

مجله مطالعات حقوق تطبیقی،  
دوره ۴، شماره ۱،  
بهار و تابستان ۱۳۹۲،  
صفحات ۱۱۷ تا ۱۳۵

## حقوق غیردولتی

۱. عبدالحسین شیروی\*

استاد دانشگاه تهران

۲. محمد حسین و کیلی مقدم

دانشجوی دکترای حقوق خصوصی دانشگاه تهران

تاریخ دریافت: ۱۳۹۱/۱۲/۱۶ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۲/۰۴/۱۹

### چکیده

جهانی‌سازی و افزایش فعالیت نهادهای غیردولتی در سطح جهانی در کنار پدیده‌هایی چون افزایش مهاجرت و استفاده از شبکه‌های ارتباطی جهان شمول، موجب ایجاد مفاهیم جدیدی در علم حقوق شده است که با رویکرد سنتی آن چندان منطبق نیست. «حقوق غیردولتی» از مهم‌ترین این مفاهیم است که مبنای آن ضرورت مداخله نهادهای غیردولتی در فرآیند حقوق‌سازی است. پیروان اعتبار حقوق غیردولتی با استناد به ناکارآمدی انحصار دولت در تدوین و وضع ضوابط حقوقی و مبتنی بر تحلیل شرایط عملی موجود، مزایای متعددی برای حقوق غیردولتی عنوان می‌نمایند. در مقابل پیروان حقوق دولتی نیز با طرح اشکالاتی مبتنی بر فلسفه حقوق، مداخله دولت را از ویژگی‌های ذاتی حقوق و نقطه تمایز آن از سایر آموزه‌های رفتاری می‌دانند. در این مقاله تلاش شده است با تبیین مفهوم و مبنای حقوق غیردولتی و دلایل موافقان و مخالفان اعتبار آن، جایگاه ضوابط غیردولتی در جهان معاصر مورد ارزیابی قرار گیرد.

### کلیدواژه‌گان:

تکنرگرایی حقوقی، جهانی‌سازی حقوق، ضمانت اجرای فراحقوقی، فعالان غیردولتی حقوق، قانون‌گذاران خصوصی.

### مقدمه

برخلاف دیدگاه سنتی که ایجاد ضوابط حقوقی از فعالیت‌های انحصاری دولت قلمداد می‌شد، گسترش فرآیند جهانی‌سازی و کاهش روز به روز نقش آفرینی دولت، این دیدگاه را رواج داد که ایجاد ضوابط حقوقی نیز مانند بسیاری از صلاحیت‌های سنتی دولت، قابل واگذاری به نهادهای غیردولتی است. افزون بر ارائه تحلیل‌های چالش‌برانگیز مرتبط با فلسفه حقوق، مشکلات و معضلات عملی نیز این دیدگاه را تقویت نمود که حل مشکلات فراملی نیازمند ضوابط فراملی است؛ چراکه اولاً در جهان معاصر بسیاری از روابط به‌گونه‌ای است که اصولاً نمی‌توان آن‌ها را تحت ضوابط یک دولت خاص بررسی نمود. ثانیاً ضوابط حقوق ملی کشورهای مختلف بر اساس نیازها و شرایط داخلی آن‌ها تدوین شده و

منطقاً نمی‌توان از آن‌ها برای حل مشکلات بین‌المللی استفاده کرد. نتیجه چنین مباحثی مطرح شدن مفاهیمی چون حقوق غیردولتی و تکثرگرایی حقوقی (Legal Pluralism) بوده است که در بسیاری از موارد اصول حقوقی را به چالش می‌کشد. با وجود مخالفت‌ها، بر اهمیت و گسترش حقوق غیردولتی افزوده شده است؛ به نحوی که می‌توان پذیرفت در زمینه‌های متعدد به‌ویژه در صحنه تجارت بین‌الملل، تمرکزگرایی حقوقی (Legal Centralism) به عنوان اصلی‌ترین مانع پذیرش اعتبار حقوق غیردولتی، اعتبار و (Hertogh, 2007, p.2; Scherer, 2007, p.203) اهمیت گذشته را ندارد.

در این مقاله علاوه بر تبیین دیدگاه مخالفان و موافقان حقوق غیردولتی، تلاش می‌شود وضعیت عملی این رویکرد در جهان معاصر مورد ارزیابی قرار گیرد تا روشن شود فارغ از مباحث نظری، عملاً مفهوم حقوق غیردولتی پذیرفته شده است یا خیر.

### ۱. مفهوم حقوق غیردولتی و علل نیاز به آن

حقوق غیردولتی، چنانکه از نام آن نیز برمی‌آید، به مجموعه ضوابط و اصول حقوقی اطلاق می‌شود که از سوی نهادها و سازمان‌های غیردولتی به وجود آمده است. این ضوابط حقوقی اگرچه می‌تواند از سوی ارگان‌ها و نهادهای دولتی نیز مورد اجرا قرار گیرد، اما اصولاً برای اجرا از سوی نهادهای وضع‌کننده ایجاد شده است (Hertogh, 2007, p.3; Ware, 1999, p.705). در حقوق غیردولتی به علت عدم مداخله دولت‌ها در فرآیند تدوین ضوابط، نمی‌توان اجرای آن‌ها را از نهادهای دولتی مطالبه کرد.<sup>۱</sup> با این حال در عمل هم نهادهای وضع‌کننده و هم نهادهای دیگر مانند محاکم دولتی از این ضوابط پیروی می‌کنند. به دیگر سخن با وجود فقدان ضمانت

۱. حقوق غیردولتی را نباید با حقوق بین‌الملل عرفی (Customary International law) یکی دانست زیرا حقوق بین‌الملل عرفی ضوابط عرفی است که بین دولت‌ها شکل گرفته است، در حالی که در فرآیند ایجاد حقوق غیردولتی هیچ نهاد دولتی مداخله و تأثیرگذاری ندارد. به علاوه ضوابط حقوق بین‌الملل عرفی بسیار کلی است در حالی که حقوق غیردولتی در موضوعات جزئی و بسیار تفصیلی شکل می‌گیرد. مانند ضوابط اتاق بازرگانی در مورد اعتبارات اسنادی یا حقوق مستقل اینترنت درباره ثبت و انتقال دامنه (Domain) (Levit, 2005, p.137). همچنین بر اساس تعریف فوق اسناد و ضوابط تهیه شده از سوی نهادهای وابسته به سازمان ملل مانند آنسیترال و مؤسسه‌های بین‌دولتی مانند مؤسسه بین‌المللی یکسان‌سازی حقوق خصوصی رم (Unidroit) از موضوع بحث خارج‌اند. البته این امر مادامی است که نهادهای دولتی در فرآیند تصویب ضوابط مشارکت داشته باشند. گفتنی است در مورد لزوم انجام تشریفات در تحقق عنوان حقوق غیردولتی اختلاف نظر وجود دارد. با این حال به نظر می‌رسد صرف مداخله نهادی دولتی در تصویب ضوابط موجب شکل‌گیری حقوق دولتی می‌شود؛ به دیگر سخن، عدم انجام تشریفات قانونی تنها مانع تحقق «قوانین دولتی» می‌شود اما همچنان می‌توان این ضوابط را مصداق حقوق دولتی دانست. این نظر علاوه بر تسهیل تفکیک بین حقوق دولتی و غیردولتی با مبانی اعتبار و رواج حقوق غیردولتی (تکثرگرایی حقوقی) سازگارتر است. با توجه به این دیدگاه مصوبات مؤسسات بین‌دولتی مانند مؤسسه بین‌المللی یکسان‌سازی حقوق خصوصی رم مصداق حقوق دولتی قلمداد می‌شوند.

اجرای حقوقی، اهمیت ضوابط حقوق غیردولتی به این علت است که گروه هدف در عمل به آن ملتزم است. (Snyder, 2003, p.375; Arts and Kerwer, 2007, p.144). حقوق غیردولتی را با عرف نباید یکی پنداشت، زیرا اولاً عرف منبعی الزام آور در حقوق قلمداد می شود که پیروی از آن مورد حمایت قانون گذاران دولتی قرار گرفته است؛ در حالی که موضوع حقوق غیردولتی ضوابطی است که اجرای آن ها از سوی دولت تضمین نشده است. ثانياً گستردگی و رواج از عناصر ذاتی شکل گیری عرف است که ضرورتاً در حقوق غیردولتی شکل نمی گیرد با این همه در فرض تداوم اجرای ضوابط حقوق غیردولتی می توان آن ها را موجب شکل گیری عرف دانست. کوتاه سخن اینکه ضوابط حقوق غیردولتی تنها در صورتی که به شکل گسترده رواج یابند، می توانند به عرف تبدیل شوند آن هم در صورتی که از سوی قانون گذاران دولتی مورد حمایت قرار گیرند.

مزایای گوناگونی برای حقوق غیردولتی بیان شده است؛ یکی از آنها کارآمدی ضوابط حقوق غیردولتی در قیاس با حقوق دولتی است. ضوابط حقوق غیردولتی از سوی نهادها و مؤسسات تخصصی وضع می شود، به همین علت میزان تخصص به کار گرفته شده در آن ها بیش از ضوابط حقوق دولتی است. در عین حال پیروان حقوق دولتی نیز معتقدند که اصولاً نمی توان قانون جامعی تصویب نمود که برای تمام نیازها و فرض های احتمالی در یک موضوع خاص راه حل ارائه کند. به همین علت استفاده از حقوق غیردولتی در کنار حقوق دولتی و تکمیل خلأهای موجود در حصول نتیجه مطلوب مؤثر خواهد بود (Kobayash & Ribstein, 2004, p.9). در واقع برخلاف حقوق دولتی که نمایندگان منتخب و با واسطه به تعیین ضوابط اقدام می نمایند، در حقوق غیردولتی ضوابط در زمینه های مختلف از سوی سازمان هایی تصویب می شود که خود مستقیماً به شکل تخصصی با موضوع مورد نظر مرتبط اند. به همین علت در عمل ضوابط حقوق غیردولتی به شکل مؤثرتری مشکلات را حل می کند<sup>۲</sup> (Parisi, 2001, p.96). مزیت دوم، کاهش هزینه های قانون گذاری دولتی است. یکی از معیارهای ارزیابی

۲. به عنوان مثال مؤسسه حقوق امریکایی (American Law Institute) به عنوان یکی از مهم ترین فعالان عرصه حقوق غیردولتی، متشکل از استادان و صاحب نظران حقوقی است که با مشارکت فعالان عرصه های خاص صرفاً در زمینه هایی اقدام به تدوین مجموعه قواعد حقوقی (Restatements of Law) می نماید که با رویکرد تخصصی حقوق می توان مشکلات موجود را حل نمود (Schwartz & Scott, 1995, p.603)، «مقررات هم شکل اعتبار اسنادی اتاق بازرگانی بین المللی» (UCP600) نیز از سوی کمیسیون بانکداری اتاق بازرگانی بین المللی (Commission on Banking Technique and Practices) تهیه می شود و اتحادیه بین المللی بیمه گران اعتبار و سرمایه گذاری (International Union of Credit and Investment) معروف به اتحادیه برن (Bern Union) نیز که متشکل از کارشناسان بیمه گر است، صرفاً در زمینه بیمه اعتبار به انتشار ضوابط حقوقی اقدام می کند (Levit, 2005, p.128; 2008, p.16). همچنین می توان به رویه های استاندارد بانکداری بین المللی (International Standard Banking Practice) (ISBP 681)، مقررات هم شکل وصولی ها (Uniform Rules for Collection (URC 522)) و مقررات هم شکل ضمانت نامه های عندالمطالبه (Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG 758)) اشاره کرد. این اسناد نیز که از سوی کمیسیون بانکداری اتاق بازرگانی منتشر می شود، رویکردی تخصصی درباره موضوعاتی خاص دارد.

کارآمدی ضوابط حقوقی، میزان هزینه‌هایی است که برای تصویب آن‌ها صرف شده است. بی‌تردید هرچه میزان هزینه‌ها کاهش یابد، مطلوبیت بیشتری حاصل می‌گردد. ابتدا باید دانست منظور از هزینه‌ها در این معیار صرفاً هزینه‌های مادی نیست، بلکه مسائلی چون آثار تحمیل نظر اکثریت بر اقلیت یا صرف زمان لازم برای حصول اکثریت در تصویب قانون نیز مصداق هزینه است که به آن‌ها هزینه‌های غیرمستقیم یا خارجی گفته می‌شود. (External Costs). اصلی‌ترین هزینه حقوق دولتی از این منظر، چگونگی اطلاع یافتن از اولویت‌ها و نیازهای موجود است. برای کاهش این هزینه در نظام‌های حقوقی از «قواعد پیش فرض» (Default Rules) استفاده می‌شود که نقش تکمیلی داشته، طرفین توان تغییر و انعقاد توافقی مغایر آن را دارند. از طرف دیگر هزینه اطلاع و اعلان ضوابط تصویب شده از سوی نهادهای دولتی و گذشت مدت لازم برای رواج و استقرار آن ضوابط، از دیگر هزینه‌های حقوق دولتی است. حقوق غیردولتی در قیاس با حقوق دولتی هزینه کمتری را طلب می‌کند. علت اصلی این امر نوع مکانیسم به کار رفته در این نوع حقوق است که بر اساس آن در تدوین ضوابط نیازهای موجود و جنبه‌های عملی بسیار مورد توجه قرار می‌گیرد. در نتیجه اجرای آن‌ها به سرعت و بدون هیچ نوع مقاومتی صورت می‌پذیرد (Parisi, 2001, p.98). در عین حال برای طرفین رابطه نیز این امکان وجود دارد که بدون نیاز به بیان تفصیلی شرایط با ارجاع به اسناد حقوق نرم از بروز اختلافات جلوگیری نمایند. نمونه آن را می‌توان در مورد اجرای اینکوترمز مشاهده کرد (شیروی، ۱۳۸۹، ص ۲۰۲).

ثبات و پایداری ضوابط از دیگر مزایای حقوق غیردولتی است. اصلی‌ترین عامل تغییر ضوابط حقوقی، ناکارآمدی آن‌ها و نیاز به اصلاح در ضوابط است. بر این اساس و با توجه به تخصصی بودن ضوابط حقوق غیردولتی، به نظر می‌رسد احتمال تغییر ضوابط در حقوق غیردولتی کمتر است. به عبارت دیگر اگرچه شرایط و تشریفات تصویب ضوابط حقوق غیردولتی نسبت به حقوق دولتی کمتر است، اما استفاده از تخصص و تجربیات عملی موجب می‌شود احتمال تغییر ضوابط نیز کاهش یابد.

با اینکه اصلی‌ترین زمینه اجرایی حقوق غیردولتی در صحنه بین‌المللی است (Hadfield, 2001, p.42)، اما مفهوم حقوق غیردولتی از نظر گستره جغرافیایی مقید نیست؛ یعنی همچنان که در ذیل این مفهوم ضوابط مصوب نهادهای غیردولتی در یک کشور خاص بررسی می‌شود، ضوابطی که فعالان غیردولتی در سطح بین‌المللی تهیه کرده‌اند نیز شامل آن خواهند بود (Paust, 2011, p.987). بر این اساس ضوابط مذهبی اقلیت‌های دینی در کشورها در کنار اصول و ضوابط تعیین شده از سوی سازمان‌های غیردولتی بین‌المللی مانند ضوابط حاکم بر اعتبارات اسنادی که از سوی اتاق بین‌المللی بازرگانی تهیه شده، هر دو از مصادیق حقوق غیردولتی قلمداد می‌شوند (Tamanaha, 2008, p.376). اما حقوق غیردولتی از نظر موضوع مقید است؛ به این ترتیب که عملاً در زمینه‌هایی شکل گرفته که یا کارکرد اصلی حقوق ایجاد بهره‌وری اقتصادی و افزایش آن است و یا وجود اشتراکات و علقه‌های فرهنگی و مذهبی خاص در

یک گروه اقلیت مانع متابعت آن‌ها از ضوابط گروه اکثریت شده است. بنابراین در مواردی که کارکرد حقوق تماماً ایجاد نظم اجتماعی و موضوع آن مسائل مرتبط به اعمال حاکمیت دولت باشد، نمی‌توان از حقوق غیردولتی بهره گرفت. در نتیجه در حقوق کیفری به‌ویژه با توجه به اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها نمی‌توان از حقوق غیردولتی پیروی نمود. در عمل نیز در چنین مواردی حقوق غیردولتی محقق نشده است (Shaach, 2007, p.37).

بر این اساس می‌توان گفت در یک تقسیم‌بندی کلی اجزای تشکیل‌دهنده حقوق غیردولتی عبارتند از: حقوق عرفی، حقوق مذهبی یا فرهنگی، و حقوق مدیریتی. حقوق عرفی مجموعه اصول و ضوابطی را در برمی‌گیرد که مینا و منشأ شکل‌گیری آن‌ها روابط و نیازهای یک صنف خاص است و نه مصوبات نهادهای دولتی. اصطلاحاتی چون حقوق سنتی (Traditional Law) یا حقوق بومی (Indigenous Law) که اغلب در کشورهای مستعمره استفاده می‌شد، به همین نوع ضوابط حقوقی اشاره داشت، اما این مفاهیم بعدها بیشتر در مورد عرف تجاری مورد استفاده قرار گرفت. حقوق مذهبی ناظر به اختلاط فرهنگی در جوامعی است که اقلیت مذهبی خود را به ضوابط آن مذهب پایبند می‌بیند. طبق تحقیقات صورت گرفته در انگلستان اغلب اقلیت‌های مسلمان بریتانیا ضوابط شرعی خود را در جایگاهی والاتر از ضوابط حقوق دولتی می‌دانند. امروزه با توجه به افزایش مهاجرت‌ها حقوق مذهبی نیز از مصادیق مهم حقوق غیردولتی قلمداد می‌شود. در مورد حقوق فرهنگی نیز یک گروه خاص با مشترکات فرهنگی ضوابطی را در مورد روابط خود تعیین می‌کنند، بی‌آنکه این ضوابط دارای ضمانت اجرا از طرف دولت باشد (Tamanaha, 2008, p.397). حقوق مدیریتی نیز به اصول و ضوابطی اطلاق می‌شود که سازمان‌ها و نهادهای غیردولتی برای اداره و مدیریت بهتر خود به‌کار می‌برند و استفاده‌کنندگان از خدمات سازمان‌های مزبور در عمل ملزم به پیروی از آن‌ها هستند. ضوابط حاکم بر لیگ‌های ورزشی که «حقوق مستقل ورزشی» (Lex Sportiva) نامیده می‌شود و از سوی فدراسیون‌های بین‌المللی و مستقل از دولت‌ها وضع شده‌اند و ضوابط حقوقی شرکت‌های فعال در زمینه صدور کارت‌های اعتباری مانند ویزا (Visa) یا مستر کارت (Master Card) از نمونه‌های این نوع حقوق غیردولتی محسوب می‌شوند (Hernandez, 2001, p.398).

## ۲. مبانی نظری حقوق غیردولتی

پیروان اعتبار حقوق غیردولتی، دیدگاه خود را بر اساس نظریه «تکثرگرایی حقوقی» توجیه می‌کنند (Michaels, 2005, p.1211). مبنای اصلی تکثرگرایی حقوقی این نکته است که انحصار نقش‌آفرینی دولت در حقوق عملاً و به طور منطقی امری پذیرفتنی و مقبول نیست، چراکه هم از نظر عملی تعدد منابع حقوق‌ساز (Law Makers) غیر قابل انکار است و هم از لحاظ نظری منحصر بودن وضع ضوابط حقوقی نزد دولت نتایج نامطلوبی به بار خواهد آورد. در گذشته جایگاه مرکزی در اغلب امور با دولت‌ها بود،

بنابراین هیچ نهاد غیردولتی داخلی یا بین‌المللی توان معارضه و وضع قواعد حقوقی در عرض ضوابط دولتی را نداشت. با گذشت زمان اثبات شد در صحنه داخلی تعدد منابع حقوقی تنها در کشورهای مستعمره وجود ندارد، بلکه در صنعتی‌ترین و پیشرفته‌ترین کشورها نیز انحصار دولت در وضع ضوابط حقوقی از بین رفته است. در عرصه بین‌المللی این وضعیت با نمود بیشتری همراه است، چراکه از اوایل قرن بیستم و رشد نهادهای بین‌المللی غیردولتی، از اقتدار و انحصار دولت‌ها بیش از پیش کاسته شد. برخی از حقوق‌دانان با تفکیک حقوق به دو نوع و با توجه به ضوابط و اصول مندرج در کتب و تحقیقات حقوقی و ضوابطی که در جریان زندگی روزمره مردم وجود دارد، معتقدند جوهر و ذات حقوق نه در متون حقوقی و نه توسط مسئولان دولتی، بلکه در جامعه و در جریان روابط افراد با هم شکل می‌گیرد. بر این اساس اصلی‌ترین نقش در توسعه حقوق را فعالان و عناصر غیردولتی ایفا می‌کنند. همین تحلیل در حقوق ایران نیز مطرح شده است و برخی از اساتید با تمیز بیع نظری از بیع عملی و تبیین اختلافات آنها، قائل به اصالت عمل شده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴، ص ۱۰۳، ۱۳۸۲، ص ۲۷). از طرف دیگر پیروان تکثرگرایی حقوقی بر مبنای علم انسان‌شناسی حقوقی (Legal Anthropology) معتقدند در دنیای معاصر انسان با مجموعه‌ای از ضوابط حقوقی چند وجهی مواجه است که منشأ وضع و اعتبار آنها صرفاً دولت و نهادهای دولتی نیستند. این ضوابط نیز دارای نیروی الزام‌آور بوده و حتی در مواردی میزان الزام‌آوری این ضوابط بیش از حقوق دولتی است (Berman, 2007, p.1169).

در این جنبه از استدلال که بیشتر از سوی صاحب‌نظرانی با رویکرد جامعه‌شناسی حقوقی ارائه شده است، بیش از تأکید بر شکل و قالب ضابطه و نهاد تصویب‌کننده آن، اثر عملی اصول و ضوابط موردنظر بر رفتار آدمی مورد توجه قرار می‌گیرد. پیروان این رویکرد کارکردگرایانه (Functional Approach) بر این عقیده‌اند که تمرکزگرایی حقوقی به عنوان اصلی‌ترین مانع تکثرگرایی، تنها به علل سیاسی در قرن‌های هفدهم و هجدهم رواج یافت، اما از اواخر قرن نوزدهم و اوایل قرن بیستم توجیهات سیاسی آن نیز تضعیف شد به نحوی که حتی خود دولت‌ها نیز سیاست تمرکززدایی را به‌ویژه در حوزه اقتصاد در دستور کار خود قرار دادند. (Berman, 2009, p.228). پیروان حقوق غیردولتی معتقدند در داخل کشورها نیز نهادهای غیردولتی متعددی به‌وجود می‌آیند که خود دارای ضوابط خاص برای اداره و مدیریت می‌باشند. (Self Regulating Organization) چنین سازمان‌هایی وضعیتی را به‌وجود می‌آورند که «فدرالیسم مولکولی» (Molecular Federalism) نامیده شده است، زیرا در این شرایط نوعی نظام شبه فدرالی به‌وجود می‌آید که نهادها و مؤسسات غیردولتی متعدد همچون مولکول در اشیا، اجزای تشکیل‌دهنده آن قلمداد می‌شوند (Snyder, 2007, p.2). مبنای دیگری که در توجیه حقوق غیردولتی ارائه می‌شود، تأکید بر امکان افزایش تاثیرگذاری با استفاده از این ضوابط است. ابتدا باید دانست به طور کلی رویکرد قوانین یا ضوابط حقوقی درباره موضوعی خاص به سه شکل قابل تقسیم است:

اول، رویکرد جزمی با تعیین گستره دقیق قاعده، که به موجب آن، قانون موردنظر

به شکل قاطع، جواز یا عدم جواز یک موضوع را اعلام می‌کند. این شیوه اگرچه در اجرا آسان‌ترین شیوه است، اما به علت عدم امکان انطباق با شرایط گوناگون در درازمدت تأثیر زیادی نخواهد داشت. دوم، رویکرد کاملاً منعطف است که در این روش برعکس شیوه قبل، قانون تصویب شده صرفاً بر اساس یک معیار کلی است. به همین علت ممکن است نظر شخصی مجری قانون یا مصلحت‌سنجی‌های بی‌ضابطه او مانع از تحقق اهدافی شود که مدنظر واضعان بوده است. سوم، رویکرد میانی است که تلاش دارد از هر دو شیوه فوق به شکل ترکیبی برای قانون استفاده کند. بر این اساس علاوه بر تعیین یک معیار خاص مجموعه‌ای از شرایط و مولفه‌های مؤثر در آن نیز مطرح می‌شود. در این فرض، قانون نه صرفاً یک معیار قاطع و غیر قابل انعطاف مشخص می‌کند و نه چنان ضابطه‌ای کلی ارائه می‌کند که اجرا و اعمال آن تماماً به صلاح‌دید مجری قانون وابسته باشد.<sup>۳</sup> در این رویکرد مزایای هر دو شیوه قبلی وجود دارد، زیرا از یک سو معیار چنان کلی نیست که اعمال سلیقه شخصی نگران‌کننده باشد و از سوی دیگر ضوابط چنان قاطع و غیر قابل انعطاف نیست که نتوان آن را با شرایط تطبیق داد. پیروان تکثرگرایی حقوقی معتقدند در حقوق غیردولتی رویکرد سوم مورد استفاده قرار می‌گیرد، در حالی که در حقوق دولتی بیشتر از شیوه اول استفاده می‌شود. در نتیجه اگرچه در کوتاه مدت میزان تأثیرگذاری حقوق دولتی بالاتر است، اما در بلندمدت نتایج بهتری از اعمال حقوق غیردولتی حاصل می‌گردد (Schwartz, 2002, p.604).

استناد به محدودیت صلاحیت قضایی دولت‌ها نیز از دیگر علل توجیهی حقوق غیردولتی است. در این استدلال که به نظر می‌رسد برای توجیه حقوق غیردولتی در عرصه بین‌المللی ارائه شده، به این نکته توجه شده است که صلاحیت قضایی هر دولت صرفاً در قلمرو جغرافیایی آن کشور قابل اعمال است؛ در حالی که امروزه با گسترش روابط بین‌المللی به‌ویژه در زمینه تجارت، مسائلی فراملی به‌وجود آمده است که نمی‌توان آن‌ها را تابع صلاحیت قضایی یک کشور خاص دانست. بنابراین عملاً چاره‌ای جز تصویب و تدوین ضوابط حقوق غیردولتی وجود ندارد (Ginsburg, 2005, p.5; Backer, 2006, p.8). تحلیل‌ها و رویکردهای اقتصادی مختلفی نیز برای توجیه حقوق غیردولتی مطرح شده است که بر اساس آن‌ها حقوق غیردولتی ابزار تحقق چشم‌اندازی است که دیدگاه‌های اقتصادی مبتنی بر کاهش تصدی‌گری دولت ترسیم می‌کنند. همچنین به علت تعدد نهادهای به‌وجود آورنده ضوابط حقوق غیردولتی و رقابت بین آن‌ها در کسب اعتبار بین فعالان، رویکرد اصلی ضوابط غیردولتی صرفاً تخصصی است و نه در نظر گرفتن منافع

۳. در مقام ارائه مثال رویکردهای سه‌گانه قانون می‌توان گفت اگر قانون سرعت ۱۲۰ کیلومتر را حد مجاز رانندگی اعلام کند؛ شیوه اول، اگر سرعت مطمئن را به عنوان معیار سرعت مجاز در رانندگی اعلام کند؛ شیوه دوم، در صورتی که معیار سرعت مطمئن را ملاک قرار دهد و اگر در احراز آن شرایط جاده، تعداد اتومبیل‌های موجود در مسیر و سرعت آن‌ها، وسعت دید راننده بر اساس شرایط جاده و شرایط عمومی جاده را مدنظر قرار دهد، از شیوه سوم استفاده نموده است.

یک گروه خاص<sup>۴</sup>. در نتیجه بهره‌وری اقتصادی با استفاده از حقوق غیردولتی با سهولت بیشتری محقق می‌گردد (Hadfield, 2001, p.40)؛ در نهایت از مطالعات تاریخی نیز برای تقویت اعتبار حقوق غیردولتی استفاده شده است. در این زمینه پیروان حقوق غیردولتی چنین استدلال می‌کنند که بی‌تردید در جوامع پیش از شکل‌گیری دولت (Pre-State Societies)، قوانین و ضوابط حقوقی الزام‌آور وجود داشته است. بنابراین چگونه می‌توان پذیرفت امروزه با وجود گسترش نهادهای متعدد غیردولتی، ایجاد ضوابط حقوقی از کارکردهای اختصاصی دولت‌ها باشد؟ در نتیجه مبانی تمرکزگرایی حقوقی که اصولاً بر پایه تحلیل‌های سیاسی ایجاد شده است، در جهان معاصر قابل دفاع نیست و نمی‌توان با تمسک به آن، حقوق غیردولتی را بی‌اعتبار دانست<sup>۵</sup> (Hertogh, 2007, p.17).

### ۳. سابقه تاریخی حقوق غیردولتی و وضعیت آن در جهان معاصر

سابقه تاریخی حقوق غیردولتی به قرون وسطا بازمی‌گردد و با وجود آنچه در آغاز کار به ذهن می‌رسد، حقوق غیردولتی یک پدیده مدرن نیست که محصول جهان معاصر و نتیجه فرآیند جهانی‌سازی باشد. اگرچه اقتضای جهان مدرن و توسعه ارتباطات و تبادلات بین‌المللی به‌ویژه در عرصه تجارت، در افزایش مقبولیت حقوق غیردولتی موثر بوده است، اما نشانه‌های حیات آن حتی در دورانی که تمرکزگرایی حقوقی در بالاترین سطح خود قرار داشته نیز قابل انکار نیست. واقعیتی که بیش از هر چیز ناکارآمدی اتکای صرف به ضوابط حقوق دولتی را آشکار می‌سازد. مطالعه دگرگونی‌های تاریخی حقوق غیردولتی از این نظر مهم است که می‌تواند در تبیین صحیح‌تر ماهیت آن کارساز باشد. بر این اساس می‌توان گفت دوران گذار حقوق غیردولتی در طول تاریخ به شکل زیر قابل تقسیم است:

۴. این رقابت بین نهادهای متعدد که از عوامل مؤثر در افزایش رویکرد تخصصی ضوابط است، بین نهادهای دولتی و غیردولتی نیز شکل می‌گیرد و صرفاً محدود به روابط بین فعالان غیردولتی نیست. به عنوان مثال در امریکا ضوابط استفاده از کارت‌های اعتباری عمدتاً توسط چهار شرکت بزرگ ویزا، مسترکارت، امریکن اکسپرس (American Express) و دیسکاور (Discover) تدوین می‌شود که از این میان امریکن اکسپرس، شرکتی عمومی و دولتی است. همچنین در مورد بورس و اوراق بهادار علاوه بر فعالیت گسترده بورس نیویورک به عنوان مرجع مهم تدوین ضوابط غیردولتی، نهادهای دیگری مانند بورس اوراق بهادار امریکا (American Stock Exchange) و نزدک (NASDAQ) نیز فعالانه به رقابت با بورس نیویورک می‌پردازند.

۵. این تحلیل در حقوق ایران نیز مطرح شده است؛ برخی از اساتید حقوق با ابداع نظریه «مصلحت‌کامنه» معتقدند آدمی بدون نیاز به نهادهای دولتی توانایی ابداع و استفاده از قالب‌های مختلف حقوقی را به شکل عقد و ایقاع داراست. همچنان‌که در دوران پیش از تشکیل حکومت‌های مرکزی چنین بوده است. لزوم و جواز اعمال حقوقی نیز نه بر اساس موضع قانون‌گذار بلکه بر مبنای تحلیل قالب حقوقی مورد استفاده قابل احراز است. این دیدگاه آثار عملی گسترده‌ای در حقوق دارد که از جمله می‌توان به عدم حصری بودن اعمال حقوقی، عدم نیاز به عقد خارج لازم برای تبدیل عقود جایز به لازم و تعیین لزوم و جواز بر اساس ماهیت تراضی اشاره کرد. (لنگرودی، ۱۳۸۶، ص ۳۱۲؛ ۱۳۸۲، ص ۵۱۶؛ ۱۳۸۰، ص ۲۱۶) از این مبنا می‌توان برای توجیه اعتبار حقوق غیردولتی نیز بهره گرفت، زیرا در این رویکرد نیز به عدم انحصار دولت در وضع ضوابط حقوق اشاره شده است.

اولین نشانه‌های حقوق غیردولتی در عرصه تجارت بین‌المللی به قرون وسطا بازمی‌گردد. وجود تنوع حقوقی و نظام‌های دارای استقلال حقوقی، بدون تقدم و تأخر رتبتی میان آن‌ها، از ویژگی‌های بارز قرون وسطا است. حقوق مبتنی بر عرف محلی (اغلب به شکل نانوشته)، حقوق عرفی ژرمنی (به شکل مدون)، حقوق فئودالی (به شکل نانوشته)، حقوق عرفی بازرگانی، حقوق شرعی و مذهبی کاتولیک و حقوق مبتنی بر اصلاح حقوق رم که در محیط‌های علمی مورد توجه بود، انواع نظام‌های حقوقی موجود در این دوران را تشکیل می‌دادند. به تبع این تعدد نظام‌های حقوقی، محاکم مختلفی مانند دادگاه‌های مربوط به روابط ارباب و رعیتی (Manorial Court)، دادگاه‌های محلی (Municipal Courts)، دادگاه تجار، دادگاه‌های صنفی (Guild Courts)، دادگاه‌های کلیسا و دادگاه‌های سلطنتی (Royal Courts) در این دوران فعالیت می‌کردند که هر یک با توجه به ماهیتشان ضوابط خاصی را برای حل و فصل دعوا به کار می‌بردند. در واقع ضوابط و قانون مورد اعمال در این محاکم بر اساس وضعیت شغلی و مذهبی، محل سکونت و یا تابعیت طرفین دعوا تعیین می‌شد. مطالعات تاریخی در حقوق اروپا نشان می‌دهد در اغلب زمان‌ها و بعد از قدرت یافتن امپراطوری روم این وضعیت وجود داشته است. استقرار دولت مرکزی و تلاش برای ایجاد انحصار حقوقی در دست دولت از پایان قرون وسطا آغاز شد و در قرون هفدهم و هجدهم میلادی با تفکیک بین حوزه حقوق عمومی و خصوصی، حقوق دولتی چهره غالب گشت. سایر زمینه‌های حقوق غیردولتی مانند حقوق مذهبی و محلی نیز بسیار کم‌رنگ و محدود گردید (Tamanaha, 2008, p.377).

با این حال مهم‌ترین مصداق حقوق غیردولتی، یعنی حقوق عرفی بازرگانی (Lex Mercatoria)، در همین دوران شکل گرفت. ضوابط حقوق عرفی بازرگانی توسط خود تجار و صرفاً برای تنظیم روابط آن‌ها به وجود آمد و هدف اصلی آن ایجاد راهکارهایی کارآمد در راستای افزایش تضمین معاملات تجاری فرامرزی بود. در واقع مکانیسم‌هایی چون ضرورت حفظ خوشنامی تجاری و یا مجازات‌های صنفی تنها در روابط تجاری درون مرزها کارایی داشت و امکان استفاده از آن‌ها در تجارت بین‌الملل وجود نداشت. برخلاف ضوابط تفسیرپذیر و گاه مبهم حقوق دولتی، ضوابط حقوق عرفی بازرگانی با تأکید بر عملگرایی به شکلی ساده و در عین حال متقن تهیه شده بود و برخلاف آنچه در فرآیند شکل‌گیری کامن لا صورت می‌گرفت، اصول آن نه صرفاً در جریان اختلافات بلکه مبتنی بر یک سازوکار ابداعی محقق می‌شد (Hadfield, 2001, p.41; Michaels, 2005, p.1220).

نشانه‌های حقوق غیردولتی در سطح داخلی را نیز می‌توان در دوران رواج استعمار پیدا کرد. علت تفکیک این دوران استعمار از قرون وسطا این است که تکثرگرایی حقوق در قرون وسطا بدون در نظر گرفتن پدیده استعمار تحلیل می‌گردد. در تمام مناطق مستعمره، قوای استعمارگر با قواعد محلی و بومی ساکنین کشورهای مستعمره مواجه بودند که به ایجاد نوعی تعارض میان ضوابط حقوق دولتی استعمارگر و حقوق بومی منجر می‌شد. در عین حال از نظر مطالعات مردم‌شناسی و جامعه‌شناسی حقوق نیز این موضوع جالب توجه می‌نمود که با وجود فقدان یک دولت مرکزی و قانونمند به مفهوم

امروزی، چگونه در این جوامع نظم اجتماعی تامین می‌شود. به عنوان مثال بونیسلو مالینوسکی (Bronislaw Malinowski) در کتاب «جرم و عرف در جوامع بدوی» (Crime and Custom in Savage Society)، با انجام مطالعات جامعه‌شناختی، عدم وجود قانون در جوامع بدوی را رد کرد. او مدعی بود نوعی پذیرش ناخودآگاه در این جوامع نسبت به ضوابط وجود داشته است که مبنای آن گزینه جمع‌گرایی آدمی بوده است. او با بررسی نمونه‌های متعدد، اصطلاح حقوق اولیه یا ابتدایی (Primitive Law) را مطرح نمود که متمایز از عرف‌هایی است که صرفاً تعهد یک طرف را در مقابل دیگری مشخص کرده‌اند؛ چراکه در حقوق اولیه به مانند حقوق دولتی به مفهوم امروزی، حقوق و تکالیف متقابل افراد مورد بررسی قرار می‌گرفت (Hertogh, 2007, p.6).

در عصر جدید، از اواخر دهه هفتاد میلادی، موج جدیدی از رواج حقوق غیردولتی آغاز شد. در این دوران حقوق غیردولتی نه وابسته به جوامع استعماری بود و نه مانند آنچه در مورد قرون وسطا پیش آمد به یک صنف یا گروه خاص محدود می‌شد. حقوق غیردولتی در این دوران در صنعتی‌ترین کشورهای اروپایی نیز قابل احراز بود. احیای وضعیتی شبیه آنچه پیش از استقرار دولت مرکزی وجود داشت، موجب شد رویکرد جدید به عنوان «پلورالیسم حقوقی جدید» یا «پلورالیسم در حقوق ملی» (Legal Pluralism at Home) تعبیر شود. در این دوران با طرح اصطلاحاتی چون حقوق زندگی (Living Law) و طی مطالعات متعدد بیان شد که در بسیاری از موارد مردم بیش از آنکه از قواعد حقوق رسمی و دولتی تبعیت کنند، از هنجارها و اصول مورد پذیرش خود پیروی می‌کنند. ضوابطی که به جای تبیین و تحلیل در کتب حقوقی، در متن زندگی روزمره جریان دارد. در این دوران این عقیده رواج پیدا کرد که عدالت مفهومی فطری است که در اغلب موارد مصادیق آن از سوی عموم افراد جامعه قابل درک است؛ در عین حال اثبات نشده است که تحقق عدالت صرفاً بر اساس ساختار و ضوابط ارائه شده از سوی نظام دولتی حاکم صورت می‌گیرد. بنابراین با استفاده از قالب‌ها و ساختارهای غیردولتی نیز می‌توان در راستای تحقق عدالت گام برداشت. اصلی‌ترین زمینه‌های شکل‌گیری این دوره از حقوق غیردولتی، گروه‌های مهاجر، اقلیت‌های فرهنگی و شبکه‌ها و نهادهای اجتماعی بوده‌اند. البته در این دوره هنوز جایگاه اصلی و برتر از آن دولت بود (Hertogh, 2007, p.7).

آخرین و گسترده‌ترین موج استفاده و استناد به حقوق غیردولتی مقارن با رویکرد جهانی‌سازی بوده است. منظور از جهانی‌سازی انتشار و توسعه تجارت، فرهنگ و مصرف از مرحله محلی، منطقه‌ای و بومی به مرحله جهانی است. جهانی‌سازی در امور حقوقی نیز تأثیرگذار بوده و از جمله آثار حقوقی آن کم‌رنگ شدن بیش از پیش تمرکزگرایی حقوقی است. جهانی‌سازی موجب شد دولت نه تنها از سوی دیگر دولت‌ها بلکه از جانب سایر سازمان‌های غیردولتی و فعالان قوی و مؤثر حقوق خصوصی نیز محدود شود. امروزه فعالان عرصه جهانی به ایفای نقش‌هایی می‌پردازند که به شکل سنتی از آن دولت بوده است. وضعیت جدید که از آن با عناوینی چون «پلورالیسم حقوق جهانی» یا «حقوق

جهانی بدون دولت» تعبیر می‌شود، اصولاً بر توسعه حقوق تجارت بین‌الملل و حقوق بشر متمرکز است، اما محدود به این دو زمینه نیست (Hertogh, 2007, p.14).

همچنین افزایش میزان مهاجرت‌ها، ایجاد شبکه‌های ارتباط جمعی در سطح جهان، سیستم حمل و نقل جهانی، بازارهای اقتصادی فراملی، اتحادیه‌ها و سازمان‌های جهانی و فراملی (مانند اتحادیه اروپا و سازمان تجارت جهانی) و حتی وجود خطرهای و تهدیدهای مشترک مانند زیان‌های زیست‌محیطی از جمله مهم‌ترین ویژگی‌های جهانی شدن است. ویژگی‌هایی که تضعیف بیش از پیش نقش انحصاری دولت‌ها را در پی داشته است. برای مثال، دول عضو اتحادیه اروپا بخش‌هایی از اختیارات اقتصادی، سیاسی و حقوقی خود را برای ارتقا و افزایش اتحاد و همسانی در اروپا از دست داده‌اند. از نظر عملی نیز جایگاه دولت محدودتر از گذشته شده است و در بسیاری از موارد افراد به‌ویژه در صحنه روابط بین‌المللی سازوکار و قوانین دولتی را برای حل و فصل اختلافاتشان کارآمد نمی‌دانند و از شیوه‌هایی چون داوری خصوصی استفاده می‌نمایند. تدوین مرامنامه (Code of Conducts) از سوی شرکت‌های بزرگ غیردولتی، فعالیت مؤسسات غیردولتی مانند سازمان عفو بین‌المللی و صلح سبز و تشکیل شبکه‌های ارتباطی فراملی مانند انجمن بین‌المللی ناظرین بیمه که اقدام به تنظیم ضوابطی جهانی برای افزایش ثبات اقتصادی و مالی می‌نماید از مصادیق رشد بیش از پیش حقوق غیردولتی در دوران معاصر قلمداد می‌شود (Michaels, 2005, p.1221; Tamanaha, 2008, p.388; Paust, 2011, p.979; Scherer & Baumann, 2007, p.202; Berman, 2007, p.1169; Backer, 2006, p.36).

#### ۴. علل متابعت از حقوق غیردولتی

چنانکه اشاره شد، حقوق غیردولتی مجموعه ضوابطی است که بدون دخالت دولت‌ها و از سوی نهادها و مؤسسات غیر دولتی تهیه می‌شود؛ به همین علت از نظر حقوقی از ضمانت اجرای دولتی برخوردار نیست. با این حال در عمل فعالان و حتی نهادهای دولتی به شکل گسترده از این ضوابط پیروی می‌کنند. بنابراین این سؤال قابل طرح است که علت اصلی این تبعیت و الزام‌آوری عملی چیست؟ پاسخ به این سؤال را باید در مبنای مشروعیت حقوق غیردولتی و مکانیسم‌های اجرایی آن جستجو کرد. مبنای مشروعیت ضوابط حقوق دولتی، گستره صلاحیت نهاد تصویب کننده قانون است. به دیگر سخن ضوابط و قوانینی که هر نهاد دولتی در حوزه صلاحیت قانونی خود وضع می‌نماید، از نیروی الزام‌آوری حقوقی برخوردار بوده و افراد ملزم به پیروی از آن هستند. در مورد حقوق غیردولتی نیز مهم‌ترین عامل پیروی و متابعت افراد از ضوابط، صلاحیت و مشروعیت نهاد تصویب کننده است؛ با این تفاوت که در این مورد تخصص و اعتبار صنفی و حرفه‌ای نهاد مزبور مبنای مشروعیت آن قلمداد می‌شود (Lieb & Halliday, 2006, p.10).

استفاده از رویکرد صرفاً تخصصی و اتخاذ مواضع کارشناسانه برای رفع مشکلات در رواج اصول حقوق غیردولتی بسیار موثر است، چراکه این عامل اطمینان خاطر را به فعالان یک عرصه می‌دهد که در تصویب ضوابط منافع یک گروه خاص لحاظ نشده، بلکه

با رویکرد تخصصی بهترین راه حل ممکن مطرح گردیده است. تنها در این صورت است که می‌توان انتظار داشت با وجود نداشتن ضمانت اجرای حقوقی، ضوابط حقوق غیردولتی مورد تبعیت قرار گیرد (Arts & Kerwer, 2007, p.146).

مکانیسم‌های اجرایی ضوابط غیردولتی نیز در رواج متابعت از آنها بسیار مؤثر است. در یک تقسیم‌بندی کلی می‌توان گفت مکانیسم‌های اجرایی هر ضابطه حقوقی به دو نوع، مکانیسم‌های داخلی و خارجی، تقسیم می‌شود. از نظر سازوکار داخلی سازمان تنظیم‌کننده اصول تلاش می‌کند ساختاری شامل چندین نهاد ایجاد نماید که اجراکننده ضوابط موردنظر مؤسسه باشند. در عین حال بسیاری از اسناد تخصصی مؤسسات بر اساس اصول و ضوابط دیگر تصویب شده و یا در برخی موارد به آن‌ها ارجاع داده می‌شوند که عملاً موجب ترویج این ضوابط مصوب خواهند شد. اما در مکانیسم‌های خارجی که از آن به «اجرا توسط شخص ثالث» (Third Party Enforcement) نیز یاد می‌شود، به جای مؤسسه تنظیم‌کننده ضوابط، نهادها و مؤسسات دیگر موجب رواج اصول موردنظر خواهند شد. در مورد گسترش حقوق غیردولتی، سازمان‌های غیردولتی (NGOs) بسیار تاثیر گذارند، زیرا با بایکوت عملی شرکت‌ها و حتی دولت‌هایی که ضوابطی خاص را رعایت نمی‌کنند، به ترویج آن‌ها کمک می‌کنند. همچنین برخی از فعالان تجاری نیز اعمال ضوابطی خاص از جانب طرف دیگر را شرط آغاز همکاری خود قرار می‌دهند؛ برای مثال در سرمایه‌گذاری خارجی رایج است که ضوابطی به عنوان حداقل معیارهای لازم برای سرمایه‌گذاری تعیین می‌شود که اغلب این ضوابط مربوط به حقوق غیردولتی است. در نهایت این امکان وجود دارد که اعتبار ضوابط غیردولتی چنان زیاد باشد که نهادهای دولتی نیز توان نادیده گرفتن آن‌ها را نداشته باشند. برای نمونه مجموعه استانداردهای فنی آلمان (Germany Technical Standards) با این که از سوی موسسه ای غیردولتی به نام «دویچ» (Deutsch) تهیه شده است، اما در قوانین متعدد آلمان مورد استناد قرار گرفته است و یا در اتحادیه اروپا ضوابط غیردولتی مربوط به کاهش موانع تجارت از سوی نهادهای دولتی و ملی اروپا نیز مورد اجرا و متابعت قرار گرفته است (Arts & Kerwer, 2007, p.150).

همچنین بانک مرکزی ایران در مجموعه مقررات ارزی، در بند ۸ از قسمت واردات کالا از طریق گشایش اعتبار اسنادی به صراحت مقرر می‌دارد: «شرایط اعتبار اسنادی با توجه به درخواست متقاضی، ملاحظات بانک گشایش‌کننده، و مقررات همسان اعتبارات اسنادی اتاق بازرگانی بین‌المللی (UCP600) تعیین می‌گردد...»<sup>۶</sup>. در مورد ضوابط حفظ و صیانت از جنگل‌ها و مراتع نیز ضوابطی که از سوی شورای نظارت بر جنگل‌ها (Forest Stewardship Council) تهیه می‌شود، مورد متابعت گسترده از سوی سازمان‌های محیط زیست و یا جنگلبانی در کشورهای مختلف

۶. در بند ۹ از قسمت ه این مجموعه (واردات کالا و خدمت از محل ارز متقاضی) و قسمت ۱۸ (ظهنویسی اسناد وصولی اعتبار اسنادی گشایش‌یافته با نرخ‌های متفاوت) نیز به لزوم رعایت ضوابط اتاق بازرگانی بین‌المللی در مورد اعتبارات اسنادی اشاره شده است. اداره سیاست‌ها و مقررات ارزی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، مجموعه مقررات ارزی، به شماره ۶۰/۱۰۳۸ مورخ ۱۳۹۰/۱۲/۱۴

قرار می‌گیرد؛ در حالی که در اغلب موارد این سازمان‌ها، نهادهایی دولتی محسوب می‌شوند (Arts & Kerwer, 2007, p. 158).

در مورد تأثیر حقوق غیردولتی در حوزه حقوق داخلی نیز می‌توان به مجموعه قانون همشکل تجاری امریکا اشاره کرد که با همکاری مؤسسه حقوق امریکایی تصویب شده و غیر از لوئیزیانا در تمام ایالات امریکا مورد پذیرش قرار گرفته است (Snyder, 2003, p. 378). اگرچه این پذیرش در ایالات به صورت قانون‌گذاری بوده است، اما قانون همشکل تجاری اصالتاً مصدافی از ضوابط حقوق غیردولتی است که نهادهای دولتی نیز آن را پذیرفته‌اند. بی‌تردید میزان تخصصی بودن ضوابط تهیه شده و استفاده از مکانیسم‌های اجرایی، هر دو در رواج استفاده از ضوابط حقوق غیردولتی مؤثرند. بنابراین صرف تخصصی بودن ضوابط بدون داشتن مکانیسم‌های اجرایی متناسب، رواج آن‌ها را در پی نخواهد داشت؛ همچنان که استفاده از سازوکارهای اجرایی قوی تنها در صورت داشتن رویکرد کارشناسانه در وضع ضوابط تأثیرگذار خواهد بود. بر این اساس با جمع این دو شرط در عمل ضوابط حقوق غیردولتی الزام‌آور می‌گردند و طرف نقض‌کننده آن‌ها از تداوم ارتباط با یک گروه یا مؤسسه خاص محروم می‌شود. این روش که از آن به عنوان مکانیسم اعتبار یاد می‌کنند، به‌ویژه در مواردی که اعتبار صنفی برای تداوم فعالیت اقتصادی شخص لازم است، کارآیی زیادی خواهد داشت. (Hadfield, 2000, p. 49; 2001, p. 43)

##### ۵. ایرادهای مطرح شده پیرامون حقوق غیردولتی

چنانکه اشاره شد، طرح و گسترش مباحث مربوط به حقوق غیردولتی برخی از دیدگاه‌های سنتی مربوط به فلسفه حقوق را به چالش کشیده است. در این قسمت ایرادهای یاد شده و پاسخ‌های احتمالی به آن‌ها تبیین می‌شود. اولین و مهم‌ترین ایرادی که از سوی مخالفان حقوق غیر دولتی بیان شده است، ضرورت مداخله دولت در فرآیند شکل‌گیری حقوق و قانون است. بر اساس این دیدگاه، استدلال پیروان تکثرگرایی حقوقی قابل پذیرش نیست، زیرا نقطه تمایز ضوابط حقوقی و قانونی از سایر آموزه‌های رفتاری، نقش‌آفرینی و مداخله دولت است. اگر آنگونه که پیروان حقوق غیردولتی بیان کرده‌اند، هر آموزه و گزاره‌ای که دارای قدرت تأثیرگذاری و کنترل رفتار آدمی است حقوق تلقی شود، چگونه می‌توان حقوق را از اخلاق و مذهب تمییز داد؟ اصلی‌ترین طرف‌داران حقوق غیردولتی، یعنی پیروان رویکرد اجتماعی به حقوق، صرف وجود زنجیره‌ای از خدمات و تعهدات متقابل را که موجب درهم تنیدگی منافع متقابل افراد یک جامعه یا گروه خاص می‌شود، برای تحقق ضابطه حقوقی کافی می‌دانند؛ در حالی که هیچ استدلال قانع‌کننده‌ای برای ارائه چنین مفهوم گسترده‌ای از حقوق و قانون ارائه نمی‌کنند (Michaels, 2005, p. 1225; Tamanaha, 2008, p. 393). منتقدین حقوق غیردولتی، اشکال در مورد قانون به مفهومی که پیروان حقوق دولتی آن را بیان می‌کنند، آشکارتر می‌دانند، زیرا هم تبادر ذهنی از مفهوم قانون و هم اصول مسلم و غیر

قابل خدشه حقوقی مؤید ضرورت مداخله دولت یا نهادی دولتی در تصویب قانون است. بنابراین نمی‌توان پذیرفت که بدون نقش آفرینی دولت، حقوق یا قانون به وجود آید. در مقابل پیروان تکثرگرایی حقوقی معتقدند، قانون عبارت است از مجموعه الگوهای رفتاری مرتبط با نظم اجتماعی که در تمام سازمان‌ها و نهادها وجود دارد. بنابراین اگرچه حقوق دولتی مصداق بارز حقوق قلمداد می‌شود، اما ضرورتی به مداخله دولت در فرآیند ایجاد تمام ضوابط حقوقی نیست (Tamanaha, 2008, p.394; Hernandez, 2001, p.403).

در بررسی و تحلیل دیدگاه‌های مطرح‌شده باید گفت، در تعریف قانون و حقوق از معیارهای مختلفی استفاده شده است؛ از جمله می‌توان به رویکرد ساختارگرایانه اشاره کرد که بر اساس آن قانون گزاره‌ای موجد حق و تکلیف است که در یک ساختار ضابطه‌مند و توسط نهاد مسئول به وجود می‌آید، اما در رویکرد کارکردگرایانه، ساختار و قالب ضابطه تنظیم شده موثر نیست، بلکه هر آنچه در عمل کارکردی شبیه ضوابط حقوق دولتی (به عنوان مصداق بارز حقوق) داشته باشد، قانون قلمداد می‌گردد (Michaels, 2005, p.1225). مبنای مورد پذیرش پیروان تکثرگرایی حقوقی رویکرد دوم است، به همین علت برخی بیان کرده‌اند قانون عبارت است از هر آنچه بتوان پیش‌بینی کرد که برای حل و فصل اختلاف مورد استناد قرار می‌گیرد (Berman, 2009, p.237; Hertogh, 2007, p.20). اختلاف این دیدگاه در فلسفه حقوق نیز حل نشده و بی‌پایان به نظر می‌رسد، اما آنچه می‌توان پذیرفت این است که ابتدا باید میان مفهوم حقوق و قانون را تفکیک کرد. در شکل‌گیری علم حقوق ضرورتی به مداخله دولت نیست زیرا مانند هر علم دیگر بخش مهمی از حقوق را نظریات حقوق دانان و دیدگاه‌های صاحب‌نظران آن تشکیل می‌دهد. بنابراین حقوق غیردولتی حداقل به عنوان راهکاری ارائه شده از سوی نهادها و موسسات متخصص و فعال، در موضوعی خاص معتبر است. تفکیک بین حقوق و سایر علوم نیز چندان مشکل نیست و می‌توان بر مبنای گستره موضوعی، آن‌ها را تفکیک نمود. اما در مورد قانون، ضرورت مداخله دولت و ارائه ضمانت اجرای متقن از سوی آن ضروری به نظر می‌رسد. بنابراین باید پذیرفت، ضوابط تصویب شده از سوی نهادهای غیردولتی، قانون به مفهوم اخص آن قلمداد نمی‌شود؛ اگرچه این موضوع به معنی فقدان تأثیر و نادیده گرفتن این ضوابط نیست. با این حال اشکالات مطرح شده در تعدیل مواضع پیروان حقوق غیردولتی مؤثر بوده است؛ به نحوی که جان گریفیث (John Griffiths) به عنوان یکی از ابداع‌کنندگان اصلی این دیدگاه، در سال ۲۰۰۵ م با گذشت یک دهه از انتشار مقاله‌اش در دفاع از حقوق غیردولتی اعلام کرد استدلال مخالفان به تغییر عقیده او منجر شده است و او از این پس از اصطلاح «تکثرگرایی در کنترل اجتماعی» به جای «تکثرگرایی حقوقی یا قانونی» استفاده می‌کند. با این حال او نیز تأکید کرد که همچنان به اعتبار حقوق غیردولتی و لزوم استفاده از آن معتقد است؛ چراکه جایگاه تکثرگرایی نه بر پایه تحلیل‌ها و نظریه‌پردازی‌های حقوقی، بلکه مبتنی بر نیازها و در عین حال افزایش قدرت و نفوذ فعالان غیردولتی ایجاد شده است. در واقع اعتبار حقوق غیردولتی بیش از آنکه نظری باشد عملی است (Tamanaha, 2008, p.395).

دومین ایراد اصلی بر حقوق غیردولتی، دموکراتیک نبودن فرآیند ایجاد آن است. یکی

از ویژگی‌های اصلی حقوق غیردولتی انجام مطالعات و کارشناسی‌های گسترده در تنظیم آنهاست. همین عامل موجب شده برخی این اشکال را مطرح نمایند که ضوابط حقوق غیردولتی وصفی تکنوکرات‌گونه دارد، زیرا حاصل اظهار نظر تنها یک گروه متخصص است، بی‌آنکه رضایت یا منافع اکثریت مد نظر باشد. این اشکال با پاسخ‌های متعددی مواجه شده است. باید دانست اتخاذ رویکرد کارشناسی و تخصصی در وضع هر گزاره، بحث در مورد رعایت منافع اقلیت یا اکثریت را بی‌فایده می‌کند؛ چراکه مفهوم کارشناسی بودن یک ضابطه یعنی ارائه راهکاری که از پشتوانه منطقی و قابل دفاع برخوردار است، بی‌آنکه منافع گروهی خاص تغییری در آن ایجاد نماید. افزون بر این نباید فراموش کرد که گروه هدف در صورتی که ضوابط را در راستای منافع گروهی خاص بداند در عمل از آن تبعیت نخواهد کرد (Schwartz & Scott, 1995, p.607; Smits, 2010, p.27). همچنین تعدد نهادها و سازمان‌های غیر دولتی فعال در یک زمینه و تکرر متون و اسناد حقوقی سبب می‌شود رقابت جهت کسب اعتبار و رواج اصول تنظیم‌شده بین مؤسسات ایجاد شود که پیروزی در آن جز بر پایه تخصص‌گرایی قابل تحقق نیست. بنابراین برخلاف حقوق دولتی انحصار در وضع ضوابط حقوق غیردولتی به‌ندرت اتفاق می‌افتد (Scherer & Baumann, 2007, p.212).

#### ۶. تحلیل رابطه حقوق دولتی و غیردولتی

پیروان حقوق غیردولتی موجودیت و اعتبار حقوق دولتی را انکار نمی‌کنند، بلکه معتقدند وضعیت حقوق در جهان معاصر به‌گونه‌ای است که نمی‌توان ایجاد ضوابط حقوق را از فعالیت‌ها و کارکردهای انحصاری دولت‌ها دانست. با پذیرش تکثرگرایی و تعدد منابع حقوقی نیز نقش دولت‌ها در ایجاد حقوق نادیده گرفته نمی‌شود، بلکه وجود دیگر فعالان غیردولتی و اهمیت آن‌ها در فرآیند حقوق‌سازی مورد توجه قرار می‌گیرد.

در مقابل، موضع حقوق دولتی به انواع زیر قابل تقسیم است؛ اولین موضع عدم پذیرش (Rejection) است. رویکرد و موضع سنتی حقوق دولتی که بر پایه تمرکزگرایی حقوقی شکل گرفته است، بی‌اعتباری کلیه ضوابطی است که نهادهای غیردولتی وضع و ایجاد کرده‌اند. مهم‌ترین نتیجه این رویکرد، عدم اجرای ضوابط حقوق غیردولتی است (Michaels, 2005, p.1229). به همین علت طبق ضوابط سنتی تعارض قوانین، صرفاً قوانین دولت‌های مختلف به عنوان طرف تعارض محسوب شده و باید از میان آن‌ها یکی را به عنوان قانون حاکم برگزید (الماسی، ۱۳۸۳، ص ۳۴۶).

موضع دوم، ادغام و الحاق (Incorporation) است. در این رویکرد بی‌آنکه اعتبار حقوق غیردولتی به‌صراحت از سوی نهادهای دولتی پذیرفته شود، مورد اقتباس قرار می‌گیرد. همچنان در این رویکرد استقلال حقوق غیردولتی پذیرفته نمی‌شود، بلکه صرفاً به‌میزانی که قوانین دولتی مجاز می‌دانند می‌توان این ضوابط را اجرا نمود. این رویکرد در اغلب موارد به شکل امکان اجرای ضوابطی خاص در مورد گروه یا اقلیتی معین

بروز می‌کند و در اغلب موارد مبنای توجیهی آن مصلحت‌سنجی نهادهای دولتی است. مهم‌ترین نمونه این رویکرد اعمال ضوابط حقوق مذهبی در مورد احوال شخصی بیگانگان است (Forsyth, 2007, p.8).

موضع سوم، به رسمیت شناختن اصول حقوق غیردولتی به عنوان مولفه‌های موضوعی (Facts) است. در رویکرد سوم حقوق دولتی، ضوابط غیردولتی را تنها به عنوان امور مسلم موضوعی به رسمیت می‌شناسد و چون در برخی موارد متابعت از این امور از اصول حقوق دولتی است، در نتیجه آن‌ها را اجرا و اعمال می‌نماید. برای مثال، اصول حقوق غیردولتی گاه به شکل عرف یک صنف خاص رواج می‌یابد. در چنین مواردی محاکم و مراجع رسیدگی‌کننده دولتی، این اصول را به عنوان مصداقی از عرف می‌پذیرند و نه به عنوان یک نظام حقوقی مستقل. بر همین اساس دادگاه‌های کامن لا روابط تجار را بر مبنای حقوق عرفی بازرگانی تحلیل می‌کردند، چراکه عقیده داشتند این ضوابط به عنوان عرف مسلم بین تجار شناخته شده است (Michaels, 2005, p.1234).

سرانجام در رویکرد چهارم، حقوق دولتی اعتبار مستقل حقوق غیردولتی را به رسمیت می‌شناسد و ضوابط آن را به عنوان یک نظام حقوقی می‌پذیرد، اما اعتبار آن را در مرحله‌ای پایین‌تر از حقوق دولتی قرار می‌دهد (Subordinated law). در این دیدگاه که معمولاً با استناد به الزام‌آور بودن توافق و قرارداد توجیه می‌شود، ضوابط غیردولتی عرف محسوب نمی‌شوند و صرفاً در صورتی که طرفین توافق کنند، اجرا می‌گردند (Snyder, 2007, p.13).

نکته‌ای که باید به آن اشاره کرد این است که اگرچه در تقسیم‌بندی فوق پذیرش مطلق اعتبار حقوق غیردولتی از سوی نهادهای دولتی مورد اشاره قرار نگرفته است، اما در عمل این رویکرد بسیار رایج است. چنانکه اشاره شد اصلی‌ترین ویژگی حقوق غیردولتی تخصصی بودن آن و تلاش برای حل مشکلات فراروی یک صنف خاص است. بنابراین بر خلاف تحلیل‌های نظری انجام شده، آنچه در صحنه عمل بروز پیدا می‌کند، استناد و اجرای گسترده ضوابط حقوق غیردولتی از سوی نهادهای دولتی است، زیرا ضوابط غیردولتی اغلب در مواردی شکل می‌گیرد که ضابطه حقوق دولتی خاصی در مورد آن وجود نداشته باشد یا به هر علت از کارآمدی لازم برخوردار نباشد. این میزان تأثیرگذاری حقوق غیردولتی بر نهادهای دولتی به حدی است که در عصر جدید سخن از تغییر فرآیند سنتی تأثیر حقوق به میان می‌آید؛ چراکه در گذشته و با انحصار دولت‌ها در قانون‌گذاری، روند تأثیر ضوابط حقوقی از بالا به پایین بوده است، در حالی که در جهان معاصر در بسیاری از زمینه‌ها این روند معکوس شده است. یعنی با گسترش روز افزون حقوق غیردولتی، عملاً ضوابطی که فعالان یک عرصه خاص تصویب می‌کنند، بر نهادهای دولتی تشریح‌گذار است و از سوی آن‌ها مورد متابعت قرار می‌گیرد. این تغییر در فرآیند تأثیر با عنوان حقوق‌سازی صعودی (از پایین به بالا = Bottom – Up Lawmaking) نامیده شده است (Levit, 2008, p.6).

افزون بر این در بسیاری از موارد استقلال نظام حقوق غیردولتی، ایجاد یک ساختار

و سازوکار مستقل رفع اختلاف را نیز در پی دارد. برای مثال، در حقوق مستقل ورزشی، به عنوان یکی از مصادیق حقوق غیردولتی، ضوابط و قواعد حقوقی صرفاً از سوی فدراسیون‌های بین‌المللی ورزشی وضع می‌شوند. رسیدگی به تخلفات و اختلافات پیرامون این اصول نیز در نهادهای قضایی غیردولتی و وابسته به همین فدراسیونها انجام می‌شود. (Foster, 2007, p.7) بنابراین اصولاً دولت‌ها مداخله‌ای صورت نمی‌کنند تا بحث موضع و رویکرد آن‌ها نسبت به حقوق غیردولتی مطرح شود. به دیگر سخن گستردگی فعالیت حقوق‌سازان غیردولتی و مکانیسم‌های اجرایی در هم تنیده آن‌ها موجب شده است در اغلب موارد اجرای ضوابط حقوق غیردولتی بدون مراجعه به مراجع دولتی صورت پذیرد و مشمولین نظام غیردولتی در صورت عدم اجرای ضوابط، به حذف یا عدم بهره‌مندی از مزایای متعدد محکوم شوند. همچنان‌که دخالت‌های دولتی در امور فدراسیونها به تعلیق ورزش آن کشور و در نتیجه عدم امکان شرکت در رقابت‌های بین‌المللی و برخورداری از حمایت‌های فدراسیون‌های بین‌المللی می‌انجامد.

### نتیجه

حقوق غیردولتی مجموعه ضوابطی حقوقی است که نهادها و سازمان‌های غیردولتی آن را تنظیم می‌کنند. گسترش فرآیند جهانی‌سازی حقوق و نقش آفرینی سازمان‌ها و مؤسسات غیردولتی به عنوان مهم‌ترین و تأثیرگذارترین فعالان عرصه بین‌المللی، در کنار ناکارآمدی ضوابط دولتی و عدم انطباق آن‌ها با نیازهای عرصه فراملی، اصلی‌ترین مبنای شکل‌گیری حقوق غیردولتی است. با وجود انتقادات و اشکالات مطرح شده در این زمینه که بر اساس دیدگاه‌های تمرکزگرایی حقوقی مطرح شده‌اند، مزایای عملی حقوق غیردولتی موجب رواج و پذیرش گسترده آن گردیده است. اتخاذ رویکرد تخصصی، استفاده از تجربیات فعالان عرصه‌های مختلف، رفع خلاهای موجود در حقوق دولتی و تلاش برای فراهم کردن ساختاری مبتنی بر اجماع نظر متخصصان عرصه‌های مختلف، موجب شده است در اغلب موارد ضوابط حقوق غیردولتی به عنوان ضوابطی تخصصی پذیرفته شده و عملاً مورد متابعت قرار گیرد. مکانیسم‌های اجرایی حقوق غیردولتی نیز بر اساس همین ویژگی شکل گرفته است. کسب اعتبار حاصل از اجرای این ضوابط یا فقدان نمونه‌های مشابه کارآمد در حقوق دولتی، نوعی ضمانت اجرای عملی را در ساختار حقوق غیردولتی ایجاد کرده است. بر این اساس می‌توان گفت اهمیت و جایگاه حقوق غیردولتی نتیجه مقبولیت رویکرد تکثرگرایی حقوقی در جهان معاصر است؛ رویکردی که نتیجه آن کاهش انحصارگری دولت و افزایش اعتبار فعالیت نهادهای غیردولتی است.

## منابع

۱. الماسی دکتر نجادعلی (۱۳۸۳)، **حقوق بین الملل خصوصی**، چاپ دوم، تهران: نشر میزان
۲. جعفری لنگرودی دکتر محمد جعفر (۱۳۸۰)، **فلسفه حقوق مدنی**، ج ۱، چاپ اول، تهران: انتشارات گنج دانش
۳. جعفری لنگرودی دکتر محمد جعفر (۱۳۸۲)، **فرهنگ عناصر شناسی**، چاپ اول، تهران: انتشارات گنج دانش
۴. جعفری لنگرودی دکتر محمد جعفر (۱۳۸۴)، **مسائل منطق حقوق و منطق موازنه**، چاپ اول، تهران: انتشارات گنج دانش
۵. جعفری لنگرودی دکتر محمد جعفر (۱۳۸۶)، **الفارق**، ج ۱، چاپ اول، تهران: انتشارات گنج دانش
۶. شیروی دکتر عبدالحسین (۱۳۸۹)، **حقوق تجارت بین الملل**، چاپ اول، تهران: انتشارات سمت
7. Arts Bas and Kerwer Dieter (2007), "**Beyond legalization? How global standards work**", In Christian Brüttsch and Dirk Lehmkuhl (eds), *Law and Legalization in Transnational Relations*, Routledge Publishing, First published, pp. 144- 166
8. Backer Larry Cata (2006), "**Economic Globalization and the Rise of Efficient Systems of Global Private Lawmaking: Wal-Mart as Global Legislator**", *Connecticut Law Review*, Vol.39
9. Berman Paul Schiff (2007), "**Global Legal Pluralism**", *Southern California Law Review*, Vol.80, pp. 1155- 1237
10. Foster Ken (2007), "**Is There a Global Sports Law**", *Entertainment Law*, Vol.2, pp. 1-18
11. Ginsburg Tom (2005), "**International Judicial Law Making**", *Illinois Law and Economics Working Papers Series Working Paper No. LE05-006*
12. Hadfield Gillian K. (2000), "**Privatizing Commercial Law: Lessons from the Middle and Digital Ages**", *Stanford Law School John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 195*
13. Hadfield Gillian K. (2001), "**Privatizing Commercial Law**", *Regulation*. Vol. 24, pp. 40- 50
14. Hernandez Ernesto (2001), "**Recent Trends and Perspectives for Non State Actor Participation in World Trade Organization Disputes**", *Journal of World Trade*, Vol.32
15. Hertogh Marc (2007), "**What is Non-State Law? Mapping the Other Hemisphere of the Legal World**" University of Groningen, Working Paper Series, No.40
16. Levit Janet Koven (2005), "**A Bottom – Up Approach to International Lawmaking: The Tale of Three Trade Finance Instruments**", *The Yale Journal of International Law*, Vol. 30, pp. 125-209
17. Levit Janet Koven (2008), "**Bottom – Up Lawmaking through a Pluralist Lens: the ICC Banking Commission and the Transnational Regulation of Letters of Credit**", *University of Tulsa Legal Studies Research Paper*, No. 2007-01
18. Lieb Susan Block & Halliday Terence (2006), "**Legitimation and Global Lawmaking**", *Fordham Law Legal Studies Research Paper No. 952492*
19. Melkom Gayaneh (2010), «**Choice of Non-state Law in International Commercial Contracts**», *International Business Law*, CMPL 604

20. Michaels Ralf (2005), «**The Restatement of Non State Law: the State, Choice of Law and the Challenge from Global Legal Pluralism**», the Wayne Law Review, Vol.51, pp. 1209- 1260
21. Parisi Francesco (2001),» **Sources of Law and the Institutional Design of Law Making**», Journal of Public Finance and Public Choice, Vol. 19, pp. 95- 122
22. Paust Jordan J. (2011), «**Non-State Actor Participation in International Law and the Pretense of Exclusion**», Virginia Journal of International Law, Vol.5, pp. 977- 1004
23. Schaack Beth (2007), «**Crimen Sine Lege: Judicial Lawmaking at the Intersection of Law and Morals**», Santa Clara University School of Law, Working Paper No. 07-47
24. Scherer Andreas George and Baumann Dorothee (2007), «**The role of the transnational corporation in the process of legalization**», In Christian Brüttsch and Dirk Lehmkuhl (eds), Law and Legalization in Transnational Relations, Routledge Publishing, First published, pp. 202- 219
25. Schwartz Alan (2002), «**the Still Questionable Role of Private Legislatures**», Louisiana Law Review, Vol. 62, pp. 20- 45
26. Schwartz Alan and Scott Robert (1995), «**The Political Economy of Private Legislatures**», University of Pennsylvania Law Review, Vol. 143, pp. 595- 654
27. Smits Jan M. (2010), «**Private Law: On the Role of Private Actors in a Post National Society**», Eleven International Publishing
28. Snyder David V. (2003),» **Private Lawmaking**», Ohio State Law Journal, Vol.64, pp. 371- 447
29. Snyder David V. (2007), «**Molecular Federalism and the Structures of Private Lawmaking**», CLPE Research Paper 1/2007, Vol. 03 No. 03
30. Spiro Peter J. (2006), «**NGOs in International Environmental Lawmaking: Theoretical Models**», TEMPLE University, Legal Research Paper No. 2006-26
31. Tamanaha Brian Z. (2008), «**Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global**», Sydney Law Review, Vol.30, pp. 375- 411