

نوشته: میشل ویرالی

استاد دانشگاه حقوق، اقتصاد و علوم اجتماعی پاریس

ترجمه: دکتر ناصر صبیح خیز



پروژه کتابخانه
پایان بنام استاد
الکساندر فریبینی

تفکری بر

تئوری حقوق فراملی





پروشکاه علوم انسانی و مطالعات فرہنگی
پرتال جامع علوم انسانی

تئوری حقوق فراملی که در نوشته های استاد «برتلد گلدمن» جای ویژه ای دارد، مسائل جدیدی در تئوری کلی حقوق مطرح می سازد.^۱ بررسی مسائل مذکور موجب تحریر این مقاله گردیده است. البته از طرح مسئله پیچیده وجود حقوق فراملی یا قواعد متشکله آن در مقاله خودداری شده است؛ چون نویسنده ورود در چنین بحثی را خارج از حدود صلاحیت خود می داند. حتی در چارچوب محدودی که موضوع طرح گردیده به این بسنده شده است که مسئله با دیدی کلی - ولو ناکافی - طرح گردد. امید آنکه این نوشته بتواند انگیزه ای برای تفکر در مسئله باشد.

در طرز تفکر حقوقی امروز، اصل پذیرفته شده این است که فقط دو نظام حقوقی وجود دارد: نظام حقوقی ملی یا دولتی و نظام حقوقی بین الملل یا بین الدول. اما حقوقدانان چندی، این تقسیم بندی را مورد تردید قرار داده اند.

1. V. en particulier B. GOLDMAN, *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives*: Clunet 1979, p. 475-505 et la bibliographie citée.

تمام نظامهای حقوقی — چه ملی و چه بین المللی — توسط دولتها تهیه و تدوین می شوند. حقوق بین الملل انحصاراً حاکم بر روابط بین الدول بوده و بنابراین کاملاً در محدوده حقوق عمومی قرار می گیرد؛ اما «حقوق فراملی» این مفاهیم سنتی را مورد تردید قرار می دهد. بنابراین تفکر، نظام حقوقی ثالثی وجود دارد که بوسیله اشخاص برای تنظیم روابط خصوصی آنها بوجود آمده و چون نظام حقوقی ملی، عمدتاً بر حقوق خصوصی استوار است، از این جهت نظام حقوقی فراملی به نظام حقوقی ملی نزدیک می گردد بدون آنکه در گستره آن قرار بگیرد. بعلاوه نظام مزبور، بنا بر ماهیت غیرملی که دارد به نظام حقوقی بین المللی شبیه است. ماهیت غیردولتی این نظام کاملاً آن را از حقوق ملی و بین المللی متمایز می سازد. آیا از نقطه نظر تئوری حقوق، اینچنین تفکر غیرسنتی قابل قبول است؟ برای پاسخ به این سؤال، نخست مفهوم نظام حقوقی باید تبیین گردد (بخش اول)؛ سپس به این مسئله باید پاسخ داده شود که آیا چنین نظام حقوقی با ویژگیهای بیان شده، واقعاً می تواند وجود داشته باشد؟ (بخش دوم)؛ و در صورت وجود، جایگاه آن بین دو نظام ملی و بین المللی کجاست؟ (بخش سوم).

بخش اول

حقوق معمولاً به مجموعه مقرراتی گفته می شود که ضمانت اجرای آن قهراً به اشخاص تحمیل می شود.^۲ این ویژگی، ممیز حقوق از اخلاق است. علمای حقوق خصوصی و عمومی معمولاً این تعریف را پذیرفته اند. «هانری کلسن» یکی از مشهورترین تئوریسینهای حقوق معتقد است که شالوده نظام حقوقی، بر اساس نظامی الزام آوری ریزی شده است.^۳ چنین

2. JHERING, *Zweck im Recht*, Leipzig, 1893, I, 3e éd., p. 435 s. — L. JULLIOT de la MORANDIÈRE, P. ESMEIN, H. LEVY-BRUHL et Georges SCELLE, *Introduction à l'étude du droit*, I, Paris, Rousseau, 1951, p. 8 et 118.

3. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad, Eisenmann, Paris, 1962, p. 46.

برداشتی الزاماً حقوق را منبعث از دولت می‌شناسد. در حقیقت، پیدایش حقوق وابسته به وجود سازمانی متمرکز و با قدرت قهریه، یعنی دولت است که مسئولیت اجرای قوانین را عهده‌دار شود.

اگر چنین تعریفی را بر حقوق بین‌الملل اعمال نمائیم، دچار مشکلات جدی می‌شویم و آنگاه برای نشان دادن جنبه الزام آور حقوق بین‌الملل، ناگزیریم به محملهای روشنفکرانه تمسک جوئیم.

تنها نتیجه منطقی که اجبار به پذیرش آن داریم این است که حقوق بین‌الملل، به معنی واقعی کلمه، حقوق نیست؛ شاید نوعی قاعده اخلاقی باشد. بعضی از دانشمندان حقوق خصوصی و عمومی از این تفکر بدفاع برخاستند و براین عقیده راسخ ماندند.^۴ آیا عقیده این علما بر تفکر دولتها که علی‌رغم نظامهای متفاوت و اختلافات ایدئولوژیک، معتقد به الزام آور بودن حقوق بین‌الملل هستند، ارجح می‌باشد؟ شاید این امر از تعریفی که از حقوق شده است، ناشی گردد؛ تعریفی که حقوق داخلی را دربر می‌گیرد، اما زمانی که بخواهیم آن را بر حقوق بین‌الملل تعمیم دهیم، نارسا می‌نماید.

تعاریف دیگری نیز از حقوق شده است: می‌توان حقوق را نظام منطقی کردن روابط اجتماعی دانست. چنین تعریفی مبنی قواعدی رفتاری است که تکالیف و حقوقی برای اشخاص و گروهها قائل است. همچنین — بنا بر این تعریف — ایجاد نهادها و مکانیسمهایی جهت تنظیم روابط اجتماعی، با توجه به شرایط مشخص، در چارچوب مقررات، ضروری می‌گردد تا دعاوی ناشی از تجاوز به حقوق یا اختلافات در تفسیر وجود حق و تکلیف، بوسیله نهادهای قضائی حل و فصل گردد.

حقوق به خاطر نقش اجتماعی که بعهده دارد، دارای ساختاری پیچیده است؛ زیرا مسائل حقوقی، منفرد و جدای از ساخت کلی اجتماع

4. J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, trad. fr. Paris, 1894, 5e ed. — D. TOURET, *Le principe de l'égalité souveraine comme fondement du droit international*: R. G. D. I. P. 1973, p. 136-199, sp. 189 s. Dans le même sens, mais avec une justification différente: G. BURDEAU, *Traité de science politique*., E. G. D. J., 1966, p. 377. — Adde R. ARON, *Paix et guerre entre les nations*. Calmann-Lévy, 1962, p. 704 s.

نیست. حقوق همیشه متشکل از یک نظام است و همانند نیازهای حقوقی جامعه‌ای که در آن اعمال می‌گردد، گسترده و پیچیده می‌باشد؛ اما ساختار آن برحسب ویژگیهای هر جامعه تفاوت می‌یابد.

بیشک نظام تقسیم قوا و قوه قهریه دولت، در هر جامعه تا حد زیادی مشخص کننده ویژگیهای نظام حقوقی آن جامعه است. نظام متمرکز دولتی، موجب تمرکز کم و بیش زیاد عمل وضع و اجرای قواعد حقوقی می‌گردد و به خاطر تمرکز مکانیسمهای کنترل اعمال و اجرای مقررات از طریق جبر، حقوق از کارآئی کافی برخوردار خواهد شد. در چنین حالتی این خطر وجود دارد که نقش کلّ جامعه که از طریق عادات مسلم (اجتماعی)، مؤثر در ایجاد قواعد حقوقی است، به حداقل تنزل یابد. در این صورت، تناسب بین محتوای مقررات حقوقی و واقعیتها و خواسته‌های مردم، بستگی به درجه دموکراسی در نظامهای سیاسی دارد، و اینکه قوه مقننه تا چه حد در تصمیم‌گیریهای خود، خواسته‌های مردم را مورد توجه قرار دهد.

در جامعه بین‌المللی که قدرت به واحدهای سیاسی متشکله آن — یعنی به دولتها — تعلق دارد، وضع کاملاً متفاوت است. چون در این وضع، دولتها بعنوان سوژه‌های حق و اعضای یک جامعه خاص، از طریق عملکردها و روابط قراردادی در ایجاد حقوق شرکت می‌نمایند. بعلاوه، دولتها نحوه رفع اختلافات ناشی از تضاد منافعشان را نیز مشخص می‌سازند. کارآئی نظام حقوقی بین‌المللی متأثر از این موقعیت است. اما این وضعیت ویژه نمی‌تواند مانع آن گردد که حقوق بین‌الملل نتواند به مسئولیت خود در تنظیم روابط بین‌الدول — ولو بطور نسبتاً رضایتبخش — عمل کند، جز در بحرانهای بزرگ سیاسی مؤثر بر روابط بین‌الدول.^۵

ویژگی نظام حقوقی هر چه باشد، می‌کوشد که مشروعیت خود را تثبیت و بر اصول خود تکیه نماید: نظام حقوقی ملی تنها مقرراتی را معتبر

5. Mais, dans l'ordre interne, les crises politiques majeures entraînent, elles aussi, la mise à l'écart ou le renversement de nombreuses règles de droit public, à commencer par les plus élevées d'entre elles: celles du droit, constitutionnel.

می‌داند که با موازین آن انطباق داشته باشد و براین ادعا است که با مقررات ویژه‌اش می‌تواند پاسخگوی نیازهای جامعه خود باشد. معذک نظام حقوقی ملی همیشه با محدودیتهائی، بویژه در حقوق بین‌الملل، مواجه می‌شود؛ زیرا اجرای مقررات بین‌المللی تا حدودی باید در حقوق ملی انجام پذیرد و حقوق داخلی برای تعیین مقامات صالحی که باید به نام دولت در سطح بین‌المللی عمل نمایند، مجبور است مقررات بین‌المللی را بپذیرد. در تمام این فروض، حقوق بین‌الملل ضمن حفظ ارجحیت خود نسبت به حقوق ملی، باید به حقوق داخلی رجوع نماید.

از طرف دیگر، به دلایل مشابه، در مواردی که حقوق بین‌الملل مقرراتی در مورد اشخاص وضع می‌نماید، حقوق ملی ملزم به رعایت حقوق بین‌الملل است؛ چرا که در غیر این صورت دولت نمی‌تواند از تعهدات بین‌المللی خود تبری نماید. نظام حقوقی گاهی این عمل را از طریق تغییر مقررات حقوق ملی انجام می‌دهد؛ اما غالباً از طریق شناخت احکام مجاکم خارجی - بویژه در مورد حقوق ناشی از قراردادها - تحقق می‌یابد.

همچنین در مواردی حقوق داخلی، به دلیل ماهیت فراملی یا غیرملی بعضی از قوانین خارجی در مورد اشخاص، ناگزیر از پذیرش آنها است. این امر موضوع و دلیل وجودی مقررات حقوق بین‌الملل خصوصی و تعارض قوانین را توجیه می‌نماید.

پذیرش بعضی از قواعد حقوق بین‌الملل، به معنای نفی استقلال ملی نیست؛ زیرا نظام حقوقی داخلی، مقررات حقوق بین‌الملل را تحت شرایطی پذیرا است. در حقیقت، هر نظام حقوقی داخلی، با توجه به اصول قانون اساسی و قوانین داخلی راجع به (حل) تعارض، حدود و شرایط اجرای قوانین نظام‌های حقوقی دیگر - ملی یا بین‌المللی - را تعیین می‌نماید، و بطور کلی این حق را برای خود محفوظ می‌دارد که از اجرای آن قسمت از مقررات خارجی که با قوانین داخلی آن تعارض دارد، بعلت مغایرت با نظم عمومی، امتناع ورزد.

با توجه به تحمّل پذیری ناچیز نظامهای حقوقی که خود موجد طرح مسائل عدیده‌ای بین حقوقهای ملی و بین‌المللی است، آیا می‌توان از نظام حقوقی سومی سخن بمیان آورد؛ نظامی فراملی که قواعد آن در چارچوب نظامهای حقوقی ملی و بین‌المللی ننگند؟

بخش دوم

فرض وجود مجموعه منسجم قوانین فراملی (لکس مرکاتوریا)، در درجه اول بستگی به وجود شبکه‌ای از روابط تجاری دارد که لااقل بطور محدود از کنترل دولتها خارج باشد. وجود یا عدم وجود شبکه مزبور و اینکه آیا چنین شبکه‌ای آنچنان وسیع است که موجد قواعد حقوقی ویژه‌ای گردد، در این نوشته مورد بحث قرار نمی‌گیرد؛ بلکه سعی خواهد شد تا صرفاً نگرشی کلی به بعضی از مسائل داشته باشیم.

روابط اقتصادی بین‌المللی پدیده‌هایی عینی هستند که از جنبه‌های مختلف، تابع قوانین ملی کشورها می‌باشند؛ زیرا این روابط در یک قلمرو جغرافیائی صورت می‌پذیرد و امروزه هر گوشه این جهان، تابع حاکمیت دولتی است. از این جهت روابط اقتصادی بین‌المللی را همیشه می‌توان با یک یا چند دولت، یا بعبارت دیگر، با نظامهای حقوقی آن دولتها مرتبط دانست. نحوه وابستگی روابط اقتصادی به نظام حقوقی، بستگی به ماهیت ارتباط دارد. برای مثال، عوامل وابستگی چندی را می‌توان ذکر نمود: احوال شخصیه طرفین معامله (چنانچه طرفین اشخاص حقیقی هستند، از حیث تعیین اقامتگاه و ملیت آنان، و در صورتیکه اشخاص حقوقی هستند از حیث تعیین اقامتگاه و محل تأسیس شرکت و یا اینکه طرفین معامله یا یکی از طرفین، دولت است)، محل اجرای قرارداد (که می‌تواند در عین حال مرکز فعالیت و اقامتگاه شرکت نیز باشد)، محل اموال (مخصوصاً برای اجرای احکام)، محل دادگاه داور (در صورت بروز

اختلاف)، قوانین حاکم بر شرکتها، قوانین مالی و پولی حاکم. بعلاوه مقررات راجع به اجرای احکام همچنانکه بر روابط تجاری داخلی اعمال می شود، در روابط بازرگانی با خارجیان نیز اعمال می گردد.

بدینسان باید اضافه نمود که بنا بر ماهیت معاهدات تجاری، عوامل وابستگی به گونه ای افزایش می یابد که می توان گفت یک نظام حقوقی، مشکل بتواند مدعی باشد که با قوانین مربوطه و حتی با توسل به قواعد تعارض قوانین خود، در تمام موارد و برای تمام جنبه های حقوقی پیش آمده، راه حل های مناسب بیابد.

بعلاوه طرفین معاملات فراملی تا آن حد، امکانات حقوقی در اختیار دارند که عملاً خود را از کنترل نظامهای حقوقی ملی خارج نگاه دارند؛ مانند معاملاتی که بین شرکتهای متعلق به یک گروه فراملی انجام می شود، مخصوصاً روابطی که در بطن یک چنین گروه تجاری وجود دارد. به همین ترتیب، طرفین یک معامله فراملی برای اینکه اختلافات خود را در دادگاههای ملی طرح ننمایند، شرط ارجاع اختلاف به دادگاه داوری فراملی را در قرارداد می گنجانند.

بالاخره باید مورد خاص قرارداد دولت با یک شرکت خارجی را نام برد. اگر قرارداد تابع حقوق دولت متعاهد باشد، نظر به تجمع صلاحیت اعمال حقوق طرف قرارداد و قانونگذاری در یک طرف قرارداد، مشکلات جدی پیش می آید. بعلاوه وجود این مشکلات، طرف قرارداد با دولت ممکن است تقاضا نماید که قرارداد تابع قانون ملی دولت متعاهد نباشد و آن دولت نیز ممکن است این شرط را پذیرا گردد.

تمام این مسائل واضح است و نیازی به توضیح ندارد. اما دو نتیجه از این بحث می توان گرفت: نخست آنکه روابط فراملی فقط بطور جزئی می تواند از کنترل دولتها، یعنی از کنترل نظامهای حقوقی ملی دور بماند. در نتیجه، اگر هم قائل به وجود حقوق فراملی باشیم، چنین حقوقی نمی تواند مدعی تشکیل نظام حقوقی مستقلی باشد که بر تمام جنبه های روابط تجاری فراملی حاکمیت داشته باشد. این امر بدیهی که هیچگاه

مورد تردید قرار نگرفته است، بدان معنی نیست که وجود نظام حقوقی فراملی را کلاً نفی کنیم. همان‌طور که گفتیم نظام حقوقی کامل وجود ندارد؛ کما اینکه نظام حقوقی بین‌المللی، راه حلّ بعضی از مشکلات خود را در حقوقهای ملی می‌جوید. نتیجه دیگر آنکه، به نظر می‌رسد برای حلّ مسائل حقوقی در روابط فراملی - یا لاقلاً در بعضی از این روابط - نمی‌توان تنها به یک نظام حقوقی ملی متکی بود و برای یافتن راه‌حلهای مناسب، بناچار باید از نظامهای حقوقی ملی دیگر سود جست. پس لزوم وجود چنین نظام حقوقی ویژه‌ای که منطبق با نیازهای حقوقی ناشی از روابط فراملی باشد، بخوبی احساس می‌شود. چنین نظام حقوقی، از آن جهت باسانی شکل می‌گیرد که عاملان روابط فراملی می‌کوشند قواعد ویژه‌ای در این خصوص فراهم آورند تا برای حلّ مشکلات خود، از رجوع به حقوقهای ملی بی‌نیاز باشند. به نظر می‌رسد که داوری بین‌المللی، گستره مناسبی برای رشد چنین نظام حقوقی باشد؛ هرچند که لزوم رجوع به حقوق داخلی جهت اجرای احکام داوری، مانعی در توسعه آن است. همچنین خصوصیات خاصّ شرکتهای فراملی که گستره فعالیت آنان در کشورهای مختلف است، زمینه را برای تعریف مستقلّی از قواعد فراملی فراهم می‌سازد.

با توجه به ملاحظات فوق، آیا مقررات فراملی ناظر بر اعمال عادی تجاری بین‌المللی است که جهت حفظ اعتماد در روابط بین‌المللی رعایت می‌گردد یا اینکه مجموعه قواعد حقوقی مستقلّی است که می‌توان بر آن نام یک نظام حقوقی مستقلّ گذاشت؟ با توجه به مسائل یاد شده و نظر به تعریف حقوق، اجباراً باید از شکل گرفتن یک نظام حقوقی واقعی فراملی سخن بمیان آوریم؛ یعنی چیزی بیش از چند قاعده حقوقی منفرد: یک نظام واقعی حقوقی متکی به نظامی مستقلّ از منابع و برخوردار از مکانیسمهای ویژه جهت کنترل اعمال قواعد.

فکر یک نظام حقوقی فراملی، مستلزم وجود روابط بازرگانی در سطح بین‌المللی است؛ روابطی آنچنان منسجم که بتواند مجموعه قواعدی

با مشخصات یاد شده بالا را تدوین نماید. این واقعیتی است که اظهار نظر درباره آن را به متخصصان فن واگذار می کنیم و تنها به ذکر نکاتی در کلیات اکتفا می نمائیم.

حقیقت آنکه عملکردهای تجاری بین المللی چندی وجود دارد که در حال تعمیم یافتن است. این عملکردها موجد قراردادهای جدید متعدّد و بسیار پیچیده ای است که مشابه آن در تجارت داخلی وجود ندارد، مانند قراردادهای کلیدی (نظارت و مشاوره) یا قراردادهای توسعه؛ بدون آنکه بخواهیم از توافقیهای قراردادی متعدّدی که جانشین نظام قدیمی «قراردادهای حق الامتیاز» می گردد، سخن بمیان آوریم. راه حلّی که در قراردادها پیش بینی شده است می تواند برای حلّ مشکلات ناشی از عدم وجود مقررات در بعضی از مسائل قراردادی بکار گرفته شود و نهایتاً بمرور، منجر به وضع قواعد حقوقی گردد تا جانشین اراده طرفین معامله شود، و بعنوان حقوق مشترک قراردادهای در کنار فصول مربوط به قراردادهای ملی، فصلی هم برای قراردادهای فراملی اضافه گردد. چنین قواعدی می تواند هنگام رفع اختلافات بین المللی نیز به همان طریق شکل گیرد.^۶

بدین ترتیب، گسترش داوریهای فراملی می تواند به ایجاد حقوق مشترکی در این زمینه کمک نماید که در عین اینکه نقش یک جانشین را ایفا می کند، در بعضی از موارد، جنبه امره نیز داشته باشد. وجود نهادهائی که بنا بر اساسنامه شان الزاماً فراملی نیستند اما دارای عملکردهای فراملی هستند، موجد گسترش چنین حقوق مشترکی است. در این خصوص می توان از اتاق تجارت بین المللی و دیوان داوری آن و همچنین از مراکز بین المللی برای حلّ اختلافات مربوط به سرمایه گذاریهای^۷ بانک جهانی نام برد.

می دانیم که اتاقهای تجارت — چه در کشورهای سرمایه داری و چه کشورهای سوسیالیستی — در این زمینه نقشی مهم ایفا می نمایند.

6. Sur tous ces points, V. GOLDMAN, *op. cit.*, p. 485 s.

7. le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI).

مقررات مختلفی که بوسیله این سازمانها و همچنین « کمیسیون سازمان ملل متحد برای حقوق تجارت بین المللی »^۸ تدوین گردیده است، منابع اصلی حقوق فراملی را تشکیل می دهد.

چنین به نظر می رسد که می توان از پیدایش واقعیت‌های سخن بمیان آورد که می توانند در شکل گرفتن نظام حقوقی فراملی مؤثر باشند. آیا می توان از این حد فراتر رفت و سخن از حقوق واقعی قراردادهای فراملی بمیان آورد که محدود به قراردادهای خاص نباشد و با گستره ای کلی بوسیله یک حقوق ویژه مسئولیت قراردادی فراملی تکمیل گردد؟ اگر چنین بود، واقعاً یک نظام حقوقی فراملی را پیش رو داشتیم که بنا بر ماهیتش، صرفاً در روابط تجاری بکار گرفته می شد؛ نظامی هر چند غیر کامل، اما دارای ویژگیهای یک نظام حقوقی مستقل.

تدوین قواعد حقوقی با چنین گستره ای، صرفاً می تواند نتیجه رویه قضائی منسجم دادگاههای فراملی باشد. رویه قضائی مذکور چگونه می تواند شکل بگیرد در حالیکه دادگاهها بطور کلی بر پایه حقوق، یا بعبارت دیگر، بر پایه حقوق موضوعه ملی اتخاذ تصمیم می نمایند؟ البته دادگاهها بنا بر نقشی که دارند، می توانند مقررات موجود را گسترش دهند، متحول نمایند و حتی کامل سازند؛ اما به نظر می رسد که وضع مجموعه مقررات جدید فراملی، خارج از حدود صلاحیت و امکانات محاکم باشد؛ زیرا آنها اجباراً به حقوقهای ملی موجود توسل می جویند.

تا وقتی که عملکردهای مشترک دادگاههای داوری آنچنان منسجم نگردد که اعتبار عادات مسلم را کسب نماید، این دادگاهها قطعاً باید به یک حقوق خاص ملی توسل جویند. با این عملکرد، دادگاهها با نفی فکریک حقوق فراملی، مسلماً کمکی به تشکیل چنین نظام حقوقی نمی نمایند؛ اما آنها در عین حال می توانند از حقوق بین الملل و یا از اصول کلی حقوق کمک بگیرند. در غیر این صورت، مفهوم این عملکرد چیست؟ یک چنین عملکردی، باعث تحدید دامنه حقوق فراملی می گردد و در عین

8. La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.

حال مسئله جایگاه حقوق فراملی بین نظامهای ملی و بین المللی را مطرح می سازد.

بخش سوم

در بعضی از قراردادهای فراملی، بطور صریح، حقوق بین الملل (قواعد حقوق بین الملل یا اصول کلی حقوق بین الملل) بتهائی یا با مقررات دیگر، بعنوان حقوق حاکم بر قرارداد تعیین می گردد. همچنین در مواردی که ارجاع اختلافات ناشی از تفسیر و اجرای قرارداد به داوری، پیش بینی شده، موادی در خصوص رجوع به حقوق بین الملل گنجانده شده است. در بند ۱ ماده ۴۲ معاهده ۱۸ مارس ۱۹۶۵ واشنگتن در مورد حل اختلافات ناشی از سرمایه گذاری بین دولتها و اتباع دول دیگر نیز این امر پیش بینی شده است.^۹ ارجاع به حقوق بین الملل در چنین مواردی چه مفهومی دارد؟

وقتی که قراردادی بطور صریح به حقوق بین الملل عطف داده شود، فقط بین دولتهای متعاقد معتبر است. علی الاصول برای اینکه معاهده ای معتبر باشد، لازم است که در صورت عطف به حقوق بین الملل، نحوه ارتباط قرارداد با نظام حقوقی دولتهای متعاقد مشخص شود که خود مستلزم پذیرش قرارداد از طرف نظام حقوقی دولت متعاقد است. بهر صورت، این موضوع کمکی به حقوق فراملی نمی نماید.

آیا منظور از عطف به حقوق بین الملل، عطف به حقوق بین الملل عرفی^{۱۰} است یا حقوق بین الملل عمومی؟ حقوق بین الملل ممکن است

۹. بند ۱ ماده ۴۲: «دیوان در مورد اختلافات طبق مقررات قانونی که مورد توافق طرفین باشد، اتخاذ تصمیم خواهد نمود. در صورت فقدان چنین توافقی، دیوان، قانون دولت متعاقد طرف اختلاف، منجمله مقررات آن را در مورد تعارض قوانین و اصول حقوق بین الملل ناظر به مورد، معمول خواهد داشت.»

10. droit international coutumier.

دارای قواعدی مربوط به اشخاص باشد، که در این صورت، موضوع آن رفتاری است که دولت باید نسبت به اشخاص در قلمرو خود داشته باشد (مانند حقوق بشر). اینچنین قواعدی بدون یک قرارداد بین‌الدولی، امکان اجرا ندارد.

آیا این بدان معنی است که در موارد دیگر، عطف به حقوق بین‌الملل کاربُردی ندارد؟ پاسخ قطعاً منفی است. حقوق بین‌الملل — خواه قراردادی و خواه عرفی — فی‌نفسه نمی‌تواند در مورد قرارداد اعمال گردد مگر بر پایه‌ی یک شرط قراردادی. بعبارت دیگر، اقتدار حقوق بین‌الملل بستگی به شرط مندرج در قرارداد دارد. پس عطف به حقوق بین‌الملل، در حقیقت وارد کردن مجموعه‌ی قواعد متشکله‌ی این حقوق در قرارداد می‌باشد، و آن عبارت است از پذیرش قراردادی حقوق بین‌الملل که خود، موجب تغییر ماهیت حقوقی قرارداد می‌شود.

نتایج عملی وارد کردن حقوق بین‌الملل در قرارداد، مشکوک به نظر می‌رسد. همان‌طور که در ابتدای بحث اشاره شد، حقوق بین‌الملل در روابط بین دولتها اعمال می‌گردد. در حقیقت، حقوق بین‌الملل نوعی حقوق عمومی است که برحسب ویژگیهای روابط بین‌الملل تدوین شده است. اعمال چنین حقوقی بر روابط خصوصی که دارای ماهیتی متفاوت است، بدون اشکال نیست؛ کما اینکه اعمال قواعد حقوق خصوصی بر روابط بین‌المللی نیز مشکل به نظر می‌رسد.^{۱۱}

باید خاطر نشان کرد که حقوق بین‌الملل فاقد قواعدی در مورد قراردادها است. یعنی به جای حقوق قراردادها، حقوق معاهدات وجود دارد. از نظر تئوری کلی حقوقی، بین قرارداد^{۱۲} و معاهده^{۱۳} رابطه‌ای نزدیک وجود دارد؛ چرا که هر دو ماهیت قراردادی دارند و این امر نتایج

11. Cf. J. BASDEVANT, *Règles générales du droit de la paix: Cours La Haye* 58 (1936), p. 502 — L. KOPELMANAS, *Quelques réflexions du sujet de l'article 38, 3 du Statut de la C.P.J.I.: R. G. D. I. P.* 1936, p. 294 s. — L. SORAT, *Le problème des lacunes en droit international*, *L. G. D. J.* 1959, p. 343 s. — Et même G. RIPERT, *Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux, cours La Haye* 44 (1933), p. 569 s.

12. contract.

13. traité.

مهمتی از نظر عملی و تئوری در بر دارد. معذک بین قراردادی که اشخاص در معاملات تجاری منعقد می نمایند و تعهدات مختلفی که دولتها از طریق معاهده می پذیرند، اختلاف فاحشی وجود دارد. بعلاوه این اختلاف برحسب نوع نظام حقوقی نیز تشدید می گردد.

در این خصوص مثالی بیاوریم: اصل «احترام به قرارداد از طرف متعاهدان»^{۱۴} قاعده ای است که معمولاً در قراردادهای بین اشخاص بکار می رود. چنین تفکری سطحی است. این اصل، فرمولی سنتی در دکترین می باشد که مبین قاعده ای است که مبنای هر حقوق قراردادی را تشکیل می دهد، خواه حقوق عمومی یا خصوصی، و خواه حقوق ملی یا بین المللی؛ زیرا طرفین قرارداد اجبار دارند که با حُسن نیت، قراردادی را که بطور صحیح منعقد شده است، اجرا نمایند. فلسفه وجودی این قاعده آن است که تعهدات طرفین به گونه ای قطعی گردد که هیچیک از آنها نتواند بطور یکجانبه قرارداد را فسخ نماید. این اصل، هم در مورد قراردادهای و هم در مورد معاهدات بین المللی معتبر است.

نکته مهم، شناخت این مسئله است که براساس حُسن نیت^{۱۵} چه چیز الزاماً باید رعایت گردد. این امر ممکن است برحسب نظام حقوقی و ماهیت معامله، یعنی قرارداد حقوق خصوصی یا قرارداد حقوق عمومی، قرارداد یا معاهده بین المللی تفاوت فاحش پیدا نماید. بعبارت دیگر، اصل «احترام به قرارداد از طرف متعاهدان»، قاعده ای است که در نظامهای حقوقی متفاوت بکار می رود. بکار بردن این قاعده که مسلماً جنبه جهانی دارد، مهم نیست؛ بلکه مهم، مشخص کردن محدودیتها و استثنائات آن است: در چه شرایطی یک معاهده صحیح منعقد شده است؟ (یعنی در چه شرایطی این اصل قابل اعمال است؟). از چه زمان و تحت چه شرایطی، معاهده اعتبار خود را از دست می دهد؟ این نکات از نظر عملی قطعاً حائز اهمیت است. حقوق بین الملل، با توجه به روابط بین الدول، پاسخهایی

14. Pacta Sunt Servanda.

15. bonne foi

برای حلّ این مسائل فراهم آورده است. نمی توان گفت که این پاسخها در مورد قراردادهای تجاری بین اشخاص یا بین اشخاص و دولتها که از نظر انعقاد و اجرای قرارداد دارای ماهیت کاملاً متفاوتی است، قابل اعمال باشد.

در چنین شرایطی، به نظر می رسد که عطف به حقوق بین الملل در یک قرارداد، الزاماً همیشه با یک شرط توأم است و نیز عطف به حقوق بین الملل، ناشی از تفسیری است که منطقیاً از مفاد آن شرط بعمل می آید. اصول و قواعد حقوق بین الملل تا آن حدّ می تواند در حقوق حاکم بر قرارداد گنجانده شود که واقعاً در روابط قراردادی تجاری بین اشخاص یا بین اشخاص و دولتها قابل اعمال باشد. در این صورت، احتمال می رود که دامنه رجوع به حقوق بین الملل تا حدّ زیادی کاهش یابد؛ اما در عین حال بر قسمتی از حقوق بین الملل تأکید گردد که تاکنون از آن سخن بمیان نیاورده ایم یعنی اصول کلی حقوق. حتی عده ای بین عطف به حقوق بین الملل یا عطف به اصول کلی حقوق در یک قرارداد، تفاوتی قائل نیستند. اصول کلی حقوق، اغلب در مواقعی که قاضی با اشکال مواجه شود، راه‌حلهائی ارائه می دهد. عام بودن این اصول به قضات امکان می دهد که در شرایطی متفاوت این اصول را بکار گیرند. در صورت ضرورت، بندرت ممکن است نتوان اصلی برای توجیه راه حلّ مورد نظر پیدا نکرد. بعلاوه، این اصول بعلت عدم صراحت، دارای قابلیت انعطاف بوده و می تواند در موارد مختلف بکار گرفته شود. به این ترتیب، اصول مذکور به قاضی یا به داور، آزادی عمل می دهد که از آثار نامطلوب اجرای خشک مقررات حقوقی نامتناسبی که اجبار به اعمال آنها دارد، بکاهد و حتی خلأ مقررات حقوقی را پُر نماید. اصول کلی حقوق با شالوده محکم حقوقی، در حاشیه قوانین و گاه برخلاف متنهای خشک، راه‌حلهائی برای اجرای عدالت فراهم می سازد.

به نظر می رسد که امکان توأم به اصول کلی حقوق برای کمک به قاضی بین المللی، مورد قبول قرار گرفته باشد. نظر به عدم گسترش کافی

حقوق بین الملل — چه قراردادی و چه عرفی — که غالباً از آن به کمبودهای حقوق بین الملل تعبیر می شود، ممکن است قاضی برای حل مسئله ای با اشکال مواجه شود و چون اجبار به صدور حکم به استناد حقوق بین الملل دارد و نمی تواند از این مسئولیت امتناع ورزد، احتمال دارد که مقررات قابل اعمالی در حقوق بین الملل نیابد. در چنین مواردی، راه حلی که در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری لاهه پیش بینی شده است که بموجب آن «اصول کلی حقوقی مورد قبول ملل متمدن» بعد از معاهدات و عرف بین المللی می تواند مورد استفاده قرار گیرد، ناظر بر این مورد است.

در حقیقت انشای ماده ۳۸، مشکلات جدی، هم از نظر تفسیر کلمه مبهم ملل «متمدن» و هم از نظر ماهیت اصول مورد بحث، بوجود آورده است.^{۱۶}

بنابر عقیده رایج، منظور از «اصول کلی حقوقی» مذکور در ماده ۳۸، اصولی آنچنان بهم بافته و پیوسته به تفکر حقوقی است که عملاً در تمام نظامهای بزرگ حقوقی دنیا یافت شود، و بنا بر ضرورت، در حقوق بین الملل که مورد قبول دولتها است، مورد عمل قرار گیرد. در نتیجه، این اصول مشترک که انعکاسی از مفاهیم حقوقی نظامهای حقوقی ملی است با بررسی، استخراج و جمع بندی اصول مورد عمل نظامهای حقوقی (که بوسیله قصات دیوان مطابق ماده ۹ اساسنامه ارائه می شود) تبیین می گردد. این امر مستلزم پژوهشی در حقوق تطبیقی است.

بنابراین «اصول کلی حقوقی» از اصول کلی حقوق بین الملل که برعکس، از اصول ویژه حقوق بین الملل تشکیل می گردد، متفاوت است. اصول اخیر از اصول عرفی و نیز از اصول ملهم از قواعد مختلف حقوق بین الملل، بدست می آید.

با توجه به اختلافات قابل ملاحظه ای که دولتها و نظامهای حقوقی

16. Cf. Péla VITANYI, Les positions doctrinales concernant le sens de la notion de «principes généraux de droit reconnus par des nations civilisées». R. G. D. I. P., 1932, p. 48.

بزرگ دنیا از مفهوم حقوق عمومی دارند، حدس بر آن است که «اصول کلی حقوق» در گستره روابط خصوصی، یعنی در حقوق خصوصی و آن قسمت از حقوق عمومی که نزدیکتر به حقوق خصوصی است، امکان بیشتری برای گسترش دارد. در این صورت، با این اشکال مواجه می‌شویم که چگونه مفاهیمی که برای مشخص کردن روابط بین اشخاص بکار می‌رود، در روابط بین الدول قابل اعمال خواهد بود؟

بعضی از مؤلفان، منجمله حقوقدانهای شوروی و دیگر کشورهای دارای رژیمهای مارکسیست - لنینیستی، بنا بر ایدئولوژی مربوطه، امکان وجود اصول مشترکی در نظامهای حقوقی مختلف را نفی می‌کنند؛ زیرا بر این عقیده‌اند که این اصول در ایدئولوژیهای مختلف متفاوت است.^{۱۷}

این اختلاف هرچه باشد، باید اذعان نمود که «اصول کلی حقوق» به مفهوم ماده ۳۸ اساسنامه، در رویه قضائی دیوان بین‌المللی دادگستری لاهه و حتی دادگاههای داوری بین الدول، کمتر اعمال شده است؛ هرچند که به نظر می‌رسد دادگاههای داوری، آمادگی بیشتری جهت پذیرش این اصول داشته باشند. اصحاب دعوی در مراجع قضائی و داوریهها، بارها به این اصول که عمدتاً از حقوق خصوصی گرفته شده است استناد نموده‌اند. هرچند که دیوان، گاه اعمال این اصول در زمینه داوری را پذیرفت، اما چنین عملکردی بسیار نادر است؛ زیرا اساسنامه و مقررات مکمل آن، دارای چنان خلأئی نیست که جستجوی راه حل به طرق دیگر را توجیه نماید.^{۱۸}

بطور کلی، دیوان هرگز به استناد بند C، ۱ ماده ۳۸ اساسنامه خود، اصلی را اعمال ننموده است و زمانی که اصلی را عنوان می‌نماید، کلمات بکار گرفته شده و محتوای سخن، چنین القا می‌نماید که اصلی از حقوق بین‌الملل را در مد نظر داشته است.

پیش‌بینی تدوین کنندگان ماده ۳۸ صحیح به نظر نمی‌رسد (اگر

17. G. I. TUNKIN, *Droit international public*, Pédone, 1965, P. 119 s., sp. p. 126.

18. C. P. J. I., série A, n° 6, p. 19; n° 10, p. 20; n° 17, p. 29; C.I.J., Rec. 1954, p. 53 et 55; 1957, p. 141-142; 1960, p. 43-44; 1966, p. 47; 1973, p. 209.

منظور آنان درست تفسیر شده باشد). دیوان نیازی ندارد که به اصول مشترک نظامهای حقوقی مهم دنیا توسل جوید؛ زیرا پایه های حقوقی دیوان، بر اصول کلی حقوق بین الملل استوار گشته است تا در صورت فقد قواعد حقوق بین الملل، دیوان به اصول مزبور استناد نماید. دیوان از این جهت این راه حل را پذیرفته است که این اصول با واقعتهای زندگی بین الملل انطباق دارد.

دلایلی که موجب عدم موفقیت اصول کلی حقوق در حقوق بین الملل می شود، می تواند از دلایل موفقیت آن در حقوق فراملی باشد. حقیقت آنکه اصول کلی حقوق می تواند جانی ویژه در حقوق فراملی اشغال نماید. باید روابط حقوقی اشخاص در کشورهای مختلف جهان تابع اصولی گردد که در نظامهای حقوقی ملی آنان وجود داشته و به آن خو گرفته اند. اما در این صورت، این اصول را آنطور که هستند باید در نظر گرفت، نه اینکه آنها را در حقوق بین الملل جستجو نمود؛ حقوقی که از نظر این اصول دارای خلأ است (لا اقل ماده ۳۸ فوق الذکر را نباید بدون توجه به رویت قضائی بین المللی در مفهوم لغوی در نظر گرفت)؛ بلکه این اصول را باید در مطالعه تطبیقی نظامهای حقوقی ذیربط جستجو کرد. قطعاً در این صورت، در هر مورد، باید آن قسمت از نظامهای حقوقی ملی که با قرارداد مربوطه بیشترین قرابت و وابستگی را دارا می باشد، مورد نظر قرار گیرد.

با تعریفی که از اصول کلی حقوق شده است (به استثنای مشکلاتی که شناخت این اصول در کشورهای سوسیالیستی دارد) می توان اذعان نمود که حقوق فراملی، دارای یک شالوده محکم و گسترده حقوقی است که بر مبنای آن دادگاههای داور می توانند مجموعه مقررات مفصل تری از طریق رویه های قضائی خود، تدوین نمایند. اما آیا این کافی است که از یک نظام حقوقی فراملی سخن بگوییم؟

اگر ویژگیهای بیان شده در مورد نظام حقوقی را بر حقوق فراملی اعمال کنیم، می توان گفت که حقوق فراملی قطعاً می تواند منابع حقوقی مستقلی متشکل از عملکردهای جوامع بازرگانی و صنعتی بین المللی داشته

باشد؛ مشروط بر آنکه از طرفی، این عملکردهای تجاری آنچنان همگون و مستمر باشد که امکان وجود مقررات عرفی و اصول کلی حقوقی مشترک بین نظامهای عمده حقوقی دنیا را — به همان طریق که دادگاههای فراملی آن را جمع بندی نمودند — فراهم سازد، و از طرف دیگر، رویه های قضائی مستمری توسط دادگاههای فراملی بوجود آید و مورد توجه و عنایت سایر دادگاههای مشابه قرار گیرد. آیا این دو شرط حاصل شده است؟ این خود مسئله ای است که نتیجه آن را در عمل باید دید و قضاوت کرد.

برعکس، آنچه که قابل انکار نیست، وجود یک نظام مستقل حل اختلافات و کنترل اجرای مقررات حقوقی در نهاد داوری فراملی می باشد؛ نهادی که در روابط فراملی و بین المللی دارای عملکرد مثبتی است.

از نقطه نظر تئوری حقوقی، سخن گفتن از یک نظام حقوقی فراملی بيمورد نیست. حتی می توان گفت که اگر داده های فوق الذکر بطور مؤثری جمع گردند، حقوق فراملی، از این بیعد بعنوان یک نظام حقوقی مطرح می شود؛ نظامی که اگرچه ممکن است نوپا و در حال شکل گرفتن باشد، اما قطعاً از نظامهای حقوقی بین المللی و حقوقی ملی متفاوت است.

معذک حتی اگر نظام حقوقی فراملی بتواند به طریقی مستقل گسترش یابد، و با توجه به منشأ آن، از نظامهای حقوقی ملی و بین المللی متمایز باشد، واضح است که به حقوقهای بین الملل و حقوق ملی وابستگی خواهد داشت. اما ضمانتهای اجرای حقوق فراملی بستگی به این دارد که نظامهای حقوقی ملی، در صورت بروز اختلاف، تا چه حد مقررات آن را رعایت نمایند؛ زیرا سوژه های حقوق فراملی، از نظر احوال شخصیه و جنبه های مختلف دیگر همچون قوانین مالیاتی و اجتماعی، و بطور کلی از جهت نظم عمومی، تابع حقوقهای ملی هستند. این وابستگی زمانی که نیاز به کمک مقامات حقوقی ملی وجود دارد — مثلاً اجرای احکام فراملی — بیش از پیش محسوس می گردد.

حقوق فراملی، مانند حقوق خارجی، زمانی می تواند بوسیله دادگاههای یک دولت معین اعمال گردد که حقوق آن دولت، با توجه به

قواعد تعارض قوانین و در صورتیکه این قواعد جایی برای آن در کنار حقوق خارجی بشناسد، حقوق فراملی را قبول کرده باشد.

حقوق فراملی علیرغم خصوصیت جهانشمول بودن، برحسب اینکه هر نظام حقوقی ملی تا چه حد این حقوق را پذیرا باشد، دارای وضعیت متفاوتی است. معذک عملاً مسئله بدین صورت حل می‌گردد که اغلب دادگاههای ملی، مستقیماً قواعد حقوقی فراملی را اعمال نمی‌نمایند؛ بلکه اجازه اجرای احکام دادگاههای داوری را که بر پایه این حقوق استوار است، می‌دهند.

زمانی که دولت، طرف معاملات فراملی قرار می‌گیرد، تبعیت نسبی حقوق فراملی از حقوق ملی، ممکن است موجب مشکلاتی گردد که این خود مقوله دیگری است.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی



پروشکاه علوم انسانی و مطالعات فرہنگی
پرتال جامع علوم انسانی