



ژان فرانسوا اوبر

JEAN-FRANCOIS AUBERT

استاد دانشگاه نوشاتل

دکتر سید علی هنجنی

ملاحظات یکی از متخصصان حقوق اساسی

درباره

تحول منابع حقوق بین الملل

۱. هر وقت کمیته اداره کننده مجامعی از مجامع حقوق بین الملل مأمور برگزاری مراسم سالگردی می شود کار خاصی جز انجام کنفرانسی ندارد. نه مورخان جمع اند، نه موسیقی دانان و نه شعرا تا به نمایش و کنسرت و پرده برداری از مجسمه و امثالهم پردازند. ما هم ناچار به ارائه کنفرانس می پردازیم.

۲. به این ترتیب نوع کار مشخص است. کمیته پس از تشکیل باید سخنگورا نیز تعیین می کرد، که در این امر از خود بدعت نشان داد. می توانست به یکی از متخصصان حقوق بین الملل رجوع نماید، که قاعده همین بود، اما ترجیح داد از حقوقدانان داخلی کسی را انتخاب کند. تردید دارم بگویم متخصص حقوق داخلی یا علاقه مند به مسائل ملی، در هر حال، شخصی انتخاب شد که زندگی حرفه ای خود را در مطالعه و تحقیق راجع به حقوق سوئیس صرف کرده و فعالیت جنبی او در مجالس این کشور او را به عنایت به ایالات سوق داده است.

۳. تقریباً چهل سال پیش در درس حقوق بین المللی استاد ژرژ سوزرهال حاضر می‌شدم. از آن زمان تاکنون به طور فرعی با این رشته سروکار داشته‌ام. پس توجه کنید که خارجی می‌خواهد با اهل فن سخن بگوید، و چرا که نگویید؟ چون خارجی با تردیدها، تعجبها و حتی اشتباهاتش شاید بتواند به عالم چیزی بدهد. موضوع بحث را یافتم، تصمیم گرفتم به تطبیق مطالب کتابهایی که وقتی در اوایل دهه ۱۹۵۰ دانشجوی بودم می‌خواندم با آنچه که امروز منتشر می‌شود^۱ پردازم و تحولات و تغییرات سه دهه را بررسی نمایم.

۴. می‌توانستم فقط از متعلق حق در حقوق بین الملل صحبت کنم و به موضوع حق (عاملان یا بازیگران صحنه بین المللی) نپردازم. در این زمینه اختلافات با آن زمان چشمگیر است.^۲ حقوق بین الملل کهن که فکر می‌کنم همین مطلب را در سال ۱۹۵۰ می‌خواندم، فقط روابط کشورها را تنظیم می‌نمود، مرزها را مشخص می‌کرد، حرمت سفرا را مقرر می‌داشت و چگونگی عقد معاهدات را تعیین می‌نمود. آنگاه که از دریا و فضای هوایی بحث می‌کرد به جهت تقسیم صلاحیتها بود. در حقیقت، همه چیز حول محور حاکمیت می‌چرخید. حاکمیت که تعریف می‌شد کار حل شده بود: دولتها هریک به دلخواه از آن استفاده می‌کردند و چنانچه عرف تکالیفی بر آنها بار می‌کرد (مثلاً راجع به وضع بیگانگان) اساساً به جهت ملاحظه حیثیت سایر دول بود.

^۱ Parmi les ouvrages généraux: ALFRED VERDROSS/BRUNO SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, 3^{ème} éd., Berlin 1984; NGUYEN QUOC DINH/PATRICK DAILLIER/ALAIN PELLET, *Droit international public*, 3^{ème} éd., Paris 1987; DOMINIQUE CARREAU, *Droit international*, 2^{ème} éd., Paris 1986; IAN BROWNIE, *Principles of public international law*, 3^{ème} éd., Oxford 1979; IGNAZ SEIDL-HOHENVELDERN, *Völkerrecht*, 6^{ème} éd., Cologne/Berlin 1987; PAUL REUTER, *Droit international public*, 6^{ème} éd., Paris 1983; CHARLES ROUSSEAU, *Droit international public*, 11^{ème} éd., Paris 1987; et plusieurs cours généraux professés à l'Académie de Droit international de la Haye (RCADI), notamment par R. J. DUPUY (1979), M. LACHS (1980), O. SCHACHTER (1982) et M. VIRALLEY (1983).

^۲ Sur cette différence, voir, par exemple, JACQUES-MICHEL GROSSEN, ASDI 1989, p. 29-45, en particulier p. 31-32 et 34-36.

۵. نه اینکه حقوق بین الملل کنونی به این مسائل توجه نکرده باشد، منظور این نیست، مسائل جدیدی به آن افزوده شده است. حقوق بین الملل کنونی دیگر به توزیع صلاحیتها اکتفا نمی‌کند بلکه در پی جهت دادن به موارد استعمال آن است: بر صورتگرایی آن زمان چیز مادی و ملموسی پیوند خورده است. مردان و زنان به خاطر نفس خود مورد حمایت قرار می‌گیرند، نه به خاطر ملاحظه شئون دولت متبوع.^۳ دریا، اعماق دریاها، فضا و اجرام سماوی مواردی هستند که باید تحت اداره قرار گیرند به نوعی که برای همه بشریت مفید باشد.^۴ دولتها در زمینه محیط زیست تکالیفی برعهده دارند که بسیار گسترده‌تر از دستور منع ریختن مواد مضر در دریاست.^۵ در امور اقتصادی نیز وضع تغییر کرده است و کشورهای فقیر خواستار بازنگری توزیع ثروتها هستند.^۶ حال اگر فرض کنیم که تمام دولتها نیز در معاهدات مربوط به این موضوعات شرکت ننموده و آنها را تصویب نکرده باشند، یعنی در قبال این امور از طریق معاهده متعهد نباشند، اما بدیهی است که بعضی از این موضوعات جنبه عرفی پیدا کرده و از این باب برای همه لازم الاجراء شده‌اند.^۷

۶. علی‌رغم اهمیت تمام این جهتها امروز از آنها نمی‌خواهم سخن بگویم. زیرا چنین بحثی، اگر اشتباه نکنم، بسیار ایدئولوژیک خواهد بود و بیشتر به سیاست بین المللی مربوط خواهد شد تا به حقوق؛ در حالی که در برابر جمعی از حقوقدانان طبیعی است به یک موضوع حقوقی پرداخته شود. بنابراین، موضوعی را که انتخاب کرده‌ام مسأله منابع صوری

^۳ VERDROSS/SIMMA, n° 1209 ss, 1233 ss, p. 798 ss, 820 ss.

^۴ Sur la notion de «patrimoine commun de l'humanité» (les fonds marins, la lune), voir, par exemple, ALEXANDRE-CHARLES KISS, RCADI 1982 II 99-256; VERDROSS/SIMMA, n° 507, p. 313-314.

^۵ VERDROSS/SIMMA, n° 1032, p. 647.

^۶ Sur le «nouvel ordre économique international», voir, par exemple, MICHEL VIRALLY, RCADI 1983 V 330-332; ANTONIO CASSESE, *Le droit international dans un monde divisé*, Paris 1986, p. 321-329; VERDROSS/SIMMA, n° 506, p. 311-312.

^۷ Par exemple, sur la «zone économique exclusive» dans le droit de la mer; cf. OSCAR SCHACHTER, RCADI 1982 V 105; RENÉ-JEAN DUPUY, RCADI 1979 IV 173-174.

حقوق بین الملل است که در اینجا نیز تفاوتها بسیار مشهود است.

۷. پیش از بررسی بعضی تغییرات ماهوی یا ظاهری که در منابع حقوق بین الملل پیدا شده است احتیاطاً ضرورت دارد نظام حقوق بین الملل را مورد سؤال قرار دهیم، ببینیم چگونه است که یک متن حقوقی، یک عملکرد، یا یک اصل منبع حقوق بین الملل قرار می گیرد؛ کامل یا ناقص بودن قواعد فوق به چه معنی است؛ تجدید نظر و تکمیل آنها به چه صورت است؛ مناسبات موجود بین منابعی که اعلام شده کدام است. خلاصه اینکه باید سعی کرد قانون اساسی جامعه بین المللی^۸ را همچون قانون اساسی یک کشور یافت.

۸. شما می دانید و اینجانب نیز فهمیدم که چنین کاری زیاد به جایی نخواهد رسید. همه مستحضریم که نظام فوق الذکر در حال حاضر وجود دارد و اگر بخواهیم آن را از نو بسازیم و از مصالحی که در اختیار داریم استفاده کنیم با قواعد پراکنده و ناقص روبرو خواهیم بود که حتی اجرای آنها با مشکلات منطقی برخورد خواهد کرد. بعضی از این قواعد را در اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری می توان یافت. اساسنامه خود ضمیمه یک معاهده است. بنابراین، معاهده است که تعیین نموده معاهدات یکی از منابع حقوق هستند.^۹ البته می توان گفت اساسنامه که تقریباً تمام دولتهای جهان نسبت به آن متعهد هستند بیانگر قاعده ای

۸. راجع به قانون اساسی جامعه بین المللی، رجوع کنید: فردروس / سیما، شماره ۷۵، ص ۵۹، شماره های ۵۱۵ و بعد، ص ۷۲۱ و بعد. لازم به ذکر است که قانون اساسی در اینجا به مثابه مجموعه ای از قواعد برای تولید قواعد دیگر (نرم نرمها بنا به گفته قدما) در نظر گرفته شده است و نه به عنوان مقررات یک ساختار یا یک سازمان اجتماعی (صورت صورتهای بنا به همان گفته ها). به عبارت دیگر، غرض تشریح منشور ملل متحد نبوده است.

۹. اساسنامه مورخ ۲۶ ژوئن ۱۹۴۵، RSO ۱۹۳۵۰۱، ماده ۳۸. منابع برشمرده در بند اول تنها منابع حقوقی نیست که دیوان اعمال می کند. این منابع طبق همان بند دیباچه مانند به صورت منابع خود حقوق بین الملل به نظر خواننده می رسد نه منابع انحصاری حل اختلاف.

است که از طرف کل جامعه جهانی پذیرفته شده است. بعضی قواعد دیگر در کنوانسیون وین راجع به حقوق معاهدات وجود دارند^{۱۰}؛ بالاخص قاعده ای که به موجب آن معاهداتی که با نرم آمره مطلق حقوق بین الملل تعارض دارند باطل هستند.^{۱۱} این نیز خود معاهده است اما نسبت به اساسنامه که مبدأ منابع حقوق بین الملل و سلسله مراتب سؤال انگیز آن را مطرح کرده از جهانشمولی کمتری برخوردار است. قابل ذکر است که راجع به شرایط سازنده عرف و نیز درباره آثار مناقض عرف و معاهده و همچنین در مورد معنی و مرتبه اصول کلی حقوق هیچ گونه دقتی به عمل نیامده است.

۹. از تصویر ناقصی که مطالعه سیستم به دست می دهد نباید تعجب کرد. نقص بیشتر ناشی از خاصیت تکامل نیافته نظام بین المللی است و به ماهیت پیچیده تئوریهایی که درباره منابع نوشته شده است کمتر ارتباط دارد. اتفاقی نیست که قوانین اساسی کشورها نیز راجع به این مسأله ساکت است. برای مثال، به سختی می توان با قرائت قانون اساسی فدرال سوئیس اصل مشروعیت را دریافت. در نتیجه، در هر زمینه قانونگذار عادی و دادگاهها راه خود را می روند. ماده اول قانون جزا چیز دیگری غیر از ماده اول قانون مدنی می گوید و قاضی مدنی، قاضی جزایی و حتی قاضی امور مالی و قضای اداری هر کدام راههای مختلفی برای اجرای قانون به کار می برند. برداشت آنها از نقص قانون فرق می کند، چون نقش عرف در هر مورد متفاوت است. حتی رابطه بین حقوق بین الملل و حقوق داخلی (بعد از بیان نکاتی شناخته شده راجع به اینکه اولی بر دومی اولویت دارد) ممکن است به انحاء مختلف فهمیده شود.

^{۱۰} Convention du 23 mai 1969, RGDI 1969, p. 919 ss. Texte allemand chez J. P. MÜLLER/L. WILDHABER, *Praxis des Völkerrechts*, 2^{ème} éd., Berne 1982, p. 581 ss. La Convention est entrée en vigueur, pour les Etats qui l'ont ratifiée, le 27 janvier 1980. La Suisse ne l'a pas (encore) ratifiée. — P.S. Voir maintenant FF 1989 II 697, 738; III 1624.

^{۱۱} Voir ci-après, n° 11, note 15.

۱۰. بنا بر دلایل فوق بازسازی قانون اساسی جامعه بین‌المللی را، به علت دور از واقعیت بودن، کنار می‌گذاریم و به بررسی سه مطلب که در سنوات اخیر رواج و اهمیت پیدا کرده است می‌پردازیم: نرم‌های مطلقاً آمره حقوق بین‌الملل (به لاتینی Jus Cogens)، حقوقی که ایجاد الزام نمی‌کند (به انگلیسی Soft Law یا حقوق نرم یا منعقد یا متبلور نشده)، و بالاخره حقوق فراملی.



نرم‌های مطلقاً آمره Jus Cogens ۱۲

۱. نرم مطلقاً آمره و معاهده بین‌المللی

۱۱. این فکر که یک قاعده حقوق بین‌الملل ممکن است مطلقاً آمره باشد جدید نیست. در مجموعه‌های رویه قضایی در این باره عباراتی با قدمت بیش از نیم قرن دیده می‌شود.^{۱۳} طرفداران حقوق طبیعی نیز به نوبه خود وجود چنین قواعدی را محرز می‌دانند. با وجود این، نخستین بار در دهه ۱۹۶۰ کنوانسیون وین راجع به حقوق معاهدات به قاعده آمره اشاره نمود که اهل علم آن را “Jus Cogens” نامیدند.^{۱۴} بعد از بحث‌های فراوان راجع به

^{۱۲} Bibliographie sommaire sur le jus cogens: ANTONIO GOMEZ ROBLEDO, *Le Jus cogens international: sa genèse, sa nature, ses fonctions*, RCADI 1981 III 9—217; MICHEL VIRALLY, *Réflexions sur le «Jus cogens»*, AFDI 1966, p. 5—29; KRYSZYNA MAREK, *Contribution à l'étude du Jus cogens en droit international*, Mélanges P. Guggenheim, Genève 1968, p. 426—459; HERMANN MOSLER, *Jus cogens im Völkerrecht*, ASIDI 1968, p. 9—40; CHARLES DE VISSCHER, *Positivisme et «jus cogens»*, RGDI 1971, p. 5—11; GIORGIO GAJA, *Jus cogens beyond the Vienne Convention*, RCADI 1981 III 271—316; FRITZ MÜNCH, *Bemerkungen zum Jus cogens*, Mélanges H. Mosler, Berlin 1983, p. 617—628; GEORGES PERRIN, *La nécessité et les dangers du jus cogens*, Mélanges J. Pictet, Genève 1984, p. 751—759; PETER SALADIN, *Völkerrechtliches Jus cogens und schweizerisches Landesrecht*, Mélanges pour la Société suisse des Juristes, Berne 1988 (RSJB, tome 124^{bis}), p. 67—96.

^{۱۳} Voir, par exemple, un propos souvent cité du Juge SCHÜCKING, de la Cour permanente de Justice internationale, dans l'arrêt *Oscar Chinn*, du 12 décembre 1934, A. GOMEZ ROBLEDO, RCADI 1981 III 34.

^{۱۴} Le terme semble venir du langage des Pandectistes; cf. MANFRED LACHS, RCADI 1980 IV 202; A. GOMEZ ROBLEDO, ibid. 1981 III 21.

تهیه متن قرارداد وین ماده ای تنظیم شد که به موجب آن هر معاهده ای که مخالف یک «نرم آمره حقوق بین الملل عام» باشد و آن نرم از جانب جامعه بین المللی در مجموع آن پذیرفته شده باشد، باطل است.^{۱۵}

۱۲. این ماده هرچند که آثار قابل تقویمی در عملکرد دادگاههای بین المللی نداشته^{۱۶} اما برای نظریه پردازان جالب توجه بوده است. ماده مزبور سلسله مراتبی در منابع حقوق بین الملل ایجاد کرده که قبلاً رأسی نداشته است.^{۱۷} سابقاً معاهدات، قواعد عرفی، عرف و معاهده هر کدام نسبت به یکدیگر دارای آثار نسخ کننده یا معارض متقابل بودند؛ اما کنوانسیون وین نشان داد که از میان قواعد عرفی یا از میان مواد بعضی معاهدات که مورد تصویب گروه کثیری از دولتها قرار گرفته اند برخی نه تنها قوت نسخ کننده معاهدات قبلی را دارند بلکه معاهدات آینده را نیز تحت تأثیر قرار می دهند.

۱۳. با ملاحظه وضع اخیر حقوقدان داخلی در ذهن خود سعی می کند مسأله را با حقوق داخلی مورد مقایسه قرار دهد. دو مطلب در ذهن او پدیدار می شود: یکی رابطه بین قانون و قرارداد*، و دیگری رابطه بین قانون

۱۵. ماده ۵۳: «هر معاهده ای که در زمان انعقاد با یک نرم آمره حقوق بین الملل عام معارض باشد باطل است. از نظر این کنوانسیون یک نرم آمره حقوق بین الملل عام نرمی است که از طرف جامعه بین المللی دولتها، در مجموع، به عنوان نرمی پذیرفته و به رسمیت شناخته شده است که از آن هیچ گونه تخلف جایز نیست و قابل تغییر شکل نیز نمی باشد مگر از طریق نرم جدید دیگری در حقوق بین الملل عام، که دارای همان خصیصه باشد». این ماده عیناً در کنوانسیون وین ۲ در ۲۱ مارس ۱۹۸۶ (معاهده راجع به سازمانهای بین المللی) آمده است. مجله حقوق بین الملل عمومی، ۱۹۸۶، ص ۵۰۱ و بعد، ۵۲۵، متن آلمانی در YBIL، ۱۹۸۶، ص ۵۱۶ و بعد ۵۳۴؛ و FF، ۱۹۸۹، II، ۷۵۳، ۷۸۶.

^{۱۵} G. PERRIN, p. 754; K. MAREK, p. 454.

^{۱۶} Sur les rapports entre le traité et la coutume, voir l'impressionnante monographie de MARK VILLIGER, *Customary International Law and Treaties*, Dordrecht 1985.

* Contrat

اساسی و قانون عادی. به عنوان نمونه اگر قانون سوئیس را در نظر بگیریم در مورد اول، قانون فدرال کار و مقررات آمره قانون تعهدات، قواعد آمره یا Jus Cogens برای طرفهای یک قرارداد شخصی کار محسوب می شود. در اینجا، فی الواقع، بیشتر بحث تقسیم و توزیع صلاحیتها میان حقوق دولت و استقلال عمل شخصی مطرح است تا بحث سلسله مراتب. اما قیاس بی فایده نیست، زیرا دولت را به عنوان مقصد حقوق بین الملل تلقی می کنیم. حال اگر مورد دوم را بررسی نماییم می بینیم که قواعد قانون اساسی که حافظ حقوق اولیه است، Jus Cogens برای قانون عادی است. در اینجا طرح سلسله مراتب کاملاً بجا و مناسب و قیاس هم صحیح است، زیرا دولت را به عنوان عامل یا نقش آفرین حقوق بین الملل محسوب می کنیم.^{۱۸}

۱۴. قیاس دوم متقاعد کننده تر از اولی است زیرا در دومی در پی تعیین محتوای Jus Cogens هستیم. مسلماً تمام قواعد حقوقی باید مورد تفسیر قرار گیرند و البته در تفسیر ذهنیتهای مختلف است. قانون تعهدات، که به عنوان مثال ذکر کردیم، کاملاً مشروح و نسبتاً دقیق است؛ در حالی که Jus Cogens بین المللی مبهم و نامتقن است و هیچ کس نمی داند محتوای آن دقیقاً چیست.^{۱۹} قانون اساسی هم اغلب در قسمتهای محتوایی مبهم و ناواضح است. بنابراین، می بینیم شباهت در کجاست: قاضی بین المللی که مأمور صدور حکم راجع به بطلان یک قرارداد بین المللی است کارش با دادگاهی که صحت یک قرارداد داخلی کار را بررسی می کند شباهت زیادی ندارد ولی، برعکس، عمل او با عمل دیوان قانون اساسی که مأمور کنترل مطابقت قانون با قانون اساسی است شباهت بسیار

۱۸. راجع به ماهیت دولتها که هم فاعل و هم مقصد حقوق بین الملل هستند، رجوع کنید به شماره ۴۲.

^{۱۹} Sur le contenu du *jus cogens*, voir A. GOMEZ ROBLEDO, RCADI 1981 III 172 ss; M. VIRALLY, *ibid.* 1983 V 178.

پیدا می‌کند. دادگاهی که مقداری «تعیین جهت» داده شده است امکان دارد نتایج شگفت‌انگیزی (بدی) به بار آورد و دقیقاً به همین علت، یعنی به علت واهمه از نتایج غیرقابل پیش‌بینی دادرسی بین‌المللی، بوده که کنوانسیون وین دیر به موفقیت رسیده است.^{۲۰}

۱۵. فکر Jus Cogens اگر اثری بر معاهدات که هدف اصلی آن بوده نداشته است ولی، در عوض، در دو جهت گسترش یافته که قابل ذکر است: یکی در جهت اعمال غیرقراردادی دولتها، و دیگری درون حقوق داخلی کشورها.

۲. قاعده آمره و اعمال یکجانبه دولتها

۱۶. این هم مسأله‌ای است سابقه‌دار که آیا Jus Cogens فقط بر معاهده اثر می‌گذارد یا بر اعمال یکجانبه هم تأثیر دارد (مثلاً بر اقدامات تلافی‌جویانه یا بر اقدامات متقابل). پروفیسور مارک بیست سال پیش اثبات کرد که مسأله وجود یک نظام عمومی بین‌المللی که واجد قدرتی فراتر از قدرت حقوق بین‌الملل «عادی» باشد به طور کلی فایده ندارد زیرا عرف آمره است و دو دولت می‌توانند طبق قرارداد از آن عدول نمایند، ولی دولتی اگر به تنهایی عمل کند باید عرف را محترم بشمارد.^{۲۱} پس، این تمایل وجود دارد که عرف را در برابر معاهده اقتدار بخشند (نظر کنوانسیون وین نیز همین بوده است)، ولی هیچگاه لازم ندیده‌اند آن را در برابر عمل یکجانبه تقویت کنند.

۱۷. هرچند قبول داریم که موقعیت Jus Cogens نسبت به معاهده را نمی‌توان در حق اعمال غیرقراردادی جاری دانست، اما این

²⁰ Cf. Giorgio Gaja, RCADI 1981 III 279.

²¹ K. Marek, p. 440; A. Gomez Robledo, RCADI 1981 III 198.

به معنای نفی نظام حقوقی بین المللی نیست. نظام بین المللی یا Jus Cogens دارای نتایجی بر حقوق مسئولیت بین المللی دولتهاست. بعضی علل که نقض یک قاعده معمولی را توجیه می‌کند (مانند رضایت مجنی علیه یا وجود حالت مخاطره آمیز) قادر به توجیه نقض یک قاعده مربوط به نظم عمومی نیستند.^{۲۲} هر دولت ذینفعی، با ملاحظه تعدی به نظم عمومی بین المللی از سوی دولتهای دیگر، صلاحیت شکایت دارد ولی صلاحیت شکایت در مورد جرایم عادی ندارد.^{۲۳} همچنین می‌توان پذیرفت که یک قاعده مربوط به نظم عمومی، برخلاف بقیه قواعد، افراد خصوصی را نیز به طور مستقیم متعهد می‌کند.^{۲۴}

۳. قاعده آمره در حقوق داخلی کشورها

۱۸. نکته دیگر این است که Jus Cogens بین المللی بر حقوق داخلی کشورها می‌تواند تأثیراتی داشته باشد. آن دسته از علمای حقوق بین الملل که در هر شرایطی معتقد به اولویت مطلق حقوق بین الملل بر حقوق داخلی هستند مسلماً چنین سؤالی از خود نمی‌کنند (اینها فقط باید روشن کنند که محتوای حقوق بین الملل کدام است). اما کسانی که قائل به امکان تعارض میان قواعد حقوق بین الملل و قوانین داخلی هستند این پرسش را در ذهن مطرح می‌کنند، و شاید استناد به مفهوم پاسخ آنان را روشن سازد. در هر حال، دادگاههای داخلی قانونی را که معارض Jus Cogens باشد اجرا نمی‌کنند.

^{۲۲} A. GOMEZ ROBLEDO, RCADI 1981 III 202-203; G. GAJA, ibid. 1981 III 293, 296.

^{۲۳} JOCHEN ABR. FROWEIN, *Verpflichtungen erga omnes im Völkerrecht und ihre Durchsetzung*, Mélanges H. Mosler, Berlin 1983, p. 241-262. Cf. une phrase de l'arrêt *Barcelona Traction*, de la Cour internationale de Justice, du 5 février 1970, Recueil 1970, n° 33, p. 32.

^{۲۴} به شماره ۳۴ رجوع کنید.

۱۹. این حرف ظاهراً قانع کننده به نظر نمی‌رسد، چون اگر Jus Cogens محدود به چند اصل عمده باشد دیگر کدام قانون داخلی (قوانین سوئیس را مثلاً در نظر بگیریم) با آن معارض خواهد بود؟ و اگر Jus Cogens تمام آن چیزهایی است که مجمع عمومی سازمان ملل متحد با اکثریت دوسوم تصویب می‌کند به سختی می‌توان پذیرفت که دادگاه‌های سوئیس برای آن اولویت قائل باشند. با وجود این، جایی هست که مسائل به این سادگی هم نیستند و برای سوئیس مشکل آفریده‌اند و آن وضعیت بیگانگان و بالاخص برگرداندن آنها از خاک سوئیس است. در این قسمت می‌خواهم به دو مسأله اشاره کنم: استرداد و دیگری دفع*.

۲۰. در مورد استرداد، وضعیت به قرار زیر است: اگر دولت مطالبه کننده عضو کنوانسیون اروپایی ۱۹۵۷^{۲۵} باشد (مانند سوئیس) کاری که باید کرد این است که کنوانسیون را به نحو صحیح به مورد اجرا گذاشت تا از ظلم و تبعیض جلوگیری شود.^{۲۶} اگر با دولت مطالبه کننده، نه از طریق کنوانسیون ۱۹۵۷ و نه از طریق هیچ قرارداد دوجانبه همسنگی، متعهد نشده باشیم استنباط صحیح از قانون فدرال مورخ ۱۹۸۱ راجع به معیاری بین المللی در زمینه امور جزایی^{۲۷} همان نتیجه ای را خواهد داشت که از عضویت دولت در کنوانسیون فوق الذکر حاصل می‌شود. عضویت در کنوانسیون نباید ملاک عمل باشد، زیرا جلوگیری از تبعیض جزئی از نظام ملی سوئیس است (جنبه آمره دارد) و به پیچ و خم بیهوده یعنی توسل به

* refoulement

۲۵. کنوانسیون اروپایی راجع به استرداد، منعقد در پاریس، ۱۳ دسامبر ۱۹۵۷، RSO، ۳۵۳.
۲۶. کنوانسیون، ماده ۱۱۳: «چنانچه دولتی که از او تقاضای استرداد شده است دلایل موجهی داشته باشد که تقاضا به جهت جرمی عمومی و به منظور تعقیب یا تنبیه فرد بنا بر ملاحظات نژادی، مذهبی، ملیت یا عقاید سیاسی باشد و یا اینکه موقعیت آن فرد به یکی از این دلایل تشدید پیدا کند، با استرداد موافقت نخواهد کرد». نمونه اجرای کنوانسیون در ATF، ۱۰۹، Ib، ۶۴، ۷۵-۷۰، Sener، مورخ ۲۲ مارس ۱۹۸۳.

27) Loi du 20 mars 1981, RS 351 1.

Jus Cogens بین المللی نیاز نیست.^{۲۸} اما اگر دولت (سوئیس) با دولت متقاضی استرداد از طریق قرارداد دوجانبه مشخصی مرتبط باشد که در آن مسأله نظم عمومی داخلی در اجرای قرارداد مؤثر نباشد اقدام از راه توسل به Jus Cogens بین المللی ضروری خواهد بود. در این مورد، دادگاه فدرال صریحاً اعلام کرده است که نظم عمومی بین المللی (که گاه آن را «اصول کلی» یا «قواعد آمره» حقوق بین الملل می نامد) بر توافقنامه های دوجانبه سوئیس اولویت دارد.^{۲۹}

۲۱. در زمینه دفع، مسأله فرق می کند. آن کنوانسیونهایی که برای استرداد وجود دارد در مورد دفع وجود ندارد، ولی کنوانسیون اروپایی حقوق بشر هست و به موجب آن نمی توان فردی را در معرض تبعیض قرار داد.^{۳۰} مسلماً روح حقوق سوئیس منع تبعیض را قبول دارد و دفع را که می توان «خطرناک» توصیف نمود ممنوع کرده است^{۳۱}؛ مسأله مهم، احراز وجود خطر است.

در حال حاضر، این مسأله به دولت مربوط می شود و محاکم در این زمینه نقشی ندارند و فقط به دعاوی استرداد رسیدگی می کنند. حال، آیا

۲۸. قانون ۲۰ مارس ۱۹۸۱، ماده ۲: «تقاضای تعاون در زمینه جزایی رد می شود چنانچه امکان داشته باشد که رسیدگی در خارج ... (ب) نظریه تعقیب یا تنبیه شخصی به دلیل عقاید سیاسی، تعلق او به گروه اجتماعی خاص، نژاد، دین یا ملیت او داشته باشد یا ج) خطر تشدید موقعیت شخص مورد تعقیب به یکی از دلایل مندرج در بند «ب» وجود داشته باشد ...» (ژنیر) ۱۱ ژوئیه ۱۹۷۳، Losembe، ۵۵۶، ۵۴۷، Ia، ۹۹، ATF؛ Cf.

(تونس) ۱۷ آوریل ۱۹۸۵، Ch، ۱۴۷-۱۴۵-۱۳۸، III.Ib.

^{۲۹} ATF 101 Ia 533, 541, *Lynas*, du 12 décembre 1975 (États-Unis); 108 Ib 408, 410-413, *Bufano I*, du 3 novembre 1982 (Argentine); 112 Ib 215, 222-224, *Bufano II*, du 21 mai 1986 (Argentine); 113 Ib 183, 186, C., du 16 septembre 1987 (Belgique). L'extradition a été refusée, en vertu de l'ordre public international, dans *Bufano I*: il n'y avait pas d'objection à tirer de l'ordre public international dans *Lynas*, *Bufano II* et C.

۳۰. کنوانسیون منعده در ۴ نوامبر ۱۹۵۰ در رم RSO، ۱۰۱، ماده ۳: «هیچ کس را نمی توان

شکجه داد یا مجازاتها یا رفتارهای غیرانسانی یا ترضیلی در حق او روا داشت».

^{۳۱} Loi sur le séjour et l'établissement des étrangers, du 26 mars 1931, RS 142 20, art. 14a (version du 20 juin 1986).

واقعاً چنین روش «ملاحظه کارانه ای» با نظم عمومی بین المللی مطابقت دارد؟ (این سؤالی است که «پرفسور سالادن» از خود می‌کند).^{۳۲}

۲۲. در جایی دیگر نیز Jus Cogens بین المللی ممکن است دارای آثاری روی مکانیسمهای حقوق سوئیس باشد. منظورم تجدید نظر در قانون اساسی فدرال و حدودی است که می‌توان بر آن وارد کرد. علی‌الاصول، سوئیس به قبول محدودیتهای واقعی، حتی آن محدودیتهایی که ناشی از قرارداد دوجانبه است، تمایلی ندارد؛ چون فکر می‌کنیم که اولویت حقوق بین الملل با قبول مسئولیت بین المللی از طرف سوئیس کاملاً حفظ می‌شود.^{۳۳} اما وقتی یک قاعده اساسی، مانند ممنوعیت «دفع خطرناک»، مطرح باشد آقای سالادن معتقد است که در اینجا صرف استناد به مسئولیت بین المللی دردی را درمان نمی‌کند^{۳۴} و باید راه به وجود آمدن آنچه را که غیرقابل جبران است قبل از به وجود آمدن مسدود کرد. بنابراین استدلال طرح ملی که به موجب آن کلیه خارجیانی که به طور غیرقانونی به سوئیس وارد شده‌اند باید بدون بررسی برگردانده شوند، اگر به هیچ وجه قابل انطباق با قواعد کاملاً آمره حقوق بین الملل نباشد باید از طرف مجلس فدرال باطل اعلام شود.

^{۳۲} P. SALADIN, p. 94-96.

^{۳۳} Voir la décision de l'Assemblée fédérale au sujet de l'initiative populaire dite «de Rhéin» ; FF 1954 I 697-807 (message du Conseil fédéral); II 525 (arrêté).

^{۳۴} P. SALADIN, p. 87.



اعلامیه‌هایی* که ایجاد الزام نمی‌کند

(حقوق متبلور نشده یا نرم (Soft Law)^{۳۵})

۲۳. تا اینجا به بررسی قاعده مافوق حقوق پرداختیم. اکنون بجاست به منابعی که مبادون آن هستند اشاره کنیم و ببینیم آیا واقعاً جزو نظام هستند یا نه. مقصود کلیه قطعنامه‌ها، التزامات و قول و قرارهایی است که به زبان حقوقی نوشته شده است، اما نویسندگان آن نخواسته‌اند آثار حقوقی بر آنها بار شود.

۲۴. ابتدا باید دید این حقوق «نرم» و بسته نشده که سالهاست توجه نظریه پردازان را به خود جلب کرده است چه مواردی را شامل نمی‌شود تا ابهامها مرتفع گردد.

منظور عبارات و اشارات حقوقی نرم زایی نیست که بتوان از طریق

* نویسنده در اینجا به جای لفظ "droit" که قبلاً به کار برد، لفظ "déclaration" را آورده است. (مترجم)

³⁵ Bibliographie sommaire sur le soft law: MICHEL VIRALLY, *La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique (à l'exception des textes émanant des organisations internationales)*, Annuaire de l'Institut de Droit international, vol. 60 (1983), Session de Cambridge, tome I, p. 166-257 (rapport provisoire), p. 328-357 (rapport définitif); IGNAZ SEIDL-HOHENVELDERN, *International Economic «Soft law»*, RCADI 1979 II 165-246; PIERRE MICHEL EISEMANN, *Le Gentlemen's agreement comme source du droit international*, Clunet 1979, p. 326-348; MICHAEL BOTHE, *Legal and non-legal norms — a meaningful distinction in international relations?*, Netherlands YBIL 1980, p. 65-95; M. VIRALLY, *Sur la notion d'accord*, Mélanges R. Bindschedler, Berne 1980, p. 159-172; WILHELM WENGLER, *Die Wirkungen nichtrechtlicher Verträge zwischen Staaten*, Archiv des VR 1984, p. 306-327; CLEMENS JABLONER/WOLF OKRESK, *Theoretische und praktische Anmerkungen zu Phänomenen des «soft law»*, Öster. ZöRVR 1983, p. 217-241; CHRISTOPH SCHREUER, *Die innerstaatliche Anwendung von internationalem «soft law» aus rechtsvergleichender Sicht*, ibid. 1983, p. 243-260; DANIEL THÜRER, *«Soft law» — eine neue Form von Völkerrecht?*, RDS 1984 I 429-453.

عقد معاهده از آنها عدول کرد. اینها، در صورت عدم وجود معاهده، از منابع حقوقی متبلور (بسته شده یا Hand Law) محسوب می‌شوند. منظور عبارات و اشارات حقوقی هم نیست که الفاظ گنگ و مبهم در آنها به کار رفته است. بکارگیری لفظ مبهم ماهیت متن را تغییر نمی‌دهد؛ فقط نیاز به تفسیر خواهد بود و قدرت قانونگذار کمی به قاضی منتقل خواهد شد.

منظور مقررات جاری بین افراد خصوصی هم نیست که می‌خواهند آن را بدون کمک دولت اجرا کنند. این نوع مقررات نیز مانند قبلی به تمام معنی حقوقی است. فقط امکان دارد در مقام اجرا مشکل ایجاد شود (به انتهای مقاله رجوع کنید).

۲۵. نتیجه اینکه لفظ «حقوق نرم» باید به عبارات و اشارات نرماتیو یا قاعده‌زایی اطلاق شود که مشخصه آنها غیرالزام آور بودن باشد یا، به عبارت بهتر، از نظر حقوقی الزام آور نباشند و تعهدات ناشی از آنها در محاکم قابل طرح نباشد. عبارات مذکور به صور مختلف دیده می‌شوند بخصوص به صورت قول یا وعده، قرارداد و اعمال یکجانبه جمعی؛ نمونه‌هایی که ذکر می‌کنند از جمله اعلامیه‌ها یا بیانیه‌هایی که در آن تمایلات سیاسی یا حقوقی اظهار می‌شود، توافقنامه‌های اخلاقی* و قطعنامه‌های مجامع است. این مصادیق را، هم در داخل کشورها و هم در روابط بین‌المللی می‌توان یافت.

۱. اعلامیه‌هایی که در داخل کشور ایجاد الزام نمی‌کنند^{۳۶}

۲۶. علی‌رغم آنکه قانونگذاران داخلی از قدرت الزام‌کننده‌ای

* gentlemen's agreements

³⁶ A l'intérieur du droit suisse, voir, par exemple: BERND STAUDER/JOACHIM FELDGES/PETER MÜLBERT, *Praxis und Perspektiven von Konsumentenschutz durch «soft law» in der Schweiz*, RDS 1984 I 245-287; ETIENNE POITIER, *Les gentlemen's agreements à participation publique*, ibid.

جهت رعایت تعهدات حقوقی برخوردارند اما خود آنان قبول دارند که از این قدرت برای تمام امور استفاده نمی‌شود. به عنوان مثال، در شکل‌گیری بعضی قراردادها مراحل مقدماتی وجود دارد که طی آن ذمه طرفها به مقدار ناچیزی نسبت به هم مشغول می‌شود، ولی هیچ‌گونه تعهدی برای عقد قرارداد ایجاد نمی‌گردد. گاه نیز توافقنامه‌هایی تماماً منعقد شده‌اند ولی طرفین ارجاع اختلافات احتمالی را به محاکم قضایی یا داوری پیش‌بینی نکرده‌اند. قراردادهایی نیز داریم که قانون آنها را معتبر می‌شمارد اما حمایت لازم را از آنها به عمل نمی‌آورد. اینها همه نمونه‌هایی بود که در حقوق خصوصی بسیاری از کشورها دیده می‌شود.

۲۷. در حقوق عمومی نیز با این گونه پدیده‌ها روبرو هستیم و بویژه در روابط بین مقامات سیاسی با این گونه اعمال بسیار برخورد می‌کنیم. به عنوان مثال، در سوئیس شورای فدرال هر چهار سال یک بار راجع به خطوط عمده سیاسی دولت گزارش تهیه می‌کند و به مجلس ارائه می‌دهد. اکنون سؤال این است که آیا پارلمان فقط باید از آن اطلاع حاصل کند (همان‌طور که در حال حاضر معمول است)، یا باید راجع به آن «بیانیه» صادر نماید، یا اینکه باید آن را تصویب کند یا حتی مسئولیت آن را به عهده بگیرد؟^{۳۷}

۲۸. امور فوق را هر طور بخواهیم می‌توانیم در نظر بگیریم، اما آنچه مسلم است اینکه «حقوق نرم» بیانگر حق است و یک کرده اجتماعی یا سیاسی نیست. کسانی که این فرمول انگلیسی را جا انداختند

1987 I 367-402, en particulier 372-377; THOMAS COTTIER, *Die Rechtsnatur «unverbindlicher» Entwicklungspläne*, ibid. 1984 I 385-432 (concernant la planification opérée par les autorités politiques fédérales; avec un excursus relatif au «soft law» en droit international, 413-419).

^{۳۷} Voir, sur cette controverse, une motion BINDER et ses suites: BO 1982 CE 161-168; FF 1986 II 1-50 (rapport du Conseil fédéral); BO 1987 CE 86-96 (maintien du statu quo); FF 1989 I 1160-1171 (rapport d'une commission du Conseil national, proposant de prévoir des «déclarations de groupes»).

می‌دانستند چه می‌کنند. حقوق نرم بیش از یک کرده حقوقی است؛ یک قاعده اساسی است و شاید هم قاعده ای است که در بعضی موارد، چنانچه مبتنی بر قواعد اساسی دیگر باشد می‌تواند حالتی کاملاً الزام آور به خود بگیرد. نمونه‌هایی از آن که در سوئیس وجود دارد به قرار زیر است: کسی که در مرحله مقدماتی عقد قراردادی اقتضائات اصل حسن نیت را رعایت نکرده باشد ممکن است موظف به پرداخت غرامت شود^{۳۸}؛ کسی که «دین شرافتی» را اشتباهاً تأدیه می‌کند طبق قانون حق ندارد استرداد آن را بخواهد^{۳۹}؛ «تواقهایی که دارای نیروی الزام آور نیستند» گاهی احکام کارتل در مورد آنها جاری است^{۴۰}؛ «قیمتهای سفارش شده» گاه مانند قیمتهای گذارده شده در قرارداد کنترل می‌شود که قانون اساسی نیز آن را متذکر شده است^{۴۱}؛ شورای فدرال هرگاه از «خطوط عمده» ای که اعلام نموده است دور شود باید به مجلس توضیح دهد.^{۴۲} به نظر می‌رسد مثالهای فراوان دیگری نیز باشد.

۲. اعلامیه‌هایی که در روابط بین المللی ایجاد الزام نمی‌کنند

۲۹. در روابط بین المللی حقوق نرم شناخته شده تر است. مفسران حقوق داخلی زیاد به آن توجه نکرده‌اند، ولی علمای حقوق بین الملل آن را مورد عنایت قرار داده‌اند و یکی از فصول لازم کتابهای کوچک و بزرگ است.^{۴۳} آن را به دو بخش می‌توان تقسیم کرد: توافقنامه‌هایی که الزام آور نیستند، و قطعنامه‌های مجمع عمومی سازمان ملل متحد.

^{۳۸} Sur la culpa in contrahendo, voir ERNST A. KRAMER, *Kommentar des OR*, VI 1, Allgemeine Bestimmungen, Berne 1986, Allgemeine Einleitung, n° 132–151, p. 69–78.

^{۳۹} Art. 63 II du code des obligations.

^{۴۰} Art. 2 I de la loi sur les cartels, du 20 décembre 1985, RS 251.

^{۴۱} Art. 31^{septies}.

^{۴۲} Art. 43 I et 45 V de la loi sur les rapports entre les conseils, du 23 mars 1962, RS 171 11, version des 23 mars et 14 décembre 1984.

^{۴۳} Par exemple: VERHOEFF/SIMMA, n° 543 à 548, 634 à 639, 654 à 657; p. 342–345, 405–412, 419–422; NOUYEN QUOC DINH, n° 251 à 259, p. 345–358; D. CARREAU, n° 505 à 539, p. 181–195.

● الف. توافقنامه‌هایی که الزام‌آور نیستند:

۳۰. همه قبول دارند که چنین توافقنامه‌هایی وجود داشته و دارند و هرکسی هم قبول دارد که تشخیص هویت و وجه افتراق آنها با توافقنامه‌های الزام‌آور دشوار است. با وجود این، نمونه‌های بارز آن را می‌توان چنین برشمرد: بیانیه‌های صادره پس از کنفرانسهای رؤسای ممالک^{۴۴}، اسناد تنظیم شده پس از ختم مذاکرات^{۴۵}، خط مشی^{۴۶}، دستورهای کلی^{۴۷}، اعلامیه‌های حاکی از اتخاذ موضع (مانند اعلامیه‌های تعیین کننده برنامه‌های Cost^{۴۸} و Eureka^{۴۹}) و غیره. تنوع این گونه توافقنامه‌ها حیرت‌آور است. استاد فقید «ویرالی» در سی و پنج صفحه و در ده نوع آنها را احصاء کرده است.^{۵۰}

۳۱. نقطه مشترک در مورد توافقنامه‌های غیرالزام‌آور آن است که در مجالس ملی به تصویب نمی‌رسند. الزام‌آور نبودن چه علت عدم تصویب باشد و چه معلول آن، در هر حال، توافقنامه‌های غیرالزام‌کننده معاف از تأیید مجلس هستند^{۵۱} و این امر قابل درک است، چون وقتی که دولت تعهداتی ساده و انعطاف‌پذیر اختیار می‌کند مسلماً نمی‌خواهد زیر بار تشریفات سنگین مجلس برود، یا به عبارت معکوس، دولت اگر بخواهد از فشار نمایندگان خلاص شود هیچگاه تعهدات سخت به عهده نمی‌گیرد. اما آنچه قابل توجه است اینکه نتیجه این تقسیم صلاحیتها چیست؟ هرگاه یک

^{۴۴} Par exemple: Yalta (11 février 1945), Potsdam (2 août 1945).

^{۴۵} Par exemple: Helsinki (1^{er} août 1975); cf. FF 1975 II 933, 939 ss, en particulier 1012.

^{۴۶} Par exemple: Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, du 21 juin 1976; cf. FF 1976 II 1419, 1476.

^{۴۷} Par exemple: Directives de Londres, du 17 juin 1975, sur l'usage de la technologie nucléaire; cf. M. BOTHE, p. 84-85.

^{۴۸} Cf. FF 1979 I 318, 361 ss; 1982 II 1132 ss, en particulier 1134-1135.

^{۴۹} FF 1986 I 504, 569.

^{۵۰} Annuaire de l'Institut, vol. 60 I 1983, p. 189-224.

^{۵۱} Pour la Suisse, voir JAAC 1987, n° 58, p. 391-392. Est réservée, naturellement, la compétence financière du Parlement: voir, pour la coopération technologique en Europe, FF 1987 II 923, 950-951 (message du Conseil fédéral); 1988 I 79 (arrêté).

تعهد بین المللی جنبه حقوقی داشته باشد باید ابتدا مجلس آن را قبول کند و هرگاه مبتنی بر حیثیات باشد چنین تأییدی لازم نیست و دولت خود به تنهایی ضامن شرافت و حیثیت ملی است.

۳۲. قالب فوق قدری تحمیلی است، زیرا ارزش توافقنامه‌های

غیرالزام کننده همان قدر مبتنی بر کسب منفعت است که مبتنی بر حفظ حیثیت و شرافت. چنانچه دولتی به صدور چنین اعمالی مبادرت نماید حتماً در آن منفعتی دارد؛ یعنی این منفعت که نمی‌خواهد زیاد خود را متعهد کند و در عین حال می‌خواهد قدری هم متعهد کند؛ این منفعت که دیگران هم متعهد شوند و به تعهدات خود عمل نمایند. از سوی دیگر، بهترین ضامن امانت و وفاداری طرف مقابل صحت عمل و حفظ امانت از طرف اول است. بنابراین، دو دلیل بر خوش‌قولی وجود دارد: یکی حیثیت و دیگری منفعت. در هر حال، اغلب محققانی که این بحث را بررسی کرده‌اند خاطرنشان می‌سازند که، صرف نظر از ملاحظات اخلاقی، توافقنامه‌های غیرالزام کننده از معاهدات دقیق حقوقی هرگز حرمت کمتری ندارند و به شیوه خود در تحکیم روابط بین المللی سهم اند.^{۵۲}

۳۳. حال اگر چنین توافقنامه‌ای نقض شد چه می‌شود؟ در چنین

وضعی است که می‌توان ماهیت آن را دریافت. دولت نقض کننده مسلماً باید ناملایمات را بپذیرد: وظیفه خواهد داشت (وظیفه اخلاقی و گاه نیز حقوقی) که درباره آن گزارش بفرستد، توضیح دهد، در برابر سرزنشهای بقیه بایستد. خلاصه اینکه کار دنباله پیدا می‌کند و باید تن به عواقب آن داد*، و در صورت اصرار بقیه، بی‌اعتباری و خطر عکس‌العمل را در پی دارد. اما کسی حق ندارد در برابر نقض، به اقدام مستقیم در مراجع قضایی

⁵²⁾ M. VIRALJY, Mélanges R. Bindschedler 1980, p. 171.

* Le suivi

دست بزند و یا به اقدامات تلافی جویانه مبادرت کند. وجه اختلاف نقض توافقنامه غیرالزام آور با نقض معاهده در همین جاست و همه برسر این نکته اتفاق نظر دارند که «تعهد» غیرالزام آور در دولتهای ذی حق اعتبار و اعتماد ایجاد نمی‌کند.

۳۴. بی شک بعضی رفتارها غیرقابل قبول است. مثلاً وقتی که (همان گونه که در ژانویه گذشته در وین اتفاق افتاد) دولتی که سند نهایی را امضاء می‌کند همزمان اعلام نماید که به وعده خود وفا نخواهد کرد، در اینجا دیگران به او اعتراض خواهند کرد و اعتراض آنها مشروعیت دارد.^{۵۳} چنانچه دولتی، بدون آنکه اوضاع و احوال تغییر کرده باشد، دقیقاً خلاف آنچه که قول داده است عمل کند، بدون تردید، طرفهای او قانوناً حق دارند خود را در برابر چنین حرکاتی حفاظت نمایند.^{۵۴} البته باید حدود را نگه داشت. درست است که امکان دارد از حسن نیت طرفهای مقابل سوءاستفاده شود اما از اصل حسن نیت نیز امکان دارد سوء استفاده شود و آن را دستاویز قرار داد تا در مواردی که حقیقتاً سوء استفاده‌ای نشده است بنابر همین اصل قصد حفاظت و حمایت از آن نمود.^{۵۵} بد نیست همین جا به نکته‌ای اشاره کنیم: هم اکنون در نظامهای حقوقی غرب و شاید هم جاهای دیگر دویا سه اندیشه حاکم وجود دارد که قادر است مفاهیم بسیار روشنی را از بین ببرد: یکی از آنها مفهوم نسبیت است و دیگری حسن نیت. می‌نویسیم چهار و نسبیت به ما می‌گوید بخوان سه. می‌گوییم سیاه، حسن نیت چنین القاء می‌کند که منظور سفید است. توجه داشته باشید که این خود افکار نیست که قابل انتقاد است؛ افکار کاملاً صحیح است، چگونه بکارگیری آنها مطرح است. برای مثال، راجع به همان موضوع مورد بحث خودمان، اگر دولتی به طور کاملاً صریح بگوید: «من از نظر حقوقی

^{۵۳} NZZ, du 16 janvier 1989, p. 1; Journal de Genève, du 16 janvier 1989, p. 24.

^{۵۴} Sur la notion d'«estoppel», voir CHR. DOMINICÉ, *A propos du principe de l'estoppel en droit des gens*, Mélanges P. Guggenheim, Genève 1968, p. 327-365; J. P. MÜLLER, *Vertrauensschutz im Völkerrecht*, Cologne / Berlin 1971, p. 5 ss.

^{۵۵} Cf. M. BOTTE, p. 94-95; D. THÜRER, p. 445.

متعهد نمی‌شوم، نمی‌خواهم حقانیت چیزی را علیه خودم تضمین کنم و به عهده بگیرم»، نخستین واکنش مبتنی بر حسن نیت از سوی سایر دولتها این است که از او چنین تضمینی نخواهند.

● ب. قطعنامه های مجامع^{۵۶}

۳۵. در این قسمت می‌خواهیم بخصوص به قطعنامه های مجمع عمومی سازمان ملل متحد رجوع کنیم. می‌دانیم طرز تفکری که نسبت به حقوق بین الملل داریم، بسته به تعلق ما به مناطق مختلف جهان، فرق می‌کند، و به نظرمان رسید که باب قطعنامه از ابوابی است که این طرز تفکر را از همه بیشتر دستخوش تغییر می‌کند. امیدواریم کسی بدش نیاید که از عقیده ای بسیار غربی دفاع می‌کنیم.

۳۶. این فکر که اکثریت می‌تواند اراده خود را بر اقلیت تحمیل کند هرچند قاعده مسلّمی نیست، با وجود این، چرخش امور بر آن گذاشته شده است. در سطح کشور به این قاعده می‌گویند قانون اساسی.^{۵۷} در روابط

^{۵۶} Bibliographie sommaire sur les résolutions d'assemblées: voir plusieurs contributions aux *Mélanges R. Bindschedler*, Berne 1980, notamment JEAN MONNIER, *Nodules et principes, Réflexions sur la portée de la résolution 2749 (XXV) de l'Assemblée générale des Nations Unies*, p. 129—144; STANISLAS EDWARD NAIHJK, *Quelques réflexions sur la codification du droit international*, p. 145—158; PAUL DE VISSCHER, *Observations sur les résolutions déclaratives de droit adoptées au sein de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies*, p. 173—185; MARIANNE VON GRÜNIGEN, *Die Resolution der Generalversammlung der Vereinten Nationen und ihr Einfluss auf die Fortbildung des Völkerrechts*, p. 187—200; ainsi que plusieurs contributions aux *Mélanges R. Ago*, tome I^{er}, Milan 1987, notamment GEORGES ABI-SAAB, *La coutume dans tous ses états ou le dilemme du développement du droit international général dans un monde éclaté*, p. 53—65; MANUEL DIEZ DE VELASCO VALLEJO, *Législation et codification dans le droit international actuel*, p. 247—259; KRZYSZTOF SKUBISZEWSKI, *Resolutions of the U. N. General Assembly and evidence of custom*, p. 503—519; ERIK SUY, *Rôle et signification du consensus dans l'élaboration du droit international*, p. 521—542; FRANCIS WOLF, *Nécessité croissante des normes internationales*, p. 553—563; KARI ZEMANEK, *Codification of international law: salvation or dead end?*, p. 581—601. Cf. encore WILHELM WENGLER, *Rechtstheoretische und rechtssoziologische Betrachtungen zur Unterscheidung zwischen völkerrechtlich verbindlichen und völkerrechtlich unverbindlichen Äusserungen völkerrechtlicher Organe*, *Öster. ZöRVR* 1982, p. 173—198; JEAN MONNIER, *Observations sur la codification et le développement progressif du droit international*, *Mélanges G. Perrin*, Lausanne 1984, p. 237—249.

^{۵۷} رجوع کنید به عنوان مثال به مواد ۸۸ و ۱۲۳ قانون اساسی فدرال.

بین کشورها این قانون اساسی همان قرارداد یا معاهده بنیانی است. زیربنای سازمانهای بین المللی، بویژه آنهایی که به فراملی معروف شده اند، همین قراردادهای پایه یا بنیانی است. قاعده اکثریت را منشور ملل متحد نیز برای بعضی تصمیمات^{۵۸} خود و نیز تجدیدنظر در آن شناخته است، اما آن را به سطح یک اصل ارتقا نداده است، یا دست کم تاکنون این کار را نکرده است.

۳۷. مجمع عمومی سازمان ملل متحد هر ساله قطعنامه های بسیاری در زمینه های مختلف نظیر حقوق بشر، توسعه اقتصادی، ثروتهای طبیعی و محیط زیست^{۶۰} صادر می کند. قطعنامه های مذکور که به طور حساب شده ای به یکدیگر مربوط هستند غالباً به سبک و شیوه ای اصولی یا قاعده ز^{۶۱} نوشته می شوند. اکنون سؤال این است که ارزش حقوقی این قطعنامه ها چیست؟

۳۸. یک صورت ساده قضیه این است که قطعنامه (همچنانکه بسیار اتفاق می افتد) بعداً به معاهده تبدیل شود. در این حالت، معاهده مذکور کلیه دولتهایی را که آن را تصویب کرده اند متعهد می کند.^{۶۲} اما دولتهایی که آن را تصویب نکنند چه وضعی خواهند داشت، یا در مدتی که هنوز معاهده لازم الاجراء نشده است وضعیت به چه صورت درمی آید، و قطعنامه ای که به معاهده تبدیل نشود چه ارزشی پیدا می کند؟^{۶۳}

۵۸. منشور ملل متحد، ماده ۱۸ (اکثریت مطلق یا دوسوم بسته به مورد).
۵۹. منشور ملل متحد، ماده ۱۰۸ (اکثریت دوسوم برای تأیید و برای تصویب که در تصویب اتفاق رأی پنج عضو دائمی شورای امنیت نیز ضروری است).

^{۵۹} Exemples de résolutions: cf. M. von GRÜNIGEN, p. 190-191; VERDROFF/SIMMA, n° 634, p. 407.

۶۱. امروز ظاهراً کمتر از گذشته (طبق اظهار نظر پرفسور براون لی).

^{۶۲} Exemples de résolutions transformées en traités: cf. VERDROFF/SIMMA, n° 638, p. 410-411; O. SCHACHTER, RCADI 1982 V 112, note 182. On en trouve une illustration dans le traité du 27 janvier 1967 sur l'espace extra-atmosphérique, ROLF 1970 90, consécutif à la résolution 1962 (XVIII), du 13 décembre 1963.

^{۶۳} Sur les problèmes semblables que pose la codification du droit international opérée par

۳۹. استناد به عرف که گاه برای حل مسأله فوق مطرح می‌شود قانع‌کننده نیست. البته بی‌تردید اگر عرفی از عرفهای مسلّم باشد مفهوم قطعنامه‌ای که به اتفاق آراء آن را تأیید نموده این است که دولتهای رأی‌دهنده جدید نیز آن را نسبت به خود الزام‌آور می‌دانند. اما معمولاً قطعنامه‌ها به تأیید و امضای عرفهای موجود نمی‌پردازند؛ ممکن است عرف را مرعی ندارند و یا راجع به اموری باشند که عرفی وجود ندارد. در این صورت، اگر مقبول طبع جوامع مختلف جهان واقع شوند خود باعث شکوفایی عرف جدیدی می‌گردند، مشروط بر آنکه دولتها متعاقباً با عمل خود آن را انجماد بخشند.

۴۰. اگر تکرار صورت نگیرد انجماد محقق نخواهد شد و اگر انجماد نباشد عرفی نیست. «عرفی» که مانند آتش یا آرد شل و نرم باشد و هنوز متبلور و منعقد نشده باشد، اطلاق نمودن عرف به آن صحیح نیست. «عرف خلق الساعه»^{*} عرف نیست^{۶۴} و کاملاً خطاست اگر چنین تصور کنیم. پس، باید پذیرفت که قطعنامه عبارت است از کشف یا اختراع یک اصل کلی حقوقی که رعایت آن بر همه دولتها واجب است. اما آیا چنین اعتقادی صحیح است؟ حرف مقداری سنگین است.^{۶۵} اولاً استناد به

une conférence convoquée par l'Organisation des Nations Unies, cf. VERDROSS/SIMMA, n° 591, p. 374; O. SCHACHTER, RCADI 1982 V 94-95.

* instantanées

^{۶۴} La coutume «instantanée» est une contradiction dans les termes. Mais il est généralement reconnu que la coutume peut se former plus rapidement qu'on ne l'admettait autrefois (coutume «accélérée»): cf. R. J. DUPUY, *Coutume sage et coutume sauvage*, Mélanges Ch. Rousseau, Paris 1974, p. 75 ss, 84; E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, RCADI 1978 I 25-26; VERDROSS/SIMMA, n° 566 et 571, p. 359 et 362; M. VILLIGER (cité à la note 17), n° 75, p. 28-29. M. MOWELAN semble disposé à accepter même l'«instantanéité» si la société internationale doit faire face à un problème grave, nouveau, subtil; RCADI 1974 IV 129.

۶۵. می‌دانیم که بعضی از علما با قبول این واقعیت که تصویب یک قطعنامه معمولاً توأم با پذیرش (گاه ضمنی) جنبه الزام‌آور آن است به نتیجه‌ای مشابه می‌رسند، نظیر فردروس / سیما، شماره ۶۳۹، ص ۴۱۱. اما این پذیرش که بدون شک گاه ناشی از فشارهای مضمربه مجامع بین‌المللی است معادل روش رسمی تصویب معاهده نیست و در هر حال برای افکار عمومی داخلی ارزش زیادی قائل نمی‌باشد.

اساسنامه دیوان دادگستری بیجاست؛ اساسنامه معنی دیگری دارد. ثانیاً به غیر از اساسنامه، محاکم و دکترین شش تعریف مختلف از «اصول کلی» ارائه نموده اند، بطوریکه به دست آوردن نتیجه ای روشن از مفهومی چنین مبهم کاری است بعید. ثانیاً تصویب اصلی کلی به اکثریت، حتی به اکثریت دوسوم یا بیشتر و یا به طریق کنسانسون خاموش^{۶۶}، کاملاً مخالف منشور است؛ چون در منشور قصد این نبوده است که مجمع عمومی برای ملتها قانونگذار باشد. در نتیجه، اگر قطعنامه به قاعده قراردادی یا عرفی، آنچنانکه این قواعد باید وضع شوند، تبدیل نشود سفارشی خطاب به دولتها بیش نیست. این نه بدان معناست که چنین قطعنامه ای بی مقدار است؛ قدرت الزام کننده حقوقی ندارد، اما در بعضی حالات از اقتدار اخلاقی برخوردار است. به ذکر مثالی در این زمینه می پردازیم.

۳. آثار اعلامیه های بین المللی بر حقوق داخلی

۴۱. طبق تعریف، عوامل غیر الزام کننده حقوق بین الملل عمومی برای دولتها تعهداتی به بار نمی آورند، اما همین عوامل ممکن است حقوق داخلی را تحت تأثیر قرار دهند. امکان دارد قانونگذار از آنها استفاده کند یا قضات داخلی در تفسیر و تأیید قانون اساسی کشور یا قوانین عادی آن را به کار برند. در این زمینه حکم صادره از دادگاه مدنی فدرال آلمان در سال ۱۹۷۲ قابل توجه است.^{۶۸} به موجب این حکم، قراردادی که طبق آن باید اشیاء هنری از آفریقا خارج می شدند، نظربه قانون مدنی آلمان^{۶۸} غیر اخلاقی شناخته شد چون خلاف یکی از قطعنامه های شورای یونسکو

^{۶۶} Sur le «consensus muet», voir STANISLAS E. NAHUK, p. 145 ss, 150-151. Le consensus muet nous rappelle la très célèbre procédure de l'art. 49 III de la Constitution française de 1958: a-t-elle vraiment sa place dans le droit international?

^{۶۷} BGHZ, t. 59, p. 82, du 22 juin 1972; CHR. SCHREUER, p. 257-258; K. HAILBRONNER, Überlegungen zu Verhaltenskodizes für transnationale Unternehmen, Mélanges H. J. Schlochauer, Berlin 1981, p. 329 ss, 354; D. THÜRER, p. 448.

بود. در سوئیس هم چنین استناداتی دیده شده است. مثلاً دادگاه فدرال توصیه‌های شورای اروپا را در جهت آزادی فردی بازداشت شدگان مورد استفاده قرار داده است^{۶۹} و اگر دادگاه را مذمت کنند که چرا قاعده‌ای را که در قوانین داخلی نیست اجرا کرده است، می‌گوییم دادگاه نه علیه قانون کاری کرده نه در حاشیه قانون، بلکه در فضایی که قانون^{۷۰} با استفاده از مفاهیم گسترده به او داده عمل کرده است.



حقوق فراملی^{۷۱}

۱. موضوعات حقوق بین الملل

۴۲. دیرزمانی است که بخشی از علما (دکترین) علاوه بر دولت که موضوع اصلی حقوق بین الملل عمومی است اشخاص خصوصی را نیز

^{۶۹} ATF 102 Ia 279, 284, *Atinelli*, du 30 juin 1976; 106 Ia 277, 281–282, *Glardon*, du 30 septembre 1980. Voir encore ATF 109 Ia 146, 151, *Dubanel*, du 6 juillet 1983. Cf. JAAC 1984, n° 108.

^{۷۰} در این مورد حقوق اساسی غیرنوشته.

^{۷۱} Bibliographie sommaire sur les contrats d'Etat (ci-après, n° 47): PROSPER WEIL, *Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier*, RCADI 1969 III 95–240; GEORGES VAN HECKE, *Les accords entre un Etat et une personne privée étrangère* (rapport provisoire, rapport définitif), Annuaire de l'Institut de Droit international, vol. 57 (1977), tome I, p. 192–265; JEAN-FLAVIEN LALIVE, *Contrats entre Etats et personnes privées*, RCADI 1983 III 9–284; ALFRED VERDROSS, *Zwei Schweizer Schiedssprüche über quasi-völkerrechtliche Verträge*, ASDI 1964, p. 15–24 (*Aramco*, du 23 août 1958, sentence G. SAUSER-HALL; *Sapphire*, du 15 mars 1963, sentence P. CAVIN); WILHELM WENGLER, *Les accords entre Etats et entreprises étrangères sont-ils des traités de droit international?*, RGDI 1972, p. 313–345; PROSPER WEIL, *Droit international et contrats d'Etat*, Mélanges P. Reuter, Paris 1981, p. 549–592; *Principes généraux du droit et contrats d'Etat*, Mélanges B. Goldmann, Paris 1983, p. 387–414; FRANÇOIS RIGAUX, *Souveraineté des Etats et arbitrage transnational*, *ibid.*, p. 261–279; BRIGITTE STERN, *Trois arbitrages, un même problème, trois solutions*, Revue de l'arbitrage 1980, p. 3–43 (il s'agit de trois sentences «lybiennes» rendues, en 1973 et 1977, dans les causes *B. P.*, *Texaco* et *Liamco*, par les arbitres LAGERGREN, DUPUY et MAHMASSANI); CHRISTOPH GREENWOOD, *State contracts in international law – The Libyan oil arbitrations*, British YBIL 1982, p. 27–81.

Et sur la *lex mercatoria* (ci-après, n° 53): BERTHOLD GOLDMANN, *La lex mercatoria dans les*

ذکر می‌کنند. ما فکر می‌کنیم که این طور حرف زدن خوب نیست و سوء تفاهماتی ایجاد می‌کند. آنچه منشأ اشکال است کلمه *Sujet* یا موضوع است. سوژه یکجا به معنی وضع کننده یا فاعل است، مانند اینکه می‌گوییم این جمله دارای فعل و فاعل است، و در جای دیگر به معنای موضوع، یعنی دریافت کننده قاعده حقوقی یا کسی که قاعده در مورد او وضع شده و موضوع حق و تکلیف قرار گرفته است. دولت (کشور)، هم سوژه به عنوان فاعل و بازیگر صحنه بین المللی است و هم موضوع به معنای دریافت کننده؛ اما شخص فقط سوژه به معنای دوم است.

۴۳. ابهام به آنچه گفتیم ختم نمی‌شود. ممکن است در معاهده‌ای بین المللی حقی مستقیماً به شخصی تعلق بگیرد (از ابتدای قرن حاضر بسیار شاهد آن بوده ایم^{۷۲})، اما باید توجه کرد که معاهده مذکور با واسطه دولت به جریان می‌افتد؛ بدین معنی که اگر ارگانهای دولت آن را اجرا نکنند و حق را درباره شخصی جاری نسازند او راهی جز توسل به مراجع داخلی نخواهد داشت.^{۷۳} برای آنکه ادعای شخص حالتی واقعاً

contrats et l'arbitrage internationaux: réalités et perspectives, Clunet 1979, p. 475-505; PAUL LAGARDE, *Approche critique de la lex mercatoria*, Mélanges B. Goldmann, Paris 1983, p. 125-150; PIERRE MAYER, *Le mythe de l'«ordre juridique de base» (ou Grundlegung)*, ibid., p. 199-216; MICHEL VIRALLY, *Un tiers droit? Réflexions théoriques*, ibid., p. 373-385; ANDREAS BUCHER, *Transnationales Recht im internationalen Privatrecht*, dans *Aktuelle Fragen zum Europarecht*, F. Schwind, éd., Vienne 1986, p. 11-59; PIERRE LALIVE, *Ordre public transnational*, *Revue de l'arbitrage* 1986, p. 329-373; MAURO RUBINO-SAMMARTANO, *Le «tronc commun» des lois nationales en présence (réflexions sur le droit applicable par l'arbitre international)*, ibid. 1987, p. 133-138.

۷۲. تعجب است که دیوان دائمی دادگستری بین المللی در رأی مشورتی مورخ ۳ مارس ۱۹۲۸، راجع به رسیدگی در مورد کارمندان دانتزیگ، مجموعه، سری B، شماره ۱۵، ص ۱۷ آن را امری استثنایی تلقی کرده است.

۷۳. تمییزی که میان معاهداتی که برای کشور فقط جنبه ایجاد تعهد دارند (executory) و معاهداتی که خود بخود و مستقیماً جنبه اجرایی دارند (self-executing) قائل شده‌اند، فقط مربوط می‌شود به تقسیم صلاحیتها بین قانونگذار و قاضی در یک کشور. در یک جا معاهده قانونگذار را مجبور می‌کند که به وضع قانونی اقدام کند و همین قانون را قاضی اجرا

بین المللی به خود بگیرد می باید دولت متنوع از او حمایت دیپلماتیک به عمل آورد (که چندان عمل نمی شود)، یا اینکه دولت متعاقد دیگری به عنوان اصلاح کننده خطای دیگران در صدد اجرای صحیح و کامل معاهده برآید، که این کار هم به دلایل روشنی انجام نمی گیرد.

۴۴. اقدام شخص نمی تواند رأساً در سطح بین المللی از اعتبار حقوقی برخوردار باشد، مگر آنکه در قراردادی مقرر شده یا راهی در نظر گرفته شده باشد. از ابتدای قرن تاکنون پیشرفتهایی در این زمینه حاصل شده^{۷۴} که از همه بدیع تر مربوط به سالهای دهه پنجاه است؛ ضمناً آنچه که در این زمینه مطرح می کنیم غیر از پیشرفتهایی است که در سطح جامعه اروپا به دست آمده زیرا معاهدات جامعه اروپا برای دولتهای عضو و مردم اروپا نوعی حقوق اساسی در نظر گرفته اند که از حقوق بین الملل مجزاست.^{۷۵} البته کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر در اینجا به ذهن خطور می کند که به موجب آن فرد می تواند رأساً اقامه دعوی کند^{۷۶}، و این خود یکی از نمونه های پیشرفته جذب فرد در حقوق بین الملل است که معاهده با واسطه قرار گرفتن دولت به اجرا در نمی آید، اما به هر صورت، محدودیتهای زیر در این کنوانسیون دیده می شود: اولاً چارچوب آن منطقه ای است، طبع آن فرعی و کمکی است، موضوع آن هرچند اساسی است اما از آن موضوعاتی نیست که میان کشورهای هم فرهنگ تعارض



نماید. در جای دیگر، قاضی معاهده را مستقیماً اجرا می کند. اما اینکه کدامین معاهدات چنین یا چنانند مسأله دیگری است. برای پاسخ می توانید رجوع کنید به رساله بسیار انتقادی ژاکوگیارمو، در سالنامه سوئیسی حقوق بین الملل، سال ۱۹۸۹، ص ۱۲۹-۱۵۱. ۷۴. دادگاههای داوری مختلط را که بعد از جنگ جهانی اول برای حمایت از اقلیتهای نژادی تشکیل شد می توان ذکر کرد. فردروس / سیما، شماره ۳، ص ۳، شماره ۴۲۴، ص ۲۵۶، Seidi-Hohenveldern شماره ۱۷۰۰، ص ۳۶۴.

^{۷۵} O. JACOT-GUILLARMOU, *Droit communautaire et droit international public*, Genève 1979, p. XXVII, 11, 41, 45, etc.

^{۷۶} RS 0 101, art. 25, ch. 1.

ایجاد کند، و بالاخره، دولت نیز در صورتی در برابر فرد قرار می‌گیرد که رسماً آن را پذیرفته باشد.^{۷۷}

۴۵. کنوانسیون اروپایی ۱۹۵۰ را به عنوان پیش نمونه می‌توان در نظر گرفت که در سایر مناطق الگو قرار گیرد و برای موضوعات دیگر از آن استفاده شود.^{۷۸} اما در حال حاضر، وضعیت به شکلی است که فرد به طور کلی در حقوق بین الملل فاعل نیست و فقط موضوع حق و تکلیف است؛ موضوعی که از زمان گذشته بهتر حمایت می‌شود اما موضوع منفعل صحنه بین المللی است. به جای «سوژه» کلمه «اُبژه» (مفعول) را نیز در مورد او می‌توان به کار برد که از غیر، یعنی از عوامل انعقاد معاهدات و شکل دهندگان به عرف، حقوق و تکالیفی کسب می‌کند. برای اینکه شخص به سوژه فعال تبدیل شود و در ردیف دولت و بقیه قرار گیرد باید سهمی در ایجاد حقوق بین الملل داشته باشد؛ آن هم نه سهمی که فاعلی منفعل دارد، مانند انتخاب کننده‌ای که نماینده‌ای یا رئیس الوزرائی را انتخاب می‌کند که از جانب او حرف بزند، بلکه سهمی مستقیم و بی واسطه در تهیه و تنظیم قواعد. اکنون سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا چنین شخصی یا فردی وجود دارد یا خیر؟^{۷۹} با همین پرسش به این مبحث خاتمه می‌دهیم.

۷۷. درباره تعهدات بین المللی که مستقیماً بر اشخاص بار می‌شود حسن ترتیب کامل نیست. در ابتدا، جنایت «بین المللی» (دزدی دریایی) توسط دولتها براساس قوانین داخلی آنها مجازات می‌شد و حقوق بین الملل فقط به اعطای نوعی صلاحیت به دولت دستگیرکننده اکتفا می‌نمود. سپس با معاهدات دولتها را مجبور کردند که به قانونگذاری در این امور بپردازند (خرید و فروش سیاهان، زنان، کودکان). در مورد اشخاص حقیقی دادگاه بین المللی فقط به طور استثنایی بعد از جنگ بین الملل دوم و آن هم برای مجازات عوامل دولتی به وجود آمد (دادگاههای نورنبرگ و توکیو)، رجوع کنید به نگوین کک دین: شماره

۴۲۹ — ۴۳۰، ص ۵۸۰ — ۵۸۷.
^{۷۸} Sur le Protocole facultatif au Pacte du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques, voir VERDROSS/SIMMA, n 426, p. 258; SEIDI-HOHENVELDERN, n° 1587, p. 331. — Sur la convention panaméricaine de novembre 1969, voir A. A. CANÇADA TRINDADE, RCADI 1987 II 190-209.

۷۹. در اینجا ترکیب نسبتاً خاص مجمع عمومی سازمان بین المللی کار را که در آن نمایندگان

۴۶. جایی که احتمال بیشتری برای وجود چنین شخصی هست قلمرو حقوق اقتصادی بین المللی است. متخصصان هم این را می گویند. برای روشن شدن مطلب به «قراردادهای دولت» اشاره می کنیم.

۲. قراردادهای دولت*

۴۷. قرارداد دولت یعنی قراردادی که به موجب آن یک دولت به عنوان دارنده قدرت عمومی در مقابل یک شخص متعهد می شود. شخص، که معمولاً یک مؤسسه صنعتی یا تجاری است، به انجام کاری یا خدمتی یا انتقال مالی در مقابل دولت متعهد می شود، و دولت که معتقد است در انعقاد آن نفعی دارد، در عوض، تعهد می کند امتیازاتی (غالباً گزاف) که در حقوق عمومی پیش بینی شده است بدهد.

۴۸. «قرارداد دولت» یک معاهده بین المللی نیست.^{۸۰} قدرت مؤسسه هر قدر باشد و توان مذاکره او ولو برتر از آن مخاطب خود، به هر صورت، برابر با دولت طرف قرارداد نیست؛ بدین معنی که هریک از طرفین وضعیت حقوقی جداگانه ای دارد.^{۸۱} اگر بخواهیم سوئیس را در نظر بگیریم چنین قراردادی عبارت است از تعهدی که شرکت صاحب امتیازی که در

مجامع خصوصی (سندیکاها، مجامع کارفرمایان) شرکت می کنند یادآور می شویم. رجوع کنید به اساسنامه سازمان بین المللی کار، متن اصلاح شده مورخ ۱۹ اکتبر ۱۹۴۶، ماده ۳،^۱ و ROLF، V، ۱۹۴۸، ۸۹۱، ۸۹۵-۸۹۶.

* Contrats d'Etat

^{۸۰} W. WENGLER, RGDIP 1972, p. 313-345; RCADI 1977 V 31-32; O. SCHACHTER, ibid. 1982 V 306-309; J. F. LAJVE, ibid. 1983 III 47; D. CARREAU, n° 446, p. 165; NGUYEN QUOC DINH, n° 449, p. 625-626. Sur la notion ambiguë de «quasi-völkerrechtlicher Vertrag», cf. PETER FISCHER, *Bemerkungen zur Lehre von Alfred Verdross über den quasi-völkerrechtlichen Vertrag*, Mélanges A. Verdross, Berlin 1980, p. 379-401.

۸۱. برای اینکه متقاعد شویم فکر کنید که شرط یا ماده مربوط به داوری وجود ندارد و دعوی واقع می شود که طی آن شخصی می خواهد علیه دولت اقدام کند. در این صورت، چه وضعی پیش خواهد آمد؟

کانتونی مستقر است با کانتونی دیگر برقرار می‌کند. این نوع قرارداد با کنکوردا* فرق می‌کند و یک قرارداد حقوق اداری است که جنبهٔ برون‌مرزی پیدا کرده است (مرز کانتون). به نظر می‌رسد که در مورد قرارداد دولت نیز وضع همین‌طور باشد؛ یعنی قرارداد نوع اخیر، یک قرارداد حقوق اداری بین‌المللی است که در حقوق عمومی مشابه بیع بین‌المللی در حقوق خصوصی است. اگر الفاظ برای تفکیک حقوق اداری و خصوصی در این زمینهٔ خاص رسا نباشد باید این‌طور گفت که قرارداد دولت ماهیتاً قرارداد است [معامله است] نه معاهده [که بین‌الدول است]. شکی نیست که دولت متبوع شرکت حق خواهد داشت معاهدهٔ پوشش دهنده‌ای با دولت طرف قرارداد منعقد سازد که صورت دیگری از قضیه است.

۴۹. از آنجا که قرارداد دولتی معاهده نیست منبع حقوق بین‌الملل عمومی به شمار نمی‌رود و مواد آن تحت حاکمیت قواعد حقوق بین‌الملل عمومی قرار نمی‌گیرد^{۸۲} و نیز شرکت مربوط موضوع فعال حقوق بین‌الملل نخواهد بود. حال باید دید که آیا چنین شرکتی حقوق بین‌الملل

* به توضیح مندرج در پاورقی ۸۹ رجوع نماید.

۸۲. رنه ژان دوبویی در رأی داوری مربوط به تکزاکوو کالازیاتیک / لیبی، مورخ ۱۹ ژانویه ۱۹۷۷، کلونه، ۱۹۷۷، ص ۳۵۰ به گونهٔ دیگری ابراز عقیده نموده است. او می‌گوید قرارداد را می‌توان علیه حاکمیت یک دولت که به ملی کردن عناصر یک شرکت واقع در خاک خود اقدام کرده است اقامه نمود و حاکمیت را مغلوب آن کرد. چنین ملی‌کردنی باطل است و دولت ملی‌کننده موظف است وضع سابق را اعاده نماید، و غیره؛ و نیز مقایسه کنید با عقیدهٔ لالیو: «یک داوری بزرگ نفتی»، کلونه، ۱۹۷۷، ص ۳۱۹-۳۴۹. به نظر می‌رسد عقیدهٔ فوق قابل دفاع نباشد، چون وجود یک قرارداد دولت او را موظف می‌کند که غرامت بپردازد، ولی این فکر که حاکمیت خود را در سرزمین خود به علت یک قرارداد نتواند اعمال کند صحیح نیست همان‌طور که در حقوق داخلی نیز یک «حق مکتسب» به خودی خود مانع سلب مالکیت نمی‌تواند باشد؛ مقایسه کنید با اف. ریگو: «عقایدی چند راجع به داوری»، مجلهٔ حقوق بین‌الملل عمومی، ۱۹۷۸، ص ۴۳۵-۴۵۹ و لالیو: مجموعهٔ درس آکادمی حقوق بین‌الملل لاهه، ۱۹۸۳، III، ۶۰، ۱۲۹-۱۳۶.

نوع دیگری به وجود نیاورده است؟ این همان مسأله کلی است که یکی از جنبه های آن حقوق حاکم بر قراردادهای (معامله) بین المللی است.

۵۰. ابتدا یادآور شویم که مسأله وقتی مطرح می شود که دعوی اقامه شده باشد. بنابراین، چون اجرای بسیاری از قراردادها اختلافی در پی ندارد می توان گفت که به تعیین حقوق حاکم نیازی ندارند. لازم به ذکر است که منظور ما در اینجا قوانین عمومی داخلی در زمینه های اجتماعی، مالی یا پولی نیست که رعایت آنها طبق اصولی خاص پیش بینی شده است.^{۸۳}

۵۱. هرگاه اختلافی واقع شود باید دید به محاکم داخلی دولت طرف قرارداد باید ارجاع شود یا به محکمه داوری؟ اگر به محکمه ای داخلی ارجاع شود کاربردین صورت خواهد بود که آن محکمه، با استناد به قواعد حل تعارض کشور محل دادگاه، صلاحیت خود را بررسی خواهد کرد و، در صورت احراز صلاحیت، قانون حاکم را نیز تعیین خواهد نمود.

۵۲. اما به نظر می رسد که این نوع دعاوی که مربوط به قراردادهای دولتی هستند به داوری برده شوند. در این صورت، کار دشوارتر خواهد بود. منطقاً دادگاه داوری که تعلق به «جایی» به معنای دقیق کلمه ندارد، یعنی به نظام حقوقی دولتی وابسته نیست، می باید ابتدا نظام حقوقی محاکم را پیدا کند و سپس از قواعد حل تعارض آن نظام برای بررسی صلاحیت خود و تعیین قانون حاکم بهره جوید. اما متخصصان معتقدند که داوران غالباً راه میانبری انتخاب می کنند^{۸۴}: چون در امری دخالت می کنند

^{۸۳}) Voir, parmi les écrits de l'inventeur d'un problème devenu classique, PH. FRANCESCOAKIS, *Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois*, Revue critique 1966, p. 1-38.

^{۸۴}) Cf. A. BUCHER, p. 34.

که حاکمیت اراده طرفهای قرارداد نقش اساسی دارد، بنابراین، شرط یا ماده مربوط به داوری در قرارداد از نظر آنان از اعتبار و اهمیت خاصی برخوردار می‌شود؛ همچنین براساس اراده حقیقی یا مفروض طرفین قرارداد است که به تعیین قانون حاکم بر ماهیت قرارداد می‌پردازند.

۳. قانون حاکم بر قرارداد دولت

۵۳. تعیین این قانون از هر کاری مهم‌تر است. در گذشته، فکر می‌کردند که قانون حاکم باید قانون کشور طرفها یا کشور ثالثی باشد، و بدین ترتیب، طرفین یا داور نظام حقوقی ملی کشوری را انتخاب می‌کردند.^{۸۵} اما از چند دهه پیش و بخصوص اگر یکی از طرفها دولت باشد، قرارداد بدون علقه و اتصال به محلی در نظر گرفته می‌شود، یا به عبارت دیگر، از داشتن جنبه ملی خارج می‌شود* و طرفین و داورها «اصول کلی حقوقی» یا «اصول حقوق بین الملل» یا «عادت و رسوم تجاری بین المللی» یا آن‌طور که استاد «گلدمن» می‌گوید «قانون بازرگانان»** را انتخاب می‌کنند.

۵۴. درباره حقوق فوق‌الذکر دو نکته حایز اهمیت است: نخست اینکه اگر طرفین آن را در قرارداد یا ماده مربوط به داوری تعیین نکرده باشند، داور آن را آنچنان که به نظر او مقتضی است معین خواهد کرد؛ نکته دوم آنکه این حقوق چنانچه ترکیبی از حقوق مشترک کشورهای مختلف باشد یا مجموعه‌ای از قواعد و مقرراتی که جنبه تعاون بین المللی یا جنبه حرفه‌ای دارد، محتوای آن کم و بیش فرق خواهد کرد.

^{۸۵}) Voir un arrêt de la Cour permanente de Justice internationale du 12 juillet 1929, dans l'affaire des *Emprunts serbes*, Recueil, Série A, n° 20, p. 41.

* délocalisé dénationalisé

** Lex mercatoria

۵۵. اما از محتوا مهمتر ماهیت حقوق مزبور است که باید مشخص شود. خوب است در وهله اول ببینیم که چه نیست تا چستی آن بهتر روشن شود. آنچه مسلم است اینکه یک حقوق دولتی یا کشوری نیست. این حقوق، حتی المقدور، جهت استقلال عمل طرفها در مقابل قدرت دولتی در نظر گرفته شده است. نیز جزئی از حقوق بین الملل عمومی نیست زیرا هیچ یک از قواعد آن داور را مستقیماً موظف به اجرای «قانون بازرگانان» نمی‌کند. البته اشکالی ندارد که داور مانند طرفین، به هنگام تعیین ماهیت این حقوق، قاعده‌ای را از حقوق بین الملل عمومی به عاریه بگیرد همان طور که می‌تواند از حقوق داخلی کشوری بگیرد.^{۸۶} اما باید توجه کرد که قانون بازرگانان طبیعی یا ماهیت حقوق بین الملل عمومی را به خود نمی‌گیرد بلکه عکس قضیه صحیح است و — چنانکه اشاره شد — عاریه گرفتن از حقوق بین الملل عمومی یا استناد به اصول آن حقیقتاً صدق می‌کند.

۵۶. از آنجا که نه حقوق کشوری است و نه حقوق بین الملل عمومی، پس چیز دیگری است. نوع سومی است، همچنانکه برخی گفته اند، با خصوصیتی. اما کدام؟ آیا شاخه‌ای جدید از حقوق بین الملل است، یا اینکه حقوق «فراملی»^{*} است که بعضی دیگر می‌گویند با ماهیتی غیر از حقوق بین الملل عمومی و حقوق بین الملل خصوصی عینی که در حقوق داخلی کشورها وجود دارد؟ یا اینکه حقوقی حاصل فعالیت اشخاص خصوصی است؟ از دو خصیصه‌ای که «حقوق بازرگانان» از آن برخوردار است، یعنی بین المللی بودن موضوع و حل اختلافات آن از طریق داور، واقعاً کدامیک اساسی و تعیین کننده است؟

* Transnational

۸۶. رجوع کنید به قطعنامه انجمن حقوق بین الملل، مصوب ۱۱ سپتامبر ۱۹۷۹ در آتن، سالنامه، ص ۱۹۲. نمونه معروفی در کنوانسیون واشنگتن مورخ ۱۸ مارس ۱۹۶۵ راجع به حل و فصل اختلافات مربوط به سرمایه گذاریهای بین دولتها و اتباع کشورهای دیگر دیده می‌شود، ROLF، ۱۹۶۸، ۱۰۲۲، ماده ۴۲، I.

۵۷. فکر می‌کنیم دومی (حقوق حاصل از فعالیت اشخاص) نزدیک به واقعیت است. حقیقت این است که تجارت بین‌المللی باعث توسعه حقوق مذکور گشته است. با اقدام به تجارت بین‌المللی کمبودهای قوانین داخلی احساس شده و چون شرکتها و مؤسسات تجاری و صنعتی از اعمال حقوق دولت طرف قرارداد همواره واهمه داشته‌اند حقوق مذکور به ناچار جنبه تخصصی پیدا کرده است. علل تاریخی، سیاسی و حادث نیز وجود داشته است.

اما ضرورت منطقی ندارد که «قانون بازرگانان» به قراردادهای بین‌المللی اختصاص داشته باشد؛ در یک داوری کاملاً داخلی هم می‌توان به آن استناد نمود. به عنوان مثال، در حقوق سوئیس طرفین توافقنامه ارجاع به داوری* می‌توانند از داوری بخواهند که براساس نصف رأی دهد^{۸۸}، و بنابراین، هیچ چیز مانع آن نیست که طرفین تقاضای رسیدگی براساس حقوق خارجی نکنند. به عبارت دیگر، «قانون بازرگانان» به جای اینکه بخشی از حقوق بین‌الملل باشد اساساً حقوق داوری یا داوری است. در هر حال، به نظر می‌رسد که یک دولت به داوری بین‌المللی که به نظر او «دور» می‌رسد [یعنی عام و بی طرف] بیشتر متمایل باشد تا به داوری داخلی.

۸۷. همان گونه که وقتی دادگاه فدرال سوئیس به حقوق بین‌الملل عمومی رجوع می‌کند تا روابط بین کانتونها را حل و فصل نماید: دادگاه، در این حالت، حقوق بین‌الملل عمومی را همان طور که کم و بیش اشاره کرده است به معنی واقعی «اجرا» نمی‌کند بلکه آن را در حقوق سوئیس ادغام می‌کند (فدرال یا بین کانتونی؟) تا نقایص آن رفع شود. ATF، ۱۱۲، I، a، ۷۵، ۷۸ — ۸۰، Inlandische Mission der Schweizer Katholiken مورخ ۲۱ مارس ۱۹۸۶.

^{۸۸}) Concordat intercantonal sur l'arbitrage, du 27 mars 1969, RS 279, art. 31 III.

*. Compromis

۵۸. برای ختم مطلب باید به نقش دولت بازگردیم. در کار داوری پای دولت در چهار مورد به میان می‌آید^{۸۹}: برای تشکیل دادگاه؛ برای کمک به داور چنانچه در جریان دعوی به بازوی قانونی و قضایی نیاز پیدا کند؛ برای تصمیم گرفتن راجع به حکم صادره چنانچه در سیستم قضایی کشور مرحله تجدید نظر پیش بینی شده باشد^{۹۰}؛ و سرانجام، برای اجرای حکم برضد محکوم علیه که تن به اجرای آن ندهد. به هر حال، اگر توافق وجود داشته باشد، کار بدون دردسر به انجام برسد و محکوم بدون اعتراض به آنچه داور او را محکوم کرده است رضا بدهد، دخالت دولت هم لزومی ندارد. ولی همیشه کارها به این سهولت انجام نمی‌شود و ممکن است حکم اجرا نشود.

۵۹. اگر محکوم علیه از پرداخت محکوم به خودداری کند ضروری است محکوم له به قدرت دولتی متوسل شود. برای این کار باید دولتی را انتخاب نماید و از او بخواهد که حکم داوری را به حکم قضایی تبدیل کند، چه حکم صادره منتج از داوری داخلی باشد یا داوری بین المللی. بدین ترتیب، کمال قدرت در دست دولت قرار خواهد گرفت و اوست که شرایط دستور اجرای حکم* را معین خواهد کرد، چه در قوانین او پیش بینی شده یا نشده باشد و یا در معاهده ای^{۹۱}، یا اینکه دادگاه خود آن

۸۹. در حقوق سوئیس برای تمام این موارد قانون فدرال راجع به حقوق بین الملل خصوصی (مورخ ۱۸ دسامبر ۱۹۸۷، ROLF، ۱۹۸۸، ۱۷۷۶) برای داوریه‌های «بین المللی» پیش بینی شده است، و کنکوردای برای داوریه‌های داخلی. راجع به تشکیل دادگاه، مواد ۱۷۹ و ۱۸۰ قانون، ۱۲، ۲۱ و ۲۳ کنکوردای راجع به «بازوی قضایی» مواد ۱۸۳ تا ۱۸۵ قانون، ۲۶ و ۲۷ کنکوردای راجع به پژوهش، مواد ۱۹۰ تا ۱۹۲ قانون، ۳۶ تا ۴۳ کنکوردای راجع به اجرای حکم مواد ۱۹۳ و ۱۹۴ قانون، ۴۴ کنکوردای.

۹۰. در حقوق سوئیس هرگاه جنبه بین المللی (خارجی) داوری بسیار مشهود باشد طرفین می‌توانند امکان تجدید نظر را حذف کنند، ماده ۱۹۲ قانون.

*. exaquat

۹۱. بویژه کنوانسیون ۱۰ ژوئن ۱۹۵۸ نیویورک (که سوئیس در ۱۲ ژوئن ۱۹۶۵ تصویب کرده است)، RSO، ۲۷۷، ۱۲.

شرایط را تنظیم نماید. در نهایت، دولت است که به حکم داور حیات می بخشد.^{۹۲}

۶۰. به عبارت دیگر، هرگاه طرفین قبل از رفتن به نزد داور با یکدیگر توافق کنند یا اینکه نسبت به آیین رسیدگی و حکم داور به تفاهم برسند، دیگر نیازی نیست به اینکه این امور، که بخشی از حقوق فراملی است، به نقطه اتکایی در حقوق داخلی (ملی) نیاز داشته باشد. حقوق بازرگانان در چنین حالتی بدون اتصال به جایی مستقلاً و فقط متکی بر اراده طرفینی جریان خواهد داشت. اما اگر یکی از طرفها به قدرت دولتی نیاز پیدا کند (توافق نباشد) حقوق فراملی باید به نقطه اتصالی یا لنگرگاهی در حقوق داخلی (ملی) کشوری متوسل شود؛ یعنی خاصیت فراملی خود را از دست بدهد و دوباره ملی شود. در اینجا دیگر حقوق فراملی نه می تواند بر عرف تکیه کند نه بر هیچ یک از اصول کلی حقوق بین المللی، و نفی اتکای او فقط قوانین یا رویه قضایی دولت مورد استعانت و یا مقررات معاهده ای است که آن دولت تصویب نموده و در نتیجه حکم قوانین داخلی او را دارد. بنابراین، هرگاه حقوق فراملی با توسل به قدرت به موقع اجرا گذاشته شود نشانه همراهی و مساعدت مقامات سیاسی یا قضایی کشور است.

● نتیجه

۶۱. در اینجا به سیر و سفر خود خاتمه می دهیم. در چشم انداز منابع حقوق بین الملل سه موضوع مهم را دیدیم. اصولاً خلاصه کردن

۹۲. درست است که اگر محکوم علیه دولت باشد، اجرای حکم در کشور دیگر که محکوم علیه در آنجا اموالی دارد ممکن است این اشکال را داشته باشد که چون دولت است مصونیت دارد. رجوع کنید به عنوان مثال، ATF، ۱۰۶، I، a، ۱۴۲، Liamco، مورخ ۱۹ ژوئن ۱۹۸۰.

گشت و گذارها، عملی است نامطبوع، بخصوص که عجولانه و مواضع پراکنده نیز باشد. در هر حال، باید نتیجه گیری کرد و مایلیم سه برداشت خود را متذکر شویم:

۶۲. اولین برداشت ما این است که پدیده های جدیدی که ملاحظه کردیم شاید بیشتر ظاهری باشند تا واقعی، و غالباً قابل خلاصه شدن در مکانیسم های شناخته شده گذشته هستند. به ناچار اولاً به حداقل سلسله مراتبی جهت انسجام حقوق بین الملل نیازمندیم، ثانیاً عنصر اجبار که مشخصه قاعده حقوقی است به صورت تدریجی توسعه می یابد، ثالثاً در زمینه روابط قراردادی چنانچه اقتضائات مربوط به قوانین انتظامی دولتها رعایت شود و طرفین نیز توافق داشته باشند به بناهای حقوقی متهورانه ای دست خواهیم یافت. در حقیقت، تنها نوآوری این است که برای مجمع عمومی سازمان ملل قدرت قانونگذاری بشناسیم و طبیعت و ماهیت عرف یا اصول کلی حقوقی را تغییر دهیم. اما هنوز در این مرحله نیستیم.

۶۳. دومین برداشت ما این است که پدیده های جدید از آنجا که امکان شناخت بیشتر دامنه حقوق کلاسیک را به ما می دهد، قضات داخلی را به میزان قضات بین المللی الهام بخش است. در هر حال، به نظر رسید که هرچند دیوان بین المللی دادگستری به قاعده آمره* و حقوق در حال تشکل و تبلور** توجه لازم نکرده است ولی دادگاه فدرال سوئیس به سهم خود برای قاعده آمره در حقوق بین الملل ارزش قائل شده و آن را بر اصول قراردادی معمولی راجع به استرداد اولویت داده است، و گاه اتفاق افتاده که همین دادگاه به قطعنامه های شورای اروپا رجوع نموده تا موارد سکوت قانون اساسی را تکمیل کند.

* Jus cogens

** Soft law

۶۴. برداشت سوم که به برداشت قبلی ارتباط دارد این است که مفاهیم مورد بررسی، چه ابتکاری و چه بی سابقه و چه غیر آن، همگی به تقویت خاصیت لزوماً قضائیه حقوق بین الملل می انجامند. هر نوع گسترش فکر وجود سلسله مراتب این نتیجه بالقوه و مضمر را دارد که قدرت دادگاهها را افزایش دهد و امروزه این تمایل مشخص است، زیرا نوعاً دادگاهها هستند که تعیین می کنند قاعده ای از نظر سلسله مراتب در ردیف بالا تقرر گرفته است یا خیر و نیز دادگاهها هستند که باید بگویند توافقی از نظر حقوقی الزام آور است یا نه، و اگر نباشد، باز دادگاهها هستند که در صورت لزوم از قاعده حسن نیت استفاده می کنند و ایضاً دادگاهها هستند که از قطعنامه های مجامع سود می برند.

حقوق فراملی را معتقد هستیم که عمدتاً حاصل کار خلاق داوران است. خلاصه مطلب اینکه به هر سو بنگریم با قاضی و کارش روبرو هستیم.

۶۵. مسأله عمومیت دارد. از مطالعه و بررسی حقوق بین الملل همان نتیجه ای حاصل می شود که از مطالعه و بررسی حقوق داخلی تعدادی از کشورها. اگر قرن نوزدهم قرن قانونگذاران بوده پایان قرن بیستم قرن قضات است. صرف نظر از علل مختلف نظیر اشاعه سبک فکر آنگلو ساکسون، خستگی مجالس مقننه، یا حتی دشواری تحت انقیاد قواعد حقوقی مشخص و روشن قرار دادن مردم جهان معاصر که ممکن است هریک موجبات این امر را فراهم آورده باشد، به هر حال، تحول مشهود است. گویی تغییر قدرتی صورت گرفته است و تعویض ارزشهایی و بازگشت اموری. باور کنید که همین نتیجه گیریهای خودم، درست دویست سال بعد از گشایش رسمی «اتاژنرو»^{*} در ورسای، غرق در خیالم می کند.

* Les Etats généraux مجلسی بود که با طلیعه انقلاب فرانسه با شرکت نمایندگان روحانیت، اشراف و بورژوازی در زمان لویی شانزدهم از طریق انتخابات رسماً با نقش مشورتی تشکیل شد. مجلس ملی مؤسسان متعاقباً جای آن را گرفت.