

تفکری بر تئوری حقوق فراملی

نوشته: میشل ویوالی*
ترجمه: دکتر ناصر صبحخیز

تئوری حقوق فراملی که در نوشته‌های استاد «برتلد گلدمن» جای ویژه‌ای دارد، مسائل جدیدی در تئوری کلی حقوق مطرح می‌سازد.¹

بررسی مسائل مذکور موجب تحریر این مقاله گردیده است. البته از طرح مسئله پیچیده وجود حقوق فراملی یا قوا عد متشکله آن در مقاله خودداری شده است؛ چون نویسنده ورود در چنین بحثی را خارج از حدود صلاحیت خود می‌داند. 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 انگیزه‌ای برای تفکر در مسئله باشد.

در طرز تفکر حقوقی امروز، اصل پذیرفته شده این است که فقط دو نظام

*. استاد دانشگاه حقوق، اقتصاد و علوم اجتماعی پاریس
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.

حقوقی وجود دارد: نظام حقوقی ملی و یا دولتی و نظام حقوقی بین‌الملل یا بین‌الدول. اما حقوقدانان چندی، این تقسیم‌بندی را مورد تردید قرار داده‌اند. تمام نظامهای حقوقی - چه ملی و چه بین‌المللی - توسط دولتها تهیه و تدوین می‌شوند. حقوق بین‌الملل انحصاراً حاکم بر روابط بین‌الدول بوده و بنابراین کاملاً در محدوده حقوق عمومی قرار می‌گیرد، اما «حقوق فراملی» این مفاهیم سنتی را مورد تردید قرار می‌دهد. بنابراین تفکر، نظام حقوقی ثالثی وجود دارد که بوسیله اشخاص برای تنظیم روابط خصوصی آنها بوجود آمده و چون نظام حقوق ملی، عمدتاً بر حقوق خصوصی استوار است، از این جهت نظام حقوقی فراملی به نظام حقوقی ملی نزدیک می‌گردد بدون آنکه در گستره آن قرار بگیرد. بعلاوه نظام مزبور، بنا بر ماهیت غیرملی که دارد به نظام حقوقی بین‌المللی شبیه است. ماهیت غیردولتی این نظام کاملاً آن را از حقوق ملی و بین‌المللی متمایز می‌سازد.

آیا از نقطه نظر تئوری حقوق، این چنین 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 می‌تواند وجود داشته باشد؟ (بخش دوم)؛ و در صورت وجود، جایگاه آن بین دو نظام ملی و بین‌المللی کجاست؟ (بخش سوم).

بخش اول

حقوق معمولاً به مجموعه مقرراتی گفته می‌شود که ضمانت اجرای آن قهراً به اشخاص تحمیل می‌شود.² این ویژگی، ممیز حقوق از اخلاق است. علمای حقوق خصوصی و عمومی معمولاً این تعریف را پذیرفته‌اند. «هانری کلسن» یکی از مشهورترین تئوریسین‌های حقوق معتقد است که شالوده نظام حقوقی، براساس نظامی الزام‌آور پیریزی شده است.³ چنین برداشتی الزاماً حقوق را منبعت از دولت می‌شناسد. در حقیقت،

2. JHERING, *Zweck im Recht*, Leipzig, 1893. I, p. 435 s. – L. JULIOT 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.

پیدایش حقوق وابسته به وجود سازمانی متمرکز و با قدرت قهریه، یعنی دولت است که مسئولیت اجرای قوانین را عهده دار شود.

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

تذها 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 به دفاع برخاستند و بر این عقیده را سخ مانند⁴ 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

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*., L.G.D.J., 1966, P. 377. Adde R. ARON, *Paix et guerre enter les nations*. Calmann-Lévey, 1962., p.704 s.

تعریفی که از حقوق شده است، ناشی گردد؛
تعریفی که حقوق داخلی را در بر 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 مبین
قواعدی رفتاری است که تکالیف و حقوقی
برای اشخاص و گروه‌ها قائل است. همچنین
- بنابراین تعریف - ایجاد نهادها و
مکانیسم‌هایی جهت تنظیم روابط اجتماعی،
باتوجه 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 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.

بي شك نظام تقسيم قوا و قوه قهرية دولت، در هر جامعه تا حد زيادي مشخص كندة ويژگي هاي نظام حقوقي آن جامعه است. نظام متمرکز دولتي، موجب تمرکز کم و بيش زياد عمل و وضع و اجراي قوا عد حقوقي ميگردد و به خاطر تمرکز مكانيسم هاي كنترل اعمال و اجراي مقررات از طريق جبر، حقوق از كارائي كافي برخوردار خواهد شد. در چنين حالي اين خطر وجود دارد كه نقش كل جامعه كه از طريق عادات مسلم (اجتماعي)، مؤثر در ايجاد قواعد حقوقي است، به حداقل تنزل يابد. در اين صورت، تناسب بين محتواي مقررات حقوقي و واقعيت ها و خواسته هاي مردم، بستگي به درجه دموكراسي در نظام هاي سياسي دارد، و اينكه قوه مقننه تا چه حد در تصميمگيري هاي خود، خواسته هاي مردم را مورد توجه قرار دهد در جامعه بين المللي كه قدرت به واحدهاي سياسي متشكله آن - يعني به دولتها - تعلق دارد، وضع كاملاً متفاوت است. چون در اين وضع، دولتها بعنوان سوزة هاي حق و اعضاي يك جامعه خاص، از طريق عملكردها و روابط قراردادي در

ایجاد حقوق شرکت نمی‌نمایند. به علاوه، دولتها نحوه رفع اختلافات ناشی از تضاد منافعشان را نیز مشخص می‌سازند. کارایی 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 رضایت بخش عمل کند، جز در بحران‌های بزرگ سیاسی مؤثر بر روابط بین‌الدول.⁵ ویژگی نظام حقوقی هرچه باشد، می‌کوشد که مشروعیت خود را تثبیت و بر اصول خود تکیه نماید: نظام حقوقی ملی تنها مقرراتی را معتبر می‌داند که با موازین آن انطباق داشته باشد و بر این ادعا است که با مقررات ویژه‌اش می‌تواند پاسخگوی نیازهای جامعه خود باشد. مع ذلك نظام حقوقی ملی همیشه با محدودیت‌هایی 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

5. Mais, dans l'ordre interne, les crises politique 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.

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 غیراین 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 محاکم 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 را جمع 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 تحمل‌پذیری ناچیز نظام‌های حقوقی که خود موجد طرح مسائل عدیده‌ای بین حقوق‌های ملی و بین‌الملل است، آیا می‌توان از نظام حقوقی سومی سخن به میان آورد؛ نظامی فراملی که قواعد آن در چارچوب نظام‌های حقوقی ملی و بین‌المللی نگنجد؟

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 جغرافیایی صورت می‌پذیرد و امروزه هرگونه این جهان، تابع حاکمیت دولتی است. از این جهت روابط اقتصادی بین‌المللی را همیشه می‌توان با یک یا چند دولت، یا به عبارت 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 شخصیة

طرفین معامله (چنانچه طرفین اشخاص حقیقی هستند، از حیث تعیین اقامتگاه و ملیت آنان، و در صورتی که اشخاص حقوقی هستند از حیث تعیین 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 بر شرکتها، قوانین مالی و پولی حاکم به علاوه مقررات راجع به اجرای احکام همچنان که بر روابط تجاری داخلی اعمال می‌شود، در روابط بازرگانی با خارجیان نیز اعمال می‌گردد. بدینسان باید اضافه نمود که بنا بر ماهیت معاهدات تجاری، عوامل وابستگی به گونه‌ای افزایش می‌یابد که می‌توان 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 جنبه‌های حقوقی پیش آمده، راه‌حلهای مناسب بیابد.

به علاوه 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 می‌شود، 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 نمایند، شرط ارجاع اختلاف به دادگاه داور فراملی را در قرارداد می‌گنجانند.

بالاخره باید مورد خاص قرارداد دولت با یک شرکت خارجی را نام برد. اگر قرارداد تابع حقوق دولت متعهد باشد، نظر به تجمع صلاحیت اعمال حقوق طرف قرارداد و قانونگذاری در یک طرف قرارداد، مشکلات جدی پیش می‌آید. به علت وجود این مشکلات، طرف قرارداد با دولت ممکن است تقاضا نماید که قرارداد تابع قانون ملی دولت متعهد 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 می‌توان گرفت: نخست آنکه روابط فراملی فقط بطور جزئی می‌تواند از کنترل دولتها، یعنی از کنترل نظام‌های حقوقی

ملی دور بماند. در نتیجه، اگر هم قائل به وجود حقوق فراملی باشیم، چنین حقوقی نمی‌تواند مدعی تشکیل نظام حقوقی مستقلی باشد که بر تمام جنبه‌های روابط تجاری فراملی حاکمیت داشته باشد. این امر بدیهی که هیچگاه مورد تردید قرار نگرفته است، بدان معنی نیست که وجود نظام حقوق فراملی را کلاً نفی کنیم. همان‌طور که گفتیم نظام حقوقی کامل وجود ندارد؛ کما اینکه نظام حقوقی بین‌المللی، راه حل بعضی از مشکلات خود را در حقوق‌های ملی می‌جوید. نتیجه دیگر آنکه، به نظر می‌رسد برای حل مسائل حقوقی در روابط فراملی یا الاقل در بعضی از این روابط نمی‌توان تنها به یک نظام حقوقی ملی متکی بود و برای یافتن راه‌حلهای مناسب، به‌ناچار 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 به آسانی شکل می‌گیرد که عاملان روابط فراملی می‌کوشند قواعد ویژه‌ای در این خصوص فراهم آورند

تا براي حل مشكلات خود، از رجوع به حقوق‌هاي ملي بي‌نياز باشند. به‌نظر مي‌رسد كه داوري بين‌المللي، گستره مناسبی براي رشد چنين نظام حقوقی باشد؛ هرچند كه لزوم رجوع به حقوق داخلي جهت اجراي احكام داوري، مانعي در توسعه آن است. همچنين خصوصيات خاص شرکتهای فراملي كه گستره فعاليت آنان در كشورهای مختلف است، زمينه را براي تعريف مستقلي از قواعد فراملي فراهم مي‌سازد.

با توجه به به ملاحظات فوق، آیا مقررات فراملي ناظر بر اعمال عادي تجاري بين‌المللي است كه جهت حفظ اعتماد در روابط بين‌المللي رعايت مي‌گردد يا اينكه مجموعه قواعد حقوقی مستقلي است كه مي‌توان بر آن نام يك نظام حقوقی مستقل گذاشت؟ با توجه به مسائل ياد شده و نظر به تعريف حقوق، اجباراً بايد از شكل گرفتن يك نظام حقوقی واقعي فراملي سخن به‌ميان آوريم؛ يعني چيزی بيش از چند قاعده حقوقی منفرد: يكي نظام واقعي حقوقی متكي به نظامی مستقل از منابع و برخوردار از مكانيسم‌های ویژه جهت كنترل اعمال قواعد.

فكر يك نظام حقوقي فراملي، مستلزم وجود روابط بازرگاني در سطح بين‌المللي است؛ روابطي آنچنان منسجم كه بتواند مجموعه قواعدي با مشخصات ياد شده بالا را تدوين نمايد. اين واقعيتي است كه اظهارنظر درباره آن را به متخصصان فن واگذار مي‌كنيم و تنها به ذكر نكاتي در كليات اکتفا مي‌نمائيم.

حقيقت آنكه عملکردهاي تجاري بين‌المللي چندي وجود دارد كه در حال تعميم يافتن است. اين عملکردها موجد قراردادهاي جديد متعدد و بسيار پيچيده‌اي است كه مشابه آن در تجارت داخلي وجود ندارد، مانند قراردادهاي كليدي (نظارت و مشاوره) يا قراردادهاي توسعه؛ بدون آنكه بخواهيم از توافقه‌هاي قراردادي متعددي كه جانشين نظام قديمي «قراردادهاي حق الامتياز» مي‌گردد، سخن به‌ميان آوريم. راه حلهايي كه در قراردادهاي پيش‌بيني شده است مي‌تواند براي حل مشكلات ناشي از عدم وجود مقررات در بعضي از مسائل قراردادي بكار گرفته شود و نهايتاً به مرور، منجر به وضع قواعد حقوقي گردد تا جانشين اراده

طرفین معامله شود، و به عنوان حقوق مشترک قراردادهای در کنار فصول مربوط به قراردادهای ملی، فصلی هم برای قراردادهای فراملی اضافه گردد. چنین قواعدی میتواند هنگام رفع اختلافات بین‌المللی نیز به همان طریق شکل گیرد.⁶

بدین ترتیب، گسترش داورهای فراملی میتواند به ایجاد حقوق مشترکی در این زمینه کمک نماید که در عین اینکه نقش یک حقوق‌جانشین را ایفا میکند، در بعضی از موارد، جذبه آمیز باشد.

وجود نهادهایی که بنابر اساسنامه‌شان الزماً فراملی نیستند اما دارای عملکردها فراملی هستند، مورد گسترش چنین حقوق مشترکی است. در این خصوص میتواند از اتقاق تجارت بین‌المللی و دیوان داوران آن و همچنین از مراکز بین‌المللی برای حل اختلافات مربوط به سرمایه‌گذاری‌های⁷ بانک جهانی نام برد.

میدانیم که اتقاهای تجارت – چه در کشورهای سرمایه‌داری و چه کشورهای

6. Sur tous points, V. GOLDMAN, *op. cit.*, p. 4855.

7. Le Centre interational pour le règlement des différends relaifs aux investissements (CIRDI).

سوسیالیستی - در این زمینه نقشی مهم ایفا می نمایند.

مقررات مختلفی که بوسیله این سازمانها و همچنین «کمسیون سازمان ملل متحد برای حقوق تجارت بین الملل»⁸ تدوین گردیده است، مانع اصلی حقوق فراملی را تشکیل می دهد.

چنین به نظر می رسد که می توان از پیدایش واقعیتهایی سخن به میان آورد که می توانند در شکل گرفتن نظام حقوقی فراملی مؤثر باشند. آیا می توان از این حد فزاینده و سخن از حقوق واقعی قراردادهای فراملی به میان 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 غیرکامل، اما دارای ویژگی های یک نظام حقوقی مستقل.

تدوین قواعد حقوقی با چنین گستره ای، صرفاً می تواند نتیجه رویه

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

قضائي منسجم دادگاه هاي فراملي با شد. روية قضائي مذکور چگونه مي‌تواند شکل بگيرد درحاليکه دادگاهها بطور کلي بر پايه حقوق، يا به عبارت ديگر، برپايه حقوق موضوعه ملي اتخاذ تصميم مي‌نمايند؟ البته دادگاهها بنا بر نقشي که دارند، مي‌توانند مقررات موجود را گسترش دهند، متحول نمايند و حتي کامل سازند؛ اما به نظر مي‌رسد که وضع مجموعه مقررات جديد فراملي، خارج از حدود صلاحيت و امکانات محاکم باشد؛ زيرا آنها اجباراً به حقوق هاي ملي موجودي توسل مي‌جويند.

تا وقتي که عملکردهاي مشترک دادگاههاي داوري آنچنان منسجم نگردد که اعتبار عادات مسلم را کسب نمايد، اين دادگاهها قطعاً بايد به يك حقوق خاص ملي توسل جويند. با اين عملکرد، دادگاهها با نفي فکر يك حقوق فراملي، مسلماً کمي به تشکيل چنين نظام حقوقي نمي‌نمايند؛ اما آنها در عين حال مي‌توانند از حقوق بين‌الملل و يا از اصول کلي حقوق کمک بگيرند. در غير اين صورت، مفهوم اين عملکرد چيست؟ يك چنين عملکردي، باعث تحديد دامنه حقوق فراملي مي‌گردد و در

عین حال مسئله جایگاه حقوق فراملی بین نظامهای ملی و بینالمللی را مطرح میسازد.

بخش سوم

در بعضی از قراردادها فراملی، بطور صریح، حقوق بینالملل (قواعد حقوق بینالملل یا اصول کلی حقوق بینالملل) بهتنهایی یا با مقررات دیگر، به عنوان حقوق حاکم بر قرارداد تعیین میگردد. همچنین در مواردی که از جاع اختلافات ناشی از تفسیر و اجرای قرارداد به داور، پیشبینی شده، موادی در خصوص رجوع به حقوق بینالملل گنجانده شده است. در بند 1 ماده 42 معاهده 18 مارس 1965 واشنگتن در مورد حل اختلافات ناشی از سرمایهگذاری بین دولتها و اتباع دول دیگر نیز این امر پیشبینی شده است.⁹

9. بند 1 ماده 42: «دیوان در مورد اختلافات طبق مقررات قانونی که مورد توافق طرفین باشد، اتخاذ تصمیم خواهد نمود. در صورت فقدان چنین توافق، دیوان قانون دولت متعاهد طرف اختلاف، منجمله مقررات آن را در مورد تعارض قوانین و اصول حقوق بینالملل ناظر به مورد، معمول خواهد داشت».

ارجاع به حقوق بین‌الملل در چنین مواردی چه مفهومی دارد؟

وقتی که قراردادی بطور صریح به حقوق بین‌الملل عطف داده شود، فقط بین دولتهای متعهد معتبر است. علی‌الاصول برای اینکه معاهده‌ای معتبر باشد، لازم است که در صورت عطف به حقوق بین‌الملل، نحوه ارتباط قرارداد با نظام حقوقی دولتهای متعهد مشخص شود که خود مستلزم پذیرش قرارداد از طرف نظام حقوقی دولت متعهد است. بهر صورت، این موضوع کمکی به حقوق فراملی نمی‌نماید.

آیا منظور از عطف به حقوق بین‌الملل، عطف به حقوق بین‌الملل عرفی¹⁰ است یا حقوق بین‌الملل عمومی؟ حقوق بین‌الملل ممکن است 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) این چنین قواعدی بدون یک قرارداد بین‌الدولی، امکان اجرا ندارد. آیا این بدان معنی است که در موارد دیگر، عطف به حقوق بین‌الملل کاربردی

10. droit international coutumier.

ندارد؟ پاسخ قطعاً منفي است. حقوق بين الملل - خواه قراردادي و خواه عرفي - فينفسه نمي تواند در مورد قرارداد اعمال گردد مگر بر پايه يك شرط قراردادي، به عبارت ديگر، اقتدار حقوق بين الملل بستگي به شرط مندرج در قرارداد دارد. پس عطف به حقوق بين الملل، در حقيقت وارد کردن مجموعه قواعد متشکله اين حقوق در قرارداد مي باشد، و آن عبارت است از پذيرش قراردادي حقوق بين الملل که خود، موجب تغيير ماهيت حقوقي قرارداد مي شود.

نتايج عملي وارد کردن حقوق بين الملل در قرارداد، مشکوک به نظر مي رسد، همان طور که در ابتدای بحث اشاره شد، حقوق بين الملل در روابط بين دولتها اعمال مي گردد. در حقيقت، حقوق بين الملل نوعي حقوق عمومي است که بر حسب ويژگي هاي روابط بين الملل تدوين شده است. اعمال چنين حقوقي بر روابط خصوصي که داراي ماهيتي متفاوت است، بدون اشکال نيست؛ کما اينکه اعمال قواعد حقوق خصوصي بر

روابط بين المللي نيز مشكل به نظر
ميرسد.¹¹

بايد خاطر نشان كرد كه حقوق
بين الملل فاقد قواعدي در مورد
قراردادها است. يعني به جاي حقوق
قراردادها، حقوق معاهدات وجود دارد. از
نظر تئوري كلي حقوقي، بين قرارداد¹² و
معاهده¹³ رابطه اي نزديك وجود دارد؛
چرا كه هر دو ماهيت قراردادي دارند و
اين امر نتايج مهمي از نظر عملي و
تئوري در بر دارد. مع ذلك بين قراردادي
كه اشخاص در معاملات تجاري منعقد
مي نمايند و تعهدات مختلفي كه دولتها از
طريق معاهده مي پذيرند، اختلاف فاحشي
وجود دارد. به علاوه اين اختلاف بر حسب نوع
نظام حقوقي نيز تشديد مي گردد.

در اين خصوص مثالي بياوريم: اصل
«احترام به قرارداد از طرف معاهدان»،¹⁴

11. Cf. BASDEVAN, *Rénerales du droit de la paix. Cours La Haye 58 (1936)*, p. 502-
L.KOPELMANAS, *Quelques réflexions du sujet de l'article 38, du Statue de la C.P.J.I.P.* 1936,
p. 294 s. L.SIORAT, *Le problème des la 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.

14. Pacta Sunt Servanda.

قاعده‌ای است که معمولاً در قرارداد‌های بین اشخاص بکار می‌رود. چنین تفکری سطحی است. این اصل فرمولی سنتی در دکترین می‌باشد که مبین قاعده‌ای است که مبنای هر حقوق قراردادی را تشکیل می‌دهد، خواه حقوق عمومی یا خصوصی، و خواه حقوق ملی یا بین‌المللی؛ زیرا طرفین قرارداد اجبار دارند که با حسن نیت، قراردادی را که بطور صحیح منعقد شده است، اجرا نمایند. فلسفه وجودی این قاعده آن است که تعهدات طرفین به گونه‌ای قطعی گردد که هیچ یک از آنها نتواند بطور یکجانبه قرارداد را فسخ نماید. این اصل، هم در مورد قراردادها و هم در مورد معاهدات بین‌المللی معتبر است.

نکته مهم، شناخت این مسئله است که براساس حسن نیت¹⁵ 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 بین‌المللی تفاوت فاحش پیدا نماید. به عبارت دیگر، اصل «احترام به قرارداد از طرف

15. bonne foi.

متعهدان»، قاعده‌ای است که در نظام‌های حقوقی متفاوت بکار می‌رود. 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 می‌دهد؟ این نکات از نظر عملی قطعاً حائز اهمیت است. حقوق بین‌الملل، با توجه به روابط بین‌الدول، پاسخ‌هایی برای حل این مسائل فراهم آورده است. نمی‌توان گفت که این پاسخ‌ها در مورد قراردادهای تجاری بین اشخاص و دولت‌ها که از نظر انعقاد و اجرای قرارداد دارای ماهیت کاملاً متفاوتی است، قابل اعمال باشد.

در چنین شرایطی، به نظر می‌رسد که عطف به حقوق بین‌الملل در یک قرارداد، الزاماً همیشه با یک شرط توأم است و نیز عطف به حقوق بین‌الملل، ناشی از تفسیری است که منطقی‌اً از مفاد آن شرط به عمل می‌آید. اصول و قواعد حقوق بین‌الملل تا آن حد می‌تواند در حقوق حاکم بر قرارداد

گنجاننده شود که واقعاً در روابط قراردادی تجاری بین اشخاص یا بین اشخاص ودولتها قابل اعمال باشد. در این صورت، احتمال می‌رود که دامنه رجوع به حقوق بین‌الملل تا حد زیادی کاهش یابد؛ اما در عین حال بر قسمتی از حقوق بین‌الملل تأکید گردد که تاکنون از آن سخن به میان نیاورده‌ایم یعنی اصول کلی حقوق. حتی عده‌ای بین عطف به حقوق بین‌الملل یا عطف به اصول کلی حقوق در یک قرارداد تفاوتی قائل نیستند.

اصول کلی حقوق، اغلب در مواقعی که قاضی با اشکال مواجه شود، راه‌حلهایی ارائه می‌دهد، عام بودن این اصول به قضات امکان می‌دهد که در شرایط متفاوت این اصول را بکار گیرند. در صورت ضرورت، بندرت ممکن است نتوان اصلی برای توجیه راه حل مورد نظر پیدا نکرد. به علاوه، این اصول به علت عدم صراحت، دارای قابلیت انعطاف بوده و می‌تواند در موارد مختلف بکار گرفته شود. به این ترتیب، اصول مذکور به قاضی یا به داور، آزادی عمل می‌دهد که از آثار نامطلوب اجرای خشک مقررات حقوقی نامتناسبی که

اجبار به اعمال آنها دارد، بکاهد و حتي خلأ مقررات حقوقي را پر نمايد. اصول كلي حقوق با شالوده محکم حقوقي، در حاشية قوانين و گاه برخلاف متنهائي خشک، راه حلهاي براي اجراي عدالت فراهم مي سازد.

به نظر مي رسد که امکان توسل به اصول كلي حقوق براي کمک به قاضي بين المللي، مورد قبول قرار گرفته باشد. نظر به عدم گسترش کافي حقوق بين الملل – چه قراردادي و چه عرفي – که غالباً از آن به کمبودهاي حقوق بين الملل تعبیر مي شود، ممکن است قاضي براي حل مسئله اي با اشکال مواجه شود و چون اجبار به صدور حکم به استناد حقوق بين الملل دارد و نمي تواند از اين مسئوليت امتناع ورزد، احتمال دارد که مقررات قابل اعمال در حقوق بين الملل نيايد. در چنين مواردی، راه حلي که در ماده 38 اساسنامه ديوان بين المللي دادگستري لاهه پيش بيني شده است که به موجب آن «اصول كلي حقوقي مورد قبول ملل متمدن» بعد از معاهدات و عرف بين المللي مي تواند مورد

استفاده قرار گیرد، ناظر بر این مورد است.

در حقیقت انشای ماده 38، مشکلات جدی، هم از نظر تفسیر کلمه مبهم ملل «متمدن» و هم از نظر ماهیت اصول مورد بحث، بوجود آورده است.¹⁶

بنابر عقیده رایج، منظور از «اصول کلی حقوق» مذکور در ماده 38، اصولی آنچنان بهم بافته و پیوسته به تفکر حقوقی است که عملاً در تمام نظام‌های بزرگ حقوقی دنیا یافت شود، و بنابر ضرورت، در حقوق بین‌الملل که مورد قبول دولتهاست، مورد عمل قرار گیرد. در نتیجه، این اصول مشترک که انعکاسی از مفاهیم حقوقی نظام‌های حقوقی ملی است با بررسی، استخراج و جمع‌بندی اصول مورد عمل نظام‌های حقوقی (که بوسیله قضاات دیوان مطابق ماده 9 اساسنامه ارائه می‌شود) تبیین می‌گردد. این امر مستلزم پژوهشی در حقوق تطبیقی است.

بنابر این «اصول کلی حقوق» از اصول کلی حقوق بین‌الملل که برعکس، از اصول

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.

ویژه حقوق بین‌الملل تشکیل می‌گردد، متفاوت است. اصول اخیر از اصول عرفی و نیز از اصول ملهم از قواعد مختلف حقوق بین‌الملل، بدست می‌آید.

با توجه به اختلافات قابل ملاحظه‌ای که دولتها و نظامهای حقوقی 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 به کار می‌رود، در روابط بین‌الدول 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.¹⁷

17. G. ITUNKIN, *Droit international public*, Pédone, 1965, p.119 s., sp. p.126.

این اختلاف هرچه باشد، باید اذعان نمود که «اصول کلی حقوق» به مفهوم ماده 38 اساسنامه، در رویه قضائی دیوان بین‌المللی دادگستری لاهه و حتی دادگاه‌های داوری بین‌الدول، 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 داوری‌ها، 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 خلایق نیست که جستجویی راه حل به طرق دیگر را توجیه نماید.¹⁸

بطور کلی، دیوان هرگز به استناد بند C، 1 ماده 38 اساسنامه خود، اصلی را اعمال ننموده است و زمانی که اصلی را عنوان می‌نماید، کلمات بکار گرفته شده و محتوای سخن، چنین القا می‌نماید

18. C.P.J.I., série A, no 6, p.19; no 10. p.20; no 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.

که اصلي از حقوق بين الملل را در مدنظر داشته است.

پيش‌بيني تدوين کنندگان ماده 38 صحيح به نظر نمي‌رسد (اگر منظور آنان درست تفسير شده باشد). ديوان نيازي ندارد که به اصول مشترك نظامهاي حقوقي مهم دنيا توسل جويد؛ زيرا پايه‌هاي حقوقي ديوان، بر اصول كلي حقوق بين‌المللي استوار گشته است تا در صورت فقد قواعد حقوق بين‌الملل، ديوان به اصول مزبور استناد نمايد. ديوان از اين جهت اين راه حل را پذيرفته است که اين اصول با واقعيتهاي زندگي بين‌الملل انطباق دارد.

دلایلي که موجب عدم موفقيت اصول كلي حقوق در حقوق بين‌الملل مي‌شود، مي‌تواند از دلایل موفقيت آن در حقوق فراملي باشد. حقيقت آنکه اصول كلي حقوق مي‌تواند جائي ويژه در حقوق فراملي اشغال نمايد. بايد روابط حقوقي اشخاص در کشورهاي مختلف جهان تابع اصولي گردد که در نظامهاي حقوقي ملي آنان وجود داشته و به آن خود گرفته‌اند. اما در اين صورت، اين اصول را آنطور که هستند بايد در نظر گرفت. نه اينکه آنها را در

حقوق بین‌الملل جستجو نمود؛ حقوقی که از نظر این اصول دارای خلأ است (لاقال ماده 38 فوق‌الذکر را نباید بدون توجه به رویه قضائی بین‌المللی در مفهوم لغوی در نظر گرفت)؛ بلکه این اصول را باید در مطالعه تطبیقی نظام‌های حقوقی زیربط 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 می‌باشد، مورد نظر قرار گیرد.

با تعریفی که از اصول کلی حقوق شده است (به استثنای مشکلاتی که شناخت این اصول در کشورهای سوسیالیستی دارد) می‌توان اذعان نمود که حقوق فراملی، دارای یک شالوده محکم و گستره حقوقی است که بر مبنای آن دادگاه‌های داوری می‌توانند مجموعه مقررات مفصل‌تری از طریق رویه‌های قضائی خود، تدوین نمایند. اما این کافی است که از یک نظام حقوقی فراملی سخن بمیان آوریم؟

اگر ویژگی‌های بیان شده در مورد نظام حقوقی را بر حقوق فراملی اعمال کنیم، می‌توان گفت که حقوق فراملی قطعاً

می‌تواند منابع حقوقی مستقلی متشکل از عملکردهای جوامع بازرگانی و صنعتی بین‌المللی داشته باشد؛ مشروط بر آنکه از طرفی، این عملکردهای تجاری آنچنان همگون 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 جمع‌بندی نمودند - فراهم سازد، و از طرف دیگر، رویه‌های قضائی مستمري توسط دادگاه‌های فراملی به وجود آید و مورد توجه و عنایت سایر دادگاه‌های مشابه قرار گیرد. آیا این دو شرط حاصل شده است؟ این خود مسئله‌ای است که نتیجه آن را در عمل باید دید و قضاوت کرد.

برعکس، آنچه که قابل انکار نیست، وجود يك نظام مستقل حل اختلافات و كنترل اجرائی مقررات حقوقی در نهاد داوری فراملی می‌باشد؛ نهادی که در روابط فراملی و بین‌المللی دارای عملکرد مثبتی است.

از نقطه نظر تئوری حقوقی، سخن گفتن از يك نظام حقوقی فراملی بی‌مورد نیست. حتی می‌توان گفت که اگر داده‌های

فوق‌الذکر بطور مؤثري جمع گردند، حقوق فراملي، از اين به بعد بعنوان يك نظام حقوقي مطرح مي‌شود؛ نظامي که اگرچه ممکن است نوپا و در حال شکل‌گرفتن باشد، اما قطعاً از نظامهاي حقوقي بين‌المللي و حقوقي ملي متفاوت است.

مع ذلك حتي اگر نظام حقوق فراملي بتواند به طريقي مستقل گسترش يابد، و با توجه به منشأ آن، از نظامهاي حقوقي ملي و بين‌المللي متمايز باشد، واضح است که به حقوق هاي بين‌الملل و حقوق ملي وابستگي خواهد داشت. اما ضمانتهاي اجرائي حقوق فراملي بستگي به اين دارد که نظامهاي حقوقي ملي، در صورت بروز اختلاف، تا چه حد مقررات آن را رعايت نمايند؛ زيرا سوژه هاي حقوق فراملي، از نظر احوال شخصيه و جنبه هاي مختلف ديگر همچون قوانين مالياتي و اجتماعي، و بطورکلي از جهت نظم عمومي، تابع حقوق هاي ملي هستند. اين وابستگي زماني که نياز به کمک مقامات حقوقي ملي وجود دارد - مثلاً اجرائي احکام فراملي - بيش از پيش محسوس مي‌گردد.

حقوق فراملي، مانند حقوق خارجي، ز ماني مي‌توانند بوسيلة دادگاه هاي يك دولت معين اعمال گردد كه حقوق آن دولت، باتوجه به قوا عد تعارض قوانين و در صورتيكه اين قوا عد جائي براي آن در كنار حقوق خارجي بشناسد، حقوق فراملي را قبول کرده باشد.

حقوق فراملي علي‌رغم خصوصيت جهانشمول بودن، برحسب اينكه هر نظام حقوقي ملي تا چه حد اين حقوق را پذيرا باشد، داراي وضعيت متفاوتي است. مع ذلك عملاً مسئله بدین صورت حل مي‌گردد كه اغلب دادگاه هاي ملي، مستقيماً قوا عد حقوقي فراملي را اعمال نمي‌نمايند؛ بلکه اجازه اجراي احكام دادگاه هاي داوري را كه برپايه اين حقوق استوار است، مي‌دهند.

زمانی كه دولت، طرف معاملات فراملي قرار مي‌گيرد، تبعيت نسبي حقوق فراملي از حقوق ملي، ممكن است موجب مشكلاتي گردد كه اين خود مقوله ديگري است.