



University of Tehran Press

Analytical Investigation of Non Liqueur in Iran's Legal System and International Law; with Special emphasis on its Solutions

Heidar Piri¹

1. Department of Public International Law, Department of Law, Faculty of Humanities and Social Sciences, University of Kurdistan, Sanandaj, Iran. Email: H.piri@uok.ac.ir; heidar.piri@gmail.com

Article Info	Abstract
<p>Article Type: Research Article</p> <hr/> <p>Received: 2023/05/25</p> <p>Received in revised form: 2023/09/13</p> <p>Accepted: 2023/09/17</p> <p>Published online: 2023/12/22</p> <hr/> <p>Keywords: <i>Iran's Constitution, Iran's Legal System, International Court of Justice, International Legal Order, Non-Liqueur.</i></p>	<p>It is impossible to legislate for every feasible situation. Therefore, in all legal systems there are silences and gaps, issues and matters as to which it seems to regulate. This is also true of the Iran's legal system, and perhaps particularly true of the international legal system due to the slow legislative process and its normative and institutional weaknesses. This paper provides an analytical framework to develop a comprehensive understanding of <i>non liqueur</i> in both systems, with an emphasis on the range of possible solutions. The author is of the opinion that, rather than being a complicated issue, <i>non liqueur</i> and its solutions which have significant consequences for any legal system, goes back to the very heart of our understanding of that legal system.</p> <p>In Iranian legal system which is based on Islamic jurisprudence (<i>fiqh</i>), the <i>Islamic Consultative Assembly</i> (the legislator) has not only enacted general principles and rules in order to fill gaps in the system, but also on the adoption of reference to authoritative Islamic sources or <i>authentic fatawa</i> and legal principles that are not contrary to the <i>Shari'ah</i>, the judge has to deliver his judgment and settle disputes based on sources other than the law. But in the international legal system, it is necessary to distinguish between two issues. The <i>International Court of Justice</i> cannot refrain from delivering judgments in contentious cases. By resorting to the source-based (general principles of laws, equity, <i>Martens Clause</i> and the <i>residual principle</i>), or method-based approach (analogy, a <i>contrario reasoning</i>) the <i>ICJ</i> can take steps to avoid <i>non liqueur</i>. However, in advisory proceedings, it is possible to face <i>non liqueur</i> without being necessary to fill it. As a result, the court shall not be held to be in denial of justice and convicted, even by making a <i>non liqueur</i> declaration to the effect that the law is non-existent or unclear on a particular issue.</p>
<p>How To Cite</p>	<p>Piri, Heidar (2023). Analytical Investigation of Non Liqueur in Iran's Legal System and International Law; with Special emphasis on its Solutions. <i>Comparative Law Review</i>, 14 (2), 655-677. DOI: https://doi.com/10.22059/JCL.2023.359365.634505</p>
<p>DOI</p>	<p>10.22059/JCL.2023.359365.634505</p>
<p>Publisher</p>	<p>The University of Tehran Press. </p>



بررسی تحلیلی خلأ حقوقی در نظام حقوقی ایران و حقوق بین الملل با تأکید بر سازوکارهای رفع آن

حیدر پیری^۱

۱. گروه حقوق بین الملل عمومی، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی و اجتماعی، دانشگاه کردستان، سنندج، ایران.

رایانامه: h.piri@uok.ac.ir, heidar.piri@gmail.com

اطلاعات مقاله	چکیده
<p>نوع مقاله: پژوهشی</p> <p>تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۳/۰۴</p> <p>تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۶/۲۲</p> <p>تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۶/۲۶</p> <p>تاریخ انتشار برخط: ۱۴۰۲/۱۰/۰۱</p> <p>کلیدواژه‌ها: خلأ حقوقی، دیوان بین المللی دادگستری، قانون اساسی ایران، نظام حقوقی ایران، نظم حقوقی بین المللی.</p>	<p>پیش‌بینی قاعده حقوقی برای همه وضعیت‌ها و موقعیت‌های تصویرپذیر امری محال است، لذا در هر نظام حقوقی موارد مسکوت و خلأهایی وجود دارد. این موضوع در نظام حقوقی ایران و به‌ویژه در نظام حقوق بین‌الملل در فرایند کُند وضع قواعد و ضعف نهادین و هنجاری آن نیز صدق می‌نماید. در مقاله حاضر چارچوب تحلیلی به‌منظور توسعه برداشت جامع در مورد خلأ حقوقی، با تمرکز خاص بر سازوکارهای رفع آن به‌تصویر کشیده می‌شود. به‌نظر می‌رسد، جدا از بررسی یک موضوع غامض، تحلیل خلأ حقوقی و چگونگی واکنش ما در مقابل آن، که می‌تواند پیامدهای مهمی برای هر نظام حقوقی به‌همراه داشته باشد به درک ما از آن نظام حقوقی باز می‌گردد.</p> <p>در نظام حقوقی ایران با توجه به وابستگی به منابع فقهی، قانون‌گذار برای رفع نقایص موجود در نظام حقوقی، اصول و قواعد کلی وضع نموده و با تجویز امکان مراجعه به منابع معتبر اسلامی، فتاوی و اصول حقوقی مطابق با شرع، قاضی را به صدور حکم و حل و فصل دعوا بر اساس منبعی غیر از قانون، مکلف کرده است. اما در نظام حقوق بین‌الملل باید بین دو مسئله قائل به تفکیک شد. دیوان بین‌المللی دادگستری در آرای توافقی نمی‌تواند از انشای رأی خودداری کند، بلکه با خلاقیت قضایی در توسل به راهکارهایی اعم از منبع‌محور (اصول کلی حقوقی، اصل انصاف، شرط مارتس و فرض مانده آزادی) یا روش‌محور (قیاس حقوقی و مفهوم مخالف) در رفع خلأ گام برمی‌دارد، اما در نظریات مشورتی امکان مواجه شدن با وضعیت خلأ حقوقی بدون اینکه تکلیفی برای رفع آن باشد، محتمل است. در نتیجه نمی‌توان دیوان را به دلیل شانه خالی کردن از رفع خلأ، حتی با اعلام آن، سرزنش نمود.</p>
استناد	پیری، حیدر (۱۴۰۲). بررسی تحلیلی خلأ حقوقی در نظام حقوقی ایران و حقوق بین‌الملل با تأکید بر سازوکارهای رفع آن. <i>مطالعات حقوق تطبیقی</i> ، ۱۴ (۲)، ۶۷۷-۶۵۵
DOI	DOI: https://doi.com/10.22059/JCL.2023.359365.634505
ناشر	مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران.



۱. مقدمه

قانون‌گذاری و پیش‌بینی قاعده برای هر وضعیت و موقعیت تصورپذیری امری غیرممکن است، لذا از یک طرف ممکن است در هر نظام حقوقی^۱ وضعیتی پیش آید که دادگاه رسیدگی‌کننده به دعوا به این نتیجه برسد که هیچ مقرره قانونی برای فیصله دعوا وجود ندارد و یا آنکه قانون آنقدر اجمال و ابهام دارد که عملاً به معنی سکوت است (پیری، ۱۴۰۲: ۱۹۰). از طرف دیگر، قاضی ملزم به صدور حکم مقتضی است و نمی‌تواند از رسیدگی به بهانه نبود حکم قانونی استنکاف کند. در این وضعیت‌ها با پدیده‌ای به نام سکوت قانون روبه‌رو می‌شویم. یقیناً هیچ قانون‌گذاری نمی‌تواند مدعی باشد که راه‌حل تمامی قضایای حقوقی را در متن قوانین پیش‌بینی نموده، دادگاه‌ها برای حل و فصل هر اختلافی قانونی شفاف‌پیش‌رو دارند و می‌توانند به استناد آن، رأی صادر کنند. در نتیجه، این موضوع مورد اتفاق است که قانون با ویژگی کلی خود نمی‌تواند پوشش صد درصد جامعی برای تمام نیازهای روز باشد، زیرا تعلق قانون‌گذار در وضع قانون موردنیاز، غفلت قانون‌گذار در وضع قانون جامع و مستحدثه بودن موضوع دعوا و ... باعث می‌شود نظام حقوقی در برهه‌ای از زمان با خلأ حقوقی مواجه شود. این امر در مورد همه نظام‌های حقوقی از جمله نظام حقوقی ایران و به‌ویژه نظام حقوق بین‌الملل صدق می‌کند.

در فقه و نظام حقوقی ایران، دیدگاه روشنی در خصوص خلأ حقوقی وجود ندارد. آرای حقوق‌دانان و فقیهان اسلامی در این خصوص یکسان نیست. برخی به کلی خلأ حقوقی را نفی می‌کنند و شماری نیز بر این موضوع اذعان دارند. در نظام قانون‌گذاری ایران برای اولین بار در سال ۱۲۹۰ موضوع سکوت و خلأ قانون به رسمیت شناخته شد و پس از گذشت هفت دهه، در اصل ۱۶۷ قانون اساسی تجلی یافت. قانون‌گذار ایران همچنین با گنجاندن ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ و جواز استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی غیرمغایر با شرع و با پشتوانه قوی نظام حقوقی اسلام، عدم تمایزش را به تئوری خلأ حقوقی اعلام می‌نماید. اما یکی از مشخصات بارز و منحصر به فرد نظام حقوق بین‌الملل، فقدان ساختار مبتنی بر قانون اساسی است تا در وضعیت‌هایی سکوت و خلأ که نیازمند نظم و قاعده است، ما را برای واکنش مناسب راهنمایی و هدایت نماید

اجماع در شناسایی سکوت و خلأ در قانون در ادوار و زمان‌های مختلف و نیز تعیین ضمانت اجرا برای کسانی که از احقاق حق در موارد سکوت قانون سرباز می‌زنند، به این معنا نیست که راه‌های رویارویی با سکوت قانون در نظام حقوقی ایران و نظم حقوقی بین‌المللی همواره یکسان بوده، بلکه به اقتضای شرایط حاکم، منابع و روش‌های خاصی برای جبران آن پیش‌بینی شده است.

۱. در نظام حقوقی رومی-ژرمنی، خلأ حقوقی در مقایسه با نظام حقوقی کامن‌لا بیشتر است، چراکه در نظام حقوقی کامن‌لا از قاضی انتظار می‌رود حتی در صورت نبود قاعده صریح، خود به استدلال بپردازد و به تأسیس نهادی جدید با کارویژه رفع فقدان قاعده حقوقی نیازی نیست؛ لذا در این نظام، احتراز از قضاوت معادل انکار عدالت است (Rabell, 2004: 2).

سخن در باب سکوت و خلأ حقوقی بسی گسترده است و می‌تواند از بحث پیرامون بسته بودن نظام حقوقی به‌عنوان نظامی هنجاری تا بحث صلاحیت قضات در رفع خلأ حقوقی را دربر گیرد. از این رو، مهم‌ترین مسئله‌ای که در محور این نوشتار قرار دارد، این است که آیا در نظام قانون‌گذاری ایران و نظام حقوق بین‌الملل، احتمال پدید آمدن خلأ حقوقی وجود دارد؟ با مثبت فرض نمودن این احتمال، دومین سؤال این است که چگونه این خلأ را می‌توان توصیف و رفع نمود؟ آیا قاضی ایرانی و بین‌المللی در صورت مواجه شدن با خلأ حقوقی می‌تواند رأی غیرمستند صادر کند یا بایستی از اظهار نظر یا حل و فصل اختلاف خودداری و آن را به‌صراحت اعلام نماید؟ درنهایت اینکه بر فرض نبود خلأ، از آنجا که قانون حکم همه مسائل و رخدادها را بیان نکرده است، کاستی‌های این دو نظام چگونه رفع می‌شوند؟ برای پاسخ به این سؤالات، در مقاله حاضر با روش تحلیلی-توصیفی و در چهار بخش، ابتدا به مفهوم‌شناسی و مبانی نظری خلأ حقوقی نگاهی می‌افکنیم، سپس نمودهای مشرب وضعی در خصوص تکامل نظام حقوقی و گفتمان خلأ حقوقی مورد بررسی قرار می‌گیرد. در ادامه، سازوکارهای رفع خلأ حقوقی در نظام حقوقی ایران تشریح می‌گردد. در نهایت، ضمن استفاده گسترده از رویه دیوان بین‌المللی دادگستری با روش تحلیل منطقی قواعد حقوقی، به سازوکارهای حل مسئله خلأ حقوقی در نظم حقوقی بین‌المللی پرداخته می‌شود.

۲. مفهوم‌شناسی و مبانی نظری خلأ حقوقی

واژه خلأ حقوقی^۱ ریشه در حقوق رُم دارد و به معنی عدم شفافیت حقوق است. در فرهنگ حقوقی بلک، همین تعریف از خلأ حقوقی ارائه شده است (Black, 1971: 1203). اما در حقوق بین‌الملل، خلأ حقوقی نشان‌دهنده فقدان قاعده حقوقی مناسب، ابهام یا پیچیدگی قواعد درباره قضیه خاصی است که در محضر یک نهاد قضایی مطرح شده است (Fastenrath, Knur, 2016: 1). این مفهوم در حقوق بین‌الملل از سوی واتل^۲ مطرح شده و حاکی از آن است که حقوق بین‌الملل به‌عنوان یک نظام حقوقی کامل نیست (Lesaffer, 2005: 28). هنگامی که نظام حقوقی، متضمن قاعده‌ای درباره چگونگی تنظیم رفتارهایی خاص نباشد، می‌توان گفت نظام حقوقی به‌طور کامل این موضوعات را از نظر دور داشته و این حالت حاکی از خلأ یا فقدان قاعده حقوقی است (Bederman, 2002: 194). بنابراین، احتمال خلأ در نظام حقوقی وابسته به نبود قاعده حقوقی است.

در حقوق بین‌الملل، برخلاف نظام حقوق ایران، احتمال ایجاد شکاف و نبود موجبات حقوقی بیشتر وجود

1. Non Liqueur
2. Emmerich de Vattel

دارد. نظام حقوق بین‌الملل به دلیل فقدان مرجعیت عالی وضع قواعد، ضعف نهادین و هنجارین، عدم توسعه به‌قدر کافی، کمتر بودن موارد قطعی در مقایسه با نظام قانون‌گذاری ایران، سرشار از خلأهای حقوقی است. در نظام حقوقی ایران با مقوله سکوت قانون رفتاری ضابطه‌مند شده، به این ترتیب که ذیل این عنوان حقوقی مهم، فروعاتی بیان شده است. سکوت قانون در این نظام به دو معنی به‌کار رفته است: نخست، به مفهوم کلی که در ذیل آن فروعاتی چون نقص قانون، اجمال قانون، ابهام قانون، تعارض و تناقض مقررات و عدم وجود قانون قرار گرفته است. دوم، به معنای نبود قانون لازم در مورد متنازع‌فیه است که البته در این معنی نمی‌توان به فروعات یادشده در بند نخست، سکوت قانون اطلاق نمود (بندرچی، ۱۳۹۸: ۶۰).

اما به‌طور کلی، مفهوم خلأ حقوقی ارتباط تنگاتنگی با مفاهیم شکاف و سکوت^۱ در نظام حقوقی دارد. هنگامی که ادعا می‌شود قانون ساکت است، به‌نظر می‌رسد در نظام حقوقی هیچ قاعده حقوقی قابل اعمالی بر موضوع وجود ندارد؛ اما هنگامی که ادعا می‌شود در خصوص موضوعی خلأ حقوقی وجود دارد، به این معناست که حقوق وضعی، آن حوزه حقوقی را به هیچ وجه توسعه نداده و یا نمی‌بایست توسعه می‌داد. برای تعیین این ارتباط، ضروری است که بین سه نوع مختلف خلأ مادی^۲، خلأ صلاحیتی^۳ و خلأ قضایی^۴ تمییز قائل شویم.

خلأ مادی جایی است که قواعد و اصول حقوقی در خصوص یک قضیه و موضوع خاص ساکت، ناقص و مبهم‌اند. این نوع از خلأها، هم در نظام حقوقی ایران و هم نظام حقوقی بین‌المللی غیرقابل اجتناب است. هیچ نظام حقوقی نمی‌تواند قواعد و اصولی فراهم نماید که همه سؤالات و اختلافات حقوقی را به‌طور مناسبی پوشش دهد.

در هر نظام حقوقی خلأهای مربوط به صلاحیت وجود دارد. اگر دادگاه‌های یک نظام حقوقی فاقد صلاحیت در خصوص مسائل حقوقی خاص باشند، می‌توان گفت در آن نظام خلأهای مربوط به صلاحیت وجود دارد. خلأ صلاحیتی در نظام حقوق بین‌الملل، برخلاف نظام حقوقی ایران، محدودیت دیوان بین‌المللی دادگستری مبنی بر اصل رضایت دولت‌هاست که هنوز تعیین‌کننده اختیارات قضایی دیوان برای تصمیم‌گیری در قضایا هستند. از این رو، مفهوم خلأ حقوقی به وضعیتی اشاره ندارد که دادگاه‌ها به دلیل نبود صلاحیت یا غیرقابل پذیرش بودن دعوا از تصمیم‌خودداری می‌کنند، بلکه نظام

۱. اگر قانون در مسئله جدید حکمی را پیش‌بینی نکرده باشد، سکوت کلی قلمداد می‌شود. اما اگر قانون حکم مسئله را به اجمال بیان کند، یعنی فاقد صراحت و روشنی باشد، به‌گونه‌ای که دو یا چند معنای متعارض از آن استنباط شود و یا به بیان‌های مختلف پیش‌بینی کرده باشد، به‌گونه‌ای که تعارض و ناسازگاری قوانین را موجب می‌شود، سکوت جزئی رخ می‌دهد.

2. Material Gaps
3. Jurisdictional Gaps
4. Judicial Gaps

حقوقی در صورتی با خلأ قضایی مواجه است که دادگاه‌ها فارغ از برخورداری از صلاحیت برای رفع خلأهای مادی از طریق تفسیر یا کشف قواعد و اصول جدید، با شرایطی روبه‌رو هستند که اصلاً قاعده‌ای وجود ندارد یا قاعده ناقص است و یا ابهام دارد.

مسئله خلأ به نوع سوم و تاحدی به نوع اول خلأها مربوط است. بنابراین، خلأ حقوقی اموری منفی هستند که وجود آنها احتمال مواجه شدن با وضعیتی است که طی آن یک دادگاه به دلیل فقدان قاعده حقوقی قادر به اتخاذ تصمیم در خصوص یک قضیه مشخص نباشد. شاید بتوان گفت خلأ حقوقی در حقیقت فاصله‌ای است که میان قواعد کلی و مصادیق واقعی و جزئی پیش می‌آید، به گونه‌ای که نمی‌توان قوانین و مقررات را به‌طور متعارف بر قضایای جدید حمل کرد.

۳. تکامل نظام حقوقی و گفتمان خلأ حقوقی

نظام حقوقی متکامل به این معناست که در رویارویی با هر مسئله حقوقی، بر طبق یکی از هنجارهای سیستم حقوقی خود، پاسخ مقتضی را ارائه دهد. اگر در نظام حقوقی گهگاه علایمی از بیماری نمایان شود، نظام خوددرمان است و به‌طور خودکار خلأهای موجود را پر می‌کند. این درمان به بیانی ساده، توسعه حقوق موجود نامیده می‌شود که در عملکرد قضایی ذاتی است (Weil, 1998: 110). اگر هیچ قاعده مناسبی جهت ارائه پاسخ وجود نداشته باشد، در نظام حقوق داخلی ایران به منابع فقهی، و در نظام حقوق بین‌الملل به فرض لوتوسی مانده آزادی^۱ (هرچه به صراحت ممنوع نشده، مجاز است) متوسل می‌شوند (Quane, 2014: 260). نتیجه منطقی آن به‌طور ضمنی این است که هیچ محدوده‌ای از حقوق بدون قاعده حقوقی رها نشده است.

پذیرش تکامل حقوق نادیده گرفتن مشخصه مشترک همه نظام‌های حقوقی، یعنی ناتوانی قانون‌گذار از پیش‌بینی تمامی وقایع یا وضعیت‌های جدید است (Enabulele, 2012: 648). اصل تکامل منطقی حقوق وضعی و اصل تبعی آن (یعنی ناممکن بودن خلأ حقوقی)، به‌طور کلی حتی در محاکم قضایی داخلی نیز پذیرفته نشده است. در حقوق بین‌الملل نیز هیچ نشان قطعی از وجود هنجاری نیست که مستقیماً اثبات نماید این نظام حقوقی کامل است.

برخی معتقدند هیچ خلأ و سکوتی در نظام حقوقی وجود ندارد. نظام حقوقی راه‌حل‌های قضایی برای همه منازعات بین تابعانش را فراهم می‌سازد و برای تکامل حقوق و تضمین آن به اصول کلی حقوق استناد می‌کند که قضات نه‌تنها مجازند بلکه ملزم‌اند برای رفع خلأهایی که در ساختار حقوق به‌وجود می‌آید به آن متوسل شوند (Lauterpacht, 1973: 68)؛ از این رو، دادگاه‌ها بایستی از اعلام خلأ حقوقی و عدم

تصمیم‌گیری به دلیل نبود قاعده حقوقی خودداری نمایند؛ چراکه «اعلامیه خلأ حقوقی»^۱ نه تنها اصول کلی حقوقی را نقض می‌نماید (Lauterpacht, 2017: 196-206)، بلکه با نقش کلی حقوق (حفظ صلح) و نقش قضایی محاکم به طور خاص (حل اختلافات)، متعارض است. این وضعیت ناشی از اصل گسترده‌تری به نام اصل اولیه صلاحیت^۲ است که مطابق اصل ۱۶۷ قانون اساسی و مطابق ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی، قاضی ملزم است در قضایایی که خلأ وجود دارد، در خصوص موضوع اختلاف تصمیم‌گیری نماید.

مخالفت قاطع برخی از دکترین با خلأ حقوقی بر مبنای فرض مانده آزادی استوار است (Kelsen, 1934: 9). بسیاری از نویسندگان، این رویکرد افراطی پوزیتیویستی را که ظاهراً نشان می‌دهد نظام حقوقی بسته و کامل است و در نتیجه هیچ‌گونه خلئی در آن ممکن نیست، زیرا هرچه ممنوع نشده، مجاز است، مورد انتقاد قرار داده‌اند (De visscher, 1957: 32). به نظر می‌رسد این بنیان خودش دچار نقص است؛ چراکه این امر منجر به برهان خلف می‌شود. توانایی دادگاه برای اجتناب از خلأ حقوقی در هیچ حالتی مستلزم این نیست که نظام حقوقی ضرورتاً بدون نقص و خلأ است. شکاف در قانون ضرورتاً خلأ حقوقی را ایجاد نمی‌نماید، بلکه با وجود قانون، هیچ خلأ حقوقی وجود ندارد (Fitzmaurice, 1974: 109).

در نگاه دورکین، خلأ قانونی در نظام حقوقی معنا ندارد. وی معتقد است نظام حقوقی در کنار قواعد، یک معیار و استاندارد دیگر به نام اصول حقوقی دارد که جایی برای خلأ قانونی باقی نمی‌گذارد. دورکین مدعی است نه حقوق، بلکه در واقع تصویر افراد اثبات‌گرا از حقوق ناقص است و این ادعا از تحلیل تفسیری او از حقوق برمی‌خیزد (Dworkin, 1986: 39-81). نتیجه آنکه دورکین حقوق را کامل و معین می‌داند و تز پاسخ صحیح در هر دعوا را در سطح نظری ارائه می‌دهد و در سطح دادرسی نیز به نقش قاضی هرکول اشاره می‌کند؛ قاضی خیالی‌ای که معرفت وی نسبت به نظام حقوقی کامل است، از همه قوانین و مقررات، رویه قضایی، اصول حقوقی و دیگر منابع استدلال آگاه است (Tebbit, 2005: 60). لذا از منظر قاضی هرکول، خلأ و سکوتی در حقوق وجود ندارد و نظام حقوقی نظامی متعین و کامل است؛ آنچه ناقص و نامتعین است نه قانون، بلکه نگاه اثبات‌گرایان به قانون است (هارت، ۱۳۹۵: ۲۷۳).

هارت ۳ بر این باور است زبان طبیعی به طور کلی و زبان حقوقی به طور خاص دارای بافت باز است. جوامع نیز برای وضع قواعد حقوقی از زبان طبیعی بهره می‌گیرند؛ لذا چنین نیست که زبان حقوقی خالی از سکوت و خلأ باشد. در هر نظام حقوقی همواره برخی موارد هستند که اعمال قاعده در آنها به دلیل وصف کلی و مبهم بودن عبارات و الفاظ قانون، نامشخص است. اگر قرار باشد قاضی در خصوص موارد یادشده اقدام به صدور رأی نماید و نگوید که صلاحیت رسیدگی ندارد، وی به جای اعمال صرف قوانین

1. Non liquet Declaration

2. Jurisdictional Axiom

3. H. L. A. Hart

مستقر از پیش موجود، باید صلاحدید^۱ خود را به کار گیرد و برای پر کردن خلأ موجود به تفسیر و حتی وضع قانون روی آورد (Anderson, 2006: 13-23). بر این منوال، هارت در دعاوی آسان^۲، معیار زبانی تفسیر و در دعاوی دشوار^۳، معیار تکمیلی^۴ را مانند هدف قواعد، برای توجیه خلأ و سکوت ناشی از بافت زبانی به کار می‌گیرد^۵ (Gary, 1999: 711).

۴. سازوکارهای رفع خلأ حقوقی در نظام حقوقی ایران

در حقوق ایران، با توجه به وابستگی به منابع فقهی، رفع برخی از خلأهای قانونی به همان منابع واگذار می‌گردد. بررسی سیر تحولات تکلیف دادرس در فرض خلأ حقوقی نشان می‌دهد که قانون‌گذار در طول زمان رویکردهای متفاوتی اتخاذ نموده که در مجموع دو مرحله از هم قابل تفکیک است: نخست، رویکرد قانون‌گذار قبل از انقلاب اسلامی است که در فرض خلأ حقوقی دادرس مکلف بود بر اساس «روح و مفاد قوانین موضوعه» و نهایتاً «عرف و عادات مسلم» حکم قضیه را صادر نماید. دوم، بعد از انقلاب، به دلیل رویکرد شریعت‌مدار قانون‌گذار، تکلیف دادرس در مستندسازی رأی در فرض خلأ یا سکوت قانون، تغییر اساسی کرده است. بر اساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی، در صورت مواجه شدن با خلأ حقوقی، قاضی یا دادرس برای صدور حکم باید به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول کلی رجوع کند.

۴.۱. روح و مفاد قوانین موضوعه

نخستین قانونی که در فرض خلأ حقوقی تکلیف دادرس را در مستندسازی رأی مشخص نمود، مواد ۳ و ۴ قانون اصول محاکمات حقوقی مصوب سال ۱۲۹۰ بود. مطابق ماده ۳، «محاکم عدلیه مکلف‌اند که به دعاوی موافق قوانین رسیدگی کرده و به موجب آن حکم داده یا فصل نمایند و در صورتی که قوانین موضوعه مملکتی کامل یا صریح نباشد و یا ناقص یا متناقض باشد باید محاکم عدلیه موافق روح و مفاد

1. Discretion

2. Easy case (simple or clear)

3. Hard case (complex or unclear)

4. Complementary criterion

5. با توجه به عدم تعین و عدم تکامل نظام حقوقی، دعاوی سخت یا دشوار یعنی دعاوی‌ای که قاعده حقوقی قابل اعمالی برای آن یافت نشود (Vereshchagin, 2007, 40). دادگاه‌ها برای تصمیم‌گیری در این وضعیت‌ها به اصولی عام‌تر و برتر نظیر عدالت، وجدان و مصلحت عامه متوسل می‌شوند، اما دعاوی آسان را می‌توان به راحتی با رجوع به قواعد و به یک شیوه خاص، رجوع به تاریخ قاعده حقوقی (کارهای مقدماتی)، تفسیر قصد قانون‌گذار با توسل به تکنیک‌های مختلف تفسیر، رجوع به اصول کلی حقوقی و ... تصمیم‌گیری نمود (MacCormik, 1995: 100-128).

عمومی قوانین موضوعه امور را قطع و فصل نمایند». در ماده ۴ همان قانون بیان شده است: «اکیداً ممنوع است که محاکم عدلیه به عذر این که قوانین موضوعه مملکتی کامل یا صریح نیست و یا ناقص و متناقض است صدور حکم را توقیف کنند. متخلفین از این قاعده در حکم اشخاصی خواهند بود که استتکاف از احقاق حق کرده باشند».

روح قانون در مقررۀ پیش گفته به معنای اخص، همان منطوق یا مفهوم قانون است (خوئینی و ذوالفقاری، ۱۳۹۰: ۹۶). روح قانون در حقیقت کشف ارادۀ پنهان قانون گذار از طریق کلام اوست که قاعدتاً با تفسیر و تحلیل کلام او و بهره گیری از گزاره های تاریخی (مقدمات تصویب قانون) و منطقی (استنباط به کمک عقل دادرس) امکان پذیر است (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۱۹۸). برخی معتقدند مقصود از روح قانون، استخوان بندی نظم حقوقی و نیروی محرک و بستر حرکت آن با اصلی راهنماست که در پس پرده واژه ها پنهان است و به یاری خرد و تجربه باید آن را شناخت (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۳۹۹). منظور از مفاد قوانین موضوعه نیز مفهوم آنهاست، مانند مفهوم موافق و مخالف، که برای یافتن آنها اطلاعات کافی حقوقی لازم است (امامی، ۱۳۷۲: ۱۴۲).

۲.۴. عرف و عادت مسلم

به موجب قانون اصول محاکمات حقوقی و تجاری مصوب ۱۳۱۴، قانون اصول محاکمات حقوقی مصوب سال ۱۲۹۰ نسخ گردید و تنها متن ماده ۳ سابق با تغییر جزئی تکرار شد و در فرض خلأ حقوقی علاوه بر قابلیت استناد به روح و مفاد قوانین به قاضی اختیار داده شد برای صدور حکم و حل و فصل اختلاف به «عرف و عادات مسلم» نیز استناد کند. قانون اخیر نیز با تصویب قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ نسخ گردید، اما مقررۀ یادشده در قانون آیین دادرسی ۱۳۱۸ نیز درج شد.

در مواد ۲۲۰ و ۲۲۵ قانون مدنی ایران غالباً عرف و عادت با هم به کار رفته است، اما به نظر می رسد مقصود از این دو واژه دو معنای متفاوت باشد. عرف به عمل استقرار یافته در روابط خردمندانه اجتماعی مردم یا جمعی از آنان گفته می شود که بدون الزام شارع تبعیت از آن لازم است (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۴۷۵). در واقع عرف، تکرار و استقرار رویه و رفتار مردم، همراه با اعتقاد حقوقی بر ضرورت تبعیت از آنها قلمداد می شود؛ اما اگر تکرار عملی در رفتار مردم اوصاف یادشده را نداشته باشد، ممکن است رسم یا عادت قلمداد شود.

۳.۴. منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر فقهی

در نظام حقوقی ایران به مانند بسیاری از کشورهای اسلامی، مقررات شرعی مبنای اصلی تقنین و همه ارکان و ابعاد نظام حقوقی کشور قرار داده شده و قاضی در موارد سکوت باید به شریعت رجوع نماید.

نقش شرع در نظام حقوقی ایران هم، پیشینی و در فرایند قانون‌گذاری مورد توجه است و هم، پسینی و پس از قانون‌گذاری. فتاوای فقهی و منابع معتبر اسلامی بر اساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی نقش پسینی مهمی در نظام حقوقی ایران، به‌ویژه در خصوص الزام قاضی به صدور حکم ایفا می‌نمایند.^۱ به‌موجب اصل ۱۶۷ قانون اساسی «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوای معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه‌ی سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه، از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد». اصل پیش‌گفته، تغییر رویکرد قانون‌گذار به منابع صدور حکم قضایی را تأیید می‌نماید؛ یعنی قانون‌گذار از توجه به روح قوانین و عرف و عادت مسلم که در مواقع سکوت قانون در قوانین پیش از انقلاب اعمال می‌شد، اعراض کرده، در دوران پس از پیروزی انقلاب اسلامی به رجوع به منابع معتبر اسلامی و فتاوای معتبر فقهی گرایش یافته است.

در این اصل، مقصود قانون‌گذار این بوده است که قاضی مجتهد به منابع معتبر اسلامی و غیرمجتهد به فتاوای معتبر استناد نماید (جباری، ۱۳۸۷: ۱۲۸). بنابراین، چنانچه قاضی، مجتهد جامع‌الشرایط باشد در هنگام سکوت قانون باید با رجوع به منابع فقهی حکم لازم را استنباط کند (مظفر، ۱۴۲۱: ۹۱) و چون تقلید بر مجتهد حرام است، نمی‌تواند به فتاوای فقهای دیگر اتکا نماید و چنانچه دادرسی مقلد باشد، موظف است به جای رجوع به منابع فقهی، به فتاوای معتبر یا بر اساس ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی، به اصول حقوقی استناد کند.

مراد از منابع معتبر، منابع استنباط احکام یعنی ادله اربعه (کتاب، سنت، اجماع و عقل) برای قضات مجتهد است که با اجتهاد و استنباط از منابع، حکم دعوا را صادر کنند و مراد از فتاوای معتبر، فتاوای مراجع مسلم تقلید برای قضات غیرمجتهد است که قدرت استنباط از منابع را ندارند (جباری، ۱۳۸۷: ۱۲۸). رجوع به آرای فقها، هم‌سنگ دکتین حقوقی در نظام حقوق بین‌الملل است و شایع و وسیع‌تر از آن نیز باشد.^۲

۱. قوانین دیگری که تکلیف دادرسی را در فرض خلأ قانونی مشخص نمود، عبارت‌اند از: قانون اصلاح موادی از قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۶۱ (ماده ۲۸۹)؛ قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری ۱ و ۲ و شعب دیوان عالی کشور مصوب ۱۳۶۸ (ماده ۲۹)؛ ماده ۹ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳ (ماده ۹)؛ ماده ۵۹۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ (ماده ۵۹۷)؛ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸ (ماده ۲۱۴)؛ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ (ماده ۳)؛ و قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ (ماده ۲۲۰).

۲. اصل بر آن است که در موارد سکوت قانون باید به منابع فقهی امامیه عمل نمود و استثنای آن نیز در احوال شخصیه غیرشيعه و اقلیت‌های دینی است (اصل ۱۲ قانون اساسی). بنابراین، چنانچه موضوع متنازع‌فیه اهل سنت و زیدی در حدود احوال شخصیه باشد، قاضی مجتهد می‌تواند به منابع فقهی اهل سنت رجوع کند و حکم قضیه را صادر نماید و چنانچه مجتهد نباشد، حق دارد به فتاوای معتبر اهل سنت با رعایت مذهب متدعیین و اصول حقوقی استناد کند.

اطلاق اصل ۱۶۷ قانون اساسی که شامل امور کیفری هم می‌شد (غفاری، ۱۳۹۱: ۲۲)، مورد انتقاد بوده، از این لحاظ که رجوع به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر با اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها که مورد تصریح اصل ۳۶ قانون اساسی و قانون مجازات قرار گرفته بود مغایرت داشت. بر همین اساس، قانون‌گذار به خلاف تصریحی که در ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸ به جواز رجوع به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر در امور کیفری نموده بود، قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ حکم یادشده را لغو کرد و البته به لحاظ ممنوعیت شرعی تعطیلی حدود، در ماده ۲۲۰ به دادرسی اجازه داد که در فرض خلأ قانون و در خصوص حدود، مطابق اصل ۱۶۷ حکم قضیه را صادر نماید. بنابراین، در امور کیفری فقط در جرایم حدی می‌توان در صورت فقدان قانون به منابع معتبر فقهی یا فتاوی معتبر رجوع کرد.

۴.۴. اصول حقوقی

در هر نظام حقوقی، مفاهیم عالی (اصول حقوقی) وجود دارد که بازگوکننده ارزش‌ها و معیارهای حاکم بر آن نظام است و قانون‌گذار با الهام از آنها، اقدام به وضع قواعد می‌نماید. قانون‌گذار در ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹، از دادرسی می‌خواهد که در صورت فقدان یا سکوت قانون، برای حل و فصل اختلاف در کنار استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، به اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد مراجعه و حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد، والا مستنکف از احقاق حق شناخته شده، به مجازات آن محکوم خواهد شد.

اصول حقوقی با قید «عدم مغایرت با موازین شرعی» آورده شده است، از این قید استنباط می‌شود که منظور قانون‌گذار اصول حقوقی غیرفقهی است، چراکه اصول حقوقی فقهی که همان قواعد فقهی هستند، داخل در منابع معتبر اسلامی‌اند (جغتائی، و نصیران، ۱۳۹۸: ۲۷۹). اصل در اینجا به معنای ریشه و بنیاد چیزی است و منظور از واژه حقوقی، حقوق موضوعه است؛ یعنی اصلی که در قلمرو حقوق موضوعه می‌تواند قابل استناد باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۵۸۱).

۵. سازوکارهای حل مسئله خلأ حقوقی در نظم حقوق بین‌الملل

حقوق بین‌الملل در جهان کنونی خصایص متفاوتی را در خود جای داده است (طالبیان و محمودی، ۱۴۰۱: ۳۲۶). در حقوق بین‌الملل، نقش دیوان بین‌المللی دادگستری به‌طور اساسی در قضایای ترافیعی و مشورتی متفاوت است. در آرای ترافیعی، دیوان در صورتی که از صلاحیت رسیدگی به دعوا برخوردار باشد،

ملزم است حتی در نبود قاعده حقوقی قابل اعمال، اختلاف بین طرفین را حل و فصل نماید. لذا دیوان در آرای ترفعی مکلف به انکار خلاً حقوقی است و نمی‌تواند به بهانه نبود قانون قابل اعمال، یا نقص و ابهام در آن، از انشای رأی خودداری نماید. صلاحیت دیوان شامل تکلیف به حل اختلاف است، حتی اگر به قیمت رویکرد کمابیش لیبرال، یعنی توسعه در حقوق، منجر شود. اما در نظرهای مشورتی امکان مواجه شدن با وضعیت خلاً، محتمل است. وظیفه پاسخ به درخواست نظر مشورتی، دال بر تکلیف به حل مسئله ارجاع شده به او نیست. پاسخ مناسب ممکن است این باشد که در این عرصه از حقوق، پاسخی برای سؤال وجود ندارد یا پاسخ کامل نیست یا نمی‌تواند نتیجه‌گیری نماید. در نتیجه دیوان بین‌المللی دادگستری را نمی‌توان به دلیل شانه خالی کردن از رفع خلاً حقوقی، حتی با اعلام این قضیه، سرزنش کرد. دیوان در نظر مشورتی سلاح‌های هسته‌ای با خلاً حقوقی مواجه شد و برای برطرف کردن این وضعیت به هیچ اصلی استناد نکرد، بلکه برخلاف رویه پیشین خود، آن را به صراحت اعلام نمود. در نتیجه، شناسایی و حتی در موارد معدود، اعلام خلاً و سکوت، دلیل منطقی برای رد مفهوم تکامل حقوق بین‌الملل فراهم می‌نماید. لذا با پذیرش وضعیت سکوت و خلاً در حقوق بین‌الملل به‌عنوان مسئله‌ای تکنیکی بایستی با پیمودن خطوطی که حقوق بین‌الملل از قبل ترسیم کرده است، سعی در محو و رفع آنها نمود. نظم حقوق بین‌الملل از طریق مکانیسم‌های زیر در رفع خلاً حقوقی می‌تواند گام بردارد:

۵.۱. اصول کلی حقوقی

با پاسخ منفی به استتکاف قاضی از صدور حکم در فقدان نص و قاعده عرفی، اصول کلی حقوقی مکانیسم ابتدایی برای پر کردن شکاف و خلاً در حقوق بین‌الملل است. اصول کلی حقوقی که با استقرا در نظام‌های ملی و بین‌المللی استنباط می‌شود و بر موارد معین که در نظام موضوعه بین‌المللی محمل صریح ندارند منطبق می‌گردد (فلسفی، ۱۳۹۶: ۵۳۶)، از چنان انعطافی برخوردار است که اجازه نمی‌دهد فضای خالی در حقوق باقی بماند.

گزارشگر ویژه کمیسیون حقوق بین‌الملل در گزارش سوم خود پیرامون موضوع اصول کلی حقوقی در ژوئن ۲۰۲۲، یکی از کارکردهای اصلی اصول کلی حقوقی را پرکردن خلاً موجود در نظم حقوقی بین‌المللی عنوان کرد (ILC, 2002: 16). حقوق‌دانانی که وجود شکاف در حقوق بین‌الملل ماهوی را انکار نمی‌کنند، بر این باورند که رفع خلاًها از وظایف دیوان بین‌المللی دادگستری است (Bederman, 2002: 119). بنابراین، گنجاندن اصول کلی حقوقی در بند ۳ (۱) ماده ۳۸ اساسنامه دیوان برای پرکردن خلاًهای موجود و اجتناب از دچار شدن به وضعیت نبود قاعده حقوقی (البته غیر از دو کار ویژه اصلی

اصول کلی حقوقی یعنی کارکرد تفسیری و تصدیقی) است. تدقیق در عبارات لرد فیلمور^۱، از نگارندگان ماده یادشده، نیز مؤید کارویژه ذاتی اصول کلی حقوقی جهت رفع خلأهای حقوقی ناشی از فقدان عرف و معاهدات است. دیوان بین‌المللی دادگستری در قضایای حق عبور میان پرتغال و هلند، بارسلونا تراکشن^۲ و کانال کورفو بر این نکته صحنه می‌گذارد. رویه داورى نیز در موارد متعددی از جمله در قضایای تریل اسملتر^۳ و نیز پرداخت غرامت ترکیه به روسیه، بر نقش اصول کلی حقوقی در پر کردن خلأ حقوقی تأکید کرده است. رویه دیوان‌های کیفری بین‌المللی از جمله در قضایای اردمویچ، فروندزیا، کوپراسکیچ، کاتانگا و لوبانگا نیز مؤید همین دیدگاه است (ILC, 2002: 20-22).

رئیس دیوان بین‌المللی دادگستری، قاضی عبدالغای یوسف، نیز در بیانیه سال ۲۰۱۹ خود در کمیته ششم با یادآوری احتمال برخورد با خلأ قانونی و متعاقباً عقیم ماندن فرایند دادرسی، اذعان داشت: «اصول کلی به‌خوبی می‌تواند به محاکم در جهت مواجهه با مشکلات ساختاری قاعده‌سازی در جامعه بین‌المللی کمک کرده، موجب افزایش یکپارچگی گردد» (Yusuf, 2019: 37). با این حال، به‌نظر می‌رسد بنابر ملاحظات و تحولات ساختاری نظام حقوق بین‌الملل، این کارکرد در حال تغییر بوده، به‌طوری که اصول کلی حقوقی را در عرض سایر منابع اصلی قرار می‌دهد.

۵.۲. انصاف

در حقوق بین‌الملل که نظامی است پر از خلأ و هنوز به آن حد نرسیده که بتوان آن را نظامی منسجم و یکپارچه به‌شمار آورد، انصاف وسیله‌ای است برای تعدیل رژیم یا وضعیت موجود؛ آن‌هم برای رسیدن به نتیجه‌ای قانع‌کننده در موردی خاص و معین (فلسفی، ۱۳۹۰: ۲۷۸). بنابراین، انصاف^۴ روش مفید و شاید حتی کارآمدتر از اصول کلی حقوقی است که در بسیاری از محاکم بین‌المللی برای رفع خلأ حقوقی مورد استفاده قرار می‌گیرد.^۵

1. Lord Phillimore

۲. در این قضیه، دیوان بین‌المللی دادگستری با استفاده ظریف از آموزه «هرجا حقی وجود دارد وسیله جبران خسارت وجود دارد Ubi Jus Ibi Remedium»، در واقع از اصل کلی حقوق یک قاعده جدا کرده، در این قضیه اعمال نمود. از این رو، نبود مقررۀ قانونی در این حوزه از حقوق بین‌الملل روشن بود، اما دیوان فوراً آن را از طریق توسل به اصول کلی حقوقی برطرف نمود.

۳. در قضیه تریل اسملتر، درباره مسئولیت دولت کانادا نسبت به خسارت فرامرسی وارده بر امریکا، دیوان داورى ضمن اذعان به اینکه در خصوص آلودگی‌های هوایی مرزگذر، هیچ قاعده حقوقی و سابقه قضایی بین‌المللی وجود ندارد، به اصل حقوقی منع استفاده زیان‌بار از سرزمین که اقتباس از یک اصل کلی مشترک در نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر (قاعده لاضرر در نظام حقوقی اسلام و Sic Utere Tue Ut Alienum Non در نظام حقوقی رومی - ژرمنی) است، برای رفع خلأ استناد نمود.

4. Equity

5. Norwegian Shipowners' Claims (Norway v. U.S.), 1 R.I.A.A. 307, 330 (Penn. Ct. Arb. 1922); Trial

در قضیه مستعمرات پرتغال ۱ داوران اظهار داشتند که با نبود مقررۀ بین‌المللی مرتبط مواجه‌اند، لذا بایستی با تصمیم بر مبنای اصل انصاف در چارچوب حقوق بین‌الملل، خلأ حقوقی را برطرف نمایند (Reisman, 1969: 772). در قضیه فلات قاره دریای شمال، دیوان بین‌المللی دادگستری به‌منظور رفع خلأ حقوقی در خصوص تحدید حدود مناطق مجاور فلات قاره، به قاعدۀ انصاف متوسل شد. دیوان اظهار داشت که نبود یک قاعدۀ عرفی یا معاهداتی حاکم بر تحدید حدود فلات قاره بین دولت‌ها منجر به خلأ حقوقی نمی‌شود؛ چراکه قواعد و اصول حقوقی وجود دارد که می‌توان آنها را به‌کار برد (ICJ Reports, 1969: 46). سکوت و نقضی که در حقوق حاکم بر تحدید حدود فلات قاره ظاهر شده به لطف توسل به قاعدۀ انصاف ناپدید شده است. توسل به اصل انصاف به‌عنوان راه‌حل حقوقی برای رفع خلأ حقوقی با استفاده از تفسیر اصول حقوقی موجود به شیوه‌ای تکاملی صورت می‌گیرد و نه از طریق گسترش فهرست منابع حقوق. انصاف در چنین مواردی وسیله مؤثری است برای انعطاف‌پذیر کردن قوانین انتزاعی و کلی؛ آن‌هم در مواقعی که قانون‌گذار وضعیت معینی را در طبقه‌بندی‌های توصیفی خود درج نکرده باشد.

۵.۳. قیاس

راه‌حل دیگر رفع خلأ در نظام حقوق بین‌الملل این خواهد بود که یک قاضی یا داور برای جلوگیری از استنکاف از احقاق حق به دلیل فقدان قانون، سکوت یا ابهام آن، با توسل به قیاس حقوقی بر مبنای تشابهات بین قضیه‌ای که حکم آن در معاهدات یا عرف مشخص شده است (ماهیت معلوم) و قضیه جدید (ماهیت مجهول) ۲ و یا با استنتاج قاعدۀ از راه قیاس در مقررات حقوق موضوعه ۳ تصمیم‌گیری می‌نماید. به‌طوری که رویه نشان می‌دهد، استدلال قیاسی در حقوق بین‌الملل مجاز است (قاری سیدفاطمی و پیبری، ۱۳۹۸: ۱۱۵۲). از دیدگاه روش‌شناسانه، مسئله این است که پس از شناخت یک قاعدۀ، در اجرا آن را باید تعمیم داد تا شامل قضیه، وضعیت یا رابطه‌ای حقوقی شود که به‌طور صریح شامل آن نیست یا دست‌کم به آن قاعدۀ اجازه داده شود تا راه‌حلی را القا کند. نمونه بارز این امر در داوری تریل اسملتر صورت

Smelter, (U.S. v. Can.), 3 R.I.A.A. 1905, 1908 (Trial Smelter Arb. 1938); Cayuga Indians, (Gr. Brit. v. U.S.), 6 R.I.A.A. 171, 180 (Perm. Ct. Arb. 1925).

1. Portugese Colonies

2. Analogia Legis

3. Analogia Juris

۴. در نگاه پوزیتیویستی که ماهیت حقوق بین‌الملل را قراردادی می‌داند، قیاس برای پرکردن خلأهای موجود نباید نقشی ایفا نماید، جز اینکه خلاف آن به‌طور صریح پیش‌بینی شده باشد. حتی اگر ضمن قرارداد به قاضی اجازه رفع خلأهای موجود از طریق قیاس داده شود؛ در واقع، قاضی را به قانون‌گذار تبدیل کرده‌ایم، حال آنکه وظیفه قاضی، اصولاً قضاوت بر مبنای قواعد موجود است.

گرفت. در این قضیه، آلودگی هوایی مرزگذر (فرع) را به دلیل نبود مقررۀ قانونی، به آلودگی ناشی از آب (اصل) در رویۀ دیوان عالی ایالات متحده امریکا قیاس می‌نماید که هیچ قاعدۀ مخالف و متضادی در حقوق بین‌الملل در خصوص آن وجود ندارد (4-1963: 1941 RIAA) و خلأ حقوقی موجود را رفع می‌کند.

دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری در قضیۀ کشتی بخار ویمبلدون، به مقررات کنوانسیون‌های مربوط به کانال سوئز و پاناما (اصل) رجوع نموده، با قیاس آنها با قضیۀ جدید یعنی کانال کیل (فرع) آنها را سابقه توصیف کرد. دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری برای رفع خلأ حقوقی، با استنباط یک اصل کلی از سوابق موجود که قابل اعمال بر کانال‌ها و تنگه‌هاست چنین اضافه می‌کند: سوابق یادشده در کانال‌های سوئز و پاناما نشان‌دهندۀ وجود عقیده‌ای عمومی و بین‌المللی است که طبق آن، اگر آبراه مصنوعی که دو دریای آزاد را به هم متصل می‌کند برای استفادۀ تمام کشورهای دنیا به‌طور دائمی اختصاص یافته و ایجاد شده است، وضعیت حقوقی آن آبراه را باید با تنگه‌های طبیعی، مشابه دانست (28: 1923 PCIJ).

دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیۀ نیکاراگوئه، به‌صراحت با توسل به قیاس به‌عنوان یک روش برای رفع خلأ، مقررات حقوق معاهدات را به اعلامیه‌های یک‌جانبۀ پذیرش صلاحیت اجباری دیوان توسعه می‌دهد. ایالات متحده اطلاعیه‌ای مبنی بر محدود نمودن دامنه اعلامیه پذیرش صلاحیت اجباری دیوان سه روز قبل از دادخواست نیکاراگوئه به دیوان به دبیرکل سازمان ملل تقدیم می‌نماید، اما دیوان اظهار داشت تثبیت حق فسخ فوری اعلامیه با مدت زمان نامحدود در حقوق بین‌الملل مورد شناسایی قرار نگرفته است. چنین نتیجه‌ای از اصل حسن‌نیت^۱ ناشی می‌شود که منجر به کاربرد حقوق معاهدات با توسل به قیاس بر وضعیت اعلامیه‌ها می‌شود (421-419: 1984 ICJ Reports).

۵.۴. شرط مارتنس

شرط مارتنس^۲ از سازوکارهای عملی برای پرکردن خلأهای تدوین‌نشده کالبد موضوعۀ حقوق بین‌الملل است. علت وجودی^۳ شرط مارتنس این است که به جامعۀ بین‌المللی یادآوری نماید که خلأ حقوقی نمی‌تواند به‌عنوان عذری برای انجام اقدامات مخالف با اصول حقوق بین‌الملل - که نشئت گرفته از عرف، اصول بشریت و الزامات ناشی از وجدان عمومی است - مورد استفاده قرار گیرد. کنوانسیون‌های چهارگانه ۱۹۴۹ ژنو و پروتکل‌های الحاقی ۱۹۷۷، موفق به رفع خلأها و تدوین مسائل باقی‌مانده نشده‌اند؛ مواردی

1. Principle of good faith (bona fide)

۲. این شرط برای نخستین بار به پیشنهاد نمایندۀ دولت روسیه، فردریک وان مارتنز، در کنوانسیون‌های صلح لاهه (۱۸۹۹ و ۱۹۰۷) و سپس بند ۲ ماده ۱ پروتکل دوم الحاقی به کنوانسیون‌های ۱۹۴۹ ژنو درج و در راستای علاج عدم کلیت قواعدحقوقی و با هدف پر کردن خلأهای حقوقی ناشی از فقدان مقررات به کار گرفته شد (پیری و دهقانی، ۲۵۳-۲۵۷).

2. Raison d'être

که نیازمند تفاسیر قضایی در پرتو شرایط جدید هستند (دهقانی و رضانی، ۱۴۰۱: ۱۴۷). شرط مارتنس و مفاهیم مندرج در آن، اصول بشریت و الزامات ناشی از وجدان عمومی محاکم را ترغیب می‌کنند که خلأهای موجود در معاهدات حقوق بشردوستانه را از طریق ایجاد اصول و قواعد یا تقویت قواعد موجود رفع نمایند. شعبه بدوی دیوان بین‌المللی کیفری در قضیه بوسکو انتاگاندا، با یادآوری شرط مارتنس متذکر می‌شود که در وضعیت‌هایی که تحت پوشش موافقت‌نامه‌های خاص نیستند، افراد غیرنظامی و رزمندگان همچنان تحت حمایت و نفوذ اصول حقوق بین‌الملل برگرفته از عرف مستقر، اصول بشریت و الزامات ناشی از وجدان عمومی هستند (ICC, 2017: paras.46-7).

دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه مشورتی سلاح‌های هسته‌ای، نسخه به‌روزی از شرط مارتنس ارائه داده است که در موارد نبود قاعده حقوقی در راستای حمایت از غیرنظامیان و رزمندگان، تدابیر صورت گرفته باید منطبق با اصول مندرج در حقوق بین‌الملل، عرف‌های مستقر و اصل بشریت و اوامر وجدان عمومی باشد (ICJ Reports, 1996: 260). به این ترتیب دیوان به خاصیت رفع خلأ به‌واسطه اصل بشریت توجه داشته است.

۵.۵. فرض آزادی یا اصل مانده آزادی^۱

اگر دادگاه‌های بین‌المللی در رفع خلأ به‌وسیله اعمال اصول کلی حقوقی، اصل انصاف یا توسل به قیاس موفق نباشند، نتیجه چه خواهد بود؟ یکی از احتمالات، اعلامیه خلأ حقوقی است که دیوان بین‌المللی دادگستری در نظریه مشورتی سلاح‌های هسته‌ای، به آن متوسل شد. دیگر احتمال عملی از طریق تصمیم‌گیری قضایی، توسل به «اصل منفی مانده آزادی» است که بر مبنای آن، هرچه آشکارا ممنوع نشده، از لحاظ حقوقی مجاز است یا به زعم کلسن، جایی که تکلیفی وجود نداشته باشد، اصل بر آزادی است (Kelsen, 1934: 100).

برخی نویسندگان در حمایت از این اصل اعلام می‌دارند که حقوق بین‌الملل بدون اصل مانده آزادی قادر نخواهد بود برای تمام مسائل و موضوعات مستحدث در عرصه بین‌المللی، راه‌حلی ارائه نماید. بنابراین، برای جلوگیری از خلأ حقوقی درحالی که از خلق قاعده به‌وسیله دیوان بین‌المللی دادگستری جلوگیری می‌کنیم، اصل مانده آزادی کلید حل مشکل خواهد بود (Nerep, 1983: 404). بدون توسل به این اصل، همه اقدامات جدید ممنوع خواهد بود، مگر اینکه از سوی حقوق بین‌الملل مجاز شناخته شود (Kiyotaka, 2017: 46).

در قضیه لوتوس، علی‌رغم نبود مقرر قانونی در حقوق بین‌الملل، دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری

1. The residual or permissive principle

با قاطعیت به نفع ترکیه رأی صادر کرده است (PCIJ Reports, 1927: 15). این دیوان، خلأ حقوقی را با توسل به اصل منفی مانده آزادی (یا هر چه به صراحت در حقوق بین الملل به وسیله معاهده یا عرف منع نشده، مجاز است) رفع می نماید و یک روشن بینی نسبتاً مسلّم در این مورد اظهار می دارد. اصل منفی مانده آزادی بعد از قضیه لوتوس، تنها در قضیه نیکاراگوئه به کار گرفته شد؛ جایی که دیوان اظهار داشت: در غیاب قاعده قابل اعمال معاهده‌ای یا غیر آن که سطح فعالیت تسلیحات نظامی دولت‌ها را تعیین و محدود نماید، دولت‌ها آزاد هستند سطح مورد نظر تسلیحات خود را حفظ کنند (ICJ Reports, 1986: 135). به نظر می رسد این بیان با اصل مانده آزادی در قضیه لوتوس مطابقت داشته باشد؛ از این رو، توسل به اصل یادشده به عنوان آخرین راه حل برای اجتناب از خلأ در صورت عدم کارایی روش‌های دیگر، حمایت‌های اندکی در رویه قضایی پیدا کرده است.^۱ دیوان بین المللی دادگستری به طور منسجم و پیوسته مسیری را انتخاب کرده که اطمینان دهد توسل به اصل ضروری نبوده است. دیوان در قضیه تحدید حدود دریایی و مسائل سرزمینی میان قطر و بحرین ۲۰۰۱، دیدگاهی مخالف فرض لوتوس را برمی گزیند (ICJ Reports, 2001: 40).

۶. نتیجه و پیشنهادها

از آنچه گفته شد، به نظر می رسد سواى یک موضوع غامض، امکان یا عدم امکان پدید آمدن وضعیت خلأ در حقوق و چگونگی واکنش ما در مقابل آن، قبل از هر چیز به محور درک ما از نظام حقوقی و ماهیت و محدودیت‌های حقوق وضعی بازمی گردد. با اعتقاد به تکامل نظام حقوقی، ممنوعیت خلأ حقوقی اجتناب ناپذیر است؛ چراکه نظام بر ساختاری بنیان نهاده شده که در صورت رویارویی با هر مسئله حقوقی، به طور خودکار خلأهای موجود را پر می نماید. اما فارغ از تلاش‌های دکترین و قضات برای اثبات تکامل نظام حقوقی و ممنوعیت خلأ، باید اذعان داشت که چنین نتیجه‌گیری‌هایی اشتباه است. واقعیت مسئله این است که حقوق بین الملل نه تنها متکامل و محصور در نظمی بسته نیست، بلکه پویایی بسیار دارد. هیچ نظام حقوقی کامل نیست؛ چراکه یک قاعده برای هر وضعیت جدید یا معینی وجود ندارد و نمی تواند وجود داشته باشد. حتی نظام حقوقی توسعه یافته ایران که در استانداردهای عمومی و انتزاعی توانگر است، به تفاسیر و تعبیر قضایی نیاز دارد؛ بنابراین، تاحدی هر نظام حقوقی با خلأ مواجه است.

۱. شرط مارتنس نیز گویای عدم کاربرد تفسیر و برداشت لوتوسی در حوزه حقوق بشردوستانه است. در حقوق بشردوستانه نمی توان اظهار داشت آنچه به طور صریح ممنوع نشده، مجاز است؛ زیرا اصل بشریت و الزامات ناشی از وجدان عمومی به عنوان اصول حقوق بین الملل، عناصر حقوقی هستند که فرض پیش گفته را محدود می نمایند؛ بنابراین، در حوزه مداخلات مسلحانه، اصل بر ممنوعیت است و نه وجود حق.

در نظام حقوق بین‌الملل، نقصان در منابع با تفسیر و شیوه‌های منطقی - حقوقی جبران می‌شود. اما در حقوق ایران و با توجه به وابستگی به منابع فقهی، رفع برخی از خلأهای قانونی به همان منابع واگذار شده است. در نظام حقوقی ایران نمی‌توان حکومت قانون را تنها با تمسک به عقل و تجربه و اصول ناشی از آن تشریح کرد؛ عقل و تجربه بشر در نظام حقوقی کنونی ایران تنها در صورت تأیید شرع دارای ارزش و اعتبار است. در این نظام، از لحاظ معرفت‌شناسی، تجربه و عقلانیت در قانون‌گذاری تابع قوانین الهی هستند. ریشه قواعد حقوقی در هنجارهای شرعی و دینی است و ریشه الزام مردم نسبت به قوانین صرفاً به دلیل مبدأ عقلانی قوانین نیست، بلکه مبنای شرعی قوانین مهم‌ترین دلیل برای پابندی آنان به قوانین و حاکمیت قانون است. پس قضات هم مکلف‌اند در صورت نبود قانون، با استناد به این منابع به تفسیر و صدور حکم مبادرت نمایند.

با دقت در اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی می‌توان اظهار داشت که منابع جایگزین سکوت و خلأ در نظام حقوقی ایران، منابع معتبر اسلامی، فتاوی معتبر و اصول حقوقی غیرمغایر شرع است که مبین و منعکس‌کننده ارزش‌های موجود در جامعه‌اند. در این نظام، شرع شالوده و اساس قوانین موضوعه ایران در حوزه‌های مدنی و کیفری است. با زنده نگه‌داشتن فقه و در رأس آن شرع در نظام حقوقی، خلأ حقوقی زایل می‌شود. شاید از همین رو قانون‌گذار اساسی ایران در هنگام تصویب اصل ۱۶۷ گمان می‌کرد که مشکل سکوت و خلأ قانون را می‌توان با تجویز امکان مراجعه قاضی به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حل نمود. غافل از اینکه اولاً فتاوی معتبر مفهومی مبهم است و ثانیاً اگر بپذیریم که قاضی حق دارد به هنگام خلأ حقوقی به منابع معتبر اسلامی مراجعه و حکم قضیه را استنباط نماید، درحقیقت پذیرفته‌ایم که دو قاضی مجتهد حق دارند در خصوص یک قضیه دو حکم متفاوت صادر نمایند. شمول و اطلاق اصل ۱۶۷ بر دعوای کیفری برخلاف اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها است و در نتیجه با اصل حاکمیت قانون نیز سازگاری دارد. حاکمیت قانون اساسی و مصلحت نظام اقتضا می‌کند که قضات در دعوای کیفری، چنانچه قانون‌گذار نسبت به مجازات یک عمل ارتكابی ساکت باشد، از اعمال مجازات خودداری نمایند. علاوه بر این، اعطای حق رجوع دادرسان مجتهد به فتاوا و اختلاف نظرهای فقهی به صدور احکام نامتشابه و آرای متشتت قضایی منجر خواهد شد. با عنایت به مراتب پیش‌گفته، باید اذعان نماییم که در نظام قضایی ایران، اصالت با حاکمیت شرع است و ما شاهد حاکمیت شرعی قانون در این نظام هستیم.

اما در نظام حقوق بین‌الملل، همان‌گونه که ژوزف رز بیان می‌دارد، معیار مشروعیت قانون یا قاعده حقوقی، موفقیت در یک آزمون اخلاقی یا شرعی نیست، بلکه معیار، وضع و تصویب آن از سوی یک مرجع معتبر اجتماعی است (Raz, 1979: 37). در این نظام، نیازی به احکام شرعی و دستورات دینی نیست و عقل انسان و یافته‌های علمی برای اداره جامعه کفایت می‌کند. بنابراین، حکومت قانون را

می‌توان بدون نیاز به هیچ منبع معرفتی و با تمسک به عقل و اصول ناشی از آن تعریف کرد که مستقل از وحی، قوانین و آموزش‌های الهی قدرت اداره زندگی بشر را دارد.

در نظام حقوق بین‌الملل، برخلاف نظام حقوق ایران، به دلیل نبود مرجعیت مرکزی و فرایند‌گند وضع قواعد و نیز غلبه قوی سیاست بر عوامل حقوقی، خلأها بسیار بیشتر است. برای احتراز از مواجه شدن با چنین وضعیتی می‌توان به اصول کلی حقوقی مقرر در ماده ۳۸ (۱) اساسنامه دیوان، اصل انصاف یا سایر روش‌های کاربردی، به‌ویژه قیاس حقوقی و مفاهیم مندرج در شرط مارتنس (اصل بشریت و الزمات ناشی از وجدان عمومی)، روی آورد. در خصوص توسل به اصول کلی حقوقی جهت پر کردن خلأهای موجود، ممکن است ادعا شود که دیوان بین‌المللی دادگستری به سمت قانون‌گذاری قضایی متمایل شده، اما دیوان در واقع بر اساسنامه خود که به او این اختیار را اعطا نموده است، تکیه می‌نماید. بنابراین، مسئله قانون‌گذاری قضایی در چنین قضایایی مطرح نیست، اما توسل به انصاف مطابق اساسنامه دیوان فقط به شرطی که طرفین اختلاف، آشکارا به قاضی بین‌المللی چنین اجازه‌ای داده باشند، صورت می‌گیرد. شرط مارتنس نیز با در نظر گرفتن علت وجودی‌اش، یعنی رفع خلأهای حقوقی برای حمایت از شرافت و تمامیت بشریت، اگرچه می‌تواند به‌عنوان امری مشابه اصل «مانده آزادی» دیده شود، اما نقش معکوسی در حقوق بشردوستانه بازی می‌کند و فرض آزادی اراده دولت‌ها را محدود می‌نماید.

خلأها در حقوق بین‌الملل با استفاده از قیاس با شعار «در موارد مشابه به‌طور مشابه رفتار کن» نیز می‌توانند رفع شوند. نظم عقلانی و منطقی ایجاب می‌کند استدلال‌گر بر امور مشابه، احکام متفاوت بار نکند و این خود به‌وضوح ضرورت عقلانی و منطقی قیاس را نشان می‌دهد. اگر چیزی غیر از این باشد نظم و عدالت زیر سؤال خواهد رفت. با این حال، برای اجتناب از قانون‌گذاری قضایی و برای آنکه تصمیم دادگاه‌ها از مقبولیت و اعتبار لازم برخوردار باشد، بایستی در توسل به راهکارها برای رفع خلأ حقوقی، با احتیاط فراوان پیش روند تا مبدا به اعمال ناروای قواعد حقوق بین‌الملل متهم شوند. ماحصل توسل به سازوکارهای پیش‌گفته به‌عنوان ابزارهای فنی قضایی، به درجه‌ای نمی‌رسند که جایگزین یک دستگاه کامل هنجارآفرین یا هنجارشناس باشد. باید تا جایی که ممکن است سعی شود خلأها به تدریج و با تقویت و توسعه رویه دولت‌ها و حقوق معاهدات به‌وسیله کمیسیون حقوق بین‌الملل رفع گردد.

منابع

الف) فارسی

۱. امامی، سید حسن (۱۳۷۲). حقوق مدنی. جلد ششم، تهران: کتابفروشی اسلامیة.
۲. بندرچی، محمدرضا (۱۳۹۸). سکوت قانون و روش شکست آن. فصلنامه دانشنامه‌های حقوقی، ۲ (۳)، ۴۹-۶۳.
۳. پیری، حیدر (۱۴۰۲). مستندات و کاربردهای استدلال قیاسی در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری. دانشنامه حقوق

- اقتصادی، ۳۰ (۲۳)، ۱۸۷-۲۰۰.
۴. پیری، حیدر و دهقانی، پریسا (۱۴۰۱). نقش شرط مارتنس در تدوین و جرم‌انگاری جرایم بین‌المللی. مجله مطالعات حقوقی، ۱۴ (۴)، ۲۵۳-۲۸۸.
۵. جباری، مصطفی (۱۳۸۷). فتوا یا قانون؟ نگاهی به اصل ۱۶۷ قانون اساسی. فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، ۳۸ (۳)، ۱۲۷-۱۳۷.
۶. جغتائی، عباس؛ نصیران نجف‌آبادی، داود؛ عباسیان، رضا (۱۳۹۸). قلمرو اجرایی اصول حقوقی و رابطه آنها با منابع معتبر اسلامی و فتاوی. مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ۱۰ (۱۸)، ۲۷۹-۳۰۳.
۷. خوئینی، غفور و ذوالفقاری، سهیل (۱۳۹۰). خلأهای تقنینی و اجرای فتوا در نظام قضایی ایران (تأملی بر اصل ۱۶۷ قانون اساسی). پژوهشنامه حقوق اسلامی، ۳۴ (۲)، ۷۹-۱۰۰.
۸. دهقانی، پریسا و رضائی قوام‌آبادی، محمدحسین (۱۴۰۱). شرط مارتنس در حقوق کیفری بین‌المللی؛ ماهیت و کارکردهای تفسیری. آموزه‌های حقوق کیفری، ۱۹ (۲۳)، ۱۲۳-۱۵۶.
۹. غفاری، هدی (۱۳۹۱). نسبت میان حاکمیت شرع و حاکمیت قانون در نظام قضایی جمهوری اسلامی ایران. فصلنامه پژوهش حقوق، ۱۴ (۳۶)، ۱۰۷-۱۳۲.
۱۰. فلسفی، هدایت‌الله (۱۳۹۰). صلح جاویدان و حکومت قانون. تهران: فرهنگ نشر نو.
۱۱. فلسفی، هدایت‌الله (۱۳۹۶). سیر عقل در منظومه حقوق بین‌الملل. تهران: فرهنگ نشر نو.
۱۲. قاری سیدفاطمی، سید محمد؛ پیری، حیدر؛ محمودی، سیدهادی (۱۳۹۸). کشف قاعده حقوقی از طریق قیاس در رویه قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری. فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، ۴۹ (۴)، ۱۱۴۹-۱۱۷۰.
۱۳. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۲). مقدمه علم حقوق. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱). حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها). جلد دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). فلسفه حقوق. جلد دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷). گامی به سوی عدالت. تهران: میزان.
۱۷. طالبیان، سیدامیرحامد و محمودی، سید هادی (۱۴۰۲). نقدی بر تفکیک قواعد اولیه و قواعد ثانویه در مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها. مطالعات حقوق تطبیقی، ۱۴ (۱)، ۳۱۳-۳۳۴.
۱۸. هارت، هربرت (۱۳۹۵). مفهوم قانون. ترجمه محمد راسخ. تهران: نشر نی.

ب) عربی

۱. مظفر، محمدرضا (۱۴۲۱ ق). اصول الفقه. قم: مرکز مدیریت حوزه علمیه قم.

ج) انگلیسی

- Books & Articles

1. Anderson, Scott Alan (2006). Legal Indeterminacy in Context (Dissertation). The Ohio State University.

2. Bandarchi, Mohammad Reza (2019). The silence of the law and the method of its defeat. *Quarterly of Legal Encyclopedias*, 2(3), 49-63. Doi:10.22034/LAW.2019.239554 ([In Persian](#)).
3. Bederman, David (2002). *The Spirit of International Law*. University of Georgia Press.
4. De visscher, Charles (1957). *Theory and Reality in Public International Law*. Princeton University Press.
5. Dehghani, Parisa; Ramazani Ghavamabadi, Mohammad Hossein, Alipour, Mohammad Reza (2022). The Martens clause in International Criminal Law; the Nature and Interpretive Functions. *Criminal Law Doctorines*, 19(23), 123-156. Doi:10.30513/CLD.2022.3988.1634 ([In Persian](#)).
6. Dworkin, Ronald (1986). *Law's Empire*. Harvard University Press.
7. Emami, Seyed Hassan (1992). *Civil Law (Vol. 6)*. Islamic Bookstore, Tehran ([In Persian](#)).
8. Enabulele, Amos (2012). The Avoidance of Non liquet by the International Court of Justice. *Commonwealth Law Bulletin*, 38(4), 617-652.
9. Falsafi, Hedayatollah (2015). *Permanent Peace and Rule of Law; Dialectics of sameness and difference*. Tehran, Farhang-e Nashr-e No Publication ([In Persian](#)).
10. Falsafi, Hedayatollah (2018). *The Course of Reason in International Law System*. Tehran, Farhang-e Nashr-e No Publication ([In Persian](#)).
11. Fastenrath, Ulrich & Knur, Franziska (2016). *Non Liqueur*, Oxford Bibliographies.
12. Fitzmaurice, G (1974). *The Problem of Non-Liqueur: Prolegomena to a Restatement*, In: *Mélanges offerts à Charles Rousseau: La Communauté Internationale*. Paris.
13. Gary, Christopher (1999). *The Philosophy of Law: An Encyclopedia*. Routledge.
14. Ghafari, Hoda (2011). Ratio between Shariah law and the rule of law judicial system in Republic Islamic Iran. *Public Law Research*, 14 (36), 107-132 ([In Persian](#)).
15. Ghari Seyed Fatemi, Seyed Mohammad; Piri, Heidar; Mahmoodi, Seyed Hadi (2019). Discovery of Legal Rule through Analogy by the International Court of Justice. *Public Law Studies Quarterly*, 49 (4), 1149-1169. Doi: <https://doi.org/10.22059/jplsq.2019.258819.1753> ([In Persian](#)).
16. Hart, Herbert (2015). *The Concept of Law*. Translated by Mohammad Rasekh, Tehran: Nashre Ney ([In Persian](#)).
17. Jabari, Mostafa (2009). Fatwa or Law? Article 167 in Iran's Constitution. *Private Law Studies Quarterly*, 38(3), 127-137. Doi: 20.1001.1.25885618.1387.38.3.7.8 ([In Persian](#)).
18. Jghatayee, Abbas; Nassiran, Davoud; Abbassian, Reza (2019). The Executive Territory of Legal Principles and their Relationship with Islamic Reliable Sources and Fatwa. *Contemporary Comparative Legal Studies*, 10(18), 279-303 ([In Persian](#)).
19. Katouzian, Amir Naser (1992). *An Introduction to the Science of Law*. Tehran: University of Tehran ([In Persian](#)).
20. Katouzian, Amir Naser (2002). *Civil Law Course: The General Rules of Contracts*. Vol. 2., Third edition, Tehran: Enteshar Publication ([In Persian](#)).
21. Katouzian, Amir Naser (2006). *Philosophy of Law*. Vol. 2, Tehran: Enteshar Publication ([In Persian](#)).
22. Katouzian, Amir Naser (2008). *A Step towards Justice*. First Edition, Tehran: Mizan Publication ([In Persian](#)).
23. Kelsen, H (1934). *Zur Theorie der Interpretation*. *Revue Internationale de la Théorie de*

- Droit, No.8.
24. Kelsen, Hans (1934). *Reine Rechtslehre*. Leipzig-Wien.
 25. Khomeini, Ghafoor & Zolfaghari, Soheil (2012). Legislative Voids and Application of Jurisprudents: Legal Opinions in the Judicial System of Iran (A survey of Article 167 of IRI Constitution), *The Quarterly Journal of Islamic Law Research*, 12 (2), 79-100. Doi:10.30497/LAW.2012.1028 (In Persian).
 26. Kiyotaka, Mdrita (2017). The Issue of Lacunae in International Law and Non Lique Revisited. *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, 45 (1), 33-51.
 27. Lauterpacht, H (1973). *The Function of Law in the International Community*, 2nd Ed.
 28. Lauterpacht, H (2017). Some Observations on the Prohibition of “Non Lique” and the Completeness of the Law, in: *Sources of International Law*. Martti Koskeniemi (ed), London: Routledge.
 29. Lesaffer, Randall (2005). Argument from Roman Law in Current International Law: Occupation and Acquisitive Prescription. *EJIL*, 16 (1), 25-58.
 30. MacCormik, Neil (1995). *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press.
 31. Mahmoudi, Seyed Hadi & Talebian, Seyed Amirhamed (2023). Critics to the distinction between primary and secondary rules in the law of international responsibility of states. *Comparative Law Review*, 14 (1), 313-334. DOI: <https://doi.com/10.22059/jcl.2023.356341.634477> (In Persian).
 32. Nerep, Erik (1983). *Extraterritorial Control of Competition under International Law: With Special Regard to US Antitrust Law*. Stockholm: Norstedt.
 33. Piri, Heidar (2023). Analogical Reasoning in International Investment Law; Its Functions and Inclusions, *Encyclopedia of Economic Law Journal*, 30(23), 187-200. DOI: <https://doi.org/10.22067/economlaw.2023.82481.1276> (In Persian).
 34. Piri, Heidar; Dehghani, Parisa (2023). The Role of The Martens Clause in Codification and Criminalization of International Crimes, *Legal Studies*, 14(4), 253-288, DOI:10.22099/JLS.2023.41999.4549 (In Persian).
 35. Quane, Helen (2014). Silence in International Law. *BYIL*, 84 (1), 240-270.
 36. Raz, J. (1979). *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press.
 37. Reisman, M (1969). International Non-Lique: Recrudescence and Transformation. *International Lawyer*, 3 (4), 770-786 .
 38. Tebbit, Mark (2005). *Philosophy of Law: An Introduction*. Routledge.
 39. Vereshchagin, Alexander (2007). *Judicial Law-Making in Post-Soviet Russia*. Routledge.
 40. Weil, Prosper (1998). The Court Cannot Conclude Definitively... 'Non Lique Revisited. *CJTL*, 36, 109-118.
- Cases**
41. *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America)*, ICJ Reports, 1984.
 42. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports, Advisory Opinion, 1996.
 43. *Lotus*, PCIJ (Ser.A) No.10. (Emphasis Added), 1927.
 44. *Maritime Delimitation and Territorial Question between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*, Merits, ICJ Reports, 2001.

45. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States), ICJ Reports, 1986.
46. Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, ICJ Reports, 1984.
47. North Sea Continental Shelf (Germany v. Denmark and Netherlands), ICJ Reports, 1969.
48. RIAA, Trial Smelter, (U.S. v. Can.), 194, Vol. 3.
49. S.S. Wimbledon, PCIJ, Series A, No.1, Judgment of 17 August 1923.
50. The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, ICC Trial Chamber, ICC-01/04-02/06-1707, 4 January 2017.

- Documents

51. International Law Commission, Third report on general principles of law by Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur, Seventy-third session, Geneva, A/CN.4/753, 2022.
52. Statement of H.E. Mr. Abdulqawi Ahmed Yusuf, President of the International Court of Justice before the Sixth Committee of the General Assembly, New York, 1 November 2019.