مقدمه‌ای درباره حقوق بین‌الملل عرفی با تمرکز بر ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری خواهد آمد. سپس در بخش دوم، رویکردهای مختلف نسبت به قواعد عرف بین‌الملل در جهان با بررسی تطبیقی مواجهه نظام حقوقی کشورهای ایرلند، بریتانیا و ایالات متحده آمریکا با قواعد حقوق بین‌الملل عرفی مطالعه و در ادامه، جایگاه عرف بین‌الملل در قوانین اساسی کشورها به‌طور کلی و با اشاره به موضع قوانین اساسی چند کشور از جمله آلمان و ایتالیا بیان می‌شود. در بخش سوم، جایگاه قواعد عرفی حقوق بین‌الملل از منظر نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران و رویکرد ایران نسبت به این قواعد، تجزیه و تحلیل می‌شود، که پرسش اصلی این پژوهش نیز هست. به‌علاوه، ماهیت‌شناسی حقوق بین‌الملل عرفی و چیستی آن و این موضوع که اصلاً و ذاتاً چه رویکردهایی در نظام حقوق داخلی با حقوق بین‌الملل عرفی قابل طرح است در زمره پرسش‌های فرعی قرار می‌گیرند.

۱. حقوق بین‌الملل عرفی: پویا و سیال

ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری،^{۱۱} معاهدات، عرف و اصول کلی را به‌عنوان منابع اصلی حقوق بین‌الملل برمی‌شمرد. عرف شامل دو عنصر اساسی است. اولین عنصر، رویه^{۱۲} است که از سوی دولت‌ها تکرار می‌شود و دومین عنصر، اعتقاد حقوقی (*Opinio Juris*) به این رفتار یا رویه در سطح بین‌المللی است. بنابراین، همان‌طور که اشاره شد، رویه دولت‌ها (عنصر مادی) و باور حقوقی الزام‌آور (عنصر معنوی) دو عنصر تشکیل‌دهنده قواعد عرفی هستند.

همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، به موجب ماده ۳۸ عرف بین‌المللی به‌عنوان رویه کلی پذیرفته شده است و دیوان بین‌المللی دادگستری باید در صدور آرای خود، قواعد عرفی را نیز مدنظر قرار دهد. بنابراین برای اثبات وجود قاعده عرفی، ابتدا باید ثابت کرد که آیا آن قاعده به‌عنوان رویه، شناسایی و پذیرفته شده است یا خیر. رزالدین هیگینز^{۱۳} درباره عرف بین‌المللی می‌نویسد: «عرف بین‌المللی منعطف‌ترین و سیال‌ترین منبع حقوق بین‌الملل است و به همین دلیل، پاسخگوی تحولات و نیازهای جامعه بین‌الملل است».^{۱۴}

هیگینز در اثر دیگر خود تحت عنوان «مسائل و فرایند: حقوق بین‌الملل و نحوه استفاده ما از

11. Statute of the International Court of Justice (<https://www.icj-cij.org/statute>), Last accessed on Oct. 6, 2024.

12. Practice

۱۳. رزالدین سی. هیگینز رئیس سابق دیوان بین‌المللی دادگستری (ICJ)، اولین قاضی زن منتخب در دیوان بین‌المللی دادگستری. او در ۲۰۰۶ برای یک دوره سه‌ساله به‌عنوان رئیس این دیوان انتخاب شد.

14. Rosalyn Higgins, *The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations*, (OUP, 1963), 1.

آن»، درباره ماده ۳۸ و مفهوم آن می‌گوید که این ماده به عرفی اشاره می‌کند که گواهی بر وجود رویه باشد. هیگینز می‌نویسد: «ماده ۳۸ مقرر می‌دارد که دادگاه باید عرف بین‌المللی را به‌عنوان ادله‌ای بر رویه کلی به کار گیرد. این صورت‌بندی، از عرف به‌عنوان گواهی بر وجود رویه سخن می‌گوید. با این حال، به‌طور کلی پذیرفته شده است که عرف منبعی است که باید اعمال شود و این رویه است که عرف را اثبات می‌کند. اما رویه به‌تنهایی گواهی بر وجود عرف نیست. هنجار باید به‌عنوان قانون پذیرفته شود».^{۱۵}

به عبارت دیگر، عنصر اول، مادی است که به رفتار و رویه دولت‌ها اشاره دارد و عنصر دوم، معنوی است که به‌طور معمول با عنوان اعتقاد حقوقی شناخته می‌شود. عنصر دوم مستلزم این است که دولتی به دلیل احساس الزام یا الزام قانونی به رویه خود ادامه دهد و این رویه، اختیاری تلقی نشود.^{۱۶}

حقوق‌دان انگلیسی، مارتین دیکسون در کتاب خود با عنوان کتاب درسی حقوق بین‌الملل، حقوق بین‌الملل عرفی را سنگ بنای حقوق ملل مدرن توصیف کرده و می‌نویسد:

حقوق بین‌الملل عرفی، سنگ بنای حقوق ملل مدرن است. اگرچه در سه دهه گذشته، معاهدات جایگزین عرف به‌عنوان منبع اصلی حقوق بین‌الملل شده‌اند، بخش عمده‌ای از قواعدی که امروز حاکم بر دولت‌ها و دیگر تابعان حقوقی بین‌المللی هستند، همچنان از این منبع سرچشمه می‌گیرند.^{۱۷} دیوید پدیرمن، استاد حقوق دانشگاه/موری در آتلانتا در کتاب عرف به‌عنوان منبع حقوق، شأن و جایگاه عرف و معاهده را یکسان معرفی می‌کند:

عرف بین‌المللی و معاهده به‌عنوان دو منبع، هم‌تراز تعهدات بین‌المللی هستند. بنابراین، رابطه بین عرف بین‌المللی و معاهدات به اندازه رابطه بین عرف و قوانین داخلی پیچیده است.^{۱۸}

برخی از فعالان و کارشناسان حقوق معتقدند که حقوق بین‌الملل عرفی بخشی از اهمیت و جایگاه خود را در نظام حقوق بین‌الملل معاصر از دست داده است. حقوق‌دان آلمانی ولف فریدمن،^{۱۹} در کتاب خود با عنوان ساختار در حال تغییر حقوق بین‌الملل، نوشته است از آنجایی که حقوق بین‌الملل عرفی دست و پا گیر و کند است، برتری خود را در حقوق بین‌الملل از دست داده است. یکی از دلایل این امر این است که بسیاری از قواعد عرفی توسط معاهدات مدون شده‌اند. کنوانسیون وین در مورد روابط دیپلماتیک ۱۹۶۱ نمونه بارز این موضوع است.^{۲۰}

15. Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It* (OUP, 1995), 42.

16. Wasantha Seneviratne, Kaan Thilakarathna, "Implementing Customary International Law in Domestic Contexts: A Comparative Study with Special Reference to Sri Lanka", *Sri Lanka Journal of International Relations* (2021).

17. Martin Dixon, *Textbook on International Law*, 7th ed. (OUP, 2013), 32.

18. David J. Bederman, *Custom as a Source of Law*. (Cambridge, 2010), p. 155.

19. Wolfgang Friedman, *The Changing Structure of International Law*. (Cambridge, 1965).

20. Wasantha Seneviratne, Kaan Thilakarathna, "Implementing Customary International Law in Domestic Contexts: A Comparative Study with Special Reference to Sri Lanka", *Sri Lanka Journal of International Relations* (2021), 4.

البته برخی دیگر، عنصر زمان را در پویایی و سیال بودن عرف، کلیدی می‌دانند. «سیال بودن، خصیصه حقوق بین‌الملل است و این ویژگی در حقوق بین‌الملل عرفی بسیار چشمگیر است. قائل شدن به ایفای نقش زمان در تشکیل قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، بر سیال بودن این زمینه از حقوق، دامن زده است؛ حقوقی که علی‌الاصول باید ثابت داشته باشد تا موجب امنیت شود. در عصر کنونی حقوقی، هیچ تردیدی وجود ندارد که حقوق بین‌الملل عرفی باید توأمان متشکل از رویه همساز و باور به الزامی بودن آن باشد».^{۲۱} دینا شلتون^{۲۲} در مقدمه کتاب *حقوق بین‌الملل و نظام‌های حقوقی داخلی* به‌طور ضمنی اشاره می‌کند که روند رو به افزایش تدوین قواعد عرفی به قانون مدون باعث کاهش استناد به عرف به‌عنوان یکی از منابع حقوق بین‌الملل شده است. این استاد بازنشسته دانشگاه جورج واشنگتن می‌نویسد:

نظام حقوق بین‌الملل از زمان تأسیس آکادمی بین‌المللی حقوق تطبیقی در ۱۹۲۴ در لاهه تغییرات قابل توجهی داشته است. یکی از تحولات عمده، افزایش تدوین قواعد بین‌المللی بوده و این منجر به کاهش استناد به عرف به‌عنوان منبعی برای تعهد {دولت‌ها} در بسیاری از مسائل شده است. تحولات مهم دیگر عبارت‌اند از رشد و گسترش نهادهای جهانی و منطقه‌ای (از جمله دادگاه‌ها و سایر مراجع صلاحیت‌دار اتخاذ تصمیمات الزام‌آور)، توسعه حقوق بین‌الملل بشر و کیفری بین‌المللی، افزایش استفاده از توافقات غیررسمی مانند یادداشت‌های تفاهم و توسل به ابزارهای اجرایی که خارج از فرایندهای رسمی معاهده‌سازی مذاکره و اجرا شده‌اند. رابطه بین حقوق بین‌الملل و نظام حقوق داخلی نیز با گسترش نهادهای اداری یا نظارتی بین‌المللی مانند سازمان بین‌المللی هوانوردی کشوری و کنفرانس‌ها یا جلسات متعاهدینی که دارای قدرت اتخاذ تصمیمات نظارتی هستند، به نوعی/اختیاری شده است.^{۲۳}

۲. رویکرد جهانی به حقوق بین‌المللی عرفی

به‌طور معمول، کشورها برای الحاق قواعد عرف بین‌الملل، دو رویکرد اصلی را اتخاذ می‌کنند: نظام یگانه‌نگاری (مونیسیم): در این نظام، حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی به‌عنوان بخشی از یک نظام حقوقی واحد دیده می‌شوند. حقوق بین‌الملل عرفی به‌طور خودکار در قوانین ملی گنجانده می‌شود؛ به این معنی که مستقیماً در دادگاه‌های داخلی قابل اجرا است. این امر در برخی از کشورهای مبتنی بر حقوق نوشته (رومی-ژرمنی) مانند آلمان و برخی کشورهای اسکاندیناوی اعمال می‌شود. نظام دوگانه‌نگاری (دوالیسم): این سیستم، حقوق بین‌الملل و حقوق ملی را نظام‌های حقوقی جداگانه می‌داند. قواعد بین‌الملل عرفی به‌طور خودکار، بخشی از قوانین داخلی نمی‌شوند. دو روش

۲۱. سیدهادی محمودی و محمد ستایش‌پور، «گذر از زمان در ایجاد قاعده حقوق بین‌الملل عرفی: واکاوی انگاره‌های حقوقی و رویه دیوان بین‌المللی دادگستری»، *دوفصلنامه حقوق تطبیقی* ۱۵، ۱ (۱۳۹۸): ۲۰۸.

22. Dinah Shelton

23. Dinah Shelton, *International Law and Domestic Legal Systems*, (OUP, 2011), 74.

اصلی برای گنجاندن آن در این نظام وجود دارد. یک شیوه، تصویب توسط نهاد قانونگذار آن کشور است. دولت باید برای وارد کردن قاعده عرفی به نظام حقوق داخلی خود، اقدام خاصی مانند تصویب قانون یا صدور آیین‌نامه انجام دهد. روش دیگر این است که ممکن است دادگاه‌ها هنگام تفسیر قوانین ملی، طبق قانون به حقوق بین‌الملل عرفی استناد کنند اما مستقیماً الزام‌آور نیست. این رویکرد در برخی کشورها همراه با تصویب به کار می‌رود.

سלטون معتقد است که کشورها اغلب از سه شیوه در قالب دو نظام فوق‌الذکر برای پذیرش قواعد حقوق بین‌الملل عرفی در نظام داخلی خود استفاده می‌کنند. این روش‌ها عبارت‌اند از ادغام،^{۲۴} تبدیل از طریق قانونگذاری^{۲۵} و اقتناع.^{۲۶} او می‌نویسد:

در طول سده بیستم، مطالعات و پژوهش‌های علمی در حوزه حقوق بین‌الملل بر سر این موضوع که آیا حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی یک نظام واحد هستند (یگانه‌انگاری) یا یک نظام حقوقی مستقل و دوگانه‌انگار، اختلاف نظر دارند. این تمایز بین نظام یگانه‌انگاری و دوگانه‌انگاری احتمالات متعددی را در نظریه و عمل در بر می‌گیرد. اول اینکه ممکن است طرفداران هر دو نظام، این مفهوم را بپذیرند که برخی از قوانین بین‌المللی (قواعد آمره) صرف‌نظر از رضایت دولت‌ها یا پذیرش یا عدم‌پذیرش نظام حقوقی داخلی کشورها، به‌طور خودکار الزام‌آور هستند و مجموعه‌ای از هنجارهای یگانه‌انگار را حتی برای نظام‌های دوگانه‌انگار ایجاد می‌کنند. ممکن است این قواعد آمره در کنار سایر هنجارهای بین‌المللی وجود داشته باشند و تنها پس از تصویب مطابق قانون اساسی، چه از طریق الحاق مستقیم یا قانونگذاری، الزام‌آور می‌شوند. احتمال دوم این است که ممکن است نظام‌های حقوقی داخلی کشورها خود را در شناسایی یک منبع مانند عرف، یگانه‌انگار و برای منبع دیگری مانند معاهدات بین‌المللی، دوگانه‌انگار بدانند. سوم، ممکن است یک دادگاه در یک دولت دوگانه‌انگار در طول دادرسی مربوط به مسائل فراملی، با استناد به اصول کلی حقوق، به دلیل اینکه نظام حقوقی متناظر، دولت یگانه‌انگار است، بر حقوق بین‌الملل تأثیر مستقیم بگذارد. چهارم، ممکن است دولت‌هایی که رویکرد دوگانه‌انگاری در مورد الحاق به معاهده دارند، به‌طور خودکار، تنظیمات یا تصمیمات نهادهای ناظر را که بیشتر به تعهدات معاهده می‌پردازند، اعمال کنند، طوری که گویا آن‌ها یگانه‌انگار هستند. به عبارتی، حتی اگر یک کشور رویکرد دوگانه‌ای را در پیش گیرد، ممکن است همچنان به‌طور خودکار تصمیمات یا تفسیرهای نهادهای بین‌المللی ناظر بر معاهدات را اعمال کند. با وجود این احتمالات مختلف، برخی از محققان استدلال می‌کنند که اصل اساسی برابری حاکمیت دولت‌ها، دوگانه‌انگاری را به‌عنوان نقطه شروع، دیکته می‌کند: هر دولت باید نظام حقوقی خود را ساماندهی و روند پذیرش الزام‌آور بودن قواعد حقوق بین‌الملل را تعیین کند.

24. Incorporation

25. Transformative Legislation

26. Persuasion

معاهدات شامل بندهای پایانی هستند که معمولاً از طریق تصویب یا الحاق در راستای اهداف حقوق بین‌الملل، نحوه ابراز رضایت دولت‌ها را مشخص می‌کنند، اما روند داخلی مورد نیاز برای تصویب یا الحاق تعیین نمی‌شود زیرا این یک موضوع حقوقی داخلی برای هر دولت است. پس از الحاق یک دولت به معاهده، تقسیم‌بندی مشابهی بین حقوق بین‌الملل و داخلی وجود دارد. این دولت باید به تعهدات پذیرفته‌شده خود عمل کند، اما معاهده اغلب تعیین نحوه اجرای این انطباق را به دولت واگذار می‌کند؛ بسیاری از مقررات معاهدات فقط نتیجه‌ای را که باید حاصل شود، گاهی با افزودن این عبارت تعیین می‌کنند: در صورت لزوم از طریق قانونگذاری. به نظر می‌رسد چنین مقرراتی از مفهوم دوگانه‌انگاری در رابطه با ارتباط میان حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی حمایت می‌کنند.^{۲۷}

۲-۱. جایگاه قواعد عرفی بین‌المللی در نظام حقوقی ایرلند

تا به امروز، دو شیوه برای ورود قواعد عرف بین‌الملل به نظام حقوقی ایرلند شناسایی شده است. روش اول مبتنی بر نظام کامن‌لا و روش دوم منطبق با بند سوم از اصل ۲۹ قانون اساسی^{۲۸} این کشور است. برخلاف قوانین ناشی از معاهدات و توافقات بین‌المللی که تحت حاکمیت اصل ۲۹ (بند ششم)، نیازمند اقدام قانونگذاری برای الحاق به حقوق داخلی ایرلند هستند، هیچ‌یک از این رویکردها برای پذیرش عرف در حقوق داخلی ایرلند، نیازمند قانونگذاری نیستند. بنابراین، شاید پذیرش این فرضیه رایج که ایرلند نظام کاملاً دوگانه‌انگاری دارد که در آن حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی کاملاً از هم جدا هستند، بیش از حد ساده‌انگارانه به نظر برسد. بر این اساس، دیوید فیللی،^{۲۹} استاد حقوق دانشگاه دوبلین اعتقاد دارد که برخلاف نظام دوگانه‌انگاری مورد نظر در بند ششم از اصل ۲۹ برای حقوق معاهدات، بهتر است سازوکارهای حاکم بر عرف بین‌الملل، ماهیتاً یگانه‌انگار توصیف شوند، در حالی که این امر، ایرلند را به‌طور کامل به‌عنوان نظام یگانه‌انگار، همان‌طور که بسیاری از حوزه‌های قضایی حقوق مدنی هستند، ترسیم نمی‌کند. البته این موضوع بیانگر تفاوت جایگاه حقوق معاهدات و عرف بین‌الملل در دادگاه‌ها و قانون اساسی ایرلند است.^{۳۰}

با وجود شناسایی عمومی این موضوع که عرف بین‌الملل، نیازی به طی کردن فرایند تبدیل شدن به حقوق داخلی توسط/ویریرچتاس^{۳۱} (قوة مقتنه ایرلند) را ندارد، این سؤال که آیا نظام کامن‌لا یا اصل ۲۹ شیوه مناسب‌تری برای الحاق مستقیم است، بحثی پیچیده و سردرگم‌کننده است. طرفداران نظام کامن‌لا، مستقیماً به مفهوم سستی عرف بین‌الملل به‌عنوان جزئی از حقوق ملل که بخشی از کامن‌لا است، اشاره

27. Dinah Shelton, *International Law and Domestic Legal Systems*, (OUP, 2011), 2-3.

28. <https://www.irishstatutebook.ie/eli/cons/en/html>. Last accessed on Oct. 6, 2024.

29. David Fennelly

30. Pearce Clancy, "Customary International Law in the Irish Legal system", *Irish Judicial Studies Journal* (2023).

31. Oireachtas

می‌کنند. مطابق با این خط فکری، همان‌طور که در نظام‌های عرفی مانند بریتانیا پذیرفته شده است، عرف بین‌الملل مستقیماً در حقوق داخلی/الحاق می‌شود، نه اینکه با قانون به حقوق داخلی تبدیل شود. اخیراً دادگاه‌های عالی بریتانیا اعلام کرده‌اند که «با توجه به ماهیت عموماً خیرخواهانه عرف بین‌الملل، باید اصل بر اعمال آن باشد». این به معنای آن نیست که عرف بین‌الملل به خودی خود، بخشی از حقوق داخلی بریتانیا است، بلکه به‌عنوان یکی از اجزای حقوق بریتانیا، منبعی برای محتوای حقوق عرفی به شمار می‌رود.^{۳۲}

این استدلال، به کوتاه‌ترین شکل توسط فلتی بیان شده است؛ بدین صورت که جایگاه عرف بین‌الملل در نظام حقوقی ایرلند، ریشه در نظام کامن‌لا در انگلیس دارد. بنابراین استدلال می‌شود که ورود عرف بین‌الملل به حقوق عرفی ایرلند از طریق اصل ۷۳ قانون اساسی دولت آزاد ایرلند (۱۹۲۲) و بعدها از طریق اصل ۵۰ قانون اساسی پس از استقلال تسهیل شده است.^{۳۳} بند ۱ از اصل ۵۰ مقرر می‌دارد قوانینی که در دولت آزاد ایرلند تصویب شده بودند، در صورت عدم مغایرت، به قوت خود باقی خواهند ماند.^{۳۴}

۲-۲. جایگاه قواعد عرفی بین‌المللی در نظام حقوقی بریتانیا

این باور رایج در انگلستان وجود دارد که رویکرد نظام حقوقی کامن‌لا نسبت به حقوق بین‌الملل عرفی بر اساس دکترین/دعام است. بر اساس این رویکرد، قواعد عرفی، بخشی از قوانین جاری کشور تلقی می‌شوند، مشروط بر اینکه با قوانین مصوب پارلمان مغایرت نداشته باشند. در حمایت از این گزاره، اغلب به رأی قاضی دنینگ^{۳۵} در قضیه شرکت انگلیسی ترندتکس علیه بانک مرکزی نیجریه^{۳۶} استناد می‌شود: «با توجه به اینکه قواعد حقوق بین‌الملل تغییر کرده‌اند و همچنان در حال تغییر هستند و دادگاه‌ها بدون نیاز به هیچ قانون مصوبی، این تغییرات را اعمال کرده‌اند، نتیجه قطعی این است که قواعد حقوق بین‌الملل در هر زمان، بخشی از حقوق انگلیس را تشکیل می‌دهند».^{۳۷} با این حال، قاضی ویلبرفورس^{۳۸} با نظر دنینگ مخالف است و می‌گوید شاید بهتر باشد «از توجه بیش از حد به رأی تحسین‌شده لرد دنینگ اجتناب شود. رویکرد در انگلستان این نیست که عرف، بخشی از نظام کامن‌لا را تشکیل می‌دهد، بلکه این است که عرف، منبعی برای حقوق انگلیس است که دادگاه‌ها در صورت نیاز می‌توانند از آن بهره‌مند شوند».^{۳۹}

32. Belhaj & Ors v Straw & Ors [2017] UKSC 3, 252; [2023] UKSC 11, 204.

33. David Fennelly, *International Law in the Irish Legal System*. (Round Hall 2014), 4-27 – 4-30.

34. <https://www.irishstatutebook.ie/eli/cons/en/html>. Last accessed on Oct. 6, 2024.

35. Lord Denning

36. *Trendtex Trading Corp v. Central Bank of Nigeria*

37. James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*. (OUP, 2019), 309.

38. Lord Wilberforce

39. James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*. (OUP, 2019), 310.

۲-۳. جایگاه قواعد عرفی بین‌المللی در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا

در مورد جایگاه حقوق بین‌الملل عرفی در حقوق داخلی آمریکا، قانون اساسی این کشور به طرز تعجب‌آوری برخلاف حقوق معاهدات، هیچ اشاره خاصی به آن نمی‌کند. قانون اساسی تنها در خصوص معاهدات بین‌المللی، از داخلی‌سازی حقوق بین‌الملل از طریق قانونگذاری سخن به میان می‌آورد و این شامل قواعد حقوق بین‌الملل عرفی نمی‌شود. دیوید دابینسکی^{۴۰} (۲۰۱۱) بیان می‌کند که رویه ایالات متحده در مورد شناسایی و اعمال حقوق بین‌الملل عرفی در داخل، بیشتر به یگانه‌نگاری نزدیک است. او همچنین اظهار می‌دارد که سودمندی حقوق بین‌الملل عرفی در ایالات متحده به ملاحظاتمانند اینکه آیا حقوق بین‌الملل عرفی مورد نظر، حق خصوصی برای افراد ایجاد می‌کند، آیا افراد ذی‌نفع حق حضور و دفاع در دادگاه را دارند یا خیر، یا موانع رویه‌ای برای شناسایی و اجرای حقوق بین‌الملل عرفی در حقوق داخلی وجود دارد یا خیر، بستگی دارد. دابینسکی به دلیل وجود این موانع ادعا می‌کند که ایالات متحده در زمینه الحاق حقوق بین‌الملل عرفی، نسبت به سایر کشورها کمتر یگانه‌نگار است.

جایگاه واقعی حقوق بین‌الملل عرفی در نظام حقوقی ایالات متحده در پرونده پَکِتِ هابانا^{۴۱} در ۱۹۰۰ مشخص شد. در این پرونده، دیوان عالی اعلام کرد که حقوق بین‌الملل عرفی، بخشی از قوانین ایالات متحده است و در نبود معاهده، دستورالعمل دولت، مصوبه مجلس یا آرای قضایی، باید به عرف و رویه کشورهای متمدن رجوع شود. در این قضیه، دیوان عالی به رویه‌ها و قواعد عرفی کشورهای فرانسه، آرژانتین، آلمان، هلند، بریتانیا، اتریش، اسپانیا، پرتغال و ایتالیا مراجعه کرد. با این حال، در صورت وجود آیین‌نامه دولتی، مصوبه مجلس یا آرای قضایی و در صورت تعارض بین حقوق بین‌الملل عرفی و سایر احکام مذکور، دومی بر حقوق بین‌الملل عرفی مقدم خواهد بود. در پرونده ایالات متحده علیه فَوَاز یونس^{۴۲} در ۱۹۹۱، دادگاه تشخیص داد که وظیفه دادگاه، اجرای قانون اساسی کشور، معاهدات و قوانین آن است و این شامل تأیید انطباق با قواعد حقوق بین‌الملل عرفی نمی‌شود. همچنین بیان کرد که در صورت مغایرت بین قانون داخلی و قاعده حقوق بین‌الملل عرفی، قانون داخلی مقدم است و حقوق بین‌الملل عرفی تا جایی که با حقوق داخلی تعارض دارد، اصلاح خواهد شد.

۲-۴. حقوق بین‌الملل عرفی و قوانین اساسی

رویکرد قوانین اساسی کشورهای مختلف در مورد به رسمیت شناختن حقوق بین‌الملل عرفی و جایگاه آن در نظام حقوق داخلی متفاوت است. طبق گزارش‌ها و داده‌های وبگاه پروژه قوانین اساسی

40. Paul Dubinsky, in Dinah Shelton, *International Law and Domestic Legal Systems*, 1st ed. (OUP, 2011), 642.

41. *Paquete Habana*

42. *United States v. Fawaz Yunis* (1991 30 I.L.M.)

تطبیقی^{۴۳} (CCP)، حدود ۲۵ درصد از قوانین اساسی در جهان به حقوق بین‌الملل عرفی اشاره کرده‌اند و تنها ۱۳ درصد از کل قوانین اساسی به اعمال مستقیم آن در نظام داخلی اشاره کرده‌اند. در زمان نگارش این متن، نمونه‌های این پروژه شامل ۵۷۴ مورد از تقریباً ۸۰۰ قانون اساسی است که از ۱۷۸۹ به اجرا درآمده است. این تعداد شامل بیش از ۹۰ درصد از قانون اساسی‌های نوشته‌شده بعد از جنگ جهانی دوم می‌شود. طبق این داده‌ها، قوانین اساسی مکتوب از دیرباز به حقوق بین‌الملل عرفی اشاره کرده‌اند، که با یک مقررۀ مبهم از قانون اساسی آمریکا که به کنگره مجوز می‌دهد جرایم علیه حقوق ملل یا همان حقوق عرفی را تعریف کند، آغاز می‌شود. در اوائل سده نوزدهم، درصد کشورهایی که به حقوق بین‌الملل عرفی اشاره می‌کردند کاهش یافت، اما در نیمۀ دوم سده بیستم با جهشی قابل‌توجه رو به افزایش رفت. قوانین اساسی که به‌تازگی در اروپای شرقی و مرکزی نوشته و تصویب شده‌اند، پس از فروپاشی دیوار برلین، عامل اصلی این افزایش بوده‌اند. تقریباً ۴۰ درصد از قوانین اساسی موجود تا ۲۰۰۰ به حقوق بین‌الملل عرفی اشاره می‌کنند. متون قوانین اساسی به‌ندرت از عبارت دقیق حقوق بین‌الملل عرفی یا حقوق ملل استفاده کرده‌اند و رایج‌ترین عبارت مورد استفاده، قواعد حقوق بین‌الملل یا اصول کلی حقوق بین‌الملل است. بسیاری از کشورهای آفریقایی به جای حقوق بین‌الملل عرفی، به حقوق عرفی ملی/محلی یا آفریقایی اشاره می‌کنند (کنیا، ۱۹۹۷؛ جزایر مارشال، ۱۹۷۹؛ غنا، ۱۹۹۶؛ زیمبابوه، ۲۰۰۰) که البته حقوق عرفی محلی در این مقال نمی‌گنجد.

طبق گزارش این تارنما، قوانین اساسی معمولاً سه رویکرد را در پذیرش و شناسایی حقوق بین‌الملل عرفی اتخاذ می‌کنند. حقوق بین‌الملل عرفی: (۱) به‌طور مستقیم الزام‌آور هستند؛ (۲) الزام‌آور هستند و بر قوانین عادی برتری دارند؛ (۳) تابع دکتترین الحاق هستند. در مورد رویکرد اول می‌توان کشورهای اتریش، کلمبیا، فیلیپین، جمهوری دومینیک، ایتالیا و تیمور شرقی را نام برد که به‌ترتیب در اصول ۹، ۹۱، ۲۰۳، ۱۰۶ و ۱۰ به پذیرش مستقیم قواعد حقوق بین‌الملل عرفی اشاره می‌کنند. رویکرد دوم در قوانین اساسی بلاروس (اصل ۸)، آلمان (اصل ۲۵)، یوگسلاوی (اصل ۱۶)، مجارستان (اصل ۷) و روسیه (اصل ۱۵۴) قابل استناد است. رویکرد سوم یا همان دکتترین الحاق نیز در اصل ۱۴۴ قانون اساسی گواتمالا، اصل ۲۰۲ جمهوری سیشل و اصل ۳ جمهوری دومینیک مشهود است. لازم به ذکر است جمهوری دومینیک تعهد به شناسایی و اعمال قواعد حقوق بین‌الملل عمومی و آمریکایی را تا جایی که قوای عمومی آن را پذیرفته‌اند، دارد و خود را طرفدار همبستگی اقتصادی کشورهای آمریکا اعلام می‌کند و از هر ابتکاری که برای حمایت از محصولات اساسی و مواد اولیه آن پیشنهاد شود، حمایت خواهد کرد.

43. Comparative Constitutions Project, CONSTITUTIONMAKING.ORG OPTION REPORTS (2009). https://comparativeconstitutionsproject.org/files/cm_archives/customary_international_law.pdf. Last accessed on Oct. 12, 2024.

متن قوانین اساسی کشورهای مختلف به‌ندرت از اصطلاح حقوق بین‌الملل عرفی یا عرف استفاده می‌کنند. استفاده از عبارت *اصول و قواعد کلی حقوق بین‌الملل* بسیار رایج‌تر است و در برخی از قوانین اساسی قدیمی‌تر، اصطلاح *حقوق ملل* به کار رفته است.^{۴۴}

بسیاری از قوانین اساسی اروپایی خواستار پذیرش مستقیم چنین قواعد، *اصول کلی* یا *مقررات حقوق بین‌الملل* هستند. قانون اساسی فدراسیون روسیه مقرر می‌دارد که اصول و قواعد حقوق بین‌الملل که به‌طور جهانی به رسمیت شناخته شده‌اند، جزء لاینفک نظام حقوقی آن محسوب می‌شوند. قانون اساسی ۱۹۹۷ لهستان نیز به‌طور کلی اعلام می‌دارد که جمهوری لهستان باید قواعد آمره بین‌المللی را رعایت کند. جالب اینجاست که قضات در لهستان به این اصل نه‌تنها در مورد حقوق عرفی، بلکه در مورد تصمیمات ارگان‌ها یا سازمان‌های بین‌المللی نیز استناد می‌کنند.^{۴۵}

نظام حقوقی بریتانیا، حقوق بین‌الملل عرفی را مغایر با قوانین ملی نمی‌داند و حقوق بین‌الملل عرفی به‌طور خودکار، بخشی از قواعد عرفی این کشور تلقی شده و بدون نیاز به الحاق رسمی، اثر حقوقی مستقیمی در دادگاه‌ها دارد. کشورهای دارای نظام کاملاً عموماً از این رویه پیروی می‌کنند. به‌عنوان مثال، آرای دادگاه‌های بدوی در کانادا صراحتاً از پذیرش حقوق بین‌الملل عرفی حمایت کرده‌اند. چارچوب قانون اساسی نیوزیلند نیز اصول حقوق بین‌الملل عرفی را به رسمیت شناخته و آن را جزء حقوق عرفی این کشور می‌داند. دادگاه‌های آلمان در عمل تمایل دارند حقوق بین‌الملل عرفی را اعمال کنند، به شرطی که طرفین پرونده به آن استناد کنند. این روند با یک رویه خاص موسوم به *تأیید قواعد* تسهیل می‌شود که به هر دادگاه آلمانی این امکان را می‌دهد که در مواجهه با قاعده حقوق بین‌الملل عرفی همگانی، سؤالات مربوط به تفسیر را به دادگاه قانون اساسی فدرال ارجاع دهد. دادگاه اولیه پس از دریافت تصمیم از دادگاه قانون اساسی فدرال، قاعده حقوق عرفی را در پرونده اعمال خواهد کرد. یونان، ایتالیا و لهستان به‌طور خودکار، حقوق بین‌الملل عرفی را در قوانین داخلی خود جای می‌دهند. دادگاه‌های داخلی آن‌ها صلاحیت بررسی وجود یا محتوای قواعد عرفی بین‌الملل و تغییراتی را دارند که ادغام یا الحاق خودکار در نظام حقوقی ایجاد می‌کند. در لوکزامبورگ، به دلیل فقدان یک بند قانون اساسی، دادگاه‌ها نتیجه گرفته‌اند که امکان اعمال حقوق بین‌الملل عرفی وجود دارد، مشروط بر اینکه این قاعده قابلیت اعمال مستقیم داشته باشد. نیازی به اثبات این قاعده به‌عنوان واقعیت نیست زیرا این موضوع مربوط به قانون است. به‌طور کلی، مسائل مربوط به حقوق بین‌الملل عرفی عمدتاً در موضوعات مربوط به مصونیت حاکمیتی یا دیپلماتیک و حقوق معاهدات مطرح می‌شود، اما مواردی را نیز می‌توان یافت که به حقوق عرفی دریاها، استثنای جرم سیاسی در استرداد،

44. Dinah Shelton, *International Law and Domestic Legal Systems* (OUP, 2011), "introduction" section

45. *Ibid*, 13.

نان رفولمان (اصل منع بازگرداندن پناهندگان)،^{۴۶} حقوق بشر و اصول مخاصمات مسلحانه مربوط باشد. آرای قضایی دیگر در مورد قواعد عرفی مربوط به حاکمیت سرزمینی، حق تعیین سرنوشت، جانشینی دولت، صلاحیت دولت، ممنوعیت محاکمه مجدد، تعهد دولت به عدم الزام اتباع خارجی به خدمت سربازی و مصونیت مقامات دولتی از صلاحیت کیفری خارجی اظهار نظر کرده‌اند.^{۴۷}

۳. جایگاه حقوق بین‌الملل عرفی در نظام حقوقی داخلی ایران

شیوه‌های متفاوتی در خصوص نحوه پذیرش تعهدات بین‌المللی در نظام حقوقی داخلی کشورها مورد توجه قرار گرفته است که همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، مبنای اصلی آن‌ها دو نظریه یگانه‌انگاری و دوگانه‌انگاری است. دولت ایران جزء دولت‌هایی است که پذیرش معاهدات بین‌المللی در نظام داخلی خود را منوط به طی مراحل تصویب در نظام حقوق داخلی کرده است و هنگامی که این مراحل طی شود، تعهد بین‌المللی دولت ایران، جزء قوانین داخلی کشور محسوب شده و درون مرزهای سرزمین ایران لازم‌الاتباع است.

شلتون در بخش مقدمه کتاب *حقوق بین‌الملل و نظام‌های حقوق داخلی*، به دلایل عدم تمایل دولت‌ها در اشاره به عرف در قوانین اساسی می‌پردازد و می‌نویسد: «قانون اساسی، چه مکتوب و چه نانوشته، به‌عنوان قانون عالی کشور در نظر گرفته می‌شود و از دیدگاه قاعده‌شناسایی، این قانون، قاعده برتر است که سایر قواعد، اعتبار و اقتدار خود را از آن استنتاج می‌کنند. بنابراین، وجود یک اصل قانون اساسی برای شناسایی و اجرای حقوق بین‌الملل عرفی، یک جنبه مهم تلقی می‌شود، چرا که این شناسایی قانون اساسی به نوبه خود به حفظ قطعیت حقوقی درباره قابلیت اعمال حقوق بین‌الملل عرفی در حقوق داخلی که در حوزه گسترده‌تر حاکمیت قانون قرار می‌گیرد، کمک خواهد کرد. با بررسی رویه واقعی دولت‌ها مشاهده می‌شود که آن‌ها در قوانین اساسی داخلی خود به جای حقوق بین‌الملل عرفی، به حقوق معاهدات اهمیت بیشتری داده‌اند. می‌توان استدلال کرد که از آنجا که عرف و رویه‌های عمومی، منابع نانوشته حقوق بین‌الملل هستند، ممکن است از شفافیت، دقت و امنیت لازم برخوردار نباشند. بنابراین ممکن است کشورها تمایل کمتری به قراردادن آن‌ها در قانون اساسی داشته باشند. با این حال، این استدلال مطرح می‌شود که نگرانی‌های ذکرشده، دلیلی برای حذف جایگاه حقوق بین‌الملل عرفی از اصول قانون اساسی نیست؛ حتی که کشورهایی مانند آلمان، یونان، ایالات متحده آمریکا، سوئیس و اخیراً آفریقای جنوبی آن را به‌عنوان بخشی از حقوق کشور

۴۶. (non-refoulement) یک اصل بنیادین حقوق بین‌الملل است که کشور پناهنده‌پذیر را از هرگونه اخراج پناهجو یا بازگشت به سرزمینی که در معرض خطر آزار و شکنجه بر اساس «نژاد، مذهب، ملیت، عضویت در یک گروه اجتماعی خاص یا عقاید سیاسی» قرار می‌گیرند، ممنوع می‌کند.

47. Dinah Shelton, *International Law and Domestic Legal Systems* (OUP, 2011), 14.

خود به رسمیت شناخته‌اند. ضرورت به رسمیت شناختن حقوق بین‌الملل عرفی در قانون اساسی، به این واقعیت بازمی‌گردد که حتی با وجود کاهش نسبی اهمیت، همچنان نمی‌توان و نباید از اهمیت حقوق بین‌الملل عرفی در سطح بین‌المللی چشم‌پوشی کرد. به‌طور خاص، در مواردی که تعهد به معاهدات به نفع یک کشور نباشد یا نتوان چنین تعهدی را با تحفظاتی که یک کشور خاص می‌خواهد انجام دهد و با این حال، پیروی از برخی از مفاد آن به نفع دولت و شهروندانش باشد، کشورها می‌توانند از حقوق بین‌الملل عرفی برای الزام به چنین مفادی در سطح بین‌المللی و داخلی استفاده کنند.^{۴۸} همان‌طور که داینا شلتون در کتاب خود به آن اشاره کرده است، با بررسی دقیق رفتار و رویه دولت‌ها به‌وضوح مشخص است که آن‌ها در اسناد بالادستی داخلی خود نظیر قانون اساسی، به جای حقوق بین‌الملل عرفی، به حقوق معاهدات، اهمیت بیشتری می‌دهند. می‌توان این گرایش را با ماهیت متفاوت این دو منبع حقوقی توجیه کرد. حقوق معاهدات به‌عنوان توافقنامه‌های کتبی و رسمی بین دولت‌ها، از شفافیت، دقت و قابلیت استناد بالاتری برخوردار است. در مقابل، حقوق بین‌الملل عرفی که بر اساس رویه‌های معمول و پذیرفته‌شده دولت‌ها شکل می‌گیرد، به‌عنوان منبع نانوشته، ممکن است ابهامات و تفسیرهای متفاوتی داشته باشد. همین ویژگی حقوق بین‌الملل عرفی می‌تواند دلیل اصلی تمایل کمتر دولت‌ها به درج آن در اسناد بنیادین داخلی باشد. به نظر می‌رسد قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز رویکردی مشابه اتخاذ کرده است و می‌توان رد پای قواعد مرتبط با حقوق بین‌الملل عرفی را در اصول و قوانین مربوط به معاهدات و تعهدات بین‌المللی یافت.

اصل ۷۷ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «عهدنامه‌ها، مقاوله‌نامه‌ها، قراردادهای و موافقت‌نامه‌های بین‌المللی باید به تصویب مجلس شورای اسلامی برسد». به موجب اصل ۱۲۵ نیز «امضای عهدنامه‌ها، مقاوله‌نامه‌ها، موافقت‌نامه‌ها و قراردادهای دولت ایران با سایر دولت‌ها و همچنین امضای پیمان‌های مربوط به اتحادیه‌های بین‌المللی پس از تصویب مجلس شورای اسلامی با رئیس‌جمهور یا نماینده قانونی او است». منطبق با این دو اصل، قانون اساسی ایران همان تشریفات را که برای قانون عادی طی می‌شود، برای معاهده نیز پیش‌بینی کرده است. به عبارت دقیق‌تر، قانون اساسی شأن بالاتری برای معاهدات بین‌المللی قائل نیست و آن‌ها باید به تصویب مجلس شورای اسلامی برسند. شورای نگهبان در نامه شماره ۹۷۸۱ مورخ ۱۳۶۲/۸/۳، این تفسیر را درباره این دو اصل ارائه داده است: «موضوع اصول ۷۷ و ۱۲۵ قانون اساسی واحد است و تصویب مجلس شورای اسلامی که به قرارداد رسمیت می‌دهد، موخّر از انعقاد قرارداد انجام می‌شود».^{۴۹}

ماده ۹ قانون مدنی نیز مقرر می‌دارد که مقررات عهدی که بر طبق قانون اساسی بین دولت ایران و سایر دول منعقد شده باشد در حکم قانون است. «وفق ماده ۹ قانون مدنی که معاهدات ایران

48. Ibid, 15.

49. <https://www.shoragc.ir/fa/news/1811>.

با سایر دول را در حکم قانون قلمداد می‌کنند، می‌توان ماهیت حقوقی عهدنامه‌های بین‌المللی را در قالب قانون عادی شناسایی کرد که در پرتو اصول ۷۷ و ۱۲۵ قانون اساسی مستلزم تصویب و نظارت مجلس شورای اسلامی قرار گرفته است.^{۵۰} بنابراین قاضی ایرانی می‌تواند معاهدات بین‌المللی را که دولت ایران به آن‌ها پیوسته است مانند سایر قوانین ایران به‌عنوان مبنای صدور حکم قلمداد کند. نتیجه علمی ماده ۹ آن است که در موارد مغایرت بین تعهد معاهداتی و مقررۀ قانون داخلی، هیچ‌کدام بر دیگری برتری ندارند و قانون مؤخر، ناسخ قانون مقدم است. اما در روابط بین‌المللی، عهدنامه بر قانون داخلی مقدم است. به همین دلیل ممکن است تصویب قانون داخلی مغایر با تعهدات بین‌المللی دولت، موجب مسئولیت بین‌المللی آن دولت شود. همچنین، فرض مغایرت مقررات معاهده‌ای و قانون اساسی ایران نیز در عمل منتفی است چرا که معاهدات قبل از آنکه به حقوق داخلی وارد شوند، از کنترل قانون اساسی عبور می‌کنند و به همین دلیل نیز ماده ۹ قانون مدنی بر این مهم تأکید داشته است که معاهداتی که طبق قانون اساسی منعقد شده‌اند در زمرۀ قوانین هستند.^{۵۱} ماده ۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مقرر می‌دارد: «مرتکب جرایمی که به موجب قانون خاص یا عهدنامه‌ها و مقررات بین‌المللی در هر کشوری یافت شود در همان کشور محاکمه می‌شود، اگر در ایران یافت شود طبق قوانین جزایی جمهوری اسلامی ایران محاکمه و مجازات می‌گردد».

با استمداد از ماده ۹ قانون مجازات اسلامی می‌توان گفت که منظور قانونگذار از قانون خاص، قوانین مربوط به تصویب الحاق ایران به برخی معاهدات بین‌المللی است که چنانچه بر طبق قانون اساسی بین دولت ایران و دول دیگر منعقد شده باشد در حکم قانون است و همچنین برخی قوانین داخلی است که شرط محاکمۀ متهم را دستگیری وی در ایران مقرر نموده‌اند. ایران در ۱۳۳۴/۹/۳۰ کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو را نیز تصویب کرد و مطابق ماده ۹ قانون مجازات اسلامی مفاد آن‌ها ضمن اینکه عهدنامه‌ای بین‌المللی است، در حکم قانون داخلی است. ماده ۳۰ قانون هواپیمایی کشوری مصوب ۱۳۲۸/۵/۱ می‌تواند از جمله قوانین خاص باشد. نکته قابل‌توجه در ماده ۹ قانون مجازات اسلامی که تحولی مطلوب در نظام حقوقی ایران محسوب می‌شود، به‌کاربردن عبارت مقررات بین‌المللی است. تا ۱۳۹۲ در نظام حقوقی ایران، اعم از قانون اساسی و قوانین عادی، سخنی از نحوه پذیرش یا ورود مقررات حقوق بین‌الملل عام به میان نیامده است. با اصلاح قانون مجازات اسلامی در ۱۳۹۲ تحول مهمی در رویکرد نظام حقوقی ایران نسبت به قواعد حقوق بین‌الملل عام صورت گرفت. در قانون قدیم صرفاً قانون خاص یا عهدنامه ذکر شده بود، در حالی که در قانون جدید، مقررات بین‌المللی اضافه شده که منظور از آن کلیۀ قواعد حقوق بین‌الملل عام

۵۰. محمدرضا ضیائی بیگدلی، حقوق بین‌الملل عمومی (تهران، گنج دانش، ۱۴۰۲)، ۷۶.

۵۱. وحید بذار، «محدوده ماده ۹ قانون مدنی نسبت به تعهدات بین‌المللی دولت ایران»، فصلنامه قضاوت ۴۳، ۹۷ (۱۳۹۸): ۵۱.

است. این ماده که دلالت بر اجرای مستقیم تعهدات بین‌المللی و اعمال نظریهٔ یگانگی و شیوهٔ خوداجرایی دارد، به نظر می‌رسد نگرانی را که در مورد امکان اجرای قواعد عرفی بین‌المللی در قوانین وجود داشته منعکس می‌کند؛ به همین خاطر عبارت مقررات را به صورت عام به کار برده است تا عدم اعتبار قواعد عرفی را منتفی کند. این ماده شامل کلیهٔ تعهدات غیرمعاهداتی اعم از الزامات ناشی از قواعد آمره و حقوق بین‌الملل عرفی می‌شود که بنا به تعبیر دیوان بین‌المللی دادگستری، تمامی جامعهٔ جهانی در قبال آن مسئولیت دارند. حال با توجه به آنکه مادهٔ ۹ قانون مجازات اسلامی در اعمال صلاحیت جهانی، اجرای مقررات عرفی بین‌المللی را شناسایی کرده است، به نظر می‌رسد شناسایی قواعد عرفی به خود قضات واگذار شده است. به کار بردن عبارت مقررات بین‌المللی، برخلاف مادهٔ ۹ قانون مدنی، شرط تصویب مجلس شورای اسلامی را به صورت تلویحی از میان برداشته است زیرا اصطلاحات به کار برده شده در اصول ۷۷ و ۱۲۵ قانون اساسی و همچنین مادهٔ ۹ قانون مدنی تأییدکنندهٔ این است که مقررات مزبور صرفاً تعهدات معاهداتی را در برمی‌گیرد. با این تفسیر اگر فردی اعم از آنکه ایرانی یا غیرایرانی، در هر نقطه‌ای از جهان، اعم از اینکه در چارچوب صلاحیت سرزمینی کشورهای دیگر باشد یا آنکه در مناطق آزاد یا بین‌المللی قرار گرفته باشد، رفتاری را مرتکب گردد که بر اساس مقررات حقوق بشری یا بشردوستانهٔ بین‌المللی، جرم تلقی شود، دادگاه‌های ایران صلاحیت رسیدگی به آن را دارند.^{۵۲}

دولت‌ها عموماً در اسناد بنیادین داخلی خود، نظیر قانون اساسی، به معاهدات بین‌المللی به عنوان منبعی با اولویت بالاتر نسبت به عرف بین‌الملل استناد می‌نمایند. این گرایش ناشی از تفاوت ماهیت این دو منبع حقوقی است. معاهدات به عنوان توافقات کتبی و رسمی بین دولت‌ها، از ویژگی‌هایی همچون شفافیت، دقت و قابلیت استناد برخوردار بوده و الزامات حقوقی مشخصی را برای طرفین ایجاد می‌نمایند. در مقابل، عرف بین‌المللی که بر اساس رفتار و رویه‌های معمول دولت‌ها شکل می‌گیرد، به عنوان منبع نانوشته، ممکن است در تفسیر و کاربرد آن ابهامات و اختلافاتی بروز نماید. اکثر نظام‌های حقوقی، معاهدات را بر عرف بین‌الملل مقدم می‌دانند. جمهوری اسلامی ایران نیز از این قاعده مستثنا نیست. هرچند قانون اساسی ایران به طور صریح به عرف بین‌الملل اشاره نداشته است، اصول ۷۷ و ۱۲۵ قانون اساسی، مادهٔ ۹ قانون مدنی و مادهٔ ۹ قانون مجازات اسلامی، به طور ضمنی بر جایگاه حقوق بین‌الملل عرفی تأکید دارند. این مواد قانونی، ضمن اشاره به لزوم رعایت تعهدات بین‌المللی، به طور غیرمستقیم به جایگاه معاهدات در نظام حقوقی کشور اشاره نموده و بر اولویت آن نسبت به سایر منابع حقوقی بین‌المللی تأکید می‌کنند.

۵۲. جبار عیسیان، «مادهٔ ۹ قانون مجازات اسلامی، قاعده‌ای بی‌محتوا برای رسیدگی به جرایم بین‌المللی»، فصلنامهٔ حقوق جزای بین‌الملل تطبیقی ۱، ۴ (۱۴۰۲): ۳۲-۳۵.

نتیجه

دولت‌ها عموماً در اسناد بنیادین داخلی خود نظیر قانون اساسی، به معاهدات بین‌المللی به‌عنوان منبعی با اولویت بالاتر نسبت به عرف بین‌الملل استناد می‌کنند. این گرایش ناشی از تفاوت ماهیت این دو منبع حقوقی است. معاهدات به‌عنوان توافقات کتبی و رسمی بین دولت‌ها، از ویژگی‌هایی همچون شفافیت، دقت و قابلیت استناد برخوردار بوده و الزامات حقوقی مشخصی را برای طرفین ایجاد می‌کنند. در مقابل، ممکن است در تفسیر و کاربرد عرف بین‌المللی که بر اساس رفتار و رویه‌های معمول دولت‌ها به‌عنوان منبع نانوشته شکل می‌گیرد، ابهامات و اختلافاتی بروز کند. اکثر نظام‌های حقوقی، معاهدات را بر عرف بین‌الملل مقدم می‌دانند و جمهوری اسلامی ایران نیز از این قاعده مستثنا نیست. هرچند قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به‌طور صریح به عرف بین‌الملل اشاره نداشته است، اصول ۷۷ و ۱۲۵ قانون اساسی، ماده ۹ قانون مدنی و ماده ۹ قانون مجازات اسلامی، به‌طور ضمنی بر جایگاه حقوق بین‌الملل عرفی تأکید دارند. این مواد قانونی، ضمن اشاره به لزوم رعایت تعهدات بین‌المللی، به‌طور غیرمستقیم به جایگاه معاهدات در نظام حقوقی کشور اشاره نموده و بر اولویت آن نسبت به سایر منابع حقوقی بین‌المللی تأکید می‌کنند.

به نظر می‌رسد از دیگر دلایلی که عبارت دقیق حقوق بین‌الملل عرفی در قانون اساسی ایران و قوانین موضوعه درج نشده است، این است که مراجع حقوقی این آزادی عمل را داشته باشند که بنا به صلاحدید و در راستای تأمین منافع، رویکردی منعطف را نسبت به قواعد عرف بین‌الملل، بسته به شرایط و موضوع قاعده مدنظر اتخاذ کنند. دلیل این ابهام و عدم پیش‌بینی و به عبارت دیگر، این خلأ یا سکوت، توسل به تفسیر و کشف قاعده در چارچوب اصول و مبانی حقوقی کشور است. بنابراین شاید بتوان گفت رویه نظام حقوقی ایران نسبت به عرف بین‌الملل، ماهیتی متغیر دارد و بسته به موضوع، منافع و شرایط تغییر می‌کند؛ لذا ممکن است در جایی صریحاً با قاعده عرفی مخالفت شود، در جایی به‌طور کامل و بدون اعتراض، قاعده الحاق شود و در جایی این قاعده مشروط پذیرفته شود.

منابع:

الف. فارسی

- کتاب

۱. ضیائی بیگدلی، محمدرضا. *حقوق بین‌الملل عمومی*، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۴۰۲.
۲. زر نشان، شهرام. *شکل‌گیری و شناسایی حقوق بین‌الملل عرفی*. تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۲.

- مقاله

۱. کدخدایی، عباسعلی و شهرام زر نشان، «تحول رویکرد رویه قضایی بین‌المللی در فرایند شناسایی قواعد حقوق بین‌الملل عرفی ایران»، *فصلنامه حقوق*، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی ۴۳، شماره ۱ (۱۳۹۲).
۲. محمودی، سیدهادی و محمد ستایش‌پور، «گذر از زمان در ایجاد قاعده حقوق بین‌الملل عرفی: واکاوی انگاره‌های حقوقی و رویه دیوان بین‌المللی دادگستری»، *دوفصلنامه حقوق تطبیقی*، ۱۵، شماره ۱ (۱۳۹۸).
۳. بذار، وحید، «محدوده ماده ۹ قانون مدنی نسبت به تعهدات بین‌المللی دولت ایران»، *فصلنامه قضاوت* ۴۳، شماره ۹۷ (۱۳۹۸).
۴. عیسیان، جبار، «ماده ۹ قانون مجازات اسلامی، قاعده‌ای بی‌محتوا برای رسیدگی به جرایم بین‌المللی»، *فصلنامه حقوق جزای بین‌المللی تطبیقی* ۱، شماره ۴ (۱۴۰۲).
۵. پیری، حیدر، «بررسی تحلیلی خلأ حقوقی در نظام حقوقی ایران و حقوق بین‌الملل با تأکید بر سازوکارهای رفع آن»، *مجله مطالعات حقوق تطبیقی* ۱۴، شماره ۲ (۱۴۰۲).

ب. انگلیسی

- Books

1. Garner, Bryan. *Black's Law Dictionary*. 7th ed. West Publishing Company, 1999.
2. Higgins, Rosalyn. *The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations*. England: Oxford University Press, 1963.
3. Higgins, Rosalyn. *Problems and Process: International Law and How We Use It*. England: Oxford University Press, 1995.
4. Dixon, Martin. *Textbook on International Law*. 7th ed. England: Oxford University Press, 2013.

5. Bederman, David. *Custom as a Source of Law*. England: Cambridge University Press, 2010.
6. Friedman, Wolfgang. *The Changing Structure of International Law*. England: Cambridge University Press, 1965.
7. Shelton, Dinah. *International Law and Domestic Legal Systems*. England: Oxford University Press, 2011.
8. Fennelly, David. *International Law in the Irish Legal System*. Ireland: Round Hall, 2014.
9. Crawford, James. *Brownlie's Principles of Public International Law*. England: Oxford University Press, 2019.
10. Dubinsky, Paul. In Dinah Shelton's *International Law and Domestic Legal Systems*. 1st ed. England: Oxford University Press, 2011.

- Articles

1. Tobin, Brendan, and Emily Taylor , "Across the Great Divide: A case study of complementarity and conflict between customary law and TK protection legislation in Peru," *Initiative for the Prevention of Biopiracy Research Documents*, Year IV,11. (2009).
2. Swiderska, Krystyna, Alejandro Argumedo, , Yiching Song, Jingsong Li, Ruchi Pant, Heraclio Herrera, Doris Mutta, Peter Munyi, and S. Vedavathy, "Protecting Community Rights over Traditional Knowledge: Implications of customary laws and practices," *Key findings and recommendations*, London (2009).
3. Seneviratne, Wasantha, Thilakarathna, KAAAN, "Implementing Customary International Law in Domestic Contexts: A Comparative Study with Special Reference to Sri Lanka", *Sri Lanka Journal of International Relations* (2021).
4. Clancy, Pearce, "Customary International Law in the Irish Legal system", *Irish Judicial Studies Journal* (2023).

- Online sources and documents

1. Statute of the International Court of Justice (<https://www.icj-cij.org/statute>)
2. <https://www.irishstatutebook.ie/eli/cons/en/html>
3. United States v Fawaz Yunis (1991 30 I.L.M)
4. The full statement of the Representative of Iran before the 6th Committee, 2013.
5. Comparative Constitutions Project, CONSTITUTIONMAKING. ORG OPTION REPORTS (2009).