

# Renvoi to Domestic Law by Public International Law: A Review in Light of Recent Judicial and Arbitral Decisions

*Seyed Jamal Seifi*<sup>1</sup>

1. Associate Professor, Department of International Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.

E-mail: sj-seifi@sbu.ac.ir



S.D.I.L.  
The SD Institute of Law  
Research & Study



**Publisher:**  
Shahr-e Danesh  
Research And Study  
Institute of Law

**Article Type:**  
Original Research

**DOI:**  
10.48300/JLR.2022.361818.2174

**Received:**  
12 September 2022

**Accepted:**  
27 October 2022

**Published:**  
5 March 2024



## A B S T R A C T

The assumption of independence of domestic and international law systems does not impede the relationship between these two systems, and in particular, the ability to apply international law in domestic law or the ability to apply domestic law in international law. In addition, from the perspective of international law, in the event of conflict between these two legal systems, the general rule of superiority of international law over domestic law prevails. This means that a State cannot evade its international obligations by relying on its own domestic laws or invoke these laws to justify acts contrary to international law. In other words, this general rule of customary international law is in fact a connecting point between international law and domestic law. On the basis of an effective interpretation of this rule, it can be considered that States have an obligation not to enact laws

### Copyright & Creative Commons:

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



contrary to their international obligations and even to accord an un-waivable status to their international obligations in the hierarchy of domestic laws. The ability to apply domestic law by international law, or in other words, “renvoi” to domestic law, has taken many forms and some new dimensions in the opinions of the International Court of Justice and international arbitral awards.

**Keywords:** Renvoi, Domestic Law, Public International Law, Arbitral and Judicial Decisions, Domestic Law as Fact.

**Funding:** The author(s) received no financial support (funding, grants, and sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

**Author contributions:**

Seyed Jamal Seifi: Conceptualization, Methodology, Validation, Formal analysis, Investigation, Resources, Data Curation, Writing - Original Draft, Writing - Review & Editing, Supervision, Project administration

**Competing interests:** The author(s) declare that they have no competing interests.

**Citation:**

Seyed Jamal Seifi. “Renvoi to Domestic Law by Public International Law: A Review in Light of Recent Judicial and Arbitral Decisions” *Journal of Legal Research* 22, no. 56 (March 5, 2024): 49-84.

### Extended Abstract

The disagreement between the concepts of monism and dualism refers to the question of whether international law and domestic law are two different legal orders that exist independent of each other, and if so, in what hierarchy they are placed in relation to one another; or whether these two legal orders are both part of the same and single legal order.

The assumption of independence of domestic and international law systems does not impede the relationship between these two systems, and in particular, the ability to apply international law in domestic law or the ability to apply domestic law in international law. In addition, from the perspective of international law, in the event of conflict between these two legal systems, the general rule of superiority of international law over domestic law prevails. This means that a State cannot evade its international obligations by relying on its own domestic laws or invoke these laws to justify acts contrary to international law. In other words, this general rule of customary international law is in fact a connecting point between international law and domestic law. On the basis of an effective interpretation of this rule, it can be considered that States have an obligation not to enact laws contrary to their international obligations and even to accord an un-waivable status to their international obligations in the hierarchy of domestic laws.

The ability to apply domestic law by international law, or in other words, “renvoi” to domestic law, has taken many forms and some new dimensions in the opinions of the International Court of Justice and international arbitral awards. On that basis, it can be concluded that the traditional view of, “domestic law as a fact”, has been sidelined in the statements of authors and judicial decisions. This is to the extent that the traditional debate of incorporation of one legal order in the other has given way to more practical questions of the relationship between these two legal orders. With this in mind, it is helpful that, besides the theoretical and systemic dimensions, we also consider the practical aspects of the above concepts when applying domestic law by international law, and review the circumstances under which the relations between these two legal systems operate, including the component parts and fundamental elements of this process. A review of the most recent judicial and arbitral decisions reveals a clear legal role, as distinct from a mere factual function, in the application of domestic law by public international courts and tribunals.

It is perhaps not an exaggeration to say that the present-day international law, despite the theoretical assumption of the independence of its sphere of operation and governance, cannot perform many of its functions in isolation from domestic law. In other words, as the field of regulation of international

law has developed and extends to various areas such as, human security, human rights, health, environment and technological matters, which were formerly the reserve of domestic law, the role of domestic law in international law and the need to take cognizance of its perspectives, function and provisions has equally increased.

There are considerable cases where international courts and tribunals have resorted to the domestic laws of a State or a group of States for the purpose of adjudication and application of the rules and provisions of international law. Although the initial rulings, such as the Judgments of the Permanent Court of International Justice in the *Chorzow Factory Case*, simply speak of the role of domestic law before international courts and tribunals as merely a question of fact, this situation seems to be only one of the manifestations of the application of domestic law in international law. Reference to the common provisions of a majority of the domestic legal systems of the world for the purpose of extracting the appropriate rule of international law in cases in which international law is silent on the matter, is a distinct case and can be said to be a second type of reference to domestic law, which in turn deserves review and analysis. Furthermore, a third category can also be identified and presumed in which domestic law is important as a matter of law and is capable of interpretation and enforcement by international law. In other words, the application of domestic law as part of the law governing the case before international courts and tribunals highlights the legal manifestation of domestic law in international law and requires a re-examination of the role of domestic law in international law as an important question. It seems that, in the latter case, domestic law cannot simply be referred to as an issue of fact vis-a-vis international law. Consequently, domestic law can be analyzed in international law in three distinct ways. One is the question of domestic law as a matter of fact that expresses the intention and conduct of the State as a measure of State practice from the perspective of international law. Second, when common features of prevailing domestic legal systems are established and applied by analogy in matters in which international law is silent. Third, domestic law is applied and interpreted by international courts and tribunals as a matter of law as part of the governing law of the international dispute.

# احاله به حقوق داخلی در حقوق بین‌الملل عمومی: پژوهشی در پرتو آرای قضایی و داوری اخیر

سیدجمال سیفی<sup>۱</sup>

۱. دانشیار، گروه حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

E-mail: sj-seifi@sbu.ac.ir

## چکیده:

فرض استقلال نظام‌های حقوق داخلی و بین‌المللی، مانع از وجود رابطه بین این دو نظام و به‌ویژه، قابلیت اعمال حقوق بین‌الملل در حقوق داخلی و یا قابلیت اعمال حقوق داخلی در حقوق بین‌الملل نیست. علاوه بر آن، از منظر حقوق موضوعه بین‌المللی، در هنگام تعارض بین این دو نظام حقوقی، قاعده کلی برتری حقوق بین‌الملل بر حقوق داخلی جاری است، بدین معنی که دولت نمی‌تواند با اتکا به قوانین داخلی خود از انجام تعهدات بین‌المللی اجتناب کند و یا قوانین مذکور را برای توجیه فعل مغایر با حقوق بین‌الملل مورد استناد قرار دهد. به بیان دیگر، قاعده عرفی و کلی مذکور در واقع یکی از نقاط وصل و ارتباط حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی است. با تفسیری غایی و مؤثر می‌توان گفت این تعهد بین‌المللی، دولت‌ها را مکلف می‌کند که قوانین مغایر با تعهدات معاهداتی بین‌المللی خود وضع نکنند و حتی در سلسله مراتب قوانین داخلی، جایگاه غیرقابل‌تغییری به تعهدات بین‌المللی خود بدهند. قابلیت اعمال حقوق داخلی در حقوق بین‌الملل یا



پژوهشکده حقوق



نوع مقاله:

پژوهشی

DOI:

10.48300/ILR.2022.361818.2174

تاریخ دریافت:

۲۱ شهریور ۱۴۰۱

تاریخ پذیرش:

۱۴ آبان ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۱۵ اسفند ۱۴۰۲

کپی‌رایت و مجوز دسترسی آزاد:



کپی‌رایت مقاله در مجله پژوهش‌های حقوقی نزد نویسنده (ها) حفظ می‌شود. کلیه مقالاتی که در مجله پژوهش‌های حقوقی منتشر می‌شوند با دسترسی آزاد هستند. مقالات تحت شرایط مجوز 4.0 Creative Commons Attribution Non-Commercial License منتشر می‌شوند که اجازه استفاده، توزیع و تولید مثل در هر رسانه‌ای را می‌دهد، به شرط آنکه به مقاله استناد شود. جهت اطلاعات بیشتر می‌توانید به صفحه سیاست‌های دسترسی آزاد [نشریه](#) مراجعه کنید.



به عبارتی «احاله» به حقوق داخلی، در آرای دیوان بین المللی دادگستری و مراجع داوری بین المللی عمومی، آشکال مختلفی بر خود گرفته و جلوه‌های جدیدی یافته است، به طوری که می‌توان گفت دیدگاه «حقوق داخلی به‌عنوان امر موضوعی» صرف، دچار تعدیل شده است.

### کلیدواژه‌ها:

احاله، حقوق داخلی، حقوق بین الملل عمومی، آرای داوری و قضایی، حقوق داخلی به‌عنوان امر موضوعی.

### حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

### مشارکت نویسندگان:

سید جمال سیفی: مفهوم‌سازی، روش‌شناسی، اعتبارسنجی، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، نظارت بر داده‌ها، نوشتن - پیش‌نویس اصلی، نوشتن - بررسی و ویرایش، نظارت، مدیریت پروژه.

### تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

### استناددهی:

سیفی، سید جمال. «احاله به حقوق داخلی در حقوق بین الملل عمومی: پژوهشی در پرتو آرای قضایی و داوری اخیر». مجله پژوهش‌های حقوقی، ۲۲، ش. ۵۶ (۱۵ اسفند ۱۴۰۲): ۴۹-۸۴.

## مقدمه

اختلاف نظر بین مفاهیم یگانگی و دوگانگی حقوق بین الملل و حقوق داخلی - یا به عبارتی «مونیسیم»<sup>۱</sup> و «دوالیسم»<sup>۲</sup> - به این پرسش برمی‌گردد که آیا حقوق بین الملل و حقوق داخلی دو نظم حقوقی متفاوت اند که موجودیتی مستقل از همدیگر دارند و اگر این چنین است این دو نظم حقوقی در چه مرتبتی از یکدیگر می‌نشینند و بر چه مبنایی می‌توان گفت که یکی بر دیگری برتری دارد. با اینکه هر دوی آنها بخشی از نظم حقوقی واحد هستند و برتری خود را بر دیگری [حسب مورد] بر طبق ضوابط این نظم حقوقی یگانه به دست می‌آورند.<sup>۳</sup> دوالیسم به استقلال این دو نظم حقوقی و تمایز قلمرو حکومت آنها از همدیگر، اعتقاد دارد. لیکن، مونیسیم معتقد به این است که این دو نظم حقوقی، قلمرو مکانی و زمانی واحدی دارند و در نتیجه تصور وجود دو نظم هنجاری در فضای واحد ممکن نیست و باید آنها را بخشی از نظم حقوقی واحد تلقی نمود.<sup>۴</sup>

جرالد فیتز موریس، قاضی و حقوق‌دان بین‌المللی فقید، اختلاف نظر بین دو دیدگاه دوالیسم و مونیسیم را به دلیل فقدان یک قلمرو مشترک، «غیرواقعی، مصنوعی و بی‌ربط» تلقی می‌کند و با بیان اینکه این دو نظم حقوقی، روابط حقوقی متمایزی را تنظیم می‌کنند، نتیجه می‌گیرد که امکان تعارض بین آنها وجود ندارد.<sup>۵</sup> باید اذعان کرد که شیوه استدلال فیتز موریس بیشتر از آنکه بتواند غیرواقعی و مصنوعی بودن اختلاف نظر را ثابت کند، نشان می‌دهد که وی به دوگانگی حقوق بین الملل و حقوق داخلی اعتقاد دارد. البته، باید گفت که در میان برداشت‌های مضیق دوالیستی و مونیستی، فیتز موریس، همانند شارل روسو،<sup>۶</sup> به گروه سومی از گرایش‌ها تعلق دارد که مفسران آن را «دوالیسم تعدیل شده» نامیده‌اند. در این گرایش عرصه مشترک فعالیت نظام‌های حقوق داخلی و بین‌المللی و همچنین برتری یکی بر دیگری مورد انکار قرار می‌گیرد و هر یک از آنها در حوزه خاص خود برتر تلقی می‌شوند.<sup>۷</sup>

باید افزود که گرایش دوالیستی قدمتی بیش از این دارد و برای دهه‌ها بر رویه قضایی دیوان دائمی

1. Monism

2. Dualism

3. Gerald Fitzmaurice, "The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law". *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 92, (1957), 70-80.

4. Hans Kelsen, *The Principles of International Law*. 2nd edition (New York: Rinehart and Winston, 1967), 533. Also, J.G. Starke, "Monism and Dualism in the Theory of International Law" (London: Humphrey Milford, Oxford University Press, 1936), 74; and, D.P. O'Connell, "The Relationship between International Law and Municipal Law". *Georgetown Law Journal*, 48, 3(1960), 431-485.

5. Fitzmaurice, op. cit. 70-71.

6. Charles Rousseau

7. Malcom Shaw, *International Law*, Eighth Edition (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), 98.

دادگستری بین المللی و جانشین آن دیوان بین المللی دادگستری حاکم بوده است. این گرایش تحت تأثیر قضات نامداری چون دیونیزیو آنزیلوتی<sup>۸</sup> بر رویه دیوان دائمی دادگستری غلبه داشته است<sup>۹</sup> و اولین بار در مدلول استدلال دیوان در قضیه موسوم به کارخانه کورزوف<sup>۱۰</sup> (سال ۱۹۲۶) مورد تصریح قرار گرفت، هنگامی که دیوان اظهار داشت، «از منظر حقوق بین الملل که دیوان ارگان آن است، قوانین داخلی تنها اموری موضوعی<sup>۱۱</sup> (غیرحکمی) هستند و همانند تصمیمات قضایی و اقدامات اداری، قصد دولت‌ها را بیان می‌کنند و عملکرد آنها را نشان می‌دهند»<sup>۱۲</sup>.

رویه متعاقب دیوان دائمی دادگستری بین المللی و دیوان بین المللی دادگستری، بیانگر اعتقاد نهاد مذکور به دوگانگی نظم حقوقی داخلی و بین المللی است. این اعتقاد در مرحله اول از توصیف حقوق داخلی توسط دیوان به عنوان امر موضوعی حاصل می‌شود و در مرحله بعدی با نحوه نگاه دیوان به نقش خود به عنوان ارگان حقوق بین الملل که وظیفه آن اعمال حقوق بین الملل است، تکمیل می‌گردد. ۱۳ شرح نحوه نگاه دیوان و دیگر مراجع دآوری و قضایی بین المللی به حقوق داخلی و نحوه اعمال آن در رسیدگی‌های آنها در مباحث آتی خواهد آمد.

باید افزود که پژوهش حاضر منصرف از مباحث نظری راجع به یگانگی یا دوگانگی سیستمی حقوق بین الملل و حقوق داخلی است و در پرتو رویه غالب دیوان دائمی دادگستری و دیوان بین المللی دادگستری و همسو با رویه مذکور، با فرض استقلال دو نظم حقوق بین الملل و حقوق داخلی از همدیگر، نگاشته شده است. لیکن، فرض استقلال نظام‌های حقوق داخلی و بین المللی، مانع از وجود رابطه بین این دو نظام و به‌ویژه، قابلیت اعمال حقوق بین الملل در حقوق داخلی و یا قابلیت اعمال حقوق داخلی در حقوق بین الملل نیست. علاوه بر آن، از منظر حقوق موضوعه بین المللی در هنگام تعارض بین این دو نظام

8. Dionisio Anzilotti

9. Maurice Kamto, "The Status of Municipal Law before the World Court in Light of Recent Cases", in Maluwa, Tiyanjana, du Plessis, Max, Tladi Dire, (Eds.), *The Pursuit of a Brave New World in International Law, Essays in Honour of John Dugard*, Leiden: Brill Nijhoff, 2017, 215.

10. Chorzow

11. Fact

12. Certain German Interests in Polish Upper Silesia, (1926) P.C.I.J. Series A, No. 7, 19.

۱۳. از جمله نک:

Brazilian Loans Case (France v. Brazil), PCIJ Reports, Series A, No. 21, pp. 124-125; Barcelona Traction, Light and Power Co, Case (Belgium v. Spain), I.C.J. Reports, 1970, 3, para. 50; Serbian Loans Case, PCIJ Reports (France v. Serbia) 1929, Series A, No. 20 and Series A, No. 21, p. 46; Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Judgment of 30 November 2010, I.C.J. Reports, 201, Para. 70.



حقوقی، قاعده کلی برتری حقوق بین‌الملل بر حقوق داخلی جاری است، بدین معنی که دولت نمی‌تواند با اتکا به قوانین داخلی خود از انجام تعهدات بین‌المللی اجتناب کند و یا قوانین مذکور را برای توجیه فعل مغایر با حقوق بین‌الملل مورد استناد قرار دهد. ماده ۲۷ کنوانسیون حقوق معاهدات (۱۹۶۹)<sup>۱۴</sup> و مواد ۳ و ۳۲ طرح مسئولیت بین‌المللی دولت (۲۰۰۱)<sup>۱۵</sup> بیانگر این قاعده کلی و عرفی حقوق بین‌الملل اند. به بیان دیگر، حکم ماده ۲۷ کنوانسیون ۱۹۶۹ که به موجب عرف بین‌المللی نیز برای دولت‌ها الزام‌آور است، در واقع یکی از نقاط وصل و ارتباط حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی است. با تفسیری غایی و مؤثر می‌توان گفت این تعهد بین‌المللی، دولت‌ها را مکلف می‌کند که قوانین مغایر با تعهدات معاهداتی بین‌المللی خود وضع نکنند. حتی می‌توان گفت که نتیجه حکم ماده ۲۷ این است که در سلسله‌مراتب قوانین داخلی، دولت‌ها باید جایگاه غیرقابل‌تغییری به تعهدات معاهداتی خود بدهند.

قابلیت اعمال حقوق داخلی در حقوق بین‌الملل و کیفیت و شرایط اعمال آن، به‌ویژه از منظر آرای قضایی و داوری بین‌المللی عمومی اخیر موضوع بحث مقاله حاضر است. قابلیت اعمال حقوق داخلی در حقوق بین‌الملل یا به عبارتی «احاله»<sup>۱۶</sup> به حقوق داخلی، در آرای دیوان بین‌المللی دادگستری و مراجع داوری بین‌المللی عمومی، اشکال مختلفی به خود گرفته و جلوه‌های جدیدی یافته است، به طوری که می‌توان گفت دیدگاه «حقوق داخلی به‌عنوان امر موضوعی» صرف دچار تعدیل شده است. مقاله حاضر در مقام بررسی این اشکال و جلوه‌های جدید و تحلیل آثار و تبعات احتمالی نظری و عملی آنها بر رابطه بین حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل است.<sup>۱۷</sup> سرانجام، برای ترسیم و توضیح دامنه پژوهش باید گفت که این مقاله به مباحث احاله به قانون خارجی در حقوق بین‌الملل خصوصی و یا مباحث تعارض قوانین

۱۴. ماده ۲۷ مقرر می‌دارد که دولت عضو معاهده نمی‌تواند به مفاد قانون داخلی خود برای توجیه عدم اجرای معاهده بین‌المللی، استناد کند. همچنین نک: ماده (۱) ۴۶ همین کنوانسیون برای حکمی تا حدی مشابه.

۱۵. ماده ۳ می‌گوید که توصیف فعل دولت به‌عنوان فعل متخلفانه بین‌المللی تحت حکومت حقوق بین‌الملل است و این توصیف تحت تأثیر توصیف قانونی از فعل مذکور به موجب حقوق داخلی، قرار نمی‌گیرد. همچنین، ماده ۳۲ می‌گوید، دولت مسئول نمی‌تواند برای توجیه عدم متابعت از تعهدات خود به مقررات قانونی داخلی خویش استناد نماید.

16. Renvoi

۱۷. مبحث «احاله به حقوق داخلی در حقوق بین‌الملل عمومی» در ادبیات حقوقی فارسی‌زبان سابقه نشر اندکی دارد. ترجمه مقالات زیر هرچند عمدتاً از منظر احاله در حقوق بین‌الملل خصوصی نوشته شده‌اند، می‌تواند در آشنایی با مطلب مفید باشد: ترور هارتلی، «استناد و اثبات قانون خارجی: مقایسه‌ای بین سیستم‌های اروپایی»، ترجمه محمدجعفر قنبری جهرمی، مجله حقوقی بین‌المللی، ۱۶، ۲۳ (۱۳۷۷)، ۱۳۵-۱۷۸. درک فینچام، «رد قاعده رنوا در مورد اموال فرهنگی منقول: پرونده جمهوری اسلامی ایران و دنیز برند [سر سرباز هخامنشی]»، ترجمه سوسن چراغی. مجله حقوقی بین‌المللی، ۲۶، ۴۱ (۱۳۸۸)، ۳۳۷-۳۴۷.

نمی‌پردازد و به هیچ وجه قصد مطالعه آن حوزه را ندارد.<sup>۱۸</sup>

## ۱- چهارچوب و مسائل کلی اعمال حقوق داخلی در حقوق بین‌الملل

در آغاز باید گفت که مفاهیم مونیسم و دوالیسم تنها به بحث یگانگی یا دوگانگی سیستمی حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل محدود نمانده است، بلکه اجزا و جنبه‌های عملی ارتباط بین این دو نظام حقوقی نیز در قالب مباحث مونیسم و دوالیسم دنبال می‌شود. از این رو، نویسندگان مؤخر، از جمله روبر گُلب<sup>۱۹</sup>، بیان داشته‌اند که گرایش‌های سنتی دوالیستی و مونیستی در دوران حاضر از سؤال صرف چگونگی جذب حقوق بین‌الملل در حقوق داخلی عبور کرده‌اند. وی بیان می‌کند «اکنون مسئله بیشتر در سایه مجموعه‌ای از سؤالات راجع به رابطه بین نظم‌های حقوقی مطرح است. بدین معنی که گرایش‌های انزواگرا و خودمحور، عنوان دوالیست و گرایش‌های همگرا و جامعه‌محور عنوان مونیست بر خود می‌گیرند».<sup>۲۰</sup> هرچند وی اذعان می‌دارد که در مسئله نظری اصلی مطرح بین دو گرایش مونیستی و دوالیستی، هیچ پاسخ قطعی نهایی وجود ندارد زیرا موضوع به طور کلی بستگی به دورنمای فکری مبنای گرایش دارد. هیچ‌کدام از این دو گرایش واقعیت را منعکس نمی‌کند. کلب ادامه می‌دهد: «نادرست است که حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی را صرفاً یک نظم حقوقی واحد تلقی کنیم. این دو نظام‌های حقوقی جداگانه‌ای هستند... و هر یک بر نظام و نهادهای هنجارسازی خاص خود متکی‌اند».<sup>۲۱</sup>

با این تفصیل بهتر است در بررسی مقوله احاله به حقوق داخلی در حقوق بین‌الملل از برداشت‌های عملی دارای مفاهیم فوق غافل‌نمانیم و حالات و کیفیت روابط این دو نظام حقوقی را نه فقط در ابعاد

۱۸. مبحث احاله در حقوق بین‌الملل خصوصی (تعارض قوانین) در ادبیات حقوقی فارسی زبان دارای سابقه بحث و نشر است. برای آشنایی بیشتر نک: مرتضی نصیری و مرتضی کاخی، حقوق بین‌الملل خصوصی، کلیات، تابعیت، اقامتگاه (وضع اتباع بیگانه و تعارض قوانین و دادگاه‌ها)، جلد یکم و دوم، چاپ بیست و نهم، (تهران: انتشارات آگاه، ۱۳۹۳) ۱۸۱-۱۸۵؛ فرهاد خمایی زاده، احاله و اصل آزادی اراده در قراردادهای اندیشه‌های حقوقی، ۳، ۹ (۱۳۸۴)، ۱۳۷-۱۵۴. مصطفی دانش‌پژوه، «مطالعه تحلیلی و تطبیقی احاله در حقوق موضوعه و اسلام»، پژوهش‌های فقهی، ۱۸، ۲ (۱۴۰۱)، ۶۳۸-۶۴۴. سید محسن شیخ‌الاسلامی، «بررسی مبانی تعارض منفی قوانین یا احاله در حقوق بین‌الملل خصوصی»، نامه حقوقی مفید، ۵۸ (۱۳۸۵)، ۶۱-۷۸. علی‌محمد مکرمی، «نقش احاله در تعارض منفی در ایران و سایر کشورها»، دیدگاه‌های حقوقی، ۱ (۱۳۷۵)، ۱۰۴-۱۳۳. غلامرضا موسی قزوینی، «نگاهی کوتاه به احاله در حقوق بین‌الملل خصوصی با تأکید بر حقوق ایران»، دوفصلنامه دانش و پژوهش حقوقی، ۱، ۲ (۱۳۹۱)، ۱۷۱-۱۸۴.

19. Robert Kolb

20. Kolb, Robert, "The Relationship between the International and Municipal Legal Order: Reflections on the Decision no 238/2014 of the Italian Constitutional Court", *QIL*, II, (2014), 9.

21. Ibidem.

نظری و سیستمی بلکه در اجزا و عناصر پیوستگی اجرایی آنها نیز بجوئیم. شاید اغراق نباشد اگر بگوییم که حقوق بین‌الملل امروز، با وجود فرض استقلال نظری عرصه و قلمرو حکومت آن، بدون رابطه با حقوق داخلی قادر به انجام بسیاری از وظایف خود نخواهد بود. به بیان دیگر، به همان نسبت که حوزه تنظیم مسائل و روابط در حقوق بین‌الملل امروز توسعه پیدا کرده و عرصه‌های گوناگونی از امور سابقاً داخلی، همانند امور امنیتی، بشری، زیستی، بهداشتی و فناورانه درون دولت‌ها را در بر گرفته، نقش حقوق داخلی در حقوق بین‌الملل و ضرورت توجه به حقوق داخلی از مناظر مختلف پیدایش و عملکرد دولت‌ها، پایداری آنها به تعهدات بین‌المللی و هماهنگی آنها با مجموعه نظام حقوقی بین‌المللی را افزایش داده است. به سخن دیگر، با وجود تفاوت‌های آشکار میان نظام‌های مختلف اداری و حکومتی دولت‌های جهان و میان سطوح توسعه اجتماعی و یا میزان قانون‌گرایی این دولت‌ها، مدیریت دولتی در دنیای پیچیده امروز ناگزیر از اعمال دیوان‌سالاری اداری به واسطه ابزارهای قانون و مقررات اداری برای تنظیم روابط اجتماعی است، به طوری که انعکاس آن قوانین و مقررات در عرصه بین‌المللی و در نتیجه ضرورت توجه به آنها از منظر حقوقی بین‌المللی، اجتناب‌ناپذیر است.

مواردی که دادگاه‌های بین‌المللی در مقام قضاوت و اعمال احکام و موازین حقوق بین‌الملل باید به حقوق داخلی دولت یا دولت‌های خاصی مراجعه نمایند، کم نیستند. هرچند بند منقول از رأی دیوان دائمی دادگستری در قضیه کارخانه کورزوف در بالا به‌طور مطلق از نقش حقوق داخلی به‌عنوان امر موضوعی در برابر حقوق و دادگاه‌های بین‌المللی سخن می‌گوید، به نظر می‌رسد این وضعیت تنها یکی از جلوه‌های حضور و ایفای نقش حقوق داخلی در حقوق بین‌الملل است. مراجعه به حکم مشترک غالب نظام‌های حقوقی برای استخراج حکم حقوق بین‌الملل در مواردی که حقوق بین‌الملل در آن احکامی ندارد، حالت متمایز و می‌توان گفت نوع دیگری از ارجاع به حقوق داخلی است که به نوبه خود ارزش بررسی و تحلیل دارد. از سوی دیگر، می‌توان قائل به فرض سومی شد که در آن حقوق داخلی به‌عنوان امری حکمی اهمیت یافته و قابلیت تفسیر و اجرا در حقوق بین‌الملل می‌یابد. به بیان دیگر، اعمال حقوق داخلی به‌عنوان بخشی از قانون حاکم بر قضیه مطروحه در برابر دادگاه بین‌المللی، جلوه حکمی حقوق داخلی در حقوق بین‌الملل را برجسته نموده و بازآزمایی نقش حقوق داخلی در حقوق بین‌الملل را حائز اهمیت می‌سازد. به نظر می‌رسد که در حالت اخیر، نمی‌توان به‌سادگی از حقوق داخلی به‌عنوان امری موضوعی در برابر حقوق بین‌الملل یاد کرد. بنابراین، می‌توان از حقوق داخلی در برابر حقوق بین‌الملل در سه حالت زیر بحث کرد. یکی، حقوق داخلی به‌عنوان امری موضوعی که بیانگر قصد و عملکرد دولت

در مقام سنجش رفتار دولت از منظر حقوق بین‌الملل است. دوم، هنگامی که مقررات مشترک و غالب نظام‌های حقوقی داخلی در موضوعاتی که در آن حقوق بین‌الملل احکامی ندارد و از حقوق داخلی به‌عنوان وجه قیاس کشف و جذب احکام حقوق داخلی در حقوق بین‌الملل استفاده می‌کند. سوم، حقوق داخلی در مقام قانونی که حقوق بین‌الملل به مثابه قانون حاکم در بخش یا بخش‌هایی از قضیه مطروحه در دادرسی بین‌المللی به آن احاله می‌دهد و آن را اعمال می‌کند.

حالات و اشکال مختلف ارجاع به حقوق داخلی نه تنها در آرای دیوان بین‌المللی دادگستری بلکه در آرای داوری‌های بین‌المللی، به‌ویژه در آرای فزاینده داوری‌های سرمایه‌گذاری نیز قابل مشاهده و تجربه است. عوامل متعددی اجرای معاهدات سرمایه‌گذاری را به حقوق داخلی گره می‌زند، لیکن بحث تحقق سرمایه‌گذاری بر طبق قوانین دولت میزبان و یا اقدامات تقنینی محدودکننده سرمایه‌گذاری، دو مورد از مهم‌ترین آنها است. گفتنی است که موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری در کنار تشویق سرمایه‌گذاری اتباع حقیقی و حقوقی طرفین معاهده در سرزمین دولت دیگر، تضمینات ماهوی متعددی را - مانند رفتار مساوی و عدم تبعیض، حمایت قانونی، انتقال سود و سرمایه و عدم سلب مالکیت مگر تحت شرایطی و با پرداخت غرامت کامل - پیش‌بینی می‌کنند. از ویژگی‌های معاهدات سرمایه‌گذاری، پیش‌بینی دو نوع نظام حل و فصل اختلافات، معمولاً از طریق داوری بین‌المللی است. یک نوع آن، داوری بین سرمایه‌گذار و دولت میزبان است؛ و نوع دیگر، داوری بین دولت‌های متعاقد. در داوری سرمایه‌گذار علیه دولت میزبان، به سرمایه‌گذار حق داده شده که در صحنه بین‌المللی مبادرت به اقامه دعوی علیه دولت میزبان بنماید و مسئولیت بین‌المللی و جبران‌های لازم و مقرر در حقوق بین‌الملل برای عدم رعایت معاهده را از دولت میزبان بخواهد.<sup>۲۲</sup> ورود به ماهیت دعوی و بررسی رعایت تعهدات معاهده‌ای دولت میزبان در بادی امر مستلزم احراز تحقق سرمایه‌گذاری مطابق قوانین دولت میزبان است. در نتیجه ضرورت احراز تحقق سرمایه‌گذاری به شرح فوق در بجه‌ای را برای بررسی مفاد قوانین دولت میزبان و متابعت از آن به روی مرجع داوری بین‌المللی می‌گشاید. باید افزود که به دلیل منشأ داوری سرمایه‌گذار - دولت که معاهده است و همچنین سبب دعوی در داوری مذکور که عدم رعایت مفاد معاهده سرمایه‌گذاری است، داوری سرمایه‌گذار - دولت را باید اساساً در زمره داوری‌های بین‌الملل عمومی تلقی کرد و حضور سرمایه‌گذار به‌عنوان خواهان دعوی این ماهیت را تغییر نمی‌دهد، همان‌طوری که حضور و اقامه دعوی فردی در

۲۲. برای مطالعه ارتباط بین این دو نوع داوری نک:

Jamal Seifi, "Investor-State Arbitration v State-State Arbitration in Bilateral Investment Treaties, TDM 2 (2004), 1-7.

دادگاه‌های بین‌المللی حقوق بشر منشأ و ماهیت بین‌المللی آن دادگاه‌ها را تغییر نمی‌دهد.<sup>۲۳</sup> در بخش‌های زیر به بررسی و تحلیل جلوه‌های متفاوت ارجاع به حقوق داخلی در رسیدگی‌ها و آرای قضایی و داوری بین‌المللی می‌پردازیم.

## ۲- حقوق داخلی به‌عنوان «امری موضوعی» و بیانگر قصد و عملکرد دولت

گستره وسیعی از قوانین و مقررات داخلی یک دولت به‌عنوان امری که بیانگر قصد و عملکرد دولت است، در برابر مراجع و دادگاه‌های بین‌المللی قابلیت ارجاع و بررسی می‌یابند. حقوق داخلی بیانگر مواضع حقوقی دولت‌ها در روابط بین‌المللی است و نقش مهمی در ایجاد رویه و عرف بین‌المللی و یا نشان از عرف بین‌المللی دارد. حقوق داخلی در شرایطی می‌تواند بیانگر اعمال حقوقی یک جانبه باشد و یا نشانگر تخصیص حوزه‌های صلاحیت دولتی اعم از مقامات و مراجع صلاحیت‌دار برای مدیریت امور حقوقی بین‌المللی و یا مناطق و حوزه‌های صلاحیت ملی، مانند تخصیص دریای سرزمینی، فلات قاره و منطقه انحصاری اقتصادی باشد. همچنین حقوق داخلی می‌تواند نشانگر رعایت یا عدم رعایت تعهدات بین‌المللی دولت باشد، بدین معنی که برای بررسی متابعت دولت از تعهدات و موازین بین‌المللی و یا بررسی و احراز نقض تعهد و تحقق مسئولیت بین‌المللی می‌تواند مورد مراجعه قرار گیرد. به بیان دیگر نقش قوانین داخلی برای کارکرد دستگاه حقوقی بین‌المللی ضروری است.<sup>۲۴</sup>

### ۲-۱- قصد و عملکرد دولت

به‌عنوان نمونه در قضیه شرکت نفت ایران و انگلیس<sup>۲۵</sup> دیوان به منظور احراز قصد و تعیین محدوده اعلامیه یک جانبه مورخه ۲ اکتبر ۱۹۳۰ پذیرش صلاحیت اجباری دیوان توسط دولت ایران، به اوضاع و احوال مرتبط با صدور این اعلامیه از جمله مفاد قانون مورخه ۱۰ ماه می ۱۹۲۷ (قانون الغای کاپیتولاسیون مورخه ۲۰ اردیبهشت ۱۳۰۷) و همچنین مفاد قانون ۱۴ ژوئن ۱۹۳۱ (قانون ماده واحده مورخه ۲۳ خرداد ۱۳۱۰) مجلس ایران مبنی بر تصویب متن اعلامیه پذیرش صلاحیت اجباری صادره

۲۳. به همین جهت، رویه جاری بازمینی آرای داوری سرمایه‌گذاری توسط دادگاه‌های داخلی امری خلاف قاعده است که مورد نقد نیز قرار گرفته است. نک:

Jacomijn J. van Haersolte-van Hof and Ericke Koppe, "International Arbitration and the lex arbitri", *Arbitration International*, 31, 1(2015), 27-62.

24. Shaw, op. cit. 102.

25. Anglo-Iranian Oil Co. Case (UK v. Iran), Judgment of 22 July 1952, 93.

توسط دولت، مراجعه نمود.<sup>۲۶</sup> پیرو این بررسی دیوان نتیجه گرفت که «با توجه به این ملاحظات، دیوان قناعت حاصل کرده است که قصد بین دولت ایران این بوده است که اختلافات راجع به اجرای همه معاهدات و کنوانسیون‌های پذیرفته شده توسط آن دولت قبل از تصویب اعلامیه مذکور را از صلاحیت دیوان مستثنی کند»<sup>۲۷</sup> و این قصد در متن اعلامیه ایران آشکار است و به موجب قانون ماده واحده مصوب ۲۳ خرداد ۱۳۱۰ نیز تأیید می‌شود.<sup>۲۸</sup>

در قضیه دعوی «اموکو اینترنشنال فایننس کورپوریشن علیه دولت ایران»<sup>۲۹</sup>، دیوان دعوی ایران - ایالات متحده قوانین داخلی ایران را به منظور احراز قصد و عملکرد دولت ایران مورد بررسی قرارداد تا دریابد که آیا سلب امتیاز از قرارداد شرکت خواهان موسوم به «قرارداد خمکو»<sup>۳۰</sup> برای فرآوری گاز طبیعی به موجب ماده واحده مصوب ۱۸ دی‌ماه ۱۳۵۸ شورای انقلاب<sup>۳۱</sup>، تبعیض‌آمیز و بدون رعایت مصلحت عمومی و یا به عبارتی مغایر حقوق بین‌الملل بوده است. دیوان اظهار داشت:

«تردید نمی‌توان داشت که ماده واحده با در نظر داشتن مصلحت عمومی روشنی وضع شده، یعنی تکمیل ملی شدن صنعت نفت ایران که به موجب قانون ۱۹۵۱ (۲۴ اسفند ۱۳۲۹) ملی شدن صنعت نفت ایران شروع و با هدف اجرای یکی از آرمان‌های اقتصادی و سیاسی اصلی دولت اسلامی جدید انجام شده است. تصمیم کمیسیون خاص راجع به قرارداد خمکو در مطابقت آشکار با ماده واحده، اتخاذ شده است...»<sup>۳۲</sup>

## ۲-۲- نقض تعهدات بین‌المللی

قوانین داخلی می‌تواند وسیله یا ادله نقض تعهدات بین‌المللی باشد. اینکه نقض تعهد به‌صرف وضع قانون مغایر با تعهدات بین‌المللی حاصل می‌شود یا اینکه قانون باید اجرا شود تا نقض تعهد محقق شود، به مقدار زیادی بسته به محتوای تعهد اولیه و به‌ویژه این نکته که آیا تعهد اولیه ناظر به وسیله یا به عبارتی انجام

26. Ibid. 105-106.

27. Ibid. 106.

28. Ibidem.

29. Amoco International Finance Corp. v. Iran, Iran-US Claim Tribunal, 15 Iran-U.S.C.T.R. 189.

30. Khemco

۳۱. ماده واحده مذکور مقرر می‌داشت: «کلیه قراردادهای نفتی که به تشخیص کمیسیون خاصی که از طرف وزیر نفت تعیین می‌شود مغایر قانون ملی شدن صنعت نفت در ایران تشخیص داده شود کان لم یکن تلقی گردیده و دعوی ناشی از انعقاد و اجرای این قراردادها به رأی کمیسیون قابل حل و فصل است. این کمیسیون با شرکت نماینده وزارت امور خارجه خواهد بود.»

32. Amoco International Finance Corp. op. cit. 15 Iran-U.S.C.T.R., 189, Para. 146.

اقدام خاصی است و یا ناظر به نتیجه است، متفاوت است.<sup>۳۳</sup> برخی تعهدات بین‌المللی به‌صرفه وضع قانون مغایر نقض می‌گردند به‌ویژه در حالتی که دولت مکلف بوده که قوانین مغایر با تعهد بین‌المللی را لغو کند و یا آنها را وضع نکند. در قضیه لاگران (آلمان علیه ایالات متحده)<sup>۳۴</sup>، هرچند دیوان در فرآزی از رأی تصریح کرد که صرف عدم شمول حق دسترسی کنسولی مقرر در بند ۱ ماده ۳۶ کنوانسیون حقوق کنسولی ۱۹۶۳ وین در زمره جهت‌های استیناف از محکومیت کیفری<sup>۳۵</sup> در قوانین ایالات متحده، نقض ماده ۳۶ کنوانسیون مذکور نبود<sup>۳۶</sup> در فرآز دیگری از رأی اعلام کرد که قوانین استیناف مذکور مانع شد که وکیل برادران لاگران به طور مؤثری محکومیت آنها را مورد اعتراض قرار دهد.<sup>۳۷</sup> علاوه بر آن، در فرآز متعاقب دیگر از همین رأی دیوان به این نتیجه رسید که اجرای قانون استیناف مذکور ناقض بند ۲ ماده ۳۶ کنوانسیون امور کنسولی است زیرا که مانع از آن شده است که به اهداف و حقوق مندرج در کنوانسیون مذکور به ترتیب مقرر در بند ۲ ماده ۳۶، ترتیب اثر کامل داده شود.<sup>۳۸</sup> در همین راستا، در قضیه «تفسیر آونا» (مکزیک علیه ایالات متحده)<sup>۳۹</sup>، دیوان بیان داشت، «... ملاحظات مبتنی بر حقوق داخلی که تاکنون مانع اجرای تعهد ایالات متحده شده، نمی‌تواند آن دولت را از تعهد برهاند...»<sup>۴۰</sup>

در قضیه «السی» (ایالات متحده علیه ایتالیا)<sup>۴۱</sup> دستور شهردار پالرمو در ضبط و کنترل موقت مدیریت شرکت در آستانه ورشکستگی السی - که در مالکیت شرکت‌های آمریکایی قرار داشت - و تأیید دستور مذکور توسط دادگاه‌های پالرمو، مبنای ادعای نقض معاهده مودت بین ایتالیا و ایالات متحده بود.<sup>۴۲</sup> به همین دلیل، بررسی دستور شهردار پالرمو و تصمیم‌های دادگاه‌های آن شهر، از جمله قوانینی که بر

۳۳. سید جمال سیفی، «حقوق مسئولیت بین‌المللی - گفتارهایی در مسئولیت بین‌المللی دولت» (تهران: انتشارات شهر دانش، ۱۴۰۰)، ۹۴-۹۶.

34. La Grand Case (Germany v. United States of America), Judgment of 27 June 2001, I.C.J. Reports, 2001, 466.

۳۵. جهات استیناف فقط محدود به نقض حقوق اساسی مندرج در قانون اساسی ایالات متحده بود و متضمن تودیع وجوه کلانی برای اعمال حق استیناف نیز بود.

36. Ibid. 90.

37. Ibid. 91.

38. Ibid. 92. Also see: Andre' Nollkaemper, *National Courts and the International Rule of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 89; James Crawford, *State Responsibility*, *The General Part* (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), 121-122.

39. Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in Case Concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. US), ICJ Reports, 2009, 3.

40. Ibid. 18.

41. Case Concerning Elettronica Sicula S.p.A (ELSI) (United States v. Italy), Judgment of 20 July 1989, ICJ Reports 1989, 15.

42. Ibid. 30.



اساس آن مراجع مذکور اقدام به رسیدگی و اتخاذ تصمیم نموده بودند، در برابر شعبه دیوان بین‌المللی دادگستری مطرح بود. دیوان، ضمن خودداری از ارزیابی اعتبار آرای دادگاه‌های پالرمو، از تصریح به اینکه تصمیم‌های نهادهای داخلی مذکور را به‌عنوان حکم قانونی در تشخیص خود دخیل می‌داند یا به‌عنوان امر موضوعی، اجتناب کرد و بیان داشت: «فارغ از اینکه یافته‌های دادگاه‌های پالرمو در مورد قانون ایتالیا را امور حکمی بدانیم یا امور موضوعی، تصمیمات مذکور ادله تکمیلی وضعیتی هستند که شعبه دیوان باید ارزیابی کند.<sup>۴۳</sup> به بیان دیگر، دیوان ضمن اعتنا به آرای دادگاه داخلی، از تبیین ماهیت دقیق اقدام خویش، خودداری کرد.

استدلال دیوان اروپایی حقوق بشر نیز این بوده است که در مواردی صرف وجود برخی مقررات قانونی داخلی می‌تواند مغایر تعهدات بین‌المللی باشد. «به هر حال، دیوان مقرر داشته است که ماده ۲۵ کنوانسیون به اشخاص حق می‌دهد نسبت به قانونی که به صرف وجود و در غیاب اقدام مشخصی برای اجرای آن، حقوق آنها را نقض می‌کند، در صورتی که اشخاص مذکور در معرض تأثیرپذیری مستقیم از آن قانون قرار داشته باشند، اعتراض کنند.»<sup>۴۴</sup> بدیهی است که در چنین شرایطی وظیفه دادگاه بین‌المللی این خواهد بود که قانون داخلی مذکور را تحلیل و تفسیر نماید تا دریابد که مقررات آن به صرف وجود تعهد بین‌المللی را نقض می‌کند یا خیر.

### ۳- حقوق داخلی به‌عنوان مرجع مقررات مشترک غالب نظام‌های حقوقی

در مواردی مراجعه به حقوق داخلی نه برای اعمال مستقیم احکام نظام حقوقی خاص در قضیه بلکه برای کشف حکم مشترک غالب نظام‌های حقوقی در اموری است که حقوق بین‌الملل در آن احکامی ندارد. رویه مراجع قضایی و داوری بین‌المللی در این زمینه حائز اهمیت است.

#### ۳-۱- آرای دیوان بین‌المللی دادگستری

بهترین مثال این نوع مراجعه به حقوق داخلی در قضیه بارسلونا تراکشن (بلژیک علیه اسپانیا)<sup>۴۵</sup> در دیوان بین‌المللی دادگستری قابل مشاهده است. در این قضیه که دعوی حمایت دیپلماتیک دولت بلژیک از سهام‌داران بلژیکی شرکت برق و قدرت بارسلونا تراکشن بابت اقدامات دولت اسپانیا نسبت به شرکت مذکور مطرح بود، سؤال این بود که با توجه به استقلال شخصیت شرکت از سهام‌داران آن و ثبت و

43. Ibid. 99.

44. Norris v. Ireland, E.C.H.R., Series A, No. 142 (1988), Para. 31.

45. Barcelona Traction, Light and Power Co, Case (Belgium v. Spain), I.C.J. Reports, 1970, 3.



استقرار محل اداری شرکت مذکور در کانادا، کدام دولت حق حمایت دیپلماتیک از ناحیه شرکت مذکور را دارد و یا به عبارتی معیارهای تابعیت شرکت در حقوق بین‌الملل کدام‌اند.<sup>۴۶</sup> با توجه به فقدان موازین راجع به تابعیت شرکت در حقوق بین‌الملل، دیوان نتیجه گرفت که باید نهادهای حقوق داخلی را مورد توجه قرار دهد و برای استخراج و کشف حکم حقوقی بین‌المللی به نهادهای حقوق داخلی مراجعه نماید<sup>۴۷</sup> و افزود:

«دیوان باید از این حقیقت شروع کند که قضیه حاضر در مسئله تمایز و یکسانی شخصیت شرکت و سهام‌داران آن در بردارنده عواملی متخذ از حقوق داخلی است که طرفین، علی‌رغم اختلافات تفسیری خویش، آن را نقطه عزیمت استدلال‌های خود قرار داده‌اند. اگر بنا می‌بود که دیوان این پرونده را بی‌توجه به نهادهای حقوق داخلی تصمیم‌گیری کند، بی‌تردید موجب ایجاد مشکلات جدی می‌شد و تماس با واقعیت را از دست می‌داد، برای اینکه هیچ نهاد مشابهی در حقوق بین‌الملل وجود ندارد که دیوان به آن مراجعه نماید؛ بنابراین، دیوان نه‌تنها باید به حقوق داخلی توجه نماید بلکه باید به آن مراجعه کند. با انجام این کار حقوق بین‌الملل به قواعد عموماً پذیرفته شده (مشترک) نظام‌های حقوق داخلی در مورد شرکت با مسئولیت محدود با سرمایه سهامی، مراجعه می‌کند و نه به حقوق داخلی یک کشور خاص.»<sup>۴۸</sup> روشن است که در این نوع از مراجع به حقوق داخلی بحث از اعمال قانون داخلی یک کشور خاص در دعوی یا در بخش خاصی از دعوی در میان نیست بلکه ارجاع به موازین غالباً پذیرفته شده نظام‌های حقوقی داخلی برای کشف و جذب حکم حقوق بین‌الملل در قضیه، هدف اصلی این اقدام است.

البته در همین قضیه دیوان پس از کشف حکم راجع به ملاک تابعیت شرکت‌ها در حقوق بین‌الملل به روش تطبیقی مذکور و آگاهی از اینکه ملاک تابعیت شرکت‌ها در حقوق بین‌الملل محل ثبت و محل استقرار رسمی اداری شرکت است، ناگزیر باید قوانین کانادا را به‌عنوان کشور محل ثبت و استقرار فعالیت‌های اداری شرکت بارسلونا تراکشن مورد اعتنا قرار دهد و به عبارتی قوانین کانادا را برای احراز تابعیت شرکت بارسلونا تراکشن و حقوق و تکالیف آن، اعمال نماید.<sup>۴۹</sup> در این راستا، دیوان ضمن مراجعه به قوانین کانادا نتیجه گرفت که شرکت بارسلونا تراکشن از نظر قوانین کانادا یک شرکت ثبت شده در کانادا و دارای مقر رسمی اداری در آن کشور است و در نتیجه دارای تابعیت کانادا است.<sup>۵۰</sup> بنابراین،

46. Ibid. 35-36.

47. Ibid. 38.

48. Ibid. 50.

49. Ibid. 70.

50. Ibid. 71-72.

هرچند مرحله اول مراجعه‌های تطبیقی دیوان به قوانین داخلی برای اخذ وجه قیاس و استخراج حکم مشترک غالب نظام‌های حقوقی است، مراجعه بعدی دیوان به قانون کانادا برای احراز تابعیت شرکت بارسلونا تراکشن از جنسی دیگر و از نوع اعمال مستقیم قانون داخلی در پرونده بین‌المللی است. بدین ترتیب، ما در این قضیه شاهد دو نوع مراجعه به حقوق داخلی به شرح فوق هستیم. روند اخیر، یعنی روند احراز تابعیت شرکت بارسلونا تراکشن، در واقع از نوع مراجعه به حقوق داخلی برای اعمال آن در قضیه است که در زیر جداگانه مورد بحث قرار خواهد گرفت.

در قضیه نوته بام (لیختن‌اشتاین علیه گواتمالا)<sup>51</sup> دیوان بین‌المللی دادگستری در مقام پاسخ به موضوع حق حمایت دیپلماتیک دولت خواهان از آقای نوته بام، درصد اثبات ضرورت وجود تابعیت مؤثر و واقعی برای این منظور برآمد. در این راستا، دیوان اظهار داشت که «دادگاه‌های کشورهای ثالث هنگام مواجهه با شخصی با تابعیت مضاعف دو دولت دیگر گرایش به ترجیح تابعیت مؤثر و واقعی دارند»<sup>52</sup>. این روش بررسی هرچند یکی از استدلال‌های دیوان برای رسیدن به حکم قضیه بود، در هر حال نوعی مراجعه به مشترکات نظام‌های حقوقی داخلی برای یافتن حکم حقوقی بین‌المللی است.

### ۳-۲- آرای دیوان‌های دآوری و دیگر دادگاه‌های بین‌المللی

در رأی اخیر صادره توسط هیئت عمومی دیوان دعوای ایران - ایالات متحده نیز روند مشابهی طی شد. بدین توضیح که در پرونده موسوم به «الف - ۱۵: ۲ - الف» دولت ایران طرح دعوی کرده بود که بخشی از اموال ایران که باید به موجب بند ۹ بیانیه عمومی الجزایر<sup>53</sup> به ایران منتقل می‌شد، مسترد نشده و ایالات متحده به دلیل نقض تعهد معاهداتی خویش باید ضمن محکومیت به نقض تعهد بین‌المللی، عین اموال مذکور و یا خسارات ناشی از عدم انتقال آنها را پرداخت نماید.<sup>54</sup> البته بیانیه‌های الجزایر متأسفانه تعریف صریحی از «اموال ایران که در ایالات متحده ... موجود می‌باشد»، ارائه نداده است؛ بنابراین، سؤال اساسی در این قضیه عبارت از این بود که تشخیص «اموال ایران که در ایالات متحده

51. Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala), I.C.J. Reports, 4.

52. Ibid. 22.

53. بند ۹ بیانیه عمومی الجزایر می‌گوید: «با پذیرش این بیانیه و بیانیه حل و فصل دعوی منضم به آن، توسط ایران و ایالات متحده و با صدور گواهی مشروح در بند ۳ بالا توسط دولت الجزایر، ایالات متحده، بر اساس مفاد مقررات قانونی قبل از ۱۴ نوامبر ۱۹۷۹ این کشور، ترتیبات لازم برای انتقال تمام اموال ایران را که در ایالات متحده و در خارج موجود می‌باشد و در چهارچوب بندهای فوق‌الذکر قرار نمی‌گیرد، به ایران خواهد داد.»

54. Award No. 604-A15 (II:A)/26 (IV)/B43-FT (Award No. 604), Paras. 1-6 and paras 7-74 generally.

موجود است» بر طبق چه موازینی باید صورت گیرد، به‌ویژه اینکه بخش مهمی از اموال مذکور به واسطه انعقاد قراردادهای خرید کالا از شرکت‌های آمریکایی حاصل می‌شده که بهای آنها اغلب به طور کامل و گاهی به طور ناکامل پرداخت شده و روند تحویل آنها به خریداران دولتی ایرانی به دلیل حادثه سفارت آمریکا در تهران، موضوع توقیف توسط رئیس‌جمهور و یا دادگاه‌های آمریکا قرار گرفته و متوقف شده بود. اکثریت پنج نفره اعضای دیوان در پرونده مذکور به این تفسیر رسید که منظور از «اموال ایران» در بند ۹ بیانیه عمومی، اموالی است که ایران «منحصراً مالکیت» آنها را دارد. برای تشخیص مالکیت ایران بر اموال موصوف باید در پرتو اصول کلی حقوق بین‌الملل خصوصی و رویه مشابه آن در اغلب قوانین داخلی<sup>۵۵</sup>، بر طبق «قاعده حکومت قانون محل استقرار مال»،<sup>۵۶</sup> ضمن مراجعه به قوانین کشور محل استقرار مال، تکلیف مالکیت ایران بر اموال موصوف روشن شود.<sup>۵۷</sup> سپس، بر اساس این ضابطه اکثریت اعضای دیوان با مراجعه به قوانین ذی‌ربط ایالات متحده نتیجه گرفت که معیار انتقال مالکیت نسبت به اموال خریداری شده در آن کشور تحویل مال به خریدار است. بر طبق این معیار هرگاه مالی به خریدار ایرانی تحویل شده ولی به دلایلی هنوز به ایران منتقل نشده بود در مالکیت ایران تشخیص داده شد و اگر تحویل صورت نگرفته بود، مالکیت احراز نمی‌گردید.<sup>۵۸</sup> صرف‌نظر از درستی رهیافت اکثریت، اعمال معیار تحویل برای تشخیص مالکیت در این پرونده خاص به دلیل دستورهای دولتی و قضایی مبنی بر توقیف و توقف روند تحویل مال به خریداران - همان طوری که در نظر جداگانه داوران مخالف این رهیافت بیان شده - با اشکال مضاعف و دور باطل مواجه بود، به این معنی که دولت خواننده دعوی از یک سو با صدور دستورات مذکور مانع تحویل و انتقال مالکیت از سوی فروشندگان شده بود و از سوی دیگر به همان عدم تحویل کالای ناشی از فعل خود به‌عنوان دلیل عدم انتقال مالکیت استناد می‌کرد.<sup>۵۹</sup>

درستی رهیافت اکثریت در مراجعه به حقوق داخلی، به‌ویژه به قانون دولت خواننده، در این پرونده به دلایل مختلف مورد مخالفت چهار نفر از داوران دیوان قرار گرفت. محور اصلی استدلال این گروه از

۵۵. اکثریت اعضای دیوان در تأیید استدلال خود از جمله به صدر ماده ۹۶۶ قانون مدنی ایران اشاره کرد که مقرر می‌دارد: «صرف و مالکیت و سایر حقوق بر اشیای منقول یا غیرمنقول تابع قانون مملکتی خواهد بود که آن اشیا در آنجا واقع می‌باشند مع‌ذلک حمل و نقل شدن شیئی منقول از مملکتی به مملکت دیگر نمی‌تواند به حقوقی که ممکن است اشخاص مطابق قانون محل وقوع اولی شیئی نسبت به آن تحصیل کرده باشند خللی وارد آورد.» (بند ۱۴۴ رأی شماره ۶۰۴).

56. Lex rei sitae or lex situs

57. Award No. 604, Paras. 142-150.

58. Award No. 604, Paras. 155-158.

59. See: Separate Opinion of Judge Seyed Jamal Seifi, dated 10 March 2020, Paras. 34-38.

داوران این بود که بند ۹ بیانیه الجزایر به عنوان معاهده بین المللی با توجه به سابقه تدوین آن معنی خاص و خودبسنده‌ای از «اموال ایران» را مدنظر داشته و ارجاع به معیارهای حقوق داخلی در مقام تفسیر مفاد معاهده بین المللی در این شرایط، دیوان را از ارائه تفسیر درست، احراز قصد واقعی طرفین در زمان انعقاد معاهده و رسیدن به راه حل بین المللی واقعی بازداشته است.<sup>۶۰</sup> همچنین در نظرات جداگانه ابراز عقیده شده است که روش شناسی اکثریت، همچنین از این جهت که «اصول و قواعد حقوق بین الملل خصوصی» را به جای «هر قاعده مرتبط حقوق بین الملل که در روابط بین طرفها حاکم است» به عنوان ضابطه تفسیری بر فقره ج از بند ۳ ماده ۳۱ کنوانسیون ۱۹۶۹ وین تحمیل کرده است، دارای اشکال است.<sup>۶۱</sup> علاوه بر آن، مراجعه به قانون داخلی بدون استفاده از نظریات کارشناسان حقوق داخلی و امکان تحقیق از کارشناسان مذکور توسط دیوان و اطراف دعوی صورت گرفت.<sup>۶۲</sup> گذشته از آن، مراجعه به قانون داخلی یکی از اطراف دعوی بین الدولی به شرح بالا، می تواند زمینه استناد به قانون داخلی برای اجتناب از تعهدات بین المللی را در مغایرت با ماده ۲۷ کنوانسیون حقوق معاهدات (۱۹۶۹) و ماده ۳۲ طرح مسئولیت بین المللی دولت (۲۰۰۱)، فراهم نماید.<sup>۶۳</sup>

بنابراین، اگر از اختلاف نظر اساسی مذکور در بالا بگذریم و فرض کنیم که بیانیه الجزایر در مورد تعریف «اموال ایران» واقعاً ساکت است و طرفین هیچ معنی خاص و خودبسنده‌ای از آن را مدنظر نداشتند، از نظر شکلی رهیافت اکثریت اعضای دیوان در پرونده مذکور از نظر روش کار شباهت‌هایی با رهیافت دیوان بین المللی دادگستری در قضیه بارسلونا ترکشن و برخی آرای داوری سرمایه‌گذاری پیدا می‌کند.<sup>۶۴</sup> بدین معنی که در مرحله اول به اصول و رویه حاکم در غالب نظام‌های حقوق داخلی مراجعه شده تا ضابطه تشخیص مالکیت به دست آید و در مرحله بعدی با اعمال قوانین داخلی کشور ذی ربط وجود مالکیت احراز می‌گردد. باید افزود که اعمال قانون محل استقرار مال و به‌ویژه قانون دولت خواننده، تأثیر بسیار محدودی بر دعاوی ایران در این پرونده داشت و در نهایت ایالات متحده علاوه بر محکومیت اصولی به نقض تعهدات بین المللی خود به پرداخت بیش از سی و هفت میلیون دلار بابت

60. See: Partially Dissenting Opinion of Judge Bruno Simma, dated 10 March 2020, Paras. 3-6, 11 and 19-22. Also, Partially Dissenting Opinions of Judges Abedian and Nikbakht, both dated 10 March 2020, Paras. 50-51 and 84-85, respectively.

61. "Separate Opinion of Judge Seifi", 10 March 2020, Paras. 19-20.

62. Ibid. 28.

63. Ibid. 44-45.

64. See: Laura Yvonne Zielinski, "Property Rights in Treaty Cases: Lessons for Investor-State Arbitration from Case A15(II:A) of the Iran-United States Claims Tribunal", *Journal of International Arbitration*, 38, 3(2021), 395-414.

اصل و خسارات تأخیر تأدیه عدم استرداد اموال ایران محکوم گردید.<sup>۶۵</sup> در پرونده دیگری موسوم به «الف - ۱۸»<sup>۶۶</sup> هیئت عمومی دیوان دعاوی ایران - ایالات متحده در قضیه تفسیری صلاحیت رسیدگی به دعاوی اشخاص با تابعیت دوگانه ایران و ایالات متحده بیان داشت که «دادگاه‌های کشورهای ثالث هنگام مواجهه با شخصی با تابعیت مضاعف دو دولت دیگر گرایش به ترجیح تابعیت مؤثر و واقعی دارند».<sup>۶۷</sup> هرچند، استدلال مذکور یکی از استدلال‌های دیوان برای رسیدن به حکم قضیه بود ولی در هر حال نوعی مراجعه به مشترکات نظام‌های حقوقی داخلی در کشف حکم حقوقی بین‌المللی است.

#### ۴ - حقوق داخلی به‌عنوان قانون قابل اعمال در قضیه بین‌المللی

رهیافت مبتنی بر تعبیر حقوق داخلی به‌عنوان امر موضوعی مدت کمی بعد از مدلول استدلال دیوان در قضیه کارخانه کورزوف مورد تردید برخی مفسران قرار گرفت. عقیده این گروه این بود که دیوان همواره حقوق داخلی را تفسیر و اعمال می‌کند و در انجام این کار مرز بین تفکیک حقوق داخلی به‌عنوان امر موضوعی و حکم قانونی بسیار نامشخص است.<sup>۶۸</sup> چند دهه بعد، برخی دیگر از مفسران صورت‌بندی حقوق داخلی به‌عنوان امر موضوعی را قابل تردید دانستند.<sup>۶۹</sup> استدلال تکمیلی کنونی بر دیدگاه مذکور این است که رهیافت حقوق داخلی به‌عنوان امر موضوعی خصوصیت هنجاری ویژه حقوق داخلی را مورد بی‌توجهی قرار می‌دهد. علاوه بر آن، رهیافت مذکور موجب این سوءتفاهم می‌شود که دادگاه بین‌المللی امر موضوعی را بر موضوع اختلاف اعمال می‌کند در حالی که وظیفه دادگاه اعمال حکم بر موضوع است.<sup>۷۰</sup>

قضایایی که در آن دادگاه بین‌المللی که کار اصلی آن اعمال حقوق بین‌الملل است، باید به حقوق داخلی مراجعه و آن را در بخشی از قضیه اعمال نماید کم نیستند و با گسترش حوزه حقوق بین‌الملل به عرصه‌هایی مانند حقوق بشر، حقوق محیط‌زیست و حقوق سرمایه‌گذار خارجی و شکل‌گیری نظام‌های

65. Award No. 604, Para. 2611 (1-30).

66. Case A-18 (Iran v. US), Decision No. DEC 32-A18-FT- 6 April 1984, 5 Iran-U.S.C.T.R., p. 251.

67. Ibid. 44.

68. CW Jenks, "The Interpretation and Application of Municipal Law by the Permanent Court of International Justice", *British Yearbook of International Law*, 19, 67(1938), 68.

69. Michel Virally, "The Sources of International Law, in M. Sorensen (ed.), "Manual of Public International Law" (London: Macmillan, 1968), 171.

70. Jarrod Hepburn, "Domestic Law in International Investment Arbitration" (Oxford: Oxford University Press, 2017), 105.

حل و فصل قضایی و داوری مبتنی بر آنها، در حال افزایش نیز هستند. مراجعه به قانون داخلی برای اعمال آن در بخشی از قضیه بین المللی، مستلزم اختیار خاص مرجع بین المللی برای این کار است که یا به موجب توافق و تجویز صریح یا ضمنی طرفین حاصل می شود و یا در نتیجه عملکرد حقوق بین الملل و بایسته های خاص قضیه ضروری می گردد. طبع موارد احاله در قضایای مورد بحث در این بخش به نحوی است که در آنها حقوق داخلی نه تنها به عنوان امر موضوعی بلکه به عنوان قانون حاکم در بخشی از قضیه مورد استفاده قرار گرفته و اعمال شده است. همان طوری که در بخش ۳ در بالا گفته شد، مراجعه مشخص دیوان بین المللی دادگستری در قضیه بارسلونا ترکشن به قوانین کانادا برای احراز تابعیت کانادایی<sup>۷۱</sup> شرکت مذکور و همچنین مراجعه دیوان دعوی ایران - ایالات متحده در پرونده «الف - ۱۵ : ۲ - الف» به قوانین ایالات متحده برای احراز مالکیت اموال ایران<sup>۷۲</sup>، از جنس احاله به قانون داخلی و اعمال آن در رسیدگی بین المللی است که ضرورت یادآوری در این بخش را نیز دارد. در زیر قضایای دیگری از احاله به قانون داخلی در حقوق بین الملل را مورد بررسی قرار می دهیم.

#### ۴-۱ - آرای دیوان دادگستری بین المللی

در پرونده «وام های برزیل»<sup>۷۳</sup> و اوراق قرضه دولتی برزیلی که اتباع فرانسه خریداری کرده بودند، ماده ۶ توافق دولت های فرانسه و برزیل در ارجاع پرونده به دیوان دائمی دادگستری بین المللی، اجازه می داد که در بررسی وزن قانون داخلی هریک از دو دولت که می تواند در قضیه قابل اعمال باشد، دیوان دائمی ملزم به رعایت تصمیم های دادگاه های دو کشور مذکور نیست. البته، طبع، ماهیت و اقتضات این اختلاف که در آن تفسیر قانون حاکم بر اوراق قرضه دولتی صادره توسط برزیل ضروری بود، طوری بود که حتی در غیاب توافق طرفین دعوی نیز دیوان ناچار از مراجعه به حقوق داخلی می گردید. به بیان دیگر، قابلیت اعمال حقوق داخلی در حقوق بین الملل وابسته به این است که قواعد حقوق بین الملل آن را ضروری بیابند.<sup>۷۴</sup>

در این راستا، بخشی از رأی بیان می داشت که هرگاه اوضاع و احوال پرونده اقتضا کند دیوان به عنوان

71. ICJ Reports, 1970, Paras. 71-72.

72. Award No. 604, Paras. 155-158.

73. Brazilian Loans Case (France v. Brazil), PCIJ Reports, Series A, No. 21, pp. 124-125.

۷۴. همان طوری که اعمال حقوق بین الملل در حقوق داخلی نیز در اغلب نظام های حقوق داخلی جهان که در آنها حقوق بین الملل قابلیت اعمال و اجرای مستقیم ندارد، وابسته به این است که قواعد حقوق داخلی آن را ضروری بیابد. نک: Nollkaemper, Op. cit. 69.

یک مرجع حقوق بین‌الملل موظف به اعمال حقوق داخلی است و هرچند به‌عنوان مرجع مذکور فرض بر این است که آگاه به احکام حقوق بین‌الملل است ولی تکلیفی در داشتن آگاهی از حقوق داخلی ندارد ولی چه‌بسا موظف است که آگاهی نسبت به حقوق داخلی را که باید اعمال شود به واسطه ارائه طرفین یا به واسطه تحقیقات خود به دست آورد.<sup>۷۵</sup> دیوان همچنین، علی‌رغم توافق طرفین پرونده به عدم الزام به رعایت تصمیمات دادگاه‌های داخلی بیان داشت که «هرگاه دیوان تصمیم بگیرد که اعمال قانون داخلی کشوری خاص ضروری است، بی‌تردید باید درصدد اعمال آن قانون به همان صورتی باشد که در آن کشور اعمال می‌شود» و در نتیجه، «باید حداکثر توجه را به تصمیمات دادگاه‌های داخلی و رویه قضایی آنها بنماید.<sup>۷۶</sup> این قسمت از اظهارات دیوان ناگزیر دوگانگی دو نظام حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی را مورد توجه قرار داده و می‌توان گفت که به‌طور ضمنی به حقوق داخلی به‌عنوان امری واقعی که بیرون از حقوق بین‌الملل قرار دارد، نگاه می‌کند. در عین حال، اظهارات دیوان مبنی بر اینکه تلاش خواهد کرد که به تشخیص عادلانه‌ای از رویه قضایی دادگاه‌های داخلی برسد<sup>۷۷</sup> تا حدی این نگرش را تعدیل می‌کند. در قضیه «وام‌های صربستان»<sup>۷۸</sup> و اوراق قرضه دولتی صربستان که اتباع فرانسه خریداری کرده بودند و دعوی به موجب موافقت‌نامه خاص مورخه ۱۶ می ۱۹۲۸ تسلیم دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی شد، موضوع مشابهی مطرح بود و دیوان رفتار مشابهی با قضیه اعمال حقوق داخلی داشت. البته در این قضیه موافقت‌نامه خاص تصریحی به تجویز اعمال حقوق داخلی توسط دیوان نداشت، لیکن دیوان با توجه به ماهیت و اقتضای اختلاف به ضرورت اعمال حقوق داخلی رسید. در مورد روند و چگونگی اعمال قانون داخلی، دیوان تأکید کرد که «اگر دیوان تصمیمات قضایی داخلی را به کناری نهد و با بی‌اعتنایی به تفاسیر بالاترین دادگاه‌های داخلی، تفسیر خود را از قانون داخلی ارائه دهد، این کار به طور منطقی منطبق بر وظایف دیوان نخواهد بود...»؛<sup>۷۹</sup> به‌ویژه آنکه، «رسیدن به استنباط درست از نظم عمومی که وابسته به افکار حاکم در هر کشور در زمان معینی است، موضوع ظریفی است و همچنین کشف حکم قانون داخلی هنگامی که قانون مذکور مقررهای به طور مستقیم راجع به سؤال مطروحه ندارد، سخت‌تر است».<sup>۸۰</sup> به این ترتیب و با عبارات فوق، دیوان فرض احترام به تفسیر مراجع داخلی از

75. Brazilian Loans Case, op. cit. 124.

76. Ibid. 125.

77. Ibidem.

78. Serbian Loans Case, PCIJ Reports (France v. Serbia) 1929, Series A, No. 20 and Series A, No. 21.

79. Ibid. 46.

80. Ibidem.



قوانین خود را همانند قضیه وام‌های برزیل از نو یادآوری نمود.

دهه‌ها بعد در قضیه «احمدو سادیو دیالو»<sup>۸۱</sup> دیوان به مدلول استدلال آرای قضایای وام‌های صربستان و وام‌های برزیل بازگشت و ضمن تئور مباحث مذکور دریچه جدیدی برای استقلال عمل در اعمال قانون داخلی در موارد استثنایی در اظهارات زیر گشود:

«دیوان یادآوری می‌کند که در مرحله اول این بر عهده هر کشور است که قانون داخلی خود را تفسیر کند. به درستی، دیوان اختیار جایگزینی تفسیر خود با تفسیر مقامات ملی را ندارد، به‌ویژه هنگامی که این تفسیر توسط عالی‌ترین دادگاه‌های ملی ارائه شده است... در موارد خاص، هنگامی که دولتی تفسیری آشکارا نادرست، به‌ویژه برای کسب امتیاز در قضیه مطروحه، از حقوق داخلی خود ارائه می‌دهد، دیوان می‌تواند تفسیری را که درست می‌داند، برگزیند.<sup>۸۲</sup>»

به نظر می‌رسد که قسمت اخیر رأی دیوان در بالا فضا را برای اعمال خلاقانه حقوق داخلی بازتر می‌کند و زمینه‌ای فراهم می‌کند که در آن اعمال حقوق داخلی می‌تواند بیشتر از مراجعه صرف به یک امر موضوعی باشد. در واقع، در این قضیه دیوان در موضوع اخراج غیرقانونی آقای احمدو سادیو دیالو از خاک جمهوری دموکراتیک کنگو، از منظر ماده ۱۳ میثاق حقوق مدنی و سیاسی و بند ۴ ماده ۱۲ منشور آفریقائی حقوق بشر، به دلیل عدم رعایت قوانین داخلی دولت خوانده به یافته نقض معاهدات بین‌المللی مذکور رسید. بدین توضیح که دیوان با تکیه بر متن مواد یاد شده که هر دو مقرر می‌کنند: «اخراج بیگانه‌ای که مطابق قانون ساکن در کشوری است تنها پیرو تصمیمی که بر طبق قانون اخذ شده باشد، صورت خواهد گرفت...»<sup>۸۳</sup>، اعلام نمود که در اینجا متابعت اقدام دولتی از حقوق بین‌الملل تا مقداری بستگی به متابعت از قانون داخلی دارد، به شرطی که قانون داخلی خود منطبق بر تعهد حقوقی بین‌المللی تنظیم شده باشد.<sup>۸۴</sup> دیوان سپس با بررسی مقرر قانونی مصوب ۱۹۸۳ دولت خوانده به این

81. Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Judgment of 30 November 2010, I.C.J. Reports, p. 639.

82. Ibid. 70.

83. Article 13 of the Covenant: "An alien lawfully in the territory of a State party to the present Covenant may be expelled therefrom only in pursuance of a decision reached in accordance with law and shall, except where compelling reasons of national security otherwise require, be allowed to submit the reasons against his expulsion and to have his case reviewed by, and be represented for the purpose before, the competent authority or a person or persons especially designated by the competent authority." Article 12, paragraph 4, of the African Charter provides: "A non-national legally admitted in a territory of a State party to the present Charter, may only be expelled from it by virtue of a decision taken in accordance with the law."

84. I.C.J. Reports, 2010, Para. 65.



نتیجه رسید که مشاورات قبلی لازم در «هیئت مهاجرت ملی» به شرح مقرر در ماده ۱۶ مقرر قانونی ۱۹۸۳، صورت نگرفته<sup>۸۵</sup> و علاوه بر آن دلایل اخراج نیز، برخلاف ماده ۱۵ همان مقرر قانونی، بیان نشده است. لذا، فرمان اخراج بدون ارائه دلایل صادر شده است.<sup>۸۶</sup> بنا به همین دلایل و صرف نظر از اینکه اخراج در ماهیت امر قابل توجیه بوده یا نه، دیوان نتیجه گرفت که فرمان اخراج آقای دیالو ناقض ماده ۱۳ میثاق و بند ۴ ماده ۱۲ منشور آفریقایی حقوق بشر است.<sup>۸۷</sup> بنابراین، مشاهده می‌شود که دیوان مواجهه خلاقانه‌ای با قوانین داخلی دولت خوانده در این قضیه داشته، نسبت به تفسیر متن آن قوانین اقدام نموده و در واقع با احراز عدم رعایت آن، به نتیجه عدم رعایت تعهدات بین‌المللی دولت خوانده رسیده است.

#### ۴-۲- آرای داوری و دیگر دادگاه‌های بین‌المللی

همان‌طوری که در بالا گفته شد، اعمال حقوق داخلی به‌ویژه در آرای پرشمار داوری‌های سرمایه‌گذاری قابل مشاهده و تجربه است. عوامل متعددی اجرای معاهدات سرمایه‌گذاری را به حقوق داخلی گره می‌زنند، لیکن بحث تحقق سرمایه‌گذاری بر طبق قوانین دولت میزبان و یا اقدامات تقنینی محدودکننده سرمایه‌گذاری، دو مورد از مهم‌ترین آنها است. در گروهی از معاهدات سرمایه‌گذاری اعمال حقوق داخلی دولت میزبان همراه با حقوق بین‌الملل به‌عنوان قوانین حاکم مورد تصریح نیز قرار می‌گیرد. به‌عنوان نمونه، در بند ۱ ماده ۴۲ کنوانسیون ایکسید از دیوان‌های داوری خواسته شده که هم قوانین دولت میزبان و هم حقوق بین‌الملل را در غیاب انتخاب دیگر توسط طرفین، اعمال نمایند. لیکن، حتی در غیاب مقرر صریح معاهداتی مانند بند ۱ ماده ۴۲ کنوانسیون ایکسید<sup>۸۸</sup>، تصمیم‌گیری در اموری مانند رعایت قوانین دولت میزبان در انجام سرمایه‌گذاری، حقوق مالکانه سرمایه‌گذار و نظایر آن، بدون احاله به قانون داخلی دولت میزبان امکان‌پذیر نیست.<sup>۸۹</sup>

تردید وجود ندارد که در داوری‌های سرمایه‌گذاری قانون داخلی امر حکمی و بخش از قانون حاکم تلقی می‌گردد و نه امر موضوعی. نظریات حقوقی و آرای داوری کاملاً این رهیافت را تأیید می‌کنند. در

85. Ibid. 72.

86. Ibidem.

87. Ibid. 73.

۸۸. به‌عنوان نمونه، بند ۱ ماده ۱۱۳۱ موافقت‌نامه نفتا فقط به حقوق بین‌الملل به‌عنوان قانون حاکم اشاره کرده، لیکن گزارش شده است که دیوان‌های داوری نفتا بارها در اموری مانند تعریف حقوق مالکانه به حقوق داخلی احاله داده‌اند: (Hepburn, op. cit. 107).

89. Ibid. 106-107.

قضیه «اس پی پی علیه مصر»، دیوان داوری تصریح کرد که «تلقی امر موضوعی از حقوق داخلی رهگشا نیست. هنگامی که طرفین راجع به معنی قانون داخلی اختلاف نظر دارند دیوان باید آن را تفسیر کند تا اثر حقوقی قانون داخلی را تعیین کند».<sup>۹۰</sup> نظریات حقوقی نیز رهیافت فوق را تأیید و استدلال می‌کنند که وقتی حقوق داخلی بخشی از قانون حاکم در داوری است، لزومی ندارد بر موضع سنتی پافشاری شود که حقوق داخلی در دادرسی بین‌المللی فقط امر موضوعی است.<sup>۹۱</sup>

از سوی دیگر، رهیافت امر حکمی در مورد قانون داخلی خالی از اشکال نیست برای اینکه تضمینی نیست مرجع قضایی یا داوری بین‌المللی از محتوای حقوق داخلی قابل اعمال در قضیه آگاه باشد چه برسد به اینکه در آن خبره باشد. درست است که فرض آگاهی قاضی و داور از امور حکمی قضیه وجود دارد که تحت عنوان قاعده «قاضی قانون را می‌داند»<sup>۹۲</sup> شناخته می‌شود. لیکن، در دادرسی بین‌المللی دامنه این فرض به آگاهی قاضی به احکام حقوق بین‌المللی محدود می‌شود. همان‌طوری که دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی در قضیه وام‌های برزیل گفت فرض بر این است که دیوان آگاه به احکام حقوق بین‌الملل است ولی تکلیفی بر داشتن آگاهی از حقوق داخلی ندارد.<sup>۹۳</sup> البته دیوان در همان جمله بلافاصله ادامه داد که مرجع مذکور «چه‌بسا موظف است که آگاهی نسبت به حقوق داخلی را که باید اعمال شود به واسطه ارائه طرفین یا به واسطه تحقیقات خود به دست آورد.»<sup>۹۴</sup> بنا به مراتب، روش‌های کسب آگاهی مرجع بین‌المللی نسبت به حقوق داخلی نکته قابل تأمل دیگر در رهیافت مورد بحث است. نکته سوم در این رهیافت فرض احترام به تفاسیر مراجع داخلی از قوانین خویش و مستثنیات احتمالی عبور از تفاسیر مذکور است. همان‌طور که در بالا گفته شد، فرض احترام به تفاسیر مراجع داخلی از قوانین خویش در قضایای وام‌های برزیل، وام‌های صربستان و قضیه احمدو سادیو دیالو مورد تصریح دیوان قرار گرفت و مبنای منطقی نیز دارد، به‌ویژه آنکه مرجع بین‌المللی خبره قانون داخلی نیست. البته، رأی قضیه احمدو دیالو، احتمال عبور از تفاسیر مراجع داخلی را در شرایط استثنایی خاصی منتفی ندانست؛<sup>۹۵</sup> امری که مستلزم بررسی جداگانه در پرتو رویه داوری و قضایی است.

90. Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. v. Egypt (ICSID Case No. ARB/84/3), Decision on Jurisdiction, 14 April 1988, 58.

91. Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), 40, 69. Also, Hepburn, op. cit. 107-108.

92. Iure Novit Curia.

93. Brazilian Loans Case, op. cit. 124.

94. Brazilian Loans Case, op. cit. 124.

95. I.C.J. Reports, 2010, 70.

در مورد روش‌های کسب آگاهی دادگاه بین‌المللی نسبت به قانون داخلی، راه‌حل‌های گوناگونی پیشنهاد و در رویه داوری و قضایی نیز مورد استفاده قرار گرفته است. البته همان‌طور که دیوان در قضیه وام‌های برزیل بیان داشت، ارائه مطالب توسط طرف‌های پرونده و یا انجام پژوهش‌های حقوقی توسط خود دیوان از جمله طرق آگاهی‌یابی نسبت به حقوق داخلی است. ارائه مطالب توسط اصحاب دعوی می‌تواند در شکل لویح حقوقی راجع به مفاد حقوق داخلی، متن قوانین و مقررات و آرای دادگاه‌های داخلی در مورد تفسیر قوانین مربوط - که معمولاً باید به زبان رسمی دادگاه بین‌المللی ترجمه شوند - و همچنین ارائه نظریات حقوقی از اهل خبره حقوقی مانند استادان دانشگاه و وکلای باتجربه در موضوع باشد. در دنیای پر ارتباط امروز و حسب میزان انتشار متون قوانین و آرای دادگاه‌های داخلی در نشریات، انجام تحقیقات عمومی توسط اعضا و یا دستیاران دادگاه بین‌المللی نیز قابل تصور است.<sup>۹۶</sup> علاوه بر آن، موضوعات حقوقی خاصی حتی از برخی نظام‌های حقوقی که الزاماً در صحنه بین‌المللی کثیرالانتشار هم نیستند، به دلیل سابقه طرح در دعاوی بین‌المللی و ارائه مطالب و نظریات حقوقی موضوع آگاهی نسبی حقوق‌دانان و داوران بین‌المللی قرار می‌گیرند. به‌عنوان نمونه، نقش اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و ارتباط آن با ارجاع اختلاف به داوری بین‌المللی، مقوله مرور زمان دعاوی حقوقی، قابلیت صدور حکم به خسارت تأخیر تأدیه و خسارت ناشی از منافع تقویت شده آتی در قوانین جاری ایران، به همین دلیل در میان داوران و قضات بین‌المللی از سابقه شناخت نسبی و قابلیت تحقیق بیشتر برخوردار است.

از سوی دیگر، فرض احترام مرجع قضایی بین‌المللی به تفاسیر مراجع قضایی داخلی از قوانین کشور خود، اقتضا می‌کند که در بادی امر باید به برداشت‌های جاری و متعارف مراجع داخلی اعتنا شود. استدلال دیوان بین‌المللی دادگستری در هر سه قضیه وام‌های برزیل، وام‌های صربستان و احمدو دیالو به شرح بالا، بر رعایت این فرض تأکید می‌کند و بی‌توجهی بدون دلیل به آن را مجاز نمی‌داند.<sup>۹۷</sup> البته نتیجه دیگر قاعده «قاضی قانون را می‌داند» و حق تحقیقی که از این حیث برای آگاهی نسبت به

۹۶. نک به پیشنهادات گزارش نهایی انجمن حقوق بین‌الملل در مورد احراز محتوی قانون حاکم در داوری تجاری بین‌المللی (۲۰۰۸)، در مورد توجه به منابع معتبر راجع به محتوی قانون داخلی (پیشنهاد شماره ۹) و توجه لازم به اعمال قواعد خاص

با توجه به چهارچوب محلی آنها (پیشنهاد شماره ۱۲):

(ILA Final Report on Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration, 2008).

97. Serbian Loans Case, PCIJ Reports (France v. Serbia) 1929, Series A, No. 20 and Series A, No. 21, p. 46.

قانون داخلی مورد اشاره قرار گرفت، این است که دادگاه بین‌المللی از حق ابتکار عمل در روشن ساختن محتوای قانون داخلی برخوردار است. برخی اظهارنظر کرده‌اند که داور از اختیار ابتکار عمل در انجام تحقیقات حقوقی برخوردار است ولی الزاماً تعهدی به این منظور ندارد.<sup>۹۸</sup> در قضیه داوری موسوم به «سی ام ئی علیه جمهوری چک»، دیوان داوری، علی‌رغم وقوف به اینکه حقوق داخلی بخشی از قانون حاکم است، بیان داشت که «تکلیفی برای تحقیق، کشف و اعمال قانون ملی که مورد بحث و استناد طرفین قرار نگرفته و توسط آنها به‌عنوان امری اساسی برای تصمیم دیوان ارائه نشده است، ندارد».<sup>۹۹</sup> در داوری «انرون علیه آرژانتین» در موضعی کم‌وبیش متفاوت، کمیته ابطال اختصاصی که مشغول بازبینی رأی داوری مذکور بود، بیان داشت که دیوان داوری مکلف به اعمال قانون حاکم بوده و انجام وظیفه مذکور شامل تکلیف به بررسی مسائلی که طرفین راجع به آن موضعی مطرح نکرده‌اند، می‌شود.<sup>۱۰۰</sup> در چندین رأی دیگر دیوان‌های داوری سرمایه‌گذاری تأکید کرده‌اند که قاعده «قاضی قانون را می‌داند» به مقوله احراز محتوای قانون داخلی توسط دیوان داوری تسری می‌یابد.<sup>۱۰۱</sup>

ملاحظات خاصی ممکن است به‌عنوان امری استثنائی فرض احترام به تفاسیر مراجع داخلی از محتوای قانون داخلی را در برابر دادگاه بین‌المللی متزلزل سازد. این ملاحظه عمدتاً همانی است که دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه احمدو دیالو تبیین کرد، یعنی، هنگامی که دولتی تفسیری آشکارا نادرست، به‌ویژه برای کسب امتیاز در قضیه مطروحه، از حقوق داخلی خود ارائه می‌دهد. البته در مواردی ممکن است مرجع داوری برای احتیاط و تأکید بر بی‌طرفی تلاش نماید که به جای ارجاع به آرا و تفاسیر دادگاه‌های داخلی دولت طرف دعوی، به تفاسیر خود از قانون آن دولت استناد کند. دو قضیه داوری سرمایه‌گذاری مشروح در زیر از این حیث حائز اهمیت‌اند.

در قضیه اینسی سا علیه السالوادور<sup>۱۰۲</sup> متعاقب پیروزی در مناقصه و سرمایه‌گذاری شرکت اسپانیایی اینسی سا با مجوز وزارت محیط زیست و منابع طبیعی السالوادور برای ایجاد و اداره یک مرکز معاینه فنی

98. Gabriel Kaufmann-Kohler, "The Arbitrator and the Law: Does He/She know it? How and a Few More Questions". *Arbitration International*, 21, 4(2005), 631.

99. CME Czech Republic BV v. Czech Republic (UNCITRAL), Final Award, 14 March 2003, Para. 411.

100. Enron Corporation v. Argentina (ICSID Case No. ARB/01/3), Decision on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 30 July 2010, Paras. 385-395.

101. Iurl Bogdanov v. Moldova (SCC), Arbitral Award, 22 September 2005, para. 2.21; Metal Tech Ltd., v. Uzbekistan (ICSID Case No. ARB/10/3), Award, 4 October 2013, Para. 287; and Albert Jan Oostergetel v. Slovakia, (UNCITRAL), Final Award, 23 April 2012, Para., 141.

102. Inceysa Vallisoletana, S.L. v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, Award, August 2, 2006.

خودرو بود، دولت السالوادور به دلیل عدم رعایت برخی مقررات و شرایط مناقصه از سوی شرکت مذکور در انجام سرمایه‌گذاری، همچون اغراق در خصوص وضعیت مالی شرکت، فریب دادن وزارت محیط زیست و مانند آن، با طی مراحل اداری و قضایی ذی‌ربط داخلی، اقدام به لغو مجوز شرکت اینسی سا نمود. شرکت مذکور با ادعای نقض قرارداد توسط وزارت محیط زیست و مصادره غیرمستقیم سرمایه‌گذاری خویش به استناد کنوانسیون ایکسید و معاهده دو جانبه سرمایه‌گذاری بین اسپانیا و السالوادور، اقدام به طرح دعوی در ایکسید علیه دولت السالوادور نمود. دولت السالوادور استدلال می‌کرد که به دلیل نقض قوانین دولت میزبان در انجام سرمایه‌گذاری، سرمایه‌گذاری از نظر قانونی محقق نشده و به دلیل مذکور دیوان دآوری صلاحیت رسیدگی ندارد.<sup>۱۰۳</sup>

دیوان دآوری به این نتیجه رسید که بررسی متابعت اینسی سا از قوانین دولت میزبان را به طور مستقیم و بدون توجه به تصمیمات قبلی مراجع داخلی دولت مزبور به‌عنوان یک امر مقدماتی انجام خواهد داد، با این توجیه که احراز قانونی بودن سرمایه‌گذاری پیش‌شرط وجود صلاحیت دیوان است و این موضوع باید در آغاز پرونده بررسی شود.<sup>۱۰۴</sup> در بررسی موضوع غیرقانونی بودن سرمایه‌گذاری، با آنکه شرط لزوم مطابقت با قوانین داخلی در ماده یک معاهده سرمایه‌گذاری نیامده بود، دیوان با ارجاع به سوابق مربوط به تهیه معاهده چنین احراز نمود که قصد طرفین از ذکر این شرط در ماده ۲ و به‌ویژه ماده ۳ معاهده خارج نمودن سرمایه‌گذاری‌های غیرقانونی از حیطه حمایت معاهده بوده است.<sup>۱۰۵</sup>

در ادامه، دیوان اعلام نمود غیرقانونی بودن سرمایه‌گذاری (موارد احصاء شده نقض شرایط مناقصه) از جمله موجب نقض اصل حسن نیت و همچنین نقض نظم عمومی بین‌المللی می‌گردد. در پیچه ورود دیوان به این بحث، ماده ۱۱ معاهده سرمایه‌گذاری بود که مقرر می‌داشت دیوان دآوری از جمله قواعد و اصول عموماً پذیرفته شده حقوق بین‌الملل را اعمال خواهد نمود. دیوان دآوری متذکر گردید اصول کلی حقوق در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری به‌عنوان منبع مستقیم و مستقل حقوق بین‌الملل ذکر شده‌اند.<sup>۱۰۶</sup> علاوه بر اصل حسن نیت و نظم عمومی بین‌المللی، دیوان موارد دیگری همچون اصل منع دارا شدن غیرعادلانه را نیز مورد بررسی قرار داد. در خصوص اثر نقض اصل حسن نیت، دیوان توضیح داد رضایت السالوادور به پذیرش دآوری ایکسید مبتنی بر فرض رفتار توأم با حسن نیت

103. Ibid. 45-48.

104. Ibid. 142-144.

105. Ibid. 192-197.

106. Ibid. 222-226.

از ناحیه سرمایه‌گذاران آتی بوده است. از این رو، نقض شرایط مناقصه و توسل به تدلیس از سوی خواهان منجر به زوال پیش‌فرض مزبور شده و رضایت خواننده را زایل می‌سازد.<sup>۱۰۷</sup> در بحث مربوط به نظم عمومی بین‌المللی که به تعبیر دیوان مرتبط با حفظ ارزش‌های نظام حقوقی بین‌المللی می‌باشد، دیوان درج شرط لزوم متابعت از قوانین داخلی در معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری را یکی از مصادیق مرتبط با همین مقوله دانست و متذکر گردید خارج نمودن سرمایه‌گذاری شرکت «اینسی سا» از دامنه حمایت معاهده سرمایه‌گذاری منعقد شده میان اسپانیا و السالوادر ناقض نظم حقوقی بین‌المللی خواهد بود.<sup>۱۰۸</sup>

در قضیه (فراپورت ۱)<sup>۱۰۹</sup>، متعاقب واگذاری امتیاز ساخت و بهره‌برداری یک ترمینال هواپیمایی مسافری جدید در مانیل (معروف به ترمینال ۳) به شرکت فیلیپینی ترمینال هوایی بین‌المللی فیلیپین (پیاتکو) در ژوئیه ۱۹۹۷، شرکت آلمانی فراپورت در سال ۱۹۹۹ اقدام به سرمایه‌گذاری در پیاتکو به عنوان سهام‌دار و وام‌دهنده نمود. در نوامبر ۲۰۰۲، زمانی که طبق ادعای فراپورت انجام پروژه رو به اتمام بود، رئیس‌جمهور فیلیپین با اعلام تصمیم دولت مبنی بر بی‌اعتباری این قرارداد، متذکر گردید اقدامات لازم برای پرداخت غرامت انجام خواهد شد.<sup>۱۱۰</sup> متعاقباً دیوان عالی کشور فیلیپین در سال ۲۰۰۳ به دلایل متعدد از جمله فقدان قابلیت‌های مالی لازم در زمان شرکت در مناقصه، قرارداد واگذاری امتیاز ترمینال ۳ به پیاتکو را فاقد اعتبار و بدون اثر اعلام نمود. در نهایت در دسامبر ۲۰۰۴، مطابق حکم دادگاه، مالکیت ترمینال ۳ به دولت فیلیپین منتقل شد. در این قضیه دیوان داورى رهیافتی شبیه رهیافت قضیه اینسی سا اتخاذ کرد و اعلام کرد که احراز قانونی بودن سرمایه‌گذاری مطابق قانون فیلیپین پیش‌شرط احراز صلاحیت دیوان داورى است و بنابراین باید توسط دیوان داورى به طور مستقل بررسی و احراز گردد.<sup>۱۱۱</sup> سپس دیوان داورى با احراز غیرقانونی بودن سرمایه‌گذاری اعلام کرد که به دلیل مذکور صلاحیت رسیدگی به دعوی شرکت فراپورت علیه دولت فیلیپین را ندارد.<sup>۱۱۲</sup>

می‌شود گفت که هم در قضیه احمدو سادیو دیالو و هم در قضایای اینسی سا و فراپورت ۱، با اعمال مبتکرانه قانون داخلی به عنوان امر حکمی توسط مراجع قضایی و داورى بین‌المللی روبه‌رو هستیم که در آن دادگاه‌های مذکور به طور مستقیم به تفسیر قوانین داخلی پرداختند. به نظر می‌رسد که در انجام این

107. Ibid. 234-239.

108. Ibid. 245-247.

109. Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, August 16, 2007.

110. Ibid. 306.

111. Ibid. 391.

112. Ibid. 404.

کار مراجع مذکور نه به دلیل تفاسیر غیرموجه مراجع داخلی، بلکه به منظور ایفای نقشی فعال در روند رسیدگی بین‌المللی به این گرایش روی آوردند.

## نتیجه‌گیری

فرض استقلال نظام‌های حقوق داخلی و بین‌المللی، مانع از وجود رابطه بین این دو نظام و به‌ویژه، قابلیت اعمال حقوق بین‌الملل در حقوق داخلی و یا قابلیت اعمال حقوق داخلی در حقوق بین‌الملل نیست. علاوه بر آن، از منظر حقوق موضوعه بین‌المللی در هنگام تعارض بین این دو نظام حقوقی، قاعده کلی برتری حقوق بین‌الملل بر حقوق داخلی جاری است، بدین معنی که دولت نمی‌تواند با اتکا به قوانین داخلی خود از انجام تعهدات بین‌المللی اجتناب کند و یا قوانین مذکور را برای توجیه فعل مغایر با حقوق بین‌الملل مورد استناد قرار دهد. به بیان دیگر، قاعده عرفی و کلی مذکور در واقع یکی از نقاط وصل و ارتباط حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی است. با تفسیری غایی و مؤثر می‌توان گفت این تعهد بین‌المللی، دولت‌ها را مکلف می‌کند که قوانین مغایر با تعهدات معاهداتی بین‌المللی خود وضع نکنند و حتی در سلسله مراتب قوانین داخلی جایگاه غیرقابل‌تغییری به تعهدات بین‌المللی خود بدهند.

قابلیت اعمال حقوق داخلی در حقوق بین‌الملل یا به عبارتی «احاله» به حقوق داخلی، در آرای دیوان بین‌المللی دادگستری و مراجع داوری بین‌المللی عمومی، اشکال مختلفی به خود گرفته و جلوه‌های جدیدی یافته است، به طوری که می‌توان گفت دیدگاه «حقوق داخلی به‌عنوان امر موضوعی» صرف دچار تعدیل شده است. اظهارات نویسندگان مؤخر مبنی بر اینکه گرایش‌های سنتی دوالبستی و مونیستی در دوران حاضر از سؤال صرفِ چگونگی جذب حقوق بین‌الملل در حقوق داخلی عبور کرده‌اند و اکنون مسئله بیشتر در سایه مجموعه‌ای از سؤالات راجع به رابطه بین نظام‌های حقوقی مطرح است، نکته قابل‌تأملی است. با این تفصیل، بهتر است در بررسی مقوله احاله به حقوق داخلی در حقوق بین‌الملل از برداشت‌های عملی جاری از مفاهیم فوق‌غافل‌نمانیم و حالت‌ها و کیفیت روابط این دو نظام حقوقی را نه فقط در ابعاد نظری و سیستمی بلکه در اجزا و عناصر بیوستگی اجرایی آنها نیز بجوییم.

قضایی که دادگاه‌های بین‌المللی در مقام قضاوت و اعمال احکام و موازین حقوق بین‌الملل باید به حقوق داخلی دولت یا دولت‌های خاصی مراجعه نمایند، کم نیستند. هرچند بند منقول از رأی دیوان دائمی دادگستری در قضیه کارخانه کورزوف در بالا به طور مطلق از نقش حقوق داخلی به‌عنوان امر موضوعی در برابر حقوق و دادگاه‌های بین‌المللی سخن می‌گوید، به نظر می‌رسد این وضعیت تنها یکی

از جلوه‌های حضور و ایفای نقش حقوق داخلی در حقوق بین‌الملل است. مراجعه به حکم مشترک غالب نظام‌های حقوقی برای استخراج حکم حقوق بین‌الملل در مواردی که حقوق بین‌الملل در آن احکامی ندارد، حالت متمایز و می‌توان گفت نوع دیگری از ارجاع به حقوق داخلی است. از سوی دیگر، می‌توان قائل به فرض سومی شد که در آن حقوق داخلی به‌عنوان امری حکمی اهمیت یافته و قابلیت تفسیر و اجرا در حقوق بین‌الملل می‌یابد. به بیان دیگر، اعمال حقوق داخلی به‌عنوان بخشی از قانون حاکم بر قضیه مطروحه در برابر دادگاه بین‌المللی جلوه حکمی حقوق داخلی در حقوق بین‌الملل را برجسته نموده و بازآزمایی نقش حقوق داخلی در حقوق بین‌الملل را حائز اهمیت می‌سازد. به نظر می‌رسد که در حالت اخیر، نمی‌توان به سادگی از حقوق داخلی به‌عنوان امری موضوعی در برابر حقوق بین‌الملل یاد کرد.

علی‌رغم استحکام اندیشه دوگانگی حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی به نظر می‌رسد که رهیافت اعمال حقوق داخلی به‌عنوان امر حکمی توسط مراجع قضایی و داوری بین‌المللی نقطه وصلی، هرچند کوچک، در این وادی ایجاد کرده است که پتانسیل توسعه بیشتر نیز دارد. شایان ذکر است که هم در قضیه احمدو سادیو دیالو و هم در قضایای اینسی سا و فراپورت<sup>۱</sup>، با اعمال مبتکرانه قانون داخلی به‌عنوان امر حکمی توسط مراجع قضایی و داوری بین‌المللی روبه‌رو هستیم که در آن دادگاه‌های مذکور به طور مستقیم به تفسیر قوانین داخلی پرداختند و رویکردی فعال در رسیدگی قضایی نسبت به قوانین داخلی به نمایش گذاشتند.



## فهرست منابع

الف) منابع فارسی

خمامی زاده، فرهاد. احاله و اصل آزادی اراده در قراردادهای اندیشه‌های حقوقی، ۳، ۹ (۱۳۸۴)، ۱۳۷-۱۵۴ -  
[https://jolt.ut.ac.ir/article\\_18369.html](https://jolt.ut.ac.ir/article_18369.html)

- دانش‌پژوه، مصطفی. «مطالعه تحلیلی و تطبیقی احاله در حقوق موضوعه و اسلام». پژوهش‌های فقهی، ۱۸، ۲ (۱۴۰۱)، ۶۳۸-۶۶۴.

10.22059/JORR.2021.319472.1009040

- سیفی، سید جمال. «حقوق مسئولیت بین‌المللی - گفتارهایی در مسئولیت بین‌المللی دولت». تهران: انتشارات شهر دانش، ۱۴۰۰.

- شیخ‌الاسلامی، سید محسن. «بررسی مبانی تعارض منفی قوانین با احاله در حقوق بین‌الملل خصوصی». نامه حقوقی مفید، ۵۸ (۱۳۸۵)، ۶۱-۷۸.

[https://law.mofidu.ac.ir/article\\_46832.html](https://law.mofidu.ac.ir/article_46832.html)

- فینچام، درک. «رد قاعده رنوا در مورد اموال فرهنگی منقول: پرونده جمهوری اسلامی ایران و دنیز برند [سر باز هخامنشی]، ترجمه سوسن چراغی. مجله حقوقی بین‌المللی، ۲۶، ۴۱ (۱۳۸۸)، ۳۳۷-۳۴۷.

10.22066/CILAMAG.2009.17367

- مکرمی، علی محمد. «تقش احاله در تعارض منفی در ایران و سایر کشورها». دیدگاه‌های حقوقی، ۱ (۱۳۷۵)، ۱۰۴-۱۳۳.

- موسی قزوینی، غلامرضا. «نگاهی کوتاه به احاله در حقوق بین‌الملل خصوصی با تأکید بر حقوق ایران». دو فصلنامه دانش و پژوهش حقوقی، ۱، ۲ (۱۳۹۱)، ۱۷۱-۱۸۴.

[https://ajkrl.scu.ac.ir/article\\_11610.html](https://ajkrl.scu.ac.ir/article_11610.html)

- نصیری، مرتضی و مرتضی کاخی. حقوق بین‌الملل خصوصی، کلیات، تابعیت، اقامتگاه (وضع اتباع بیگانه و تعارض قوانین و دادگاه‌ها)، جلد یکم و دوم، چاپ بیست و نهم. تهران: انتشارات آگاه، ۱۳۹۳.

- هارتلی، ترور. «استناد و اثبات قانون خارجی: مقایسه‌ای بین سیستم‌های اروپایی». ترجمه محمدجعفر قنبری چهارمی، مجله حقوقی بین‌المللی، ۱۶، ۲۳ (۱۳۷۷)، ۱۳۵-۱۷۸.

Doi:10.22066/cilamag.1998.18162

ب) منابع انگلیسی

- Crawford, James. "State Responsibility", The General Part, Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

- Douglas, Zachary. *The International Law of Investment Claims*, Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

- Fitzmaurice, Gerald. "The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law". *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 92, (1957), Consulted online on 13 February 2024 <[http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096\\_pplrldc\\_A9789028612921\\_01](http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrldc_A9789028612921_01)>

- Hepburn, Jarrod. "Domestic Law in International Investment Arbitration", Oxford: Oxford

University Press, 2017.

- Jenks, CW. "The Interpretation and Application of Municipal Law by the Permanent Court of International Justice", *British Yearbook of International Law*, 19, 67(1938).

- Kamto, Maurice. "The Status of Municipal Law before the World Court in Light of Recent Cases", in Maluwa, Tiyanjana, du Plessis, Max, Tladi Dire, (Eds.), *The Pursuit of a Brave New World in International Law*, Essays in Honour of John Dugard, Leiden: Brill Nijhoff, 2017, 215.

- Kaufmann-Kohler, Gabriel. "The Arbitrator and the Law: Does He/She know it? How and a Few More Questions". *Arbitration International*, 21, 4(2005), 631-638. <https://doi.org/10.1093/arbitration/21.4.63>

- Kelsen, Hans. *The Principles of International Law*. 2nd edition, New York: Rinehart and Winston, 1967.

- Kolb, Robert. "The Relationship between the International and Municipal Legal Order: Reflections on the Decision no 238/2014 of the Italian Constitutional Court", *QIL*, II, (2014), 5-16.

- Nollkaemper, Andre. *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2012.

- O'Connell, D.P. "The Relationship between International Law and Municipal Law". *Georgetown Law Journal*, 48, 3(1960), 431-485.

- Seifi, Jamal. "Investor-State Arbitration v State-State Arbitration in Bilateral Investment Treaties, TDM, 2(2004), 1-7.

- Shaw, Malcom. *International Law*. Eight Edition, Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

- Starke, J.G. "Monism and Dualism in the Theory of International Law", London: Humphrey Milford, Oxford University Press, 1936, [66]-81.

- Van Haersolte-van Hof, Jacomijn J. and Ericke Koppe. "International Arbitration and the lex arbitri", *Arbitration International*, 31, 1(2015), 27-62. <https://doi.org/10.1093/arbitint/aiv001>

- Virally, Michel. "The Sources of International Law", in M. Sorensen (ed.). *Manual of Public International Law*", London: Macmillan, 1968.

- Zielinski, Laura Yvonne. "Property Rights in Treaty Cases: Lessons for Investor-State Arbitration from Case A15(II:A) of the Iran-United States Claims Tribunal". *Journal of International Arbitration*, 38, 3(2021), 395-414. <https://doi.org/10.54648/joia2021020>

ج) آرای قضایی و داوری

- Albert Jan Oostergetel v. Slovakia, (UNCITRAL), Final Award, 23 April 2012.  
Anglo-Iranian Oil Co. Case (UK v. Iran), Judgment of 22 July 1952, 93.

Amoco International Finance Corp. v. Iran, Iran-US Claim Tribunal, 15 Iran-U.S.C.T.R. 189.

- Award No. 604-A15 (II:A)/26 (IV)/B43-FT (Award No. 604), dated 10 March 2020, 39 Iran-U.S.C.T.R. in Iran - United States Claims Tribunal Reports, Volume 40, edited by Lee M. Caplan (Cambridge: Cambridge University Press, 2022), 1-618.

- Barcelona Traction, Light and Power Co, Case (Belgium v. Spain), I.C.J. Reports, 1970, 3.

- Brazilian Loans Case (France v. Brazil), PCIJ Reports, 1929, Series A, No. 21.

- Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Judgment of 30 November 2010, I.C.J. Reports, 2010.

- Case Concerning Elettronica Sicula S.p.A (ELSI) (United States v. Italy), Judgment of 20 July 1989, ICJ Reports 1989, 15.

- Case A-18 (Iran v. US), Decision No. DEC 32-A18-FT- 6 April 1984, 5 Iran-U.S.C.T.R., p. 251.

- Certain German Interests in Polish Upper Silesia, (1926) P.C.I.J. Series A, No. 7, 19.

- Serbian Loans Case, PCIJ Reports (France v. Serbia) 1929, Series A, No. 20 and Series A, No. 21.

- CME Czech Republic BV v. Czech Republic (UNCITRAL), Final Award, 14 March 2003.

- Enron Corporation v. Argentina (ICSID Case No. ARB/01/3), Decision on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 30 July 2010.

- Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, August 16, 2007.

- Inceysa Vallisoletana, S.L. v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, Award, August 2, 2006.

- Iurli Bogdanov v. Moldova (SCC), Arbitral Award, 22 September 2005.

- La Grand Case (Germany v. United States of America), Judgment of 27 June 2001, I.C.J. Reports, 2001.

- Metal Tech Ltd., v. Uzbekistan (ICSID Case No. ARB/10/3), Award, 4 October 2013.

- Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala), I.C.J. Reports, p. 4.

- Norris v. Ireland, E.C.H.R., Series A, No. 142 (1988), Para. 31.

- Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in Case Concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. US), ICJ Reports, 2009, 3.

- Serbian Loans Case, PCIJ Reports (France v. Serbia) 1929, Series A, No. 20 and Series A, No. 21.

- Separate Opinion of Judge Seyed Jamal Seifi, dated 10 March 2020, IUSCT in Iran - United States Claims Tribunal Reports, Volume 40, edited by Lee M. Caplan, Cambridge: Cambridge University Press, 2022, 840-898.

- Partially Dissenting Opinion of Judge Bruno Simma, dated 10 March 2020, IUSCT in Iran

- United States Claims Tribunal Reports, Volume 40, edited by Lee M. Caplan, Cambridge:

Cambridge University Press, 2022, 623-653.

- Partially Dissenting Opinions of Judge Abedian, dated 10 March 2020, IUSCT in Iran  
- United States Claims Tribunal Reports, Volume 40, edited by Lee M. Caplan, Cambridge: Cambridge University Press, 2022, 774-840.

- Partially Dissenting Opinions of Judge Nikbakht, dated 10 March 2020, IUSCT in Iran  
- United States Claims Tribunal Reports, Volume 40, edited by Lee M. Caplan, Cambridge: Cambridge University Press, 2022, 654-674.

- Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. v. Egypt (ICSID Case No. ARB/84/3), Decision on Jurisdiction, 14 April 1988.