

مبانی نظری صلاحیت فراسرزمینی دولت از منظر حقوق بین‌الملل عمومی

سید یاسر ضیایی^۱

چکیده

صلاحیت، یکی از عناصر ذاتی حاکمیت بر سرزمین است. توسعه‌ی منافع دولت‌ها به وراى مرزهای سرزمینی به پذیرش معیارهایی برای اعمال صلاحیت به طور فراسرزمینی منجر شده است. صلاحیت‌های فراسرزمینی در سه سطح قانونی، قضایی و اجرایی قابل شناسایی‌اند.

میزان مشروعیت این صلاحیت‌ها بر حسب نگرش تاریخی، فلسفی و مفهومی به صلاحیت در حقوق بین‌الملل عمومی متفاوت خواهد بود. با بررسی متون حقوق بین‌المللی می‌توان نظرات موافق و مخالف مشروعیت صلاحیت‌های فراسرزمینی را مشاهده کرد. با این حال حتی موافقان صلاحیت فراسرزمینی، منکر تبعات نامطلوب این صلاحیت نیستند؛ از همین رو، ارائه‌ی راه‌حلی برای مسأله‌ی صلاحیت فراسرزمینی، امری ضروری است. راه‌حل‌های پیشنهادی برای حل معضلات ناشی از این صلاحیت عبارتند از «صلاحیت فراسرزمینی بین‌المللی» و «صلاحیت جهانی تعدیل‌شده» به جای صلاحیت فراسرزمینی قضایی و «حقوق فراملی» و «دکترین تضمین قانونی متقابل» به جای صلاحیت فراسرزمینی قانونی.

واژگان کلیدی:

صلاحیت، صلاحیت فراسرزمینی، حقوق بین‌الملل خصوصی، حقوق بین‌الملل عمومی، مبانی حقوق بین‌الملل، صلاحیت فراسرزمینی بین‌المللی.

۱. دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل عمومی، دانشگاه علامه طباطبائی.

درآمد

در جامعه‌ی بین‌المللی همچون جوامع دیگر بازیگران متعددی وجود دارند که می‌توانند قواعد حاکم بر اجتماع را تنظیم نمایند. تمام این بازیگران اعم از دولت‌ها، سازمان‌های بین‌المللی دولتی، سازمان‌های بین‌المللی غیردولتی، شرکت‌های فراملی، نهضت‌های آزادی‌بخش، شورشیان و افراد در تلاشند قواعد ناظر بر جامعه‌ی بین‌المللی را به نفع خود تغییر دهند. در این میان دولت‌ها به عنوان بازیگران اصلی و اولیه‌ی جامعه‌ی بین‌المللی تلاش بسیاری دارند تا روند تدوین و توسعه‌ی حقوق بین‌الملل به سمتی باشد که حاکمیت آن‌ها را در کم‌ترین حد ممکن کاهش دهد. «حاکمیت» به عنوان عنصری که «دولت» را از سایر بازیگران ضعیف‌تر بین‌المللی متمایز می‌کند، موضوعی است که دولت‌ها در حفظ و تقویت آن از هیچ کوششی فروگذار نیستند؛ حتی اگر این تلاش به قیمت نقض حقوق بین‌الملل باشد. در واقع دولت‌ها تا زمانی که ضرورت زیست اجتماعی ایجاب نکند، به تحدید حاکمیت از طریق تعهدات قراردادی و غیرقراردادی تن نمی‌دهند.

از سوی دیگر دولت‌ها تلاش دارند تا حد ممکن حاکمیت از دست‌رفته‌ی خود را باز یابند و یا حاکمیت فعلی خود را به شیوه‌های مختلف توسعه دهند. توسعه‌ی قلمرو صلاحیت یکی از مهم‌ترین روش‌های توسعه‌ی قلمرو حاکمیت دولت است. توسعه‌ی صلاحیت در عرصه‌ی بین‌المللی موجب می‌شود تا دولت بتواند در مناطق مختلف جهان و در موضوعات مختلفی از روابط میان دولت‌ها و انسان‌ها اعمال اقتدار نماید. توسعه‌ی نامشروع صلاحیت، در روابط حقوقی میان دولت‌ها و یا میان دولت‌ها و افراد، اختلال‌های متفاوتی را موجب می‌شود؛ از این جمله است تعارض صلاحیت قانونی، قضایی و اجرایی، غیرقابل پیش‌بینی شدن قوانین، به سختی افتادن طرفین اختلاف برای حضور در دادگاه و تشدید اختلافات بین‌المللی ناشی از اجرای صلاحیت‌های فراسرزمینی.

به همین دلیل منطقی حکم می‌کند که تمایل شدید دولت‌ها نسبت به اعمال صلاحیت موسع، مهار شود تا روند توسعه‌ی روابط بین‌الملل با اختلال مواجه نشود. حقوق بین‌الملل نظامی است که می‌تواند حدود و ثغور صلاحیت در عرصه‌ی بین‌المللی را مشخص نماید. بررسی این قواعد منوط به آگاهی از سیر

تاریخی و فلسفی صلاحیت دولت در حقوق بین‌الملل است. مطالعه‌ی آراء موافقان و مخالفان صلاحیت فراسرزمینی پیش از ورود به نگرش حقوق بین‌الملل موضوعه به صلاحیت فراسرزمینی، پیش‌شرط مطالعه‌ی حقوقی در زمینه‌ی صلاحیت از منظر حقوق بین‌الملل عمومی است. در این نوشتار ضمن بررسی مبانی حقوقی صلاحیت فراسرزمینی تلاش می‌شود تا راه‌حل مناسبی برای معضلات ناشی از این قسم صلاحیت ارائه گردد.

۱- مبانی صلاحیت دولت در حقوق بین‌الملل عمومی

پیش از بررسی مبانی صلاحیت فراسرزمینی دولت در حقوق بین‌الملل عمومی، تبیین مبانی صلاحیت دولت از منظر این شاخه از حقوق ضروری است. درک مبانی صلاحیت دولت منوط به طرح مباحثی از مفهوم صلاحیت دولت و جایگاه صلاحیت در رابطه با حقوق بین‌الملل عمومی و حقوق بین‌الملل خصوصی است.

۱-۱- مفهوم صلاحیت دولت در حقوق بین‌الملل عمومی

برای تعریف دقیق صلاحیت، باید رابطه‌ی این مفهوم با حاکمیت مشخص شود. همان‌گونه که دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری در قضیه‌ی وضعیت حقوقی گرینلند شرقی بیان می‌دارد «یکی از بارزترین اشکال اعمال قدرت حاکمه، اعمال صلاحیت است»^۱. ممکن است دولتی بر موضوعی حاکمیت نداشته باشد، بلکه تنها صلاحیت داشته باشد؛ هرچند بر هر موضوعی حاکمیت داشته باشد، لزوماً صلاحیت نیز دارد. به عبارت دیگر، رابطه‌ی حاکمیت و صلاحیت عموم و خصوص مطلق با عمومیت حاکمیت است.^۲ از آنجا که جز در مناطق میراث مشترک بشریت، تمام موضوعات تحت حاکمیت یک دولت معین هستند، می‌توان نتیجه گرفت که ممکن

1. Legal Status of Eastern Greenland, P.C.I.J., Series A/B, No. 53, 1933: 48.

۲. دیوان داور در قضیه‌ی پالماس بیان می‌دارد که حاکمیت امری غیرقابل تغییر نیست؛ بلکه «مظاهر حاکمیت سرزمینی با توجه به شرایط زمانی و مکانی امری متغیر است».

Island of Palmas Case (Netherlands v USA) (1928) 2 RIAA 829, at 840.

از آنجا که در ابتدا محدود کردن صلاحیت با هدف محدود کردن حاکمیت دولت در موضوعاتی چون حقوق بشر و حقوق بشردوستانه شکل گرفت، می‌توان تقابل حاکمیت با صلاحیت را به تقابل حقوق موضوعه با ارزش‌های اخلاقی یا تقابل مکتب پوزیتیویسم حقوقی با مکتب حقوق فطری تعبیر کرد (Scobbie, 2003: 19).

است یک موضوع تحت حاکمیت یک کشور، اما تحت صلاحیت چند دولت اعم از دولت حاکم باشد.^۱ همچنین ممکن است یک موضوع تحت حاکمیت چند دولت باشد؛ در این صورت به طریق اولی با صلاحیت چند دولت مواجه خواهیم بود.^۲ اگر نگاه تفکیک‌شده به انواع صلاحیت‌ها داشته باشیم، می‌توان گفت که «صلاحیت اجرایی»^۳ بیش از دو نوع صلاحیت دیگر یعنی «صلاحیت قانونی»^۴ و «صلاحیت قضایی»^۵ با مفهوم «حاکمیت» هم‌پوشانی دارد. چرا که مقصود از حاکمیت، وجود «کنترل مؤثر» است؛ بر این اساس تا هنگامی که بر موضوعی کنترل مؤثر وجود نداشته باشد، امکان اجرای صلاحیت بر آن نیز وجود ندارد. به طور کلی می‌توان گفت که «اعمال صلاحیت لزوماً به معنای اعمال حاکمیت نیست، هرچند اعمال حاکمیت مستلزم وجود صلاحیت است».

صلاحیت از یک منظر دو وجه سلبی و ایجابی دارد. صلاحیت از منظر ایجابی عبارت است از توانایی یک دولت در وضع قانون و اجرای آن و از منظر سلبی عبارت است از محدودیت‌های یک دولت در وضع قانون و اجرای آن.^۶ دولت‌ها با توسیع و تضییق حدود صلاحیت خود در قبال دیگر دولت‌ها، در تعریف صلاحیت این دولت‌ها نیز مشارکت می‌کنند (Strauss, 1995: 406). چرا که نگرش یک دولت به وجوه سلبی و ایجابی صلاحیت موجب می‌شود تا آن دولت در برابر همین نگرش از سوی

۱. به طور مثال دادگاه تجدیدنظر آمریکا در قضیه‌ی آمریکا علیه شرکت آلومینیوم آمریکا که مبانی صلاحیت فراسرزمینی قانون شرمین را تبیین می‌نمود، بیان داشت «این از اصول حقوقی است که هر دولتی می‌تواند مسؤولیتی را تحمیل نماید حتی در خصوص افرادی که تحت حاکمیت آن دولت نیستند». استفاده از عباراتی چون «هر دولتی» بیانگر همین نگرش است (Layton and Parry, 2004: 309).

۲. به طور مثال حضور یک شخص خارجی در یک دولت می‌تواند صلاحیت دولت محل حضور و دولت متبوع شخص را به طور همزمان به دنبال داشته باشد. هرچند دولت متبوع، حاکمیتی بر تبعه‌ی خود در دولت خارجی ندارد؛ اما حقوق کیفری خود را همچون دولت محل حضور فرد اعمال می‌کند. لیکن چنانچه موضوع تخلف مالی چنین شخصی مطرح باشد، تمام کشورهای که این شخص در آن‌ها دارای دارایی دارد، دارای حاکمیت بر اموال وی هستند؛ هرچند ممکن است تمام آن‌ها خود را صالح به رسیدگی ندانند.

3. Executive Jurisdiction.

4. Prescriptive Jurisdiction.

5. Adjudicatory Jurisdiction.

معمولاً از عبارت «Judicial Jurisdiction» استفاده می‌شود؛ اما از آنجا که یک نهاد قضایی «Adjudicatory»^۷ لزوماً دادگاه «Court» نیست، مانند کمیسیون‌هایی که به دعاوی جبران خسارت کارگران رسیدگی می‌کنند، لذا استفاده از عبارت «Adjudicatory Jurisdiction» مناسب‌تر است.

۶. برخی معتقدند که حقوق بین‌الملل تنها جنبه‌ی سلبی صلاحیت را مطرح کرده است (Mann, 1964: 100).

سایر دولت‌ها نیز متعهد باشد. اعمال یکجانبه‌ی صلاحیت، عمل حقوقی یکجانبه‌ای است که دولت اعمال‌کننده، خود را مأخوذ به پذیرش آن می‌کند.

صلاحیت امری پویا و در حال تغییر است؛ به گونه‌ای که، با تغییر رویه‌ی دولت‌ها، حدود آن تغییر می‌کند. زمانی که یک دولت صلاحیتی را اعمال می‌کند که خارج از تعریف شناخته‌شده‌ی حاکمیت از سوی جامعه‌ی بین‌المللی باشد، با اعتراض این دولت‌ها مواجه خواهد شد^۱ و چنانچه چنین اقدامی با استقبال جامعه‌ی بین‌المللی مواجه شود، هنجار جدیدی در خصوص صلاحیت در حقوق بین‌الملل شکل می‌گیرد. این روند شکل‌گیری و تغییر صلاحیت با عنوان «حقوق بین‌الملل صلاحیت»^۲ شناخته می‌شود (Stauss, 1995: 406). هر چند پیچیدگی روابط میان بازیگران دولتی با موضوعات غیردولتی در عرصه‌ی بین‌المللی دستیابی به تعریفی دقیق از صلاحیت را دشوار می‌سازد، به اجمال می‌توان صلاحیت را «جلوه‌ی مشروع اعمال حاکمیت» دانست. اما از آنجا که مشروعیت اعمال حاکمیت، به مشخص شدن حدود صلاحیت منوط است؛ این تعریف، متضمن «دور منطقی» خواهد بود. هر چند در برخی متون، صلاحیت تنها به «صلاحیت قضایی» تقلیل یافته است، اما مقصود از صلاحیت در ادبیات حقوق بین‌الملل، اعمال قدرت سیاسی در تمام اشکال قانونی، قضایی و اجرایی در راستای قانون است (Reisman, 1999: xii). در مجموع، این تعریف از صلاحیت ارائه شده است که «صلاحیت عبارت است از محدودیت‌های وارده بر توانایی دولت در ایجاد، اعمال و اجرای قوانین مربوط به افراد، اموال و قراردادهای» (Coughlan and others, 2007: 31).

۲-۱. تجزیه‌ی صلاحیت؛ قانونی، قضایی و اجرایی

هر چند صلاحیت یک دولت از منظر تحلیل روابط بین‌الملل، امری بسیط است، اما باید توجه داشت که اقتضائات سه سطح از صلاحیت و قواعد حاکم بر آن‌ها

۱. برای مشاهده‌ی برخی از این اعتراضات (بنگرید به: بریژیت، ۱۳۷۵: ۷۸-۴۱).

(See also: Harvard University, 2011: 1226-1304).

2. International Jurisdictional Law or International Law of Jurisdiction

۳. برای تعاریف دیگر از صلاحیت،

(See: V. Lowe, Jurisdiction, in: Evans, 2006: 335; Shaw, 2008: 645; Akehurst, BYIL, No. 46, 1974: 145; Ryngaert, 2008: 5).

متفاوت است. منظور از صلاحیت قضایی، اهلیتی است که یک دادگاه برای رسیدگی به یک قضیه دارد و مقصود از صلاحیت قانونی، اهلیتی است که یک دولت برای اعمال قوانین خود دارد و مراد از صلاحیت اجرایی، اهلیتی است که یک دولت برای اجرای یک حکم اعم از ملی یا خارجی دارد.

نگاه متمایز به صلاحیت قانونی، قضایی و اجرایی موجب پذیرش این تئوری می‌شود که مشروعیت صلاحیت قضایی لزوماً به معنای مشروعیت صلاحیت قانونی نیست و برعکس. اما چنانچه مانند واقع‌گرایان حقوقی، به صلاحیت قضایی اصالت داده شود، تنها باید در جستجوی مشروعیت صلاحیت قضایی باشیم؛ چه آن که «قواعد فی‌نفسه قانون نیستند، بلکه آنچه دادگاه انجام می‌دهد قانون است» (Maier and McCoy, 1991: 254). به عبارت دیگر، در این حالت انتخاب صلاحیت قضایی به معنای انتخاب صلاحیت قانونی است؛ چه آن که انتخاب یک صلاحیت قضایی، انتخاب یک نظام حقوقی را به دنبال خواهد داشت؛ دادگاه بر این اساس قانونی که باید نتیجه را مشخص کند، انتخاب، تفسیر و اعمال می‌کند.^۱ برخی از واقع‌گرایان حقوقی نیز اصالت را به صلاحیت قانونی می‌دهند. از نظر آن‌ها یک دعوا در هر دادگاهی که مطرح شود، نتیجه‌ای یکسان را در پی خواهد داشت؛ چرا که قانون ماهوی حاکم بر دعوا واحد است و صلاحیت قضایی تنها شکل رسیدگی را مشخص می‌کند. از این جهت صلاحیت قضایی را روند مکانیکی رسیدگی نامیده‌اند (Maier and McCoy, 1991: 250). این دیدگاه هنگامی صحیح است که نگرش واحدی در خصوص قانون حاکم بر اختلافات فراملی وجود داشته باشد.

یکی از مسائل مهم برای حل تعارض میان صلاحیت دولت‌ها، تشخیص نسبت میان صلاحیت قانونی، قضایی و اجرایی است. در حالی که صلاحیت اجرایی اخص از صلاحیت قانونی و صلاحیت قضایی است، رابطه‌ی منطقی صلاحیت قانونی و صلاحیت قضایی، عموم و خصوص من‌وجه است. توضیح آن که در نگرش کلاسیک به

۱. مطابق حقوق بین‌الملل، محاکم قضایی نیز می‌توانند صلاحیت قانونی اعمال نمایند. توضیح آن که، هرچند بر اساس تقسیمات قوای یک کشور، معمولاً محاکم صلاحیت تصویب قوانین را ندارند؛ اما اولاً در برخی موارد قلمرو یک قانون نامشخص است؛ در این صورت دادگاه می‌تواند به تشخیص خود قلمرو آن را اعلام دارد؛ ثانیاً شکل ثابتی برای تفکیک قوا وجود ندارد تا حقوق بین‌الملل بتواند به نام دادگاه بودن یک نهاد، برای قضایی دانستن آن اکتفا نماید. محاکم قضایی کشورهای کامن‌لا مانند آمریکا بیشتر برای اعمال صلاحیت قانونی مستعد هستند (Ryngaer, 2008: 10).

صلاحیت، دو صلاحیت قضایی و قانونی با یکدیگر منطبق بودند و هر دادگاهی تنها به اعمال قانون ملی خود اقدام می‌کرد، اما امروزه صلاحیت قضایی و قانونی تنها در حقوق عمومی (اعم از حقوق کیفری، حقوق مالیاتی، حقوق اداری، حقوق آیین دادرسی و حقوق مربوط به اموال غیرمنقول) بر هم منطبق‌اند. در واقع، در حقوق عمومی صلاحیت قانونی و قضایی یکی هستند؛ دولت‌ها حقوق عمومی دولتی دیگر را اعمال نمی‌نمایند؛ به طور مثال زمانی که یک دادگاه صلاحیت کیفری داشته باشد، قانون کیفری محل دادگاه را اعمال می‌کند؛ جز در مواردی چون مرور زمان و مصونیت^۱ و بالعکس، دادگاه زمانی صلاحیت قضایی خود را احراز می‌کند که در وجود صلاحیت قانونی کشور متبوع خود تردیدی نداشته باشد (Mann, 1984: 31). اما در حقوق خصوصی صلاحیت قانونگذاری و قضایی لزوماً یکی نیستند. ممکن است دادگاهی که صلاحیت رسیدگی دارد، قانون دولتی دیگر را اعمال نماید و این امکان وجود دارد دولتی برای موضوعاتی فراتر از صلاحیت محاکم خود قانونگذاری کند. لذا این تصور صحیح نیست که صلاحیت قضایی به طور کلی منوط به وجود صلاحیت قانونی است.^۲

در خصوص صلاحیت اجرایی نیز باید توجه داشت که اولاً، هیچ دولتی در خارج از قلمرو صلاحیت قانونی و قضایی خود صلاحیت اجرایی ندارد؛ ثانیاً دولت‌ها در قلمرو صلاحیت قانونی و قضایی خود نیز لزوماً واجد صلاحیت اجرایی نیستند؛ چرا که در بسیاری موارد صلاحیت قانونی و قضایی دولت‌ها از مرزهای سرزمینی آن‌ها عبور می‌کند (Mann, 1984: 35). در مقابل، هنگامی که امکان اجرای یک تصمیم قضایی وجود داشته باشد، لزوماً صلاحیت قانونی و قضایی نیز وجود خواهد داشت، چرا که دولت‌ها تنها در جایی قدرت اجرایی کردن تصمیمات خود را دارند که بر آن حاکمیت داشته باشند و همان‌گونه که پیشتر نیز گفته شد اصولاً یک منطقه نمی‌تواند تحت

۱. حتی در زمانی که دادگاهی جرم بودن یک عمل در محل وقوع "lex loci" را شرط اعمال قانون محل دادگاه می‌داند، در واقع متهم مطابق قانون محل دادگاه "lex fori" تحت رسیدگی قرار دارد. (See: Akehurst, 1974: 179).

۲. لازم به ذکر است که صرف وجود یک قانون می‌تواند احراز صلاحیت قضایی را به دنبال داشته باشد، اما وجود قانون با صلاحیت قانونی متفاوت است؛ بدین معنی که ممکن است دادگاهی که به پشتوانه‌ی یک قانون وارد رسیدگی شده است، بعداً به این نتیجه برسد که به رغم وجود صلاحیت قضایی، فاقد صلاحیت قانونی است و باید قانون کشوری دیگر را اعمال نماید. مقصود از صلاحیت قانونی یک دولت در اینجا صرفاً اعمال حقوق داخلی کشور متبوع دادگاه است.

حاکمیت دو دولت باشد.

بر این اساس، صلاحیت امری تجزیه‌پذیر است و سلسله‌مراتبی میان صلاحیت قانونی و قضایی وجود ندارد، اما صلاحیت اجرایی اخص از آن دو صلاحیت است. لازم به ذکر است که آنچه در رویه‌ی قضایی از آن به رسیدگی شکلی یاد می‌شود، اعم از بررسی صلاحیت قضایی و صلاحیت قانونی است. در برخی دولت‌ها از جمله آمریکا از روند احراز صلاحیت قضایی به «صلاحیت شخصی»^۱ یاد می‌شود.

این‌که هدف از صلاحیت قانونی و قضایی چیست و نسبت تمایلات حقوقی و سیاسی در احراز این صلاحیت‌ها چه میزان است، از موضوعات مورد اختلاف اندیشمندان است. برخی معتقدند در حالی که هدف اصلی در صلاحیت قضایی احراز منافع طرفین دعواست و نه منافع دولت متبوع دادگاه (Ryngaert, 2008: 12)، هدف اصلی در صلاحیت قانونی حمایت از منافع دولت متبوع دادگاه است؛ بر این اساس، صلاحیت قضایی، امری حقوقی و صلاحیت قانونی، امری سیاسی است. در مقابل عده‌ای دیگر معتقدند «از آنجا که در وضع قواعد مربوط به تعارض قوانین، مصلحت حقوقی و منافع افراد بیشتر از مصالح سیاسی مد نظر قرار می‌گیرد، بنابراین تعارض قوانین بیشتر دارای جنبه حقوقی است، در حالی که مسئله صلاحیت قضایی را معمولاً جزو مسئله حاکمیت ملی به شمار می‌آورند و در وضع قواعد مربوط به تعارض دادگاه‌ها مصلحت سیاسی دولت در درجه اول اهمیت قرار می‌گیرد و بنابراین تعارض دادگاه‌ها بیشتر دارای جنبه سیاسی است» (الماسی، ۱۳۸۳: ۲۵). موسع بودن معیار احراز صلاحیت قضایی و تبعیض‌آمیز بودن قواعد ناظر بر صلاحیت قضایی (مانند الزام به پرداخت وجه‌الضمان برای بیگانگانی که علیه اتباع داخلی طرح دعوا می‌کنند) را می‌توان از دلایل سیاسی بودن صلاحیت قضایی دانست. با این حال دولت‌ها تمایل دارند تا منافع سیاسی خود را در تمام سطوح صلاحیت اعم از صلاحیت قانونی، قضایی و اجرایی لحاظ کنند^۲ و در مقابل حقوق بین‌الملل عمومی نیز در رابطه با تمام صلاحیت‌های قانونی، قضایی و اجرایی واجد اصول و قواعدی است. بنابراین می‌توان گفت که صلاحیت قانونی، قضایی و اجرایی از جهت سیاسی و

1. Ratione Personae.

۲. باید توجه داشت که اعمال صلاحیت قضایی به طور موسع لزوماً منافی برای دولت به دنبال ندارد و می‌تواند تنها هزینه‌هایی را به طور یکجانبه بر دولت متبوع دادگاه تحمیل نماید.

حقوقی بودن دوجنبتین هستند.

۱-۳. صلاحیت در دوران میان حقوق بین‌الملل عمومی و خصوصی

یکی از پرسش‌هایی که در حقوق بین‌الملل وجود دارد، این است که آیا اساساً حقوق بین‌الملل خصوصی وجودی مستقل از حقوق بین‌الملل عمومی دارد؟ برخی معتقدند حقوق بین‌الملل خصوصی به معنای مستقل وجود ندارد؛ چرا که اولاً، «تعارض قوانین» که از مهم‌ترین موضوعات حقوق بین‌الملل خصوصی است، تعارض میان حاکمیت دولت‌هاست که همان تعارض میان حقوق عمومی است؛ لذا توجه اندک حقوق بین‌الملل عمومی به حوزه‌ای مانند تعارض قوانین نه به دلیل تمایز ماهوی این موضوع از حقوق بین‌الملل عمومی، بلکه به دلیل فقدان جذابیت کافی این موضوع به اندازه‌ی سایر حوزه‌ها مانند حقوق جنگ بوده است (Trachtman, 1996: 5). ثانیاً، برخی مانند فیلیپ جساپ^۱ قاضی دیوان بین‌المللی دادگستری معتقدند که حقوق بین‌الملل به طور روزافزون در حال تبدیل شدن به «حقوق فراملی»^۲ است؛ چه آن‌که حقوق بین‌الملل عمومی در حال وارد کردن حقوق خصوصی و حقوق داخلی در قلمرو مطالعات خود است. به همین دلیل برخی به جای استفاده از حقوق بین‌الملل عمومی از عباراتی نظیر حقوق ملت‌ها،^۳ حقوق بین‌ملت‌ها^۴ و حقوق جهانی^۵ استفاده می‌کنند (Trachtman, 1996: 3). رویه‌ی بین‌المللی نیز نشان داده است که دولت‌ها به گونه‌ای روزافزون برای تنظیم روابط خصوصی افراد از خود تمایل نشان داده و بسیاری از حوزه‌های مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی را به کمک منابع حقوق بین‌الملل عمومی به نظم و نسق در می‌آورند.

با این حال باید توجه داشت که تفاوت‌های ماهوی و شکلی میان این دو رشته از حقوق بین‌الملل وجود دارد: تابعان این دو رشته با یکدیگر متفاوت هستند؛ در حالی که حقوق بین‌الملل عمومی به تعیین روابط تابعان فعال حقوق بین‌الملل (دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی دولتی) با یکدیگر و یا تابعان فعال حقوق بین‌الملل

1. Philip Jessup.
2. Transnational Law.
3. Law of Nations.
4. Inter-national Law.
5. World Law.

با تابعان منفعل حقوق بین‌الملل می‌پردازد، حقوق بین‌الملل خصوصی روابط باز یگران منفعل حقوق بین‌الملل با یکدیگر که عنصری خارجی در آن دخالت دارد، را تعیین می‌نماید. این تفاوت ماهوی، تفاوت ساختاری در این دو رشته‌ی حقوقی را نیز موجب شده است؛ حقوق بین‌الملل خصوصی برخلاف حقوق بین‌الملل عمومی از ضمانت اجرای کامل‌تر و مستحکم‌تری برخوردار است؛ چرا که حقوق بین‌الملل خصوصی از سوی محاکم و قوانین ملی پشتیبانی می‌شود (Trachtman, 1996: 5).

با پذیرش این موضوع که حقوق بین‌الملل عمومی و حقوق بین‌الملل خصوصی از یکدیگر متمایز هستند، این پرسش مطرح می‌شود که مطالعات ناظر بر «صلاحیت» به کدام یک از این دو مربوط می‌شود؟ فایده‌ی این بحث در آثار حقوقی متفاوت این دو نگرش است. به طور مثال، چنانچه «صلاحیت» را از موضوعات حقوق بین‌الملل عمومی بدانیم، برای کشف قواعد ناظر بر صلاحیت و صلاحیت مراجع بین‌المللی برای تفسیر این قواعد و نیز مسؤولیت بین‌المللی دولت‌های متجاوز از حدود صلاحیت باید به منابع حقوق بین‌الملل عمومی مراجعه نماییم؛ اما در صورتی که «صلاحیت» را از موضوعات حقوق بین‌الملل خصوصی بدانیم، منابع حقوق ملی اعم از قواعد ماهوی صلاحیت و قواعد حل تعارض اهمیت می‌یابد و دولت‌ها نسبت به شناسایی و اعتبار بخشیدن به قوانین خارجی و احکام دادگاه‌های خارجی تعهدی نخواهند داشت.

برخی معتقدند که «حقوق بین‌الملل صلاحیت» از موضوعات حقوق بین‌الملل خصوصی است. به طور مثال پروفیسور می‌سن معتقد است که قوانین حل تعارض به منافع داخلی دولت‌ها نظر دارد و تنها در جایی، به منافع سایر دولت‌ها توجه دارد که در راستای سیاست خارجی آن دولت باشد؛ مانند جایی که شناسایی قوانین و احکام خارجی منوط به «تقابل»^۱ شده باشد (Meessen, 1984: 79). به همین دلیل گفته شده است که موضوع صلاحیت در حقوق بین‌الملل از آن‌جا که مستلزم شناسایی از سوی حقوق ماهوی سایر دولت‌ها است، بیش از آن‌که در حوزه‌ی مطالعاتی حقوقدانان بین‌الملل عمومی باشد، در حوزه‌ی مطالعات متخصصان حقوق ماهوی^۲ قرار دارد (Ryngaert, 2008: 2). افزون بر این، اختلافات مربوط به این بخش را معمولاً ذیل حقوق بین‌الملل خصوصی قرار می‌دهند، چرا که معمولاً در

1. Reciprocity.
2. Substantive Law Specialists.

این اختلافات، موضوع حول یک شخص خصوصی و حقوق آن می‌چرخد. در کنار منطق حقوقی، رویه‌ی قضایی برخی دولت‌ها نیز بر این موضوع صحنه گذاشته است. دادگاه‌های آمریکا در بیشتر قضایا، اجرای احکام خارجی را طبق حقوق بین‌الملل عمومی الزامی ندانسته‌اند؛ به طور مثال در قضیه‌ی دادگاه آمریکا بیان داشت که «اجرای یک حکم خارجی بیش از آن که به حقوق بین‌الملل عمومی مربوط باشد، با حقوق بین‌الملل خصوصی ارتباط دارد و بیش از این که به روابط بین‌المللی مربوط باشد، بر روابط خصوصی ناظر است»^۱. در مجموع در محاکم کشورهای کامن‌لا این اعتقاد وجود ندارد که رجوع به قانون دولت خارجی از سوی حقوق بین‌الملل الزامی است (Akehurst, 1974: 228).

در مقابل، برخی بر این عقیده‌اند که «صلاحیت» از موضوعات انحصاری حقوق بین‌الملل عمومی است. اصلی‌ترین دلیل قائلین به این عقیده این است که اعمال صلاحیت می‌تواند بر روابط خارجی دولت‌ها تأثیرگذار باشد و چه بسا تجاوز از حدود صلاحیت به تشدید اختلافات بین‌المللی منجر شود (Ryngaert, 2008: 13). دلیل دیگر این که، تعیین حدود صلاحیت یک دولت به تعریف سایر دولت‌ها از مفهوم صلاحیت منوط است، لذا نمی‌توان این امر را به حقوق داخلی دولت‌ها واگذار نمود؛ بلکه برای تنظیم این روابط باید از حقوق بین‌الملل عمومی یاری گرفت. در هر صورت نمی‌توان اجرای تصمیم یک نهاد عمومی دولت خارجی در دولتی دیگر را امری مربوط به روابط خصوصی دانست، بلکه در بدبینانه‌ترین حالت بهتر است گفته شود هر چند این موضوع به روابط بین‌المللی مربوط است، اما در حال حاضر حقوق بین‌الملل عمومی آن را کاملاً به نظم در نیاورده است. صرف تأثیر این موضوع بر افراد نمی‌تواند مبین و توجیه‌گر خصوصی بودن این رابطه باشد؛ چه آن که روابط بین‌المللی در غایت، تأثیر خود را بر افراد خواهد داشت. به طور خلاصه می‌توان گفت که هر چند حقوق بین‌الملل عمومی مداخله در موضوعات مربوط به صلاحیت داخلی دولت را ممنوع کرده است، اما صلاحیت، موضوعی است که خارج از صلاحیت دولت است؛ چرا که در غیر این صورت هر دولتی می‌تواند تمام تعهدات بین‌المللی خود را داخل در صلاحیت داخلی معرفی نماید.

1. Fohnston v. Compagnie Generale Transatlantique.

گروهی دیگر از حقوقدانان میان اجزای مختلف صلاحیت تفکیک نموده‌اند؛ در حالی که صلاحیت قانونی و اجرایی را موضوع حقوق بین‌الملل عمومی می‌دانند، صلاحیت قضایی را موضوع حقوق بین‌الملل خصوصی تلقی می‌کنند.^۱ به عبارت دیگر هرچند موضوع صلاحیت در سطح «قانونی» و «اجرایی» در چارچوب حقوق بین‌الملل عمومی قابل ارزیابی است، اما صلاحیت در عرصه «قضایی» موضوعی مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی است و ذیل عنوان «تعارض قوانین» قابل بحث است (Zerk, 2010: 13)؛ چرا که صلاحیت قانونی و اجرایی با حاکمیت یک دولت قرابت بیشتری دارند.^۲ حقوقدان دیگری نیز استدلال کرده است که تعارض «منافع افراد» موضوع تعارض صلاحیت قضایی است که آن را ذیل حقوق بین‌الملل خصوصی قرار می‌دهد و تعارض «منافع دولت‌ها»، موضوع تعارض صلاحیت قانونی است که آن را ذیل حقوق بین‌الملل عمومی جای می‌دهد (Ryngaert, 2008: 24). با این حال صلاحیت قضایی نیز می‌تواند به تعارض منافع میان دولت‌ها منجر شود؛ به ویژه در مواردی که دادگاه قوانین ماهوی خود^۳ را به جای قوانین ماهوی خارجی^۴ اعمال نماید. ضمن آن که شباهت حکم قضایی به اقدامات اداری قوهی مجریه ایجاب می‌کند تا حقوق بین‌الملل همان‌گونه که در خصوص صلاحیت قانونی و اجرایی واجد مقرراتی است، در خصوص صلاحیت قضایی نیز قواعدی داشته باشد (Hill, 2003: 43).^۵

در مجموع با توجه به رویه‌ی قضایی ملی و بین‌المللی می‌توان گفت که «حقوق صلاحیت» پلی است میان حقوق بین‌الملل خصوصی و حقوق بین‌الملل

۱. به طور مثال آکهرست بر این باور بود که حقوق بین‌الملل عرفی هیچ محدودیتی بر صلاحیت دادگاه‌های داخلی برای دعاوی حقوقی ایجاد نکرده است. مبنای این استدلال آن است که معمولاً کشورها در خصوص صلاحیت محاکم در مواردی که ارتباط کمی با دعوا وجود داشته است، قواعدی را تصویب کرده‌اند که اغلب با رضایت سایر کشورها مواجه بوده است (Hill, 2003: 42).

۲. پیوند خوردن صلاحیت اجرایی با حاکمیت موجب شده است تا حقوق بین‌الملل در این صلاحیت تعهدات بیشتری نسبت به صلاحیت قانونی و قضایی داشته باشد. به طور مثال قانون بازنگری آمریکا در بخش ۴۰ بیان می‌دارد که «تمام ایالات طبق حقوق بین‌الملل موظفند که با حسن‌نیت صلاحیت اجرایی خود را اصلاح نمایند» (Edwards, 1981: 875).

3. Forum Law.

4. Foreign Law.

۵. این عقیده نیز وجود دارد که حقوق بین‌الملل عمومی تنها در خصوص صلاحیت در «حقوق عمومی» می‌تواند واجد اصولی باشد و در رابطه با «حقوق خصوصی»، این حقوق بین‌الملل خصوصی است که اصولی معین خواهد کرد (Zerk, 2010: 22).

عمومی (Ryngaert, 2008: 12). هر چند حقوق بین الملل عمومی به عنوان منبعی از حقوق بین الملل خصوصی شناخته نمی شود و قواعدی برای تعیین حدود صلاحیت دولت‌ها ندارد؛ با این حال حقوق بین الملل عمومی در برخی موارد حدود را مشخص کرده است؛ مانند این که هیچ دولتی حق ندارد حقوق عمومی خود مانند آیین دادرسی را به دولت‌های دیگر تحمیل نماید (Akehurst, 1974: 179). حقوق بین الملل عمومی محدودیت‌هایی بر حقوق عمومی وارد ساخته است (Reese, 1970: 130) و از آنجا که حقوق بین الملل خصوصی واجد ویژگی‌های حقوق عمومی است، نباید از محدودیت‌های ناشی از حقوق بین الملل عمومی دور بماند.^۱ حقوق بین الملل خصوصی از آن جهت که قواعد حاکم بر نحوه رفتار ارکان عمومی دولت را مشخص می‌کند، عمومی تلقی می‌شود.

هر چند دولت‌ها ممکن است قواعدی مغایر با حقوق بین الملل به تصویب برسانند، اما محاکم معمولاً در اعمال قاعده تلاش دارند تا آن را به نحوی تفسیر نمایند که مغایر با حقوق بین الملل نباشد (Akehurst, 1974: 227). این مدارا در تفسیر قواعد حل تعارض بیانگر آن است که محاکم به دنبال راه‌حلی میانه هستند تا بتوانند حقوق بین الملل خصوصی را با حقوق بین الملل عمومی در موضوع صلاحیت، آشتی دهند. باید توجه داشت که حقوق بین الملل خصوصی تنها قواعد حاکم بر انتخاب قانون صالح از سوی محاکم را مشخص می‌کند؛ اما تعیین حدود صلاحیت قانونی و صلاحیت اجرایی امری است که از قلمرو حقوق بین الملل خصوصی خارج است؛ این موارد تنها می‌توانند از سوی حقوق بین الملل عمومی تعیین شوند. لذا می‌توان گفت که «حقوق بین الملل صلاحیت» در جایی میان حقوق بین الملل عمومی و حقوق بین الملل خصوصی قرار دارد.

۲. صلاحیت فراسرزمینی از منظر مبانی حقوق بین الملل عمومی

صلاحیت فراسرزمینی قانونی، قضایی و اجرایی بر معیارهای مختلفی مبتنی هستند. از جمله صلاحیت‌های فراسرزمینی قانونی می‌توان به صلاحیت سرزمینی

۱. برای دیدن نظری که معتقد است حقوق بین الملل صلاحیت جز در مواردی مانند مصونیت سران و مقامات عالی‌رتبه‌ی دولت‌ها توسط حقوق بین الملل عرفی محدود نشده است،

(See: Hague Academy of International Law, 1985: 248).

عینی، صلاحیت سرزمینی ذهنی، صلاحیت شخصی فعال، صلاحیت شخصی منفعل، صلاحیت واقعی، صلاحیت جهانی، صلاحیت مبتنی بر دکترین اثرگذاری و صلاحیت مبتنی بر دکترین اجرا^۱ اشاره نمود. از جمله صلاحیت فراسرزمینی قضایی می‌توان به صلاحیت مبتنی بر محل حضور موقت خوانده، صلاحیت مبتنی بر محل وقوع شئی، صلاحیت مبتنی بر محل تجارت و صلاحیت مبتنی بر دکترین خرق حجاب^۲ اشاره نمود. صلاحیت فراسرزمینی اجرایی نیز شامل صلاحیت‌های اجرایی می‌شود که آثاری فراسرزمینی به دنبال دارند مانند صادره‌های فراسرزمینی یا صدور قرارهای فراسرزمینی (Borchard, 1942: 275; Clark, 1990: 197). بررسی ماهیت صلاحیت فراسرزمینی از منظر مبانی حقوق بین‌الملل عمومی، مستلزم بررسی این موضوع با نگرشی تاریخی و فلسفی است تا بتوان به استدلال‌های موافقان و مخالفان صلاحیت فراسرزمینی پرداخت.

۱-۲. نگرشی تاریخی به صلاحیت دولت

دنیای باستان متشکل از جوامع انسانی بود؛ لذا مفاهیمی مانند سرزمین، حاکمیت و صلاحیت معنایی نداشت. در این دوران تأکید بر پیوند شخصی افراد با جوامع خود موجب می‌شد تا اشخاص خارجی از قوانین مستثنا شوند. به همین دلیل برخی جوامع به ایجاد محاکم اختصاصی برای رسیدگی به اختلافات مربوط به خارجیان اقدام کرده بودند. به طور مثال در تمدن بابل، مصر،^۳ یونان دوران هلن^۴ و جمهوری رم،^۵ خارجیان در محاکم اختصاصی مورد رسیدگی قرار می‌گرفتند. روش دیگر برای حفظ حقوق خارجیان، پذیرش قوانین و عرف‌های محلی در دادگاه بود؛ مانند اعمال قوانین محلی شخص در دادگاه حکومتی رم^۶ و اعمال قوانین و عرف یهود در محاکم فرانسه و فلسطین (Hessel, 1953: 301). در این دوران، تعارض قوانین به معنای اخص کلمه (تعارض میان دو نظام حقوقی) موضوعاً منتفی بوده و صرفاً در

1. Implementation Doctrine
2. Piercing the Corporate Veil Doctrine.

۳. در نهادی با عنوان "Laocrites"

4. Hellenic.

۵. در نهادی با عنوان "Recuperatores"

6. Provincial Governor.

مواردی تعارض به شکل تعارض میان دادگاه‌ها وجود داشته است. آنجا که قواعد حل تعارض نیز وجود داشت، نظامی تبعیض‌آمیز بوده است. نخستین بارقه‌های تعارض قوانین به دنبال توسعه‌ی روابط تجاری در شهرهای شمالی ایتالیا (بنی، فلورانس و مدن) در قرن سیزدهم و چهاردهم میلادی شکل گرفت (الماسی، ۱۳۸۳: ۶۰).

در اروپای قرون وسطی رابطه‌ی میان حاکم و تبعه، رابطه‌ای بر اساس پیوند شخصی بود. در چنین شرایطی اعمال قدرت سیاسی با مفهوم «مرز» ارتباطی نداشت؛ بلکه این اقتدار به تبعیت شخصی مردم از چند حاکم از جمله پاپ، امپراتور رم، چند پادشاه و چند روحانی باز می‌گشت (Berman, 2002: 446). در این دوران، صلاحیت بر اشخاص به ملیت آن‌ها بستگی داشت؛ در واقع، اشخاص حقوق خود را به هر کجایی که سفر می‌کردند، با خود می‌بردند (Kassan, 1935: 247). در چنین زمانی محل جغرافیایی جرم، اهمیتی ثانوی داشت. این نظام حقوقی بر اصولی چون شخصیت حقوقی^۱ و اصل ملیت^۲ مبتنی بود (Blakesley, 2007: 5). به همین دلیل اصطلاح «حاکمیت شخصی»^۳ بر اصطلاح «حاکمیت سرزمینی»^۴ برتری داشت.

انعقاد معاهده‌ی وستفالی در سال ۱۶۴۸ مؤید ظهور اصولی چون حاکمیت، ملی‌گرایی و دولت-ملت بود. طبق این معاهده تمام کشورها توافق کردند که به مرزهای سرزمینی یکدیگر احترام گذارده و از مداخله در امور داخلی همدیگر پرهیز کنند. بر این اساس، کنترل بر سرزمین از سوی حاکمیت، معیار اصلی برای ابراز وجود یک «کشور» شد؛ وظیفه‌ی حقوق بین‌الملل عمومی از آن زمان در کل تاریخ خود جلوگیری از برخورد و تعارض میان این دولت‌ها بوده است (Berman, 2002: 451). در این دوران تمام کشورها واجد حاکمیتی مطلق و انحصاری شدند؛ بر این اساس، تئوری صلاحیت‌های جزیره‌ای،^۵ جایگزین تئوری شخصیت حقوقی شد. در این دوران صلاحیت بر پیوند شخصی مبتنی نبود، بلکه بر اساس قدرت فیزیکی قرار گرفت.

ظهور شرکت‌های فراملی، ضرورت کنترل بر سرزمین را دوچندان و توسعه‌ی تکنولوژی نظامی، کنترل مؤثر بر سرزمین را آسان‌تر نمود. کشف مناطق جدید در

1. Personality of Law.
2. Nationality Principle.
3. Personal Sovereignty.
4. Territorial Sovereignty.
5. Insular Jurisdiction.

جهان نیز مبانی صلاحیت سرزمینی را تقویت نمود؛ چه آن که نشانه‌گذاری سرزمین، به مثابه‌ی حاکمیت انحصاری بر آن منطقه تلقی می‌شد. پدیداری این تئوری در قرن شانزدهم میلادی، مدیون تلاش‌های اندیشمندانی چون فرانسیسکو ویتوریا در اسپانیا و هوگو گروسیوس در هلند بود (Berman, 2002: 447).

به تدریج در محاکم ملی قضایی مطرح شد که ضرورت بازنگری در مبانی صلاحیت سرزمینی و صلاحیت شخصی را آشکار ساخت. آن چنان‌که یکی از دادگاه‌های آمریکایی بیان داشت «مهاجرت و جابجایی عظیم انسانی مفهوم ملیت را با ابهام مواجه کرده است. میلیون‌ها انسان به طور موقت و یا دائم خارج از کشور متبوع خود زندگی می‌کنند و بسیاری بیش از یک تابعیت را دارا هستند... از سوی دیگر پیشرفت تکنولوژی، پیچیدگی ساختار سازمان‌های اقتصادی و رشد شرکت‌های چندملیتی موجب شده تا مفهوم سرزمینی بودن تضعیف شود. در نتیجه تشخیص این‌که، یک جرم پیچیده در چه زمانی و در کجا اتفاق افتاده است، امری دشوار است، تضعیف روزافزون دو اصل شخصی بودن و سرزمینی بودن صلاحیت موجب می‌شود تا در مفاهیم سنتی صلاحیت بازنگری شود» (Blakesley, 2007: 10).

در زمانی که زندگی انسان‌ها راکد بود و مسافرت‌ها اندک، اعمال صلاحیت سرزمینی کفایت می‌کرد. در واقع در آن زمان که کسی نمی‌توانست زندگی و اموال موجود در ورای مرزهای کشورش را تحت تأثیر قرار دهد، توسعه‌ی صلاحیت سرزمینی توجیهی نداشت. ظهور تکنولوژی‌های ارتباطاتی در کنار مسافرت‌های بین‌المللی، اهمیت مرزهای سرزمینی را کاهش داد. این تحولات، تغییر بنیادین در مبانی صلاحیت را اقتضا می‌کرد. در چنین فضایی وجود صلاحیت‌های جزیره‌ای، ناکارآمد و حتی مضر تشخیص داده شد. لذا محاکم صلاحیت فراسرزمینی را برای برخی جرایم و تخلفات که ویژگی فراسرزمینی داشتند، به رسمیت شناختند.^۱ به همین دلیل گفته می‌شود که امروزه صلاحیت نه بر اساس پیوند شخصی و نه بر اساس قدرت فیزیکی، بلکه بر اساس سهولت، انصاف و عدالت پایه‌گذاری شده است (Mehren, 1983: 283).

۲-۲. اصالت صلاحیت: سرزمینی یا شخصی؟

۱. دادگاه عالی آمریکا در قضیه‌ی آمریکا علیه بومن Bowman در سال ۱۹۲۲ برای نخستین بار ورود به دوران صلاحیت فراسرزمینی را به رسمیت شناخت (Blakesley, 2007: 11).

نخستین واقعیتی که «صلاحیت» با آن پیوند می‌خورد، «مرز» است؛ اگر مرزی نبود، تعارض صلاحیتی هم نبود. به همین دلیل در حقوق بین‌الملل امروزی اصالت با صلاحیت سرزمینی است و دیگر صلاحیت‌ها بر اساس آن تعریف می‌شوند. باید توجه داشت که اصالت صلاحیت سرزمینی امری واقعی است و نه صوری؛ چرا که شکل‌گیری مرزهای سیاسی امری واقعی بوده است و نه نمادین؛ در واقع فضای جغرافیایی میان اجتماعات موجب شد تا آداب و رسوم اجتماعات سیاسی از یکدیگر متفاوت شود. در ابتدا قواعد صلاحیتی نه به دلیل منفعت‌طلبی حکومت مرکزی، بلکه برای تعیین مرز میان تفاوت‌ها وضع شدند (Berman, 2002: 420). لذا این مرزها نه نمادین و نه بخش لاینفکی از جغرافیای سیاسی، بلکه صرفاً تأسیساتی اجتماعی هستند. این فرضیه که صلاحیت سرزمینی، تفاوت‌های سیاسی و اجتماعی را موجب شده، صحیح نیست؛ بلکه این قسم از صلاحیت، بیانگر تفاوت‌های اجتماعی و سیاسی است. به همین دلیل پروفیسور اشنایدر معتقد است «گروه‌های موفق نیاز دارند که مرزهای مشخصی را تعیین نمایند. اجتماعاتی که محصولات تجاری و نظامی ارزشمندی دارند، باید خود را از گروه‌هایی که ممکن است فرصت‌طلبانه از این اجتماع سوءاستفاده نمایند، جدا نمایند. مرزها هم‌چنین مانع از تراکم جمعیت می‌شوند؛ امری که مستلزم کاهش ارزش عضویت در یک جامعه است. همان‌گونه که قبیله‌ها از ورود خارجی‌ان به سرزمین‌های مقدسشان جلوگیری می‌کنند، ایالات متحده آمریکا نیز ورود مهاجران متقاضی دست‌مزد بالا را ممنوع می‌کند. این مرزها هم‌چنین اجرای تعهدات دولت در برابر شهروندان را آسان‌تر می‌سازد» (Reisman, 1999: xv). لذا به رسمیت شناختن «مرز» در کنفرانس وستفالی موجب به رسمیت شناخته شدن «صلاحیت سرزمینی» به عنوان مبنایی برای سایر صلاحیت‌ها شد.^۱

در مقابل، کشورهای دارای نظام حقوقی رومی ژرمنی، برخلاف کشورهای کامن‌لا، اگر نگوییم اصالت را به صلاحیت شخصی می‌دهند، اما برای صلاحیت

۱. به نظر می‌رسد در معاهدات بین‌المللی، اصالت صلاحیت مکانی برخلاف صلاحیت دولت‌ها با صلاحیت سرزمینی نبوده است. در واقع ششصد و پنجاه معاهده از حدود نه هزار و یکصد معاهده‌ی به ثبت رسیده در سازمان ملل متحد تا سال ۱۹۶۶ واجد شرطی بود که در آن حدود قلمرو اعمال معاهده را به صراحت ذکر می‌کرد. به همین دلیل می‌توان گفت که در گذشته اعمال سرزمینی معاهده، امری اصولی نبوده است؛ به همین دلیل ماده‌ی ۲۵ کنوانسیون حقوق معاهدات، اعمال سرزمینی معاهده را اصل می‌داند؛ مگر آن‌که قصد خلاف آن احراز شود (Steinhardt, 1992: 523).

سرزمینی نیز اصالتی قائل نیستند. در این رویکرد، صلاحیت شخصی بر این فلسفه مبتنی بوده است که اتباع یک کشور که از منافع آن کشور بهره می‌برند، باید در قبال جرایم ارتكابی به کشور متبوع خود نیز پاسخگو باشند. کشورهای اروپایی استدلال می‌کنند که ارتكاب جرم توسط اتباع اروپایی در خارج از کشور، به شهرت و شخصیت کشور متبوع مجرم نیز خدشه وارد می‌آورد؛ ضمن آن‌که، عدم اعمال صلاحیت شخصی در برخی موارد به «بی‌کیفری» منجر می‌شود (Blakesley, 2007: 19). به نظر می‌رسد صلاحیت شخصی با تفکری اومانیسیم که اصالت را به فرد می‌دهد و نه اعراضی چون محل تولد و محل سکونت، سنخیت بیشتری داشته باشد. توسعه‌ی «حقوق بیگانگان» نیز نتیجه‌ی این نگرش به حقوق و صلاحیت بوده است (حسیبی، ۱۳۹۰: ۳۹).

با این حال حتی در دولت‌های رومی ژرمنی نیز دعاوی طرح شده بر اساس اصل صلاحیت سرزمینی بیش از دعاوی مبتنی بر صلاحیت شخصی بوده است (Akehurst, 1974: 152). به همین دلیل اصولاً این صلاحیت سرزمینی است که در حقوق بین‌الملل اصالت دارد. بر این اساس می‌توان گفت که تابعیت تنها می‌تواند اماره‌ای برای اعمال صلاحیت باشد و در تعارض با صلاحیت سرزمینی نباید اعمال شود (Bowett, 1983: 8).^۱ امروزه صرف‌نظر از تنوع نظام‌های حقوقی موجود در قاره‌ی اروپا، گفته می‌شود که مبنای اصلی صلاحیت در دولت‌های اروپایی صلاحیت سرزمینی است. دیوان اروپایی حقوق بشر در قضیه‌ی بانکویچ در سال ۲۰۰۱ به این واقعیت اشاره دارد.^۲ رویکرد دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه‌ی دیوار حائل

۱. برخلاف صلاحیت شخصی که مبانی فلسفی آن را باید در «جبرگرایی» "Peterminism" یافت، به نظر می‌رسد صلاحیت سرزمینی با تفکر اومانیسیم که اصالت را به اراده‌ی فرد می‌دهد و نه اعراضی چون محل تولد و رابطه‌ی نسبی، سنخیت بیشتری داشته باشد؛ زیرا هرچند انسان‌ها نمی‌توانند محل تولد و پدر و مادر خود را انتخاب نمایند، اما تا حدود زیادی در انتخاب محل زیست خود اختیار دارند.

۲. دیوان اروپایی حقوق بشر در قضیه‌ی بانکویچ بیان نمود که «دیوان معتقد است که از نقطه‌نظر حقوق بین‌الملل عمومی صلاحیت ابتدائاً سرزمینی است... لذا اهلیت یک دولت برای اعمال صلاحیت بر اتباع خود در خارج نسبت به صلاحیت دولت سرزمینی، امری فرعی است» (European Court of Human Rights, 2001: para. 59).

هم‌چنین دیوان اروپایی حقوق بشر در قضیه‌ی Ilascu بیان داشت که از دیدگاه حقوق بین‌الملل عمومی، عبارت «تحت صلاحیت» مندرج در کنوانسیون، در وهله‌ی نخست ناظر بر صلاحیت سرزمینی است؛ این صلاحیت غالباً در قلمرو سرزمینی دولت‌ها باید اعمال شود. اصل صلاحیت سرزمینی یکی از اصول پذیرفته شده در حقوق بین‌الملل است؛ این اصل از حق حاکمیت دولت‌ها ناشی می‌شود (خالقی، ۱۳۸۱: ۴۸). با این حال برخی

نیز مؤید همین فرضیه است که بیان داشت «صلاحیت دولت‌ها ابتدائاً سرزمینی است» (European Court of Human Rights, 2001: 109). اصالت صلاحیت سرزمینی به تأیید کمیته‌ی قضایی سازمان دولت‌های آمریکایی در نظریه‌ی مشورتی راجع به قانون هلمز- برتون بیان نیز رسید. این کمیته بیان داشت «فرضیه‌ی بنیادین در اعمال صلاحیت قانونی و قضایی در حقوق بین‌الملل در اصل صلاحیت سرزمینی ریشه دارد».^۱ حتی در دوران اخیر کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل متحد در گزارش سال ۲۰۰۶ خود بیان داشت که «به طور سنتی اعمال صلاحیت از سوی یک دولت اصولاً به اشخاص، اموال و اقدامات درون «سرزمین» و در موارد استثنایی به وضعیت‌هایی محدود شده است که اتباع به خارج از مرزها سفر می‌کنند» (Parrish, 2009: 842).

هرچند شکل‌گیری صلاحیت سرزمینی بر حفظ ارزش‌های فرهنگی و ملی مبتنی بود، اما گذر زمان موجب شد تا فلسفه‌ی وجودی صلاحیت سرزمینی علیه خود عمل کند. چرا که امروزه مرزهای سیاسی لزوماً با مرزهای ملی انطباقی ندارند. برخلاف مرزهای سیاسی که بسیار واضح و مشخص است، مرزهای ملی مبهم و درهم است. این واقعیت دلایل متعددی دارد: اولاً، بسیاری از دولت‌ها متشکل از ملیت‌های گوناگون‌اند؛ به نحوی که جامعه‌ی خردی را درون آن دولت تشکیل می‌دهند. ثانیاً، بسیاری از مهاجران، تاجران، کارگران و مسافران بین‌المللی دائماً در حال عبور از مرزها هستند؛ برخی مانند پناهندگان و تبعیدشدگان، به طور دائم در کشوری دیگر مستقر می‌شوند (Berman, 2002: 444). در دوران کنونی پدیده‌ی سرزمین‌گریزی^۲ در عرصه‌های مختلف اقتصادی (مانند شرکت‌های فراملی و فروشگاه‌های زنجیره‌ای)، سیاسی (مانند اتحادیه‌ی اروپا) و اطلاعاتی (مانند رسانه‌های فرامرزی)، به سرعت رو به رشد است.^۳ لذا، دیگر نمی‌توان مانند گذشته مدعی بود که رسالت صلاحیت

دولت‌های اروپایی مانند فرانسه و آلمان هنوز برای صلاحیت شخصی اعتبار بسیاری قائل هستند.

1. Inter-American Juridical Committee, Resolution on The Opinion of The Inter-American Juridical Committee In Fulfilment Of Resolution Ag/Doc. 3375/96 of The General Assembly of The Organization of American States, Entitled «Freedom of Trade and Investment In The Hemisphere», CJI/RES.II-14/96.

2. Deterritorialization.

۳. وجود جوامع دور از هم در آمریکا اصالت یافتن صلاحیت سرزمینی را در آغاز پیدایش این دولت توجیه می‌کرد. با گذشت زمان پیشرفت تکنولوژی و ازدیاد مسافرت‌ها، مفهوم «بیگانه» کمرنگ شد؛ انتظار می‌رفت

سرزمینی، ایجاد تمایز میان فرهنگ‌های متفاوت است، بلکه امروزه صلاحیت سرزمینی اصولاً برای حفظ «حاکمیت دولت» است.^۱

پذیرش اصالت صلاحیت سرزمینی یا صلاحیت شخصی در نسبت میان دولت و ملت نیز مؤثر است. واقعیت این است که دولت و ملت لزوماً همپوشانی ندارند؛ باید توجه داشت که در برخی موارد دولت به دنبال شکل‌گیری ملت به وجود می‌آید و گاهی ملت بر اساس دولت شکل می‌گیرد (ملت‌سازی). شاید در ابتدا مفهوم «ملت‌سازی»^۲ غیرمنطقی به نظر آید، اما با دقت در خصوصیت صلاحیت سرزمینی این موضوع قابل تصور خواهد بود. توضیح آن که نظام اعطای تابعیت با شیوه‌ی اصالت دادن به صلاحیت، ارتباط مستقیم دارد. کشورهای کامن‌لا که اصالت را به صلاحیت سرزمینی می‌دهند، در اعطای تابعیت، نظام خاک را اعمال می‌کنند و کشورهای رومی ژرمنی که اصالت را به صلاحیت شخصی می‌دهند، در اعطای تابعیت، نظام خون را برمی‌گزینند. بر این اساس کشورهایی که تابعیت در آن بر تولد در خاک آن کشور مبتنی است مانند آمریکا، برخلاف کشورهایی که تابعیت در آن مبتنی بر رابطه‌ی نسبی است مانند آلمان و ایتالیا، در روند ملت‌سازی نقشی فعال دارند (Berman, 2002: 444). در این دولت‌ها ملت در معنای سرزمینی بیش از ملت در معنای نسبی خود اهمیت دارد.

دولت‌هایی که صلاحیت سرزمینی را اصل قرار داده‌اند، امکان نظری صلاحیت فراسرزمینی را نپذیرفته‌اند و در مقابل دولت‌هایی که صلاحیت شخصی را اصل دانسته‌اند، از لحاظ نظری امکان اعمال سایر صلاحیت‌های فراسرزمینی را نیز پذیرفته‌اند. با این حال در عمل دولت‌های کامن‌لا که بر صلاحیت سرزمینی مبتنی

تا کشوری چون آمریکا به سمت شخصی کردن صلاحیت حرکت نمایند. اما در این برهه از زمان، آمریکا و سایر کشورهای جهان شاهد بیگانگانی جدید بودند که از حضور آن‌ها بار دیگر احساس خطر می‌کردند: یعنی شرکت‌های فراملی. احساس تهدید از جانب این شرکت‌ها موجب شد تا بسیاری از کشورها هم‌چون آمریکا بر فلسفه‌ی صلاحیتی خود در گذشته باقی بمانند (Berman, 2002: 422).

۱. دولت آمریکا نیز اقتضانات متفاوت امروز برای صلاحیت سرزمینی را دریافته و به همین دلیل در مواردی از نظریه‌ی مضیق صلاحیت سرزمینی عدول کرده است. به طور مثال دادگاه آمریکا که در قضیه‌ی *Pennoyer v. Neff* در قرن نوزدهم بنای صلاحیت سرزمینی را بنیان گذاشته بود، در قضیه‌ی

International Shoe Co. v. Washington معیار منعطف‌تری را اتخاذ نمود

See: *Pennoyer v. Neff*, 95 U.S. 714 (1878); *International Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S. 310 (1945).

2. Nationalization.

هستند، بیش از دولت‌های رومی ژرمنی به صلاحیت فراسرزمینی بر اساس معیارهای جدیدی مانند «دکترین اثرگذاری»^۱ متوسل می‌شوند.^۲

۲-۳. استدلال‌های موافقان مشروعیت صلاحیت فراسرزمینی

استدلال‌هایی که در حمایت از صلاحیت سرزمینی وجود دارد، برخی بر صلاحیت فراسرزمینی قضایی و بعضی بر صلاحیت فراسرزمینی قانونی ناظر است.

۱-۲-۳. صلاحیت فراسرزمینی به مثابه‌ی ضمانت اجرای حقوق

بین‌الملل

نظام حقوق بین‌الملل به دلیل ماهیت ویژه‌ای که دارد، به مانند نظام حقوق داخلی، از ضمانت اجرای مؤثری برخوردار نیست. محاکم بین‌المللی نمی‌توانند به تنهایی دعاوی حقوق بین‌الملل را حل و فصل و یا در صورت رسیدگی به دعوا، اجرای حکم را تضمین نمایند. به همین دلیل توسل به دادگاه‌های داخلی برای جبران خسارت، برای بسیاری از قربانیان نقض قواعد بین‌المللی، مکانیسم مناسبی است (Parrish, 2009: 865). به همین دلیل اعمال صلاحیت فراسرزمینی قضایی می‌تواند در اجرای مؤثر دعاوی مرتبط با حقوق بشر، حقوق اقتصادی، حقوق محیط زیست و غیره مناسب باشد.^۳ در واقع، فقدان چنین صلاحیتی در جامعه‌ی بین‌المللی، حقوق بین‌الملل را در سطح یک شعار نگاه خواهد داشت.

۲-۳-۲. صلاحیت فراسرزمینی فرصتی برای تابعان جدید حقوق

بین‌الملل

باید توجه داشت که امروزه نظریه‌ی حقوق بین‌الملل سنتی در خصوص تابعان حقوق بین‌الملل اعتبار ندارد. به عبارت دیگر، افزون بر دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی، در عرصه‌ی بین‌المللی شاهد ظهور بازیگران دیگری هستیم که با افراد

1. Effects Doctrine.

۲. لازم به ذکر است که علاوه بر آمریکا دولتهایی چون فرانسه، آلمان، کره‌ی جنوبی، سازمان اتحادیه‌ی اروپا و اکثر کشورهای کامن‌لا صلاحیت فراسرزمینی را پذیرفته و اعمال می‌کنند. بر اساس آمار سالانه بیش از یکصد هزار دعوی فراملی در محاکم ملی دولت‌های عضو اتحادیه‌ی اروپا مطرح می‌شود (Parrish, 2009: 853).

۳. در خصوص اعمال صلاحیت فراسرزمینی در حقوق بشر، (بنگرید به: مدنی، ۱۳۸۷: ۲۶۰-۲۲۲).

و دولت‌ها مراودات حقوقی دارند؛ بازیگرانی چون شرکت‌های فراملی و سازمان‌های بین‌المللی غیردولتی. رشد کمی بازیگران غیردولتی، رشد دعاوی آن‌ها در دادگاه‌های داخلی را به دنبال دارد. بهترین راهی که می‌توان از حقوق این تابعان جدید حمایت کرد و تعهدات بین‌المللی آن‌ها را مطالبه نمود، اعمال حقوق بین‌الملل در محاکم ملی است. تحقق این امر مستلزم آن است که حقوق بین‌الملل، صلاحیت فراسرزمینی قضایی محاکم ملی را به رسمیت بشناسد.^۱

۲-۳-۲. صلاحیت فراسرزمینی و تحقق نظام غیرمتمرکز بین‌المللی

کانت در مخالفت با جهانی شدن حقوق بین‌الملل و در حمایت از اتحاد ملت‌های آزاد و مستقل، استدلال‌های مختلفی داشت. وی ضمن اشاره به این‌که جهانی شدن می‌تواند خطر دیکتاتوری را به همراه داشته باشد، بیان می‌دارد که نظام متشکل از دولت‌های «مستقل» به افراد این امکان را می‌دهد که با اشخاص دارای فرهنگ، عادات، تاریخ و زبانی مشابه زندگی کنند. در این نظام افراد شانس بیشتری دارند که منافع جمعی و کرامتشان محترم شمرده شود. از نقطه‌نظر عملی نیز یک نظام غیرمتمرکز، تعارضات ناشی از تفاوت‌های فرهنگی را به حداقل می‌رساند (تسون، ترجمه‌ی وثوقی‌زاده، ۱۳۸۸: ۱۸۲). کانت ضمن اشاره به دشواری‌های ناشی از حکومت متمرکز جهانی، در نهایت نظام اجرایی غیرمتمرکز در روابط بین‌الملل را ترجیح داده و می‌پذیرد (تسون، ترجمه‌ی محبی، ۱۳۸۸: ۶۹). (بنگرید به: توینینگ، ۱۳۸۸: ۳۵) لذا مخالفان جهانی شدن حقوق بین‌الملل معتقدند که صلاحیت فراسرزمینی قانونی و قضایی بهتر می‌تواند حافظ ارزش‌های انسانی و اجتماعی باشد.

۲-۳-۴. ضرورت اعمال صلاحیت فراسرزمینی از سوی کشورهای

۱. به طور مثال با ظهور حقوق بین‌الملل بشر، افراد به عنوان یکی از تابعان حقوق بین‌الملل مطرح شدند. در این خصوص می‌توان نقض حقوق کارگران در شرکت‌های فراملی را مثال زد که در صورت استنفکاف دولت میزبان در حمایت از حقوق کارگران، تنها اعمال صلاحیت فراسرزمینی از سوی دولت متبوع شرکت است که می‌تواند از حقوق این افراد حمایت کند.

(See: Deva, 2004: 47).

مدافع حقوق بین‌الملل

حاکمیت‌گرایان آمریکایی این تردید را مطرح می‌کنند که در صورت مخالفت آرمان‌گرایان مدرن با صلاحیت فراسرزمینی قانونی از سوی دولتی مانند آمریکا، ایجاد قواعد حقوق بین‌الملل از سوی کشورهای غیردموکرات و مغایر با تفاسیر پذیرفته شده‌ی حقوق بشر امری محتمل است. به عبارت دیگر این‌ها معتقدند که در شرایط کنونی اعمال صلاحیت فراسرزمینی از سوی کشورهای حامی حقوق بشر و دموکراسی بهتر از آن است که با نامشروع اعلام کردن صلاحیت فراسرزمینی قانونی، عملاً فرصت اعمال صلاحیت فراسرزمینی در اختیار کشورهای ناقض حقوق بین‌الملل قرار گیرد (Parrish, 2009: 860). این نگرانی وجود دارد که بر مبنای صلاحیت فراسرزمینی، محاکم تمام دولت‌ها می‌توانند بدون رعایت حداقل ضمانت‌های حقوقی، جنایات بین‌المللی را محاکمه کنند؛ ضمانت‌هایی که مربوط به آیین دادرسی است مانند حق دفاع و حق برخورداری از دادگاهی مستقل و بیطرف (مارتی، ۱۳۷۸: ۱۲۵). به همین دلیل یکی از دلایلی که آمریکا، انگلستان و فرانسه صلاحیت جهانی را به سختی می‌پذیرند، نگرانی آن‌ها از رفتار غیرانسانی در محاکم کشورهای دیگر است (Akehurst, 1974: 165).

۵-۳-۲. اعمال صلاحیت فراسرزمینی بهتر از بی‌قانونی است

بسیاری از دولت‌ها به دلایلی از پیوستن به جریان تدوین و توسعه‌ی حقوق بین‌الملل کناره گرفته‌اند و به ندرت به کنوانسیون‌های بین‌المللی چندجانبه و جهانی می‌پیوندند.^۱ این جدایی از حقوق بین‌الملل به هر دلیلی که باشد، ایجاد خلاء در حقوق بین‌الملل را موجب شده است. زمانی که آمریکا از معاهدات بین‌المللی و نهادهای بین‌المللی کناره گرفت، حقوق‌دانان بین‌المللی به دنبال راه‌حلی برای فیصله دادن به اختلافات بین‌المللی بودند که اتباع آمریکایی یک طرف آن بودند. بهترین

۱. به طور مثال آمریکا از یازده کنوانسیون ناظر بر محیط زیست، تنها سه کنوانسیون و از دوازده کنوانسیون حقوق بشری، صرفاً پنج کنوانسیون را تصویب نموده است. در حالی که تعداد کنوانسیون‌های تصویب شده از سوی آمریکا رو به کاهش است، معاهدات تجارت آزاد این کشور، که منصرف از حقوق بشر، کار و محیط زیست است، رو به فزونی است؛ زیرا منافع آمریکا را تأمین می‌نماید. آمریکا تنها عضو شصت درصد معاهداتی است که دبیر کل ملل متحد تهیه کرده و حداقل از سوی نیمی از کشورهای جامعه‌ی بین‌المللی تصویب شده است؛ در حالی که این رقم در خصوص سایر کشورهای عضو جی ۸، حدود نود و سه درصد است (Parrish, 2009: 838).

راه حل، توسل به صلاحیت فراسرزمینی قانونی بود. بسیاری معتقدند که با فقدان قواعد بین‌المللی لازم‌الاجرا در زمینه رقابت، صلاحیت‌های موازی بهتر از خلاء صلاحیتی^۱ می‌تواند کارآمدی اقتصاد جهانی را تضمین نماید (Falvey, 1999: 8; See also: Raymond, 1967: 673; Stokes, 1970: 135). لذا، اعمال صلاحیت فراسرزمینی قانونی برای پر کردن خلاء در حقوق بین‌الملل بهتر از بی‌قانونی است.

۶-۳-۲. صلاحیت فراسرزمینی عاملی برای توسعه‌ی حقوق بین‌الملل

اعمال صلاحیت فراسرزمینی قانونی، برای توسعه‌ی حقوق بین‌الملل در برخی از حوزه‌های نوین اهمیتی حیاتی دارد. چرا که در فقدان یک توافق عمومی برای انعقاد معاهده‌ی بین‌المللی، باید حقوق بین‌الملل ناظر بر آن موضوع از طریق رویه‌ی عمومی شکل گرفته و توسعه یابد. اعمال فراملی قوانین ملی در حوزه‌های جدیدی مانند فضای سایبر می‌تواند در توسعه‌ی حقوق بین‌الملل مؤثر باشد (Deva, 2004: 854).

۷-۳-۲. پذیرش نظریه‌ی دوگانگی حقوقی در موضوع صلاحیت

بر اساس نظریه‌ی «یگانگی حقوقی با برتری حقوق بین‌الملل»، حدود صلاحیت از سوی حقوق بین‌الملل تعریف و تعیین می‌شود؛ دولت‌ها حق اعمال صلاحیت فراسرزمینی را جز در صورت تجویز صریح حقوق بین‌الملل ندارند.^۲ اما این نظر با رویکرد دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری در قضیه‌ی لوتوس مغایر است که حاکمیت دولت‌ها را نامحدود دانست؛ مگر در جایی که حقوق بین‌الملل به صراحت آن را منع کرده باشد. در واقع نگرش فلسفی این مرجع بین‌المللی بر «دوگانگی حقوقی در موضوع صلاحیت» و ضرورت پذیرش صلاحیت فراسرزمینی در حقوق بین‌الملل مبتنی بوده است.

1. Jurisdiction Gaps.

۲. در حالی که کشورهای طرفدار نظریه‌ی یگانگی حقوقی با برتری حقوق بین‌الملل معتقدند که حقوق داخلی تا جایی مشروعیت دارد که حقوق بین‌الملل اجازه دهد، کشورهای طرفدار نظریه‌ی دوگانگی حقوقی به اعتبار هم‌زمان و مستقل حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل اعتقاد دارند. کشورهایی مانند آمریکا که نظام حقوقی دوئالیسم را پذیرفته‌اند، اعتبار حقوق بین‌الملل را به صورت حقوق داخلی تنفیذ شده (Incorporated Do-mestic Law) پذیرفته‌اند؛ یعنی در زمانی که حقوق بین‌الملل در حقوق داخلی وارد شده باشد.

۴-۲. استدلال‌های مخالفان مشروعیت صلاحیت فراسرزمینی

استدلال‌هایی که در مخالفت با صلاحیت سرزمینی وجود دارد، برخی بر صلاحیت فراسرزمینی قضایی و تعدادی بر صلاحیت فراسرزمینی قانونی ناظر است.

۴-۲-۱. صلاحیت فراسرزمینی مانع توسعه‌ی معاهدات بین‌المللی

توسل به صلاحیت فراسرزمینی قانونی می‌تواند مانع توسعه‌ی حقوق بین‌الملل شود؛ چرا که اعمال قوانین داخلی از طریق صلاحیت فراسرزمینی می‌تواند تصویب معاهدات بین‌المللی را کاهش دهد. زمانی که دولت‌ها اطمینان خاطر داشته باشند که از طریق اعمال مشروع صلاحیت فراسرزمینی می‌توانند خارج از رابطه‌ی «تقابل» تعهداتی بر دیگر دولت‌ها بار کنند، لزومی برای پیوستن به معاهدات بین‌المللی نمی‌بینند. لذا می‌توان گفت توسعه‌ی صلاحیت فراسرزمینی با توسعه‌ی حقوق بین‌الملل رابطه‌ی عکس دارد.

۴-۲-۲. تهدید چندجانبه شدن صلاحیت فراسرزمینی

در حالی که اراده‌گرایان، صلاحیت فراسرزمینی قانونی و قضایی را وسیله‌ای برای حفظ منافع و هژمونی کشورهای متبوع خود می‌دانستند، مشاهده شد که صلاحیت فراسرزمینی می‌تواند به طور عکس نیز عمل کند؛ چرا که با مشروع دانستن صلاحیت فراسرزمینی، اعمال این صلاحیت از سوی سایر دولت‌ها نیز مشروعیت می‌یابد. به عبارت دیگر، مقابله به مثل در اعمال صلاحیت فراسرزمینی به امری معمول تبدیل شده است؛ نتیجه این خواهد شد که هدف دولت‌ها عمل‌کننده‌ی صلاحیت فراسرزمینی که «یکجانبه بودن صلاحیت» است، تأمین نشود و «چندجانبه شدن صلاحیت فراسرزمینی» آن را خنثی کند.^۱

۱. اعمال صلاحیت فراسرزمینی بیش از آن چه تصور می‌شود، برای منافع آمریکا مخاطره‌آمیز است؛ چرا که در گذشته شرکت‌های آمریکایی می‌توانستند هرگونه تلاش حقوقی در کشورهای خارجی را نادیده گرفته و در برابر درخواست اجرای احکام خارجی، در آمریکا طرح دعوا نمایند؛ با این استدلال که صلاحیت دادگاه صادرکننده‌ی حکم مفرط «exorbitant» بوده است. اما امروزه این دفاع قابل پذیرش نیست. در روند جهانی شدن بسیاری از آمریکایی‌ها در سراسر دنیا اموالی دارند. این شرکت‌ها نیازمند فرصت‌های تجاری مناسب‌اند تا بتوانند در بازار جهانی به رقابت بپردازند. از آنجا که قوانین آمریکا صلاحیت موسع را به رسمیت شناخته است، سایر دولت‌ها

۳-۴-۲. توسعه‌ی «دادگاه انتخابی»^۱ با توسعه‌ی صلاحیت

فراسرزمینی

صلاحیت فراسرزمینی قضایی به همان اندازه که می‌تواند در حمایت از حقوق بشر و حقوق محیط زیست نقش‌آفرینی کند، در جلوگیری از جبران خسارت نیز می‌تواند مؤثر باشد؛ چرا که پدیده‌ی «دادگاه انتخابی» با وجود کشورهای اعمال‌کننده‌ی صلاحیت فراسرزمینی قضایی، شدت گرفته و تسهیل می‌شود.^۲

۴-۴-۲. «اقدام متقابل»^۳ به جای «احترام متقابل»^۴ در صلاحیت

فراسرزمینی

هرچند استواری معتقد بود که اصل «احترام متقابل» برای دولت‌ها الزامی است (Hessel, 1953: 308)، اما باید توجه داشت که اولاً، شناسایی قوانین و احکام قضایی خارجی به صلاحدید محاکم ملی بستگی دارد؛ ثانیاً، رویه‌ی ملی و بین‌المللی از پذیرش این نظریه پرهیز کرده است.^۵ به نظر می‌رسد رویه‌ی دولت‌ها در مشروط

نیز می‌توانند به اعمال صلاحیت فراسرزمینی اقدام نمایند، بی‌آن‌که اقدام آن‌ها نامشروع تلقی شود (Parrish, 2009: 858).

1. Forum Shopping.

۲. یکی از مشکلات پذیرش تئوری صلاحیت فراسرزمینی در دعاوی خصوصی بین‌المللی موضوع دادگاه انتخابی است؛ چرا که معمولاً به موجب این تئوری چندین دادگاه برای طرح دعوا وجود دارد؛ خواهان می‌تواند دادگاهی را که به لحاظ دسترسی و هزینه و آیین دادرسی و قواعد حل تعارض مناسب‌تر به حال وی است، انتخاب نماید. لذا، این اصل که مدعی باید هزینه را پرداخت نماید و سهولت برای مدعی‌علیه رعایت شود، تأمین نمی‌شود. (See: Mehren, 1983: 308).

3. Reciprocity.

4. Comity.

به موجب این اصل، حق هر دولت برای اعمال حاکمیت درون سرزمینش تا جایی که با قدرت یا قانون دولت دیگر مغایر نباشد، باید مورد شناسایی ثالث قرار گیرد؛ بر این اساس تعهد اخلاقی برای شناسایی قوانین و احکام قضایی خارجی نتیجه می‌شود (Yntema, 1953: 306).

۵. دیوان عالی آمریکا در دعوای *Hilton v. Guyot* اظهار داشت که اجرای احکام خارجی مطابق اصل احترام متقابل چیزی بیش از نزاکت "Courtesy" و حسن‌نیت است؛ اما از سوی حقوق بین‌الملل عمومی نیز الزام‌آور نیست. کشورهایی مانند اتریش، برخی از کانتون‌های سوییس، اسپانیا، یوگسلاوی، ژاپن، کلمبیا، لهستان، چکسلواکی (در صورتی که شخص ملیت چک را داشته باشد)، لبنان، آلمان، مجارستان، لیختن‌اشتاین، رومانی و ترکیه، اجرای احکام خارجی را به اقدام متقابل منوط کرده‌اند.

(Akehurst, 1974: 236).

در چند قضیه‌ی طرح شده در داوری بین‌المللی، در دعوای الزام به شناسایی حکم خارجی، به عرف عمومی "General Usage" و احترام متقابل استناد شد و نه حقوق بین‌الملل (Yntema, 1953: 239).

کردن شناسایی احکام خارجی به اقدام متقابل، در صلاحیت فراسرزمینی قانونی و قضایی نظریه‌ی «اقدام متقابل» را جایگزین نظریه‌ی «احترام متقابل» نموده است.

۵-۴-۲. صلاحیت فراسرزمینی ناقض اصول دموکراتیک

صلاحیت فراسرزمینی قانونی موجب می‌شود مفهوم حاکمیت دموکراتیک با تهدید مواجه شود. حاکمیت دموکراتیک به طور سنتی حاکمیتی است که بر رضایت شهروندانش مبتنی باشد؛ در حالی که صلاحیت فراسرزمینی، بیگانگان را به پذیرش قوانین داخلی دولتی ملزم می‌کند که توانایی تغییر آن را ندارند و قانونگذاران نیز در برابر آن‌ها مسؤولیتی ندارند. تهدید اعمال صلاحیت فراسرزمینی هنگامی بیشتر احساس می‌شود که دولتی که قوانین خود را به طور فراسرزمینی اعمال می‌کند، دولتی غیردموکراتیک باشد (Parrish, 2009: 860).

۶-۴-۲. صلاحیت فراسرزمینی به مثابه‌ی «سیاست فراسرزمینی»

این صلاحیت می‌تواند به بهانه‌ای برای تسویه حساب‌های سیاسی بدل شود و برخلاف ماهیت حقوقی خود، علیه اهداف حقوق بین‌الملل عمل کند؛ چنان که برخی از قوانین فراسرزمینی آمریکا در مغایرت با هدف همکاری بین‌المللی اقتصادی مندرج در بند ۳ ماده‌ی ۱ منشور تصویب شده‌اند (See: Lowe, 1997: 378). در واقع «امروزه بدون نیاز به تسخیر سرزمین یک دولت یا سرمایه‌گذاری در توسعه اقتصادی و اجتماعی آن می‌توان از طریق صادر نمودن سیستم قضایی که تمامی سازمان اجتماعی دولت از آن متأثر می‌گردد، قالب و ساختار فرهنگ و اقتصاد دولت دیگری را تعیین کرد» (مارتی، ۱۳۷۸: ۱۳۱). استفاده‌ی ابزاری از صلاحیت فراسرزمینی در سطوح قانونی، قضایی و اجرایی متصور است.^۶

۷-۴-۲. صلاحیت فراسرزمینی عاملی برای بازگشت به دوران باستان

برخی نظام‌های سیاسی حاکم در دوران گذشته همچون یونان باستان، قوانین خود را به طور جهانی قابل اعمال می‌دانستند؛ چرا که غیریونانیان را افرادی

۶. با توجه به این نگرانی، مجمع عمومی سازمان ملل متحد قطعنامه‌ی A/51/L.23 را در سال ۱۹۹۶ به تصویب رساند.

وحشی و به دور از تمدن فرض می‌کردند (Heit, 2005: 725). دوران وستفاليا منادی برابری حاکمیت دولت‌ها و به دنبال آن برابری قوانین بود. جهانی کردن قوانین داخلی به طور یکجانبه به معنای بازگشت به دوران حقوق بین‌الملل باستان است.

۳. حل مسأله‌ی صلاحیت فراسرزمینی: پیوند میان نظریات

همان‌گونه که مشاهده شد، موافقان و نیز مخالفان اعمال صلاحیت فراسرزمینی استدلال‌های قابل توجهی دارند. برای حل مشکلات ناشی از صلاحیت یکجانبه‌ی فراسرزمینی، پیشنهادهای مختلفی ارائه شده است؛ از جمله یکسان‌سازی حقوق ماهوی (مانند تصویب معاهدات بین‌المللی)^۱، یکسان‌سازی حقوق شکلی (که از آن به آیین رسیدگی بین‌المللی یاد می‌شود)^۲، هماهنگ‌سازی میان قوانین^۳، استخراج اصول کلی حقوقی ناظر بر حقوق بین‌الملل خصوصی و رجوع به محاکم بین‌المللی^۴. در مجموع می‌توان تمام پیشنهادهای ارائه شده را در دو نظریه تقسیم‌بندی کرد:

1. Substantive Unification.

یکسان‌سازی حقوقی از دو طریق امکان دارد؛ نخست آن که، از طریق کنوانسیون‌های بین‌المللی توافق شود که هم به طور داخلی و هم به نحو خارجی قابل اعمال باشد و یا حداقل در خصوص معاملاتی که حداقل یک طرف، تبعه‌ی خارجی باشد، قابل اعمال باشد. دوم این که قواعد بین‌المللی، اعمال قوانین ملی را در برخی قضایای فراملی منع نمایند تا به طور سلبی یکسان‌سازی تحقق یابد. کنوانسیون‌های آنسیترال از گروه اول و قواعد سازمان تجارت جهانی، اتحادیه‌ی اروپا و نفتا از دسته‌ی دوم است (Reisman, 1999: xix). برای مطالعه‌ی بیشتر (بنگرید به: مپرن، ۱۳۸۰: ۱۶۶-۱۴۰).

2. Procedural Unification.

این کنوانسیون‌ها به جای تعیین قواعد ماهوی حقوق بین‌الملل، تنها معیارهایی را برای تشخیص قانون یا دادگاه صالح به دست می‌دهند؛ کنوانسیون اروپایی دآوری بین‌المللی تجاری و کنوانسیون‌های ناظر بر شناسایی و اجرای احکام خارجی مانند «کنوانسیون راجع به صلاحیت و اجرای احکام در امور مدنی و تجاری» مورخ ۱۹۶۸ از این جمله‌اند. در خصوص ضرورت انعقاد کنوانسیون بین‌المللی ناظر بر اجرای احکام خارجی در دعاوی مالکیت فکری فراسرزمینی (بنگرید به: تریسن، ۱۳۸۲: ۲۶۰-۲۲۵).

3. Uniformity.

هماهنگ‌سازی برخلاف یکسان‌سازی اقدامی داخلی است و به طور یکطرفه صورت می‌گیرد. در این حالت قانونگذاران یا محاکم داخلی برای کاهش تعارض صلاحیت قانونی و قضایی، از تصویب قوانین ناهم‌هنگ با سایر دولت‌ها پرهیز می‌کنند (Lowe, 1985: 730).

برای نمونه می‌توان به تأثیر کنوانسیون رم مورخ ۱۹۸۰ بر حقوق بین‌الملل خصوصی کشورهای عضو اشاره نمود. (بنگرید به: لاگارد، ۱۳۷۵: ۳۵۱-۳۰۱).

۴. قضیه‌ی لوتوس در دیوان یکی از مواردی بود که دیوان تنها به موضوع دادگاه صالح می‌پردازد. سازمان تجارت جهانی نیز مرجعی دیگر با چنین قابلیت‌هایی است. محاکم ملی نیز به هنگام احراز صلاحیت دولتی دیگر، در مقام یک محکمه‌ی بین‌المللی عمل می‌کنند.

نظریه‌ی «حاکمیت حقوق بین‌الملل خصوصی» و نظریه‌ی «حاکمیت حقوق بین‌الملل عمومی». در نظریه‌ی نخست که از آن به نظریه‌ی «تعیین اولویت‌ها»^۱ (See: Hill, 2003: 59) نیز یاد می‌شود، قواعد مربوط به صلاحیت از حقوق بین‌الملل خصوصی دولت ذی‌نفع استخراج می‌شود و در نظریه‌ی دوم که از آن به نظریه‌ی «ماهوی‌گرایی»^۲ (See: Ryngaert, 2006: 13) نیز یاد شده است، این قواعد از حقوق بین‌الملل عمومی کشف می‌شود. نظام حقوقی کامن‌لا حامی نظریه‌ی اول و نظام حقوقی بروکسل در اروپا در راستای نظریه‌ی دوم است. حاکمیت حقوق بین‌الملل خصوصی خود به دو بخش تاریخی قابل تقسیم است: نظریه‌ی «قصد طرفین قرارداد» که از سوی «مولن» مطرح شد (بنگرید به: باقری، ۱۳۸۶: ۶۲-۲۹) و نظریه‌ی «محلی‌کردن روابط حقوقی»^۳ که متضمن تفسیر قانون از سوی دادگاه مقر بود (Yntema, 1953: 312).

هر یک از این دو نظریه، واجد محاسن و معایبی هستند. نظریه‌ی حاکمیت حقوق بین‌الملل عمومی که تصویب معاهدات بین‌المللی محوری‌ترین روش آن است، به علت وضع قواعد سخت، نسبت به لحاظ اوضاع و احوال و میزان منافع دولت‌ها در هر قضیه، از انعطاف اندکی برخوردار است (Hill, 2003: 58). هم‌چنین تأسی به حاکمیت حقوق بین‌الملل عمومی در موضوع صلاحیت می‌تواند هزینه‌های اقتصادی و غیراقتصادی رسیدگی به برخی دعاوی را افزایش دهد. به طور مثال، در فرضی که تباری جهانی برای تثبیت قیمت صورت گرفته و تمام جهان را تحت تأثیر قرار داده است، «صلاحیت یکجانبه‌ی یک کشور» شاید بتواند به راحتی این موضوع را فیصله دهد؛ در حالی که یافتن راه‌حلی برای این موضوع از طریق مذاکره‌ی میان دولت‌ها می‌تواند هزینه‌ی مقابله با آن را افزایش دهد (Ryngaert, 2006: 9). طولانی شدن مذاکرات افزون بر زیان‌های اقتصادی، با حق خواهان در دادرسی در مدت زمانی معقول مغایر است. هم‌چنین به علت تعدد موضوعات مشمول صلاحیت فراسرزمینی، تهیه‌ی کنوانسیون‌ی واحد برای تمام آن‌ها نمی‌تواند امری معقول و کاربردی به نظر برسد. ضمن آن‌که، تجربه نشان داده است که مذاکرات مربوط به انعقاد معاهده

1. Determining Priorities.
2. Substantivism.
3. Localization of Legal Relationships

در ارتباط با صلاحیت یا به نتیجه نمی‌رسد و یا از معیارهای کلی و مبهمی چون «عقلانیت»^۱ و «احترام متقابل»^۲ فراتر نمی‌رود (Hill, 2003: 13). برخی نیز معتقدند که یکسان‌سازی حقوقی از طریق توسل به حقوق بین‌الملل عمومی موجب تحمیل سیاست‌های کشورهای قدرتمند در نظام قانونگذاری داخلی کشورهای در حال توسعه می‌شود (Reisman, 1999: xv).

در مقابل، نظریه‌ی حاکمیت حقوق بین‌الملل خصوصی میزان پیش‌بینی‌پذیری را در روابط بین‌المللی کاهش می‌دهد؛ روند انشقاق^۳ حقوق بین‌الملل را تسریع کرده و تعارض صلاحیت میان دولت‌ها را تشدید می‌نماید. برای حل تعارض میان صلاحیت‌ها دکتربین «تو نیز هم‌چنین»^۴ تقویت شده و حقوق صلاحیت را از مبانی منطقی دور می‌سازد. برای رفع این مشکل پیشنهاد شده تا قیودی به عنوان اصول کلی حقوقی ناظر بر حقوق بین‌الملل خصوصی در جریان اعمال صلاحیت جهانی و فراسرزمینی مد نظر دولت‌ها قرار گیرد. بر این اساس دادگاه باید بی‌طرفانه و منصفانه عمل نماید، قانون حاکم حقوق بین‌الملل باشد و در مواردی که رسیدگی می‌تواند به روابط بین‌المللی لطمه وارد آورد، دولت ذی‌نفع دارای «حق تو» باشد (Morris, 2001: 338).

همان‌گونه که پیشتر نیز گفته شد، جایگاه صلاحیت، جایی در میانه‌ی حقوق بین‌الملل عمومی و حقوق بین‌الملل خصوصی است؛ می‌توان گفت که راه‌حل نظری مناسب برای حل مسأله‌ی صلاحیت فراسرزمینی نیز باید راه‌حلی در میانه‌ی دو نظریه‌ی حاکمیت حقوق بین‌الملل عمومی و حاکمیت حقوق بین‌الملل خصوصی باشد. برای ارائه‌ی راه‌حل مناسب باید میان دو صلاحیت قانونی و قضایی که خصوصیات متفاوتی دارند، تفکیک نمود. در اینجا دو راه‌حل برای صلاحیت فراسرزمینی قضایی و دو راه‌حل برای صلاحیت فراسرزمینی قانونی، به منظور اجتناب از معایب این دو صلاحیت ارائه می‌شود.

۱-۳. «صلاحیت فراسرزمینی بین‌المللی» به جای صلاحیت

1. Rationality.
2. Comity.
3. Fragmentation.
4. tu quoque.

بر اساس این دکتربین چنانچه دولت متبوع تو نیز جای دولت متبوع من بود، اعمال صلاحیت می‌کرد.

فراسرزمینی قضایی

مهم‌ترین دلیل اعتراض کشورهای خارجی به احکام قضایی خارجی، عدم توجه به منافع و استدلال آن‌ها در جریان رسیدگی قضایی است. چنانچه دادگاهی در جریان رسیدگی منافع و استدلال کشور خارجی را ارزیابی حقوقی نماید، نتیجه‌ی حاصل شده بیشتر مورد پذیرش کشورهای خارجی قرار خواهد گرفت. به همین دلیل برخی محاکم در جریان رسیدگی از تمام کشورهای ذی‌نفع در قضیه می‌خواهند تا نقطه‌نظرات شکلی و ماهوی خود را طرح نمایند. در این حالت نوعی اعمال صلاحیت فراسرزمینی با رویکردی بین‌المللی رخ می‌دهد (Ryngaert, 2006: 14). اعمال صلاحیت بدین جهت «فراسرزمینی» است که موضوع دعوا، قضیه‌ای فراملی است و از آنجا «بین‌المللی» است که دولت‌های خارجی به طور غیرمستقیم وارد دعوا می‌شوند. در این تئوری حتی می‌توان دولت‌ها را ملزم کرد تا در صورت استنکاف دولت‌های دیگر از مشارکت برای حصول نتیجه، خود آن دولت‌ها استدلال‌های احتمالی از سوی دولت‌های ذی‌نفع را بررسی کنند. در چنین حالتی معیار «عقلانیت» و «توازن منافع»^۱ که ترجیح‌بند تمام آرای قضایی ملی در زمان اعمال صلاحیت فراسرزمینی است، به خوبی اجرایی خواهد شد.^۲

هرچند دولت‌ها معمولاً برای اعتراض نمادین به صلاحیت و یا هراس از لغو مصونیت به دلیل حضور در برابر یک دادگاه ملی، از شرکت در روند دعاوی با ویژگی فراملی خودداری می‌کنند، اما شکل‌گیری قاعده‌ای عرفی در این خصوص، می‌تواند زمینه‌ی ظهور مفهوم «صلاحیت فراسرزمینی بین‌المللی» به عنوان قاعده‌ای در رسیدگی به قضایای با ویژگی فراسرزمینی را فراهم کند. این موضوع جز از

۱. به طور مثال دولت انگلستان در سال ۱۹۸۲ در قضیه‌ی Tinto Zinc Corporation نام‌های به دولت آمریکا ارائه نمود و بیان داشت «اگر توازن منافع دو یا چند دولت برای محاکم یک دولت ملاک عمل است (که پادشاهی انگلستان به آن اعتراض جدی دارد)، روشن است که دستیابی به چنین ملاکی بدون همکاری با بخش مربوطه در دولت دیگر امکان‌پذیر نیست» (Mann, 1984: 90).

این موضوع بیانگر تماثل انگلستان به دکتترین صلاحیت فراسرزمینی بین‌المللی است. با این حال برخی معتقدند که دکتترین توازن منافع تنها در رویه‌ی قضایی آمریکا مشاهده شده است و به اندازه‌ای نبوده که بتوان گفت وارد حقوق بین‌الملل عمومی شده است.

(See: Meng, 1981: 161).

۲. دادگاه آمریکا در قضیه‌ی "Timberlane Lumber Company v. Bank of America" در جریان تعیین معیار توازن منافع بیان داشت که «اهمیت نسبی اثرگذاری بر آمریکا باید با اثرگذاری بر مناطق دیگر مقایسه شود» (See: Curotto, 1981: 583).

طریق تسهیل تبادل اطلاعات میان دولت‌ها و تضمین مصونیت دولت در برابر دادگاه ملی میسر نخواهد شد. از آنجا که این نظریه، پیوندی میان دو نظریه‌ی حاکمیت حقوق بین‌الملل عمومی و حاکمیت حقوق بین‌الملل خصوصی است، می‌تواند در حل مشکلات ناشی از صلاحیت فراسرزمینی مفید باشد.^۱

۲-۳. «صلاحیت جهانی تعدیل‌شده»^۲ به جای صلاحیت فراسرزمینی

قضایی

صلاحیت جهانی تعدیل‌شده برای رفع ایرادهای نظری و عملی مترتب بر صلاحیت جهانی محض^۳ مطرح شد. در صلاحیت جهانی محض کشور اعمال‌کننده‌ی صلاحیت بدون توجه به تحولات قضایی دیگر کشورها، قانون خود را اعمال و از اجرای احکام خارجی در رابطه با آن قضیه خودداری می‌کند. این صلاحیت در جهانی که نظام‌های حقوقی متفاوت و منافع بهم پیوسته‌ای میان کشورها وجود دارد، می‌تواند به تعارض صلاحیت و هزینه‌ی بسیار اجرای حکم بینجامد. به همین دلیل نظریه‌ی صلاحیت جهانی تعدیل‌شده مطرح گردید. این صلاحیت اصولاً در خصوص دعاوی مربوط به ورشکستگی‌های فراملی اعمال می‌شود. در این صلاحیت دادگاه محل تجارت به عنوان دادگاه اصلی رسیدگی کرده و دادگاه دیگر کشورها که ورشکسته در آن مالی دارد، به طور ثانوی به قضیه ورود می‌کنند (International Bar Association, 2008: 315). در این حالت رسیدگی دادگاه‌های بعدی به استقلال نبوده و در تبعیت از دادگاه نخست، صورت می‌گیرد. معمولاً رسیدگی‌های ثانوی بر مبنای صلاحیت سرزمینی آغاز می‌شود.

از این نظریه می‌توان برای عموم دعاوی فراملی بهره برد و این‌گونه بیان داشت که دادگاهی که ابتدا با احراز معیارهای مناسب برای اعمال صلاحیت رسیدگی می‌کند، باید توسط کشورهایی که منافع مرتبط با قضیه در سرزمین آن‌ها وجود دارد، به عنوان دادگاه اولیه شناسایی شود. از سوی دیگر دادگاه اولیه نیز باید رسیدگی

۱. برای دیدن نظری که بی‌توجهی به منافع سایر دولت‌های ذینفع در قضیه را موجبی می‌داند برای تبدیل شدن صلاحیت قضایی به صلاحیت مفرط، (Halpern, 1999: 369; Struyven, 1999: 521-548). (See:)

2. Modified Universalism.

3. Pure Universalism.

ثانوی سایر محاکم خارجی را به رسمیت شناخته و به مجموع رسیدگی‌های قضایی به عنوان یک مکمل بنگرد.

۳-۳. «حقوق فراملی» به جای صلاحیت فراسرزمینی قانونی

بسیاری معتقدند که قراردادهای بین‌المللی که یک طرف آن شخص خصوصی و طرف دیگر شخص عمومی است، مشمول قواعد حقوق بین‌الملل عمومی قرار می‌گیرند و نه قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی؛ از این دیدگاه به نظریه «بین‌المللی شدن قراردادهای بین‌المللی» یاد می‌شود (ایران‌پور، ۱۳۹۰: ۹۷). در قضایای فراسرزمینی که دو طرف آن شخص خصوصی است و عنصری خارجی در آن دخیل است، می‌توان از این نظریه استفاده نمود و بیان داشت که دادگاه باید حقوق حاکم بر دعوا را نه از قواعد حل تعارض حقوق کشور متبوع خود، بلکه از نظام حقوق فراملی استنباط نماید. در این نگرش قواعد حاکم بر قضیه از مجموعه‌ی اصول کلی حقوقی بین‌المللی و رویه‌ی قضایی فراملی استخراج می‌شود. باید توجه داشت که این روش تنها در قضایای مربوط به تجارت بین‌الملل که نظام حقوق فراملی مشخصی در خصوص آن شکل گرفته است (حقوق فراملی بازرگانی)^۱ قابل اعمال است (ویرالی، ۱۳۶۴: ۱۰۸-۸۷).

۳-۴. دکترین «تضمین قانونی متقابل» به جای صلاحیت فراسرزمینی

قانونی

این تئوری در جریان تعارض صلاحیت قانونی میان کشورها در ارتباط با فضای سایبر از سوی لاورنس لسیک^۲ مطرح شد. پیش فرض این قاعده آن است که اپراتور یک وبسایت (سرور) به آسانی می‌تواند محل استقرار سرزمینی هر کاربر را مشخص نماید؛ لذا مکلف است که قوانین مصوب صلاحیت‌های دیگر را تضمین نماید. بر این اساس کشورها ملزم می‌شوند تا وبسایت‌ها را به رعایت صلاحیت قانونی کشور متبوع خود الزام کنند (Berman, 2002: 383). تعمیم این نظریه به صلاحیت فراسرزمینی قانونی بدین معنی است که کشورها اعمال قوانین فراسرزمینی

1. Lex Mercatoria.
2. Lawrence Lessig.

کشورهای دیگر را تضمین می‌کنند تا قوانین فراسرزمینی آن کشور نیز در کشورهای دیگر تضمین شود. از این دکتترین به «تو قوانین مرا تضمین کن من قوانین تو را» یاد شده است (See: Berman, 2002: 382). این نظریه که اعمال اصل «احترام متقابل» در عرصه‌ی صلاحیت فراسرزمینی قانونی است، تنها در شرایطی قابل اعمال است که با تعارض قانونی مواجه نباشیم و قوانین فراسرزمینی خارجی صرفاً در حوزه‌ای باشد که قانون دولت تضمین‌کننده در آن موضوع مقرره‌ای نداشته باشد. تعدیل‌شده‌ی این نظریه آن است که دولت‌ها در وضع قوانین حل تعارض خود منافع سایر دولت‌ها را در نظر گرفته و با توجه به پیوند سایر دولت‌ها با موضوعات حقوقی، قوانین خود را تصویب کنند. نظریه‌ی اخیر اعمال اصل «احترام متقابل» در عرصه‌ی صلاحیت فراسرزمینی قانونی است که می‌توان از آن به «تضمین قانونی متقابل» یاد نمود. در حالی که در خصوص الزام‌آور بودن اصل احترام متقابل در عرصه‌ی صلاحیت قضایی اختلاف نظر وجود دارد؛ باید توجه داشت که در حال حاضر «اصل احترام متقابل در صلاحیت قانونی و اجرایی به عنوان یک رفتار مناسب دیپلماتیک در نظر گرفته می‌شود و جنبه‌ی الزام‌آور ندارد» (Ryngaert, 2008: 138).

برآمد

اهمیت صلاحیت یک دولت تا آنجاست که برخی آن را ملاکی برای تشخیص استقلال دولت در نظر گرفته‌اند.^۱ به عنوان یک قاعده‌ی سنتی هر دولتی بر تمام موضوعات موجود در سرزمینش، دارای حاکمیت صلاحیت است. اما با آسان شدن گذر انسان و کالا از مرزهای ملی، تمایل دولت‌ها برای توسعه‌ی صلاحیت خود به ورای مرزها افزایش یافت. توسعه‌ی صلاحیت تا جایی ادامه پیدا کرد که کشف معیارهای معقول برای پیوند میان صلاحیت دولت و موضوع صلاحیت دشوار شد و استناد به صلاحیت جهانی و فراسرزمینی بهانه‌ای شد برای توسعه‌ی هژمونی حقوقی ملی بر کشورهای دنیا؛ آن‌گونه که نویسنده‌ای معتقد است امروزه بیشترین صادرات آمریکا عبارتند از موسیقی راک، شلواری جین و قوانین ایالات متحده آمریکا (Ryngaert, 2008: 8).

هرچند دولت‌ها برای انتظام امور اتباع خود قوانینی دارند، اما به هنگام ارتباط این اتباع با اتباع خارجی، دولت‌ها نیاز دارند تا نظامی برای تعیین صلاحیت خود وضع کنند که از آن به «حقوق بین‌الملل خصوصی» یاد می‌شود. اما مشکل آنجا است که دولت مقابل نیز با همین دیدگاه، حقوق بین‌الملل خصوصی خاص خود را دارد؛ ناگزیر این دو نظام حقوقی در مواردی با یکدیگر تعارض می‌یابند. لذا برای رفع تعارض چاره‌ای جز تحدید حدود نظام‌های حقوق بین‌الملل خصوصی نیست؛ این مهم جز از طریق «حقوق بین‌الملل عمومی» امکان‌پذیر نیست. بنابراین، تعیین مشروعیت صلاحیت قانونی و قضایی یک دولت، مستلزم انطباق حقوق بین‌الملل خصوصی با حقوق بین‌الملل عمومی است.

موافقان و مخالفان صلاحیت فراسرزمینی دلایل نظری جالب توجهی دارند که ذیل عنوان «حقوق بین‌الملل صلاحیت» قابل بررسی است. به نظر می‌رسد که محور استدلال‌های موافقان صلاحیت فراسرزمینی، ضروریات ناشی از زندگی بین‌المللی موجود است؛ لذا در صورتی که شرایط حاکم بر حقوق بین‌الملل معاصر به نفع همگرایی بیشتر جوامع بین‌المللی تغییر کند، شاید پذیرش مشروعیت صلاحیت

۱. به طور مثال دادگاه تجدیدنظر آفریقای شرقی (کنیا) در دعوی Ole Njogo v. AG در سال ۱۹۱۴ به این نتیجه رسید که دولت متبوعش مستعمره‌ی دولت انگلستان است؛ چرا که صلاحیت کامل قانونگذاری و اجرا از سوی انگلستان اعمال می‌شود. (See: Gathii, 2006: 1013).

فراسرزمینی موضوعیت نداشته باشد. با این حال مخالفان صلاحیت فراسرزمینی معتقدند که پذیرش این صلاحیت حتی به طور موقتی، مانعی در جهت توسعه‌ی حقوق بین‌الملل است. لذا دور فلسفی موجود در مشروعیت صلاحیت فراسرزمینی، مانع از اتخاذ موضعی مشخص از سوی حقوق بین‌الملل موضوعه نسبت به آن شده است.

هرچند پیشنهاد‌های مختلفی برای تقلیل جایگاه صلاحیت فراسرزمینی مطرح شده است، اما باید توجه داشت که هر یک از آن‌ها با معایبی مواجه است. از ایده‌ی «یکسان‌سازی حقوق ماهوی» که افراطی‌ترین دیدگاه در میان طرفداران حاکمیت حقوق بین‌الملل عمومی است، تا ایده‌ی «استخراج اصول کلی حقوقی ناظر بر حقوق بین‌الملل خصوصی» که افراطی‌ترین دیدگاه در میان طرفداران حاکمیت حقوق بین‌الملل خصوصی است، همگی با واقعیت‌های جامعه‌ی بین‌المللی کاملاً منطبق نیستند. واقعیت این جامعه از یکسو تمایل دولت‌ها برای به رسمیت شناخته شدن صلاحیت یکجانبه‌ی آن‌ها در حقوق بشر، حقوق اقتصادی، حقوق کیفری و حقوق محیط زیست را موجب شده و از سوی دیگر گرایش به انعقاد معاهدات دو یا چندجانبه‌ی بین‌المللی برای قانونمند کردن اعمال این نوع صلاحیت را سبب شده است. لذا مناسب است تا زمان توافق دولت‌ها نسبت به قواعد ماهوی و شکلی موضوعات چندصلاحیتی، به طور موقت، روشی پذیرفته شود تا هم حقوق بین‌الملل بتواند به توسعه‌ی خود ادامه دهد و هم واقعیت موجود انکار نشود. این مسیر برای نهادینه شدن صلاحیت جهانی نیز طی شده که با تلاش برای انعقاد کنوانسیون‌های متضمن صلاحیت جهانی با پذیرش اصول کلی حقوقی منع مجازات مضاعف و اعتبار امر مختومه در سطح حقوق داخلی همراه بوده است.

از لحاظ نظری و عملی «صلاحیت فراسرزمینی بین‌المللی» و «صلاحیت جهانی تعدیل‌شده» برای تعدیل مشکلات ناشی از صلاحیت فراسرزمینی قضایی و نیز، «حقوق فراملی» و «تضمین قانونی متقابل» برای کاهش سطح تعارض میان دولت‌ها در حوزه‌ی صلاحیت فراسرزمینی قانونی، راه‌حلی قابل اعتنا هستند. این روش‌ها که پیوندی میان نظریه‌ی حاکمیت حقوق بین‌الملل عمومی و نظریه‌ی حاکمیت حقوق بین‌الملل خصوصی بر قضایای فراسرزمینی هستند، به واقعیات

زیست بین‌المللی نزدیک‌ترند. باید توجه داشت تنها در صورتی این راه‌حل‌ها مرحله‌ای برای گذار به انعقاد کنوانسیون‌های بین‌المللی خواهد بود که رویکرد فلسفی دولت‌ها به حقوق بین‌الملل از حقوق پوزیتیویستی (اثباتی) به سمت حقوق فطری تغییر یابد، چه آن‌که برخلاف نگرش پوزیتیویستی به حقوق بین‌الملل که موجب تقویت صلاحیت ملی می‌شود، نگرش فطری به حقوق بین‌الملل تقویت روند جهانی شدن صلاحیت (و نه صلاحیت جهانی) را سبب می‌شود.

فهرست منابع

الف: فارسی

- ۱- ایران پور، فرهاد، *نظام حقوقی حاکم بر قراردادهای تجاری بین‌المللی: تحول از «نظام‌های حقوق ملی» به سوی «نظام حقوق فراملی»*، تهران، انتشارات شهر دانش، ۱۳۹۰.
- ۲- باقری، محمود، «*حدود آزادی طرفین دعوا در تعیین صلاحیت قضایی بین‌المللی: جایگاه داوری تجاری بین‌المللی*»، فصلنامه‌ی حقوق، دوره‌ی ۳۷، شماره‌ی ۳، ۱۳۸۶.
- ۳- بریژیت، استرن، «*تکاپو در جهت جهانی‌کردن حقوق؟ قانون هلمز-برتون و داماتو - کندی*»، مترجم: ابراهیم بیگ‌زاده، مجله‌ی حقوقی بین‌المللی، شماره‌ی ۲۰، ۱۳۷۵.
- ۴- تسون، فرناندو، *تئوری حقوق بین‌الملل کانت*، مترجم: بابک وثوقی، در محمود باقری، مکاتب فلسفی در حقوق بین‌الملل، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۸.
- ۵- تسون، فرناندو، *فلسفه حقوق بین‌الملل*، مترجم: محسن محبی، تهران، نشر شهر دانش، ۱۳۸۸.
- ۶- توینینگ، ویلیام، *جهانی‌شدن و فلسفه حقوق: برخی استلزامات ملی*، مترجم: ویکتور بارین چهاربخش، در محمود باقری، مکاتب فلسفی در حقوق بین‌الملل، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۸.
- ۷- حسیبی، به‌آذین، *دولت و سرمایه‌گذاران خارجی: استانداردهای بین‌المللی*، تهران، نشر شهر دانش، ۱۳۹۰.
- ۸- در یسن، ام. جی. تی، «*صلاحیت بین‌المللی و شناسایی و اجرای احکام خارجی در دعاوی مالکیت‌های فکری*»، مترجم: باقر انصاری، مجله‌ی پژوهش‌های حقوقی، شماره‌ی ۳، ۱۳۸۲.
- ۹- فروغی، فضل‌الله، «*منشاء و ماهیت حقوقی اصل صلاحیت جهانی*»، مجله‌ی مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره‌ی اول، شماره‌ی سوم، ۱۳۸۸.
- ۱۰- لاگارد، پل، «*حقوق بین‌الملل خصوصی نوین در زمینه قراردادهای پس از لازم‌الاجرا شدن کنوانسیون رم ۱۹ ژوئن ۱۹۸۰*»، مترجم: محمد اشتری، مجله‌ی

حقوقی بین‌المللی، شماره‌ی ۲۰، ۱۳۷۵.

۱۱- مدنی، سیدضیاء، «التزام بین‌المللی دولت به رعایت حقوق بشر: مقید به مکان؟»، مجله‌ی حقوقی بین‌المللی، شماره‌ی ۳۸، ۱۳۸۷.

۱۲- مہرن، آرتور ت. ون، «تدوین کنوانسیون جهانی درباره صلاحیت قضایی بین‌المللی و آثار و احکام خارجی»، مترجم: فرہاد خماسی زادہ، مجله‌ی حقوق و الہیات، شماره‌ی ۲، ۱۳۸۰.

۱۳- ویرالی، میشل، «تفکری بر تنوری حقوق فراملی»، مترجم: ناصر صبح‌خیز، مجله‌ی حقوقی بین‌المللی، شماره‌ی ۳، ۱۳۶۴.

ب: انگلیسی

1- Akehurst, Michael, *Jurisdiction in International Law*, British Yearbook of International Law, No. 46, 1974.

2- Berman, Paul Schiff, *The Globalization of Jurisdiction*, 2002 available at www.aals.org/profdev/civpro/berman2.pdf

3- Blakesley, Christopher L.; Stigall, Dan E, *The Myopia of U.S. v. Martinelli: Extraterritorial Jurisdiction in The 21st Century*, George Washington International Law Review, Vol. 39, 2007.

4- Blakesley, Christopher L., *International Law Principles Governing the Extraterritorial Application of Criminal Law*, ASIL Proceedings, 1991.

5- Borchard, Edwin, *Extraterritorial Confiscations*, The American Journal of International Law, Vol. 36, No. 2, 1942.

6- Bowett, D. W., *Jurisdiction: Changing Patterns of Authority Over Activities and Resources*, British Yearbook of International Law, No. 53, 1983.

7- Clark, Jeffrey J., *Act of State Doctrine - Extraterritoriality Exception - Lack of Effect on American Interests Prevents Owners of Property Confiscated on Foreign Soil from Collecting Debt Owed by American Corporations*, F. & H.R. Farman- Farmaian Consulting Engineers Firm V. Harza Engineering Co., 882 F.2d 281

- (7th Cir.1989), Suffolk Transnational Law Journal, 1990.
- 8- Clermont, Kevin M., *Exorbitant Jurisdiction*, Maine Law Review, Vol. 58, No. 2, 2006.
- 9- Coughlan, Steve and others, *Global Reach, Local Grasp: Constructing Extraterritorial Jurisdiction In the Age of Globalization*, Canadian Journal of Law and Technology, No. 6, 2007.
- 10- Deva, Surya, *Acting Extraterritorially to Tame Multinational Corporations for Human Rights Violations: Who Should 'Bell the Cat'?*, Melbourne Journal of International Law, Vol. 5, No. 1, 2004.
- 11- Edwards, Richard W., *Extraterritorial Application of the U.S. Iranian Assets Control Regulations*, The American Journal of International Law, Vol. 75, No. 4, 1981.
- 12- Evans, M., *International Law*, Oxford University Press, 2006.
- 13- Falvey, R. E.; Lloyd, P. J., *An Economic Analysis of Extraterritoriality*, Center for Research on Globalisation and Labour Markets, School of Economics, University of Nottingham (UK), Research Paper 99/3, 1999.
- 14- Gathii, James, *Imperialism, Colonialism and International Law*, Buffalo Law Review, No. 54, 2007.
- 15- Hague Academy of International Law, *Recueil Des Cours: Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1985.
- 16- Halpern, Joseph, *Exorbitant Jurisdiction and Brussels Convention: Toward a Theory of Restraint*, Yale Journal of World Public Order, No. 9, 1999.
- 17- Harvard University, *Developments in the Law Extraterritoriality*, Harvard Law Review, Vol. 124, 2011.
- 18- Heit, Helmut, *Western Identity, Barbarians and the Inheritance of Greek Universalism*, The European Legacy, Vol. 10, No. 7, 2005.

- 19- Higgins, Rosalyn, *Allocating Competence: Jurisdiction*, General Course on Public International Law, No. 5, Chapter IV, 1999.
- 20- Hill, Jonathan, *The Exercise of Jurisdiction in Private International Law*, Patrick Capps and others, Asserting Jurisdiction: International and European Legal Perspectives, Hart Publishing Oxford And Portland, Oregon, 2003.
- 21- International Bar Association, *Report of the Task Force on Extraterritorial Jurisdiction*, 2008.
available at: www.ibanet.org
- 22- Kontorovich, Eugene, *A Positive Theory of Universal Jurisdiction*, 2004.
available at: <http://law.bepress.com/expresso/eps/211>
- 23- Layton, Alexander; Angharad, M. Parry, *Extraterritorial jurisdiction - European responses (Transatlantic Business Transactions: Choice of Law, Jurisdiction, and Judgment)*, Houston Journal of International Law, 2004.
- 24- Lowe, A. Vaughan, *US Extraterritorial Jurisdiction: The Helms-Burton and D'Amato Acts*, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 46, No. 2, 1997.
- 25- Lowe, V., *The Problems of Extraterritorial Jurisdiction: Economic Sovereignty and the Search for a Solution*, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 34, No. 4, 1985.
- 26- Lowenfeld, Andreas F., *U.S. Law Enforcement Abroad: The Constitution and International Law*, American Journal of International Law, No. 83, 1989.
- 27- Madeline H. Morris, *Universal Jurisdiction in a Divided World: Conference Remarks*, New England Law Review, Vol. 35, No. 2, 2001.
- 28- Maier, Harold G.; McCoy, Thomas R., *A Unifying Theory for Judicial Jurisdiction and Choice of Law*, American Journal of Comparative Law, No. 39, 1991.

- 29- Mann, F. A., *Legislative Jurisdiction*, The Doctrine of International Jurisdiction in International Law, Studies in International Law, No. 9, 1964
- 30- Mann, F.A., *The Doctrine of Jurisdiction Revisited after Twenty Years*, Recueil des Cours de l'Academie de Droit International, No. 186, 1984.
- 31- Meessen, Karl M, *Antitrust Jurisdiction under Customary International Law*, American Journal of International Law, No. 78, 1984.
- 32- Meessen, Karl M., *Customary International Law*, in Extraterritorial Jurisdiction In Theory and Practice, Kluwer Law International, 1996.
- 33- Mehren, Arthur Taylor Von, *Adjudicatory Jurisdiction: General Theories Compared and Evaluated*, Boston University Law Review, No. 63, 1983.
- 34- Meng, Werner, *Extraterritorial Effect of Administrative, Judicial and Legislative Acts*, in Rudolf Bernhardt, Encyclopedia of Public International Law, Vol. 10, 1981.
- 35- Moore, John B., *Report on Extraterritorial Crime and the Cutting Case*, U.S. Foreign Relations, 1887.
- 36- Parrish, Austen L., *Reclaiming International Law from Extraterritoriality*, Minnesota Law Review, No. 93, 2009.
- 37- Raymond, John M., *The Exercise of Concurrent International Jurisdiction: "Move with Circumspection Appropriate"*, Boston College Law Review, Vol. 8, No. 4, 1967.
- 38- Reese, Willis L. M; Harfield, Henry, *Extraterritorial Application of Law—General Principles*, The American Journal of International Law, Vol. 64, No. 4, 1970.
- 39- Reisman, W. Michael, *Jurisdiction in International Law*, Ashgate Publishing, 1999.
- available at: http://cjlt.dal.ca/vol6_no1/coughlan.pdf

40- Ryngaert, Cedric, *The Limits of Substantive International Economic Law: In Support of Reasonable Extraterritorial Jurisdiction*, Working Paper, 2006

available at: <http://www.law.kuleuven.be/iir/nl/onderzoek/wp/WP99e.pdf>

41- Ryngaert, Cedric, *Jurisdiction in International Law*, Oxford Monographs In International Law, Oxford University Press, 2008.

42- Scobbie, Iain, *New Wine in Old Bottles or Old Wine in New Bottles or only Old Wine in Old Bottles? Reflections on the Assertion of Jurisdiction in Public International Law*, in *Asserting Jurisdiction: International and European Legal Approaches*, Patrick Capps and others, *Asserting Jurisdiction: International and European Legal Perspectives*, Hart Publishing Oxford And Portland, Oregon, 2003.

43- Shaw, M., *International Law*, Cambridge University Press, 2008.

44- Stokes, Isaac N. P., *Limits Imposed By International Law on Regulation of Extraterritorial commercial Activity*, *The American Journal of International Law*, Vol. 64, No. 4, 1970.

45- Strauss, Andrew L., *Beyond National Law: The Neglected Role of the International Law of Personal Jurisdiction in Domestic Court*, *Harvard International Law Journal*, No. 38, 1995.

available at: <http://www.law.kuleuven.be/iir/nl/onderzoek/wp/WP99e.pdf>

46- Trachtman, Joel P., *International Economic Law Revolution*, *Pennsylvania Journal of International Economic Law*, No. 33, 1996

47- Trapalis, Vicki, *Extraterritorial Jurisdiction: A Step towards Eradicating the Trafficking of Women into Greece for Forced Prostitution*, *Golden Gate University Law Review*, Volume 32, Issue 2, 2002.

48- Wallace, Rebecca M. M., *International Law*, Thomson Pub-

lisher, 2005.

49- Yntema, Hessel E., *The Historic Bases of Private International Law*, American Journal of Comparative Law, No. 2, 1953.

50- Zerk, Jennifer A., *Extraterritorial Jurisdiction: Lessons for the Business and Human Rights Sphere from Six Regulatory Areas*, A report for the Harvard Corporate Social Responsibility Initiative to help inform the mandate of the UNSG's Special Representative on Business and Human Rights, Working Paper No. 59, 2010. available at: <http://www.worldtradelaw.net/articles/trachtmanrevolution.pdf>

ج: اسناد

1- ICJ Reports, Case concerning Barcelona Traction, light and Power Co. Ltd., 1970.

2- Inter-American Juridical Committee, Resolution on The Opinion of The Inter.-American Juludical Committee In Fulfilment Of Resolution Ag/Doc. 3375/96 of The General Assembly of The Organization of American States, Entitled "Freedom of Trade and Invesrment In The Hemisphere", CJI/RES.II-14/96 105.

3- P.C.I.J. Rep., Lotus (France v. Turkey), 1927.

4- European Court of Human Rights, Bankovic and others v. Belgium and 16 other Contracting States, Application No. 52207/99, December 12, 2001.