

امکان‌سنجی مواجهه مؤثر شورای نگهبان با حقوق بین‌الملل عرفی مغایر با قانون اساسی و شریعت اسلام

جلال‌الدین قیاسی

دانشیار، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران.

jalalghiasi@yahoo.com

مرتضی پورعزیز

دانش‌آموخته حقوق بین‌الملل، گروه حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری دادگستری، تهران،

ایران.

poraziz@gmail.com

حامد رسولخانی (نویسنده مسئول)

دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران.

hamedrasolkhani@gmail.com

چکیده

حقوق بین‌الملل عرفی شامل آن دسته از قواعدی می‌باشد که به گونه‌ای مستمر و یکسان دولت‌ها و سایر تابعان حقوق بین‌الملل در روابط حقوقی بین‌المللی خود، در شرایطی که موجب پیدایش انتظاراتی مشروع از اعمال رویه‌ای مشابه در آینده شود، ایجاد شده‌است و پایدار می‌ماند و تعداد کثیری از دولت‌ها به صورت دایمی و مستمر در چنین رویه‌ای به عنوان ضوابط رفتاری خاص مشارکت می‌نمایند. مطابق اصل ۷۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران؛ معاهدات و قراردادهای بین‌المللی باید به تصویب مجلس شورای اسلامی برسند و به موجب اصل ۹۴، کلیه مصوبات مجلس شورای اسلامی باید جهت بررسی و تطبیق با موازین اسلامی و قانون اساسی به شورای نگهبان ارسال گردند. بدین ترتیب، شورای نگهبان در بررسی معاهدات بین‌المللی بعضاً با حقوق بین‌الملل عرفی مقرر در مقدمه و متن معاهده مواجه می‌شود. این مقاله به دنبال پاسخ به این پرسش است که رویه شورای نگهبان در مواجهه با حقوق بین‌الملل عرفی چیست و چگونه می‌تواند مواجهه مؤثری داشته باشد؟ مقاله حاضر با روش توصیفی - تحلیلی به این نتیجه نائل می‌شود که اولاً، شورای نگهبان در مواجهه با قواعد حقوق بین‌الملل عرفی به طور کلی، آن‌ها را مخالف شرع اسلام و قانون اساسی می‌پندارد؛ ثانیاً، با پذیرش کلیات حقوق بین‌الملل عرفی و راهکارهای پیشنهادی موجود می‌تواند مواجهه مؤثری از این جهت داشته باشد.

کلید واژه: شورای نگهبان، حقوق بین‌الملل عرفی، قانون اساسی، شرع، معاهدات.

مقدمه

حقوق بین الملل به دولت‌ها تحمیل نمی‌شود و در جامعه جهانی نیز هیچ قانونگذار بین المللی وجود ندارد. در واقع، نظام حقوق بین الملل غیرمتمرکز بوده و اساساً بر رضایت و توافق مشترک دولت‌ها مبتنی است. از این رو، قواعد حقوق بین الملل اصولاً به یکی از این دو طریق ایجاد می‌شوند؛ ابتدا، به موجب رویه دولت‌ها (حقوق بین الملل عرفی)؛^۱ و دوم، براساس موافقت‌نامه میان دولت‌ها (معاهدات). در نخستین مرحله شکل‌گیری هر جامعه، قواعد رفتاری «مقبول و موجّه» توسعه می‌یابند که جامعه بین المللی نیز فارغ از این قاعده نیست. با این وجود، دول مختلف در روابط با یکدیگر، اصولاً از بسیاری قواعد، خواه و ناخواه، پیروی می‌نمایند و به لحاظ حقوقی نیز خود را موظف به رعایت آن قواعد تصور می‌کنند. این امر در حالی است که حتی ممکن ماست وفق هیچ قراردادی نیز پایبند به آن اصول نشده باشند. بدین ترتیب، مجموعه این قواعد که می‌توان از رفتار دول استخراج کرد، «عرف» نامیده می‌شود.^۲ از این رو، با ارتباط بیشتر دول با یکدیگر، ضوابط رفتاری مشخص به صورت «قواعد حقوق بین الملل عرفی» متبلور شدند.

اصل ۷۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مقرر می‌دارد که، عهدنامه‌ها، مقاله‌نامه‌ها، قراردادها و موافقت‌نامه‌های بین المللی باید به تصویب مجلس شورای اسلامی برسند؛ همچنین به موجب اصل ۹۴، تمامی مصوبات مجلس شورای اسلامی باید به شورای نگهبان ارسال شوند. شورای نگهبان موظف می‌باشد همه موضوعاتی را که در مجلس تصویب شده اند را حداکثر ظرف ده روز از تاریخ وصول از نظر انطباق بر موازین اسلام و قانون اساسی مورد بررسی و پایش قرار دهد و چنانچه آن را مغایر با موارد یاد شده تشخیص دهد برای تجدیدنظر به مجلس بازگرداند. اما در رابطه با حقوق بین الملل عرفی هیچ اصلی از قانون اساسی و یا هیچ ماده قانونی تعیین تکلیف نموده است. با این حال، شورای نگهبان در ارزیابی برخی معاهدات بین المللی، با قواعد حقوق بین الملل عرفی مقرر در مقدمه و متن معاهده مواجه می‌شود که این مواجهه را می‌توان براساس یکی از رویکردهای یگانگی حقوقی (مونیسیم) یا دوگانگی حقوقی (دوالیسیم) تلقی نمود.

در خصوص موضع حقوق ایران نسبت به جایگاه حقوق بین الملل عرفی، محرز است که هیچ کدام از اصول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، به صراحت به حقوق بین الملل عرفی اشاره نداشته است. به عبارت دیگر، از آنجا که در خصوص حقوق بین الملل عرفی قاعده‌ای پیش‌بینی نشده است، حقوق ایران با خلا رو به رو است. زمانی که خلا حقوقی به وجود بیاید رویه‌ها هستند که پدید می‌آیند. به عبارت دیگر، سکوت قانون اساسی و حقوق ایران سبب به وجود آمدن رویه‌های شورای نگهبان در خصوص حقوق بین الملل عرفی شده است. به منظور کشف رویه شورای نگهبان در خصوص این موضوع، باید اقدامات و رفتارهای آن را بررسی نمود. با توجه به اینکه قانون در معنای عام خود در خصوص موضوع حقوق بین المللی عرفی سکوت دارد، رویه شورای نگهبان با رجوع به اصول دیگر قانون اساسی و دیگر مفاد قانونی تبیین می‌گردد.

پرسش اساسی در این مقاله آن است که رویه شورای نگهبان در مواجهه با حقوق بین الملل عرفی چیست و چگونه می‌تواند مواجهه مؤثری با حقوق بین الملل عرفی داشته باشد؟ پژوهش حاضر با استفاده از منابع و مطالعات کتابخانه‌ای و با اتخاذ رویکردی توصیفی - تحلیلی در مقام تبیین رویه شورای نگهبان و امکان سنجی مواجهه مؤثر شورای نگهبان با قواعد حقوق بین الملل عرفی به این نتیجه می‌رسد که اولاً، شورای نگهبان در مواجهه با قواعد حقوق بین الملل عرفی به طور کلی، آن‌ها را مخالف شرع اسلام و قانون اساسی می‌پندارد؛ ثانیاً، با پذیرش کلیات حقوق بین الملل عرفی و راهکارهای پیشنهادی موجود می‌تواند مواجهه مؤثری از این جهت داشته باشد.

^۱ Customary International Law.

^۲ در زبان فارسی عرف را عادت، رسم، سنت، سیره یا عمل نیز نامیده‌اند.

سید هادی محمودی و محمد ستایش پور در مطالعه ای با عنوان «گذر از زمان در ایجاد قاعده حقوقی بین الملل عرفی: واکاوی انگاره‌های حقوقی و رویه دیوان بین الملل دادگستری» به موضوع جایگاه زمان در ایجاد قاعده در حقوق بین الملل عرفی می پردازند. از نظر آنان زمان عاملی است که در شکل گیری قواعد حقوق بین الملل عرفی لازم و ضروری است، اما طول مدت در خصوص هر قاعده عرفی نسبت به یک دیگر متفاوت است. این مطالعه اساساً با بحث پژوهش حاضر تفاوت دارد چرا که در این مطالعه به نقش شورای نگهبان در برخورد با حقوق بین الملل پرداخته می شود. سید قاسم زمانی نیز در مطالعه ای با عنوان «موازن بین المللی حقوق بشر و بازداشت محکومین مالی در ایران» به موضوع انطباق قوانین داخلی هر کشور با تعهدات بین المللی آن با نگاه ویژه به محکومیت های مالی پرداخته است. او از تعارض میان ماده ۱۱ میثاق بین المللی حقوق مدنی و اساسی^۱ (۱۹۶۶) با قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی مصوب ۱۳۷۷/۸/۱۰ نتیجه می گیرد که دولت ایران موظف است در اسرع وقت به تغییر قوانین خود بپردازد. همانگونه که ملاحظه می شود در این مطالعه به نقش شورای نگهبان پرداخته نشده است در حالی که در پژوهش حاضر به نقش تعیین کننده شورای نگهبان پرداخته می شود. داجیردش کریستینا نیز در مطالعه ای تحت عنوان «سازمان های بین المللی و تکوین حقوق بین الملل عرفی» به بررسی نقش سازمان های بین المللی در شکل گیری حقوق بین الملل عرفی پرداخته است. با توجه به رویکرد داخلی مطالعه حاضر، مطالعه یاد شده نیز تفاوت اساسی با این مطالعه دارد.

بررسی ادبیات حقوقی موجود به زبان فارسی در حوزه حقوق بین الملل عرفی و پژوهش های مربوط به شورای نگهبان حکایت از آن دارد؛ با اینکه کتب، مقالات و آثار متعددی به صورت مجزا در این خصوص نگاشته شده است لیکن هیچ کدام از آنها ورودی به موضوع این مقاله نداشته و از همین رو، موضوع مقاله حاضر واجد وصف نوآوری و بدیع بودن است.

پیش از آغاز بحث باید متذکر شد که مطالعه حاضر با استفاده از منابع کتابخانه ای و به کارگیری روش توصیفی - تحلیلی، به تبیین موضوع مورد بحث می پردازد. سوای آنچه که در دیگر مطالعات به آن پرداخته می شود، نگرش مولفان این مطالعه، تدوین پژوهشی برپایه نقش شورای نگهبان در مواجهه با حقوق بین الملل عرفی مغایر با قانون اساسی و شریعت اسلام می باشد. با توجه به بدیع بودن موضوع این پژوهش، تحلیل هایی که در این مطالعه به کار می رود در هیچ مطالعه دیگری به کار نرفته است. مطالعه حاضر، در سه بخش تنظیم شده است: که بدواً ضمن تشریح مفهوم شناسی حقوق بین الملل عرفی و جایگاه آن در نظام حقوقی ایران (بخش نخست) و نیز نحوه و رویکرد مواجهه شورای نگهبان با حقوق بین الملل عرفی (بخش دوم)، و نهایتاً با ارزیابی آثار چنین مواجهه ای از جانب شورای نگهبان (بخش سوم)، به نتیجه گیری پرداخته و راهکارهایی را برای شورای نگهبان ارائه می دهد.

۱- مفهوم شناسی حقوق بین الملل عرفی و جایگاه آن در نظام حقوقی ایران

۱-۱. مفهوم شناسی حقوق بین الملل عرفی

در اولین مرحله شکل گیری هر جامعه، قواعد رفتاری «مقبول و موّجه» گسترش پیدا می نمایند که طبعاً جامعه بین المللی نیز از این قاعده مستثنا نمی باشد. عرف به عنوان اولین و مهم ترین منبع حقوق بین الملل، همواره مورد بحث اندیشمندان حقوقدانان بوده است.^۲ عموماً دولت ها در روابط با یکدیگر آنچه را که وفق منافعشان است صورت می دهند نه آنچه را که ممکن است با دیگران مورد توافق قرار داده باشند.^۳ با این وجود، دولت ها در روابط با یکدیگر، عملاً از بسیاری از قواعد مختلف تبعیت می نمایند و از لحاظ حقوقی خود را

^۱ هیچ کس را نمی توان به علت ناتوانی در ایفای تعهدات قراردادی خود زندانی نمود.

^۲ عباسعلی کدخدایی، شهرام زرنشان، تحول رویکرد رویه قضایی بین المللی در فرایند شناسایی قواعد حقوق بین الملل عرفی، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۳، ۱۳۹۲، ۱۹۳.

^۳ سید قاسم زمانی موازن بین المللی حقوق بشر و بازداشت محکومین مالی در ایران، مرکز امور حقوقی بین المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری اسلامی ایران، شماره ۳۵، ۵۱.

موظف به رعایت آن قواعد می‌دانند، حتی بدون آن که صریحاً توسط یک قرارداد یا معاهده پایبند به اجرای قاعده باشند. بدین ترتیب، مجموعه این قواعد که می‌توان از رفتار دول استخراج کرد، «عرف» نامیده می‌شود.^۱ بدین ترتیب، با گسترش ارتباطات دول با هم، ضوابط رفتاری خاص به صورت «قواعد حقوق بین‌الملل عرفی»^۲ نمایان می‌شوند. به عبارت دیگر، رفتار و رویه دولت‌ها، عنصر اصلی و سازنده شکل‌گیری حقوق بین‌المللی عرفی است.^۳ به طور کلی، عرف ابتدایی‌ترین و اصیل‌ترین منبع حقوق بین‌الملل می‌باشد که به علت عدم وجود مرجعی که قدرت اجرایی داشته باشد و نهادی که توانایی قانونگذاری بین‌المللی داشته باشد، نقش برجسته‌ای در شکل‌گیری حقوق بین‌الملل ایفاء می‌نماید.

در نظام‌های حقوقی پیشرفته، عرف دارای اهمیت خاصی نمی‌باشد، در صورتی که در عرصه بین‌المللی حداقل تاکنون «عرف» یک منبع پویای حقوقی و بسیار مهم بوده است.^۴ این حقیقت با تأمل در مفاد بسیاری از معاهدات که آیین قواعد حقوق بین‌الملل عرفی هستند، مشخص می‌شود. قواعد عرفی دارای ویژگی‌های هستند که سبب می‌شود عرف بین‌المللی دارای جایگاه برجسته در حقوق بین‌الملل گردند. از جمله ویژگی‌های عرف در حقوق بین‌الملل می‌تواند به انطباق‌پذیری سریع آن با تحولات بین‌المللی و عام بودن قواعد مربوط به آن اشاره نمود. به عبارت دیگر تمانم سیستم حقوق بین‌الملل، بر پایه حقوق عرفی است.^۵ در خصوص ماهیت عرف بین‌المللی، دیوان بین‌المللی دادگستری اعتقاد دارد باید یک رویه ای ثابت و تثبیت شده وجود داشته باشد که اعتقاد به الزام آور بودن آن پدید آمده باشد.^۶

از مصادیق حقوق بین‌الملل عرفی می‌توان به جنایات بین‌المللی مانند دزدی دریایی اشاره نمود که به موجب قواعد حاکم بر حقوق بین‌الملل عرفی مدت مدیدی است که به عنوان جرم تلقی می‌شود و تمام دولت‌ها نیز می‌توانند نسبت به آن اعمال صلاحیت نمایند. قاعده حقوق بین‌الملل عرفی در ماده ۱۹ کنوانسیون ۱۹۵۸ ژنو راجع به دریای آزاد^۷ و در ماده ۱۰۵ کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاهای^۸ مجدداً مورد تأیید قرار گرفته است. علاوه بر آن، عموماً مزایا و مصونیت‌های موجود در حقوق دیپلماتیک که مورد مناقشه قرار نگرفته‌اند و از جانب دولت‌ها پذیرفته و رعایت می‌شوند، به عنوان حقوق عرفی در کنوانسیون ۱۹۶۱ وین در ارتباط با روابط دیپلماتیک در نظر گرفته شده‌اند. همچنین، عرض دریای سرزمینی مقرر در ماده ۳ کنوانسیون ۱۹۸۲ که آن را محدود به منطقه‌ای کرده که نباید از ۱۲ مایل دریایی تجاوز کند،^۹ معیاری می‌باشد که به شکلی گسترده در رویه دولت‌هایی چون انگلیس و ایالات متحده آمریکا منعکس گردیده^{۱۰} و در حال حاضر نیز به عنوان قاعده حقوق بین‌الملل عرفی پذیرفته شده است.^{۱۱} به عبارت دیگر، قواعد معاهداتی که توسط بعضی از کشورهای پذیرفته می‌شود برای بعضی کشورهای دیگر که عضو معاهده نیستند الزام آور می‌گردد.^{۱۲} منطقه انحصاری اقتصادی در

^۱ در زبان فارسی عرف را عادت، رسم، سنت، سیره یا عمل نیز نامیده‌اند.

^۲ Rules of Customary International law

^۳ شهرام زر نشان، شکل‌گیری قاعده عرفی در حقوق بین‌الملل: ارزیابی امکان نقش آفرینی بازیگران غیر دولتی، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۴۷، ۷۴.

^۴ کریستوفرسی، جویئر، حقوق بین‌الملل در قرن بیست و یکم، ترجمه: عباس کدخدایی و امیرسعد وکیل، نشر میزان، ۱۳۹۴، ۸۰.

^۵ شهرام زر نشان، شکل‌گیری و شناسایی حقوق بین‌الملل عرفی، انتشارات گنج دانش، چاپ دوم، ۲۸-۲۹.

^۶ شهرام زر نشان، مفهوم و ماهیت عنصر مادی در فرایند شکل‌گیری قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۸، شماره ۳، ۷۸.

^۷ Convention on the High Seas, 1958, 19.

^۸ Convention on the Law of the Sea, 1982, 105

^۹ طبق ماده ۲ قانون مناطق دریایی جمهوری اسلامی ایران در خلیج فارس و دریای عمان (مصوب سال ۱۳۷۲) عرض دریای سرزمینی از خط مبدأ ۱۲ مایل دریایی می‌باشد.

^{۱۰} سید قاسم زمانی، موازین بین‌المللی حقوق بشر و بازداشت محکومین مالی در ایران، ۷۰.

^{۱۱} سید هادی محمودی، و محمد ستایش پور، «گذر از «زمان» در ایجاد قاعده حقوق بین‌الملل عرفی: واکاوی انگاره‌های حقوقی و رویه دیوان بین‌المللی دادگستری»، نشریه حقوق تطبیقی، ۱۳۹۸، صص ۲۳۳-۲۵۲.

^{۱۲} شهرام زر نشان، ابزارهای فرعی برای شناسایی قواعد حقوق بین‌الملل، دوفصلنامه ایرانی مطالعات سازمان ملل متحد، دوره ۴، شماره ۲، ۱۲۳.

دریاباها نیز بخشی از حقوق بین الملل عرفی در دهه ۱۹۷۰ می باشد که در کنفرانس سوم ملل متحد و متن کنوانسیون ۱۹۸۲، حداکثر تا ۲۰۰ مایلی خطوط دریای سرزمینی مورد تأیید قرار گرفت. منع توسل به زور نیز که در بند ۴ ماده ۲ منشور سازمان ملل متحد مورد عنایت قرار گرفته است، به عنوان یکی از قواعد حقوق بین الملل عرفی که همانند یک قاعده آمره اعتبار دارد، در نظر گرفته می شود. بنابراین، به سهولت قابل تأیید است که برخی از مقررات، اسناد، معاهدات بین المللی و حتی تصمیمات قضایی به عنوان قواعد عرفی بین دولت ها معرفی می شوند.^۱

به علت این که قواعد عرفی عموماً نانوشته و مستتر در رفتار دولت ها هستند، می توانند اختلافات زیادی را بین دولت ها به وجود بیاورند. از همین رو حل اختلاف بین دولت ها اهمیت دو چندانی پیدا می کند. به نظر می رسد تنها راه برون رفت از این مشکل، سپردن وظیفه تشخیص عرف های موجود، به نهاد هایی است که از کارشناسان و متخصصان حقوق بین الملل تشکیل شده است. چنین نهادی می تواند به دولت ها و سازمان های بین الملل کمک تا عرف های موجود را شناسایی نمایند و به آنان ارائه دهد.^۲

۱-۲. جایگاه حقوق بین الملل عرفی در نظام حقوقی ایران

اساساً، در اینجا برای این که رابطه حقوق بین الملل و حقوق داخلی جمهوری اسلامی ایران مشخص شود، به رویکرد جمهوری اسلامی ایران نسبت به حقوق بین الملل به ویژه وضعیت حقوق بین الملل عرفی در حقوق داخلی و عملکرد آن پرداخته می شود. با این حال، ابتدا به صورت اجمالی به این دو رویکرد؛ اولی، یگانگی حقوقی (مونیسیم)^۳ و دومی، دوگانگی حقوقی (دوالیسم)^۴ توجه می گردد. در یگانگی حقوقی، درباره مفهوم حقوق به مثابه مجموعه یک نظام واحد نگریسته می شود و به همین علت حقوق بین الملل و حقوق داخلی جزئی از یک نظام کلی تر به حساب می آیند. چنانچه اختلافی بین حقوق بین الملل و حقوق داخلی رخ دهد، اکثر مقلدان رویکرد یادشده بر این اعتقاد هستند که باید حقوق بین الملل اولیت داشته باشد، در حالی که برخی نیز قائل به یگانگی حقوقی با برتری حقوق داخلی می باشند. حامیان دوگانگی حقوقی، حقوق بین الملل و حقوق داخلی را جدای از یکدیگر می پندارند. پیروان دوگانگی حقوقی اظهار دارند که دو نظام یادشده صرفاً به مباحث خاص خود می پردازند و قادر نیستند ارتباطی با یکدیگر برقرار نمایند. برای مثال، دولت انگلیس تفکری همچون یگانگی حقوقی نسبت به حقوق بین الملل عرفی دارد و آن را بخشی از نظام حقوق انگلیس می پندارد، مشروط بر این که هیچ تصمیم قضایی متضادی توسط دادگاهی که در درجات بالاتر قرار دارد، اخذ نشده باشد.^۵ همچنین، در حقوق داخلی ایالات متحده آمریکا، حقوق بین الملل عرفی بدون نیاز به هیچ گونه اقدام قانونی پذیرفته شده و به عنوان بخشی از حقوق آمریکا تلقی می گردد، به شرط آنکه تصمیم قضایی داخلی یا قانون داخلی معارض با آن وجود نداشته باشد.^۶

نه تنها قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، بلکه حتی قانون اساسی مشروطیت، توجهی به جایگاه حقوق بین الملل در نظام حقوقی ایران نداشته اند. در نتیجه، مسأله برتری یکی بر دیگری مسکوت مانده است. اما به موجب اصول ۷۷ و ۱۲۵ قانون اساسی،^۷ به

^۱ داجیردانش، کریستینا، «سازمان های بین المللی و تکوین حقوق بین الملل عرفی»، ترجمه: امین راستانی، فصلنامه بین المللی قانون یار، ۱۳۹۹، صص ۳۹-۸۹.

^۲ شهرام زرنشان، ابزارهای فرعی برای شناسایی قواعد حقوق بین الملل، دوفصلنامه ایرانی مطالعات سازمان ملل متحد، دوره ۴، شماره ۲، ۱۳۳.

^۳ Monism

^۴ Dualism

^۵ سید قاسم زمانی، موازین بین المللی حقوق بشر و بازداشت محکومین مالی در ایران، ۵۸.

^۶ سید قاسم زمانی، موازین بین المللی حقوق بشر و بازداشت محکومین مالی در ایران، ۶۰.

^۷ اصل ۷۷: عهدنامه ها 'مقوله نامه ها' قراردادها و موافقت نامه های بین المللی باید به تصویب مجلس شورای اسلامی برسد.

اصل ۱۲۵: امضای عهدنامه ها، مقوله نامه ها، موافقت نامه ها و قراردادهای دولت ایران با سایر دولتها و همچنین امضای پیمان های مربوط به اتحادیه های بین المللی پس از تصویب مجلس شورای اسلامی با رئیس جمهور یا نماینده قانونی او است.

خصوص ماده ۹ قانون مدنی^۱ که معاهده بین‌المللی را در حکم قانون عادی و دارای قدرتی برابر با آن دانسته است. بنابراین، بدین شکل به نظر می‌رسد که قواعد یادشده از حیث اعتبار حقوقی در یک مرتبه قرار می‌گیرند و در صورت تعارض، قاعده مؤخر، قاعده مقدم را نسخ می‌نماید. البته بعید به نظر می‌رسد که حقوق داخلی ایران پس از تصویب معاهده‌ای در مجلس خود، قانونی در تعارض با آن معاهده وضع کند و آن را عملاً معاهده را بی اثر کند. رخ دادن چنین حالتی صرف‌نظر از ایجاد مشکلات عدیده در روابط میان ایران و سایر کشورهای متعاقد، می‌تواند سبب تحقق مسئولیت بین‌المللی ایران را به وجود بیاورد. برخی از پژوهشگران اعتقاد دارند که در سال‌های اخیر، رویه‌ای در نظام قانون‌گذاری ایران رایج شده است که حاکی از پذیرش نظریه یگانگی حقوقی با برتری حقوق داخلی است.^۲ در این رابطه می‌توان به قانون الحاق ایران به کنوانسیون ملل متحد برای مبارزه با قاچاق مواد مخدر و داروهای روان‌گردان مورخ ۲۰ دسامبر ۱۹۸۸ اشاره کرد که در مورخ ۱۳۷۰/۹/۳ در مجلس شورای اسلامی، مشروط بر این که «مفاد کنوانسیون در مواردی که با قوانین داخلی و موازین اسلامی معارض گردد، از طرف جمهوری اسلامی ایران لازم‌الرعایه نباشد.» تصویب شد.^۳ عموماً رویه دولت‌ها در اسناد بالادستی خود همانند قانون اساسی این است که به جای حقوق بین‌الملل عرفی، به حقوق معاهدات اهمیت بسیار بیشتری دهند. چرا که حقوق معاهدات به عنوان توافقنامه‌های کتبی و رسمی بین دولت‌ها، از شفافیت، دقت و قابلیت استناد بسیار بیشتری برورد می‌باشند. اما حقوق بین‌الملل عرفی که بر اساس رویه‌ها معمول بین دولت‌ها تشکیل شده است، یک منبع نا نوشته است و می‌تواند دارای ابهامات و تفسیرهای مختلفی باشد. به همین علت که کشورها، کمتر در اسناد داخلی خود به حقوق بین‌الملل عرفی توجه کرده‌اند. از مطالعه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز این نتیجه حاصل می‌گردد و مشخص است که این قانون کمتر به حقوق بین‌الملل عرفی توجه داشته است.

قوانین ایران درباره ارزش و تاثیر قواعد عرفی بین‌المللی در حقوق داخلی ایران ساکت هستند. اما عرف و عادت در قوانین ایران در موارد گوناگونی بیان و پذیرفته شده است. اگر چه قانون اساسی صراحتاً به جایگاه این قواعد در نظام حقوقی ایران اشاره ننموده است و نوعی در خصوص این موضوع موضع سکوت را انتخاب نموده است، اما باید توجه داشت که این امر به معنای عدم پذیرش حقوق بین‌الملل عرفی و جایگاه آن در سلسله مراتب نظام حقوقی ایران نیست. از جمله این قوانین می‌توان به مواد ۳ و ۴ قانون آیین دادرسی مدنی اشاره نمود.^۴ همچنین داوری بسیاری از موضوع حقوقی بین مردم، طبق قانون مدنی به عرف واگذار شده است.^۵ لیکن، آنچه که در اینجا اهمیت دارد این موضوع می‌باشد که، آیا می‌توان مفهوم عرف و عادت مذکور در حقوق داخلی ایران را به معنی عرف و عادات بین‌المللی توسعه داد یا خیر، در حالی که هیچ مجوز قانونی وجود ندارد. با این وجود، برخی از نویسندگان مقررات ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی را به عرف و عادات بین‌المللی نیز گسترش داده‌اند.^۶ بنابراین، قانونگذار جمهوری اسلامی ایران در قوانین متعدد به عرف ارجاع داده است. به نحوی که با استفاده از برخی مواد قانون مدنی مانند ماده ۲۸۰ استنباط می‌شود که در صورت تعارض عرف با قوانین تکمیلی، حکم عرف مقدم خواهد شد.^۷ اما چنانچه عرف با قانون امری تعارضی داشته باشد، قانون امری مقدم می‌گردد چرا که این قانون با نظم

۱. مقررات عهودی که بر طبق قانون اساسی بین دولت ایران و سایر دول منعقد شده باشد در حکم قانون است.

۲. ضیایی بیگدلی، محمدرضا، حقوق معاهدات بین‌المللی، تهران، گنج دانش، ۱۳۹۹، ۷۶.

۳. لایحه مورخ ۱۳۶۹/۳/۷ دولت در خصوص، الحاق به کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با قاچاق مواد مخدر و داروهای روان‌گردان مورخ ۱۳۷۰/۹/۳ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید و طی نظریه شماره ۲۲۸۵ در تاریخ ۱۳۷۰/۹/۱۷ به تأیید شورای محترم نگهبان رسید.

۴. قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۲۵ شهریور ماه ۱۳۱۸.

۵. مواد ۲۲۰، ۲۲۴، ۲۲۵، ۳۵۶، ۳۶۹، ۳۷۵، ۳۸۲ و ۹۵۰ قانون مدنی.

۶. پرویز ذوالعین، مبانی حقوق بین‌الملل عمومی، تهران، وزارت امور خارجه، ۱۳۹۵، ۵۹۶.

۷. انجام تعهد باید در محلی که عقد واقع شده به عمل آید مگر اینکه بین متعاملین قرارداد مخصوصی باشد یا عرف و عادت ترتیب دیگری اقتضا نماید.

عمومی در ارتباط می باشد. بنابراین، در مجموع این نتیجه پدید می آید که رویکرد و موضع نظام قانون گذاری جمهوری اسلامی ایران نسبت به حقوق بین الملل عرفی، رویکرد یگانگی حقوقی با برتری حقوق داخلی است.

اما در خصوص حقوق بین الملل عرفی موضوع متفاوت می باشد. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به معاهدات بین المللی به عنوان یک منبعی با اولیتی بسیار بالاتر نسبت به عرف بین الملل نگاه دارد. چرا که این معاهدات دارای شفافیت و دقت بسیار بیشتری هستند اما عرف بین الملل دارای ابهامات و اختلافات بسیار زیادی است. اصول ۷۷ و ۱۲۵ قانون اساسی، ماده ۹ قانون مدنی و ماده ۹ قانون مجازات اسلامی، همگی بر جایگاه بالاتر معاهدات بین المللی نسبت به عرف بین المللی تأکید دارند. به عبارت دیگر این مواد قانونی به این نحو به حقوق بین الملل عرفی اشاره دارند که جایگاه آن را پایین تر از معاهدات بین المللی قرار داده اند.

۲- مواجهه شورای نگهبان با حقوق بین الملل عرفی

ابتدا باید به این امر پرداخته شود که شورای نگهبان چگونه با قواعد و مقررات حقوق بین الملل عرفی مواجه می شود. طبق اصل ۷۷ قانون اساسی باید معاهدات بین المللی به تصویب مجلس شورای اسلامی برسند، و سپس به موجب اصل ۹۴ تمامی مصوبات مجلس شورای اسلامی جهت بررسی و انطباق با اصول و قواعد اسلامی و قانون اساسی به شورای نگهبان ارسال می گردند. برخی از مقررات و معاهدات که بعد از تصویب مجلس برای انطباق با موازین اسلام و قانون اساسی به شورای نگهبان ارسال می شوند دارای قواعد عرفی بین المللی می باشند.

بیانیه اصول و قواعد حاکم بر به وجود آمدن حقوق بین الملل عرفی عام^۲ در بخش چهارم خود، تحت عنوان نقش معاهدات در شکل گیری حقوق بین الملل عرفی به ویژه در مواد ۲۴، ۲۶ و ۲۷ مقرر داشته: «معاهدات چندجانبه می توانند منشأ یا الگویی برای پذیرش قواعد عرفی جدید از طریق رویه دولت ها گردند یا می توانند به شفافیت قواعد در حال ظهور حقوق بین الملل عرفی یاری رسانند، همین طور به موجب این معاهدات قواعد عرفی جدید تحت تأثیر مستقیم آن ظهور می نمایند یا به ایجاد قواعد عرفی کمک می کنند.»^۳ بدین طریق، شورای نگهبان با حقوق بین الملل عرفی روبرو می شود. از آنجا که هیچ اصلی از قانون اساسی و یا هیچ ماده قانونی به حقوق بین المللی عرفی اشاره ننموده اند، شورای نگهبان با یک خلاء در خصوص این موضوع مواجه است. زمانی که در خصوص یک موضوع خلا وجود دارد شورای نگهبان به استفاده از سایر منابع قانونی رویه خود را می سازد. در خصوص مواجهه دولت جمهوری اسلامی ایران با قواعد حقوق بین الملل عرفی نیز خلا وجود دارد. بنابراین شورای نگهبان باید با بررسی سایر قوانین اظهار نظر نماید و رویه خود را مشخص نماید. به همین علت و برای مشخص شدن این رویه، به معاهداتی که دارای قواعد و مقررات حقوق

^۱. کلیه مصوبات مجلس شورای اسلامی باید به شورای نگهبان فرستاده شود. شورای نگهبان موظف است آن را حداکثر ظرف ده روز از تاریخ وصول از نظر انطباق بر موازین اسلام و قانون اساسی مورد بررسی قرار دهد و چنانچه آن را مغایر ببیند برای تجدید نظر به مجلس بازگرداند. در غیر این صورت مصوبه قابل اجرا است.
^۲ Statement of Principles applicable to the Formation of General Customary International Law, London Conference 2000.

^۳. ماده ۲۴: «معاهدات چندجانبه می توانند منشأ یا الگویی برای پذیرش قواعد عرفی جدید از طریق رویه دولت ها گردند. به عبارت دیگر می توانند منبع تاریخی (مادی) یک قاعده عرفی باشند. با این وجود هیچ اماره ای حاکی از این که همواره چنین اثری دارند، وجود ندارد. رفتاری که کاملاً با استناد به خود معاهده صورت می پذیرد. بدین منظور، به عنوان رویه لحاظ نمی شود. در عین حال رجوع کنید به بندهای ج و د بخش چهارم.»

ماده ۲۶: «معاهدات چندجانبه ممکن است به فرایند به اصطلاح «شفافیت» قواعد در حال ظهور حقوق بین الملل عرفی یاری رسانند. اما هیچ گونه اماره ای حاکی از اینکه چنین تأثیری دارند، وجود ندارد.»

ماده ۲۷: «در موارد استثنایی ممکن است معاهده چندجانبه موجب شود که قواعد عرفی جدید تحت تأثیر مستقیم آن ظهور نمایند، (یا اینکه به ایجاد آن ها کمک نمایند) مشروط بر آنکه معاهده مزبور از سوی دولت ها مورد پذیرش گسترده قرار گرفته و قصد اطراف معاهده، به روشنی این باشد که قاعده عرفی جدید ایجاد گردد. ولی وقوع چنین امری بسیار نادرست است و اماره، عدم وقوع آن است.»

بین الملل عرفی هستند و جهت ارزیابی و بررسی با اصول و قواعد اسلام و قانون اساسی به شورای نگهبان فرستاده شده‌اند، پرداخته می‌شود.

۲-۱. مواجهه با قواعد عموماً پذیرفته شده بین المللی

اولین کنوانسیون که در این خصوص بررسی شده است، «سند الحاقی (پروتکل) همکاری در زمینه مبارزه با جرائم سازمان یافته در دریای خزر الحاقی به موافقتنامه مربوط به همکاری در زمینه امنیت در دریای خزر (مورخ ۲۷ آبان ۱۳۸۹ (۱۸ نوامبر ۲۰۱۰))»، می‌باشد که شورای نگهبان با تشکیل جلسه در تاریخ ۱۹ / ۳ / ۱۴۰۰، این مصوبه را بررسی کرد و مفاد برخی از مواد آن را مخالف با موازین شرع تلقی نمود و نظر خود در این رابطه را طی نامه‌ی شماره ۲۶۳۹۵ / ۱۰۲ مورخ ۲۶ / ۳ / ۱۴۰۰ به مجلس شورای اسلامی اعلام کرد. در قسمت آخر مقدمه این سند که مقرر شده، با توجه به توان و آمادگی متقابل برای توسعه و گسترش ارتباط میان طرف‌ها بر پایه اصول و قواعد عموماً پذیرفته شده حقوق بین الملل، در موارد زیر توافق کردند.^۱ شورای نگهبان قید عبارت «قواعد عموماً پذیرفته شده بین المللی» در ذیل مقدمه سند را خلاف موازین شرع شناخته است. همچنین در دیدگاه مغایرت، اعلام کرده: اطلاق حکم مقرر شده در ذیل مقدمه‌ی این سند مبنی بر ارتباط میان طرف‌ها بر اساس «اصول و قواعد عموماً پذیرفته شده حقوق بین الملل» از این حیث که علم اجمالی وجود دارد برخی از این اصول و قواعد بین المللی خلاف شرع است، مغایر با موازین شرعی است. به نظر می‌رسد عدم پذیرش شورای نگهبان ناشی از ابهام و اجمالی است که این عبارت دارد. شورای نگهبان با بررسی این قواعد به این نتیجه رسیده است که برخی از این قواعد با شرع مقدس دارای تعارض است، فلذا از تصویب عبارتی که ممکن است با شرع مقدس دارای تعارض باشد خود داری نموده است.

با این وجود، برای این که شناختی از «اصول و قواعد عموماً پذیرفته شده حقوق بین الملل» داشته باشیم، اساساً باید در منابع حقوق بین الملل که عمدتاً در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری به عنوان معتبرترین متن موجود حقوقی در این زمینه است، سیر نمود. منابع مذکور در این ماده که بتوان به عنوان قواعد عموماً پذیرفته شده بین المللی ذکر کرد، عبارتند از: برخی قواعد و مقررات تعیین شده به موجب معاهدات بین المللی که قبل از تدوین نیز مورد پذیرش دول بود، عرف، اصول عمومی حقوق و قاعده آمره به عنوان قواعد مورد قبول جامعه بین المللی که در کل مورد پذیرش و به رسمیت شناخته شده است لیکن، آنچه غالباً به عنوان اصول و قواعد عموماً پذیرفته شده بین المللی مطرح می‌شود، قواعد بین الملل عرفی است که در روابط بین ملل، معتبر است و بدون آن که به صورت یک قرارداد یا معاهده‌ای درآمده باشد، مراعات می‌گردد. بنابراین، از آنجا که به موجب نظرات شورای نگهبان علم اجمالی به چنین قواعد عرفی وجود دارد، امکان این که برخی از اصول و قواعد بین المللی مغایر با شرع باشد، زیاد است. با این حال، به نظر می‌رسد از طرفی چنانچه علم و شناخت کاملی نسبت به قواعد و مقررات بین المللی عرفی وجود نداشته باشد و از سوی دیگر، بیان آن قواعد به صورت کلی، سبب تعهد جمهوری اسلامی ایران در قبال رعایت آن‌ها شود، نقض حدود شرعی است. به عبارت دیگر شورای نگهبان با رجوع به قوانین داخلی، احتمال تعارض این قواعد بین الملل عرفی را با حقوق داخلی داده است و رویه و نظر خود را در خصوص این گونه از عبارت مشخص نموده است.

^۱. مقدمه سند مذکور چنین بیان شده است: «دولت‌های جمهوری آذربایجان، جمهوری اسلامی ایران، جمهوری قزاقستان، فدراسیون روسیه و ترکمنستان که از این پس طرف‌ها نامیده می‌شوند، با پیروی از موافقتنامه همکاری در زمینه امنیت در دریای خزر مورخ ۲۷ آبان ۱۳۸۹ برابر با ۱۸ نوامبر ۲۰۱۰، با تأیید اهمیت توسعه همکاری دولت‌های ساحلی دریای خزر در مبارزه با جرایم و اجرای قانون، تضمین حمایت از حقوق و آزادی‌های بشر، با ابراز نگرانی در مورد گسترش جرایم سازمان یافته و همچنین پیامدهای زیانبار اجتماعی و اقتصادی فعالیت‌های جرایم سازمان یافته، با توجه به آمادگی متقابل برای توسعه و تقویت همکاری میان طرف‌ها بر پایه اصول و قواعد عموماً پذیرفته شده حقوق بین الملل، در موارد زیر توافق کردند.

۲-۲. مواجهه با مقررات عرفی حقوق بشری

دومین موردی که شورای نگهبان به وسیله آن با قواعد حقوق بین الملل عرفی روبرو شده است، «معاهده استرداد مجرمین بین جمهوری اسلامی ایران و جمهوری فدرال برزیل» است. شورای نگهبان با تشکیل جلسه در تاریخ ۱۹/۳/۱۴۰۰، این مصوبه را بررسی کرد و مفاد برخی از مواد آن را مخالف با اصول مسلم شرع تلقی نمود و نظر خود در این خصوص را براساس نامه‌ی شماره ۱۰۲/۲۶۳۹۴ مورخ ۲۶/۳/۱۴۰۰ به مجلس شورای اسلامی اعلام نمود. در مقدمه این سند آمده که، با علاقه به بهبود اثر بخشی تحقیق و تعقیب جرم و مبارزه با جرم با روشی مؤثرتر، به عنوان ابزار حفاظت از ارزش‌های مشترک مربوط به خود؛ با احترام به حقوق بشر و حاکمیت قانون توافق می‌کنند.^۱ در حالی که، شورای نگهبان اطلاق عبارت «احترام به حقوق بشر» (به معنای عرفی آن) مذکور در مقدمه معاهده را خلاف شرع دانسته است. در دیدگاه مغایرت نیز اظهار داشته؛ اطلاق حکم مقرر شده در مقدمه این سند در مورد «احترام به حقوق بشر»، از این جهت که برخی از احکام حقوق بشر (با خوانش عرفی از آن) مغایر با موازین شرعی است، دارای اشکال شرعی است. با این وجود، شمول دسته‌ای از مقررات بین المللی حمایت کننده از حقوق بشر، عام و کلی بوده و تمامی انسان‌ها را بدون توجه به خصوصیات شخصی یا طبقاتی در برمی‌گیرد و دسته‌ای دیگر از آن‌ها فقط حمایت از برخی طبقات افراد را شامل می‌شود. این گونه افراد، ضمن آن که از حمایت عام برخوردارند از حمایت خاص نیز بهره‌مند می‌شوند مثل زنان، کودکان، معلولان و غیره. اسناد بین المللی متعدد همچون منشور سازمان ملل متحد و منشور بین المللی حقوق بشر^۲ و برخی دیگر از متون اساسی حقوق بشر که در ارتباط با اقدامات سازمان ملل متحد تهیه و تصویب شده‌اند، حمایت عام از حقوق بشر را در سطح جهان چارچوب دار نموده‌اند.^۳ چنانکه، در مقدمه منشور سازمان ملل چنین آمده است: «با اعلام مجدد ایمان خود به حقوق اساسی بشر و حیثیت و ارزش شخصیت انسانی». به علاوه، تعدادی از مواد منشور بر این امر تأکید دارند که سازمان ملل متحد، احترام جهانی و مؤثر حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین را برای همه بدون تبعیض از حیث نژاد، جنسیت، زبان یا مذهب، توسعه خواهد داد و تشویق و تسهیل خواهد نمود.^۴ بدین ترتیب، این مقررات هر چند به دلیل خصوصیت معاهده‌ای که دارا هستند از نظر حقوقی الزام‌آور می‌باشند اما اظهارکننده اصول عامی هستند که به عنوان حقوق بین الملل عرفی شناخته شده‌اند.

امروزه نیز مواد اعلامیه جهانی حقوق بشر به صورت کم و زیاد در بسیاری از قوانین اساسی کشورهای جهان وارد شده‌اند و با قاطعیت می‌توان اظهار نمود که روبه قانون‌گذاری کشورها و رویه‌های معمول آنها در سطح بین المللی، اصول و قواعد اعلامیه را به قواعد عرفی

^۱. مقدمه سند مذکور چنین بیان شده است: «جمهوری اسلامی ایران و جمهوری فدرال برزیل که از این پس «طرف‌ها» نامیده می‌شوند: با تمایل به تقویت روابط موجود بین دو کشور؛ با علاقه به بهبود اثر بخشی تحقیق و تعقیب جرم و مبارزه با جرم با روشی مؤثرتر، به عنوان ابزار حفاظت از ارزش‌های مشترک مربوط به خود؛ با احترام به حقوق بشر و حاکمیت قانون؛ با توجه به تضمین‌ها در نظام‌های حقوقی مربوط خود که برای متهم حق محاکمه عادلانه، از جمله حق رسیدگی توسط یک دادگاه بی طرف بنیان گذاشته شده به موجب قانون را فراهم می‌کند؛ با آگاهی از نیاز به انجام وسیع‌ترین سطح همکاری احتمالی در زمینه استرداد مجرمانی که به خارج گریخته‌اند؛ با در نظر گرفتن اینکه اهداف مزبور می‌تواند از طریق موافقتنامه دو جانبه‌ای محقق گردد که اقدامات مشترک در مسائل مرتبط با استرداد را مشخص می‌کند؛ با تمایل به انعقاد معاهده‌ای در زمینه استرداد مجرمین بر پایه اصول حاکمیت ملی، عدم مداخله در امور داخلی هر طرف و حمایت از منافع متقابل؛ به شرح زیر توافق نموده‌اند.»

^۲. هسته اصلی و مرکزی فعالیت‌های تجاری سازمان ملل متحد، «منشور بین المللی حقوق بشر» است. این منشور مشتمل بر اعلامیه جهانی حقوق بشر و میثاق‌های بین المللی حقوق بشر (میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی) است.

^۳Droubi Sufyan and d'Aspremont Jean (2020), International organisations, non- State actors, and the formation of customary international law, First published, Manchester, Manchester University Press,253.

^۴. مواد ۱، ۱۳، ۵۵، ۶۲، ۶۸ و ۷۶ منشور سازمان ملل متحد.

و تعهدات عام‌الشمول تبدیل نموده و حتی برای کشورهای که به پذیرش اسناد و معاهدات بین‌المللی مربوط تن نداده‌اند نیز الزام‌آور است.^۱ به عنوان مثال، در جهان امروز قواعد و مقررات حاکم بر اکثر حق‌ها به ویژه حق حیات، حق آزادی و امنیت ملی، حق دادرسی عادلانه، حق آموزش و پرورش، حق آزادی بیان و عقیده به عنوان حقوق بین‌الملل عرفی به رسمیت شناخته می‌شوند. بنابراین، به وسیله رویه عمومی و هماهنگ دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی، بسیاری از مصادیق حقوق بشر در قالب حقوق بین‌الملل عرفی به وجود آمده و دولت‌ها بدون در نظر گرفتن عضویت در اسناد بین‌المللی یادشده، اساساً ملزم به رعایت آن قواعد هستند.^۲

لکن امکان دارد این قواعد و مقررات عرفی حقوق بشری که شورای نگهبان نیز آن‌ها را خلاف موازین شرعی می‌داند، سبب نفی سبیل، نقض دادرسی عادلانه مسلمانان در کشور بیگانه، تسلط بیگانه بر منابع طبیعی، اقتصادی و فرهنگی، نقض اصول قانون اساسی، ترویج فرهنگ نامناسب بیگانگان و عمل به قواعد بین‌المللی خلاف شرع گردد. در حالی که، نگاه کاملاً منفی نسبت به مقررات عرفی حقوق بشری نیز صحیح نیست، چرا که در دنیای امروز بسیاری از مقررات حقوق بشری بین دولت‌ها، سازمان‌های بین‌المللی، نهادها و محاکم بین‌المللی تبدیل به عرف شده است^۳ و این موضوع حاکی از پذیرش اکثریت می‌باشد فلذا نمی‌تواند آنچنان آسیبی داشته باشد که خود، ناقض حقوق بشر یک ملت محسوب شود.

ایراد شورای نگهبان به قید عبارت «احترام به حقوق بشر» در معنای عرفی آن در مقدمه معاهده ایراد گرفته است، از لحاظ حقوقی نمی‌تواند صحیح باشد. چرا که از نظر شکلی هر معاهده از یک مقدمه، یک متن و بعضاً ضمایم تشکیل شده است و در مقدمه معاهده معمولاً کلیات از جمله اسامی طرفهای معاهده، هدف و موضوع معاهده و انگیزه انعقاد معاهده یاد می‌گردد. مضافاً اینکه، در مقدمه هر معاهده، دولت‌ها غالباً پس از ذکر انگیزه اصلی عقد معاهده به شرح اهداف خود می‌پردازند. بیان موجبات و اهداف معاهده متضمن فوایدی حقوقی است، به شرط آن که: اولاً، مقدمه، ایرادات موجود در معاهده را به صورتی منطقی بیان کند؛ ثانیاً، مقدمه، هدف غایی و نهایی معاهده را به صورتی بیان نماید که در تفسیر مقررات معاهده مؤثر باشد.^۴

لیکن اصولاً مقدمه معاهده (همانند سایر مجموعه‌های قواعد حقوقی) دارای قدرت الزام‌آور نمی‌باشد، بلکه تنها برای تفسیر آن معاهده استفاده می‌شود.^۵ دیوان بین‌المللی دادگستری نیز در آرا و نظرات خود مکرراً به مقدمه معاهده رجوع داده است. به عنوان مثال، در قضیه حقوق اتباع آمریکایی در مراکش در مورخ ۱۹۵۲ (اختلاف میان فرانسه و ایالات متحده آمریکا)، اعلام داشت؛ برای تفسیر مقررات پیمان «الژیراس»^۶ لازم است اهداف آن را که در مقدمه اعلام شده است در نظر گرفت. در این قضیه، دیوان اعلام داشت که تفسیر انجام شده توسط ایالات متحده آمریکا از عهدنامه آمریکا - مراکش، معروف به «عهدنامه مادرید» مورخ ۱۸۸۰ از هدف‌های چنین معاهده‌ای که در مقدمه اش آمده، دور افتاده است.^۷ عهدنامه وین در خصوص حقوق معاهدات، ضمن اعلام این نکته که در تفسیر معاهده باید سیاق عبارات آن را در پرتو هدف و موضوع آن موردنظر قرارداد، سیاق عبارات را شامل مقدمه نیز می‌داند.^۸ در این مورد همچنین می‌توان به نظرات استدلالی شورای نگهبان در بررسی «لایحه الحاق ایران به کنوانسیون مقابله با اعمال غیرقانونی علیه ایمنی دریانوردی و پروتکل پیوست آن در خصوص مقابله با اعمال غیرقانونی علیه ایمنی سکوهاي ثابت واقع در فلات قاره» مطابق

¹ D. Leppard, Brian, Reexamining Customary International Law, First published, New York, Cambridge University, 2017. 44.

^۲ سید قاسم زمانی، موازین بین‌المللی حقوق بشر و بازداشت محکومین مالی در ایران، ۶۲.

³ Droubi and d'Aspremont, International organisations, non- State actors, and the formation of customary international law.: 253.

^۴ هدایت‌الله فلسفی، حقوق بین‌الملل معاهدات، تهران، فرهنگ نشر نو، ۱۳۹۸، ۵۱.

^۵ ضیایی بیگدلی، محمدرضا، حقوق معاهدات بین‌المللی، تهران، گنج دانش، چاپ پنجم، ۱۳۹۹، ص ۳۹.

^۶ Algesiras شهر بندری در جنوب اسپانیا.

⁷ ICJ. France v United States of America, 1952: 196-197

^۸ بندهای ۱ و ۲ ماده ۳۱ عهدنامه وین حقوق معاهدات ۱۹۶۹.

نظریه شماره ۲۹۷۱۱ / ۳۰ / ۸۷، اشاره کرد که براساس نظر موافق بیان داشته: «مقدمه کنوانسیون جزء متن قرارداد نیست و بیشتر جنبه تبیین و تعارف دارد، لذا مخالفتی با شرع از این جهت نخواهد داشت».^۱

۲-۳. مواجهه با مقررات جاری حقوق بین الملل

یکی دیگر از معاهداتی که داخل در متن خود رعایت حقوق بین الملل عرفی و حقوق بین الملل بشر (با خوانش عرفی از آن) را مقرر کرده، «لایحه الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون بین المللی مقابله با تأمین مالی تروریسم» است.^۲ شورای نگهبان در جلسه مورخ ۶ / ۸ / ۱۳۹۷ این مصوبه را بررسی کرد و مفاد بسیاری از مواد آن را مخالف با اصول و قواعد شرع تلقی نمود و نظر خود در این خصوص را وسیله نامه‌ی شماره ۷۴۵۰ / ۱۰۲ / ۹۷ به مجلس شورای اسلامی اعلام نمود. در ماده ۱۷ سند مذکور، مقرر شده است: «رفتار عادلانه با هر فردی که به موجب این کنوانسیون توقیف گردیده است یا علیه وی اقدامات دیگری اتخاذ شده یا دادرسی صورت پذیرفته است از جمله برخورداری از کلیه حقوق و ضمانت‌ها طبق قانون کشوری که در قلمرو آن، فرد مزبور حضور دارد و مقررات جاری حقوق بین الملل از جمله حقوق بشر بین المللی تضمین خواهد شد». در حالی که، شورای نگهبان در بند ۱۹ نظریات خود در خصوص این سند بیان داشته: «اطلاق ماده ۱۷، نسبت به مواردی که مقررات جاری حقوق بین الملل و حقوق بشر خلاف شرع است و یا بعداً تصویب شود و خلاف شرع باشد، خلاف موازین شرع شناخته شد».

همین طور، در جلسه علنی روز چهارشنبه مورخ ۱۳۹۷/۹/۱۴ مجلس شورای اسلامی برای اصلاح ایرادات تشکیل شد که طبق آن مصوبه، مجلس بر مصوبه قبلی خود در خصوص ماده ۱۷ اصرار ورزید. لیکن شورای نگهبان طی نظریه شماره ۸۰۲۸ / ۱۰۲ / ۹۷ مورخ ۳ / ۱۰ / ۱۳۹۷، مجدداً ایراد مذکور را به قوت خود باقی مانده اعلام کرد. با این وجود، شایان ذکر است که اصول و قواعد هر نظام حقوقی، مشروعیت و اعتبار خود را از منابع آن نظام کسب می نماید. واژه منبع این موضوع را که قانون چیست و در کجا حاضر است را تبیین می کند.^۳ به همین علت، امروزه ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری^۴ به طور عرفی نشانگر قسمت عمده و اصلی منابع حقوق بین الملل می باشد،^۵ بدون آن که در این ماده یادی از اصطلاح «منابع» شده باشد. با این وجود، در دنیای امروز غالباً حقوق بین الملل را به دو قلمرو عام و خاص طبقه بندی می نمایند.^۶ حقوق بین الملل عام، شامل اصول و قواعدی می شود که به طور کلی در جامعه بین المللی قابل اجرا هستند. چنین قواعدی باید از طرف همه و یا اکثریت قابل توجهی از کشورها از جمله کشورهای مهم و بزرگ مورد پذیرش قرار گرفته باشند. در چنین حالتی، حقوق بین الملل عام حتی برای کشورهایی که آن را رسماً مورد پذیرش قرار نداده اند

^۱ مطابق نظرات استدلالی شورای نگهبان در بررسی لایحه مذکور، نظر مخالف چنین است: «با توجه به این که از یک سو، در مقدمه کنوانسیون مزبور با عبارت «کشورهای عضو این کنوانسیون... با شناسایی حق کلیه افراد در مورد برخورداری از زندگی و آزادی و امنیت شخصی مندرج در اعلامیه جهانی حقوق بشر و میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی...»، اعلامیه جهانی حقوق بشر را از حیث آزادی تأیید کرده است و از سوی دیگر، برخی از مفاد اعلامیه مزبور، قطعاً خلاف شرع است، بنابراین تصویب این کنوانسیون به معنای تأیید این مقدمه و به تبع آن، تأیید موارد خلاف شرع مندرج در اعلامیه جهانی حقوق بشر خواهد بود».

^۲ لایحه الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون بین المللی مقابله با تأمین مالی تروریسم به پیشنهاد وزارت امور خارجه در جلسه ۱۳۹۶ / ۸ / ۷ هیئت وزیران به تصویب رسیده است.

^۳ D. Leppard, Brian (), Reexamining Customary International Law, First published, New York, Cambridge University 2017, 44.

^۴ ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری مقرر داشته: دیوان که مأموریت دارد اختلافاتی را که به آن ارجاع می شود طبق حقوق بین الملل حل و فصل نماید موازین زیر را اعمال نماید: الف) عهدنامه‌های بین المللی را اعم از عمومی و خصوصی که به موجب آن قواعدی معین شده است که طرفین اختلاف این قواعد را به رسمیت شناخته‌اند؛ ب) رسوم و عرف بین المللی به منزله دلیل و رویه‌ای معمول مثل یک اصل حقوقی قبول شده است؛ ج) اصول عمومی حقوقی که مقبول ملل متمدن است؛ د) با رعایت حکم ماده ۵۹ تصمیمات قضایی و عقاید برجسته‌ترین مبلغین ملل مختلف را به منزله وسایل فرعی برای تعیین قواعد حقوقی.

^۵ محمودی و ستایش پور، «گذر از «زمان» در ایجاد قاعده حقوق بین الملل عرفی: واکاوی انگاره‌های حقوقی و رویه دیوان بین المللی دادگستری»، ۲۴۴.

^۶ پرویز ذوالعین، مبانی حقوق بین الملل عمومی، ۵۶۰.

نیز الزام آور است، مانند عهدنامه‌های ۱۹۴۹ ژنو در خصوص حقوق بشردوستانه. در حالی که، حقوق بین‌الملل خاص دسته‌ای از قواعد و مقررات بین‌المللی می‌باشند که رعایت آن‌ها فقط در جوامع بین‌المللی خاص که در آن‌ها حداقل دو کشور گرد هم آمده باشند، الزام‌آور است. که می‌توان به موافقت‌نامه‌های همکاری‌های اقتصادی، بازرگانی و فرهنگی دو یا چندجانبه اشاره نمود. به طور کلی قواعد و مقررات جاری حقوق بین‌الملل شامل آن دسته از قواعد و مقررات ناشی شده از حقوق بشر، حقوق بشردوستانه، حقوق معاهدات، حقوق دیپلماتیک و کنسولی، حقوق مسئولیت بین‌المللی، حقوق بین‌الملل هوایی و فضایی، حقوق بین‌الملل اقتصادی و حل مسالمت آمیز اختلافات بین‌المللی است که به صورت حقوق بین‌الملل عرفی شناخته شده است.^۱ بنابراین، هنجارها و مقررات جاری حقوق بین‌الملل به ویژه حقوق بشر که شورای نگهبان نیز نسبت به آن‌ها در کنوانسیون بین‌المللی مقابله با تأمین مالی تروریسم ایراد گرفته، چنانکه سابقاً اشاره گردید بیشتر شامل مقررات مندرج در اعلامیه جهانی حقوق بشر و میثاقین است که به صورت عرف درآمده است. همچنین، از آنجا که شورای نگهبان به قید عبارت «احترام به حقوق بشر» در مقدمه معاهده و متن کنوانسیون استرداد مجرمین بین جمهوری اسلامی ایران و جمهوری فدرال برزیل ایراد گرفته و آن را مغایر با شرع دانسته است، با اینکه به موجب ارزیابی صورت گرفته در مباحث قبلی که قواعد و مقررات مندرج در مقدمه معاهده نمی‌توانند دارای ماهیت حقوقی و الزام‌آور تلقی شوند، همین‌طور کشوری را متعهد و مؤظف به رعایت آن موارد نمایند. در حالی که، درج «مقررات جاری حقوق بین‌الملل از جمله حقوق بشر» در متن معاهده هر چند منظور قواعد عرفی بین‌المللی است، تعهدآور بوده و کشور را مؤظف به رعایت آن می‌کند. چرا که متن معاهده، بدنه معاهده است؛ یعنی مجموعه عناصری که خصیصه الزام‌آور بودن حقوقی معاهده را تشکیل می‌دهد و مشتمل بر مواد اصلی و قیود نهایی است. بنابراین، اطلاق رعایت «مقررات جاری حقوق بین‌الملل» یا «حقوق بین‌الملل عرفی» در هر معاهده‌ای، همانگونه که در کنوانسیون بین‌المللی مقابله با تأمین مالی تروریسم نیز مورد تأکید قرار گرفته، از آنجا که امکان دارد مغایر با شرع باشد خلاف موازین شرعی شناخته شد.

۲-۴. مواجهه با مقررات حقوق بین‌المللی مورد قبول

در «لایحه موافقتنامه فرهنگی بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری کلمبیا» نیز به صورت ضمنی رعایت حقوق بین‌الملل عرفی با رویه متفاوتی از شورای نگهبان مشاهده می‌شود. شورای نگهبان در جلسه مورخ ۲۳ / ۲ / ۱۳۷۷ و طی نظریه شماره ۲۷۴۴ / ۷۷ / ۲۱، لایحه مذکور را مورد بررسی قرارداد و ماده ۱۴ آن را خلاف اصل ۱۳۹ قانون اساسی تشخیص داد. ماده ۱۴ مقرر داشته بود: «هرگونه اختلاف ناشی از تفسیر و یا اجرای موافقتنامه حاضر از طریق دوستانه و براساس حقوق بین‌المللی حل و فصل خواهد شد.» مجلس شورای اسلامی در جلسه علنی روز یکشنبه مورخ ۱۴ / ۴ / ۱۳۷۷ و طی نامه شماره ۲۱۸۷ - ق پس از انجام اصلاحاتی برای بررسی به شورای نگهبان ارسال کرد. ماده ۱۴ به این صورت اصلاح شده: «هرگونه اختلاف ناشی از تفسیر و یا اجرای موافقتنامه حاضر از طریق دوستانه و بر اساس حقوق بین‌المللی و رعایت مقررات قانونی حل و فصل خواهد شد.» همچنین شورای نگهبان در جلسه مورخ ۱۷ / ۴ / ۱۳۷۷ با توجه به اصلاحات به عمل آمده، آن را مخالف قانون اساسی و شرع تشخیص نداد. سپس در اجرای بند (۲) ماده (۲۰۶) آیین نامه داخلی مجلس شورای اسلامی به دولت ارسال و نتیجه مذاکرات با طرف متعاقد طی نامه شماره ۱۱۴۲۲ مورخ ۱۹ / ۱۲ / ۱۳۸۰ مجلس شورای اسلامی مجدداً با اصلاحاتی در ماده ۱۴ به این طریق: «هرگونه اختلاف ناشی از تفسیر و یا اجرای موافقتنامه حاضر از طریق دوستانه و براساس حقوق بین‌المللی مورد قبول دو کشور حل و فصل خواهد شد» به تصویب رسید. سرانجام

¹ Schabas William, The Customary International Law of Human Rights, First published, United Kingdom, Oxford University, 2021, 45.

موافقتنامه مذکور مطابق اصلاحات به عمل آمده، در جلسه مورخ ۲۸/۱۲/۱۳۸۰ و طی نظریه شماره ۸۰/۲۱/۳۴۹۵ شورای نگهبان مطرح و مغایر با موازین شرع و قانون اساسی شناخته نشد.

از این رو، قواعد و مقررات حقوق بین‌المللی مورد قبول شامل آن دسته از معاهدات همه جانبه، چندجانبه و دوجانبه راجع به مسائل مربوط به همکاری‌های بین‌المللی، صلح و امنیت بین‌المللی، حقوق بشری، حقوق دیپلماتیک و کنسولی و غیره است که کشور ایران نیز به آن‌ها پیوسته و سند معاهده‌ای آن‌ها را مطابق قانون اساسی و داخلی خود تصویب کرده باشد؛ همچنین، شامل مقررات مربوط به حقوق بین‌الملل عرفی است که جمهوری اسلامی ایران آن‌ها را در سیستم قانونگذاری و نظارتی خود مورد پذیرش قرار داده و در سطح بین‌المللی به آن‌ها عمل می‌کند. لیکن، چنانچه کشور ایران از ابتدا نسبت به قواعد عرفی مذکور اعتراض کرده باشد، اساساً یعنی مورد قبول آن نیست. چراکه، اگر دولتی با یک قاعده حقوق بین‌الملل عرفی موافق نباشد و مخالفت خود را از زمان شروع شکل‌گیری آن اعلام نماید، ملزم به رعایت آن قاعده نمی‌باشد.^۱ به هرصورت، مخالفت نسبت به قاعده عرفی بین‌المللی باید از نخستین مرحله به وجود آمدن آن قاعده بروز داده شود، چرا که تنها در این حالت می‌باشد که دولت مزبور هیچ‌گونه تعهدی در قبال آن قاعده ندارد. در اتفاقی که میان شیلات انگلیس و نروژ رخ داد دیوان بین‌المللی دادگستری به این شکل داوری نمود که: «حتی اگر قاعده مورد بحث یکی از قواعد عرفی حقوق بین‌الملل باشد، علیه نروژ قابل اعمال نیست. زیرا نروژ همواره در مقابل اعمال آن قاعده نسبت به سواحل خود مخالفت کرده است».^۲

بنابراین مخالفتی که بعد از به وجود آمدن و شکل‌گیری یک قاعده و اصل عرفی ابراز شود قادر نیست از متعهد شدن دولت مربوطه به آن قاعده پیشگیری به عمل بیاورد. به علاوه، در صورت مخالفت اولیه یک دولت با قاعده تازه به وجود آمده، در صورت ترک مخالفت، نپذیرفتن سابق از تأثیر خواهد افتاد. نکته قابل توجه این است که چنین مخالفتی تنها مانع التزام دولت معترض به آن قاعده خواهد شد و در اجرای آن قاعده نسبت به دیگر دولت‌ها تأثیری نمی‌تواند بگذارد.

۳- آثار مواجهه شورای نگهبان با حقوق بین‌الملل عرفی

در اینجا آنچه که مدنظر هست که شورای محترم نگهبان با آن مواجه می‌شود، در حقیقت معاهداتی است که دارای قواعد و مقررات عرفی بین‌المللی هستند. لذا شورای نگهبان مستقیماً و بلاواسطه با حقوق بین‌الملل عرفی روبرو نمی‌شود بلکه با واسطه و به موجب انعقاد معاهدات بین‌المللی چه به صورت همه جانبه، چندجانبه و دوجانبه جمهوری اسلامی ایران در جامعه بین‌المللی و با سایر دولت‌ها است. به همین ترتیب، آنچه که در قسمت اول مورد ارزیابی قرار گرفت، نحوه و چگونگی مواجهه شورای نگهبان با حقوق بین‌الملل عرفی بود اما در این قسمت به آثار و نتایج مواجهه‌های قبلی شورای نگهبان پرداخته می‌شود. بنابراین، ابتدا به نحوه عملکرد کشورها در جامعه بین‌المللی از طریق معاهدات در قالب حقوق بین‌الملل و ترتیب اثر به حقوق بین‌الملل در حقوق داخلی خود می‌پردازیم.

معاهدات بین‌المللی به نحوی روزافزون برای تنظیم روابط بین اشخاص بین‌المللی مورد استفاده دولت‌ها قرار می‌گیرند^۳ و بسط و گسترش مسائل حقوق بین‌الملل در تنوع مسائلی که از طریق معاهده تنظیم شده‌اند، انعکاس یافته است. آنگونه که در ماده ۱ منشور سازمان ملل متحد به عنوان اهداف آن سازمان که مقرر داشته: «اهداف این سازمان، حفظ صلح و امنیت بین‌المللی، به عمل آوردن اقدامات دسته جمعی، متوقف ساختن هرگونه عمل تجاوز، داوری در خصوص اختلافات بین‌المللی، گسترش روابط دوستانه، به وجود آمدن همکاری بین‌المللی و احترام به حقوق بشر و آزادی‌های اساسی است».^۴ غالباً در جامعه بین‌المللی نیز انعقاد معاهدات بدین

¹ Statement of Principles applicable to the Formation of General Customary International Law, London Conference, 2000: 15.

² (ICJ. United Kingdom v. Norway, 1951: 113-116.

³ فلسفی، هدایت‌الله، حقوق بین‌الملل معاهدات، تهران، ۵۲.

منظور است. امروزه معاهدات مشخص ترین و معتبر ترین روش راه تشخیص موارد مورد پذیرش میان دولت‌ها هستند. بر این مبنا معاهدات مختلف و گسترده و گوناگون از جمله کنترل مواد مخدر، بهره برداری از فضا، تأسیس سازمان‌های بین‌المللی، استرداد مجرمین، مقررات ایمنی در هوا و دریا، حقوق کودکان و رفع تبعیض علیه زنان تنظیم شده اند و استقرار دیوان‌های بین‌المللی نیز بر همین اساس بوده است. حقوق بین‌الملل عرفی و حقوقی که از یک معاهده ناشی شده اند به عنوان «حقوق بین‌الملل» از شأن و منزلتی یکسان برخوردارند، اما به شرطی که قاعده عرفی و قاعده قراردادی به صورت متقارن و همزمان در مورد موضوع اختلاف قابل اعمال باشند. همانطور که در قضیه ویمبلدون^۱ آشکار شده است - اولویت با مقررات معاهده است.^۲

با این حال، همانگونه که به موجب معاهدات قواعد و مقرراتی تنظیم می‌شود، براساس عرف نیز برخی قواعد تدوین شده و سرانجام به معاهده یا سند بین‌المللی تبدیل می‌شود که طبق آن همکاری‌هایی در سطح بین‌المللی صورت می‌یابد. بدین جهت، مواجهه شورای نگهبان به عنوان یک نهاد نظارتی با حقوق بین‌الملل عرفی، می‌تواند عملکرد دولت جمهوری اسلامی ایران نسبت به حقوق بین‌الملل در سطح بین‌المللی را نشان دهد. اما از آنجا که جمهوری اسلامی ایران در مقابل مقررات حقوق بین‌الملل عرفی، با رویکرد یگانگی حقوقی با برتری حقوق داخلی عمل می‌کند، در صورتی که عرف بین‌المللی کاملاً مشخص و دقیق نباشد نظام حقوقی ایران آن‌ها را مورد پذیرش قرار نمی‌دهد چرا که ابهام بیش می‌آید که در صورت پذیرش، به احتمال زیاد حدود شرعی را نقض کند. در صورتی که عرف بین‌المللی برای شورای نگهبان، مشخص و مقررات حاصل از آن کاملاً مبرهن باشد به احتمال زیاد مورد پذیرش این شورا قرار خواهد گرفت زیرا در صورت مشخص نبودن، شورای نگهبان به طور کلی نسبت به مقررات عرفی بین‌المللی نظر می‌دهد. در حالی که، وقتی آن قواعد کاملاً برای شورا روشن باشد احتمالاً به این امر بپردازد که آیا قبلاً به این قواعد بدون اینکه مخالفتی از لحاظ شرعی و قانونی البته قانون اساسی اعلام شده، مورد استفاده و استناد قرار گرفته است یا خیر.

بدین ترتیب، همانگونه که شورای نگهبان اولاً، در خصوص سند الحاقی (پروتکل) همکاری در زمینه مبارزه با جرائم سازمان یافته در دریای خزر الحاقی به موافقتنامه مربوط به همکاری در زمینه امنیت در دریای خزر (مورخ ۲۷ آبان ۱۳۸۹ (۱۸ نوامبر ۲۰۱۰))،^۳ که قید عبارت «قواعد عموماً پذیرفته شده بین‌المللی» در ذیل مقدمه سند مذکور را خلاف موازین شرع شناخته است. با این وجود، ایراد مذکور سبب عدم پذیرش این سند و سرانجام موجب عدم همکاری دولت‌های ساحلی به ویژه جمهوری اسلامی ایران در خصوص مبارزه با جرایم و اجرای قانون، همین‌طور تضمین حمایت از حقوق و آزادی‌های بشر تلقی می‌شود. زیرا براساس مقدمه سند که مقرر شده است: با تأیید بر اهمیت گسترش همکاری دولت‌های ساحلی دریای خزر در مبارزه با جرایم و اجرای قانون، تضمین حمایت از حقوق و آزادی‌های بشر، با ابراز نگرانی در مورد گسترش جرایم سازمان یافته و همچنین پیامدهای زیانبار اجتماعی و اقتصادی فعالیت‌های جرایم سازمان یافته، با توجه به آمادگی متقابل برای توسعه و تقویت همکاری میان طرف‌ها بر پایه اصول و قواعد عموماً پذیرفته شده حقوق بین‌الملل. همچنین که ماده ۱۸ نیز مقرر داشته: این سند الحاقی (پروتکل) در سی امین روز پس از تاریخ دریافت آخرین اطلاعیه کتبی توسط امین اسناد از طریق مجاری دیپلماتیک مبنی بر انجام تشریفات قانونی داخلی ضروری برای لازم‌الاجرا شدن این سند الحاقی، لازم‌الاجرا خواهد شد. با این حال، طبق مقرر موجود در حال حاضر ارائه نظر موافق شورای نگهبان و لزوم اجرای آن متوقف مانده است.

ثانیاً، شورای محترم نگهبان در معاهده استرداد مجرمین بین جمهوری اسلامی ایران و جمهوری فدرال برزیل، نسبت به اطلاق حقوق بشر ایراد گرفته بود که این امر نشان دهنده این است که شورای نگهبان به ویژه اعضای فقیه شورا نسبت به قواعد حقوق بشر که ذاتاً

¹ Wimbledon

² PCIJ. Wimbledon, 1923: No 1.

³ protocols for cooperation in fighting terrorism, organized crimes and cooperation and engagement of the border guard institutions, annexed to the agreement on cooperation in Caspian security, dated November 18, 2010.

برگرفته از نظام های حقوقی غربی می باشد؛ البته بیشتر با خوانش عرفی آن، از آن جهت که به احتمال زیاد سبب نقض حدود شرعی شود، مخالف هستند. بنابراین، یکی از دلایلی که دولت های غربی، ظاهراً عدم رعایت کامل حقوق بشری را به عنوان یک ایراد دست آویز خود قرار داده و ایراد مزبور را نسبت به نظام حقوقی ایران وارد می کنند، همین رویه شورای نگهبان در برخورد با مقررات عرفی حقوق بشر است؛ ثالثاً، از آنجا که عمل به حقوق بین الملل عرفی نیز در لایحه الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون بین المللی مقابله با تأمین مالی تروریسم^۱ مخالف شرع شناخته شد. با این وجود، تاکنون جمهوری اسلامی ایران بنا به دلیل فوق الذکر که شورای محترم نگهبان بر آن تأکید نموده، کنوانسیون مذکور نیوسته است.

لازم به ذکر است، این کنوانسیون به موجب قطعنامه ۵۴/۱۰۹ مورخ ۹ دسامبر ۱۹۹۹ در چهارمین اجلاس مجمع عمومی سازمان ملل متحد به تصویب رسید.^۲ طبق ماده ۲۵ (۱) این کنوانسیون از ۱۰ ژانویه ۲۰۰۰ تا ۳۱ دسامبر ۲۰۰۱ برای امضای همه کشورها در مقر سازمان ملل متحد مفتوح بود. همچنین در تاریخ ۱۰ آوریل ۲۰۰۲ براساس ماده ۲۶ که به شرح زیر است، لازم الاجرا گردیده است: «این کنوانسیون در سی امین روز پس از تاریخ تودیع بیست و دومین سند تنفیذ، پذیرش، تصویب یا الحاق نزد دبیرکل سازمان ملل متحد لازم الاجرا خواهد شد و این کنوانسیون برای هر کشوری که پس از تودیع بیست و دومین سند تنفیذ، پذیرش، تصویب یا الحاق، آن را تنفیذ، پذیرش یا تصویب کند یا به آن ملحق گردد سی روز پس از تودیع سند تنفیذ، پذیرش، تصویب یا الحاق بوسیله آن کشور، لازم الاجرا خواهد شد». بنابراین، عدم تأیید این کنوانسیون توسط شورای نگهبان و متعاقباً عدم الحاق جمهوری اسلامی ایران به آن، ممکن است آثاری بر مسائل اقتصادی و نظام بانکی و تجارت ایران داشته باشد.

رابعاً، در خصوص لایحه موافقتنامه فرهنگی بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری کلمبیا نیز نتیجه همانند موارد قبلی اعم از سند الحاقی (پروتکل) همکاری در زمینه مبارزه با جرائم سازمان یافته در دریای خزر الحاقی به موافقتنامه مربوط به همکاری در زمینه امنیت در دریای خزر، معاهده استرداد مجرمین بین جمهوری اسلامی ایران و جمهوری فدرال برزیل و کنوانسیون بین المللی مقابله با تأمین مالی تروریسم که مورد بررسی قرار گرفت، خواهد بود؛ برای مثال، متوقف ماندن فرایند تصویب و تأیید معاهدات بین المللی در نظام حقوق داخلی کشورها و عدم الحاق به معاهده ای قطعاً در روابط بین المللی یک دولت با سایر دولت ها تأثیر منفی خواهد داشت و همچنین موجب گوشه گیری یک دولت و همکاری نداشتن آن در سطح بین المللی خواهد شد. به طور کلی چنانچه قاعده حقوق بین الملل عرفی، با قانون موضوعه جمهوری اسلامی ایران و شریعت اسلام مغایر باشد، علاوه بر این که توسط شورای نگهبان به رسمیت شناخته نمی شود بلکه در دادگاه های ایران نیز به مورد اجرا در نمی آید. با این حال، هر چند به احتمال زیاد دولت جمهوری اسلامی ایران در عرصه بین المللی واجد مسئولیت قلمداد گردد، لیکن از حقوق داخلی خود نیز دفاع می کند. در حالی که، مفهوم ماده ۳ مسئولیت بین المللی دولت، بر این است، در صورتی که دولتی رفتار متخلفانه ای انجام دهد نمی تواند با ادعای مطابقت رفتارش با مقررات حقوق داخلی خویش از توصیف آن رفتار به عنوان رفتار متخلفانه به موجب حقوق بین الملل بگریزد.^۳

نتیجه گیری

مطابق اصول ۷۷ و ۹۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران؛ عهدنامه ها و موافقت نامه های بین المللی باید به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده و همچنین، کلیه مصوبات مجلس شورای اسلامی باید جهت ارزیابی با موازین اسلامی و قانون اساسی به شورای

^۱ International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, New York, 9 December 1999.

^۲ Available at: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XVIII-11&chapter=18&clang=en.

^۳ Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001, Article 3.

ماده ۳: توصیف فعل دولت به عنوان فعل متخلفانه بین المللی تابع حقوق بین الملل است. توصیف مذکور متأثر از توصیف همان فعل به عنوان فعلی قانونی به موجب حقوق داخلی نیست.

نگهبان ارسال گردد. اما در خصوص حقوق بین الملل عرفی و جایگاه آن در هیچ یک از اصول قانون اساسی و قوانین عادی بحث نشده است. به عبارت دیگر در حقوق ایران، در رابطه با جایگاه حقوق بین الملل عرفی، خلاء وجود دارد. زمانی که خلاء پدید می آید رویه شکل می گیرد. این رویه ها با استناد به سایر قوانین، اصول و قواعد شکل می گیرند. شورای نگهبان نیز زمانی که با حقوق بین الملل عرفی مواجه می شود با خلا قانون رو به رو می شود. در دنیای امروز که مسائل پیچیده رو به روز به وجود می آیند، رویه این شورا در رابطه با حقوق بین الملل عرفی اهمیت پیدا می کند.

از بررسی رویه شورای محترم نگهبان در بررسی معاهدات بین المللی مشخص می گردد که عموماً زمانی که با حقوق بین الملل عرفی مقرر در مقدمه و متن معاهده مواجه می شود غالباً آن ها را مغایر با قانون اساسی و شریعت اسلام می پندارد. همان طور که در رویه شورای نگهبان در مواجهه با حقوق بین المللی عرفی مشاهده شد، در صورت اشاره کلی به قواعد و مقررات عرفی بین المللی تحت هر عبارتی که باشد مانند قواعد عموماً پذیرفته شده بین المللی، مقررات عرفی حقوق بشری، مقررات حقوق بین الملل جاری و مقررات حقوق بین الملل مورد قبول اعم از اینکه در مقدمه، متن یا در سایر عناصر تشکیل دهنده یک معاهده استفاده شود را مغایر با قانون اساسی و یا ناقض حدود شرعی تشخیص داده است. در حالی که قواعد و مقررات عرفی بین المللی دقیقاً و به صورت موردی برای شورای نگهبان مشخص باشد و در این حالت از لحاظ قانون اساسی و شرع مشکلی نداشته باشد اعم از این که این مقررات برای قبل از انقلاب بوده یا پس از آن، از طرف شورای نگهبان مورد پذیرش واقع می شود، اما چنانچه مثل موارد بررسی شده فوق الذکر، این مقررات به صورت کلی و نامشخص در معاهده یا سندی استفاده گردد، شورای نگهبان اشکال وارد می کند.

لیکن نتیجه چنین مواجهه ای سبب متوقف ماندن فرایند تصویب و الحاق به سند بین المللی، نشان دهنده میزان همکاری دولت در روابط بین المللی و همین طور میزان مقبولیت نظام حقوق بین المللی در نظام حقوق داخلی ایران و در مواقعی محکومیت جمهوری اسلامی ایران در سطح بین المللی را به همراه داشته و امکان وجود مسئولیت بین المللی است. چراکه در خصوص عدم رعایت قواعد عرفی، بین دولت ها و در جامعه جهانی این باور وجود دارد که، چنانچه عرف مذکور را رعایت نکنند؛ آثار حقوقی و متعاقباً مسئولیت بین المللی بر آن ها خواهد داشت. این شورا در مواجهه با خلا موجود در خصوص حقوق بین الملل عرفی باید عرف بین المللی را با سایر قوانین داخلی تطبیق دهد و سپس تصمیم گیری نماید. در نهایت، نظر به آن که شورای نگهبان در مواجهه با حقوق بین الملل عرفی آثار بهتری ندارد، بنابراین پیشنهاد می شود؛ شورای نگهبان در هنگام مواجهه با حقوق بین الملل عرفی اولاً، کلیات قواعد و مقررات حقوق بین الملل عرفی را مورد تأیید قرارداداده اما نسبت به آن ها استثناء قائل شود؛ ثانیاً، برخی از مقررات عرفی بین المللی که مغایر با قانون اساسی و شریعت اسلام هستند را احصاء و مقید کرده و آن ها را مشمول حق شرط نماید؛ ثالثاً، آن دسته از مقررات حقوق بین الملل عرفی که در مقدمه معاهدات بین المللی درج و تصریح شده اند را تأیید کرده و ایرادی به آن ها وارد نکند؛ چرا که مقدمه معاهدات، جزء متن قرارداد محسوب نمی شود که الزام و آثار حقوقی داشته باشد، بنابراین نمی تواند مخالفتی با شرع از این جهت داشته باشد؛ رابعاً، آن دسته از مقررات عرفی که دارای ماهیت آمره ای هستند را تأیید نماید؛ زیرا این قواعد تخطی ناپذیرند و عمل نکردن به آن ها قطعاً موجب مسئولیت بین المللی دولت می شود، مثل مقررات حاکم بر جرایم نسل کشی، برده داری و توسل به زور.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

کتاب‌ها

- زرنشان، شهرام (۱۳۹۳)، شکل‌گیری و شناسایی حقوق بین‌الملل عرفی، تهران، گنج دانش، چاپ دوم.
- ذوالعین، پرویز (۱۳۹۵)، مبانی حقوق بین‌الملل عمومی، تهران، وزارت امور خارجه، چاپ ششم.
- ضیایی بیگدلی، محمدرضا (۱۳۹۹)، حقوق معاهدات بین‌المللی، تهران، گنج دانش، چاپ پنجم.
- ضیایی بیگدلی، محمدرضا (۱۳۹۹)، حقوق بین‌الملل عمومی، تهران، گنج دانش، چاپ شصت و ششم.
- فلسفی، هدایت‌الله (۱۳۹۸)، حقوق بین‌الملل معاهدات، تهران، فرهنگ نشر نو، چاپ هفتم.
- کریستوفرسی، جوینر (۱۳۹۴)، حقوق بین‌الملل در قرن بیست و یکم، ترجمه: عباس کدخدایی و امیرساعد وکیل، تهران، نشر میزان، چاپ دوم.
- والاس، ربکا و الگا مارتین، ارتگا (۱۳۹۶)، حقوق بین‌الملل، ترجمه: سیدقاسم زمانی، تهران، انتشارات شهردانش، چاپ ششم.

مقالات

- جهرمی، قنبری و جعفر محمد (۱۳۷۹)، «بیانیه اصول حاکم بر شکل‌گیری حقوق بین‌الملل عرفی عام»، تحقیقات حقوقی، شماره ۳۱ و ۳۲، صص ۲۴۹-۲۷۰.
- زمانی، سید قاسم (۱۳۸۵)، «موازن بین‌المللی حقوق بشر و بازداشت محکومین مالی در ایران»، مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری اسلامی ایران، شماره ۳۵، صص ۷۱-۸۷.
- داجیردش، کریستینا (۱۳۹۹)، «سازمان‌های بین‌المللی و تکوین حقوق بین‌الملل عرفی»، ترجمه: امین راستانی، فصلنامه بین‌المللی قانون یار، شماره چهارم، صص ۳۹-۸۹.
- زرنشان، شهرام (۱۳۹۳)، «مفهوم و ماهیت عنصر مادی در فرایند شکل‌گیری قواعد حقوق بین‌الملل عرفی»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، شماره ۳، ص ۷۸.
- زرنشان، شهرام (۱۳۹۱)، «شکل‌گیری قاعده عرفی در حقوق بین‌الملل؛ ارزیابی امکان نقش آفرینی بازیگران غیر دولتی»، مجله حقوقی بین‌المللی، نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی ریاست جمهوری، شماره ۴۷، صص ۷۲-۸۸.
- زرنشان، شهرام (۲۰۲۳)، «ابزارهای فرعی برای شناسایی قواعد حقوق بین‌الملل»، دو فصلنامه ایرانی مطالعات سازمان ملل متحد، دوره ۴، ۱۲۳-۱۳۱.
- کدخدایی، عباسعلی، زرنشان، شهرام (۱۳۹۱)، «تحول رویکرد رویه قضایی بین‌المللی در فرایند شناسایی قواعد حقوق بین‌الملل عرفی»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۳، صص ۱۷۳-۱۹۲.
- محمودی، سید هادی و ستایش‌پور، محمد (۱۳۹۸)، «گذر از «زمان» در ایجاد قاعده حقوق بین‌الملل عرفی: واکاوی انگاره‌های حقوقی و رویه دیوان بین‌المللی دادگستری»، نشریه حقوق تطبیقی، شماره ۱۱۱، صص ۲۳۳-۲۵۲.

قوانین

- قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران
- قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۲۵ شهریور ماه ۱۳۱۸.
- قانون مدنی
- قانون مناطق دریایی جمهوری اسلامی ایران در خلیج فارس و دریای عمان (مصوب سال ۱۳۷۲).
- قانون الحاق ایران به کنوانسیون ملل متحد برای مبارزه با قاچاق مواد مخدر و داروهای روان‌گردان مورخ ۲۰ دسامبر ۱۹۸۸، مصوب ۱۳۷۰/۹/۳.
- آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی
- لایحه مورخ ۱۳۶۹/۳/۷ دولت در خصوص، الحاق به کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با قاچاق مواد مخدر و داروهای روان‌گردان مصوب ۱۳۷۰/۹/۳ مجلس شورای اسلامی.
- اسناد بین‌المللی
- اعلامیه جهانی حقوق بشر

ميثاق بين المللى حقوق مدنى و سياسى -

منشور سارمان ملل متحد -

(ب) منابع خارجى

Articles

- ICJ. Judgment of 18 December 1951, Fisheries (United Kingdom v. Norway), pp. 113-116.
- ICJ. Judgment of 27 August 1952, Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. United States of America), pp. 196-197.
- Statement of Principles applicable to the Formation of General Customary International Law, London Conference 2000.
- D. Lepard, Brian (2010), Customary International Law, New York, Cambridge, First published.
- Convention on the High Seas Done at Geneva on 29 April 1958.
- United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982.
- Vienna Convention on Diplomatic Relations 1961, Done at Vienna on 18 April 1961. Entered into force on 24 April 1964.
- PCIJ. Case of the S.S. "Wimbledon", (1923), United Kingdom, France, Italy & Japan v. Germany.
- protocols for cooperation in fighting terrorism, organized crimes and cooperation and engagement of the border guard institutions, annexed to the agreement on cooperation in Caspian security, dated November 18, 2010.
- International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, New York, 9 December 1999, https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtmsg_no=XVIII-11&chapter=18&clang=_en.
- Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001.
- Droubi Sufyan and d'Aspremont Jean (2020), International organisations, non-State actors, and the formation of customary international law, First published, Manchester, Manchester University Press.
- D. Lepard, Brian (2017), Reexamining Customary International Law, First published, New York, Cambridge University.
- Schabas William (2021), The Customary International Law of Human Rights, First published, United Kingdom, Oxford University.